

Reactie Nevi Publiek op het voorstel van wijziging van de Aanbestedingswet 2012

Zeist, 31 augustus 2023

Aanleiding

De aanbestedingsregels scheppen de voorwaarden om op niet-discriminerende en transparante wijze tot de gunning van een opdracht te komen. Het is belangrijk dat deze regels worden nageleefd door zowel aanbestedende diensten als gegadigden en inschrijvers die participeren in een aanbesteding, en dat deze partijen wanneer ze menen dat dit niet correct verloopt, goede mogelijkheden hebben om bezwaar te maken.

In dat kader heeft het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat een internetconsultatie uitgeschreven rondom een aantal voorstellen voor wijziging van de aanbestedingswet, ten einde te komen tot een nóg beter functioneren van rechtsbescherming bij aanbestedingen.

Reactie Nevi Publiek

Met u is Nevi van mening, dat rechtsbescherming van opdrachtgevers én opdrachtnemers in het kader van aanbestedingen van eminent belang is. Wij zijn verheugd te zien, dat een suggestie van de Adviescommissie Gids Proportionaliteit om te komen tot een verplichting van een klachtenloket, een suggestie die in eerste instantie niet is overgenomen bij de wijziging van de Gids Proportionaliteit in 2020, in uw voorstellen nu wel terugkomt. Wij juichen dit van harte toe, evenals de mogelijkheid dat ook brancheorganisaties klachten kunnen indienen. Daarnaast zouden wij graag enkele punten onder uw aandacht willen brengen.

Onderstaand treft u puntsgewijs onze reactie aan op ^{a)} het proces van consultatie, ^{b)} het wetsvoorstel, ^{c)} de memorie van toelichting en ^{d)} de open vraag. Uiteraard zijn wij als Regiegroep Nevi Publiek¹ van harte bereid mee te denken over het vervolg en onze kennis en ervaring te delen.

a) Proces van consultatie

U hebt – ca. twee en een half jaar na aankondiging van voorgenomen wijzigingen – ervoor gekozen om de consultatie te starten midden in de vakantieperiode. Wij achten dit niet proportioneel. Acht weken om te reageren lijkt voor individuele reacties meer dan genoeg. Maar als een organisatie wil reageren, en hier diverse geledingen en expertises bij wil betrekken, loop je er toch al snel tegen aan, dat vakanties niet parallel lopen. Wij achtten dit een gemiste kans om gebruik te maken van kennis en expertise in het werkveld. Wij zijn dan ook verheugd dat het ministerie dit inmiddels heeft ingezien en de termijn met 14 dagen heeft verlengd.

b) Wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden

- *Wijziging Artikel 2.103 (en daarmee ook van artikel 3.71 voor speciale sectorbedrijven)*

Wij zijn van mening, dat elke professionele inkoper op dit moment al handelt zoals voorgesteld met de wijzigingen van dit artikel. Het is ons inziens niet meer dan logisch dat reeds op het moment dat een gegadigde afgewezen wordt er een toelichting gegeven wordt op welke gronden dat is gebeurd, en dat een gegadigde daar niet eerst een verzoek voor moet indienen. In het kader van rechtszekerheid van zowel de aanbestedende dienst, de afgewezen gegadigde(n) maar ook de gegadigden die geselecteerd zijn voor de tweede fase van de aanbesteding, zouden we daar nog een verplichte *standstill* termijn aan willen toe voegen na de selectiefase (zoals de preselectie in een niet-openbare procedure), zoals die ook al geldt binnen de ARW2016. Veel aanbestedende diensten passen die nu al vrijwillig toe, omdat dan na die 7 kalenderdagen ook duidelijk is wat de

