

Bijlage: Gemeentelijke reactie op wetsvoorstel

Deze reactie wordt ingediend onder voorbehoud van de reactie van de VNG. Aangezien het op dit moment onvoldoende duidelijk is of dit wetsvoorstel uitvoerbaar is kunnen wij daar inhoudelijk niet op reageren. Wel stellen wij dat dit, naar aanleiding van alle input aangepaste, wetsvoorstel alleen dan vastgesteld kan worden mits de uitvoerbaarheidstoets aantoont dat het wetsvoorstel daadwerkelijk uitvoerbaar is door de aanbestedende diensten. De uitkomsten van de uitvoerbaarheidstoets dienen meegenomen te worden bij de verdere uitwerking van dit wetsvoorstel.

Algemeen:

1. In het wetsvoorstel wordt gesteld dat de vertraging in de aanbestedingsprocessen minimaal zal zijn. Men gaat hier voorbij aan het gegeven dat het behandelen van een klacht een grote administratieve lastenpost is en om directe actie vraagt. Een klacht is ook niet binnen enkele dagen afgehandeld, zoals in de memorie van toelichting gesteld wordt. Afhandeling van een klacht (van ontvangst tot en met het verzenden van de beslissing op de klacht) duurt, wanneer deze ontvankelijk is, 2 tot 3 weken. [de opsteller lijkt er van uit te gaan dat een klacht binnen een periode van 5 dagen behandeld kan worden. Dit is een aannahme die niet reëel is gezien de hoeveelheid werk die er bij komt kijken.] Wanneer op verschillende momenten in een aanbestedingsproces een klacht wordt ingediend, zal dit tot aanmerkelijke vertraging van het aanbestedingsproces leiden. Dit is niet in het belang van de inschrijvers nog de aanbestedende dienst.
Daarnaast leidt het onderbreken van de standstill termijn in de praktijk tot aanzienlijke vertraging, gezien de standstill termijn al vrij lang is. Dit is niet in het voordeel van de aanbestedende dienst, noch voor de partij die de voorgenomen gunning heeft gekregen.
2. Aangezien de advisering op de klachten niet openbaar bekend mag worden gemaakt, gaat er geen lerende werking uit naar andere aanbestedende diensten. Dit is wel het geval bij rechtszaken en bij klachten die door de CvA waarbij de uitspraken en adviezen openbaar gepubliceerd worden. Naar aanleiding van deze uitspraken en adviezen kunnen aanbestedende diensten lering trekken van anderen en hun aanbestedingen aanpassen. Hierdoor wordt de kwaliteit van aanbesteden over het algemeen beter, wat een doel van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat is, zie ook het project Beter Aanbesteden.
3. Er wordt in de wet, noch in de toelichting, gesproken over maatregelen die een aanbestedende dienst kan nemen op het moment dat aannemelijk is dat er misbruik van de mogelijkheid tot het indienen van klachten wordt gemaakt. Wij verzoeken de wetgever hier een standpunt over in te nemen en aan te geven hoe aanbestedende diensten kunnen omgaan met partijen die klachten indienen om bewust het proces te vertragen. Om een paar voorbeeld te noemen: een zittende partij zou een klacht kunnen indienen om het proces te vertragen zodat hij de opdracht langer uit kan voeren. Dit is een ongewenste perverse prikkel dat uit dit wetsvoorstel naar voren komt. Daarnaast zou een ondernemer die het per definitie niet eens is met de inhoud van de opdracht op verschillende momenten klachten kunnen indienen om het proces te vertragen waardoor de uitvoering van de opdracht wordt uitgesteld. Ook dit is een mogelijk gevolg van dit wetsvoorstel welke niet wenselijk is.

4. Dit wetsvoorstel maakt het mogelijk om meerdere klachten in 1 aanbestedingsprocedure in te dienen, welke allen een opschortende werking kennen:
 - Openbare procedure: kent 3 momenten wanneer een klacht kan worden ingediend, allen met opschortende werking:
 - Over de inrichting van de procedure eerst bij het eigen klachtenmeldpunt en vervolgens bij de CvA;
 - Over de afwijzing en/of gunningsbeslissing.
 - Niet-openbare procedure / 2-fase procedure kent 5 momenten wanneer een klacht kan worden ingediend, allen met een opschortende werking:
 - *Selectiefase*
 - Over de inrichting van de procedure bij het eigen klachtenmeldpunt en vervolgens bij de CvA.
 - Inschrijvingsfase
 - Over de inrichting van de procedure bij het eigen klachtenmeldpunt en vervolgens bij het CvA;
 - Over de afwijzing en/of de gunningsbeslissing.

Dit kan niet de bedoeling van dit wetsvoorstel zijn geweest.

