

TBR 2017/199

Canon van het Bouwrecht: Gids Proportionaliteit

De Gids Proportionaliteit en de noodzaak van handhaving per geval

— Mr. P.F.C. Heemskerk en mr. C.M.C. Wagemakers¹

1. Inleiding

Op 23 februari 2017 debatteerde de Tweede Kamer over aanpassingen aan de Gids Proportionaliteit. Eén van de moties die door de Tweede Kamer werd aangenomen, was die van de Tweede Kamerleden Vos en Mulder naar aanleiding van de aanbesteding van fotografie door het ministerie van Algemene Zaken.² Waar het ministerie van Algemene Zaken tot dan toe gebruikmaakte van ongeveer 30 zelfstandige freelancers, was het ministerie voornemens bij de aanbesteding fotografie slechts één bureau te selecteren, die het werk namens de ministeries en de overheidsdiensten zou moeten verdelen. Volgens de Kamerleden ging dit in tegen het clusterverbod uit de Aanbestedingswet, waarin is bepaald dat opdrachten niet onnodig mogen worden samengevoegd. De Kamerleden stelden het voorbeeld aan de orde om er voor te zorgen dat de freelancers toegang bleven houden tot overheidsopdrachten en om de overheid proportioneel te laten handelen. De motie werd door de Tweede Kamer unaniem aangenomen.

Met het aannemen van de motie Vos-Mulder heeft de Tweede Kamer een duidelijk signaal aan aanbestedende diensten gegeven. Niet alleen benadrukt de Tweede Kamer dat het clusterverbod moet worden gehandhaafd en dat aanbestedende diensten niet zomaar over het verbod, heen kunnen stappen. Het aannemen van de motie geeft ook een meer algemeen signaal aan aanbestedende diensten: zij moeten bij aanbestedingen het propor-

tionaliteitsbeginsel en de Gids Proportionaliteit in acht nemen.

Eén van de redenen om het proportionaliteitsbeginsel zo nadrukkelijk in de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit te verankeren was om ervoor te zorgen dat er geen onredelijk eisen en voorwaarden zouden worden gehanteerd die de toegang van ondernemers tot opdrachten zouden kunnen belemmeren. Voor toegang tot overheidsopdrachten is daadwerkelijke rechtsbescherming van groot belang. In deze canon van het bouwrecht staan wij daarom stil bij de rol die de Gids Proportionaliteit heeft gespeeld in het verbeteren van de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbestedingen.

Bij de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen speelt het verschil in de manier waarop voorzieningenrecht en de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie) tot hun oordelen komen een grote rol. In Nederland worden de meeste aanbestedingsrechtelijke geschillen voorgelegd aan de voorzieningenrechter, die in kort geding slechts marginaal toetst, of aan de Commissie, die weliswaar vol aan de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit toetst, maar wiens adviezen niet juridisch bindend zijn.³ Het komt dan ook nogal eens voor dat de adviezen van de Commissie in een kort geding terzijde worden gelegd door de voorzieningenrechter.⁴ De Advocaat-Generaal M. Campos Sánchez-Bordona van het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft in zijn conclusie van 30 juni 2016 nog eens bevestigd dat de wijze waarop de Nederlandse

¹ Petra Heemskerk en Lot Wagemakers zijn advocaat bij CMS in Amsterdam.

² Kamerstukken II 2016/17, 32 440, nr. 100, gewijzigde motie van het Kamerlid Vos en Mulder.

³ Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts, artikel 11 lid 2.

⁴ Vzgnr. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802, r.o. 4.4.

kortgedingrechter een besluit van een aanbestedende dienst dient te toetsen, verdergaand moet zijn dan een marginale toetsing.⁵

In dit artikel zullen wij ingaan bij de rol die de Gids Proportionaliteit sinds de inwerkingtreding heeft gespeeld op de rechtsbescherming van inschrijvers. Eerst zullen we kort ingaan op de totstandkoming van de Gids Proportionaliteit (2) en daarna zullen we de jurisprudentie analyseren ten aanzien van contractvoorwaarden en de geschiktheidseisen en selectiecriteria (3), omdat bij deze onderwerpen de verschillen in toetsing aan de Gids Proportionaliteit het scherpst naar voren komen. Wij sluiten af met een conclusie (4).

2. De totstandkoming van de Gids Proportionaliteit

Het proportionaliteitsbeginsel is samen met het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel één van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Waar het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel voortvloeien uit het Verdrag betreffende werking van de Europese Unie, is het proportionaliteitsbeginsel in de overwegingen van de Europese aanbestedingsrichtlijnen is opgenomen.⁶

Op basis van het proportionaliteitsbeginsel zijn aanbestedende diensten verplicht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijver en de inschrijving te stellen, die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.⁷

Één van de ambities van de wetgever met de introductie van de Aanbestedingswet 2012 was het verbeteren van toegang van ondernemers tot opdrachten.⁸ De wetgever constateerde dat:

‘De «Leidraad Aanbesteden voor de Bouw» (Regieraad Bouw, januari 2009) stelt dat kan worden aangenomen dat in de sector werken een omzeteis in ieder geval te zwaar is wanneer de gevraagde omzet meer dan vijf maal de gevraagde referentiewaarde is. De Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra heeft over 2008 ruim 2000 aanbestedingsaankondigingen in de bouw geanalyseerd, en kwam tot de conclusie dat in ruim 20% van de aanbestedingen sprake was van een te zware omzeteis volgens bovengenoemd uitgangspunt. De Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra rapporteert dat het stellen van te hoge omzeteisen relatief vaker voorkomt bij gemeenten en publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties dan bij de rijksoverheid en de provincies. Uit het

Feitenonderzoek blijkt daarnaast dat in 16,7% van de aanbestedingen, waarin zowel een omzeteis als referentiewaarde gesteld werd, de omzeteis minstens tien keer zo groot is als de eis voor de referentiewaarde.’

