

Netbeheer Nederland

Anna van Buerenplein 43
2595 DA Den Haag

Postbus 90608
2509 LP Den Haag
070 205 50 00
secretariaat@netbeheernederland.nl
netbeheernederland.nl

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat
T.a.v. M.A.M. Adriaansens
Postbus 20401
2500 EK DEN HAAG

Kenmerk

BR-2023-2021

Datum

27 september 2023

Behandeld door

Patrick van Dongen

E-mail

pvandongen@netbeheernederland.nl

Doorkiesnummer

070 205 50 000

Onderwerp

Consultatiereactie Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden

Hooggeachte mevrouw Adriaansens,

Deze reactie wordt u aangeboden namens Netbeheer Nederland, de brancheorganisatie van elektriciteits- en gasnetbeheerders. Elektriciteits- en gasnetbeheerders worden in de Aanbestedingswet 2012 aangeduid als speciale-sectorbedrijven en de energie-infrastructuur wordt in Nederland aangeduid als een zogenaamd vitaal proces. De netbeheerders staan voor een enorme opgave: de energietransitie (de overstap van fossiele brandstoffen naar duurzame energiebronnen). Hiervoor wordt op grote schaal producten, diensten en werken ingekocht. De energie-infrastructuur wordt iedere dag met kilometers kabels, leidingen en stations en dergelijke uitgebreid om te kunnen voldoen aan de vraag. Het is belangrijk dat de energietransitie geen vertraging oploopt. Hoewel de netbeheerders het doel van het wetsvoorstel begrijpen, hebben de netbeheerders het gevoel dat het wetsvoorstel slechts rekening houdt met de belangen van ondernemers en onvoldoende met de belangen van de speciale-sectorbedrijven. Hieronder lichten wij onze zorgen toe:

A Reactie op wetsvoorstel**1. Geen maatregelen tegen mogelijk misbruik van de mogelijkheid om een klacht in te dienen**

Wij signaleren het risico dat ondernemers de laagdrempelige mogelijkheid om klachten in te dienen kunnen aangrijpen om de aanbestedingsprocedure aanzienlijk te vertragen. Wanneer sprake is van op verschillende momenten ingediende klachten kan de vertraging zich opstapelen. Daarbij kunnen bepaalde belangen meewegen, bijvoorbeeld in geval van een ondernemer die langer de tijd wil krijgen om zijn inschrijving voor te bereiden, omdat hij zelf niet voldoet aan de eisen en een onderaannemer nodig heeft om te kunnen voldoen aan geschiktheidseisen. Of een zittende leverancier die er belang bij heeft dat de aanbesteding zo lang mogelijk doorloopt, omdat zijn opdracht dan gegarandeerd langer doorloopt. Daarbij kan de overweging bijvoorbeeld zijn dat verlenging van de lopende overeenkomst niet mogelijk is en dat daarom andere voorwaarden aan het speciale-sectorbedrijf worden voorgelegd, zoals hogere tarieven. Het wetsvoorstel voorziet niet in maatregelen voor het speciale-sectorbedrijf om dit risico direct na inwerkingtreding van de nieuwe regeling ten aanzien van lopende overeenkomsten te kunnen mitigeren.

IBAN NL51 ABNA 0613001036

BTW-nummer NL8185.25.101.B01

KvK-nummer 09175117

Om het misbruikrisico te kunnen mitigeren zou het wetsvoorstel bijvoorbeeld duidelijker mogen uitwerken wanneer een klacht door het speciale-sectorbedrijf mag kwalificeren als ongegrond en voorts zou onderzocht kunnen worden of een maatregel zoals het verbinden van (een redelijk en passend bedrag aan) administratiekosten aan het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts het effect zou kunnen hebben dat de laagdrempeligheid niet wordt misbruikt. Dat vormvereiste kan in de wet of het reglement van de Commissie worden opgenomen. Dit vergroot mogelijk de kans dat een ondernemer uitsluitend serieuze klachten indient. Dat kan er weer voor zorgen dat de Commissie de hoeveelheid klachten beter kan verwerken en de klachtafhandeling kan afronden binnen de wettelijk voorgeschreven 14 dagen.

