

Publicatie

Auteur: M.S. Houweling & B.T. Tonino
Verschenen in: Tijdschrift voor Bouwrecht, *TBR* 2020/2
Datum: Februari 2020
Titel: Inschrijfkosten gaan voor de baat uit. 2e Herziening Gids
Proportionaliteit; baat het niet dan schaadt het niet

1. Inleiding

Het aanbestedingsrecht is een door de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aanbestedingswet) gereguleerd proces dat vraag en aanbod bijeenbrengt. Inschrijvers nemen voor eigen rekening en risico deel aan de aanbestedingsprocedure en worden daardoor gedwongen tot het maken van economische afwegingen bij het opstellen van hun inschrijvingen. Komt de inschrijving niet als beste uit de bus, dan wordt deze in beginsel gepasseerd en komt het niet tot een contract. In dat geval zijn de door inschrijver gemaakte inschrijfkosten (ook wel: tenderkosten, offertekosten en acquisitiekosten) dan wel de gemaakte uitvoeringskosten in de precontractuele fase, tevergeefs gemaakt. Slechts de winnende inschrijver kan gemaakte inschrijfkosten terugverdienen, in de uitvoeringsfase van het contract.

Als vertrekpunt geldt dat inschrijvers inschrijfkosten zelf moeten dragen nu die behoren tot het ondernemersrisico. Echter, onder omstandigheden is dit niet houdbaar. Een deelname aan een aanbestedingsprocedure kan voor een inschrijver hoge (disproportionele) kosten met zich brengen. Deze hoge kosten vinden veelal hun oorzaak in de omstandigheid dat inschrijvers worden beoordeeld op grond van de beste prijs-kwaliteitverhouding (BPKV, voorheen EMVI (Economisch Meest Voordelige Inschrijving)), waardoor niet alleen naar prijs maar ook naar kwaliteitsaspecten wordt gekeken die, om daaraan te voldoen, in termen van tijd en

geld een behoorlijke inspanning van inschrijvers vergen.

Het thema van vergoeding van inschrijfkosten is vanuit economisch perspectief relevant. Aanbesteden is immers in eerste plaats een economische activiteit, waarbij in de kern vraag en aanbod bij elkaar worden gebracht. Daarnaast geniet het onderwerp maatschappelijke relevantie, niet in de laatste plaats nu betaling van vergoedingen aan inschrijvers uiteindelijk de belastingbetaler zal treffen. Ondanks die relevantie, constateren wij dat aanbestedingsgeschillen die strekken tot vergoeding van inschrijfkosten zeldzaam zijn. Dat valt te verklaren vanuit de idee dat een aanbestedingsprocedure louter een kans biedt op het verkrijgen van de opdracht. De uitnodiging tot het doen van een aanbod van een aanbestedende dienst, brengt de mogelijkheid dat het aanbod van een inschrijver niet wordt aanvaard en met dat risico stemt een inschrijver in. Meer in het algemeen wordt met een inschrijving al ingestemd met de voorwaarden van een aanbesteding, die bijvoorbeeld zien op uitsluiting van inschrijfkostenvergoeding.

De zeldzaamheid van aanbestedingsgeschillen waarin een inschrijfkostenvergoeding centraal staat valt naar onze ervaring ook te verklaren door angst van inschrijvers voor reputatieschade wanneer wordt beslist om naar de Commissie van Aanbestedingsexperts te stappen of een gerechtelijke procedure te starten. Dit brengt immers risico's met zich, zoals een ongunstige beoordeling in een lopende procedure, een al dan niet verstoorde vertrouwensband met de aanbestedende dienst of een uitsluiting van (meervoudig)

onderhandse aanbestedingen in de toekomst.¹ Ook is een verklaring dat de drempel om een schadevergoeding toegewezen te krijgen, nogal hoog is.²

Mede tegen deze achtergrond, dient de vraag zich aan of in de 2^e Herziening van de Gids Proportionaliteit (hierna: Herziening)³, die op 3 juli 2019 door de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat (hierna: de Staatssecretaris) aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal (hierna: de Tweede Kamer) is aangeboden, terecht wordt voorgesteld om de vergoeding van inschrijfkosten te regelen voor omstandigheden die daartoe nopen. In dit overzichtsartikel beschouwen wij deze wijziging⁴, alsmede de achtergronden die tot de Herziening hebben geleid, en beantwoorden wij de vraag of deze wijziging juridisch noodzakelijk moet worden beschouwd, of anderszins wenselijk is.

Wij concluderen dat aanpassing van de Gids Proportionaliteit in de vorm van de voorgestelde Herziening voor de afdwingbaarheid van een inschrijfkostenvergoeding - juridisch gezien - niet strikt noodzakelijk is. Reden hiervoor is dat een dergelijke vergoeding al via het proportionaliteitsbeginsel civielrechtelijk kan worden afgedwongen. Wel kan de wijziging van waarde zijn, omdat er een signaalfunctie naar de aanbestedende diensten vanuit gaat. Verder dichten wij de op handen zijnde Herziening geringe juridische waarde toe voor de situatie dat tot intrekking van een aanbestedingsprocedure wordt beslist door een aanbestedende dienst.

¹ Vgl. Eindrapport 'Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk, Een onderzoek naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen', Den Haag: 2019, p. 28, 51. Zie bijvoorbeeld voor een dreigende mededeling van een aanbestedende dienst (die later is afgezwakt) dat het voortzetten van een kort geding betekent dat een partij in de toekomst niet meer voor een meervoudig onderhandse procedure uitgenodigd zal worden: Rb. (Vzgr.) Oost-Brabant 14 april 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:2162, JAAN 2015/145, m.nt. Damsma en Van Blaaderen, ro. 2.15.

² Zie ook: G.J. Huith & S.B. Groenwold, 'Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?', *TBR* 2019/106, p. 583-584.

