

Adviescommissie Gids Proportionaliteit

Adviezen over het proportionaliteitsbeginsel bij Sociale en andere Specifieke diensten (SAS-diensten) en bij (aanzienlijke) prijsontwikkelingen d.d. 31 maart 2023

1. Inleiding

De Adviescommissie Gids Proportionaliteit (hierna: Adviescommissie) heeft geconstateerd dat er in de praktijk onduidelijkheid blijkt te bestaan over de (wijze van) toepassing van het proportionaliteitsbeginsel bij Sociale en andere Specifieke diensten (hierna: SAS-diensten). De voetnoot die in de huidige versie van de Gids Proportionaliteit opgenomen is, biedt ogenschijnlijk onvoldoende duidelijkheid.¹ Dit is onwenselijk, te meer omdat het inkooprisico in onder andere het sociaal domein relatief groot is, mede vanwege de financiële omvang en aard van de diensten. Dit relateert mede aan de tekst en balkjes, die zijn opgenomen in paragraaf 3.4 van de Gids.

Onduidelijkheid over de toepassing van de Gids lijkt ook te bestaan in verband met, en naar aanleiding van, de huidige (aanzienlijke) prijsstijgingen in de markt. Daarom ziet de Adviescommissie ook in dit kader noodzaak om te verduidelijken hoe de Gids zich verhoudt tot deze prijsstijgingen.

De Adviescommissie brengt daarom bij deze twee ambtshalve adviezen uit op basis van artikel 2 lid 2b Instellingsbesluit Adviescommissie Gids Proportionaliteit aan de minister van Economische Zaken en Klimaat. Het eerste advies (paragraaf 3 en 4) is om te komen tot een aanpassing van de Gids Proportionaliteit ten aanzien van SAS-diensten, die de onduidelijkheid wegneemt voor zowel aanbestedende diensten als inschrijvers. De Adviescommissie concludeert in het tweede advies (paragraaf 5 en 6) dat een wijziging van de Gids Proportionaliteit ten aanzien van de huidige prijsstijgingen niet noodzakelijk is. Wel is het op dit vlak wenselijk om in brede zin duidelijk te communiceren over de toepassing van de Gids bij prijsontwikkelingen.

2. Voorafgaande overwegingen over het proportionaliteitsbeginsel met relevantie voor beide adviezen

Naar aanleiding van de evaluatie van het stelsel van wijziging van de Gids Proportionaliteit in 2021 heeft de staatssecretaris in de kamerbrief van 3 juni 2022 de Adviescommissie verzocht om inzicht te bieden in de motivering bij de gemaakte belangenafweging die leidt tot een advies. Het begeleidend schrijven bij voorgaande adviezen van de Adviescommissie bood al een beknopt inzicht in deze afweging. De Adviescommissie hecht veel waarde aan een breed draagvlak van zijn adviezen, vandaar dat er per advies een uitgebreide achtergrondschets en belangenafweging is opgenomen.

In de Aanbestedingswet wordt op verschillende plaatsen verwezen naar de Gids Proportionaliteit als richtsnoer met een 'pas toe of leg uit' status.² Dit is zichtbaar in art. 1.10 (Europese aanbestedingen), 1.13 (nationale aanbestedingen), 1.16 (meervoudig onderhandse procedure), en indirect voor opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang (art. 1.7) en Europese prijsvragen (art. 2.5, 2.6, 2.6a).

¹ Gids Proportionaliteit, 3^e herziening, januari 2022, voetnoot 7.

² Aanbestedingswet 2012, gewijzigd in 2016.

