

Publicatie

Auteurs: M.S. Houweling & B.T. Tonino
Verschenen in: Vastgoedrecht, VGR 2023/5.
Datum: Oktober 2023
Titel: Consultatieversie Wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden

Consultatieversie Wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden¹

1. Inleiding

Het is een terugkerend thema in 'onze' rubriek (aanbestedingsrecht) in dit tijdschrift: de rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures. Al jaren wordt in opdracht van de Minister van Economische Zaken en Klimaat (hierna: Minister) onderzoek naar de rechtsbescherming bij aanbestedingen gedaan (o.m. door middel van het programma 'Beter Aanbesteden').² In dit onderzoek is onder meer geconcludeerd dat de rechtsbescherming van ondernemers ter zake van klachten dient te worden verbeterd. Op basis hiervan heeft de Minister in 2021 het 'Maatregelenpakket rechtsbescherming' afgekondigd³ en is in 2022 de 'Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden' gepubliceerd.⁴ Aan beide ontwikkelingen hebben wij in dit tijdschrift aandacht besteed.⁵ Een van de meest recente maatregelen van voornoemd maatregelenpakket is dat de Minister een

eerste stap heeft gezet om de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) te wijzigen. Immers, op 14 juli 2023 heeft de Minister de consultatieversie van het 'Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden' gepubliceerd (hierna: Wetsvoorstel).⁶ In deze bijdrage zullen wij enkele in het oog springende aspecten van dit Wetsvoorstel voorbij laten komen en in context plaatsen.

2. Klachtenloket

Met het Wetsvoorstel is de Minister allereerst voornemens een reeds bestaande praktijk inzake het klagen (uitzonderingen daargelaten) te codificeren. Immers, met art. 4.26a van het Wetsvoorstel wordt een klachtenloket voor aanbestedende diensten en/of speciale sectorbedrijven verplicht gesteld en daarbij geldt dat dit loket moet worden 'ingericht', zodat in ieder geval behandeling kan plaatsvinden van klachten over (i) de door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gestelde eisen, voorwaarden, criteria of andere aspecten van de inrichting van de procedure, en, (ii) de

aanbesteden).

⁴rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2022/02/17/handreiking-klachtafhandeling-bij-aanbesteden.

⁵ Marc Houweling en Brim Tonino, 'Nieuw maatregelenpakket rechtsbescherming aanbestedingsrecht: een doekje voor het bloeden of het juiste midden?', *VGR* 2021, afl. 2, p. 57-60.

⁶internetconsultatie.nl/rechtsbescherming-aanbesteden/b1.

¹ Het onderzoek voor deze publicatie is op 21 augustus 2023 afgerond.

² Het resultaat daarvan is onder meer het onderzoek van KWINK-groep: Bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 34252, nr. 13 ('Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Een onderzoek naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen' door KWINK-groep).

³ *Kamerstukken II* 2020/21, 34252, nr. 21 (Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij

afwijzing of uitsluiting van de betrokken gegadigde of inschrijver van de gunningsbeslissing.⁷ Conform de memorie van toelichting bij het Wetsvoorstel (hierna: Memorie van Toelichting)⁸ en in lijn met het maatregelenpakket uit 2021⁹ wordt het type klacht vermeld bij (i) ook wel een 'ontwerpklacht' genoemd.¹⁰ Dit type klacht wordt onderscheiden van klachten over afwijzingen dan wel uitsluitingen van een aanbestedingsprocedure, omdat op basis van dit Wetsvoorstel de afhandeling per type klacht verschilt, waarover in paragraaf 4 meer.

Het Wetsvoorstel geeft voorts regels over wie een klacht mag indienen.¹¹ Dit betreffen, enerzijds, gegadigden of inschrijvers, en, anderzijds, entiteiten die zijn opgericht om de belangen van gegadigden of inschrijvers te behartigen, bijvoorbeeld brancheorganisaties. De Memorie van Toelichting geeft enkele voorbeelden van deze entiteiten: Bouwend Nederland, NLdigital en Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra.

Wat betreft de samenstelling van de klachtencommissie, geeft het Wetsvoorstel uitsluitend het voorschrift dat een klacht wordt behandeld door een persoon die niet bij de desbetreffende aanbestedingsprocedure betrokken is geweest.¹²

Vele aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven beschikken al over een klachtenloket zoals het Wetsvoorstel voorschrijft. Om die reden verwachten wij dat deze nieuwe verplichting voor aanbestedende diensten geen levensgrote inspanningen zal vergen of wijzigingen met zich zal brengen, maar juichen wij deze verplichting wel toe, omdat daardoor in ieder geval álle inkopende organisaties een onafhankelijke klachtafhandeling op orde zullen moeten hebben.

