

Publicatie

Auteurs: M.S. Houweling & B.T. Tonino
Verschenen in: Tijdschrift voor Bouwrecht, *TBR* 2020/16
Datum: Maart 2020
Titel: Naschrift bij Houweling en Tonino, 'Inschrijfkosten gaan voor de baat uit. 2^e Herziening Gids Proportionaliteit; baat het niet dan schaadt het niet'.

1. Inleiding

Het Rijksvastgoedbedrijf (hierna: RVB) heeft op 14 februari 2020 het document 'Handreiking Tegemoetkoming inschrijvingskosten' (hierna: de RVB-Handreiking) uitgebracht.¹ Wij schreven in het februari-nummer van *TBR* - dat kort voor 14 februari 2020 verscheen - over het onderwerp inschrijfkostenvergoedingen.² De RVB-Handreiking geeft aanleiding tot een naschrift op ons artikel.

2. De RVB-Handreiking

Het valt toe te juichen dat met deze handreiking het RVB, als grootste aanbestedingsplichtige opdrachtgever op het gebied van vastgoed in Nederland, zich de inspanning heeft getroost om een serieuze stap te zetten richting aandacht voor en een bewuste benadering van het onderwerp inschrijfkostenvergoeding bij aanbestedingsprocedures. Met de handreiking beoogt het RVB tevens een uniform afwegingskader te bieden.

De RVB-Handreiking geeft handvatten voor het bieden van een vergoeding aan inschrijvers voor gemaakte inschrijvingskosten. Uitdrukkelijk wordt

in de Handreiking de term 'tegemoetkoming' gebezigd, aldus staat het RVB slechts een gedeeltelijke vergoeding van gemaakte kosten voor ogen. Het kader strekt uit tot alle aanbestedingen van het RVB, behoudens die ter zake van DBFMO-contracten. De RVB-Handreiking is opgesteld in overleg met brancheorganisaties. De Branchevereniging Nederlandse Architectenbureaus (hierna: BNA), Bouwend Nederland, NLingenieurs én Techniek Nederland zijn voor de RVB-Handreiking geconsulteerd. Volgens het RVB past het kader in zijn uitvoeringsprogramma Marktvisie, waarmee het RVB aan de markt het signaal afgeeft dat hij een betrouwbare en professionele opdrachtgever wil zijn en waarmee wordt beoogd de samenwerking met de markt een impuls te geven en vertrouwen te herwinnen.³ Voor de RVB-Handreiking lijkt aldus draagvlak te bestaan.

Wij constateren dat het RVB met deze handreiking op positieve wijze de centrale aanbeveling van de Handreiking Tenderkostenvergoeding uit oktober 2018⁴ adresseert. De voornaamste aanbeveling uit deze

¹ Zie het document (van twee pagina's) 'Hoofdpunten RVB-Handreiking Tegemoetkoming inschrijvingskosten': <https://www.rijksvastgoedbedrijf.nl/actueel/nieuws/2020/02/14/tegemoetkoming-inschrijfkosten-bij-aanbestedingen-rijksvastgoedbedrijf>.

² Houweling en Tonino, 'Inschrijfkosten gaan voor de baat uit. 2^e Herziening Gids Proportionaliteit; baat het niet dan schaadt het niet', *TBR* 2020/16, p. 98-106.

³ Zie het nieuwsbericht bij de publicatie van de RVB-Handreiking van 14 februari 2020 op: <https://www.rijksvastgoedbedrijf.nl/actueel/nieuws/2020/02/14/tegemoetkoming-inschrijfkosten-bij-aanbestedingen-rijksvastgoedbedrijf> en verder: <https://www.marktvisie.nu>.

