

In dit document is de reactie van NS, ProRail en TenneT opgenomen op de twee genoemde consultatievragen:

**Vraag 1:** Consultatiereactie op het wetsvoorstel rechtsbescherming; en

**Vraag 2:** Consultatiereactie op de vraag naar visie op eventueel toevoegen extra vernietigingsgrond.

## VRAAG 1 – REACTIE WETSVORSTEL RECHTSBESCHERMING

### I. Algemeen

Vóór beter aanbesteden en klachtbehandeling, géén noodzaak tot opschortende termijnen en vergaande bureaucrativering

In algemene zin zijn NS, ProRail en TenneT voorstander van om binnen een aanbestedende dienst<sup>1</sup> een klachtenloket – of iets vergelijkbaars – om laagdrempelig klachten te behandelen, te hebben en onderhouden. Eveneens onderstrepen NS, ProRail en TenneT de noodzaak om altijd te blijven kijken wat er beter kan, en zo goed mogelijk aan te besteden. Niet alleen ten behoeve van de marktpartijen, maar juist ook om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren op het gebied van treinreizen, spoorinfrastructuur en energietransport.

Wij herkennen ons dan ook niet in de tegenstelling die de (toelichting bij de) wijzigingen presenteert, waarbij de markt en aanbestedende diensten tegenover elkaar worden geplaatst. Wij zijn overtuigd van de integriteit van aanbestedende diensten en het feit dat zij/wij het zo goed mogelijk willen doen. Dat daarbij desondanks fouten worden gemaakt, staat buiten kijf. Er zijn ons evenwel geen exacte cijfers bekend over de omvang van het totaal aantal klachten, de tevredenheid over de behandeling daarvan en/of het ontbreken van enige reactie op een klacht. Wel zijn wij overtuigd van de integriteit van de behandeling van de klachten door onze eigen diensten en hebben wij geen aanleiding te veronderstellen dat dit bij andere aanbestedende diensten anders zou zijn.

De vraag is daarmee of het middel (het verplicht stellen van een klachtenloket mét opschortende termijnen) opweegt tegen de kwaal (een aanbestedende dienst die niet meegaat in een klacht van een marktpartij over een aanbesteding). Al was het maar omdat uiteindelijk alsnog een kort geding zal volgen als een partij het niet eens is met de uitkomst van de klachtbehandeling door het klachtenloket van de aanbestedende dienst dan wel de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvA) of de daaruit voortvloeiende actie van de aanbestedende dienst. In dat geval is er wel (veel) vertraging voor de aanbestedingsprocedure, maar geen andere uitkomst.

Het vorenstaande weegt extra zwaar doordat het middel van een klachtenregeling met (verplichte) opschorting kan leiden tot een potentiële klachtencarrousel, risicomidend gedrag door aanbestedende diensten en strategisch gedrag van zittende (markt)partijen. Een genoemd verwacht neveneffect is dat door opschortende termijnen een aanbestedingsprocedure langer zal duren. De impact daarvan kan groot zijn en er ook toe leiden dat er voor de tussenperiode (bij het naderen van het einde van het lopende contract) een oplossing moet komen om te overbruggen. Dit alles in een tijd die – zeker ook in de speciale sectoren (gas, vervoer, elektriciteit) – vraagt om innovatiekracht, samenwerking met de markt, snelheid van uitvoering en slagkracht.

Het huidige wetsvoorstel is door alle uitzonderingen, mitsen, maren en termijnen erg ingewikkeld geworden. Het geeft in ieder geval de indruk dat we een probleem oplossen door het creëren van bureaucratie, wat niet per se leidt tot het oplossen van het onderliggende probleem of wantrouwen dat er bestaat. Bovendien leidt het wetsvoorstel ertoe dat er buiten de rechter om nog een nieuwe vorm van 'rechtspraak' ontstaat via de CvA, zonder dezelfde waarborgen als de voorzieningenrechter in kort geding.

---

<sup>1</sup> Voor het gemak wordt de algemene term 'aangebestedende dienst' gebruikt, waarmee in dit document tevens 'speciale sectorbedrijf' wordt bedoeld.

## Wat dan wel?

Het voorstel van NS, ProRail en TenneT is dan ook om weliswaar een klachtenmeldpunt te organiseren in de wet, maar zonder alle verschillende termijnen, procedures, terugverwijzingen en opschortingen. Op die manier kunnen aanbestedende diensten zelf met het proportionaliteitsbeginsel in de hand redelijke termijnen bepalen en zich daaraan conformeren. De bestaande klachtenprocedure van ProRail laat zien dat dit heel goed mogelijk is, en goed functioneert. Wij kunnen ons voorstellen dat (bijvoorbeeld) de VNG en het IPO dit oppakken voor hun achterban en daarmee ook handvatten kunnen geven.

Afgesproken kan worden dat deze wijze na twee jaar wordt geëvalueerd om te zien of dit wel/niet het gewenste effect heeft gehad. Bovendien zou dan ook kwantitatief onderzoek mogelijk zijn naar de hiervoor opgeworpen vraag naar nut en noodzaak van deze regeling. Hoeveel klachten zijn er, hoeveel zijn er gegrond/ongegrond en met welk middel het daadwerkelijke probleem kan worden tegengaan.

## II. Specifieke artikelen

De opmerkingen en vragen van NS, ProRail en TenneT ten aanzien van de bepalingen die worden voorgesteld in het Wetsvoorstel Rechtsbescherming (met de toelichting in de Memorie) worden hierna in oplopende volgorde weergegeven.

