

# Evaluatie stelsel van wijziging Gids proportionaliteit

Eindrapport

# Evaluatie stelsel van wijziging Gids proportionaliteit

Eindrapport

Den Haag, 23 / 04 / 2021

Auteur: Rogier van Schelven  
Janine Mulder  
Frederique Uyterlinde  
Kevin Hofman

# Managementsamenvatting

## Achtergrond

Bij aanbesteden moeten aanbestedende diensten het beginsel van proportionaliteit in acht nemen. Dit beginsel houdt in dat keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die hij stelt bij een aanbesteding, in redelijke verhouding dienen te staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht. Deze algemene regel is te vinden in de Aanbestedingswet 2012. De Gids proportionaliteit (hierna: de Gids) geeft hier invulling aan. In het Aanbestedingsbesluit is de Gids als verplicht te volgen richtsnoer aangewezen. De Gids is oorspronkelijk opgesteld als handreiking door een schrijfgroep. De schrijfgroep bestond uit vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, aanbestedende diensten en een onafhankelijk voorzitter. De schrijfgroep is in januari 2017 door de minister van EZ omgezet in een adviescommissie. De minister van EZ (nu EZK) is verantwoordelijk voor het juist implementeren van de Europese aanbestedingsregels. Daarom ligt het volgens het ministerie in de rede dat de minister verantwoordelijk is voor wijzigingen aan de Gids. De adviescommissie brengt gevraagd en ongevraagd advies uit over voorgenomen of mogelijke wijzigingen aan de Gids. Sinds de instelling van de adviescommissie in januari 2017 zijn twee adviesaanvragen gedaan waar de adviescommissie vervolgens een advies over heeft gegeven, één inzake tenderkostenvergoedingen (2018) en één inzake rechtsverwerkingsclausules (2020).

Het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit bestaat uit alle stappen die nodig zijn om te komen tot een wijziging. Uitgangspunt is dat als het ministerie van EZK wijzigingen wenst aan te brengen in de Gids, dit niet kan zonder advisering van de adviescommissie. Er wordt dan een adviesaanvraag gedaan. Op basis van een adviesaanvraag voor een voorgestelde wijziging brengt de adviescommissie haar advies uit. De commissie kan ook ambtshalve (ongevraagd) advies uitbrengen over mogelijke wijzigingen aan de Gids. Het ministerie van EZK verwerkt het advies van de adviescommissie in het wijzigingsvoorstel. Indien het ministerie afwijkt van het advies, dient dit gemotiveerd te worden. Middels de verplicht gestelde voorhangprocedure bij de Eerste en Tweede Kamer wordt parlementaire controle op de wijziging geborgd. De voorhangprocedure kan leiden tot verdere wijzigingen aan het Ontwerpbesluit. Vervolgens wordt het Ontwerpbesluit door het ministerie van EZK aan de Raad van State voorgelegd. Ten slotte voert het ministerie de wijziging door en volgt een publicatie in de Staatscourant en het Staatsblad.

## Onderzoeksvragen en onderzoeksaanpak

De centrale onderzoeksvragen van deze evaluatie zijn:

- In hoeverre is het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit doeltreffend?
- Welke lessen en aanbevelingen kunnen uit de evaluatie worden getrokken met het oog op de (her)benoeming van leden in juni 2021?

KWINK groep voerde dit onderzoek uit in de periode december 2020 tot en met april 2021. De conclusies en aanbevelingen zijn tot stand gekomen op grond van een analyse van relevante feiten en percepties. De feiten zijn verzameld aan de hand van een bronnenonderzoek. De percepties zijn in kaart gebracht via verkennende gesprekken met de adviescommissie en het ministerie van EZK en verdiepende gesprekken met stakeholders uit de aanbestedingspraktijk zoals aanbestedende diensten, inschrijvers en (juridische) experts.

## Conclusies

Het doel van het stelsel van wijziging van de Gids is niet expliciet beschreven. Om een uitspraak over de doeltreffendheid te kunnen doen, hebben we daarom een reconstructie gemaakt van het doel. Op basis van het Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit en amendementen van leden van de Tweede

Kamer zien wij drie doelen van het stelsel van wijziging. Hierna schetsen we de doelen en onze conclusie over de mate waarin de doelen zijn bereikt:

### **Doel 1. Betrokkenheid van en draagvlak bij de aanbestedingspraktijk**

Conclusie: Het stelsel draagt bij aan draagvlak en betrokkenheid van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk bij wijzigingen van de Gids. De instelling van de adviescommissie met vertegenwoordiging vanuit zowel aanbestedende diensten als inschrijvers is een waarborg voor de betrokkenheid. Er is breed draagvlak van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk voor de adviescommissie. Een kanttekening hierbij is dat – gelet op de breedte van het werkveld – de instelling van een adviescommissie met vier leden geen waarborg vormt voor de betrokkenheid van alle typen stakeholders uit de aanbestedingspraktijk. Specifiek geven aanbestedende diensten vanuit Rijk en speciale-sectoren aan in mindere mate betrokken te zijn in de huidige samenstelling van de adviescommissie. Twee aandachtspunten zijn dat naast de samenstelling van de adviescommissie de betrokkenheid van stakeholders in het stelsel niet formeel is georganiseerd. Daarnaast is het stelsel niet expliciet beschreven, daarmee is de werking van het stelsel niet goed herleidbaar (niet inzichtelijk) voor stakeholders uit de aanbestedingspraktijk.

### **Doel 2. Uitsluiten van de mogelijkheid tot eenzijdig aangebrachte wijzigingen in de Gids**

Conclusie: Het stelsel van wijziging draagt bij aan het uitsluiten van eenzijdige wijzigingen van de Gids proportionaliteit. Er zijn twee waarborgen voor het uitsluiten van eenzijdige wijzigingen in de Gids door de staatssecretaris. Allereerst kan de inhoud van de Gids alleen na advies van de adviescommissie worden gewijzigd. Indien het ministerie afwijkt van het advies, dient dit gemotiveerd te worden. Ten tweede dient een inhoudelijke wijziging van de Gids voorgehangen te worden in de Eerste Kamer en de Tweede Kamer.

### **Doel 3. Een positieve bijdrage aan het begrip en de toepassing van het Europese proportionaliteitsbeginsel**

Conclusie: Over dit doel kan geen harde uitspraak worden gedaan. Ten eerste levert met name de Gids een belangrijke bijdrage aan het begrip en de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Het beeld is dat de kwaliteit van de Gids goed is. Ook wordt aangegeven dat de professionaliteit van aanbestedende diensten en inschrijvers bij de invulling van het proportionaliteitsbeginsel van belang is. Beide zijn geen onderwerp van dit onderzoek geweest. Ten tweede is de casuïstiek om uitspraken te doen over de bijdrage van het stelsel nog beperkt. Daarbij is de tot nu toe doorgevoerde wijziging (tenderkostenvergoeding) recent (1 juli 2020) in werking getreden. Het is te kort dag om uitspraken over het effect van deze wijziging op de proportionele toepassing van de tenderkostenvergoeding te doen. Wel zijn er signalen over de impact van deze wijziging. Veel aanbestedende diensten geven aan dat ze voorafgaand aan de wijziging al conform de wijziging handelden. Een aantal aanbestedende diensten heeft naar aanleiding van de wijziging aanpassingen gemaakt in aanbestedingsdocumenten. Inschrijvers geven aan vooralsnog een beperkte impact van de wijziging te zien. Wel geven zij aan dat de wijziging van belang is omdat ze er naar kunnen verwijzen als de invulling (mogelijk) niet in lijn is met de uitwerking in Gids.

## **Lessen en aanbevelingen**

We bevelen aan om het stelsel van wijziging en de kernelementen zoals de rol van de adviescommissie en de voorhangprocedure te behouden. Op grond van deze evaluatie – en de beperkte casuïstiek – zien we geen zwaarwegende argumenten om de kernelementen aan te passen. De zes aanbevelingen en lessen die we hierna formuleren richten zich daarom op het verbeteren van de werking van het huidige stelsel.

- 1. Verken mogelijkheden om een ‘laagdrempelige’ betrokkenheid van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk te organiseren binnen het huidige stelsel.** Bezien kan worden hoe de adviescommissie de betrokkenheid van verschillende typen aanbestedende diensten vorm kan geven. Bijvoorbeeld door te overleggen met partijen zoals speciale sectorbedrijven en Rijksoverheid (ook uitvoeringsorganisaties) over (concept) adviezen of voorstellen voor wijzigingen van de Gids. Het

ministerie van EZK dient vanuit haar positie de randvoorwaarden te creëren waarbinnen de adviescommissie de georganiseerde betrokkenheid van stakeholders kan vormgeven.

2. **Zorg voor meer bekendheid en transparantie voor het stelsel en de wijzigingen.** Het is momenteel niet goed herleidbaar voor stakeholders uit de aanbestedingspraktijk hoe het stelsel in de praktijk werkt. We bevelen daarom aan om het doel en de werking van het stelsel expliciet te beschrijven. Dit maakt het stelsel van wijziging kenbaar en transparant.
3. **Let op de volgende punten bij het inrichten van het proces voor (her)benoeming van leden van de adviescommissie.** De benoeming van de huidige leden loopt af per 1 juni 2021. We bevelen aan om duidelijke criteria (een profiel) en een procedure voor (her)benoeming van leden en voorzitter te formuleren. Aandachtspunten bij dit proces zijn het uitwerken van de wijze waarop de (her)benoeming van leden vanuit aanbestedende diensten plaatsvindt en vernieuwing met oog voor continuïteit. We bevelen aan om een rooster van aftreden vast te stellen, zodat de adviescommissie en EZK zich bewust zijn van de zittingstermijnen en leden op tijd (her)benoemd of vervangen kunnen worden.
4. **Zet in op het verbeteren van de samenwerking tussen het ministerie van EZK en de adviescommissie.** Het uitgangspunt in de relatie zou volgens ons moeten zijn: elkaar niet verrassen. Het is van belang dat beide partijen met elkaar bespreken hoe de samenwerking vorm kan krijgen. Wat zijn de wensen en verwachtingen? Welke mogelijkheden zien beide partijen om hier invulling aan te geven zonder afbreuk te doen aan de onafhankelijk van de adviescommissie en de verantwoordelijkheid van het penvoerderschap van het ministerie? We raden ook frequenter structureel overleg aan tussen de adviescommissie en het ministerie van EZK, gericht op het uitwisselen van kennis en relevante ontwikkelingen. Als het gaat om de invulling van het secretariaat door het ministerie dan raden we aan om deze rol te laten vervullen door een beleidsmedewerker met kennis van het dossier, die weet wat de stand van zaken is van een advies(aanvraag) én verbindingen kan leggen met andere medewerkers binnen het ministerie. Kortom, een inhoudelijke gesprekspartner.
5. **Behoud balans tussen flexibiliteit en stabiliteit van de inhoud van de Gids.** De aanbestedingspraktijk ontwikkelt zich. Er komen nieuwe thema's op zoals circulariteit, duurzaamheid, innovatie, maatschappelijk verantwoord inkopen, et cetera. Het is van belang dat de regelgeving hierop kan inspelen en dat heeft wellicht ook weerslag op het beginsel van proportionaliteit. Het is daarom van toegevoegde waarde dat de Gids een levend document is dat gewijzigd kan worden. Tegelijkertijd is het vanuit de aanbestedingspraktijk bezien wenselijk dat regelgeving bestendig is. Hierop kan worden ingespeeld door bijvoorbeeld één keer per jaar een gewijzigde versie te publiceren op een vast moment.
6. **Periodieke evaluatie is wenselijk.** Gesprekspartners zijn over het algemeen van mening dat een periodieke evaluatie van de Gids en het stelsel van wijziging wenselijk is. In de eerste plaats wordt genoemd dat het van toegevoegde waarde is om de Gids periodiek te evalueren zodat integraal kan worden bezien of de inhoud van de Gids nog aansluit bij de aanbestedingspraktijk. Het is van belang om stakeholders uit de aanbestedingspraktijk bij een dergelijke evaluatie te betrekken.

# Inhoud

Managementsamenvatting	3
1. Inleiding	7
1.1. Achtergrond	7
1.2. Doel en onderzoeksvragen	7
1.3. Onderzoeksaanpak	8
1.4. Leeswijzer	9
2. Het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit	10
2.1. Achtergrond, doel en beschrijving van het stelsel van wijziging	10
2.2. Rol van partijen in het stelsel	12
2.3. Praktijk van het stelsel van wijziging	15
3. Bevindingen	18
3.1. Adviesaanvragen en opvolging adviezen	18
3.2. Adviezen en adviescommissie	20
3.3. Samenwerking adviescommissie en ministerie van EZK	21
3.4. Draagvlak in de aanbestedingspraktijk	22
3.5. Betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk	23
3.6. Wettelijke verankering en voorhangprocedure	24
4. Conclusies en aanbevelingen	26
4.1. Conclusies over doeltreffendheid	26
4.2. Lessen en aanbevelingen	28
Bijlage I: Overzicht bronnen	30
Bijlage II: Gesprekspartners	32
Bijlage III: Casuïstiek	33

# 1. Inleiding

Dit rapport bevat de bevindingen van de evaluatie van het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit. In dit inleidende hoofdstuk gaan wij in op de aanleiding voor de evaluatie, de scope van het onderzoek en de onderzoeksvragen en -aanpak. We sluiten af met een leeswijzer voor het vervolg van het rapport.

## 1.1. Achtergrond

De Gids proportionaliteit (hierna: de Gids) is sinds 2013 het verplichte richtsnoer dat gebruikt dient te worden door aanbestedende diensten. Een verplicht richtsnoer houdt in dat aanbestedende diensten zich moeten houden aan de voorschriften in de Gids.<sup>1</sup> Aanbestedende diensten mogen alleen gemotiveerd afwijken van deze voorschriften. De Gids is oorspronkelijk opgesteld als handreiking door een schrijfgroep. De schrijfgroep bestond uit vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, aanbestedende diensten en een onafhankelijk voorzitter.<sup>2</sup> De schrijfgroep is in januari 2017 omgezet in een adviescommissie. Volgens het ministerie van EZ paste dit bij de wettelijke verankering van de Gids en bij de verantwoordelijkheid van het ministerie voor het beleid in de aanbestedingspraktijk. Door het instellen van een adviescommissie ligt het initiatief tot wijzigingen aan de Gids bij het ministerie. De adviescommissie brengt gevraagd en ongevraagd advies uit over voorgenomen of mogelijke wijzigingen aan de Gids.<sup>3</sup>

Het stelsel van wijziging van de Gids bestaat uit alle stappen die nodig zijn om te komen tot een wijziging. Van adviesaanvraag tot een wijziging in de Gids. De verschillende stappen zijn uitgewerkt in hoofdstuk 2.

## 1.2. Doel en onderzoeksvragen

Het doel van dit onderzoek is om het stelsel van wijziging van de Gids te evalueren. De gehele procedure van wijziging van de Gids valt onder de scope van dit onderzoek. Daartoe behoort ook de werkwijze van de adviescommissie. De evaluatie richt zich niet op individuele leden binnen de adviescommissie. De schrijfgroep die de adviescommissie voorging, valt eveneens buiten de scope van deze evaluatie. De evaluatie richt zich op de periode 23 februari 2017 tot en met 31 maart 2021.

---

<sup>1</sup> Adviescommissie Gids proportionaliteit (2020). *Gids Proportionaliteit, 2<sup>e</sup> Herziening*.

<sup>2</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32 440, nr. 95.

<sup>3</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32 440, nr. 95.

In het onderzoek zijn twaalf onderzoeksvragen geformuleerd. De centrale onderzoeksvragen van deze evaluatie zijn:

- In hoeverre is het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit doeltreffend?
- Welke lessen en aanbevelingen kunnen uit de evaluatie worden getrokken met het oog op de (her)benoeming van leden in juni 2021?

Onderstaande tabel geeft aan in welke paragrafen de onderzoeksvragen worden beantwoord.

