

UITSLUITEND VIA WWW.INTERNETCONSULTATIE.NL

De Minister van Economische Zaken en Klimaat
Hare Excellentie Mevrouw M. Adriaansens

Behandelaar **mr. A.H. Klein Hofmeijer**

Functie Partner – Senior Advocaat

E-mail kleinhofmeijer@brackmann.nl

Telefoon (+31) (0)6 43068831

Uw referentie Wetsvoorstel Rechtsbescherming

Datum 28 september 2023

Hooggeachte mevrouw Adriaansens,

Deze brief schrijf ik u namens *Brackmann* en die bij haar werkzame advocaten (mrs. S.C. Brackmann, J.H.J. Bax en A.H. Klein Hofmeijer). Brackmann is een advocatenkantoor, volledig gespecialiseerd in het aanbestedingsrecht en aanpalende rechtsgebieden. Reeds twintig (20) jaar staat Brackmann zowel aanbestedende diensten als inschrijvers bij, zulks op een 50/50% basis. Wij geven les aan inkopers én bidmanagers, en publiceren geregeld in vakbladen. Wij hebben daardoor een brede blik en een goed beeld hoe de aanbestedingsregels aan beide zijden van het spectrum uitwerken én de frustraties die dat aan beide zijden oplevert.

Met belangstelling hebben wij kennisgenomen van het Wetsvoorstel Rechtsbescherming Aanbestedingen dat ter consultatie is voorgelegd.¹ Wij juichen de intentie toe om de rechtsbescherming van ondernemers te verbeteren en de juridische posities van aanbesteders en ondernemers meer in balans te brengen. Ook wij ervaren de problemen zoals die in het onderzoek van KWINK naar voren zijn gekomen, soms zelfs in sterkere mate dan dat is omschreven in het onderzoeksrapport. Er moet echt iets gebeuren. Zoveel is duidelijk.

Wij vragen ons echter af of het voorliggende voorstel het beoogde doel zal bewerkstelligen; versterken rechtsbescherming van ondernemers. Wij menen dat dit voornamelijk te wijten is aan de vrijheid die aanbesteders wordt gelaten om nadere invulling te geven aan de voorgestelde regels, de vrijheid om al dan niet opvolging te geven aan de adviezen van de CvAE, de zeer korte klaagtermijnen waarin het voorstel voorziet en de inperking van de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts (“**CvAE**”). Wij zijn bang dat het resultaat

¹ <https://www.internetconsultatie.nl/rechtsbeschermingaanbesteden/bl>

eerder een verslechtering dan een verbetering van de positie van ondernemers zal zijn. Een beeld dat gedeeld wordt door een veertigtal (40) bidmanagers na afloop van een presentatie die wij verzorgden naar aanleiding van het wetsvoorstel.

In algemene termen gesproken achten wij het voorstel minder aansluiten bij de rolverdeling die tussen aanbesteders en ondernemers geldt op grond van aanbestedingsregels. De Aanbestedingswet 2012 is van dwingendrechtelijke aard.² Het zijn de aanbesteders die aan deze regels zijn gebonden. Niet de ondernemers. De verantwoordelijkheid voor het naleven van de regels en het betrachten van voldoende zorgvuldigheid bij het opstellen van de aanbestedingsstukken ligt dus bij de aanbesteder en niet bij de ondernemer. Dit vertrekpunt zien wij minder tot uiting komen in het wetsvoorstel.

Dat uit zich bijvoorbeeld in de (impliciete) aanname in de toelichting dat een ondernemer verplicht zou zijn een kortgeding te starten als deze het niet eens is met de opzet van de aanbestedingsprocedure (het "DNA"), als de klacht niet afdoende is geadresseerd bij het interne klachtenmeldpunt en/of de CvAE. De huidige stand van de jurisprudentie is – terecht – dat klagen voorafgaand aan het inschrijven / aanmelden voldoende is. Kiest de aanbesteder ervoor om geen of onvoldoende opvolging te geven aan de klacht, dan komt dat voor diens rekening en risico. Een uitgangspunt dat goed past bij het feit dat de verantwoordelijkheid voor de naleving van de aanbestedingsregels bij de aanbesteder ligt.³

Onderstaand gaan wij in op de diverse onderdelen van het wetsvoorstel.

Artikel 2.103 Aw; ten onrechte geen standstilltermijn

Voor de aanmeldfase nemen aanbesteders veelal een standstilltermijn op in de aanbestedingsleidraad. In dergelijke gevallen is het staande praktijk dat aanbesteders een standstilltermijn hanteren van twintig (20) dagen. Gegadigden dienen binnen twintig (20) dagen een kortgeding te entameren, zulks op straffe van verval van recht. Het is echter niet zo dat iedere niet-openbare of bijzondere procedure voorziet in een dergelijke standstilltermijn. Dat levert willekeur op.

