Adviescommissie Gids Proportionaliteit

Advies tenderkostenvergoedingen bij te laat ingetrokken aanbestedingen d.d. 20 december 2018

Inleiding

Op 5 november 2018 ontving de Adviescommissie Gids Proportionaliteit de adviesvraag "Tenderkostenvergoedingen bij te laat ingetrokken aanbestedingen" van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat met kenmerk CE/18325492. Deze adviesvraag werd toegestuurd voor de bijeenkomst van de Adviescommissie Gids Proportionaliteit op 8 november 2018. Tijdens deze bijeenkomst lichtte een vertegenwoordiger van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat de adviesvraag nader toe. Hieronder is het (unanieme) advies van de Adviescommissie Gids Proportionaliteit opgenomen naar aanleiding van deze adviesvraag.
De Adviescommissie merkt nog op dat naast het in de adviesaanvraag genoemde voorschrift 3.8 er ook onder paragraaf 3.4.4 en onder paragraaf 3.5.5 van de Gids Proportionaliteit over procedures, (inschrijf)kosten en inschrijfvergoeding wordt gesproken.

Advies: invulling geven?

Het eerste onderdeel van de adviesvraag luidt: "op welke manier invulling gegeven kan worden aan de wens om voorwaarden die een tenderkostenvergoeding bij een ingetrokken aanbesteding uitsluiten te verbieden".

Naar het oordeel van de Adviescommissie is het in strijd met het proportionaliteitsbeginsel om een tenderkostenvergoeding bij voorbaat uit te sluiten in geval de aanbestedende dienst een aanbesteding intrekt (om wat voor reden dan ook). Uit het wettelijk proportionaliteitsbeginsel en de nadere uitwerking in de Gids Proportionaliteit volgt dit al. Het is in die zin naar de mening van de Adviescommissie niet strikt noodzakelijk om de Gids Proportionaliteit aan te passen om deze concrete situatie geregeld te zien. Een mogelijk nadeel dat de Adviescommissie ziet om dit voorbeeld van disproportionaliteit expliciet op te nemen is dat legio andere situaties denkbaar zijn die (ook) disproportioneel zijn en ook niet in de huidige Gids Proportionaliteit vermeld of nader uitgediept zijn. Als desalniettemin de wens bestaat om dit voorbeeld expliciet op te nemen in de Gids Proportionaliteit, dan volgt hieronder het voorstel van de Adviescommissie daartoe.

Advies: welke kaders?

Het tweede onderdeel van de adviesvraag luidt: "welke kaders hiervoor in de Gids Proportionaliteit opgenomen zouden kunnen worden".
Naar het oordeel van de Adviescommissie zou het voorschrift 3.8 van de huidige Gids Proportionaliteit (p. 63) als volgt aangepast kunnen worden (aanpassingen in rood):

Voorschrift 3.8 A:
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.
Zoals een aanbestedende dienst kosten moet maken voor het in de markt zetten van een opdracht, moeten de inschrijvers/gegadigden kosten maken voor de daadwerkelijke inschrijving. Het is van belang deze kosten 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 (denk aan visiepresentaties, maquettes en modellen, schetsen of (constructie-)doorberekening) per inschrijving gemaakt moeten worden, is het proportioneel aan een inschrijver daarvoor een vergoeding te geven.

Voorschrift 3.8 B:
De aanbestedende dienst sluit niet op voorhand iedere vergoeding van inschrijfkosten uit in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding.
Het op voorhand in alle gevallen uitsluiten in de aanbestedingsstukken van een vergoeding van inschrijfkosten indien de aanbesteding ingetrokken wordt, wordt geacht disproportioneel te zijn. Dat betekent niet dat bij terugtrekking van een aanbesteding altijd sprake dient te zijn van een vergoeding. Een eventuele kostenvergoeding bij een ingetrokken aanbesteding is onder meer afhankelijk van de aard van de aanbesteding, de kosten die gemaakt zijn en de omstandigheden waaronder de intrekking heeft plaatsgevonden. Bij de kosten kan het ook gaan om kosten gemaakt nog voordat tot daadwerkelijke inschrijving gekomen is. Bij de intrekkingsomstandigheden is onder andere van belang wanneer en waarom de intrekking plaatsvindt.

Gerelateerd advies
Indien de Gids Proportionaliteit aangepast wordt, adviseert de Adviescommissie om in een additioneel voorwoord een toelichting op te nemen over de aanpassing. Tevens zou daarin alvast een voorschot genomen kunnen worden op mogelijke toekomstige (kleine) aanpassingen in de Gids Proportionaliteit.

Het voorstel van de Adviescommissie daartoe luidt als volgt:

Titelpagina:

Gids Proportionaliteit

2e herziening [maand] 2019

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 1e adviesaanvraag (kenmerk CE/18325492) en wel met betrekking tot 'tenderkostenvergoeding bij te laat ingetrokken aanbestedingen'. Deze aanvraag heeft geleid tot het advies tot aanpassing van paragraaf 3.8 op basis waarvan de Gids Proportionaliteit is gewijzigd. De gewijzigde versie van de Gids wordt aangeduid met 2e herziening [maand] 2019. Eventueel komende wijzigingen worden op een vergelijkbare manier 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*
- *M.A.J. (Marcel) Stuijts MSc, lid Adviescommissie*
- *prof. mr. J.M. (Jan) Hebly, voorzitter*

Den Haag, [datum]