VAN DER FELTZ
advocaten

Publicatie
Auteurs: M.S. Houweling & B.T. Tonino
Verschenen in: Vastgoedrecht, *VGR* 2022/2
Datum: April 2022
Titel: Handreiking klachtenafhandeling bij aanbesteden

Handreiking klachtafhandeling bij aanbesteden[1]

Als vervolg op het 'Maatregelenpakket ter verbetering van de rechtsbescherming bij aanbesteden' (afgekondigd bij Kamerbrief van Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 12 februari 2021) is op 17 februari 2022 de 'Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden' gepubliceerd. Deze handreiking is opgesteld om aanbestedende diensten te stimuleren een onafhankelijk klachtenloket in te richten en een klachtenregeling op te stellen. De 'Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden' geeft voorschriften voor onder meer de klacht, het klachtenloket, de klachtenprocedure, de in- en externe verantwoording van het klachtenloket en de mogelijke samenwerking tussen aanbestedende diensten bij klachtafhandeling.

1. Inleiding
In VGR 2021, afl. 2 schreven wij een bijdrage over het 'Maatregelenpakket ter verbetering van de rechtsbescherming bij aanbesteden' dat bij Kamerbrief van 12 februari 2021[2] was afgekondigd door (destijds) de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat (hierna: het Maatregelenpakket).[3] In dit pakket zijn vele concrete maatregelen ter verbetering van de rechtsbescherming opgenomen en een daarvan betreft het samenstellen van een handreiking voor klachtafhandeling bij aanbestedende diensten. Na ruim een jaar na de afkondiging van het Maatregelenpakket, heeft het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat op 17 februari 2022 de 'Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden' gepubliceerd (hierna: de Handreiking). Het primaire doel van de Handreiking betreft – volgens de opstellers – om aanbestedende diensten te stimuleren een onafhankelijk klachtenloket op te zetten, althans deze te verbeteren.
In deze bijdrage geven we achtergrond bij de Handreiking, analyseren wij de inhoud hiervan mede op basis van de 3e Herziening van de Gids Proportionaliteit (geldend per 1 januari 2022) en doen wij enkele aanbevelingen.

2. Achtergrond Maatregelenpakket
De achtergrond van het Maatregelenpakket betreft dat in navolging van het Programma Beter Aanbesteden,[4] de aanbestedingspraktijk dient te worden geprofessionaliseerd, de dialoog tussen overheden en ondernemers moet worden gestimuleerd en de rechtsbescherming voor gegadigden of inschrijvers dient te worden verbeterd.[5] Met dit doel zijn vertegenwoordigers van aanbestedende diensten, ondernemers en aanbestedingsexperts, een samenwerking aangegaan om tot verbetersuggesties voor de

[1] Deze bijdrage is afgerond op 21 februari 2022.
[2] *Kamerstukken II* 2020/21, 34252, nr. 21 (Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden). Dit pakket is een uitwerking van de plannen die in 2019 zijn gepubliceerd, zie: *Kamerstukken II* 2019/20, 34252, nr. 13 en *Aanhangsel Handelingen* 2019/20, nr. 582.
[3] M. Houweling en B. Tonino, 'Nieuw maatregelenpakket rechtsbescherming aanbestedingsrecht: een doekje voor het bloeden of het juiste midden?', *VGR* 2021, afl. 2, p. 57-60.
[4] Per 4 september 2019 is het Programma Beter Aanbesteden afgerond. De uitkomst van dit programma is door het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat gepubliceerd op 16 februari 2018 (de zgn. Actieagenda) en had als doel de kwaliteit van aanbestedingen in de praktijk te verbeteren door aanbestedende diensten en ondernemers met elkaar de dialoog aan te laten gaan.
[5] *Kamerstukken II* 2020/21, 34252, nr. 21, p. 1 (Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden).