- a. Art. 2.130 lid 2: *“Voor de toepassing van het eerste lid worden onder relevante redenen in ieder geval verstaan: a. de scores van de uitgekozen inschrijving, de kenmerken en relatieve voordelen van die inschrijving, alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst”*
  - ➔ Wordt met het onderstreepte deel in art. 2.130 lid 2 bedoeld dat de subscores van de uitgekozen inschrijving ook moeten worden gegeven? Verduidelijking op dit punt zou gezien de jurisprudentie over dit onderwerp wenselijk zijn.
- b. Art. 2.130 lid 2: *“b. in het geval het een mededeling aan een afgewezen inschrijver betreft, de scores van de afgewezen inschrijving, inclusief een onderbouwing van die scores.”*
  - ➔ Dit impliceert, ondanks de kennelijke bedoeling om in sub a, dat geen kenmerken en voordelen v/d winnaar zouden hoeven worden opgenomen. De formulering is daarmee enigszins verwarrend. Om die reden stellen wij voor een onderscheid te maken tussen relevante redenen voor de winnende inschrijver en voor de afgewezen inschrijver, zie voorstel.

Voorstel:

Art. 2.130 lid 2: *“Voor de toepassing van het eerste lid worden onder relevante redenen in het geval het een mededeling aan een winnende inschrijver betreft in ieder geval verstaan: de scores van de uitgekozen inschrijving, inclusief een onderbouwing van die scores.*

Art. 2.130 lid 3: *“Voor de toepassing van het eerste lid worden onder relevante redenen in het geval het een mededeling aan een afgewezen inschrijver betreft in ieder geval verstaan: de scores van de uitgekozen inschrijving, de kenmerken en relatieve voordelen van die inschrijving, alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst en de scores van de afgewezen inschrijving, inclusief een onderbouwing van die scores.*

- c. Art. 4.26a lid 3: *“3. Het klachtenloket behandelt in ieder geval klachten over: a. de door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gestelde eisen, voorwaarden, criteria of andere aspecten van de inrichting van de procedure; b. de afwijzing of uitsluiting van de betrokken gegadigde of inschrijver of de gunningsbeslissing”*

Para. 3.2.3 MvT: “Indien een ondernemer niet tijdig klaagt, dan kan deze nog steeds terecht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst en rust op de aanbestedende dienst nog steeds de plicht tot klachtafhandeling. Er is dan alleen geen sprake van een wettelijke verlenging.”

Para. 3.3.2 MvT: “Indien een ondernemer niet tijdig een klacht indient over een gunningsbeslissing (conform de termijn uit het voorgestelde artikel 4.26h), rust op de aanbestedende dienst nog steeds de verplichting om de klacht af te handelen, maar geschiedt de onderbreking van de standstill-termijn niet van rechtswege. De aanbestedende dienst beslist in dat geval zelf over het al dan niet onderbreken van de standstill-termijn.”

Para. 3.3.3 MvT: “Vandaar dat ook deze procedures zijn uitgezonderd van de onderbreking uit het voorgestelde artikel 4.26h. Ook hier geldt dat ondernemers wel een klacht kunnen indienen over gunningsbeslissingen bij dit soort procedures. De aanbestedende dienst dient deze klachten op basis van artikel 4.26a wel te behandelen.”

Para 3.3.4 MvT: “Doordat er geen wettelijke standstill-termijn is, ontbreekt de wettelijke basis om een onderbreking te regelen voor de afhandeling van klachten over gunningsbeslissingen bij dergelijke procedures. Ondernemers kunnen echter wel een klacht indienen over gunningsbeslissingen bij dit soort procedures. De aanbestedende dienst dient deze klachten op basis van artikel 4.26a wel te behandelen.”

➔ Wat is de grens van de verplichting van art. 4.26a voor aanbestedende diensten om klachten in behandeling te nemen? Uit de MvT blijkt dat de aanbestedende dienst ook klachten moet behandelen die niet tijdig zijn ingediend dan wel die betrekking hebben op procedures waarvoor geen onderbreking van de standstill-termijn wordt voorgesteld. **Tot wanneer geldt de verplichting tot klachtbehandeling**, ook nadat de standstill termijn is verlopen? Er lijkt op dit moment geen tijdslimiet opgenomen, wat vanuit de praktijk bezien wel wenselijk is. In para 3.5.4 MvT wordt ten aanzien van de Commissie van Aanbestedingsexperts genoemd dat een klacht die na de gestelde termijn wordt ingediend in behandeling kan worden genomen. Het verdient voorkeur om dat ook voor het klachtenloket van de aanbestedende dienst te laten gelden en de verplichting tot klachtbehandeling te begrenzen. Als dit anders is – zonder een einddatum, zoals nu het geval lijkt – kan een aanbestedende dienst verplicht zijn om zelfs ver na de aanbesteding nog een klacht te behandelen. Om die reden zou kunnen worden toegevoegd dat een klacht na ommekomst van de opschortende termijn of een oordeel van de voorzieningenrechter niet meer in behandeling hoeft te worden genomen.

- d. Art. 4.26d lid 3: “d. vijftien dagen na de aankondiging van de overheidsopdracht voor klachten in de fase van inschrijving, indien de procedure verloopt in opeenvolgende fasen; of

De formulering van dit artikel lijkt onjuist. Indien de procedure in opeenvolgende fasen verloopt (bijvoorbeeld bij een niet-openbare procedure), lijkt het logischer om de uiterste termijn voor het indienen van een klacht - in de fase van *inschrijving* – te koppelen aan de start van de inschrijvingsfase dan aan het moment van de aankondiging van de opdracht. Volledigheidshalve merken wij daarbij op dat indien ons voorstel wordt overgenomen, ook de tijdslijn op pagina 18 van de Mvt zal moeten worden aangepast.

- e. Art. 4.26d lid 5: “Voor de procedures, bedoeld in artikel 3.59, waarvoor de gestelde termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen gelijk is aan of langer is dan de termijn van dezelfde procedure, bedoeld in artikel 2.71, is het derde lid van overeenkomstige toepassing.”

