



Gebouw Apollo
Laan van Vredenoord 19
2289 DA RIJSWIJK ZH
T 070 319 79 00
W www.mbfadvocaten.com
E info@mbfadvocaten.com

Rijswijk, 4 september 2023

Betreft: Consultatie Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden

Geachte heer, mevrouw,

Hierbij treft u aan de reactie van Maasdam Broers Fischer advocaten op het Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden.

Het wetsvoorstel is door ons over het algemeen positief ontvangen. Door de beoogde wijzigingen zal de rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures zeker verbeteren. Daar staan wel lasten voor de aanbestedende dienst tegenover. De wetgever heeft daar ook oog voor gehad. In hoeverre met het wetsvoorstel de juiste balans daadwerkelijk is gevonden, zal de praktijk ons inziens moeten leren.

In deze brief treft u onze reactie op het wetsvoorstel aan. Wij hebben onze reactie per artikel opgenomen.

[Wenst u te reageren op het voorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 ter versterking van de rechtsbescherming bij aanbesteden?](#)

Artikelen 2.103 Aanbestedingswet 2012

1. Het is ons inziens een gemiste kans dat er geen regeling is opgenomen over de selectiebeslissing (zie hierover paragraaf 3.3.5 memorie van toelichting). Wij achten een regeling over de selectiebeslissing wel wenselijk. Het komt de rechtsbescherming van gegadigden ten goede indien zij recht hebben op een selectiebeslissing waarin niet alleen de redenen voor uitsluiting/afwijzing van de betreffende gegadigden zijn opgenomen (zoals bedoeld in artikel 2.103 Aanbestedingswet 2012), maar ook informatie over de wel geselecteerde gegadigden (een selectiebeslissing die wat betreft reikwijdte van de motivering vergelijkbaar is met de gunningsbeslissing zoals bedoeld in artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012). Een kortere opschortende termijn is ons inziens denkbaar (bijvoorbeeld 10 dagen). Alle gegadigden moeten ons inziens de mogelijkheid hebben om op te komen tegen de selectie van de in hun ogen ten onrechte geselecteerde gegadigden.

2. In het licht van hetgeen hiervoor onder 1. is opgemerkt, zouden wij graag zien dat in de memorie van toelichting wordt verduidelijkt dat hetgeen wordt verstaan onder de ‘redenen’ zoals genoemd in artikel 2.103 lid 2 Aanbestedingswet 2012 gelijk is aan de ‘relevante redenen’ zoals genoemd in artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 (met dien verstande dat waar staat ‘inschrijving’ en ‘begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst’ moet worden gelezen ‘gegadigden’).

Artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012

1. Wij achten het wenselijk dat aanbestedende diensten worden verplicht in de gunningsbeslissing ook de plaats in de rangorde op te nemen van de afgewezen inschrijver (artikel 2.130 tweede lid sub a).
2. Wij achten het wenselijk dat wordt verduidelijkt dat de ‘kenmerken’ zoals bedoeld in artikel 2.130, tweede lid, ook zien op aspecten van de winnende inschrijver die geen ‘voordelen’ ten opzichte van de afgewezen inschrijver zijn.
3. Wij achten het wenselijk dat wordt verduidelijkt of ‘de kenmerken en relatieve voordelen’ per gunningcriterium moeten worden beschreven of dat een aanbestedende dienst kan volstaan met één totaalbeschrijving.
4. In de memorie van toelichting (pagina 37, onderdeel C) staat: *“De uitgekozen inschrijver ontvangt geen informatie met betrekking tot de andere afgewezen inschrijvingen.”* Wij vermoeden dat het woord ‘uitgekozen’ onjuist is, en hier hoort te staan ‘betreffende afgewezen’ aangezien deze alinea gaat over de informatie die een afgewezen inschrijver moet krijgen.