Onderzoeksvragen	Paragraaf
1. Wanneer wordt door EZK advies ingewonnen bij de adviescommissie?	3.1
2. Hoe voert de adviescommissie Gids haar taken zoals benoemd in het instellingsbesluit uit?	3.2
3. Hoe wordt door de adviescommissie invulling gegeven aan de advisering op aanvraag door het ministerie (en wat is de kwaliteit van deze adviezen)?	3.2
4. Wanneer en hoe wordt door de adviescommissie invulling gegeven aan de ambtshalve advisering (en wat is de kwaliteit van deze adviezen)?	3.2
5. In welke mate vertegenwoordigt de adviescommissie Gids het werkveld en is er voldoende draagvlak voor de adviescommissie bij het werkveld?	3.4
6. Hoe gaat het ministerie van EZK om met de adviezen van de adviescommissie en is hier ruimte voor verbetering?	3.1
7. Hoe is de relatie tussen het ministerie van EZK en de adviescommissie Gids?	3.3.
8. In hoeverre is de wettelijke verankering en voorhangprocedure, waarbij de Tweede Kamer ook naar de inhoud van de Gids kan kijken, een toegevoegde waarde?	3.6
9. Worden de stakeholders uit de aanbestedingspraktijk (inclusief speciale-sector bedrijven) voldoende betrokken bij (advisering over) wijziging van de Gids?	3.5
10. Zo nee, hoe kan dit verbeterd worden? Welke partij (adviescommissie en/of EZK) kan hier het beste verantwoordelijk voor zijn en in welke fase van het proces?	3.5 en 4.2
11. In hoeverre is het stelsel van wijziging van de Gids doeltreffend? <i>Onder doeltreffendheid verstaan we: de mate waarin het doel van het stelsel wordt bereikt door het stelsel. Het doel van het stelsel is beschreven in paragraaf 2.1.</i>	4.1
12. Welke lessen en aanbevelingen kunnen uit de evaluatie worden getrokken met het oog op de herbenoeming van de leden in juni 2020? Specifiek: is een periodieke evaluatie van het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit gewenst?	4.2

### 1.3. Onderzoeksaanpak

KWINK groep voerde dit onderzoek uit in de periode december 2020 tot en met april 2021. Wij hebben de volgende methoden toegepast om de onderzoeksvragen te beantwoorden:

- **Bronnenonderzoek.** Op grond van openbare en door het ministerie van EZK en de adviescommissie beschikbaar gestelde documenten hebben wij de feiten en cijfers in kaart gebracht die betrekking hebben op het stelsel van wijziging van de Gids. In bijlage I is een overzicht van bronnen te vinden.



- **Verkennde gesprekken.** Bij aanvang van het onderzoek hebben wij enkele verkennende gesprekken gevoerd met het ministerie van EZK en de adviescommissie. Hiermee hebben wij inzicht verkregen in het doel van het stelsel en de onderwerpen die spelen.
- **Verdiepende gesprekken.** Na de verkennende gesprekken hebben wij verdiepende gesprekken gevoerd met het ministerie van EZK en de adviescommissie, evenals zeventien gesprekken met stakeholders uit de aanbestedingspraktijk. Wij hebben gesproken met verschillende aanbestedende diensten, inschrijvers en (juridische) experts op het gebied van aanbesteden. Deze partijen hebben soms een nauwe relatie met bijvoorbeeld leden van de adviescommissie. We hebben er daarom voor gekozen om alle gesprekspartners niet herleidbaar terug te laten komen in deze rapportage. We hanteren de term de ‘aangebestedingspraktijk’ als het gaat om zowel aanbestedende diensten als inschrijvers. Als de percepties niet afkomstig zijn uit beide groepen, dan benoemen we dat het gaat om ofwel aanbestedende diensten of inschrijvers. In bijlage II is een overzicht van gesprekspartners te vinden.

## 1.4. Leeswijzer

In hoofdstuk 2 beschrijven we de totstandkoming en het doel van het stelsel, gaan we in op de rollen van betrokken partijen, en lichten we kort de praktijk van het stelsel toe. Hoofdstuk 3 bevat onze bevindingen van de verschillende onderdelen van het stelsel van wijziging. In hoofdstuk 4 delen wij vervolgens onze conclusies over doeltreffendheid en aanbevelingen over het geheel van het stelsel van wijziging. Bijlage I bevat een overzicht van de geraadpleegde bronnen en bijlage II een lijst van gesprekspartners. Tot slot bevat bijlage III een gedetailleerde beschrijving van de casuïstiek.

# 2. Het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit

Het onderwerp van deze evaluatie is het stelsel van wijziging van de Gids. In dit hoofdstuk beschrijven we de totstandkoming en het doel van het stelsel. Vervolgens gaan we in op de rollen van betrokken partijen. Tot slot lichten we kort de praktijk van het stelsel toe.

## 2.1. Achtergrond, doel en beschrijving van het stelsel van wijziging

### Achtergrond van het stelsel

Bij het daadwerkelijk op de markt zetten van een overheidsopdracht worden eisen en voorwaarden geformuleerd. Bij de invulling hiervan speelt het proportionaliteitsbeginsel een belangrijke rol. Dit beginsel houdt in dat keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die hij stelt bij een aanbesteding, in redelijke verhouding dienen te staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht. Deze algemene regel is te vinden in de Aanbestedingswet 2012 zelf, in de artikelen 1.10 voor Europese aanbestedingen en 1.13 voor nationale aanbestedingen met uitzondering van meervoudig onderhandse aanbestedingen, dat is geregeld in 1.16.<sup>4</sup>

De minister van Economische Zaken (EZ) kondigde in **2011** bij het wetsvoorstel van de Aanbestedingswet 2012 aan dat een handreiking voor de interpretatie van het Europese proportionaliteitsbeginsel samengesteld zou worden.<sup>5</sup> Er werd een schrijfgroep samengesteld bestaande uit vertegenwoordigers van de aanbestedingspraktijk. De schrijfgroep bestond uit vijf leden: twee personen uit het bedrijfsleven, twee medewerkers van aanbestedende diensten, en een onafhankelijke voorzitter. De handreiking kreeg als titel de 'Gids proportionaliteit'. De inhoud van de Gids is getoetst en onderschreven door een door de minister samengestelde klankbordgroep, bestaande uit vertegenwoordigers van het bedrijfsleven en aanbestedende diensten, evenals enkele adviseurs. De minister beoogde daarmee een zo breed mogelijk draagvlak voor de Gids te waarborgen.<sup>6</sup>

De eerste versie van de Gids werd in **2011** verstuurd naar de Tweede Kamer.<sup>7</sup> De Gids was bedoeld als flankerend beleid. Op basis van een amendement is besloten om de Gids als verplicht richtsnoer aan te wijzen.<sup>8</sup> Dit betekent dat aanbestedende diensten zich moeten houden aan de voorschriften van de Gids.<sup>9</sup> Het beeld was namelijk dat een gebrek aan uniformiteit bestond in de door aanbestedende diensten gestelde eisen. Een verplichte toepassing van de Gids diende te zorgen voor meer uniformiteit in aanbestedingen.<sup>10</sup> Om de Gids geschikt te maken voor deze verplichte toepassing moesten er voorschriften aan de Gids worden toegevoegd

<sup>4</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit – Toelichting*.

<sup>5</sup> Ministerie van EZ (2010). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 32 440, nr. 2.

<sup>6</sup> Ministerie van EZ (2011). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 32 440, nr. 12.

<sup>7</sup> Ministerie van EZ (2011). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 32 440, nr. 14.

<sup>8</sup> Tweede Kamer (2012). *Nader gewijzigd amendement van de leden Schouten en Ziengs ter vervanging van nr. 24 over het aanwijzen van de Gids Proportionaliteit als wettelijk richtsnoer*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, nr. 50.

<sup>9</sup> Adviescommissie Gids proportionaliteit (2020). *Gids Proportionaliteit, 2<sup>e</sup> Herziening*.

<sup>10</sup> Tweede Kamer (2012). *Nader gewijzigd amendement van de leden Schouten en Ziengs ter vervanging van nr. 24 over het aanwijzen van de Gids Proportionaliteit als wettelijk richtsnoer*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, nr. 50.

waarvan door aanbestedende diensten alleen gemotiveerd kan worden afgeweken. Op verzoek van het ministerie van EZK heeft de schrijfgroep deze voorschriften opgesteld. Met deze wijzigingen beoogden het ministerie en de schrijfgroep om de richtlijnen in de Gids te concretiseren en beter toepasbaar te maken voor aanbestedende diensten. Uiteindelijk is in **2013** de Gids in het Aanbestedingsbesluit aangewezen als verplicht richtsnoer.<sup>11</sup> In maart **2014** is de Gids herzien naar aanleiding van aanpassingen in de Europese richtlijnen voor aanbesteden. Op basis hiervan is in **2016** de Aanbestedingswet aangepast en vervolgens is ook de Gids herzien.<sup>12,13</sup>

In **januari 2017** is door de minister van EZ de externe schrijfgroep veranderd in een formele adviescommissie.<sup>14</sup> De samenstelling bleef hetzelfde. De minister van EZ (nu EZK) is verantwoordelijk voor het juist implementeren van de Europese aanbestedingsregels. Daarom ligt het volgens het ministerie in de rede dat de minister verantwoordelijk is voor wijzigingen aan de Gids.<sup>15</sup> Bij het instellen van de adviescommissie werd op verzoek van de Tweede Kamer bepaald dat ook bij toekomstige aanpassingen zowel aanbestedende diensten als ondernemers betrokken dienen te zijn. Gelet op dit belang van de betrokkenheid van de praktijk is daarom de adviescommissie opgericht. Deze adviescommissie brengt gevraagd en ongevraagd (ambtshalve) advies uit aan de minister over voorgenomen of mogelijke wijzigingen aan de Gids.<sup>16</sup>

Op verzoek van de Tweede Kamer is daarnaast besloten een verplichte voorhangprocedure in te stellen. De voorhangprocedure houdt in dat de Eerste en Tweede Kamer de mogelijkheid krijgen zich uit te spreken over het concept wijzigingsbesluit van het Aanbestedingsbesluit met daarin de voorgestelde wijziging van de Gids. Voordat dit Ontwerpbesluit wordt voorgedragen aan de Raad van State krijgen beide Kamers minimaal vier weken de tijd om op de wijziging te reageren.<sup>17</sup> Een voorhangprocedure is niet per definitie verplicht bij wijzigingen aan een Algemene Maatregel van Bestuur (AMvB). In een motie gaf kamerlid Ziengs in 2017 aan dat een verplichte voorhangprocedure wenselijk is om eenzijdig aangebrachte wijzigingen aan de Gids uit te sluiten.<sup>18</sup> Vervolgens is deze voorhangprocedure wettelijk verankerd in de Aanbestedingswet 2012.<sup>19</sup>

### Doel van het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit

Het huidige stelsel is het resultaat van de hierboven genoemde ontwikkelingen. Het ministerie van EZK omschrijft het stelsel als volgt: *“Elke wijziging in de Gids proportionaliteit zal worden voorgelegd aan de adviescommissie. Het door de adviescommissie uitgebrachte advies wordt door de minister verstrekt aan de Tweede Kamer. Het ligt voor de hand om dit advies mee te sturen met de wijziging van het Aanbestedingsbesluit als deze conform de Aanbestedingswet 2012 wordt voorgehangen bij de Eerste en Tweede Kamer. Op deze wijze kunnen de Eerste en Tweede Kamer zich uitspreken over het gehele pakket. De adviescommissie krijgt daarnaast de taak om ongevraagd advies uit te brengen aan de minister. Deze werkwijze zorgt ervoor dat de penvoering bij de minister ligt, maar garandeert tegelijkertijd betrokkenheid van de praktijk bij de Gids proportionaliteit. Met de oprichting van deze adviescommissie wordt ook voldaan aan de wens van de Tweede Kamer zoals deze is geuit in de motie Ziengs” (Kamerstukken II 2016/17, 32 440, nr. 97).*<sup>20</sup>

Het doel van het stelsel is niet expliciet beschreven. Om een uitspraak over de doeltreffendheid te kunnen doen, hebben we daarom een reconstructie gemaakt van het doel. Op basis van het Instellingsbesluit

<sup>11</sup> Ministerie van EZ (2013). *Aanbestedingsbesluit*. Artikel 10, eerste lid.

<sup>12</sup> Ministerie van EZ (2015). *Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 3.

<sup>13</sup> Schrijfgroep Gids Proportionaliteit (2016). *Gids Proportionaliteit, 1<sup>e</sup> Herziening*.

<sup>14</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32 440, nr. 95.

<sup>15</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit – Toelichting*.

<sup>16</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32440, nr. 95.

<sup>17</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32440, nr. 97.

<sup>18</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32440, nr. 97.

<sup>19</sup> Aanbestedingswet 2012 (2012). Artikel 1.10, vijfde lid; artikel 1.13, vijfde lid; artikel 1.16, vijfde lid.

<sup>20</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit*.

Adviescommissie Gids proportionaliteit en amendementen van leden van de Tweede Kamer<sup>21</sup> zien wij de volgende doelen van het stelsel van wijziging:

1. betrokkenheid van en draagvlak bij de aanbestedingspraktijk;
2. uitsluiten van de mogelijkheid tot eenzijdig aangebrachte wijzigingen in de Gids; en
3. een positieve bijdrage aan het begrip en de toepassing van het Europese proportionaliteitsbeginsel.

### Beschrijving stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit

Sinds de instelling van de adviescommissie in 2017 worden de volgende stappen doorlopen bij (voorgenomen) wijzigingen van de Gids:

1. **Adviesaanvraag.** Indien het ministerie van EZK wijzigingen wenst aan te brengen in de Gids, kan dit niet zonder advisering van de adviescommissie. Er wordt dan een adviesaanvraag gedaan.
2. **Advies door de adviescommissie.** Op basis van een adviesaanvraag voor een voorgestelde wijziging brengt de adviescommissie haar advies uit. De commissie kan ook ambtshalve (ongevraagd) advies uitbrengen over mogelijke wijzigingen aan de Gids.
3. **Verwerking door EZK.** Het ministerie van EZK verwerkt het advies van de adviescommissie in het wijzigingsvoorstel. Indien het ministerie afwijkt van het advies, dient dit gemotiveerd te worden.
4. **Voorhangprocedure.** Middels de verplicht gestelde voorhangprocedure bij de Eerste en Tweede Kamer wordt parlementaire controle op de wijziging geborgd.
5. **Wijziging Gids.** De voorhangprocedure kan leiden tot verdere wijzigingen aan het Ontwerpbesluit. Vervolgens wordt het Ontwerpbesluit door het ministerie van EZK aan de Raad van State voorgelegd. Ten slotte voert het ministerie de wijziging door en volgt een publicatie in de Staatscourant en het Staatsblad. Dit vindt in principe plaats op één van de vaste verandermomenten: 1 januari of 1 juli.

Hierna beschrijven we de rollen van de partijen die bij het stelsel betrokken zijn.

## 2.2. Rol van partijen in het stelsel

### 2.2.1. Ministerie van EZK

Het penvoerderschap voor wijzigingen aan de Gids is belegd bij de Staatssecretaris van het ministerie van EZK. Het penvoerderschap houdt in dat het initiatief tot wijzigingen in beginsel bij het ministerie ligt. Een voorgenomen wijziging wordt voorgelegd aan de adviescommissie.<sup>22</sup> Het ministerie is verantwoordelijk voor het aankondigen, opstellen en versturen van deze aanvraag. Kamervragen kunnen de aanleiding voor een adviesvraag zijn.

Het ministerie stuurt een adviesaanvraag via het secretariaat naar de adviescommissie. Het ministerie heeft geen invloed op de inhoud van het uiteindelijke advies. De adviescommissie adviseert onafhankelijk. Nadat door de adviescommissie een advies is gegeven op basis van de aanvraag, verwerkt het ministerie dit advies in een Ontwerpbesluit. Het ministerie kan alleen gemotiveerd afwijken van het advies.<sup>23</sup> Deze motivering staat in de nota van toelichting bij het wijzigingsbesluit van het Aanbestedingsbesluit.

<sup>21</sup> Het gaat om het amendement-Schouten/Ziengs (Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, nr. 50) en het amendement-Bruins/Ziengs (Tweede Kamer, vergaderjaar 2015-2016, 34 329, nr. 9).

<sup>22</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit*, artikel 1, lid 2, onderdeel a.

<sup>23</sup> Tweede Kamer (2020). *Aanhangsel van de Handelingen. Antwoord op vragen van het lid Bruins over de Adviescommissie Gids Proportionaliteit*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, nr. 2647.

Het Ontwerpbesluit wordt middels een voorhangprocedure voorgelegd aan de Eerste en Tweede Kamer. Het ministerie beantwoordt eventuele vragen en brengt waar nodig wijzigingen aan in het Ontwerpbesluit. Vervolgens wordt het Ontwerpbesluit door het ministerie van EZK aan de Raad van State voorgelegd.

Hiernaast verzorgt het ministerie het secretariaat van de adviescommissie.<sup>24</sup> Het secretariaat is onder meer betrokken bij de beslissing om vergaderingen van de adviescommissie bijeen te roepen. Ook draagt het secretariaat zorg voor de verslaglegging van de vergaderingen evenals de vergoedingen.<sup>25</sup>

## 2.2.2. Adviescommissie

### Rol in het stelsel van wijziging

De adviescommissie kan op twee manieren een rol spelen in het stelsel van wijziging van de Gids:

1. Het op verzoek van de minister een advies uitbrengen over voorgenomen wijzigingen;
2. Het ambtshalve (op eigen initiatief) uitbrengen van advies aan de minister over mogelijke wijzigingen.

