

Reactie voor consultatie Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden

1. Onpartijdigheid klachtafhandeling

Op grond van het voorgestelde art. 4.26a lid 1 Aw 2012 moet een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf in de toekomst beschikken over een klachtenloket. Volgens paragraaf 3.1.4 van de memorie van toelichting dient het klachtenloket onpartijdig te zijn. Het vertrouwen van ondernemers in de klachtafhandeling hangt namelijk nauw samen met de onpartijdigheid van de klachtafhandeling. Door de onpartijdigheid te waarborgen zal een gemotiveerde beslissing van het klachtenloket minder snel in twijfel getrokken worden door ondernemers. De onpartijdigheid van het klachtenloket wordt volgens de memorie van toelichting gewaarborgd in het voorgestelde art. 4.26a lid 4 Aw 2012, waarin is bepaald dat de behandeling van de klacht geschiedt door een persoon die niet betrokken is geweest bij de aanbestedingsprocedure waar de klacht betrekking op heeft. Het is echter onduidelijk in hoeverre het voorgestelde art. 4.26a lid 4 Aw 2012 daadwerkelijk de onpartijdigheid van het klachtenloket waarborgt.

In de praktijk zal een klachtbehandelaar vaak onderdeel zijn van het inkoop-/aanbestedingsteam van de aanbestedende dienst en in nauw contact staan met de personen die betrokken zijn bij de betreffende aanbestedingsprocedure. Op dit moment is dat namelijk ook vaak het geval bij aanbestedende diensten die uit eigen beweging een procedure voor klachtafhandeling ingericht hebben. Dit komt de onpartijdigheid van de klachtafhandeling niet ten goede. De onpartijdigheid van het klachtenloket zou beter gewaarborgd worden indien de klachten door een extern klachtenloket behandeld zouden worden, zonder betrokkenheid van de medewerkers van de aanbestedende dienst. Aanbestedende diensten zouden een dergelijk klachtenloket gezamenlijk kunnen opzetten. Een gezamenlijk extern klachtenloket heeft meerdere voordelen. Zo wordt de in paragraaf 7.1 van de memorie van toelichting genoemde uitvoeringslast voor aanbestedende diensten aanzienlijk gereduceerd. Aanbestedende diensten die thans nog geen klachtenloket en -procedure hebben, hoeven een minder grote (financiële) inspanning te leveren in geval een gezamenlijk klachtenloket wordt opgezet. Daarnaast verminderen de structurele lasten voor de betrokken aanbestedende diensten, zoals het bemensen van het klachtenloket en het toepassen van de klachtenprocedure. Bovendien zal het gezamenlijke klachtenloket een groter aantal klachten ontvangen van diverse aanbestedende diensten. Dit zal de kennis en kunde van het klachtenloket bevorderen en daarmee ook de gewenste professionalisering in de klachtafhandeling bij aanbestedende diensten bewerkstelligen.

Het verdient daarom aanbeveling dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gezamenlijk een klachtenloket opzetten. Daarnaast verdient het aanbeveling om in de wettekst van paragraaf 4.4.2.1 (de procedure bij het klachtenloket) te verduidelijken dat het klachtenloket onpartijdig dient te zijn, in plaats van dit vereiste enkel op te nemen in de memorie van toelichting.

2. Rechtsverwerking

In de memorie van toelichting wordt op pagina 5 het '*Probleem: disbalans in toepassing van Grossmann-clausules*' besproken. "*Ondernemers en experts ervaren de toepassing van dergelijke clausules als doorgeslagen. Het gaat dan bijvoorbeeld om verlies van rechtsbescherming als voorafgaand aan de inschrijving niet is geklaagd. Dit draagt niet bij aan het (gevoel van) adequate rechtsbescherming.*" Op pagina 13 van de memorie van

toelichting wordt aangegeven dat een ondernemer – naast de klachtenprocedure via de aanbestedende dienst en de CvAE – altijd naar de voorzieningenrechter kan.

Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting te verduidelijken dat een ondernemer zijn rechten niet verwerkt indien niet (tijdig) een klacht wordt ingediend bij de aanbestedende dienst of de CvAE. Zowel voor de aanbestedende dienst als de ondernemer zou een verduidelijking op dit punt zeer wenselijk zijn, omdat deze verduidelijking bijdraagt aan het verhelpen van bovengenoemd 'probleem'.

3. Minimumtermijnen klachtafhandeling ontwerpklachten

In paragraaf 3.2.1 van de memorie van toelichting wordt ten aanzien van de klachtafhandeling van ontwerpklachten tot algemeen uitgangspunt genomen dat een ondernemer – met betrekking tot een probleem – eerst een vraag stelt aan de aanbestedende dienst, voordat hij een klacht indient bij het klachtenloket. Daarbij wordt opgemerkt dat dit uitgangspunt geen wettelijk vereiste is om een klacht in te kunnen dienen bij het klachtenloket.

In paragraaf 3.2.2 van de memorie van toelichting wordt daarnaast tot uitgangspunt genomen dat de ondernemer tijdig een klacht indient en dat de aanbestedende dienst deze klacht tijdig afhandelt. Om dit te garanderen zijn er in het wetsvoorstel voor bepaalde aanbestedingsprocedures minimumtermijnen opgenomen voor klachten over het ontwerp van de aanbestedingsprocedure, zie het voorgestelde art. 4.26d en art. 4.26e Aw 2012.

Er bestaat een grote kans dat de minimumtermijnen die in het wetsvoorstel genoemd worden in de praktijk als standaardtermijnen gaan fungeren. In de hoedanigheid als standaardtermijn, zijn de voorgestelde minimumtermijnen (veel) te kort. De termijn voor het indienen van een klacht bij het klachtenloket begint te lopen na aankondiging van de opdracht. Idealiter zouden de aanbestedingsstukken tegelijk met de aankondiging van de opdracht gepubliceerd worden. Dit is in de praktijk niet altijd het geval. Zo komt het voor dat de concept overeenkomst later door de aanbestedende dienst gepubliceerd wordt. Daarnaast is het onzeker of de betreffende termijn nog loopt na publicatie van de nota(s) van inlichting(en). Het is de vraag in hoeverre een ondernemer bij toepassing van deze minimumtermijnen nog voldoende de mogelijkheid heeft tot het tijdig indienen van een gemotiveerde klacht. Zouden de nu voorgestelde termijnen in de praktijk als werkelijke termijnen worden overgenomen, dan dreigt een enorme juridisering van de aanbesteding, omdat dan in een vroege fase al beoordeeld moet worden of klachten moeten worden ingediend. Veel deelnemers aan een aanbesteding hebben niet de slagkracht voor een dergelijke aanpak van een aanbesteding.

Het verdient aanbeveling om de minimumtermijnen voor het indienen van een klacht als ondernemer ten aanzien van het ontwerp van de aanbestedingsprocedure te koppelen aan de publicatie van de (laatste) nota van inlichtingen. In dat geval wordt bewerkstelligd dat een ondernemer alle relevante informatie tot zijn beschikking heeft en voldoende tijd heeft om op basis van de afhandeling van de gestelde vragen eventueel tot een onderbouwde klacht te komen. Daarbij komt dat met deze aanpak de naleving van het devies "eerst vragen, dan klagen" beter gewaarborgd wordt. Om vertragingen van een aanbestedingsprocedure te voorkomen, zou desnoods een kortere termijn vanaf publicatie van de nota van inlichtingen geïntroduceerd kunnen worden, dan de thans voorgestelde termijnen. Daarnaast verdient het overweging om de bedenktijd van minimaal vijf dagen na ontvangst van de beslissing van de aanbestedende dienst over de klacht te verlengen tot tien dagen. Een bedenktijd van tien

dagen geeft de ondernemer de mogelijkheid om tot een gemotiveerde klacht bij de CvAE of vordering bij de voorzieningenrechter te komen.

