MEMORIE VAN TOELICHTING

Inhoudsopgave

I ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding 3
2. Achtergronden van het voorstel 3
2.1 Aanleiding 3
2.2 Uitkomsten onderzoek en maatregelen 4
2.2.1 Uitkomsten onderzoek 4
2.2.2 Beleidsmaatregelen naar aanleiding van het onderzoek en moties Tweede Kamer 6
2.2.3 Nadere uitwerking van de aangekondigde beleidsmaatregelen 7
2.2.4 Uitvoering van de beleidsmaatregelen 8
2.3 Doelstelling wetsvoorstel 9
2.4 Noodzaak en instrumentkeuze 9
2.5 Toepassingsbereik wetsvoorstel 10
3. Hoofdlijnen van het voorstel 10
3.1 Procedure bij het klachtenloket 11
3.1.1 Verplichting klachtenloket 11
3.1.2 Indiener klacht 12
3.1.3 Onderwerp klacht 12
3.1.4 Onpartijdigheid klachtafhandeling 13
3.1.5 Procedure klachtafhandeling 13
3.2 Klachtafhandeling ontwerpklachten 14
3.2.1 Algemeen uitgangspunt: ‘eerst vragen, dan klagen’ 14
3.2.2 Voldoende tijd voor klachtafhandeling 14
3.2.3 Voorwaardelijke verlenging van de procedure 15
3.2.4 Beslissing over advies 15
3.2.5 Uitwerking termijnen 16
3.3 Klachtafhandeling selectie- en gunningsbeslissingen 21
3.3.1 Algemeen uitgangspunt: ‘eerst vragen, dan klagen’ 21
3.3.2 Voldoende tijd voor klachtafhandeling: gunningsbeslissingen 21
3.3.3 Termijnen klachtafhandeling gunningsbeslissingen: uitgezonderde procedures 22
3.3.4 Termijnen klachtafhandeling gunningsbeslissingen: deel 1 opdrachten 22
3.3.5 Selectiebeslissingen 22
3.4 Verantwoording klachtafhandeling 23
3.5 Klachtenprocedure Commissie van Aanbestedingsexperts 23
3.5.1 Procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts 24
3.5.2 Opschorting van de procedure en uitzondering hierop 25
3.5.3 Opvolging van advies 25
3.5.4 Uitwerking opschorting 26

3.6 Aanscherpen motiveringsplicht beslissing tot afwijzing of uitsluiting en gunningsbeslissingen 27
3.6.1 Beslissing tot afwijzing of uitsluiting 28
3.6.2 Gunningsbeslissing 28
4. Verhouding tot hoger recht 29
4.1 Internationale wet- en regelgeving: Government Procurement Agreement (GPA) 29
4.2 Europese wet- en regelgeving: Europese richtlijnen 29
5. Verhouding tot nationale regelgeving 29
5.1 De Aanbestedingswet 2012 29
5.2 De Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied 29
5.3 Algemene wet bestuursrecht 30
5.4 Algemene termijnenwet 30
6. Gevolgen 30
6.1 Algemene gevolgen 30
6.2 Gevolgen voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven 31
6.3 Gevolgen voor ondernemers 32
7. Uitvoering 33
7.1 Uitvoeringslasten aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven 33
7.2 Regeldrukeffecten ondernemers 34
7.3 Financiële gevolgen voor het Rijk 34
8. Toezicht en handhaving 34
9. Evaluatie 35
10. Advies en consultatie 35
11. Overgangsrecht en inwerkingtreding 35

II ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

I. ALGEMEEN DEEL

1. Inleiding

Dit wetsvoorstel wijzigt de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) om de rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures te verbeteren. Uit onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat blijkt namelijk dat ondernemers de rechtsbescherming in aanbestedingsprocedures als onvoldoende ervaren.[1] In reactie op dit onderzoek heeft de toenmalige Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat een aantal beleidsmaatregelen aangekondigd, waaronder voorstellen tot aanpassing van de Aw 2012.[2] Dit wetsvoorstel geeft daar uitvoering aan.

Doel van het wetsvoorstel is het creëren van een uitgebalanceerd stelsel van rechtsbescherming, waarbij zoveel mogelijk recht wordt gedaan aan zowel de belangen van ondernemers die rechtsbescherming willen inroepen als de belangen van de aanbestedende diensten die een overeenkomst willen sluiten om voorzieningen aan burgers te bieden. Tevens wordt rekening gehouden met het belang van de andere inschrijvers (vóór gunning van een opdracht) en de winnende ondernemer (na gunning van een opdracht): zij moeten niet onnodig lang in onzekerheid verkeren.

Het wetsvoorstel stelt wijzigingen voor in het huidige stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden, zodat ondernemers problemen die zij ervaren in aanbestedingsprocedures op een laagdrempelige manier kunnen aankaarten, inhoudelijk kunnen laten beoordelen en kunnen zien dat problemen op professionele wijze worden opgepakt. Het gaat hierbij om het geheel aan mogelijkheden voor ondernemers om hun rechtspositie te verzekeren en op te kunnen komen tegen handelingen en beslissingen van de aanbestedende dienst die mogelijkerwijs in strijd zijn met de voorschriften uit het aanbestedingsrecht.[3]