5. De voorwaarden voor het indienen van een klacht zijn zeer soepel opgesteld (schriftelijk ingediend met de gronden van de klacht en de reden van klagen). In de praktijk zou iedere inschrijver die de procedure wil traineren dus een klacht kunnen indienen en ben je als aanbestedende dienst verplicht hier serieus op in te gaan. Wij adviseren om de voorwaarden om te kunnen klagen strenger te maken.
6. Het is niet duidelijk of er sprake is van kalenderdagen of werkdagen. Dit kan grote impact op de termijnen hebben. Wij stellen voor om in de wettekst aan te geven dat het om kalenderdagen gaat.
7. Wanneer een klacht is ingediend, moet de aanbestedende dienst de uitkomst van de klacht bekendmaken aan alle gegadigden danwel inschrijvers. Niet duidelijk is of er ook bekendgemaakt moet worden dát er een klacht is ingediend en dat er daardoor een vertraging in het proces is opgetreden (er is wel een verplichting om aan te geven dat de planning verlengd wordt).

Ook is niet duidelijk of er bekend gemaakt mag worden wat de inhoud van de ingediende klacht is. Dit zou de voorkeur hebben aangezien dit voorkomt dat een andere gegadigde/inschrijver iets later in het proces een soortgelijke klacht indient waardoor het proces opnieuw en onnodig opgeschort wordt.
8. In het wetsvoorstel is het mogelijk gemaakt dat belangenorganisaties (rechtspersonen die blijkens de statuten de belangen van gegadigden of inschrijvers behartigt) een klacht in kunnen dienen. Dit ondanks het feit dat zij geen direct belanghebbende bij de aanbesteding zijn.

Tegelijkertijd is in de Memorie van toelichting duidelijk gemaakt dat onderaannemers geen klacht kunnen indienen. Dit omdat zij geen direct belanghebbende zijn, zo staat er. Dit standpunt conflicteert met bovenstaande. Om die reden zouden belangenorganisaties geen klacht moeten kunnen indienen (want: zij zijn geen direct belanghebbende). De aanbestedingswet stelt dat alleen gegadigden en inschrijvers direct belanghebbende zijn. Wij adviseren om dit onderdeel uit het wetsvoorstel te halen.
9. De behandeling van klachten met een opschortende werking kent een grote administratieve lastendruk voor de aanbestedende dienst. Daarnaast vertraagt de

behandeling van de klachten de procedures. Dit kan een grote impact hebben op de processen.

- a. Voorbeeld: er wordt over de inrichting van een aanbesteding een klacht ingediend, waarna er ook een klacht bij de CvA wordt ingediend. Dit betekent al snel dat een procedure met 21 dagen (interne klachtafhandeling) + 24 dagen (CvA incl. beslissing op het afgegeven advies) = vertraging van circa 45 dagen. Daarnaast kan er alsnog een klacht over de uitkomst van de aanbesteding worden ingediend, wat wederom tot vertraging leidt.
10. Deze vertraging is niet alleen problematisch voor aanbestedende diensten. Ook voor partijen die mee willen dingen naar de opdracht, geeft dit grote onduidelijkheid over wanneer de opdracht gaat starten en wanneer de winnende partij kan gaan starten met de uitvoering (en wanneer deze dus capaciteit en materieel moet vrijmaken voor de uitvoering van de opdracht). Door de vele mogelijke opschortende termijnen per aanbesteding is dit een groot risico als ook een grote financiële kostenpost voor deze partijen. Dit is maatschappelijk gezien onwenselijk.
11. Zowel de hogere lastendruk als de vertragingen komen niet tegemoet aan de doelstelling van deze wetswijziging, te weten het meer in evenwicht brengen van de positie van de overheid en die van ondernemers.
12. Onbekend is het verdere tijdsaspect van de besluitvorming rond het wetsvoorstel.

Artikelsgewijze reactie:

Artikel 4.26b lid 4

In dit artikel staat dat het klachtenloket de aanbestedende dienst en de indiener van de klacht gelijktijdig in kennis stelt over het advies over de gegrondheid van de klacht.

Voorgesteld wordt om het advies door de aanbestedende dienst mee te laten sturen met de daadwerkelijke beslissing op de klacht door de aanbestedende dienst in plaats van direct door het klachtenloket. Dit ook aangezien in lid 5 staat dat de aanbestedende dienst zo spoedig mogelijk de indiener van de klacht in kennis stelt van de beslissing over de klacht. Dit voorkomt een hogere administratieve last bij de aanbestedende dienst.

Artikel 4.26d lid 3e

Onduidelijk is welke procedure hier wordt bedoeld. Wij raden aan de terminologie uit de Aanbestedingswet te hanteren wanneer er over bepaalde procedures gesproken wordt. De aanbestedingswet kent geen termen als "procedures met of zonder opeenvolgende fasen". De Aanbestedingswet kent wel de openbare en niet openbare aanbestedingsprocedure. Gevraagd wordt in het artikel duidelijk aan te geven welke procedure met dit artikel bedoeld wordt.