Om aan deze willekeur een einde te maken, verdient het aanbeveling dat de wetgever in artikel 2.103 Aw opneemt dat aanbesteders na afloop van dergelijke selectiebeslissingen een standstilltermijn moeten respecteren van twintig (20) dagen. In die periode moeten gegadigden de wettelijke mogelijkheid krijgen om de beslissing voor te leggen aan het interne klachtenmeldpunt en, als dat geen oplossing biedt, de voorzieningenrechter (liefst ook de

² Gerechtshof Den Bosch 21 oktober 2014, *ECLI:NL:GHSHE:2014:4359*, ro. 4.5 en Gerechtshof 1 september 2015, *ECLI:NL:GHSHE:2015:3427*, ro. 7.2.

³ Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden 17 februari 2022, *ECLI:NL:GHARL:2022:1150*

CVAE, maar die rol is niet langer weggelegd voor de CvAE, waarover verderop meer). Voor de aanbesteder heeft dit als voordeel dat na deze twintig (20) dagen sprake is van duidelijkheid en zekerheid. Voor de ondernemer dat hij zijn geschil effectief kan voorleggen aan de rechter en dat als hij gelijk krijgt, alsnog kan meedoen in de inschrijffase.

Dat hoeft niet persé een vertraging in de aanbestedingsprocedure op te leveren. De aanbesteder kan de uitnodigingen voor de inschrijftermijn immers al versturen, voorafgaand aan de beslissing van de rechter. Het is aan de aanbesteder om de afweging te maken of dit proportioneel is. Immers, het risico bestaat dat uiteindelijk een uitgenodigde partij niet zal kunnen inschrijven en mogelijk nodeloos kosten heeft gemaakt voor een inschrijving die niet kan worden ingediend. Voor dergelijke gevallen zou de aanbesteder kunnen voorzien in een tenderkostenvergoeding (als deze mogelijkheid niet is uitgesloten, hetgeen vaker regel dan uitzondering is ondanks hetgeen is opgenomen in Voorschrift 3.8B Gids Proportionaliteit).

Het wetsvoorstel lijkt ervan uit te gaan dat selectiebeslissingen in de zin van artikel 2.103 Aw alleen worden genomen na afloop van de aanmeldfase in niet-openbare of bijzondere procedures. Dat is een onterechte aannahme. De aanbesteder kan ook na afloop van de inschrijffase van dergelijke procedures een beslissing nemen in de zin van artikel 2.103 Aw. Hetzelfde geldt voor openbare procedures. Immers, de beslissing dat de aangeboden werk, levering of dienst niet voldoet aan de functionele of prestatie-eisen (niet voldoen aan het PvE) valt ook onder artikel 2.103 Aw (zie artikel 2.103 lid 3 Aw). Betoogd kan worden dat hetzelfde geldt voor de beslissing dat de inschrijving niet voldoet aan gestelde formele eisen (knock-out criteria).

Het is naar onze mening wenselijk dat duidelijk is dat ook voor dergelijke beslissingen een wettelijke standstilltermijn geldt en daarmee dat artikel 4.26h Aw ook op dergelijke beslissingen van toepassing is (opschortende werking als klacht bij interne klachtenmeldpunt wordt ingediend). Het zou onwenselijk zijn als de opschortende werking voor dergelijke beslissingen niet zou gaan gelden, omdat het in de praktijk dan erop zou neerkomen dat de opschortende werking alleen geldt voor klachten die zien op de kwalitatieve beoordeling van de ontvangen inschrijvingen.

Artikel 2.130 Aw; motiveringsplicht

Wij juichen het toe dat in de memorie van antwoord is opgenomen dat aanbesteders meer tijd en aandacht moeten besteden aan het duidelijk formuleren van de argumenten voor hun gunningsbeslissingen. De motiveringsplicht wordt aangescherpt, onder andere door de verplichting te introduceren voor aanbesteders om inzicht te geven op de scores van de uitgekozen inschrijving, de wijze waarop hun inschrijving beoordeeld is, ook in vergelijking met de uitgekozen inschrijving (p. 28, 32 en 37 toelichting).

