

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
via internetconsultatie.nl

Datum : 27 september 2023
Onderwerp : Consultatie wetsvoorstel
Rechtsbescherming bij aanbesteden
Ons kenmerk : 96298/LPD
Voor informatie : Louis-Philippe Dres
070 349 0871
Dres@vewin.nl
Bijlage(n) : -
CC : -

Geachte heer, mevrouw,

Hierbij treft u aan de reactie op het Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden van Vewin namens de tien drinkwaterbedrijven in Nederland.

Het wetsvoorstel beoogt om de positie van de overheid en het bedrijfsleven in juridische conflicten bij aanbestedingen meer in evenwicht te brengen. Hierbij wordt eerst gevraagd om een algemene reactie en vervolgens om te reageren op de open vraag: “Wat vindt u van het toevoegen van een extra vernietigingsgrond en ziet u alternatieve oplossingsrichtingen?” Vewin maakt graag gebruik van deze mogelijkheid om de opmerkingen en suggesties naar aanleiding van het wetsvoorstel met u te delen.

Inhoudelijke reacties op het wetsvoorstel

Eerst vragen, dan klagen

Om een klacht in te dienen bij het klachtenloket is het geen vereiste (meer) dat hierover eerst contact is gezocht met de contactpersoon van de aanbestedende dienst, bijvoorbeeld door het stellen van een vraag. Hoewel goed gebruik om een vraag te stellen en dan te beraden op het formuleren van een klacht, kan er een vervelend bijeffect ontstaan van het oprekken van de termijnen. Een zorg vanuit de drinkwatersector is dat deze manier van werken – direct een klacht bij het klachtenloket – kostenverhogend, vertragend en meer tijdrovend zal zijn voor de aanbestedende diensten. De onafhankelijke persoon van het klachtenloket zal stukken moeten opvragen, in moeten lezen en moeten oordelen. Waarna de aanbestedende dienst pas weer aan zet zal zijn om eventuele wijzigingen door te voeren of de klagende ondernemer om de klacht voort te zetten richting de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie) en daarvoor voldoende tijd moet hebben). Alle daarmee gemoeide termijnen kunnen ervoor zorgen dat de aanbestedende diensten moeten opschuiven in de planning, terwijl dit het doel van de klagende ondernemer kan zijn. Want ook als de klacht kennelijk ongegrond is, zullen de termijnen nodig zijn.

Om te voorkomen dat hiervan misbruik wordt gemaakt, stelt Vewin voor dat als een ondernemer/klager direct naar het klachtenloket gaat de klacht of vraag uitgebreid gemotiveerd moet zijn. De voorwaarden voor het indienen van een klacht conform het wetsvoorstel betreffen



enkel de eis van schriftelijkheid, vermelding van gronden en het hebben van een bepaalde reikwijdte (zoals voorgesteld in het nieuwe artikel 4.26b). Deze voorwaarden zijn als drempel, zeker in de huidige maatschappelijke omstandigheden, niet voldoende. Vewin stelt daarom voor om een van de volgende drempels te incorporeren om dit soort opportunistische klachten te voorkomen:

1) Sancties bij misbruik.

Wat Vewin niet terugvindt in het huidige wetsvoorstel is het opleggen van sancties bij misbruik van deze werkwijze (met andere woorden het opportunistisch klagen). Eventueel door het opstellen van een registratieplicht hoe vaak door dezelfde partij wordt geklaagd en evalueren wanneer deze hoeveelheid de schijn van opportunisme wekt.

2) Evenredige bewijsvoering wezenlijke impact klagende partij:

Indien mogelijk zal een klagende partij naast zijn gronden ook bewijs moeten aanleveren van de ondervonden schade en de wezenlijke impact op de uitkomst van de procedure (bijvoorbeeld juridische documentatie, getuigenverklaringen, correspondentie aanbestedende dienst, bewijs financiële schade en deskundigenrapportages). Wellicht financieel te zwaar, maar er kan worden overwogen om de klager te verplichten een onafhankelijke deskundigenrapport aan te leveren.

3) Verplichte uitputting interne escalatiemogelijkheden klager:

Mogelijk kan een verplichting tot het uitputten van de interne escalatieprocedure bij de klager en aanbestedende dienst leiden tot een betere bemiddeling (eventueel bindende mediation).

4) Het inbouwen van een financiële drempel naar evenredigheid en billijkheid:

U kunt hierbij denken aan een grenswaarde qua bedrag aan klachtengeld dat de klagende partij moet betalen bij het indienen van een klacht bij het klachtenloket. Indien de klacht gegrond wordt verklaard zou bijvoorbeeld het ingelegde bedrag in zijn geheel of voor een deel kunnen worden terugbetaald aan de klager.

Opmerkingen over de Memorie van Toelichting

Paragraaf 3.5.1. e.v.

