

REACTIE INTERNETCONSULTATIE

Door: Taylor Wessing N.V. (“**Taylor Wessing**”), mr. Bram Nijhof & mr. Stef Geelen
Datum: 28 September 2023
Betreft: **Wetsvoorstel Rechtsbescherming Aanbestedingswet**

1. Taylor Wessing heeft kennis genomen van het Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij Aanbesteden (“**het Voorstel**”) dat het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (“**het ministerie**”) voor consultatie heeft opengesteld en welk wetsvoorstel moet leiden tot een aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 (“**de Aanbestedingswet**”). Graag maken wij hierbij van de gelegenheid gebruik om op die consultatie te reageren.
2. Het Voorstel zegt te streven naar een betere balans in de positie tussen overheid en bedrijfsleven indien er verschil van inzicht of een conflict bestaat bij een aanbesteding. Het voorstel beoogt betere mogelijkheden voor ondernemers te creëren om problemen bij aanbestedingen aan te kaarten, nu uit onderzoek van het ministerie is gebleken dat die mogelijkheden te wensen over lieten. Wij juichen het toe dat het ministerie het initiatief neemt om de “rechtsbeschermingsbalans” te verbeteren, maar menen ook dat het wetsvoorstel een aantal mogelijkheden laat liggen om die balans significant te verbeteren.
3. Onze reactie bestaat uit een aantal meer algemene opmerkingen over de opzet van het Voorstel, gevolgd door meer inhoudelijke opmerkingen per artikel. Kort samengevat zijn onze belangrijkste punten de volgende:
 - Het aantal “loketten” (niet alleen klachtenloketten) dat al aanwezig is in het huidige systeem van de Aanbestedingswet zal alleen maar toenemen door het Voorstel. Wij zouden er een voorstander van zijn om klachtencommissies en de Commissie voor Aanbestedingsexperts (“**CvAE**”) af te schaffen en in plaats daarvan een gespecialiseerde aanbestedingsrechtbank aan te wijzen die tevens als klachtenloket voor ontwerpklachten kan fungeren;
 - Wij hebben juridisch inhoudelijke en praktische bedenkingen bij de verplichtstelling van klachtloketten bij alle aanbestedende diensten, waardoor wij twijfelen of deze loketten het geëigende middel zijn om het doel van meer rechtsbescherming te bereiken of dat zij vooral het risico vergroten op vertraging van aanbestedingsprocedures en een kwalitatief minder goede afhandeling van klachten;

- Als de huidige opzet van het Voorstel behouden blijft, dan moet de positie van de CvAE verder worden versterkt: de niet-bindende status van adviezen moet dan worden afgeschaft. Alleen dan gaat er een corrigerende werking uit van de adviezen;
 - Wij zijn voorstanders van verruiming van de mogelijkheden voor hoger beroep door aanbestedende diensten te verplichten om de gunning op te schorten indien (turbo-)spoedappel wordt ingesteld door een inschrijver die in eerste aanleg verliest.
 - Los van de mogelijkheden om hoger beroep effectiever te maken voor inschrijvers achten wij een additionele vernietigingsgrond nuttig en zouden het tekstvoorstel voor die vernietigingsgrond graag opgenomen zien in het finale Voorstel. De bedenkingen die sommige aanbestedende diensten tot dusver hebben geuit in de consultatie zijn ons inziens onterecht.
 - Voorts doen wij een aantal verbetervoorstellen ten aanzien van specifieke artikelen in het Voorstel:
 - a) Standstilltermijn bij selectiebeslissingen;
 - b) Motiveringsplicht van artikel 2.130;
 - c) Kring van belanghebbenden die ontwerpklacht kunnen indienen;
 - d) Het principe van “eerst vragen dan klagen” versus de klachttermijnen ;
 - e) Algemeen belang uitzondering om opschortende werking klacht te negeren.
 - Tot slot doen wij nog een suggestie om een lacune in de Aanbestedingswet te corrigeren in verband met de afgifte van de Gedragsverklaring Aanbesteden aan partijen die de Mededingingswet hebben overtreden.
4. In het navolgende lichten wij bovenstaande punten meer uitgebreid toe.