¹ Nevi is hét kennisnetwerk voor inkoop, contract- en supply management. We zetten ons in om het inkoopvak naar een hoger niveau te brengen voor het individu, organisaties én de maatschappij. www.nevi.nl

stand van zaken is, en met een gerust hart de tweede fase van de aanbesteding opgestart kan worden. Zonder *standstill* blijft het risico bestaan dat nadat de tweede fase van de aanbesteding opgestart is, alsnog een klacht van een afgewezen gegadigde komt. En dat brengt het proces van de aanbesteding in gevaar, omdat – indien de situatie zich zou voordoen dat alsnog een of meerdere andere gegadigden tot het vervolg van de procedure toegelaten dienen te worden – er geen sprake meer is van een *level playing field*, immers een aantal gegadigden hebben reeds kennis genomen van de documenten van de tweede fase. Een verplichte *standstill* – die nu dus al heel vaak op vrijwillige basis toegepast wordt – versterkt niet alleen de positie van álle betrokkenen, maar geeft ook mogelijkheden tot uniformering van het proces van klachtenafhandeling tussen selectie- en gunningsbeslissingen (schema hoofdstuk 3 memorie van toelichting, zie onze reactie aldaar).

- *Artikel 4.26b, lid 5.*

"...de andere gegadigden of inschrijvers schriftelijk in kennis gesteld".

In deze fase van de aanbesteding weet een aanbestedende dienst of speciale sector bedrijf nog niet wie de andere gegadigden of inschrijvers zijn. Wij nemen aan, dat hier bedoeld is "via het aanbestedingsplatform"; een tekstuele aanpassing/verduidelijking lijkt ons hier gewenst gezien de inmiddels reguliere digitale communicatie in een aanbestedingsproces;

Artikel 4.26h

In dit artikel wordt er van uit gegaan, dat élke klacht moet leiden tot opschorting van de *standstill* termijn. Wij achten dit ongewenst. Niet ter zake doende klachten, die eenvoudig binnen de reguliere opschortende termijn afgehandeld kunnen worden, kunnen hiermee leiden tot vertraging. Het artikel kan zelfs misbruikt worden om op deze manier een verlenging van de opschortende termijn af te dwingen. Wij achten het aan de professionaliteit van de aanbestedende dienst of het speciale sector bedrijf om de klacht te beoordelen, en afhankelijk daarvan al dan niet over te gaan opschorting van de termijn.

- *Paragraaf 4.4.2.2 Klachten over de inrichting van de procedure*

Artikel 4.26c zegt dat dit alleen van toepassing is op Europese aanbestedingen, en niet op de meervoudig onderhandse of nationale procedure. Wij begrijpen dit onderscheid niet goed, en op grond waarvan dit gemotiveerd wordt. Een nationale aanbesteding verschilt naar proces nauwelijks van een Europese aanbesteding; waarom zou over de inrichting van deze procedure geen klacht ingediend kunnen worden? In paragraaf 5.1 van de Memorie van Toelichting lezen we, dat de verplichte klachtenregeling en de procedure bij het klachtenloket wél van toepassing zijn op opdrachten onder de drempel. Dat lijkt tegenstrijdig. Wij achten naar rechtsbescherming toe logisch om de mogelijkheid tot klagen over de inrichting van de procedure toe te passen op álle vormen van in concurrentie aanbesteden, en niet te beperken tot alleen aanbestedingen boven de Europese drempelwaarden.

- *Paragraaf 4.26d: onder lid 3.*

De opsomming "c, d en e" dient o.i. "a, b en c" te zijn, dan klopt ook de verwijzing in lid 4, waar verwezen wordt naar het derde lid onder b.

- *Artikel 4.26a t/m i*

Hier wordt uitgewerkt hoe de klachtenprocedure er moet gaan uitzien. Wij zien dit als een zware juridisering van het proces, met het risico op (sterke) vertraging. Enerzijds wordt er een groot aantal voorwaarden aan de procedure gehangen, voorwaarden die erg ver gaan. Tegelijkertijd houdt dit het risico in, dat die uitgebreide voorwaarden een belemmering gaan vormen voor het ontvankelijk zijn van een klacht, en dat klachten alleen al op het niet exact voldoen aan de procedure worden afgewezen. Een belemmering die vooral voor het MKB gaat gelden. Het (nog niet beschikbare, zie onder) reglement houdt – afhankelijk van de inhoud – het risico in zich dit nog te versterken. Waarom zo dichttimmeren en niet meer uitgaan van de professionaliteit van de betrokken partijen? Met bijvoorbeeld toepassing van mediation, zoals tegenwoordig al door veel aanbestedende diensten wordt toegepast?