2. Dwingende reden van algemeen belang

Het wetsvoorstel noemt in artikel 4.27c lid 3 de mogelijkheid om gemotiveerd af te zien van opschorting wegens dwingende redenen van algemeen belang. In de Memorie van Toelichting onder 3.5.2. (Opschorting van de procedure en uitzondering hierop) worden enkele voorbeelden genoemd, zoals de volksgezondheid of de nationale veiligheid. Er wordt tevens verwezen naar de uitleg bij artikel 4.27c, waar staat dat niet lichtvaardig mag worden aangenomen dat sprake is van een bijzondere omstandigheid van “dwingende redenen van algemeen belang”. Het zou gaan om zeer uitzonderlijke situaties en aangesloten moet worden bij de rechtspraak van het HvJEU. In de noot wordt verwezen naar een passage uit de Memorie van Toelichting op de Implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden) waarbij het begrip dwingende redenen van algemeen belang wordt gebruikt in het kader van vernietiging van gesloten overeenkomsten. Of dit één op één kan worden toegepast op opschortingstermijnen is geen vaststaand feit. De passage luidt, voor zover relevant: “Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie omvat het begrip dwingende reden van algemeen belang in ieder geval de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, (...); bescherming van afnemers van diensten; consumentenbescherming; bescherming van werknemers, met inbegrip van de sociale bescherming van werknemers; (...); bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening; (...); verkeersveiligheid; (...).”

Graag zien wij terug in de Memorie van Toelichting in hoeverre de aanleg en het onderhoud van de vitale energie-infrastructuur kan vallen onder het begrip dwingende reden van algemeen belang. In een ander wetsvoorstel wordt de vitale infrastructuur (in ieder geval deels) ook relevant geacht voor de nationale veiligheid en daarmee wordt het logisch om in bepaalde gevallen netbeheerders toe te staan de aanbestedingsprocedures niet op te schorten bij ontvangst van een klacht. Het is thans onduidelijk in welke gevallen haar dat is toegestaan.

Daarbij komt nog dat netbeheerders verplicht zijn om bepaalde werkzaamheden binnen een strakke wettelijke termijn uit te voeren. Ook in die gevallen lijkt het voor de hand te liggen dat de netbeheerders gebruik mogen maken van deze uitzondering.

3. Professionalisering

Uit de Memorie van Toelichting blijkt dat het belangrijkste doel van het wetsvoorstel het professionaliseren van de klachtafhandeling bij aanbestedingen is, mede over de band van het verplicht instellen van een klachtenmeldpunt inclusief nadere regels voor het speciale-sectorbedrijf. Daarbij raakt in het wetsvoorstel ondergesneeuwd dat een gedegen en goede klachtafhandeling ook afhankelijk is van de kwaliteit (van de onderbouwing) van de ingediende klacht.

Kenmerk
BR-2023-2021

Datum
27 september 2023

In dat kader wordt in het wetsvoorstel te weinig aandacht geschonken aan de kwaliteit en de daarmee gepaard gaande vormvereisten van de klacht. Zo wordt op pagina 38 van de Memorie van Toelichting wel aangegeven dat alle relevante informatie moet worden bijgevoegd, maar dit komt niet terug in het wetsvoorstel. De medewerker van het klachtenloket zal geen inzage hebben in de systemen van de inkoopafdeling en dus niet beschikken over de aanbestedingsdocumenten. Het is daarom raadzaam om een verplichting voor de ondernemer op te nemen om de aanbestedingsdocumentatie die hem ter beschikking is gesteld, mee te sturen met de klacht.

In het huidige reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn verschillende aanwijzingen/vormvereisten opgenomen die verder reiken dan het niet in behandeling nemen van de klacht, omdat die "kennelijk ongegrond" is (art. 4.27a wetsvoorstel). Bijvoorbeeld dat de klacht bondig dient te zijn en dat de klacht voldoende gemotiveerd en/of gedocumenteerd moet zijn. Ook heeft de voorzitter van de Commissie van Aanbestedingsexperts in het huidige reglement de discretionaire bevoegdheid om een klacht af te wijzen vanwege onvoldoende relevantie.