Deze aanbevelingen zijn ook in het voordeel van de aanbestedende dienst. Slecht gemotiveerde klachten of vorderingen veroorzaken namelijk zinloze vertragingen in de aanbestedingsprocedure. Daarbij komt dat ondernemers naar verwachting zullen afzien van een klacht of juridische procedure indien zij voldoende tijd krijgen om de aanbestedingsstukken te beoordelen en voldoende inzicht krijgen in de door de aanbestedende dienst genomen beslissingen.

4. Minimumtermijnen klachtafhandeling selectie- en gunningsbeslissingen

Net zoals bij ontwerpklachten, is bij klachten over selectie- en gunningsbeslissingen het algemene uitgangspunt "eerst vragen, dan klagen". Ook hier wordt in par. 3.3.1 van de memorie van toelichting opgemerkt dat dit geen wettelijk vereiste is om een klacht bij het klachtenloket in te kunnen dienen. Het wetsvoorstel bevat een regeling in het voorgestelde art. 4.26h Aw 2012 om ervoor te zorgen dat de standstill-termijn wordt onderbroken gedurende de klachtafhandeling van tijdig ingediende klachten over selectie- en gunningsbeslissingen. Dit betekent dat de standstill-termijn wordt stopgezet gedurende het behandelen van de klacht en de overige dagen van de standstill-termijn weer gaan lopen na afhandeling van de klacht. De ondernemer dient de klacht tijdig in te dienen om recht te hebben op de onderbreking van de standstill-termijn. Er wordt volgens het voorgestelde art. 4.26h lid 1 Aw 2012 tijdig geklaagd indien de klacht tijdens de eerste helft van de standstill-termijn wordt ingediend.

Opgemerkt dient te worden dat de klachttermijn die volgt uit art. 4.26h Aw 2012 in de praktijk minimaal tien dagen is na ontvangst van de selectie- of gunningsbeslissing. Dit is immers de helft van de minimaal verplicht standstill-termijn van twintig dagen. Voor het indienen van eerst een vraag én vervolgens een eventuele klacht is deze termijn betrekkelijk kort. In de praktijk zal een ondernemer onder tijdsdruk mogelijk direct een klacht indienen of overgaan tot een procedure bij de voorzieningenrechter, in plaats van eerst een vraag te stellen over de selectie- of gunningsbeslissing. Dit is nadelig voor zowel de aanbestedende dienst als de ondernemer, omdat de klacht mogelijk verholpen had kunnen worden door het stellen van een vraag. Het verdient aanbeveling om het indienen van een klacht tegen de selectie- en gunningsbeslissing mogelijk te maken tot vijf dagen voor het verstrijken van de standstill-termijn.

5. Aangepaste rol CvAE

Op grond van het voorgestelde art. 4.27 Aw 2012 heeft de CvAE als taak het geven van onafhankelijke, niet-bindende adviezen naar aanleiding van klachten in aanbestedingsprocedures. Uit het onderzoek van KWINK groep is gebleken dat de bijdrage van de CvAE om aanbestedingsklachten op te lossen, beperkt is. In het onderzoeksrapport worden ervaringen beschreven dat aanbestedende diensten de adviezen van de CvAE regelmatig naast zich neerleggen en in mindere mate - mede gezien door de lange doorlooptijden - bereid zijn om de aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van een advies.