aanbestedingspraktijk te komen. Uiteindelijk is het Maatregelenpakket de resultante van deze samenwerking.
Enkele voorbeelden van de maatregelen uit het Maatregelenpakket zijn dat de Gids Proportionaliteit moet worden aangepast, er bij wet een onafhankelijke klachtenregeling moet worden ingesteld en het kenniscentrum aanbesteden van de Rijksoverheid, PIANOo, en de Vereniging Nederlandse Gemeenten een handreiking 'Klachtafhandeling bij aanbesteden' dienen op te stellen en te publiceren.[6] Met de publicatie van de Handreiking is ongeveer één jaar na de afkondiging van het Maatregelenpakket invulling aan de laatstgenoemde maatregel gegeven, welke bovendien het advies 'Klachtafhandeling bij Aanbesteden' (vastgesteld op 1 maart 2013) vervangt.[7] Overigens is inmiddels ook aan een andere maatregel van het Maatregelenpakket reeds uitvoering gegeven, nu per 1 januari 2022 de aangepaste versie (3e herziening) van de Gids Proportionaliteit van toepassing is.[8]

3. Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden

Uitgangspunt van de Handreiking is dat aanbestedende diensten voor inkoopgerelateerde klachten een afzonderlijke en laagdrempelige klachtenregeling dienen te hebben. Hiermee wordt bedoeld dat de klachtenregeling en het daarmee samenhangende klachtenloket uitsluitend zijn ingericht voor aanbestedingen en geen klachten van andere aard mogen behandelen. De Handreiking is bedoeld als raamwerk, waaraan aanbestedende diensten nadere invulling mogen geven.[9] Met het navolgende diepen wij enkele aspecten van de Handreiking uit, die ons inziens de aandacht verdienen.

Eerst vragen, dan klagen

In de Handreiking is vooropgesteld dat de gegadigde een proactieve houding dient aan te nemen en dat het uitgangspunt geldt: 'eerst vragen, dan klagen'.[10] Dat uitgangspunt is op zich terecht, mede gelet op het *Grossmann*-arrest en de daarop gebaseerde jurisprudentie waaruit volgt dat van een adequaat handelend gegadigde mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure.[11] Gelet op dit arrest, brengen de eisen van redelijkheid en billijkheid immers mee dat een gegadigde zijn bezwaren duidelijk en in een zo vroeg mogelijk stadium naar voren moet brengen, zodat eventuele onregelmatigheden desgewenst kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure. De Handreiking vermeldt dat een gegadigde in gevallen kan afwijken van het uitgangspunt 'eerst vragen, dan klagen'. Daarbij is opgemerkt dat een klacht na de laatste nota van inlichtingen, althans na aanvang van de tien dagen-termijn van art. 2.54 Aanbestedingswet 2012, niet meer door een vraag hoeft te worden voorafgegaan.[12] Hiermee neigt de Handreiking ernaar dat uitsluitend bij deze situatie het geoorloofd is om een klacht in te dienen zonder dat daaraan voorafgaand een vraag is gesteld.
Echter, wij zijn van mening dat er meer uitzonderingen op het uitgangspunt 'eerst vragen, dan klagen' zijn. In de (3e Herziening van de) Gids Proportionaliteit is ons inziens terecht opgenomen dat het niet stellen van een vraag, in het algemeen geen verval van recht met zich brengt.[13] Uit het *Grossmann*-arrest volgt voor gegadigden de plicht om na ontvangst van de aanbestedingsstukken alle vragen en opmerkingen zo voortvarend mogelijk naar voren te brengen.

[6] *Kamerstukken II* 2020/21, 34252, nr. 21, p. 2-10 (Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden).
[7] rijksoverheid.nl/documenten/regelingen/2013/03/07/klachtafhandeling-bij-aanbesteden.
[8] Besluit van 30 september 2021 tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met de wijziging van de Gids proportionaliteit met betrekking tot rechtsverwerkingsclausules, *Stb.* 2021, 464; Publicatie door de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van de gewijzigde Gids proportionaliteit, nr. WJZ/21008546, *Stcrt.* 2021, 41481.
[9] Handreiking, p. 5.
[10] Handreiking, p. 5.
[11] HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02.
[12] Handreiking, p. 5.
[13] Paragraaf 4.1 Gids Proportionaliteit.