⁴ Handreiking 'Tenderkostenvergoeding', Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 17.

handreiking uit 2018 (hetgeen resultaat is van het project 'Beter Aanbesteden' van het Ministerie van Economische Zaken) betreft immers dat de aanbestedingssector eerst zelf op dit onderwerp de handschoen dient op te pakken, alvorens nadere maatregelen (zoals wetwijzigingen) zouden moeten worden genomen. Daarnaast lijkt met enige goede wil de RVB-Handreiking in zekere mate ook tegemoet te komen aan een andere aanbeveling uit de Handreiking Tenderkostenvergoeding, namelijk dat voor inschrijfkostenvergoedingen een kader zou moeten worden geboden dat branche specifiek is. Immers, in de RVB-Handreiking wordt onderscheid gemaakt in kostensoorten per discipline en per fase.⁵

Het uitgangspunt van de RVB-Handreiking is dat van een tegemoetkoming uitsluitend sprake kan zijn, indien inschrijfkosten kwalificeren als 'aanzienlijk'. Met andere woorden, slechts ingeval sprake is van disproportionele eisen kunnen inschrijfkosten voor vergoeding in aanmerking komen. Onder 'aanzienlijk' wordt door het RVB verstaan de omstandigheid dat van een inschrijver voor een geldige inschrijving wordt verlangd dat een deel van de opdracht wordt uitgevoerd en/of ingeval de contractvorm of het type aanbestedingsprocedure een aanzienlijke inspanning vergt. Wat ons in algemene zin positief stemt is dat het RVB met zijn Handreiking - die er nadrukkelijk op is gericht handvatten te bieden - het belang van een inschrijfkostenvergoeding benadrukt. Echter, in de uitwerking van de Handreiking zijn naar ons oordeel (ongemotiveerde) keuzes gemaakt die voorbij gaan aan branche- en opdracht specifieke omstandigheden, zodat een onredelijke uitkomst (alsnog) niet is

uitgesloten. De RVB-Handreiking geeft ons aanleiding tot de navolgende kritische kanttekeningen.

3. Kanttekeningen bij de RVB-handreiking

Uitzonderingen daargelaten (zie hierna), menen wij dat de RVB-Handreiking terecht niet beoogt om inschrijvers volledig te compenseren voor gemaakte inschrijfkosten. Volledige vergoeding van die kosten achten wij vanuit de idee dat inschrijvers voor eigen rekening en risico deelnemen aan een aanbestedingsprocedure, irrealistisch en ongewenst. Echter, de systematiek die thans in de RVB-Handreiking wordt geïntroduceerd en waarbij de hoogte van de tegemoetkoming in de inschrijfkosten is gefixeerd op 50 procent, komt ons te rigide over. De regeling zal hierdoor in de praktijk zeker hogere maar ook lagere vergoedingen in de weg staan. Dat klemmt, temeer omdat een eventuele inschrijfkostenvergoeding naast branche specifiek ook opdracht specifiek zou moeten zijn. Daarnaast wordt de hoogte van de vergoeding door het RVB bepaald op basis van een schatting van gemaakte kosten. Ook dit klemmt: indien de kosten niet objectief bepaalbaar worden, zou dit kunnen leiden tot willekeur.

Op deze punten geeft de Richtlijn Gezonde Architectenselecties van de BNA naar ons oordeel een meer realistisch (en praktisch) model, waarbij een inschrijfkostenvergoeding van 0 tot 80 % van de geraamde totale inschrijfkosten kán worden toegekend. In het BNA-model wordt het percentage vergoedbare inschrijfkosten bepaald aan de hand van i) de uitvoerigheid van het bij inschrijving vereiste product (beknopt, gemiddeld of uitgebreid) en ii) de aard van de aanvraag

⁵ Handreiking 'Tenderkostenvergoeding', Beter Aanbesteden - Regioteam Noord-West, oktober 2018, p. 17.

(bureaupresentatie, structuurontwerp of voorontwerp).⁶ Een vergoeding van inschrijfkosten op basis van het BNA-model zou overigens tot andere uitkomsten kunnen leiden dan een vergoeding op basis van de RVB-Handreiking en dat achten wij onwenselijk. In zoverre pleiten wij voor uniformering van beleid en zou wildgroei aan regelingen moeten worden voorkomen.