2. Achtergronden van het voorstel

2.1 Aanleiding

De Aw 2012 streeft naar een goede balans tussen de belangen van de overheid (aanbestedende diensten) en ondernemers (gegadigden voor en inschrijvers op overheidsopdrachten).[4] Voor de overheid is het van belang dat publieke doelen worden gerealiseerd en overheidsgeld daarbij doelmatig wordt besteed. Belangrijk is dat binnen de gewenste termijnen geleverd wordt waar de overheid behoefte aan heeft, dat daarbij de rechtsgelijkheid in acht wordt genomen en voldoende recht wordt gedaan aan de belangen van de verschillende ondernemers. Voor individuele ondernemers is van belang dat een aanbesteding een reële kans biedt om te concurreren om een overheidsopdracht en dat de spelregels voorspelbaar en duidelijk zijn. De aanbestedingsregels scheppen de voorwaarden om op niet-discriminerende en transparante wijze tot de gunning van een opdracht te komen. Het is belangrijk dat deze regels worden nageleefd door aanbestedende diensten, dat ondernemers daarin vertrouwen hebben en dat ondernemers, wanneer zij menen dat dit niet het geval is, goede mogelijkheden hebben om hier tegenop te komen.

Rechtsbescherming is bij uitstek een onderwerp waar de genoemde balans tussen de belangen van aanbestedende diensten en ondernemers moet zijn geborgd. Zo is het voor aanbestedende diensten – en uiteraard voor winnende ondernemers – van belang dat zij voortgang kunnen maken om een overeenkomst te sluiten, terwijl (verliezende) ondernemers bij het inroepen van rechtsbescherming de mogelijkheid willen hebben van een serieuze heroverweging alvorens een opdracht gegund wordt.

---

[1] 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).
[2] Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 13 en Kamerstukken II 2020/21, 34 252, nr. 21.
[3] Onder aanbestedende dienst wordt in het algemeen deel ook verstaan speciale-sectorbedrijf, tenzij anders aangegeven.
[4] Onder overheidsopdracht wordt ook verstaan concessie, tenzij anders aangegeven.

Een ondernemer heeft onder het huidige wettelijke stelsel verschillende rechtsbeschermingsmogelijkheden. In het algemeen is de vragenronde die deel uitmaakt van elke aanbestedingsprocedure de eerste mogelijkheid om vragen te stellen of zorgen kenbaar te maken tijdens een lopende procedure. De aanbestedende dienst beantwoordt de vragen van de ondernemer in de nota van inlichtingen en reageert op gemaakte opmerkingen. Als een ondernemer daarover niet tevreden is, kan deze een klacht indienen bij de aanbestedende dienst. Indien een ondernemer niet tevreden is over de wijze van klachtafhandeling door de aanbestedende dienst of het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling, kan de ondernemer daarna terecht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.[5] Tot slot is het in alle gevallen mogelijk om naar de burgerlijke rechter te stappen. In de regel is dat, vanwege het spoedeisende belang, de voorzieningenrechter.

Uit meerdere moties van de Tweede Kamer in 2018 kwam de wens naar voren om te onderzoeken hoe het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden beter kan functioneren en om de Commissie van Aanbestedingsexperts te evalueren.[6] Tevens waren van regeringszijde toezeggingen gedaan op het gebied van rechtsbescherming.[7] De Commissie van Aanbestedingsexperts is in 2013 door de toenmalige Minister van Economische Zaken ingesteld om op laagdrempelige wijze klachten over aanbestedingen af te handelen door middel van niet-bindende adviezen. In 2019 heeft KWINK groep in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat onderzoek gedaan naar het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden, inclusief de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts, en naar de wenselijkheid van wijzigingen.[8] De uitkomsten van dit onderzoek, de maatregelen die naar aanleiding ervan zijn aangekondigd (inclusief twee moties van de Tweede Kamer) en de nadere uitwerking van deze maatregelen vormen tezamen de aanleiding van dit voorstel tot wijziging. Dit wordt hieronder uiteengezet.

2.2 Uitkomsten onderzoek en maatregelen

2.2.1 Uitkomsten onderzoek

KWINK groep concludeerde dat het hierboven geschetste stelsel van rechtsbescherming wel de juiste elementen bevat, maar nog onvoldoende tegemoet komt aan de wens van ondernemers om problemen bij aanbestedingen op een laagdrempelige manier te kunnen aankaarten en inhoudelijk te kunnen laten beoordelen. Het onderzoek bood daarnaast inzicht in een aantal concrete problemen, die hieronder worden geschetst.

Probleem: wij/zij-denken

Bij ondernemers bestaat een onderliggend gevoel van ongelijkheid in de uitgangspositie tussen de aanbestedende dienst en de ondernemer. Tot op zekere hoogte is dit inherent aan de relatie opdrachtgever/opdrachtnemer. Er is echter ook sprake van een gevoel dat is gebaseerd op ervaren problemen met vaardigheden bij het doorlopen van een aanbestedingsprocedure zoals professionaliteit, transparantie, houding en gedrag. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een niet-gemotiveerd antwoord op een vraag tijdens de vragenronde. Ondernemers maken relatief weinig

[5] Op basis van het reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts dienen ondernemers eerst een klacht in te dienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst, voordat ze een klacht kunnen indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

[6] Deze moties betreffen: de motie Van den Berg/Graus (Kamerstukken II 2017/18, 32 440, nr. 107) om te onderzoeken hoe het hoger beroep het beste tot zijn recht kan komen, de motie Van den Berg/Graus (Kamerstukken II 2017/18, 32 440, nr. 108) om te onderzoeken of de Commissie van Aanbestedingsexperts een grotere rol kan spelen door inhoudelijke toetsing en adviezen en de motie Wörsdörfer (Kamerstukken II 2017/18, 32 440, nr. 110) om in het onderzoek aandacht te besteden aan private handhaving, de achterstand van inschrijvers in een kort geding en de wenselijkheid van een specialistische rechtbank voor aanbestedingszaken.

