Adviescommissie Gids Proportionaliteit

Advies over het 10-puntenplan en sociale ondernemingen d.d. 4 september 2024

1. Inleiding

Op 3 mei jl. heeft de Adviescommissie Gids Proportionaliteit (hierna: Adviescommissie) bij brief met kenmerk DGED/52497182 de 'adviesaanvraag 10-puntenplan' van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (het ministerie) ontvangen. De adviesaanvraag is ingediend op basis van art. 2 lid 2, onderdeel a van het Instellingsbesluit Adviescommissie Gids Proportionaliteit.

De aanleiding voor deze adviesaanvraag is als volgt. In het 10-puntenplan worden tien voorstellen voor een duurzamer en socialer inkoop- en aanbestedingsbeleid gedaan door de ChristenUnie, SP, Volt, en Groenlinks-PvdA. In dit plan wordt in voorstel 6 (getiteld: "We maken 1-op-1 contracteren van sociale ondernemingen en klein mkb onder de Europese aanbestedingsdrempels eenvoudiger en geven deze mogelijkheid meer bekendheid") gevraagd om een aanpassing van de Gids Proportionaliteit[1]:

> *1)* "*In de Gids Proportionaliteit wordt mede aangegeven wanneer het proportioneel is om 1-op-1 een contract te gunnen. In de gids verduidelijken we daarom de ruimte voor 1-op-1 gunnen aan sociale ondernemingen door hiervoor aparte teksten en figuren op te stellen. Ook verduidelijken we dat er meer redenen zijn dan alleen de opdrachtwaarde om al dan niet 1-op-1 te gunnen.*"
>
> *2) "Daarnaast is in het inkoopbeleid van individuele overheden van belang om aandacht te hebben voor het wijzigen van de inkoopdrempels. Nederlandse overheden schrijven vaak voor dat voor aankopen vanaf €25.000, €33.000, €50.000 of €70.000 meervoudig onderhands moet worden ingekocht. Hier kan doorgaans van worden afgeweken, mits dat wordt gemotiveerd, alleen dat is in de praktijk vaak een drempel om toch 1-op-1 te contracteren. Het drempelbedrag verhogen we daarom voor sociale ondernemingen, waardoor zij gemakkelijker 1-op-1 gecontracteerd kunnen worden."*

Meer specifiek wordt door het ministerie verzocht om in de reactie op deze twee voorstellen te overwegen:

> *'- Of de Gids Proportionaliteit naar de mening van de adviescommissie (het meest) passend is om dergelijke regels voor sociale ondernemingen op te nemen.*
> *- In hoeverre het mogelijk is om in de Gids Proportionaliteit voor een bepaalde groep sociale ondernemingen aparte regels te stellen (zoals hogere drempelwaarden) om eenvoudiger 1-op-1 te gunnen. Kunt u in dat verband ook reflecteren of de afbakening (definitie) van sociale ondernemingen.'*

In het onderstaande verleent de Adviescommissie zijn advies. Het advies is als volgt opgebouwd: 2) overwegingen t.a.v. een definitie voor sociale ondernemingen, 3) stimuleren van sociale

[1] Zie ook deze eerdere oproep: Kamerstuk 35 040, nr. 10.

ondernemingen en sociaal ondernemerschap, 4) de passende plek voor een mogelijke aanpassing: de aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Awet 2012) en 5) het advies van de Adviescommissie

2. Overwegingen t.a.v. een definitie voor een sociale onderneming

Er is momenteel in Nederland en in de Europese Unie geen algemeen geaccepteerde en gebruikte definitie van het begrip sociale onderneming. De Awet 2012 en de Gids Proportionaliteit kennen ook geen uniforme definitie van het begrip sociale onderneming. In de Awet 2012 wordt wel verwezen naar twee voorbehouden procedures, namelijk in artikel 2.82 voor sociale werkplaatsen en artikel 2.82a voor participatiemaatschappijen. Deelneming aan deze procedures is voorbehouden aan specifieke categorieën inschrijvers.