Artikel 4.26a Aanbestedingswet 2012

1. De gebruikte terminologie in het geval van ontwerpklachten is ons inziens niet correct. Wij stellen voor te spreken over ‘ondernemer’ in plaats van gegadigde/inschrijver. Een gegadigde is immers een ondernemer die heeft verzocht om een uitnodiging of is uitgenodigd. Een inschrijver is een ondernemer die een inschrijving heeft ingediend. In het geval van ontwerpklachten is nog geen sprake van een verzoek tot deelneming of inschrijving.
2. De behandeling van de klacht dient ons inziens zonder meer te geschieden door een persoon die voldoende deskundig is. In paragraaf 3.1.4 van de memorie van toelichting staat: *“om zorgvuldige en professionele klachtafhandeling te borgen, is ook nodig dat de klachtbehandelaar over een bepaalde materiedeskundigheid beschikt. Het wordt aangeraden dat de klachtbehandelaar aantoonbare ervaring heeft met inkoop en aanbesteden en/of een opleiding afgerond in die richting.”* Wij zijn er voorstander van dat in artikel 4.26a lid 4 na de woorden ‘een persoon’ wordt toegevoegd ‘die voldoende deskundig is en’.

Artikel 4.26b Aanbestedingswet 2012

1. Het komt de klachtbehandeling ten goede indien de klachtbehandelaar de aanbestedende dienst vraagt om een zienswijze naar aanleiding van de klacht. Wij menen dat het goed is om een verplichting daartoe op te nemen na het derde lid van artikel 4.26b.

Artikel 4.26d Aanbestedingswet 2012

1. In dit artikel is bepaald dat een aanbestedende dienst een termijn vaststelt waarbinnen een klacht moet zijn ontvangen. Een soortgelijke bepaling is opgenomen in artikel 4.27b voor het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Het is ons inziens onwenselijk als aanbestedende diensten de termijn voor het indienen van een klacht bij het klachtenloket en de termijn voor het indienen van een klacht bij de Commissie van aanbestedingsexperts zouden aanmerken als vervalttermijnen waarna de inschrijver zijn bezwaar niet langer in rechte kan voorleggen. Het lijkt ons goed in de memorie van toelichting de mogelijkheden voor toepassing van vervalttermijnen door de aanbestedende dienst gedurende de aanbestedingsprocedure te verduidelijken.
2. In paragraaf 3.5.3 van de memorie van toelichting is opgenomen *“Dit betekent dat de ondernemer vijf dagen heeft om te beslissen of hij een verzoek tot deelneming wil indienen of wil inschrijven of naar de voorzieningenrechter gaat.”* Deze tekst lijkt ervan uit te gaan dat een inschrijver verplicht zou zijn voorafgaand aan inschrijving een kort geding te starten. Deze verplichting is er in zijn algemeenheid niet. Als een aanbestedende dienst een dergelijke eis stelt, dan is het maar de vraag of die eis proportioneel is. Daarbij komt dat de termijn van vijf dagen uit artikel 4.27e ons inziens ook te kort is om een kort geding aanhangig te maken, zeker gezien het een termijn in kalenderdagen betreft. Het lijkt ons goed om dit te verduidelijken (vergelijk de opmerking hiervoor onder 1.)

Artikel 4.26h Aanbestedingswet 2012

1. Wij zijn er voorstander van dat de opschortende termijn wordt onderbroken indien tijdig een klacht is ingediend. Dit neemt niet weg dat wij wel een zorg hebben dat inschrijvers oneigenlijk gebruik maken van de mogelijkheid tot het indienen van een klacht. De praktijk zal moeten uitwijzen of dit het geval is.
2. Het indienen van een klacht is zeer laagdrempelig. In de memorie van toelichting is verduidelijkt dat een aanbestedende dienst geen aanvullende eisen mag stellen aan het indienen van een klacht, anders dan de eisen zoals opgenomen in artikel 4.26b lid 1. Het valt ons inziens te verwachten dat afgewezen inschrijvers met grote regelmaat een klacht zullen indienen naar aanleiding van de gunningsbeslissing. De beperkte tijd die een inschrijver daarmee bezig is, weegt al snel op tegen het voordeel, zijnde een schriftelijk en gemotiveerd advies van een onafhankelijke persoon. Voor een aanbestedende dienst die een klacht ontvangt, zijn de lasten een stuk hoger. Hoe hoog de uitvoeringslasten voor aanbestedende diensten zijn wordt nog onderzocht, zo blijkt uit de memorie van toelichting. Een mogelijke oplossing voor meer evenwicht in de lastenverdeling is dat het

indienen van een klacht de klager een relatief beperkt bedrag aan geld kost. Net zoals de rechtbank ook griffierecht in rekening brengt.

