

NOTA VAN TOELICHTING

1. De Gids proportionaliteit

De Aanbestedingswet 2012 voorziet in de aanwijzing van richtsnoeren met betrekking tot de invulling van het beginsel van proportionaliteit. Aanbestedende diensten en speciale sector-bedrijven zijn gehouden proportionele eisen, voorwaarden en criteria te hanteren in een aanbestedingsprocedure. Het gaat hierbij om een redelijke verhouding met het voorwerp van de opdracht. Het Aanbestedingsbesluit wijst de Gids proportionaliteit aan als het richtsnoer met handvatten voor een redelijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Een aanbestedende dienst of speciale sector-bedrijf dient de voorschriften uit de Gids proportionaliteit na te leven of een afwijking te motiveren in de aanbestedingsstukken. Dit wijzigingsbesluit past het Aanbestedingsbesluit aan om een gewijzigde Gids proportionaliteit aan te wijzen.

2. Aanleiding wijziging van de Gids proportionaliteit

De aanpassing van de Gids proportionaliteit heeft als doel om buitensporige toepassing van rechtsverwerkingsclausules in te perken. Deze inperking is onderdeel van een breed pakket aan maatregelen om de rechtsbescherming bij aanbesteden te verbeteren naar aanleiding van een onderzoek naar de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk.¹

Rechtsverwerkingsclausules vinden hun oorsprong in het arrest Grossmann (C-230/02) van het Hof van Justitie van de Europese Unie van 12 februari 2004. Het Hof oordeelde dat een aanbestedende dienst of speciale sector-bedrijf van een inschrijver een proactieve houding mag verwachten. Deze proactieve houding gaat verder dan uitsluitend vragen stellen. Indien een inschrijver hieraan niet voldoet, verwerkt de inschrijver het recht om in een later stadium te klagen of in rechte actie te ondernemen tegen een (voorlopige) gunningsbeslissing. Deze jurisprudentie heeft in de Nederlandse praktijk geleid tot het opnemen van rechtsverwerkingsclausules in aanbestedingsstukken door opdrachtgevers. Het opnemen van dergelijke rechtsverwerkingsclausules vindt plaats vanuit de gedachte dat het wenselijk is dat ondernemers onvolkomenheden in een aanbesteding zo snel mogelijk aankaarten en niet pas bij de bekendmaking van een selectie- of (voorlopige) gunningsbeslissing aan de orde stellen.

In sommige gevallen maken opdrachtgevers echter gebruik van te strikte formuleringen, wat leidt tot rechtsverwerking in gevallen waarin dat niet redelijk is en resulteert in een gevoel van onrechtvaardigheid bij opdrachtnemers. Ondernemers en experts ervaren de toepassing van rechtsverwerkingsclausules als doorgeslagen, blijkt uit het onderzoek van KWINK groep in opdracht van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat. Inschrijvers ervaren een moeilijke afweging bij vragen of klachten in een aanbestedingsprocedure. Zij willen enerzijds hun problemen niet aankaarten uit angst voor reputatieschade. Zij kunnen anderzijds hun rechten verliezen wanneer ze geen (juridische) stappen zetten. Het onderzoek geeft aan dat publieke opdrachtgevers het Grossmann-arrest aangrijpen om zeer strenge eisen te stellen aan de tijdigheid van klachten en procedures door middel van (buitensporige) rechtsverwerkingsclausules.

De doorgeslagen toepassing van rechtsverwerkingsclausules draagt niet bij aan (het ervaren van) een adequate rechtsbescherming. Het onderhavige besluit wijst daarom een gewijzigde Gids proportionaliteit aan als richtsnoer als bedoeld in artikel 10 Aanbestedingsbesluit. De gewijzigde Gids proportionaliteit geeft de praktijk handvatten voor een proportionele toepassing van rechtsverwerkingsclausules. Deze toepassing heeft ten doel de balans tussen de belangen van opdrachtgevers en -nemers te herstellen.

3. Advies van de Adviescommissie Gids proportionaliteit

De staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat heeft de Adviescommissie Gids proportionaliteit verzocht om een advies uit te brengen op welke wijze de Gids proportionaliteit beperkingen kan opleggen ten aanzien van de extreme toepassing van rechtsverwerkingsclausules. In de Adviescommissie zijn vertegenwoordigers van zowel opdrachtgevers als opdrachtnemers vertegenwoordigd. De Adviescommissie heeft in haar advies een tekstvoorstel gedaan om te

¹ Kamerbrief over onderzoek naar rechtsbescherming bij aanbesteden en beleidsconclusies (Kamerstukken 2018-19, 34 252, nr. 13) en beantwoording schriftelijke vragen lid Palland (Aanhangsel Handelingen 2019-20, nr. 582).

verduidelijken dat een buitensporige toepassing van rechtsverwerkingsclausules in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.²

De Adviescommissie heeft onder andere geadviseerd dat de aanbestedende dienst een redelijke termijn voor het stellen van vragen geeft en op vragen die tijdig binnenkomen geeft de aanbestedende dienst een inhoudelijk antwoord. Het is volgens de Adviescommissie disproportioneel om zonder (inhoudelijk afdoende) antwoord te geven, de aanbesteding conform planning voort te zetten. Daarnaast geeft de Adviescommissie aan dat automatisch verval van recht bij gebrek aan een tijdig gestelde vraag disproportioneel is. De Adviescommissie adviseert ook dat het direct gunnen van een meervoudig onderhandse procedure in strijd is met het fairplaybeginsel en acht het proportioneel met een standstill-periode rekening te houden. Bij de vaststelling van de termijn moet een publieke opdrachtgever letten op de omstandigheden van het geval. De Adviescommissie adviseert een termijn van 7 tot 10 dagen overeenkomstig voorbeelden uit de praktijk.