[7] Deze toezeggingen betreffen: de toezegging tijdens het AO Marktwerking en mededinging d.d. 8 februari 2018 om in het onderzoek alternatieve opties voor arbitrage en de opvolging van adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts mee te nemen (Kamerstukken II 2017/18, 24 036, nr. 428), de toezegging om de Commissie van Aanbestedingsexperts te evalueren (Kamerstukken II 2017/18, 32 440, nr. 104) en de toezegging om de aanbeveling om naleving van het clusterverbod te bevorderen te betrekken bij het rechtsbeschermingsonderzoek (Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 10).

[8] 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).

gebruik van de mogelijkheden tot het inroepen van rechtsbescherming. Daarbij spelen overwegingen als angst voor reputatieschade, niet-passende termijnen van klachtafhandeling waardoor de beoordeling te laat komt om nog te worden meegenomen in het aanbestedingsproces en de kosten die gepaard gaan met het formuleren van een goede klacht of het aanspannen van een zaak bij de rechter. Ondernemers schatten de kans dat ze in het gelijk worden gesteld daarnaast laag in.

Probleem: geringe impact van klachtenafhandeling
In het huidige stelsel van rechtsbescherming kan een ondernemer met een klacht terecht bij de aanbestedende dienst en bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Uit het onderzoek van KWINK groep blijkt echter dat niet elke aanbestedende dienst beschikt over een klachtenloket. Tevens stelt KWINK groep vast dat klachtenloketten van aanbestedende diensten verschillen in werkwijzen: veelal zijn loketten volgens de respondenten professioneler naarmate de aanbestedende dienst groter is. Ook de positionering binnen de organisatie loopt uiteen, wat vragen kan oproepen over de onpartijdigheid. Hoewel het beeld van de ondervraagden in het onderzoek is dat de klachtafhandeling bij veel aanbestedende diensten goed op orde is, wordt deze toch als te weinig impactvol ervaren. Het blijkt namelijk dat uitspraken in klachtenprocedures van de aanbestedende diensten veelal te laat komen om nog te kunnen worden betrokken in de lopende aanbestedingsprocedure, omdat aanbestedende diensten de procedure niet opschorten. Hierdoor bieden ze geen oplossing voor individuele geschillen.

Uit het onderzoek komt ook naar voren dat – ondanks de brede waardering voor expertise van de Commissie van Aanbestedingsexperts en de kwaliteit van de adviezen – de bijdrage aan het oplossen van aanbestedingsklachten beperkt is. In het onderzoeksrapport van KWINK groep worden ervaringen beschreven dat aanbestedende diensten de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts regelmatig naast zich neerleggen. Daarnaast constateert de Commissie van Aanbestedingsexperts in haar eigen rapportages dat aanbestedende diensten in steeds mindere mate bereid zijn om de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts af te wachten in gevallen waarbij het advies nog wel invloed kan hebben op de aanbesteding.[9]

Probleem: disbalans in toepassing van Grossmann-clausules
De ruimte om als aanbestedende dienst in lopende aanbestedingen wijzigingen aan te brengen, is beperkt. Wijziging van de oorspronkelijke voorwaarden kan er namelijk voor zorgen dat ondernemers die aanvankelijk geen interesse hebben getoond in de opdracht, na een wezenlijke wijziging toch interesse hebben.. De Aw 2012 bevat daarom de verplichting om bij wezenlijke wijzigingen de aanbesteding over te doen. Doordat de ruimte beperkt is om wijzigingen aan te brengen, is het voor aanbestedende diensten wenselijk dat onvolkomenheden in de aanbesteding zo snel mogelijk worden aangekaart door ondernemers en niet worden 'bewaard' tot het moment dat de ondernemer hoort dat zijn offerte niet als beste is beoordeeld. Dat wordt ook wel 'stilzitten' genoemd. Ter voorkoming van stilzitten, hanteren aanbestedende diensten clausules in aanbestedingsdocumenten die bepalen dat wanneer een ondernemer niet tijdig klaagt, deze ondernemer zijn recht verliest op het aanspannen van een rechtszaak (zogenaamde rechtsverwerking). Deze clausules zijn gebaseerd op het Grossmann-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie.[10] Op deze clausules is veel kritiek. Ondernemers en experts ervaren de toepassing van dergelijke clausules als doorgeslagen. Het gaat dan bijvoorbeeld om verlies van rechtsbescherming als voorafgaand aan de inschrijving niet is geklaagd. Dit draagt niet bij aan (het gevoel van) adequate rechtsbescherming.

Probleem: beperkte mogelijkheden voor ondernemer voor hoger beroep
Een aanbestedende dienst mag na een voor hem positieve uitspraak in kort geding overgaan tot het sluiten van een contract met de winnaar van de aanbesteding. In de praktijk blijkt dat het voor de verliezende ondernemer weinig nut heeft om in hoger beroep een voorlopige voorziening te vragen of een bodemprocedure aan te spannen, aangezien de rechter nauwelijks ruimte heeft om gesloten overeenkomsten te ontbinden. Dit is met name het gevolg van het Xafax-arrest van de

[9] Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 32 440, nr. 119 (9e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts)
[10] HvJ EU 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93 (Grossmann), C-230/02.

