



## Advies Raad van State inzake het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging van de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016

### Nader Rapport

's-Gravenhage, 17 juni 2020  
Nr. WJZ / 20152562

Aan de Koning

#### Nader rapport inzake het ontwerp van een algemene maatregel van bestuur tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging van de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 9 maart 2020, nr. 2020000491, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde ontwerp van een algemene maatregel van bestuur rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 29 april 2020, nr. No.W18.20.0048/IV, bied ik U hierbij aan.

Naar aanleiding van het voorstel vraagt de Afdeling advisering (hierna: de Afdeling), kort gezegd, om verheldering van een onderdeel van de nota van toelichting. In het navolgende ga ik op de opmerking van de Afdeling in. De tekst van het advies treft u hieronder in cursief aan, met tussengevoegd de reactie daarop.

*Bij Kabinetsmissive van 9 maart 2020, no.2020000491, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging van de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016, met nota van toelichting.*

*De herziene Gids Proportionaliteit, die door het wijzigingsbesluit vanwege de herziening opnieuw als richtsnoer wordt aangewezen, verduidelijkt dat bedingen die op voorhand tenderkostenvergoedingen uitsluiten bij een voortijdige intrekking van een aanbesteding niet proportioneel zijn.<sup>1</sup> Deze verduidelijking is nodig omdat het volgens de nota van toelichting in de praktijk voorkomt dat aanbestedende diensten in hun aanbestedingsstukken de uitkering van een kostenvergoeding voor inschrijvers uitsluiten als de aanbesteding wordt ingetrokken.<sup>2</sup>*

*Een kostenvergoeding is volgens de nota van toelichting aan de orde als (i) een inschrijver daadwerkelijk kosten heeft gemaakt en (ii) deze kosten zo aanzienlijk zijn geweest dat een vergoeding ook aan de orde zou zijn geweest als de aanbesteding niet zou zijn ingetrokken.<sup>3</sup> De redenen waarom (of omstandigheden waaronder) intrekking plaatsvindt, worden in dit verband niet genoemd als relevant voor de afweging bepaalde kosten te vergoeden. Echter, de Gids Proportionaliteit noemt de omstandigheden waaronder intrekking plaatsvindt in dit verband wel.<sup>4</sup> Onduidelijk is hoe een en ander zich tot elkaar verhoudt.*

*De Afdeling adviseert de nota van toelichting en de Gids Proportionaliteit op dit punt met elkaar in overeenstemming te brengen en te verduidelijken of de omstandigheden waaronder intrekking plaatsvindt wel of niet relevant zijn voor een tenderkostenvergoeding.*

Er is niet bedoeld in de nota van toelichting af te wijken van het nieuwe voorschrift 3.8B in de Gids Proportionaliteit. Overeenkomstig de tekst van dat voorschrift is de volgende tekst toegevoegd aan de nota van toelichting: '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

<sup>1</sup> Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.8B

<sup>2</sup> Nota van toelichting, paragraaf 2.2.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Gids Proportionaliteit, toelichting bij voorschrift 3.8B.



---

waaronder de intrekking heeft plaatsgevonden. Bij de kosten kan het ook gaan om kosten gemaakt nog voordat tot daadwerkelijke inschrijving gekomen is. Bij de intrekkingssomstandigheden is onder andere van belang wanneer en waarom de intrekking plaatsvindt.'

*De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een opmerking bij het ontwerpbesluit en adviseert daarmee rekening te houden voordat een besluit wordt genomen.*

*De vice-president van de Raad van State,*

Ik moge U hierbij het ontwerpbesluit en de gewijzigde nota van toelichting met bijlagen doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit ontwerp te besluiten.

*De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,  
M.C.G. Keijzer.*



## Advies Raad van State

No. W18.20.0048/IV  
's-Gravenhage, 29 april 2020

Aan de Koning

Bij Kabinetsmissive van 9 maart 2020, no.2020000491, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging van de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016, met nota van toelichting.