Het ministerie van EZK stuurt een adviesaanvraag naar het secretariaat van de adviescommissie. Het secretariaat stuurt de adviesaanvraag door naar de voorzitter en de leden van de adviescommissie ontvangen gelijktijdig een kopie. Op de eerstvolgende vergadering staat de adviesaanvraag dan op de agenda. In het geval van een adviesaanvraag brengt de adviescommissie maximaal zes weken later een advies uit. Deze termijn kan met zes weken worden verlengd indien de adviescommissie meer tijd nodig heeft om tot een unaniem besluit te komen.<sup>26</sup>

De adviescommissie brengt advies uit op basis van unanimiteit en doet dat op de vergadering. Dit is opgenomen in het reglement dat door de adviescommissie zelf is opgesteld. Het advies op basis van unanimiteit komt voort uit het idee dat de adviescommissie waarborgt dat de verschillende belangen voldoende vertegenwoordigd zijn in het advies en het advies daardoor kan rekenen op breed draagvlak. Mocht de adviescommissie niet tot een unaniem advies kunnen komen, dan wordt geen advies uitgebracht.<sup>27</sup>

### Samenstelling adviescommissie

In 2017 is de adviescommissie officieel tot stand gekomen.<sup>28</sup> Bij instelling van de adviescommissie werd door de Tweede Kamer nadrukkelijk het belang aangegeven van een blijvende betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk bij het stelsel van wijziging van de Gids.<sup>29</sup> De adviescommissie bestaat uit een onafhankelijke voorzitter, twee leden die de belangen van ondernemers vertegenwoordigen (op voordracht van VNO-NCW en MKB-Nederland), en twee leden die de belangen van aanbestedende diensten vertegenwoordigen.<sup>30</sup> Tijdens het schriftelijk overleg over de nieuwe werkwijze met betrekking tot aanpassingen in de Gids zijn de volgende overwegingen genoemd bij de samenstelling van de Commissie:

- *“Voor de twee leden van ondernemerszijde is het mijn bedoeling om VNO-NCW en MKB-Nederland, in overleg met andere ondernemersverenigingen, de mogelijkheid te geven een lid voor te dragen.”*
- *“Voor aanbestedende diensten is dat iets ingewikkelder. Dit betreft een zeer diverse groep: het Rijk, provincies, gemeenten, waterschappen, scholen en universiteiten, maar ook speciale sectorbedrijven zoals de NS en de Luchthaven Schiphol. Het heeft daarom niet mijn voorkeur de vertegenwoordiging van deze groep te koppelen aan één of twee partijen. In dat geval zouden steeds dezelfde partijen, in deze zeer diverse groep, een voordracht doen. Ik wil daarom vastleggen dat de twee leden van aanbestedende dienst zijde werkzaam moeten zijn bij een aanbestedende dienst of bij een*

<sup>24</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit*, artikel 4, tweede lid.

<sup>25</sup> Adviescommissie Gids proportionaliteit (2018). *Reglement adviescommissie Gids proportionaliteit*.

<sup>26</sup> Adviescommissie Gids proportionaliteit (2018). *Reglement adviescommissie Gids proportionaliteit*.

<sup>27</sup> Adviescommissie Gids proportionaliteit (2018). *Reglement adviescommissie Gids proportionaliteit*.

<sup>28</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit*.

<sup>29</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 32 440, nr. 97.

<sup>30</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit*.

*vertegenwoordiger daarvan. Ik doel daarmee op organisaties als VNG, IPO en de Unie van Waterschappen. Voor elke benoeming zal overleg worden gevoerd met alle betrokkenen. De leden worden uiteindelijk door mij benoemd middels een benoemingsbesluit.”<sup>31</sup>*

Het ministerie van EZK stelt de adviescommissie in. De leden worden voor een termijn van vier jaar benoemd en zijn herbenoembaar. De eerste termijn loopt in 2021 af.

### Vergaderingen adviescommissie en samenwerking met EZK

In het reglement van de adviescommissie staat opgenomen dat de adviescommissie ten minste twee keer per jaar vergadert als sprake is van een van de volgende situaties:<sup>32</sup>

1. *“Een adviesaanvraag van de minister, of de adviescommissie een ambtshalve advies aan de minister wil uitbrengen, al dan niet op basis van signalen van de achterban van de leden.*
2. *De voorzitter, in overleg met de leden en het secretariaat van de adviescommissie, besluit de vergadering bijeen te roepen.”*

In de periode juni 2017 tot en met december 2020 hebben 8 vergaderingen plaatsgevonden waarbij het ministerie van EZK aanwezig was.<sup>33</sup> Daarnaast zijn er ook interne vergaderingen geweest met enkel de leden van de adviescommissie. De voorzitter ontvangt een vergoeding per vergadering.<sup>34</sup> Alle leden ontvangen een reiskostenvergoeding per vergadering.

## 2.2.3. Staten-Generaal

De Tweede Kamer is op twee manieren betrokken bij het stelsel van wijziging. Aan de voorkant van het proces kan de Tweede Kamer naar aanleiding van een algemeen overleg of een notaoverleg moties indienen of Kamervragen stellen over de inhoud van de Gids, of actuele onderwerpen in de Europese of Nederlandse aanbestedingspraktijk. Dit kan aanleiding zijn voor het ministerie van EZK om een adviesaanvraag te sturen naar de adviescommissie. Op die manier start het proces van (voorgestelde) wijziging. In hoofdstuk 3 is te lezen hoe de Tweede Kamer hier tot nu toe gebruik van heeft gemaakt, bijvoorbeeld bij het advies over tenderkostenvergoeding.

Een wijziging van de Gids wordt conform de voorhangprocedure van artikel 1.10, vijfde lid, van de Aanbestedingswet 2012 aan de Eerste Kamer en aan de Tweede Kamer gezonden. Dit houdt in dat de Kamer het Ontwerpbesluit van de voorgestelde wijziging toegestuurd krijgt en daar vragen over kan stellen. Dit gebeurt minimaal vier weken voordat de voorgestelde wijziging aan de Raad van State wordt aangeboden.

Het Ontwerpbesluit wordt conform de voorhangprocedure van artikel 1.10, vijfde lid, van de Aanbestedingswet 2012 ook aan de Eerste Kamer gezonden.

<sup>31</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 32 440, nr. 99.

<sup>32</sup> Adviescommissie Gids proportionaliteit (2018). *Reglement adviescommissie Gids proportionaliteit*.

<sup>33</sup> De vergaderingen vonden plaats op: 9 juni 2017, 16 oktober 2017, 8 maart 2018, 8 november 2018, 4 december 2018, 21 november 2019, 5 februari 2020 en 15 oktober 2020.

<sup>34</sup> Adviescommissie Gids proportionaliteit (2018). *Reglement adviescommissie Gids proportionaliteit*.

## 2.3. Praktijk van het stelsel van wijziging

Sinds de instelling van de adviescommissie in januari 2017 zijn twee adviesaanvragen gedaan waar de adviescommissie vervolgens een advies over heeft gegeven, één inzake tenderkostenvergoedingen (2018) en één inzake rechtsverwerkingsclausules (2020).<sup>35</sup> Voor een uitgebreide beschrijving van deze casuïstiek verwijzen we naar bijlage 3. In de figuren hieronder hebben we de tijdlijnen opgenomen van de totstandkoming van de wijzigingen.

De adviescommissie kan ook ambtshalve adviezen uitbrengen. Hiervan is sprake wanneer *de commissie een advies tot een inhoudelijke wijziging van de Gids uitbrengt zonder dat daar een verzoek van het ministerie aan ten grondslag ligt*.<sup>36</sup> De adviescommissie heeft tot op heden geen ambtshalve adviezen uitgebracht over wijzigingen aan de Gids. Wel heeft de adviescommissie in het advies over rechtsverwerkingsclausules geadviseerd enkele voetnoten in de Gids te actualiseren.

Daarnaast heeft de adviescommissie aandacht gevraagd voor enkele procedurele onderwerpen rondom de Gids, zoals de wijzigingsfrequentie van de Gids. De adviescommissie heeft tijdens verschillende vergaderingen in algemene zin aandacht gevraagd voor het gelijktijdig doorvoeren van achtereenvolgende aanpassingen in de Gids.<sup>37</sup> Het frequent doorvoeren van individuele wijzigingen in de Gids vormt volgens de adviescommissie een belasting voor gebruikers van de Gids. Het ministerie van EZK geeft in een brief aan de adviescommissie aan zich te kunnen vinden in de opvatting van de adviescommissie. Het is niet wenselijk om op korte termijn verschillende versies van de Gids te publiceren.<sup>38</sup> Om deze reden onderzoekt het ministerie van EZK of het mogelijk is naar een constructie te gaan waarbij de Gids bijvoorbeeld – behoudens uitzonderingen – op een vast moment in het jaar wordt gewijzigd.

---

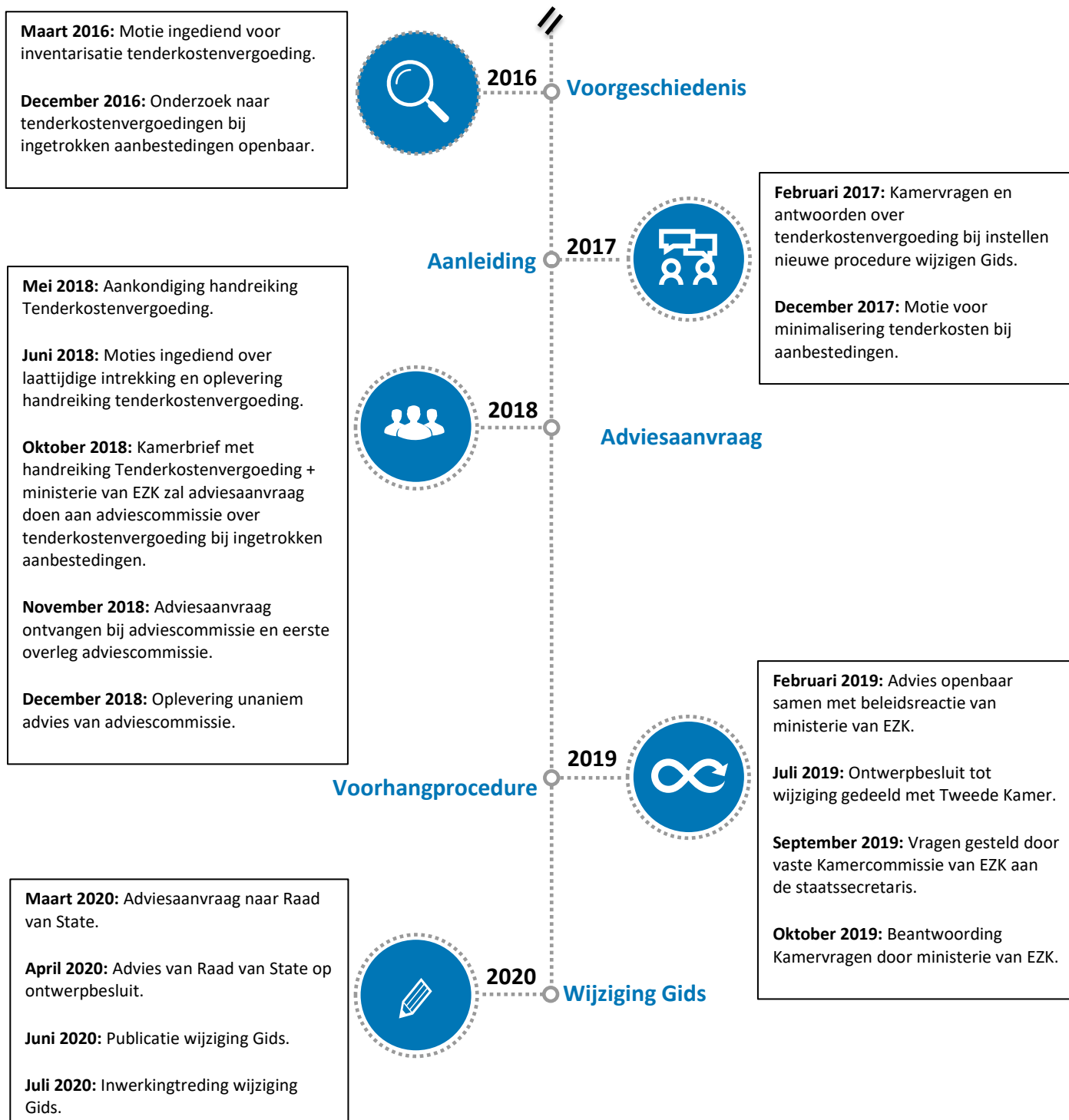
<sup>35</sup> Het advies inzake rechtsverwerkingsclausules werd op 12 februari 2021 openbaar, vergezeld van een beleidsreactie. Het Ontwerpbesluit tot wijziging is tegelijkertijd, op 12 februari 2021 voorgehangen bij de Eerste en Tweede Kamer. Het advies heeft dus nog niet geleid tot een wijziging in de Gids.

<sup>36</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit*, artikel 2, tweede lid, onderdeel b.

<sup>37</sup> Onder andere de vergadering van 5 februari 2020 en de vergadering van 21 november 2020.

<sup>38</sup> Ministerie van EZK (2020). *Reactie op begeleidende brief bij het advies Rechtsverwerkingsclausules (Grossmann) d.d. 3 maart 2020 aan de adviescommissie*.

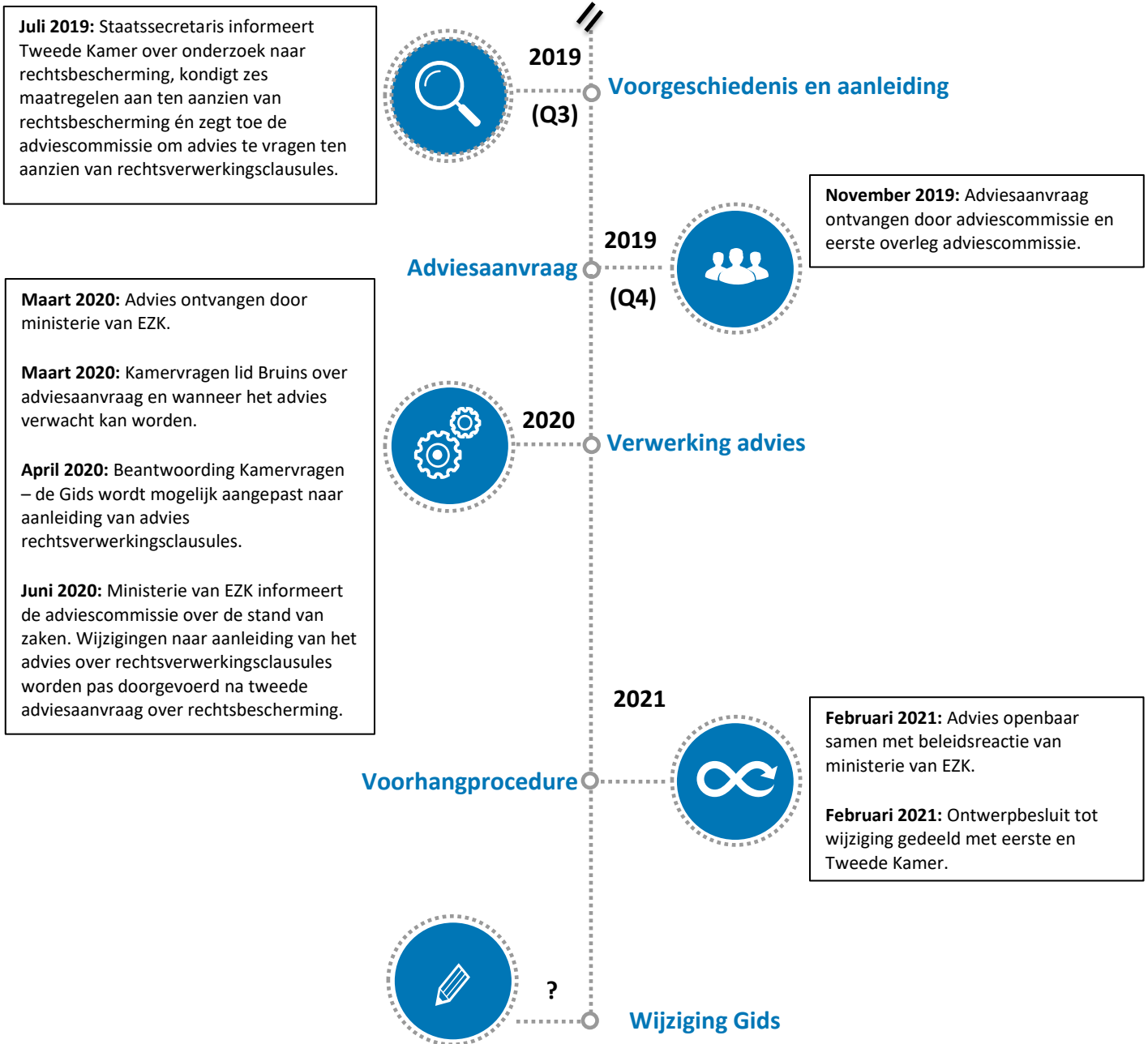
# Tenderkostenvergoeding



Figuur 1. Tijdlijn advies tenderkostenvergoeding.



