



Wijzigingen Gids Proportionaliteit

Versie juni 2016

Op woensdag 4 mei 2016 is door de minister van Economische Zaken de herziene versie van de Gids Proportionaliteit aan zowel de Eerste als de Tweede Kamer aangeboden. PIANOo heeft voor u een overzicht gemaakt van de belangrijkste wijzigingen en nieuwe teksten in de herziene Gids Proportionaliteit.

Maximaal aantal percelen per inschrijver

De Aanbestedingswet 2012 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. Bij het maken van deze keuze motiveert de aanbestedende dienst de achterliggende redenen voor die keuze.

In de Gids zijn vervolgens twee voorbeelden opgenomen:

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.

Raamovereenkomsten

In de herziene versie worden RAW raamovereenkomsten expliciet genoemd.

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. (...).

Aankoopcentrale/inkoop samenwerking

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 de Gids Proportionaliteit.

Keuze van de aanbestedingsprocedure

In de gekleurde balkjes behorende bij Leveringen/diensten Centrale overheid is de drempel/grens van 33.000 aangepast naar 50.000 euro.

In Voetnoot 7 bij de gekleurde balkjes behorende bij Levering/diensten Centrale en Decentrale overheid staat:

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.

Bijzondere procedures worden nu in de Gids "minder gangbare procedures" genoemd, hierover wordt het volgende geschreven:

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, 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.

Uitsluitingsgronden

De aangepaste tekst van Voorschrift 3.5 A is:

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

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.

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.

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 kosten oogpunt afzonderlijke toetsing van (onder-)aannemers niet voor de hand.

Eisen met betrekking tot financiële en economische draagkracht

Er is in dit onderdeel een alinea toegevoegd:

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 bijvoorbeeld technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid of het hebben gevolgd van trainingen ten aanzien van relevante werkzaamheden.

Eisen met betrekking tot technische- en beroepsbekwaamheid

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.

In de Gids is vervolgens een voorbeeld opgenomen:

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.

Gunningscriteria

De tekst van onderdeel 3.5.5 – Gunningscriteria is aangepast met het oog op de wijzigingen in de Aanbestedingswet 2012. De tekst luidt nu:

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 wenselijk 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. Gunningscriteria 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 inschrijfvergoeding 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.

Duurzaamheid/sociale voorwaarden

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.

Termijnen

Er is in dit onderdeel een alinea toegevoegd:

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, zeker 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.

Varianten

Voorschrift 3.7 is geherformuleerd en luidt nu:

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.

Vragen aan en mededelingen van aanbestedende dienst

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).

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-discriminatoire, transparante en objectieve).

Vormvereisten

Een aanbestedende dienst moet 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.¹⁵ 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.

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

Klachtafhandeling

In het kader van professioneel aanbesteden zou elke aanbestedende dienst een bepaalde vorm van klachtafhandeling dienen te hebben met in achtname van de in onderdeel 4.4 genoemde aandachtspunten. Als flankerend beleid naast de wet is hiertoe een standaard uitgewerkt.¹⁶ De Gids beperkt zich tot het aanstippen van proportionaliteitsaspecten in klachtenafhandeling.

¹⁶) 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>