De herziene Gids Proportionaliteit, die door het wijzigingsbesluit vanwege de herziening opnieuw als richtsnoer wordt aangewezen, verduidelijkt dat bedingen die op voorhand tenderkostenvergoedingen uitsluiten bij een voortijdige intrekking van een aanbesteding niet proportioneel zijn.<sup>1</sup> Deze verduidelijking is nodig omdat het volgens de nota van toelichting in de praktijk voorkomt dat aanbestedende diensten in hun aanbestedingsstukken de uitkering van een kostenvergoeding voor inschrijvers uitsluiten als de aanbesteding wordt ingetrokken.<sup>2</sup>

Een kostenvergoeding is volgens de nota van toelichting aan de orde als (i) een inschrijver daadwerkelijk kosten heeft gemaakt en (ii) deze kosten zo aanzienlijk zijn geweest dat een vergoeding ook aan de orde zou zijn geweest als de aanbesteding niet zou zijn ingetrokken.<sup>3</sup> De redenen waarom (of omstandigheden waaronder) intrekking plaatsvindt, worden in dit verband niet genoemd als relevant voor de afweging bepaalde kosten te vergoeden. Echter, de Gids Proportionaliteit noemt de omstandigheden waaronder intrekking plaatsvindt in dit verband wel.<sup>4</sup> Onduidelijk is hoe een en ander zich tot elkaar verhoudt.

De Afdeling adviseert de nota van toelichting en de Gids Proportionaliteit op dit punt met elkaar in overeenstemming te brengen en te verduidelijken of de omstandigheden waaronder intrekking plaatsvindt wel of niet relevant zijn voor een tenderkostenvergoeding.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een opmerking bij het ontwerpbesluit en adviseert daarmee rekening te houden voordat een besluit wordt genomen.

*De vice-president van de Raad van State,  
Th.C. de Graaf.*

<sup>1</sup> Gids Proportionaliteit, voorschrift 3.8B.

<sup>2</sup> Nota van toelichting, paragraaf 2.2.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Gids Proportionaliteit, toelichting bij voorschrift 3.8B.



## Tekst zoals toegezonden aan de Raad van State: Besluit van ..., tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging van de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016

Wij Willem-Alexander, bij de gratie Gods, Koning der Nederlanden, Prins van Oranje-Nassau, enz. enz. enz.

Op de voordracht van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 5 maart 2020, nr. WJZ / 20047844;

Gelet op de artikelen 1.10, derde lid, 1.13, derde lid, 1.16, derde lid, en 1.22, eerste lid, van de Aanbestedingswet 2012;

De Afdeling advisering van de Raad van State gehoord (advies van ... nr. ...);

Gezien het nader rapport van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van ..., nr. WJZ /...;

Hebben goedgevonden en verstaan:

### ARTIKEL I

Het Aanbestedingsbesluit wordt als volgt gewijzigd:

A

In artikel 10, eerste lid, wordt 'de Gids proportionaliteit, zoals gepubliceerd in Staatscourant, 2016, nr. 32830', vervangen door 'de Gids proportionaliteit, zoals gepubliceerd in Staatscourant 2020, nr. [PM]<sup>1</sup>'.

B

In artikel 11, eerste lid, wordt 'het Aanbestedingsreglement Werken 2016, zoals gepubliceerd in Staatscourant 2016, nr. 32830', vervangen door 'het Aanbestedingsreglement Werken 2016, zoals gepubliceerd in Staatscourant 2020, nr. [PM]<sup>2</sup>'.

### ARTIKEL II

Dit besluit treedt in werking met ingang van 1 juli 2020.

Lasten en bevelen dat dit besluit met de daarbij behorende nota van toelichting in het Staatsblad zal worden geplaatst.

*De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,*

<sup>1</sup> Hier wordt het Staatscourant nummer, van de bijgevoegde publicatie, ingevoegd wanneer die bekend is.

<sup>2</sup> Idem.