# Rechtsverwerkingsclausules



Figuur 2. Tijdlijn advies rechtsverwerkingsclausules.

# 3. Bevindingen

In dit hoofdstuk beschrijven we onze bevindingen over het functioneren van het stelsel van wijziging. We presenteren steeds eerst de bevindingen en onderbouwen deze vervolgens aan de hand van feiten en percepties van gesprekspartners.

## 3.1. Adviesaanvragen en opvolging adviezen

**Bevinding 1: Het ministerie van EZK vraagt advies aan de adviescommissie als de verwachting is dat een wijziging in de Gids doorgevoerd dient te worden.**

### Feiten

Sinds de instelling van de adviescommissie in januari 2017 zijn twee adviesaanvragen gedaan waar de adviescommissie vervolgens een advies over heeft gegeven, één inzake tenderkostenvergoedingen (2018) en één inzake rechtsverwerkingsclausules (2020). Voor een uitgebreide beschrijving van deze casuïstiek verwijzen we naar bijlage 3.

De Staatssecretaris van EZK heeft twee andere adviesaanvragen toegezegd aan de Tweede Kamer. Het gaat om tijdige klachtafhandeling<sup>39</sup> en een 'pas op de plaats'-bevoegdheid<sup>40</sup> in de Gids. Deze adviesvragen vormden onderdeel van een breder pakket maatregelen op gebied van rechtsbescherming. De Staatssecretaris van EZK heeft na zestien maanden aangegeven dat de maatregelen een plek moet krijgen in de Aanbestedingswet 2012, omdat het geen proportionaliteitsvraagstukken betreffen.<sup>41</sup> De adviescommissie is geïnformeerd dat geen advies meer gevraagd zal worden.

Andere onderwerpen die zijn besproken door het ministerie van EZK hebben niet tot een adviesaanvraag geleid. Wel zijn een aantal onderwerpen door het ministerie van EZK voorgelegd aan de adviescommissie zoals het onderwerp 'kleine opdrachten (drempelbedragen)'. De adviescommissie heeft bij het ministerie van EZK aandacht gevraagd voor enkele procedurele onderwerpen rondom de Gids, zoals de wijzigingsfrequentie van de Gids. De adviescommissie heeft tijdens verschillende vergaderingen in algemene zin aandacht gevraagd voor het gelijktijdig doorvoeren van achtereenvolgende aanpassingen in de Gids.<sup>42</sup>

**Bevinding 2: Het ministerie van EZK geeft opvolging aan de adviezen van de adviescommissie. Het ministerie van EZK geeft in een Nota van toelichting aan hoe met het advies wordt omgegaan, specifiek op welke wijze delen van het advies wel/niet worden overgenomen en/of aangepast.**

### Feiten

Als het gaat om de opvolging van de adviezen, geeft het ministerie van EZK in een Nota van toelichting achtergrond bij het advies. De achtergrond van de Gids, aanleiding van wijziging, het advies van de adviescommissie en de beoordeling van het advies en verwerking in de Gids worden geschetst. De aanpassingen die het ministerie van EZK (in afwijking van het advies) doorvoert worden toegelicht.

<sup>39</sup> Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Aanhangsel van de Handelingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 34 252, nr. 582.

<sup>40</sup> Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Aanhangsel van de Handelingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 34 252, nr. 15.

<sup>41</sup> Ministerie van EZK (2021). *Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2020-2021, 34 252, nr. 21.

<sup>42</sup> Onder andere de vergadering van 5 februari 2020 en de vergadering van 21 november 2020.

Het advies over de tenderkostenvergoeding is door het ministerie grotendeels overgenomen. Er is gebruik gemaakt van de tekstsuggesties van de adviescommissie. Het advies over rechtsverwerkingsclausules vormde onderdeel van een breder traject over 'rechtsbescherming'. De Staatssecretaris geeft aan dat het kabinet het genoemde advies van de adviescommissie voor het grootste deel overneemt en slechts enkele kleine aanpassingen doorvoert. In de brief staat dat het in totaal gaat om zes aanpassingen.<sup>43</sup> De adviescommissie geeft aan dat het om meer aanpassingen ging.

### Percepties

Het ministerie van EZK en de adviescommissie hebben verschillende opvattingen over de opvolging van het advies over rechtsverwerkingsclausules. Het ministerie van EZK heeft het beeld dat adviezen op kleine aanpassingen na zijn doorgevoerd. Ze geven aan telefonisch contact te hebben gehad met de voorzitter van de adviescommissie waarin is aangegeven dat kleine aanpassingen zijn gedaan. De adviescommissie kan zich niet vinden in (een deel van) de aanpassingen die het ministerie heeft gemaakt naar aanleiding van het advies over rechtsverwerkingsclausules. Zij geven aan dat er sprake is van grote aanpassingen. Dat wringt omdat het voorwoord bij de herziening van de Gids geschreven is vanuit de adviescommissie, terwijl het ministerie van EZK de laatste hand in de wijziging heeft. Het ministerie is ook van mening dat het voorwoord moet worden aangepast. Ook is onvrede bij de adviescommissie over de wijze waarop de adviescommissie is betrokken bij de aanpassingen. Bij de wijziging over de tenderkostenvergoeding is geen discussie geweest over de inhoud en het proces van de aanpassing. Voor de toekomst vindt de adviescommissie het passend als er nog een schriftelijke toetsing volgt bij de adviescommissie na de gemaakte aanpassingen door het ministerie van EZK. De adviescommissie zou graag zien dat naar consensus wordt gestreefd. Ook vindt de adviescommissie het passend dat het ministerie van EZK een terugkoppeling geeft over deze wijzigingen voordat de kamerbrief wordt verstuurd. Voor de toekomst wil het ministerie graag duidelijkheid creëren over de rolverdeling tussen het ministerie en de adviescommissie.

**Bevinding 3: De doorlooptijden van de opvolging van adviezen zijn lang. Dit valt grotendeels te verklaren door de te doorlopen procedure. Het ministerie van EZK kan beter inzicht geven in de status van de procedure. Een ander verbeterpunt is de communicatie tussen de adviescommissie en het ministerie van EZK over de opvolging van adviezen.**

### Feiten

De doorlooptijden van adviesaanvraag naar advies nemen enkele maanden in beslag, dit heeft onder ander te maken met de verschillende stappen die in een wijzigingsproces doorlopen moeten worden. In de evaluatieperiode is slecht één keer het gehele stelsel van wijziging van de Gids doorlopen. Bij het advies tenderkostenvergoeding was de periode tussen het advies van de adviescommissie tot en met een wijziging in totaal twaalf maanden. Het tweede advies (rechtsverwerkingsclausules) zal een langere doorlooptijd kennen.

### Percepties

Het is voor de adviescommissie, aanbestedende diensten en inschrijvers niet geheel duidelijk hoe het ministerie van EZK de afweging maakt om wel/niet een adviesaanvraag in te dienen bij de adviescommissie over een onderwerp. Wel is duidelijk dat adviesaanvragen tot nu toe op basis van verzoeken van de Tweede Kamer plaats hebben gevonden. Het ministerie van EZK geeft aan de doorlooptijden grotendeels te verklaren zijn door de verschillende stappen die in een wijzigingsproces doorlopen moeten worden zoals de beleidsreactie op het advies van de adviescommissie, de voorhangprocedure en de adviesaanvraag naar de Raad van State.

---

<sup>43</sup> Ministerie van EZK (2021). *Bijlage. Nota van toelichting bij het besluit van tot wijzigingen van het Aanbestedingsbesluit in verband met de wijziging van de Gids proportionaliteit met betrekking tot rechtsverwerkingsclausules*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 32 440, nr. 115.

Alle stakeholders vinden de frequentie van adviezen passend. Er wordt advies gevraagd over onderwerpen die spelen in de aanbestedingspraktijk. Gesprekspartners noemen dat de basis van de Gids goed is. Het is dus niet logisch dat er al over veel meer onderwerpen advies zou zijn gevraagd. De term ‘Gids’ suggereert flexibiliteit en dit zorgt voor andere verwachting over de doorlooptijden. Aanbestedende diensten en inschrijvers vinden dat het lang duurt voordat een wijziging in de Gids is doorgevoerd.

## 3.2. Adviezen en adviescommissie

**Bevinding 4: De adviescommissie heeft invulling gegeven aan haar taken uit het Instellingsbesluit door op aanvraag van het ministerie adviezen uit te brengen. In het werkveld is brede waardering voor de kwaliteit van deze adviezen. De adviescommissie heeft nog geen ambtshalve adviezen uitgebracht. Uit het werkveld komen geen signalen naar voren die erop wijzen dat hier wel aanleiding toe was.**

### Feiten

Op aanvraag van het ministerie zijn twee adviezen uitgebracht, één inzake tenderkostenvergoedingen (2018) en één inzake rechtsverwerkingsclausules (2020). Deze adviezen zijn door de adviescommissie uitgebracht binnen de daarvoor geldende termijnen (maximaal zes weken).<sup>44</sup> Verlenging van de termijnen is mogelijk als de adviescommissie meer tijd nodig heeft om tot unanimitieit te komen. Dit was bij één van de twee adviezen het geval.

De adviescommissie kan ook ambtshalve adviezen uitbrengen. Hiervan is sprake wanneer de commissie een advies tot een inhoudelijke wijziging van de Gids uitbrengt zonder dat daar een verzoek van het ministerie aan ten grondslag ligt.<sup>45</sup> De adviescommissie heeft tot op heden geen ambtshalve adviezen uitgebracht over wijzigingen aan de Gids. Wel heeft de adviescommissie in het advies over Rechtsverwerkingsclausules geadviseerd enkele voetnoten in de Gids te actualiseren. De adviescommissie heeft bij het ministerie van EZK aandacht gevraagd voor enkele procedurele onderwerpen rondom de Gids, zoals de wijzigingsfrequentie van de Gids. De adviescommissie heeft tijdens verschillende vergaderingen in algemene zin aandacht gevraagd voor het gelijktijdig doorvoeren van achtereenvolgende aanpassingen in de Gids.<sup>46</sup>

### Percepties

Zowel het ministerie van EZK als stakeholders in de aanbestedingspraktijk zijn positief over de kwaliteit van de adviezen van de adviescommissie. De leden zijn volgens hen kundig en de adviezen zijn goed onderbouwd. Over het algemeen vinden gesprekspartners niet dat de adviescommissie ambtshalve adviezen had moeten uitbrengen. Wel benadrukken gesprekspartners het belangrijk te vinden dat deze mogelijkheid er is. Er zijn verschillende onderwerpen benoemd waar gesprekspartners in de toekomst wijzigingen verwachten/ nodig achten. In gesprekken zijn bijvoorbeeld duurzaamheidscriteria bij aanbesteden en het onderwerp ‘clusteren’ benoemd.

<sup>44</sup> Adviescommissie Gids proportionaliteit (2018). *Reglement adviescommissie Gids proportionaliteit*.

<sup>45</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit – Toelichting*.

<sup>46</sup> Onder andere de vergadering van 5 februari 2020 en de vergadering van 21 november 2020.

### 3.3. Samenwerking adviescommissie en ministerie van EZK

**Bevinding 5: De verhouding tussen het ministerie van EZK en de adviescommissie ligt gevoelig. Beide partijen zijn van mening dat de samenwerking voor verbetering vatbaar is. Er zijn over en weer verwachtingen en behoeften ten aanzien van de samenwerking die onderling uitgesproken kunnen worden. Beide partijen zien mogelijkheden om de samenwerking te verbeteren.**

#### Feiten

In januari 2017 is door de minister van EZ de externe schrijfgroep van de Gids veranderd in een formele adviescommissie.<sup>47</sup> De samenstelling bleef hetzelfde. De adviescommissie stelt haar eigen werkwijze schriftelijk vast. Het ministerie van EZK voorziet in het secretariaat van de adviescommissie.<sup>48</sup> Het secretariaat van de adviescommissie is door vier verschillende medewerkers van het ministerie van EZK vervuld in de periode 2017-2020. Daarnaast is op directieniveau overleg tussen de voorzitter van de adviescommissie en het ministerie van EZK. In het reglement heeft de adviescommissie haar eigen werkwijze schriftelijk vastgelegd. Bij de vergaderingen is de secretaris vanuit het ministerie van EZK aanwezig. In het reglement zijn geen afspraken opgenomen over de relatie met het ministerie van EZK.

#### Percepties

De casuïstiek waaruit blijkt dat de samenwerking moeizaam verloopt, is tot nu toe beperkt. Bij de casus 'rechtsverwerkingsclausules' hebben het ministerie van EZK en de adviescommissie verschillende opvattingen over de opvolging van het advies (zie ook paragraaf 3.1).

Met de wijziging van het stelsel in 2017 is de schrijfgroep veranderd in een formele adviescommissie. Het ministerie van EZK is penvoerder van de Gids geworden. De rollen en verantwoordelijkheden van beide partijen zijn hierdoor verschoven. Dit maakt dat de verhouding tussen het ministerie van EZK en de adviescommissie gevoelig ligt. Beide partijen ervaren knelpunten in de samenwerking. Zo dragen de vele wijzigingen (vier) in het secretariaat van de adviescommissie volgens de leden van de adviescommissie niet bij aan een goede samenwerkingsrelatie. De rol van het secretariaat wordt nu vooral procesmatig ingevuld (voorbereiding en verslag vergaderingen). Dit is belangrijk, maar de adviescommissie geeft aan ook behoefte te hebben aan een inhoudelijke gesprek met een (beleids)medewerker van het ministerie tijdens de vergaderingen. Daarnaast geeft de adviescommissie aan dat zij zich kan voorstellen dat er ook contact is met medewerkers van het ministerie die aan de slag zijn gegaan met het advies van de adviescommissie. Er is behoefte aan een meer structurele samenwerkingsrelatie. Het ministerie van EZK ervaart ook dat de samenwerking nog niet goed verloopt en herkent dat er de afgelopen jaren veel personele wijzigingen zijn geweest in het secretariaat. De behoefte van het ministerie zit in de mogelijkheid om ook zonder dat er een adviesaanvraag is, van gedachten te kunnen wisselen over onderwerpen die gerelateerd zijn aan de Gids. Daarnaast geeft het ministerie aan dat de invulling van het penvoerderschap zo wordt ingevuld, dat het ministerie na advies van de adviescommissie zelf aan de slag gaat. De adviescommissie heeft in dat vervolgproces geen formele rol meer. Voor de toekomst wil het ministerie graag duidelijkheid creëren over de rolverdeling tussen het ministerie en de adviescommissie.

<sup>47</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 32 440, nr. 99.

<sup>48</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit – Toelichting*.