Hoge Raad uit 2016.[11] Hierdoor is rechterlijke toetsing in tweede instantie in de praktijk minder effectief, omdat de ondernemer slechts nog kan procederen om een schadevergoeding en geen kans meer kan maken op de opdracht. Veel ondernemers willen niet enkel procederen voor een schadevergoeding, omdat het hen gaat om de opdracht. Voor een aanbestedende dienst kan het daarentegen bij een negatieve uitspraak wel nut hebben om in hoger beroep te gaan. De aanbestedende dienst zal na een negatieve uitspraak in kort geding namelijk niet overgaan tot het sluiten van de overeenkomst, waardoor er voor een aanbestedende dienst in hoger beroep dus meer ruimte is om de beslissing van de voorzieningenrechter in eerste aanleg ongedaan te laten maken.

2.2.2 Beleidsmaatregelen naar aanleiding van het onderzoek en moties Tweede Kamer

Op basis van de uitkomsten van het onderzoek van KWINK groep heeft de toenmalige Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat in juli 2019 beleidsmaatregelen aangekondigd om de rechtsbescherming van ondernemers te verbeteren.[12] Het betrof o.a. maatregelen op het gebied van de verbetering van klachtafhandeling door klachtenloketten van aanbestedende diensten, een gewijzigde rol voor de Commissie van Aanbestedingsexperts door haar op verzoek van partijen aanbestedingen achteraf te laten evalueren in plaats van advies te geven tijdens aanbestedingsprocedures, het onderzoeken van mogelijkheden ter verbetering in de gang naar de rechter en een inzet op de verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk.

Naar aanleiding van Kamervragen van het lid Palland over de maatregelen, heeft de toenmalige staatssecretaris enkele aanvullende maatregelen aangekondigd.[13] Aanvullende maatregelen betroffen ten eerste het nog enkele jaren behouden van de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts in klachtafhandeling en bekijken hoe de Commissie van Aanbestedingsexperts een rol kan spelen als stok achter de deur in die gevallen waarin klachtafhandeling bij aanbestedende diensten nog onvoldoende op peil is. Ten tweede ging het om onderzoek doen naar de wijze waarop aanbestedende diensten kunnen worden gestimuleerd om voldoende tijd en ruimte te nemen voor serieuze klachtbehandeling, zodat er vóór het moment van inschrijving of gunning een advies van het klachtenloket of de Commissie van Aanbestedingsexperts ligt over de ingediende klacht. Hierbij werd ook naar eventuele (verplichte) opschorting gekeken. Een derde aanvullende maatregel was het uitvoeren van een nieuw onderzoek naar rechtsbescherming bij aanbesteden waarin ook gekeken wordt naar de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts nadat de beleidsmaatregelen zijn uitgevoerd.

De staatssecretaris gaf aan dat met deze aanvullende maatregelen verder tegemoet wordt gekomen aan de wens van ondernemers ten aanzien van de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts, zodat deze als vangnet kan functioneren wanneer de klachtafhandeling bij de aanbestedende dienst niet (optimaal) functioneert of een ondernemer ontevreden is over de uitkomst van de klachtafhandeling.

Naar aanleiding van het Algemeen Overleg Aanbesteden van de vaste Kamercommissie Economische Zaken en Klimaat van 31 oktober 2019 zijn twee moties aangenomen die zien op de maatregelen en aanvullende maatregelen. Motie Palland en Aartsen roept op om met een voorstel te komen om bij aanbestedende diensten een pas op de plaats zeker te stellen gedurende een lopende aanbestedingsprocedure, indien de Commissie van Aanbestedingsexperts vóór het moment van inschrijving een klacht in behandeling heeft en zij een pas op de plaats wenselijk acht gelet op de betrokken belangen.[14] Een tweede Motie Palland en Aartsen roept op om 1) de wijze van klachtenafhandeling op lokaal niveau en de voortgang in de versterking van de lokale klachtenloketten jaarlijks te monitoren en hierover aan de Kamer te rapporteren en 2) om in overleg met de Vereniging van Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Unie van Waterschappen (UvW) te bewerkstelligen dat een jaarlijkse rapportage over klachtenafhandeling op lokaal niveau wordt gedeeld met de volksvertegenwoordigende organen

[11] HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (Xafax).
[12] Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 13.
[13] Aanhangsel Handelingen II 2019/20, nr. 582 (Beantwoording van de vragen Palland van 29 oktober 2019).
[14] Kamerstukken II 2019/20, 34 252, nr. 15 (Motie Palland en Aartsen).

van de betreffende aanbestedende diensten, dat wil zeggen gemeenteraad, provinciale staten en het algemeen bestuur van het waterschap.[15]

2.2.3 Nadere uitwerking van de aangekondigde beleidsmaatregelen

De door de toenmalige Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat aangekondigde maatregelen, aanvullende maatregelen en moties zijn in 2020 nader uitgewerkt samen met een klankbordgroep met een brede vertegenwoordiging van aanbestedende diensten, ondernemers en experts op het gebied van aanbesteden. Voor deze werkwijze werd gekozen om ervoor te zorgen dat de uitwerking kan rekenen op draagvlak en uitvoerbaar is in de praktijk. De klankbordgroep is op enkele onderwerpen na met een uitwerking gekomen die tegemoet komt aan de wensen en belangen van zowel ondernemers als aanbestedende diensten. In februari 2021 heeft de toenmalige Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat deze uitwerking gepresenteerd.[16] Samengevat zag de uitwerking er als volgt uit, waarbij is aangegeven wat de status is van de maatregelen en welke maatregelen worden meegenomen in dit wetsvoorstel:

Tabel 1

Aangekondigde maatregel	**Status**
Verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk via het vervolg van Beter Aanbesteden, een actieagenda die zich richt op de professionalisering van de aanbestedingspraktijk	Uitgevoerd, zie paragraaf 2.2.4
Inperken van extreme toepassing van rechtsverwerkingsclausules door aanpassing van de Gids proportionaliteit, een wettelijk verankerd richtsnoer dat invulling geeft aan het beginsel proportionaliteit	Uitgevoerd, zie paragraaf 2.2.4
Klachtafhandeling	
Professionaliseren van klachtafhandeling door het bestaande 'Advies Klachtafhandeling bij Aanbesteden' te actualiseren en daarin aandacht te geven aan aspecten als uniformering, onafhankelijkheid, regionale samenwerking, termijnen en ruimte voor feedback op de aanbesteding[17]	Uitgevoerd, zie paragraaf 2.2.4
Wettelijk verplichten van een klachtenloket bij aanbestedende diensten dat voldoet aan bepaalde minimumeisen	Onderdeel wetsvoorstel, zie paragraaf 3.1
Wettelijk borgen van voldoende tijd en ruimte voor serieuze klachtbehandeling bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst in geval van klachten over het ontwerp van de aanbesteding (inclusief eventuele opschortende werking)[18]	Onderdeel wetsvoorstel, zie paragraaf 3.2
Aanpassen van de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts in de Aw 2012 zodat ze sneller kan adviseren over ontwerpklachten, het introduceren van een wettelijke opschorting van de aanbestedingsprocedure zodat adviezen worden afgewacht en het wettelijk verankeren van het 'pas toe of leg uit'-principe	Onderdeel wetsvoorstel, zie paragraaf 3.5
Wettelijk regelen van toegang tot het klachtenloket van de aanbestedende dienst bij klachten over selectie- en	Onderdeel wetsvoorstel, zie paragraaf 3.3

[15] Kamerstukken II 2019/20, 34 252, nr. 16 (Motie Palland en Aartsen).
[16] Kamerstukken II 2020/21, 34 252, nr. 21.
[17] Bijlage bij Kamerstukken II 2012/13, 32 440, nr. 81 ('Klachtenregeling aanbesteden').
[18] Het betreft hier klachten over de fase vóór de uiterste datum van aanmelding/inschrijving (de zogenaamde ontwerpklachten, denk hierbij aan klachten over geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria of contractvoorwaarden).

gunningsbeslissingen met een wettelijke opschortende werking indien mogelijk	
Starten van een pilot gericht op het versterken van de klachtenloketten bij klachten over selectie- en gunningsbeslissingen	Nog uit te voeren, zie paragraaf 2.2.4
Wettelijk nader invullen van de eisen aan de motivering van selectie- en gunningsbeslissingen	Onderdeel wetsvoorstel, zie paragraaf 3.7
Gang naar de rechter	
In samenwerking met het Ministerie van Justitie en Veiligheid organiseren van een bijeenkomst met juridische experts uit de rechtspraak, wetenschap en advocatuur, en met ondernemers en aanbestedende diensten om de precieze knelpunten voor ondernemers in de gang naar de rechter scherp te krijgen en mogelijke oplossingsrichtingen te verkennen	Nog uit te voeren, zie paragraaf 2.2.4
Wettelijk verruimen van de mogelijkheden om in hoger beroep te gaan door het toevoegen van een extra vernietigingsgrond aan de Aw 2012 in geval van grove schendingen van het aanbestedingsrecht	Lastig uitvoerbaar, vooralsnog niet meegenomen in wetsvoorstel, zie paragraaf 2.2.4
Verantwoording en monitoring	
Door het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat monitoren van de voortgang van de professionalisering van klachtafhandeling	Nog uit te voeren, zie paragraaf 2.2.4
Wettelijk regelen dat decentrale overheden jaarlijks verantwoording afleggen over klachtafhandeling aan hun volksvertegenwoordigende organen	Onderdeel wetsvoorstel, zie paragraaf 3.4
Uitvoeren van een vervolg-evaluatie van het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden twee jaar na wetswijziging.	Nog uit te voeren, zie paragraaf 2.2.4

2.2.4 Uitvoering van de beleidsmaatregelen

Een aantal van de bovenstaande maatregelen is inmiddels uitgevoerd, zoals ook aangegeven in de tabel. Er is een vervolg op Beter Aanbesteden waarin wordt gewerkt aan een verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk.[19] Het vervolgprogramma richt zich op het investeren in de dialoog tussen ondernemer en aanbestedende dienst, het creëren van bewustzijn, verbetering van de kennis en toepassing van methodieken in de praktijk. Daarnaast is de gewijzigde Gids proportionaliteit op 1 januari 2022 in werking getreden.[20] De gewijzigde Gids proportionaliteit geeft praktische handvatten voor een proportionele toepassing van rechtsverwerkingsclausules. Tevens is de aangepaste 'Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden' gepubliceerd op 17 februari 2022.[21]

Dit wetsvoorstel is een belangrijke volgende stap om de rechtsbescherming van ondernemers verder te verbeteren, door het verplichten van klachtenloketten, het verstevigen van rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts en het nader invullen van motiveringen. Met de bovengenoemde maatregelen die al zijn gerealiseerd en de voorgestelde wettelijke voorzieningen wordt een belangrijke slag gemaakt in het creëren van een uitgebalanceerd systeem van rechtsbescherming, waarbij aan de verschillende belangen zoveel mogelijk recht wordt gedaan.