Eerst zal de achtergrond van de Herziening worden besproken (paragrafen 2 en 3). Daarna komen het proportionaliteitsbeginsel en de (inhoud van de) Herziening zelf aan bod, waarna een slotwoord volgt (paragrafen 4-6).

2. Achtergrond: Beter Aanbesteden

Hoge lasten kunnen de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten bemoeilijken. Uit het in 2009 in opdracht van de toenmalige Minister van Economische Zaken uitgevoerde 'Feitenonderzoek voorwaarden in de aanbestedingspraktijk', bleek dat slechts in 1% van de overheidsopdrachten een vergoeding werd gegeven voor de gemaakte inschrijfkosten.⁵

Inschrijfkosten kunnen worden gekwalificeerd als de kosten die een ondernemer moet maken om in te schrijven op een overheidsopdracht. Wanneer vanwege specifieke eisen of criteria hoge inschrijfkosten moeten worden gemaakt, zal dit leiden tot deelname van minder ondernemers aan een aanbestedingsprocedure.

Het in 2009 geldende aanbestedingskader gaf naar het oordeel van de wetgever onvoldoende richting op dit terrein en gaf reden voor verbetering onder meer in de vorm van de Aanbestedingswet en aanverwante wet- en regelgeving alsmede voor het definiëren van de ambities in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van de Aanbestedingswet.⁶ In het kader van

³ Deze herziening zou initieel op 1 januari 2020 in werking treden. Op het moment van het ter perse gaan van dit artikel is het 'Besluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging van de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016' nog niet in het Staatsblad gepubliceerd en is daarmee de Herziening van de Gids Proportionaliteit ook nog niet in werking getreden. Zie ook: *Kamerstukken II* 2019/20, 32 440, nr. 114.

⁴ *Kamerstukken II* 2018/19, 32 440, nr. 112, p. 2.

⁵ Rapport 'Feitenonderzoek voorwaarden in de aanbestedingspraktijk', Berenschot, 2009, p. 52.

⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 6-9 (MvT).

dit artikel zijn de volgende ambities relevant: i) het verbeteren van de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten, en ii) de verlaging van administratieve lasten.

Vervolgens is in 2015 - ter invulling van de evaluatiebepaling van de Aanbestedingswet (art. 4.28) - onderzoek gedaan naar het effect van de Aanbestedingswet, waaronder naar de lasten van aanbesteden (kwalitatief en kwantitatief). In het lastenonderzoek is gekeken naar de totale lasteneffecten van de Aanbestedingswet op aanbestedende diensten en ondernemers. Uit de kwantitatieve onderzoeksresultaten blijkt dat de totale lasten vanwege de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet voor ondernemers is afgenomen.⁷ Echter, het onderzoek laat ook een stijging van de lasten met € 50 miljoen zien als gevolg van het geven van de verplichte invulling aan het gunningscriterium EMVI (thans BPKV), neergelegd in art. 2.114 lid 1 Aanbestedingswet.⁸

Het lastenonderzoek laat voorts aan de hand van de open vraag *‘Kunt u een beschrijving geven van uw grootste ergernis?’* zien dat ondernemers menen dat inschrijven op aanbestedingen voor inschrijvers te veel capaciteit vergt (het kost te veel tijd, leidt tot te hoge kosten) en verder wordt het intrekken van aanbestedingen zonder vergoeding als ergernis genoemd.⁹ In juli 2015 heeft de Minister van Economische Zaken aan de Tweede Kamer gerapporteerd over de eerste positieve effecten van de Aanbestedingswet, waarbij tegelijkertijd wordt opgemerkt dat nog winst valt te behalen indien de kwaliteit van het aanbesteden verder zou worden verbeterd.¹⁰ De evaluatie laat zien dat de invulling van de ambitie van de

Aanbestedingswet om ruimte te bieden aan innovatie en duurzaamheid in de vorm van de verplichting om in beginsel op basis van EMVI te gunnen (‘innovatief aanbesteden’), negatieve effecten heeft voor de beoogde verlaging van administratieve lasten. In dit verband wordt, mede gelet op voornoemd lastenonderzoek, overwogen dat ondernemers veel lasten ervaren van de verplichte toepassing van EMVI. Het opstellen van de offerteaanvraag, het opstellen van de offerte zelf en het beoordelen van de offertes kosten niet alleen meer tijd, maar leiden bovenal tot hogere kosten dan wanneer op basis van laagste prijs wordt gegund.¹¹

De door ondernemers ervaren problemen zouden niet volgen uit de wet zelf, maar uit de toepassing van de aanbestedingsregels. In de evaluatie van de Aanbestedingswet geeft de Minister van Economische Zaken aan de kosten die toepassing van EMVI met zich brengt, onder de aandacht te zullen brengen bij aanbestedende diensten, maar wordt niet concreet aangegeven op welke wijze lastenreductie zou kunnen worden behaald.¹² Wel wordt overwogen dat uit de evaluatie is gebleken dat verbetering van de kwaliteit van aanbestedingen noodzakelijk is om de kostenproblematiek op te lossen, reden voor de Minister om in maart 2016 het traject ‘Beter Aanbesteden’ te starten.¹³

Deelnemers aan het traject (vertegenwoordigers van zowel aanbestedende diensten als ondernemers) hebben in februari 2018 aan de Staatsecretaris de actieagenda ‘Beter Aanbesteden’ aangeboden.¹⁴ De actieagenda behelst in algemene zin een inventarisatie van de problemen die men in de aanbestedingspraktijk ervaart, vertaald naar concrete aanbevelingen en acties. Ter zake van inschrijfkosten bevat de actieagenda de

⁷ Eindrapport ‘Lastenontwikkeling van de Aanbestedingswet 2012’, Ecorys, 2015.

⁸ Eindrapport ‘Lastenontwikkeling van de Aanbestedingswet 2012’, Ecorys, 2015, p. 42.