Om ervoor te zorgen dat de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten zou verbeteren, heeft de wetgever bij de invoering van de Aanbestedingswet twee maatregelen genomen. Allereerst is het proportionaliteitsbeginsel expliciet in de wet opgenomen en heeft het proportionaliteitsbeginsel ook werkingskracht onder de Europese drempelwaarden. Daarnaast heeft de wetgever zich vorgenommen een handreiking proportionaliteit te ontwikkelen.⁹

Op 29 augustus 2011 verscheen de eerste versie van deze handleiding, de Gids Proportionaliteit. Deze eerste versie van de Gids Proportionaliteit bevatte enkel handvatten voor aanbestedende diensten. Zo lichtte de minister van Economische Zaken toe:

‘Om aanbestedende diensten te ondersteunen bij de toepassing van dit [proportionaliteitsbeginsel] in de praktijk heb ik de Gids Proportionaliteit laten opstellen. In de Gids wordt door middel van best practices inzichtelijk gemaakt welke eisen een aanbestedende dienst in welke gevallen kan stellen.’¹⁰

In de leeswijzer op deze eerste versie van de Gids Proportionaliteit stond aangegeven dat ‘in specifieke gevallen uiteraard anders kan worden besloten.’ Daarbij gold wel de aanbeveling die keuze nader intern te onderbouwen.

Dat de status van de Gids Proportionaliteit op dat moment onduidelijk was, bleek uit de uitspraak van de voorzieningenrechter Amsterdam van 27 oktober 2011. Een beroep van Manpower op de Gids Proportionaliteit kon nog niet baten.¹¹ De inschrijving van Manpower was ongeldig verklaard, omdat de waarde van de referentieopdracht van Manpower lager was dan de vereiste € 7.7 miljoen. Manpower beriep zich op de 60%-regel uit de Gids Proportionaliteit, die stelt dat een referentie-eis van 60 tot 70% van het bedrag dat met de aan te besteden opdracht is gemoeid als proportioneel wordt gezien. Manpower was hier dan ook bij zijn inschrijving van uitgegaan. De voorzieningenrechter wees het beroep van Manpower op de Gids Proportionaliteit echter af:

‘De voorzieningenrechter stelt voorop dat de Gids Proportionaliteit geen bindende kracht heeft en slechts de visie geeft van een aantal personen be-

5 De Advocaat-Generaal M. Campos Sánchez-Bordona HvJ EU 30 juni 2016, C171/15 (Connexion Taxi Services BV tegen Staat der Nederlanden, Transvision BV, Rotterdamse Mobiliteit Centrale RMC BV en Zorgvervoercentrale Nederland BV), pt. 73.

6 Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 3, par. 4.1.1.

7 Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 3, par. 4.1.1.

8 Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 3.

9 Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 3.

10 Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 20.

11 Vzgnr. Rb. Amsterdam 27 oktober 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU7796.

trokken bij de aanbestedingspraktijk. Dit document bevat enkel handreikingen voor een redelijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in de aanbestedingspraktijk. Het hangt steeds af van de omstandigheden van het geval in hoeverre een referentiewerk wat de omvang betreft proportioneel is. De in voornoemd document opgenomen 60%-regel kan Manpower dan ook niet baten.¹²

De voorzieningenrechter ging er met zijn conclusie dat de Gids Proportionaliteit slechts de visie weergeeft van aantal personen betrokken bij de aanbestedingspraktijk, voorbij aan de stemmen in de Tweede Kamer voor het opnemen van de Gids Proportionaliteit als onderdeel van de nieuwe aanbestedingswet.¹³ Bij amendement hebben de Kamerleden Ziengs en Schouten vervolgens voorgesteld de Gids Proportionaliteit als wettelijk richtsnoer aan te wijzen.¹⁴ Reden voor het amendement, zo lichtten de Kamerleden toe, was dat bij toepassing van de verplichte proportionaliteitsafweging niet kon worden afgezien van toepassing van de Gids Proportionaliteit of kon worden gekozen voor een algemene afwijkingsgrond zonder dat dit gerelateerd is aan de opdracht in kwestie. Om er geen twijfel over te laten bestaan, diende in de wet expliciet te worden opgenomen dat de gids wordt toegepast of dat er op onderdelen gemotiveerd van kan worden afgeweken. Dit zou het karakter van de regels verduidelijken. De Kamerleden gaven daarbij in overweging dat de kritiek op de voorgaande Aanbestedingswet onder meer was dat deze als kaderwet te weinig inhoudelijke normen bevatte.¹⁵

Door het aannemen van bovengenoemd amendement diende de Gids Proportionaliteit op punten inhoudelijk te worden gewijzigd. Daarom werd in juli 2012 de tweede versie van de Gids gepubliceerd. In deze versie werden Voorschriften geïntroduceerd.

