

Via www.internetconsultatie.nl/rechtsbeschermingaanbesteden
Van Coöperatie SURF U.A.
(mr. Barbara Bazyluk, mr. Bas Dittner, mr. Lars Leunissen)
Datum 27 september 2023
Betreft Reactie Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden

Vraag 1 van 2

Wenst u te reageren op het voorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 ter versterking van de rechtsbescherming bij aanbesteden? Dan kunt u hier uw reactie geven. U kunt dat doen door een bericht achter te laten of door een document te uploaden.

I. Artikel 2.130 Aw

De voorgestelde aanscherping van artikel 2.130 Aw ervaren wij als positief. In het nieuwe artikel 2.130 tweede lid wordt allereerst meer duidelijkheid gegeven m.b.t. de invulling van de 'relevante redenen'; afgewezen inschrijvers verkrijgen meer inzicht in redenen voor de keuze van de uitgekozen inschrijver. Daarnaast wordt het juridisch kader m.b.t. 'kenmerken en relatieve voordelen' verder verduidelijkt in de Memorie van Toelichting van het onderhavige wetsvoorstel door verwijzingen naar het Klaipėdos-arrest¹, uitspraken van de nationale rechter en advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts.² Wij zijn van mening dat de voorgestelde bewoordingen van het genoemde artikel i.c.m. de Memorie van Toelichting het beoogde effect van minder klachten van ondernemers over dit onderdeel zal sorteren.³ De algemeen geaccepteerde lat voor motiveren zal immers wat hoger komen te liggen. We achten nadere precisering van 'kenmerken en relatieve voordelen' niet nodig. Per geval zal die bandbreedte door de aanbestedende diensten moeten worden ingevuld omdat dit van de concrete omstandigheden van het geval (onder meer de aard en de kenmerken van de aanbestedingsprocedure, waaronder de beoordelingsmethodiek, van de te verlenen opdracht en van de inschrijvingen) afhankelijk is.

II. Klachten over de inrichting van de procedure (§ 4.4.2.2.) en klachten over de selectie- en gunningsbeslissingen (§ 4.4.2.3.), procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (§ 4.4.2.5.)

Er wordt een nogal complex net van termijnen voor klachten voorgesteld, waarbij de klachten worden verdeeld in klachten over de inrichting van de procedure en klachten over de gunningsbeslissing (behandeld door klachtenloket en/of Commissie van Aanbestedingsexperts).

Dit hele netwerk van termijnen is moeilijk te doorgronden. Ondanks die complexiteit dragen artikelen 4.26 en 4.27 Aw (tezamen met het nieuwe artikel 2.130 Aw) bij aan het beoogde doel, nl. de verbetering van de rechtsbescherming voor ondernemers.

Die verbetering van de rechtsbescherming voor ondernemers is terug te vinden in het aanscherpen van de motiveringsplicht (artikel 2.130), het verplicht stellen van een klachtenloket en de verplichte opschorting in de procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts nadat een klacht is ingediend. Met die onderdelen is de balans tussen belangen van de overheid en ondernemers, waarin de Memorie van Toelichting over wordt gerept, in evenwicht gebracht.

Het wetsvoorstel schiet echter te ver door. In de Memorie van Toelichting staat dat aanbestedende dienst verantwoordelijk is voor de planning van een aanbesteding en dat zij deze planning – indien nodig – kan aanpassen. Door de ‘verplichte’ verlengingen van een inschrijftermijn en verplichte opschorting van de aanbestedingsprocedure na een klacht bij het klachtenloket, zal dit te vaak tot aanpassing van de planning en dus onwenselijke vertraging leiden. Dit is nadelig vanuit het perspectief van de ‘maatschappelijke belangen/kosten’ die ook van belang zijn bij inkoop. Denk daarbij aan het domino effect wat met een klacht (en verschuiving van de planning) gepaard gaat: alle momenten – o.a. NVI, beoordeling – moeten worden opgeschoven. Daarnaast denken wij aan een probleem wat in onze praktijk relevant is dat een opdrachtnemer niet tijdig kan worden gecontracteerd (vb. het contract is niet rond voor het nieuwe leerjaar). Het huidige voorstel biedt bovendien te weinig bescherming tegen onbillijk en/of emotie gestuurd (afgewezen inschrijvers) klachtenrecht.

Het zou tot de vrijheid van de aanbestedende dienst moeten (blijven) behoren te beoordelen en beslissen of een klacht dermate gegrond is om de procedure op te schorten. Ons voorstel is daarom de klachten aan het adres van het klachtenloket geen ‘opshortende werking’ toe te kennen.

Vraag 2 van 2

Daarnaast kunt u reageren op een open vraag: wat vindt u van het toevoegen van een extra vernietigingsgrond en ziet u alternatieve oplossingsrichtingen? Voor een toelichting op deze vraag wordt verwezen naar de bijlagen (onder het kopje ‘Relevante documenten’).

Wij begrijpen de wens om het bestaande hiaat in aanwezigheid van voldoende inhoudelijke vernietigingsgrondslagen te dichten nu de Richtlijn⁴ daar geen uitkomst voor biedt, maar vastlegt dat het door nationale recht bepaald wordt wanneer een overeenkomst bij strijd met het aanbestedingsrecht vernietigd (ex tunc) of nietig (ex nunc) verklaard kan worden, én terugvallen op de vernietigingsgrondslagen in het verbintenissenrecht onvoldoende mogelijkheden biedt voor overeenkomsten gesloten in strijd met de aanbestedingsregels.⁵

De gekozen bewoording van het vernietigingsgrondslag vinden wij echter te subjectief. Die subjectiviteit betreft niet alleen het woord ‘grove’ wat tot multi-interpretabele toepassing daarvan kan leiden als het gaat om de gradatie van die grofheid; ook het weglaten van het woord ‘grove’ en aanhouden van ‘schending van de beginselen’ van het aanbestedingsrecht zou niet de gewenste duidelijkheid geven zonder dat er additioneel een toelichting en/of een bandbreedte van het juridisch kader daarvan gegeven wordt (in de wet zelf of Memorie van Toelichting). Zonder die gewenste verduidelijkingen zal het ons inziens juist leiden tot verlaagde rechtszekerheid.

¹ Zie paragraaf 3.6.2 van Memorie van Toelichting Rechtsbescherming bij aanbesteden.

² Rechtbank Midden-Nederland 3 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2584, en Rechtbank Amsterdam 6 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4896; Advies 551 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

³ Zie paragraaf 3.6 van Memorie van Toelichting Rechtsbescherming bij aanbesteden.

⁴ Richtlijn 2007/66/EG

⁵ Artikel 3:40 BW; Hoge Raad 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826, r.o. 4.5, Uneto/De Vliert; Hoge Raad 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.7.3 en 3.9., Xafax/UU.