In het wetsvoorstel is niet meegenomen het verruimen van de mogelijkheden om in hoger beroep te gaan door het toevoegen van een extra vernietigingsgrond. Bij de uitwerking van de

[19] Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 14.
[20] Bijlage bij Besluit van 30 september 2021 tot wijziging van het Aanbestedingsbesluit in verband met de wijziging van de Gids proportionaliteit met betrekking tot rechtsverwerkingsclausules, Staatsblad 2021, nr. 464 ('Gids proportionaliteit, 3e herziening').
[21] Zie: https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2022/02/17/handreiking-klachtafhandeling-bij-aanbesteden

aangekondigde maatregel in het wetsvoorstel en besprekingen daarover met aanbestedende diensten en ondernemers kwamen ongewenste effecten van deze wijziging naar voren. Daarom is gekozen voor het consulteren van een open vraag over dit onderwerp.

Om tot slot een beeld te geven wat wordt gedaan met de overige maatregelen het volgende: parallel aan dit wetstraject worden in samenwerking met het Ministerie van Justitie en Veiligheid de problemen die ondernemers ervaren in de gang naar de rechter bij aanbesteden en mogelijke oplossingsrichtingen in kaart gebracht. Hierin wordt de in de kamerbrief van 12 februari 2021 aangekondigde pilot ter versterking van de klachtenloketten bij klachten over selectie- en gunningsbeslissingen meegenomen. Ook wordt een extern onderzoek uitgezet om de voortgang van de professionalisering van klachtafhandeling te monitoren. Twee jaar na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zal een vervolg-evaluatie van het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden worden uitgevoerd.

2.3 Doelstelling wetsvoorstel

Zoals in tabel 1 is weergegeven, vraagt een aantal van de uitgewerkte maatregelen om wijziging van de Aw 2012. De algemene doelstelling van dit wetsvoorstel is om de positie van overheid en bedrijfsleven ingeval sprake is van verschillen van inzicht of conflicten bij aanbestedingen meer in evenwicht te brengen binnen het huidige stelsel van rechtsbescherming. Het voorstel is om betere wettelijke mogelijkheden te creëren voor ondernemers om problemen in aanbestedingen aan te kaarten en inhoudelijk te laten beoordelen. Bij het uitwerken van het voorstel is oog gehouden voor het belang van aanbestedende diensten om eigenstandig keuzes te kunnen maken en het tijdspad van hun aanbesteding te kunnen bewaken. Ook is rekening gehouden met het belang van de andere inschrijvers (vóór gunning) en de winnende ondernemer (na gunning): zij moeten niet onnodig lang in onzekerheid verkeren over de te vergeven opdracht, dan wel de door hem gewonnen opdracht. Met het wetsvoorstel wordt gestreefd 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.

2.4 Noodzaak en instrumentkeuze

Overheidsinterventie is gerechtvaardigd omdat uit het onderzoek van KWINK groep blijkt dat hoewel het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden de juiste elementen bevat, ondernemers in de praktijk toch problemen ervaren. Het wijzigen van de Aw 2012 op de in tabel 1 genoemde punten is noodzakelijk om de rechtsbescherming voor ondernemers te verbeteren. Het enkel inzetten op meer niet-bindende instrumenten (zoals bijvoorbeeld voorlichting en handreikingen) biedt teveel beleidsvrijheid aan aanbestedende diensten en daarmee onvoldoende waarborgen voor ondernemers. Zo kwam in het onderzoek van KWINK groep onder andere naar voren dat de impact van klachtafhandeling door aanbestedende diensten beperkt is, ondanks de van toepassing zijnde handreikingen.[22] Uit het onderzoek van KWINK groep bleek verder dat aanbestedende diensten in steeds mindere mate bereid zijn aanbestedingsprocedures op te schorten in afwachting van een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Dit beeld wordt bevestigd door de 9e jaarrapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts waaruit blijkt dat de bereidheid bij aanbestedende diensten om de aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts nog verder is teruggelopen in 2021.[23] Uit de jaarrapportage komt verder naar voren dat aanbestedende diensten niet of nauwelijks bereid zijn tot opvolging van de adviezen. Gezien deze lage bereidheid van aanbestedende diensten is de verwachting dat niet-bindende instrumenten niet het gewenste effect zullen creëren en dat enkel wetswijziging een verbetering van de rechtsbescherming borgt.

[22] In 2013 is een advies 'Klachtafhandeling bij Aanbesteden' gepubliceerd voor aanbestedende diensten met als doel te komen tot een uniforme klachtenregeling die kan bijdragen aan een snelle en zorgvuldige afhandeling van klachten. In 2021 is dit advies vervangen door de 'Handreiking Klachtafhandeling bij Aanbesteden' met als doel aanbestedende diensten voor te bereiden op de door de Staatssecretaris aangekondigde beleidsmaatregelen, waaraan dit wetsvoorstel uitvoering geeft

[23] Bijlage bij Kamerstukken II 2021/22, 32 440, nr. 119 ('9e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts').

Daarnaast wordt met dit wetsvoorstel een uniforme toepassing van de maatregelen door aanbestedende diensten bevorderd. Dit is belangrijk vanwege de grote diversiteit aan aanbestedende diensten (waaronder gemeenten, provincies, waterschappen, het Rijk, publiekrechtelijke instellingen, zoals scholen en universitaire ziekenhuizen, en speciale-sectorbedrijven) en met het oog op duidelijkheid voor ondernemers.