## 3.4. Draagvlak in de aanbestedingspraktijk

**Bevinding 6: Er is draagvlak voor de adviescommissie onder zowel aanbestedende diensten als inschrijvers. De kennis en ervaring van de adviescommissie en de kwaliteit van de adviezen worden positief beoordeeld. Het stelsel borgt dat de adviescommissie vanuit beide perspectieven (aanbestedende diensten en inschrijvers) tot een unaniem advies komt over wijziging van de Gids. Gelet op de breedte van het werkveld vormt de adviescommissie een beperkte afspiegeling van alle typen stakeholders uit de aanbestedingspraktijk.**

### Feiten

De schrijfgroep is destijds ingesteld in afstemming met vertegenwoordigers van inschrijvers en aanbestedende diensten (VNO-NCW, MKB-Nederland, VNG en NEVI). De schrijfgroep is een-op-een voortgezet als adviescommissie. Uit de toelichting op het Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit<sup>49</sup> komt naar voren dat draagvlak bij stakeholders uit de aanbestedingspraktijk (aanbestedende diensten en ondernemers) een belangrijk uitgangspunt is van het stelsel van wijziging:

- *“De kracht van de Gids is het draagvlak dat ervoor bestaat, bij zowel aanbestedende diensten als ondernemers. De samenstelling van de schrijfgroep, welke de oorspronkelijke Gids en de eerste herziening heeft geschreven, draagt hier positief aan bij.”*
- *“Voor het behoud van het draagvlak en de positieve bijdrage van de Gids is het wel van belang dat ook bij toekomstige aanpassingen zowel aanbestedende diensten als ondernemers betrokken zijn.”*
- *“Gelet op dit belang van de betrokkenheid van de praktijk wordt daarom de Adviescommissie Gids proportionaliteit (adviescommissie) opgericht.”*
- *“Deze werkwijze zorgt ervoor dat de penvoering bij de minister ligt maar garandeert tegelijkertijd betrokkenheid van de praktijk bij de Gids proportionaliteit. Met de oprichting van deze adviescommissie wordt ook voldaan aan de wens van de Tweede Kamer zoals deze is geuit in de motie Ziengs.”<sup>50</sup>*

De leden worden voor een termijn van vier jaar benoemd en zijn herbenoembaar. De adviescommissie geeft unaniem advies tot wijziging van de Gids. Hiermee is geborgd dat de perspectieven van inschrijvers en aanbestedende diensten gewogen worden.

### Percepties

Onder gesprekspartners uit de aanbestedingspraktijk is over het algemeen draagvlak voor de adviescommissie. In gesprekken komt naar voren dat dit is terug te voeren op het draagvlak voor de schrijfgroep en de Gids. De instelling van de schrijfgroep (een-op-een voortgezet als adviescommissie) heeft in samenspraak met VNO-NCW, MKB-Nederland, VNG en NEVI plaatsgevonden. Er zijn geen signalen naar voren gekomen dat men de adviezen van de commissie niet onderschrijft. Gesprekspartners zijn overwegend positief over de kennis en ervaring van de adviescommissie en de kwaliteit van de adviezen.

Wel is regelmatig genoemd dat de adviescommissie nooit een afspiegeling van het werkveld kan zijn, daar is het werkveld volgens gesprekspartners te omvangrijk voor. Ze benoemen daarbij dat er veel verschillende typen aanbestedende diensten zijn (waaronder het Rijk, decentrale overheden, speciale-sectorbedrijven, en uitvoeringsorganisaties), en ook veel verschillende typen inschrijvers (waaronder mkb en grootbedrijf in uiteenlopende branches). Het is daarom volgens gesprekspartners van belang dat de adviescommissie (met inachtneming van specifieke gezichtspunten uit de aanbestedingspraktijk) tot een goed gewogen afweging en een kwalitatief goed advies kan komen. De meeste gesprekspartners hebben het beeld dat dit voldoende is geborgd.

<sup>49</sup> Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit – Toelichting*.

<sup>50</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 32 440, nr. 97.

Over de huidige samenstelling van de adviescommissie in relatie tot de aanbestedingspraktijk zien we dat inschrijvers over het algemeen tevreden zijn met de samenstelling. Zij geven aan het van belang te vinden dat voordracht door VNO-NCW en MKB-Nederland plaatsvindt. Een aantal aanbestedende diensten is kritisch op de samenstelling. Met name het perspectief vanuit het Rijk (waaronder ook uitvoeringsorganisaties) en speciale-sectorbedrijven wordt gemist.

## 3.5. Betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk

**Bevinding 7: De adviescommissie is ingesteld om te borgen dat bij aanpassingen van de Gids zowel aanbestedende diensten als inschrijvers betrokken zijn. Met de samenstelling van de adviescommissie is de betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk bij aanpassingen de facto geborgd. Naast de samenstelling van de adviescommissie is de directe betrokkenheid van stakeholders in het stelsel niet formeel georganiseerd. In de praktijk is daar wel behoefte aan bij inschrijvers en aanbestedende diensten. In de praktijk zijn het vooral inschrijvers die aan de voorkant en achterkant invloed uitoefenen op wijzigingen van de Gids.**

### Feiten

Zoals besproken in voorgaande paragraaf, is betrokkenheid van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk bij wijzigingen van de Gids een belangrijke overweging geweest bij de procedure tot wijziging van de Gids en het instellen van de adviescommissie. Stakeholders uit de aanbestedingspraktijk zijn betrokken door de samenstelling van de adviescommissie met vertegenwoordigers vanuit aanbestedende diensten en inschrijvers.

Directe betrokkenheid van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk bij (advisering over) wijzigingen van de Gids is niet georganiseerd. Daarmee bedoelen we dat er geen formeel proces is ingericht om stakeholders uit de aanbestedingspraktijk direct te betrekken bij (advisering over) wijzigingen van de Gids. In de praktijk zijn stakeholders uit de aanbestedingspraktijk op verschillende momenten en manieren betrokken bij (advisering over) wijzigingen van de Gids:

- **Vooraf:** Stakeholders kunnen onderwerpen voor adviesaanvragen agenderen via bijvoorbeeld de Tweede Kamer. In de praktijk zijn de geagendeerde thema's (tenderkostenvergoeding en rechtsverwerkingsclausules) afkomstig van inschrijvers.
- **Tijdens de wijzigingsprocedure:**
  - Het ministerie van EZK betreft andere departementen bij een voorstel tot wijziging voordat het voorstel wordt besproken in de Ministerraad. Een voorbeeld is dat bij een van de adviezen de Interdepartementale Commissie Inkopen en Aanbesteden (ICIA) is betrokken.
  - Via de voorhangprocedure in Eerste en Tweede Kamer kan de aanbestedingspraktijk invloed op de wijzigingen uitoefenen. In praktijk zijn er (vanuit inschrijversperspectief) ook reacties gekomen op het voorstel voor wijziging van het onderdeel tenderkostenvergoeding.
- **Doorlopend overleg:** Het ministerie van EZK en de adviescommissie hebben contact over aanbestedingsbeleid en proportionaliteit met uiteenlopende stakeholders. Dit contact kan informeel lopen via het eigen netwerk van leden van de adviescommissie en via trajecten zoals Beter Aanbesteden en de klankbordgroep rechtsbescherming.

### Percepties

De adviescommissie geeft aan dat de leden een brede achterban in de aanbestedingspraktijk vertegenwoordigen en dat bij een advies over een wijziging, indien nodig, input ophalen bij deze achterban.

Vanuit zowel aanbestedende diensten als inschrijvers wordt aangegeven dat meer bekendheid gegeven kan worden aan wijzigingen van de Gids en de werkwijze waarop deze tot stand komen. Het is eveneens niet duidelijk voor stakeholders hoe de betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk is vormgegeven. Het beeld is

dat de betrokkenheid in de praktijk nu vooral is ingegeven vanuit inschrijvers (via de Tweede Kamer). Aanbestedende diensten hebben de indruk dat zij bij (het komen tot onderwerpen voor) adviesaanvragen en in de voorhangprocedure niet worden betrokken bij wijzigingen van de Gids. Ze benadrukken dat betrokkenheid van belang is, aangezien in de eerste plaats aanbestedende diensten moeten werken met de Gids.

In gesprekken zijn verschillende mogelijkheden genoemd door met name aanbestedende diensten en (juridisch) experts om de betrokkenheid van stakeholders verder vorm te geven.

- **De adviescommissie uitbreiden met leden.** Het gaat om stakeholders waarbij het beeld bestaat dat zij nu nog niet worden vertegenwoordigd in de adviescommissie. Specifiek het Rijk en speciale-sectorbedrijven hebben hier behoefte aan.
- **Klankbordgroep instellen voor de adviescommissie en het ministerie van EZK over proportionaliteit.** Dit zou dan functioneren als apart gremium waarin de adviescommissie en EZK kunnen klankborden met een brede vertegenwoordiging van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk over het onderwerp proportionaliteit.
- **Digitale consultatie.** Er zijn verschillende mogelijkheden genoemd om een digitale consultatie vorm te geven. Ten eerst 'aan de voorkant', ten einde relevante onderwerpen voor mogelijke wijziging te identificeren. Ook is de mogelijkheid genoemd om voorstellen tot wijziging te consulteren. Tot slot is geopperd om de impact van wijzigingen van de Gids te evalueren via consultatie van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk. Het ministerie van EZK zou de consultatie kunnen organiseren, bijvoorbeeld via een periodieke online-consultatie.
- **Contact tussen aanbestedingspraktijk en adviescommissie proactief organiseren.** Door meer contact tussen het ministerie van EZK, de adviescommissie en de aanbestedingspraktijk zijn partijen op de hoogte van ontwikkelingen, zodat zij daar op in kunnen spelen. Het gaat om het leggen van verbindingen tussen de stakeholders en de adviescommissie het ministerie van EZK. Dit kan bijvoorbeeld via deelname of vertegenwoordiging vanuit de adviescommissie aan trajecten zoals het (nieuwe) programma Beter Aanbesteden en meer informeel contact met het ministerie over het onderwerp proportionaliteit.

## 3.6. Wettelijke verankering en voorhangprocedure

**Bevinding 8: Op grond van de beperkte casuïstiek (één doorgevoerde wijziging) is het nog niet mogelijk om een uitspraak te doen over de toegevoegde waarde voor de inhoud van de wijzigingen. Wel is de voorhangprocedure *an sich* van toegevoegde waarde. Dit blijkt uit de vragen die door de politiek worden gesteld in de voorhangprocedure.**

### Feiten

Na een amendement van de Tweede Kamer is het karakter van de Gids gewijzigd van handreiking naar verplicht te volgen richtsnoer. De Gids is daartoe wettelijk verankerd in het Aanbestedingsbesluit. Een voorhangprocedure is niet verplicht bij wijzigingen van een AMvB. Op verzoek van de Tweede Kamer is besloten om een verplichte voorhangprocedure<sup>51</sup> bij de Eerste Kamer en de Tweede Kamer in te stellen.<sup>52</sup>

Bij het advies tenderkostenvergoedingen is gebruik gemaakt van de voorhangprocedure. Er zijn dertien vragen gesteld door de vaste Kamercommissie voor EZK. Deze zijn beantwoord door de Staatssecretaris. De vragen van

<sup>51</sup> De voorhangprocedure houdt in dat de Eerste Kamer en Tweede Kamer de mogelijkheid krijgen zich uit te spreken over het concept wijzigingsbesluit van het Aanbestedingsbesluit bij de voorgestelde wijziging van de Gids.

<sup>52</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 32 440, nr. 97.



de Kamerleden waren voornamelijk verduidelijkend van aard en hebben geen gevolg gehad voor de uiteindelijke wijziging.

### Percepties

Enerzijds hebben gesprekspartners uit de aanbestedingspraktijk kritiek op het nut en de noodzaak van de voorhangprocedure bij wijzigingen van de Gids. Zij benoemen dat de wijzigingen de technisch-inhoudelijke onderwerpen betreffen en dat weinig Kamerleden over de benodigde expertise beschikken om de wijzigingen inhoudelijk te beoordelen. Daarmee is volgens veel gesprekspartners de inhoudelijke impact van de voorhangprocedure beperkt.

Daarnaast wordt aangegeven dat de voorhangprocedure een extra manier is om stakeholders uit de aanbestedingspraktijk invloed te laten uitoefenen op wijzigingen van de Gids. De aanbestedingspraktijk is ook al aan de voorkant van het proces betrokken, omdat via het recht van initiatief van de Tweede Kamer voorstellen kunnen worden gedaan tot wijziging van de Gids. Gesprekspartners hebben de indruk dat vooral inschrijvers betrokken zijn via de Tweede Kamer. Daarmee biedt de voorhangprocedure volgens hen geen volledig perspectief van de aanbestedingspraktijk.

Anderzijds wordt door stakeholders waarde gehecht aan de betrokkenheid van de politiek. Daarbij wordt vaak benoemd dat het, gelet op het belang van het onderwerp (en daarmee het belang van de Gids), goed is dat beide Kamers zich kunnen uitspreken over voorgestelde wijzigingen van het ministerie van EZK. Het is volgens veel gesprekspartners van toegevoegde waarde dat de Kamers kunnen reageren en dat de Staatssecretaris daar weer gemotiveerd op moet reageren. Daarmee biedt de voorhangprocedure aanvullende controle en een extra manier om stakeholders uit de aanbestedingspraktijk invloed op de Gids te laten uitoefenen.

# 4. Conclusies en aanbevelingen

De centrale onderzoeksvragen van deze evaluatie luiden:

- In hoeverre is het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit doeltreffend?
- Welke lessen en aanbevelingen kunnen uit de evaluatie worden getrokken met het oog op de (her)benoeming van leden in juni 2021?

In dit hoofdstuk beschrijven we de conclusies op de doeltreffendheid en formuleren we de lessen en aanbevelingen.

## 4.1. Conclusies over doeltreffendheid

Het doel van het stelsel van wijziging van de Gids is niet expliciet beschreven. Om een uitspraak over de doeltreffendheid te kunnen doen, hebben we daarom een reconstructie gemaakt van het doel.

Op basis van het Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit en amendementen van leden van de Tweede Kamer<sup>53</sup> zien wij de volgende doelen van het stelsel van wijziging:

- betrokkenheid van en draagvlak bij de aanbestedingspraktijk;
- uitsluiten van de mogelijkheid tot eenzijdig aangebrachte wijzigingen in de Gids; en
- een positieve bijdrage aan het begrip en de toepassing van het Europese proportionaliteitsbeginsel.

### 4.1.1. Bijdrage aan draagvlak en betrokkenheid

**Conclusie 1. Het stelsel draagt bij aan draagvlak en betrokkenheid van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk bij wijzigingen van de Gids. De instelling van de adviescommissie met vertegenwoordiging vanuit zowel aanbestedende diensten als inschrijvers is een waarborg voor de betrokkenheid. Er is breed draagvlak voor de adviescommissie van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk. Een kanttekening hierbij is dat – gelet op de breedte van het werkveld – de instelling van een adviescommissie met vier leden geen waarborg vormt voor de betrokkenheid van alle typen stakeholders uit de aanbestedingspraktijk. Specifiek geven aanbestedende diensten vanuit Rijk en speciale-sectoren aan in mindere mate betrokken te zijn in de huidige samenstelling van de adviescommissie. Twee aandachtspunten zijn dat naast de samenstelling van de adviescommissie de betrokkenheid van stakeholders in het stelsel niet formeel is georganiseerd. Daarnaast is het stelsel niet expliciet beschreven, daarmee is de werking van het stelsel niet goed herleidbaar (niet inzichtelijk) voor stakeholders uit de aanbestedingspraktijk.**

Gesprekspartners zien draagvlak en betrokkenheid van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk als belangrijkste doel van het stelsel. Er is onder zowel aanbestedende diensten, als onder inschrijvers draagvlak voor de adviescommissie. Dit is terug te voeren op het draagvlak voor de Gids en de schrijfgroep van de Gids. Gesprekspartners die bekend zijn met de adviescommissie zijn overwegend positief over de kennis en ervaring van de adviescommissie en de kwaliteit van de adviezen. De werkwijze van de adviescommissie borgt een unaniem advies over wijziging van de Gids. Dit is een belangrijke waarborg voor draagvlak voor adviezen vanuit zowel inschrijvers als aanbestedende diensten.

<sup>53</sup> Het gaat om het amendement-Schouten/Ziengs (Kamerstuk 32 440, nr. 50) en het amendement-Bruins/Ziengs (Kamerstuk 34 329, nr. 9).

De adviescommissie is ingesteld om te borgen dat bij aanpassingen van de Gids zowel aanbestedende diensten als inschrijvers betrokken zijn. De adviescommissie bestaat uit een onafhankelijk voorzitter, twee leden die de belangen van inschrijvers vertegenwoordigen en twee leden die de belangen van aanbestedende diensten vertegenwoordigen. Door deze samenstelling is de betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk bij aanpassingen *de facto* geborgd. Een kanttekening hierbij is dat – gelet op de breedte van het werkveld – de instelling van een adviescommissie met vier leden geen waarborg vormt voor de betrokkenheid van alle typen stakeholders uit de aanbestedingspraktijk. Specifiek geven aanbestedende diensten vanuit Rijk en speciale-sectoren aan in mindere mate betrokken te zijn in de huidige samenstelling van de adviescommissie. Volledige betrokkenheid van bijvoorbeeld de zeer diverse groep aanbestedende diensten (het Rijk (en uitvoeringsorganisaties), provincies, gemeenten, waterschappen, scholen en universiteiten, maar ook speciale sectorbedrijven zoals de NS en de Luchthaven Schiphol) via de samenstelling van de adviescommissie is volgens ons niet realistisch. Dit zou betekenen dat de adviescommissie fors in omvang zou moeten toenemen.