In het wetsvoorstel wordt ingezet op snelle advisering door de CvAE, waarbij de aanbestedingsprocedure gedurende de klachtafhandeling wordt opgeschort. Daarbij moet opgemerkt worden dat het indienen van een klacht bij de CvAE enkel mogelijk is bij zogeheten

ontwerpklachten in de zin van het voorgestelde art. 4.26a lid 3 onder a jo. art. 4.27a lid 1 Aw 2012. De adviezen van de CvAE zijn niet bindend. Daar staat tegenover dat een aanbestedende dienst een afwijking van het advies van de CvAE dient te motiveren volgens het 'pas toe of leg uit'-principe, zie het voorgestelde art. 4.27d lid 2 Aw 2012. Het wetsvoorstel beoogt hiermee de positie van de CvAE te versterken met als doel om een stok achter de deur te hebben bij ontwerpklachten.

In par. 3.5.3 van de memorie van toelichting wordt in het licht van het 'pas toe of leg uit'-principe opgemerkt dat *"de aanbestedende dienst het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts opvolgt, tenzij de aanbestedende dienst zwaarwegende argumenten heeft om af te wijken van het advies."* Een formulering met dezelfde strekking is niet opgenomen in de wettekst van het voorgestelde art. 4.27d lid 2 Aw 2012. In het licht van de doelstelling om de positie van de CvAE en haar advies te versterken verdient het aanbeveling om in de voorgestelde wettekst van art. 4.27d lid 2 Aw 2012 een tenzij-bepaling op te nemen met de in de memorie van toelichting opgenomen strekking dat het advies van de CvAE in beginsel wordt opgevolgd, tenzij de aanbestedende dienst zwaarwegende argumenten heeft om af te wijken van het advies.

6. Aanscherping motiveringseisen

In paragraaf 3.6 van de memorie van toelichting wordt geconstateerd dat het voor ondernemers soms onduidelijk is waarom zij niet zijn geselecteerd of een opdracht niet gegund hebben gekregen, omdat de motivering van de beslissing tot afwijzing of uitsluiting (waaronder de selectiebeslissing) of gunningsbeslissing onvoldoende informatie bevat. Het wetsvoorstel voorziet in de wijziging van art. 2.103 en 2.130 Aw 2012 met als doel de motiveringsplicht van de aanbestedende dienst aan te scherpen, zodat ondernemers een nadere motivering van de genomen beslissingen krijgen. Hierdoor hoeven zij geen klacht in te dienen om deze informatie te krijgen.

Om de gewenste aanscherping van de motiveringseisen in het voorgestelde art. 2.103 en art. 2.130 Aw 2012 te verwezenlijken, verdient het aanbeveling om in de voorgestelde wettekst een nog concretere specificering van de vereisten voor een motivering op te nemen. Uitgaande van het huidige wetsvoorstel is onduidelijk of de aanbestedende dienst verplicht is om (i) de prijs van de winnende inschrijver, (ii) een rangschikking van de beoordeelde inschrijvingen en (iii) een duidelijke motivering voor het verschil in score tussen de inschrijvingen te verstrekken. Daarnaast zou ook de winnaar van de aanbestedingsprocedure inzicht moeten krijgen in de scores, relatieve voordelen en kenmerken van de lager geëindigde inschrijvingen, in het bijzonder indien een lager geëindigde inschrijver op een bepaald onderdeel hoger heeft gescoord dan de uiteindelijk winnende inschrijver. Op deze manier wordt het voor de winnaar van de aanbestedingsprocedure mogelijk om zich gemotiveerd te verweren tegen eventuele klachten en in juridische procedures van verliezende inschrijvers. Een duidelijke, gespecificeerde motivering door de aanbestedende dienst is zowel in het belang van de aanbestedende dienst als de ondernemer. Een dergelijke motivering maakt de kans op klachten en juridische procedures namelijk kleiner.

7. Extra vernietigingsgrond art. 4.15 Aw 2012

De voorgestelde toevoeging van een extra vernietigingsgrond aan art. 4.15 Aw 2012 biedt de mogelijkheid om een reeds gesloten overeenkomst bij grove schending van de beginselen van de Aanbestedingswet te vernietigen. Deze toevoeging komt tegemoet aan verliezende

inschrijvers die nauwelijks rechtsbescherming genieten als een overeenkomst eenmaal gesloten is. De mogelijkheden bij de rechter om een overeenkomst te laten vernietigen zijn op dit moment namelijk zeer beperkt.