‘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.’¹⁶

De uiteindelijke versie is in januari 2013 aangenomen en per 1 april 2013 is de Gids Proportionaliteit in werking getreden. In de AMvB (Aanbe-

stedingsbesluit) bij de Aanbestedingswet 2012 is de Gids Proportionaliteit als verplicht te volgen richtsnoer aangewezen. Hierbij geldt het adagium: ‘*comply or explain*’: pas de voorschriften van de Gids Proportionaliteit toe of leg uit waarom ervan wordt afgeweken. De Gids Proportionaliteit kan niet met terugwerkende kracht van toepassing worden verklaard en geldt daarom niet voor aanbestedingsprocedures die voor 1 april 2013 zijn aangekondigd.¹⁷

Door de inwerkingtreding van de gewijzigde Aanbestedingswet per 1 juli 2016 is ook per 1 juli 2016 een hernieuwde versie van de Gids Proportionaliteit van toepassing. Ook hier geldt dat inschrijvers pas een beroep op de gewijzigde Gids Proportionaliteit kunnen doen nadat deze officieel in werking is getreden.¹⁸

De laatste wijziging die de wetgever met betrekking tot de Gids Proportionaliteit heeft doorgevoerd, betreft de wijze waarop de Gids Proportionaliteit kan worden gewijzigd. Per 1 juni 2017 worden wijzigingen aan de Gids Proportionaliteit aan een adviescommissie voorgelegd, in plaats van aan de schrijfgroep. Volgens de Minister is het voor het draagvlak van de Gids Proportionaliteit essentieel dat zowel ondernemers als aanbestedende diensten vertegenwoordigd zijn in de adviescommissie.¹⁹ Om die reden bestaat de adviescommissie uit twee leden die binding hebben met belangen van ondernemers die op voordracht van VNO-NCW en MKB Nederland en twee leden die werkzaam zijn voor een aanbestedende dienst of bij een vertegenwoordiger van aanbestedende diensten.²⁰ Bezwaren dat het draagvlak voor de Gids Proportionaliteit juist af zal nemen nu niet een onafhankelijke schrijfgroep, maar uiteindelijk de rijksoverheid de pen voert over de Gids, werden door de Minister afgewezen.²¹

3. Analyse Jurisprudentie

3.1 Inleiding

Dit brengt ons bij de vraag hoe groot het draagvlak van de Gids Proportionaliteit bij aanbesteders, inschrijvers en rechters in aanbestedingsgeschillen is. Aanbestedingsgeschillen worden in het overgrote deel van de gevallen aan de voorzieningenrechter in kort geding voorgelegd. De voorzieningenrechter treft in kort geding enkel een voorlopige voorziening waarbij hij tot uitgangspunt neemt dat er met enige mate van zekerheid moet kunnen worden

¹² Vzgnr. Rb. Amsterdam 27 oktober 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BU7796, r.o. 4.6.

¹³ Het Kamerlid Schouten had op 13 september 2011 een eerste amendement ingediend om de Gids Proportionaliteit als wettelijk richtsnoer aan te wijzen (*Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 15*). Dit amendement is vervolgens vervangen door het amendement van de Kamerleden Schouten en Ziengs van 7 oktober 2011 (*Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 24*). uiteindelijk is het gewijzigde amendement nader gewijzigd en ingediend als amendement 50 op 2 februari 2012 (*Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 50*).

¹⁴ *Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 50*.

¹⁵ *Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 50, toelichting*.

¹⁶ Gids Proportionaliteit, versie juli 2012, p. 7.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 11 november 2014, ECLI:NL:GHARN:2014:8646, r.o. 5.1.

¹⁸ Vzgnr. Rb. Midden-Nederland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3518, r.o. 4.9.

¹⁹ *Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 99*.

²⁰ Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit, artikel 3 lid 4.

²¹ *Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 99*.

vastgesteld dat de rechter in de bodemprocedure de klager ook in het gelijk zal stellen. Omdat voorzieningenrechtters daarnaast ook nog eens uitgaan van een grote beleidsvrijheid van de aanbestedende dienst en omdat voorzieningenrechtters zich dikwijls op het standpunt stellen niet over genoeg inhoudelijke expertise te beschikken, toetsen zij de bezwaren van inschrijvers in kort geding vaak marginaal. Een marginale toets houdt in een beperkte toets waarbij de voorzieningenrechter enkel toetst of de aanbestedende dienst de grenzen van de redelijkheid niet heeft overschreden.²² Slechts wanneer sprake is van procedurele of inhoudelijke onjuistheden en/of onduidelijkheden, die zouden kunnen meebrengen dat de gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter.²³

Tegenover een marginale toets staat een zogenaamde volle toets, waarbij de naar voren gebrachte bezwaren wel inhoudelijk worden getoetst door de rechter. Deze volle toets wordt in grotere mate gehanteerd door de Commissie. Niet alleen Advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona, maar ook verscheidene andere commentatoren hebben de marginale toetsing bekritiseerd, omdat inschrijvers hiermee onvoldoende rechtsbescherming wordt geboden.²⁴ Zeker wanneer het gaat om een toetsing van de proportionaliteit van voorwaarden, modaliteiten of eisen, is het juist de rechter dit zou moeten kunnen beoordelen en om die reden vol zou moeten toetsen. In die lijn heeft het gerechtshof Den Bosch eerder geoordeeld dat bij de door de rechter gehanteerde toets een onderscheid gemaakt moet worden. Wanneer het om de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht gaat, dient de rechter dit volgens het hof Den Bosch vol te toetsen. Waar het bezwaar betrekking heeft op de inhoudelijke beoordeling van kwalitatieve criteria, waarover de rechter vanuit zijn expertise niet kan oordeel, zal de rechter in die gevallen marginaal moeten toetsen.²⁵ Dit onderscheid heeft, in onze ogen, in de praktijk echter tot op heden nog te weinig navolging van voorzieningenrechtters gekregen.

