



HIGH RISK, HIGH REWARD? DISPROPORTIONELE EISEN LEIDEN TOT STAKEN AANBESTEDING



DE ZAAK

De Politie organiseert een Europese openbare aanbesteding voor de opdracht 'Intermediair voor trainingsacteurs' bij door de Politie verzorgde trainingen (de Politie contracteert de acteurs zelf in een andere separate aanbestedingsprocedure). De intermediair dient onder meer aanvragen voor de inzet van acteurs af te handelen en de uitbetaling te verzorgen. De huidige opdrachtnemers zijn twee acteursbureaus die gelieerd zijn aan of deel uitmaken van Equipe Acteurs B.V. (hierna te noemen: Equipe).

De Politie stelt een aantal eisen. Zo is de inzet van andere dan de door de Politie gecontracteerde acteurs verboden. Ook vindt betaling aan de intermediair alleen plaats als op locatie een evaluatie is uitgevoerd door de betreffende acteur en de contactpersoon van de Politie. Bovendien wordt een korting op de prijs toegepast als de intermediair niet tijdig (voldoende) acteurs kan leveren. Equipe is van mening dat deze eisen disproportioneel zijn. Ook handelt de Politie volgens Equipe in strijd met het transparantiebeginsel door onvoldoende informatie te delen over de overeenkomsten die zij aangaat met de trainingsacteurs.

Equipe dient onder meer een aantal klachten in bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE). Deze klachten worden

voor het grootste deel gegrond verklaard. Dit leidt er echter niet toe dat de Politie de procedure stopzet of aanpast. Equipe start daarom een kort geding.

De voorzieningenrechter van rechtbank Den Haag is allereerst van mening dat het onzorgvuldig is zonder nadere toelichting of zonder verlenging een aanbesteding voort te zetten, als de CvAE een (niet-bindend) advies heeft afgegeven waarin meerdere klachten gegrond zijn verklaard. Deze onzorgvuldige handelwijze heeft voor dit kort geding echter geen gevolgen.

Vervolgens oordeelt de rechter dat de Politie de bezwaren van Equipe onvoldoende heeft weerlegd. Voor inschrijvers is het op voorhand onzeker of er voldoende acteurs beschikbaar zijn en welke (extra) inspanningen de intermediair moet verrichten. Ook is de intermediair niet bekend met de eisen die gesteld zijn aan de beschikbaarheid van en de mogelijkheden die de acteurs hebben om gemaakte afspraken af te zeggen. De rechter oordeelt verder dat het disproportioneel is dat de Politie betaling aan de intermediair afhankelijk stelt van een evaluatie. De opdrachtnemer heeft op al deze factoren namelijk geen invloed, maar draagt wel de risico's.

De voorzieningenrechter stelt Equipe in het gelijk en gebiedt de Politie om de aanbestedingsprocedure te staken.



JURIDISCH KADER

- Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat een aanbestedende dienst bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een opdracht uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijver en de inschrijving mag stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Voor maatwerk is ruimte, maar die kent haar grenzen in het proportionaliteitsbeginsel. Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor Europese en nationale aanbestedingen en bij meervoudig onderhandse procedures (artikel 1.10 Aw, artikel 1.13 Aw, artikel 1.16 Aw).
- De Gids Proportionaliteit geeft concrete invulling aan het proportionaliteitsbeginsel en is aangewezen als verplicht

te volgen richtsnoer (artikel 1.10 lid 3 Aw, artikel 1.13 lid 3 Aw, artikel 1.16 lid 3 Aw in samenhang met artikel 10 lid 1 Aanbestedingsbesluit). Afwijken van de voorschriften in de Gids Proportionaliteit is toegestaan wanneer de aanbestedende dienst dit goed motiveert (artikelen 1.10 lid 4, 1.13 lid 4 en 1.16 lid 4 Aw). De Gids Proportionaliteit schrijft voor dat aanbestedende diensten de risico's moeten alloceren bij de partij die het risico het best kan beheersen of beïnvloeden (Voorschrift 3.9 A). Aanbestedende diensten zijn tevens verplicht transparant te handelen (artikel 1.9 lid 1 Aw).