Artikel 2.82 beperkt deelname aan deze procedure tot 1) *'sociale werkplaatsen'* en 2) *'aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of de uitvoering ervan voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid'.* Daarnaast dient *'ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.'* De Europese wetgever verwijst in dit kader wel naar 'andere sociale ondernemingen' in de preambule van richtlijn 2014/24/EU. Verwijzend naar de tweede categorie ondernemingen lijkt deze bepaling in ieder geval geen breed toepasbare definitie te bevatten van een sociale onderneming.[2] Lid 2 vereist dat de procedure wordt aangekondigd met een verwijzing naar het voorbehoud. Alle inschrijvers die voldoen aan deze criteria moeten toegelaten worden tot de procedure. De ratio achter deze bepaling is dat de wetgever concludeert dat deze werkplaatsen niet op gelijke voet zouden kunnen concurreren in een normale aanbesteding.[3] In de praktijk maken vooral gemeenten gebruik van deze procedure voor hun sociale werkplaatsen. Sociale werkplaatsen uit andere gemeenten mogen op basis van het bovenstaande niet geweerd worden en moeten gelijk worden behandeld.

Artikel 2.82a beperkt deelname aan deze voorbehouden procedure tot opdrachten die vallen onder de CPV-codes genoemd in artikel 77, eerste lid van richtlijn 2014/24/EU, en tot organisaties die cumulatief moeten voldoen aan een viertal criteria (lid 1): 1) haar doel is het vervullen van een taak van algemeen belang die verband houdt met opdracht; 2) winsten worden opnieuw geïnvesteerd met het oogmerk het doel van de organisatie te behartigen of worden uitgekeerd of herverdeeld en uitkering of herverdeling van winsten geschiedt op grond van participatieve overwegingen, 3) de beheers- of eigendomsstructuren van de organisatie die de opdracht uitvoert, zijn gebaseerd op werknemersaandeelhouderschap of beginselen van participatie of vergen de actieve participatie van werknemers, gebruikers of belanghebbenden, en 4) door de aanbestedende dienst is uit hoofde van dit artikel in de drie jaar voor de gunningsbeslissing aan de organisatie geen opdracht gegund voor de diensten in de te gunnen opdracht. De looptijd van de opdracht mag niet meer dan drie jaar zijn, en wederom moet het voorbehoud worden vermeld in de aankondiging (lid 2). In Nederland is deze procedure nog niet toegepast. Dit komt mogelijk door het feit dat de gestelde criteria deelname in vergaande mate detailleren hoe een inschrijver zichzelf moet organiseren.

Naast de Awet 2012 worden er verschillende andere definities van sociale ondernemingen gebruikt in beleid en praktijk. Hierna zijn enkele relevante gezichtspunten opgenomen, zonder de

[2] Preambule nr. 36 richtlijn 2014/24/EU.
[3] Kamerstukken II, 2015/16, 34329, nr. 3, p. 10.

ambitie te hebben om uitputtend te zijn. De Europese Commissie heeft bijvoorbeeld in de *Social Business Initiative* communicatie de volgende definitie aangenomen, waarin onder andere de volgende 'ondernemende, sociale en governance dimensies' centraal staan:

> *"A social enterprise is an operator in the social economy whose main objective is to have a social impact rather than make a profit for their owners or shareholders. It operates by providing goods and services for the market in an entrepreneurial and innovative fashion and uses its profits primarily to achieve social objectives. It is managed in an open and responsible manner and, in particular, involve employees, consumers and stakeholders affected by its commercial activities.*
>
> *The Commission uses the term 'social enterprise' to cover the following types of 'businesses':*
> - *Those for which the social or societal objective of the common good is the reason for the commercial activity, often in the form of a high level of social innovation,*
> - *Those where profits are mainly reinvested with a view to achieving this social objective,*
> - *The method of organisation or ownership system reflects their mission using democratic or participatory principles or focusing on social justice."*[4]

