

Naam: Mr. drs. Laurens van Wijck

Betreft: Reactie van de UMC's op het Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden

Datum: 21 september 2023

Geachte mevrouw, heer,

Met dit schrijven maken UMC Utrecht, Erasmus MC, LUMC, Amsterdam UMC, UMC Groningen, Radboud UMC en MUMC+ (hierna: de UMC's) dankbaar gebruik van de mogelijkheid om te reageren op het consultatievoorstel Rechtsbescherming.

Ter inleiding

De UMC's stellen voorop dat zij hechten aan een goede rechtsbescherming bij aanbestedingen. Tegelijkertijd willen ze voorkomen dat het inrichten, beheren en voeren van meer procedures, ten koste gaat van hun kerntaken: zorg, wetenschappelijk onderzoek en opleiding en onderwijs. De UMC's vrezen ook dat de laagdrempeligheid van het klachtenloket opportunisme bij verliezende inschrijvers in de hand zal werken. De kosten en tijd die de behandeling van formele klachten zal vergen kan niet worden ingezet ten behoeve van de zorg. Daarnaast wordt de concurrentiepositie van de UMC's ten opzichte van andere zorgaanbieders (zoals algemene ziekenhuizen en commerciële laboratoria) met de introductie van het wetsvoorstel nog ongelijker. In de praktijk zien de UMC's evenwel dat een toelichtend gesprek doorgaans volstaat om onduidelijkheid en eventuele bedenkingen bij verliezende inschrijvers weg te nemen. Wij geven derhalve in overweging om de UMC's uit te sluiten van de verplichtingen van het wetsvoorstel om de doelmatige inzet van publieke middelen voor de zorg, onderzoek en onderwijs en opleiding te kunnen borgen en het gelijke speelveld tussen zorgaanbieders zoveel mogelijk te kunnen garanderen.

In zijn algemeenheid valt het de UMC's verder op dat er zeer veel verschillende termijnen en doorlooptijden gelden en dat deze ook nog eens afhangen van de desbetreffende aanbestedingsprocedure en de keuzes van de individuele aanbestedende dienst. Dit werkt praktische uitvoerfouten in de hand met onjuist gebruik van de verschillende termijnen en deadlines. UMC's geven in overweging om de termijnen meer te uniformeren en te versimpelen.

De UMC's gaan verder in de reactie in op de gewijzigde rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) en hun opmerkingen en vragen daarbij, de definitie van klacht en reageren als laatste op de open vraag over de extra vernietigingsgrond.

Gewijzigde rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts

Volgens het wetsvoorstel zal de CvAE binnen 14 dagen na in behandeling nemen van een klacht advies moeten uitbrengen (artikel 4.27a lid 4 Aw). Weliswaar mag de aanbestedende dienst de opschorting beëindigen indien de CvAE niet binnen 14 dagen advies uitbrengt, maar de UMC's lezen het wetsvoorstel aldus dat een aanbestedende dienst altijd een termijn van 5 dagen moet garanderen tussen de reactie op het advies en de inschrijfdatum, ongeacht de termijnoverschrijding van de CvAE (artikel 4.27e Aw). Bij toelichting of verandering van de aanbestedingsstukken blijft daarenboven de minimale termijn van 10 dagen tussen de datum van de wijziging en de inschrijfdeadline gelden (artikel 2.54 Aw).

Een aanbestedende dienst heeft nagenoeg geen controle over bespoediging van de behandeling van een klacht bij de CvAE. Een (onbekende) vertraging van de aanbestedingsprocedure is onwenselijk, zeker in de zorgsector. De werkwijze en capaciteit van de CvAE zal fors moeten veranderen om de 14-

dagentermijn te halen in vergelijking met de huidige doorlooptijd van de CvAE. Wij zouden graag meer inzicht willen in de maatregelen die de wetgever voorstelt en de reflectie van de CvAE daarop.