In het navolgende bespreken we enkele uitspraken en adviezen waarin volgens ons goed duidelijk wordt dat de wijze van toetsen tot verschillende uit-

komsten kan leiden. We concentreren ons daarbij op uitspraken en adviezen over contractvoorwaarden en over geschiktheidseisen en selectiecriteria, omdat de verschillen het scherpst naar voren komen, maar ook omdat we hier bepaalde (positieve) ontwikkelingen zien ten aanzien van de rechtsbescherming door toetsing aan de Gids Proportionaliteit.

3.2 Contractvoorwaarden

De proportionaliteit van de contractvoorwaarden is onder meer neergelegd in Voorschrift 3.9A en Voorschrift 3.9D van de Gids Proportionaliteit. Uit deze Voorschriften volgt dat de voorzieningenrechter de risico's allocceert bij de partij die deze risico's het beste kan beïnvloeden. In Voorschrift 3.9D is dit uitgangspunt nader uitgewerkt door te bepalen dat er geen sprake kan zijn van ongelimiteerde aansprakelijkheid.

Daar aanbestedende diensten niet alle risico's ongemotiveerd bij de inschrijver kunnen neerleggen, is wel gebleken in een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag.²⁶ De inschrijver maakte onder meer bezwaar tegen de risicoverdeling die de gemeenten in een aanbesteding voor jeugdhulp voorstonden. De gemeenten zouden de winnende inschrijver eenmalig een plafondbudget van € 20 miljoen per jaar uitkeren, waarvoor de winnende inschrijver alle jeugdhulp aan alle kinderen in de gemeenten moest verlenen, ongeacht of de zorg in werkelijkheid meer zou kosten dan dit plafondbudget. Overleg met de gemeente over het ter beschikking stellen van aanvullende financiële middelen of een andere oplossing voor een financieel tekort was niet mogelijk, terwijl de inschrijver juist naar voren bracht dat de kosten voor jeugdhulp op dat moment miljoenen hoger waren dan het toegekende plafondbudget. De kans dat de opdrachtnemer zou worden geconfronteerd met een voor zijn rekening blijvende overschrijding van de budgetplafonds was dan ook reëel. De gemeenten hadden in de aanbestedingsdocumenten niet onderbouwd op grond waarvan zij meenden dat het plafondbudget van 20 miljoen toereikend was.

Naast het budget waren er nog een aantal andere, risico verhogende factoren. Zo bood de informatie die de gemeenten hadden verstrekt inschrijvers onvoldoende inzicht in de aard en omvang van het zorgaanbod en de zorgvraag op dat moment. Gelet op de forse teruggang in budget, was dit voor inschrijvers van belang om te bepalen waar de ruimte was om de kosten te beperken.

Daarnaast was in de overeenkomst ook nog eens bepaald dat de aansprakelijkheidsbeperking niet van toepassing was indien de aansprakelijkheid on-

²² J.M. Hebly, E.T. de Boer en F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Zutphen: Uitgeverij Paris, 2007, p. 63.

²³ Vzgnr. Rb. Den Haag 30 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:14795, r.o. 4.5; Vzgnr. Rb. Den Haag 27 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:13154, r.o. 4.2.1.

²⁴ R.J.G.M. Widdershoven, 'Het beginsel van effectieve rechtsbescherming' in: A. van den Brink, S.A. de Vries en M.P.A. de Koninck (red.), *Beginnels bouwen Burgerschap*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 114; A.W.G.J. Buijze en R.J.G.M. Widdershoven, 'Rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten in het licht van het Unierecht', in F.J. van Ommeren, W. den Ouden en C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Utrecht: Bju 2011, p. 429; Hebly, de Boer en Wilman 2007, p. 67; R.G.T. Bleeker, *De gewone rechter in aanbestedingszaken*, TA 2006/06, p. 282-283.

²⁵ Hof Den Bosch 10 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1847, r.o. 3.6.2.

²⁶ De auteurs waren als advocaten bij deze zaak betrokken.

der meer verband zou houden met aanspraken van derden op schadevergoeding of in geval van opzet of grove schuld aan de zijde van Opdrachtnemer, haar medewerkers of door Opdrachtnemer ingeschakelde hulppersonen.

