

VAN prof., Mr P.H.L.M. Kuypers, mr. N.A.D. Groot, mr.
T.J. Binder en mr. M.L. van der Feltz
Advocaten
TELEFOON +32 2 629 4256
FAX +32 2 629 4222
E-MAIL pkuypers@akd.eu, ngroot@akd.eu,
tbinder@akd.eu, mvanderfeltz@akd.eu
ADRES Marsveldplein 5
1050 Elsene
Brussel (België)
INTERNET www.akd.eu

DATUM 28 september 2023
ONDERWERP Consultatie Wetsvoorstel Rechtsbescherming
bij aanbesteden

Geachte heer, mevrouw,

Middels deze brief reageert AKD graag op de consultatie van het ontwerp Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden ("**Wetsvoorstel**").

Onze reactie vangt aan met een algemene indruk van het Wetsvoorstel, vervolgens treft u onze reactie per artikel waar dat wat ons betreft relevant is. Tot slot beantwoorden wij de door u gestelde open vraag.

I. Algemeen

In algemene zin achten wij het van belang om op te merken dat de huidige bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 ("**Aw**") omtrent rechtsbescherming een implementatie betreffen van Richtlijn 2007/66/EG ("**Rechtsbeschermingsrichtlijn**"). Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht is derhalve, weliswaar middels minimumharmonisatie, geharmoniseerd in de Europese Unie.

De Nederlandse wetgever heeft daarbij de keuze gemaakt op enkele onderdelen verder te gaan dan de Europese wetgever. Zo heeft de Nederlandse wetgever onder andere bepaald dat het niet volstaat om een gunningsbeslissing te motiveren door middel van een *samenvatting* van de relevante redenen voor die gunningsbeslissing. In Nederland dient een aanbestedende dienst en een speciale-sectorbedrijf *alle* relevante redenen voor de gunningsbeslissing te benoemen in de motivering van een gunningsbeslissing.

Ook heeft de Nederlandse wetgever ervoor gekozen niet aan te sluiten bij de in de Rechtsbeschermingsrichtlijn opgenomen opschortende termijnen van respectievelijk 15 of 10 kalenderdagen. De Nederlandse wetgever heeft in artikel 2.127 lid 3 Aw bepaald dat een opschortende termijn van minimaal 20 kalenderdagen in acht moet worden genomen alvorens een aanbestedende dienst (of speciale-sectorbedrijf) een overeenkomst mag sluiten.

Een ander voorbeeld kan worden gevonden in de op 1 januari 2022 herziene Gids Proportionaliteit. Daarin is inmiddels ook voorgeschreven dat door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gehanteerde rechtsverwerkingsclausules proportioneel dienen te zijn.

AKD verleent juridische diensten via drie entiteiten; AKD N.V. in Nederland, AKD BV in België en AKD Luxembourg S.à r.l. in Luxemburg. **AKD BV** is de entiteit waarmee u contracteert. Deze entiteit is gevestigd te Brussel, met statutaire zetel aan de Marsveldplein 5, 1050 Brussel en is ingeschreven bij de Kruispuntbank van Ondernemingen onder nummer 0463349796. Het BTW nummer van AKD BV is BE 0463.349.796. Alle diensten en (andere) werkzaamheden worden verricht uit hoofde van een overeenkomst van opdracht met AKD BV. Op de overeenkomst zijn, onder uitsluiting van enige andere algemene voorwaarden, de Algemene Voorwaarden van toepassing waarin onder meer een beperking van de aansprakelijkheid is opgenomen. Iedere aansprakelijkheid is beperkt tot het bedrag dat in het desbetreffende geval onder de beroepsaansprakelijkheidsverzekering wordt uitbetaald met inbegrip van het bedrag van het eigen risico. Op verzoek worden de algemene voorwaarden kosteloos toegezonden. Zij kunnen ook worden geraadpleegd op www.akd.eu.
#24349007v1

In Nederland is rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht hiermee derhalve reeds verregaand(er) vormgegeven dan de Europese wetgever heeft voorgeschreven. Wij achten het van belang dat rekenschap wordt gegeven van dit reeds bestaande, van de Rechtsbeschermingsrichtlijn afwijkende wettelijk kader bij het voorstellen van nieuwe regelgeving omtrent rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht. Want hoewel wij erkennen dat rechtsbescherming soms mede als gevolg van (te) korte termijnen en (te) strenge rechtsverwerkingsclausules als tekortschietend wordt gezien, menen wij dat vooralsnog terughoudend moet worden omgegaan met nog meer regelgeving in het aanbestedingsrecht. Een rechtsgebied dat al als complex wordt ervaren door haar gedetailleerde regelgeving.