Desalniettemin wordt een klacht vóór verloop van de inschrijftermijn zonder een voorafgegane vraag, met dit arrest niet 'gesanctioneerd' (met bijvoorbeeld verval van recht). Het niet voorafgaand stellen van een vraag heeft dus geen rechtsgevolgen voor het indienen van een klacht of het starten van een kortgedingprocedure vóór de inschrijfdeadline.
Gegadigden kunnen ons inziens aldus niet in rechte worden gehouden tot het uitgangspunt 'eerst vragen, dan klagen'. Dat zou immers ook praktische bezwaren met zich kunnen brengen, nu dat zou betekenen dat iedere gegadigde over elk onderwerp vragen zou moeten stellen, om daarmee het recht veilig te stellen om te klagen. Dit zal voor aanbestedende diensten een hoge administratieve druk kunnen veroorzaken. Desalniettemin is het uitgangspunt 'eerst vragen, dan klagen' goed begrijpelijk en moet dit via een klachtenregeling of een aanbestedingsleidraad, een gegadigde te allen tijde worden voorgehouden, mede ten behoeve van een constructieve dialoog tussen gegadigden en aanbestedende diensten (hetgeen het Maatregelenpakket ook tot doel heeft).

Designklachten
Wat verder opvalt aan de Handreiking is dat hierin de term 'designklachten' nader wordt geduid. In het Maatregelenpakket is vermeld dat de Aanbestedingswet 2012 wordt gewijzigd met een verplichte opschorting van de inschrijftermijn bij een klacht over het 'design' van de aanbesteding die is ingediend vóór verloop van die inschrijftermijn.[14] Met inwerkingtreding van deze wetswijziging zou – zo vermeldt het Maatregelenpakket – een inschrijver te allen tijde de uitkomst van de klachtafhandeling van het klachtenloket of de Commissie van Aanbestedingsexperts bij zijn inschrijving moeten kunnen betrekken.

Uit het Maatregelenpakket volgt echter niet duidelijk wat onder de term 'designklacht' moet worden verstaan, buiten dat dit type klacht zou zien op het 'ontwerp' van de aanbesteding. Dit terwijl de gevolgen evident anders zijn voor dit type klacht dan ten aanzien van niet-'designklacht' (als gevolg waarvan de inschrijftermijn dus niet zal worden opgeschort). De Handreiking vermeldt nu dat het equivalent van 'designklachten', de 'klachten over de fase vóór de uiterste datum van aanmelding/inschrijving' zijn.[15] Als voorbeeld geeft de Handreiking aan dat bij 'designklachten' moet worden gedacht aan klachten over geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria of contractvoorwaarden.[16] Wij constateren dat met deze uitleg onder de term 'designklacht' een breed scala aan klachten kan worden geschaard die in veel gevallen zullen leiden tot opschorting van de inschrijftermijn. Zonder nadere toelichting van de definitie van 'designklacht' constateren wij dat de invoering van de verplichte opschorting van de inschrijftermijn onwerkbaar dreigt te worden. Een groot aantal aanbestedingen zal een langere doorlooptijd hebben bij handhaving van deze definitie van 'designklacht', omdat deze definitie niet is afgebakend. Wij pleiten ervoor om de definitie van 'designklacht' in de wettekst op te nemen, althans in de memorie van toelichting bij de wetswijziging, en die definitie zodanig te beperken dat uitsluitend de klachten die zouden kunnen leiden tot een significante wijziging van de opdracht of de inschrijvingsvereisten, opschorting van de inschrijftermijn zouden rechtvaardigen. Hierbij zou aansluiting kunnen worden gezocht bij de wetsbepalingen inzake wezenlijke wijziging (art. 2.163a-2.163g Aanbestedingswet 2012, althans de inhoud van het *Pressetext*-arrest[17]). Bij de bepaling van de definitie van 'designklacht' moet in het achterhoofd worden gehouden dat oneigenlijk gebruik van het klachteninstrumentarium moet worden voorkomen. Te verwachten is bijvoorbeeld dat bij tijdnood een gegadigde zichzelf meer tijd gunt door met het indienen van een klacht de inschrijftermijn op te schorten. Het op die manier traineren van een aanbesteding is ons inziens onwenselijk. Om die reden is een duidelijke (afgebakende) definitie van 'designklacht' noodzakelijk.