I. Gespecialiseerde aanbestedingsrechter

5. In het huidige rechtssysteem zijn er diverse “fora” waar partijen zich tot kunnen wenden indien men het niet eens is met de opzet of uitkomst van een aanbestedingsprocedure. Naast de CvAE en de (momenteel niet verplichte) klachtenloketten die door verschillende aanbestedende diensten al zijn ingericht, zijn de voorzieningenrechters van de civiele rechtbanken in de diverse arrondissementen bevoegd én in het geval van openbaar vervoer aanbestedingen, het College van Beroep voor het bedrijfsleven.
6. Het aanbestedingsrecht is voorts een specialistisch rechtsgebied, waarbij een rechter specifieke kennis nodig heeft. Het aantal kort geding procedures over aanbestedingen verschilt sterk per rechtbank: de rechtbank Den Haag oordeelt naar verhouding veel vaker over aanbestedingsprocedures dan andere rechtbanken, maar is minder kritisch over de beslissingen van aanbestedende

dende diensten in vergelijking met de CvAE. Ons inziens zorgt de huidige situatie voor een versnipperde en gedifferentieerde behandeling van klagers en klachten die de rechtsbescherming en rechtszekerheid niet ten goede komt.

7. Wij beschouwen het dan ook als een gemiste kans dat het Voorstel niet voorziet in de oprichting van een gespecialiseerde aanbestedingsrechtbank, die bevoegd is om over zowel ontwerp- als gunningsklachten te oordelen. Dit idee is reeds via een motie onder de aandacht van het ministerie gebracht¹ en in de Memorie van Toelichting wordt ook gerefereerd aan deze motie, maar het wordt niet duidelijk waarom dit idee uiteindelijk niet verder is verkend door het ministerie.
8. Eén aanbestedingsrechtbank in eerste aanleg leidt tot meer uniforme rechtspraak en dus meer rechtszekerheid. Ook zullen de rechters van die aanbestedingsrechtbank zich exclusief of in veel sterkere mate kunnen specialiseren in het aanbestedingsrecht, hetgeen de kwaliteit van de uitspraken ten goede komt. De rol die in het Voorstel thans is weggelegd voor de CvAE zou dan eventueel ook bij die rechtbank kunnen worden belegd: klachten over het ontwerp van de aanbesteding worden dan ook serieuzer behandeld door aanbestedende diensten dan thans het geval is. Immer, de klacht wordt gericht tot de instantie die ook uiteindelijk een rechterlijk oordeel moet geven over de aanbestedingsprocedure, indien het tot een dergelijke procedure komt. Daar gaat een veel grotere corrigerende werking vanuit dan een oordeel van de CvAE dat een aanbestedende dienst altijd naast zich neer kan leggen.
9. Voor zover het ministerie vreest voor een lastenverzwaring voor de rechtspraak, denken wij dat – met een juiste opzet – een dergelijke aanbestedingsrechtbank juist tot een efficiëntere besteding van overheidsmiddelen kan leiden. Een specialistische aanbestedingsrechter maakt andere ‘tussenoplossingen’, zoals klachtloketten en de CvAE (grotendeels) overbodig. De lastenbesparingen die daarmee worden gerealiseerd en de expertise die vrijkomt bij de CvAE kan dan ten goede komen aan die aanbestedingsrechtbank.
10. Er zijn allerlei constructies denkbaar die in dat kader verder verkend kunnen worden :
 - drie gespecialiseerde aanbestedingsrechtbanken verspreid over Noord-, Midden- en Zuid-Nederland;
 - een gespecialiseerde aanbestedingskamer die onderdeel uitmaakt van de ACM;
 - in navolging van het octrooirecht en mededingingsrecht één rechtbank die aangewezen wordt als gespecialiseerde aanbestedingsrechtbank (niet zijnde de rechtbank Den Haag of Rotterdam); of
 - gespecialiseerde rechter-plaatsvervangers die in aanbestedingszaken opereren in andere arrondissementen dan het arrondissement van hun standplaats.