Naast de samenstelling van de adviescommissie is de betrokkenheid van stakeholders in het stelsel niet formeel georganiseerd. Wel hebben medewerkers van het ministerie van EZK en de leden van de adviescommissie contact met stakeholders in de aanbestedingspraktijk over aanbestedingsbeleid en proportionaliteit. Dit contact loopt informeel via het eigen netwerk van de adviescommissie en via trajecten zoals Beter Aanbesteden en de klankbordgroep rechtsbescherming (beiden zijn geen onderdeel van het onderhavige stelsel van wijziging). In de praktijk zien we dat met name inschrijvers – via voorstellen tot wijzigingen en via reacties in de voorhangprocedure – betrokken zijn bij mogelijke wijzigingen van de Gids.

Met het oog op de betrokkenheid merken veel gesprekspartners op dat zij niet goed op de hoogte zijn van de inrichting en werking van het stelsel. Het stelsel is niet expliciet beschreven, daarmee is de werking van het stelsel niet goed herleidbaar (niet inzichtelijk) voor stakeholders uit de aanbestedingspraktijk. Vanuit zowel aanbestedende diensten als inschrijvers wordt aangegeven dat er meer bekendheid gegeven kan worden aan wijzigingen van de Gids, de wijze waarop wijzigingen tot stand komen en de wijze waarop het stelsel is ingericht (bijvoorbeeld de (her)benoeming van de leden van de adviescommissie).

#### 4.1.2. Bijdrage aan het uitsluiten van eenzijdige wijzigingen van de Gids proportionaliteit

**Conclusie 2. Het stelsel van wijziging draagt bij aan het uitsluiten van eenzijdige wijzigingen van de Gids proportionaliteit. Er zijn twee waarborgen voor het uitsluiten van eenzijdige wijzigingen in de Gids door de staatssecretaris. Allereerst kan de inhoud van de Gids alleen na advies van de adviescommissie worden gewijzigd. Indien het ministerie afwijkt van het advies, dient dit gemotiveerd te worden. Ten tweede dient een inhoudelijke wijziging van de Gids voorgehangen te worden in de Eerste Kamer en de Tweede Kamer.**

In het stelsel van wijziging van de Gids ligt de penvoering bij de staatssecretaris. Beredeneerd kan worden dat het daarmee in formele zin mogelijk is voor de staatssecretaris om eenzijdig inhoudelijke wijzigingen aan te brengen in de Gids. Echter, het stelsel kent twee belangrijke waarborgen voor het uitsluiten van eenzijdige wijzigingen. Allereerst kan de inhoud van de Gids alleen na advies van de adviescommissie worden gewijzigd. Indien het ministerie afwijkt van het advies, dient dit gemotiveerd te worden. Dit was het geval bij het advies over de rechtsverwerkingsclausules. De staatssecretaris geeft in een Nota van toelichting aan welke aanpassingen worden doorgevoerd (in afwijking van het advies). Deze toelichting wordt gedeeld ten behoeve van de voorhangprocedure. Dit brengt ons bij de tweede waarborg. Een inhoudelijke wijziging van de Gids dient voorgehangen te worden in de Eerste Kamer en de Tweede Kamer. Beide Kamers kunnen zich daarmee uitspreken over de voorgestelde wijziging en hun goedkeuring geven.

### 4.1.3. Bijdrage aan het begrip en de toepassing van het Europese proportionaliteitsbeginsel

**Conclusie 3. Over dit doel kan geen harde uitspraak worden gedaan. De casuïstiek is nog beperkt en het is te kort dag om uitspraken te doen over de wijziging met betrekking tot de tenderkostenvergoeding in de Gids (in werking sinds 1 juli 2020).**

Het is lastig om een harde uitspraak te doen over dit doel. Ten eerste levert met name de Gids een belangrijke bijdrage aan het begrip en de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Het beeld is dat de kwaliteit van de Gids goed is. Ook wordt aangegeven dat de professionaliteit van aanbestedende diensten en inschrijvers bij de invulling van het proportionaliteitsbeginsel van belang is. Beide zijn geen onderwerp van dit onderzoek geweest. Ten tweede is de casuïstiek om uitspraken te doen over de bijdrage van het stelsel nog beperkt. Daarbij is de tot nu toe doorgevoerde wijziging (tenderkostenvergoeding) recent (1 juli 2020) in werking getreden. Het is te kort dag om uitspraken over het effect van deze wijziging op de proportionele toepassing van de tenderkostenvergoeding te doen. Wel zijn er signalen over de impact van deze wijziging. Veel aanbestedende diensten geven aan dat ze voorafgaand aan de wijziging al conform de wijziging handelden. Een aantal aanbestedende diensten heeft naar aanleiding van de wijziging aanpassingen gemaakt in aanbestedingsdocumenten. Inschrijvers geven aan vooralsnog een beperkte impact van de wijziging te zien. Wel geven zij aan dat de wijziging van belang is omdat ze er naar kunnen verwijzen als de invulling (mogelijk) niet in lijn is met de uitwerking in Gids.

## 4.2. Lessen en aanbevelingen

**Alles overwegend bevelen we aan om het stelsel van wijziging en de kernelementen zoals de rol van de adviescommissie en de voorhangprocedure te behouden. Op grond van deze evaluatie – en de beperkte casuïstiek – zien we geen zwaarwegende argumenten om de kernelementen aan te passen. De aanbevelingen en lessen die we hierna formuleren richten zich daarom op het verbeteren van de werking van het huidige stelsel.**

- 1. Verken mogelijkheden om een ‘laagdrempelige’ betrokkenheid van stakeholders uit de aanbestedingspraktijk te organiseren binnen het huidige stelsel.** Betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk is een belangrijk uitgangspunt. Deze betrokkenheid is geborgd door de instelling van een adviescommissie met leden vanuit aanbestedende diensten en inschrijvers. Verdere betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk vindt momenteel niet georganiseerd plaats. Hier is met name vanuit aanbestedende diensten behoefte aan. Bezien kan worden hoe de adviescommissie de betrokkenheid van verschillende typen aanbestedende diensten vorm kan geven. Bijvoorbeeld door te overleggen met partijen zoals speciale sectorbedrijven en Rijksoverheid (ook uitvoeringsorganisaties) over (concept) adviezen of voorstellen voor wijzigingen van de Gids. Het ministerie van EZK dient vanuit haar positie de randvoorwaarden te creëren waarbinnen de adviescommissie de georganiseerde betrokkenheid van stakeholders kan vormgeven. Bijvoorbeeld door secretariële ondersteuning.
- 2. Zorg voor meer bekendheid en transparantie voor het stelsel en de wijzigingen.** Het is momenteel niet goed herleidbaar voor stakeholders uit de aanbestedingspraktijk hoe het stelsel in de praktijk werkt. We bevelen daarom aan om het doel en de werking van het stelsel expliciet te beschrijven. De beschrijving zou bijvoorbeeld een plek kunnen krijgen op de website van PIANOo. Dit maakt het stelsel van wijziging kenbaar en transparant. Afhankelijk van de invulling van aanbeveling 1 kan de betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk bijdragen aan bekendheid en transparantie van de werking van het stelsel en de wijzigingen.

- 3. Let op de volgende punten bij het inrichten van het proces voor (her)benoeming van leden van de adviescommissie.** De benoeming van de huidige leden loopt af per 1 juni 2021. De adviescommissie heeft een belangrijke plek in het stelsel. Immers, de instelling van de adviescommissie moet de betrokkenheid van de aanbestedingspraktijk borgen. Met het oog op de toekomst bevelen we daarom - in lijn met aanbeveling 2 – aan om duidelijke criteria (een profiel) en een procedure voor (her)benoeming van leden en voorzitter te formuleren. Aandachtspunten bij dit proces:
- o (Her)benoeming. De vertegenwoordigers van de inschrijvers worden benoemd op voordracht van VNO-NCW / MKB-Nederland. We bevelen aan om ook uit te werken hoe de benoeming van de leden vanuit de aanbestedende diensten en de voorzitter verloopt.
  - o Vernieuwing. We bevelen aan om een rooster van aftreden vast te stellen, zodat de adviescommissie en het ministerie van EZK zich bewust zijn van de zittingstermijnen en leden op tijd (her)benoemd of vervangen kunnen worden. Laat daarbij de zittingsduur van de leden niet allemaal gelijk lopen. Dit is een waarborg voor continuïteit. Hiermee wordt tevens voorkomen dat er bij gebrek aan tijdige herbenoeming geen adviescommissie meer is. Dit kan bijvoorbeeld door nu te kiezen voor de (her)benoeming van twee leden voor vier jaar, één uit de vertegenwoordiging van aanbestedende diensten en één vanuit de belangen van ondernemers. Bij de (her)benoeming van de twee andere leden kan worden gekozen voor een andere periode, bijvoorbeeld twee jaar.
- 4. Zet in op het verbeteren van de samenwerking tussen het ministerie van EZK en de adviescommissie.**
- o Het uitgangspunt in de relatie zou volgens ons moeten zijn: elkaar niet verrassen. Het is van belang dat beide partijen met elkaar bespreken hoe de samenwerking vorm kan krijgen. Wat zijn de wensen en verwachtingen? Welke mogelijkheden zien beide partijen om hier invulling aan te geven zonder afbreuk te doen aan de onafhankelijk van de adviescommissie en de verantwoordelijkheid van het penvoerderschap van het ministerie?
  - o We raden ook frequenter structureel overleg aan tussen de adviescommissie en het ministerie van EZK, gericht op het uitwisselen van kennis en relevante ontwikkelingen. Op deze manier kan het ministerie gebruik maken van de kennis van de adviescommissie in de voorfase bij ontwikkelingen en vertegenwoordiging van de adviescommissie organiseren bij initiatieven die raakvlakken hebben met de Gids zoals het programma Beter Aanbesteden.
  - o Als het gaat om de invulling van het secretariaat door het ministerie dan raden we aan om deze rol te laten vervullen door een beleidsmedewerker met kennis van het dossier (proportionaliteit), die weet wat de stand van zaken is van een advies(aanvraag) én verbindingen kan leggen met andere medewerkers binnen het ministerie (bijvoorbeeld medewerkers die aan de slag zijn gegaan met de adviezen van de commissie). Kortom, een inhoudelijke gesprekspartner.
- 5. Behoud balans tussen flexibiliteit en stabiliteit van de inhoud van de Gids.** De aanbestedingspraktijk ontwikkelt zich. Er komen nieuwe thema's op zoals circulariteit, duurzaamheid, innovatie, maatschappelijk verantwoord inkopen, et cetera. Het is van belang dat de regelgeving hierop kan inspelen en dat heeft wellicht ook weerslag op het beginsel van proportionaliteit. Het is daarom van toegevoegde waarde dat de Gids een levend document is dat gewijzigd kan worden. Tegelijkertijd is het vanuit de aanbestedingspraktijk bezien wenselijk dat regelgeving bestendig is. Hierop kan worden ingespeeld door bijvoorbeeld één keer per jaar een gewijzigde versie te publiceren op een vast moment.
- 6. Periodieke evaluatie is wenselijk.** Gesprekspartners zijn over het algemeen van mening dat een periodieke evaluatie van de Gids en het stelsel van wijziging wenselijk is. In de eerste plaats wordt genoemd dat het van toegevoegde waarde is om de Gids periodiek te evalueren zodat integraal kan worden gezien of de inhoud van de Gids nog aansluit bij de aanbestedingspraktijk. Het is van belang om stakeholders uit de aanbestedingspraktijk bij een dergelijke evaluatie te betrekken.

# Bijlage I: Overzicht bronnen

- Adviescommissie Gids proportionaliteit (2020). *Gids Proportionaliteit, 2<sup>e</sup> Herziening*.
- Adviescommissie Gids proportionaliteit (2018). *Reglement adviescommissie Gids proportionaliteit*.
- Aanbestedingswet 2012 (2012).
- KWINK groep (2019). *Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Een onderzoek naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen*.
- Ministerie van EZ (2010). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 32 440, nr. 2.
- Ministerie van EZ (2011). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 32 440, nr. 12.
- Ministerie van EZ (2011). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2010-2011, 32 440, nr. 14.
- Ministerie van EZ (2012). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, nr. 71.
- Ministerie van EZ (2013). *Aanbestedingsbesluit*. Artikel 10, eerste lid.
- Ministerie van EZ (2015). *Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 3.
- Ministerie van EZ (2016). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32 440, nr. 94.
- Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit*.
- Ministerie van EZ (2017). *Instellingsbesluit Adviescommissie Gids proportionaliteit – Toelichting*.
- Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 32 440, nr. 95.
- Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 32 440, nr. 97.
- Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 32 440, nr. 99.
- Ministerie van EZK (2018). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 252, nr. 5.
- Ministerie van EZK (2018). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 252, nr. 9.
- Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 34 252, nr. 11.
- Ministerie van EZK (2018). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012. Verslag van een Algemeen Overleg*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 252, nr. 6.
- Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 34 252, nr. 13.
- Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Aanhangsel van de Handelingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 34252, nr. 15.
- Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Aanhangsel van de Handelingen*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, 34252, nr. 582.
- Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 32 440, nr. 112.

- Ministerie van EZK (2020). *Publicatie door de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van de gewijzigde Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016*, nr. WJZ/ 19120270.
- Ministerie van EZK (2020). *Reactie op begeleidende brief bij het advies Rechtsverwerkingsclausules (Grossmann) d.d. 3 maart 2020 aan de adviescommissie*.
- Ministerie van EZK (2021). *Bijlage. Nota van toelichting bij het besluit van tot wijzigingen van het Aanbestedingsbesluit in verband met de wijziging van de Gids proportionaliteit met betrekking tot rechtsverwerkingsclausules*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 32 440, nr. 115.
- Ministerie van EZK (2021). *Kamerbrief ontwerpbesluit wijziging Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging Gids Proportionaliteit (rechtsverwerkingsclausules)*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 32 440, nr. 115.
- Ministerie van EZK (2021). *Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 34 252, nr. 21.
- Raad van State (2020). *Ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met de wijziging van de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken*. Staatscourant 2020, nr. 35 594.
- Schrijfgroep Gids Proportionaliteit (2016). *Gids Proportionaliteit, 1<sup>e</sup> Herziening*.
- Tweede Kamer (2012). *Nader gewijzigd amendement van de leden Schouten en Ziengs ter vervanging van nr. 24 over het aanwijzen van de Gids Proportionaliteit als wettelijk richtsnoer*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2011-2012, 32 440, nr. 50.
- Tweede Kamer (2016). *Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU. Amendement van de leden Bruins en Ziengs over de uitbreiding van de wettelijke verplichting voor het gebruik van de Gids Proportionaliteit naar de speciale-sectorbedrijven*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 9.
- Tweede Kamer (2016). *Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU. Motie van het lid Agnes Mulder C.S.* Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 16.
- Tweede Kamer (2017). *Lijst van controversiële onderwerpen zoals vastgesteld door de Kamer op 11 april 2017*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 707, nr. 3.
- Tweede Kamer (2017). *Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..). Motie van het lid Ziengs*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2016-2017, 32 440, nr. 97.
- Tweede Kamer (2017). *Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (XIII), de begrotingsstaten van het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en het Diergezondheidsfonds (F) voor het jaar 2018. Motie van het lid Bruins C.S.* Tweede Kamer, vergaderjaar 2017-2018, 34 775 XIII, nr. 101.
- Tweede Kamer (2018). *Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..). Motie van de leden Van den Berg en Wörsdörfer*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 32 440, nr. 106.
- Tweede Kamer (2018). *Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..). Motie van het lid Wörsdörfer*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 32 440, nr. 109.
- Tweede Kamer (2019). *Aanhangsel van de Handelingen. Antwoord op vragen van het lid Palland over het bericht Bouwer staat 3:1 achter bij Tendergeschil: “Bizar dat politiek ingrijpen uit blijft”*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 32 440, nr. 582.
- Tweede Kamer (2019). *Evaluatie Aanbestedingswet 2012. Verslag van een Algemeen Overleg*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 34 252, nr. 18.
- Tweede Kamer (2019). *Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..). Verslag van een schriftelijk overleg*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 32 440, nr. 114.
- Tweede Kamer (2020). *Aanhangsel van de Handelingen. Antwoord op vragen van het lid Bruins over de Adviescommissie Gids Proportionaliteit*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, nr. 2647.