[14] *Kamerstukken II* 2020/21, 34252, nr. 21, p. 5 (Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden).

[15] Handreiking, p. 5.

[16] Handreiking, p. 5.

[17] HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06.

Overigens constateren wij dat deze (al gepubliceerde) Handreiking een schot voor de boeg doet waar het vorenbedoelde wetswijziging betreft en aldus bij 'designklachten' ook de opschorting van de inschrijftermijn voorschrijft. Bij het bepalen van de (omvang van de) opschorting van de inschrijftermijn geldt ons inziens nog het volgende. Zowel bij nadere uitwerking van de klachtenregeling door iedere aanbestedende dienst (op basis van de Handreiking) als bij de (totstandkoming van de) wijziging van de Aanbestedingswet 2012, is het ons inziens ook van belang dat deze opschorting een periode omvat die voldoende redelijk is. Hiermee bedoelen wij dat deze termijn ten minste ook de mogelijkheid voor een gegadigde moet bieden om een kortgedingprocedure te starten, indien de gegadigde zich niet met de beslissing op de klacht kan verenigen én niet uitsluitend voor de omvang van deze opschortingstermijn zou moeten gelden of een gegadigde de uitkomst van de klacht bij de inschrijving kan betrekken. Bij het opstellen van de wetswijziging zou ons inziens aldus bij de bepaling van de lengte van de opschortingstermijn met de mogelijkheid om een kortgedingprocedure te starten, rekening moeten worden gehouden.[18]

Verplicht klachtenloket

De Handreiking vermeldt verder dat het hebben van een onafhankelijk klachtenloket als gevolg van het Maatregelenpakket voor aanbestedende diensten, een wettelijke verplichting zal worden (zie Handreiking, paragraaf 2).[19] Van een conceptwetsvoorstel ter zake van deze verplichting is tot op heden niet gebleken, maar desondanks werkt de Handreiking deze verplichting wel alvast uit. Zo volgt uit de Handreiking, evenals uit het Maatregelenpakket, dat het klachtenloket een onafhankelijke voorzitter heeft, die geen inhoudelijke betrokkenheid bij de aanbesteding heeft gehad. De Handreiking verduidelijkt dat de klachtenfunctionaris van het klachtenloket bij de aanbestedende dienst werkzaam zou kunnen zijn (lees: een arbeidsrelatie kan bestaan), maar dat deze ook bij een andere aanbestedende dienst of bij een extern bureau zou kunnen werken. Wij verwachten dat aanbestedende diensten veel gebruik zullen maken – zeker de qua inkoopomvang kleinere aanbestedende diensten – van een gezamenlijk klachtenloket. Voordeel hiervan is dat het klachtenloket institutioneel op afstand staat van de inkopers van de aanbestedende dienst en er geen kennis is van de achterliggende reden van bepaalde keuzes van een aanbestedende dienst (wat verder een meer objectieve blik met zich zou kunnen brengen). Dit komt de onafhankelijkheid van de klachtafhandeling ten goede. Wij kunnen voorts onderschrijven dat het verstandig is de beslissingen van het klachtenloket aan alle gegadigden kenbaar te maken (Handreiking, p. 5). Terecht is in de Handreiking voorgesteld dat de aanbestedende dienst bij afwijking van het advies van het klachtenloket – gelijk aan een bestuursorgaan bij een advies van een bezwaaradviescommissie (zie art. 7:13 lid 7 Algemene wet bestuursrecht (Awb)) – dient te onderbouwen wat daarvoor de reden is.