De vraag is echter hoe dit in de praktijk zal gaan uitwerken. In de memorie van toelichting op het huidige artikel 2.130 Aw zijn vergelijkbare, tamelijk abstracte, termen gebruikt. Daaruit vloeit bijvoorbeeld ook voort dat het geven van een “*samenvatting*” onvoldoende is, dat onnodige juridisering moet worden voorkomen en dat een inschrijver op basis van de motivering moet kunnen vaststellen of het entameren van een kortgeding nuttig is of kan zijn.⁴

De nadien in de jurisprudentie ontstane uitleg van de motiveringsplicht is echter weerbarstig. Uit de jurisprudentie komt onder andere naar voren dat een inschrijver niet het recht heeft om de beoordeling van de inschrijving van de concurrent te controleren en dus al helemaal niet het recht heeft om die inschrijving in te zien.⁵ Ook is het vaste jurisprudentie dat in het geval van een absolute beoordelingssystematiek, inschrijvers worden geacht aan de hand van de eigen scores, de motivering van die scores, de scores van de winnaar en de beoordelingssystematiek, zelf te kunnen vaststellen wat de kenmerken en relatieve voordelen zijn van het aanbod van de voorlopige winnaar.⁶ Zelfs als een aanbesteder een relatieve beoordelingsmethodiek combineert met een integrale beoordeling op diverse beoordelingsaspecten, grijpt de rechter niet in als de motivering vervolgens niets zegt over het toegepaste beoordelingskader.⁷

Wij zouden graag in het wetsvoorstel, of de memorie van toelichting, willen teruglezen dát de wetgever wil afwijken van deze vaste lijnen in de jurisprudentie, dan wel waarom de wetgever dat niet wenselijk acht. Hoe kan de wetgever bewerkstelligen dat in de praktijk daadwerkelijk meer aandacht wordt besteed aan de motivering en dus de motiveringsplicht niet wordt uitgehold. En hoe gaat de wetgever bewerkstelligen dat voorzieningenrechtvaarders daar in een individueel geval ook in meegaan.

Graag ook uw aandacht voor een tamelijk recente ontwikkeling in de nationale en Europese jurisprudentie ten aanzien van de mate waarin een aanbesteder iets moet vertellen over onderzoek dat hij heeft uitgevoerd in het kader van artikel 2.113a lid 2 Aw of artikel 2.116 Aw.⁸ Uit deze jurisprudentie vloeit voort dat de aanbesteder een klager moet vertellen wat hij heeft onderzocht en, in neutrale woorden, wat het resultaat daarvan is, als de klager voldoende objectieve gegevens aandraagt op basis waarvan twijfel ten aanzien van de inschrijving van een andere inschrijver dient te bestaan. Dit is van groot belang bij gunningscriteria die bij de beoordeling een hoge mate van expertise vereisen. Die is niet bij alle beoordelingsteams aanwezig. Denk vooral aan de claims die in offertes gedaan worden op het gebied van duurzaamheid en circulariteit. Die zijn nauwelijks te verifiëren voor niet-

⁴ Kamerstukken II 32 027, nr. 3, p. 7.

⁵ Hof Den Haag, 19 december 2017, [ECLI:NL:GHDHA:2017:3549](#), ro. 17.

⁶ Rb Den Haag 16 juli 2019, [ECLI:NL:RBDHA:2019:7115](#)

⁷ Gerechtshof Arnhem – Leeuwarden 17 februari 2022, [ECLI:NL:GHARL:2022:1150](#)

⁸ HvJ EU 11 mei 2023, C-101/22P (Sopra) en Rb Den Haag 1 november 2022, [ECLI:NL:RBDHA:2022:11348](#)

experts. Zelfs experts hebben het er al lastig mee. Gelet op dit belang verzoeken wij de wetgever de motiveringsplicht voortvloeiende uit de voornoemde jurisprudentie te voorzien van een wettelijke basis, dan wel te verduidelijken dat dit moet worden geschaard onder de “*relevante redenen*” zoals bedoeld in artikel 2.130 lid 2 Aw.

Daarnaast zou de onderzoeksplicht niet beperkt behoren te zijn tot de inhoudelijke beoordeling van de inschrijvingen op de gunningscriteria, maar dient deze zich ook uit te strekken over de beoordeling van de toepasselijkheid van uitsluitingsgronden, de beoordeling van de aangedragen maatregelen ex artikel 2.87a Aw, en de beoordeling van aangedragen referentie-opdrachten.

Artikel 4.26a lid 2 Aw; belangenbehartigers

Wij verzoeken u om voor zakelijk dienstverleners de mogelijkheid te introduceren namens cliënten klachten in te dienen, zonder kenbaar te maken wie zij exact vertegenwoordigen. De situatie is vergelijkbaar met een belangenvereniging. In dat geval is ook niet bekend namens wie specifiek wordt geklaagd, behoudens dan de leden van de branchevereniging. Op grond van artikel 4.26a lid 2 Aw zullen deze brancheverenigingen ook “anoniem” mogen klagen. Echter, niet in iedere branche is sprake van een dergelijke branchevereniging. Om die reden is het opportuun om het ook voor zakelijk dienstverleners, zoals advocaten, mogelijk te maken om namens hun cliënt(en) te klagen.

