

# Gids Proportionaliteit

*1e herziening, april 2016*



# Leeswijzer

Voor u ligt de *Gids Proportionaliteit*. Deze Gids is het resultaat van de werkzaamheden van de Schrijfgroep Gids Proportionaliteit. De Gids is tot stand gekomen in het kader van het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet 2012 (kamerstukken II nummer 32440).

De wet beschouwt het proportionaliteitsbeginsel als een van de dragende beginselen van aanbestedingsrecht. Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die zij stelt bij een aanbesteding, in redelijke verhouding dienen te staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht.

Zo kan het disproportioneel zijn een openbare procedure te volgen bij de aanbesteding van een gecompliceerde ontwerpopdracht, omdat dan een ongelimiteerd aantal marktpartijen kosten moet maken om aan de voorwaarden te voldoen; meer voor de hand ligt in dat geval een niet-openbare procedure (met voorselectie), zodat enkel partijen met een redelijke kans op de opdracht offertekosten moeten maken. Ook kan een selectiecriteria disproportioneel zijn dat eisen stelt aan referentieopdrachten die vele malen zwaarder zijn dan de aan te besteden opdracht zelf.

De Schrijfgroep bestond uit vier leden en een onafhankelijk voorzitter, ambtelijk ondersteund vanuit het Ministerie van Economische Zaken (EZ). Twee leden zijn werkzaam bij marktpartijen en twee leden bij aanbestedende diensten. De Schrijfgroep heeft haar werkzaamheden uitgevoerd in de periode april 2010 tot januari 2013 en is in die periode – enkel in volledige samenstelling – 19 keer bijeengekomen op het ministerie van EZ te Den Haag.

Op de bijeenkomsten zijn eerdere versies van de *Gids Proportionaliteit* besproken. De voorliggende Gids is het resultaat van intensief overleg binnen de Schrijfgroep en vertegenwoordigt de gezamenlijke visie van de schrijfgroepleden op het onderwerp proportionaliteit. Tussentijdse versies van de Gids zijn besproken in de Klankbordgroep, bestaande uit vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en het bedrijfsleven en een aantal onafhankelijke leden.

De *Gids Proportionaliteit* geeft de visie van de leden van de Schrijfgroep op de wijze waarop met het begrip 'proportionaliteit' bij aanbestedingen moet worden omgegaan. Daartoe wordt in de Gids het gehele aanbestedingstraject doorlopen. De Schrijfgroep onderkent dat 'inkopen' een ruimer begrip is dan 'aanbesteden'. Zij heeft echter zoveel mogelijk getracht – in het licht van haar rol bij het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet – zich in de Gids te beperken tot de onderwerpen die voor het aanbestedingsproces van belang zijn.

Voor wat betreft 'proportionaliteit' is naar het oordeel van de Schrijfgroep de voorfase in het aanbestedingsproces de doorslaggevende fase. In die fase neemt de aanbestedende dienst haar belangrijkste beslissingen met betrekking tot de aard en omvang van de opdracht. In die fase dienen ook de beslissingen te worden genomen over toepassing van de percelenregeling, het gebruik van een raamovereenkomst, de noodzaak van geschiktheidseisen of de voorwaarden van de overeenkomst. De hoofdstukken betreffende de voorfase en het opstellen van de aanbestedingsdocumenten beslaan dan ook het grootste deel van de Gids.

De Schrijfgroep hoopt met de Gids Proportionaliteit duidelijk te maken dat het begrip 'proportionaliteit' in vele gedaanten en op vele plaatsen in het aanbestedingsproces zowel boven als onder de Europese 'drempel' een rol kan spelen. Bewustheid van deze verschijningsvormen en een redelijke toepassing door aanbestedende diensten zijn essentieel voor een rechtvaardig verloop van de competitie tussen marktpartijen bij het verkrijgen van de opdracht.

De *Gids Proportionaliteit* beoogde in zijn oorspronkelijke vorm handvatten te geven voor een redelijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Gedurende het wetgevingstraject heeft de *Gids Proportionaliteit* een andere status gekregen dan in het oorspronkelijke wetsvoorstel opgenomen. Om die reden zijn in de definitieve versie 'voorschriften' opgenomen. De Schrijfgroep wenst te benadrukken dat deze 'voorschriften' dienen te worden gelezen in de context van de volledige tekst van de Gids. Het proportionaliteitsbeginsel en de toepassing daarvan gelden ook voor de delen van de Gids waar geen voorschriften voor geformuleerd zijn.

De voorschriften zijn genummerd naar de paragraaf waarin ze zijn opgenomen. Waar in deze Gids meerdere voorschriften in een paragraaf zijn opgenomen zijn deze alfabetisch geletterd. In de voorschriften is een aantal malen het woord 'of' opgenomen, dit kan gelezen worden als en/of.

In de Gids zijn blauwe kaders opgenomen met de tekst van de wet. Deze zijn geplaatst bij de relevante onderdelen van de Gids. Omdat de artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 grotendeels gelijk-luidend zijn, wordt hier en daar volstaan met de opname van artikel 1.10, die het meest omvat-tend is. In de tekst zijn tevens gele kaders opgenomen met een beschrijving van een voorbeeld of een concrete casus.

De Schrijfgroep Gids Proportionaliteit beveelt lezing en gebruik van de *Gids Proportionaliteit* bij aanbestedingen van harte aan.

*Schrijfgroep Gids Proportionaliteit:*

- mr. A. (Annechien) Sloots, lid Schrijfgroep
- H.J.I.M. (Hub) Keulen, lid Schrijfgroep
- mr. M.A.Th. (Meriam) de Koning- van Rutte, lid Schrijfgroep
- M.A.J. (Marcel) Stuijts MSc, lid Schrijfgroep
- prof. mr. J.M. (Jan) Hebly, voorzitter

Den Haag, 15 januari 2013

# Toelichting bij de 1<sup>e</sup> herziening

In maart 2014 zijn herziene Europese aanbestedingsrichtlijnen tot stand gekomen voor de klassieke sectoren (2014/24/EU) en de speciale sectoren (2014/25/EU) en heeft een nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn voor concessieovereenkomsten (2014/23/EU) het licht gezien. De Wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU (Kamerstukken II, 2015-2016, 34 329) implementeert deze herziene Europese regelgeving.

De wijzigingen in de Wet nopen tot herziening van de *Gids Proportionaliteit*. In een beperkt gewijzigde samenstelling (één van de oorspronkelijke leden is niet langer werkzaam in de aanbestedingspraktijk) heeft de Schrijfgroep de wijzigingen beoordeeld op relevantie voor de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Waar naar het oordeel van de Schrijfgroep nodig heeft dat geleid tot aanpassing van de tekst van de Gids. Andere wijzigingen dan verband houdend met de herziene regelgeving zijn niet doorgevoerd.<sup>1</sup>

Het toepassingsbereik van de Gids verdient naar het oordeel van de Schrijfgroep op dit moment afzonderlijke aandacht. Bij het opstellen van de Gids heeft de Schrijfgroep de regeling van de klassieke sectoren als uitgangspunt genomen. Daarmee heeft zij niet beoogd de toepassing van de Gids ook tot die sectoren te beperken. Afzonderlijke behandeling van proportionaliteitsaspecten voor de speciale sectoren zou destijds naar het oordeel van de Schrijfgroep, zo al noodzakelijk, de opzet van de Gids onnodig hebben gecompliceerd, met eventuele uitzonderingsbepalingen en afzonderlijke voorbeelden en artikelverwijzingen. In het licht van de plaatsing van de artikelen betreffende het proportionaliteitsbeginsel in Deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 meent de Schrijfgroep (zowel toen als nu) dat de inhoud van de Gids *mutatis mutandis* van toepassing is op aanbestedingen waarop de bepalingen van Deel 3, en thans ook Deel 2a, van toepassing zijn.

De verwijzingen naar wetsartikelen betreffen artikelen uit de in 2016 herziene Aanbestedingswet 2012. De tekst van de 1e herziening van de *Gids Proportionaliteit* neemt digitale aanbesteding tot uitgangspunt; de wettelijke verplichting daartoe gaat echter pas in op 1 juli 2017.

De tekst voor de 1e herziening van de *Gids Proportionaliteit* is besproken in de Klankbordgroep, bestaande uit vertegenwoordigers van aanbestedende diensten en het bedrijfsleven en een aantal onafhankelijke leden.

*Schrijfgroep Gids Proportionaliteit (1e herziening):*

- mr. J.A. (Joost) Heurkens, lid schrijfgroep
- H.J.I.M. (Hub) Keulen, lid Schrijfgroep
- mr. M.A.Th. (Meriam) de Koning-van Rutte, lid Schrijfgroep
- M.A.J. (Marcel) Stuijts MSc, lid Schrijfgroep
- prof. mr. J.M. (Jan) Hebly, voorzitter

Den Haag, 12 april 2016

<sup>1</sup> Met uitzondering van enkele kennelijke schrijffouten en logische actualisering.



# Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	<b>9</b>
1.1	Toelichting proportionaliteitsbeginsel	9
1.2	Doelmatigheid en rechtmatigheid	9
1.3	Verhouding inkopen en aanbesteden	10
<b>2</b>	<b>Voorfase</b>	<b>11</b>
2.1	Inleiding	11
2.2	Behoeft	12
2.3	Doel	13
2.4	Inkoopstrategie	13
2.5	Marktconsultatie	14
2.6	Programma van Eisen	14
2.7	Aanbesteding, beoordeling en gunning	15
<b>3</b>	<b>Opstellen aanbestedingsdocumenten</b>	<b>16</b>
3.1	Inleiding	16
3.2	Definiëring opdracht	18
3.3	Omvang van de opdracht	18
3.3.1	Proportionaliteit in clusteren	18
3.3.2	Percelen	21
3.3.3	Raamovereenkomst	24
3.3.4	Aankoopcentrale/inkoopsamenwerking	27
3.3.4.1	Vormen van inkoopsamenwerking	28
3.3.4.2	Marktverschraling en proportionaliteit	29
3.4	Keuze aanbestedingsprocedure	29
3.4.1	Karakter van de markt	30
3.4.2	Gangbare procedures	30
3.4.3	Minder gangbare procedures	33
3.4.4	Procedureregels	33
3.5	Eisen & criteria	34
3.5.1	Uitsluitingsgronden	34
3.5.1.1	Verplichte uitsluitingsgronden	35
3.5.1.2	Facultatieve uitsluitingsgronden	36
3.5.1.3	Eigen verklaring/bewijsmiddelen	40
3.5.2	De invulling van geschiktheidseisen	40
3.5.2.1	Eisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht	42
3.5.2.2	Eisen met betrekking tot technische- en beroepsbekwaamheid	46
3.5.3	Selectiecriteria	49
3.5.4	Eisen aan combinaties	51
3.5.5	Gunningscriteria	52
3.5.6	Duurzaamheid/sociale voorwaarden	54
3.5.7	Samenhang met andere wetgeving	57
3.6	Hanteren termijnen	57
3.7	Varianten	61
3.8	Inschrijfkosten	62

3.9	Contractvoorwaarden	63
3.9.1	Individuele contractsbepalingen	65
3.9.1.1	Aansprakelijkheidsbepaling	65
3.9.1.2	Intellectuele eigendom	66
3.9.1.3	Meest begunstigingsclausule	66
<b>4</b>	<b>Aanbestedingsfase</b>	<b>67</b>
4.1	Vragen aan en mededelingen van aanbestedende dienst	67
4.2	Vormvereisten	67
4.3	Standstill periode	68
4.4	Klachtenafhandeling (proportionaliteits-aspect hiervan)	68



# 1 Inleiding

## 1.1 Toelichting proportionaliteitsbeginsel

In de Aanbestedingswet 2012 (hierna: wet) zijn de beginselen van aanbestedingsrecht vastgelegd. Naast het non-discriminatiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, is het beginsel van proportionaliteit opgenomen. Op basis van dit beginsel zijn aanbestedende diensten<sup>2</sup> gehouden in het kader van de aanbestedingsprocedure proportionele eisen en voorwaarden te stellen. Het begrip ‘proportioneel’ betekent daarbij ‘in redelijke verhouding staan tot’. Meer concreet betekent dit in geval van aanbesteding van een opdracht, het in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht in termen van de aard en omvang van die opdracht. Het proportionaliteitsbeginsel heeft betrekking op alle fasen van het aanbestedingsproces, dus van de keuze van de procedure, het aantal en de inhoud van de te stellen eisen tot en met de van toepassing te verklaren contractvoorwaarden. De reikwijdte van het proportionaliteitsbeginsel wordt in §3.1 nader toegelicht. Per opdracht zal een aanbestedende dienst voor elke fase van het aanbestedingsproces dan ook een zorgvuldige afweging moeten maken over de relevante keuzes. Het gaat dan bijvoorbeeld om de keuze voor een aanbestedingsprocedure, het al dan niet clusteren of opdelen in percelen van opdrachten, en de te stellen eisen en of deze in de juiste verhouding staan tot de aard en omvang van de opdracht. Met deze Gids worden voor deze afwegingen handvatten aangereikt.

De Gids Proportionaliteit is in zijn geheel het richtsnoer dat is aangewezen in het Aanbestedingsbesluit en handvatten geeft voor een redelijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. In hoofdstuk 3 en 4 van deze Gids zijn daarnaast voorschriften opgenomen. Op grond van de wet, geldt voor deze voorschriften dat deze door aanbestedende diensten dienen te worden nageleefd, of, dat afwijking van (onderdelen van) deze voorschriften wordt toegelicht in de aanbestedingsstukken. Elke aanbestedende dienst moet zijn keuze tot afwijking van deze voorschriften kunnen motiveren, bijvoorbeeld wanneer zwaardere eisen gekozen worden. Daarbij kan uiteraard niet algeheel worden afgezien van toepassing van de voorschriften in de Gids proportionaliteit of gekozen worden voor een algemene afwijkingsgrond. In voorkomend geval zal gemotiveerd aangegeven moeten worden, waarom en in hoeverre in die specifieke situatie een afwijkend standpunt gerechtvaardigd is. Afwijking van de voorschriften kan derhalve niet zonder goede grond. Deze voorschriften staan niet op zichzelf, maar moeten steeds in de context van de volledige tekst van de Gids beoordeeld worden. Het proportionaliteitsbeginsel en de toepassing daarvan gelden ook voor de delen van de Gids waar geen voorschriften voor geformuleerd zijn.

Overigens gelden bij aanbestedingen ook andere motiveringsverplichtingen. Te denken valt hierbij onder meer aan een motivering van een beslissing om niet te gunnen. Een dergelijke beslissing behoort tijdig, voor een ieder toegankelijk, inhoudelijk afdoende beargumenteerd gedaan te worden. Op deze motiveringsverplichtingen wordt in deze Gids niet nader ingegaan, nu het niet specifiek het proportionaliteitsbeginsel raakt.

## 1.2 Doelmatigheid en rechtmatigheid

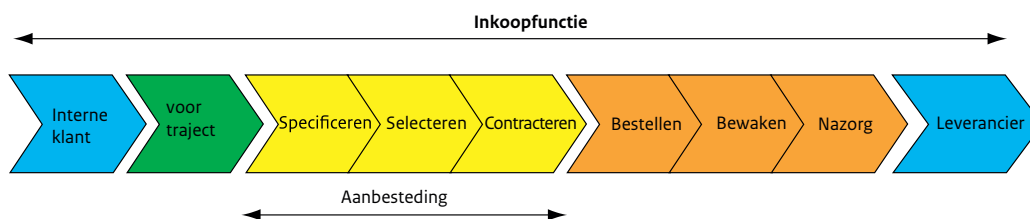
In het streven naar toepassing van het proportionaliteitsbeginsel dienen zowel de doelmatigheid als de rechtmatigheid van de aanbestedingsprocedure in ogenschouw te worden genomen. Doelmatigheid ziet in beginsel op de wijze waarop de overheidsmiddelen worden besteed.

<sup>2</sup> Waar in deze Gids wordt gesproken van aanbestedende dienst wordt ook bedoeld speciale-sectorbedrijf. Het speciale-sectorbedrijf past deze Gids *mutatis mutandis* toe binnen de op hem van toepassing zijnde kaders.

Dit kan onder meer gericht zijn op een goede prijs/kwaliteitverhouding van het ingekochte (Best value for taxpayer's money) en/of het bevorderen van de lokale economie. Bij een aanbestedingsprocedure dienen in het kader van de rechtmatigheid daarnaast onder meer gelijke kansen van deelnemende partijen te worden gewaarborgd en integriteitrisico's te worden tegengegaan. Rechtmatigheid ziet op het naleven van wet- en regelgeving. Voor wat betreft het proportionaliteitsbeginsel geeft deze Gids een handvat aan aanbestedende diensten hoe hier mee om te gaan.

### 1.3 Verhouding inkopen en aanbesteden

Inkopen en aanbesteden zijn nauw aan elkaar verbonden. Het inkopen van producten, diensten en werken is het grotere geheel, waarvan aanbesteden een specifiek onderdeel is. Aanbesteden is een van de manieren om in te kopen. Kenmerkend voor deze wijze van inkopen is het gelijktijdig, onder dezelfde condities, voorwaarden en procedureregels in concurrentie op de markt brengen van de opdracht. Deze Gids ziet met name op de fase waarin het specificeren, selecteren en contracteren plaatsvindt, aangezien daar de voor proportionaliteit belangrijke keuzes worden gemaakt.



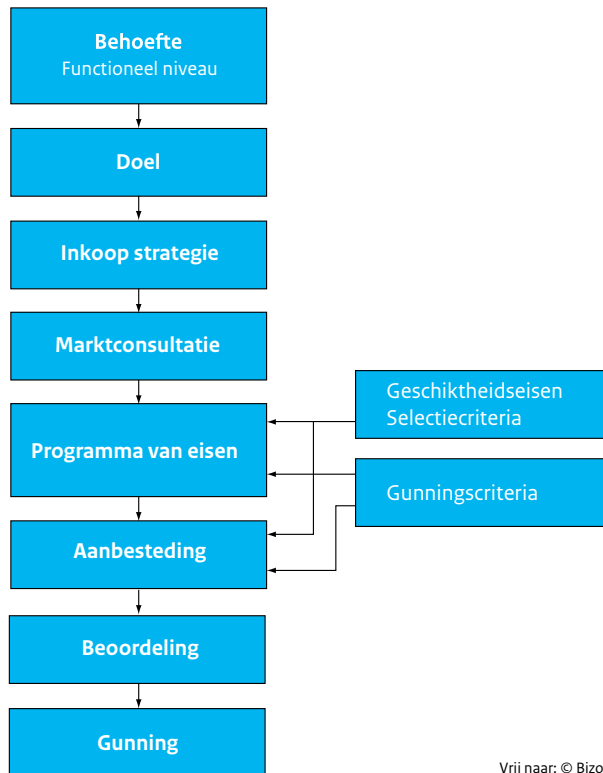
Vrij naar: (Lysons & Farington, 2006)

## 2 Voorfase

### 2.1 Inleiding

Aanbesteden is een deelproces van het veel uitgebreidere inkoopproces. Voordat een inkoopproces wordt opgestart, zal eerst de strategie moeten worden bepaald. Een goede inkoopstrategie is afgeleid van de doelstellingen van de organisatie. Enkele voorbeelden zijn: is prijs belangrijk, sociale doelstellingen, moet kwaliteit voorrang hebben, wil de organisatie voorop lopen bij nieuwe ontwikkelingen of liever wat behoudender en een 'volger' zijn? Dat betekent ook, dat een inkoopstrategie van de ene organisatie voor eenzelfde product of dienst sterk kan verschillen van de inkoopstrategie van een andere organisatie. Het is belangrijk om de doelstellingen van de organisatie af te zetten tegen de situatie op de markt. Is het een markt met veel of weinig aanbieders, is sprake van een strategische dienstverlening waarbij je een jarenlange relatie met een leverancier aangaat, of is sprake van een incidentele levering van een eenvoudig product? Ga je de markt op met een tot in detail omschreven opdrachtomschrijving (technisch specificeren), of ga je de markt op met een globale functionele omschrijving van de opdracht, en daag je de leverancier uit om een technische oplossing te verzinnen voor jouw functionele probleem?

Daarnaast is de strategie van de organisatie, en daarvan afgeleid de inkoopstrategie, in de loop van de tijd aan veranderingen onderhevig. Dit is een belangrijke reden om daar bij de start van een inkoopproces eerst gedegen onderzoek naar te doen en geen 'kopieer-plak' gedrag te vertonen, noch ten opzichte van andere organisaties (die mogelijk totaal andere organisatie-doelstellingen hebben) noch met betrekking tot stukken van de eigen organisatie van enkele jaren geleden. Elk inkoopproces, of het nu een werk, levering of dienst betreft, is uniek. Dat vraagt om het maken van zorgvuldige afwegingen bij de concrete situatie die tot maatwerk moeten leiden. Het simpelweg overnemen van bijvoorbeeld eisen, voorwaarden en criteria zonder nadere afweging of deze passend zijn voor de onderhavige opdracht kan niet alleen aanleiding tot onduidelijkheden geven, maar kan ook disproportionaliteit in de hand werken. In alle fasen van het inkoopproces, en dus niet alleen tijdens de aanbestedingsfase, is het van belang om de proportionaliteit van hetgeen gevraagd wordt te bewaken. Het inkoopproces met de inkoopstrategie wordt in het onderstaande overzicht weergegeven en in de daarop volgende paragrafen nader toegelicht.



Vrij naar: © Bizob

Er bestaat geen algemene eenduidige inkoopstrategie die geschikt en goed is voor alle in te kopen goederen, diensten en werken. De best toe te passen inkoopstrategie is afhankelijk van het in te kopen product, dienst of werk en de specifiek geldende marktsituatie.

De toe te passen inkoopstrategie wordt onder meer bepaald door de combinatie van 2 factoren:

- de geschatte waarde van de opdracht;
- het inkooprisico (zijn er alternatieven of is de aanbestedende dienst, om welke reden dan ook strikt gebonden aan één of een zeer beperkt aantal leveranciers, dienstverleners of aannemers).

Elk inkoopsegment (van routinematige tot strategische aankoop) heeft haar eigen toe te passen inkoopstrategie.

## 2.2 Behoeft

In deze eerste verkennende fase wordt de behoefte van de organisatie in kaart gebracht. In dat kader wordt ook de huidige situatie geanalyseerd. Als het bijvoorbeeld om bestaande dienstverlening gaat, spelen de volgende vragen: welke contracten hebben we nu al, wat gaat er goed wat gaat er niet goed en in hoeverre zijn de behoeften van de organisatie eventueel veranderd? In deze fase is het verstandig om eens te informeren bij collega aanbestedende diensten hoe zij het hebben aangepakt, met het doel om los van de eigen ervaringen ook te kijken wat nieuwe mogelijkheden zouden zijn. Dit is een puur inventariserende fase, proportionaliteitsaspecten zijn hier nog niet aan de orde.

Een gemeentelijke basisschool heeft voor het verzorgen van gym onderwijs een nieuwe sportfaciliteit nodig. Het schoolbestuur heeft bij het ministerie en bij buurgemeenten geïnformeerd over mogelijk actuele en relevante ontwikkelingen.

## 2.3 Doel

Deze sportfaciliteit moet:

- duurzaam gebouwd worden;
- minimaal 500 m<sup>2</sup> zijn;
- uiterlijk over twee jaar opgeleverd worden

Het inkoopproces dient een bijdrage te leveren aan het bereiken van de algemene doelstellingen van de organisatie. De inkoopdoelstellingen zijn dan ook rechtstreeks van de algemene doelstellingen afgeleid. Het is belangrijk om die doelstellingen zo concreet mogelijk te maken. Alleen dan kan er in het inkoopproces expliciet rekening mee worden gehouden. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan doelstellingen ten aanzien van functionaliteit, duurzaamheid, levertijd en kosten. Ook in deze fase is nog niet direct sprake van proportionaliteitsaspecten. Indirect kan dat overigens wel, bijvoorbeeld door een doelstelling voor de doorlooptijd van een opdracht. Op het moment dat vanuit de organisatie aan de inkoper een extreem korte doorlooptijd van een opdracht wordt gevraagd, kan dat ertoe leiden dat dit vereiste wordt doorvertaald naar extreem hoge (wellicht disproportionele) vereisten aan de inschrijvers, waardoor de mededinging onnodig en ten onrechte wordt beperkt.

## 2.4 Inkoopstrategie

Bij het op de markt zetten van de sportfaciliteit gelden de volgende interne wensen:

- er wordt rekening gehouden met lokale en regionale ondernemers;
- het project wordt in 3 percelen op de markt gezet;
- voor de installateur is het van belang dat hij minimaal 1 vergelijkbare referentie heeft

Het uitgangspunt van de inkoopstrategie is dat het product, dienst of werk voor de juiste prijs/kwaliteit-verhouding verkregen zal worden. Een van de grondbeginselen van het EU-verdrag is dat de inkoopende dienst opdrachtnemers, ongeacht de grootte en de plaats van vestiging, gelijk zal behandelen. Het grondbeginsel geldt voor alle doelstellingen van het inkooptraject. Mede op basis van een marktanalyse bepaal je of het verstandig is opdrachten te bundelen of op te delen in percelen, of eventueel met meer aanbestedende diensten gezamenlijk in te kopen, al dan niet op basis van een bepaalde perceelindeling (zie ook §3.3.1 en §3.3.2).

De inkoopstrategie mag echter niet worden ontworpen met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van de wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken (zie artikel 1.10a). Dit betekent dat de inkoopstrategie niet als doel mag hebben bepaalde ondernemers te bevoordelen of te benadelen. Ook mogen geen minder gunstige voorwaarden worden gesteld aan ondernemers uit landen die niet tot de EU behoren (zie artikel 1.23).

Zoals hierboven aangegeven, bestaat er al met al geen algemene eenduidige inkoopstrategie die geschikt en goed is voor alle in te kopen producten, diensten en werken. De best toe te passen inkoopstrategie is, naast de organisatiedoelstellingen, afhankelijk van het in te kopen product, dienst of werk en de specifiek geldende marktsituatie.