Artikel 4.26e lid 3

Wij zijn van mening dat dit artikel overbodig is en stellen voor dat dit artikel geschrapt wordt. Dit artikel lijkt een dubbeling met het voorgaande lid. Wanneer dat niet zo is, dan wordt gevraagd om dit artikel te verduidelijken.

Artikel 4.26f lid 1

Onduidelijk is welke procedures hier bedoeld worden. Wij stellen voor de bedoelde procedures concreet te benoemen dan wel een concrete verwijzing naar de betreffende procedures in de Aanbestedingswet te geven. Door dit niet te benoemen is dit artikel vrij aan de interpretatie van de betreffende aanbestedende dienst, wat niet de bedoeling kan zijn van wetgever.

Reactie op de Memorie van Toelichting:

Paragraaf 2.4 noodzaak en instrumentkeuze

Aangegeven wordt dat het wetsvoorstel uniforme toepassing van de maatregelen door aanbestedende diensten bevordert, met het oog op duidelijkheid voor ondernemers. Echter, door de adviezen niet openbaar te maken, ontstaat de situatie dat aanbestedende diensten verschillend met klachten omgaan. Het doel van uniforme toepassing wordt hiermee niet gediend.

Paragraaf 3.1.2 Indiener klacht

Hier staat vermeld dat naast betrokken of belanghebbende ondernemers ook brancheorganisaties de mogelijkheid krijgen tot het indienen van een klacht. In de daaropvolgende alinea staat dat onderaannemers geen zelfstandig klachtrecht toegekend krijgen aangezien zij geen zelfstandig procesbelang hebben. Naar onze mening hebben ook belangenorganisaties geen zelfstandig procesbelang en zijn deze uitgangspunten conflicterend met elkaar.

Paragraaf 3.5.2 Opschorting van de procedure en uitzondering hierop

Als de Commissie van Aanbestedingsexperts niet binnen veertien dagen na het in behandeling nemen van de klacht een advies heeft gegeven, kan de aanbestedende dienst door met de procedure. Aangegeven wordt dat dit onnodige vertraging van aanbestedingsprocedures voorkomt.

Dit is echter deels waar. Het is prettig dat een langere vertraging voorkomen wordt. Echter moet een aanbestedende dienst dus in een situatie waarin er géén tijdig advies ligt 17 dagen wachten (3 dagen waarin de CvA bepaald of een klacht in behandeling wordt genomen en dan 14 dagen waarin gewacht wordt op het advies) voordat de procedure weer verder opgepakt kan worden.

Paragraaf 7 Uitvoering

Hier staan 2 verkeerde verwijzingen in genoemd. Dit moeten zijn paragraaf 7.2 en 7.3.

Hieronder volgt de voorgestelde gemeentelijke reactie mbt de Open Vraag:

Wij onderschrijven het doel van de voorgestelde vernietigingsmogelijkheid. Procederen na een gewonnen kort geding is voor de verliezende partijen niet lonend, omdat de overeenkomst met een andere partij al in werking is getreden.

Echter, met een open begrip als 'grove schending' ontstaat voor elke partij rechtsonzekerheid. Dit is zeer vaag gedefinieerd, waardoor veel ruimte openblijft voor verschillende interpretaties.

De rechtsonzekerheid die daarbij ontstaat is niet gunstig, omdat op allerlei manieren en door alle partijen investeringen moeten worden gedaan. Verder wordt daarmee het risico

vergroot dat gedane investeringen vergoed moeten worden als de overeenkomst wordt vernietigd.

Daarom stellen we het volgende voor:

Waarom in plaats van direct overgaan tot vernietiging van het contract niet proberen om deze schendingen te corrigeren? In de aanbestedingsdocumenten kan opgenomen worden dat "bij grove schendingen van beginselen ON verplicht is mee te werken naar een oplossing en deze binnen x termijn waar te maken". Hier kunnen servicelevels aan gekoppeld worden om meetbaar te maken. Zo wordt opdrachtnemer gestimuleerd om zich te houden aan de beginselen.

Daarnaast zou een ontbindende voorwaarde in de overeenkomst kunnen worden opgenomen. In een bepaling zou geregeld kunnen worden dat de overeenkomst ontbonden kan worden als een grove schending als bedoeld in artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 door de rechter wordt aangenomen. In dezelfde bepaling kan vervolgens iets worden opgenomen over de mogelijke verplichtingen die daaruit voortvloeien, dan wel afspraken over (schade)vergoedingen.

Tot slot

Dit wetsvoorstel heeft als doel dat het indienen van een klacht meer invloed krijgt op een aanbestedingsproces. Toch is het de vraag of dit met dit wetsvoorstel bereikt wordt of dat dit wetsvoorstel alleen leidt tot langere processen, vertragingen en bureaucratie. De uitvoerbaarheidstoets dient hier in ieder geval antwoord op te geven en meegenomen te worden bij de verdere uitwerking van dit wetsvoorstel.