¹ Kamerstukken 32 440 (TK/32440/110), lid Wörsdörfer c.s.

II. Klachtloketten

11. De voornaamste wijziging in het Voorstel betreft de verplichtstelling van klachtenloketten voor aanbestedende diensten.² Wij vrezen dat die verplichtstelling niet gaat bijdragen aan een verbeterde afhandeling van klachten en conflicten in aanbestedingen en in veel gevallen zelfs reeds bestaande problemen zal verergeren. Dat ligt aan een aantal factoren:
- a. **Gebrek aan middelen:** wij denken dat de uitvoeringslasten voor aanbestedende diensten hoog zullen zijn als zij klachtenloketten moeten inrichten die klachten snel en goed moeten kunnen afhandelen. Vooral kleinere aanbestedende diensten zullen noch de personele noch de financiële middelen hebben om een dergelijk klachtenloket gedegen in te richten. Weliswaar bestaat er de mogelijkheid om een loket gezamenlijk met andere aanbestedende diensten aan te wijzen, maar die gezamenlijke klachtenloketten bestaan momenteel ook al en kampen naar onze ervaring eveneens met een gebrek aan middelen en expertise.
 - b. **Gebrek aan expertise en intrinsieke motivatie:** Het aanbestedingsrecht is complex en vereist specifieke juridische kennis en ervaring om correcte beslissingen te nemen. De kwaliteit van de afhandeling van klachten door klachtenloketten die thans al bestaan laat te wensen over. Het Voorstel bevat weliswaar voorschriften waar een klachtenloket aan moet voldoen (neutraliteit, snelle afhandeling, motiveringsplicht),³ maar er zijn geen mogelijkheden om een slecht functionerend klachtenloket te corrigeren, anders dan dat de CvAE in een advies iets zou kunnen opmerken over slecht afgehandelde klachten. Maar omdat de adviezen van de CvAE niet-bindend blijven, is er geen enkele stimulans voor klachtenloketten om een betere afhandeling van klachten na te streven.
 - c. **Angst voor vertraging:** doordat tijdig ingediende klachten kunnen zorgen voor een opschorting van de inschrijvingsdatum (bij het klachtenloket en het CvAe) c.q. de standstill-termijn (bij het klachtenloket), kan een dergelijke klacht leiden tot extra vertraging van de aanbesteding. In reactie op de consultatie geven aanbestedende diensten aan te vrezen dat een klacht daarom door zittende leveranciers wordt ingezet om definitieve gunning te vertragen. Een aanbestedende dienst kan echter rekening houden met een dergelijke vertraging in zijn planning van de aanbesteding. Als er echter geen rekening is gehouden met die vertraging zal een klachtenloket mogelijk druk ervaren om klachten snel, maar niet noodzakelijkerwijs inhoudelijk gedegen af te handelen.
12. Om bovenstaande redenen stellen wij voor dat het verplichte klachtenloket komt te vervallen. Inschrijvers kunnen hun ontwerpklachten al door middel van vragen in de nota van inlichtingen opwerpen in een vroegtijdig stadium van de procedure. Als de aanbestedende dienst niets met die klachten doet zijn de meeste rechtbanken van oordeel dat ook ná inschrijving die klachten

² Artikel 4.26a Voorstel.