De toe te passen inkoopstrategie wordt daarnaast bepaald door de combinatie van 2 factoren:

- de geschatte waarde van de opdracht;
- het inkooprisico (zijn er alternatieven of is de aanbestedende dienst, om welke reden dan ook strikt gebonden aan één of een zeer beperkt aantal leveranciers, dienstverleners of aannemers).

Elk inkoopsegment van routinematige inkoop (kleine waarde, klein risico) tot strategische inkoop (hoge waarde, hoog risico) heeft haar eigen toe te passen inkoopstrategie.

Het bepalen van de inkoopstrategie dwingt het inkoopteam van tevoren goed na te denken over de te maken keuzes. Zodra deze keuzes zijn vastgelegd en bekrachtigd door de verantwoordelijken binnen de organisatie (zo nodig op meer niveaus) liggen ze immers vast voor de rest van het inkoopproces inclusief het aanbestedingstraject. Een aantal van deze keuzes heeft een duidelijke proportionaliteitsimpact. In hoofdstuk 3 wordt nader op deze keuzes ingegaan.

## 2.5 Marktconsultatie

Kennis van de markt is noodzakelijk. Een marktconsultatie is een belangrijk instrument om de bevindingen over onder meer het doel, de behoefte en eventuele inkoopstrategie te toetsen, maar ook om te kijken of de geformuleerde vraag wel aansluit bij hetgeen de betreffende markt heeft te bieden en of er niet betere oplossingen zijn, etcetera. Een consultatie kan ook een beeld schetsen van de opbouw en samenstelling van de betreffende markt. Er kan worden bekeken welke samenwerking/relatie er in de markt voor die opdracht het meest geschikt zou zijn. Bij aanbestedende diensten bestaat soms terughoudendheid om voorafgaand aan een aanbesteding met potentiële inschrijvers te praten. Dit komt onder meer voort uit angst voor mogelijke juridische procedures, discussies over voorkennis en dergelijke. Dat is echter niet nodig. Uiteraard dient men er wel voor zorg te dragen, dat de algemene beginselen, zoals transparantie, goed gewaarborgd zijn. Dit kan bijvoorbeeld door een accurate verslaglegging over de inhoud en het proces van de marktconsultatie, dat als document bij de aanbestedingsstukken wordt gevoegd. Wanneer voor enigerlei vorm van marktconsultatie wordt gekozen, mag dit er overigens niet toe leiden, dat sprake is van een verkapte selectie- of aanbestedingsprocedure. Een marktconsultatie is overigens een veel omvattend begrip en de ene marktconsultatie is de andere niet. Bij diverse aanbestedende diensten, maar ook in diverse branches zijn er goed werkbare vormen van marktconsultaties beschikbaar.

Een aanbestedende dienst wil een aanbesteding over telecomdiensten en –apparatuur op de markt zetten en wil graag van de marktpartijen vernemen of de keuzes die in het strategiedocument zijn gemaakt, realistisch en haalbaar zijn. Hiertoe laat de aanbestedende dienst een ICT-Haalbaarheids-toets uitvoeren speciaal gericht op deze vragen. Zo kan de aanbestedende dienst een goed beeld krijgen van de structuur en de (on)mogelijkheden van de markt, terwijl marktpartijen nu nog voor de aanbesteding kunnen aangeven, hoe de aanbestedende dienst de uitvraag kan verbeteren. Om te voldoen aan de beginselen van het aanbestedingsrecht wordt een uitgebreid verslag van de sessie openbaar gemaakt, zodat ook niet-aanwezige marktpartijen dezelfde informatie krijgen.

## 2.6 Programma van Eisen

Bij een functionele specificatie zullen bijvoorbeeld de binnen-klimaatdoelstellingen van de sportfaciliteit gedefinieerd worden (zoals temperatuur, luchtvochtigheid). De inschrijver geeft in zijn offerte aan hoe hij deze denkt te bereiken. Bij een technische specificatie wordt exact omschreven aan welke technische eisen de installaties dienen te voldoen.

In deze fase worden de behoefte, de doelstellingen, de inkoopstrategie en de informatie die is verkregen uit de marktconsultatie vertaald in een concreet document op basis waarvan de aanbesteding uitgevoerd gaat worden. Globaal kan dat op twee manieren: functioneel of technisch specificeren. Een functionele specificatie beschrijft de functie die een product, dienst of werk moet vervullen. Daarentegen omvat een technische specificatie de exacte kenmerken waaraan een product, werk of dienst moet voldoen. Functionele specificaties bieden inschrijvers de vrijheid bepaalde oplossingen voor een vraagstuk aan te reiken, in plaats van gedetail-

leerd voor te schrijven in welke oplossingen moet worden voorzien. De keuze voor functioneel of technisch specificeren heeft direct gevolgen voor de eisen die aan de inschrijver worden gesteld. In het ene geval wil je immers weten of hij iets kan maken dat tot in detail is omschreven, in het andere geval vraag je hem een oplossing te verzinnen voor jouw probleem. Bij het opstellen van het programma van eisen worden dus keuzes gemaakt die een duidelijk proportionaliteits-aspect kunnen hebben.

2.7

## Aanbesteding, beoordeling en gunning

Deze onderwerpen komen in het vervolg van deze Gids aan de orde, waarbij alleen wordt ingegaan op de proportionaliteitsaspecten die aan deze onderwerpen zitten.

# 3 Opstellen aanbestedingsdocumenten

## 3.1 Inleiding

Bij het daadwerkelijk op de markt zetten van een opdracht zullen eisen en voorwaarden moeten worden geformuleerd. Bij de invulling hiervan speelt het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol. De algemene regel is in de wet zelf te vinden, in de artikelen 1.10 voor Europese aanbestedingen, 1.13 voor nationale aanbestedingen met uitzondering van meervoudig onderhands aanbesteden, dat is geregeld in 1.16.

### Artikel 1.10

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
  - a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;
  - b. de uitsluitingsgronden;
  - c. de inhoud van de geschiktheidseisen;
  - d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;
  - e. de te stellen termijnen;
  - f. de gunningscriteria;
  - g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;
  - h. de voorwaarden van de overeenkomst.
3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.
4. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.



#### **Artikel 1.13**

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
  - a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;
  - b. de uitsluitingsgronden;
  - c. de inhoud van de geschiktheidseisen;
  - d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;
  - e. de te stellen termijnen;
  - f. de gunningscriteria;
  - g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;
  - h. de voorwaarden van de overeenkomst.
3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.
4. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.

#### **Artikel 1.16**

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in ieder geval acht op:
  - a. het al of niet samenvoegen van opdrachten;
  - b. de te stellen termijnen;
  - c. de met de inschrijving verbonden kosten;
  - d. de voorwaarden van de overeenkomst.
3. Bij algemene maatregel van bestuur wordt een richtsnoer aangewezen waarin voorschriften zijn vervat met betrekking tot de wijze waarop door bij die algemene maatregel van bestuur aan te wijzen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven uitvoering wordt gegeven aan het eerste lid.
4. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf past de in het derde lid bedoelde voorschriften toe of motiveert een afwijking van een of meer van die voorschriften in de aanbestedingsstukken.

NB In het vervolg van deze Gids zal bij het aanhalen van bovenstaande artikelen, waar mogelijk volstaan worden met weergave van de tekst van artikel 1.10 en verwijzing naar de overige artikelen.

Het gaat in het tweede lid steeds om een beperkte aanduiding van onderwerpen die in ieder geval, zo geeft de wet aan, onder het proportionaliteitsbeginsel vallen; de reikwijdte van het proportionaliteitsbeginsel is echter ruimer. Proportionaliteit heeft immers betrekking op alle fasen van het aanbestedingsproces, van de keuze van de procedure tot en met de gunning. Naast de eisen en criteria spelen onder meer ook contractvoorwaarden daarbij een rol.

Om tot optimale proportionele invulling van bovengenoemde aspecten te komen, moet de aanbestedende dienst de inkoopbehoefte helder hebben geformuleerd. Vrij vertaald, zoals in hoofdstuk 2 beschreven:

- wat wil ik hebben;
- wie heb ik daar voor nodig;
- wat zijn de eventuele specifieke risico's die ik in het aanbestedingsproces wens af te dekken.

## 3.2 Definiëring opdracht

Het is van essentieel belang om als aanbestedende dienst eerst helder voor ogen te hebben, wat de aan te besteden opdracht precies omvat. Anders gezegd: de kenmerken van de opdracht, in termen van een programma van eisen, dienen in beeld te worden gebracht. De wijze waarop dit kan gebeuren, is toegelicht in §2.6.

## 3.3 Omvang van de opdracht

Per opdracht zal vervolgens een reële raming moeten worden gemaakt. Aan de hand van deze raming kunnen de diverse aan de opdracht dan wel inschrijver te stellen eisen nader worden ingevuld.

Niet alleen de bepaling van de opdracht in financiële zin heeft invloed op de te stellen eisen. De omvang van de opdracht, in termen van al dan niet samenvoegen van opdrachten dan wel opdelen in percelen speelt eveneens een rol. Clusteren en percelen vormen de keerzijde van dezelfde medaille. In de hierna volgende paragrafen wordt ingegaan op het fenomeen 'clusteren' enerzijds en op 'opdeling in percelen' anderzijds.

### Artikel 2.13

De aanbestedende dienst raamt de waarde van de voorgenomen overheidsopdracht of prijsvraag of het voorgenomen dynamisch aankoopstelsel of innovatiepartnerschap overeenkomstig de artikelen 2.14 tot en met 2.22.

### 3.3.1 Proportionaliteit in clusteren

**Artikel 1.10** (1.13 en 1.16 bevatten overeenkomstige bepalingen voor nationale aanbestedingen en meervoudig onderhands)

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
  - a. **het al of niet samenvoegen van opdrachten;**...

### Artikel 1.5

1. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf voegt opdrachten niet onnodig samen. Alvorens samenvoeging plaatsvindt, wordt in ieder geval acht geslagen op:
  - a. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;
  - b. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst, het speciale-sectorbedrijf en de ondernemer;
  - c. de mate van samenhang van de opdrachten.
2. Indien samenvoeging van opdrachten plaatsvindt, wordt dit door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gemotiveerd in de aanbestedingsstukken.
3. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf deelt een opdracht op in meerdere percelen, tenzij hij dit niet passend acht, in welk geval de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit motiveert in de aanbestedingsstukken.

Er zijn diverse vormen van clusteren (dat wil zeggen samenvoegen): clusteren van gelijksoortige opdrachten binnen één aanbestedende dienst, clusteren van gelijksoortige opdrachten door verschillende aanbestedende diensten samen en clusteren van ongelijksoortige opdrachten. Dit laatste kan betrekking hebben op ongelijksoortige opdrachten die gelijktijdig dan wel volgtijdelijk moeten worden uitgevoerd.

**Gelijksoortige opdrachten binnen één aanbestedende dienst:**

Een aanbestedende dienst met meer zelfstandige vestigingen voegt alle opdrachten voor beveiligingsdiensten voor alle locaties samen in één aanbesteding.

**Gelijksoortige opdrachten door verschillende diensten:**

Drie waterschappen voegen hun drukwerkopdrachten voor de komende twee jaar samen in één aanbesteding.

**Ongelijksoortige opdrachten volgtijdelijk:**

Een aanbestedende dienst doet één aanbesteding voor ontwerp, uitvoering en langdurig meerjarig onderhoud van een Rijksweg. Deze opdrachten, die elkaar in de tijd opvolgen, worden in één aanbesteding samengevoegd.

**Ongelijksoortige opdrachten tegelijkertijd:**

Een aanbestedende dienst voegt de opdrachten voor cateringdiensten, schoonmaak en technische onderhoud van haar gebouwen samen tot één aanbesteding.

De gelijksoortigheid van opdrachten vereist overigens kritische beschouwing, waarbij marktkennis een grote rol speelt. Dit mag blijken uit de volgende voorbeelden:

Een aanbestedende dienst heeft een aanbesteding uitgeschreven en verschillende tolk- en vertaaldiensten geclusterd. Deze aanbesteding was verdeeld in 2 grote percelen voor tolk- en vertaaldiensten voor diverse zelfstandige vestigingen. De 2 percelen besloegen elk alle talencombinaties en alle specialisatiegebieden. Gezien de grootte van de percelen was een minimumomzet vereist van respectievelijk € 1.900.000,- voor perceel 1 en € 1.600.000 voor perceel 2. Deze aanbesteding heeft direct effect op de tolk- en vertaalmarkt, mede omdat de specialisatiegebieden zijn geclusterd. Het maakt immers veel uit of iemand een beëdigd juridische vertaler is of een medische vertaler, en of iemand Zweeds vertaalt of Irakees. Nu komen vaak niet de juiste vertalers op de juiste plaats.

Een andere aanbestedende dienst heeft besloten dat zij alle persoonlijke tolkdiensten (dus niet de telefonische) niet meer zal clusteren en één voor één direct zal uitzetten in de markt. Haar argumenten voor dit besluit zijn: het afbreukrisico is kleiner en er is een noodzaak tot vertrouwelijk en persoonlijk contact met de mensen die de dienstverlening verrichten. Deze aanbestedende dienst geeft aan dat deze persoonlijke diensten niet als homogene diensten geclusterd kunnen worden. Uiteraard betekent dit niet per se dat de waarde van al die losse opdrachten niet bij elkaar geteld dienen te worden voor de vraag of men überhaupt boven de aanbestedingsdrempels uit komt en dus moet aanbesteden.

#### Artikel 2.15a

1. Indien een aanbestedende dienst uit afzonderlijke operationele eenheden bestaat, wordt bij de bepaling van de geraamde waarde van de overheidsopdracht de totale geraamde waarde van deze eenheden betrokken.
2. Indien een afzonderlijke operationele eenheid zelfstandig verantwoordelijk is voor zijn aanbestedingen of bepaalde categorieën van aanbestedingen kan, in afwijking van het eerste lid, de waarde van een overheidsopdracht worden bepaald op het niveau van de desbetreffende operationele eenheid.

Een nog wel eens voorkomend misverstand is dat zelfstandige onderdelen van één overheidsinstantie verplicht zouden zijn gelijksoortige opdrachten samen te voegen. Als het echt om een zelfstandig functionerend onderdeel gaat, dan is dat aanbestedingsrechtelijk niet nodig en kan dit zelfs in strijd zijn met artikel 1.5 of het proportionaliteitsbeginsel.

Voor toetsing of sprake is van een “operationele eenheid” gelden cumulatief de volgende eisen:

- onafhankelijk inkopen/eigen verantwoordelijkheid;
- beschikken over een eigen inkoopbudget;
- met inkoop voorzien in eigen behoeften;
- onafhankelijk contracteren.

Op grond van de wet is onnodig samenvoegen (clusteren) van opdrachten niet toegestaan. Als er samenvoeging plaatsvindt dan dient dit te worden toegelicht in de aanbestedingsstukken.

Clusteren van opdrachten kan een middel zijn om gestelde doelen te bereiken. De samenvoeging van opdrachten moet dan wel gerechtvaardigd zijn en gemotiveerd worden met het oog op de in wet genoemde criteria. Elke vorm van clusteren heeft voor- en nadelen. Deze zijn afhankelijk van de specifieke omstandigheden van de opdracht en moeten inzichtelijk gemaakt worden.

Wanneer gemotiveerd met correcte afweging van de diverse belangen voor clusteren van opdrachten in één aanbesteding wordt gekozen, geldt op basis van de wet als uitgangspunt dat de opdracht in meer percelen wordt onderverdeeld. Zie ook §3.3.2.

De grootte van een opdracht is geen statisch gegeven. Er dient een evenwicht gezocht te worden tussen de voor- en nadelen van een grote opdracht (de ‘*economy of scale*’ versus de ‘*economy of scope*’). Enerzijds kan schaalvergroting leiden tot beperking van de transactiekosten (aanbestedingskosten en apparaatkosten) en een lagere prijs. Anderzijds kan schaalvergroting leiden tot toename van de complexiteit van de opdracht hetgeen van invloed kan zijn op de beheersbaarheid en doorlooptijd (met bijbehorende kosten) en een toename van risico’s en faalkosten. Bij de beoordeling of clusteren (of opdelen in percelen, zie §3.3.2) in het onderhavige geval doelmatig is dienen dan ook de totale kosten (kosten van voorbereiding, aanbesteding, realisatie, exploitatie en onderhoud) en mogelijk andere relevante aspecten van de opdracht mee te worden genomen.

Een van die andere relevante aspecten is de samenstelling van de relevante markt. Het aantal potentiële inschrijvers dient nog dusdanig te zijn, dat de mededinging gewaarborgd blijft en de concurrentie niet merkbaar wordt beperkt.<sup>3</sup>

<sup>3</sup> Zie voor meer informatie hierover § 3.5.4.

Met inachtneming van het bovenstaande kunnen twee of meer (al dan niet gelijksoortige) opdrachten dus worden samengevoegd:

- wanneer het gaat om logisch samenhangende onlosmakelijk met elkaar verbonden onderdelen<sup>4</sup>;
- waarbij -in het kader van de marktverhoudingen- de positie van het MKB zorgvuldig is geanalyseerd en afgewogen; en
- de aanbestedende dienst de noodzaak tot clusteren deugdelijk kan motiveren.

Een landelijk opererende aanbestedende dienst voegt voor al haar locaties in Nederland voor 4 jaar het installatietechnisch onderhoud van haar gebouwen samen in één opdracht. Hiermee worden de mogelijkheden voor het MKB ernstig beperkt. Daarnaast maakt deze aanbestedende dienst zich hiermee sterk afhankelijk van één marktpartij, hetgeen toeleveringsrisico's met zich mee kan brengen.

Een andere aanbestedende dienst voegt de op zichzelf staande disciplines beveiliging, interieur schoonmaak, catering, glazenwassen en groenonderhoud samen. De markt kenmerkt zich met name door bedrijven die één van deze disciplines aanbieden, uitzonderlijk twee. Door te eisen dat één partij deze opdracht in zijn geheel uitvoert, komt slechts een zeer beperkt deel van de markt in aanmerking voor deze opdracht. Dit is disproportioneel.

### 3.3.2 Percelen

#### Artikel 2.14

1. De aanbestedende dienst splitst de voorgenomen overheidsopdracht, of prijsvraag of het voorgenomen dynamisch aankoopstelsel of innovatiepartnerschap niet met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deze wet.
2. De aanbestedende dienst maakt de keuze van de methode van berekening van de geraamde waarde niet met het oogmerk om zich aan de toepassing van deze wet te onttrekken.

Een aanbestedende dienst met meerdere vestigingen maakt een bewuste keuze om bij de aanbesteding van haar facilitaire dienstverlening (schoonmaak, beveiliging of catering) de aanbesteding op te splitsen in (geografisch en/of functioneel bepaalde) percelen, waarbij één inschrijver niet alle percelen gegund kan krijgen.

<sup>4</sup> Onder 'onlosmakelijk met elkaar verbonden onderdelen' worden die onderdelen verstaan die los van elkaar geen zelfstandige functie hebben, bijvoorbeeld door technische en/of organisatorische noodzaak tot samenvoeging; gekunstelde samenvoeging of stapeling van kleinere gelijksoortige projecten dienen te worden tegengegaan.

Bij een bundeling van het volume voor de exploitatie van milieustraten door een aantal kleinere gemeenten, blijven 3 tot 5 potentiële ondernemingen over die deze gehele opdracht kunnen uitvoeren, terwijl veel meer ondernemingen in de betreffende marktsegmenten opereren. Hierdoor wordt door clustering marktwerking beperkt, met als mogelijk gevolg marktverschraling. Dit is op te lossen door deze opdracht (bijvoorbeeld) te verdelen in 5 percelen zijnde:

1. Papierinzameling, transport en -verwerking;
2. Glasinzameling, transport en -verwerking;
3. KGA-aanname, transport en -verwerking;
4. Beheer van de milieustraten (operationele exploitatie);
5. Transport van de ingezamelde milieustraat stromen naar verwerkers.

Zo wordt de overheidsopdracht verdeeld in 5 deelopdrachten (percelen) die aansluiten bij de marktsegmenten.

#### Artikel 2.10

1. Een aanbestedende dienst vermeldt in de aankondiging van de overheidsopdracht of inschrijvingen kunnen worden ingediend voor een of meer percelen.
2. Indien meerdere percelen aan dezelfde inschrijver kunnen worden gegund, kan een aanbestedende dienst een overheidsopdracht gunnen voor een combinatie van percelen of voor alle percelen, mits hij in de aankondiging van de overheidsopdracht:
  - a. zich daartoe de mogelijkheid heeft voorbehouden, en
  - b. heeft aangegeven welke percelen of groepen van percelen kunnen worden gecombineerd.
3. Onverminderd het eerste lid kan een aanbestedende dienst het aantal aan een inschrijver te gunnen percelen beperken, mits het maximum aantal percelen per inschrijver in de aankondiging van de overheidsopdracht is vermeld.
4. In een geval als bedoeld in het derde lid vermeldt een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken de objectieve en niet-discriminerende regels die hij zal toepassen om te bepalen welke percelen zullen worden gegund indien de toepassing van de gunningscriteria zou leiden tot de gunning van meer percelen dan het maximum aantal aan dezelfde inschrijver.

Het is een aanbestedende dienst niet toegestaan bewust een opdracht op te knippen in stukken, teneinde onder de verplichting tot Europees aanbesteden uit te komen. Dit splitsingsverbod is te vinden in artikel 2.14 van de wet. In dit geval wordt soms ten onrechte het begrip ‘percelen’ gebruikt.

Het begrip percelen betreft, in het kader van aanbestedingen, het binnen de regels van het aanbestedingsrecht onderverdelen van een opdracht in meer stukken. Uitgangspunt van de wet is dat geclusterde opdrachten in beginsel in percelen verdeeld moeten worden. Voor opdelen in percelen kan bijvoorbeeld gekozen worden omdat bij het bepalen van de inkoopstrategie gebleken is, dat de opdracht verschillende expertises vraagt die veelal niet in één onderneming verenigd zijn. Een andere reden om te kiezen voor opdelen in percelen kan zijn dat de aanbestedende dienst ook de wat kleinere ondernemingen in de gelegenheid wil stellen om mee te dingen naar een deel van de opdracht. Tenslotte kan het opdelen in percelen ook een bewuste strategie van een aanbestedende dienst zijn, om in een bepaald marktsegment niet van één onderneming afhankelijk te worden.

De wet geeft de mogelijkheid het aantal percelen, dat aan één inschrijver gegund kan worden, te beperken. Bij een aanbesteding die is opgedeeld in percelen, kan op grond van deze mogelijkheid worden aangegeven dat één inschrijver bijvoorbeeld één of twee percelen gegund kan krijgen, maar niet allemaal. Met deze bevoegdheid moet bewust worden omgegaan, waarbij bijvoorbeeld de markt, geografische spreiding en disciplines een rol spelen.

Het kan proportioneel zijn een beperking op het aantal te gunnen percelen per inschrijver op te nemen. Daarbij kan de bescherming van de belangen van het MKB een rol spelen, maar ook risico-vermindering bij een aanbestedende dienst. Denk aan het uitvoerbaar houden van de hoeveelheid werk voor de individuele onderneming en het vergroten van de kansen op het verkrijgen van een opdracht.

Een combinatie van een paar percelen kan ook voordelen hebben voor de markt en/of de aanbestedende dienst. Dan is het proportioneel om op voorhand géén beperking aan te brengen in het aantal potentieel te gunnen percelen.

Indien van de mogelijkheid tot beperking gebruik wordt gemaakt dient in de aanbestedingsstukken duidelijk te zijn gemaakt, hoe de wijze van toedeling zal plaatsvinden (§ 2.4). Bij het maken van deze keuze motiveert de aanbestedende dienst de achterliggende redenen voor die keuze.

Een geografisch gespreide aanbestedende dienst kiest er bij een aanbesteding van beveiligingsdiensten voor, dat een inschrijver alleen maar de regio Eindhoven óf Tilburg óf Limburg gegund kan krijgen. Deze branche kent naast een aantal landelijke spelers ook een groot aantal lokale / regionale MKB-spelers. Door deze keuze te maken krijgt het MKB meer kansen, en is de aanbestedende dienst minder afhankelijk van één contractspartij.

In de branche van terreininrichting zijn bedrijven werkzaam die alleen groenvoorziening doen, andere bedrijven doen alleen bestratingen, en er zijn bedrijven die beide doen. Voor een opdracht die beide omvat (zowel groenvoorziening als bestrating) kan het zowel vanuit marktpartijen als vanuit de opdrachtgever zinvol zijn om de opdracht onder te verdelen in percelen. In deze branche is het dan niet proportioneel om op voorhand al aan te geven dat een partij slechts één van beide percelen (groen of bestrating) gegund kan krijgen.

Het risico van disproportionaliteit schuilt met name in het op de markt zetten van een zeer omvangrijke opdracht die hetzij niet opgedeeld is in percelen, dan wel in zéér grote percelen, waardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten. Dit is noch in het belang van het bedrijfsleven, noch in het belang van de aanbestedende dienst (marktinperking). Er dient sprake te zijn van een goed evenwicht.

#### **Artikel 2.18**

1. Indien een voorgenomen werk of een voorgenomen aankoop van diensten kan leiden tot overheidsopdrachten die in afzonderlijke percelen worden geplaatst, neemt de aanbestedende dienst de geraamde totale waarde van deze percelen als grondslag.
2. Indien de samengestelde waarde van de percelen, bedoeld in het eerste lid, gelijk is aan of groter is dan het in de artikelen 2.1, 2.2, 2.3 of 2.6a bedoelde bedrag, is het bij of krachtens deel 2 van deze wet bepaalde van toepassing op de plaatsing van elk perceel.
3. Het tweede lid is niet van toepassing op:
  - a. overheidsopdrachten voor werken waarvan de geraamde waarde niet meer bedraagt dan € 1 000 000, exclusief omzetbelasting,
  - b. overheidsopdrachten voor diensten waarvan de geraamde waarde niet meer bedraagt dan € 80 000, exclusief omzetbelasting, mits de totale geraamde waarde van de onder a of b bedoelde percelen gezamenlijk niet meer bedraagt dan 20% van de totale waarde van alle percelen.