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het arrest Succhi di Frutta refereert het Hof van Justitie van de Europese Unie aan het transparantiebeginsel als het 'beginsel van doorzichtigheid'. Het transparantiebeginsel heeft tot doel te borgen dat elk risico op favori-

tisme of willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure moeten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze. Hierdoor

kunnen alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte begrijpen en deze op dezelfde manier interpreteren en is de aanbestedende dienst in staat om na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

- In januari 2019 deed de [voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland](#) uitspraak in een zaak die lijkt op de uitspraak waar deze JA! op ziet. De gemeente Utrecht was op zoek naar bureaus voor de overname van zogeheten arbeidsmobiliteitscontracten. Volgens één van de geïnteresseerde partijen was een eis disproportioneel, omdat daarmee het succes van de opdracht deels afhankelijk werd gemaakt van factoren buiten de macht van de potentiële inschrijvers (namelijk het toekennen van WW door het UWV). De voorzieningenrechter was van mening dat de aanbestedingsstukken onvoldoende duidelijk waren over de gevolgen bij een negatieve beslissing van het UWV; de eis was daarom disproportioneel. Bovendien was de procedure onvoldoende transparant en had de gemeente onvoldoende gemotiveerd waarom de opdracht gegund werd op laagste prijs.
- De reactie van de CvAE op de klacht van Equipe is te lezen in [Advies 645](#). Daarin beoordeelt de CvAE uitgebreid de verschillende aspecten van de aanbestedingsprocedure. Zij komt tot de conclusie dat de kortingseis en de leve-

ringsplicht en de evaluatie eis disproportioneel zijn. Ook is de Commissie van mening dat de procedure niet voldoende transparant is. Aan de andere kant gaat de CvAE niet mee in de klacht dat het relateren van de vergoeding aan de gerealiseerde omzet op voorhand disproportioneel is. De klacht dat de vergoeding van de opdracht onredelijk is, is niet voldoende en wordt daarom van de hand gewezen.

- In [Advies 404](#) heeft de CvAE diens interpretatie van Voor-schrift 3.9A uit de Gids Proportionaliteit nader uitgelegd. Dit advies betrof een opdracht voor de levering van kunststof leidingwerk voor riolering. Onder verwijzing naar een drietal eerdere adviezen (nr. [40](#), [41](#) (niet online in te zien) en [331](#)) stelt de CvAE dat met het begrip "risico" wordt bedoeld 'het risico dat zich een gebeurtenis voordoet die tot schade leidt'. Aansluitend bij de toelichting in de Gids Proportionaliteit, moet in de afweging worden betrokken:
 - De kans dat een risico zich voordoet, en
 - De gevolgen wanneer een risico zich voordoet.
- Voor zover in een overeenkomst of algemene voorwaarden van een aanbestedende dienst geen risico-allocatie is opgenomen, kan worden aangesloten bij de algemene regeling in het Burgerlijk Wetboek. Hierbij verwijst de CvAE in het bijzonder naar artikel 6:74 (toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis) en artikel 6:75 (overmacht) van het Burgerlijk Wetboek.



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Over de verplichting van de aanbestedende dienst om zich voldoende in te spannen om de transparantie van de procedure te waarborgen (om zo te voorkomen dat de schijn van vooringenomenheid wordt gewekt), schreven wij eerder in [JA 2020 nr. 17](#).
- Denk goed na over het alloceren van risico's in een aanbesteding. Op het eerste gezicht kan het aantrekkelijk lijken zoveel mogelijk risico's bij de opdrachtnemer neer te leggen. Bedenk echter dat dit niet alleen disproportioneel kan zijn, maar dat dit ook een prijsopdrijvend effect kan hebben. De kans is groot dat inschrijvers in verband met deze risico's een opslag zullen opnemen in hun inschrijfprijs.
- Zorg ervoor dat u als aanbestedende dienst geen risico's, zoals bijvoorbeeld het intreden van financiële consequenties, verbindt aan omstandigheden waar de opdrachtnemer geen of onvoldoende invloed op kan uitoefenen. Dergelijke bepalingen zullen al snel disproportioneel zijn.
- Als afspraken met derden van belang zijn voor deelnemers aan een aanbestedingsprocedure voor een volledig inzicht in de aard, inhoud en omvang van de opdracht, zorg er dan (als aanbestedende dienst) voor dat die afspraken kenbaar zijn voor alle deelnemers.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE 

Aeves 
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com