➔ In de MvT in paragraaf 3.2.5 (zie tabel 2) staan vervolgens de procedures opgesomd met wettelijke minimumtermijnen voor het tijdig indienen van een klacht. Daarin ontbreken de volgende deel 3-opdrachten waarvoor dezelfde wettelijke minimumtermijnen gelden:

- Openbare procedure
- Selectiefase: niet-openbare procedure, onderhandelingsprocedure met aankondiging, concurrentiegerichte dialoog en Innovatiepartnerschap

Waarom zijn deze procedures niet in tabel 2 opgenomen, aangezien op basis van art. 3.59 leden 4 en 5 Aanbestedingswet dezelfde wettelijke minimumtermijnen voor het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving voor bovengenoemde deel 3-opdrachten gelden als voor deel 2-opdrachten?

f. Art. 4.26e lid 2 en art. 4.26f lid 1

→ Op grond van art. 4.26b leden 4 en 5 blijkt dat het Klachtenloket een advies over de klacht geeft en de aanbestedende dienst een beslissing over de klacht neemt. De minimale termijnen voor het indienen van klachten worden vervolgens in art. 4.26e lid 2 en art. 4.26f lid 1 gekoppeld aan de beslissing over de klacht. Voor de duidelijkheid wordt aangeraden om in art. 4.26e lid 2 en art. 4.26f lid 1 **expliciet te maken dat het dus gaat om de beslissing over de klacht zoals genomen door de aanbestedende dienst (en niet het Klachtenloket)**. Er moet voor de minimale termijnen voor het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts dus rekening worden gehouden met de tijd die een aanbestedende dienst/speciale sectorbedrijf meestal nodig zal hebben om gemotiveerd een beslissing over de klacht te nemen en in voorkomend geval naar aanleiding daarvan te nemen maatregelen.

g. 4.26h

→ In dit artikel wordt enkel gesproken van “gunningsbeslissing”. Dit zou wellicht verwarrend kunnen zijn. De opschortende termijn wordt normaalgesproken in acht genomen na de mededeling van de gunningsbeslissing. Wij stellen voor dat te verduidelijken door de volgende formulering te kiezen: *“Een opschortende termijn die de aanbestedende dienst (...) in acht neemt na mededeling van de gunningsbeslissing wordt onderbroken...”*.

h. 4.27a lid 2 onder b: *“de indiener van de klacht de beschikbare informatie aan de Commissie van Aanbestedingsexperts verschaft die van belang is voor de beoordeling van de klacht, waaronder het advies van het klachtenloket en de beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf met de maatregelen; en”*

→ de formulering van 4.27a lid 2 onder b wijkt enigszins af van de formulering van artikel 4.26b lid 4 en 5. Wellicht kan de tekst als volgt worden aangepast: *“de indiener van de klacht de beschikbare informatie aan de Commissie van Aanbestedingsexperts verschaft die van belang is voor de beoordeling van de klacht, waaronder het advies van het klachtenloket, de beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf over de klacht en in voorkomend geval de naar aanleiding van het advies van het klachtenloket genomen maatregelen.”* : “

i. 4.27d lid 1: *“De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf stelt de indiener van de klacht en de Commissie van Aanbestedingsexperts zo spoedig mogelijk schriftelijk in kennis van de beslissing over de klacht naar aanleiding van het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts en van de in voorkomend geval naar aanleiding daarvan genomen maatregelen.”*

→ Uit 4.27d lid 1 volgt dat de Commissie van Aanbestedingsexperts in kennis moet worden gesteld van de beslissing over de klacht en de naar aanleiding daarvan genomen maatregelen. Wij vragen ons af *waarom* de Commissie ook op de hoogte moet worden gesteld van de beslissing van de aanbestedende dienst (en het hervatten van de procedure (4.27f lid c))? Ook in een gerechtelijke procedure behoeft de rechtbank niet op de hoogte te worden gesteld van de eventuele naleving van het vonnis en/of het hervatten van de aanbestedingsprocedure. Dit lijkt een onnodige verzwaring van de administratieve lasten.

### III. Kleinere tekstuele aanpassingen

- Art. 4.26d lid 3 Wetsvoorstel -> sub c-e moet sub a-c zijn.
- Para. 3.2.3 MvT op p. 15 -> verwijzing naar art. 4.27a moet art. 4.27b zijn.

- Para. 3.2.5 MvT op p. 20 -> in tabel 5 wordt voor deel 3-opdrachten verwezen naar de 'mededingingsprocedure met onderhandeling', terwijl deze procedure op basis van art. 3.35 Aanbestedingswet voor deel 3-opdrachten '**onderhandelingsprocedure met aankondiging**' wordt genoemd.
- Para. 3.5.4 MvT op p. 27 -> alle verwijzingen naar paragraaf 3.2.4 in de tekst en in voetnoot 30 moeten paragraaf 3.2.5 zijn.
- Para. 7 MvT op p. 33 -> verwijzingen naar 6.2 en 6.3 moeten 7.2 en 7.3 zijn.
- MvT Artikelsgewijze toelichting bij art. 4.26c op p. 39 -> de verwijzing naar art. 3.60 voor de versnelde procedure bij deel 3-opdrachten moet worden aangepast naar art. 3.60c Aanbestedingswet.

#### **IV. Slotopmerkingen**

Kortom, Het voorstel van NS, ProRail en TenneT is dan ook om weliswaar een klachtenmeldpunt te organiseren in de wet, maar zonder alle verschillende termijnen, procedures, terugverwijzingen en opschortingen.

## VRAAG 2 - Wat vindt u van het toevoegen van deze vernietigingsgrond en ziet u alternatieve oplossingsrichtingen?

### A. Inleiding en samenvatting

Toetsing in hoger beroep is in het huidige stelsel slechts beperkt mogelijk voor ondernemers, omdat in hoger beroep – tenzij de aanbestedende dienst<sup>2</sup> mogelijkheid ziet om de gunning op te schorten – slechts in 3 uitzonderlijke gevallen gunning van de opdracht kan worden afgedwongen. TenneT, NS en ProRail begrijpen de wens van de markt om de mogelijkheden tot verdere rechtsbescherming uit te breiden. Wij zijn echter van mening dat grove schendingen van de aanbestedingsrechtelijke beginselen beter kunnen worden voorkomen met het versterken van de mogelijkheden tot rechtsbescherming *tijdens* de aanbesteding en/of het versterken van de (procedurele) waarborgen in eerste aanleg, dan met het toevoegen van een additionele vernietigingsgrond en het uitbreiden van de mogelijkheden in hoger beroep.