³ Artikel 4.26a en 4.26b Voorstel.

nog aan de orde kunnen komen in een kort geding procedure⁴, mits er vragen zijn gesteld. Voor fundamentele gebreken geldt dat die sowieso aan de orde moeten kunnen worden gesteld.⁵ Wij zouden er voor pleiten dat het Voorstel deze jurisprudentie verankert in de wet en verduidelijkt dat inschrijvers niet verplicht zijn om een kort geding procedure te starten voorafgaand aan de inschrijvingsdatum, mits ze zich voldoende proactief hebben opgesteld in de procedure. Het is dan voor rekening en risico van aanbestedende diensten als zij beslissen een vraag niet te beantwoorden of een klacht niet te behandelen. Dit geldt eens te meer als een gespecialiseerde en kritischere aanbestedingsrechtbank wordt ingesteld, waar een sterke corrigerende werking vanuit gaat, waardoor aanbestedende diensten eerder genegen zijn klachten en vragen serieus te nemen.

III. Gewijzigde rol CvAE

13. Gelet op onze opmerkingen onder I en II, pleiten wij voor afschaffing van klachtenloketten en de CvAE. Als het ministerie ondanks onze bovenstaande opmerkingen toch van mening blijft dat klachtenloketten en de voorgestelde rol van de CvAE de geëigende weg zijn om de rechtsbescherming te verbeteren, dan moet de positie van de CvAE naar onze mening versterkt worden in het Voorstel. De adviezen die de CvAE geeft zijn momenteel niet bindend voor een aanbestedende dienst en dat blijft zo in het Voorstel. Het verschil met de huidige situatie is dat het Voorstel de aanbestedende dienst verplicht om een motivering te verschaffen als de aanbestedende dienst besluit om het advies van de CvAE terzijde te leggen.⁶
14. In de huidige situatie is het al zo dat veel aanbestedende diensten adviezen van de CvAE niet afwachten en de aanbestedingsprocedure voortzetten of het advies negeren als dat advies hen niet bevalt.⁷ Doordat het advies van de CvAE in het Voorstel nog steeds niet-bindend is, is onze verwachting dat die praktijk blijft bestaan, hetgeen wij onwenselijk achten. Daarom pleiten wij er voor om de adviezen van de CvAE bindend te laten zijn voor aanbestedende diensten. De huidige adviezen van de CvAE zijn zo gestructureerd dat die niet altijd concrete handvatten bevatten voor een aanbestedende dienst om de aanbesteding aan te passen. Dat past ook bij de discretionaire ruimte die de aanbestedende dienst heeft om de aanbesteding vorm te geven op de wijze die zij passend acht. Dat maakt het echter wel moeilijker om de adviezen van de CvAE een bindende status te geven, tenzij de CvAE haar adviezen meer als rechterlijke uitspraken gaat structureren en standaard geboden of verboden opneemt voor een aanbestedende dienst, indien een klacht wordt toegewezen.

⁴ Rechtbank Midden-Nederland 14 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3165, r.o. 4.11 en 4.14. Bevestigd door Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, r.o. 3.14-3.16. Rechtbank Den Haag 23 november 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:12718. Rechtbank Noord-Nederland 25 maart 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:872, r.o. 6.8. Anders: Rechtbank Noord-Holland 7 juni 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:5118.

⁵ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Holland 5 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6266.

⁶ Artikel 4.27d lid 2 Voorstel. In zekere zin een codificatie van Rechtbank Den Haag, 7 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13815.

⁷ Dit wordt bevestigd in Kamerstuk 34252 II, nr. 3, Memorie van Toelichting, pag. 9.

15. Een alternatief zou kunnen zijn dat de nieuwe Aanbestedingswet bepaalt dat het de aanbestedende dienst niet is toegestaan om een aanbesteding voort te zetten indien een klacht bij de CvAE slaagt en dat de aanbestedende dienst in beginsel verplicht is om een nieuwe aanbestedingsprocedure te starten om de geconstateerde gebreken te corrigeren. Als de aanbestedende dienst toch de aanbestedingsprocedure in haar oorspronkelijke vorm wil voortzetten, dan moet zij daarvoor verlof vragen van de bevoegde voorzieningenrechter. Op die manier wordt de corrigerende werking van de CvAE versterkt en wordt het initiatief voor een kort geding procedure niet andermaal bij de inschrijver gelegd.