⁹ Eindrapport ‘Lastenontwikkeling van de Aanbestedingswet 2012’, Ecorys, 2015, p. 86-87.

¹⁰ Kamerstukken II 2014/15, 34 252, nr. 1, p. 1.

¹¹ Kamerstukken II 2014/15, 34 252, nr. 1, p. 5.

¹² Kamerstukken II 2014/15, 34 252, nr. 1, p. 5 en 6.

¹³ Kamerstukken II 2014/15, 34 252, nr. 1, p. 8;

Kamerstukken II 2015/16, 34 252, nr. 2.

¹⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34 252, nr. 4; Actieagenda

‘Beter Aanbesteden’, Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, 2018.

aanbeveling dat aanbestedende diensten vooraf het aantal inschrijvers en de kosten moeten inschatten. Met die inschatting dient een aanbestedende dienst - zo volgt uit de actieagenda - een reële tenderkostenvergoeding aan inschrijvers toe te kennen, ook bij intrekking van de aanbestedingsprocedure.¹⁵ Bij het beslissen tot een kostenvergoeding dient een aanbestedende dienst zowel het type uitvraag als de gevraagde inspanning af te wegen.

De grondslag voor voornoemde aanbeveling is dat kosten, kans en waarde van de opdracht bij sommige aanbestedingen niet in balans zijn. Inschrijvers zouden hierdoor veelal hoge kosten moeten maken en dat brengt met zich dat ondernemers bij voorbaat zouden kunnen afhaken. De omstandigheid dat - vanwege de kosten - potentiële inschrijvers bij voorbaat afhaken, is volgens de actieagenda nadelig voor zowel overheid als ondernemer.¹⁶ Ook wordt in de actieagenda aangegeven dat tenderkosten vaak niet worden vergoed wanneer in een vergevorderd stadium een aanbesteding wordt ingetrokken, terwijl ondernemers - bijvoorbeeld in de bouw - naast calculatie reeds veel tekenwerk hebben moeten verrichten.¹⁷ Om deze problematiek het hoofd te bieden, wordt door de betrokkenen bij de actieagenda 'Beter Aanbesteden' een handreiking 'Tenderkostenvergoeding' noodzakelijk geacht.

3. Handreiking 'Tenderkostenvergoeding'

Evaluatie van de Aanbestedingswet heeft aldus geleid tot druk op de Nederlandse regering om het probleem van kostenstijgingen die verplichte toepassing van EMVI met zich brengt, op te lossen. Hierbij

geldt dat het probleem niet louter wordt ervaren bij aanbestedingen die voortijdig worden ingetrokken maar ook bij aanbestedingen die leiden tot een reguliere gunning van de opdracht en dus een normaal verloop hebben.

De handreiking 'Tenderkostenvergoeding' (hierna ook: de Handreiking), die in oktober 2019 door de Staatssecretaris aan de Tweede Kamer is aangeboden,¹⁸ biedt de aanbestedende overheid handvatten op basis waarvan op een meer gefundeerde, eenduidige en inzichtelijke wijze kan worden bepaald wanneer een vergoeding van inschrijfkosten opportuun moet worden geacht.¹⁹

In de Handreiking wordt een afwegingskader geïntroduceerd om te bepalen of een vergoeding van inschrijfkosten moet worden toegekend. Daarbij geldt als vertrekpunt dat elke aanbesteding voor partijen die willen meedingen naar het verkrijgen van de opdracht, een ondernemersrisico met zich brengt en inschrijfkosten om die reden doorgaans niet behoeven te worden vergoed. Naarmate de gevraagde inzet van de ondernemer echter groter is ten opzichte van de omvang van de opdracht en de kans deze te winnen, ligt volgens de Handreiking het meer in de rede dat een aanbestedende dienst een vergoeding biedt. Dat is bijvoorbeeld het geval indien bij de inschrijving een uitgewerkt ontwerp wordt gevraagd en daarmee per saldo in de precontractuele fase al uitvoeringskosten moeten worden gemaakt.²⁰ Meer concreet worden in de Handreiking de vertrekpunten geformuleerd, zoals dat i) er bij aanbestedingen op laagste prijs of reguliere aanbestedingen geen tenderkosten hoeven te worden vergoed, ii) nimmer volledige inschrijfkosten worden vergoed en iii) er wel een vergoeding kan zijn bij

¹⁵ Actieagenda 'Beter Aanbesteden', Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, 2018, p. 24. Inmiddels zijn alle actiepunten van Beter Aanbesteden geadresseerd en is het programma op 4 september 2019 afgerond.

¹⁶ Actieagenda 'Beter Aanbesteden', Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, 2018, p. 24.

¹⁷ Actieagenda 'Beter Aanbesteden', Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, 2018, p. 24.

¹⁸ Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 9.

¹⁹ Handreiking 'Tenderkostenvergoeding', Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018.

²⁰ Handreiking 'Tenderkostenvergoeding', Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 5.

ingetrokken dan wel mislukte aanbestedingen.²¹

Deze vertrekpunten zijn vervat in het hierna weergegeven afwegingskader, waarin in de eerste kolom ('Verplicht'), tweede kolom ('Sterk geadviseerd') en derde kolom ('Doorgaans niet benodigd') de uitgangspunten bij de toepassing van een inschrijfkostenvergoeding zijn opgenomen:²²

inschrijfkosten te vergoeden. Hierbij is als uitgangspunt opgenomen dat het in aanmerking komen voor een vergoeding door de inschrijver al de nodige inspanningen moeten zijn verricht, of dat de aanbestedende dienst, gelet op de timing van de intrekking, mag verwachten dat al grote inspanningen zijn verricht en aldus kosten zijn gemaakt terwijl nog niet is ingeschreven.²³

