

Utrecht, 19 september 2023

Geachte heer, mevrouw,

Dank voor het bieden van de mogelijkheid te reageren op het wetsvoorstel 'Rechtsbescherming bij aanbesteden'. Als 'P12 inkoopjuristen' en 'IPP', respectievelijk het interprovinciale overleg van de provinciale inkoopjuristen en het interprovinciale inkopersoverleg Inkoop Platform Provincies, maken wij hiervan graag gebruik. Onze gezamenlijke reactie treft u hieronder aan.

Algemeen

Zeer complex, zeker qua termijnen, twijfel in hoeverre dit in de praktijk werkbaar is. Door het grote aantal verschillende termijnen die in verschillende gevallen moeten worden toegepast, is het wetsvoorstel lastig leesbaar en in de praktijk waarschijnlijk tevens lastig toepasbaar. Ook het gegeven dat veel artikelen naar elkaar verwijzen helpt in dat licht niet mee. Bijvoorbeeld: in artikel 4.27b lid 1 wordt verwezen naar artikel 4.26d, derde, vierde of vijfde lid en daarin wordt weer verwezen naar de procedures, bedoeld in artikel 2.71. Dit werkt foutieve toepassing in de hand. Kan het wetsvoorstel duidelijker en eenvoudiger worden gemaakt? Het is bijvoorbeeld ten aanzien van het laatste punt duidelijker om niet steeds te verwijzen naar andere artikelen als het specifieke aanbestedingsprocedures betreft, maar gewoon duidelijk de aanbestedingsprocedure te benoemen in het desbetreffende artikel.

De aanbestedende diensten maken zich daarnaast grote zorgen over de opstapeling van opschortende termijnen, en de bijkomende langere duur van de aanbestedingen, langere gestanddoeningstermijnen, inclusief mogelijke extra buiten contractuele verlengingen van aflopende overeenkomsten. Het verzoek is om de visuals van de aanbestedingsprocedures in de MvT uit te breiden met de procedure bij de CvAE en het besluitvormingsproces en opschorting daarna, zodat een meer reëel beeld gegeven wordt van de potentiële duur van de aanbestedingsprocedure.

In de Memorie van toelichting komt naar voren dat ondernemers de rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures als onvoldoende 'ervaren'. Dit klinkt niet als een voldoende objectief argument om de voorgestelde en verregaande maatregelen te rechtvaardigen. Een gedegen onderbouwde argumentatie van de noodzaak lijkt te ontbreken. De nadelen van de maatregelen lijken nauwelijks te worden belicht; is verdere juridificering van het aanbestedingsproces echt wenselijk en is goed nagedacht wat de gevolgen van de maatregelen kunnen zijn? Wordt de uitkomst van het onderzoek van Panteia wel meegenomen hierin? Verder is te lezen in de MvT dat het belangrijk wordt gevonden dat de spelregels 'voorspelbaar en duidelijk' zijn. Dat is nu niet het geval.

Het adagium 'Eerst vragen dan klagen' heeft onvoldoende uitwerking gekregen in het wetsvoorstel. Het klopt dat in sommige gevallen, bijvoorbeeld bij nieuwe feiten na de laatste inlichtingenronde in een aanbestedingsprocedure, 'eerst vragen' wellicht niet mogelijk is. Er kan echter ook gekozen worden om in enkel die bepaalde gevallen waarin 'eerst vragen' niet mogelijk is, toe te staan direct klachten in te dienen. In de huidige opzet lijkt het gehele principe tandeloos en verbindt het geen consequenties aan het niet (tijdig) stellen van vragen. Volgens de MvT is het disproportioneel om het stellen van een vraag voorwaarde voor het indienen van een klacht te maken. Wellicht is om die reden een termijn gesteld waarbinnen ingediende klachten leiden tot opschorting van de procedure, maar dat leidt tot nieuwe problemen. Vragen kunnen, zo halen wij uit de MvT, wel de gehele procedure worden ingediend, en lijken ook verplicht afgehandeld te moeten worden. De klachttermijnen leggen enkel de opschorting aan banden. Met deze constructie worden ondernemers tekort gedaan die wél proactief reageren op een NvI, en bij een afwijzing van hun verzoek geen recht meer hebben op opschorting wanneer zij een klacht indienen. Tegelijkertijd kunnen aanbestedende diensten heel laat in de procedure geconfronteerd worden met klachten over zaken waarover nooit vragen zijn gesteld. Wij stellen voor in beginsel het niet stellen van vragen te laten leiden tot niet-ontvankelijkheid van de klacht, behalve in de limitatief in de wet te noemen gevallen waarin dit uitgangspunt niet redelijk is naar ondernemers. Termijnen zouden in het geval van ontwerpklachten dan gekoppeld kunnen worden aan de NvI, en niet aan de termijn van aankondiging. In geval van klachten over selectie en gunning bijvoorbeeld aan het moment dat de aanbestedende dienst heeft gereageerd op vragen om een toelichting.