Het is op dit moment onduidelijk welke status deze definitie en voorbeelden hebben. De Code Sociaal Ondernemen gebruikt een 'afgeleide' van deze definitie.[5] De Sociaal Economische Raad heeft deze 'werkdefinitie' van de Europese Commissie gedeeltelijk overgenomen, mede om te komen tot zijn eigen definitie:

> *'Sociale ondernemingen zijn zelfstandige ondernemingen die een product of dienst leveren en primair en expliciet een maatschappelijk doel nastreven, dat wil zeggen een maatschappelijk probleem willen oplossen. Naast deze imperatieve elementen zijn er twee elementen die op veel sociale ondernemingen van toepassing zijn, maar door de raad aan de visie van de ondernemer overgelaten worden: een expliciete beperking van de mogelijkheid om winst uit te keren en expliciete eisen betreffende inclusief bestuur en governance (zie hierna). Deze elementen vormen tezamen de werkdefinitie.'*[6]

Deze definitie wordt ook onderschreven door Social Enterprise NL.[7] Verder is in Nederland ook de ontwikkeling richting de introductie van een maatschappelijke BV relevant (de zogeheten 'BVm'). In het rapport van KPMG dat werd uitgevraagd door het ministerie wordt de definitie van de SER nader uitgewerkt:

> *'Sociale ondernemingen zijn ondernemingen die: (a) een product of dienst leveren; (b) in plaats van met een winstdoelstelling dit primair en expliciet doen om bij te dragen aan een maatschappelijk doel welke is vastgelegd in haar statuten; (c) een deel van de omzet herinvesteren in het bereiken van het maatschappelijke doel en/of beperkt zijn in de verdeling*

[4] Europese Commissie, A map of social enterprises and their eco-systems in Europe, 2014, p. 2.
[5] Dit volgt uit de website van deze Code. Zie https://codesocialeondernemingen.nl/over-de-code/de-5-principes/> (laatst geraadpleegd op 3 september 2024).
[6] SER, *Sociale ondernemingen: een verkennend advies*, mei 2015, p. 25.
[7] Dit volgt uit de website van Social Enterprise NL. Zie https://www.social-enterprise.nl/over-sociaal-ondernemen/wat-zijn-het (laatst geraadpleegd op 3 september 2024)

van winst en vermogen, e.e.a. om te garanderen dat het maatschappelijk doel voor gaat; (d) hun relevante stakeholders identificeren en daarmee minimaal jaarlijks in dialoog gaan; (e) transparant zijn op hun website (of op andere wijze die publiekelijk toegankelijk is zoals in hun jaarverslag) over de meest materiële gecreëerde maatschappelijke waarde; en (f) onafhankelijk van de overheid en/of andere entiteiten een eigen strategie kunnen nastreven.'[8]

De BVm is tot op heden nog niet geïntroduceerd binnen het rechtspersonenrecht. Duidelijk is in ieder geval dat het hebben van een toekomstige BVm als rechtspersoon geen effect heeft op de werking van het aanbestedingsrecht. Dit rechtsgebied legt geen vormvereisten op aan inschrijvers qua rechtspersoonlijkheid én biedt mede daarom geen ruimte voor nadere bevoordeling van een inschrijving door een BVm boven andere rechtspersonen.[9]

De Adviescommissie stelt vast dat, mocht aanpassing van aanbestedingswet- en regelgeving worden overwogen naar aanleiding van het 10-puntenplan, een duidelijke afbakening van het begrip 'sociale onderneming' van groot belang is. Een definitie draagt niet alleen bij aan effectief overheidsbeleid dat gericht is op stimulering van deze ondernemingen; het voorkomt ook *green*- en *social-washing*. Dit laatste ziet overigens op een wat negatieve insteek bij de discussie rondom sociale ondernemingen en de verhouding tot reguliere ondernemingen in zijn algemeenheid. Er kan namelijk gewezen worden op reguliere ondernemingen die zich ook inzetten voor maatschappelijke doeleinden en daarvoor in concurrentie ook waardering verdienen terwijl ze (op dit moment) niet direct onder een van bovenstaande definities vallen. Dit sluit aan bij een algemener punt dat het nastreven van maatschappelijke doelstellingen in het kader van aanbestedingen op verschillende manieren invulling kan krijgen, zoals besproken wordt in paragraaf 3.