De voorzieningenrechter concludeert dat inschrijvers, door het gebrek aan informatie van de gemeente, de aard en omvang van de opdracht slechts beperkt hebben kunnen inschatten, maar wel alle financiële risico's moeten dragen. De combinatie van deze aspecten maakt dat er geen sprake is van een proportionele risicoverdeling:

'De voorzieningenrechter is gelet op het voorgaande van oordeel dat de risicoverdeling in deze aanbesteding disproportioneel is, nu opdrachtnemers alle passende zorg aan jeugdigen in de gemeenten moeten bieden, geen wachtlijsten mogen laten ontstaan en alle financiële risico's dragen, terwijl ten minste vraagtekens kunnen worden geplaatst bij het realiteitsgehalte van de plafondbudgetten en niet is voorzien in een concrete ontsnapingsmogelijkheid.'²⁷

Het hof onderschrijft in hoger beroep het oordeel van de voorzieningenrechter dat de beschikbaar gestelde informatie invloed kan hebben op de proportionaliteit van de risico-verdeling. Wanneer er immers meer informatie niet beschikbaar is of is gesteld, kan de onzekerheid over de omvang van de opdracht toenemen en daarmee de onzekerheid over het risico dat moet worden gealloceerd.²⁸ Omdat de inschrijver niet over voldoende informatie beschikte om de risico's te kunnen inschatten en het risico dat het plafondbudget wordt overschreden reëel is, acht het hof de risicoverdeling niet proportioneel.²⁹ Het hof wijst de door de gemeenten gegeven motivering dat een doorleverplicht in de zorg zonder 'veiligheidsventiel' gebruikelijk is af en stelt dat de gemeenten dergelijke afwijkingen hadden moeten motiveren.³⁰

Wat de aansprakelijkheid betreft, volgt de voorzieningenrechter de Commissie door aan te sluiten bij Advies 331. In dit Advies concludeerde de Commissie dat wanneer een in de contractvoorwaarden voorziene limitering van de omvang van de schadevergoedingsverplichting in bepaalde omstandigheden niet geldt, dit een afwijking is van Voorschrift 3.9 D lid 1 Gids Proportionaliteit. Omdat de aanbestedende dienst die afwijking van Voorschrift 3.9D lid 1 vervolgens onvoldoende bleek te hebben gemotiveerd was er sprake van een schending van artikel 1.10 lid 4 Aw 2012.³¹

Het feit dat in de overeenkomst de limitering van de aansprakelijkheid in een aantal gevallen expliciet hebben uitgesloten, maakt dat de gemeenten voor die gevallen een wat de hoogte betreft ongelimiteerde schadevergoedingsverplichting verlangen. De voorzieningenrechter acht dit in strijd met voorschrift 3.9D van de Gids Proportionaliteit. Verder merkt hij op dat de gemeenten deze afwijking niet hebben gemotiveerd in de aanbestedingsstukken, handelen zij daarmee in strijd met artikel 1.10 lid 4 van de Aanbestedingswet 2012.³² Daar komt bij dat de gemeenten bij de bepalingen over de aansprakelijkheid zijn afgeweken van de wettelijke aansprakelijkheidsbeperkingen van het Burgerlijk Wetboek (BW), die in beginsel als proportioneel worden beschouwd. Een voorbeeld daarvan is dat de gemeenten in artikel 13.2 van de conceptovereenkomst niet noemen dat sprake moet zijn van een *toerekenbare* tekortkoming, zodat in dit opzicht geen relatie met de regeling in het BW wordt gelegd.³³

Anders dan de voorzieningenrechter overweegt het hof dat onbeperkte aansprakelijkheid voor opzet of grove schuld niet disproportioneel is. Een exoneratie voor dergelijke schade wordt veelal in strijd geacht met de goede zeden (en dus nietig), zodat deze overweging goed begrijpelijk en in lijn met het wettelijk stelsel is.³⁴ Het hof concludeert dat het aansprakelijkheidsregime toch disproportioneel is, omdat de aansprakelijkheid voor schade van derden - het merendeel van de verwachte schade - bij verlening van jeugdhulp die aan zorgbehoevenden en niet direct aan de gemeenten ten goede komt - onbeperkt is.

Opvallend aan deze uitspraak is dat de voorzieningenrechter onder verwijzing naar Advies 331 van de Commissie op volle wijze toetsend de gemeenten daarbij expliciet op de vingers tikt voor het feit dat ze deze afwijking van de Gids Proportionaliteit niet hebben gemotiveerd. De voorzieningenrechter en ook het hof hebben zich laten inspireren door de Gids Proportionaliteit en de wijze waarop de Commissie toetst aan de Gids, hetgeen de rechtsbescherming in onze ogen ten goede komt.

3.3 Geschiktheids- en selectiecriteria

Eén van de redenen voor de nadrukkelijke introductie van het proportionaliteitsbeginsel in de Aanbestedingswet in 2012 was de constatering dat de toegang tot opdrachten voor ondernemers werd beperkt, met name door te zware omzetteisen of eisen ten aanzien van referentieopdrachten.³⁵ In de

²⁷ Vzgnr. Rb. Den Haag 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11869, r.o. 5.11.

²⁸ Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 11.

²⁹ Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 27.

³⁰ Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, r.o. 27, 28, 30.

³¹ Commissie van Aanbestedingsexperts 29 april 2016, par. 5.11.

³² Vzgnr. Rb. Den Haag 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11869, r.o. 5.12.

³³ Vzgnr. Rb. Den Haag 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11869, r.o. 5.13.

³⁴ Adviezen 40, 42, 154 en 331 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

³⁵ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, nr. 3.

