



JAARLIJKSE INDEXATIE PROPORTIONEEL?



DE ZAAK

De gemeente Almere organiseert met een aantal andere gemeenten een inkoopprocedure voor jeugdhulp. De aanbestedingsstukken bepalen dat de tarieven maximaal één keer per jaar geïndexeerd mogen worden. Twee jeugdzorgaanbieders die voornemens zijn deel te nemen aan deze procedure maken bezwaar tegen de berekening c.q. onderbouwing (en de wijze van totstandkoming) van de tarieven. Ook menen zij dat het indexeren van de tarieven vaker dan één keer per jaar mogelijk zou moeten zijn, gelet op de inflatiecijfers van de afgelopen jaren.

De voorzieningenrechter constateert dat jeugdzorgaanbieders eenmaal per jaar de mogelijkheid hebben de tarieven te

indexeren. Wanneer de kosten gedurende een bepaald jaar (fors) stijgen, is het risico daarmee altijd beperkt tot maximaal één jaar. Dat een jeugdzorgaanbieder in dat geval (mogelijk) gestegen kosten voor zijn rekening moet nemen (of moet voorfinancieren), hoort tot het ondernemingsrisico van de jeugdzorgaanbieder. Dat er maar één keer per jaar wordt geïndexeerd, is dus niet disproportioneel.

Doordat er op andere gronden – onder meer een gebrekkige onderbouwing c.q. berekening van ‘reële tarieven’ – sprake is van een gebrek in de inkoopprocedure, oordeelt de voorzieningenrechter dat de procedure echter niet ongewijzigd mag worden voortgezet.



JURIDISCH KADER

- Op grond van het proportionaliteitsbeginsel mag 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 stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Voor maatwerk is ruimte, maar die kent zijn grenzen in het proportionaliteitsbeginsel. Het proportionaliteitsbeginsel geldt voor Europese en nationale aanbestedingen en bij meervoudig onderhandse procedures (artikelen 1.10, 1.13 Aw en 1.16 Aw 2012). Het proportionaliteitsbeginsel geldt ook voor de voorwaarden in de (te sluiten) overeenkomst (artikel 1.10 lid 2 sub h Aw 2012).
- De Gids Proportionaliteit geeft invulling aan het proportionaliteitsbeginsel. Een aantal voorschriften zijn in dat verband van belang:
 - Uit voorschrift 3.9A volgt dat de aanbestedende dienst het risico bij de partij die het best in staat is om dit risico te beheersen moet leggen. Bij het maken van deze risico-afweging moeten de (i) kans dat een risico zich verwezenlijkt; en (ii) de gevolgen van de omstandigheid dat een risico zich verwezenlijkt worden meegewogen.
 - Voorschrift 3.9 B verplicht de aanbestedende dienst potentiële inschrijvers tijdens de aanbestedingsprocedure de kans te geven suggesties te doen voor aanpassingen in de conceptovereenkomst of af te wijken van de inkoopvoorwaarden.
- Voorschrift 3.9 D schrijft voor dat een aanbestedende dienst geen ongelimiteerde aansprakelijkheid verlangt. Bij de limitering van de schadevergoeding moet in ieder geval worden meegenomen welke risico's de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt en welke aansprakelijkheidseis gebruikelijk is in de betreffende branche of de betreffende opdracht naar aard en omvang.
- Een overheidsopdracht mag na gunning zonder nieuwe aanbestedingsprocedure worden gewijzigd indien de wijziging, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken is opgenomen in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules, waaronder prijsherzieningsclausules of opties. Een dergelijke herzieningsclausule dient: (1) de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen en opties te omschrijven; (2) de voorwaarden waaronder deze gebruikt kunnen worden te omschrijven; (3) en niet ertoe te leiden dat de algemene aard van de opdracht verandert (artikel 2.163c Aw 2012). Het is raadzaam indexatieclausules te toetsen aan deze drie criteria van artikel 2.163c Aw 2012.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In een zaak die eveneens betrekking had op de inkoop van jeugdzorg, oordeelde **de rechtbank Den Haag** dat voor de beoordeling van de proportionaliteit van de betreffende contractsbepalingen ook relevant is wat gebruikelijk is in de markt. Een aanbestedende dienst dient daar rekening mee te houden. Aangezien de aanbestedende dienst daar in dit geval onvoldoende rekening mee had gehouden, moest de aanbestedende dienst een aangevochten gunningsbeslissing intrekken.
- **De rechtbank Den Haag** oordeelde dat, om te bepalen wat gebruikelijk is in een betreffende markt, een aanbestedende dienst niet enkel dient te kijken naar de onderlinge relatie tussen bedrijven en een aanbestedende dienst,

maar ook naar hetgeen gebruikelijk is in contracten tussen bedrijven onderling.

- De voorzieningenrechter van **de rechtbank Midden-Nederland** overwoog dat een aanbestedende dienst enkel eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en inschrijvingen mag voorschrijven die in redelijke verhouding

staan tot het voorwerp van de opdracht. Eventuele risico's dient de aanbestedende dienst neer te leggen bij de partij die het beste in staat is het risico te beheersen. In deze concrete zaak werd het disproportioneel geacht het gevolg van een beslissing van het UWV om geen uitkering te verstrekken, bij een dienstverlener voor arbeidsmobiliteit als risico neer te leggen.

TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Het staat een aanbestedende dienst vrij te bepalen dat de overeen te komen prijzen/tarieven voor een bepaalde opdracht na gunning maximaal één keer per jaar geïndexeerd mogen worden. Een dergelijk voorschrift is in beginsel proportioneel. Is sprake van een forse kostenstijging voor de opdrachtnemer na indexatie, dan komen dergelijke kostenstijgingen in beginsel voor rekening van de opdrachtnemer, omdat het tot zijn ondernemingsrisico behoort. Uiteraard heeft de opdrachtnemer wel de mogelijkheid zijn prijzen/tarieven weer te verhogen op de eerstvolgende (jaarlijkse) indexatiedatum, conform de overeengekomen indexatieclausule in het (gegunde) contract.
- Houd altijd rekening met het proportionaliteitsbeginsel bij het formuleren van de aanbestedingsvoorwaarden. Indien je als aanbestedende dienst een risico bij de opdrachtnemer wilt leggen, bepaal dan eerst of de opdrachtnemer het risico daadwerkelijk kan beheersen. In algemene zin is het verstandig goed na te denken over het alloceren van risico's in een aanbesteding. Op het eerste gezicht kan het voor een aanbestedende dienst aantrekkelijk lijken zoveel mogelijk risico's bij de opdrachtnemer neer te leggen. Bedenk echter wel dat dit niet alleen disproportioneel kan zijn, maar ook een prijsopdrijvend effect kan hebben. De kans is immers groot dat inschrijvers in verband met deze risico's een opslag zullen verdisconteren in hun inschrijfprijs.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

Aeves 
Benefit

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com