2.5 Toepassingsbereik wetsvoorstel

Dit wetsvoorstel is van toepassing op overheidsopdrachten, concessieopdrachten en speciale-sectoropdrachten boven de Europese drempelwaarden.[24] Daarbij is een deel van het wetsvoorstel van toepassing op aanbestedingen onder deze drempelwaarden. Bij de verschillende onderdelen van het wetsvoorstel wordt aangegeven op welk deel (of welke delen) van de Aw 2012 het voorgestelde artikel van toepassing is. De Aw 2012 is als volgt ingedeeld:

- Deel 1: nationale regels
- Deel 2: overheidsopdrachten
  Implementatie van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EU
- Deel 2a: concessieopdrachten
  Implementatie van Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten
- Deel 3: speciale-sectoropdrachten
  Implementatie van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG
- Deel 4: overige bepalingen.

De nationale regels zijn gebaseerd op de Europese aanbestedingsbeginselen en gelden wanneer de Europese aanbestedingsplicht níet van toepassing is. De nationale regels bevatten procedures zoals de meervoudige onderhandse gunning.

3. Hoofdlijnen van het voorstel

Een wezenlijk onderdeel van de versterking van de rechtsbescherming van (potentiële) gegadigden en inschrijvers bij aanbestedingsprocedures betreft de verbetering van de klachtafhandeling door aanbestedende diensten. In dit wetsvoorstel wordt daartoe voorzien in de opname van een specifieke regeling over klachtafhandeling bij aanbestedingen in hoofdstuk 4.4, afdeling 4.4.2 van de Aw 2012. Daarnaast bevat dit wetsvoorstel wijzigingen van bestaande artikelen. In de navolgende paragrafen wordt elk van deze onderdelen besproken.

Bij het doornemen van deze onderdelen is het behulpzaam om te weten dat het wetsvoorstel is uitgewerkt aan de hand van een aantal thema's dat als rode draad door het voorstel loopt:

<u>Onderscheid in soorten klachten</u>
Bij de klachtafhandeling is een onderscheid gemaakt tussen klachten over:

- het ontwerp van de aanbesteding (situatie voordat een ondernemer een inschrijving heeft ingediend, hierna: ontwerpklachten); en
- klachten over een selectie- of gunningsbeslissing (situatie waarbij er een (voorlopige) beslissing is genomen door de aanbestedende dienst en waarbij een meerpartijenverhouding ontstaat.

<u>Voldoende tijd en ruimte voor klachtafhandeling</u>
Voor beide soorten klachten geldt dat een eventuele klacht tijdig wordt ingediend door de ondernemer en dat de aanbestedende dienst voldoende tijd en ruimte neemt om de klacht serieus te behandelen. In dit wetsvoorstel is voorzien in een (voorwaardelijke) verlenging voor zowel

[24] Hoofdstuk 2.1 Aw 2012.

ontwerpklachten als klachten over gunningsbeslissingen. Voor ontwerpklachten bij de Commissie van Aanbestedingsexperts geldt ook een opschortende termijn.

Inzet op klachtenloketten bij aanbestedende diensten en de Commissie van Aanbestedingsexperts als stok achter de deur voor ontwerpklachten

- Klachtafhandeling heeft tot doel om klachten zoveel mogelijk in een zo vroeg mogelijk stadium op te lossen, waarmee tevens een gang naar de rechter kan worden voorkomen. De uitwerking op het gebied van klachtafhandeling heeft in onderliggend wetsvoorstel vorm gekregen in het verplichten van het klachtenloket bij de aanbestedende dienst en de professionalisering ervan.
- Het wetsvoorstel gaat uit van laagdrempelige klachtafhandeling. Om geen onnodige drempels voor ondernemers op te werpen, regelt het wetsvoorstel alleen de eisen waaraan een klacht minimaal moet voldoen.
- Het wetsvoorstel gaat in op twee soorten klachten. Het staat een aanbestedende dienst vrij om het toepassingsbereik van de klachtafhandeling uit te breiden in de eigen klachtenregeling en daarmee andersoortige klachten ook te behandelen.
- Specifiek voor ontwerpklachten geldt dat een procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts openstaat op het moment dat een ondernemer niet tevreden is over de wijze van klachtafhandeling door het klachtenloket, of het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling. In het wetsvoorstel is ingezet op snelle advisering door de Commissie van Aanbestedingsexperts, waarbij aanbestedende diensten het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts moeten afwachten. Daarnaast dient de aanbestedende dienst – indien deze afwijkt van het advies - dit te motiveren (volgens het 'pas toe of leg uit'-principe).

Duidelijke communicatie/transparantie
Tenslotte voorziet het wetsvoorstel in bepalingen over duidelijke communicatie en transparantie. Als aanbestedende diensten transparant zijn over de gemaakte keuzes en ondernemers daardoor beter begrijpen waarom bepaalde keuzes zijn gemaakt, kan dit bijdragen aan het voorkomen van klachten en gerechtelijke procedures.

Rechtsbescherming bij aanbesteden

Intern gebruik

3.1 Procedure bij het klachtenloket

3.1.1 Verplichting klachtenloket
Met dit wetsvoorstel wordt beoogd de klachtafhandeling bij aanbestedende diensten te professionaliseren. In het huidige stelsel van rechtsbescherming kan een ondernemer met een klacht terecht bij de aanbestedende dienst en - indien nodig - vervolgens bij de Commissie van

Aanbestedingsexperts. Een klachtenloket is een belangrijk instrument om problemen die ondernemers ervaren op een vroeg moment in het aanbestedingsproces te adresseren, waarmee tevens een gang naar de rechter kan worden voorkomen. Hiermee vormt het klachtenloket de basisvoorwaarde voor een professionele afhandeling van klachten.