Omdat in overheidsbeleid een expliciete keuze gemaakt kan worden om de ene onderneming wel en de andere niet te stimuleren via aanbestedingen, is de onderhavige vraagstelling ook in bredere zin relevant voor de aanbestedingspraktijk. In het kader van dit advies concludeert de Adviescommissie daarom dat een eventuele definitie met het oog op voorbehouden opdrachten duidelijke en goed toepasbare criteria zou moeten bevatten. Van belang is dat er naast sociale ondernemingen rekenschap gegeven dient te worden van het naast elkaar bestaan van bijvoorbeeld een NGO, een *not-for-profit*, en een MKB-bedrijf dat ook maatschappelijke doelstellingen nastreeft. Een definitie zou het onderscheid tussen dergelijke potentiële inschrijvers of gegadigden moeten onderkennen.

Bovenstaande definities kunnen bijdragen aan de discussie hierover, maar laten tegelijkertijd ook een divers pallet aan gezichtspunten zien. De definities komen op enkele punten overeen, zoals de noodzaak om maatschappelijke doelstelling na te streven of de herinvestering van winst ten behoeve van deze doelstelling. Ze verschillen echter ook sterk, zoals op het gebied van rapporteringsverplichtingen of de positie van personeel en betrokken stakeholders. De Adviescommissie adviseert deze – en andere – definities te spiegelen aan de Nederlandse praktijk, en benadrukt nogmaals het belang van een onderscheidende en duidelijke definitie, die niet kan en mag leiden tot ongelijke behandeling van andere partijen in de aanbestedingspraktijk.

3. Stimuleren van sociale ondernemingen en sociaal ondernemerschap

[8] Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 32 637, nr. 42, p. 3.

[9] Zie ook N. Bosma en anderen, *Versnelling en verbreding van sociaal ondernemerschap; een onderzoek naar de wenselijkheid van nieuwe juridische kaders*, Universiteit Utrecht, februari 2019.

De Adviescommissie geeft mee dat het van belang is om nader inzichtelijk te maken op welke wijze sociale ondernemingen problemen ervaren bij de toegang tot aanbestedingen, en hoe omvangrijk deze problematiek is. Dit is relevant voor de gekozen oplossing en volgt op onvoldoende wijze uit het 10-puntenplan. Daarbij is het van belang om ook te bezien op welke manier deze problematiek zich onderscheid van de al langer bekende problematiek aangaande de toegang van het MKB bij aanbestedingen. Daar speelt al veel langer de discussie over hoe kleinere partijen meer kunnen gaan werken voor de overheid. Het was zelfs een van de redenen waarom de Awet 2012 en de Europese aanbestedingsrichtlijnen in 2014 werden herzien. Opvallend is dat het MKB naast sociale ondernemingen bij punt 6 wordt benoemd in het 10-puntenplan, maar in de verdere uitwerking en uitvraag door het ministerie niet meer is meegenomen.

Aanbestedende diensten realiseren inkoopdoelstellingen samen met marktpartijen. Binnen de context van het aanbesteden bestaan momenteel al effectieve manieren om sociale en groene impact in brede zin een rol te laten spelen. Aanbestedende diensten werken veelal met een inkoopstrategie waarin per inkooptraject onder andere wordt bepaald welke procedure de aanbestedende dienst gaat doorlopen, én hoe groene en sociale aspecten daarin al dan niet kunnen worden meegenomen. Zo kan gedacht worden aan keuzes die in de inkoopstrategie gemaakt worden voor bijvoorbeeld de percelenregeling, functionele in plaats van technische specificaties, het gebruik van de hiervoor besproken voorbehouden procedures, het gebruik van keurmerken, het gebruik van duurzame en sociale technische specificaties, gunningscriteria op basis van kwaliteit in plaats van laagste prijs. [10] Dit zijn slechts enkele voorbeelden op basis waarvan sociale ondernemingen hun meerwaarde kunnen laten zien in een aanbesteding, zonder dat het noodzakelijk is om een status aparte te creëren zoals wordt beoogd in het 10-puntenplan. Binnen dit kader hebben aanbestedende diensten ook geen (aparte) drempelbedragen nodig, en is het niet nodig om deze op te nemen in hun inkoop- en aanbestedingsbeleid. Effectief inkopen vereist maatwerk per aanbesteding.