#### Artikel 2.19

1. Indien een voorgenomen verkrijging van homogene leveringen kan leiden tot overheidsopdrachten die in afzonderlijke percelen worden geplaatst, neemt de aanbestedende dienst de geraamde totale waarde van deze percelen als grondslag voor de raming.
2. Indien de samengestelde waarde van de percelen, bedoeld in het eerste lid, gelijk is aan of groter is dan het in de artikelen 2.2 of 2.3 bedoelde bedrag, is het bij of krachtens deel 2 van deze wet bepaalde van toepassing op de plaatsing van elk perceel.
3. Het tweede lid is niet van toepassing op percelen waarvan de geraamde waarde niet meer bedraagt dan € 80 000, exclusief omzetbelasting, mits de totale geraamde waarde van die percelen gezamenlijk niet meer bedraagt dan 20% van de totale waarde van alle percelen.

Het begrip perceel wordt bij aanbestedingen nog op een andere manier gebruikt, namelijk in het kader van de artikelen 2.18 en 2.19 van de wet: percelenregeling. Op basis van deze regeling mag bij een aanbesteding van een werk, dienst of levering een deel van de opdracht (een perceel) buiten de aanbesteding gehouden worden, mits dit deel in euro's of procenten bepaalde waarden niet te boven gaat. Hierdoor wordt een kans gecreëerd voor het MKB.

Het opdelen in percelen verhoogt de marktwerking nu meer ondernemingen gelegenheid tot deelname krijgen. De aanbestedende dienst beperkt nog steeds haar transactiekosten (in de voorbereiding) omdat sprake is van één aanbesteding, maar kan door betere marktwerking tegen concurrerende prijzen inkopen. Daarbij worden de mogelijkheden voor het MKB vergroot.

### 3.3.3

#### Raamovereenkomst

Raamovereenkomsten komen in veel sectoren voor. Met raamovereenkomsten kan de snelheid en efficiency waarmee de uiteindelijke transactie kan worden afgehandeld voor alle betrokken partijen worden vergroot. Bij een raamovereenkomst zijn de contractvoorwaarden bekend en worden die periodiek door middel van een aanbesteding opnieuw getoetst aan de marktconformiteit. De raamovereenkomst wordt met name gehanteerd bij routinematige (herhalings)inkopen waarbij de totale hoeveelheid nog onzeker is. In de praktijk blijkt een deel van deze overeenkomsten nogal eens alleen open te staan voor grotere ondernemingen en dat roept vanuit een optiek van marktwerking de nodige vragen op. Combinatievorming van (kleinere) ondernemingen is (los van de mededingingsrechtelijke beperkingen met betrekking tot combinatievorming) in de praktijk vaak lastig. Dit komt bijvoorbeeld doordat rechtstreekse concurrenten met elkaar moeten samenwerken, waardoor ze een kijkje in elkaars keuken krijgen. Daarnaast is het vinden van een passende partner ook niet altijd even makkelijk; je moet maar net iemand kennen en vertrouwen. Combinatievorming vraagt daarmee veel van bedrijven. Bovendien vraagt de afstemming van activiteiten de nodige extra inspanningen en wordt dit steeds moeilijker naarmate de combinatie groter wordt. Bij de keuze voor het aanbesteden van een raamovereenkomst zou gemotiveerd in de aanbestedingsstukken moeten worden aangegeven op welke wijze rekening is gehouden met de partijen op de relevante markt en of

#### Artikel 1.1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

...

raamovereenkomst: een schriftelijke overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten of speciale-sectoropdrachten vast te leggen;

...



in plaats van een raamovereenkomst aanbesteding van een concrete opdracht ook mogelijk zou zijn. Tenslotte geldt als uitgangspunt dat raamovereenkomsten niet het effect mogen hebben dat de toegang voor het MKB wordt beperkt.

In bepaalde sectoren zoals de grond- water- en wegebouw kan het wenselijk zijn prijzen per eenheid overeen te komen, zonder de daarbij behorende hoeveelheden vooraf vast te leggen. Deze zogenoemde open posten bestekken; in RAW Standaard 2015 aangeduid met RAW-raamovereenkomst leiden bij aanbestedingen tot fictieve aanneemsommen. De uiteindelijk uit te voeren werkzaamheden worden op basis van deelopdrachten onder de vooraf overeengekomen voorwaarden gegund. Deze systematiek leent zich voor onderhoud- en reparatiewerkzaamheden waarvan de omvang vooraf nog niet bekend is. Naast deze raambestekken kunnen ook servicebestekken worden gebruikt voor uitvoering van werk op afroep afhankelijk van nog niet te voorziene omstandigheden, bijvoorbeeld wegslepen van voertuigen, gladheidsbestrijding etc. Hierbij is niet alleen de omvang vooraf nog onbekend, maar is zelfs onduidelijk of er überhaupt gebruik van zal moeten worden gemaakt. Het gebruik wordt immers beïnvloed door het zich al dan niet voordoen van calamiteiten. Bij laatstgenoemde bestekken kunnen prijzen worden bepaald, waarbij onderscheid gemaakt kan worden naar werkdagen/zon- en feestdagen; binnen/buiten normale werktijden.

Kleine reparatie opdrachten (per opdracht < € 25.000 euro) en onderhoudswerkzaamheden aan wegen, fietspaden, stoepen, riolering en inritten binnen een gemeente, worden door een gemeente voor meerdere jaren in een raamovereenkomst aanbesteed. De opdracht omvat een contract voor de periode van 2011 tot 2014 voor het op afroep uitvoeren van:

- reparatiewerkzaamheden aan wegen en fietspaden;
- kleine straatwerkzaamheden;
- verwijderen van wortels;
- maken van inritten;
- trottoirverlagingsen;
- rioleringswerkzaamheden;
- etcetera.

Hierboven is voor de beeldvorming een aantal specifieke voorbeelden met betrekking tot raamovereenkomsten aangeduid. Er zijn er uiteraard nog veel meer te noemen. In deze Gids is niet gekozen voor een uitgebreide uitwerking van deze voorbeelden. Ten aanzien van het laatste voorbeeld wordt echter wel een schets gegeven van een mogelijk in de praktijk te kiezen in steek:

De reparatiewerkzaamheden dienen plaats te vinden in een gemeente die bestaat uit 5 kernen, inclusief de bijbehorende buitengebieden. De kernen liggen tussen de 2,5 en 7 km ten opzichte van elkaar verwijderd. De markt voor de werkzaamheden wordt voornamelijk betreden door bedrijven met 2-5 medewerkers in dienst die regionaal georiënteerd zijn. Dit laatste gezien de lage waarde per afzonderlijke opdracht. Daarnaast hebben veel van de werkzaamheden een spoedeisend karakter (bijvoorbeeld een gat in de weg) en is snelle actie dus een vereiste. Om het toeleveringsrisico te minimaliseren is ervoor gekozen de opdracht te verdelen in 5 percelen, 1 perceel per kern. Dit sluit aan bij de wens van de gemeente en bij de marktsituatie.

Waar het in deze paragraaf met name om gaat, is kort aan te geven welke proportionaliteitsaspecten de aandacht verdienen:

**Voorschrift 3.3 A:**

*De aanbestedende dienst verlangt bij raamovereenkomsten niet dat inschrijvers personeel, materieel of materiaal beschikbaar houden zonder dat daar een omzetgarantie of vergoeding tegenover staat.*

- Raamovereenkomsten kunnen tot disproportionaliteit leiden wanneer ondernemers de verplichting hebben personeel, materieel, materiaal en/of andere zaken beschikbaar te houden voor de opdrachtgever zonder dat daar enige omzetgarantie of vergoeding voor de betreffende ondernemers tegenover staat. Het kan dan gaan om een directe verplichting wanneer die expliciet in de contractvoorwaarden is opgenomen, maar het kan ook gaan om een indirecte verplichting omdat bijvoorbeeld een leverplicht in de raamovereenkomst is opgenomen die zo kort op de gunning van de nadere opdracht(en) zit, dat men de facto het betreffende personeel, materieel, materiaal en/of andere zaken beschikbaar moet houden.

**Voorschrift 3.3 B:**

*In de aankondiging maakt de aanbestedende dienst, wanneer binnen de raamovereenkomst een te plaatsen opdracht over meerdere inschrijvers zal worden verdeeld, op transparante wijze bekend:*

1. *voor welke activiteiten bij inschrijving prijzen worden verlangd;*
  2. *binnen welk tijdsbestek de onderscheiden werkzaamheden moeten worden uitgevoerd; en*
  3. *op welke wijze deze werkzaamheden over de ondernemers zullen worden verdeeld.*
- Wanneer de opdrachten binnen een raamovereenkomst over meer ondernemers zullen worden verdeeld, behoort vooraf in de aankondiging van de raamovereenkomst duidelijk te worden gemaakt voor welke activiteiten/delen bij inschrijving prijzen worden verlangd en welke werkzaamheden na gunning zullen worden opgedragen, alsmede binnen welk tijdsbestek één en ander moet worden uitgevoerd. Anders gezegd mag het dus niet zo zijn, dat 1 of meer van de ondernemers eerst bij gunning van de opdracht moet(en) constateren een onbekend, ongunstig deel van de opdracht toegewezen te krijgen. Het kan hier bijvoorbeeld gaan om activiteiten die niet aaneengesloten liggen, maar geografisch verspreid waardoor veel extra mobilisatiekosten moeten worden gemaakt die vooraf niet zijn ingecalculeerd. De (wijze van) werkverdeling over meer ondernemers moet transparant zijn.
  - Bij het hanteren van zogenoemde open postenbestekken, of RAW raamovereenkomsten (zoals geschetst in een eerder kader bij deze paragraaf) is het noodzakelijk dat een reële inschatting wordt gemaakt van de omvang van de opdracht waarvoor een prijs wordt opgevraagd. De af te geven prijzen kunnen immers nadrukkelijk uiteenlopen afhankelijk van de uit te voeren hoeveelheid resultaatsverplichting. Wanneer de omvang van een bepaalde activiteit vooraf moeilijk is in te schatten, kan het proportioneel zijn voor de betreffende werkzaamheid niet één enkele bestekspost op te nemen, maar prijzen middels een staffel prijs op te vragen voor verschillende hoeveelheden, bijvoorbeeld van 0 tot 100 m<sup>2</sup>, van 100 tot 500 m<sup>2</sup> etcetera.

### 3.3.4 Aankoopcentrale/inkoopsamenwerking

#### Artikel 1.1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

...

aankoopcentrale: een aanbestedende dienst die of speciale-sectorbedrijf dat een gecentraliseerde aankoopactiviteit en eventueel een aanvullende aankoopactiviteit verricht ;

...

aanvullende aankoopactiviteit: een activiteit die bestaat uit het verlenen van ondersteuning aan een aankoopactiviteit, in het bijzonder op de volgende wijzen:

- a. door het beschikbaar stellen van technische infrastructuur die aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven in staat stelt overheidsopdrachten respectievelijk speciale-sectoropdrachten te plaatsen;
- b. door advisering over het verloop of de opzet van aanbestedingsprocedures;
- c. door voorbereiding en beheer van aanbestedingsprocedures namens en voor rekening van de betrokken aanbestedende dienst of het betrokken speciale-sectorbedrijf;

...

#### Artikel 2.11a

1. Twee of meer aanbestedende diensten kunnen overeenkomen specifieke aanbestedingsprocedures gezamenlijk uit te voeren.
2. Indien een volledige aanbestedingsprocedure gezamenlijk wordt uitgevoerd namens en voor rekening van alle betrokken aanbestedende diensten, zijn zij gezamenlijk verantwoordelijk voor het nakomen van hun verplichtingen op grond van deel 2 van deze wet.
3. Het tweede lid is van overeenkomstige toepassing indien een aanbestedende dienst de procedure beheert en optreedt namens zichzelf en de andere betrokken aanbestedende diensten.
4. Indien een aanbestedingsprocedure niet volledig gezamenlijk wordt uitgevoerd namens en voor rekening van de betrokken aanbestedende diensten, zijn zij uitsluitend gezamenlijk verantwoordelijk voor de gezamenlijk uitgevoerde delen.
5. In het geval, bedoeld in het vierde lid, is elke aanbestedende dienst als enige verantwoordelijk voor het nakomen van zijn verplichtingen bij of krachtens deel 2 van deze wet met betrekking tot de delen die hij in eigen naam en voor eigen rekening uitvoert.

#### Artikel 2.11b

1. Aanbestedende diensten in verschillende lidstaten van de Europese Unie kunnen gezamenlijk een overheidsopdracht plaatsen, een dynamisch aankoopstelsel exploiteren of, met inachtneming van artikel 2.140, eerste lid, een opdracht plaatsen op in het kader van de raamovereenkomst of het dynamisch aankoopstelsel.
2. In een geval als bedoeld in het eerste lid, sluiten de deelnemende aanbestedende diensten een overeenkomst die het volgende bepaalt:
  - a. de verdeling van verantwoordelijkheden van de partijen en de relevante toepasselijke nationale bepalingen, en
  - b. de interne organisatie van de aanbestedingsprocedure, met inbegrip van het beheer van de procedure, de verdeling van de aan te besteden werken, leveringen of diensten en de sluiting van overeenkomsten, tenzij deze elementen reeds zijn geregeld door een tussen de betrokken lidstaten van de Europese Unie gesloten internationale overeenkomst.

3. De verdeling van verantwoordelijkheden en de toepasselijke nationale bepalingen, bedoeld in het tweede lid, onderdeel a, worden in de aanbestedingsstukken vermeld.
4. In een geval als bedoeld in het eerste lid voldoet een deelnemende aanbestedende dienst aan zijn verplichtingen bij of krachtens deel 2 van deze wet indien hij werken, leveringen of diensten verwerft van een aanbestedende dienst in een andere lidstaat van de Europese Unie die voor de aanbestedingsprocedure verantwoordelijk is.
5. Nationale bepalingen van de lidstaat van de Europese Unie waar een aankoopcentrale is gevestigd, zijn van toepassing op het door die aankoopcentrale:
  - a. verschaffen van een gecentraliseerde aankoopactiviteit;
  - b. plaatsen van een overheidsopdracht in het kader van een dynamisch aankoopstelsel;
  - c. doen uitgaan van een nieuwe aankondiging in het kader van een raamovereenkomst;
  - d. bepalen welke van de ondernemers die partij zijn bij een raamovereenkomst, een bepaalde taak uitvoeren.
6. Indien aanbestedende diensten uit verschillende lidstaten van de Europese Unie een gezamenlijke entiteit hebben opgericht, met inbegrip van een entiteit opgericht krachtens het recht van de Europese Unie, komen de deelnemende aanbestedende diensten bij besluit van het bevoegde orgaan van de gezamenlijke organisatie overeen welke nationale aanbestedingsregels van toepassing zijn:
  - a. de nationale bepalingen van de lidstaat waar de gezamenlijke entiteit zijn statutaire zetel heeft; of
  - b. de nationale bepalingen van de lidstaat waar de gezamenlijke entiteit zijn activiteiten uitoefent.
7. Een overeenkomst als bedoeld in het zesde lid kan:
  - a. voor onbepaalde tijd gelden indien de oprichtingsakte van de gezamenlijke entiteit daarin voorziet; of
  - b. beperkt zijn tot een bepaalde termijn, soorten opdrachten of tot een of meer individuele plaatsingen van opdrachten.
8. Aanbestedende diensten maken geen gebruik van een mogelijkheid als bedoeld in dit artikel met het oogmerk om zich te onttrekken aan voor hen dwingende publiekrechtelijke bepalingen overeenkomstig het recht van de Europese Unie.

In kleinere organisaties kan vaak onvoldoende kwalitatieve en kwantitatieve capaciteit worden vrijgemaakt om inkoop- en aanbestedingsprocessen professioneel te kunnen sturen en uitvoeren. Veelal zijn het afdelingsmedewerkers die inkoop als klein deel van hun taakpakket toebedeeld hebben gekregen, zonder de hiervoor benodigde achtergrond of opleiding te hebben. Door dit gebrek aan professionele capaciteit worden de voordelen van de aanbestedingsprocedures niet voldoende benut en loopt de rechtmatigheid en daarmee ook de proportionaliteit gevaar. Dit ontbreken van inkoop- en materiedeskundigheid kan op meerdere manieren worden opgelost. Zeker bij wat meer bijzondere of complexere aanbestedingen kan dit goed door kennisdeling, mits de kwaliteit van de te delen kennis voldoende is en de kennisdeling goed gebeurt.

#### 3.3.4.1

##### *Vormen van inkoop samenwerking*

Een aantal kleinere aanbestedende diensten hebben al samenwerking op inkoopgebied opgezocht. Het gaat dan om verbanden met verschillende niveaus van integratie van het inkoopbeleid en -proces. Ieder organisatieverband kiest de vorm die bij de specifieke omstandigheden van die samenwerking past. Dit varieert van het delen van kennis op ad-hoc basis tot het vormen van een zelfstandige inkoopentiteit, zoals een vereniging of stichting. De vormen van samenwerking zouden bij voorkeur niet verder moeten reiken dan dat de zwakste schakel van de groep wil.

De voordelen van samenwerking zijn direct en evident. Naarmate er professioneler wordt aanbesteed valt er meer te besparen. Niet alleen vanwege de financiële voordelen zouden aanbestedingsprocessen professioneler moeten worden ingericht, ook kwalitatieve aspecten

van aanbestedingen spelen een belangrijke rol. De kwaliteit van de inkoopafdeling vertaalt zich uiteraard in de kwaliteit van de producten, diensten en werken zelf, maar ook in de beheersing van doorloop- en levertijden, het voorkomen van onverwachte budgetoverschrijdingen, de integriteit van de gemeentelijke organisatie en de verifieerbare rechtmatigheid van de uitgaven. Ten slotte is de uitstraling van goed ingerichte gemeentelijke inkoopprocessen als voorbeeldfunctie naar de eigen organisatie, het bedrijfsleven en de burgers van belang. Dit speelt een essentiële rol in het ontwikkelen en vasthouden van vertrouwen in de wijze waarop gemeenschapsgeld wordt besteed. Wanneer aanbestedende diensten gezamenlijk aanbesteden, zijn zij gezamenlijk verantwoordelijk voor het correct toepassen van de wet en het proportionaliteitsbeginsel. Samenwerking met buitenlandse aanbestedende diensten is ook een mogelijkheid die kan worden toegepast. In dat geval moeten in principe alle aanbestedende diensten een overeenkomst sluiten die vastlegt hoe de verantwoordelijkheden worden verdeeld, welke nationale bepalingen van toepassing zijn en hoe de procedure intern wordt georganiseerd. Bij de keuze van de toepasselijke nationale bepalingen is het niet proportioneel het recht van een andere lidstaat te kiezen met het oogmerk zich te onttrekken aan de toepassing van deze Gids.

#### 3.3.4.2 *Marktvershraling en proportionaliteit*

Bij het aangaan van een inkoop samenwerking is het van belang dat acht wordt geslagen op gevolgen die deze samenwerking kunnen hebben op de markt. Ondanks dat duidelijk besparingen kunnen worden geboekt bij aanbestedingen door het aangaan van een samenwerking, moet men er constant alert op zijn, dat dit niet leidt tot een vershraling van de markt en het competitieve en innovatieve aanbod op de lange termijn. Inkopen en aanbesteden is een vak en daarbij hoort een adequate analyse van de markt, des te meer bij inkoop samenwerkingen. Inkoop samenwerking mag nadrukkelijk niet worden verward met clusteren van opdrachten. Daaruit volgt dat inkoop samenwerking ook niet mag leiden tot het per definitie clusteren van opdrachten. Voor clusteren dient op basis van §3.3.1 een proportionele afweging te worden gemaakt.

## 3.4 Keuze aanbestedingsprocedure

### **Voorschrift 3.4 A:**

*De aanbestedende dienst beziet per opdracht welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is, daarbij slaat hij in ieder geval acht op de volgende aspecten:*

- *omvang van de opdracht;*
- *transactiekosten voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers;*
- *aantal potentiële inschrijvers;*
- *gewenst eindresultaat;*
- *complexiteit van de opdracht;*
- *type van de opdracht en het karakter van de markt.*

Een aanbestedingsprocedure is een procedure met behulp waarvan een aanbestedende dienst probeert te komen tot gunning van een opdracht aan een marktpartij door concurrentie in de markt op te roepen. Aanbestedende diensten zijn verplicht om opdrachten met een waarde boven de Europese drempelbedragen<sup>5</sup> Europees aan te besteden. Ook beneden de Europese drempelbedragen passen aanbestedende diensten vaak aanbestedingsprocedures toe. De transactiekosten die deze procedures met zich brengen, staan niet altijd in verhouding tot het doel dat met het toepassen van een dergelijke procedure wordt nagestreefd. Het is van belang per opdracht te bezien, welke procedure het meest geschikt en proportioneel is.

<sup>5</sup> Deze Europese drempelwaarden voor overheidsopdrachten zijn vastgelegd in de Europese richtlijnen. De Europese Commissie stelt elke twee jaar nieuwe drempelwaarden vast, deze worden gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie.

Bij die afweging spelen onder meer de volgende zaken een rol:

- omvang van de opdracht;
- transactiekosten aanbestedende dienst en inschrijvers;
- aantal potentiële inschrijvers;
- gewenst eindresultaat;
- complexiteit van de opdracht;
- type opdracht/betrokken sector.

#### 3.4.1 **Karakter van de markt**

Kennis van het karakter van de markt, in termen van het aantal potentiële aanbieders en de mate van concurrentie, is bepalend voor de te volgen strategie en toe te passen tactiek, waaronder de te kiezen aanbestedingsprocedure. In het kader van proportionaliteit is het van belang die aanbestedingsprocedure te kiezen die het best past bij het betreffende type markt. Bij een markt met veel (gelijke) concurrenten past een andere procedure dan bij een markt met slechts enkele aanbieders. Ook andere verschillen, zoals geografische, kunnen een rol spelen. Zo kan hetzelfde type markt in de ene regio een andere procedure vergen dan in een andere regio. In alle gevallen moet dus sprake zijn van maatwerk.

#### 3.4.2 **Gangbare procedures**

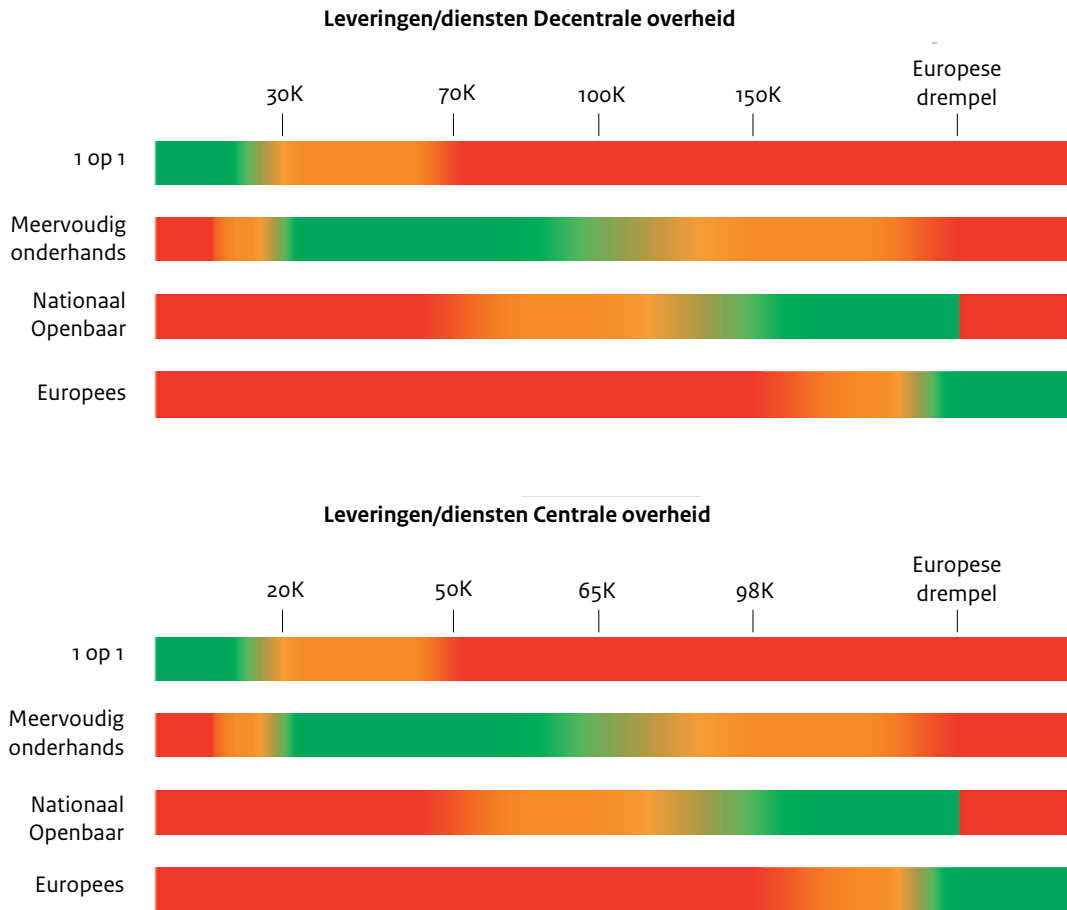
Boven de grens van Europees aanbesteden is een aantal procedures mogelijk, waarvan de openbare en niet-openbare procedure de bekendste en meest gebruikte zijn. Onder de grens voor Europees aanbesteden bestaan in principe geen wettelijk voorgeschreven procedures. Zowel boven als onder de drempel is het van belang dat een procedure wordt gekozen, die aansluit bij het onderwerp van de betreffende aanbesteding, afgezet tegen het karakter van de markt waarin potentiële inschrijvers opereren (zie §3.4.1). Dat is niet te kwantificeren in een vast bedrag; bedragen kunnen echter wel nuttig zijn om te bepalen in welke richting kan worden gedacht.