Verplicht	Sterk geadviseerd	Doorgaans niet benodigd
Er is sprake van extreme inspanning in het kader van de EMVI (BPKV)	Er is sprake van een aanbesteding met aanzienlijke inspanning in het kader van de EMVI (BPKV)	Er is sprake van een reguliere aanbesteding met een normale inspanning (bijvoorbeeld op basis van een standaard uitvraag of bestek)
Er is sprake van uitvoering van een gedeelte van de geplaatste opdracht om de inschrijving te kunnen indienen	Er is sprake van een aanbesteding waarbij het maken van een (schets) ontwerp of berekening weliswaar geen expliciet onderdeel is van de geplaatste opdracht*, maar wel nodig voor een verantwoorde calculatie bij inschrijving	Er is sprake van toepassing van laagste prijs
	Er is sprake van een aanbesteding met toepassing van geïntegreerde contractvorm voor de uitvoering van de opdracht	Er is sprake van een aanbesteding met toepassing traditionele contractvorm voor de uitvoering van de opdracht
	Er is sprake van een inspanning in een minder gangbare en langlopende en/of complexe aanbestedingsprocedure**	Er is sprake van de volgende specifieke situatie: <ul style="list-style-type: none"> - Een ongeldige inschrijving; - Vallend buiten de score of rangorde die in aanmerking komt bij openbare aanbesteding; - De winnaar
	Er is sprake van een ingetrokken of mislukte aanbesteding	

*) voor prijsvorming noodzakelijk te maken ontwerp/berekening wordt hierbij niet bij inschrijving ingediend.

**) denk bij procedures aan: concurrentiegerichte dialoog, mededingingsprocedure, innovatiepartnerschap.

Lezing van de Handreiking leert dat ook een sterke aanbeveling wordt gedaan om, voor zover in de aanbesteding daarin niet zou zijn voorzien, bij ingetrokken aanbestedingen

De Handreiking geeft verder ook handvatten om de hoogte van de vergoeding van de inschrijfkosten te bepalen. Volgens opstellers van de Handreiking, wordt de verhouding van de mate van inspanning

²¹ Handreiking 'Tenderkostenvergoeding', Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 10.

²² Handreiking 'Tenderkostenvergoeding', Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 11.

²³ Handreiking 'Tenderkostenvergoeding', Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 10.

benodigd voor de voorbereidende activiteiten (zoals ontwerp en andere genoemde activiteiten uit Voorschrift 3.8 van de Gids Proportionaliteit) én de waarde van de opdracht relevant geacht. Hoe groter de opdracht des te meer inspanning mag er (absoluut gezien) verwacht worden van de markt, omdat de *return on investment* doorgaans groter is. De gevraagde inspanning dient in verhouding te staan tot de te behalen omzet.²⁴ De Handreiking bevat verder een globaal model om de hoogte van vergoedingen per inschrijver te bepalen aan de hand van een percentage van de geraamde opdrachtwaarde in combinatie met een ingeschatte mate van inspanning (zijnde ‘laag’, ‘middel’ of ‘hoog’) en de omvang van de opdracht (zijnde ‘klein’, ‘medium’ of ‘groot’).²⁵ Dat de Handreiking hiervoor slechts een globaal model suggereert bevreemdt niet, nu de feitelijke hoogte van een vergoeding niet slechts opdracht specifiek maar zeker ook branche specifiek zal zijn. In de Handreiking wordt in dit verband inspiratie geput uit reeds bestaande branche specifieke kaders, afkomstig uit de infrabranche (MKB Infra) en

behartigt van kleine en middelgrote (niet-beursgenoteerde) aannemingsbedrijven werkzaam in de grond-, water- en wegenbouw, breekt in haar uitgave ‘Contract op Maat’ een lans voor vergoeding van inschrijfkosten en pleit voor uniforme toepassing in de markt van de navolgende (concept) tabel met vergoedingen:²⁶

BNA, de Branchevereniging Nederlandse Architectenbureaus, geeft op haar beurt in de ‘Richtlijn Gezonde Architecten selecties’ een afwegingskader om tot een vergoeding van inschrijfkosten te komen. BNA neemt als uitgangspunt dat indien een uitvraag aanzienlijke inspanningen vergt en reguliere acquisitie overstijgt, zoals bij een zeer uitgebreid plan van aanpak of het opstellen van een structuurontwerp (SO) of voorontwerp (VO), een vergoeding gepast zou kunnen zijn. Meer concreet maakt BNA aan de hand van een graduele kleurcodering inzichtelijk wanneer naar haar oordeel een vergoeding redelijk is (van groen waarbij vergoeding niet nodig wordt geacht, naar rood waarbij een vergoeding redelijk zou zijn):²⁷

Grootte-klasse (in euro's)	Tabel A in%	Tabel B in%	Tabel C in%
van 0 tot 200.00	1,5	2	nvt
van 200.000 tot 500.000	1	1,6	nvt
van 500.000 tot 1.000.000	0,6	1,2	nvt
van 1.000.000 tot 2.000.000	0,4	0,8	1,5
van 2.000.000 tot 5.000.000	0,3	0,6	1,2
boven 5.000.000	0,3	0,6	0,9
Geen vergoeding voor aanbestedingen conform de Standaard RAW op basis van de laagste prijs.			

Tabel A = Emvi aanbestedingen

Tabel B = UAV-GC en DC aanbestedingen

Tabel C = BVP aanbestedingen (boven de 1.000.000)

de architectenbranche (BNA).

MKB Infra, de organisatie die belangen

De redelijkheid van een vergoeding kan beoordeeld worden aan de hand van de gevraagde (ontwerp)inspanning, in relatie tot de omvang van de uiteindelijke opdracht (volledig of beperkte opdracht²⁸). Overwegende dat inschrijfkosten sterk afhankelijk zijn van de gekozen uitvraag en de complexiteit, strekt de richtlijn van BNA, met het oog op een gezonde bedrijfsvoering van de deelnemende architectenbureaus, kort en goed tot de aanbeveling dat het raadzaam is om een ruimere vergoeding te overwegen indien een groot deel van het ontwerpproces wordt verplaatst naar de aanbesteding.