IV. Hoger beroep en vernietigingsgrond

16. Eén van de problemen die in het onderzoek van KWINK is benoemd wordt in het Voorstel niet geadresseerd: “de beperkte mogelijkheden die een ondernemer heeft voor wat betreft het instellen van hoger beroep”.⁸ Een aanbestedende dienst mag na een voor hem positieve uitspraak in kort geding in eerste aanleg op grond van het *Xafax* arrest immers overgaan tot het sluiten van een contract met de winnaar van de aanbesteding.⁹ Slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden kan de overeenkomst tussen de winnende inschrijver en de aanbestedende dienst nog worden aangetast.¹⁰
17. Het ministerie heeft overwogen om een extra vernietigingsgrond toe te voegen. Het wel of niet toevoegen van een vernietigingsgrond (welke vordering in een bodemprocedure moet worden ingesteld) staat wat ons betreft tot op zekere hoogte los van de wenselijkheid van het verruimen van de mogelijkheden voor hoger beroep voor inschrijvers na een verloren kort geding in eerste aanleg. Die verruiming achten wij hoe dan ook wenselijk en die verruiming hoeft helemaal niet tot veel vertraging te leiden: de hoven kennen immers al de vorm van turbospoedappel, waardoor termijnen nog verder kunnen worden verkort dan de termijnen die gelden voor een spoedappel.¹¹
18. Momenteel kan een overeenkomst die niet of incorrect is aanbesteed worden vernietigd op basis van de gronden opgesomd in artikel 4.15 Aanbestedingswet. Het ministerie ziet – vooralsnog – af van het toevoegen van een extra vernietigingsgrond, omdat er ‘ongewenste effecten’ naar voren zijn gekomen in aanloop naar de consultatie,¹² zonder dat duidelijk wordt wat die ongewenste effecten dan zijn, anders dan de zeer summiere omschrijving in de Open Vraag bij de Consultatie en de kamerbrief van 12 januari 2021.¹³ Het ministerie heeft besloten om in de consultatie te vragen hoe betrokken partijen aankijken tegen een extra vernietigingsgrond waarvan de tekst als volgt zou komen te luiden:

⁸ Kamerstuk 34252 II, nr. 3, Memorie van Toelichting, pag. 5.

⁹ HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax*).

¹⁰ Zie artikel 4.15 van de Aanbestedingswet.

¹¹ Landelijk proces voor civiele dagvaardingszaken bij gerechtshoven versie juli 2023, artikel 9.1.12

¹² Kamerstuk 34252 II, nr. 3, Memorie van Toelichting, pag. 8-9.

¹³ Kamerstukken II 2020/21, 34 252, nr. 21.

de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft op zodanige wijze gehandeld dat sprake is van een grove schending van de beginselen, bedoeld in de artikelen 1.8, 1.9, eerste en tweede lid, en 1.10, eerste lid.¹⁴