## NOTA VAN TOELICHTING

### 1. Inleiding

De Aanbestedingswet 2012 voorziet in de aanwijzing van richtsnoeren met betrekking tot de invulling van het proportionaliteitsbeginsel, respectievelijk met betrekking tot de plaatsing van overheidsopdrachten voor werken beneden de drempelwaarden. Daaraan is invulling gegeven in artikelen 10 en 11 van het Aanbestedingsbesluit. Deze artikelen wijzen respectievelijk de Gids Proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016 aan. Beide richtsnoeren zijn op onderdelen gewijzigd en opnieuw gepubliceerd. Onderhavig wijzigingsbesluit strekt tot aanwijzing van deze gewijzigde richtsnoeren. De richtsnoeren zijn instructies voor aanbestedende diensten. In het navolgende wordt nader ingegaan op de aard en achtergrond van de wijziging van de Gids Proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016.

### 2. Wijziging Gids Proportionaliteit

#### 2.1 Aanleiding

Op 12 juni 2018 heeft de Tweede Kamer een motie van de leden Van den Berg en Wörsdörfer aanvaard (Kamerstukken II 2018–19, 32 440, nr. 106). Deze motie verzoekt de regering om de mogelijkheid te onderzoeken om voorwaarden die een tenderkostenvergoeding uitsluiten te verbieden, en tevens te bezien hoe kaders voor het bieden van vergoedingen aan rechtsgeldige inschrijvers ingeval van een laattijdige intrekking van een aanbesteding een plek kunnen krijgen in de handreiking Tenderkostenvergoeding dan wel de Gids Proportionaliteit. Om uitvoering aan deze motie te geven, is besloten de Gids Proportionaliteit op het punt van inschrijfvergoedingen aan te passen.

Voor deze aanpassing heb ik advies gevraagd aan de adviescommissie Gids Proportionaliteit. In deze adviescommissie zijn vertegenwoordigers van ondernemers en aanbestedende diensten vertegenwoordigd. De adviescommissie heeft in haar advies een tekstvoorstel gedaan om te verduidelijken dat het opnemen van bedingen die op voorhand tenderkostenvergoedingen uitsluiten bij een voortijdige intrekking van de aanbesteding disproportioneel is. Dit advies heb ik aan de Tweede Kamer toegezonden met mijn brief van 1 februari 2019 (Kamerstukken II 2018–19, 34 252, nr. 11). Het advies van de adviescommissie is overgenomen in de wijziging van de Gids Proportionaliteit. De aanpassing betreft een verduidelijking van de al in de Gids Proportionaliteit opgenomen bepalingen over inschrijfvergoedingen.

#### 2.2 Inschrijfkosten bij ingetrokken aanbestedingen

De Gids Proportionaliteit geeft, ter uitleg van artikel 1.10, tweede lid, onder g, Aanbestedingswet 2012, in voorschrift 3.8 aan dat aanbestedende diensten een vergoeding aanbieden wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen. Uitgangspunt is dat aanbestedende diensten inschrijfkosten beperken, zodat kostenvergoeding niet aan de orde is. Indien aanzienlijke kosten toch onvermijdelijk zijn, kan een vergoeding aan de orde zijn om onevenredige lasten voor de inschrijver te voorkomen. De handreiking tenderkostenvergoedingen die in het kader van het traject Beter Aanbesteden is opgesteld door het regioteam Noordwest (Kamerstukken II 2018–19, 34 252, nr. 9), verduidelijkt dit voorschrift. Deze handreiking biedt aanbestedende diensten praktische handvatten om invulling te geven aan de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit. Ook beveelt de handreiking aan dat aanbestedende diensten en branches zelf beleid en kaders ontwikkelen over tenderkosten.

Het komt in de praktijk voor dat aanbestedende diensten in hun aanbestedingsstukken de uitkering van een kostenvergoeding voor inschrijvers uitsluiten, indien de aanbesteding ingetrokken wordt. Naar 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). Een vergoeding is onder bepaalde voorwaarden wel degelijk aan de orde, te weten:

- als er daadwerkelijk kosten gemaakt zijn, en
- als deze zo aanzienlijk zijn dat een vergoeding ook aan de orde geweest zou zijn als de aanbesteding niet ingetrokken zou zijn.