# Bijlage II: Gesprekspartners

Organisatie:	Gesprekspartners:
Adviescommissie Gids proportionaliteit	Jan Michiel Hebly (voorzitter), Joost Heurkens, Hub Keulen, Meriam de Koning-van Rutte en Marcel Stuijts
COAB / MKB-Nederland / VNO-NCW	Ruben Chee (VHG), Arno Duijverman (Bouwend NL), Vicky Fasten (BNO), Michel Geertse (BNA), Joost Haes (VHG), Meriam de Koning <sup>54</sup> , Philip van Nieuwenhuizen (MKB Infra), Dick van Werven (Bouwend NL), Ingrid Sangers (VHG), Laurens de Vrijer (Techniek NL), Bernard van der Voort (voorzitter COAB, RHDHV), Petra Tiel (VNO-NCW / MKB-Nederland), Alfons Zwetsloot (Anthos)
Commissie van Aanbestedingsexperts	Anne Fischer-Braams
CROW	Joost Fijneman
IPO	Maarten Rauws
Kenniskring Aanbesteden	Alfred de Weert
Ministerie van BZK	Thijs Kirchner, Shoshana Jonas en Rolf Valenteijn
Ministerie van EZK	Rudolf Haije, Annet Jonk, Geert Moelker, Maret Oomen en Sybren Straatsma
Ministerie van SZW	Miliza Does
Nederlandse Spoorwegen	Adrienne Geelhoed en Bas van Kempen
PIANOO	Jacobien Muntz-Beekhuis
Rijkswaterstaat	Tim Beukema
Stichting RIJK	Ditmar Waterman
UBR-HIS	Richard Lennartz
Unie van Waterschappen	Henkjan van Meer
Universiteit Utrecht	Willem Janssen
Vereniging van Nederlandse Gemeenten	Colette Gonsalves
Vrije Universiteit Amsterdam	Frank van Ommeren

<sup>54</sup> Aanwezig als toehoorder n.a.v. verzoek secretariaat Coab, met instemming interviewers/geïnterviewden.



# Bijlage III: Casuïstiek

Sinds de instelling van de adviescommissie in januari 2017 zijn twee adviesaanvragen gedaan waar de adviescommissie vervolgens een advies over heeft gegeven: één inzake tenderkostenvergoedingen (2018) en één inzake rechtsverwerkingsclausules (2020).

In oktober 2018 is aangegeven aan de Tweede Kamer dat de minister een adviesaanvraag over het onderwerp **tenderkostenvergoeding bij ingetrokken aanbestedingen** zal doen bij de adviescommissie. Het onderwerp tenderkostenvergoeding is voor dat moment al verschillende keren aan de orde gekomen in de Tweede Kamer. Zo zijn meerdere moties ingediend over dit onderwerp en is een onderzoek uitgevoerd naar tenderkostenvergoedingen bij ingetrokken aanbestedingen. De adviesaanvraag over tenderkostenvergoedingen bij ingetrokken aanbestedingen is in de daaropvolgende maand (november 2018) verstuurd aan de adviescommissie, waarna de adviescommissie na één maand het advies heeft opgeleverd. Twee maanden later (februari 2019) werd het advies openbaar, vergezeld van een beleidsreactie. Het Ontwerpbesluit tot wijziging is in juli 2019 voorgehangen bij de Eerste en Tweede Kamer. Na een aantal vragen van Kamerleden over het Ontwerpbesluit is in maart 2020 de adviesaanvraag naar de Raad van State gestuurd. In juli 2020 is de wijziging van de Gids doorgevoerd. De totale doorlooptijd van adviesaanvraag tot en met wijziging in de Gids is 21 maanden bij dit advies. Het onderdeel ‘wijzigingsprocedure’ nam het meeste tijd in beslag, namelijk twaalf maanden.

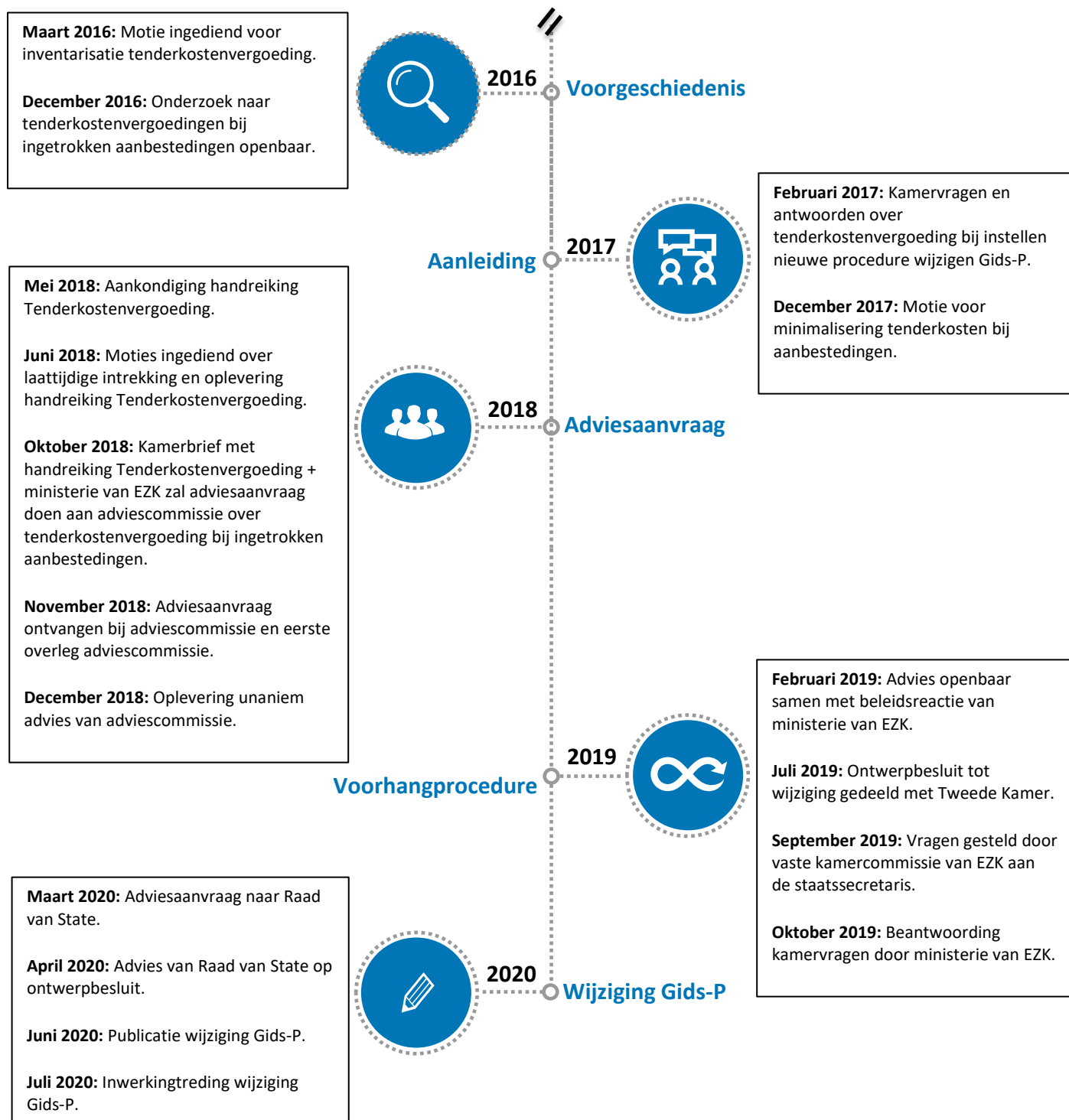
Het tweede advies gaat over **rechtsverwerkingsclausules**. In november 2019 is de adviesaanvraag ontvangen door de adviescommissie. Na vijf maanden ontving het ministerie van EZK het advies van de adviescommissie in maart 2020. Op 12 februari 2021 werd het advies openbaar, vergezeld van een beleidsreactie. Het Ontwerpbesluit tot wijziging is tegelijkertijd, op 12 februari 2021 voorgehangen bij de Eerste en Tweede Kamer.

Op 31 oktober 2019 is een **derde adviesaanvraag** toegezegd aan de Kamer over **tijdige klachtafhandeling**. Omdat zowel de tweede als derde adviesaanvraag toezien op rechtsbescherming, ligt één wijziging van de Gids volgens de Staatssecretaris voor de hand.<sup>55</sup> Dit heeft de adviescommissie ook meegegeven in haar advies van maart 2020 met betrekking tot rechtsverwerkingsclausules. In de Kamerbrief over de uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden geeft de Staatsecretaris aan dat bovengenoemde maatregel een plek moet krijgen in de Aanbestedingswet 2012, omdat het geen proportionaliteitsvraagstuk betreft.<sup>56</sup> Hierdoor wordt tijdige klachtafhandeling bij het klachtenloket wettelijk verankerd. De Staatsecretaris geeft aan de adviescommissie op de hoogte gebracht te hebben dat ze **geen advies** zal vragen.

<sup>55</sup> Tweede Kamer (2019). *Aanhangsel van de Handelingen. Antwoord op vragen van het lid Palland over het bericht Bouwer staat 3:1 achter bij Tendergeschied: "Bizar dat politiek ingrijpen uit blijft"*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 32 440, nr. 582.

<sup>56</sup> Ministerie van EZK (2021). *Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 34 252, nr. 21.

# Tenderkostenvergoeding



Figuur 3. Tijdlijn advies Tenderkostenvergoeding.

## Voorgeschiedenis

Op **9 maart 2016** is een motie ingediend door kamerlid Agnes Mulder c.s.<sup>57</sup> tijdens de behandeling van de gewijzigde Aanbestedingswet. In de motie verzoekt zij de regering vóór 1 januari 2017 inzichtelijk te maken hoe vaak aanbestedingsprocedures in de afgelopen jaren te laat zijn ingetrokken en in hoe veel gevallen hierbij vergoedingen zijn uitgekeerd.

Onderzoeksbureau Significant heeft vervolgens een onderzoek uitgevoerd in opdracht van het ministerie van EZ dat op **22 december 2016** gepubliceerd is.<sup>58</sup> Relevante achtergrondinformatie is dat de Aanbestedingswet 2012 geen specifieke bepalingen voor het intrekken van aanbestedingen en de eventuele vergoeding van tenderkosten daarbij kent. Het onderzoek concludeert dat het intrekken van aanbestedingen in een vergevorderde fase van de procedure weinig plaatsvindt. In (ruim) 95% van de aanbestedingen waarin een Nota van inlichtingen is opgesteld door de aanbestedende dienst, wordt ook daadwerkelijk een opdracht gegund. In gevallen waarin sprake is van intrekking in een vergevorderd stadium wordt slechts bij uitzondering een tenderkostenvergoeding verstrekt. De minister van EZ geeft daarbij aan dat de vraag of een vergoeding zou moeten worden uitbetaald, moet worden beantwoord aan de hand van de individuele omstandigheden van het geval.

Bij het instellen van de nieuwe procedure voor het wijzigen van de Gids zijn opnieuw vragen gesteld door Kamerleden.<sup>59</sup> De vragen en opmerkingen zijn op **16 februari 2017** aan de Minister van EZ voorgelegd. Bij brief van **22 februari 2017** zijn de vragen beantwoord.<sup>60</sup> Zo is bijvoorbeeld gevraagd of het niet een hoog percentage is dat 3% tot 5% van de opdrachten wordt ingetrokken na de laatste Nota van inlichtingen en wat hier aan gedaan gaat worden. En of het onderzoek aanleiding geeft tot het veranderen van beleid en waarom er geen standaard tenderkostenvergoeding wordt ingevoerd. De minister heeft aangegeven geen oordeel te hebben over dit percentage aangezien er vele redenen kunnen zijn waarom een aanbestedende dienst uiteindelijk besluit om tot intrekking over te gaan. De minister benoemt dat het afhankelijk is van individuele omstandigheden van het geval en benoemt de route naar de burgerlijke rechter. Er zijn volgens de minister voldoende mogelijkheden om in verweer te komen als een inschrijver meent ten onrechte geen tenderkostenvergoeding te hebben gekregen.

Op **11 april 2017** heeft de Tweede Kamer gestemd over de lijst met controversiële onderwerpen omdat het kabinet demissionair was. Het rapport 'Onderzoek naar Tenderkostenvergoeding bij ingetrokken aanbestedingen' is toen controversieel verklaard.<sup>61,62</sup>

Op **15 mei 2018** kondigde de staatssecretaris van EZK aan dat wordt gewerkt aan een handreiking tenderkostenvergoeding.<sup>63</sup> Hiermee wordt invulling gegeven aan de motie van het lid Bruins c.s. van **14 december 2017** waarop de regering wordt verzocht zich in te spannen de tenderkosten bij aanbestedingen tot een minimum te beperken, dit ook te bespreken met medeoverheden en de Kamer hierover minimaal driejaarlijks te informeren.<sup>64</sup>

---

<sup>57</sup> Tweede Kamer (2016). *Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU. Motie van het lid Agnes Mulder C.S.* Tweede Kamer, vergaderjaar 2015–2016, 34 329, nr. 16

<sup>58</sup> Ministerie van EZ (2016). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen.* Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32 440, nr. 94.

<sup>59</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen.* Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32 440, nr. 95.

<sup>60</sup> Ministerie van EZ (2017). *Kamerbrief nieuwe regels omtrent aanbestedingen.* Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 32 440, nr. 99.

<sup>61</sup> Tweede Kamer (2017). *Lijst van controversiële onderwerpen zoals vastgesteld door de Kamer op 11 april 2017.* Tweede Kamer, vergaderjaar 2016–2017, 34 707, nr. 3.

<sup>62</sup> Controversieel verklaard gaat over voorstellen en onderwerpen waarvan redelijkerwijze verwacht mag worden dat behandeling met een ander kabinet tot een andere uitkomst zal leiden. Het zijn politiek gevoelige onderwerpen die niet meer aan de orde komen in het dan demissionaire kabinet.

<sup>63</sup> Ministerie van EZK (2018). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012.* Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 252, nr. 5.

<sup>64</sup> Tweede Kamer (2017). *Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (XIII), de begrotingsstaten van het Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit en het Diergezondheidsfonds (F) voor het jaar 2018. Motie van het lid Bruins C.S.* Tweede Kamer, vergaderjaar 201702918, 34 775 XIII, nr. 101.

Op **7 juni 2018** zijn twee moties ingediend door Kamerleden naar aanleiding van een algemeen overleg over aanbestedingen.<sup>65</sup> De eerste motie ging over de Tenderkostenvergoeding bij laattijdige intrekking door de aanbestedende dienst in verband met eigen fouten. Aangegeven wordt dat opdrachtgevers nu regelmatig in hun aanbestedingsstukken bedingen opnemen die het verstrekken van tenderkostenvergoeding uitsluiten. De motie verzoekt de regering om de mogelijkheid te onderzoeken om voorwaarden die een tenderkostenvergoeding uitsluiten, te verbieden en 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.<sup>66</sup> De tweede motie gaat over de handreiking tenderkostenvergoeding. Deze handreiking zou in het eerste kwartaal van 2018 opgeleverd worden. Door middel van de motie is de regering opgeroepen om nog voor het zomerreces de handreiking tenderkosten op te leveren.<sup>67</sup>

Tot slot is op **15 oktober 2018** de kamerbrief gedeeld met daarbij de handreiking Tenderkostenvergoeding.<sup>68</sup> Daarbij is aangegeven dat de handreiking slechts zijdelings ingaat op de problematiek van tenderkosten bij ingetrokken aanbestedingen. Er wordt aangegeven dat het voorkomt dat aanbestedingen stopgezet worden omdat blijkt dat de opdracht aangepast moet worden, waarna een herstart plaatsvindt. De staatssecretaris acht het onwenselijk dat aanbestedende diensten bedingen opnemen in hun aanbestedingsstukken die tenderkostenvergoedingen in dat soort situaties uitsluiten. Dit beeld wordt gesterkt door signalen uit de academische wereld.<sup>69</sup> De adviescommissie zal dan ook gevraagd worden advies uit te brengen over het verbieden van dergelijke bedingen in de Gids.

#### Vorbereiding wijziging

De adviescommissie heeft op **5 november 2018** de adviesvraag "Tenderkostenvergoedingen bij te laat ingetrokken aanbestedingen" ontvangen van het Ministerie van EZK. De adviescommissie is verzocht om een advies over: *Op welke manier invulling gegeven kan worden aan de wens om voorwaarden die een tenderkostenvergoeding bij een ingetrokken aanbesteding uitsluiten te verbieden en welke kaders hiervoor in de Gids opgenomen zouden kunnen worden.*

De adviesvraag is vergezeld met een bespreking met het ministerie van EZK over de adviesaanvraag op 8 november 2018.