De wet bevat echter géén expliciete verwijzing naar de Gids Proportionaliteit voor enkelvoudig onderhandse procedures. Hierdoor zou foutief geconcludeerd kunnen worden dat de Gids Proportionaliteit niet voor deze procedures geldt. Voor alle soorten procedures, inclusief enkelvoudig onderhandse procedures, geldt namelijk Afdeling 1.2.1 van de Aanbestedingswet 2012. Dit betekent dat onder meer artikel 1.4 vereist dat de keuze voor de procedure en de toegelaten ondernemer(s) op basis van objectieve en ter zakendoende criteria moet worden bepaald. In de Gids Proportionaliteit wordt dit nader toegelicht.³ De aanbestedende dienst beziet per opdracht welke aanbestedingsprocedure (lees: enkelvoudig onderhands, meervoudig onderhands, nationaal openbaar of Europese aanbestedingen) geschikt en proportioneel is, en slaat daarbij in ieder geval acht op de volgende aspecten: de omvang van de opdracht, de transactiekosten voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers, het aantal potentiële inschrijvers, het gewenst eindresultaat, de complexiteit van de opdracht, het type van de opdracht en het karakter van de markt. De financiële waarde (de omvang) van een opdracht, mede wegens de balkjes in de Gids Proportionaliteit, is een objectief en ter zakendoende criterium en daarom een van de aspecten die in het kader van de motivering onder artikel 1.4 aan de orde moet komen. Een opdracht zomaar zonder nadere proportionele afwegingen enkelvoudig onderhands plaatsen, mag dus niet en moet altijd met objectieve criteria (o.m. de financiële waarde en markt eigenschappen) onderbouwd worden. Deze interpretatie van de wet blijkt overigens eveneens uit Advies 419 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.⁴

Balkjes in de Gids Proportionaliteit

Het criterium over de omvang van de opdracht wordt zowel in de tekst als in de balkjes bij paragraaf 3.4 nader uitgewerkt in de Gids Proportionaliteit. In de tekst staat m.b.t. de enkelvoudige en meervoudige onderhandse procedure de volgende overweging: *“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. 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”*. Deze tekst en de balkjes ondersteunen het besluitvormingsproces aangaande de te kiezen procedure op basis van de financiële waarde van de opdracht. De balkjes zijn voortgekomen uit de dagelijkse en gebruikelijke praktijk van inkoop en aanbesteden, waarbij het enerzijds belangrijk is om in het kader van proportionaliteit richting te geven aan de keuze van de te volgen procedure op basis van de te verwachten kosten, en het anderzijds niet mogelijk is om elke situatie – zoals de aard van de opdracht, branche, economische omstandigheden, toeleveringsrisico, aantal mogelijke gegadigden, regionale verschillen, – vast te leggen in concrete bedragen. Het is vaak onmogelijk om vast te stellen of een bepaalde opdracht bijvoorbeeld € 29.000 of juist € 31.000 zal gaan kosten. Dat is veelal op voorhand niet nauwkeurig te begroten. Bij harde drempelbedragen in de Gids Proportionaliteit zou dit wel kunnen leiden tot de onredelijke constatering dat sprake zou zijn van een onrechtmatige aanbesteding bij enige overschrijding van een drempelbedrag. De balkjes die de inkoper de mogelijkheid geven om een goede afweging te maken met betrekking tot de toe te passen procedure worden over het algemeen dan ook beschouwd als een verbetering van de aanbestedingspraktijk.

3. Afweging aangaande het proportionaliteitsbeginsel bij SAS-diensten

Zoals hiervoor beschreven is het proportionaliteitsbeginsel in het algemeen en voorschrift 3.4A van de Gids Proportionaliteit in het bijzonder, van toepassing op álle publieke inkoop inclusief SAS-diensten. Onder de noemer ‘SAS-diensten’ valt een breed pallet aan diensten variërend van onderwijs,

³ Paragraaf 3.4 Keuze aanbestedingsprocedure, voorschrift 3.4 A.

⁴ Advies CvAE 419, randnummers 6.2.11 en 6.2.12.

gezondheidszorg, maatschappelijke dienstverlening, beveiligingsdiensten, juridische diensten tot cateringdiensten. Vanwege de verwarring die in de praktijk bestaat over toepassing van het proportionaliteitsbeginsel bij SAS-diensten adviseert de Adviescommissie voetnoot 7 te vervangen door een passage in de Gids waarin meer duiding wordt gegeven aan de verplichtingen met betrekking tot deze diensten. Deze passage bevat naast balkjes voor SAS-diensten ook een drietal voorbeelden, waarin de toepassing in de praktijk nog nader wordt toegelicht. Het betreft hier dus geen wijziging van de Gids Proportionaliteit, doch slechts een nadere verduidelijking en uitwerking.⁵

Het verschil tussen reguliere leveringen en diensten enerzijds en SAS-diensten anderzijds is echter wel dat het drempelbedrag voor Europees aanbesteden van deze laatstbedoelde diensten circa drie keer zo hoog ligt. Het ligt dan ook voor de hand om bij het bepalen van de te volgen procedure op basis van het aspect “omvang van de opdracht” aan te sluiten bij het gestelde in de Gids Proportionaliteit onder de betreffende balkjes voor de decentrale overheid onder 3.4.2, waarbij de daarin genoemde bedragen voor leveringen en diensten voor Sociale en andere Specifieke diensten evenredig met factor 3 vermenigvuldigd dienen te worden. Dat is ook de essentie van eerdergenoemde voetnoot 7.