Aan het oorspronkelijke voorschrift over inschrijfkosten is daarom een nieuw voorschrift toegevoegd (voorschrift 3.8B). Dit nieuwe voorschrift vermeldt expliciet dat het op voorhand uitsluiten van iedere vergoeding van inschrijfkosten disproportioneel is. In het voorschrift wordt daarbij vermeld dat dit niet betekent dat bij terugtrekking van een aanbesteding altijd sprake moet zijn van een vergoeding voor de inschrijver of inschrijvers.



---

### **3. Wijziging Aanbestedingsreglement Werken 2016**

Het Aanbestedingsreglement Werken 2016 (hierna: ARW 2016) wordt gewijzigd met het oog op herstel van verschrijvingen, onjuiste verwijzingen en andere technische gebreken en leemten. De bijlage bij deze toelichting geeft een overzicht van deze wijzigingen. De wijzigingen zijn niet inhoudelijk van aard.

### **4. Bedrijfseffecten en regeldruk**

Het Adviescollege toetsing regeldruk (ATR) constateert dat uit de voorliggende wijziging geen verplichtingen voor bedrijven of burgers voortvloeien. Er is een licht positief effect op regeldruk, doordat de aanpassing van de Gids Proportionaliteit de mogelijkheden voor het uitsluiten van tenderkostenvergoedingen inperkt. Aangezien tenderkostenvergoedingen beschouwd kunnen worden als een compensatie voor regeldruk, zorgt deze aanpassing voor een lichte vermindering van regeldruk.