3. Opschorting inschrijftermijn

Daarentegen zou een ander aspect van het Wetsvoorstel wél een grote impact op aanbestedende diensten kunnen hebben. Dit aspect betreft het voorstel dat vanwege een klacht de aanbestedende dienst of het speciaalsectorbedrijf – onder omstandigheden – de inschrijftermijn dient op te schorten. De achtergrond hiervan is dat uit het onderzoek naar de verbetering van de rechtsbescherming is gebleken dat klachtenprocedures weinig impact op lopende aanbestedingsprocedures zouden hebben. De ervaringen bij klagers zijn onder meer dat klachtafhandeling veelal later dan inschrijving plaatsvindt, zodat de uitkomst als 'mosterd na de maaltijd' kan worden beschouwd. Daarnaast is als probleem vastgesteld dat veel aanbestedende diensten de uitkomst van een klachtenprocedure niet afwachten en/of negeren.¹³

⁷ Artikel 4.26a lid 3 Wetsvoorstel.

⁸ internetconsultatie.nl/rechtsbeschermingaanbesteden/b 1.

⁹ *Kamerstukken II 2020/21*, 34 252, nr. 21 (Kamerbrief uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden).

¹⁰ Memorie van Toelichting, p. 12.

¹¹ Art. 4.26a lid 2 Wetsvoorstel.

¹² Art. 4.26a lid 4 Wetsvoorstel.

¹³ Bijlage bij *Kamerstukken II 2018/19*, 34 252, nr. 13 ('Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Een onderzoek naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen' door KWINK-groep).

Het Wetsvoorstel adresseert deze problemen als volgt. Uit art. 4.26d van het Wetsvoorstel volgen verschillende termijnen voor het indienen van 'ontwerpkachten'. Indien en voor zover een dergelijke klacht tijdig is ingediend, zal daarop door het klachtenloket worden beslist en wordt in die beslissing ervan melding gemaakt dat binnen vijf dagen een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE) kan worden ingediend. Art. 4.26e van het Wetsvoorstel schrijft in die situatie voor dat indien niet aan deze termijn van vijf dagen kan worden voldaan, Vastgoedrecht 2023-5 179 de inschrijftermijn wordt opgeschort. Vervolgens zal de gegadigde of inschrijver een nadere termijn krijgen om de klacht bij de CvAE in te dienen en zodra de klacht bij de CvAE in behandeling is genomen, zal eveneens de aanbestedingsprocedure worden opgeschort. Deze opschorting duurt tot de dag van verzending van de beslissing op de klacht door de aanbestedende dienst aan de klager.¹⁴ Te allen tijde geldt op basis van het Wetsvoorstel dat er nog minimaal vijf dagen restereren tussen de dag van afhandeling van de klacht en de uiterste datum voor het indienen van een inschrijving, zodat de klager een kortgedingprocedure kan starten. Na klachtafhandeling door de CvAE rust op een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf een motiveringsplicht om welke reden van het advies van de CvAE wordt afgeweken (indien en voor zover dat het geval zou zijn).¹⁵

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, brengt de klachtmogelijkheid voor brancheorganisaties met zich dat eventueel

ook een klacht van een dergelijke organisatie tot opschorting van de aanbestedingsprocedure kan leiden. In de Memorie van Toelichting is opgenomen dat het belangrijk is dat wanneer een groep ondernemers binnen dezelfde branche door een bepaalde keuze van een aanbestedende dienst wordt geraakt, deze groep zich in gezamenlijk verband kan laten vertegenwoordigen. Echter, op deze wijze is de klachtmogelijkheid in het Wetsvoorstel niet gelimiteerd. In feite kan iedere brancheorganisatie (die blijkens zijn statuten de belangen van gegadigden of inschrijvers behartigt) klagen over een aanbestedingsprocedure en die procedure 'plat leggen'. Deze mogelijkheid lijkt ons een wat te brede opvatting over de positie van brancheorganisaties bij aanbestedingsprocedures en komt de effectiviteit en doorlooptijd van aanbestedingsprocedures mogelijk niet ten goede. In dit kader biedt de uitzondering op de verplichte opschorting van de inschrijftermijn (van art. 2.27c lid 3 Wetsvoorstel) geen soelaas, omdat de drempel daarvoor vrij hoog is (namelijk: een dwingende reden van algemeen belang). Wij pleiten ervoor om de verplichte opschorting bij klachten van brancheorganisaties van een heroverweging te voorzien. Een suggestie is om een dergelijke opschorting uitsluitend toe te staan, indien een brancheorganisatie van een significant aantal (bijvoorbeeld drie) gegadigden een concreet mandaat heeft om in die aanbestedingsprocedure een klacht in te dienen. Op die manier zou het aantal opschortingen kunnen worden beperkt.

