

Adviescommissie Gids Proportionaliteit

Advies Rechtsverwerkingsclausules (Grossmann) d.d. 3 maart 2020

Inleiding

Op 21 november 2019 ontving de Adviescommissie Gids Proportionaliteit de adviesaanvraag "Rechtsverwerkingsclausules (Grossman)" van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat met kenmerk CE-MC / 19238750. Hieronder is het (unanieme) advies van de Adviescommissie Gids Proportionaliteit opgenomen naar aanleiding van deze adviesaanvraag.

Conform de taakomschrijving van de Commissie (inhoudende naast het uitbrengen van advies op verzoek van de minister¹ ook het ambtshalve uitbrengen van advies aan de minister) wenst de Commissie nog enkele andere punten onder uw aandacht te brengen.

Adviesaanvraag d.d. 21 november 2019 kenmerk CE-MC / 19238750 inzake rechtsverwerkingsclausules

Het eerste onderdeel van de adviesaanvraag luidt:

"Op welke wijze kunnen een of meer beperking(en) worden opgenomen in de Gids proportionaliteit ten aanzien van rechtsverwerkingsclausules? Hierbij wordt gezocht naar een balans tussen het uitgangspunt zoals geformuleerd in het Grossman-arrest dat van een (potentiële) inschrijver verwacht mag worden proactief te handelen en de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om tot op zekere hoogte zekerheid te creëren dat punten waarover al discussie is gevoerd, afgerond kunnen worden."

Het tweede deel van de adviesvraag luidt:

"Welke overwegingen spelen daarbij een rol gelet op de bevindingen uit het aangehaalde onderzoek?"²

Naar het oordeel van de Adviescommissie dient er een goede balans te zijn waar het gaat om rechtsverwerkingsclausules. (Potentiële) inschrijvers dienen enerzijds zo snel mogelijk geconstateerde onvolkomenheden te signaleren, en niet te wachten tot hun inschrijving niet als beste beoordeeld is. Aanbestedende diensten moeten anderzijds geen extreme eisen stellen met betrekking tot het tijdig aanklaarten van onvolkomenheden, of onredelijke beperkingen opleggen met betrekking tot het indienen van een klacht of het voeren van een procedure.

¹ In deze kabinetsperiode ligt de politieke verantwoordelijkheid bij de staatssecretaris van EZK.

² KWINK onderzoek.

Om ten deze een goede balans te borgen heeft de Adviescommissie zich gebogen over hoofdstuk 4 van de Gids Proportionaliteit. Een voorstel voor aanpassing van de tekst van dit hoofdstuk op basis van bovenvermelde adviesaanvraag treft u aan in de bijlage (één versie waarin zichtbaar is wat de wijzigingen zijn ten opzichte van de actuele Gids (2016) en één “schone” versie).

Adviesaanvraag 21 december 2018 inzake tenderkosten

De Adviescommissie is niet bekend met de status van haar advies van 21 december 2018. Graag zou zij daarover geïnformeerd worden. Teneinde het werkveld niet te belasten met achtereenvolgende wijzigingen van de Gids verwijst de Adviescommissie zowel voor de verwerking van het onderhavige advies alsmede van haar eerdere advies inzake tenderkosten naar de overweging elders in dit advies.

Nieuwe adviesaanvraag Rechtsbescherming

In de vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat dd. 31 oktober 2019 heeft de staatssecretaris toegezegd dat zij aan de Adviescommissie Gids Proportionaliteit zal vragen een advies te geven over een aanpassing van de Gids met betrekking tot betere rechtsbescherming. De Adviescommissie constateert dat een dergelijke adviesaanvraag haar nog niet bereikt heeft.