In paragraaf 3.5.1. en verder in de MvT wordt weergegeven dat de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts wijzigt en de Commissie krijgt een totaal andere rol; zij behandelt enkel nog klachten over het ontwerp van de aanbesteding. Daarnaast komen er minimumtermijnen voor het indienen van klachten en voor het afhandelen ervan door (het klachtenloket en) de Commissie van Aanbestedingsexperts (par. 3.2.2). Uw redenering is dat dat de Commissie sneller zal adviseren over klachten (par. 7.3.) In algemene zin kan Vewin zich vinden in deze punten. Wel stellen wij de vraag wat dit voor capaciteit en expertise van de Commissie betekent, te meer omdat de behandeling van de klachten zich zal richten op de inrichting van de aanbestedingsprocedure (ontwerpklachten). Uit analyses blijkt dat de adviezen van de Commissie momenteel met name (sterk) juridisch van aard zijn. Wordt ook andere expertise aangetrokken? (Te denken valt aan materiedeskundigen).



Paragraaf 5.1 en artikel 4.26c

In paragraaf 5.1 van de MvT staat dat de verplichte klachtenregeling en de procedure bij het klachtenloket van toepassing zijn op opdrachten onder de drempel. Echter, staat in artikel 4.26c dat de paragraaf “§ 4.4.2.2. Klachten over de inrichting van de procedure” niet van toepassing is op bijvoorbeeld een meervoudig onderhandse procedure of nationale procedures (sub “a een opdracht waarop uitsluitend deel 1 van toepassing is”). Dit strookt niet met elkaar, althans het is niet duidelijk waarom hier onderscheid wordt gemaakt en hierover leest Vewin niets in de MvT zelf.

Tekstueel: systematiek van de Aanbestedingswet; waar deel 4 ook geldt voor speciale-sectorbedrijven

Opvallend is dat in de MvT met name “aanbestedende diensten” wordt genoemd, terwijl Vewin meent dat ook bedoeld wordt “en speciale-sectorbedrijven”. Dit lijkt in eerste opzicht een kleinigheid, maar van belang is dat duidelijk is dat de (eventuele) gevolgen ook gelden voor speciale-sectorbedrijven (lees: voor ons als drinkwatersector). In dit kader verwijst Vewin voor de volledigheid naar de onduidelijkheid die bestond bij invoering van de Gids proportionaliteit als verplicht te volgen richtsnoer, waarbij de verplichting pas bij de herziening van de Aanbestedingswet 2012 (1 juli 2016) ook geldt voor speciale-sectorbedrijven.

Artikel 4.26a Aw

De wetgever heeft een bevoegdheid gecreëerd aan rechtspersonen om een klacht te kunnen indienen namens de ondernemer/klager. Uit de MvT volgt dat dit brancheorganisaties kunnen zijn of branchegerelateerde aanbestedingsadviescentra. Dit uitgangspunt, dat reeds was opgenomen in het advies ‘Klachtafhandeling bij Aanbesteden’, is belangrijk wanneer een groep ondernemers binnen dezelfde branche geraakt wordt door een bepaalde keuze binnen een aanbestedingsprocedure en hier in gezamenlijk verband tegen op wil komen. Vewin vindt dit een ongewenste situatie voor de drinkwatersector, als partijen die formeel buiten de aanbesteding staan een klachtrecht toegekend krijgen. Een gegadigde of inschrijver kan ook de expertise van een belangenorganisatie inroepen. Een brancheorganisatie heeft geen (direct) belang bij het verwerven van de opdracht. Als dit wel mogelijk wordt kan het proces van aanbesteding worden verstoord door organisaties die geen direct belang hebben. En als een brancheorganisatie wel mag klagen, dan moet er op zijn minst een betrokkenheid zijn tussen de brancheorganisatie en de ondernemer, zoals ook blijkt uit het advies “Klachtafhandeling bij aanbestedingen”.

In het advies “Klachtafhandeling bij aanbestedingen” staat het volgende:

- Wel kan een brancheorganisatie op eigen titel bezwaren met betrekking tot een specifieke aanbesteding, die bij een of meer ondernemers van de branche leven, als klacht indienen;
- Ook brancheorganisaties en klachtenloketten kunnen ten behoeve van bij hen aangesloten ondernemers klachten indienen. Ook aanbestedende diensten kunnen klachten aan de Commissie voorleggen. Dit zijn schriftelijke meldingen met betrekking tot aanbestedingen of onderdelen, waarin de aanbestedende diensten gemotiveerd aangeven dat zij het niet eens zijn met gedragingen van een ondernemer.



Vewin mist hierdoor de voorwaarde dat een ondernemer aangesloten moet zijn bij de betreffende brancheorganisatie.

Reactie op de consultatievraag: “Wat vindt u van het toevoegen van een extra vernietigingsgrond en ziet u alternatieve oplossingsrichtingen?”

