



**Gemeente  
Amsterdam**

Bezoekadres  
Amstel 1  
1011 PN Amsterdam

Postbus 202  
1000 AE Amsterdam  
Telefoon 14 020  
amsterdam.nl/ingenieursbureau

Retouradres: Postbus 202, 1000 AE Amsterdam  
Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Datum 26 september 2023  
Ons kenmerk Directie Financien & Inkoop secretariaat CIS/MdJ.SH  
Uw kenmerk  
Behandeld door Frank van Sloun, Ingenieursbureau  
Kopie aan Dossier Concern Inkoop & Strategie  
Bijlage(n) -  
  
Onderwerp Internetconsultatie Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden

Geachte heer, mevrouw ,

In reactie op het wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden en de open consultatievraag treft u hieronder de reactie van de gemeente Amsterdam aan. Daarbij wordt de algemene opmerking vooraf gegeven dat de gemeente zich kan vinden in de doelstelling van het wetsvoorstel. Ook in één van onze grootste inkoopdomeinen (zowel qua financiële omvang als aantal aanbestedingen) hebben wij reeds geruime tijd een klachtenregeling in werking. Onze reacties op het huidige wetsvoorstel zijn dan ook mede gebaseerd op die ervaringen.

#### *Het principe van een klachtenregeling*

Zoals hiervoor al aangehaald hebben wij reeds geruime tijd een klachtenregeling actief die in hoge mate overeenkomt met het wetsvoorstel. Vanuit deze ervaringen onderschrijven wij in grote lijnen de klachtenregeling die in het wetsvoorstel wordt voorgesteld. Het verplicht stellen van zo'n loket en/of regeling en het formuleren van normen inzake onafhankelijke afhandeling ondersteunen wij. De mogelijkheid om zo'n loket samen met andere overheden in te richten dan wel te outsourcen ondersteunen wij eveneens. Hoewel een rapportageplicht een extra administratieve last voor de aanbestedende diensten betekent, biedt het ook transparantie aan de markt inzake het functioneren van de klachtafhandeling. Het zal gelet daarop zaak zijn om te zorgen dat de rapportages worden opgevolgd en geen papieren tijger worden. Wel bevreemdt het ons dat een rapportageverplichting wel zou moeten gelden voor lagere overheden maar niet voor de rijksoverheid, wat ons betreft wordt dit aangepast.

Het onderscheid tussen klachten ten aanzien van het ontwerp van de aanbesteding respectievelijk de selectie- en gunningsbeslissing onderschrijven wij eveneens. Dit kan in de praktijk

onduidelijkheden verminderen en de praktijk van klachtafhandeling respectievelijk aanwending van rechtsmiddelen vereenvoudigen.

Ook de expliciete afbakening ten opzichte van de klachtenprocedures uit de Awb én het wegnemen van onduidelijkheid tussen een klacht over een beslissing en het aanwenden van rechtsmiddelen tegen een beslissing (dagvaarding in kort geding), zal naar ons inzicht bijdragen aan het verlagen van drempels voor marktpartijen. Dit juichen wij dus toe. Wel is het noodzakelijk, meer dan in het huidige wetsvoorstel het geval is, dit consistent te beschrijven.

#### *De positie van de Commissie van Aanbestedingsexperts*

Het versterken van de positie van de Commissie van Aanbestedingsexperts ondersteunen wij. Dat dit gepaard gaat met een helderdere beschrijving van de positie van de Commissie ten opzichte van de aanbestedende dienst zal in de praktijk helpen.

Overigens is, mede door het nog ontbreken van een reglement, onzeker of de Commissie de nu beschreven termijnen kán halen, laat staan of ze deze zál halen. Het wetsvoorstel zou erin moeten voorzien wat het gevolg is als de Commissie de termijnen niet haalt. Een van de gevolgen zou kunnen zijn dat de opschorting eindigt en dat de aanbestedende dienst de procedure mag hervatten, c.q. dat de Alcatel-termijn wordt hervat. Bij gebreke van zo'n mechanisme ontstaat het risico dat aanbestedingen enorm worden vertraagd doordat de Commissie het aantal klachten niet aankan.

#### *Motiveringseisen selectie- en gunningsbeslissing (artikel I, onderdeel B en C)*

Wij vinden deze aanscherpingen passend bij de gewenste transparantie en motivering van besluiten. In de praktijk handelen wij in de meeste gevallen reeds in lijn hiermee.

#### *Aanbestedingsrecht is formaliteitenrecht*

Zoals welbekend is het aanbestedingsrecht in hoge mate een formaliteitenrecht. Veel jurisprudentie grijpt terug op formalistische invulling van de aanbestedingsregels. Over de jaren heen is de hoeveelheid formele aanbestedingsregels alleen maar toegenomen. Of dit de kwaliteit van de aanbestedingen heeft verbeterd is ernstig de vraag. Uit de onderzoeken onder dit wetsvoorstel blijkt eens te meer dat er nog veel te verbeteren valt in de uitvoeringspraktijk.

Het huidige wetsvoorstel voegt opnieuw een flink aantal gedetailleerde regels toe. In dit geval vooral ten aanzien van termijnen. Wij verwachten dat daarmee aanbestedingen 1) verder gecompliceerd worden, 2) langere doorlooptijden zullen hebben en 3) vaker vertraagd zullen worden door opstapeling van een opeenvolging van klachten. Daaronder kunnen zich dan weer klachten over de niet-naleving van de (extra) termijnen bevinden. Bovendien zullen deze onzekerheden leiden tot het verschuiven van inschrijvingstermijnen wat weer de kans op fouten vergroot. Dit alles zal de zekerheden voor alle betrokken partijen, zowel de deelnemers, de winnaars, de verliezers als de aanbestedende dienst, verkleinen. Daarnaast wordt de aandacht van de aanbestedende dienst zo nog meer gericht op het naleven van formaliteiten.