Verantwoording

Tot slot is opvallend dat de Handreiking melding maakt van de interne en externe verantwoording van het klachtenloket. Dit aspect is niet in het advies Klachtafhandeling bij aanbesteden (vastgesteld in 2013) geadresseerd. Uit de Handreiking vloeien vergaande voorschriften voor verantwoording voort. Conform paragraaf 4.4 van de Handreiking moeten aanbestedende diensten aan volksvertegenwoordigende organen (gemeenteraad, provinciale staten en algemeen bestuur van het waterschap) rapporteren en dient de rapportage bovendien openbaar toegankelijk te worden gemaakt. In ieder geval – zo schrijft de Handreiking voor – dient de rapportage informatie te bevatten over het aantal klachten, de beoordeling van klachten (gegrond/ongegrond) en hoe de klachtafhandeling in algemene zin heeft bijgedragen aan het leereffect van de aanbestedende dienst. Deze voorschriften lijken verdergaand te zijn dan de publicatieplicht van 'gewone' klachten bij

[18] *Kamerstukken II* 2020/21, 34252, nr. 21, p. 5 (Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden).

[19] *Kamerstukken II* 2020/21, 34252, nr. 21, p. 4 (Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden).

bestuursorganen (zie hoofdstuk 9 Awb), omdat art. 9:12a Awb geen verplichting omvat tot publicatie van een conclusie die een bestuursorgaan aan het onderzoek naar een klacht heeft verbonden.[20] Het is ons inziens verstandig dat een aanbestedende dienst in het rapport ervan melding maakt dat slechts verantwoording wordt afgelegd over enkele basisgegevens en dat de afhandeling van een specifieke klacht geen precedent kan scheppen, althans dat gegadigden van andere aanbestedingsprocedures daaraan geen rechten kunnen ontlenen. Het is immers ondoenlijk om bij publicatie van het klachtenoverzicht de specifieke nuances per kwestie volledig inzichtelijk te maken en dat betreft ook niet het doel van de rapportage. De rapportage moet aldus ons inziens uitdrukkelijk worden ingeleid met de toelichting dat de publicatie van de basisgegevens ertoe dient om als aanbestedende dienst transparant te handelen en het leereffect inzichtelijk te maken, en niet om in het verleden gemaakte keuzes van de aanbestedende dienst uitputtend te onderbouwen.

4. Slot

Met de publicatie van de Handreiking ruim een jaar na de afkondiging van het Maatregelenpakket, geeft het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat op een deugdelijke wijze handen en voeten aan het in dit pakket opgenomen actiepunt dat het advies Klachtafhandeling bij Aanbesteding (uit 2013) zou moeten worden geactualiseerd. Daarnaast sorteert de Handreiking zorgvuldig voor op de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 waar het gaat om de verplichting voor het instellen van een onafhankelijk klachtenloket en de opschorting van de inschrijftermijn bij de afhandeling van een zogenaamde 'designklacht'. De Handreiking zal ervoor zorgen dat de wetswijziging niet al te veel impact op de aanbestedingspraktijk zal hebben, indien en voor zover aanbestedende diensten zich vrijwillig zouden conformeren aan de inhoud van de Handreiking. De verwachting is dan ook dat het toekomstige wetsvoorstel voor invoering van het onafhankelijke klachtenloket en de opschortende termijn bij 'designklachten', niet evident van deze Handreiking zal verschillen. Wanneer de behandeling van het conceptwetsvoorstel in de Tweede Kamer zal plaatsvinden is nog onduidelijk. Tot inwerkingtreding van deze wetswijziging zal moeten blijken of de Handreiking effect sorteert en of – aldus – aanbestedende diensten vrijwillig over zullen gaan tot inrichting van het klachtenloket (conform Handreiking) en/of het opschorten van de inschrijftermijn bij een 'designklacht'.

Auteurs: M.S. Houweling en B.T. Tonino

[20] *Kamerstukken I* 1998/99, 25837, nr. 88b (MvA I).