Wij hebben in de praktijk meegemaakt dat aanbesteders klachten ontvangen van zakelijk dienstverleners (advocaten, juristen, accountants, etc.) zonder dat zij kenbaar maken namens welke partij of namens welke partijen zij de klacht indienen. Ook hebben wij dergelijke klachten zelf ingediend. Het grote voordeel daarvan is dat ondernemers niet bang behoeven te zijn, terecht of onterecht, voor reputatieschade, dan wel bang behoeven te zijn dat de klacht hen zal schaden bij de beoordeling van hun aanmelding / inschrijving, of andere commerciële represailles, zoals niet meer uitgenodigd worden voor onderhandse aanbestedingen. Dat zal een belangrijke drempel wegnemen voor het invoeren van rechtsbescherming. Ook een aspect dat naar voren komt in het onderzoek van KWINK.

Artikel 4.26a lid 4 Aw; onafhankelijkheid en deskundigheid

In artikel 4.26a lid 4 Aw is opgenomen dat de behandeling van een klacht dient te geschieden door een “*persoon*” die niet betrokken is geweest bij de aanbestedingsprocedure waar de klacht op ziet. Wij verzoeken de wetgever te verduidelijken waar de grens ligt. Bij veel aanbesteders bestaat het team inkoop uit maximaal vijf (5) tot tien (10) inkopers. Is het daadwerkelijk de bedoeling dat directe collega’s uit dergelijk relatief kleine teams elkaars werk gaan beoordelen? Of zelfs dat een ondergeschikte het werk van een leidinggevende gaat beoordelen, of andersom? Vaak wordt ook gewerkt met modellen die in meerdere aanbestedingen worden gebruikt. De behandelaar van de klacht gebruikt dezelfde

Brackmann

modellen en moet dan iets gaan vinden van het model dat zijn collega gebruikt. Dat lijkt ons onwenselijk, althans de klachtafhandeling staat dan te dicht op het “vuur”.

De ervaring leert dat het onder dergelijke omstandigheden voor heel veel mensen lastig is om aspecten als collegialiteit, loyaliteit en carrièreperspectief, bewust of onbewust, niet te laten meewegen bij de behandeling van een klacht. Naar onze stellige overtuiging zouden die aspecten evenwel niet mogen meewegen bij de afhandeling van de klacht en moet daarover ook volledige zekerheid bestaan. Om die reden stellen wij voor dat de klachtafhandeling altijd moet geschieden door een externe functionaris.

Graag ook in dit kader uw bijzondere aandacht voor het feit dat veel aanbestedingen worden begeleid of ondersteund door adviesbureaus en/of intermediairs. Deze partijen kunnen en mogen niet voldoende onafhankelijk worden geacht voor de afhandeling van klachten, ook niet als het een “andere collega” betreft. Immers, tussen het bureau en de aanbesteder bestaat een vorm van financiële afhankelijkheid en van commerciële afhankelijkheid. De commerciële afhankelijkheid betreft het feit dat het adviesbureau een rol heeft gespeeld bij de aanbesteding en verantwoordelijk was voor het opstellen van de aanbestedingsstukken die (mogelijk) onderwerp zijn van de klacht, zodat het adviesbureau mede een eigen belang heeft – namelijk het verdedigen van de juistheid van de aanbestedingsstukken en de gegeven adviezen. Voor het geval deze adviesbureaus niet een onderdeel vormen van de klachtencommissie, is het onze ervaring dat zij wel een sturend effect daarop hebben. Het gaat immers om een klacht over een bestek dat door deze bureaus is gemaakt, op basis van een model dat zij vaker toepassen. Dergelijk sturend effect moet worden voorkomen.

In de toelichting komt naar voren dat de klachtafhandelaar voldoende deskundig dient te zijn. Wij achten dit te vrijblijvend. Wij stellen voor een bepaalde kwaliteitsnorm op te nemen in de wet. Wij denken aan de verplichting om minimaal een HBO of Universitaire opleiding te hebben genoten op het gebied van rechtsgeleerdheid en minimaal vijf jaar aantoonbare ervaring in “aanbestedingsland”, al dan niet als inkoper of jurist. Idealiter wordt gewerkt met een certificerende (korte) opleiding.

Artikel 4.26b Aw; vrijheid aanbesteders voor het inrichten van het klachtenproces

Het zou naar onze mening de voorkeur genieten dat de wetgever een standaard procesreglement opstelt waaraan aanbesteders zich dienen te houden. Dat leidt tot standaardisatie, duidelijkheid en zal uiteindelijk dus ook de maatschappelijke lasten van aanbestedingsprocedures drukken. Aanbesteders behoeven niet steeds opnieuw het wiel uit te vinden en ondernemers behoeven niet voor iedere aanbestedingsprocedure een heel procesreglement door te nemen en daarover vragen te stellen c.q. klachten te uiten. Ons voorstel is om te werken met een procesreglement van semi-dwingende aard. Een individuele aanbesteder mag ervan afwijken, mits duidelijk verwoord op welke punten van het standaardreglement wordt afgeweken en waarom.