Nadere overweging betreffende nieuwe publicatie(s) Gids

Teneinde het werkveld niet te belasten met achtereenvolgende wijzigingen van de Gids geeft de Adviescommissie in overweging waar mogelijk aanpassingen gelijktijdig in een nieuwe versie van de Gids door te voeren. Dit geldt dan niet alleen wijziging van de Gids als gevolg van het advies ‘tenderkosten’ of het advies ‘rechtsverwerkingsclausules’, maar tevens – vanwege de onderlinge samenhang – ook de uitkomst van een eventueel volgend advies over ‘rechtsbescherming’. De Adviescommissie is bereid op korte termijn een advies over dit onderwerp te formuleren zodra de adviesaanvraag haar bereikt.

Aanpassing / correcties voetnoten

Bij het opstellen van het voorliggende advies heeft de Adviescommissie geconstateerd dat één van de voetnoten moet worden aangepast. Ook andere voetnoten zijn nagelopen. Indien de Gids aangepast wordt, stelt de Adviescommissie voor om gelijktijdig waar nodig de overige voetnoten aan te passen (voorgestelde wijzigingen in rood):

- *Voetnoot 6:* Zie ook artikel 1.6 **van de aanbestedingswet 2012**. Deze is ook van toepassing op de paragrafen 3.5.2 en 3.5.4.
- *Voetnoot 7:* Voor opdrachten in de categorie “sociale en andere specifieke diensten” geldt in afwijking van de reguliere grensbedragen voor Europees aanbesteden een drempelbedrag van € 750.000,-; **voor deze categorie diensten dienen de bedragen bij de balkjes Leveringen/Diensten decentrale overheid met een factor drie vermenigvuldigd te worden**. Voor concessieopdrachten kan worden aangesloten bij de balkjes Werken, net zoals voor speciale-sectorbedrijven al mutatis mutandis kon worden aangesloten bij de balkjes Leveringen/diensten Decentrale overheid en Werken.

OF Alternatief: balkjes toevoegen voor sociale en andere specifieke diensten.

- Voetnoot 8: Alleen die diensten die zijn opgenomen in ~~de~~ bijlage XIV van de richtlijn (deze verwijzing is *blijkbaar weggevallen bij de opmaak van de versie 2016; stond wel al in het concept*)
 - Voetnoot 11: Deze URL bestaat niet meer, ook is niet duidelijk waar deze info dan wel terug te vinden is. Advies: voetnoot weghalen dan wel correcte URL toevoegen.
 - Voetnoot 12:
http://www.rjnet.nl/Documents/Uitingen%202009/0000026826_RJ_Uiting_2009_8_Herziene_Richtlijn_400_Jaarverslag_en_Handreiking.pdf. Deze URL bestaat niet meer; de wijziging zou naar het oordeel van de Adviescommissie moeten zijn <https://www.duurzaam-ondernemen.nl/docs/rj.pdf>.
 - Voetnoot 13: Sociale voorwaarden zullen nog in een handleiding worden omgezet. Daarbij zal behoefte bestaan aan voorwaarden rond hetgeen als redelijk moet worden beschouwd. Vanuit het oogpunt van proportionaliteit dient ervoor gewaakt te worden dat de risico's te eenzijdig bij ondernemingen gelegd gaan worden.
- Naar het oordeel van de Adviescommissie is deze voetnoot achterhaald.
- Voetnoot 15: Betrouwbaarheidsniveaus voor authenticatie bij elektronische overheidsdiensten (versie 3) van Forum Standaardisatie, <https://www.forumstandaardisatie.nl/fileadmin/os/publicaties/HR-Betrouwbaarheidsniveaus-v3-2014.pdf>. Deze URL bestaat niet meer; de wijziging zou naar het oordeel van de Adviescommissie het volgende moeten zijn: <https://www.forumstandaardisatie.nl/sites/bfs/files/atoms/files/HR-Betrouwbaarheidsniveaus-v3-2014.pdf>.
 - Voetnoot 16 vervalt in het kader van de voorgestelde wijzigingen in Hoofdstuk 4.

