

Gids Proportionaliteit

3^e herziening, 1 januari 2022 – hoofdstuk 4 met wijzigingen

4 Aanbestedingsfase

4.1 Vragen aan en mededelingen van aanbestedende dienst

Vanaf de publicatie van de aanbesteding mogen potentiële inschrijvers vragen stellen naar aanleiding van het aanbestedingsdocument of de selectieleidraad. Wettelijk gezien moeten vragen door de aanbestedende dienst minimaal 10 dagen voordat de aanmelding of offerte binnen moet zijn, beantwoord zijn. Beide partijen zijn er bij gebaat dat vragen zo snel mogelijk worden gesteld en ook zo snel mogelijk worden beantwoord. Afhankelijk van het onderwerp van de aanbesteding is het soms ook handig een 'prebid meeting' of een bezoek van de locatie (bv. bij schoonmaak, catering of technisch onderhoud/renovatie van gebouwen) te organiseren. Vragen worden beantwoord in één of meer nota's van inlichtingen die aan alle potentiële inschrijvers digitaal ter beschikking worden gesteld (vanaf 1 juli 2017 verplicht). **Met name bij grote of complexe aanbestedingen is het gebruik van meerdere nota's van inlichtingen raadzaam. De aanbestedende dienst geeft een redelijke termijn voor het stellen van vragen. Op vragen die tijdig binnenkomen geeft de aanbestedende dienst een inhoudelijk antwoord.** Vragen die binnenkomen worden meteen gepubliceerd en zodra het antwoord beschikbaar is, wordt dit eraan toegevoegd. Deze manier van het verstrekken van inlichtingen heeft als voordelen een snelle respons van de aanbestedende dienst op vragen van inschrijvers en het voorkomen van dubblures in de vragen. **Tevens geeft het snel publiceren van antwoorden inschrijvers de prikkel om vragen zo snel mogelijk te stellen en de mogelijkheid een vervolg- of verduidelijkingsvraag te stellen binnen de gegeven termijn. Het is disproportioneel om zonder (inhoudelijk afdoende) antwoord te geven de aanbesteding conform planning voort te zetten.** Dit laat onverlet, dat voor de eenduidigheid de definitieve Nota van Inlichtingen met alle gebundelde vragen en antwoorden uiterlijk 10 dagen voor aanmelding/inschrijving wordt gepubliceerd. Bij het verstrekken van veel inlichtingen kan het ook raadzaam zijn de inschrijvingstermijn op te schuiven. **Indien een inschrijver zich niet kan vinden in de beantwoording van vragen, dan wel sprake is van een fundamenteel punt waarover volgens de planning geen vraag meer kan worden gesteld, kan de inschrijver een klacht indienen (§4.4). Het is disproportioneel het niet stellen van een vraag automatisch te laten leiden tot het verval van recht om het onderwerp alsnog aan de orde te stellen, maar inschrijvers dienen wel een proactieve houding aan te nemen. Het is belangrijk dat inschrijvers zo vroeg mogelijk vragen presenteren. Een aanbestedende dienst moet een evenwicht vinden tussen de belangen. Het kan in bepaalde gevallen proportioneel zijn om ná de termijn van vragen stellen toch nog vragen te beantwoorden, bijvoorbeeld als de vraag zou kunnen leiden tot een wezenlijke wijziging van de opdracht. Op het moment dat duidelijk is dat beantwoording zal leiden tot een wezenlijke wijziging, is het proportioneel de termijn van inschrijving te verlengen, al dan niet in combinatie met een rectificatie van de aankondiging.** Ondanks het uitgangspunt van elektronische informatie-uitwisseling, blijft andersoortige communicatie mogelijk (denk aan presentaties, interviews en bezoek van de locatie). Voorwaarde voor gebruik van andersoortige communicatie is dat de inhoud van die communicatie voldoende wordt gedocumenteerd en aan alle betrokkenen ter beschikking wordt gesteld (denk aan non-discriminatoir, transparant en objectief).

4.2 Vormvereisten

Voorschrift 4.2:

De aanbestedende dienst verlangt van een inschrijver geen andere vormvereisten dan welke tot doel hebben te komen tot een objectieve vergelijking van de inschrijvingen.