19. In onze visie zou een dergelijke vernietigingsgrond een terechte aanvulling zijn op de huidige vernietigingsgronden die zich kort gezegd beperken tot een onterecht niet aanbestede overeenkomst of een overeenkomst waarbij de standstill-termijn niet in acht is genomen voor gunning. Daarbij kan het begrip “grove schending van de beginselen” nader worden ingekleurd door in de Memorie van Toelichting voorbeelden op te nemen. Denk dan aan een aanbestedende dienst die zijn inkoopadviseur instrueert om in de beoordeling te sturen op de gunning aan een bepaalde partij; het willens en wetens “toeschrijven” door een aanbestedende dienst naar een bepaalde inschrijver aan de hand van technische specificaties; of een inschrijver die een opdracht bemachtigt door middel van steekpenningen aan de aanbestedende dienst. Het zijn extreme voorbeelden die nu niet altijd binnen het toepassingsbereik van het huidige artikel 4.15 Aanbestedingswet vallen.
20. Wij stellen tevens voor om de “verjaringstermijn” van artikel 4.15 lid 2 sub b van de Aanbestedingswet aan te passen. Op dit moment biedt dat artikel namelijk de mogelijkheid aan aanbestedende diensten om een overeenkomst heimelijk onderhands te gunnen, zes maanden te wachten en vervolgens over te gaan tot uitvoering van de overeenkomst. Wij stellen voor om in plaats daarvan een subjectieve verjaringstermijn te introduceren die lijkt op de figuur van artikel 3:310 BW. Een rechtsvordering tot vernietiging moet worden ingesteld binnen dertig dagen, nadat een partij kennis heeft kunnen nemen van de schending van het aanbestedingsrecht door een aanbestedende dienst die een vernietigingsgrond oplevert onder 4.15 lid 1 Aanbestedingswet. Het is aan de aanbestedende dienst om aan te tonen dat deze verjaringstermijn is gaan lopen. Een dergelijke verjaringstermijn, die in principe gedurende de hele contractperiode kan gelden, achten wij meer proportioneel en sluit bovendien goed aan op de andere twee termijnen van respectievelijk dertig en twintig dagen uit artikel 4.15 lid 2 sub a en artikel 4.16 Aanbestedingswet. Die termijnen kunnen ons inziens worden behouden, mits duidelijk wordt gemaakt dat de rechtvaardiging of motivering van de aankondigingen geen onjuistheden mogen bevatten en zo volledig mogelijk moeten zijn; anders gaan die termijnen niet lopen.
21. Een aantal aanbestedende diensten wijst in reactie op de consultatie op de ernstige gevolgen die vernietiging van een overeenkomst kan hebben om te betogen dat die vernietiging een te vergaand instrument is. Wij kunnen dat betoog niet volgen: een civiele rechter zal altijd een belangenafweging maken voordat hij een vordering toewijst. Bovendien biedt artikel 4.18 van de huidige Aanbestedingswet de rechter al een aanvullende mogelijkheid om op grond van dwingende redenen van algemeen belang een overeenkomst in stand te laten en niet tot vernietiging over te gaan.

¹⁴ Open vraag bij wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden.

V. Het Voorstel: concrete artikelen

22. In dit hoofdstuk gaan wij in op een aantal van de specifieke wetsartikelen van het Voorstel en doen wij voorstellen ter verbetering of aanscherping.

(a.) Geen opschortende termijn bij selectiebeslissingen

23. Selectiebeslissingen zijn beslissingen waarbij één of meerdere inschrijvers of gegadigden worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure of juist worden toegelaten tot een volgende fase (zoals in een niet-openbare procedure). Dergelijke beslissingen vallen onder artikel 2.103 van de Aanbestedingswet. In het Voorstel is artikel 2.103 Aanbestedingswet aangepast, waardoor die selectiebeslissing standaard moet worden gemotiveerd, waar dat voorheen alleen op aanvraag van de afgewezen gegadigde of inschrijver hoefde. Echter, het Voorstel bevat geen opschortende termijn, mocht een afgewezen inschrijver willen klagen tegen de selectiebeslissing. In de praktijk passen aanbestedende diensten vaak een dergelijke termijn vrijwillig toe. In de MvT wordt opgemerkt dat een “wettelijke basis” ontbreekt voor een dergelijke termijn. Dit Voorstel zou een uitgelezen mogelijkheid zijn om die wettelijke basis te creëren en een standaard standstill-termijn te introduceren voor selectiebeslissingen.