We zien daarnaast graag de verplichte 5-dagentermijn en de verplichting om te reageren op de adviezen van de CvAE geschrapt ingeval van een zeer ruime termijnoverschrijding, of op andere wijze geregeld dat er een mogelijkheid bestaat om de 5-dagentermijn niet in acht te nemen of het advies van de CvAE niet verplicht op te volgen. De aanbestedingsprocedure zal immers op enig moment door moeten.

De UMC's lezen in het wetsvoorstel dat de opschorting van de aanbestedingsprocedure achterwege mag blijven indien sprake is van dwingende reden van algemeen belang (artikel 4.27c Aw). De UMC's zouden graag meer inzicht willen langs welke meetlat de UMC's deze afweging in de praktijk moeten maken en wat mogelijke consequenties zijn indien de opschorting (onverhoopt) onterecht achterwege wordt gelaten. Bovendien vragen de UMC's zich af hoe dit zich verhoudt tot de verplichting om te reageren op het advies van de CvAE (artikel 4.27d Aw) en de 5-dagentermijn (artikel 4.27e Aw).

UMC's constateren dat er geen wettelijke mogelijkheid is opgenomen voor de aanbestedende dienst om te reageren op de klacht bij de CvAE en dat daar dus (ook) geen wettelijke minimumtermijn voor is voorgeschreven. De CvAE biedt in principe wederhoor bij behandeling van klachten. We zouden graag zien dat er een (wettelijke) mogelijkheid inclusief een wettelijke termijn komt voor de aanbestedende dienst om reactie te geven op de klacht.

Onduidelijke definitie van klacht, met name na voorlopige gunning

Een duidelijke definitie van klacht is belangrijk voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers om te weten wanneer termijnen (moeten) worden opgeschort en de aanbestedende dienst verplicht moet reageren. In de praktijk bestaat een groot verschil tussen:

- 1) partijen die een toelichting willen hebben op de scores van hun inschrijving en daarvoor al wat discussiepunten en vragen opsturen waar deze partijen over willen spreken (eventueel met een voorbehoud om daarna alsnog een klacht in te dienen);
- 2) partijen die het weliswaar met de beoordeling niet eens zijn, dat schriftelijk onderbouwen maar (uiteindelijk) geen stappen willen ondernemen (omdat het verschil met de winnaar onoverbrugbaar groot is of om andere moverende redenen); en
- 3) partijen die daadwerkelijk een klacht hebben.

Al deze vormen zouden in principe onder de reikwijdte van 'klacht' zoals beschreven in artikel 4.26b Aw kunnen worden geschaard, met (al dan niet verwarring over) opschorting van de standstill-termijn en onzekerheid tot gevolg.

UMC's wensen graag verduidelijking over de vraag of een uiting wel of niet moet worden gezien als 'klacht'. UMC's zien graag aan artikel 4.26b Aw een nadere invulling van de definitie van klacht zodat daarin onderscheid wordt gemaakt tussen ondernemers die in (mondeling) overleg een toelichting willen op de inschrijving en partijen die daadwerkelijk een klacht wensen in te dienen en daar een schriftelijke reactie op wensen te ontvangen. Eventueel kan de wetgever ook voorzien in ruimte voor een aanbestedende dienst om een definitie van klacht zelf in het klachtenreglement op te nemen.

Daarbij zien we in de praktijk ook partijen die weliswaar schriftelijk hun ongenoegen uiten richting de aanbestedende dienst, maar na een mondelinge toelichting geen behoefte meer hebben aan schriftelijke reactie. We zouden graag een mogelijkheid toegevoegd zien in de wet dat een klacht te allen tijde kan worden ingetrokken.

Daarnaast lezen de UMC's dat een klacht alleen door het klachtenloket wordt behandeld als deze 'binnen de reikwijdte valt' (artikel 4.26b lid 1 sub c). Deze sub staat opgenomen als losstaande (cumulatieve) voorwaarde voor ontvankelijkheid, naast de andere voorwaarden dat de klacht schriftelijk moet zijn ingediend (sub a) en dat de klacht de gronden moet bevatten (sub b). Wat moeten aanbestedende diensten hieronder verstaan en welke ruimte hebben de aanbestedende diensten om de 'reikwijdte' nader in te vullen? Kan een aanbestedende dienst bijvoorbeeld in zijn klachtenreglement opnemen -dit in lijn met de proactieve houding die wordt verwacht van een inschrijver- dat een inschrijver eerst een vraag moet hebben gesteld alvorens een klacht mag worden ingediend, mits de inschrijver een redelijke mogelijkheid heeft gehad om vragen te stellen?