Om bovenstaande redenen benadrukt de Adviescommissie de mogelijkheden die er momenteel in de Awet 2012 en Gids Proportionaliteit zitten te gebruiken om *sociaal ondernemerschap* in plaats van *sociale ondernemingen* te stimuleren. Hierdoor kunnen alle inschrijvers onder gelijke voorwaarden meedingen naar een opdracht van de overheid. Dit sluit ook beter aan bij het feit dat allerlei ondernemingen – en niet alleen sociale ondernemingen - problemen ervaren bij het inschrijven op aanbestedingen.

4. De passende plek voor een aanpassing: de aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet 2012

Mocht toch overwogen worden om de positie van sociale ondernemingen nader te verankeren, dan concludeert de Adviescommissie dat de Gids Proportionaliteit hierin niet leidend kan en moet zijn. Gezien de voorrang van het Europees recht boven het nationale recht kan een dergelijke verruiming alleen plaatsvinden door een herziening van de aanbestedingsrichtlijnen, die vervolgens geïmplementeerd worden in de Awet 2012. In dit kader kan ook overwogen worden

[10] W.A. Janssen & E.M.M.A. Driessen, 'Het spanningsveld tussen burgerinitiatieven en het aanbestedingsrecht: ruimte voor stimulering?',*Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun*, 2020, 17(5), pp. 7-14.

om de criteria uit artikel 2.82a Awet 2012, een implementatie van artikel 77 richtlijn 2014/24/EU, te herzien en daarmee te vereenvoudigen.

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft overigens bevestigd in de uitspraak *ASADE* dat er mogelijk voor 'sociale diensten en andere specifieke diensten' meer ruimte is om sociale ondernemingen procedureel te stimuleren via voorbehouden procedures. Onduidelijk is momenteel hoe ver deze mogelijkheid reikt en op welke Nederlandse gevallen deze casuïstiek rechtmatig toegepast kan worden.

De Adviescommissie geeft over de mogelijkheid om aanpassingen te doen in de Gids Proportionaliteit nog het volgende mee. Onder de Europese drempelwaarden zou juridisch gezien gekozen kunnen worden voor een aanpassing van de drempels voor specifieke groepen ondernemers. Zoals ook overwogen in de 'Adviezen over het proportionaliteitsbeginsel bij Sociale en andere Specifieke diensten (SAS-diensten) en bij (aanzienlijke) prijsontwikkelingen d.d. 31 maart 2023' raadt de Adviescommissie dit af. Een dergelijke aanpassing staat niet in verhouding tot 1) het comply-or-explain karakter van de Gids Proportionaliteit dat ruimte voor onderbouwde afwijking biedt en 2) het feit dat de waarde van de opdracht slechts één van de criteria is om te beslissen welke procedure van toepassing is. Hier komt bij dat ook hier relevant is dat er sprake moet zijn van een duidelijke en heldere definitie, die *social- en greenwashing é*n ongelijke behandeling voorkomt.

5. Advies

Gezien het bovenstaande adviseert de Adviescommissie als volgt in reactie op de tweeledige adviesaanvraag.

De Gids Proportionaliteit is niet (het meest) passend om regels voor sociale ondernemingen op te nemen. Een nadere verankering vereist aanpassing van de aanbestedingsrichtlijnen, en een daaropvolgende implementatie in de Awet 2012. Niettemin kan voor sociale diensten en andere specifieke diensten mogelijk meer ruimte bestaan mede op basis van de zaak *ASADE*, maar dit vereist nadere duiding.