Tegen deze achtergrond, kan uit de

²⁴ Handreiking ‘Tenderkostenvergoeding’, Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 13.

²⁵ Handreiking ‘Tenderkostenvergoeding’, Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 13.

²⁶ ‘Contract op maat, voorstellen voor een betere mkb infra-aanbestedingspraktijk’, MKB Infra, 2015, p. 6 (te raadplegen

via: <<https://www.mkb-infra.nl/statuten-mei-2014/283-boekje-contract-op-maat-okt-2015-1/file>>).

²⁷ ‘Richtlijn Gezonde Architecten selecties’, BNA, 2017, p. 5 (te raadplegen via: <<https://arch-lokaal.nl/wp-content/uploads/2017/02/170213-richtlijn.pdf>>).

²⁸ Vgl. de Standaardtaakbeschrijving (STB), BNA, 2014.

Handreiking worden afgeleid dat het thema van inschrijfkostenvergoeding weliswaar in enkele branches de aandacht heeft maar dat nog winst valt te boeken. Er moet op brancheniveau worden gestreefd naar een kader voor vergoedingen dat aansluit bij de activiteiten binnen die branche. De Handreiking besluit met de opmerking dat het eerst aan de aanbestedingspraktijk zelf is om de materie op juiste wijze op te pakken. Een noodzaak tot verdere uitbreiding/uitwerking (zoals in regelgeving), blijkt niet uit de Handreiking.²⁹

In de beleidsreactie laat de Staatssecretaris weten dat de Handreiking voor aanbestedende diensten een helder kader biedt op basis waarvan beleid kan worden bepaald en beslissingen over vergoeding van inschrijfkosten in concrete gevallen kunnen worden genomen. De Staatssecretaris is op basis van de Handreiking niet voornemens om een aanvullende regeling inschrijfkostenvergoeding in wet- en regelgeving op te nemen en wil eerst de aanbestedingspraktijk meer ervaring hiermee laten opdoen.³⁰ Echter, wel wordt in de reactie van de Staatssecretaris aangegeven dat het onwenselijk te achten is dat aanbestedende diensten bedingen opnemen in hun aanbestedingsstukken die vergoeding van inschrijfkosten ingeval van afbreken van de aanbestedingsprocedure verbieden. Tegen deze achtergrond heeft de Staatssecretaris de adviesgroep Gids Proportionaliteit gevraagd advies uit te brengen over het verbieden van dergelijke bedingen in de Gids³¹ en heeft de Staatssecretaris medegedeeld dat de verstrekking van inschrijfkostenvergoedingen in de praktijk zal worden gemonitord.³²

4. Proportionaliteitsbeginsel en Gids Proportionaliteit

Verstrekking van een inschrijfkostenvergoeding is zonder enige twijfel een proportionaliteitsvraagstuk. De wettelijke grondslag van dat thema moet worden gevonden in de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit.³³

Op grond van het wettelijke proportionaliteitsbeginsel (art. 1.10 lid 2 sub g Aanbestedingswet) dienen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een opdracht acht te slaan op een vergoeding van (hoge) inschrijfkosten.

In de Gids Proportionaliteit (juni 2016) is verdere duiding gegeven aan toepassing van dit proportionaliteitsbeginsel, c.q. -gebod. Uit de Gids volgt ten aanzien van een vergoeding in relatie tot de gunningscriteria het volgende:

‘Afstemming op de opdracht is dan ook logisch. Zo dient bijvoorbeeld objectief en tegen voorafgaande heldere criteria de gewenste mate van uitwerking van een plan van aanpak te worden gevraagd. Hierbij dient de inspanning die dit vraagt van elke inschrijver in acht te worden genomen; bij extreme eisen in het kader van een inschrijving kan een inschrijver vergoeding beschikbaar worden gesteld’ [onderstreping auteurs].³⁴

²⁹ Handreiking ‘Tenderkostenvergoeding’, Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 17.

³⁰ *Kamerstukken II 2018/19*, 34 252, nr. 9, p. 2.

³¹ *Kamerstukken II 2018/19*, 34 252, nr. 9, p. 3. Met de adviesvraag is invulling gegeven aan moties-Van den Berg c.s., *Kamerstukken II 2017/18*, nrs. 106 en 109 die ertoe strekken hoe kaders kunnen worden geboden in de handreiking ‘Tenderkostenvergoeding’ dan wel de Gids

Proportionaliteit voor vergoedingen aan rechtsgeldige inschrijvers ingeval van laattijdige intrekking van een aanbesteding.

³² Hiermee komt de Staatssecretaris tegemoet aan de motie-Bruins c.s. (*Kamerstukken II 2017/18*, 34 775 XIII, nr. 101).

³³ *Stcrt.* 2016, nr. 32 830.

³⁴ *Stcrt.* 2016, nr. 32 830, p. 53 (Gids Proportionaliteit).

Uitvraag	Volledige architectenopdracht	Opdracht tot Definitief ontwerp & esthetisch toezicht
Bureaupresentatie	0%	0%
Visiepresentatie	4%	8%
Structuurontwerp	6%	12%
Voorontwerp	15%	30%

Tenderinspanning als percentage van de opdracht (aan de hand van uurbesteding)

Uitvraag	Volledige architectenopdracht			Opdracht tot Definitief ontwerp & esthetisch toezicht		
	beknopt	gemiddeld	uitgebreid	beknopt	gemiddeld	uitgebreid
Bureaupresentatie	0%	0%	0%	0%	0%	0%
Visiepresentatie	0%	30%	40%	30%	50%	60%
Structuurontwerp	40%	50%	60%	60%	70%	80%
Voorontwerp	60%	70%	80%	Disproportionele uitvraag		
Definitief ontwerp	Disproportionele uitvraag			Disproportionele uitvraag		