- *Paragraaf 4.4.2.4 Registratie en rapportage*

Deze procedure betekent een behoorlijke lastenverzwaring voor aanbestedende diensten en speciale sector bedrijven. Wij begrijpen ook niet helemaal, wat de meerwaarde is van het door de

wet voorschrijven wat bv. in het geval van een provincie Gedeputeerde Staten aan Provinciale staten moet rapporteren en wat Provinciale Staten aan informatie zou moeten ontvangen om haar toezichthoudende taak in te vullen, dat lijkt ons iets tussen Gedeputeerde Staten en Provinciale staten. En dat geldt uiteraard ook voor gemeentes en waterschappen.

Mocht u van mening zijn, dat er toch invulling gegeven moet worden aan de motie Aartsen/Palland², dan begrijpen wij niet goed, waarom dit beperkt zou moeten worden tot gemeentes, provincies en waterschappen. Wij realiseren ons, dat in de motie waarnaar verwezen wordt inderdaad alleen deze drie typen aanbestedende diensten worden genoemd, maar wij gaan er van uit dat dit enkel exemplarisch bedoeld was door de betreffende Kamerleden. Door deze maatregel te beperken tot een drietal typen van aanbestedende diensten wordt de indruk gewekt, dat deze organisaties hun zaakjes minder goed voor mekaar zouden hebben dan bijvoorbeeld academische ziekenhuizen, hogescholen, speciale sectorbedrijven of de rijksoverheid. Dat vinden wij niet terecht. Sterker nog, als je kijkt naar het doel van de verplichting (goede implementatie van de maatregelen, het leereffect en bewerkstelligen verdergaande professionalisering) zou het juist aan te bevelen zijn om de verantwoordingsplicht te laten gelden voor alle aanbesteders. In het kader van rechtsgelijkheid roepen wij u dan ook op om, áls gekozen wordt om deze maatregel op te nemen in de aangepaste wet, deze voor álle aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven van toepassing te verklaren.

c) Memorie van toelichting rechtsbescherming bij aanbesteden

- Algemeen: in de memorie van toelichting wordt een groot aantal keren de term "aangebestede dienst(en)" gebruikt, daar waar ons inziens ook bedoeld is "speciale sectorbedrijf(f)(ven)". Dat blijkt ook uit paragraaf 6.2 "*Gevolgen voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijver*". Echter in de vervolgttekst wordt weer nagenoeg alleen over aanbestedende diensten gesproken, dit scheidt ons inziens verwarring. De belangrijkste voorgestelde wijzigingen betreffen immers Afdeling 4 van de wet, die voor beide typen aanbestedingsplichtige organisaties van toepassing is. Wij geven u in overweging om de tekst op te nemen dat "alle voorgestelde wijzigingen van toepassing zijn op aanbestedende diensten én speciale sectorbedrijven tenzij anders aangegeven". Wij verwijzen in dit verband ook naar de Gids Proportionaliteit, die in eerste instantie bedoeld was voor zowel aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven, maar door een onduidelijkheid in het amendement Schouten/Ziengs in eerste instantie alleen voor aanbestedende diensten van toepassing werd, en pas bij de wetsherziening in 2016 ook van toepassing werd verklaard voor speciale sectorbedrijven.
- Taalkundig: paragraaf 6.2, 5^e alinea: "*aangebestede diensten van gemeenten,, speciale sectorbedrijven...*". Hier wordt de suggestie gewekt dat gemeenten, provincies, aanbestedende diensten binnen hun organisatie hebben; gemeenten, provincies, ... **zijn** aanbestedende diensten in de definitie van de Aanbestedingswet 2012.
- Taalkundig: paragraaf 7, "*Aangezien speciale-sectorbedrijven als een soort aanbestedende dienst optreden...*" Dit scheidt begripsverwarring. *Speciale-sectorbedrijven zijn* ook aanbestedende diensten waarvoor deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is.
- Paragraaf 2.2, pagina 5: "*De ruimte om als aanbestedende dienst in lopende aanbestedingen wijzigingen aan te brengen, is beperkt.. De AW 2012 bevat daarom de verplichting om bij wezenlijke wijzigingen de aanbesteding over te doen*".

