

Zienswijze internetconsultatie Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden

Inleiding over AevesBenefit en Het NIC

Onze ondernemingen Benefit Inkoopadviesgroep B.V. (hierna: AevesBenefit) en Het NIC B.V. (hierna: Het NIC) maken onderdeel uit van de AB&C Groep. Wij zijn adviesbureaus en houden ons bezig met het optimaliseren en professionaliseren van de inkooporganisatie van onze klanten. Dit doen wij voor zowel de publieke als private sector.

In de publieke sector bieden wij diverse diensten aan om aanbestedende diensten te ondersteunen. Deze diensten betreffen onder andere begeleiding door consultants bij een aanbesteding¹, maar ook ad hoc (juridisch) advies² bij of over een aanbesteding. Daarnaast zijn wij een kennispartner van aanbestedende diensten en geven wij trainingen en kennissessies³. Gezamenlijk leveren wij al meer dan 100 jaar diensten aan de publieke sector.

Het Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden

Wij zijn over het algemeen positief over het Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden (hierna: het Wetsvoorstel). Wij zien de toegevoegde waarde van het aanpassen en uitbreiden van de Aanbestedingswet 2012 voor de rechtsbescherming van ondernemers en denken dat dit bijdraagt aan een betere balans in de verhouding tussen de aanbestedende dienst en ondernemer.

Wel willen wij graag een aantal zaken onder de aandacht brengen en dat doen wij in de paragraaf hieronder.

Reactie AevesBenefit en Het NIC

Onderstaand treft u – waar mogelijk - per artikel onze reactie aan op het Wetsvoorstel en de open vraag over het concept-wetsartikel 4.15.

Artikel 2.103

Onze opmerking bij dit artikel gaat over het toevoegen van een bezwaartermijn tijdens de selectiefase van de aanbesteding. Ons voorstel is om in dit artikel een bezwaartermijn met een minimum duur toe te voegen voor de afgewezen gegadigde. De bezwaartermijn zou dan gelijk kunnen zijn als die voor gunning zijnde 20 dagen (artikel 2.127 lid 3 Aanbestedingswet 2012) of als dit als te lang beschouwd zou worden dan de bezwaartermijn uit het ARW van 7 dagen (artikel 3.23.3 ARW) te hanteren.

Het toevoegen van een dergelijke bezwaartermijn biedt de gegadigde naar onze mening meer rechtsbescherming. Daarnaast zal het waarschijnlijk leiden tot minder vertraging van de aanbestedingsprocedure als een afgewezen gegadigde al na het aflopen van de selectiefase zijn klachten kenbaar moet maken en daar niet mee hoeft te wachten tot de gunningsbeslissing is

¹ <https://aevesbenefit.com/diensten/consultancy/projectmatig-aanbesteden/> en <https://hetnic.nl/wat-we-doen/inkoop-aanbesteden/>

² <https://aevesbenefit.com/diensten/consultancy/juridisch-advies/> en <https://hetnic.nl/wat-we-doen/inkoop-aanbesteden/>

³ <https://hetnic.nl/wat-we-doen/nic-academy/>



genomen. In dat laatste geval zou namelijk een deel van de aanbesteding wellicht over moet worden gedaan als de afgewezen gegadigde toch moet worden toegelaten en deze inschrijving alsnog moet worden beoordeeld. Het komt in de praktijk al voor dat een dergelijke bezwaarperiode – om bovenstaande redenen - wordt toegevoegd, maar het zou goed zijn als dit ook wettelijk geregeld is.

Artikel 2.130

In de voorgestelde tekst van dit artikel wordt gesproken over “scores” en kenmerken en relatieve voordelen van “die inschrijving”. Wij menen dat dit artikel uitgebreider, duidelijker en preciezer kan worden geformuleerd ten behoeve van de verbetering van de rechtszekerheid. Naar onze mening zou de aanbestedende dienst verplicht moeten worden om per sub-gunningscriterium aan te geven wat de kenmerken en relatieve voordelen (en soms ook nadelen; een winnende inschrijver scoort soms ook minder goed op sub-gunningscriteria) van de winnende inschrijving zijn. Alleen dan zijn inschrijvers in staat om goed te verifiëren of de beoordeling heeft plaatsgevonden overeenkomstig de vooraf vastgestelde gunningscriteria en beoordelingssystematiek. Het artikel biedt aanbestedende diensten naar onze mening nu nog te veel vrijheid om (te) summier in te gaan op bepaalde onderdelen van de inschrijvingen. Hoe transparanter een aanbestedende dienst moet zijn, hoe beter inschrijvers kunnen controleren of hun rechten niet worden geschonden.