Handreiking voor het overwegen van een minimale redelijke inschrijvergoeding (als percentage van de geraamde tenderkosten deelnemers)

In de Gids Proportionaliteit wordt bovendien het belang onderstreept om inschrijfkosten niet onnodig te laten oplopen en ook niet door heel veel inschrijvers tegelijk te laten maken. Wanneer het onvermijdelijk is dat er verhoudingsgewijs aanzienlijke kosten (als voorbeeld wordt genoemd visiepresentaties, maquettes en modellen, schetsen, etc.) per inschrijving gemaakt moeten worden, schrijft de Handreiking voor dat een vergoeding van die kosten proportioneel is. Over inschrijfkosten wordt in de Gids tegen deze achtergrond het volgende opgenomen in Voorschrift 3.8:

‘De aanbestedende dienst biedt een vergoeding aan wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen.’³⁵

De Gids Proportionaliteit geeft voor aanbestedende diensten aldus een kader voor het al dan niet toekennen van een

tenderkostenvergoeding. Of een vergoeding moet worden verstrekt, hangt in sterke mate af van de inspanningen die van inschrijvers wordt verlangd. Zo zal de aanbesteding van een opdracht op basis van de RAW-systematiek in de regel weinig inspanningen van inschrijvers verlangen nu het zich bedient van een eenvoudige calculatiemethodiek. Aanbestedingen van geïntegreerde contracten (D&B, UAV-GC) met vergaande kwaliteitscriteria en al de nodige ontwerpverplichtingen in het aanbestedingstraject, zullen daarentegen behoorlijke investeringen in tijd en geld van inschrijvers vergen. In die laatste gevallen zal een vergoeding van inschrijfkosten eerder in de rede liggen.

³⁵ Stcrt. 2016, nr. 32 830, p. 63 (Gids Proportionaliteit).

5. Een probleem dat een oplossing behoeft?

Tegen de achtergrond van art. 1.10 lid 2 sub g Aanbestedingswet en Voorschrift 3.8 in de Gids Proportionaliteit, dient de vraag zich aan of thans sprake is van een hiaat omtrent het vergoeden van inschrijfkosten die aanpassing van de Gids Proportionaliteit noodzakelijk maakt. Wij menen van niet.

Wij nemen als uitgangspunt dat inschrijvers inschrijfkosten zelf moeten dragen, onder de voorwaarde dat hen een eerlijke kans wordt geboden om de opdracht te verkrijgen en de aanbesteding op normale wijze eindigt. Het zijn kosten die behoren tot het normale ondernemersrisico. Voor zover die kosten aan de hoge kant zijn en aldus niet meer proportioneel kunnen worden beschouwd, rust naar ons oordeel op de aanbestedende dienst op grond van het proportionaliteitsbeginsel (mede ingekleurd door Voorschrift 3.8 in de Gids Proportionaliteit) de verplichting een vergoeding aan te bieden van door inschrijvers gemaakte inschrijfkosten. Indien de aanbestedende dienst aan dit voorschrift voorbijgaat, handelt zij onrechtmatig (art. 6:162 BW), want in strijd met (beginselen van) het aanbestedingsrecht. Inschrijvers kunnen in rechte naleving van het proportionaliteitsbeginsel afdwingen. In zoverre zou naar ons oordeel, behoudens de hiervoor geduide angst van inschrijvers voor reputatieschade wanneer naar de Commissie van Aanbestedingsexperts of de rechter wordt gestapt, geen sprake hoeven zijn van een probleem dat noodzaakt tot een oplossing.

Indien de aanbesteding echter niet op normale wijze eindigt (dus niet met een gunning) en door de aanbestedende dienst tot intrekking wordt beslist, kunnen de kaarten anders liggen. Hierbij moeten twee

situaties worden onderscheiden. De eerste situatie ('Situatie A') betreft de omstandigheid dat wordt ingetrokken en er in de aanbestedingsstukken niets omtrent een inschrijfkostenvergoeding is geregeld. De tweede situatie ('Situatie B') betreft de omstandigheid dat wordt ingetrokken en in de aanbestedingsstukken een uitsluiting van inschrijfkostenvergoeding is opgenomen.

Situatie A: Intrekking aanbesteding zonder bepaling omtrent inschrijfkostenvergoeding in aanbestedingsstukken

Terwijl aanbestedende diensten een grote mate van vrijheid hebben om van gunning af te zien en inschrijfkosten inherent zijn aan een commerciële bedrijfsvoering en in beginsel door inschrijvers zelf moeten worden gedragen³⁶, laat dit onverlet dat zij bij beëindiging van de aanbestedingsprocedure zonder te gunnen, onder bijzondere omstandigheden uit onrechtmatige daad of wegens handelen in strijd met precontractuele verplichtingen aansprakelijk wordt jegens een of meer (potentiële) inschrijvers voor geleden schade, waaronder begrepen gemaakte inschrijfkosten.³⁷ Ook zouden mogelijk gronden kunnen worden ontleend aan de redelijkheid en billijkheid voor vergoeding van kosten.³⁸ In de beperkte jurisprudentie zijn omstandigheden genoemd die kunnen nopen tot een vergoedingsplicht van een aanbestedende dienst aan inschrijvers van gemaakte kosten, waaronder naar verwachting in elk geval inschrijfkosten moeten worden begrepen. Onder die omstandigheden moet bijvoorbeeld worden verstaan het geval dat een partij wordt uitgenodigd voor een aanbesteding terwijl deze niet was beoogd³⁹, dat marktpartijen op lichtvaardige gronden in een aanbestedingsprocedure worden betrokken (bijvoorbeeld ingeval een aanbestedingsprocedure is gestart maar niet

³⁶ Vgl. Vzgnr. Rb. Den Haag 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12401, JAAN 2019/15, m.nt. 'T Hart, ro. 4.16; Rb. Amsterdam 13 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ5795, ro. 4.20.