Het is goed om bij de keuze voor een procedure de (administratieve) lasten die deze keuze met zich brengt voor zowel de aanbestedende dienst als de inschrijvers in ogenschouw te nemen.<sup>6</sup> Gelet op deze (administratieve) lasten lijkt de één op één gunning of gunning uit de hand voor 'kleine opdrachten' het meest geschikt. Bij repeterende kleine opdrachten kan een raamovereenkomst (zie ook §3.3.3) een effectief en efficiënt middel zijn. De drempelbedragen van leveringen en diensten enerzijds en werken anderzijds verschillen fors van elkaar. Het is daarom wenselijk bij de keuze voor de procedure dit verschil in drempelbedragen ook mee te laten wegen. Wat een 'kleine opdracht' is, moet in eerste instantie beoordeeld worden aan de hand van de afwegingen genoemd in de inleidende tekst bij §3.4. In algemene zin kan voor de waarde van een 'kleine opdracht' voor leveringen en diensten gedacht worden aan opdrachten tot € 40.000 á € 50.000, voor werken wordt een bagatel (zijnde een bedrag waaronder sowieso de één op één gunning gehanteerd mag worden) tot € 150.000 als reëel beschouwd. De waarde van een 'kleine opdracht' voor leveringen en diensten is, vanwege het verschil in de drempels, dus geringer dan die voor werken. Tot de Europese drempel voor leveringen en diensten en tot een bedrag van € 1.500.000 voor werken wordt een meervoudig onderhandse procedure proportioneel geacht.

Zoals eerder aangegeven, kunnen bedragen nuttig zijn om te bepalen in welke richting kan worden gedacht. Onderstaande balkjes bieden daar een handvat voor. In deze schema's is geen rekening gehouden met opdrachten met een grensoverschrijdend belang. Bij dergelijke opdrachten kan het al bij lagere waarden noodzakelijk zijn nationaal openbaar aan te besteden. Los van de algemene kaders die worden weergegeven in deze balkjes blijft het uiteraard belangrijk om altijd te kijken naar de concrete situatie.

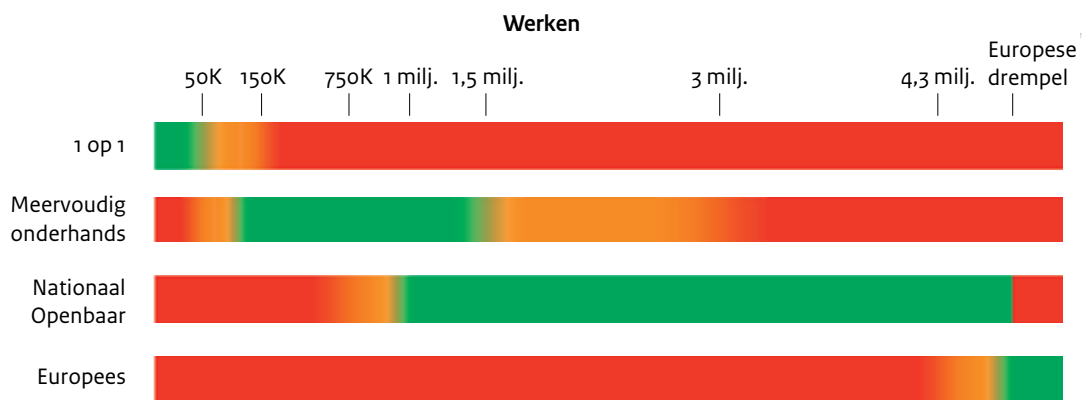
<sup>6</sup> Zie ook artikel 1.6. Deze is ook van toepassing op de paragrafen 3.5.2 en 3.5.4.

Onderstaande balkjes geven aan op welke wijze voorschrift 3.4A in beginsel wordt uitgevoerd.<sup>7</sup>



De opdrachten van bouwkundige of civieltechnische aard, die onder het begrip 'werken' vallen, zijn zeer divers van aard, variërend van het plaatsen van elektrische installaties, schilder- of isolatiewerkzaamheden aan gebouwen tot aan de uitvoering van complexe infrastructurele werken. Zo kunnen als hoofdcategorieën activiteiten worden genoemd installatietechniek, burgerlijke en utiliteitsbouw (B&U) en grond-, water- wegebouw (GWW). Daarbinnen is nog de nodige nuancering mogelijk, alleen al naar nieuwbouw, reconstructie en onderhoud. Naast de andere in § 3.4 genoemde aspecten zal de omvang aan type werkzaamheden per onderliggende branche dan ook van invloed zijn op de proportionele keuze van een procedure.

<sup>7</sup> Voor opdrachten in de categorie "sociale en andere specifieke diensten" geldt in afwijking van de reguliere grensbedragen voor Europees aanbesteden een drempelbedrag van € 750.000,-. Voor concessieopdrachten kan worden aangesloten bij de balkjes Werken, net zoals voor speciale-sectorbedrijven al *mutatis mutandis* kon worden aangesloten bij de balkjes Leveringen/diensten Decentrale overheid en Werken.



**Voorschrift 3.4 B:**

*Bij een meervoudig onderhandse procedure onder de Europese aanbestedingsdrempel wordt de aanbestedende dienst ten minste drie en ten hoogste vijf inschrijvers uit tot het doen van een inschrijving.*

Is sprake van een meervoudig onderhandse procedure onder de drempel, dan is het over het algemeen gebruikelijk en ook voldoende, om tussen 3 en 5 ondernemers hiervoor uit te nodigen. Meer ondernemers uitnodigen betekent dat er ook meer aan het werk gezet worden om een offerte te maken, hetgeen de transactiekosten verhoogt. Los van deze algemene kaders blijft het uiteraard belangrijk om altijd te kijken naar de concrete situatie. Voor de keuze van bijvoorbeeld een leverancier van een zeer eenvoudig te definiëren product, waar vele aanbieders voor zijn, kan het goed zijn, dat je drie ondernemers uitnodigt (meervoudig onderhands) en zonder vereisten gunt op laagste prijs. Bij een aanbesteding van bijvoorbeeld een complex of een zeer gevoelig liggend product of dienst (bijvoorbeeld bedrijfsgezondheidszorg), kunnen wellicht meer ondernemers worden uitgenodigd of kan een openbare aanbesteding worden gehouden, en kunnen naast de prijs andere, misschien nog wel belangrijkere, criteria worden gehanteerd. Bij het kiezen voor een openbare procedure dient te worden gerealiseerd dat de transactiekosten over het algemeen aanmerkelijk hoger liggen, onder andere doordat meerdere inschrijvers dezelfde (inschrijf)kosten maken. Wanneer voor een openbare danwel niet-openbare procedure wordt gekozen is het belangrijk om in te schatten hoeveel inschrijvers/gedagiden er zich ongeveer op de betreffende markt bevinden die geïnteresseerd zouden kunnen zijn in deze opdracht. Zijn dat er minder dan circa 10, dan kan het verdedigbaar zijn om een openbare aanbesteding te doen, maar andere procedures blijven uiteraard ook een optie.

De aanbesteding van een regulier asfalt-ringswerk op basis van een (traditioneel) Standaard RAW-bestek waarbij wordt gegund op de laagste prijs leent zich eerder voor een openbare procedure. Ook al zijn er relatief veel aanbieders in deze markt: door de sterk gestandaardiseerde wijze van offerte-uitvraag is de inspanning die van potentiële inschrijvers wordt gevraagd beperkt. In geval van een vraagspecificatie waarbij een reconstructie van een weg door middel van een 'design en constructcontract' innovatie in de markt wordt gezet, zal het dan weer eerder voor de hand liggen te kiezen voor een niet-openbare procedure.

De architectenbranche is een branche met een relatief groot aantal aanbieders. In deze branche is het dan ook gebruikelijk om een niet-openbare procedure toe te passen, waarbij in de eerste fase de inspanningen van gedagiden beperkt zijn, en pas in de tweede fase van de aanbesteding een beperkt aantal (meestal 5) partijen gevraagd wordt om een nadere uitwerking te geven op basis waarvan uiteindelijk de opdracht wordt gegund.



Zijn het er (veel) meer dan 10 en/of is sprake van een bijzondere inspanning voor de potentiële inschrijvers (bijvoorbeeld de uitwerking van een ontwerp), dan kan de inspanning die een inschrijver moet leveren om een offerte uit te brengen, versus de kans dat hij de opdracht gegund krijgt uit balans raken. Hierdoor kan het zijn dat veel potentiële inschrijvers/gedagiden afhaken en dat is ook niet in het belang van de aanbestedende dienst. In een dergelijk geval ligt een niet-openbare procedure meer in de rede. Het is daarbij overigens zonder meer toegestaan om méér dan 5 gedagiden door te laten gaan naar de tweede fase van de niet-openbare aanbestedingsprocedure, maar ook hier dienen de baten en lasten goed tegen elkaar te worden afgewogen. Wat hierbij proportioneel is, kan per branche verschillen. Voor wat betreft de selectie: zie ook §3.5.3.

### 3.4.3 Minder gangbare procedures

Naast de algemeen bekende procedures voorziet de regelgeving voor specifieke situaties, onder nader omschreven voorwaarden, in toepassing van andere procedures, zoals de concurrentiegerichte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling, de procedure van het innovatiepartnerschap, de procedure voor sociale en andere specifieke diensten<sup>8</sup>, het dynamisch aankoopstelsel en de prijsvraag. De keuze voor een dergelijke procedure wordt met name ingegeven door de wens van de aanbestedende dienst om inbreng over mogelijke oplossingsrichtingen uit de markt te genereren en wordt dan ook pas na een gedegen afweging ingezet. De procedure van de concurrentiegerichte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling of de procedure van het innovatiepartnerschap kan toegepast worden als er niet kan worden voorzien in de behoefte van de aanbestedende dienst zonder aanzienlijke aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen, dan wel omdat het een innovatieve oplossing betreft die nog niet in de markt beschikbaar is.

Het objectief en transparant doorlopen van deze procedures vraagt een zwaardere inspanning van zowel de aanbestedende dienst als marktpartijen dan de gangbare procedures. Het voorwerk voor een aanbesteding (het schrijven van de uitgangspunten en de te realiseren doelstellingen) blijft hetzelfde, maar de procedure op zich kent een langere doorlooptijd en vraagt naast (soms tijdrovend) overleg met marktpartijen ook een uitgebreide en gedegen verslaglegging. Dit leidt tot hogere transactiekosten die disproportioneel kunnen zijn. In veel gevallen volstaat een marktanalyse of –consultatie om bepaalde informatie te verkrijgen.

De elektronische veiling is niet een proces dat lichtvaardig kan worden ingezet. Het systeem van uiteindelijke prijsvorming wijkt immers nadrukkelijk af van de inschrijving op basis van een reguliere aanbestedingsprocedure. De focus ligt bij een veiling vaak nadrukkelijk op de prijs. Daarin schuilt vervolgens een gevaar. Bij elektronische veilingen blijven in de praktijk helaas nogal eens allerlei verborgen kosten buiten beschouwing, hetgeen de uiteindelijke prijstechnische uitkomst van een veiling zowel voor de aanbestedende dienst als voor de inschrijvers zeer onvoordelig kan maken. Zo kunnen mogelijk forse besparingen door het aandragen van slimme oplossingen niet worden meegenomen. In de meeste gevallen ligt de keuze voor het hanteren van een andere dan de openbare of niet-openbare procedure dus niet voor de hand.

### 3.4.4 Procedureregels

Mede vanuit het oogpunt van proportionaliteit wordt het wenselijk geacht om wanneer eenmaal voor een procedure is gekozen de daarvoor vastgestelde procedureregels te volgen. In dit kader wordt onder andere verwezen naar het Aanbestedingsreglement Werken, dat bij algemene maatregel van bestuur als richtsnoer voor de aanbesteding van werken is aangewezen. Het gaat bij dit aanbestedingsreglement nadrukkelijk om een spoorboekje voor het doorlopen van een procedure, beginnend bij de aankondiging en eindigend met een algemene geschillenbepaling. De verschillende procedures, zoals de openbare en de meervoudig onderhandse

<sup>8</sup> Alleen die diensten die zijn opgenomen in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU.

procedure zijn daarbij voor alle duidelijkheid elk afzonderlijk uitgeschreven. Alle keuzes die binnen deze procedures gemaakt moeten worden, zoals concrete invulling van de eisen, moeten daarbij door de aanbestedende dienst echter nog gemaakt worden. Deze Gids biedt voor de gewenste proportionele invulling de benodigde kaders.

## 3.5 Eisen & criteria

In de hierna volgende paragrafen wordt nader ingegaan op uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria. In de praktijk blijkt over deze begrippen nog wel eens verwarring te bestaan. Vooruitlopend op de bespreking van de proportionele invulling c.q. toepassing van deze eisen en criteria dient dan ook het navolgende.

1. Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria zien op de kwalitatieve beoordeling van inschrijvers (in een openbare procedure) dan wel gegadigden (in een niet-openbare procedure).
  - a. uitsluitingsgronden: zien op omstandigheden die de inschrijver/gegadigde zelf betreffen en in het algemeen uitsluiting van deelname aan een aanbesteding kunnen rechtvaardigen (§ 3.5.1);
  - b. geschiktheidseisen: zien op eisen waaraan een inschrijver/gegadigde bij een concrete aanbesteding minmaal dient te voldoen om voor gunning in aanmerking te komen (§ 3.5.2).
  - c. selectiecriteria: zien op eisen die een aanbestedende dienst kan stellen teneinde het aantal gegadigden dat voor uitnodiging tot inschrijving in aanmerking komt te beperken (bij de niet-openbare procedure) (§ 3.5.3).
2. Gunningcriteria zien op de beoordeling van de inschrijvingen. De gunningscriteria worden nader toegelicht in § 3.5.5

### 3.5.1 Uitsluitingsgronden

Uitsluitingsgronden zien op omstandigheden die de (persoon van de) inschrijver of gegadigde betreffen en diens uitsluiting van deelneming aan een aanbestedingsprocedure kunnen rechtvaardigen.

De wet kent boven de Europese aanbestedingsdrempels twee soorten uitsluitingsgronden, te weten verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden. Onder de Europese aanbestedingsdrempels is het stellen van uitsluitingsgronden facultatief.

**Artikel 1.10** (1.13 bevat een overeenkomstige bepaling voor nationale aanbestedingen)

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in ieder geval acht op:

...

**b. de uitsluitingsgronden;**

...

### 3.5.1.1 *Verplichte uitsluitingsgronden*

De verplichte uitsluitingsgronden staan in artikel 2.86 van de wet:

#### **Artikel 2.86**

1. Een aanbestedende dienst sluit een gegadigde of inschrijver jegens wie bij een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak een veroordeling als bedoeld in het tweede lid is uitgesproken die bij de aanbestedende dienst bekend is als gevolg van verificatie overeenkomstig de artikelen 2.101, 2.102 en 2.102a dan wel uit anderen hoofde uit van deelneming aan een aanbestedingsprocedure.
2. Voor de toepassing van het eerste lid worden aangewezen veroordelingen ter zake van:
  - a. deelneming aan een criminele organisatie in de zin van artikel 2 van Kaderbesluit 2008/841/JBZ van de Raad van 24 oktober 2008 ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit (PbEU 2008, L 300);
  - b. omkoping in de zin van artikel 3 van de Overeenkomst ter bestrijding van corruptie waarbij ambtenaren van de Europese Gemeenschappen of van de lidstaten van de Europese Unie betrokken zijn (PbEU 1997, C 195) en van artikel 2, eerste lid, van Kaderbesluit 2003/568/JBZ van de Raad van 22 juli 2003 inzake de bestrijding van corruptie in de prive-sector (PbEU 2003, L 192);
  - c. fraude in de zin van artikel 1 van de overeenkomst aangaande de bescherming van de financiële belangen van de Gemeenschap (PbEG 1995, C 316);
  - d. witwassen van geld in de zin van artikel 1 van richtlijn nr. 91/308/EEG van de Raad van 10 juni 1991 tot voorkoming van het gebruik van het financiële stelsel voor het witwassen van geld (PbEG L 1991, L 166) zoals gewijzigd bij richtlijn nr. 2001/97/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEG L 2001, 344);
  - e. terroristische misdrijven of strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten in de zin van de artikelen 1, 3 en 4 van Kaderbesluit 2002/475/JBZ van de Raad van 13 juni 2003 inzake terrorismebestrijding (PbEU 2002, L 1640);
  - f. kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel in de zin van artikel 2 van Richtlijn 2011/36/EU van het Europees Parlement en de Raad van 5 april 2011 inzake de voorkoming en bestrijding van mensenhandel en de bescherming van slachtoffers daarvan, en ter vervanging van Kaderbesluit 2002/629/JBZ (PbEU 2011, L 101).
3. Een aanbestedende dienst sluit een gegadigde of inschrijver tevens uit van deelneming aan een aanbestedingsprocedure indien jegens een persoon die lid is van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan of die daarin vertegenwoordigings-, beslissings- of controlebevoegdheid heeft, een onherroepelijke veroordeling als bedoeld in het tweede lid is uitgesproken waarvan de aanbestedende dienst kennis heeft.
4. Een aanbestedende dienst sluit een gegadigde of inschrijver voorts uit van deelneming aan een aanbestedingsprocedure indien de aanbestedende dienst ervan op de hoogte is dat bij onherroepelijke en bindende rechterlijke of administratieve beslissing overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar de gegadigde of de inschrijver is gevestigd of overeenkomstig nationale wettelijke bepalingen is vastgesteld dat de ondernemer niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale zekerheidspremies.
5. Het vierde lid is niet van toepassing indien de gegadigde of inschrijver zijn verplichtingen is nagekomen door de verschuldigde belastingen of sociale zekerheidspremies te betalen, met inbegrip van lopende rente of boetes indien toepasselijk, of een bindende regeling tot betaling daarvan te treffen.
6. Als veroordelingen als bedoeld in het tweede lid worden in ieder geval aangemerkt veroordelingen op grond van artikel 134a, 140, 140a, 177, 178, 225, 226, 227, 227a, 227b, 273f, 285 derde lid, 323a, 328ter, tweede lid, 420bis, 420ter of 420quater van het Wetboek van Strafrecht of veroordelingen wegens overtreding van de in artikel 83 van het Wetboek van Strafrecht, bedoelde misdrijven, indien aan het bepaalde in dat artikel is voldaan.
7. De aanbestedende dienst betreft bij de toepassing van het eerste lid uitsluitend rechterlijke uitspraken die in de vijf jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk zijn geworden.

Om te voorkomen dat te gemakkelijk tot uitsluiting wordt overgegaan, is rond betalingsgedrag van belastingen en premies een zogenoemde hardheidsclausule vastgelegd in artikel 2.86a. Het is daarbij bijvoorbeeld niet proportioneel een inschrijver uit te sluiten bij een betalingsachterstand van slechts kleine bedragen.

#### **Artikel 2.86a**

1. De aanbestedende dienst kan afzien van toepassing van artikel 2.86, vierde lid, indien uitsluiting kennelijk onredelijk zou zijn.
2. Van een kennelijk onredelijke uitsluiting als bedoeld in het eerste lid is onder meer sprake:
  - a. indien de gegadigde of inschrijver slechts kleine bedragen aan belastingen of sociale zekerheidspremiës niet heeft betaald;
  - b. indien de gegadigde of inschrijver bekend werd met het precieze verschuldigde bedrag tot betaling van belastingen of sociale zekerheidspremiës op een tijdstip waarop het hem niet mogelijk was de in artikel 2.86, vijfde lid, bedoelde verplichtingen na te komen of een bindende regeling tot betaling daarvan aan te gaan voor het verstrijken van de termijn voor het indienen van een verzoek tot deelneming of het indienen van een inschrijving.

In aanvulling op bovenstaande uitzondering gelden bij de toepassing van de verplichte uitsluitingsgronden ook de artikelen 2.87a en 2.88 die opgenomen zijn onder de facultatieve uitsluitingsgronden.

#### 3.5.1.2 *Facultatieve uitsluitingsgronden*

De facultatieve uitsluitingsgronden staan in artikel 2.87 van de wet:

#### **Artikel 2.87**

1. De aanbestedende dienst kan een inschrijver of gegadigde uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure op de volgende gronden:
  - a. de aanbestedende dienst toont met elk passend middel aan dat de gegadigde of inschrijver een of meer van de in artikel 2.81, tweede lid, genoemde verplichtingen heeft geschonden;
  - b. de inschrijver of gegadigde verkeert in staat van faillissement of liquidatie, diens werkzaamheden zijn gestaakt, jegens hem geldt een surseance van betaling of een (faillissements-)akkoord, of de gegadigde of inschrijver verkeert in een andere vergelijkbare toestand ingevolge een soortgelijke procedure uit hoofde van op hem van toepassing zijnde wet- en regelgeving;
  - c. de aanbestedende dienst kan aannemelijk maken dat de inschrijver of gegadigde in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken;
  - d. de aanbestedende dienst beschikt over voldoende plausibele aanwijzingen om te concluderen dat de inschrijver of gegadigde met andere ondernemers overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging;
  - e. een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b kan niet effectief worden verholpen met andere minder ingrijpende maatregelen;
  - f. wegens de eerdere betrokkenheid van de inschrijver of gegadigde bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure heeft zich een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 2.51 voorgedaan die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen;
  - g. de inschrijver of gegadigde heeft blij gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht, een eerdere opdracht van een speciale-sectorbedrijf of een eerdere concessieopdracht en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, tot schadevergoeding of tot andere vergelijkbare sancties;

- h. de inschrijver of gegadigde heeft zich in ernstige mate schuldig gemaakt aan valse verklaringen bij het verstrekken van de informatie die nodig is voor de controle op het ontbreken van gronden voor uitsluiting of het voldoen aan de geschiktheidseisen, of heeft die informatie achtergehouden, dan wel was niet in staat de ondersteunende documenten, bedoeld in de artikelen 2.101 en 2.102, over te leggen;
  - i. de inschrijver of gegadigde heeft getracht om het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden, om vertrouwelijke informatie te verkrijgen die hem onrechtmatige voordelen in de aanbestedingsprocedure kan bezorgen, of heeft door nalatigheid misleidende informatie verstrekt die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en gunning;
  - j. de aanbestedende dienst toont met elk passend middel aan dat de inschrijver of gegadigde niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of van sociale zekerheidspremies.
2. De aanbestedende dienst betreft bij de toepassing van:
- a. het eerste lid, onderdeel a, uitsluitend een schending van de in dat onderdeel bedoelde verplichtingen die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan;
  - b. het eerste lid, onderdeel c, uitsluitend ernstige fouten die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan;
  - c. het eerste lid, onderdeel d, uitsluitend beschikkingen als bedoeld in artikel 4.7, eerste lid, onderdelen c en d, die in de drie jaar voorafgaand aan de aanvraag onherroepelijk zijn geworden;
  - d. het eerste lid, onderdeel g, uitsluitend tekortkomingen die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan;
  - e. het eerste lid, onderdeel j, uitsluitend het niet nakomen van de in dat onderdeel bedoelde betalingsverplichtingen die zijn vastgesteld in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving.
3. Artikel 2.86, vijfde lid, is van overeenkomstige toepassing op het in het eerste lid, onderdeel j, bedoelde geval.

#### **Artikel 2.87a**

1. De aanbestedende dienst stelt een gegadigde of inschrijver waarop een uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2.86, eerste of derde lid, of artikel 2.87 van toepassing is, in de gelegenheid te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Indien de aanbestedende dienst dat bewijs toereikend acht, wordt de betrokken gegadigde of inschrijver niet uitgesloten.
2. Voor de toepassing van het eerste lid toont de gegadigde of inschrijver aan dat hij, voor zover van toepassing, schade die voortvloeit uit veroordelingen voor strafbare feiten als bedoeld in artikel 2.86 of uit fouten als bedoeld in artikel 2.87 heeft vergoed of heeft toegezegd te vergoeden, dat hij heeft bijgedragen aan opheldering van feiten en omstandigheden door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafbare feiten of fouten te voorkomen.
3. De aanbestedende dienst beoordeelt de door de gegadigde of inschrijver genomen maatregelen met inachtneming van de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafbare feiten of fouten. Indien de aanbestedende dienst de genomen maatregelen onvoldoende acht, deelt zij dit gemotiveerd mee aan de betrokken gegadigde of inschrijver.

### Artikel 2.88

De aanbestedende dienst kan afzien van toepassing van artikel 2.86 of artikel 2.87:

- a. om dwingende redenen van algemeen belang;
- b. indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

*De wetgeving geeft vervolgens zelf een handvat voor de te overleggen bewijsmiddelen en wel in artikel 2.89:*

1. Een gegadigde of inschrijver kan door middel van een uittreksel uit het handelsregister, dat op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving niet ouder is dan zes maanden, aantonen dat de uitsluitingsgrond van artikel 2.87, eerste lid, onderdeel b, op hem niet van toepassing is.
2. Een gegadigde of inschrijver kan door middel van een gedragsverklaring aanbesteden, die op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving niet ouder is dan twee jaar, aantonen dat de uitsluitingsgronden, bedoeld in de artikelen 2.86 en 2.87, eerste lid, onderdelen c en d, voor zover het een onherroepelijke veroordeling of een onherroepelijke beschikking wegens overtreding van mededingingsregels betreft, op hem niet van toepassing zijn.
3. Een gegadigde of inschrijver kan door middel van een verklaring van de belastingdienst, die op het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving, niet ouder is dan zes maanden, aantonen dat de uitsluitingsgrond, bedoeld in artikel 2.86, vierde lid, of artikel 2.87, eerste lid, onderdeel j, niet op hem van toepassing is.
4. Een aanbestedende dienst aan welke een gegadigde of inschrijver gegevens overlegt ten bewijze dat de uitsluitingsgronden, bedoeld in artikel 2.86 of artikel 2.87, niet op hem van toepassing zijn, aanvaardt ook gegevens en bescheiden uit een andere lidstaat, uit het land van herkomst van de gegadigde of inschrijver of het land waar de gegadigde of inschrijver is gevestigd die een gelijkwaardig doel dienen of waaruit blijkt dat de uitsluitingsgrond niet op hem van toepassing is.