De kern van de regelgeving vloeit voort uit de Rechtsbeschermingsrichtlijn en een voldoende rechtsbescherming zou gewaarborgd moeten kunnen worden middels correctiemechanismen als het proportionaliteitsbeginsel. Het Wetsvoorstel zoals dit nu is voorgesteld achten wij in dat verband dan ook te complex. Bijvoorbeeld als naar de verschillende voorgeschreven termijnen wordt gekeken.

Hierna treft u een artikelsgewijze reactie van ons op het wetsvoorstel.

II. Reactie per artikel

Daar waar dat onzes inziens opportuun is, gaan wij hieronder in op de afzonderlijke artikelen in het wetsvoorstel. Op verschrijvingen en andere taalkundige aspecten zullen wij niet in gaan.

Artikel 2.130 lid 2 Aw

U wenst dit artikellid aan te scherpen. Artikel 2.130 lid 2 sub a Aw (gewijzigd) bepaalt dat de scores van de uitgekozen inschrijving, de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving moeten worden vermeld. In de Memorie van Toelichting verwijst u daarbij eveneens naar Advies 551 van de Commissie van Aanbestedingsexperts ("CvAE"). De CvAE gaat in dit advies verder dan tot op heden het geval in de Nederlandse rechtspraak. De CvAE overweegt namelijk dat bij de motivering van de gunningsbeslissing eveneens nader moet worden ingegaan op de scores van de winnende inschrijving als deze gelijk of lager zijn aan de scores van de afgewezen inschrijver. Tot op heden wordt in de rechtspraak echter aangenomen dat het voldoende is om te volstaan met een uiteenzetting waarom de winnende inschrijver op een specifiek (sub)gunningscriterium hoger heeft gescoord dan de afgewezen inschrijver.

Wij betwijfelen in hoeverre het uitbreiden van de bestaande motiveringseisen naar een uiteenzetting over de lagere scores van de winnende inschrijver een daadwerkelijke bijdrage zal leveren aan het bepalen van de juridische positie van de verliezende inschrijver. De beoordeling die een verliezende inschrijver zou willen aanvechten zal immers eerder zijn gelegen in de onderdelen waarop hij lager heeft gescoord dan de winnende inschrijver dan de onderdelen waar hij al hoger op heeft gescoord. Wij achten daarentegen de uitbreiding van de administratieve last die rust op aanbestedende diensten die uit deze aanscherping zou voortvloeien een gegeven, zonder dat dit een significante verbetering vormt. Wij zouden wel een verbetering zien als het gaat om een meer uitgebreide motivering van de scores van een uitgekozen inschrijving.

Wij geven voorts in overweging te verduidelijken op welke wijze een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf aan zijn motiveringsverplichting dient te voldoen, indien aan meer dan één raamcontractant wordt gegund. De huidige tekst van artikel 2.130 Aw is niet duidelijk: moeten de voordelen van de winnende inschrijvingen worden vermeld in de gunningsbeslissing of alleen de hoogste scorende inschrijver.

Artikel 4.26c-f Aw

Deze artikelen bevatten voorschriften omtrent de inhoudelijke en procedurele klachtenafhandeling door de aanbestedende dienst en door de Commissie van Aanbestedingsexperts. Deze artikelen zien uitsluitend op klachten die zien op de inrichting van de procedure. Ook worden in deze artikelen verschillende termijnen voorgeschreven voor de ontvangst van klachten in verschillende fasen van een aanbestedingsprocedure en de termijnen voor de afhandeling ervan. Vooropgesteld merken wij op dat de vele verwijzingen naar andere artikelen afbreuk doet aan de leesbaarheid en transparantie van de bepalingen.