Ons voorstel is dan ook om in dit artikel een verplichting voor de aanbestedende dienst op te nemen om per sub-gunningscriterium in te gaan op de kenmerken en relatieve voordelen van de winnende inschrijver, alsmede andere relevante verschillen (waaronder dus ook een mindere score van de winnende inschrijver).

Daarnaast kan er in het kader van transparantie ook overwogen worden om de prijs(aspecten) openbaar te maken, tenzij er sprake is van commercieel vertrouwelijke informatie of dat het de belangen van de winnaar schaadt. Als de aanbestedende dienst deze niet openbaar maakt dan zou zij moeten motiveren waarom niet.

Ondersteuning bij berekening van termijnen voor de klachtenprocedure en Commissie van Aanbestedingsexperts

Er zijn in dit Wetsvoorstel meerdere termijnen opgenomen, zoals in de artikelen 4.26d, 4.26e, 4.26f, 4.26h, 4.27b, 4.27c, 4.27e en 4.27f. Met deze termijnen moet rekening gehouden worden en deze termijnen beïnvloeden de planning van de aanbesteding. Het is onze aanbeveling om de aanbestedende diensten te ondersteunen met de berekening van deze termijnen en het daarop aanpassen van haar planning.

Dit zou gedaan kunnen worden door bijvoorbeeld via PIANOo een planningsbestand beschikbaar te stellen. Een dergelijk bestand – dat aanpasbaar is – maakt de verschillende termijnen zichtbaar en bij het invoeren of wijzigen van een bepaalde termijn wordt deze ook doorgerekend in de planning.

Artikel 4.26c en 4.26g

In de artikelen 4.26c en 4.26g onder onderdeel a is opgenomen dat het klachtenloket en de toegang tot de Commissie van Aanbestedingsexpert niet van toepassing is op een opdracht waarop uitsluitend deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 toepassing is. Hier valt onder andere de meervoudig onderhandse procedure onder (artikel 1.14 Aanbestedingswet 2012).



Het is begrijpelijk dat dit niet van toepassing is op meervoudige onderhandse procedures waar het gaat over een laag bedrag. Er zijn echter ook meervoudig onderhandse procedures waar het gaat over een hoog bedrag, zoals bij de procedures waar er sprake is van een hoog drempelbedrag bijvoorbeeld bij SAS diensten (€ 750.000) en werken (€ 5.382.000). In die situaties kan het proportioneel zijn om toch het klachtenloket vanaf een bepaald bedrag van toepassing te verklaren en toegang te geven tot de Commissie van Aanbestedingsexperts. Ons advies is om dit in het Wetsvoorstel op te nemen of als voorschrift of aanbeveling in de Gids Proportionaliteit op te nemen.

Artikel 4.26h

In het artikel 4.26h lid 1 is opgenomen dat er alleen sprake is van (verplichte) opschorting als voor het verstrijken van de eerste helft van die opschortende termijn een klacht is ingediend tegen de gunningsbeslissing als bedoeld in artikel 4.26a, derde lid, onderdeel b.

Wij zijn van mening dat de verplichte opschorting ook moet gelden voor een klacht die is ingediend in de tweede helft van de opschortende termijn. Ondanks dat dit kan leiden tot vertraging in de aanbestedingsprocedure is dit in het belang van een zorgvuldige procedure en biedt het de ondernemer meer rechtsbescherming.

Daarnaast is ons voorstel is om deze opschortende termijn bij een klacht uit te breiden in geval van een bezwaar van een betrokken gegadigde in geval van afwijzing of uitsluiting in de selectiefase van de aanbesteding. Zie in dat kader ook ons voorstel bij het artikel 2.103.