In ieder aanbestedingsdocument wordt aangegeven welke vormvereisten aan een aanmelding of inschrijving worden gesteld. Het doel van deze vormvereisten is te kunnen komen tot een objectieve vergelijking van inschrijvingen. Zo kan gevraagd worden dat een inschrijfformulier/ antwoordentabel dient te worden ingevuld, en kan worden gevraagd naar een bepaalde nummering van bijlagen. Hier kunnen meer eisen bijkomen, al naar gelang het onderwerp van de aanbesteding (denk aan proefafdrukken bij een aanbesteding drukwerk). Toch zit hier ook een duidelijke proportionaliteitscomponent aan. Ieder vormvereiste dat wordt gesteld, betekent meer werk voor een (mogelijk) inschrijvende partij. **Als er al bij uitzondering sprake is van het om redenen analoog indienen van een inschrijving (in principe dient het proces volledig digitaal te verlopen)**, moet een aanbestedende dienst zich afvragen of er **daadwerkelijk meerdere** exemplaren nodig zijn. Zo moet een aanbestedende dienst zich afvragen of er echt wel vijf exemplaren nodig zijn (bij papieren inschrijvingen) en **Bij digitale inschrijvingen is het goed zich af te vragen** welk betrouwbaarheidsniveau proportioneel is (bij digitale inschrijvingen). Het ligt voor de hand aan te sluiten bij de handreiking voor betrouwbaarheidsniveaus voor authenticatie bij elektronische overheidsdiensten (versie 3) van Forum Standaardisatie en voor het indienen van aanbestedingsdocumenten (in ieder geval niet hoger dan) betrouwbaarheidsniveau 3 te hanteren. Een aanbestedende dienst loopt het risico, dat als de vormvereisten te hoog worden opgeschroefd, het aantal inschrijvende partijen sterk afneemt (beperking van de concurrentie), de kans op fouten toeneemt of dat de vorm belangrijker gaat worden dan de inhoud. Ook het verlangen, dat elke pagina is ondertekend, ~~dan wel~~ **dan wel** geparafeerd, lijkt niet noodzakelijk. Daarnaast zou terughoudend om moeten worden gegaan met het stellen van vormvereisten aan bijvoorbeeld referenties. Dat zou immers in de praktijk kunnen betekenen dat een inschrijver voor elke opdracht terug moet naar zijn referent om voor dezelfde (mogelijk jaren geleden verkregen) referentie opnieuw een handtekening te krijgen, steeds onder een ander referentie-opgave **referentieopgave** model. Los van mogelijke obstakels, als dat de bij die concrete opdracht betrokken personen bij de betreffende organisatie niet meer werkzaam zijn of het nieuwe formulier niet past bij de oorspronkelijke opdracht, leidt dit tot ongewenste administratieve belasting.

4.3 Standstill periode

Een aanbestedende dienst moet inschrijvers een redelijke gelegenheid geven bezwaar te maken tegen een voorgenomen gunningsbeslissing. Concreet betekent dit dat eerst een mededeling omtrent de voorgenomen gunning wordt verstuurd. Gedurende een aansluitende termijn hebben afgewezen inschrijvers dan gelegenheid de beslissing nader te onderzoeken en kunnen eventuele bezwaren worden ingediend. Daarmee komt de aanbestedingsprocedure in feite tot stilstand. Pas na deze termijn vindt, als er geen bezwaar is aangetekend, definitieve gunning plaats. Deze standstill of Alcatelperiode is wettelijk geregeld voor de Europese procedures en nationale openbare en niet-openbare procedures. In het ARW 2016 is dit ook procedureel vastgelegd. De standstill periode van 20 kalenderdagen is nadrukkelijk een minimum termijn. Verlenging van die periode kan in omstandigheden mogelijk en/of verstandig zijn, zowel in het belang van de aanbestedende dienst als in het belang van inschrijvende partijen. Als de voorlopige gunning net voor een vakantie valt, is het niet realistisch om te verwachten dat marktpartijen in staat zijn binnen de 20 kalenderdagen de voorlopige gunning te bestuderen en te besluiten om al dan niet stappen te ondernemen. Dat lijkt handig voor een aanbestedende dienst, maar houdt ook in dat het een reden kan zijn voor een inschrijvende partij om dan maar meteen naar de rechter te stappen,

gezien de niet reële periode. Een onderbouwde uitleg van het resultaat van de aanbesteding (in de gunning, maar indien uitgebreider gewenst ook op verzoek van de inschrijvende partijen) is belangrijk voor alle partijen. Mocht het agendatechnisch niet mogelijk zijn om binnen de 20 dagen het gevraagde overleg te plannen, is het mogelijk om die termijn bijvoorbeeld met een week te verlengen om daarmee het 'onweer uit de lucht te halen', mits dat de uitvoering van de opdracht niet frustreert.