Artikel 4.26b lid 5 Aw; positie andere ondernemers / hoor en wederhoor

Wij vragen uw aandacht voor de positie van de andere ondernemers (de niet-klagers). Een klacht bij het interne klachtenmeldpunt kan leiden tot een advies en aanpassing van de aanbestedingsprocedure en/of de opdracht. Een dergelijke wijziging kan de belangen van andere inschrijvers raken. Een klacht kan er bijvoorbeeld toe leiden dat de opdracht interessanter wordt voor de concurrent, zonder dat sprake is van een (wezenlijke) wijziging.

Daarom zou minimaal de verplichting moeten gelden dat de beslissing van de aanbesteder in de zin van artikel 4.26b Aw die leidt tot aanpassing van de procedure, moet geschieden met een rectificatie, die gepubliceerd wordt op TenderNed (en niet alleen op de website van een inkoopplatform) én dat daarbij minimaal de termijn van artikel 2.54 Aw (tien dagen tot inschrijving / aanmelding) in acht moet worden genomen (maar langer als dat nodig is, ex artikel 2.70 Aw).

Daarnaast moet, in het kader van het recht op hoor en wederhoor, de mogelijkheid worden geboden voor andere inschrijvers om tegen de genomen beslissing in de zin van artikel 4.26 lid 5 Aw een klacht in te dienen bij het interne klachtenmeldpunt en, als de klacht niet gehonoreerd wordt, de klacht voor te leggen aan de CvAE of de voorzieningenrechter.

Artikel 4.26b lid 6 Aw en 4.27d; comply or explain

Het is vaste jurisprudentie dat het ongemotiveerd niet opvolgen van adviezen van de CvAE in strijd is met het zorgvuldigheids- en proportionaliteitsbeginsel.⁹ Het verdient onze voorkeur dat deze jurisprudentie een weerslag krijgt in de wet, bijvoorbeeld door het uitgangspunt op te nemen dat adviezen van het interne klachtenmeldpunt c.q. de CvAE worden opgevolgd. Dat zal de status van de adviezen van het klachtenmeldpunt c.q. de CvAE ten goede komen, zal er een grotere drempel ontstaan om die adviezen terzijde te schuiven en zal er een grotere *incentive* bestaan om aandacht te besteden aan de invulling van het interne klachtenmeldpunt. Wij zien te vaak dat adviezen om opportuniteitsredenen terzijde worden geschoven, althans redenen die niets van doen hebben met het aanbestedingsproces op zichzelf. Een en ander zou ook moeten gelden voor het niet opvolgen van adviezen van het interne klachtenmeldpunt. Het opnemen van dit uitgangspunt bewerkstelligt ook dat op dit punt het tamelijk arbitraire onderscheid tussen aanbesteders die kwalificeren als bestuursorgaan en die niet kwalificeren als bestuursorgaan komt te vervallen.¹⁰

Artikel 4.26c en 4.26g Aw; druk op “urgente situatie”

⁹ Rechtbank Den Haag 7 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13815, ro. 4.3.

¹⁰ bijvoorbeeld Rb Overijssel 14 november 2022, ECLI:NL:RBOVE: 2022:3454, ro. 4.13

De termijnen en opschortende werking gelden niet voor procedures waarop uitsluitend Deel 1 Aw van toepassing is, noch op onderhandelingsprocedures zonder aankondiging, noch op procedures waarbij de termijn zijn verkort vanwege een “urgente situatie” (ex artikel 2.74 Aw). In de praktijk bestaat onduidelijkheid over de reikwijdte en strekking van het begrip “*urgente situatie*”. Onduidelijk is of dit hetzelfde is als de “*dwingende spoed*” zoals bedoeld in artikel 2.32 lid 1, onder c, Aw (en de daarachterliggende jurisprudentie) en of hiervoor ook geldt dat de situatie niet aan de aanbesteder mag zijn te wijten. Nu toepassing van artikel 2.74 Aw ook het recht biedt om geen opvolging te geven aan Afdeling 4.4.2.2/3, zal in de praktijk mogelijk extra druk komen te liggen op de uitleg van het begrip “*urgente situatie*”. Wij verzoeken u daarom nadere gezichtspunten te verschaffen op basis waarvan in de praktijk gemakkelijker en met meer zekerheid kan worden vastgesteld of al dan niet sprake is van een dergelijke situatie.