In veel gevallen is de vernietiging van een overeenkomst niet wenselijk, omdat daarmee het maatschappelijk belang van tijdige gunning en uitvoering van de opdracht en de rechtszekerheid voor de aanbestedende dienst en de winnaar in het geding komen. Het verdient daarom aanbeveling om de rechtsbescherming van verliezende inschrijvers beter te waarborgen. De voorgestelde extra vernietigingsgrond geniet daarvoor in eerste instantie niet de voorkeur. De reikwijdte van de betreffende vernietigingsgrond is namelijk niet voldoende duidelijk en de gevolgen van eventuele vernietiging zijn verstrekkend. Daarnaast brengt een eventuele vernietiging op grond van de beginselen van het aanbestedingsrecht in hoger beroep te veel onzekerheid met zich voor de aanbestedende dienst en de winnaar. Bovendien veroorzaakt een dergelijk hoger beroep en een eventuele vernietiging een enorme vertraging in de aanbestedingsprocedure.

Om de rechtsbescherming voor ondernemers in hoger beroep te garanderen verdient een turbo-spoedappel de voorkeur, waarbij de aanbestedende dienst verplicht wordt om de uitkomst van deze procedure af te wachten voordat zij een overeenkomst sluit. De gevolgen van een turbo-spoedappel voor vertraging van de aanbestedingsprocedure zijn beperkt in tijd, aangezien de doorlooptijden kort zijn. Veelal duurt een dergelijke procedure niet langer dan drie maanden. Het verdient aanbeveling om - na uitspraak in eerste aanleg - aan de verliezende inschrijver een termijn van veertien dagen te geven om een turbo-spoedappel aanhangig te maken. Tijdens deze termijn van veertien dagen en de eventuele daaropvolgende turbo-spoedappel procedure wordt de mogelijkheid tot het sluiten van de overeenkomst opgeschort. Hiervoor kan aansluiting gezocht worden bij de strekking van art. 2.131 Aw 2012. In de parlementaire stukken (*Kamerstukken I*, 32440, B, p. 12) wordt met betrekking tot art. 2.131 Aw 2012 opgemerkt dat de aanbestedende dienst de overeenkomst kan aangaan, ondanks het instellen van een eventueel hoger beroep. Dit zal dus niet meer het geval zijn indien het voorgestelde turbo-spoedappel wordt opgevolgd. De processuele vereisten voor een turbo-spoedappel procedure verhinderen dat verliezende inschrijvers ongemotiveerd gebruik kunnen maken van deze mogelijkheid in hoger beroep.

De mogelijke vertraging voordat een overeenkomst kan worden gesloten, kan de aanbestedende dienst incalculeren. De aanbestedende dienst kan hiermee rekening houden in de door haar opgestelde planning tijdens de aanbestedingsprocedure. Kortom, de turbo-spoedappel procedure geeft ondernemers de gewenste rechtsbescherming, veroorzaakt minder vertraging dan in geval van een eventuele vernietiging van de overeenkomst en geeft de aanbestedende dienst en de winnaar de gewenste rechtszekerheid als de overeenkomst eenmaal gesloten kan worden.

Indien de voorgestelde turbo-spoedappel procedure niet wordt opgevolgd, dient de voorgestelde extra vernietigingsgrond alsnog geïmplementeerd te worden. De hierboven geuite kritiek op de betreffende vernietigingsgrond staat namelijk in schril contrast met de op dit moment tekortschietende rechtsbescherming voor verliezende inschrijvers indien de overeenkomst eenmaal gesloten is. Een situatie waarin de rechtsbescherming voor verliezende inschrijvers niet verbeterd wordt, dient voorkomen te worden.