### **Voorschrift 3.5 A:**

***De aanbestedende dienst past slechts die (facultatieve) uitsluitingsgronden toe die relevant zijn voor de betreffende opdracht.***

Het is niet altijd nodig bij elke opdracht zonder meer (alle) uitsluitingsgronden te stellen. Bij elke opdracht dient vooraf te worden bekeken welke (facultatieve) uitsluitingsgronden relevant zijn.

De facultatieve uitsluitingsgrond van het begaan van een ernstige fout in de uitoefening van het beroep (artikel 2.87, eerste lid, onder c) is een open norm die voor meerdere uitleg vatbaar is en daardoor lastig is toe te passen. Daarbij gaat het om gevallen, waarin de integriteit van de ondernemer in twijfel moet worden getrokken. Daarop gelet moet zeer restrictief worden omgegaan met het stellen van deze uitsluitingsgrond. Overigens worden veel zaken die hieronder vallen, al meegenomen in de Gedragsverklaring Aanbesteden, waarin in de wet is voorzien.

Met de mogelijkheid tot uitsluiting op basis van prestaties uit het verleden (past performance, artikel 2.87, eerste lid sub g) moet op gelijke wijze terughoudend worden omgegaan. Het gaat zeker niet om kleine tekortkomingen, maar om aanzienlijke of herhaaldelijke tekortkomingen van essentiële bepalingen bij eerdere opdrachten, waar de ondernemer verantwoordelijk voor gehouden kan worden. Zoals het consequent niet nakomen van essentiële levertijden of het wezenlijk afwijken van de gecontracteerde kwaliteit welke ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer.

Daarbij is ook van belang, dat de tekortkomingen geleid hebben tot vroegtijdige beëindiging van de overeenkomst, schadevergoeding of andere vergelijkbare (niet-standaard en substantiële) sanctie. De bepaling ziet daarmee nadrukkelijk op uitzonderlijke situaties, bijvoorbeeld niet levering of niet uitvoering van een opdracht. De tekortkoming moet objectief en consistent vastgesteld zijn (professioneel contractmanagement is van essentieel belang in deze).

Uitsluiting op basis van een eenmalige slechte beoordeling van een projectleider is dus niet proportioneel.

Mocht een aanbestedende dienst al besluiten een register bij te houden van slechte prestaties uit het verleden, dient het opstellen en het gebruik daarvan (door deze of andere aanbestedende diensten) in elk geval tegen de achtergrond van bovenstaande zeer zorgvuldig te gebeuren. Er kunnen al snel zwarte lijsten ontstaan met alle negatieve gevolgen voor bedrijven van dien (imago)schade). Dit betekent onder andere dat een register voldoende details bevat over de relevante tekortkomingen en de ondernemer de mogelijkheid moet hebben om een eventuele vermelding in het register ter discussie te stellen.

Bij alle facultatieve uitsluitingen, waaronder bij uitsluiting op basis van prestaties uit het verleden, moet bovendien gekeken worden naar eventuele verbeteracties van de inschrijver. De terugkijkperiode is hierbij drie jaar. Hij dient aan te tonen dat hij verbeteringsmaatregelen heeft getroffen (zelf reinigend vermogen) waardoor hij wederom een betrouwbare partner is. Wanneer dit voldoende is aangetoond, mag de aanbestedende dienst deze ondernemer niet meer uitsluiten. Mocht de aanbestedende dienst ondanks de gegeven uitleg toch willen overgaan tot uitsluiting, dan dient zij te motiveren waarom naar haar mening de betrouwbaarheid onvoldoende is aangetoond en deze ondernemer dus toch wordt uitgesloten.

Wanneer wordt besloten uitsluitingsgronden te stellen, is het van groot belang om bij eisen aan bewijsmiddelen bij wetgeving aan te sluiten. Wanneer bijvoorbeeld in de wet een termijn voor geldigheid van een bepaalde verklaring wordt genoemd (bijvoorbeeld uittreksel Kamer van Koophandel niet ouder dan 6 maanden) behoort daar niet van te worden afgeweken. Afwijken schept verwarring in de markt, leidt tot extra administratieve belasting en geeft aanleiding tot het maken van fouten.

Voor wat betreft onderaannemers dient men onder andere de volgende twee punten in ogenschouw te nemen:

- een zwaardere toepassing van de uitsluitingsgronden op onderaannemers dan op de inschrijver zelf wordt niet proportioneel geacht, bijvoorbeeld een hoofdaannemer die kan volstaan met een verklaring van 6 maanden oud, terwijl de onderaannemer een verklaring van maximaal 3 maanden oud zou moeten overleggen;
- het toepassen van uitsluitingsgronden op onderaannemers waar een inschrijver geen beroep op doet voor het voldoen aan gestelde eisen ten aanzien van financieel/economische draagkracht, danwel technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, wordt evenmin proportioneel geacht.

Belangrijk is dat de minimale eisen die aan een (onder-)aannemer worden gesteld, direct terug te voeren zijn op de betreffende opdracht, en inspelen op competenties die concreet nodig zijn om de betreffende opdracht goed te kunnen uitvoeren. Natuurlijk moet de aanbestedende dienst voorafgaande aan de aanbesteding eerst beoordelen of toetsing van onderaannemers aan uitsluitingsgronden proportioneel is in het licht van de betreffende opdracht. Bij kleinere opdrachten/geringer belang ligt uit kostenoogpunt afzonderlijke toetsing van (onder-)aannemers niet voor de hand.

De proportionele toepassing van uitsluitingsgronden wordt in het navolgende nader toegelicht. Nu de wetgever voor een uniforme wijze van toetsing van deze uitsluitingsgronden heeft gekozen, wordt een en ander in het licht van de model Eigen verklaring behandeld.

### 3.5.1.3

#### *Eigen verklaring/bewijsmiddelen*

Ten aanzien van de opgave met betrekking tot zowel de uitsluitingsgronden als de geschiktheidseisen behoort volgens de wet verplicht gebruik gemaakt te worden van de model Eigen verklaring die is ingevoerd als lastenverlichtingsmaatregel. Gebruik van een zelf ontworpen model Eigen verklaring mag dus niet meer. In de Eigen verklaring verklaart een inschrijver te voldoen aan de gestelde uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Daadwerkelijke toetsing van de bewijsmiddelen dient achteraf plaats te vinden bij diegene die naar verwachting voor de opdracht in aanmerking komt. Proportionaliteit uit zich hier met name in het slechts (op)vragen van bewijsmiddelen die daadwerkelijk terugslaan op de gestelde uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen van de beoogde contractant.

#### **Artikel 1.19**

1. Aanbestedende Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven die uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen stellen, verlangen van een ondernemer dat hij bij zijn verzoek tot deelneming of zijn inschrijving met gebruikmaking van het daartoe vastgestelde model een eigen verklaring indient en geven daarbij aan welke gegevens en inlichtingen in de eigen verklaring moeten worden verstrekt.

### 3.5.2

#### **De invulling van geschiktheidseisen**

##### **Artikel 1.10** (1.13 bevat een overeenkomstige bepaling voor nationale aanbestedingen)

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:
  - ...
  - c. de inhoud van de geschiktheidseisen;**
  - d. het aantal te stellen geschiktheidseisen;**
  - ...

##### **Artikel 2.90**

1. Een aanbestedende dienst kan na gebruik van de onlinedatabank van certificaten e-Certis, geschiktheidseisen stellen aan gegadigden en inschrijvers.
  - ...



**Voorschrift 3.5 B:**

*Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen stelt, stelt hij alleen geschiktheidseisen die verband houden met daadwerkelijke risico's die de opdracht meebrengt, of terug te voeren zijn op de gewenste competentie(s).*

Geschiktheidseisen zijn minimumeisen, wat betekent dat aan de eisen voldaan moet worden. De mate van voldoen aan de gestelde eisen, dat wil zeggen dat een onderneming beter scoort op de eis dan het gestelde minimum, is geen maatstaf. Aanbestedende diensten dienen er alert op te zijn, niet meer eisen te stellen dan strikt noodzakelijk. Geschiktheidseisen worden gesteld om bepaalde risico's af te dekken. De aanbestedende dienst dient altijd na te gaan welke daadwerkelijke risico's er zijn en of die risico's worden afgedekt door de eisen die worden gesteld. Tenslotte speelt dan de vraag of de eis wel in redelijke verhouding staat tot het af te dekken risico en de aard en omvang van de opdracht. Belangrijk is dat de geschiktheidseisen die aan een onderneming en eventuele onderaannemer worden gesteld, direct terug te voeren zijn op de betreffende opdracht, en inspelen op competenties die concreet nodig zijn om de betreffende opdracht goed te kunnen uitvoeren.

**Voorschrift 3.5 C:**

*Bij de toepassing van een meervoudig onderhandse procedure stelt de aanbestedende dienst uitsluitend geschiktheidseisen indien bij de aanbestedende dienst de geschiktheid van een of meer van de potentiële inschrijvers nog niet bekend is.*

Het uitgangspunt van een meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedure is een vooronderstelde geschiktheid van de uit te nodigen ondernemingen. Er zal veelal gekozen worden voor bij de aanbestedende dienst bekende ondernemingen. Daarom moet zeer terughoudend worden omgegaan met het stellen van geschiktheidseisen bij een dergelijke procedure. Indien de geschiktheid van de ondernemingen, wegens gebrek aan materiedeskundigheid die niet anderszins op te lossen is, niet bekend is bij de aanbestedende dienst ten tijde van het kiezen van de uit te nodigen ondernemingen, kan het proportioneel zijn om geschiktheidseisen te stellen. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als een aanbestedende dienst nog nooit zaken heeft gedaan in die betreffende markt en op basis van zoeken op het internet of uit de gouden gids een aantal ondernemingen heeft geselecteerd. Het is raadzaam gelet op de administratieve lasten hier zeer terughoudend mee om te gaan. Wanneer dat gebeurt kan in de uitnodigingsbrief vooraf helder worden aangegeven welke concrete bewijzen van de toegedichte kwalificaties aan de onderneming (normen, certificaten en dergelijke) op enig moment moeten worden overlegd.

De verschillende soorten geschiktheidseisen worden in de hierna volgende paragrafen nader uitgewerkt.

**Artikel 2.90**

1. Een aanbestedende dienst kan, na gebruik van de onlinedatabank van certificaten e-Certis, geschiktheidseisen stellen aan gegadigden en inschrijvers.
2. De geschiktheidseisen, bedoeld in het eerste lid, kunnen betreffen:
  - a. **de financiële en economische draagkracht;**
  - b. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid;
  - c. beroepsbevoegdheid.
3. Indien de aanbestedende dienst geschiktheidseisen als bedoeld in het tweede lid, onder a, stelt, hebben deze eisen geen betrekking op de hoogte van de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, tenzij de aanbestedende dienst dit met zwaarwegende argumenten motiveert in de aanbestedingsstukken.
4. De aanbestedende dienst stelt uitsluitend geschiktheidseisen die kunnen garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische capaciteiten en financiële middelen en de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid beschikt om de overheidsopdracht uit te voeren.
5. Indien de geschiktheidseisen als bedoeld in het tweede lid, onder a, betrekking hebben op de hoogte van de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, is die eis niet hoger dan:
  - a. driemaal de geraamde waarde van de opdracht;
  - b. indien de opdracht in percelen is verdeeld, driemaal de waarde van een perceel of een cluster van percelen dat gelijktijdig moet worden uitgevoerd;
  - c. indien het een opdracht op grond van een raamovereenkomst betreft, driemaal de waarde van de specifieke opdrachten, die gelijktijdig moeten worden uitgevoerd;
  - d. indien het een opdracht op grond van een raamovereenkomst betreft, waarvan de waarde van de specifieke opdrachten niet bekend is, driemaal de waarde van de raamovereenkomst;
  - e. indien het een dynamisch aankoopstelsel betreft, driemaal de verwachte maximumomvang van de specifieke opdrachten die volgens dat systeem worden gegund.
6. De aanbestedende dienst kan bij het stellen van geschiktheidseisen als bedoeld in het tweede lid, onderdeel a, verlangen dat de gegadigde of inschrijver:
  - a. informatie verstrekt over zijn jaarrekening;
  - b. een passend niveau van verzekering tegen beroepsrisico's heeft.
7. Indien de aanbestedende dienst informatie over gegevens uit de jaarrekening verlangt, vermeldt hij in de aanbestedingsstukken de transparante, objectieve en niet-discriminerende methoden en criteria volgens welke de gevraagde gegevens moeten zijn vastgesteld.
8. Een aanbestedende dienst stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen aan de inschrijver en de inschrijving die verband houden met en die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

### Artikel 2.91

1. Een ondernemer kan zijn financiële en economische draagkracht in ieder geval aantonen door een of meer van de volgende middelen:
  - a. passende bankverklaringen of een bewijs van een verzekering tegen beroepsrisico's,
  - b. overlegging van jaarrekeningen of uittreksels uit de jaarrekening, indien de wetgeving van het land waar de ondernemer is gevestigd publicatie van jaarrekeningen voorschrijft, of
  - c. een verklaring betreffende de totale omzet en de omzet van de bedrijfsactiviteit die het voorwerp van de overheidsopdracht is, over ten hoogste de laatste drie beschikbare boekjaren, afhankelijk van de oprichtingsdatum van de onderneming of van de datum waarop de ondernemer met zijn bedrijvigheid is begonnen, voor zover de betrokken omzetcijfers beschikbaar zijn.
2. Een aanbestedende dienst geeft in de aankondiging van de overheidsopdracht of in de uitnodiging tot inschrijving aan welke van de in het eerste bedoelde gegevens en welke andere bewijsstukken overgelegd dienen te worden.
3. Indien de ondernemer om gegronde redenen niet in staat is de door de aanbestedende dienst gevraagde bewijsstukken over te leggen, kan hij zijn economische en financiële draagkracht aantonen met andere bescheiden die de aanbestedende dienst geschikt acht.

Het is van belang de eisen die aan de financiële en economische draagkracht worden gesteld, dusdanig te kiezen, dat eenieder die in staat is om de opdracht naar behoren uit te voeren ook kan meedingen. Dit komt de marktwerking ten goede. Bij het bepalen welke eisen te stellen verdient de positie van het MKB aandacht, zeker wanneer uit marktanalyse blijkt dat bij de betreffende overheidsopdracht deze groep een potentiële inschrijver is. Door te hoge eisen te stellen wordt de markt onnodig beperkt, hetgeen noch in het belang is van de aanbestedende dienst noch in het belang van de ondernemingen. De eisen die worden gesteld, moeten in redelijke verhouding staan tot aard en omvang van de opdracht. Het is daarom van belang bij elke eis na te denken waarom die eis wordt gesteld: bij meer en/of hogere eisen blijven steeds minder ondernemingen over, waardoor de keuze beperkter wordt. Uiteindelijk wil men de groep ondernemers bereiken, die geschikt zou zijn voor de opdracht.

Het verlangen van een zekere financiële en/of economische draagkracht voor de specifieke opdracht kan iets zeggen over de continuïteit van de onderneming, maar deze eis zegt nadrukkelijk niets over de bijvoorbeeld technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid of het hebben gevolgd van trainingen ten aanzien van relevante werkzaamheden.

Wanneer er na zorgvuldige overweging behoefte blijkt te zijn aan enig capaciteitsvereiste in termen van draagkracht, is het van belang dit capaciteitsvereiste vervolgens helder en eenduidig te formuleren. De wetgeving geeft daarvoor in het hierboven genoemde artikel 2.91, eerste lid, van de wet drie mogelijkheden. Dit zijn de wijzen waarop financiële draagkracht in beginsel moet worden aangetoond. Het is raadzaam om met het stellen van afwijkende eisen, bijvoorbeeld financiële ratio's, terughoudend om te gaan. Er ontstaan nogal eens problemen met onderlinge vergelijkbaarheid van die ratio's vanwege diversiteit in boekhoudmethoden, hetgeen het gebruik ervan niet wenselijk maakt. Problemen met de vergelijkbaarheid van ratio's zijn in voorkomend geval te voorkomen door de ratio's duidelijk te definiëren in de aanbestedingsdocumenten.

Uitgangspunt volgens de wet is dat in beginsel geen omzeteis wordt gesteld. Zo een aanbestedende dienst toch een omzeteis wil stellen, dient dit met zwaarwegende argumenten in de aanbestedingsstukken onderbouwd te worden.

Een aanbestedende dienst heeft voor de bouw van een complex bakstenen nodig, die zij aan de bouwondernemer ter beschikking zal stellen. Het gaat hierbij om een standaard type steen, die bij vele leveranciers zonder grote levertijd verkrijgbaar is. De bestelling van de stenen betreft een eenmalige opdracht. Het risico dat door het failliet gaan van de inschrijver het betreffende bouwproject komt stil te liggen, is minimaal nu er voldoende concurrenten zijn, die bij onverhoopt faillissement van de leverancier de levering kunnen overnemen. Het stellen van een omzeteis aan de leverancier heeft in dat geval geen toegevoegde waarde.

Een gemeente bouwt een sporthal. Planning is vrij ruim, complexiteit is beperkt, er is geen dwingende noodzaak dat oplevering niet een of twee maanden later zou kunnen plaatsvinden. Tegelijkertijd bouwt de gemeente in samenwerking met de lokale hogeschool een complex van 5 sporthallen en een Sporthogeschool. Opleverdatum is keihard (begin schooljaar), omdat vertraging van zelfs enkele weken per definitie een vertraging zou betekenen van een heel schooljaar met grote praktische problemen en extra kosten. De financiële eisen (heeft de aannemer voldoende middelen om snel over nieuwe materialen te kunnen beschikken voor de volgende bouwfase) worden voor het eerste project veel lager gesteld dan voor het tweede traject. De eisen zijn afgestemd op de concrete opdracht, en alhoewel verschillend kunnen beiden als proportioneel worden gezien.

Het stellen van een omzeteis kan aan de orde zijn wanneer er daadwerkelijke risico's zijn voor wat betreft de beschikbare capaciteit aan personeel en materieel ten behoeve van de tijdige, correcte oplevering van de opdracht door de uiteindelijk contractant. Er kan in dat geval voor een omzeteis van 0 (dus: geen), 1, 2 of 3 jaar worden gekozen. Bij veel opdrachten zullen dus helemaal geen omzeteisen gesteld hoeven/kunnen worden. Het is ook aan te raden bij het stellen van eisen aan bijvoorbeeld vrije en intellectuele beroepen het accent op de beroepsbekwaamheid en niet op de financieel/economische draagkracht in termen van omzeteisen en dergelijke te leggen.

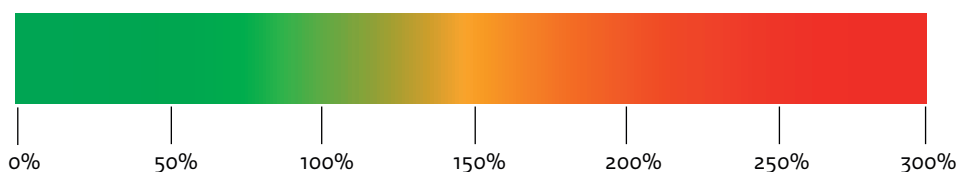
Indien toch een omzetvereiste gehanteerd wordt, betreft dit een capaciteitsvereiste en is niet bedoeld om de specifieke competenties van een onderneming te toetsen. In beginsel gaat het dan ook over de totale omzet (en derhalve niet om een specifieke omzet), aangezien het gaat om een post op de resultatenrekening die iets zegt over onder meer de mogelijkheid tot inzet van personeel en materieel en organisatievermogen ten aanzien van opdrachten met bepaalde omvang.

Indien een omzeteis moet worden gesteld, is het gewenst, in lijn met de wetgeving, deze te relateren aan maximaal 3 boekjaren. Een kortere periode mag wel (mits niet discriminatoir), een langere niet. Aangezien omzet fluctueert is het goed om bij de keuze voor omzet gerelateerd aan meerdere jaren, van een gemiddelde uit te gaan.

Bij het bepalen van te stellen eisen wordt hier specifieke aandacht gevraagd voor nieuwkomers en het aanbod op specialistische (nieuwe) markten. Indien om meerjarige omzet wordt gevraagd, dient te worden gerealiseerd dat nieuwkomers, in verband met het non-discriminatiebeginsel, aan dezelfde eis worden getoetst en daardoor buiten de boot kunnen vallen. Wanneer een aanbestedende dienst tot de conclusie komt dat een opdracht wordt vergeven op een relatief nieuwe markt, of hij nieuwkomers wil laten meedingen (marktanalyse), is het dan ook verstandig om bij het formuleren van de eisen hier rekening mee te houden. Daarnaast kan een nieuwkomer, op basis van het hierboven genoemde artikel 2.91, derde lid, van de wet, in de gelegenheid worden gesteld zijn draagkracht met andere bewijsstukken aan te tonen.

Voor de aanleg van een weg in asfalt waarbij grondwerk moet worden uitgevoerd en een nieuwe rio- lering moet worden aangelegd, kan in het algemeen naar de omzet van het bedrijf gevraagd worden. Hierbij zal veelal worden gevraagd naar omzet verkregen in de GWW (grond-, water-en wegenbouw), maar de betreffende omzet kan evenzeer verkregen zijn uit bijvoorbeeld activiteiten in de Burgerlijke en Utiliteitsbouw. Van belang is te realiseren, dat de benodigde ervaring, met 1. grondwerk, 2. aanleg riolering, 3. asfalteren, niet naar de omzeteis moet worden vertaald, maar in specifieke ervaringseisen kan worden neergelegd. De vraag of in voorkomend geval überhaupt een omzeteis noodzakelijk is en niet volstaan zou kunnen worden met het enkel stellen van ervaringseisen wordt hier gemakshalve even buiten beschouwing gelaten.

Voor wat betreft de hoogte van de omzeteis is het goed uit te gaan van een glijdende schaal. Per opdracht gaat het erom nut en noodzaak van een omzeteis te beschouwen. Bij een eenvoudige opdracht zal het belang van een omzeteis aan de onderkant van de schaal liggen. Naarmate het werk ingewikkelder wordt, kan een omzeteis van enige omvang wenselijk zijn, bijvoorbeeld 50%, 100% of 150% van de raming. Bij zeer complexe, risicovolle projecten kan (mits deugdelijk gemotiveerd) een omzeteis worden gevraagd tot 300%. Alles boven de 300% komt niet alleen disproportioneel voor, maar is ook volgens de wet niet toegestaan. Uiteraard kan in die uitzon- deringsgevallen ook naar 200 en 250%, of alles daartussenin, worden gevraagd. Deze uitgangs- punten laten zich als volgt visualiseren:



Bij een opdracht met een uitvoeringsduur korter dan een jaar, is het niet altijd proportioneel de omzeteis naar een jaar om te rekenen. Ditzelfde geldt overigens voor opdrachten langer dan een jaar. Het is van belang per opdracht kritisch na te denken over de relatie tussen de omzet en de tijdsperiode die de opdracht in beslag neemt.

#### **Voorschrift 3.5 D:**

1. *De aanbestedende dienst verlangt geen zekerheidsstelling die niet samenhangt met het afdekken van risico's ten aanzien van de uitvoering van de opdracht.*
2. *Indien zekerheidsstelling wordt verlangd bedraagt deze ten hoogste 5% van de opdrachtwaarde.*
3. *De aanbestedende dienst verlangt geen dubbele zekerheidsstellingen.*
4. *Het tweede lid is niet van toepassing indien betaling voorafgaand aan de prestatie onderdeel is van de overeenkomst.*
5. *De aanbestedende dienst verlangt geen cessie van verzekeringspenningen.*

Zekerheidsstellingen leggen een beslag op de liquiditeit van een onderneming. Bovendien zitten voor de inschrijvers hoge kosten aan het verkrijgen van een dergelijke zekerheidsstelling. Om die reden is het dan ook raadzaam slechts een zekerheidsstelling te bedingen indien dat voor de uitvoering van de concrete opdracht strikt noodzakelijk is. Als proportioneel richtsnoer hiervoor wordt maximaal 5% van de opdrachtwaarde aangemerkt; slechts in zeer uitzonderlijke gevallen kan (mits deugdelijk gemotiveerd) van deze richtsnoer worden afgeweken. Wanneer toch een zekerheidsstelling wordt bedongen, is het alleszins verstandig om de zekerheidsstelling niet langer dan nodig te laten lopen, zodat de inschrijver niet onnodig wordt belemmerd in zijn financiële armslag. Is een substantieel deel van de opdracht afgerond, dan kan de zekerheid naar beneden worden bijgesteld. Dubbele zekerheidsstellingen (bijvoorbeeld bankgarantie en inhoud- betalings) zijn vanzelfsprekend niet proportioneel. Het vierde lid komt voort uit en moet

in samenhang gelezen worden met hetgeen bepaald is in de 'Regeling verlening voorschotten 2007' die geldt op basis van de Comptabiliteitswet 2001. Dit ziet op de situatie dat een betaling voorafgaand aan de prestatie onderdeel is van de overeenkomst. Onder omstandigheden kan het dan nodig en proportioneel zijn om een zekerheidsstelling te verlangen. Dat moet worden getoetst aan het eerste lid. De hoogte van de zekerheidsstelling hoeft, voor de gevallen waarop de regeling van toepassing is, dan niet beperkt te worden tot 5% van de opdrachtwaarde, maar wordt gerelateerd aan het bedrag van het verleende voorschot of de vooruitbetaling. Het verlangen van een cessie van verzekeringspenningen mag vaak niet van de verzekeraar; dit wordt dan ook sterk afgeraden.