Wij vrezen dat met dit wetsvoorstel het spreekwoordelijke kind met het badwater wordt weggegooid.

De mogelijkheid kan zich voordoen, dat meer dan nu al het geval is, de mogelijkheden om keuzes en beslissingen van de aanbestedende dienst aan te vechten, in de praktijk door ondernemers of hun advocaten soms ge- of zelfs misbruikt zullen worden om een procedure te vertragen (bijv. in het belang van een zittende contractant). De druk op de organisatie van de aanbestedende dienst om dit adequaat af te handelen, zal toenemen. Ook dit hoeft niet per se bij te dragen aan het verbeteren van de aanbestedingspraktijk.

Aangezien de gang naar de rechter niet kan worden afgesloten, zal een ondernemer ter behoud van rechten wellicht (ook) een dagvaarding indienen. Het blijft echter onwenselijk dat in het latere stadium van de gunningsbeslissingen alsnog de ontwerpkeuzes van de aanbestedende dienst ter discussie gesteld kunnen worden. Dit zal de aanbestedende dienst ook -terecht- blijven willen voorkomen door het kunnen aanvechten daarvan te beperken tot de uiterste inschrijfdatum. Voorgaande kan leiden tot onduidelijke samenloop van de klachten- en gerechtelijke procedure en meer (mogelijkheden tot) soms aanzienlijke vertraging van de aanbestedingsprocedure, waarmee een aanbestedende dienst niet rekening zou moeten hoeven houden in haar planning.

Per saldo hanteren wij in onze huidige klachtenregeling géén formele termijnen. Daarentegen opereren wij in de afhandeling proactief, al is het maar omdat wij zelf belang hebben bij een voortvarende (en inhoudelijk) juiste afhandeling. Dat blijkt in de praktijk bevredigend te werken en biedt alle ruimte voor maatwerk, passend bij de klacht.

Wij geven u in overweging de regeling op voornoemde punten nog eens te heroverwegen met het oog op het voorkomen van misbruik van verdragingsmogelijkheden. Een optie kan bijvoorbeeld zijn om geen standaard opschortende werking van klachten (bij de Commissie van Aanbestedingsexperts) te hanteren. Dit is in beginsel niet nodig vanwege het proportionaliteitsbeginsel: per geval kan beoordeeld worden of het al dan niet verlengen van de inschrijftermijn/Alcatel-termijn proportioneel is (in het kader van adequate rechtsbescherming). Dat is ook onze huidige werkwijze. De gids proportionaliteit lijkt ons een geschikte plaats om handvatten op te nemen over rechtsbescherming en (het opschorten van) termijnen. Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn op te nemen dat het recht van de inschrijver of gegadigde om nog te procederen vervalt, als hij de klachtenprocedure niet heeft gevolgd.

#### *De wereld kent weinig slechte winnaars maar helaas veel slechte verliezers*

Uit onze ervaringen met de klachtenregeling blijkt dat de meeste klachten naar tevredenheid van de klager opgelost kunnen worden. Óók wanneer dat betekent dat de klacht ongegrond wordt verklaard. Dat gaat veelal gepaard met een betere uitleg en daarmee beter begrip.

De klachten die niet tot tevredenheid worden opgelost, blijken in de praktijk vrijwel altijd gedreven door de moeilijke situatie voor de klager dat deze verlies moet incasseren. In een competitieve setting kan normaliter slechts één deelnemer winnen. Alle deelnemers verkeren echter in de veronderstelling de beste aanbieding te hebben gedaan. En dat is in hun perspectief ook beslist het geval. Dat betekent echter nog niet dat zij de aanbieding met de Beste-Prijs-Kwaliteit-Verhouding hebben gedaan. Het aanvaarden van dit verlies kan begrijpelijkerwijs zeer moeilijk liggen.

Uit de onder het wetsvoorstel liggende onderzoeken kunnen wij helaas niet opmaken dat voldoende aandacht is besteed aan dit aspect. Het is wat ons betreft aan te bevelen dat dit wetsvoorstel, in het bijzonder de veelheid aan termijnen en de samenhang tussen procedurele mogelijkheden, wordt heroverwogen. Dit om te voorkomen dat de praktijk meer nadelen dan voordelen ervan ondervindt en de kwaliteit van aanbestedingen niet verbeterd.

#### Open consultatievraag

Wij delen het oordeel dat in de toelichting op de open vraag is vermeld, dat bij invoering van de extra vernietigingsgrond zoals nu voorgesteld, dit op meerdere vlakken een ongewenste rechtsonzekerheid zal meebrengen. Wij zijn daarom tegen dit voorstel.

Als al gekozen zou worden voor een aanvullende vernietigingsgrond op basis van een grove schending, vergt dit de nodige uitwerking. 'Grove schending' zou een open norm introduceren die in zichzelf de nodige rechtsonzekerheid introduceert voor alle belanghebbenden.

#### Samenvattend

Zoals al eerder opgemerkt ondersteunen wij de doelstellingen van dit wetsvoorstel. Maar wij hebben ernstige bezwaren tegen de formalistische uitwerking die eraan is gegeven.

Ik vertrouw erop u hiermee voor nu voldoende te hebben geïnformeerd.  
Vanzelfsprekend zijn wij te allen tijde bereid een nadere toelichting te geven.

Met vriendelijke groet,



Mark de Jongh  
Hoofd Concern Inkoop & Strategie a.i.