*De Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat,*



## BIJLAGE

### Overzicht wijzigingen ARW2016

- **Leeswijzer, onder algemeen:** in eerste zin van de tweede alinea is het woord 'bij' verwijderd.
- **Artikel 2.9.3 (Europese en nationale kolom):** dit artikel kwam twee keer voor. Het tweede artikel is in beide gevallen vernummerd tot 2.9.4.
- **Artikel 2.14.1 en 2.14.2 (Europese kolom):** deze zijn overgenomen in de nationale kolom. Het effect daarvan is dat de verwijzingen naar deze artikelen in de artikelen 2.13.7 sub f, 3.13.7 sub f, 4.13.7 sub f, 5.13.7 sub f, 6.12.7 sub f, 8.13.7 sub f en 14.9.7 sub f (nationale kolom) kloppen.
- **Artikel 2.21.3, 3.22.3, 4.22.3, 5.22.3, 6.19.3, 8.22.3, 12.17.3, 13.18.3 en 14.18.3 (Europese en nationale kolom):** in deze artikelen is de passage '..., voor zover het de in dat onderdeel genoemde lijst betreft, ...' toegevoegd, in overeenstemming met artikel 2.85, derde lid, Aanbestedingswet 2012.
- **Artikel 3.11.2 (Europese en nationale kolom):** het woord 'het' vóór 'de geschiktheid' is verwijderd.
- **Artikel 3.21.1 (nationale kolom):** dit artikel verwees ten onrechte naar artikel 3.20.3. Die verwijzing is verwijderd en er is een verspringing en een vernummering in de artikelsgewijze toelichting doorgevoerd.
- **Artikel 3.22.8 (Europese en nationale kolom):** de woorden 'in de' vóór 'bewijsmiddelen' zijn verwijderd.
- **Artikel 3.28.1 onder d, artikel 4.28.1 onder d, artikel 5.28.1 onder d, artikel 6.23.1 onder d, artikel 8.28 onder d, artikel 15.13.1 onder d (Europese kolom):** aan het einde van deze artikelen is een puntkomma toegevoegd.
- **Artikel 5.1.6 (Europese en nationale kolom):** de verwijzingen in deze artikelen zijn gecorrigeerd, waarbij artikel 5.1.6 in de nationale kolom is vernummerd tot 5.1.7.
- **Artikel 5.4.2 (Europese en nationale kolom):** de verwijzingen in deze artikelen zijn gecorrigeerd, waarbij artikel 5.4.2 in de nationale kolom is vernummerd tot 5.4.3.
- **Artikel 5.14.1 (Europese en nationale kolom):** dit artikel is vernummerd tot 5.15.1.
- **Artikel 5.20.3 (Europese kolom) en artikel 5.20.4 (nationale kolom):** na de eerste komma in deze artikelen is een spatie toegevoegd.
- **Artikel 5.21.1 (Europese en nationale kolom):** de verwijzingen in deze artikelen zijn gecorrigeerd, waarbij artikel 5.21.1 in de nationale kolom is vernummerd tot 5.21.2.
- **Artikel 5.29 (Europese en nationale kolom):** dit artikel is vernummerd tot 5.30. Het tweede lid is vernummerd tot 5.30.2.
- **Artikel 5.41.4 (Europese kolom):** dit artikel is vernummerd tot 5.41.5, waarbij 5.41.4 en 5.41.6 vernummerd zijn tot 5.41.5 en 5.41.7.
- **Artikel 6.1.5 (Europese en nationale kolom):** de verwijzingen in deze artikelen zijn gecorrigeerd, waarbij artikel 6.1.5 in de nationale kolom is vernummerd tot 6.1.6.
- **Artikel 8.21.1 (Europese en nationale kolom):** de verwijzingen in deze artikelen zijn gecorrigeerd, waarbij artikel 8.21.1 in de nationale kolom is vernummerd tot 8.21.2.
- **Artikel 8.24.3 en 8.24.4 (Europese kolom):** deze artikelen waren ten onrechte opgenomen. Ze zijn verwijderd en de overige artikelen zijn vernummerd.
- **Artikel 8.30 (Europese en nationale kolom):** het eerste lid is vernummerd tot 8.30.1.
- **Artikel 8.322 (Europese en nationale kolom):** nummering gecorrigeerd tot artikel 8.32.2.
- **Artikel 8.40.4 (Europese en nationale kolom):** de (onjuiste) verwijzing naar artikel 8.40.3 is vervangen door een verwijzing naar 'voorgaande leden in dit artikel'.
- **Artikel 11.6.3 en artikel 11.6.4 (Europese en nationale kolom):** hiertussen is een witregel opgenomen.
- **Artikel 13.19.5 (Europese kolom):** aan het einde van het artikel is een punt verwijderd.
- **Artikel 11.3.7 (nationale kolom):** de nummering van dit artikel is gecorrigeerd naar artikel 14.4.7.
- **Artikel 15.9.2 (Europese en nationale kolom):** de verwijzing in de kantlijn is verwijderd.
- **Artikel 15.22.1 en 15.22.2 (Europese en nationale kolom):** hiertussen is een witregel opgenomen.
- **Artikel 15.24.1 (Europese en nationale kolom):** het artikel was ten onrechte dikgedrukt. Dit is gecorrigeerd.
- **Deel III, Inleiding:** de woorden 'gepubliceerd op' na 'richtlijnen werden' zijn verwijderd.
- **Deel III, paragraaf 4.1, onder Hoofdstuk 4:** het woord 'verloop' is vervangen door 'verloopt' en het woordje 'te' is toegevoegd vóór 'kunnen laten vallen'.
- **Deel III, paragraaf 4.1, onder Hoofdstuk 9 en 10:** de punt achter de titel is weggehaald.
- **Deel III, paragraaf 4.1, onder Hoofdstuk 14 en 15:** de puntkomma achter de titel is weggehaald.
- **Deel III, paragraaf 4.3, onder 2:** het woord 'site' is vervangen door 'website' en 'aanmondiging' is vervangen door 'aankondiging'.
- **Deel IV, onder Nadere inlichtingen ten behoeve van de inschrijving:** 'proces verbaal' is vervangen door 'proces-verbaal'.