Dit zijn belangrijke aanvullende waarborgen die de Commissie heeft ingesteld om ervoor te zorgen dat de klacht zorgvuldig wordt ingediend en dat de klachtafhandeling goed kan verlopen. In het wetsvoorstel of de Memorie van Toelichting wordt niet ingegaan op de status van het reglement van de Commissie, terwijl voor de hand ligt dat het reglement als gevolg van de voorgestelde wetwijziging ook wordt gewijzigd. Wij achten het van belang dat deze waarborgen gehandhaafd blijven in het wetsvoorstel of een aangepast reglement van de Commissie. In dat kader kan ook gedacht worden aan aanscherpingen ten opzichte van het huidige reglement van de Commissie, bijvoorbeeld ten aanzien van de bondigheid van de klacht waarbij er een redelijk maximum aantal pagina's wordt ingesteld voor de onderbouwing van klachten. Een dergelijk vormvereiste is een stok achter de deur voor ondernemers om de klacht helder en concreet te onderbouwen en voorkomt dat de aanbestedende dienst en de Commissie van Aanbestedingsexperts onnodig belast worden. Dat komt de voortvarendheid van de procedure ten goede.

4. Verplichte klachtafhandeling

Onduidelijk is hoe een speciale-sectorbedrijf om moet gaan met de verplichting van klachtafhandeling die blijft bestaan indien een ondernemer niet tijdig klaagt (p. 22 MvT; art. 4.26h wetsvoorstel). Hoewel er dan geen wettelijke verlenging van de inschrijftermijn of opschortende termijn bestaat, wordt de aanbestedende dienst hier wel mee belast. Dit kan ook directe invloed hebben op de klachtafhandeling van andere klachten die wel tijdig zijn ingediend en kan daarmee voor verdere vertraging van de aanbestedingsprocedure zorgen. Vanuit de gedachte van professionalisering van de klachtafhandeling mag ook van een ondernemer een bepaalde pro-activiteit en oplettendheid worden verwacht. Niet tijdig klagen, zou dan ook tot niet-ontvankelijkheid van de klacht moeten leiden – waarbij de ondernemer uiteraard de mogelijkheid blijft hebben om een procedure bij de Voorzieningenrechter te starten.

5. Termijn voor verweer bij klacht bij CvAE

In het kader van hoor en wederhoor en zorgvuldige klachtafhandeling door de Commissie verzoeken wij u het wetsvoorstel aan te passen (of het reglement van de Commissie) zodanig dat het speciale-sectorbedrijf een redelijke termijn krijgt om haar verweer tegen de klacht in te kunnen dienen.

Kenmerk
BR-2023-2021

Datum
27 september 2023

B Reactie op de open vraag

De open vraag luidt: 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 zijn geen voorstander van een extra vernietigingsgrond, omdat met die vernietigingsgrond wordt miskend dat dergelijke grove schendingen van het aanbestedingsrecht in de (voorfase van de) aanbesteding al hadden kunnen en moeten worden opgemerkt. Het is onvoldoende proactief/voortvarend om dergelijke bezwaren pas na afronding van de aanbesteding én het sluiten van de overeenkomst aan de orde te brengen. Het belang van de aanbestedende dienst en inschrijvers bij voortvarendheid van de aanbestedingsprocedure en contractsluiting wordt daarmee tenietgedaan. Dit zal leiden tot meer onzekerheid na gunning en contractsluiting, waardoor nog later in het proces (na een bodemprocedure of een procedure bij het gerechtshof van meerdere maanden/ jaren?) een overeenkomst vervalt en de aanbesteding helemaal opnieuw doorlopen moet worden met enorme vertraging tot gevolg. Daarbij wordt de druk op de interne organisatie van de aanbestedende dienst enorm opgevoerd bij een heraanbesteding van de opdracht. Tot slot is de vernietigingsgrond bij “grote schendingen van aanbestedingsrecht” vaag en laat die definitie ruimte voor interpretatie. De kans is aanwezig dat rechters verschillend zullen oordelen over de vraag of daarvan in een concreet geval sprake is en dat er dus rechtsonzekerheid ontstaat.

Met vriendelijke groet,

Hans-Peter Oskam