Verder menen wij dat het hanteren van verschillende procedures en termijnen voor verschillende klachtonderwerpen in verschillende fasen van een en dezelfde aanbestedingsprocedure het doorlopen van een aanbestedingsprocedure nodeloos complex maakt. Deze verscheidenheid aan termijnen brengt zowel voor de inschrijver als de aanbestedende dienst een aanzienlijke administratieve lastenverzwaring met zich mee. Dit terwijl de lengte van aanbestedingsprocedures al en achilleshiel is en de gewijzigde Gids Proportionaliteit en jurisprudentie al de nodige richting geven inzake een proactieve houding van inschrijvers en het proportioneel omgaan met termijnen omtrent het indienen van klachten.

Bovendien gaat het wetsvoorstel onzes inziens eraan voorbij dat het opstellen en beoordelen van een klacht de nodige tijd vergen. In dit verband stellen wij voor dat klagende partijen – met toepassing van meer flexibele termijnen – zelf een oplossingsrichting moeten aandragen. Dit draagt onzes inziens bij aan een efficiënte klachtafhandeling en maakt het eenvoudiger voor partijen om samen tot een oplossing te komen.

III. Antwoord op open vraag

U heeft de open vraag gesteld wat men vindt van het toevoegen van de volgende vernietigingsgrond in artikel 4.15 Aw:

“d. 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.”

Wij menen dat deze vernietigingsgrond, mede gelet op de verregaande strekking van vernietiging van een overeenkomst – onvoldoende bepaald is. Wanneer is immers sprake van een ‘grove schending van de aanbestedingsbeginselen’? Een dergelijk vraag zal zich bovendien eerder lenen voor beantwoording in de totale context van het geval. Dat levert te veel onzekerheid op voor niet alleen de contracterende aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf maar ook de ondernemer die de opdracht gegund heeft gekregen en veelal reeds is aangevangen met de uitvoering van de opdracht. Ook dit laatste kan onzes inziens niet worden onderschat. Wij onderkennen dat niet iedere opdracht die wordt aanbesteed

DATUM 28 september 2023
ONS KENMERK NGR.PHK
PAGINA 4 van 4

noodzakelijk is voor het functioneren van de primaire functies van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Niettemin zijn die opdrachten er wel, zoals bijvoorbeeld onderhoud aan cruciale infrastructuur en sommige ICT diensten. Ingrijpen in dergelijke overeenkomsten kan verregaande consequenties hebben voor de continuïteit van het functioneren van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Te veel onduidelijkheid over omstandigheden waaronder een reeds gesloten overeenkomst kan worden vernietigd, levert in dat kader (te) veel risico op.

Een alternatief kan onzes inziens worden gevonden door een uitbreiding van de mogelijkheden voor een rechter om de looptijd van een onrechtmatig gesloten overeenkomst voortijdig te beëindigen. Deze grond zou daarbij als een 'afzonderlijke' optie worden gezien naast de mogelijkheid om een overeenkomst te vernietigen. De wetgever zou daarbij goed aansluiting kunnen zoeken bij de artikelen 73 Richtlijn 2014/24/EU en 90 Richtlijn 2014/25/EU die Nederland nooit heeft geïmplementeerd in de nationale wetgeving.

Een andere mogelijkheid kan zijn gelegen in het aanwijzen van een onafhankelijke toezichthouder. Dat kan een rol zijn die eventueel wordt toebedeeld aan de ACM of aan bijvoorbeeld de CvAE. De rol van deze laatste dient daar in dat geval wel op te worden aangepast. Het aanwijzen van een onafhankelijke en actieve toezichthouder kan het bewustzijn bij aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven omtrent rechtmatig aanbesteden vergroten. Tegelijkertijd kan het aanwijzen van een onafhankelijke en actieve toezichthouder de druk op ondernemers verlagen om zelf te moeten procederen tegen mogelijk onrechtmatige aanbestedingsprocedures, zonder dat zij de zekerheid hebben dat zij de betreffende opdracht alsnog gegund krijgen als zij gelijk krijgen.

Tot slot merken we op dat de huidige termijn loopt vanaf het sluiten van de overeenkomst, maar dat dit in geval van onderhands gesloten overeenkomsten zeer lastig is om te ontdekken. In dit verband zien wij aanleiding om van de strikte aanpak van de Nederlandse rechter voor de termijn van vernietiging te versoepelen.

IV. Slot

Wij zijn uiteraard graag bereid onze reactie nader toe te lichten en met u te bespreken.

Met vriendelijke groet,

Pieter Kuypers, Nikee Groot, Tom Binder, Marilou van der Feltz
Advocaten
AKD