Gids Proportionaliteit zijn de Voorschriften 3.5F en 3.5G van toepassing op geschiktheidseisen en selectiecriteria.³⁶

Voorschrift 3.5F bepaalt dat de aanbestedende dienst voor het toetsen van technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kerncompetenties vaststelt die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht. Dit wordt vaak gedaan in de vorm van referenties. Het is van belang dat niet een *gelijke* opdracht wordt uitgevraagd, maar *ervaring* met een opdracht die op basis van de essentiële punten *vergelijkbaar* is. Als er wel gelijke opdracht zouden worden uitgevraagd, zou dit er toe kunnen leiden dat de markt erg wordt verkleind.³⁷

De Commissie richt haar beoordeling van Voorschrift 3.5F specifiek op de vraag of de gestelde voorwaarden wel essentieel waren voor uitvoering van de opdracht. In het kader van een opdracht voor leerlingenvervoer achtte de Commissie het bijvoorbeeld disproportioneel dat het moest gaan om een referentie van het schoolbestuur in het voortgezet onderwijs. Een dergelijke referentie was te specifiek en niet beperkt was tot het vaststellen van de kerncompetentie die overeenkomst met de gewenste ervaring op essentiële punten van de Opdracht. Volgens de Commissie had de beklagde enkel mogen vragen of de inschrijvers in staat waren personenvervoer in het algemeen en leerlingenvervoer van 12 tot 18 in het bijzonder uit te voeren.³⁸

Een andere klacht waarbij de klager stelde dat de aanbestedende dienst in strijd met Voorschrift 3.5F betrof de eis dat een inschrijver door middel van referenties dient aan te tonen dat hij op 75% (12 stuks) van de genoemde vakgebieden arbeidskrachten in de (gemeentelijke) salarisschalen 9 tot en met 12 heeft gedetacheerd of beschikbaar heeft gesteld bij Nederlandse overheidsinstanties. Volgens de klager komen dezelfde functies op grote schaal voor bij niet-overheidsinstellingen. Daarom heeft de eis 'bij een Nederlandse overheidsinstelling' geen toegevoegde waarde en heeft deze eis uitsluitend een beperkend effect op wie er kunnen inschrijven op deze opdracht.

De Commissie concludeert dat het werven en selecteren van arbeidskrachten met een bepaalde ervaring tot de essentiële punten van de opdracht behoort. Die ervaring kan volgens de Commissie

ook blijken uit het werven en selecteren van arbeidskrachten met competenties op gebieden die vergelijkbaar zijn met de door beklagde genoemde vakgebieden. Onder de door beklagde genoemde vakgebieden bevinden zich typische overheidstaken, maar door bij het omschrijven van de geëiste ervaring die taken te vermengen met niet specifieke overheidstaken is de eis van 75% detachering bij overheidsinstanties naar het oordeel van de Commissie in dit geval niet meer proportioneel.³⁹

De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam ziet dit anders, in een overigens andere aanbestedingsprocedure voor assessmentdiensten voor de overheid. Volgens de voorzieningenrechter heeft het werken voor de overheid een karakter heeft dat afwijkt van het werk in de private sector en dat, bijvoorbeeld, de functie van inkoper in het bedrijfsleven een andere deskundigheid en expertise vergt dan diezelfde functie bij de overheid (zoals ten aanzien van aanbestedingsrechtelijke aspecten). Het verschil in deskundigheid en expertise is volgens de voorzieningenrechter ook van invloed op de vaardigheid die nodig is voor een uitzendbureau om dergelijk personeel te selecteren en in te zetten. Daarbij wijst de voorzieningenrechter op het verschil in rechtspositie tussen ambtenaren en werknemers.⁴⁰ De voorzieningenrechter heeft niet getoetst of er sprake is van mogelijke strijdigheid met Voorschrift 3.5F. De voorzieningenrechter gaat enkel in op het afwijkende karakter van het werk, maar toetst niet of dit ook essentieel is voor uitvoering van de opdracht.

Interessant is dat de Commissie in een later advies over de proportionaliteit van de referentie-eis dat de inschrijver ervaring heeft opgedaan met het uitvoeren van assessments ten behoeve van een overheidsorganisaties, wederom tot de conclusie komt dat de toevoeging 'ten behoeve van een overheidsorganisatie' disproportioneel is. Een assessment is volgens de Commissie een vooropgezette methode om een arbeidspsychologisch advies te kunnen geven. Het is daarvoor niet noodzakelijk ervaring in een specifieke branche te hebben. Het argument van de beklagde dat er bij ambtenaren sprake is van een maatschappelijk belang en de ambtenaren acteren in een politiek bestuurlijke omgeving legt de Commissie naast zich neer.⁴¹

Het verschil in wijze van toetsen tussen de Commissie en de voorzieningenrechter is in deze voorbeelden evident. De Commissie toetst vol wat conform de Gids Proportionaliteit de essentiële punten van de opdracht zijn. De Commissie

³⁶ De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft geoordeeld dat, hoewel in de opsomming in artikel 1.13 lid 2 Aanbestedingswet 2012 geen melding wordt gemaakt van selectiecriteria, de Voorschriften 3.5F en 3.5G van de Gids Proportionaliteit ook van toepassing zijn op de selectiecriteria. Advies 52, overweging 5.3.6.