#### **Voorschrift 3.5 E:**

1. *De aanbestedende dienst verlangt van een inschrijver niet eerder dan na mededeling van de gunningsbeslissing een goedkeurende accountantsverklaring betreffende de jaarrekening. Voor niet jaarrekeningsplichtige ondernemingen volstaat een beoordelings- of samenstellingsverklaring.*
2. *De aanbestedende dienst verlangt van een inschrijver geen door de accountant overgelegde aparte (deel)verklaring die ziet op één of meerdere onderdelen van de jaarrekening.*

Het verlangen van een goedkeurende accountantsverklaring bij de jaarrekening, aan een volgens boek 2 Burgerlijk Wetboek niet jaarrekeningsplichtige onderneming zorgt voor een extra administratieve belasting en is daarmee in beginsel disproportioneel. Voor deze niet jaarrekeningsplichtige ondernemingen wordt hier gewezen op de 'samenstellingsverklaring'. Deze ondernemingen zullen niet over een goedkeurende verklaring van een accountant beschikken. Deze ondernemingen hebben geen verplichting tot goedkeuring volgens de wet. Het wordt dan ook proportioneel geacht de beoordelings- of samenstellingsverklaring voor deze ondernemingen als afdoende te beschouwen. Indien een van deze twee verklaringen wordt verlangd, is dat alleen wenselijk van degene die naar verwachting voor het werk in aanmerking komt.

Het vragen van afwijkende of aanvullende verklaringen wordt eveneens als disproportioneel gezien. Wanneer de onderneming over een verklaring met betrekking tot de omzet beschikt, kan het administratief zeer belastend zijn, wanneer vervolgens nog een aparte verklaring wordt gevraagd op omzet behaald met specifieke referentieprojecten. De opgegeven referentieprojecten behoeven niet nog eens extra met een verklaring te worden bevestigd. Bij een bedrijf dat behoort tot een concern dat slechts beschikt over geconsolideerde jaarstukken volstaat het vragen naar de geconsolideerde jaarstukken in plaats van een enkelvoudige accountantsverklaring. In een dergelijk geval is het wel redelijk te vragen, dat het concern zich garant stelt voor het betreffende bedrijf, met betrekking tot de gestelde eisen. Ook dit kan met een eenvoudige verklaring van de ondernemer.

#### 3.5.2.2 *Eisen met betrekking tot technische- en beroepsbekwaamheid*

##### **Artikel 2.90**

1. Een aanbestedende dienst kan, na gebruik van de onlinedatabank van certificaten e-Certis, geschiktheidseisen stellen aan gegadigden en inschrijvers.
2. De geschiktheidseisen, bedoeld in het eerste lid, kunnen betreffen:
  - a. de financiële en economische draagkracht;
  - b. technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid;**
  - c. beroepsbevoegdheid.
- ...
8. Een aanbestedende dienst stelt bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overeenkomst uitsluitend eisen aan de inschrijver en de inschrijving die verband houden met en die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Omtrent de bewijsvoering is in **artikel 2.93** vervolgens neergelegd:

1. Een ondernemer toont zijn technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid aan op een of meer van de volgende manieren, afhankelijk van de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de werken, leveringen of diensten:
  - a. door middel van een lijst van de werken die in de afgelopen periode van ten hoogste vijf jaar werden verricht, welke lijst vergezeld gaat van certificaten die bewijzen dat de belangrijkste werken naar behoren zijn uitgevoerd, zowel met de betrekking tot de wijze van de uitvoering als met betrekking tot het resultaat;
  - b. door middel van een lijst van de voornaamste leveringen of diensten die in de afgelopen periode van ten hoogste drie jaar werden verricht, met vermelding van het bedrag en de datum en van de publiek- of privaatrechtelijke instanties waarvoor zij bestemd waren;
  - c. door middel van een opgave van de al dan niet tot de onderneming van de ondernemer behorende technici of technische organen, in het bijzonder van die welke belast zijn met de kwaliteitscontrole en, in het geval van overheidsopdrachten voor werken, van die welke de aannemer ter beschikking zullen staan om de werken uit te voeren;
  - d. door middel van een beschrijving van de technische uitrusting van de leverancier of de dienstverlener, van de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen en de mogelijkheden die hij biedt ten aanzien van ontwerpen en onderzoek;
  - e. door middel van een vermelding van de systemen voor het beheer van de toeleveringsketen en de traceersystemen die de ondernemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht;
  - f. in het geval van complexe producten of diensten of indien deze aan een bijzonder doel moeten beantwoorden, door middel van een controle door de aanbestedende dienst of, in diens naam, door een bevoegd officieel orgaan van het land waar de leverancier of de dienstverlener gevestigd is, onder voorbehoud van instemming door dit orgaan, welke controle betrekking heeft op de productiecapaciteit van de leverancier of op de technische capaciteit van de dienstverlener en, zo nodig, op diens mogelijkheden inzake ontwerpen en onderzoek en de maatregelen die hij treft om de kwaliteit te waarborgen;
  - g. door middel van de onderwijs- en beroepskwalificaties van de dienstverlener of de aannemer of van het leidinggevend personeel van de onderneming, mits deze niet als een gunningscriterium worden toegepast;
  - h. door middel van de vermelding van de maatregelen inzake milieubeheer die de ondernemer kan toepassen voor de uitvoering van de overheidsopdracht;
  - i. door middel van een verklaring betreffende de gemiddelde jaarlijkse personeelsbezetting van de onderneming van de dienstverlener of de aannemer en de omvang van het kaderpersoneel gedurende de laatste drie jaar;
  - j. door middel van een verklaring omtrent de outillage, het materieel en de technische uitrusting waarover de dienstverlener of de aannemer voor de uitvoering van de overheidsopdracht beschikt;
  - k. door middel van de omschrijving van het gedeelte van de overheidsopdracht dat de dienstverlener eventueel in onderaanneming wil geven;
  - l. wat de te leveren producten betreft door middel van monsters, beschrijvingen of foto's, waarvan op verzoek van de aanbestedende dienst de echtheid kan worden aangetoond of door middel van certificaten die door een erkende organisatie zijn afgegeven, waarin wordt verklaard dat duidelijk door referenties geïdentificeerde producten aan bepaalde specificaties of normen beantwoorden.
2. De leveringen en diensten, bedoeld in het eerste lid, onderdeel b, worden aangetoond in het geval van leveringen of diensten voor een aanbestedende dienst, door certificaten die de bevoegde autoriteit heeft afgegeven of medeondertekend of in het geval van leveringen of diensten voor een particuliere afnemer, door certificaten van de afnemer of, bij ontstentenis daarvan, door een verklaring van de ondernemer.

3. Een aanbestedende dienst die als geschiktheidseis stelt dat de gegadigde eerdere opdrachten heeft verricht als bedoeld in het eerste lid, onderdelen a en b, vraagt op onderdelen van de opdracht naar eerder verrichte vergelijkbare opdrachten en niet naar eerder verrichte opdrachten die getoetst op de aard, de hoeveelheid of omvang en het doel van de opdracht gelijk zijn.
4. In afwijking van het eerste lid, onderdelen a en b, kan de aanbestedende dienst werken onderscheidenlijk leveringen of diensten in aanmerking nemen over een langere periode dan in die onderdelen genoemd, indien dat noodzakelijk is om een toereikend mededingingsniveau te waarborgen.

**Voorschrift 3.5 F:**

*De aanbestedende dienst stelt voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vast die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht.*

Bekwaamheidseisen zeggen iets over de mate waarin inschrijvers in staat geacht mogen worden de feitelijke activiteiten naar behoren te verrichten. Bij het stellen van die eisen is het van belang te zoeken naar een formulering die aansluit bij de kerncompetenties die voor een

Een gemeente wil een zogenaamde 'brede school' laten ontwerpen en zet daartoe een aanbesteding in de markt. In plaats van de referentie-eis te stellen dat een inschrijver eerder 3 keer een brede school moet hebben ontworpen, vraagt de gemeente om door de inschrijver te selecteren referenties die inzicht bieden in de gevraagde competentie, zoals bijvoorbeeld een eerder ontworpen school, kinderopvang of multifunctioneel gebouw.

specifieke opdracht relevant zijn. Daarbij is het kritisch formuleren van kerncompetenties essentieel; er moet worden gezocht naar ervaring op punten die van essentieel belang zijn (kerncompetenties). Het beperken tot het benoemen van de meest essentiële kerncompetenties is soms lastig, maar is wel nodig om een zo goed mogelijke marktwerking te krijgen. Een veel gebruikte methode om kerncompetenties zichtbaar en meetbaar te maken vormen referenties. Teveel en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou wel eens zoeken naar een schaap met vijf poten kunnen worden. Daardoor wordt de markt sterk verengd, hetgeen noch in het belang van aanbestedende diensten noch in

het belang van potentiële inschrijvers is. Om diezelfde reden is het verstandig om op nieuwe markten (producten en diensten die nog vrij nieuw zijn, en waar nog geen of slechts een zeer beperkt aantal aanbieders ervaring mee heeft opgedaan) terughoudend te zijn met het stellen van te veel eisen en/of referenties. Op een dergelijke markt ligt het meer voor de hand een sterk functioneel omschreven aanbesteding te doen, waarbij de markt wordt gestimuleerd om mee te denken in vernieuwende oplossingen.

Er dient een vertaling van de kerncompetenties naar benodigde eisen van (technische) bekwaamheid plaats te vinden. Daarbij is het van belang dat niet meer van hetzelfde wordt gevraagd, omdat daarmee de kring van potentiële inschrijvers wel heel erg wordt verkleind. Waar het om gaat, is te zoeken naar al die ondernemingen die, al dan niet in meerdere verschillende projecten, de benodigde ervaring hebben opgedaan.



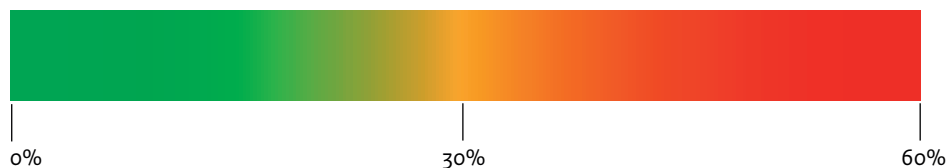
### Voorschrift 3.5 G:

1. De aanbestedende dienst vraagt maximaal één referentie per benoemde kerncompetentie.
2. De aanbestedende dienst vraagt niet dat referentieprojecten een waarde hebben van meer dan 60% van de raming van de onderhavige opdracht.

Eén referentieopdracht per relevante competentie wordt als voldoende aangemerkt. De te stellen eisen dienen zowel proportioneel te zijn naar aard als naar omvang van de opdracht. Als richtsnoer wordt gesteld dat de waarde die de eventueel gevraagde referentie moet hebben dient te liggen tussen 0-60% van de raming van de onderhavige opdracht. Hierbij betekent 0% dat er geen referentie-eis gesteld wordt (zie plaatje hieronder). Ook hier gaat het weer om een glijdende schaal waarbij serieus per opdracht moet worden bezien of eisen aan het begin, danwel aan het eind van de schaal reëel zijn. Afwijking van deze algemene richtsnoer behoeft uiteraard motivering. De wet gaat uit van een referentietermijn van maximaal 5 jaar voor werken en 3 jaar voor leveringen en diensten; korter mag, langer in beginsel niet. Een langere periode is wel mogelijk als er anders onvoldoende gegadigden zijn die aan de referentie-eisen kunnen voldoen. Dit kan het geval zijn in een branche waarin systematisch relatief weinig opdrachten worden uitgevoerd of in een branche waarin gedurende een bepaalde periode minder opdrachten werden uitgevoerd. Om de concurrentie te optimaliseren, is het wenselijk zo veel mogelijk die maximumtermijnen aan te houden. Bedenk daarbij dat het voor sporadisch voorkomende opdrachten, in ieder geval onverstandig is een kortere termijn te kiezen.

Een gemeente bestelt voor haar openbare bibliotheek tweewekelijks boeken. Na levering doorlopen die een proces van bewerking om enkele weken tot een maand later in het rek van de bibliotheek terecht te komen. Een ROC wenst voor al haar studierichtingen digitaal losse exemplaren van boeken te kunnen bestellen voor haar docenten, met een gegarandeerde levertijd. Docenten kunnen op het laatste moment ontdekken dat een boek ontbreekt, managementassistenten van de verschillende afdelingen kunnen zelf digitaal hun bestellingen plaatsen, levering moet binnen 48 uur of 5 dagen (buitenlandse literatuur) plaatsvinden. Alhoewel het hier gaat om in principe hetzelfde product, is het onderliggende proces totaal verschillend, en zal men in het tweede voorbeeld heel andere ervarings-eisen stellen dan in het eerste voorbeeld.

Een aanbestedende dienst wil een opdracht voor het ontwerpen van een gebouw op de markt zetten. Mede gezien de marktomstandigheden hebben architecten over het algemeen weinig opdrachten gedaan in de voorgaande jaren. De aanbestedende dienst kiest er dan voor om een langere referentieperiode toe te passen om meer architectenbureaus in staat te stellen mee te doen met deze aanbesteding.



### 3.5.3 Selectiecriteria

#### Artikel 2.99

1. De aanbestedende dienst kan bij toepassing van de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichtte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling en de procedure van het innovatiepartnerschap het aantal gegadigden dat hij zal uitnodigen tot inschrijving of deelneming beperken mits er een voldoende aantal geschikte kandidaten is.
2. De aanbestedende dienst vermeldt in de aankondiging het aantal gegadigden dat hij voornemens is uit te nodigen.
3. Het aantal gegadigden dat de aanbestedende dienst voornemens is uit te nodigen bedraagt bij de niet-openbare procedure ten minste vijf en bij de concurrentiegerichtte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling en de procedure van het innovatiepartnerschap ten minste drie.
4. Het aantal uitgenodigde gegadigden waarborgt een daadwerkelijke mededinging.
5. Indien het aantal gegadigden dat niet wordt uitgesloten en dat aan de geschiktheidseisen en selectiecriteria voldoet lager is dan het door de aanbestedende dienst vastgestelde aantal voor een uitnodiging tot inschrijving, kan de aanbestedende dienst de procedure voortzetten door de gegadigde of gegadigden uit te nodigen die aan de geschiktheidseisen voldoen.
6. Bij toepassing van het vijfde lid nodigt de aanbestedende dienst geen ondernemers uit die niet om deelneming hebben verzocht, en evenmin ondernemers waarop een uitsluitingsgrond van toepassing is of die niet aan de geschiktheidseisen voldoen.

Selectiecriteria zijn criteria op basis waarvan een aanbestedende dienst de omvang van het aantal tot inschrijving uit te nodigen gegadigden kan beperken. Deze mogelijkheid bestaat in de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichtte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling en de procedure van het innovatiepartnerschap, en zal met name gebruikt worden bij opdrachten in markten met grote aantallen te verwachten gegadigden. Deze procedures bestaan daarmee uit 2 fasen, de selectiefase en de gunningsfase. Aan de eerste fase kunnen in beginsel alle belangstellenden meedoen in die zin, dat men zich kan aanmelden als gegadigde. Daarbij hoeft nog geen inschrijving te worden gedaan, behalve in geval van de procedure van het innovatiepartnerschap waarbij ondernemers die meedingen naar toelating tot deelneming in het partnerschap hun voorgestelde oplossingen uitwerken in hun inschrijving. Deze belangstellenden worden getoetst aan de hand van gestelde uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen. Het totaal aantal geschikt gebleken gegadigden dat tot inschrijving of deelneming (in geval van innovatiepartnerschap) in de tweede fase zal worden uitgenodigd, kan met behulp van selectiecriteria nader worden beperkt. Deze pre-selectieronde is dus niet aan de orde bij een openbare procedure.

De selectiecriteria kunnen inhoudelijk in beginsel vergelijkbaar zijn met de geschiktheidseisen zoals deze bij een openbare procedure worden gesteld. Op de diverse mogelijkheden voor het stellen van geschiktheidseisen is ingegaan in §3.5.2.

Een aanbestedende dienst wil een betonnen fietstunnel onder het spoor gerealiseerd zien met een raming in de orde van grootte van € 3.000.000. Om de aanleg van de fietstunnel tot een goed einde te brengen, stelt de aanbestedende dienst als kerncompetentie dat gegadigden beschikken over voldoende ervaring met de uitvoering van betonconstructies, in plaats van te vragen naar ervaring met gelijke werken (lees: fietstunnels).

Daarbij is de aanbestedende dienst van mening, dat een bedrijf met 6 referentiewerken niet geschikter is dan een bedrijf met 3 referentiewerken. Hier wordt dan ook niet op gerankt. Daarnaast is als omzeteis gesteld, dat een bedrijf gemiddeld 4,5 miljoen omzet per jaar moet hebben gerealiseerd over de afgelopen 3 jaar. Ook hierin waarden ze een inschrijver niet hoger als deze een omzet heeft van 10 miljoen. Dit biedt voor de correcte uitvoering van het werk immers niet meer zekerheid.

Evenals bij het stellen van geschiktheidseisen is het niet verplicht om selectiecriteria toe te passen. Een aanbestedende dienst zal vooraf moeten bepalen of er een reden is om het aantal inschrijvingen tot een bepaald maximum te beperken. Bedacht dient te worden, dat alle ondernemingen die in de eerste fase aan de geschiktheidseisen hebben voldaan, in principe geschikt zijn om de opdracht uit te voeren. Het is dan ook van groot belang, om het stellen van selectiecriteria goed en zorgvuldig te overwegen. Indien selectiecriteria worden gesteld, dan kunnen deze in elk geval niet in de vorm van een 'knock-out' criterium geformuleerd worden.

De wet noemt een minimum aantal uit te nodigen inschrijvers, waarbij de daadwerkelijke mededinging behoort te worden gewaarborgd. Bij het bepalen van het aantal uit te nodigen inschrijvers is het belangrijk, dat wordt gezien of met het gekozen aantal de mededinging hoe dan ook gewaarborgd blijft. Wanneer daadwerkelijk wordt besloten tot beperking van het aantal deelnemers aan de aanbesteding, is het uitgangspunt dat de te stellen selectiecriteria transparant, objectief en niet discriminerend zijn. Ranking op basis van financieel-economische draagkracht, omvang of aantal van referenties of aantal medewerkers is daarbij niet aan te bevelen, immers meer is niet altijd beter.

#### 3.5.4 Eisen aan combinaties

##### Voorschrift 3.5 H:

*De aanbestedende dienst stelt geen hogere eisen aan combinaties van inschrijvers (samenwerkingsverbanden) dan hij stelt aan een enkelvoudige inschrijver.*

Combinatievorming vindt in de praktijk slechts plaats wanneer partijen duidelijke redenen hebben niet enkelvoudig maar gezamenlijk in te schrijven. Het gaat hierbij altijd om een noodzaak tot samenwerking, niet alleen vanwege noodzakelijke spreiding van risico's en allocatie van middelen, maar ook om gezamenlijke competenties te bundelen en om restcapaciteit te benutten. Wanneer een onderneming zelfstandig in staat is op een opdracht in te schrijven, ligt combinatievorming in de praktijk niet in de rede, omdat ondernemingen er over het algemeen liever geen andere onderneming (concurrent) bij willen halen als ze de opdracht zelf kunnen doen. Bovendien geldt dat slechts onder bepaalde omstandigheden samengewerkt mag worden.<sup>9</sup> Dit vastgesteld hebbende, is er vervolgens geen enkele reden een dergelijke combinatie bij toetsing aan de eisen op een andere wijze te behandelen dan een zelfstandig inschrijver. Het stellen van verhoogde eisen aan combinaties kan dan ook snel als disproportioneel worden aangemerkt. Op grond van artikel 2.52, vierde lid, van de wet is het niet toegestaan al in de aanbestedingsfase een rechtsvormvereiste te stellen. Dit zou overigens ook al uit oogpunt van administratieve lasten onwenselijk zijn. Dat verplicht ondernemingen namelijk om al met elkaar uitonderhandeld te zijn voordat ze überhaupt weten of ze de opdracht krijgen.

##### Artikel 2.52

...

4. Een aanbestedende dienst verlangt voor het indienen van een inschrijving of een verzoek tot deelneming van een samenwerkingsverband van ondernemers niet dat het samenwerkingsverband van ondernemers een bepaalde rechtsvorm heeft.
5. Een aanbestedende dienst kan bepalen op welke wijze een samenwerkingsverband aan de eisen van economische en financiële draagkracht en technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, bedoeld in artikel 2.90, tweede lid, onderdelen a en b, dient te voldoen, mits deze eisen op objectieve gronden berusten en proportioneel zijn.
6. Een aanbestedende dienst kan aan een samenwerkingsverband andere eisen dan aan individuele deelnemers stellen wat betreft de uitvoering van een overheidsopdracht, mits deze eisen op objectieve gronden berusten en proportioneel zijn.

...

<sup>9</sup> Beleidsregels combinatieovereenkomsten 2013, Staatsblad 2013, 9223.

### 3.5.5 Gunningscriteria

**Artikel 1.10** (1.13 en 1.16 bevatten overeenkomstige bepalingen voor nationale aanbestedingen en meervoudig onderhands)

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

...

**f. de gunningscriteria;**

...

#### **Artikel 2.113**

De aanbestedende dienst toetst de inschrijvingen aan de door hem in de aanbestedingsstukken gestelde normen, functionele eisen en eisen aan de prestatie.

#### **Artikel 2.113a**

1. Gunningscriteria waarborgen de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging en gaan vergezeld van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen.
2. Een aanbestedende dienst controleert in geval van twijfel effectief de juistheid van de door de inschrijvers verstrekte informatie en bewijsmiddelen.

#### **Artikel 2.114**

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 onderdeel 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. Het vaststellen van de economisch meest voordelige inschrijving uitsluitend op basis van het gunningscriterium, bedoeld in het tweede lid, onderdeel b of onderdeel c, is niet toegestaan ten aanzien van bij of krachtens algemene maatregel van bestuur aan te wijzen categorieën aanbestedende diensten en soorten opdrachten.
6. De voordracht voor een krachtens het vijfde lid vast te stellen algemene maatregel van bestuur wordt niet eerder gedaan dan vier weken nadat het ontwerp aan beide kamers der Staten-Generaal is overgelegd.

#### Artikel 2.115

1. De aanbestedende dienst die de economisch meest voordelige inschrijving vaststelt op basis van de beste prijs kwaliteitverhouding, maakt in de aankondiging van de overheidsopdracht bekend welke nadere criteria hij stelt met het oog op de toepassing van dit criterium.
2. De in het eerste lid bedoelde nadere criteria houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht en kunnen onder meer betreffen:
  - a. kwaliteit, waaronder technische verdienste;
  - b. esthetische en functionele kenmerken;
  - c. toegankelijkheid;
  - d. geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers;
  - e. sociale, milieu- en innovatieve kenmerken;
  - f. de handel en de voorwaarden waaronder deze plaatsvindt;
  - g. de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht;
  - h. klantenservice en technische bijstand;
  - i. leveringsvoorwaarden, zoals leveringsdatum, leveringswijze, leveringsperiode of termijn voor voltooiing.
3. Nadere criteria als bedoeld in het eerste lid houden verband met het voorwerp van de overheidsopdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die overheidsopdracht te verrichten werken, leveringen of diensten, in alle opzichten en in elk stadium van hun levenscyclus, met inbegrip van factoren die te maken hebben met:
  - a. het specifieke productieproces, het aanbieden of de verhandeling van deze werken, leveringen of diensten, of
  - b. een specifiek proces voor een andere fase van hun levenscyclus, zelfs wanneer deze factoren geen deel uitmaken van hun materiële basis.
4. De aanbestedende dienst specificeert in de aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van elk van de door hem gekozen nadere criteria voor de bepaling van de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum.
5. Indien om objectieve redenen geen weging mogelijk is, vermeldt de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken de nadere criteria in afnemende volgorde van belang.

De wetgeving laat de keuze tussen de gunningscriteria laagste prijs (LP), laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit (Laagste KBK) en beste prijs-kwaliteitverhouding (Beste PKV), maar neemt bij de keuze Beste PKV als uitgangspunt. Teneinde de innovatie vanuit de markt te kunnen benutten, is het ook wénselijk op basis van Beste PKV te gunnen (Beste PKV tenzij). Het criterium Beste PKV biedt de mogelijkheid om onderscheidende (kwalitatieve) aanbiedingen vanuit de markt te verkrijgen.

Bij toepassing van het gunningscriterium Beste PKV moet in de aankondiging of de aanbestedingsstukken het relatieve gewicht van de gekozen nadere (sub-)criteria worden bepaald. Dit gewicht kan worden uitgedrukt door middel van een marge met een passend verschil tussen minimum en maximum. Is een weging om aantoonbare redenen niet te geven, dan zullen de criteria in afnemende volgorde van belang moeten worden gezet. De te stellen criteria moeten objectief en eenduidig zijn. Gunningcriteria zien op de opdracht. Afstemming op de opdracht is dan ook logisch. Zo dient bijvoorbeeld objectief en tegen voorafgaande heldere criteria de gewenste mate van uitwerking van een plan van aanpak te worden gevraagd. Hierbij dient de inspanning die dit vraagt van elke inschrijver in acht te worden genomen; bij extreme eisen in het kader van een inschrijving kan een inschrijvergoeding beschikbaar worden gesteld.