Het ministerie van EZK heeft op **20 december 2018** het advies ontvangen van de adviescommissie. Het advies van de Adviescommissie is unaniem. De adviescommissie schrijft in het advies dat het opnemen van bedingen die op voorhand tenderkostenvergoedingen uitsluiten bij een voortijdige intrekking van de aanbesteding disproportioneel is. De adviescommissie geeft aan dat dit uit het wettelijke proportionaliteitsbeginsel en de Gids volgt. De adviescommissie vindt het daarom niet strikt noodzakelijk om hiervoor de Gids aan te passen. Ook benoemt de adviescommissie als bezwaar tegen het expliciet benoemen van dit voorbeeld van disproportionaliteit, dat er nog veel andere voorbeelden zijn die niet expliciet benoemd zijn in de Gids. Voor het geval er desondanks een wens bestaat de Gids op dit punt aan te passen, heeft de Adviescommissie een tekstvoorstel gedaan. Dit tekstvoorstel maakt duidelijk dat tenderkostenvergoedingen bij ingetrokken aanbestedingen zeker niet per definitie aan de orde zijn, maar dat dit afhankelijk van de omstandigheden van het geval wel mogelijk is. Bedingen die dit uitsluiten zijn daarom disproportioneel.

<sup>65</sup> Ministerie van EZK (2018). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012. Verslag van een Algemeen Overleg*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 252, nr. 6.

<sup>66</sup> Tweede Kamer (2018). *Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)*. Motie van de leden Van den Berg en Wörsdörfer. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 32 440, nr. 106.

<sup>67</sup> Tweede Kamer (2018). *Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)*. Motie van het lid Wörsdörfer. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 32 440, nr. 109.

<sup>68</sup> Ministerie van EZK (2018). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 34 252, nr. 9.

<sup>69</sup> Zie: <https://www.cobouw.nl/bouwbreed/nieuws/2018/05/bouwers-draaien-op-voor-mislukte-aanbesteding-mona-pak-dit-aan-101261086>.

Op **1 februari 2019** is het advies met een beleidsreactie van de staatssecretaris gedeeld met de Tweede Kamer. Daarbij wordt aangegeven dat de Gids toch wordt aangepast zodat het voor zowel aanbestedende diensten als inschrijvers duidelijk is dat bedingen die tenderkostenvergoedingen bij ingetrokken aanbestedingen uitsluiten disproportioneel zijn. Het vervolg is dat het proces voor het wijzigen van de Gids zo snel mogelijk in gang wordt gezet. De tekstsuggesties van de adviescommissie zullen worden gebruikt als uitgangspunt.<sup>70</sup>

### Wijzigingsprocedure

Op **3 juli 2019** stuurt de staatssecretaris het Ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging van de Gids op naar de Eerste en Tweede Kamer.<sup>71</sup> De voordracht voor de vast te stellen algemene maatregel van bestuur is aan de Kamer overgelegd tot en met 29 september 2019.

Vervolgens zijn in een Schriftelijk Overleg op **19 september 2019** dertien vragen en opmerkingen voorgelegd aan de staatssecretaris door de vaste commissie voor EZK.<sup>72</sup> Bij brief van **29 oktober 2019** zijn de vragen beantwoord. De vragen zijn soms verduidelijkend van aard zoals bijvoorbeeld over wat wordt verstaan onder 'aanzienlijke kosten' en 'overduidelijk te laat' of dat er jurisprudentie is over wanneer intrekking laattijdig is. Andere vragen gaan over andere gerelateerde onderwerpen zoals de relatie met de Handreiking tenderkostenvergoeding, zorgen dat ondernemers geen klachten indienen bij aanbestedende diensten en de verhouding tussen klachten ingediend bij aanbestedende diensten en de Commissie van Aanbestedingsexperts.

De adviesaanvraag naar de Raad van State is op **10 maart 2020** gedaan. Op **29 april 2020** heeft de Raad van State een advies gegeven op het Ontwerpbesluit. De Raad van State heeft een opmerking bij het Ontwerpbesluit en adviseert daarmee rekening te houden voordat een besluit wordt genomen. In het advies wordt aangegeven om de Nota van toelichting en de Gids op één punt met elkaar in overeenstemming te brengen en te verduidelijken of de omstandigheden waaronder intrekking plaatsvindt wel of niet relevant zijn voor een tenderkostenvergoeding. Hierop heeft het ministerie van EZK de nota van toelichting bij het Ontwerpbesluit aangepast en aangevuld.<sup>73</sup>

De wijziging van de Gids is op **30 juni 2020** gepubliceerd in de Staatscourant en Staatsblad.<sup>74</sup> Op **1 juli 2020** is de wijziging inwerking getreden.

<sup>70</sup> Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 34 252, nr. 11.

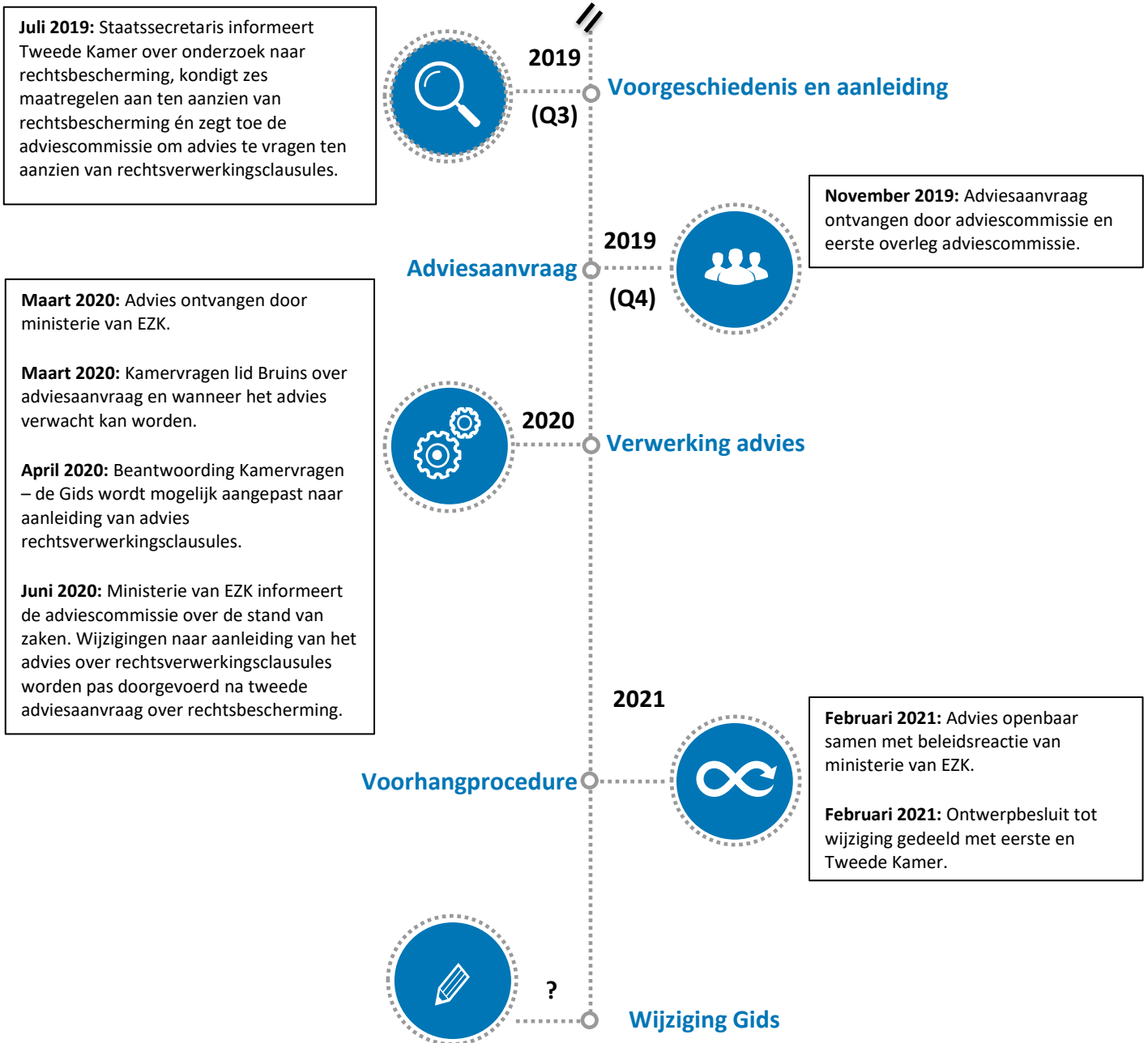
<sup>71</sup> Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 32 440, nr. 112. Nota bene: het Aanbestedingsreglement Werken 2016 is gelijktijdig meegestuurd maar inhoudelijk is er geen relatie met de Gids en de wijziging daarvan.

<sup>72</sup> Tweede Kamer (2019). *Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)*. *Verslag van een schriftelijk overleg*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 32 440, nr. 114.

<sup>73</sup> Raad van State (2020). *Ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met de wijziging van de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken*. Staatscourant 2020, nr. 35 594.

<sup>74</sup> Ministerie van EZK (2020). *Publicatie door de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van de gewijzigde Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016*, nr. WJZ/ 19120270.

# Rechtsverwerkingsclausules



Figuur 4. Tijdlijn advies rechtsverwerkingsclausules.

## Voorgeschiedenis

Op **12 juli 2019** informeert de Staatssecretaris van EZK de Tweede Kamer over een onderzoek naar rechtsbescherming bij aanbesteden en kondigt zij maatregelen aan.<sup>75</sup> Vanwege het belang van het onderwerp, meerdere moties van de Tweede Kamer en toezeggingen van de Staatssecretaris, heeft de Staatssecretaris hier onderzoek naar laten uitvoeren. De Staatssecretaris concludeert dat het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden verschillende mogelijkheden bevat om rechtsbescherming in te roepen. Ondernemers hebben met name behoefte om aanvullend problemen bij aanbestedingen aan te kunnen kaarten, inhoudelijk te kunnen laten beoordelen en te zien dat problemen op passende wijze worden geadresseerd.

In het kader van bovenstaande beleidsconclusie, kondigt de Staatssecretaris zes beleidsmaatregelen aan op **12 juli 2019**.<sup>76</sup> Eén van deze maatregelen betreft het inperken van extreme toepassing van rechtsverwerkingsclausules. De Staatssecretaris beschrijft het probleem als volgt: *“Het is van belang dat aanbestedende diensten proportionele eisen stellen rondom bepalingen die verval van recht tot gevolg hebben als er geen (rechts-)middelen zijn ingezet zoals het stellen van vragen, het indienen van een klacht en de gang naar de rechter. Er is een gerechtvaardigd belang voor het stellen van de eis dat een (potentiële) inschrijver zich proactief opstelt, hetgeen voortvloeit uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU. Voorkomen moet worden dat ondernemers gedurende de aanbestedingsprocedure op hun handen blijven zitten en pas een kort geding aanspannen nadat duidelijk is dat zij de aanbesteding hebben verloren. In een dergelijke situatie heeft de aanbestedende dienst namelijk geen mogelijkheid om eventuele fouten tijdig te corrigeren. Anderzijds maakt dit onderzoek duidelijk dat de indruk bestaat dat aanbestedende diensten incalculeren dat een ondernemer, bijvoorbeeld gezien de waarde van de opdracht, toch niet naar de rechter zal stappen en daarmee de prikkel wegnemen om ontvankelijk op discussies te reageren.”*<sup>77</sup> De Staatssecretaris zegt toe de adviescommissie om advies te vragen over de wijze waarop in de Gids beperkingen kunnen worden opgenomen ten aanzien van rechtsverwerkingsclausules.

Op **31 oktober 2019** worden in een Algemeen Overleg in de Tweede Kamer vragen gesteld over deze maatregelen. Zo wordt gevraagd wanneer de Staatssecretaris een voorstel over de rechtsverwerkingsclausules kan voorleggen aan de Tweede Kamer.<sup>78</sup> De Staatssecretaris geeft aan in november advies te vragen aan de adviescommissie en benoemt dat de commissie vervolgens zes weken de tijd heeft om te reageren. De Staatssecretaris is voornemens om in het begin van het nieuwe jaar de Kamer daarover te informeren.

## Adviesaanvraag

De adviescommissie heeft op **15 november 2019** de adviesvraag “Rechtsverwerkingsclausules (Grossman)” ontvangen van het ministerie van EZK. De vraag die aan de adviescommissie wordt gesteld is op welke wijze een of meer beperking(en) kunnen worden opgenomen in de Gids ten aanzien van de toepassing van rechtsverwerkingsclausules. Het ministerie van EZK geeft daarbij aan dat wordt gezocht naar een balans. Aan de ene kant is het uitgangspunt in het Grossman-arrest dat van een (potentiële) inschrijver verwacht mag worden proactief te handelen. Aan de andere kant de mogelijkheid voor de aanbestedende dienst om tot op zeker hoogte zekerheid te creëren dat punten waarover al discussie is gevoerd, afgerond kunnen worden. Ook wordt de adviescommissie gevraagd welke overwegingen daarbij een rol spelen gelet op de bevindingen uit het onderzoek naar rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk.<sup>79</sup>

<sup>75</sup> Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 34 252, nr. 13.

<sup>76</sup> Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 34 252, nr. 13.

<sup>77</sup> Ministerie van EZK (2019). *Kamerbrief Evaluatie Aanbestedingswet 2012*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2018–2019, 34 252, nr. 13.

<sup>78</sup> Tweede Kamer (2019). *Evaluatie Aanbestedingswet 2012. Verslag van een Algemeen Overleg*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019–2020, 34 252, nr. 18.

<sup>79</sup> KWINK groep (2019). *Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Een onderzoek naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen*.

### Advies door adviescommissie

Op **21 november 2019** wordt de adviesaanvraag door de adviescommissie besproken. De adviescommissie heeft met een beroep op het eigen reglement de reguliere termijn van zes weken voor het geven van advies verlengd.<sup>80</sup>

Het ministerie van EZK heeft op **3 maart 2020** het advies ontvangen van de adviescommissie. 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 dienen anderzijds geen extreme eisen te stellen met betrekking tot het tijdig aankaarten van onvolkomenheden, of onredelijke beperkingen opleggen met betrekking tot het indienen van een klacht of het voeren van een procedure. Om een goede balans te borgen heeft de adviescommissie zich gebogen over hoofdstuk 4 van de Gids. De adviescommissie doet een concreet voorstel voor aanpassing van de tekst van dit hoofdstuk.

### Wijzigingsprocedure

Op **20 maart 2020** worden door een kamerlid vragen gesteld over het advies.<sup>81</sup> Hij informeert onder meer wanneer de adviesaanvraag bij de adviescommissie is ingediend en wanneer de kamer het advies kan verwachten. De Staatssecretaris geeft aan dat tijdens het algemeen overleg van 31 oktober 2019 is toegezegd advies te vragen. Ook geeft de Staatssecretaris aan dat de Gids in het kader van de maatregelen met betrekking tot rechtsbescherming mogelijk op meerdere punten zal worden aangepast. Hierdoor houdt zij deze wijzigingen bij elkaar en legt deze voor aan de Kamer in één wijzigingsvoorstel.

Op **12 februari 2021** stuurt de Staatssecretaris het Ontwerpbesluit tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging van de Gids op naar de Eerste en Tweede Kamer.<sup>82</sup> De Staatssecretaris geeft in de beleidsreactie aan het advies grotendeels over te nemen en voert enkele kleine aanpassingen door. Daarnaast geeft de Staatssecretaris aan dat de adviescommissie enkele kennelijke fouten in de voetnoten van de Gids heeft aangetroffen. In de gewijzigde Gids worden deze fouten hersteld.<sup>83</sup> De adviescommissie heeft aangegeven dat het ging om een actualisering van de voetnoten en niet om het herstel van fouten.

---

<sup>80</sup> Tweede Kamer (2020). *Aanhangsel van de Handelingen. Antwoord op vragen van het lid Bruins over de Adviescommissie Gids Proportionaliteit*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, nr. 2647.

<sup>81</sup> Tweede Kamer (2020). *Aanhangsel van de Handelingen. Antwoord op vragen van het lid Bruins over de Adviescommissie Gids Proportionaliteit*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2019-2020, nr. 2647.

<sup>82</sup> Ministerie van EZK (2021). *Kamerbrief ontwerpbesluit wijziging Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging Gids Proportionaliteit (rechtsverwerkingsclausules)*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2020-2021, 32 440, nr. 115.

<sup>83</sup> Ministerie van EZK (2021). *Bijlage. Nota van toelichting bij het besluit van tot wijzigingen van het Aanbestedingsbesluit in verband met de wijziging van de Gids proportionaliteit met betrekking tot rechtsverwerkingsclausules*. Tweede Kamer, vergaderjaar 2020-2021, 32 440, nr. 115.



Nassaulaan 1  
2514 JS Den Haag

+31 (0)70 359 6955  
[info@kwinkgroep.nl](mailto:info@kwinkgroep.nl)  
[www.kwinkgroep.nl](http://www.kwinkgroep.nl)

**KWINK**  
GROEP