3. Wij zien het als een gemiste kans dat voor de selectiebeslissing enkel het advies geldt om de standstill-termijn te onderbreken in het geval van een ingediende klacht. Wij achten het wenselijk dat de onderbreking van de opschortende termijn ook verplicht geldt voor een opschortende termijn die na de selectiebeslissing wordt gehanteerd.

Artikel 4.26i Aanbestedingswet 2012

1. Ter uitvoering van een motie komt er een registratie- en rapportageplicht van de klachten voor lagere overheden. Wij achten het wenselijk dat deze verplichting komt te rusten op alle aanbesteders en speciale-sectorbedrijven kijkende naar het doel van de verplichting (goede implementatie van de maatregelen, het leereffect en bewerkstelligen verdergaande professionalisering). Er is in onze optiek geen reden om een uitzondering te maken voor bepaalde aanbestedende diensten.

Artikel 4.27a Aanbestedingswet

1. In artikel 4.27a lid 2 sub a wordt het begrip 'eenzelfde klacht' gebruikt. Wij achten het wenselijk dat dit wordt verduidelijkt. Ons inziens dient de klacht betrekking te hebben op hetzelfde onderwerp, maar kan de klacht zelf wel anders zijn geformuleerd of onderbouwd.
2. In paragraaf 7.2 van de memorie van toelichting is opgenomen dat wordt uitgegaan van jaarlijks 100 klachten. Waar deze inschatting op is gebaseerd, is niet toegelicht. Dit aantal komt ons laag over. De praktijk zal leren of deze inschatting correct is.
3. Omdat de doorlooptijden van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts op dit moment zeer lang kunnen zijn, vragen wij ons af of de termijn van 14 dagen in de praktijk haalbaar is, en welke voorzieningen zijn getroffen om dit haalbaar te maken.

Artikel 4.27c Aanbestedingswet

1. Het is ons niet duidelijk waarom ervoor is gekozen dat een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts de aanbestedingsprocedure zonder meer opschort. Waarom is er niet voor gekozen dat enkel in het geval de ingediende klacht niet tot een advies leidt vijf dagen voorafgaand aan de datum van inschrijving, de aanbestedende dienst/speciale sectorbedrijf gehouden is om de inschrijftermijn te verlengen?
2. Artikel 4.27c in relatie tot artikel 4.27 e is ons niet duidelijk. Moet (1) de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure stilleggen (bevriezen) gedurende de periode zoals bedoeld in artikel 4.27c lid 2 waardoor de inschrijftermijn zonder meer met diezelfde periode wordt verlengd, of (2) behoeft de aanbestedende dienst er enkel voor te zorgen dat nadat de beslissing over de klacht aan de indiener van de klacht is verzonden er nog vijf dagen resteren? Het schema op pagina 22 van de memorie van toelichting wijst in de richting van de eerste uitleg ('bevriezen'), terwijl in het schema op pagina 27 van de memorie van toelichting van de tweede uitleg lijkt te worden uitgegaan.

Overig

1. Wij achten het wenselijk dat ook in geval van mini-competities die worden gehouden onder een raamovereenkomst een opschortende termijn van minimaal 10 dagen in de Aanbestedingswet 2012 wordt opgenomen voor opdrachten die de toepasselijke Europese drempelwaarde overschrijden.
2. Wij achten het wenselijk dat ook in geval van mini-competities die worden gehouden onder een raamovereenkomst een opschortende termijn van minimaal 7 dagen in de Aanbestedingswet 2012 wordt opgenomen voor opdrachten die de toepasselijke Europese drempelwaarde niet overschrijden.
3. Wij achten het wenselijk dat ook in geval van een meervoudig onderhandse procedure een opschortende termijn van minimaal 7 dagen in de Aanbestedingswet 2012 wordt opgenomen.
4. Wij achten het wenselijk dat voor wat betreft een meervoudig onderhandse procedure en een mini-competitie onder de raamovereenkomst wordt verduidelijkt welke informatie de mededeling van de gunningsbeslissing moet bevatten (en dat de inhoud hiervan gelijk is aan het voorgestelde artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012).