De Adviescommissie wil tot slot nogmaals benadrukken dat de omvang van de opdracht, zoals hierboven aangegeven, slechts één van de aspecten is die in beschouwing genomen dient te worden bij het bepalen van de keuze van de aanbestedingsprocedure.

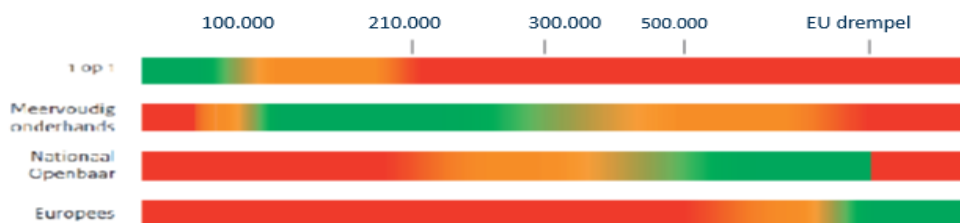
4. Advies aangaande het proportionaliteitsbeginsel bij SAS-diensten

Op basis van het bovenstaande adviseert de Adviescommissie om onderstaande gecursiveerde aanpassingen te doen in de Gids Proportionaliteit. De Adviescommissie beveelt opname in de Gids Proportionaliteit van harte aan om mogelijke onduidelijkheden in de aanbestedingspraktijk in de toekomst weg te nemen.

Tekstsuggestie, op te nemen in de Gids Proportionaliteit op pagina 30.

Sociale en andere specifieke diensten

Voor opdrachten in de categorie Sociale en andere Specifieke diensten is de Europese drempel bepaald op € 750.000,- (artikel 4 sub d Richtlijn 2014/24/EU en artikel 2.6a Aanbestedingswet). Ook onder deze drempel is het van belang dat een procedure wordt gekozen die passend is bij de inhoud, complexiteit en de waarde van de opdracht afgezet tegen in ieder geval transactiekosten voor de aanbestedende dienst en inschrijvers, het aantal potentiële inschrijvers, het gewenste eindresultaat, complexiteit van de opdracht en het karakter van de markt en de daarin opererende aanbieders.



⁵ Dit advies werd in summiere versie eerder opgenomen in Advies Rechtsverwerkingsclausules (Grossmann) d.d. 3 maart 2020 van de Adviescommissie.

Tekstsuggestie met drie voorbeelden, op te nemen in de Gids Proportionaliteit op pagina 32 na de balkjes.

Een gemeente wenst de exploitatie van de plaatselijke sporthal opnieuw in de markt te zetten. De opdrachtwaarde is ca. € 700.000,- over vier jaar. De gemeente motiveert deze keuze als volgt. Kijkend naar de opdrachtwaarde ligt een nationaal openbare procedure voor de hand. De gemeente besluit echter een meervoudig onderhandse procedure uit te voeren, gebaseerd op de overige factoren uit voorschrift 3.4A. De reden hiervan is dat uit de marktconsultatie blijkt dat slechts enkele kleine, lokale partijen interesse hebben in deze opdracht. Een openbare procedure leidt dan ook tot onevenredig hoge transactiekosten voor de gemeente en voor marktpartijen.

Een universiteit wenst de exploitatie van de catering op haar campus uit te besteden aan de markt. De universiteit motiveert deze keuze als volgt. Gezien het bedrag dat hier naar verwachting mee gemoeid gaat (ver boven € 100.000,-), en rekening houdend met onder andere het aantal potentiële inschrijvers, het gewenste eindresultaat, de complexiteit van de opdracht, het type opdracht en het karakter van de markt wordt besloten om die op basis van een meervoudig onderhandse procedure aan te besteden.

Een gemeente wil re-integratiediensten inkopen met een jaarlijkse financiële omvang van € 725.000,-. Om een en ander overzichtelijk te houden in deze grote nationale markt, wordt ervoor gekozen om een niet-openbare nationale procedure te organiseren. De gemeente motiveert deze keuze als volgt. Op deze manier kan een beperkt aantal re-integratiebedrijven worden voorgeselecteerd en kan vervolgens de winnaar worden geselecteerd op basis van de gunningscriteria. Dit past goed in het kader van efficiency en komt tegemoet aan het feit dat op deze manier inschrijvers niet onnodige inschrijfkosten moeten maken.