³⁷ Rb. Den Bosch 5 november 2008, ECLI:RBSHE:2008:BW2949, ro. 4.1.1 en 4.1.3.

³⁸ Vgl.: HR 27 mei 2011, ECLI:HR:2011:BP8707, ro. 3.4.2.

³⁹ Rb. Utrecht 24 augustus 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BS1672, ro. 4.6.

noodzakelijk blijkt en om die reden wordt ingetrokken)⁴⁰ of indien sprake blijkt van benadeling vanwege ongelijke toegang van inschrijvers.⁴¹ Onze tussenconclusie luidt dan ook dat inschrijvers in ‘Situatie A’ hun rechten thans voldoende kunnen afdwingen. Hierbij zij volledigheidshalve opgemerkt dat de Handreiking voor deze situatie geen handvatten biedt, anders dan dat in algemene zin een vergoeding ‘sterk geadviseerd’ wordt.⁴²

Situatie B: Intrekking aanbesteding mét uitsluiting tenderkostenvergoeding in aanbestedingsstukken

De vraag dient vervolgens aan of een tenderkostenvergoeding na intrekking van de aanbesteding ook in rechte kan worden afgedwongen wanneer in de aanbestedingsstukken inschrijvers de pas wordt afgesneden door uitsluiting van vergoeding van (inschrijf)kosten. Wij menen van niet en constateren in dat kader dat de beoogde Herziening van de Gids Proportionaliteit niet tot het gewenste effect zal leiden. De Adviescommissie Gids Proportionaliteit (hierna: de Adviescommissie) concludeert in haar ‘Advies tenderkostenvergoedingen bij te laat ingetrokken aanbestedingen’⁴³ terecht dat het in strijd met het proportionaliteitsbeginsel moet worden geacht om een inschrijfkostenvergoeding bij voorbaat uit te sluiten ingeval de aanbestedende dienst een aanbesteding intrekt (om wat voor reden dan ook).⁴⁴ De commissie vervolgt haar advies dat uit het wettelijke proportionaliteitsbeginsel en de nadere uitwerking in de Gids Proportionaliteit al een verbod volgt en dat het in die zin niet strikt noodzakelijk is om de Gids op dit punt aan te passen.⁴⁵

Niettemin geeft de Adviescommissie kaders die opgenomen kunnen worden, ingeval de wens zou bestaan de Gids Proportionaliteit toch aan te passen. Er wordt een tweetal aanpassingen van de (huidige) Gids Proportionaliteit voorgesteld, zijnde dat Voorschrift 3.8 naar Voorschrift 3.8A wordt omgenummerd en dat aan Voorschrift 3.8B het navolgende verbod op uitsluitingsbedingen wordt toegevoegd:

‘De aanbestedende dienst sluit niet op voorhand iedere vergoeding van inschrijfkosten uit in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding.’

De Adviescommissie meent, en dat oordeel is ons inziens terecht, dat aldus geen juridische noodzaak bestaat tot het expliciet opnemen in de Gids van een verbod op bedingen die inschrijfkosten uitsluiten (nb. naar ons oordeel moet het bovendien onmogelijk - en wellicht zelfs onwenselijk - worden geacht om alle vormen van disproportionaliteit uitputtend op te nemen in de Gids). Niettemin heeft de Staatssecretaris ervoor gekozen om de Gids Proportionaliteit aan te passen. De Staatssecretaris wil graag dat het voor zowel aanbestedende diensten als inschrijvers duidelijk is dat bedingen die inschrijfkostenvergoedingen bij ingetrokken aanbestedingen uitsluiten, disproportioneel zijn.⁴⁶ Bij het voorgestelde verbod op uitsluiting van inschrijfvergoedingen, wordt wel verder toegelicht dat dit niet betekent dat bij intrekking van een aanbesteding altijd sprake dient te zijn van een vergoeding. Een eventuele kostenvergoeding bij een ingetrokken aanbesteding is volgens de Staatssecretaris onder meer afhankelijk van de aard van de aanbesteding, de kosten die gemaakt zijn en de omstandigheden waaronder de intrekking heeft

⁴⁰ Rb. Haarlem 23 november 2007, ECLI:NL:RBHAA:2007:BB9853, ro. 4.10.

⁴¹ Rb. Den Haag 5 januari 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA0340, ro. 3.5 en 3.8.

⁴² Handreiking ‘Tenderkostenvergoeding’, Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 11.

⁴³ ‘Advies tenderkosten bij te laat ingetrokken aanbestedingen’, Adviescommissie Gids Proportionaliteit, 2018.

⁴⁴ Dit is een reactie op de adviesvraag van de Staatssecretaris van over het verbieden van dergelijke bedingen in de Gids Proportionaliteit. Zie: *Kamerstukken II* 2018/19, 34 252, nr. 9, p. 3.

⁴⁵ ‘Advies tenderkosten bij te laat ingetrokken aanbestedingen’, Adviescommissie Gids Proportionaliteit, 2018, p. 1.

⁴⁶ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 252, nr. 11, p. 2.

plaatsgevonden, zoals de *timing* van de intrekking en de reden daarvan.⁴⁷

Wanneer bij een aanbestedende dienst de overtuiging bestaat dat zij het proportionaliteitsbeginsel naleeft ingeval conform de Gids Proportionaliteit wordt gehandeld, is ons inziens Herziening van de Gids door toevoeging van Voorschrift 3.8B toe te juichen. Aanpassing van de Gids op dit onderdeel zal immers een signaalfunctie krijgen. Noodzakelijk is het dus echter niet. Overigens constateren wij dat de eerder voltooide Handreiking 'Tenderkostenvergoeding' dezelfde (signaal)functie kan worden toegedicht. De absoluut juridische noodzaak voor aanpassing van de Gids door toevoeging van Voorschrift 3.8B, lijkt er ook in dat verband niet te zijn.