³⁷ Gids Proportionaliteit, p. 39.

³⁸ Commissie van Aanbestedingsexperts 15 december 2016, Advies 392, overweging 5.2.10.

³⁹ Commissie van Aanbestedingsexperts 25 september 2015, Advies 265, par. 5.3.4.

⁴⁰ Vznr. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802, r.o. 4.6.

⁴¹ CvAE 10 mei 2017, Advies 409, overweging 6.6.4-6.6.5.

interpreteert deze essentiële punten, zoals in het bovenstaande voorbeeld, het werven en selecteren, beperkt vanuit de gedachte dat bij een dergelijke lezing de toegang van inschrijvers op de opdracht het minst wordt beperkt. De voorzieningenrechter gaat in zijn marginale toets aan het Voorschrift en de achterliggende ratio voorbij.

De Gids Proportionaliteit schrijft in Voorschrift 3.5 G lid 1 voor dat in beginsel slechts één referentie proportioneel kan worden geacht. De maximering van het aantal te vragen referenties heeft als doel te voorkomen dat een aanbestedende dienst meer referenties vraagt en daarmee de markt wordt verengd.

De Commissie hanteert dit Voorschrift strikt in de zin dat een aanbestedende dienst in beginsel per kerncompetentie één referentie mag eisen.⁴² Daarnaast moet de aanbestedende dienst toestaan dat met één referentie wordt aangetoond dat aan meerdere kerncompetenties wordt voldaan.⁴³ Ook mag de aanbestedende dienst geen combinatie van verschillende kerncompetenties in één referentie eisen⁴⁴. Daarmee wordt voorkomen dat de geschiktheidseisen er toe leiden dat (grote) ondernemingen met meer ervaring bevoordeeld worden ten opzichte van kleinere ondernemingen of toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren.

Die lijn indachtig achtte een inschrijver in de eerder genoemde uitvraag waarbij de inschrijver voor 12, respectievelijk 15 vakgebieden referentie-opdrachten moest aanleveren die betrekking hebben op 75% van deze vakgebieden, in strijd met artikel 3.5 G Gids Proportionaliteit. In feite worden namelijk 9 dan wel 12 referentie-opdrachten vereist, nu ervaring is gevraagd met 9 dan wel 12 vakgebieden.

De voorzieningenrechter wees de bezwaren echter van de hand, omdat de gestelde eisen zo dienen te worden gelezen dat zij de toegang tot de opdracht niet beperken:

‘Het beschrijvend document vereist dat de referentieopdracht (en) geen betrekking hoeft/hoeven te hebben op functies, maar slechts op vakgebieden. Dit komt op het volgende neer: als een arbeidskracht ter beschikking is gesteld voor bijvoorbeeld de afdeling juridische zaken, dan is niet vereist dat dit een juridisch geschoolde kracht was. Het mag bij wijze van spreken ook een secretaresse of portier zijn die op deze afdeling is ingezet. Hierdoor wordt de lat niet hoog gelegd maar juist laag, zodat deze eis proportioneel wordt geacht. In dit oordeel wordt voorts

betrokken dat het, in absolute aantallen bezien, maar hoeft te gaan om 9 personen (perceel 1) respectievelijk 12 personen (perceel 2), die zijn ingezet in een periode van drie jaar. Aangezien het percentage niet op 100 maar op 75 is gesteld is geen sprake van een eis dat de eerdere ervaring gelijk moet zijn aan het voorwerp van de opdracht, maar van vergelijkbare ervaring.⁴⁵

Omdat de eisen zo ruim kunnen worden uitgelegd, is er volgens de voorzieningenrechter geen sprake van disproportionele eisen. De voorzieningenrechter baseert zich daarbij enkel op het feit dat voor slechts 75% van de functies referenties moeten worden verstrekt. Opvallend is daarbij dat de voorzieningenrechter voorbijgaat aan Voorschrift 3.5 G lid 1 dat de Gids Proportionaliteit voorschrijft dat er maximaal maar één referentie mag worden uitgevraagd.

De Commissie past dit Voorschrift wel letterlijk toe, ook ten aanzien van selectiecriteria, en kijkt daarbij verder dan enkel de tekst van het Voorschrift. Zo achtte de Commissie een aanbestedingsprocedure onrechtmatig waarin gegadigden, die aan de geschiktheidseisen voldoen, beter scoren in het kader van de selectiecriteria indien zij meer referenties per gevraagde kerncompetentie kunnen overleggen. Klager voert daarbij aan dat de toegang tot de markt voor kleinere partijen niet wordt beperkt, omdat zij juist meer referenties per gevraagde kerncompetentie heeft gevraagd. Als zij grotere partijen had willen bevoordelen was het gemakkelijker geweest om referenties uit te vragen waarin veel kerncompetenties verenigd zijn. Grotere partijen hebben bij uitstek ervaring met referentieprojecten waarin vele kerncompetenties verenigd zijn. Door meerdere referenties toe te staan, heeft ook het MKB volgens beklagde een goede en gelijke kans.⁴⁶

De Commissie is van oordeel dat beklagde op deze wijze in strijd handelt met de ratio van de Gids Proportionaliteit. Hoewel de toegang tot de opdracht voor een onderneming die niet aan de selectiecriteria kan voldoen op zich niet geblokkeerd, worden (grote) ondernemingen met meer ervaring volgens de Commissie bevoordeeld ten opzichte van kleinere ondernemingen of toetreders die eveneens geschikt zijn de opdracht uit te voeren.