Waar het de toekenning van een inschrijfkostenvergoeding bij het voortijdig afbreken van een aanbestedingsprocedure betreft, achten wij de RVB-Handreiking veel te algemeen (en daarmee te vrijblijvend). De RVB-Handreiking schrijft voor dat bij tussentijds afbreken van een aanbestedingsprocedure op basis van een project specifieke afweging wordt besloten om al dan niet een inschrijfkostenvergoeding toe te kennen. Wij zijn van mening dat - in algemene zin - aanbestedende diensten op dit punt daadwerkelijk hun verantwoordelijkheid dienen te nemen. Dit geldt temeer 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. Met een zodanige intrekking heeft geen van de inschrijvers immers aanspraak kunnen maken op de opdracht en is hen de kans op het terugverdienen van de gemaakte inschrijfkosten ontnomen. Onder die omstandigheden zou naar onze mening in beginsel een volledige inschrijfkostenvergoeding op zijn plaats zijn en achten wij aldus het algemene uitgangspunt van de RVB-Handreiking, dat geen sprake kan zijn van een volledige vergoeding van inschrijfkosten, onjuist. Met een volledige inschrijfkostenvergoeding in deze situatie bedoelen wij vergoeding

van alle in redelijkheid gemaakte kosten.

Wat verder opvalt is dat in de RVB-Handreiking geen aandacht wordt geschonken aan de op handen zijnde wijziging van de Gids Proportionaliteit (2e Herziening) en meer in het bijzonder de toevoeging van Voorschrift 3.8B. Dit voorschrift houdt in dat de aanbestedende dienst niet op voorhand iedere vergoeding van inschrijfkosten in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding uitsluit. Terwijl het RVB in zijn Handreiking op onderdelen wel heeft aangegeven wat disproportioneel moet worden geacht - bij het gunningscriterium laagste prijs wordt opgemerkt dat zekere inschrijvingsproducten en inspanningen niet in verhouding staan tot de omvang van de opdracht en derhalve niet vereist c.q. uitgevraagd moeten worden - is geen aandacht geschonken aan het per definitie uitsluiten van een inschrijfkostenvergoeding in de voorwaarden van een aanbestedingsprocedure.

Het is opvallend dat door het RVB in zijn Handreiking geen aandacht is geschonken aan dit belangwekkende en actuele onderwerp. Iedere vorm van uitsluiting van een inschrijfkostenvergoeding in de aanbestedingsstukken moet ons inziens disproportioneel worden geacht. De Staatssecretaris van Economische Zaken heeft eveneens aangegeven het onwenselijk te achten dat aanbestedende diensten bedingen in hun aanbestedingsstukken opnemen die een inschrijfkostenvergoeding ingeval van afbreken van de aanbestedingsprocedure verbieden, zodat het mede gelet daarop in de rede had gelegen dat dit onderwerp in de RVB-Handreiking zou zijn geadresseerd.⁷

⁶ Zie: <<https://www.bna.nl/documenten/richtlijn-gezonde-architectenselecties>>, p. 5.

⁷ *Kamerstukken II* 2018/19, 34 252, nr. 9, p. 2.

4. Slot

Met zijn Handreiking geeft het RVB handvatten voor een tegemoetkoming in door inschrijvers gemaakte inschrijfkosten binnen zijn aanbestedingsprocedures. De RVB-Handreiking beoogt een uniform afwegingskader te bieden en dat initiatief is als zodanig toe te juichen, maar het RVB lijkt op onderdelen voorbij te gaan aan branche- en opdracht specifieke omstandigheden die in de beoordeling van de (hoogte) van een inschrijfkostentegemoetkoming een rol (zouden) moeten spelen.

Naar ons oordeel is de in de Handreiking opgenomen systematiek waarbij de hoogte van de tegemoetkoming in de inschrijfkosten is gefixeerd op 50 procent, te rigide. Het scenario waarbij een aanbesteding tussentijds wordt afgebroken achten wij voorts te rudimentair uitgewerkt. Tot slot achten wij het een gemiste kans dat in de RVB-Handreiking geen aandacht is geschonken aan de op handen zijnde wijziging van de Gids Proportionaliteit (2e Herziening). Dat het RVB in zijn Handreiking dit onderwerp thans niet adresseert, achten wij, mede vanuit de voorbeeldfunctie van het RVB en de signaalfunctie die de RVB-Handreiking met zich brengt, niet alleen voor de markt maar mede ook voor andere aanbestedende diensten, een gemiste kans.

Beleid ter zake van inschrijfkostenvergoedingen - en idealiter uniformering daarvan - achten wij wenselijk. Dit ontslaat aanbestedende diensten echter niet van hun taak om bij het in de markt zetten van een opdracht te beoordelen of de uitvraag die zij doen proportioneel is en om onnodige aanzienlijke kosten voor inschrijvers te voorkomen. Daar moet ons inziens telkens het zwaartepunt liggen.