De beoogde Herziening zal naar ons oordeel ook geen oplossing bieden voor het scenario dat door een inschrijver wordt ingeschreven op een aanbesteding, waarin vergoeding van (inschrijf)kosten is uitgesloten en daartegen niet voorafgaand aan inschrijving (voldoende tijdig) bezwaar is gemaakt. In dat stadium van de aanbesteding zal de inschrijver in de gewijzigde Gids (Voorschrift 3.8B) geen grondslag (meer) kunnen vinden om de aanbestedende dienst aan te spreken op vergoeding van inschrijfkosten en zal de inschrijver in een civielrechtelijke procedure de pas worden afgesneden met het verweer dat hij door het indienen van zijn inschrijving akkoord is gegaan met de voorwaarden van de aanbesteding. Dit is niet anders in die situaties waarin een inschrijver meent dat de in een aanbestedingsdocumenten opgenomen inschrijfvergoeding niet afdoende is. De inschrijver heeft hoogstens aanspraak voor zover in de aanbestedingsdocumenten is voorzien in een inschrijfvergoeding, immers

daarmee heeft hij ingestemd. Indien de gemaakte inschrijfkosten die vergoeding overstijgen, valt dat onder het normale bedrijfsrisico van ondernemers en valt voor het meerdere voor een inschrijver het doek.⁴⁸ Slechts in de situatie dat de aanbesteding moet worden gestaakt als gevolg van onrechtmatigheden die door de aanbestedende dienst zijn begaan of haar zijn toe te rekenen en waardoor tot intrekking moet worden beslist, zou naar ons oordeel in beginsel een volledige (inschrijf)kostenvergoeding op zijn plaats zijn.

Voor het laatstgenoemde scenario - dat zich overigens niet zelden voordoet omdat bedoelde uitsluitingsbepalingen schering en inslag zijn - is, zoals Jansen en Manunza concluderen, een andere oplossing nodig: de wetgever zal bij wet moeten regelen dat dergelijke uitsluitingsbedingen nietig zijn.⁴⁹ Slechts een wettelijk verbod zal - om uitsluitingsbedingen van tenderkostenvergoedingen te voorkomen - effectief zijn. In zoverre constateren wij dat sprake is en blijft van een probleem dat een oplossing behoeft, nu de voorgestelde Herziening het hiervoor geschetste probleem rondom uitsluitingsbedingen niet oplost.

6. Slot

In normale aanbestedingssituaties waarbij niet gesproken kan worden van disproportionele inschrijfkosten, hebben inschrijvers geen aanspraak op vergoeding van door hen gemaakte kosten. Het betreft kosten die voor de baten uitgaan en behoren tot het *normale* ondernemersrisico. Disproportioneel hoge kosten die gemaakt moeten worden om in te schrijven op een aanbesteding, kunnen nopen tot vergoeding op basis van de Gids. Indien een aanbestedingsprocedure wordt gestaakt zonder te gunnen, heeft de inschrijver onder

⁴⁷ *Kamerstukken II 2018/19*, 34 252, nr. 11, p. 2.

⁴⁸ Vgl. Vزر. Rb. Den Haag 17 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:12401, ro. 4.16, *JAAN* 2019/15, m.nt. G. 't Hart.

⁴⁹ 'C.E.C. Jansen & E. Manunza, 'Wetgever moet uitsluiten tenderkostenvergoeding écht verbieden', *Staatscourant*

2019 (thans niet meer online te raadplegen). Zie ook: *Kamerstukken II 2018/19*, 34 252, nr. 9, p. 3; 'Bouwers draaien altijd op voor mislukte aanbesteding: "Mona, pak dit aan"', *Cobouw* 18 mei 2018.

bijzondere omstandigheden de mogelijkheid om een (inschrijf)kostenvergoeding civielrechtelijk af te dwingen van de aanbestedende dienst. Gelet hierop achten wij de Herziening van de Gids Proportionaliteit niet juridisch noodzakelijk. De voorgenomen wijziging van de Gids geeft ook geen oplossing voor de bepalingen in aanbestedingsstukken die vergoeding van (inschrijf)kosten uitsluiten, waarvan aanbestedende diensten zich niet zelden bedienen. De Herziening geeft voor dat scenario geen handvatten en dat kan ook niet; daarvoor zal naar ons oordeel een wetswijziging noodzakelijk zijn.

Al met al blijft vergoeding van inschrijfkosten onderwerp van gesprek en is het ook voor de Staatssecretaris een behoorlijke kluit gebleken om de problemen rond dit thema het hoofd te bieden. Niettegenstaande de ontbrekende juridische noodzaak, zal uit de voorgenomen wijziging van de Gids een zekere signaalfunctie uitgaan, net zoals uit de Handreiking, en valt die vanuit dat perspectief toe te juichen. Bij het opstellen van aanbestedingsstukken

raadplegen aanbestedende diensten immers de Gids Proportionaliteit en zullen zij dat kader idealiter implementeren in hun aanbestedingsstukken. De aanbestedingspraktijk zal uitwijzen of de Handreiking en de Gids zullen worden geadopteerd door de inkopende overheid en verschuiving zal plaatsvinden in de goede richting.

In dit kader strekt, tot slot, onze aanbeveling ertoe dat aanbestedende diensten bij het formuleren van de selectie- en gunningscriteria dienen te blijven analyseren of de wensen en eisen die zij willen stellen proportioneel zijn ten opzichte van de *scope* en inhoud van de opdracht. Het is van groot belang dat hier (telkens) grondig naar wordt gekeken, de juiste afwegingen worden gemaakt en dat bij een uitvraag die leidt tot een disproportionele investering (qua tijd en geld) van inschrijvers, wordt beslist tot vergoeding van (een deel van de) inschrijfkosten. Bij iedere opdracht dient die afweging opnieuw te worden gemaakt; aanbesteden blijft immers maatwerk.