Om te voorkomen dat bij toepassing van het criterium Beste PKV impliciet toch de prijs alleen bepalend is, dienen onder meer de volgende voorzorgen in acht genomen te worden:

- Het aantal punten dat aan de kwalitatieve criteria wordt toegekend ten opzichte van het aantal punten dat aan het criterium prijs wordt toegekend, dient voldoende hoog te zijn om het verschil te kunnen maken.
- Hanteer voor alle beoordelingscriteria een deugdelijke en transparante schaalverdeling en voorkom ongelijke grootheden, zoals het gelijktijdig gebruik van een schaal van 0 tot 10 voor waardering van het ene criterium en waardering met goed/slecht voor het andere criterium.
- De kwalitatieve criteria moeten een bepalende rol spelen. Als te verwachten is dat iedere inschrijver (nagenoeg) even hoog gaat scoren op dit criterium, is de prijs uiteindelijk toch doorslaggevend. Criteria die min of meer vanzelfsprekend zijn en waar alle inschrijvers nagenoeg gelijk zullen scoren, kunnen dan ook beter in eisen dan in schaalbare wensen worden vertaald zodat alleen wensen met een onderscheidend vermogen (en geen eisen) worden gewogen in de beoordeling.
- In de beoordelingsschaal dient voldoende differentiatie te bestaan. Daarnaast moet de volledige breedte van de beoordelingsschaal bij de beoordeling worden gebruikt. Als bij de beoordeling van kwalitatieve criteria de scores namelijk alleen maar tussen 5 en 7 liggen (op een schaal van 10), is de prijs uiteindelijk toch doorslaggevend.
- Het verdient aanbeveling de te hanteren beoordelingsschaal vooraf te testen, bijvoorbeeld door middel van een proefberekening.

Bij het gunningscriterium Laagste KBK worden naast de aanschafprijs ook andere kostencriteria meegewogen. Een voorbeeld hiervan is het meewegen van kosten verbonden aan de gehele levenscyclus van een product, onderhoudskosten, weghaalkosten aan het einde van de levensduur etc., oftewel total cost of ownership.

Als er echt geen voldoende onderscheidende criteria zijn, waarop inschrijvers toegevoegde waarde kunnen leveren, dan is het verstandiger om expliciet te kiezen voor LP of Laagste KBK, dan om hier impliciet / pro forma voor te kiezen. Wanneer de aanbestedende dienst in afwijking van de hoofdregel wil gunnen op basis van LP of Laagste KBK, dan dient hij dit voldoende gemotiveerd in de aanbestedingsstukken aan te geven.

Met het begrip Economisch Meest Voordelige Inschrijving worden de drie criteria (LP, Laagste KBK en Beste PKV) samen aangeduid met één overkoepelende term; om misverstanden te voorkomen (dit begrip had vroeger de betekenis Beste PKV) is het verstandig om het begrip Economisch Meest Voordelige Inschrijving in aanbestedingen niet meer te gebruiken.

### 3.5.6 Duurzaamheid/sociale voorwaarden

Het gaat bij duurzaamheidscriteria waaronder sociale voorwaarden om een complexe materie die nog aan de nodige discussie onderhevig is. Deze Gids leent zich niet voor uitputtende behandeling van dit onderwerp. Hier wordt dan ook slechts beoogd enkele zaken aan te stippen, die in het kader van een aanbestedingsprocedure uit een oogpunt van proportionaliteit nadere aandacht behoeven. Duurzaamheidscriteria kunnen voorkomen in de vorm van (technische en functionele) specificaties, geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria of contractvoorwaarden. Voor de behandeling van dit onderwerp zijn de betreffende paragrafen dan ook van belang.

In willekeurige volgorde wordt gewezen op het volgende:

- Bij het stellen van duurzaamheidscriteria is het proportioneel de omvang van de opdracht mee te laten wegen bij de keuze om eisen op dit terrein te stellen. Dit betekent niet dat voor kleine opdrachten geen duurzaamheidscriteria gesteld mogen worden.
- De criteria met betrekking tot duurzaamheid waaronder sociale voorwaarden dienen enerzijds in redelijke verhouding te staan tot de aard en omvang van de opdracht, maar dienen anderzijds te worden afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden. Indien uit markt-

onderzoek blijkt dat een brede range van bedrijven voldoet aan bepaalde criteria, dan kunnen deze generiek toegepast als eis opgenomen worden. Gaat het om vernieuwingen op de markt waar slechts een beperkt aantal ondernemingen aan kan voldoen, dan kunnen ze beter als een van de subcriteria binnen het gunningscriterium Beste PKV opgenomen worden. Opnemen van technische specificaties en eisen waaraan slechts een zeer beperkt deel van de markt voldoet en daardoor daadwerkelijke mededinging niet langer gewaarborgd is, is niet alleen disproportioneel, maar ook onverstandig.

- Als uitgangspunt geldt dat de duurzaamheidscriteria in het kader van de beoordeling op Beste PKV reële waardering krijgt en objectief meetbaar is.
- Proportionaliteit van duurzaamheidscriteria wordt bevorderd, wanneer aanbestedende diensten met (potentiële) inschrijvers te allen tijde het gesprek aangaan over de ideeën en mogelijkheden die er ten aanzien van duurzaamheid bestaan. Enige vorm van marktconsultatie als bedoeld in § 2.5 en in artikel 2.25 van de wet zou daartoe een middel kunnen zijn.
- Bij de definitieve keuze voor het stellen van duurzaamheidscriteria is het navolgende van belang.
  1. Eenduidigheid: Bij de keuze dient in eerste instantie aangesloten te worden bij algemeen geldende criteria toegesneden op de relevante branches (opgesteld door PIANOo).<sup>10</sup>
  2. Formulering van eigen afwijkende criteria kan in geval van functioneel specificeren en/of een aanbesteding op basis van Beste PKV een optie zijn, mits via een marktverkenning is getoetst dat voldoende marktpartijen hieraan kunnen voldoen.
  3. Over het algemeen is het sowieso verstandig om op dit gebied niet te veel met geschiktheidseisen te werken; wil je als organisatie een stimulans geven aan duurzaamheid en verder gaan dan de criteria van PIANOo, verdient het sterke aanbeveling dat in de vorm van gunningscriteria te doen: dit bevordert de verdere ontwikkeling van duurzaamheid, zonder a priori bedrijven uit te sluiten die hier (nog) niet aan voldoen.
- Reële overgangstermijn: Indien eisen op het gebied van duurzaamheid worden gesteld, wordt opgemerkt dat de markt dan ook wel de gelegenheid moet krijgen, de bedrijfsvoering op eenmaal binnen de organisatie van de aanbestedende dienst vastgestelde eisen af te stemmen; voortdurend wijzigen van voorwaarden wordt in dat kader evenmin passend geacht.
- Bij het vragen naar referenties met betrekking tot duurzaamheid geldt hetzelfde als voor referenties in het algemeen. Uit de referenties dient duidelijk te blijken, dat de inschrijver beschikt over de competenties om de gevraagde duurzaamheid in de praktijk te brengen, het is niet nodig te vragen naar een identiek vergelijkbaar project; duurzaamheid hangt immers nauw samen met innovatie en het kunnen aanbieden van varianten. De doelen die worden gesteld moeten wel afgeleid zijn van de nationale duurzaamheidsthema's. Als laatste dient bewijslast op het punt van duurzaamheid in de laatste fase plaats te vinden, net als bij andere geschiktheidseisen en gunningscriteria.
- Het opnemen in aanbestedingsstukken van een verplichting voor de opdrachtnemer tot het laten rapporteren over duurzaamheidsaspecten dient plaats te vinden conform het advies van de SER<sup>11</sup> en de Raad voor de Jaarverslaggeving<sup>12</sup>. Rapportage anderszins wordt daarmee dus disproportioneel geacht.

Een gemeente gaat een school bouwen, en vraagt bij de aanbesteding naar ervaring met bodemwarmte. Hiervoor dient een referentie overlegd te worden, waaruit duidelijk blijkt dat deze techniek in de praktijk is gebracht, ongeacht voor welk soort gebouw dat dit was (een gemeentehuis, een brandweerkazerne of een kantoorgebouw). Door te vragen naar algemene ervaring en niet naar ervaring in exact vergelijkbare omstandigheden is deze eis proportioneel.

<sup>10</sup> De criteriadocumenten van PIANOo ondergaan met zekere regelmaat een actualiseringsslag.

<sup>11</sup> <http://www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2010-2019/2010/b28646.aspx>

<sup>12</sup> [http://www.rjnet.nl/Documents/Uitingen%202009/0000026826\\_RJ\\_Uiting\\_2009\\_8\\_Herziene\\_Richtlijn\\_400\\_Jaarverslag\\_en\\_Handreiking.pdf](http://www.rjnet.nl/Documents/Uitingen%202009/0000026826_RJ_Uiting_2009_8_Herziene_Richtlijn_400_Jaarverslag_en_Handreiking.pdf)

- Bij sociale voorwaarden voor duurzaam inkopen gaat het om de sociale situatie in de (internationale) productieketen. Hierbij valt te denken aan naleving van universele rechten van de mens waaronder vakbondsvrijheid, verbod op kinderarbeid, gedwongen arbeid en discriminatie. Het gaat hier slechts om een redelijke inspanningsverplichting, afhankelijk van een redelijke inschatting van de risico's.<sup>13</sup>
- Verwijzing naar bepaalde keurmerken mag. Hieraan is wel een aantal voorwaarden verbonden:
  - alle keurmerkeisen moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht;
  - ze moeten gebaseerd zijn op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria;
  - tot stand gekomen zijn door middel van een open en transparante procedure;
  - waarbij de ondernemer die het keurmerk aanvraagt geen beslissende invloed kan uitoefenen op de inhoud van het keurmerk.

Een gemeente wil voor het gemeentehuis een natuurstenen bestrating gerealiseerd zien en schrijft daarvoor een aanbesteding uit. De hiervoor te leveren materialen zijn kostbaar en maken een groot gedeelte van de aanneemsom uit, terwijl de aanleg zelf specifieke deskundigheid vereist. De gemeente heeft daarbij de volgende eis gesteld: Op deze aanbesteding is van toepassing de door de gemeente vastgestelde regeling tot inzet van werklozen (de zogenaamde 5%regeling). De aannemer aan wie het werk zal worden opgedragen, is op basis daarvan verplicht minimaal 5% van de aanneemsom te verlonen door middel van inzet van werklozen. Door het verhoudingsgewijs geringe deel aan loonsom binnen deze aanneemsom en de specialistische activiteit, is deze social returnbepaling disproportioneel.

#### Duurzaam inkopen binnen Multi Functionale Accomodatie

Binnen het inkoopproject van een Multi Functionele Accommodatie (MFA) is de markt uitgedaagd om binnen hun aanbieding een goede afweging tussen duurzaamheid en kosten te maken. Door functioneel aan te besteden geef je als opdrachtgever aan welke doelen (prestatie-eisen) je wilt bereiken in plaats van te omschrijven hoe deze prestatie-eisen bereikt moeten worden (voorbeeld energieneutraal in plaats van specifieke energie-eisen). Binnen deze aanbesteding is er een systematiek gehanteerd waarbij er een ambitieuze maar realistische ondergrens (minimumeis) op het gebied van duurzaamheid is gesteld die herkenbaar is voor de marktontwikkelingen, en daarnaast duurzamere oplossingen werden gewaardeerd met een hogere score. Het prijsaanbod is aangeboden op basis van gebruikerskosten voor 15 jaar (TCO gedurende 15 jaar), dus niet alleen de aanschafprijs, maar de levensduur is in ogenschouw genomen, omdat daar ook vaak de meeste winst ligt qua duurzaamheid. De inschrijvers hebben middels de GPR-gebouw systematiek ([www.gprgebouw.nl/website/gebouw.aspx](http://www.gprgebouw.nl/website/gebouw.aspx)) op een objectieve en eenduidige wijze hun duurzame oplossingen kunnen aanbieden. De ondergrens was bepaald op een gemiddelde GPR-score van 8 (PIANOo hanteert minimaal 7). Een hogere score leverde een extra waardering op die voor 15% heeft meegewogen in de totaal beoordeling. Alle inschrijvers hebben deze kans ter hand genomen en een hogere GPR-score aangeboden dan minimaal was vereist. Een functionele aanpak stimuleert dus innovatie en concurrentie en haalt het beste uit de markt. 3 Van de 5 inschrijvers hebben zelfs de maximale waardering ontvangen, waaronder de partij die de opdracht uiteindelijk gegund heeft gekregen. De MFA zal worden gerealiseerd met een GPR-score van 8,7 wat onder andere zal leiden tot een lagere milieubelasting en lagere kosten gedurende de gehele levensduur. Door middel van de gehanteerde systematiek hebben de inschrijvers de vrijheid gekregen om duurzame oplossingen te implementeren met de beste 'prijs/kwaliteit' verhouding (Beste PKV).

<sup>13</sup> Sociale voorwaarden zullen nog in een handleiding worden omgezet. Daarbij zal behoefte bestaan aan voorwaarden rond het geen als redelijk moet worden beschouwd. Vanuit het oogpunt van proportionaliteit dient ervoor gewaakt te worden dat de risico's te eenzijdig bij ondernemingen gelegd gaan worden.



### 3.5.7 Samenhang met andere wetgeving

In zijn algemeenheid is het goed om te beseffen dat er wet-en regelgeving is die effect kan hebben op een aanbesteding of op een inschrijver. Zo hebben beursgenoteerde bedrijven nu eenmaal te maken met beursregels. Deze zeggen bijvoorbeeld iets over het wel of niet mogen verstrekken van bepaalde informatie. De eis bijvoorbeeld dat een inschrijver direct bij de aanbestedende dienst moet melden wanneer hij een schade meldt onder zijn verzekering, is strijdig met deze beursregels. Deze stellen namelijk dat als het gaat om koersgevoelige informatie (en schadeclaims kunnen zo opgevat worden), dat iedereen hier tegelijkertijd kennis van moet kunnen nemen. Andere regels waar bedrijven nog wel eens tegen aan lopen als het gaat om (on)mogelijkheid om in te schrijven op een aanbesteding zijn de boekhoudregels. Zo hebben veel bedrijven te maken met Europese of Amerikaanse boekhoudregels (ook wel bekend als IFRS of US GAAP). Deze regels stellen onder meer, dat een bedrijf geen omzet mag boeken als er een mogelijkheid bestaat dat ze een deel of het geheel terug moeten betalen aan de klant (in dit geval: de aanbestedende dienst). Bepalingen waarin staat dat er eventueel later alsnog kortingen verleend moeten worden (zoals de meestbegunstigingsclausule in sommige contracten) hebben dan ook meer effect dan veel aanbestedende diensten beseffen. Zo ook langdurige (onderhouds)garanties met daaraan gekoppeld de mogelijkheid voor een aanbestedende dienst om het contract als nog te ontbinden (zonder dat een bedrijf daar invloed op heeft) na X jaar. Voor wat contractvoorwaarden in z'n algemeenheid betreft, wordt verwezen naar §3.9. Uiteraard kunnen er redenen zijn voor aanbestedende diensten om toch deze eisen te stellen. In dat geval zal de aanbestedende dienst een gemotiveerde afweging moeten maken tussen deze reden(en) en de mogelijkheid dat zij bedrijven uitsluit van inschrijven op de betreffende aanbesteding.

## 3.6 Hanteren termijnen

De wet kent meerdere bepalingen waarin termijnen worden aangehaald. Deze bepalingen worden hieronder kort benoemd.

### Artikel 1.10

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

...

**e. de te stellen termijnen;**

...

*Termijnen worden vervolgens genoemd in:*

### Artikel 2.54

1. Een aanbestedende dienst verstrekt nadere inlichtingen over de aanbestedingsstukken uiterlijk tien dagen voor de uiterste datum voor het indienen van de inschrijvingen, mits het verzoek om inlichtingen tijdig voor de uiterste datum voor het indienen van de inschrijvingen is gedaan.
2. In afwijking van het eerste lid bedraagt de in dat lid bedoelde termijn in geval van toepassing van de openbare procedure, niet-openbare procedure of mededingingsprocedure met onderhandeling, waarbij toepassing wordt gegeven aan artikel 2.74, vier dagen.

### § 2.3.2.3 Termijnen

#### Artikel 2.70

De aanbestedende dienst stelt de termijn voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen vast met inachtneming van het voorwerp van de opdracht, de voor de voorbereiding van het verzoek of de inschrijving benodigde tijd en de in deze paragraaf gestelde regels omtrent termijnen.

#### Artikel 2.71

1. Voor openbare procedures bedraagt de termijn voor het indienen van de inschrijvingen ten minste 45 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging.
2. Voor niet-openbare procedures en mededingingsprocedures met onderhandeling bedraagt de termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming ten minste 30 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht.
3. Voor procedures van de concurrentiegerichte dialoog en procedures van het innovatiepartnerschap bedraagt de termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming ten minste 30 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht.
4. Voor niet-openbare procedures bedraagt de termijn voor het indienen van de inschrijvingen ten minste 40 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving en voor mededingingsprocedures met onderhandeling bedraagt de termijn voor het indienen van de eerste inschrijvingen eveneens ten minste 40 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.
5. Indien de aanbestedende dienst een vooraankondiging als bedoeld in paragraaf 2.3.2.1 heeft gedaan, kan hij de termijn voor het indienen van de inschrijvingen, bedoeld in het eerste en vierde lid, inkorten tot 29 dagen, maar in geen geval tot minder dan 22 dagen.
6. Het inkorten van de termijn, bedoeld in het vijfde lid, is uitsluitend toegestaan, indien de vooraankondiging alle informatie bevat die in de aankondiging van de overheidsopdracht, bedoeld in bijlage V, onderdeel B, afdeling I, van richtlijn 2014/24/EU, wordt verlangd, voor zover deze informatie beschikbaar is op het tijdstip dat de vooraankondiging wordt bekendgemaakt en mits deze vooraankondiging ten minste 52 dagen en ten hoogste 12 maanden voor de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht ter bekendmaking is verzonden.

#### Artikel 2.72

1. Een aanbestedende dienst verlengt de termijn voor het indienen van de inschrijvingen, bedoeld in artikel 2.71, eerste en vierde lid, met vijf dagen in de gevallen, bedoeld in artikel 2.66, derde en vierde lid.
2. Het eerste lid is niet van toepassing in een geval als bedoeld in artikel 2.74.

#### Artikel 2.73

1. Een aanbestedende dienst verlengt de termijnen voor het indienen van de inschrijvingen zodanig dat alle betrokken ondernemers van alle nodige informatie voor de opstelling van de inschrijvingen kennis kunnen nemen, indien:
  - a. inschrijvingen slechts kunnen worden gedaan na een bezoek van de locatie,
  - b. inschrijvingen slechts kunnen worden gedaan na inzage ter plaatse van de documenten waarop de aanbestedingsstukken steunen,
  - c. de tijdig aangevraagde aanvullende informatie, die van betekenis is voor het opstellen van de inschrijvingen, niet uiterlijk tien dagen of, in een geval als bedoeld in artikel 2.74, onderdelen a en c, niet uiterlijk vier dagen voor de voor het indienen van de inschrijvingen gestelde termijn is verstrekt, of
  - d. de aanbestedingsstukken aanzienlijk gewijzigd zijn.
2. In de gevallen, bedoeld in het eerste lid, onderdelen c en d, dient de duur van de verlenging in redelijke verhouding te staan tot het belang van de informatie of wijziging.

#### **Artikel 2.74**

In het geval van een urgente situatie, die door de aanbestedende dienst naar behoren is onderbouwd, waarin de in de artikel 2.71, eerste, tweede en vierde lid, bepaalde termijnen niet in acht kunnen worden genomen, kan een aanbestedende dienst de volgende termijnen vaststellen:

- a. in het geval van een openbare procedure, een termijn voor het indienen van de inschrijvingen van ten minste vijftien dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht;
- b. in het geval van een niet-openbare procedure of een mededingingsprocedure met onderhandeling, een termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming van ten minste vijftien dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht;
- c. in het geval van een niet-openbare procedure of een mededingingsprocedure met onderhandeling, een termijn voor het indienen van de inschrijvingen van ten minste tien dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

#### **Artikel 2.74a**

1. Een aanbestedende dienst die geen centrale aanbestedende dienst is, kan, in afwijking van artikel 2.71, vierde lid, de termijn voor het indienen van de inschrijvingen bij een niet-openbare procedure of de termijn voor het indienen van de eerste inschrijvingen bij een mededingingsprocedure met onderhandeling in onderlinge overeenstemming met de geselecteerde gegadigden bepalen, mits alle geselecteerde gegadigden evenveel tijd krijgen om hun inschrijving voor te bereiden en in te dienen.
2. Indien geen overeenstemming over een termijn als bedoeld in het eerste lid wordt bereikt, bedraagt deze ten minste 40 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

#### **Artikel 2.74b**

Een aanbestedende dienst kan de termijn voor het indienen van de inschrijvingen, bedoeld in artikel 2.71, eerste en vierde lid, en artikel 2.74a, tweede lid, met vijf dagen verkorten, indien hij erin toestemt dat inschrijvingen langs elektronische weg worden ingediend.

#### **Artikel 2.103**

1. Een aanbestedende dienst deelt de afwijzing of uitsluiting van betrokken gegadigden en betrokken inschrijvers zo spoedig mogelijk schriftelijk mede.
2. Op verzoek van een betrokken partij stelt een aanbestedende dienst een afgewezen gegadigde zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijftien dagen na ontvangst van zijn schriftelijk verzoek, in kennis van de redenen voor de afwijzing van zijn verzoek tot deelneming.
3. Op verzoek van een betrokken partij stelt de aanbestedende dienst iedere afgewezen inschrijver zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijftien dagen na ontvangst van zijn schriftelijk verzoek, in kennis van de redenen voor de afwijzing van zijn inschrijving, inclusief voor de gevallen, bedoeld in de artikelen 2.77 en 2.78, de redenen voor zijn beslissing dat er geen gelijkwaardigheid voorhanden is of dat de werken, leveringen of diensten niet aan de functionele of prestatie-eisen voldoen.
4. Het eerste en tweede lid zijn van overeenkomstige toepassing op de in artikel 2.101, derde lid, bedoelde inschrijver.

### **Voorschrift 3.6:**

*De aanbestedende dienst overweegt een langere termijn te hanteren dan de minimumtermijnen.*

Indien de wet minimumtermijnen stelt dient per opdracht kritisch te worden overwogen of de gestelde termijnen reëel en proportioneel zijn en in relatie staan tot de te ondernemen actie. Zo is het bij een gecompliceerd project zinvol de termijnen ruimer te stellen, zodat partijen voldoende gelegenheid hebben om in te schrijven. Aanbestedende diensten hebben maanden, soms een half jaar of een jaar nagedacht over de aanbesteding alvorens tot publicatie over te gaan: het is ook in het belang van de aanbestedende dienst om inschrijvers vervolgens voldoende

tijd te geven om een goede offerte te maken. De wettelijke termijnen zijn overigens uitgedrukt in kalenderdagen en houden geen rekening met vakantieperioden en andere perioden waarin redelijkerwijs geen aanmelding of inschrijving kan worden voorbereid, dan wel enige andere noodzakelijke actie in het aanbestedingsproces worden ondernomen. Helaas komt het in de praktijk nogal eens voor, dat termijngebonden correspondentie juist kort voor zo'n (branche) gebruikelijke (vakantie) periode wordt verstuurd. Denk hierbij aan een voornemen tot gunnen, waarbij de mogelijkheid tot het instellen van een procedure tot 20 kalenderdagen is beperkt. Strikt formeel mogen de wettelijke termijnen worden gehanteerd en is het niet verboden om een aanbesteding vóór de vakantie te publiceren, en meteen na de vakantie tot selectie of gunning over te gaan. Dat zal echter de kwaliteit van de offertes niet ten goede komen en schakelt mogelijk ook een belangrijk deel van de potentiële inschrijvers uit. In dergelijke situaties is het proportioneel de vaste termijn op te rekken met de vakantieperiode opdat sprake kan zijn van optimale marktwerking en de rechtsbescherming niet wordt ingeperkt.

In de procedure-omschrijving van een aanbestedende dienst is de volgende passage opgenomen: In de periode 24 juli tot 15 augustus is de afdeling inkoop niet bereikbaar in verband met vakanties. Eventuele vragen gedurende deze periode worden ná 15 augustus beantwoord. In verband met deze vakantie is de termijn voor het indienen van de inschrijvingen met 3 weken verlengd ten opzichte van de wettelijke termijnen.

Wanneer bij inlichtingen vragen zijn gesteld die verregaande consequenties voor de in te dienen offertes kunnen hebben, bijvoorbeeld doordat wijzigingen in de opdracht worden doorgevoerd, verdient het aanbeveling daar in de uitwerking extra ruimte voor te laten (dus langer dan 10 dagen). Wanneer beantwoording van vragen in eerste aanleg tot nieuwe vragen leidt, kan het zelfs proportioneel zijn ook voor de beantwoording daarvan extra tijd in te ruimen. Het bewust zonder goede reden op het allerlaatste moment stellen van vragen teneinde het proces te frustreren, wordt overigens jegens aanbestedende diensten onprofessioneel geacht.

Wanneer een aanbestedende dienst de aanbestedingsstukken aanzienlijk wijzigt of relevante aanvullende informatie zoals aangevraagd niet tijdig verstrekt, dient de aanbestedende dienst de van toepassing zijnde termijnen te verlengen. De extra tijd is afhankelijk van de aard en de mate van de wijzigingen of de ontbrekende informatie en het effect daarvan op de opdracht. Ingrijpende aanpassingen ten aanzien van technische specificaties kunnen bijvoorbeeld aanleiding geven tot een aanzienlijke verlenging van de termijnen. Aanzienlijke wijzigingen, zéker als die leiden tot aanpassing van de termijnen, dienen via een rectificatie op de aanvankelijke aankondiging op het gebruikte publicatieplatform gepubliceerd te worden. Het is dus niet nodig om een aanbesteding volledig terug te trekken en opnieuw te publiceren, het volstaat om in de rectificatie afdoende helder te maken wat er veranderd is, en welke de nieuwe termijnen zijn.