Artikelen selectie/gunningsbeslissing

Artikel 2.103 tweede en derde lid

Het is een gemiste kans dat nog steeds er geen standstill is opgenomen in de aanbestedingswet voor selectiebeslissingen (en onderhandse aanbestedingen uit deel 1 van de wet) waar dit bij professionele aanbestedende diensten al sinds tijden vaste praktijk is. De wet verplicht nu enkel tot het noemen van de relevante redenen, maar deze behoeven een termijn. Immers slechts gezamenlijk bieden deze verplichtingen een basis voor een effectieve rechtsbescherming (zie ook: JAAN 2014/65 voor wat betreft onderhandse aanbestedingen). Deze verbondenheid tussen standstill en relevante redenen komt ook expliciet tot uitdrukking in art. 2.130 lid 1 Aanbestedingswet 2012. Het is opvallend dat in het ARW de wetgever wel een standstill termijn heeft verplicht bij de selectiefase in de niet-openbare procedure, en hier die stap niet neemt.

Wellicht kan qua motivering aansluiting worden gezocht met de relevante redenen van art. 2.130 lid 2 aanbW 2012, nu bij de selectiefase veelal ook met gewogen criteria wordt gewerkt.
Artikel 2.130 tweede lid
Uit de tekst van dit artikel blijkt niet dat onderdeel b ook onderdeel a omvat. Uit de MvT blijkt dit wel. Misschien anders formuleren? <i>b: in het geval het een mededeling aan een afgewezen inschrijver betreft, eveneens de scores van de afgewezen inschrijving, inclusief een onderbouwing van die scores.</i> Om welke scores gaat het hier? Totalscores of ook deelscores?
Par. 4.4.2.1 Procedure bij het klachtenloket
Artikel 4.26a
Ten aanzien van onder meer lid 2: Een indiener van een klacht is niet altijd al inschrijver of gegadigde, maar kan ook kandidaat inschrijver of -gegadigde zijn. Toch pas na indiening inschrijving of aanmelding ben je immers inschrijver resp. gegadigde? Misschien spreken van <i>ondernemer</i> voor die categorie? Tekstueel: Lid 3 onder a: <i>de door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gestelde eisen, voorwaarden, criteria of andere aspecten van de inrichting van de aanbestedingsprocedure.</i> Lid 4: <i>De behandeling van de klacht geschiedt door een of meerdere personen die niet betrokken zijn geweest bij de aanbestedingsprocedure waar de klacht betrekking op heeft.</i>
Artikel 4.26b
Lid 1: We missen de oplossingsrichting voor de klacht, die wel in de handreiking klachtafhandeling staat, en ook in eerdere versies van de handreiking stond. Lid 5: Een indiener van een klacht is niet altijd al inschrijver of gegadigde, maar kan ook kandidaat inschrijver of -gegadigde zijn. Toch pas na indiening inschrijving of aanmelding ben je immers inschrijver resp. gegadigde? Misschien spreken van ondernemer voor die categorie?
Par. 4.4.2.2 Klachten over de inrichting van de procedure
Artikel 4.26c
a. Waarom is meervoudig onderhands uitgesloten? Dat geen standstill-termijn voor onderhandse procedures is opgenomen in de wet is geen overtuigend argument. Dat kan immers met aanpassing van dit wetsvoorstel alsnog worden geregeld.
Artikel 4.26d
Lid 3: de nummering klopt niet.
Artikel 4.26 ^e
-
Artikel 4.26f
-
Par. 4.4.2.3 Klachten over selectie en gunningsbeslissingen
Artikel 4.26g
Waarom meervoudig onderhands uitgesloten. Dat geen standstill-termijn voor onderhandse procedures is opgenomen in de wet is geen overtuigend argument. Zie commentaar art. 4.26c.
Artikel 4.26h
Kies voor een vaste termijn, maak het niet nodeloos ingewikkeld.
Par. 4.4.2.4 Registratie en rapportage
Artikel 4.26i
Lid 2: Wij vinden het een ongewenste situatie dat een wet voorschrijft wat GS aan PS rapporteert en wat PS aan informatie moet ontvangen om haar toezichhoudende taak in te vullen; die invulling en of iets een actieve informatieplicht is, is iets tussen GS en PS. Voorstel; lid 2 schrappen. Niet duidelijk wordt overigens waarom de centrale overheid dit niet hoeft te doen. Geen rechtvaardigingsgrond aanwezig voor dit onderscheid.
Par. 4.4.2.5 Procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts
Artikel 4.27
Misschien hier ook duidelijk maken dat enkel ontwerpklachten worden opgepakt? Dus: <i>Er is een commissie die tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot de inrichting van aanbestedingsprocedures</i> , kan art. 4.27a ingekort worden.
Artikel 4.27a
Lid 1: verwijzing naar 4.26a derde lid onderdeel a kan verdwijnen als suggestie hierboven wordt overgenomen. Lid 1: Een indiener van een klacht is niet altijd al inschrijver of gegadigde, maar kan ook kandidaat inschrijver of -gegadigde zijn. Toch pas na indiening inschrijving of aanmelding ben je immers inschrijver resp. gegadigde? Misschien spreken van ondernemer voor die categorie? Leden 3 en 4, twijfelachtig of dit gehaald gaat worden. Wat is precies eenzelfde klacht? Soms wordt één en ander bijgesteld, is het dan een andere klacht? Graag verduidelijken. We zouden in de MvT ook graag een visueel hebben waarin de procedure bij de CvAE meegenomen is in het traject van de aanbesteding, in plaats van apart. Waar nu inschrijfmoment staat, daar kan beter moment van indiening o.i.d. staan, slaat dan zowel op inschrijving als de aanmelding.