De Commissie overweegt daarbij dat het vragen van meer referentieopdrachten voor selectie mogelijk op basis van het Europese aanbestedingsrecht wel is toegestaan, maar in strijd is met de ratio van de Gids Proportionaliteit:

⁴² CvAE 4 augustus 2014, Advies 34, overweging 6.1.

⁴³ CvAE 31 januari 2014, Advies 36, overweging 6.4.3 en CvAE 11 juli 2016, Advies 308, overweging 5.2.4.

⁴⁴ CvAE 21 april 2016, Advies 312, overweging 5.2 jo. 5.3.

⁴⁵ Vzgnr. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802, r.o. 4.10.

⁴⁶ CvAE 24 februari 2017, Advies 393, overweging 4.11.3.

'de nationale wetgever heeft met die Gids - in aanvulling op de doelstellingen van het Europees aanbestedingsrecht - ook nationale beleidsdoelen willen dienen, waarbij in het bijzonder kan worden gedacht aan een verbetering van de toegang van het midden- en kleinbedrijf tot de aanbestede opdracht.⁴⁷

De Commissie komt tot deze conclusie zonder te hebben geconstateerd dat er daadwerkelijk sprake is van beperktere toegang voor het MKB bij deze opdracht. De Commissie suggereert dat, indien de aanbestedende dienst deze ervaring toch belangrijk acht, hij in het geval van complexe opdrachten of hoogwaardige dienstverlening, indien noodzakelijk, gemotiveerd van Voorschrift 3.5 G, lid 1, Gids Proportionaliteit kan afwijken.⁴⁸ Gelet op de strikte toets die de Commissie toepast op het eisen van meer referenties ligt het niet voor de hand dat dit snel proportioneel wordt geacht. Bovendien merkt de Commissie op dat enkel in het geval van complexe opdrachten of hoogwaardige dienstverlening van de regel kan worden afgeweken, terwijl uit het feit dat een inschrijver over meer referenties beschikt wel volgt dat hij meer ervaring heeft en dus waarschijnlijk beter in staat zal zijn om de opdracht uit te voeren. Het is dan ook logisch dat een aanbestedende dienst meerdere referenties per kerncompetentie wil uitvragen indien er een groot aantal geschikte kandidaten zich heeft aangemeld.

De manier waarop de Commissie het te respecteren belang van een aanbesteder wegschrijft door een strikte interpretatie van de Voorschriften heeft tot gevolg dat de Gids meer als 'wet' en minder als 'richtsnoer' heeft te gelden en daarmee minder werkbaar wordt voor aanbesteders.

4. Overweging en conclusie

Door invoering van de Gids Proportionaliteit zou de toegang van het MKB tot overheidsopdrachten verbeteren, omdat de aanbesteders nu over

handvatten beschikten die ervoor dienden te zorgen dat zij redelijke voorwaarden en eisen zouden hanteren. De Gids Proportionaliteit is niet voor niets als een wettelijk richtsnoer geïntroduceerd, hetgeen naar onze mening zou moeten betekenen dat de proportionaliteit in rechte ook daadwerkelijk wordt getoetst en gehandhaafd. Naar onze mening zouden voorzieningenrechtshouders zich door de Commissie moeten laten inspireren en in rechte geen marginale maar een volle toets moeten hanteren om te bepalen of wel aan de Voorschriften van de Gids Proportionaliteit is voldaan. De uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag is wat ons betreft een goed voorbeeld van een uitspraak waar de voorzieningenrechter, en in tweede instantie ook het hof, vol aan de Gids Proportionaliteit toetsten. Hoewel dit een goed voorbeeld is, is er helaas nog een weinig constante lijn zichtbaar.

De Commissie toetst inhoudelijk en strikt aan de Voorschriften van de Gids Proportionaliteit, waarbij zij tevens uitgaat van de ratio van de Gids Proportionaliteit. Op die grond acht de Commissie het waarderen van meer referenties ten behoeve van selectiecriteria disproportioneel. Bij deze redenering kunnen echter wel vraagtekens worden geplaatst. Het is immers de ratio achter het hanteren van selectiecriteria dat van het aantal uit te nodigen gegadigden wordt beperkt door onderscheidend vermogen. De Commissie heeft zelf opgemerkt dat de toegang tot de opdracht hierdoor niet wordt beperkt en ook niet in concreto getoetst of hiervan sprake is. Het zou naar onze mening beter geweest als de Commissie de behoefte en noodzaak van aanbestedende diensten te kunnen selecteren onder geschikte gegadigden handen en voeten had gegeven door duidelijke handvatten aan te wijzen om tot een proportionele selectie te komen. De Gids Proportionaliteit moet een richtsnoer blijven die duidelijke handvatten biedt. Voor daadwerkelijke rechtsbescherming zouden voorzieningenrechtshouders deze handvatten ten volle moeten vastpakken. ●

⁴⁷ CvAE 24 februari 2017, Advies 393, overweging 5.7. Zie ook CvAE 24 februari 2017, Advies 401, overweging 5.8.

⁴⁸ CvAE 24 februari 2017, Advies 393, overweging 5.6 jo. 5.9.