(b.) Te beperkte motiveringsplicht 2.130 Aanbestedingswet

24. De Aanbestedingswet verplicht de aanbestedende dienst om gegadigden en inschrijvers in verschillende stadia van de aanbestedingsprocedure te informeren over de beslissingen die zij nemen. Het ministerie heeft vastgesteld dat de informatie die de aanbestedende dienst verstrekt niet altijd leidt tot een helder beeld voor de inschrijver(s).
25. Momenteel wordt er in de rechtspraak verschillend gedacht over de invulling van de motiveringsplicht. Vaak beroept de aanbestedende dienst zich op het standpunt dat haar motivering niet te omvangrijk kan zijn omdat zij anders bedrijfsvertrouwelijke informatie deelt met de verliezende inschrijver. Echter, recente Europese jurisprudentie duidt erop dat een dergelijk beroep niet de motiveringsplicht van een aanbestedende dienst mag uithollen.¹⁵ Het huidige Voorstel scherpt de motiveringsplicht verder aan. In het Voorstel staat benoemd dat de volgende elementen zorgen voor een afdoende motivering van een gunningsbeslissing afdoende zijn. De punten iii en iv, zijn nieuw toegevoegd in het Voorstel:

- Kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving;
- Naam van de winnende partij met wie de raamovereenkomst afgesloten gaat worden;
- De scores van de winnende inschrijving;
- Scores van de eigen inschrijving, inclusief een onderbouwing van die scores.

26. Die toevoegingen zijn stappen in de goede richting, maar de motiveringsplicht zou wat ons betreft op meerdere manieren verder moeten worden aangescherpt. De artikelsgewijze toelichting in de

¹⁵ HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700 (Klaipėdos), r.o. 124.

concept MvT bij artikel 2.130 is zeer summier.¹⁶ De MvT zou meer expliciet kunnen bepalen wat het begrip “relatieve kenmerken en voordelen” omvat. Op dit moment wordt dat begrip door sommige aanbestedende diensten zeer restrictief uitgelegd en wordt volstaan met een herhaling van de standaard tekst die in veel kwalitatieve criteria terugkomt waarin een score wordt gekoppeld aan de mate waarin een inschrijving aansluit bij een bepaald gunningscriterium. Dat is dan vaak een herhaling van de mededeling dat inschrijver X beter scoort dan inschrijver Y op aspect A, maar niet waarom die score beter is.

27. Ook zou meer aandacht moeten worden besteed aan de mate waarin de aanbestedende dienst stukken kan delen met een verliezend inschrijver; niet ieder stuk dat bij inschrijving wordt ingediend is per definitie betrouwbaar, anders dan veel aanbestedende diensten lijken te veronderstellen. Er lijkt in ieder geval geen reden om een inschrijver inzage te weigeren in zijn eigen beoordeling door de beoordelingscommissie, tenzij die beoordeling verwijzingen bevat naar andere vertrouwelijke inschrijvingsstukken, in welk geval die verwijzingen kunnen worden weggelakt.

(c.) Indiener klacht

28. Artikel 4.26a lid 2 van het Voorstel bepaalt dat de volgende specifieke groep een klacht in mag dienen: een gegadigde, een inschrijver, of een rechtspersoon die blijkens zijn statuten de belangen van gegadigden of inschrijvers behartigt. Die “kring van belanghebbenden” is wat ons betreft te klein. Aan die kring zou wat ons betreft moeten worden toegevoegd: i) potentiële inschrijvers en gegadigden en ii) leveranciers/onderaannemers die zelf niet kunnen inschrijven op een aanbesteding, maar die wel een significant aandeel aan producten of diensten (kunnen) leveren aan een partij die wel kan inschrijven.
29. Veel ontwerpklachten gaan juist over de technische eisen en specificaties die een aanbestedende dienst stelt. Als die eisen de kring van potentiële inschrijvers beperkt, dan moet het voor derde partijen wel mogelijk zijn om die beperking ter discussie te stellen, in navolging van een arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 4 juli jl.¹⁷ Het wetsvoorstel zou in dat verband dan wel concrete handvatten moeten bieden om te bepalen wanneer een partij voldoende belang heeft om zich tegen de opzet van een aanbesteding te verzetten, bijvoorbeeld door te bepalen dat een dergelijk belang wordt aangenomen als de partij kan aantonen dat zij een aanzienlijk deel van het totaal aan gevraagde diensten en/of goederen kan leveren.