Mede gezien de afwezigheid van een duidelijke en onderscheidende definitie voor sociale ondernemingen met het oog op gelijke behandeling én het feit dat sociaal ondernemerschap in plaats van sociale ondernemingen al op meerdere manieren effectief gestimuleerd kan worden binnen huidige wet- en regelgeving, is ook – hoewel wetstechnisch gezien mogelijk – aanpassing van de drempels in de Gids Proportionaliteit niet de eerstaangewezen oplossing. Hier komt bij dat een dergelijke aanpassing niet in verhouding staat tot het comply-or-explain karakter van de Gids dat al ruimte voor onderbouwde afwijking biedt en het feit dat de waarde van de opdracht slechts één van de criteria is om te beslissen welke procedure van toepassing is.

Niettemin adviseert de Adviescommissie om de Gids Proportionaliteit wel aan te passen door een positiever beeld te schetsen van duurzame/sociale voorwaarden in de Gids en door enkele door verloop van tijd enigszins gedateerde aspecten te updaten. Deze aanpassingen zijn hieronder geel gearceerd. De Adviescommissie vraagt graag aandacht voor de diversiteit aan inschrijvers alsook voor de diversiteit in toepassing van maatschappelijke doelstellingen bij aanbestedingen en duidt dit als volgt door aanpassing van paragraaf 3.5.6 van de Gids:

3.5.6 Duurzaamheid/sociale voorwaarden

Het gaat bij duurzaamheidscriteria waaronder sociale en groene voorwaarden om een veel omvattend en belangrijk thema dat qua invulling/toepassing bovendien nog verder in ontwikkeling is. Deze Gids leent zich niet voor uitgebreide noch uitputtende behandeling van dit onderwerp. Hier wordt dan ook slechts beoogd enkele zaken aan te stippen, die in het kader van een aanbestedingsprocedure uit een oogpunt van proportionaliteit nadere aandacht behoeven. Duurzaamheidscriteria kunnen voorkomen in de vorm van (technische en functionele) specificaties, geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria en/of contractvoorwaarden. Voor de behandeling van dit onderwerp zijn de betreffende paragrafen dan ook van belang.

In willekeurige volgorde wordt gewezen op het volgende:

- Bij het stellen van duurzaamheidscriteria is het proportioneel de omvang van de opdracht mee te laten wegen bij de keuze om eisen op dit terrein te stellen. Dit betekent niet dat voor kleine opdrachten geen duurzaamheidscriteria gesteld mogen worden.
  De criteria met betrekking tot duurzaamheid waaronder sociale voorwaarden dienen enerzijds in redelijke verhouding te staan tot de aard en omvang van de opdracht, maar dienen anderzijds te worden afgestemd op hetgeen de relevante markt kan bieden. Indien uit markt- onderzoek blijkt dat een brede range van bedrijven voldoet aan bepaalde criteria, dan kunnen deze generiek toegepast als eis opgenomen worden. Gaat het om vernieuwingen op de markt waar slechts een beperkt aantal ondernemingen aan kan voldoen, dan kunnen ze bijvoorbeeld beter als een van de subcriteria binnen het gunningscriterium Beste PKV opgenomen worden. Opnemen van technische specificaties en eisen waaraan slechts een zeer beperkt deel van de markt voldoet en daardoor daadwerkelijke mededinging niet langer gewaarborgd is, is niet alleen disproportioneel, maar ook onverstandig.
- Als uitgangspunt geldt dat de duurzaamheidscriteria in het kader van de beoordeling op Beste PKV reële waardering krijgt en objectief meetbaar is.
- Proportionaliteit van duurzaamheidscriteria wordt bevorderd, wanneer aanbestedende diensten met (potentiële) inschrijvers te allen tijde het gesprek aangaan over de ideeën en mogelijkheden (ook omtrent hetgeen realistisch, technisch en financieel haalbaar is) die er ten aanzien van duurzaamheid bestaan. Enige vorm van marktconsultatie als bedoeld in § 2.5 en in artikel 2.25 van de wet zou daartoe een middel kunnen zijn.
- Op basis van preambule 97 Richtlijn 2014/24/EU mogen duurzaamheidscriteria met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid niet worden gesteld. De aanbestedende dienst mag derhalve niet als voorwaarde stellen dat de inschrijver een beleid van maatschappelijk en ecologisch verantwoord ondernemen voert.
- Bij de definitieve keuze voor het stellen van duurzaamheidscriteria is het navolgende van belang.
  1. Eenduidigheid: Bij de keuze dient in eerste instantie aangesloten te worden bij algemeen geldende criteria toegesneden op de relevante branches (zie www.MVIcriteria.nl).[10]
  2. Formulering van eigen afwijkende criteria kan in geval van functioneel specificeren en/of een aanbesteding op basis van Beste PKV een optie zijn, mits via een marktverkenning is getoetst dat voldoende marktpartijen hieraan kunnen voldoen.
  3. Over het algemeen is het sowieso verstandig om op dit gebied niet te veel met geschiktheidseisen te werken; wil je als organisatie een stimulans geven aan duurzaamheid en verder gaan dan de algemeen geldende criteria, verdient het sterke aanbeveling dat in de vorm van gunningscriteria te doen: dit bevordert de verdere ontwikkeling van duurzaamheid, zonder a priori bedrijven uit te sluiten die hier (nog) niet aan voldoen.