Voorwoord nieuwe versie Gids

Conform het advies van 21 december 2018 adviseert de Adviescommissie bij aanpassing van de Gids in een additioneel voorwoord een toelichting op te nemen met betrekking tot de aanpassingen. Tevens zou daarin een voorschot genomen kunnen worden op mogelijk toekomstige (kleine) aanpassingen in de Gids Proportionaliteit.

Het voorstel van de Adviescommissie daartoe luidt als volgt:

Titelpagina

Gids Proportionaliteit

2^e herziening [maand] 2020

Toelichting bij de tweede herziening

Bij besluit van 8 mei 2017 (WJZ/17035793) heeft de Minister van EZK de Adviescommissie Gids Proportionaliteit ingesteld. De Adviescommissie heeft tot taak:

- *het op verzoek van de minister uitbrengen van advies over voorgenomen wijzigingen van de Gids Proportionaliteit*

- het ambtshalve uitbrengen van advies aan de minister over mogelijke wijzigingen van de Gids Proportionaliteit.

Op 5 november 2018 ontving de Adviescommissie haar 1^e adviesaanvraag (kenmerk CE/18325492) en wel met betrekking tot 'Tenderkostenvergoeding bij te laat ingetrokken aanbestedingen'. Deze aanvraag heeft geleid tot aanpassing van paragraaf 3.8 op basis waarvan de Gids Proportionaliteit is gewijzigd.

Op 21 november 2019 ontving de Adviescommissie haar 2^e adviesaanvraag (kenmerk CE-MC/19238750) en wel met betrekking tot 'Rechtsverwerkingsclausules (Grossman). Deze aanvraag heeft geleid tot aanpassing van hoofdstuk 4 op basis waarvan de Gids Proportionaliteit is gewijzigd.

De gewijzigde versie van de Gids wordt aangeduid met 2^e herziening [maand] 2020. Eventueel komende wijzigingen worden op vergelijkbare wijze opgenomen in de toelichting op de Gids, onder aanduiding van maand, jaartal en wijziging.

Adviescommissie Gids Proportionaliteit

- mr. J.A. (Joost) Heurkens, lid Adviescommissie*
- H.J.I.M. (Hub) Keulen, lid Adviescommissie*
- mr. M.A. Th. (Meriam) de Koning-van Rutte, lid Adviescommissie*
- dr. M.A.J. (Marcel) Stuijts, lid Adviescommissie*
- prof. mr. J.M. (Jan) Hebly, voorzitter Adviescommissie*

4 Aanbestedingsfase

4.1 Vragen aan en mededelingen van aanbestedende dienst

Vanaf de publicatie van de aanbesteding mogen potentiële inschrijvers vragen stellen naar aanleiding van het aanbestedingsdocument of de selectieleidraad. Wettelijk gezien moeten vragen door de aanbestedende dienst minimaal 10 dagen voordat de aanmelding of offerte binnen moet zijn, beantwoord zijn. Beide partijen zijn er bij gebaat dat vragen zo snel mogelijk worden gesteld en ook zo snel mogelijk worden beantwoord. Afhankelijk van het onderwerp van de aanbesteding is het soms ook handig een ‘prebid meeting’ of een bezoek van de locatie (bv. bij schoonmaak, catering of technisch onderhoud/renovatie van gebouwen) te organiseren. Vragen worden beantwoord in één of meer nota’s van inlichtingen die aan alle potentiële inschrijvers digitaal ter beschikking worden gesteld. Met name bij grote of complexe aanbestedingen is het gebruik van meerdere nota’s van inlichtingen raadzaam. De aanbestedende dienst geeft een redelijke termijn voor het stellen van vragen. Op vragen die tijdig binnenkomen geeft de aanbestedende dienst een inhoudelijk antwoord. Vragen die binnenkomen worden meteen gepubliceerd zodra het antwoord beschikbaar is, wordt dit eraan toegevoegd. Deze manier van het verstrekken van inlichtingen heeft als voordelen een snelle respons van de aanbestedende dienst op vragen van inschrijvers en het voorkomen van doublures in de vragen. Tevens geeft het snel publiceren van antwoorden inschrijvers de prikkel om vragen zo snel mogelijk te stellen en de mogelijkheid een vervolg- of verduidelijkingsvraag te stellen binnen de gegeven termijn. Het is disproportioneel om zonder (inhoudelijk afdoende) antwoord te geven de aanbesteding conform planning voort te zetten.