Artikel 4.26i

De registratie van ingediende klachten en het verstrekken van een jaarlijkse rapportage over deze klachten is alleen verplicht gesteld voor gemeentes, provincies en waterschappen in het artikel 4.226i terwijl er meer aanbestedende diensten zijn. Hierdoor wordt er maar deels zichtbaar hoe er met klachten omgegaan wordt bij de aanbestedende diensten. Wij menen dat het in het kader van de evaluatie van de effectiviteit van de gewijzigde regels belangrijk is om een zo compleet mogelijk beeld te hebben van de impact daarvan. Daarom adviseren wij om dit artikel ook van toepassing te verklaren op de Rijksoverheid, speciale sector bedrijven en andere aanbestedende diensten, en hen een jaarlijkse rapportage te laten sturen. Wij stellen voor om deze rapportages dan naar een nog in te stellen centraal meldpunt te sturen.

Opmerkingen over de procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts

Doordat de Commissie van Aanbestedingsexperts waarschijnlijk meer klachten zal gaan behandelen door dit Wetsvoorstel zal er meer capaciteit nodig zijn. Dit wordt ook onderkend in de Memorie van toelichting rechtsbescherming bij aanbesteden. Toch willen wij onze zorg kenbaar maken of deze capaciteitsuitbreiding wel (tijdig) kan plaatsvinden en daarbij rekening houdend met de huidige arbeidsmarkt.

Het niet hebben van voldoende capaciteit bij de Commissie van Aanbestedingsexperts kan nadelige gevolgen hebben voor de ondernemer die een klacht heeft ingediend: als de Commissie van Aanbestedingsexperts niet tijdig reageert, dan mag de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure hervatten (artikel 4.27c lid 4).

Artikel 4.27a

In het artikel 4.27a lid 4 is voor de Commissie van Aanbestedingsexperts een termijn opgenomen van 14 dagen waar binnen zij schriftelijk advies over de klacht gegeven moet hebben. Door deze termijn zijn er bij ons de volgende vragen gerezen:

- Is het voor de Commissie van Aanbestedingsexperts binnen deze termijn wel mogelijk om zo uitgebreid te toetsen als zij in de huidige situatie doet?
- Of is het de bedoeling dat zij beperkter gaat toetsen?
- Gaat haar wijze van toetsing meer lijken op die van een voorzieningenrechter?

Graag vernemen wij hier de antwoorden op.

De open vraag over het concept-wetsartikel 4.15

Wij adviseren om de voorgestelde vernietigingsgrond (in de huidige formulering) niet op te nemen. In de toelichting bij deze open vraag worden ook de risico's genoemd van deze vernietigingsgrond en die zien wij ook. Het begrip 'groeve schending van de beginselen' is te breed. Rechters moeten dan gaan uitmaken wat wel en niet als zodanig kwalificeert. Dat proces kost veel tijd en gedurende die hele periode zal sprake zijn van grote rechtsonzekerheid voor zowel de ondernemer(s) als de aanbestedende dienst. Daar heeft niemand belang bij. Het is ook lastig om te bepalen wanneer sprake is van een dergelijke groeve schending. Wanneer is een schending van de beginselen wel ernstig genoeg en wanneer niet? In alle gevallen kan een schending van de beginselen tot benadeling van partijen leiden. Wanneer is een schending dan ernstig genoeg dat dit tot vernietiging van de overeenkomst mag leiden?

Als er toch voor wordt gekozen om de voorgestelde extra vernietigingsgrond op te nemen – wat wij niet adviseren -, dan moet er naar onze mening door de wetgever ieder geval richting worden gegeven aan in welke gevallen (in ieder geval) sprake is van een dergelijke groeve schending. Dat zou niet volledig bij de rechterlijke macht moeten worden neergelegd.

Ons antwoord op het tweede deel van de vraag is dat wij geen alternatieve oplossingsrichtingen zien.

Tot slot

Wij hebben met onze reactie een bijdrage willen leveren aan het tot stand komen van een goed afgewogen Wetsvoorstel en zien onze voorstellen graag terug komen in een aangepast Wetsvoorstel en/of aangepaste Memorie van toelichting rechtsbescherming bij aanbesteden. Indien gewenst zijn wij graag bereid onze reactie of eventuele onduidelijkheden nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,

AevesBenefit en Het NIC

Telefoon: 020 – 311 64 99

E-mail: info@aevesbenefit.com

Amsterdam, 27 september 2023