Artikel 4.27b
Zoals reeds genoemd, graag in de MvT in de visual ook meenemen de afhandeling van de klacht door de CvAE, het gehele proces van begin tot eind dus.
Artikel 4.27c
Lid 1 en 2: Niet duidelijk hoe dit werkt. In 4.27a lid 3 is een termijn van drie dagen opgenomen voor de CvAE om te beslissen, startende de dag na de ontvangst van de klacht. Mededeling van de beslissing vindt zo spoedig mogelijk plaats, en in theorie op dag 3, 4 of latere na dag van indiening klacht. Hoe verhoudt zich dat tot onderbreken opschorting, en kan de aanbestedende dienst worden verplicht als de beslissing op dag vier of vijf binnenkomt alsnog op te schorten? Lid 3: Kan in de MvT aandacht worden besteed aan deze motivering, met voorbeelden wanneer er sprake is van dwingende redenen van algemeen belang? Lid 4: Wat als de uitkomst van de klacht na 14 dagen, en na herstarten standstill-termijn, maar voor verstrijken standstill-termijn binnenkomt? Waarom bestaat een dergelijke termijn als bedoeld in dit lid niet voor de mededeling van het in behandeling nemen van de klacht, art. 4.27c lid 2?
Artikel 4.27d
Lid 1: Een indiener van een klacht is niet altijd al inschrijver of gegadigde, maar kan ook kandidaat inschrijver of -gegadigde zijn. Toch pas na indiening inschrijving of aanmelding ben je immers inschrijver resp. gegadigde? Misschien spreken van ondernemer voor die categorie?
Artikel 4.27e
-
Artikel 4.27f
Een indiener van een klacht is niet altijd al inschrijver of gegadigde, maar kan ook kandidaat inschrijver of -gegadigde zijn. Toch pas na indiening inschrijving of aanmelding ben je immers inschrijver resp. gegadigde? Misschien spreken van ondernemer voor die categorie?
Wat vindt u van het toevoegen van een extra vernietigingsgrond en ziet u alternatieve oplossingsrichtingen?
De bedoeling van het toevoegen van een extra vernietigingsgrond is om het instellen van hoger beroep tegen een gunningsbeslissing kansrijker althans zinvoller zou maken voor ondernemers. De rechter in hoger beroep (in het aanbestedingsrechtelijke kort geding) moet op basis van deze nieuwe vernietigingsgrond beoordelen of een gesloten overeenkomst naar redelijke verwachting wegens grove schending van de beginselen van aanbestedingsrecht in een bodemgeschil vernietigd zal worden. De hoger beroepsrechter kan, in een kort geding, de overeenkomst dus niet zelf vernietigen, maar "hoogstens" een verbod op uitvoering van de overeenkomst of een andere voorlopige voorziening opleggen. De tekst uit het document met de open vraag "Dit geeft rechters meer mogelijkheden om overeenkomsten in hoger beroep te vernietigen, mocht dat in een uiterst geval nodig zijn", is naar ons oordeel dus onjuist. Wij betwijfelen of deze vernietigingsgrond de rechtszekerheid ten goede zal komen. Áls de rechter in hoger beroep tot het oordeel komt dat de kans aanwezig is dat de bodemrechter de overeenkomst zal vernietigen, moet hij een maatregel opleggen, bijvoorbeeld een verbod op uitvoering. Het probleem is dan dat de overeenkomst al wel is gesloten. De aanbestedende dienst en de winnaar van de aanbesteding hebben dan een overeenkomst die niet uitgevoerd kan worden, maar die ook niet "zomaar" kan worden ontbonden. De aanbestedende dienst kan dan geen nieuwe aanbesteding starten, maar kan de overeenkomst ook niet uitvoeren. Dit kan in de praktijk tot erg onwenselijke situaties leiden en biedt geen van de betrokken partijen (aanbestedende dienst, winnende en verliezende inschrijver) duidelijkheid. Bovendien is de extra vernietigingsgrond erg ruim geformuleerd. Het is (nog) onduidelijk is wat er wordt verstaan onder grove schending van het aanbestedingsrecht. Het toevoegen van een extra vernietigingsgrond heeft naar ons oordeel alleen zin als kan worden toegelicht wat hieronder wel en niet wordt verstaan.
Overig
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.
Het is overigens ook de vraag waarom er voor minicompetities niets is geregeld in dit wetsvoorstel.