- 1) Vewin kan zich vinden in de genoemde bezwaren van onzekerheid voor de aanbestedende dienst en winnende partij. Als er een grove schending heeft plaatsgevonden, dan kan dat met een kort geding ook vastgesteld worden. Wachten op een bodemprocedure die zeker minimaal een jaar duurt is in veel gevallen niet opportuun: de aanbestedende dienst heeft kennelijk iets nodig ter betrekking van de taakstelling/de burgers/klanten en dat kan in veel gevallen niet een jaar wachten op het doorlopen van een juridische procedure. Dit geeft aan meerdere kanten in de maatschappij ongewenste effecten: De winnende inschrijver is uitvoering gestart; de aanbestedende dienst zal in de buidel moeten tasten (geld van de maatschappij) om de winnende aannemer schadeloos te stellen of gaat voor dit geval een clause opnemen in de aanbestede contracten dat er geen schadevergoedingsplicht is waardoor de winnende inschrijver met de gebakken peren zit, danwel gaan inschrijvers dit risico “inprijzen” waardoor aanbestedende diensten meer gaan betalen (geld van de maatschappij). En aan de uitvoeringskant zal blijken dat de aanbestedende dienst in voorkomend geval lamgelegd wordt en die dienst die de aanbestedende dienst nodig achtte voor haar burgers/klanten, kan dan tijdelijk niet plaatsvinden (nog meer maatschappelijke last). Ook de niet winnende inschrijver zal zijn inschrijving een jaar na dato niet meer gestand willen doen vanwege de op dat moment hoge volatiliteit van de partijen; oftewel, uitgeprocedeerd in hoger beroep en dan niet gestand willen doen – wat is hiervan de meerwaarde voor onze sector? Het principiële punt van ongelijkheid qua effect van het hoger beroep is iets dat in onze ogen niet gelijk getrokken hoeft te worden, gezien de impact die dat op de maatschappij heeft. Bij het principiële punt gaat men ervan uit dat de aanbestedende dienst keuzeruimte heeft om te wachten op een juridische procedure. Feitelijk heeft de aanbestedende dienst, na afronding van de aanbestedingsprocedure, een behoefte die dan redelijk snel vervuld dient te worden. Heraanbesteding (wezenlijk gewijzigd) is dan sneller dan een bodemprocedure te gaan voeren met ook al de nodige uitdagingen qua budget en tijdsverloop. Grove schendingen zouden ook via een andere weg aangepakt kunnen worden – kort geding, boete en inbreukprocedures van de Europese Commissie tegen lidstaten voor het schenden van het Unierecht.¹ De klagende ondernemer heeft nog steeds de mogelijkheid om contractsbelang te vorderen in een bodemprocedure waarmee diens primaire (economische) belang toch ook gedekt zou behoren te zijn.

¹ Wanneer ondernemers klagen bij de Europese Commissie dat grove schendingen van het aanbestedingsrecht niet worden hersteld door overheidsinstanties of door de maatschappij (zoals de rechterlijke macht of andere overheidsinstellingen) heeft de Europese Commissie de bevoegdheid om inbreukprocedures te starten op grond van artikel 258 VWEU tegen de lidstaten van de Europese Unie wanneer zij falen het Unierecht goed uit te voeren in hun nationale rechtsordes.



- 2) Een ander punt dat Vewin naar voren wil brengen is dat de term “grove schending” een ruim begrip bevat. Hierdoor is het noodzakelijk dat deze term wordt verduidelijkt. Anders blijft onzekerheid voor partijen bestaan en dat werkt willekeur bij toepassing van dit artikel in de hand. Vewin stelt daarom voor om in de wet een niet-limitatieve lijst op te stellen van gedragingen die als schendingen zo ernstig zijn dat het een grove schending van het aanbestedingsrecht is.

- 3) Een ander punt dat Vewin hierop ter attentie wil brengen is dat de aanzienlijke verruiming van termijnen geen oplossing biedt voor dit probleem. Als de huidige tekst van Artikel 4.15 lid 2 Aw ongewijzigd blijft dan kan de ondernemer nog tot zes maanden een vordering tot vernietiging van de overeenkomst instellen, terwijl de uitvoering van de overeenkomst al in volle gang is. In ieder geval zou dan die termijn moeten aansluiten bij artikel 4.15 lid 2 sub a Aw, in andere woorden: vordering instellen binnen 30 dagen, om niet te lang in onzekerheid te verkeren. Hierdoor is er ook in feite sprake van een behoorlijke verlenging van de Alcateltermijn. Bovendien treedt er in veel gevallen een ontoelaatbare vertraging op in de uitvoering van de opdracht (met name indien op korte termijn een vordering wordt ingesteld zullen aanbestedende diensten de opdrachtverlening gaan uitstellen). En als er sprake is van een grove schending van de aanbestedingsrechtelijke beginselen dan zal de voorzieningenrechter dat ook zeker constateren. Nu wordt gesuggereerd dat een voorzieningenrechter een grove schending van het aanbestedingsrecht zal (kunnen) passeren en daarmee in feite incapabel is, dat lijkt zeer onwaarschijnlijk. De balans slaat, door verruiming van de vernietigingsgronden, teveel door in het voordeel van de ondernemer met mogelijk aanzienlijke problemen bij de uitvoering van de inmiddels verstrekte opdracht - nog afgezien van de zeer hoge extra kosten die dit met zich meebrengt.

Tot zover de reactie van Vewin. Mochten er onduidelijkheden zijn, dan is Vewin graag bereid hier een nadere toelichting op te geven. Natuurlijk willen wij ook mee blijven denken in het vervolgtraject.

Met vriendelijke groet,

drs. Hans de Groene
Directeur