Wij zijn niet bekend met een dergelijke verplichting in de AW2012. Mogelijk dat hier verwezen wordt naar Hoofdstuk 2.5 van de wet (Artikel 2.163b t/m g), maar dat gaat over wijzigingen van overheidsopdrachten. Dus ná de aanbesteding, als de opdracht al gegund is en eventueel al in uitvoering is, maar niet over lopende aanbestedingen. Wij vernemen graag van u wat wij in deze gemist hebben, wat uw doelstelling is met deze paragraaf 2.2 en naar welk artikel in de wet genoemde passage verwijst.

² Motie Palland en Aartsen, Kamerstukken 2019/20, 34252, nr. 16

Naar onze mening heeft een aanbestedende dienst of speciaal sectorbedrijf in de situatie dat zich tijdens de aanbesteding een wijziging voordoet de optie, om hetzij de aanbesteding te continueren mét bijvoorbeeld een proportionele verlenging van de termijnen³, dan wel de aanbesteding terug te trekken en opnieuw gewijzigd in de markt te zetten.

- Hoofdstuk 3, duidelijke communicatie/transparantie.
Uit het schema "Rechtsbescherming bij aanbesteden" blijkt dat er sprake is van een spagaat. Enerzijds (blokje links onder) wordt er gesproken over "*Klachten over selectie- en gunningsbeslissingen*", maar in de uitwerking (onderste blokje) is alleen sprake van "*onderbreking van de standstill bij gunningsbeslissingen*". Voor klachten over een selectiebeslissing wordt hier geen oplossing geboden. Wat logisch is, omdat er momenteel – afgezien van aanbestedingen die plaatsvinden onder het regime van de ARW2016 – geen sprake is van een verplichte *standstill* na de eerste fase van een niet-openbare aanbesteding. Wij denken derhalve dat (zie ook hierboven in *Wijziging Artikel 2.103*) het verplicht stellen van een *standstill* termijn van bijvoorbeeld 7 kalenderdagen, zoals nu al door veel professioneel opererende aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven wordt toegepast en ook verplicht is binnen de ARW2016, voor meer eenduidigheid zou kunnen zorgen. Dit is ook bij klachten over selectie-beslissingen relevant, omdat die dan naar analogie van klachten over gunningsbeslissingen op gelijkaardige manier vormgegeven kunnen worden.
- Paragraaf 3.1.3, pagina 13: hier is sprake van een voorbeeldreglement. Teneinde te kunnen bepalen wat de belasting wordt voor aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven achten wij het wel zo correct dat dit reglement beschikbaar is alvorens de wet ter goedkeuring voorgelegd wordt aan beide Kamers.
- Paragraaf 3.1.4, pagina 13: "*Het wordt **aangeraden** dat de klachtbehandelaar aantoonbare ervaring heeft met inkoop en aanbestedingen en/of een opleiding heeft afgerond in die richting*". Daar waar wij in de praktijk zien, dat inkoopafdelingen van aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven afgelopen jaren grote stappen voorwaarts hebben gemaakt in hun professionalisering, begrijpen wij niet dat voor de bemensing van een klachtenmeldpunt het alleen maar "*aangeraden*" zou zijn dat er sprake moet zijn van ervaring met inkoop en aanbesteden. Dit lijkt ons een absolute voorwaarde om een dergelijke functie te kunnen vervullen, zodat zowel de aanbestedende dienst als potentiële opdrachtnemers mogen vertrouwen op de professionaliteit van dat klachtenmeldpunt. Wij realiseren ons dat dit mogelijk een capaciteitsprobleem kan opleveren bij kleinere organisaties, maar dat mag geen afbreuk doen aan de kwaliteit. In de praktijk zien wij dat dit heel pragmatisch opgelost wordt doordat aanbestedende diensten afspraken maken om elkaars klachten te behandelen, waardoor behandeling door geschoolde en ervaren medewerkers op het gebied van inkoop en aanbesteden verzekerd is. Aantoonbare kennis en ervaring is wat ons betreft dan ook niet aangeraden maar een must. En deze kennis dient onafhankelijk van een lopend aanbestedingsproces gemobiliseerd te kunnen worden, en daarmee dus niet bemand te worden met betrokkenen vanuit een projectteam die de betreffende aanbesteding uitvoert.
- Paragraaf 3.5.1 / 7.3. De Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) krijgt een totaal andere rol. Daarbij wordt geconstateerd dat er extra capaciteit nodig is. Met extra kan bedoeld zijn "meer" (in aantal). Wij zouden daarnaast willen pleiten voor "meer divers". Op dit moment wordt de CvAE bemenst door drie juristen, met ondersteuning van vier juristen. Wij zouden een pleidooi willen houden om hier een diversificatie door te voeren – zeker omdat de nadruk nu komt te liggen op de inrichting van het aanbestedingsproces – zodat ook ervaring uit de aanbestedingspraktijk (via ervaren inkopers en medewerkers van een tenderdesk van opdrachtnemers) nadrukkelijk meegenomen wordt in de te maken afwegingen. De oorspronkelijke opzet van de CvAE was er ook een waarin een beroep gedaan kon worden op meerdere inkoop- en materiedeskundigen. Wij adviseren om de goede elementen uit die fase op te halen en toe te passen in het ontwerpen van de toekomstige vaste bezetting van de CvAE en de flexibele schil daaromheen.
- 3.5.3 pagina 25: "*Dit principe vloeide al voort uit de parlementaire geschiedenis*". Ons is niet duidelijk wat hiermee bedoeld wordt, kan dat nader toegelicht worden?