5. Afweging aangaande het proportionaliteitsbeginsel bij (aanzienlijke) prijsontwikkelingen

Het huidige tijdsgewricht zorgt ervoor dat inschrijvers en aanbestedende diensten te maken hebben gekregen met (in sommige gevallen hoge) prijsstijgingen met name als het gaat om (buitenlandse) leveringen en de inzet van materieel, mede vanwege bijbehorende brandstofkostenstijgingen, en personeel. Op basis van meerdere signalen uit de aanbestedingspraktijk heeft de Adviescommissie begrepen dat er onduidelijkheid bestaat over de relatie tussen deze prijsstijgingen en de toepassing van de Gids Proportionaliteit, en dat mede hierdoor de vraag naar voren komt of dit tot aanpassing van de bedragen in de Gids zou moeten leiden.

Ook dit advies relateert dus aan de hiervoor beschreven tekst en balkjes uit paragraaf 3.4 van de Gids Proportionaliteit. Wederom is het van belang te benadrukken dat een aanbestedende dienst per opdracht een weloverwogen keuze moet maken voor de soort aanbestedingsprocedure. Naast transactiekosten, aantal potentiële inschrijvers, gewenst eindresultaat, complexiteit van de opdracht en het type van de opdracht en het karakter van de markt is dat ook de omvang van de opdracht. Van een standaardinkoopbeleid met bijbehorende vaste (bagatel-) bedragen voor alle opdrachten, kan in die zin evenmin sprake zijn. Het 'pas toe of leg uit' karakter van de Gids biedt daarnaast ruimte voor toepassing van de in de Gids genoemde bedragen als hier goede redenen aan ten grondslag van liggen. Als een (tijdelijke) prijsstijging in een specifieke opdracht daartoe aanleiding geeft dan kan dit aspect onderdeel worden van de besluitvorming aangaande de keuze voor de procedure en

maatwerkoplossingen voor lopende opdrachten.

6. Advies aangaande het proportionaliteitsbeginsel bij (aanzienlijke) prijsontwikkelingen

Op basis van het bovenstaande adviseert de Adviescommissie om de Gids Proportionaliteit met betrekking tot de genoemde bedragen in de tekst alsmede de genoemde bedragen in de balkjes niet aan te passen. De Gids is immers bedoeld met de glijdende schalen op dit punt een bestendige, richtinggevende context te bieden. Prijsontwikkelingen (van aanzienlijke aard) behoren op projectniveau meegenomen te worden. Bovendien zijn de bedragen afgeleid van de Europese drempelbedragen. Deze drempelwaarden voor overheidsopdrachten zijn vastgelegd in de Europese richtlijnen. De Europese Commissie stelt elke twee jaar nieuwe drempelwaarden vast (momenteel bijvoorbeeld 140.000,- euro ex btw voor leveringen en diensten voor de centrale overheid en 215.000,- euro ex btw voor leveringen en diensten voor de decentrale overheid). Deze bedragen worden gepubliceerd in het publicatieblad van de Europese Unie, zoals wordt uitgelegd in voetnoot 5 van de Gids. Een aanpassing zou naar de mening van de Adviescommissie niet eerder aan de orde zijn dan dat een structurele (anders dan de reguliere tweejaarlijkse) aanpassing van de Europese drempelbedragen heeft plaatsgevonden. Dit alles neemt niet weg dat er mogelijk een rol is weggelegd voor de minister van Economische Zaken en Klimaat om dergelijke onduidelijkheid in de aanbestedingspraktijk weg te nemen. De Adviescommissie adviseert dan ook dat het wenselijk is om op effectieve wijze te communiceren richting de praktijk over de toepassing van de balkjes in de Gids, mede in het kader van prijsstijgingen.

Adviescommissie Gids Proportionaliteit

- mr. J.A. (Joost) Heurkens, lid Adviescommissie
- H.J.I.M. (Hub) Keulen, lid Adviescommissie
- mr. M.A.Th. (Meriam) de Koning-van Rutte, lid Adviescommissie
- dr. M.A.J. (Marcel) Stuijts MSc, lid Adviescommissie
- mr. dr. W.A. (Willem) Janssen, voorzitter