De standstill periode is niet wettelijk geregeld voor de meervoudig onderhandse procedure. Direct gunnen is echter in strijd met het fairplaybeginsel en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Het is proportioneel ook hier met een standstill periode rekening te houden. Het gaat daarbij om een, gegeven de omstandigheden, redelijke termijn. Overeenkomstig voorbeelden uit de praktijk kan daarbij (afhankelijk van het type procedure) gedacht worden aan termijnen van 7 of 10 kalenderdagen.

4.4 Klachtenafhandeling (proportionaliteitsaspect hiervan) Proportionaliteit van klachtafhandeling

Naast wettelijk vastgelegde vormen van rechtsbescherming bestaat grote behoefte aan laagdrempelige vormen van klachtenafhandeling. ~~Het is proportioneel~~ Eventuele **bezwaren of klachten en onduidelijkheden dienen** in een zo vroegtijdig mogelijk stadium van het aanbestedingsproces te voorkomen en/of op te lossen en daarmee tussentijds effect op de procedure uit te oefenen **ingediend te worden door de ondernemer en te worden behandeld door de aanbestedende dienst. In een vroegtijdig stadium kan immers nog invloed uitgeoefend worden op de procedure en worden problemen voor de verdere procedure en de uitvoering van de opdracht voorkomen.** Dit kan niet alleen tijd- en kostenbesparend werken, maar kan er bovendien voor zorgen dat de (pre-)contractuele verhoudingen tussen partijen niet onnodig onder druk worden gezet. Ondernemers zijn nog wel eens terughoudend in het aan de kaak stellen van onduidelijkheden/ onjuistheden uit angst als klager te boek te staan (bij niet de hand van degene die voedt). ~~Als proportioneel wordt aangemerkt:~~

- het als aanbestedende dienst in een vroegtijdig stadium in behandeling nemen van klachten en vragen, aangedragen door individuele ondernemers, hun brancheorganisaties, dan wel reeds bestaande, al dan niet branchegerelateerde aanbestedingsadviescentra, die waar nodig/mogelijk tot aanpassingen in de procedure kunnen leiden;
- de naleving van het motiverings- en transparantiebeginsel ter voorkoming van klachten/ onduidelijkheden.

Van een adequaat handelende inschrijver/gedagigde mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van de aanbestedingsprocedure en dat hij zijn bezwaren duidelijk en in een zo vroeg mogelijk stadium kenbaar maakt. Dat betekent dus dat een bezwaar zo snel als redelijkerwijs mogelijk na publicatie kenbaar wordt gemaakt. Het kenbaar maken van een bezwaar moet overigens niet worden verward met het stellen van een vraag in het kader van de Nota van Inlichtingen (NvI) voortvloeiend uit de aanbestedingsdocumenten (zie 4.1). De aanbestedende dienst mag het maken van bezwaar op geen enkele manier beperken.

Een aanbestedende dienst stelt alleen proportionele eisen aan het indienen van een bezwaar of klacht. Het gaat bijvoorbeeld om het schriftelijkheidsvereiste. Van de aanbestedende dienst mag worden verwacht dat zij inhoudelijk ingaat op relevante bezwaren die kenbaar worden gemaakt op het moment dat inschrijver/gedagigde redelijkerwijs kennis heeft kunnen nemen van (nieuwe) informatie. Van de aanbestedende dienst wordt tevens verwacht dat zij relevante bezwaren voorziet van een duidelijk antwoord en – indien

noodzakelijk – verwerkt in de aanbesteding. Het is niet proportioneel bij indiening van een bezwaar opschorting van de aanbestedingstermijn bij voorbaat uit te sluiten.

Het kan zijn dat een inschrijver pas nadat het voornemen tot gunning bekend is gemaakt een bezwaar inbrengt naar aanleiding van informatie die hij pas na het voornemen tot gunning heeft verkregen. Het kan dan proportioneel zijn dat de aanbestedende dienst deze klacht in behandeling neemt.

Een bepaling in de aanbestedingsdocumentatie die de mogelijkheid tot rechtsbescherming dan wel het aanhangig maken van een (bodem)procedure onredelijk beperkt is disproportioneel. Eventueel kan aan de mogelijkheid van rechtsbescherming c.q. aanhangig maken van een (bodem)procedure een redelijke (verval)termijn worden gekoppeld, voldoende lang voor een inschrijver om ook daadwerkelijk van die mogelijkheid gebruik te kunnen maken. In het kader van professioneel aanbesteden zou elke aanbestedende dienst een bepaalde vorm van klachtafhandeling dienen te hebben met in achtneming van het voorgaande. Als flankerend beleid naast de wet is hiertoe een standaard uitgewerkt. Deze Gids beperkt zich tot het aanstippen van bovengenoemde proportionaliteitsaspecten in klachtenafhandeling.