Artikel 4.26d, 4.26e, 4.26f, 4.27b, 4.27d en 4.27e Aw; Termijnen

Wij achten het minder passend om te werken met de strakke en korte (minimale) termijnen waarin het wetsvoorstel voorziet. Termijnen die het belang van aanbesteders dienen, maar sterk negatief kunnen uitwerken voor ondernemers en hun recht op rechtsbescherming. Daarbij verdient het de opmerking dat niet uitgesloten kan worden dat inkopers die minimale termijnen in de praktijk zullen ervaren als dé te hanteren termijn en deze termijn dus zullen overnemen in hun model van de aanbestedingsleidraad (onze ervaring als docent bij inkoopopleidingen is dat dit ook het geval is met de termijnen waarin artikel 2.71 Aw voorziet).

Evident is dat aanbesteders een inkoopbehoefte hebben te vervullen en dat deze behoefte veelal binnen een bepaalde termijn vervuld moet zijn. De procedures bij een intern klachtenloket en de CvAE kunnen in die zin vertragend werken. Aanbesteders hebben de fasering daarentegen volledig in eigen hand. Het is de verantwoordelijkheid van aanbesteders om tijdig met de voorbereidingen voor een aanbestedingsprocedure te beginnen en daarvoor interne of externe capaciteit vrij te maken. Die verantwoordelijkheid, of de negatieve gevolgen van het onvoldoende notie nemen van die verantwoordelijkheid, zou niet de rechtspositie van ondernemers mogen schaden. Begint een aanbesteder op tijd, dan behoeft de versterking van de rechtsbescherming geen vertragende werking te hebben. Ook niet als de wet zou voorzien in klachttermijnen die meer recht doen aan de tijd die nodig is om de bezwaren goed en gedegen voor te leggen aan het interne klachtenmeldpunt, de CvAE en/of de voorzieningenrechter.

In ieder geval verzoeken wij u te verduidelijken dat het om werkdagen gaat en dat op deze termijnen de Algemene Termijnenwet van toepassing is. Het risico op sturing als het zou gaan om kalenderdagen is immers aanwezig en het is niet meer van deze tijd om te verwachten dat mensen (school)vakanties, avonden en weekenden doorwerken om een deadline die is gesteld op de dag na de (school)vakantie c.q. het weekend te halen.

Weliswaar voorziet de Gids Proportionaliteit hiervoor een regeling, maar het is onze ervaring dat aan deze regeling wisselend uitvoering wordt gegeven.

Onduidelijk is ook waarom de aanbesteder door middel van een vooraankondiging de termijnen zou kunnen verkorten tot drie dagen, ex artikel 4.26f Aw. Graag verzoeken wij u de rechtvaardiging voor deze uitzondering nader te onderbouwen.

Artikel 4.26g Aw; te weinig tijd voor het entameren kortgeding

Bij klachten naar aanleiding van een gunningsbeslissing zal de praktijk ook zijn dat ondernemers eerst zelf klagen, een antwoord ontvangen op hun klacht en vervolgens nog de helft van de standstilltermijn hebben, in de praktijk veelal tien (10) dagen. Dat zijn tien (10) dagen om de zaak te bespreken met de advocaat, (proces)advies te krijgen, daarover na te denken, een beslissing te nemen (een kortgeding kost circa EUR 20.000, een beslissing die je niet zomaar neemt), een gedegen dagvaarding op te laten stellen, een datum voor een kortgeding op te vragen (halve dag tot een dag) en een deurwaarder op pad te sturen (ook een halve dag tot een dag). De praktijk leert dat tien (10) kalenderdagen veel te kort is (eigenlijk dus acht kalenderdagen als de tijd voor de aanvraag van het kortgeding en de betekening van de dagvaarding wordt meegenomen, nog daargelaten dat standstilltermijnen geheel soms toevalligerwijs ook in het weekend eindigen en dan dus eindigen op de laatste dag voor het weekend omdat betekening in het weekend in de praktijk meestal niet is toegestaan en anders lastig te realiseren is).

Het doet ook onvoldoende recht aan de zeef-functie van de advocaat. Als de tijd kort is, is er bij een minder kansrijke zaak veelal geen tijd om een client ervan te overtuigen dat het entameren van een kortgeding een minder goed idee is. Om die reden verzoeken wij u op te nemen in artikel 4.26h Aw dat na ontvangst van de beslissing van het interne klachtenmeldpunt te allen tijde vijftien (15) dagen moet resteren tot het vervallen van het recht om tegen de gunningsbeslissing een kortgeding te entameren.

Artikel 4.26i Aw; Verduidelijken rapportageverplichting

Wij zien niet in waarom de rapportageverplichting alleen voor genoemde aanbesteders zou moeten gelden. Ook zien wij mogelijkheden tot manipulatie, zeker als gewerkt wordt met zelfstandige stichtingen, coöperaties, etc. Wij zouden het willen omdraaien, namelijk alleen hele kleine aanbesteders, vooral in het onderwijs, worden ontzien. Deze behoeven niet te rapporteren. De rest wel, waaronder – alleen al vanwege de voorbeeldfunctie – de Rijks-overheid (op het niveau van de ministeries).