¹⁴ Art. 4.27c lid 2 Wetsvoorstel.

¹⁵ Art. 4.27d lid 2 Wetsvoorstel.

4. Klachten tegen gunningsbeslissing

Verder zijn wij enthousiast over de voorgestelde verplichte opschorting van de zgn. Alcateltermijn¹⁶ indien er tijdig een klacht wordt ingediend. De Alcateltermijn is de rechtsbeschermingstermijn waarin een kortgedingprocedure tegen een gunningsbeslissing kan worden gestart. In de praktijk wordt er steevast tussen klager en aanbestedende dienst afgesproken dat de Alcateltermijn wordt opgeschort of verlengd, zolang er over een gunningsbeslissing discussie bestaat. Zodoende is dit aspect van het Wetsvoorstel te beschouwen als een codificatie van de huidige handelwijze tussen inschrijvers en aanbestedende diensten. Evenals de verplichting van een klachtenloket, kan er aldus weinig op tegen zijn dat dit in het Wetsvoorstel is opgenomen. Kanttekening hierbij is wel dat – gelet op het voorgaande – ook brancheorganisaties bevoegd zijn om tegen gunningsbeslissingen te klagen (zie art. 4.26a lid 2 Wetsvoorstel). Dit brengt met zich dat brancheorganisaties ervoor zouden kunnen zorgen dat een Alcateltermijn wordt opgeschort. Het is wat ons betreft zeer de vraag welk belang met deze mogelijkheid wordt gediend, nu een gunningsbeslissing niet aan een brancheorganisatie is geadresseerd en bovendien nadat de gunningsbeslissing is gepubliceerd, de belangen binnen de groep ondernemers (die de brancheorganisatie vertegenwoordigt) uit elkaar kunnen lopen. Wellicht dat dit aspect van het Wetsvoorstel een kennelijke fout is, omdat het op basis van de Memorie van Toelichting erop lijkt dat is bedoeld om

uitsluitend voor 'ondernemers' een klachtmogelijkheid tegen gunningsbeslissingen op te stellen.¹⁷

5. Slot

Al met al, is onze constatering dat het Wetsvoorstel een codificatie is van in ieder geval een bestaande praktijk ter zake van (i) de mogelijkheid om te klagen bij een klachteninstantie van aanbestedende diensten en (ii) de opschorting van de Alcateltermijn bij een klacht tegen een gunningsbeslissing. Echter, de opschorting van de inschrijftermijn bij een klacht is ons inziens wel een wijziging met grote impact. Wij verwachten dat deze wijziging de rechtsbescherming ten goede kan komen. Immers, meer gegadigden worden in de gelegenheid gesteld om vóór inschrijving hun klachten voor te leggen aan een onafhankelijk orgaan van de aanbestedende dienst, en indien nodig de CvAE, waarbij bovendien de uitkomst daarvan – vanwege de opschorting van de inschrijftermijn – bij de aanbestedingsprocedure kan worden betrokken. In de toekomst zullen wij ongetwijfeld opnieuw aandacht besteden aan het Wetsvoorstel, zeker als er relevante wijzigingen zijn ten opzichte van deze consultatieversie. Tot slot geldt dat wij voor deze rubriek uitdrukkelijk geen aandacht hebben besteed aan de verschillende termijnen per type aanbestedingsprocedure die in het Wetsvoorstel zijn opgenomen, maar verwijzen wij hiervoor graag naar alle overzichtelijke *infographics* in de Memorie van Toelichting.

¹⁶ De termijn waarbinnen een rechtsmiddel tegen een voorlopige gunningsbeslissing openstaat.

¹⁷ Memorie van Toelichting, p. 42-43.