#### **Artikel 2.109**

1. In geval van een storing van het elektronische systeem door middel waarvan de inschrijving ingediend moet worden, waardoor het indienen van de inschrijving kort voor het verstrijken van de uiterste termijn niet mogelijk is, kan de aanbestedende dienst deze termijn na afloop van de uiterste termijn verlengen, mits hij nog geen kennis heeft genomen van de inhoud van enige inschrijving.
2. Alle niet-afgewezen gegadigden en inschrijvers worden door de aanbestedende dienst in kennis gesteld van de verlenging, bedoeld in het eerste lid, en krijgen de gelegenheid om hun inschrijving binnen de verlenging te wijzigen of aan te vullen.

#### **Artikel 2.127**

1. Een aanbestedende dienst neemt een opschortende termijn in acht voordat hij de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluit.
2. De opschortende termijn, bedoeld in het eerste lid, vangt aan op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden aan de betrokken inschrijvers en betrokken gegadigden.
3. De opschortende termijn, bedoeld in het eerste lid, bedraagt ten minste 20 kalenderdagen.
4. Een aanbestedende dienst behoeft geen toepassing te geven aan het eerste lid indien:
  - a. deze wet geen bekendmaking van de aankondiging van de overheidsopdracht door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen vereist;
  - b. de enige betrokken inschrijver degene is aan wie de overheidsopdracht wordt gegund en er geen betrokken gegadigden zijn;
  - c. het gaat om opdrachten op grond van een raamovereenkomst of specifieke opdrachten op grond van een dynamisch aankoopstelsel als bedoeld in afdeling 2.4.2.

## 3.7 Varianten

#### **Artikel 2.83**

1. Een aanbestedende dienst kan de inschrijvers toestaan varianten voor te stellen of van hen verlangen varianten in te dienen.
2. Een aanbestedende dienst vermeldt in de aankondiging van de overheidsopdracht of hij varianten toestaat of verlangt. Een aanbestedende dienst staat alleen varianten toe indien hij in de aankondiging heeft vermeld dat deze zijn toegestaan of worden verlangd.
3. Een aanbestedende dienst die varianten toestaat of verlangt, vermeldt in de aanbestedingsstukken aan welke eisen deze varianten ten minste voldoen, hoe zij worden ingediend en of varianten uitsluitend kunnen worden ingediend wanneer ook een inschrijving die geen variant is, is ingediend.
4. Een aanbestedende dienst waarborgt dat de gekozen gunningscriteria kunnen worden toegepast op varianten die aan de gestelde eisen voldoen en op conforme inschrijvingen die geen varianten zijn.
5. Varianten zijn verbonden met het voorwerp van de opdracht.
6. Een aanbestedende dienst past de gekozen gunningscriteria toe op varianten die aan de gestelde eisen voldoen en op conforme inschrijvingen die geen varianten zijn.
7. Een aanbestedende dienst neemt uitsluitend de varianten in overweging die aan de gestelde eisen voldoen.
8. Bij procedures voor het gunnen van overheidsopdrachten voor leveringen of overheidsopdrachten voor diensten wijst een aanbestedende dienst die varianten heeft toegestaan of verlangd, een variant niet af uitsluitend omdat deze variant, indien deze werd gekozen, veeleer tot een overheidsopdracht voor diensten dan tot een overheidsopdracht voor leveringen, dan wel veeleer tot een overheidsopdracht voor leveringen dan tot een overheidsopdracht voor diensten zou leiden.

**Voorschrift 3.7:**

***De aanbestedende dienst overweegt de inschrijvers toe te staan varianten voor te stellen.***

De wetgeving biedt de mogelijkheid varianten toe te staan. Een aanbesteder kan ook daadwerkelijk varianten verlangen, ongeacht het gekozen gunningscriterium. Als bij de aanbesteding het indienen van varianten op het in het bestek gevraagde mogelijk is, moet de aanbestedende dienst aangeven aan welke eisen deze moeten voldoen. Ook moet in geval van varianten worden aangegeven of al dan niet nog een conforme inschrijving wordt verlangd.

De praktijk leert dat deze optie zelden wordt toegepast. Het blijkt in de praktijk soms lastig om beoordelingscriteria zodanig te formuleren, dat ook varianten op een transparante en eerlijke manier in de beoordeling kunnen worden meegenomen. Desalniettemin is het toelaten van varianten zeer de moeite waard, en dient in die zin serieus overwogen te worden. Aanbieders kunnen dan met ideeën komen waar een aanbestedende dienst wellicht niet aan gedacht had, die bijvoorbeeld goedkoper, efficiënter en zuiniger kunnen zijn.

Van aanbestedende diensten wordt verwacht, dat zij in het kader van proportionaliteit op basis van de opdracht kritisch kijken naar het aantal te verlangen varianten; van inschrijvers wordt verwacht, dat zij zorgvuldig kijken naar het aantal in te dienen varianten teneinde onnodige kosten en inspanning van alle partijen te vermijden.

In de praktijk wordt het volledig of deels functioneel specificeren van een opdracht als alternatief gezien voor het toestaan van varianten. Het gaat er in beide gevallen om, dat maximaal gebruik wordt gemaakt van de kennis bij de inschrijvende partijen om de meest passende oplossing voor de aanbestedende dienst te realiseren.

Daarnaast biedt het toestaan van varianten dan wel het functioneel specificeren ook in het kader van het bevorderen van innovatie zonder meer belangrijke voordelen.

## 3.8 Inschrijfkosten

**Artikel 1.10** (1.13 en 1.16 bevatten overeenkomstige bepalingen voor nationale aanbestedingen en meervoudig onderhands)

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

...

**g. een vergoeding voor hoge kosten van een inschrijving;**

...

### **Voorschrift 3.8:**

*De aanbestedende dienst biedt een vergoeding aan wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen.*

Zoals een aanbestedende dienst kosten moet maken voor het in de markt zetten van een opdracht, moeten de inschrijvers/gedagiden kosten maken voor de daadwerkelijke inschrijving. Het is van belang deze kosten niet onnodig te laten oplopen en ook niet door heel veel inschrijvers tegelijk te laten maken. Wanneer het onvermijdelijk is dat er verhoudingsgewijs aanzienlijke kosten (denk aan visiepresentaties, maquettes en modellen, schetsen of (constructie-)doorberekening) per inschrijving gemaakt moeten worden, is het proportioneel aan een inschrijver daarvoor een vergoeding te geven.

Een gemeente en een hogeschool die samen een vijftal sporthallen en een onderwijsgebouw realiseren, besluiten op basis van de marktkennis van architecten een niet-openbare aanbesteding te organiseren. 113 gedagiden downloaden de selectieleidraad, 36 architectenbureaus besluiten een aanmelding te doen. Na beoordeling van de 36 aanmeldingen worden 5 architecten uitgenodigd een inschrijving te doen, waarbij een visiepresentatie (geen ontwerp!) deel uitmaakt van de gunning. Na gunning ontvangen de 4 bureaus die de opdracht niet gegund hebben gekregen een redelijke vergoeding voor hun inspanning met betrekking tot de visie-presentatie.

## 3.9 Contractvoorwaarden

**Artikel 1.10** (1.13 en 1.16 bevatten overeenkomstige bepalingen voor nationale aanbestedingen en meervoudig onderhands)

1. Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.
2. Bij de toepassing van het eerste lid slaat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, voor zover van toepassing, in ieder geval acht op:

...

**h. de voorwaarden van de overeenkomst.**

Proportionaliteit strekt zich uit tot alle fasen van de aanbestedingsprocedure en daarmee dus ook tot de contracten en de contractvoorwaarden. Aangezien inschrijven onder voorwaarden niet is toegestaan, gaat het hier specifiek om voorwaarden die door de aanbestedende dienst zelf op de aan te besteden opdracht van toepassing worden verklaard. Hierbij valt zowel te denken aan besteksvoorwaarden als aan eventuele inkoopvoorwaarden van een aanbestedende dienst.

Aanbestedende diensten en bedrijven maken afwegingen of contract-, inkoop- en leveringsvoorwaarden acceptabel zijn. Het gebruik van proportionele voorwaarden is dan ook in het belang van zowel de aanbestedende dienst als de inschrijvende partijen. Het geheel van clausules in een contract inclusief inkoopvoorwaarden worden het best bezien in hun onderlinge samenhang. Immers, de individuele bepalingen kunnen elk voor zich proportioneel zijn, maar in hun onderlinge samenhang kunnen zij, vanwege cumulatieve effecten, disproportioneel worden. De volgende punten verdienen in het kader van contractvoorwaarden in ieder geval de aandacht:

- of individuele contractbepalingen gebruikelijk zijn in de desbetreffende markt. Hierbij dient eveneens bekeken te worden of de bepalingen gebruikelijk zijn in contracten tussen bedrijven onderling;
- of het wenselijk is dat bij bepalingen in een contract waarin een last, verplichting, verbintenis of beperking op de inschrijver wordt gelegd ten nadele van de inschrijver wordt afgeweken van het wettelijke stelsel van het verbintenissenrecht.

### **Voorschrift 3.9 A:**

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

- Waar horen de verschillende risico's die in een opdracht besloten zitten, te liggen? Alloceer het risico bij de partij die het risico het best kan beheersen en/of beïnvloeden, hetzij de aanbestedende dienst hetzij de inschrijver. Bij de risico-afweging moeten de volgende aspecten worden betrokken:
  - de kans dat een risico zich verwezenlijkt en
  - de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt.Het bij een inschrijver neerleggen van een niet of nauwelijks voorzienbaar risico dat zich slechts in uitzonderlijke gevallen voordoet alsmede van een risico met in potentie effecten die de continuïteit van de leverancier kunnen of zullen ondermijnen is eerder disproportioneel dan een redelijkerwijs voorzienbaar risico met geringe of overzienbare effecten.
- Is het risico voor een van beide partijen in redelijkheid/onder reële voorwaarden verzekeraar (let op: Een veel gehoorde misvatting is dat alles verzekeraar is. Dit is niet het geval. Daarbij moet worden bedacht dat indien er een verzekering op de markt beschikbaar is, niet altijd betekent dat ook alle risico's onder die verzekering gedekt zijn. Met name garantieverplichtingen, boetes of vrijwaringen zijn in de regel onverzekerbaar.)



**Voorschrift 3.9 B:**

*De aanbestedende dienst biedt tijdens de aanbestedingsprocedure potentiële inschrijvers de kans suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.*

Tijdens de aanbestedingsprocedure dienen potentiële inschrijvers altijd de kans te krijgen suggesties te doen voor aanpassingen aan de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden. Daarmee geef je als aanbestedende dienst de mogelijkheid onderbouwde voorstellen op te nemen. Het opleggen van een contract zonder enige mogelijkheid voor de inschrijver suggesties in te dienen is in beginsel disproportioneel.

**Voorschrift 3.9 C:**

*In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, past de aanbestedende dienst deze integraal toe.*

In gevallen waarin voor een bepaalde soort overeenkomst contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan, die paritair zijn opgesteld, dienen deze in beginsel integraal te worden toegepast nu het daarbij gaat om een evenwichtig pakket van voorwaarden. Denk hierbij aan de UAV versies 1989 en 2012 en de UAV-GC 2005. Projectspecifieke situaties kunnen het noodzakelijk maken om van die modellen of voorwaarden af te wijken, maar die afwijkingen dienen dan wel te kunnen worden gemotiveerd.

Wanneer in een aanbesteding het indienen van varianten wordt toegestaan, dient de inschrijver de ruimte te krijgen suggesties te doen ten aanzien van het standaardcontract of van de standaardvoorwaarden van de aanbestedende dienst af te wijken. Een variant is immers in dat geval slechts haalbaar als er bij die aanbidding passende voorwaarden worden overeengekomen.

Naast het bieden van de mogelijkheid om suggesties in te dienen is het ook een mogelijkheid om vooraf geen contract op te leggen, maar na gunning een contract op te stellen uitgaande van bestek en offerte. Hierbij kan ervoor worden gekozen om in de aanbestedingstukken een voorstel voor contract of een modelcontract op te nemen dat als uitgangspunt dient om bestek en offerte in te verwerken.

**3.9.1 Individuele contractbepalingen**

Naast hetgeen hierboven al in algemene zin is gesteld over contracten en algemene voorwaarden, worden hieronder niet-limitatief een aantal specifieke contractbepalingen nader behandeld. Uiteraard dienen andere contractvoorwaarden ook proportioneel te zijn.

**3.9.1.1 Aansprakelijkheidsbepaling****Voorschrift 3.9 D:**

- 1. De aanbestedende dienst verlangt geen aansprakelijkheid die op geen enkele manier gelimiteerd is.*
- 2. Bij de beoordeling welke limitering van de aansprakelijkheid proportioneel is slaat de aanbestedende dienst in ieder geval acht op:*
  - de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt;*
  - de gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang.*

De aansprakelijkheidsparagraaf is voor beide partijen vaak voer voor discussie. Voor beide partijen speelt mee wat de risico's van de betreffende opdracht zijn. Aansprakelijkheid die op geen enkele wijze gelimiteerd is, wordt vermoed niet proportioneel te zijn. Aansprakelijkheid kan worden beperkt in soort, hoogte en duur.

Ten aanzien van de soort kan onderscheid worden gemaakt tussen directe en indirecte schade. Per opdracht dient bekeken te worden aan de hand van de overwegingen aan het begin van deze paragraaf alsmede de specifieke overwegingen hierna welke beperking in het betreffende geval proportioneel is.

Soms zijn er niet of nauwelijks risico's verbonden aan de opdracht; in een ander geval kunnen deze risico's zeer omvangrijk zijn (denk aan situaties waar mogelijk sprake is van letselschade, maar ook situaties waarbij fouten in een relatief kleine adviesopdracht grote financiële consequenties voor de aanbestedende dienst kunnen hebben). Welke beperking proportioneel is, is derhalve niet eenduidig te kwantificeren in percentages van de opdracht en kan per branche en/of opdracht verschillen. Om te beoordelen welke aansprakelijkheidslimiet nog proportioneel is, kan gekeken worden naar de volgende aspecten:

- welke risico's loopt een aanbestedende dienst daadwerkelijk: een aansprakelijkheidseis dient hieraan gekoppeld te worden;
- wat is een gebruikelijke aansprakelijkheidseis in de betreffende branche en/of voor de betreffende opdracht naar aard en omvang. Hierbij kan gekeken worden naar de bepalingen in de in die branche gebruikelijke contracten alsmede naar hetgeen gebruikelijk verzekeraar<sup>14</sup> is in die branche en/of voor die opdracht. Zo is in sommige branches en/of voor sommige opdrachten gevolgschade niet verzekeraar en zijn garanties zelden verzekeraar.

In sommige branches zijn percentages vastgelegd in paritair tot stand gekomen algemene voorwaarden. Indien die voorwaarden gehanteerd worden, kan bij de daarin opgenomen percentages worden aangesloten.

Voor wat betreft de aansprakelijkheid voor letsel, dood en zaakschade dient bij voorkeur te worden aangesloten bij de standaarden uit de verzekeringsbranche in die branche en/of voor de betreffende opdracht.

Ten aanzien van de duur geldt als algemeen uitgangspunt dat de aansprakelijkheid gekoppeld wordt aan een percentage van de opdrachtwaarde van een jaar. Zo is het bij een uitvoeringsduur korter of langer dan een jaar niet altijd proportioneel de aansprakelijkheid naar een jaar om te rekenen. Een aansprakelijkheidseis voor onbepaalde duur wordt geacht disproportioneel te zijn.

#### 3.9.1.2 *Intellectuele eigendom*

Conform de Auteurswet ligt het intellectuele eigendom bij de maker ervan. In veel sectoren is het intellectueel eigendom op een product het enige dat echt waarde heeft en/of cruciaal is voor de reguliere bedrijfsvoering van inschrijvers. Het is voor aanbestedende diensten vaak van belang te voorkomen dat ze bij voor hen gemaakte producten afhankelijk worden van een onderneming. Om die reden willen ze graag het intellectuele eigendom verkrijgen. Om dit probleem te voorkomen is niet per se het intellectueel eigendom nodig, maar volstaat veelal een uitgebreid gebruiksrecht. Als men uitgaat van dat laatste, wordt recht gedaan aan de positie van zowel de inschrijver als de aanbestedende dienst.

#### 3.9.1.3 *Meest begunstigingsclausule*

##### **Voorschrift 3.9 E:**

***Een aanbestedende dienst verlangt niet dat een inschrijver vooraf moet garanderen dat in geval een andere wederpartij dan de betreffende aanbestedende dienst een betere prijs krijgt voor hetzelfde product of dienst, de aanbestedende dienst deze dan met terugwerkende kracht ook moet krijgen.***

Deze bepaling komt er kort gezegd op neer, dat een inschrijver vooraf moet garanderen dat in geval een andere wederpartij dan de betreffende aanbestedende dienst een betere prijs krijgt voor hetzelfde product of dienst, de aanbestedende dienst deze dan met terugwerkende kracht ook moet krijgen. Deze bepaling zal in het algemeen als disproportioneel kunnen worden aangemerkt. In sommige landen in Europa is deze bepaling ook wettelijk verboden.

<sup>14</sup> Met 'gebruikelijk verzekeraar' wordt bedoeld verzekeraar tegen redelijke tarieven en voorwaarden.

# 4 Aanbestedingsfase

## 4.1 Vragen aan en mededelingen van aanbestedende dienst

Vanaf de publicatie van de aanbesteding mogen potentiële inschrijvers vragen stellen naar aanleiding van het aanbestedingsdocument of de selectieleidraad.

Wettelijk gezien moeten vragen door de aanbestedende dienst minimaal 10 dagen voordat de aanmelding of offerte binnen moet zijn, beantwoord zijn. Beide partijen zijn er bij gebaat dat vragen zo snel mogelijk worden gesteld en ook zo snel mogelijk worden beantwoord. Afhankelijk van het onderwerp van de aanbesteding is het soms ook handig een 'prebid meeting' of een bezoek van de locatie (bv. bij schoonmaak, catering of technisch onderhoud/renovatie van gebouwen) te organiseren. Vragen worden beantwoord in één of meer nota's van inlichtingen die aan alle potentiële inschrijvers digitaal ter beschikking worden gesteld (vanaf 1 juli

2017 verplicht). Vragen die binnenkomen worden meteen gepubliceerd en zodra het antwoord beschikbaar is, wordt dit eraan toegevoegd. Deze manier van het verstrekken van inlichtingen heeft als voordelen een snelle respons van de aanbestedende dienst op vragen van inschrijvers en het voorkomen van doublures in de vragen.

Dit laat onverlet, dat voor de eenduidigheid de definitieve Nota van Inlichtingen met alle gebundelde vragen en antwoorden uiterlijk 10 dagen voor aanmelding/inschrijving wordt gepubliceerd. Bij het verstrekken van veel inlichtingen kan het ook raadzaam zijn de inschrijvingstermijn op te schuiven.

Ondanks het uitgangspunt van elektronische informatie-uitwisseling, blijft andersoortige communicatie mogelijk (denk aan presentaties, interviews en bezoek van de locatie). Voorwaarde voor gebruik van andersoortige communicatie is dat de inhoud van die communicatie voldoende wordt gedocumenteerd en aan alle betrokkenen ter beschikking wordt gesteld (denk aan non-discriminatoir, transparant en objectief).

In de procedure-omschrijving van een aanbestedende dienst is 'nota van inlichtingen' als volgt opgenomen:

- Vragen kunnen, uitsluitend via e-mail en gesteld in de Nederlands taal, worden gericht aan [info@publieke.instelling.nl](mailto:info@publieke.instelling.nl), o.v.v. '<<onderwerp aanbesteding>>';
- De vragen en antwoorden daarop, alsmede verduidelijkingen van de aanbestedende dienst uit eigen beweging, zullen geanonimiseerd gepubliceerd worden op een aanbestedingsplatform. Alle inschrijvers zijn zelf verantwoordelijk voor het regelmatig raadplegen van deze site;

Daarbij kan nog melding worden gedaan van wijzigingen naar eerdere vragenstellers.

## 4.2 Vormvereisten

### Voorschrift 4.2:

*De aanbestedende dienst verlangt van een inschrijver geen andere vormvereisten dan welke tot doel hebben te komen tot een objectieve vergelijking van de inschrijvingen.*

In ieder aanbestedingsdocument wordt aangegeven welke vormvereisten aan een aanmelding of inschrijving worden gesteld. Het doel van deze vormvereisten is te kunnen komen tot een objectieve vergelijking van inschrijvingen. Zo kan gevraagd worden dat een inschrijfformulier/antwoordentabel dient te worden ingevuld, en kan worden gevraagd naar een bepaalde nummering van bijlagen. Hier kunnen meer eisen bijkomen, al naar gelang het onderwerp van de aanbesteding (denk aan proefafdrukken bij een aanbesteding drukwerk). Toch zit hier ook een duidelijke proportionaliteitscomponent aan. Iedere vormvereiste die wordt gesteld,

betekent meer werk voor een (mogelijk) inschrijvende partij. Zo moet een aanbestedende dienst zich afvragen of er echt wel vijf exemplaren nodig zijn (bij papieren inschrijvingen) en welk betrouwbaarheidsniveau proportioneel is (bij digitale inschrijvingen). Het ligt voor de hand aan te sluiten bij de handreiking voor betrouwbaarheidsniveaus voor authenticatie bij elektronische overheidsdiensten (versie 3) van Forum Standaardisatie en voor het indienen van aanbestedingsdocumenten (in ieder geval niet hoger dan) betrouwbaarheidsniveau 3 te hanteren.<sup>15</sup> Een aanbestedende dienst loopt het risico, dat als de vormvereisten te hoog worden opgeschroefd, het aantal inschrijvende partijen sterk afneemt (beperking van de concurrentie), de kans op fouten toeneemt of dat de vorm belangrijker gaat worden dan de inhoud. Ook het verlangen, dat elke pagina is ondertekend dan wel geparafeerd, lijkt niet noodzakelijk. Daarnaast zou terughoudend om moeten worden gegaan met het stellen van vormvereisten aan bijvoorbeeld referenties. Dat zou immers in de praktijk kunnen betekenen dat een inschrijver voor elke opdracht terug moet naar zijn referent om voor dezelfde (mogelijk jaren geleden verkregen) referentie opnieuw een handtekening te krijgen, steeds onder een ander referentie-opgave model. Los van mogelijke obstakels, als dat de bij die concrete opdracht betrokken personen bij de betreffende organisatie niet meer werkzaam zijn of het nieuwe formulier niet past bij de oorspronkelijke opdracht, leidt dit tot ongewenste administratieve belasting.

#### 4.3 Standstill periode

De *standstill* periode van 20 kalenderdagen is nadrukkelijk een minimum termijn. Verlenging van die periode kan in omstandigheden mogelijk en/of verstandig zijn, zowel in het belang van de aanbestedende dienst als in het belang van inschrijvende partijen. Als de voorlopige gunning net voor een vakantie valt, is het niet realistisch om te verwachten dat marktpartijen in staat zijn binnen de 20 kalenderdagen de voorlopige gunning te bestuderen en te besluiten om al dan niet stappen te ondernemen. Dat lijkt handig voor een aanbestedende dienst, maar houdt ook in dat het een reden kan zijn voor een inschrijvende partij om dan maar meteen naar de rechter te stappen, gezien de niet reële periode. Een onderbouwde uitleg van het resultaat van de aanbesteding (in de gunning, maar indien uitgebreider gewenst ook op verzoek van de inschrijvende partijen) is belangrijk voor alle partijen. Mocht het agendatechnisch niet mogelijk zijn om binnen de 20 dagen het gevraagde overleg te plannen, is het mogelijk om die termijn bijvoorbeeld met een week te verlengen om daarmee het 'onweer uit de lucht te halen', mits dat de uitvoering van de opdracht niet frustrereert.

#### 4.4 Klachtenafhandeling (proportionaliteits-aspect hiervan)

Naast wettelijk vastgelegde vormen van rechtsbescherming bestaat grote behoefte aan laagdrempelige vormen van klachtenafhandeling. Het is proportioneel eventuele klachten en onduidelijkheden in een zo vroegtijdig mogelijk stadium van het aanbestedingsproces te voorkomen en/of op te lossen en daarmee tussentijds effect op de procedure uit te oefenen. Dit kan niet alleen tijd- en kostenbesparend werken, maar kan er bovendien voor zorgen dat de ((pre) contractuele) verhoudingen tussen partijen niet onnodig onder druk worden gezet. Ondernemers zijn nog wel eens terughoudend in het aan de kaak stellen van onduidelijkheden/ onjuistheden uit angst als klager te boek te staan (bijt niet de hand van degene die voedt). Als proportioneel wordt aangemerkt:

- het als aanbestedende dienst in een vroegtijdig stadium in behandeling nemen van klachten en vragen, aangedragen door individuele ondernemers, hun brancheorganisaties, danwel reeds bestaande, al dan niet branchegerelateerde aanbestedingsadviescentra, die waar nodig/mogelijk tot aanpassingen in de procedure kunnen leiden;

<sup>15</sup> Betrouwbaarheidsniveaus voor authenticatie bij elektronische overheidsdiensten (versie 3) van Forum Standaardisatie, <https://www.forumstandaardisatie.nl/fileadmin/os/publicaties/HR-Betrouwbaarheidsniveaus-v3-2014.pdf>

- de naleving van het motiverings- en transparantiebeginsel ter voorkoming van klachten/ onduidelijkheden.

In het kader van professioneel aanbesteden zou elke aanbestedende dienst een bepaalde vorm van klachtafhandeling dienen te hebben met in achtneming van het voorgaande. Als flankerend beleid naast de wet is hiertoe een standaard uitgewerkt.<sup>16</sup> Deze Gids beperkt zich tot het aanstippen van bovengenoemde proportionaliteitsaspecten in klachtafhandeling.

---

<sup>16</sup> Op 1 maart 2013 is het definitieve advies Klachtafhandeling bij Aanbesteden vastgesteld. Zie ook <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden/documenten/regelingen/2013/03/07/klachtafhandeling-bij-aanbesteden>