In ieder geval is het onduidelijk wat de status is van samenwerkingsverbanden tussen genoemde aanbesteders, of verbanden waarin genoemde aanbesteders participeren met niet genoemde aanbesteders.

Artikel 4.27a lid 1 Aw; beperking rol CvAE

U kiest ervoor het takenpakket van de CvAE in te perken. De CvAE zal zich niet langer buigen over klachten die zien op gunningsbeslissingen. De reden daarvoor is dat vanwege een meerpartijenverhouding sprake zou zijn van een complexe situatie. Wij begrijpen deze keuze niet. De CvAE is de laatste jaren heel goed in staat geweest om zich te buigen over klachten die zien op gunningsbeslissingen. In onze beleving komen de meeste klachten voort uit de fase na het inleveren. Daarvoor moet een inschrijver dus naar de rechter. Dat is jammer.

De adviezen van de CvAE zijn in de regel uitvoeriger onderbouwd dan de meeste vonnissen, en komen mede tot stand met input van inhoudelijk deskundigen en zijn daarmee begrijpelijker en aanvaardbaarder voor ondernemers. Ook is het onze ervaring dat de CvAE vaker tot een honorering van een klacht komt dan voorzieningenrechtters; aanbesteders hebben meer te duchten van de CvAE dan van voorzieningenrechtters. Zeker als het gaat om klachten die zien op de kwalitatieve beoordeling of op de motivering van een gunningsbeslissing. Het komt de rechtsbescherming van ondernemers daarom niet ten goede dat de CvAE zich niet langer buigt over dit soort zaken.

In de toelichting wordt geschreven dat de positie van de CvAE in dit soort zaken complex zou zijn, omdat sprake is van een meerpartijenverhouding. Dit lijkt ons geen onoverkomelijk probleem te zijn. De CvAE kan de winnende inschrijver een mening vragen over de klacht en die mening ook meenemen bij het tot stand komen van het advies. Onduidelijk is waarom dit wel zou kunnen bij een kortgeding (in de vorm van een interventie), maar niet bij de geschilbeslechting door de CvAE. Kiest een partij ervoor niet te "intervenieren", dan is dat zijn eigen keuzen en dient deze ook de negatieve gevolgen daarvan te accepteren.

Artikel 4.27a lid 4 en 4.27c lid 4 Aw; Advisering binnen veertien (14) dagen

De CvAE krijgt een belangrijkere rol toebedeeld in de rechtsbeschermingsketen van ondernemers, althans voor zover het gaat om klachten die zien op het DNA van de aanbestedingsprocedure. De CvAE moet binnen veertien (14) dagen een advies uitbrengen. Wij vragen ons af of dit haalbaar zal zijn. Deze veertiendagentermijn kennen wij van de kortgedingen. Echter, veel voorzieningenrechtters halen deze termijn niet langer en voorzieningenrechtters kunnen gebruik maken van een uitgebreid ondersteunend apparaat. Onvergelijkbaar met de situatie bij de CvAE.

Dat brengt ons bij de volgende vragen: Op welke wijze is erin voorzien dat de CvAE haar nieuwe wettelijke taak, advisering binnen veertien (14) dagen, daadwerkelijk kan nakomen? In de branche is sprake van een groot gebrek aan kundig personeel. Wat maakt dat de CvAE, als nodig, wel snel haar capaciteit kan uitbreiden? Zal de CvAE dan (tijdelijk) externe capaciteit inhuren? Is daar budget voor ingeruimd? Wij zouden het in ieder geval bijzonder spijtig

Brackmann

vinden als de adviezen niet meer zo uitgebreid zullen zijn. Daardoor zal de nuancering en diepgang, zoals we die nu kennen, voor een deel verloren gaan en daarmee ook het lerend effect dat de adviezen zouden moeten hebben. Het zal ook de aanvaardbaarheid van de adviezen niet ten goede komen.

Wij vragen ons af waarom het aanbesteders zonder meer is toegestaan om na veertien (14) dagen de aanbestedingsprocedure te hervatten. De CvAE krijgt een belangrijke rol in de rechtsbeschermingsketen als het gaat om DNA-klachten. Dan past het niet dat de CvAE opzij wordt geschoven als het haar niet lukt om binnen veertien (14) dagen advies te wijzen. Wij stellen voor dat het voorgestelde lid 4 wordt geschrapt. De aanbesteder kan alleen verder als sprake is van dwingende reden van algemeen belang (lid 3).

Een alternatief zou zijn (om de geschilbeslechting te bespoedigen) dat de aanbesteder het geschil laat beslechten door een onafhankelijke arbiter, een onafhankelijke advocaat of onafhankelijke wetenschapper gespecialiseerd in het aanbestedingsrecht. Die mogelijkheid zou de aanbesteder zich kunnen voorbehouden in de aanbestedingsstukken.