Een extra vernietigingsgrond brengt wat ons betreft – zowel voor de aanbestedende dienst als voor de ondernemer – aanzienlijke nadelen met zich. Nadelen zijn – onder meer – rechtsonzekerheid als gevolg van langere doorlooptijden, discontinuïteit in de dienstverlening en hoge maatschappelijke kosten in geval van vernietiging. Dit terwijl bij de implementatie van de Wira een zorgvuldige belangenafweging heeft plaatsgevonden tussen de belangen van de aanbestedende dienst en de belangen van (bijvoorbeeld) afgewezen inschrijvers. Daarbij komt dat de genoemde nadelen niet opwegen tegen het vermeende voordeel. Wij vragen ons sterk af of een ondernemer wel geholpen is met een extra vernietigingsgrond, omdat vernietiging maximaal tot heraanbesteding leidt en niet tot gunning aan de nummer 2. Tot slot is de vernietigingsgrond dermate ruim geformuleerd dat in potentie elke schending van de aanbestedingsrechtelijke beginselen hieronder valt. Het is aan de rechter om het begrip ‘groeve schending’ in te kaderen, maar dit leidt tot langdurige rechtsonzekerheid. Hieronder lichten wij ons standpunt nader toe.

### B. Historisch perspectief; zorgvuldige belangenafweging

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat bij de implementatie van de herziene Rechtsbeschermingsrichtlijn (2007/66/EG) door middel van de Wet implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira) een zorgvuldige afweging is gemaakt tussen de belangen van de aanbestedende dienst en de belangen van de (bijvoorbeeld) afgewezen inschrijver. Uit de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) bij de Wira<sup>3</sup> volgt dat de wetgever uitdrukkelijk heeft gekozen voor het toekennen van opschortende werking aan het kort geding en *niet* aan het hoger beroep/de bodemprocedure vanwege de lange duur van de laatste:

*“(…) In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om aan het aanhangig maken van een kort geding de opschortende werking te verlenen totdat de rechter een uitspraak heeft gedaan over de voorlopige maatregelen. Wordt tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter hoger beroep aangetekend, dan heeft dit **alleen opschortende werking indien dit in het vonnis is bepaald**. In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om geen schorsende werking toe te kennen aan een bodemprocedure. In een bodemprocedure duurt het gemiddeld achttien maanden tot een uitspraak in eerste aanleg. Het toekennen van schorsende werking zou daardoor een aantal nadelen kennen. Het zou leiden tot een onwenselijk lange opschorting van de overeenkomst. De rechtsonzekerheid omtrent de aanbesteding zou enkele maanden duren. Een en ander strookt niet met de gewenste snelheid van de procedure. (…)*”

Na de uitspraak in kort geding mag de aanbestedende dienst de overeenkomst dus sluiten met de winnende inschrijver, mits het vonnis zich daar niet tegen verzet.

<sup>2</sup> Ten behoeve van de leesbaarheid van deze reactie wordt de algemene term ‘aanbestedende dienst’ gebruikt, waarmee in dit document tevens ‘speciale sectorbedrijf’ wordt bedoeld.

<sup>3</sup> In artikel 7 op p. 18/19.

In het stelsel van de Wira ligt besloten dat indien de overeenkomst daadwerkelijk is gesloten, in hoger beroep een ander, veel beperkter beoordelingskader geldt dan in eerste aanleg. Het Hof Den Haag overweegt daarover als volgt:

*“Blijkens de Memorie van toelichting (hierna: (MvT) bij het desbetreffende wetsvoorstel (Kamerstukken 2008-2009, 32 027, nr. 3) is met de Wira in navolging van de desbetreffende Europese richtlijn beoogd een definitieve regeling van de rechtsbescherming in aanbestedingszaken te geven en daarbij een evenwicht aan te brengen tussen de belangen van de aanbesteder die na een zorgvuldige selectieprocedure zo snel mogelijk een overeenkomst wil kunnen sluiten met de ‘winnende’ inschrijver, en de belangen van de ‘verliezende’ inschrijver die meent onjuist behandeld te zijn. De verliezende inschrijver wordt daarom een redelijke termijn (15 dagen) gegeven om in kort geding de bescherming van de rechter in te roepen, welke termijn, indien de verliezende inschrijver inderdaad rechtsmaatregelen neemt, wordt verlengd tot de uitspraak van die rechter.*

(...)

*Wordt deze overeenkomst gesloten, dan treedt daarmee de tweede fase van de in de Wira geregelde rechtsbescherming in: de verliezende inschrijver kan in een bodemgeschil op een van de drie in artikel 8 lid 1 genoemde gronden de vernietiging van de gesloten overeenkomst vorderen. Wanneer na de uitspraak van de voorzieningenrechter in eerste aanleg als resultaat van een gunningsbeslissing een overeenkomst gesloten is, komt in hoger beroep een andere rechtsvraag voor te liggen dan in eerste aanleg voorlag. Ingrijpen in de (voorgenomen) gunningsbeslissing is dan niet meer aan de orde, alleen de vraag of ingegrepen kan en moet worden in de intussen al gesloten overeenkomst behoeft dan beantwoording. In het stelsel van de Wira ligt besloten dat door het hof dan in beginsel, behoudens de hierna te bespreken uitzonderingen, nog slechts een ordemaatregel opgelegd kan worden wanneer de verliezende inschrijver gesteld en aannemelijk gemaakt heeft dat die overeenkomst naar redelijke verwachting op een van de drie genoemde gronden vernietigd zal worden in een bodemgeschil.”<sup>4</sup>*

Met andere woorden, destijds is een zorgvuldige afweging gemaakt tussen de belangen van de aanbestedende dienst en de belangen van de (bijvoorbeeld) afgewezen inschrijver(s). Ons inziens is er geen aanleiding om die belangenafweging nu anders te laten uitvallen. De voordelen van de voorgestelde oplossingsrichting wegen naar onze mening niet op tegen de nadelen daarvan. De redenen voor dit standpunt lichten wij hierna toe.

## C. Nadelen huidige voorgestelde oplossing

### C.1. Beoogde resultaat wordt niet bereikt

Zoals hiervoor aangegeven begrijpen wij de wens tot een mogelijke versterking van de rechtsbescherming voor inschrijvers. Als wij het omschreven doel goed begrijpen is er ontevredenheid bij de markt over de uitkomst van een kort geding en bestaat het idee dat het nodig moet zijn hiertegen in hoger beroep te komen en de opdracht nog te verwerven. De voorgestelde regeling bereikt dat doel niet en leidt volgens ons juist tot een verslechtering van de positie van inschrijvers en het risico dat juist zittende partijen profiteren. Tot slot is de voorgestelde regeling een heel zwaar middel, voor een zeer klein aantal gevallen.

Als opmerking vooraf willen wij ook graag aangeven dat een “grove schending van het aanbestedingsrecht” ook heel goed door een inschrijver kan zijn veroorzaakt, bijvoorbeeld als informatie om geldigheid van een inschrijving te beoordelen is achtergehouden en dus volstrekt buiten de schuld of het (mede)weten van de aanbestedende dienst plaatsvindt. In het voorliggende idee lijkt door te schemeren dat er altijd sprake zou zijn van een kwade opzet bij een aanbestedende dienst, maar tegen die indruk willen wij in algemene zin graag ageren.

<sup>4</sup> Hof den Haag, 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4365, r.o. 2.6.1.

## Vernietiging leidt niet tot gunning aan nummer 2<sup>5</sup>, maar tot heraanbesteding

Wij vinden het belangrijk om te benadrukken dat de aanbestedingsfase eindigt na de definitieve gunning. Dit betekent dat een toevoeging van een hogerberoepsgrond niet leidt tot gunning aan de afgewezen inschrijver, maar men terugvalt in een situatie waarin de aanbestedende dienst een behoefte heeft die door de markt moet worden ingevuld. In dat geval is dus een nieuwe aanbesteding noodzakelijk (zie bijvoorbeeld: Vزر. Rb. Den Haag 24 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV1638). De afgewezen inschrijver krijgt hiermee enkel een nieuwe kans op de opdracht maar niet de opdracht zelf.

## Risico op vernietiging leidt tot risicomijdend gedrag aanbestedende diensten

Wij voorzien dat het risico op vernietiging ertoe zal leiden dat aanbestedende diensten meer risicomijdend worden en mogelijk (zelfs) contractuele waarborgen inbouwen voor het geval een dergelijk geval zich voordoet. In die zin zal een regeling als de onderhavige eerder leiden tot een verdergaande bureaucratisering, minder openheid en verslechterde positie van inschrijvers dan een verbetering daarvan.

## Ordemaatregel leidt tot verlenging contracten met zittende partijen (zeker bij opdrachten die een implementatieperiode kennen)

Zoals hierna ook zal worden toegelicht verdwijnt de behoefte aan de aanbestede opdracht niet, dat betekent dat vaak gedurende een ordemaatregel een tijdelijke overeenkomst moet worden gesloten. Vaak zal deze terecht komen bij de zittende partij, om te voorkomen dat dubbele implementatietijd/-kosten moeten worden gemaakt en om te voorkomen dat in feite een voorschot wordt genomen op de uitkomst van de procedure. Dit maakt dat vooral een zittende partij voordeel zal hebben bij een vertraging in de aanbestedingsprocedure als gevolg van een toegevoegde vernietigingsgrond.

## Vernietiging leidt niet tot afrekening conform bestaande regelingen in boek 7 of UAV(-GC)

Voor de partij die de opdracht heeft gewonnen, leidt het voorstel bovendien tot een aanzienlijk economisch risico. Immers, als op een later moment tot vernietiging wordt overgegaan, blijft (ook) deze marktpartij met lege handen achter. Het is precies dit belang dat ook aan de orde is geweest bij de eerder aangehaalde wetsgeschiedenis en waarin destijds een afweging is gemaakt om de opschorting na het kort geding in eerste aanleg te laten eindigen; juist ter voorkoming van rechtsonzekerheid.

### C.2. Langere doorlooptijd

Daarnaast zorgt de nu voorgestelde oplossing ervoor dat de doorlooptijd veel langer kan worden en partijen daardoor onnodig lang in rechtsonzekerheid verkeren.

Het gevolg van het toevoegen van een aanvullende vernietigingsgrond is dat de rechter in eerste aanleg of in hoger beroep (zoals overwogen in voornoemde uitspraak van het Hof Den Haag) een ordemaatregel kan treffen. Uiteraard is het aan eiser om een ordemaatregel te vorderen, maar dit zal in de regel zijn dat de aanbestedende dienst de overeenkomst niet mag sluiten dan wel geen verdere uitvoering mag geven aan de reeds gesloten overeenkomst totdat in hoger beroep dan wel een bodemprocedure-uitspraak is gedaan. Na deze ordemaatregel moet door eiser hoger beroep worden ingesteld en/of een bodemprocedure worden opgestart. Uitgaande van de bij de in MvT bij de Wira genoemde termijn van 18 maanden duurt het dan alsnog 18 maanden voordat er een eerste uitspraak komt over de vraag of de overeenkomst wordt vernietigd. Tegen deze uitspraak staat dan nog hoger beroep en cassatie open. Zelfs bij het ontbreken van een opgelegde ordemaatregel in kort geding in eerste aanleg, kan een verruimde vernietigingsmogelijkheid ertoe leiden dat aanbestedende diensten wachten met het definitief gunnen van opdrachten totdat alle termijnen verstreken zijn.

---

<sup>5</sup> Vernietiging resulteert niet in gunning aan de nummer twee tenzij een wachtkamervereenkomst is gesloten. Het sluiten van een wachtkamervereenkomst is echter niet altijd mogelijk/proportioneel o.a. vanwege de lange periode tussen aanbesteding en gunning, zie ook hierna.



### Voor winnende inschrijver & afgewezen inschrijver

Als er geen ordemaatregel wordt gevorderd of die ordemaatregel niet wordt toegewezen, dan kan de winnende inschrijver gedurende de procedure in hoger beroep niet of in ieder geval veel lastiger meedoen aan andere aanbestedingen, omdat de winnaar zijn/haar uitvoeringscapaciteit beschikbaar moet houden voor de uitvoering van de gesloten overeenkomst. Hetzelfde geldt voor de afgewezen inschrijver die in hoger beroep gaat. Bij gunning van de opdracht aan één van beiden zijn zij immers onvoorwaardelijk gehouden tot uitvoering van de betrokken opdracht/overeenkomst.

### Voor aanbestedende dienst/speciale-sectorbedrijf

Ook voor de aanbestedende dienst is een langere doorlooptijd zeer nadelig. Indien er een ordemaatregel is gevorderd en die maatregel is toegewezen, kan de aanbestedende dienst/ geen uitvoering geven aan de overeenkomst. Indien sprake is van doorlopende dienstverlening (zoals bijvoorbeeld bij een storingsdienst) en/of een implementatie- of overgangperiode zal de aanbestedende dienst echter wel een opdrachtnemer nodig hebben voor de tussenliggende periode. De behoefte aan de desbetreffende dienst, levering of werk verdwijnt immers niet met het uitspreken van de ordemaatregel.

Zolang de overeenkomst niet daadwerkelijk is vernietigd, maar wel een ordemaatregel is getroffen die verbiedt om verdere uitvoering te geven aan de overeenkomst, ontstaat er een vacuüm voor de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst kan dezelfde opdracht niet opnieuw aanbesteden, maar ook niet uitvoeren<sup>6</sup>. Terwijl de behoefte aan een storingsdienst, leerlingenvervoer of ingenieursdiensten gewoon blijft bestaan en in sommige gevallen zelfs essentieel is om de functie van de desbetreffende aanbestedende dienst uit te voeren.

### Doorlopende dienstverlening en/of een implementatie- of overgangperiode

Veel overeenkomsten van aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven kennen een implementatie- of overgangperiode. Bijvoorbeeld een vrijgavetraject waarin wordt getest of het veilig is om de te leveren producten/diensten in de bestaande infrastructuur te integreren. Ook het inregelen van bijvoorbeeld een storingsdienst kent een implementatieperiode. Bij een overgangperiode kan worden gedacht aan een periode waarin de opdrachtnemer zich kan gaan voorbereiden op uitvoering van de opdracht. Door de implementatie- of overgangperiode wordt geborgd dat doorlopende diensten, leveringen en/of werken ondanks verandering van opdrachtnemer soepel door kunnen lopen.

Die implementatie- of overgangperiode overlapt dan met het einde van de vorige overeenkomst. Indien ten aanzien van de overeenkomst met de oorspronkelijke winnaar in hoger beroep alsnog een ordemaatregel, zoals opschorting van de overeenkomst wordt getroffen, ontstaat voor de aanbestedende dienst een groot probleem. Immers een dergelijke opschorting zal tenminste 18 maanden duren. Dit leidt ertoe dat er geen nieuwe opdrachtnemer klaarstaat op het moment dat de lopende opdracht eindigt. Het gevolg is discontinuïteit. Het niet kunnen verrichten van bijvoorbeeld onderhoud aan spoorinfrastructuur, hoogspanningsinfrastructuur of treinen, leidt vrijwel zeker tot langdurige uitval van diensten die wij als bedrijven aanbieden. Dit betekent concreet dat hoogspannings- en treinverbindingen zullen uitvallen.

De aanbestedende dienst is dan in de praktijk genoodzaakt om vanwege dwingende spoed alsnog een tijdelijke overeenkomst te sluiten met de oorspronkelijke winnaar (of zittende partij) voor de duur van de implementatieperiode/de overbrugging. Het is echter de vraag of dit in alle gevallen mogelijk is. Een overbrugging met de zittende partij zal in de regel wel worden geaccepteerd met een beroep op dwingende spoed. Echter indien de vorige opdrachtnemer de partij is die hoger beroep heeft ingesteld, ligt het minder voor de hand om de overeenkomst te verlengen. In dat geval zal de

<sup>6</sup> Het voorlopig gunningsvoornemen kan niet worden ingetrokken, omdat de ordemaatregel daarop niet kan/mag ingrijpen. Een eventueel reeds gesloten overeenkomst is – ondanks een ordemaatregel – nog steeds rechtsgeldig. De aanbestedende dienst wordt in die gevallen dus gedwongen ofwel te wachten, ofwel de aanbesteding te stoppen en opnieuw aan te besteden, ofwel de overeenkomst op te zeggen. In de laatste twee gevallen zal de opdracht ook wezenlijk moeten worden gewijzigd. Het is maar zeer de vraag of dit laatste mogelijk is, nog los van het risico op een nieuwe procedure door de eerdere winnaar.

aanbestedende dienst er waarschijnlijk de voorkeur aan geven om een tijdelijke overeenkomst te sluiten met de oorspronkelijke winnaar. Een ordemaatregel gaat echter vaak vergezeld van een dwangsom. De discussie kan ontstaan of de nieuwe tijdelijke overeenkomst niet feitelijk een voortzetting is van de gesloten overeenkomst waarover een ordemaatregel is uitgesproken. Dit leidt tot het risico dat de aanbestedende dienst deze overeenkomst enkel kan sluiten met een andere inschrijver tegen enorm hoge kosten.

#### Treinvrije periode / voorziene niet beschikbaarheid / onttrekkingen aan dienstregeling

Specifiek voor ProRail en TenneT geldt dat voor opdrachten die moeten worden gerealiseerd in Treinvrije Periodes (hierna: TVP's) of Voorziene Niet Beschikbaarheid (hierna: VNB) een lange periode van onzekerheid zeer onwenselijk is. De voorbereidingen ten behoeve van de werkzaamheden in die TVP's/VNB starten direct na gunning en nemen vaak maanden in beslag. Je kunt immers niet zomaar de treinen van het spoor halen of geen treinen laten rijden, en eveneens niet zomaar de stroom eraf halen. Voor NS geldt een vergelijkbare situatie in geval van grote moderniseringsprojecten aan treinseries. Een treinserie gaat in een dergelijk geval gedurende een bepaalde periode batchgewijs buiten dienst, binnen welke periode diverse partijen moderniseringsopdrachten moeten uitvoeren aan de serie. Dit gaat gepaard met een complex planningsproces van vrijwel simultaan lopende aanbestedingsprocedures en onttrekkingen van de treinserie aan de dienstregeling.

Als er veel uitstel ontstaat is het in de praktijk niet meer mogelijk om deze kostbare en zeldzame momenten te halen (en dus blijven deze onbenut en komt het werk opnieuw onder op de stapel). Rekening houden met een veel langere doorlooptijd van aanbestedingen is niet reëel, gelet op het complexe planningsproces voor dergelijke TVP's, VNB's en onttrekkingen.

#### Staat areaal / staat bestaande infrastructuur

Daarnaast speelt een rol dat bijvoorbeeld bij (complexe) opdrachten op het gebied van het onderhoud van infrastructuur de staat van onderhoud van de bestaande infrastructuur een rol speelt bij de prijsvorming. Er wordt dan bij aanbesteding informatie meegegeven over de staat van het bestaande areaal/(hoogspannings)station/verbinding, of er mag bijvoorbeeld tijdens de aanbesteding een opname worden gedaan.

De infrastructuur mag dan meestal gedurende de implementatieperiode of gedurende de uitvoering van de overeenkomst, op specificatie worden gebracht. De periode tussen aanbesteding en uitvoering kan bij dergelijke opdrachten niet te lang zijn, omdat de staat van de infrastructuur bij aanbesteding dan niet meer representatief is voor de staat van de infrastructuur bij de start van de opdracht. Bij dergelijke opdrachten kan dus geen rekening worden gehouden met een (te) lange bezwaarperiode.

Bovendien kennen dergelijke opdrachten vaak eveneens een implementatieperiode, waarbinnen gezamenlijke opnames worden gedaan (met de winnaar en de aanbestedende dienst en/of de 'vertrekkende' opdrachtnemer) en/of waarbinnen aanvang wordt gemaakt met het op specificatie brengen van de infrastructuur. Indien de overeenkomst dan alsnog wordt vernietigd, loopt de aanbestedende dienst het risico dat de opdracht niet meer kan worden gegund aan de nummer twee, omdat er dan een te lange periode zit tussen het moment van aanbesteden en het moment van gunnen waardoor de staat van de infrastructuur niet representatief is (vanwege het verstrijken van de tijd). Daarnaast heeft de oorspronkelijke winnaar dan mogelijk al allerlei aanpassingen gedaan aan de infrastructuur, waardoor de aanbieding van de nummer twee niet meer passend is.

### C.3. Hoge maatschappelijke kosten

#### Kosten afwikkeling vernietiging

Behalve de nadelige effecten voor wat betreft de doorlooptijd, brengt een uitgebreidere mogelijkheid tot vernietiging ook enorm hoge kosten met zich die samenhangen met de afwikkeling van die vernietiging. Bij vernietiging geldt immers een verplichting tot het ongedaan maken van de reeds uitgevoerde werkzaamheden. In het voorbeeld van de koop van voertuigen geldt dat de oorspronkelijke winnaar van de aanbestedingsprocedure de voertuigen moet terugnemen en dat de betaalde koopprijs aan de aanbestedende dienst moet worden terugbetaald. Bij een werk leidt dit bijvoorbeeld niet tot afrekening zoals deze bij een opzegging zou hebben plaatsgevonden (grosso

modo: aanneemsom minus bespaarde kosten). Dit kan tot zeer hoge kosten leiden voor de oorspronkelijke winnaar. Bijvoorbeeld indien het op maatgemaakte voertuigen betreft, waarvoor geen andere afnemers te vinden zijn of wanneer ontwikkelingskosten zijn gemaakt die moeten worden terugverdiend over de totale looptijd van de overeenkomst. Deze kosten komen – als gevolg van de vernietiging – voor eigen rekening van de winnende inschrijver. De winnende inschrijver kan deze kosten niet vergoed krijgen op basis van de overeenkomst. Hoewel de wet, bijvoorbeeld in artikel 3:53 BW, enkele uitzonderingen kent, zal de winnende inschrijver toch in de regel behoorlijke kosten dragen. Het is zeer de vraag of de winnende inschrijver deze kosten – bijvoorbeeld op grond van een onrechtmatige daad – op de aanbestedende dienst kan verhalen. In het geval bijvoorbeeld is gegund op basis van een ongeldige aanbieding lijkt dit erg onaannemelijk.

#### C.4. Uitleg van het begrip ‘grove schending’

Daar komt bij dat het begrip ‘grove schending’ van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (zoals vastgelegd in de artikelen 1.8, 1.9 eerste en tweede lid, en 1.10 eerste lid Aanbestedingswet) een breed begrip is. In de jurisprudentie zal moeten worden uitgekristalliseerd wat moet worden verstaan onder een grove schending. Is daar bijvoorbeeld sprake van indien afwijking van de Gids Proportionaliteit onvoldoende is gemotiveerd? En is er sprake van een grove schending van het gelijkheidsbeginsel (artikel 1.8 Aanbestedingswet), indien de inschrijving van de winnende inschrijver achteraf toch ongeldig blijkt?

Met andere woorden, niet alleen de uitleg van het begrip ‘grove schending’ zal in de rechtspraak verder moeten worden uitgekristalliseerd, maar eveneens de uitleg van dat begrip in relatie tot elk van de genoemde beginselen van het aanbestedingsrecht.

Aangezien het aanbestedingsrecht nog veel zogenaamde ‘grijze gebieden’ kent, zal het voor de aanbestedende dienst vooraf lastig zijn om het risico op mogelijke vernietiging in te schatten, met alle gevolgen van dien. Het feit dat het voorstel uitgaat van de veronderstelling dat een professionele voorzieningenrechter die grove schending van de algemene beginselen in eerste aanleg niet heeft kunnen vaststellen, onderstreept bovendien de onzekerheid van een dergelijke inschatting.

Door naar grove schendingen te verwijzen, wordt naar onze mening dus niet geborgd dat aanbestedende diensten en winnende ondernemers niet constant hoeven te vrezen dat reeds gesloten overeenkomsten worden vernietigd. En er dus door aanbestedende diensten mitigerende maatregelen zullen worden getroffen: later gunnen (veel vertraging in grote maatschappelijke thema’s zoals de energietransitie) en contractuele voorzieningen die eenvoudige beëindiging enigszins mogelijk maken.

Kortom, wat ons betreft heeft het creëren van een extra vernietigingsgrond voor grove schendingen van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht te grote maatschappelijke gevolgen zeker als dit wordt afgezet tegen het relatief kleine aantal gevallen waarvoor deze maatregel wordt opgetuigd.

#### **D. Alternatieven**

Hiervoor is duidelijk geworden dat TenneT, NS en ProRail stellig van mening zijn dat de oplossing van het veronderstelde probleem niet ligt in een hoger beroep. De behoefte aan een hoger beroep wordt gevormd door het feit dat een vermeende grove schending van het aanbestedingsrecht niet is opgemerkt door de voorzieningenrechter in eerste aanleg. Hoewel – voor zover ons bekend – geen onderzoek is gedaan naar de mogelijke redenen voor een dergelijke situatie en het aantal keer dat een als zodanig te kwalificeren geval zich voordoet, lijkt het erg aannemelijk dat dit komt door het procesverloop. Het lijkt niet aannemelijk/uitzonderlijk dat een professionele voorzieningenrechter op basis van de juiste feiten een grove schending van het aanbestedingsrecht niet vaststelt.

Naar onze mening zou de oplossing daarom moeten worden gezocht in het versterken van de (processuele) waarborgen *tijdens* de aanbesteding en de rechtsgang in eerste aanleg. Wij zien daarvoor diverse mogelijkheden.

#### D.1. Verbeteren rechtsbescherming tijdens de aanbesteding

Zoals in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel ook wordt onderkend, zijn alle partijen erbij gebaat dat eventuele onvolkomenheden in de aanbesteding zo snel mogelijk worden aangekaart en weggenomen. Door middel van het voorliggende wetsvoorstel worden de mogelijkheden voor rechtsbescherming van ondernemers *tijdens* de aanbesteding aanzienlijk uitgebreid. Door die uitbreiding wordt de kans aanzienlijk verkleind dat grove schendingen van het aanbestedingsrecht tijdens de aanbesteding onopgemerkt blijven.

#### D.2. Verplichte conclusie van antwoord en re- en dupliek

Een belangrijke reden dat een grove schending van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in eerste aanleg onverhoopt niet wordt vastgesteld, kan het gebrek aan informatie zijn waarop een rechter zijn/haar oordeel moet baseren. In sommige aanbestedingskortgedingen komt niet alle relevante informatie (tijdig) op tafel. De afgewezen inschrijver maakt een kort geding aanhangig door middel van het uitbrengen van een dagvaarding. Het indienen van een conclusie van antwoord is niet verplicht. Daardoor worden partijen op de zitting soms verrast met nieuwe argumenten. Hoewel nieuwe argumenten in theorie kunnen worden gepareerd met een beroep op de goede procesorde, is dat in de praktijk vaak niet het geval.

De kans dat grove schendingen van het aanbestedingsrecht in een kort geding niet worden vastgesteld, kan dus eveneens worden verkleind door het indienen van een conclusie van antwoord verplicht te stellen, eventueel aangevuld met de mogelijkheid tot re- en dupliek. Een dergelijke verplichte schriftelijke ronde hoeft geen vertraging tot gevolg te hebben, omdat daarvoor de periode kan worden benut tussen het uitbrengen van de dagvaarding en de mondelinge behandeling (meestal een periode van drie à vier maanden).

#### D.3. Gespecialiseerde rechtbank

Daarnaast zou ervoor kunnen worden gekozen om alle zaken aangaande het aanbestedingsrecht te concentreren bij een of twee rechtbanken. Door specialisatie wordt de kans kleiner dat een grove schending van de beginselen van het aanbestedingsrecht in kort geding niet wordt vastgesteld. Zeker indien de gespecialiseerde rechtbank gebruik gaat maken van een conclusie van antwoord en re- en dupliek. Tevens heeft specialisatie als bijkomend voordeel dat de jurisprudentie eenduidiger wordt (de grijze gebieden afnemen) waardoor de rechtszekerheid van inschrijvende partijen en aanbestedende diensten/speciale-sectorbedrijven eveneens toeneemt.

#### D.4. Spoedbodemprocedure

Het kort geding zou eveneens meer kunnen worden ingekleed als een spoedbodemprocedure zoals de raad van arbitrage in bouwgeschillen kent.<sup>7</sup> Dit biedt de mogelijkheid om in dezelfde – relatief korte – tijd als het kort geding te komen tot een eindoordeel.

---

<sup>7</sup> <https://www.raadvanarbitrage.nl/onze-procedures/spoedbodemprocedure/>.