Reactie op de open vraag, extra vernietigingsgrond

Om meerdere redenen achten de UMC's de voorgestelde vernietigingsgrond onwenselijk.

De wetgever heeft bij introductie van de aanbestedingswet het stelsel van vernietigingsgronden dusdanig ingericht dat er een balans bestaat tussen de rechtsbescherming, rechtszekerheid en de belangen van alle inschrijvers.

De wetgever constateert nu blijkbaar dat er een categorie schendingen van het aanbestedingsrecht is die van zodanig aard is dat de balans meer zou moeten doorslaan naar rechtsbescherming.

De UMC's vragen zich af wat de toegevoegde waarde is van het voorstel in het licht van de andere maatregelen en of eventuele voordelen opwegen tegen de nadelen voor aanbestedende dienst en de winnende inschrijver. Naar de mening van de UMC's is er in dit wetsvoorstel al voldoende voorzien in extra rechtsbescherming en worden de aanbestedende diensten door deze maatregelen op verdere kosten gejaagd en in grote onzekerheid gebracht over de rechtsgeldigheid van hun aanbesteedde contracten.

Met de introductie van het verplichte klachtenloket en de gewijzigde rol van de CvAE hebben inschrijvers bij designklachten -inclusief voorzieningenrechter- drie instanties om hun bezwaren te laten toetsen. Voor overige klachten zullen er twee instanties zijn. De inschrijver is in beginsel ervan verzekerd dat de aanbestedingsprocedure of de opschortende termijn wordt opgeschort en dat de aanbestedende dienst inhoudelijk moet reageren op de klacht.

Schendingen die zodanig ver gaan dat zij als 'grof' kunnen worden bestempeld zouden niet pas bij een gerechtshof, maar al in een veel eerder stadium aan het licht moeten komen. Er is in ogen van de UMC's geen mogelijkheid tot spoedappel nodig om de grove schendingen 'eruit te filteren'.

Bovendien begrijpen de UMC's het voorstel aldus, dat niet alleen spoedappel, maar ook vernietiging in bodemzaken na doorlopen van een aanbestedingsprocedure mogelijk wordt. Na afwijzing van een vordering in spoedappel kan een teleurgestelde inschrijver (alsnog) een bodemprocedure starten om de overeenkomst te laten vernietigen wegens grove schendingen. De bodemrechter zal niet gebonden zijn aan het voorlopig oordeel van een hof in kort geding.

In theorie kan een teleurgestelde inschrijver zelfs de mogelijkheid tot het starten van een kort geding kunnen overslaan en - zelfs na jaren wachten - een bodemprocedure (inclusief eventueel hoger beroepmogelijkheid) aanhangig kunnen maken.

Daarbij komt nog het volgende. In de praktijk zullen praktisch de meeste geschillen in de kern te herleiden zijn naar de vraag of het gelijkheids-, transparantie of proportionaliteitsbeginsel is geschonden door een gedraging van de aanbestedende dienst. Het cruciale onderdeel van het voorstel is derhalve of deze schending kwalificeert als een 'grove schending' of als een 'niet-grove schending'.

Zonder nadere concretisering van de term 'grove schending' voorzien de UMC's een periode waarin zeer veel geprocedeerd zal gaan worden over de vraag of een schending als 'grof' kan worden bestempeld, met alle rechtsonzekerheid en vertraging van dien.

Mocht een nieuwe vernietigingsgrond toch worden geïntroduceerd, dan zien UMC's in ieder geval graag toegevoegd dat het moet gaan om een gekwalificeerde grove schending van het aanbestedingsrecht.

Hoogachtend,

A handwritten signature in black ink, consisting of several overlapping loops and a long horizontal stroke extending to the left.

Laurens van Wijck