Artikel 4.15 Aw; extra vernietigingsgrond

Wij hebben grote principiële bezwaren tegen het feit dat een aanbesteder effectief hoger beroep kan instellen tegen een beslissing in kortgeding, maar een inschrijver dat niet kan. Hoger beroep is simpelweg niet effectief (zonder uitzondering) als de aanbesteder ervoor kiest om na de beslissing in eerste aanleg de opdracht definitief te gunnen (ex artikel 2.131 Aw). Wij stellen ons op het standpunt dat deze situatie in strijd is met artikel 6 EVRM en al-lerhande vergelijkbare wet- en regelgeving. Simpelweg kan niet worden gesproken over een *"equality of arms"*, een belangrijk uitgangspunt van ons Burgerlijk Procesrecht. Wat ons betreft is hier echt werk aan de winkel voor de wetgever.

Onze oplossing is redelijk eenvoudig en sluit aan bij artikel 4.18 Aw en het voorgestelde 4.27c lid 3 Aw. Wij stellen voor dat het uitgangspunt is dat een aanbesteder de opdracht niet definitief mag gunnen als de klagende inschrijver binnen twee dagen na ontvangst van het vonnis schriftelijk aankondigt dat hij appel zal instellen en binnen vijftien dagen nadien (dus zeventien dagen in totaal) een appeldagvaarding uitbrengt (inclusief grieven). Hetzelfde geldt voor een cassatieprocedure. De appeltermijn in kortgedingprocedures is vier weken en wordt zodoende dus aanzienlijk verkort.

Wil de aanbesteder deze opschortende werking niet, dan zal deze in het kortgeding (dus in eerste aanleg) de voorzieningenrechter moeten verzoeken hem verlof te verlenen om de opdracht na ontvangst van het vonnis in eerste aanleg direct definitief te gunnen. De voorzieningenrechter kan dat verlof alleen verlenen als de aanbesteder stelt en voldoende feitelijk onderbouwt waarom sprake is van dwingende redenen van algemeen belang. Tegen die beslissing staat geen hoger beroep open, wel cassatie in het belang der wet. Het

Brackmann

Gerechtshof kan een dergelijk verzoek in behandeling nemen als de aanbesteder van oordeel is dat na het arrest in appel de tijd die nodig is voor een cassatieprocedure, niet kan worden afgewacht.

Overigens is het niet onze ervaring dat een (turbo)spoedappel een jaar duurt, zoals wordt verondersteld in het voorstel. Onze ervaring is dat dergelijke procedure binnen enkele maanden zijn afgerond. Wederom een termijn waar de aanbesteder rekening mee kan houden bij het plannen van de aanbestedingsprocedure. De sleutel ligt dus in handen van de aanbesteder of een appel ertoe leidt dat de inkoopbehoefte niet tijdig kan worden vervuld.

Kiest de wetgever voor bovenstaande of een vergelijkbare oplossing, dan is het wat ons betreft niet nodig dat artikel 4.15 Aw wordt aangepast. Wij zijn het ermee eens dat het containerbegrip "*grove schending*" een *lawyers paradise* zal worden en tot grote (rechts)onzekerheid zal leiden.

Voor die gevallen staat inschrijvers een vordering tot schadevergoeding in een bodemprocedure ter beschikking. Wel zijn wij er voorstander van dat het aanbesteders bij wet wordt verboden om vervalbedingen op te nemen in de aanbestedingsstukken ten aanzien van dergelijke vorderingen. Te vaak zien wij dat een dergelijk vervalbeding als bijzin wordt opgenomen in de aanbestedingsleidraad, zonder maar enige notie ervan te geven te hebben onderzocht wat dit betekent voor inschrijvers. Deze moeten dan niet alleen een kortgeding entameren tegen de gunningsbeslissing, maar tegelijkertijd een bodemprocedure opstarten, en daarin een schadevergoeding vorderen. En dat alles in twintig (20) dagen.

Conclusie en afsluiting

Wij wensen u veel wijsheid toe bij het uiteindelijk vaststellen van het wetsvoorstel dat zal worden voorgelegd aan het parlement. Uiteraard zijn wij bereid om het bovenstaande toe te lichten. Schriftelijk, dan wel mondeling. U schrijft in de toelichting dat u uw oor te luisteren legt en zal leggen bij professionals. Wij verzoeken u daarbij ook te kijken naar het cliëntenprofiel van de professionals die u benadert of heeft benaderd. Een advocaat die overwegend aanbesteders bijstaat zal anders aankijken tegen bovenstaande aspecten dan een advocaat die alleen inschrijvers bijstaat, of werkt voor zowel inschrijvers als aanbesteders.

Met vriendelijke groet,
Brackmann



Alexander Klein Hofmeijer
mede namens Suzanne Brackmann en Joris Bax