(d.) Klachttermijnen

30. Het Voorstel beschrijft dat het uitgangspunt van inschrijvers zou moeten zijn “eerst vragen, dan klagen”. Dat laat zich moeilijk verenigen met de minimumklachttermijnen die in artikel 4.26d lid 3 van het Voorstel zijn opgenomen en die dus al kunnen zijn verlopen voor een eerste Nota van inlichtingen is gepubliceerd. Het verdient aanbeveling om aanbestedende diensten aan te

¹⁶ Kamerstuk 34252 II, nr. 3, Memorie van Toelichting, pag. 37.

¹⁷ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 4 juli 2023, ECLI:NL:GHARL:2023:5643.

raden om in ieder geval een klachttermijn te hanteren die verloopt nádat de eerste Nvl is gepubliceerd. Anders zullen inschrijvers zekerheidshalve klachten indienen over aspecten die de aanbestedende dienst misschien best bereid is om aan te passen. Dat lijkt ons onwenselijk.

(e.) Algemeen belang en rol CvAE

31. Artikel 4.27c Aanbestedingswet bepaalt dat de aanbestedende dienst af kan zien van opschorting van de procedure als er een klacht bij de CvAE is ingediend, indien de aanbestedende dienst dwingende reden van algemeen belang aanwezig acht. Wij zijn geen voorstander van deze mogelijkheid: wij achten het moeilijk voorstelbaar dat gedurende een aanbestedingsprocedure situaties ontstaan die zo dringend zijn dat het niet langer proportioneel is om het advies van de CvAE af te wachten, aangezien de CvAE in artikel 4.27a een maximale behandeltermijn van zeventien dagen kent.¹⁸ Als een spoedige gunning van de aanbesteding noodzakelijk is heeft de aanbestedende dienst al mogelijkheden om de verplichtingen uit de Aanbestedingswet te negeren, op basis van de “dwingende spoed” uitzondering van artikel 2.32 Aanbestedingswet, maar dan mag die spoed niet aan de aanbestedende dienst te wijten zijn. Daarom stellen wij voor om artikel 4.27c lid 3 Aanbestedingswet te schrappen in het Voorstel.

VI. Corrigeren van artikel 4.10 Aanbestedingswet met betrekking tot GVA

32. Minder rechtstreeks gerelateerd aan rechtsbescherming, maar wel noodzakelijk gelet op een recente uitspraak van de rechtbank Amsterdam¹⁹ is het aanpassen van artikel 4.10 lid 1 sub c Aanbestedingswet inzake de Gedragsverklaring Aanbesteden (“**GVA**”). De minister van Justitie kan die verklaring momenteel namelijk niet weigeren indien sprake is van een overtreding van artikel 6 lid 1 of artikel 24 van de Mededingingswet, omdat die verklaring alleen geweigerd kan worden als de ACM een dergelijke overtreding als zwaar of zeer zwaar heeft gekwalificeerd. De ACM verricht die kwalificatie echter niet meer, waardoor de minister gedwongen is om een GVA af te geven aan partijen die overtredingen van de Mededingingswet hebben begaan (en hetzelfde geldt voor overtredingen van artikel 101 lid 1 VWEU en artikel 102 VWEU die niet door de Europee Commissie, maar de ACM zijn beboet).²⁰ Dat is een ongewenste ontwikkeling. Nu de Aanbestedingswet toch wordt aangepast met het Voorstel, zou een en ander gecorrigeerd kunnen worden.

¹⁸ Artikel 4.27a, lid 3 en 4 Voorstel.

¹⁹ Rechtbank Amsterdam 22 december 2022, ECLI:NL:RBAMS:2022:8064

²⁰ Zie JAAN 2023/68, met annotatie B. Nijhof.