³ Gids Proportionaliteit, pagina 68: 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".

d) Open vraag bij wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden

Als wij uw vraag goed begrijpen, dan constateert u dat momenteel de rechter n.a.v. het Xafax-arrest nauwelijks mogelijkheden heeft om een reeds verleende opdracht te ontbinden, en dat dat in geval van grove schending van de aanbestedingsbeginselen wel zou moeten kunnen (en dus de opnieuw aanbesteed moet worden). Wij zijn hier in principe niet tegen; wel denken wij dat indien dit tot de mogelijkheden gaat behoren, "*grove schending*" nadere verduidelijking behoeft, om willekeur bij toepassing van dit artikel te vermijden. Een ruimere mogelijkheid voor derden om de overeenkomst aan te tasten kan immers op gespannen voet komen te staan met de beperking van de periode waarbinnen volgens art. 4.15 lid 2 AW 2012 vernietiging op grond van art. 4.15 lid 1 AW 2012 kan worden gevorderd. De extra vernietigingsgrond kan ertoe leiden dat derden, in afwijking van art. 4.15 lid 1 Aw 2012, langer de tijd krijgen om de overeenkomst aan te tasten, terwijl er sprake kan zijn van minder ingrijpende inbreuken op de aanbestedingsregels. Dit is niet het beoogde doel van artikel 4.15 Aw 2012. Verder biedt artikel 4.15 lid 1 Aw 2012 de ruimte om in het geval van een wilsgebrek (bijvoorbeeld: bedrog, bedreiging etc.) ook andere gronden aan te voeren voor nietigheid of vernietigbaarheid (ex art. 3:40 BW).ⁱ

Tot slot: In het kader van rechtsbescherming zouden wij, zoals eerder ook reeds vanuit verschillende invalshoeken gesuggereerd is, een pleidooi willen houden voor het aanstellen van vaste rechters voor het behandelen van aanbestedingsgeschillen. Dit kan helpen bij het opbouwen van kennis en ervaring bij rechters, en tot meer uniformiteit in uitspraken kan leiden, hetgeen ook meer rechtszekerheid voor opdrachtgevers en opdrachtnemers bevordert.

Tot zover onze reactie. Mochten er onduidelijkheden zijn, dan zijn wij uiteraard gaarne bereid hier een nadere toelichting op te geven, als ook om mee te blijven denken in het vervolgtraject.

ⁱ ECLI:NL:GHAMS:2017:2573, Gerechtshof Amsterdam, 200.207.483/01 (rechtspraak.nl)
HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638
HR 1 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5609