Dit laat onverlet, dat voor de eenduidigheid de definitieve Nota van Inlichtingen met alle gebundelde vragen en antwoorden uiterlijk 10 dagen voor aanmelding/inschrijving wordt gepubliceerd. Bij het verstrekken van veel inlichtingen kan het ook raadzaam zijn de inschrijvingstermijn op te schuiven. Indien een inschrijver zich niet kan vinden in de beantwoording van vragen, dan wel sprake is van een fundamenteel punt waarvoor volgens de planning geen vraag meer kan worden gesteld, kan de inschrijver een klacht indienen (§4.4). Het is disproportioneel het niet stellen van een vraag automatisch te laten leiden tot het verval van recht om het onderwerp alsnog aan de orde te stellen. Het kan proportioneel zijn om ná de termijn van vragen stellen toch nog vragen te beantwoorden als dat niet leidt tot een wezenlijke wijziging van de opdracht. Op het moment dat wél sprake zou (kunnen) zijn van een wezenlijke wijziging, is het proportioneel de termijn van inschrijving te verlengen.

Ondanks het uitgangspunt van elektronische informatie-uitwisseling, blijft andersoortige communicatie mogelijk (denk aan presentaties, interviews en bezoek van de locatie). Voorwaarde voor gebruik van andersoortige communicatie is dat de inhoud van die communicatie voldoende wordt gedocumenteerd en aan alle betrokkenen ter beschikking wordt gesteld (denk aan non-discriminatoir, transparant en objectief).

4.2 Vormvereisten

Voorschrift 4.2:

De aanbestedende dienst verlangt van een inschrijver geen andere vormvereisten dan welke tot doel hebben te komen tot een objectieve vergelijking van de inschrijvingen.

In ieder aanbestedingsdocument wordt aangegeven welke vormvereisten aan een aanmelding of inschrijving worden gesteld. Het doel van deze vormvereisten is te kunnen komen tot een objectieve vergelijking van inschrijvingen. Zo kan gevraagd worden dat een inschrijfformulier / antwoordentabel dient te worden ingevuld, en kan worden gevraagd naar een bepaalde nummering van bijlagen. Hier kunnen meer eisen bijkomen, al naar gelang het onderwerp van de aanbesteding (denk aan proefafdrukken bij een aanbesteding

drukwerk). Toch zit hier ook een duidelijke proportionaliteitscomponent aan. Iedere vormvereiste die wordt gesteld, betekent meer werk voor een (mogelijk) inschrijvende partij. Als er al bij uitzondering sprake van het om redenen analoog indienen van een inschrijving is (in principe dient het proces volledig digitaal te verlopen) moet een aanbestedende dienst zich afvragen of er echt wel vijf exemplaren nodig zijn. Bij digitale inschrijvingen is het goed zich af te vragen welk betrouwbaarheidsniveau proportioneel is. Het ligt voor de hand aan te sluiten bij de handreiking voor betrouwbaarheidsniveaus voor authenticatie bij elektronische overheidsdiensten (versie 3) van Forum Standaardisatie en voor het indienen van aanbestedingsdocumenten (in ieder geval niet hoger dan) betrouwbaarheidsniveau 3 te hanteren.¹⁵ Een aanbestedende dienst loopt het risico, dat als de vormvereisten te hoog worden opgeschroefd, het aantal inschrijvende partijen sterk afneemt (beperking van de concurrentie), de kans op fouten toeneemt of dat de vorm belangrijker gaat worden dan de inhoud.