Tekstueel

1. Artikel 4.26d lid 2: “De termijn als bedoeld in artikel 4.26d, eerste lid,”
2. Artikel 4.26h lid 3: Het gaat in artikel 4.26 om een klacht tegen de gunningsbeslissing. Enkel de ‘overige betrokken gegadigden en inschrijvers als bedoeld in artikel 2.127, tweede lid’ dienen naar onze mening in kennis te worden gesteld van het onderbreken en hervatten van de opschortende termijn.
3. MvT 2.2.1 onder ‘disbalans in toepassing bij Grossmann-clausules’. In de toelichting staat dat de ruimte om als aanbestedende dienst in lopende aanbestedingen wijzigingen aan te brengen beperkt is, en dat de Aanbestedingswet 2012 daarom de verplichting bevat om bij wezenlijke wijzigingen de aanbesteding over te doen. Dit staat echter niet in de Aanbestedingswet 2012. Uit het Max-Havelaar-arrest (zaak C-368/10) volgt dat de aanbesteder die gedurende de aanbesteding een wezenlijke wijziging wenst door te voeren verplicht is de aanbesteding over te doen. Maar in de Nederlandse jurisprudentie is ook aanvaard dat een rectificatie wordt geplaatst en de inschrijftermijn dusdanig wordt verlengd dat de termijn tussen de datum van rectificatie en de datum van inschrijving minimaal net zo lang is als de wettelijk voorgeschreven minimumtermijn.
4. MvT 3.5.3 ‘De aanbestedende dienst’ = ‘De aanbestedende dienst’. In par. 3.5 wordt enkel over ‘aanbestedende dienst’ gesproken, terwijl dit ook ‘speciale-sectorbedrijf’ moet zijn.
5. MvT onderdeel B, verwijzing naar paragraaf 3.7.1 moet zijn paragraaf 3.6.1.
6. Artikel 4.27: Wij menen dat in plaats van ‘er is een commissie die’ beter zou zijn: ‘Onze Minister heeft een commissie ingesteld die tot doel heeft...’ De Commissie van Aanbestedingsexperts is immers bij instellingsbesluit door de Minister ingesteld.

Wat vindt u van het toevoegen van een extra vernietigingsgrond en ziet u alternatieve oplossingsrichtingen?

Wij menen dat het toevoegen van een extra vernietigingsgrond de rechtsbescherming van inschrijvers kan verbeteren. Dit neemt niet weg dat ons inziens onvoldoende duidelijk is wat onder 'grove schending van de beginselen van de Aanbestedingswet 2012' wordt verstaan. Dit moet worden verduidelijkt. Wij hebben niet een concreet voorstel voor een verduidelijking.

Wij achten het wenselijk dat in de Aanbestedingswet 2012 een voorziening wordt opgenomen op grond waarvan een voorzieningenrechter in eerste aanleg de mogelijkheid heeft om op basis van een belangenafweging een vordering toe te wijzen inhoudende dat de aanbestedende dienst verboden wordt over te gaan tot definitieve gunning van de opdracht totdat in (turbo) spoed appel arrest wordt gewezen. Niet in alle gevallen behoeft het belang van de aanbestedende dienst om snel tot gunning over te kunnen gaan immers zwaarder te wegen dan het belang van de afgewezen inschrijver om door middel van een hoger beroep nog kans te maken op gunning van de opdracht. Nu worden dergelijke vorderingen afgewezen, zie bijvoorbeeld:

ECLI:NL:RBROT:2020:336

4.14 Uiterst subsidiair vordert Donker Groep, voor het geval zij voor het overige in het ongelijk mocht worden gesteld, een verbod aan de gemeente Rotterdam om de overeenkomst met GKB te sluiten totdat het gerechtshof zal hebben beslist op het door Donker Groep aan te tekenen hoger beroep. Donker Groep beoogt zich hiermee kennelijk te onttrekken aan de consequenties van de jurisprudentie van de Hoge Raad (HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638). Volgens dit arrest kan een overeenkomst die is gesloten met de winnaar van de aanbesteding nadat één der verliezers zonder succes daartegen een kort gedingprocedure heeft gevoerd, nog slechts onder bijzondere omstandigheden worden aangetast door het gerechtshof. Het is niet aan de voorzieningenrechter maar aan de wetgever om hierin wijziging aan te brengen.

Wij zijn desgewenst graag beschikbaar om onze reactie nader te toelichten.

Hoogachtend,

Maasdam Broers Fischer advocaten



Anke Stellingwerff Beintema



Greetje Fimerius