4. Beoordeling van het advies en verwerking in de Gids proportionaliteit

Het kabinet neemt het genoemde advies van de Adviescommissie voor het grootste deel over en voert slechts enkele kleine aanpassingen door.

Ten eerste gaat het om een invoeging in de door de Adviescommissie voorgestelde tekst van paragraaf 4.1 van de Gids proportionaliteit. Het kabinet acht vragen en klachten op voorhand uitsluiten niet proportioneel (bij bijvoorbeeld een verlopen termijn), maar opdrachtnemers dienen tegelijkertijd wel een proactieve houding aan te nemen. Het proportionaliteitsbeginsel brengt met zich mee dat een aanbestedende dienst of speciale sector-bedrijf een evenwicht moet vinden tussen beide belangen. De invoeging van de betreffende zinsnede heeft betrekking op het evenwicht. De balans komt namelijk tot stand door zo vroeg mogelijk vragen te stellen door opdrachtnemers en door een redelijke opstelling van opdrachtgevers wat betreft rechtsverwerking.

Ten tweede stelt de door de Adviescommissie voorgestelde tekst in paragraaf 4.1 dat, indien sprake kan zijn van een wezenlijke wijziging naar aanleiding van een vraag of klacht, het proportioneel kan zijn om de inschrijftermijn te verlengen. Deze passage is geherformuleerd om verwarring te voorkomen.

Ten derde adviseert de Adviescommissie in de tekst van paragraaf 4.3 een standstill-periode van 7 tot 10 kalenderdagen voor meervoudig onderhandse procedures, raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen. De zinsnede over raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen neemt het kabinet niet over. Wanneer raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen Europees worden aanbesteed, geldt immers al de wettelijke standstill-termijn. Het kabinet acht het niet proportioneel om binnen een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel in alle gevallen een extra standstill-termijn te hanteren bij gunning, omdat dit leidt tot een opeenstapeling van standstill-termijnen. In sommige gevallen kan een extra standstill-termijn proportioneel zijn, zoals een mini-competitie met een substantiële omvang.

Ten vierde stelt de Adviescommissie voor in paragraaf 4.4 kwalitatieve eisen aan klachtafhandeling, zoals kennis van inkoop en materiedeskundigheid, en adviseert de Adviescommissie in die tekst een de mogelijkheid op te nemen voor brancheorganisaties om klachten in te dienen. Het kabinet vindt de Gids proportionaliteit geen geschikte plaats voor zulke kwalitatieve eisen en neemt dit deel van het advies zodoende niet over. Het kabinet hecht aan handhaving van een zuivere afbakening van de Gids proportionaliteit, die (uitsluitend) ziet op de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. De inrichting van de klachtafhandeling maakt onderdeel uit van het genoemde brede pakket aan maatregelen om rechtsbescherming bij aanbesteden te versterken. Dit onderwerp krijgt een plek in het in de Kamerbrief 'Uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden' aangekondigde wetsvoorstel en de aangekondigde handreiking klachtafhandeling.

Ten vijfde adviseert de Adviescommissie in de tekst van paragraaf 4.4 op te nemen dat de aanbestedende dienst en het speciale sector-bedrijf het maken van bezwaar op geen enkele manier mogen beperken. Het kabinet past deze passage aan. De voorgestelde zin zou onbedoeld de indruk

² Het advies is een bijlage bij de Kamerbrief 'Ontwerpbesluit wijziging Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging Gids Proportionaliteit (rechtsverwerkingsclausules)'.

kunnen wekken dat een publieke opdrachtgever geen enkele eis zou mogen stellen. Het kabinet is van mening dat het stellen van proportionele eisen aan de wijze van indiening van een klacht kan bijdragen aan een goede klachtafhandeling. Het gaat bijvoorbeeld om de eis dat een inschrijver een bezwaar schriftelijk moet indienen (het schriftelijkheidsvereiste).

Ten zesde zijn enkele tekstuele wijzigingen aangebracht ter verduidelijking.

De Adviescommissie heeft tot slot enkele kennelijke fouten in de voetnoten van de Gids proportionaliteit aangetroffen. De gewijzigde Gids proportionaliteit herstelt deze fouten.

5. Regeldruk

De wijziging van de Gids proportionaliteit levert geen aanvullende verplichtingen op voor bedrijven, burgers en professionals. Het voorstel betreft alleen de toevoeging van voorschriften betreffende een proportionele toepassing van rechtsverwerkingsclausules door publieke opdrachtgevers. Daarnaast gaat het om enkele tekstuele wijzigingen. Het voorstel heeft daarom geen gevolgen voor de regeldruk.

De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat