

Ministerie van Economische Zaken  
Bezuidenhoutseweg 73  
2594 AC DEN HAAG

Postbus 280  
2000 AG Haarlem

Nieuwe Gracht 124  
2011 NM Haarlem

T +31 (0)23 553 02 30  
F +31 (0)23 553 02 60

[www.potjonker.nl](http://www.potjonker.nl)

Datum : 28 september 2023  
Van : O.L. van der Pol en B.J.H. Blaisse-Verkooijen, advocaten  
Onze ref : D108008  
E-mail : [blaisse@potjonker.nl](mailto:blaisse@potjonker.nl) / [vanderpol@potjonker.nl](mailto:vanderpol@potjonker.nl)

Geachte dames en heren,

Door middel van dit schrijven wensen wij te reageren op het Wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden.

1. In algemene zin willen wij vooropstellen dat het wetsvoorstel een vooruitgang inhoudt. Met dit voorstel wordt een laagdrempelige (verplichte) klachtenprocedure in het leven geroepen. Hier hebben betrokkenen bij aanbestedingen baat bij. Niettemin menen we dat het wetsvoorstel op punten nog aangescherpt kan worden. In dat verband hebben wij deze reactie opgesteld.
2. Deze reactie is opgebouwd uit twee delen. Deel 1 is een reactie op het wetsvoorstel, waarin per artikel (waar nodig) een reactie wordt gegeven. Deel 2 is een reactie op de gestelde open vraag.

#### DEEL 1 – Reactie Wetsvoorstel

##### *Termijnen voor het indienen van klachten – artikel 4.26d derde lid*

3. In het wetsvoorstel is in artikel 4.27b een aantal minimumtermijnen opgenomen, te weten:

- a. tien dagen na aankondiging van de overheidsopdracht voor klachten in de fase van het indienen van de verzoeken tot deelneming;
  - b. vijftien dagen na de aankondiging van de overheidsopdracht voor klachten in de fase van inschrijving, indien de procedure verloopt in opeenvolgende fasen; of
  - c. twintig dagen na de aankondiging van de overheidsopdracht voor klachten in de fase van inschrijving, indien de procedure niet verloopt in opeenvolgende fasen.
4. In de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel is hieraan het algemene uitgangspunt 'eerst vragen, dan klagen' toegevoegd. Alhoewel uitdrukkelijk in de toelichting is opgenomen dat het geen vereiste is dat eerst een vraag wordt gesteld, menen wij wel dat dat het uitgangspunt zou moeten zijn. In algemene zin is vaak pas na de Nota van Inlichtingen, en in veel gevallen zelfs pas na een tweede Nota van Inlichtingen, duidelijk of sprake is van een situatie die een klacht rechtvaardigt.
5. Om te voorkomen dat er veelvuldig, en achteraf bezien zelfs onnodig, geklaagd wordt bij het klachtenloket, geven wij u in overweging om 4.26 lid 3 aan te passen. In plaats van het huidige voorstel stellen wij voor de tekst van artikel 4.26d lid 3 te vervangen met de volgende regeling:

*"Voor de procedures, bedoeld in artikel 2.71 eerste, tweede, derde of vierde lid, eindigt de termijn niet eerder dan vijf dagen na verzending van de nota van inlichtingen als bedoeld in artikel 2.53 lid 2, dan wel, indien van toepassing, niet eerder dan vijf dagen na verzending van een tweede nota van inlichtingen.*

6. Het voordeel van deze bepaling is tweeledig: ten eerste is sprake van een uniforme toepassing van de termijn voor alle verschillende procedures. Dit voorkomt dat steeds per soort aanbestedingsprocedure nagegaan moet worden of er een minimumtermijn van tien, vijftien of twintig dagen toegepast moet worden. Daarnaast kunnen hierdoor mogelijk veel klachten voorkomen worden, omdat deze al in de Nota van Inlichtingen worden ondervangen.

#### **Bekendmaking advies en besluit klachtenloket – artikel 4.26b lid 4 en lid 5**

7. In artikel 4.26b lid 4 staat opgenomen dat de aanbestedende dienst en klager zo spoedig mogelijk op de hoogte worden gesteld van het advies van het klachtenloket op de klacht. De inschrijver wordt op grond van lid 5 vervolgens op de hoogte gesteld van het besluit van de aanbestedende dienst naar aanleiding van dat advies.
8. De overige betrokkenen bij de aanbesteding<sup>1</sup> worden uitsluitend op de hoogte gesteld van eventueel genomen maatregelen. In het kader van de transparantie

---

<sup>1</sup> NB: in onze brief spreken wij van betrokkenen bij de aanbesteding. Het wetsvoorstel past de begrippen "gegadigde" en "inschrijver" toe. Dat lijkt niet juist omdat waar het om ontwerpklachten

verdient het echter de voorkeur om ook het advies van het klachtenloket en het besluit naar aanleiding van de klacht aan alle partijen ter beschikking te stellen, en dit in het wetsvoorstel als plicht op te nemen.

9. Voor zover nodig kunnen bedrijfsgevoelige gegevens zoals opgenomen in het advies op grond van artikel 2.57 Aw onleesbaar worden gemaakt.
10. Ten slotte merken wij op dat er in het wetsvoorstel geen rekening lijkt gehouden met de positie van derden als gevolg van een besluit van een aanbestedende dienst. Indien een aanbestedende dienst maatregelen treft op grond van een klacht, wordt een derde daar op zeer korte termijn voorafgaand aan de uiterste termijn voor het indienen van een inschrijving of verzoek tot deelneming mee geconfronteerd.
11. In dat verband ligt het hoe dan ook in de rede om het voor overige betrokkenen mogelijk te maken om te klagen over de door de aanbestedende dienst genomen maatregelen. In het huidige wetsvoorstel zal dit uitsluitend mogelijk zijn indien de termijn om te klagen bij het klachtenloket, niet reeds is verstreken. De wet voorziet niet in een mogelijkheid om te klagen over de genomen maatregelen in het geval die termijn reeds is verstreken, terwijl de genomen maatregelen verstrekkende gevolgen kunnen hebben voor overige deelnemers. Naar onze mening is het logisch om dan direct een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (de "CvAE") mogelijk te maken. Dit voorkomt dat de overige betrokkenen *eerst* naar het klachtenloket (terug)moeten en de aanbestedingsprocedure zo nog meer vertraging ontstaat. Daarnaast is het ook nog eens mogelijk dat de eerste klager zelf ook een klacht indient bij de CvAE (naar aanleiding van het besluit van de aanbestedende dienst of de door hem getroffen maatregelen). De klachten kunnen dan gelijktijdig c.q. gevoegd worden behandeld.

#### Afwijken van advies – artikel. Artikel 4.26b lid 6 en 4.27d lid 2

12. In het wetsvoorstel is opgenomen dat de aanbestedende dienst motiveert indien wordt afgeweken van het advies van het klachtenloket (artikel 4.26b lid 6), of de CvAE (artikel 4.27d lid 2).
13. In de memorie van toelichting is daaraan toegevoegd dat dit uitsluitend in uitzonderlijke gevallen mogelijk dient te zijn, en dat het besluit tot afwijken "grondig" moet worden gemotiveerd.<sup>2</sup> Het uitgangspunt dat de aanbestedende

---

gaat een partij veelal nog geen verzoek tot deelname en in ieder geval geen inschrijving heeft gedaan.

<sup>2</sup> Onder meer pagina 14.

dienst de adviezen dient op te volgen, moet wat ons betreft in de wet geëxpliceerd worden. De wettekst kan als volgt komen te luiden:<sup>3</sup>

*“De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf volgt het advies van het klachtenloket, tenzij dit volgens de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf wegens zwaarwegende redenen niet mogelijk is. In dat geval motiveert de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit grondig in de beslissing over de klacht.”*

14. Wat ons betreft zou bovendien – gelet op het uitgangspunt dat afwijken van het advies een uitzonderlijke situatie behoort te blijven – in de Memorie van Toelichting meer handen en voeten geven moeten worden aan de motiveringseisen. Zo lijkt het ons onaanvaardbaar dat een aanbestedende dienst bij een geconstateerde, evidente schending van het aanbestedingsrecht alsnog afwijkt van het advies van het klachtenloket of van de CvAE. De rechter zou deze motivering bovendien “vol” moeten kunnen toetsen (en dus niet slechts marginaal).

**Hervatten van procedure indien de CvAE geen advies geeft binnen twee weken – 4.27c lid 4**

15. Het wetsvoorstel gaat ervan uit dat de CvAE twee weken heeft om een advies uit te brengen. Als dit niet lukt, kan de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure voortzetten. Volgens de memorie van toelichting voorkomt dit “onnodige vertraging” van de aanbestedingsprocedure.
16. Met deze bepaling wordt echter het risico genomen dat de gang naar de CvAE weinig zin heeft. Het komt onder de huidige stand van zaken geregeld voor dat de CvAE niet binnen veertien dagen beslist. Uit de negende voortgangsrapportage van de CvAE over 2022 blijkt dat er in de betreffende verslagperiode slechts dertig klachten zijn ingediend. De gemiddelde behandeltijd in het geval van spoed betrof 28 dagen, en zelfs 89 dagen in geval van zogenoemde “nakaartklachten”.<sup>4</sup> De memorie van toelichting bij het wetsvoorstel vermeldt dat er ongeveer honderd klachten per jaar verwacht worden bij de CvAE. Dit lijkt veel te laag ingeschat. Maar zelfs bij een toename van dertig tot honderd klachten per jaar, lijkt een doorlooptijd van twee weken – op basis van de huidige bezetting en de huidige doorlooptijden – hoe dan ook niet realistisch. Voor zover de bezetting bij de CvAE dus niet verhoogd wordt – de toelichting is hier niet duidelijk over – valt te verwachten dat de termijn van veertien dagen veelvuldig niet gehaald zal worden. Het risico is dan dat partijen met regelmaat inspanning verrichten voor een klacht, maar dat het advies in de

<sup>3</sup> Ter illustratie volgt een alternatief voorstel voor artikel 4.26b lid 6. Voor artikel 4.27d lid 2 geldt (mutatis mutandis) hetzelfde.

<sup>4</sup> <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/documenten/jaarverslagen/2022/06/03/9e-periodieke-rapportage-van-de-commissie-van-aanbestedingsexperts>

praktijk te laat zal komen. Dat zal de gang naar de CvAE mogelijk aanzienlijk minder effectief maken.

17. In dat verband verdient het in onze optiek sterk de voorkeur om artikel 4.27c lid 4 aan te passen door: (i) de adviestermijn te verlengen tot vier weken, en/of (ii) de aanbestedende dienst te verplichten – indien niet besloten wordt de procedure te verlengen – om te motiveren waarom het advies van de CvAE niet afgewacht kan worden.

#### Advies en beslissing op advies CvAE 4.27d lid 1

18. In artikel 4.27d lid 1 is opgenomen dat de indiener van de klacht zo snel mogelijk kennis neemt van de beslissing naar aanleiding van de klacht en (op basis van) het advies van de CvAE. De overige betrokkenen worden uitsluitend op de hoogte gesteld van eventueel genomen maatregelen. In het kader van de transparantie verdient het echter ook hier de voorkeur om de wettekst aan te passen zodat ook het advies van de CvAE en het besluit van de aanbestedende dienst aan alle partijen ter beschikking wordt gesteld.

#### Termijn na beslissing op advies CvAE – 4.27e

19. Op grond van artikel 4.27e Aw geldt dat minimaal vijf dagen moeten resteren na de verzending van de beslissing over de klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts ("CvAE") en de uiterste datum voor het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving.
20. Onder omstandigheden kan het namelijk noodzakelijk zijn dat een betrokkene een kort geding start voorafgaand aan de termijn voor het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving. De voornoemde termijn van vijf dagen is te kort om een kort geding voor te bereiden en (door middel van een dagvaarding) in te leiden. Wij pleiten er dan ook voor om de termijn van vijf dagen tussen de beslissing over een klacht en de uiterste datum voor het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving, te verlengen tot minimaal zeven dagen.

**NB.** wij menen dat een termijn van vijf dagen hoe dan ook onaanvaardbaar en disproportioneel is indien een aanbestedende dienst bevoegd blijft om strenge rechtsverwerkingsclausules toe te passen, op grond waarvan betrokkenen op straffe van verval van recht verplicht zijn om voorafgaand aan de sluitingstermijn een kort geding te starten. In deel 2 van deze reactie pleiten wij voor een verbod op dergelijke strenge rechtsverwerkingsclausules.

21. Tot slot valt op dat in het wetsvoorstel niets geregeld is voor de situatie waarin de CvAE er niet in slaagt om tijdig binnen twee weken te adviseren, zie artikel 4.27e. Wij menen dat ook in die situatie aan alle deelnemers een minimale termijn zou moeten worden gegund om eventuele rechtsmaatregelen te treffen.

## DEEL 2 – Reactie open vraag

22. Wij menen dat het verruimen van de vernietigingsgrond zoals voorgesteld voor de praktijk niet wenselijk is. Het vergroot de onzekerheid in de praktijk, zeker omdat het voorstel uitgaat van een relatief vage norm ("grove schending" van de beginselen van het aanbestedingsrecht). Voor de winnaar van een aanbesteding kan een dergelijke vernietiging veel schade met zich brengen, terwijl deze partij zal in de regel weinig tot niets kunnen doen om een "grove schending" van de beginselen van het aanbestedingsrecht te voorkomen. Zo zal de winnaar al het nodige materieel en/of personeel hebben ingezet of klaargestoomd voor de opdracht. Vernietiging van de overeenkomst kan dus stevige gevolgen hebben, die zich in een vordering tot schadevergoeding kunnen vertalen. Wat ons betreft is dat onwenselijk.
23. Voor zover de voorgestelde vernietiging in de wet wordt opgenomen dan zouden wij in ieder geval willen pleiten voor een vorm van relativiteit, op grond waarvan alleen een benadeelde partij aanspraak kan maken op de vernietiging. Eventueel zou daarbij ook nog betrokken kunnen worden of de winnende partij daadwerkelijk voordeel heeft genoten als gevolg van de (vermeende) schending van het aanbestedingsrecht.<sup>5</sup> Dit voorkomt dat *elke* partij de vernietiging van een aanbestede overeenkomst kan vorderen.
24. Verder zou in dat geval ook toegelicht moeten worden wat volgens de wetgever kwalificeert als "grove" schendingen van de beginselen van het aanbestedingsrecht.
25. Los van het voorgaande menen wij dat voor het opheffen van de disbalans tussen een aanbesteder en participant ook betere alternatieven bestaan, zoals het invoeren van een wettelijk verbod op strenge rechtsverwerkingsclausules.
26. In de praktijk nemen aanbestedende diensten met regelmaat een vervaltermijn in de aanbestedingsstukken op, die inhoudt dat van inschrijvers een proactieve houding wordt verwacht, en dat zij eventuele bezwaren uiterlijk voor de sluiting van de inschrijvingstermijn kenbaar dienen te maken. Het komt voor dat aan een dergelijke bepaling is toegevoegd dat inschrijvers op straffe van verval van recht voorafgaand aan de sluitingstermijn een kort geding aanhangig dienen te maken indien een

---

<sup>5</sup> Hierbij kan bijvoorbeeld een voorwaarde gesteld worden naar analogie van het leerstuk van hypothetisch rechtmatige besluit zoals dat geldt in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. De toets is dan of een ander gunningsbesluit of selectiebesluit zou zijn genomen indien de grove schending van de beginselen van het aanbestedingsrecht niet had plaatsgevonden, en zo ja, of dit tot een andere winnaar of geselecteerde ondernemer had geleid.

eventueel bezwaar niet tot een bevredigende reactie van de aanbestedende dienst heeft geleid.

27. Deze rechtsverwerkingsclausules brengen de nodige dilemma's met zich mee voor betrokkenen bij de aanbesteding. Zij dienen dan immers tegen een aanbestedende dienst in rechte op te treden, terwijl de aanbieding nog beoordeeld moet worden én de eventuele samenwerking nog moet starten. Daar komt bij dat het voeren van een juridische procedure erg kostbaar is, terwijl op dat moment nog verre van duidelijk is of zij de opdracht kunnen verkrijgen. De aanbestedingsprocedure op deze wijze onnodig gejuridificeerd. In onze optiek hebben sommige rechters dan ook terecht dergelijke vervalbedingen onaanvaardbaar geacht.<sup>6</sup>
28. Wat ons betreft is dit wetsvoorstel dan ook een uitgelezen kans voor de wetgever om hieraan paal en perk te stellen. Daartoe zou in het wetsvoorstel bepaald kunnen worden dat de Grossmann-doctrine niet zover mag worden doorgevoerd dat een deelnemer die diens bezwaren tijdig kenbaar heeft gemaakt wordt verplicht om op straffe van verval van recht voor sluiting van de inschrijftermijn een kort geding aanhangig te maken.
29. Dit verbod op strenge rechtsverwerking pas ook goed bij het doel van de wet zoals verwoord in paragraaf 2.3 van de Memorie van Toelichting. De wet streeft immers *"naar een situatie waarin de belangen van aanbestedende diensten en ondernemers in balans zijn en waarin de rolverdeling tussen aanbestedende diensten, klachtenloketten, de Commissie van Aanbestedingsexperts en de rechterlijke macht op de verschillende momenten in een aanbestedingsprocedure duidelijk is."*<sup>7</sup> Het past niet dat een aanbestedende dienst vervolgens eenzijdig de voorwaarde stelt dat betrokkenen een kort geding moeten starten voor de uiterste termijn van inschrijving en/of het moment van verzoek tot deelname. Dit doorkruist het doel en de strekking van het wetsvoorstel, en brengt opnieuw een disbalans in de verhoudingen tussen partijen.
30. Ten slotte menen wij dat ook nog dat de volgende alternatieven bestaan om de disbalans tussen een aanbesteder en participant op te heffen:
  - het invoeren van een mogelijkheid van turbo (spoed) appel voor aanbestedingszaken, waarbij voorts wordt bepaald dat een aanbestedende dienst geen overeenkomst kan sluiten tot het turbo (spoed) appel is afgerond. Een dergelijke procedure kan in zeer korte termijn afgerond worden en leidt tot nauwelijks meer vertraging. Eventueel zou ervoor geopteerd kunnen worden om voorwaarden te verbinden aan het turbo (spoed) appel, zoals:

<sup>6</sup> Zie bijvoorbeeld: ECLI:NL:RBMNE:2021:3165, ECLI:NL:RBNHO:2023:6266. Zie verder ook: TBR 2022/34 (met noot O.L. van der Pol, B.J.H. Blaisse-Verkooijen).

<sup>7</sup> Pagina 9 van de Memorie van Toelichting.

- de situatie dat de eisende partij reeds een klachtenprocedure bij het klachtenloket of de CvAE heeft doorlopen (voor dezelfde klacht als die centraal staat in de kort geding procedure) en dat de eisende partij in die klachtenprocedure in het gelijk is gesteld door het klachtenloket of de CvAE (en de aanbestedende dienst dus redenen heeft gezien om af te wijken van deze adviezen);
  - indien de voorzieningenrechter op grond van een belangenafweging (al dan niet op verzoek) oordeelt dat turbo (spoed) appel mogelijk is. Hierin kan de eventueel noodzaak van de aanbestedende dienst om de nieuwe opdracht op korte termijn in te laten gaan, betrokken worden;
  - eventueel kan het turbo (spoed) appel worden beperkt tot situaties waarin gesteld wordt dat sprake is van grove schendingen van de beginselen van het aanbestedingsrecht.<sup>8</sup>
- de verplichting voor aanbestedende diensten om voorafgaand aan een zitting in kort geding een conclusie van antwoord in te dienen. Dit voorkomt dat de aanbestedende dienst tot de zitting "het kruit droog houdt", en biedt de eiser meer mogelijkheden om zich te verweren tegen stellingen van de aanbestedende dienst. Overwogen zou kunnen worden om ook interveniërende partijen te verplichten voorafgaand aan de zitting een conclusie van antwoord in te dienen;
  - ten slotte geven we de wetgever in overweging om een specialistische rechter aan te wijzen voor aanbestedingsprocedures. Een dergelijke specialistische kamer komt de uniformiteit van beslissingen ten goede. Daarbij komt dat het aanbestedingsrecht een steeds specialistischer (en uitdijend) rechtsgebied is geworden, dat de nodige inhoudelijke kennis vereist om een geschil goed te overzien. Gelijktijdig wordt van een rechter verlangd in kort geding, in een zeer kort tijdsbestek, over geschillen te oordelen. Dit rechtvaardigt dat een dergelijke specialistische rechter wordt aangewezen.

Uiteraard zijn wij bereid om onze opmerkingen nader toe te lichten.

Met vriendelijke groet,



O.L. van der Pol en B.J.H. Blaisse-Verkooijen

---

<sup>8</sup> Waarbij ook hier geldt dat het de voorkeur verdient om een dergelijke norm verder in te vullen.