- Reële overgangstermijn: Indien eisen op het gebied van duurzaamheid worden gesteld, wordt opgemerkt dat de markt dan ook wel de gelegenheid moet krijgen, de bedrijfsvoering op eenmaal binnen de organisatie van de aanbestedende dienst vastgestelde eisen af te stemmen; voortdurend wijzigen van voorwaarden wordt in dat kader evenmin passend geacht. Betrouwbaar beleid voor de lange(re) termijn is van belang zodat het mkb verantwoorde investeringen kan doen.
- Bij het vragen naar referenties met betrekking tot duurzaamheid geldt hetzelfde als voor referenties in het algemeen. Uit de referenties dient duidelijk te blijken, dat de inschrijver beschikt over de competenties om de gevraagde duurzaamheid in de praktijk te brengen, het is niet nodig te vragen naar een identiek vergelijkbaar project; duurzaamheid hangt immers nauw samen met innovatie en het kunnen aanbieden van varianten. De doelen die worden gesteld moeten wel afgeleid zijn van de geldende duurzaamheidsthema's. Als laatste dient bewijslast op het punt van duurzaamheid in de laatste fase plaats te vinden, net als bij andere geschiktheidseisen en gunningscriteria.
- Het opnemen in aanbestedingsstukken van een verplichting voor de opdrachtnemer tot het laten rapporteren over duurzaamheidsaspecten dient plaats te vinden conform het advies van de Raad voor de Jaarverslaggeving[11]. Rapportage anderszins wordt daarmee dus disproportioneel geacht.

Een gemeente gaat een school bouwen, en vraagt bij de aanbesteding naar ervaring met bodemwarmte. Hiervoor dient een referentie overlegd te worden, waaruit duidelijk blijkt dat deze techniek in de praktijk is gebracht, ongeacht voor welk soort gebouw dat dit was (een gemeentehuis, een brandweerkazerne of een kantoorgebouw). Door te vragen naar algemene ervaring en niet naar ervaring in exact vergelijkbare omstandigheden is deze eis proportioneel.

De criteriadocumenten ondergaan met zekere regelmaat een actualiseringsslag, zie www.MVIcriteria.nl

Adviescommissie Gids Proportionaliteit

- mr. M.A.Th. (Meriam) de Koning-van Rutte, lid Adviescommissie
- mr. M.C.J. (Marijke) Nagelkerke, lid Adviescommissie
- dr. M.A.J. (Marcel) Stuijts, lid Adviescommissie
- mr. V. (Vincent) de Vaal, lid Adviescommissie
- prof. mr. dr. W.A. (Willem) Janssen, voorzitter