Ook het verlangen, dat elke pagina is ondertekend dan wel geparafeerd, lijkt niet noodzakelijk. Daarnaast zou terughoudend om moeten worden gegaan met het stellen van vormvereisten aan bijvoorbeeld referenties. Dat zou immers in de praktijk kunnen betekenen dat een inschrijver voor elke opdracht terug moet naar zijn referent om voor dezelfde (mogelijk jaren geleden verkregen) referentie opnieuw een handtekening te krijgen, steeds onder een ander referentie-opgave model. Los van mogelijke obstakels, als dat de bij die concrete opdracht betrokken personen bij de betreffende organisatie niet meer werkzaam zijn of het nieuwe formulier niet past bij de oorspronkelijke opdracht, leidt dit tot ongewenste administratieve belasting.

4.3 Standstill periode

Een aanbestedende dienst moet inschrijvers een redelijke gelegenheid geven bezwaar te maken tegen een voorgenomen gunningsbeslissing. Concreet betekent dit dat eerst een mededeling omtrent de gunning wordt verstuurd. Gedurende een aansluitende termijn hebben afgewezen inschrijvers dan gelegenheid de beslissing nader te onderzoeken en kunnen eventuele bezwaren worden ingediend; daarmee komt de aanbestedingsprocedure in feite tot stilstand. Pas na deze termijn vindt, als er geen bezwaar is aangetekend, definitieve gunning plaats. Deze standstill of Alcatelperiode is wettelijk geregeld voor de Europese procedures en nationale openbare en niet-openbare procedures. In het ARW 2016 is dit ook procedureel vastgelegd. De *standstill* periode van 20 kalenderdagen is nadrukkelijk een minimumtermijn. Verlenging van die periode kan in omstandigheden mogelijk en/of verstandig zijn, zowel in het belang van de aanbestedende dienst als in het belang van inschrijvende partijen. Als de voorlopige gunning net voor een vakantie valt, is het niet realistisch om te verwachten dat marktpartijen in staat zijn binnen de 20 kalenderdagen de voorlopige gunning te bestuderen en te besluiten om al dan niet stappen te ondernemen. Dat lijkt handig voor een aanbestedende dienst, maar houdt ook in dat het een reden kan zijn voor een inschrijvende partij om dan maar meteen naar de rechter te stappen, gezien de niet reële periode. Een onderbouwde uitleg van het resultaat van de aanbesteding (in de gunning, maar indien uitgebreider gewenst ook op verzoek van de inschrijvende partijen) is belangrijk voor alle partijen. Mocht het agenda technisch niet mogelijk zijn om binnen de 20 dagen het gevraagde overleg te plannen, is het mogelijk om die termijn bijvoorbeeld met een week te verlengen om daarmee het 'onweer uit de lucht te halen', mits dat de uitvoering van de opdracht niet frustreert.

De standstill periode is niet (wettelijk) geregeld voor de meervoudig onderhandse procedure evenmin als voor een aantal bijzondere procedures (te weten voor raamovereenkomsten en dynamisch aankoopstelsel). Direct gunnen is echter in strijd met het fairplaybeginsel en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Het is proportioneel ook hier met een standstill periode rekening te houden. Het gaat daarbij om een, gegeven de omstandigheden, redelijke termijn. Overeenkomstig voorbeelden uit de praktijk kan daarbij (afhankelijk van het type procedure) gedacht worden aan termijnen van 7 of 10 kalenderdagen.

4.4 Klachtenafhandeling (proportionaliteitsaspect hiervan)

Naast wettelijk vastgelegde vormen van rechtsbescherming bestaat grote behoefte aan laagdrempelige vormen van klachtenafhandeling. Eventuele bezwaren of klachten dienen in een zo vroeg mogelijk stadium van het aanbestedingsproces ingediend te worden (door de individuele ondernemers, hun brancheorganisatie, danwel al dan niet branchegerelateerde aanbestedingsadviescentra) en te worden behandeld (door de aanbestedende dienst). In een vroegtijdig stadium kan immers nog invloed uitgeoefend worden op de procedure, en worden problemen voor de verdere procedure en de uitvoering

van de opdracht voorkomen. Dit kan niet alleen tijd- en kostenbesparend werken, maar kan er bovendien voor zorgen dat de (pre-)contractuele verhoudingen tussen partijen niet onnodig onder druk worden gezet.

Ondernemers zijn nog wel eens terughoudend in het aan de kaak stellen van onduidelijkheden/ onjuistheden uit angst als klager te boek te staan (bijt niet de hand van degene die voedt).

Van een adequaat handelende inschrijver/gedagigde mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van de aanbestedingsprocedure en dat hij zijn bezwaren duidelijk en in een zo vroeg mogelijk stadium kenbaar maakt. Dat betekent dus zo snel als redelijkerwijs mogelijk na publicatie als het gaat om een bezwaar - niet te verwarren met een vraag in het kader van de (NvI) voortvloeiend uit de aanbestedingsdocumenten (zie 4.1).

De aanbestedende dienst mag het maken van bezwaar op geen enkele manier beperken. Van de aanbestedende dienst mag worden verwacht dat zij inhoudelijk ingaat op relevante bezwaren die kenbaar worden gemaakt op het moment dat inschrijver/gedagigde redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van (nieuwe) informatie. Van de aanbestedende dienst wordt tevens verwacht dat zij relevante bezwaren voorziet van een duidelijk antwoord en – indien noodzakelijk – verwerkt in de aanbesteding. Het is niet proportioneel bij indiening van een bezwaar opschorting van de aanbestedingstermijn bij voorbaat uit te sluiten.

Het kan zijn dat een inschrijver pas nadat het voornemen tot gunning bekend is gemaakt een bezwaar inbrengt naar aanleiding van informatie die hij pas na het voornemen tot gunning heeft verkregen. Het is dan proportioneel dat de aanbestedende dienst deze klacht in behandeling neemt.

In het kader van professioneel aanbesteden zou elke aanbestedende dienst (afhankelijk van haar omvang) een eigen dan wel (bv. lokaal of regionaal) gezamenlijk georganiseerde vorm van klachtafhandeling dienen te hebben. Daarin dient kennis van inkopen en aanbesteden, maar ook materiedeskundigheid beschikbaar te zijn. De procedure omtrent klachtenafhandeling dient opgenomen te zijn in de aanbestedingsdocumenten. Een bepaling in de aanbestedingsdocumentatie die de mogelijkheid tot rechtsbescherming dan wel het aanhangig maken van een (bodem-)procedure onredelijk beperkt is disproportioneel. Eventueel kan aan de mogelijkheid van rechtsbescherming c.q. aanhangig maken van een (bodem-)procedure een redelijke (verval)termijn worden gekoppeld, voldoende lang voor een inschrijver om ook daadwerkelijk van die mogelijkheid gebruik te kunnen maken.

¹⁵ Betrouwbaarheidsniveaus voor authenticatie bij elektronische overheidsdiensten (versie 3) van Forum Standaardisatie, <https://www.forumstandaardisatie.nl/sites/bfs/files/atoms/files/HR-Betrouwbaarheidsniveaus-v3-2014.pdf>

In de procedure-omschrijving van een aanbestedende dienst is 'nota van inlichtingen' als volgt opgenomen:

- Vragen kunnen, uitsluitend via e-mail en gesteld in de Nederlands taal, worden gericht aan info@publieke.instelling.nl, o.v.v. '<<onderwerp aanbesteding>>';
- De vragen en antwoorden daarop, alsmede verduidelijkingen van de aanbestedende dienst uit eigen beweging, zullen geanonimiseerd gepubliceerd worden op een aanbestedingsplatform. Alle inschrijvers zijn zelf verantwoordelijk voor het regelmatig raadplegen van deze site;

Daarbij kan nog melding worden gedaan van wijzigingen naar eerdere vragenstellers.