Echter, uit het onderzoek van KWINK groep blijkt dat niet iedere aanbestedende dienst beschikt over een klachtenloket. Het wetsvoorstel introduceert daarom de verplichting voor alle aanbestedende diensten tot het instellen van een klachtenloket (al dan niet gezamenlijk of in regionaal verband). Bovendien stelt het wetsvoorstel minimumeisen aan de inrichting en procedure van dit loket (artikel 4.26a en 4.26b), namelijk wie een klacht mag indienen, waarover in ieder geval een klacht ingediend mag worden, de onpartijdigheid van het loket en de stappen die gezet moeten worden in de afhandeling door de aanbestedende dienst en de eisen waaraan een klacht moet voldoen om in behandeling te worden genomen. Er zijn verschillende mogelijkheden voor aanbestedende diensten om een klachtenloket op te zetten. Hierbij kan worden gedacht aan het fungeren als klachtenloket voor een andere aanbestedende dienst (en vice versa) of het oprichten (of uitbesteden) van één gezamenlijk klachtenloket voor meerdere aanbestedende diensten. Deze mogelijkheden worden toegelicht in de eerdergenoemde 'Handreiking Klachtafhandeling bij Aanbesteden'.

3.1.2 Indiener klacht

In het wetsvoorstel wordt de mogelijkheid om een klacht in te dienen niet alleen geboden aan direct bij de aanbestedingsprocedure betrokken of belanghebbende ondernemers. Ook brancheorganisaties - zoals Techniek Nederland, Bouwend Nederland en NLdigital - of branchegerelateerde aanbestedingsadviescentra - zoals Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra en Aanbestedingscentrum Techniek Nederland - krijgen in het wetsvoorstel de mogelijkheid tot het indienen van een klacht. Dit uitgangspunt, dat reeds was opgenomen in het advies 'Klachtafhandeling bij Aanbesteden',[25] is belangrijk wanneer een groep ondernemers binnen dezelfde branche geraakt wordt door een bepaalde keuze binnen een aanbestedingsprocedure en hier in gezamenlijk verband tegen op wil komen.

Aan onderaannemers wordt geen zelfstandig klachtrecht toegekend in het wetsvoorstel. Een aanbestedende dienst gaat namelijk geen verbintenis aan met een onderaannemer, maar slechts met de hoofdaannemer. Een onderaannemer heeft dan ook geen zelfstandig procesbelang. De hoofdaannemer kan een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst over een door een onderaannemer onder de aandacht gebracht punt.

3.1.3 Onderwerp klacht

Ten aanzien van de onderwerpen waarover in ieder geval geklaagd mag worden bij het klachtenloket, wordt in het wetsvoorstel een onderscheid gemaakt tussen klachten die gaan over het ontwerp van de aanbesteding (situatie voordat een ondernemer een aanmelding of inschrijving heeft ingediend, hierna: ontwerpklachten) en klachten over selectie- en gunningsbeslissingen (situatie waarbij er een (voorlopige) beslissing is genomen waar meerdere ondernemers door geraakt worden).[26] Beide onderwerpen zijn wezenlijke onderdelen van de aanbestedingsprocedure die direct het onderwerp van de opdracht en de toegang tot de selectie en de gunning van de opdracht betreffen. In de besprekingen met de klankbordgroep over de uitwerking van maatregelen is deze indeling in soorten klachten geïntroduceerd en is nagedacht over de verschillende routes die hierbij horen. Het wetsvoorstel sluit aan bij deze lijn.

In het wetsvoorstel volgen beide onderwerpen een verschillende route van klachtafhandeling. Voor ontwerpklachten (zie paragraaf 3.2) kunnen ondernemers terecht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Indien een ondernemer het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling of de klacht is niet tijdig afgehandeld door het klachtenloket, kan de ondernemer

[25] https://www.rijksoverheid.nl/documenten/regelingen/2013/03/07/klachtafhandeling-bij-aanbesteden
[26] Met een meerpartijenverhouding wordt bedoeld dat een beslissing over de beoordeling van de inschrijving van een ondernemer kan leiden tot wijzigingen in de ranking van de inschrijvingen van andere ondernemers, waardoor een verliezer een winnaar kan worden en vice versa.

naar de Commissie van Aanbestedingsexperts. Tenslotte kan een ondernemer altijd naar de voorzieningenrechter.

Voor klachten over selectie- en gunningsbeslissingen (zie paragraaf 3.3) kunnen ondernemers terecht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Indien een ondernemer het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling of de klacht is niet tijdig afgehandeld door het klachtenloket, staat een procedure bij de voorzieningenrechter open. Anders dan bij klachten over het ontwerp van een aanbesteding is een rol voor de Commissie van Aanbestedingsexperts bij klachten over selectie- en gunningsbeslissingen complex, omdat er een meerpartijenverhouding ontstaat en de Commissie van Aanbestedingsexperts ook rekening moet houden met de belangen van andere inschrijvers (zie paragraaf 3.5).

Naast de twee bovengenoemde onderwerpen waarover een klacht kan worden ingediend, staat het de aanbestedende dienst vrij om eventueel ook andersoortige klachten in behandeling te laten nemen door het loket. Hierbij kan gedacht worden aan klachten over het intrekken van een aanbesteding en klachten over het algemene inkoop- of aanbestedingsbeleid. Belangrijk hierbij is dat een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken duidelijk communiceert waarover geklaagd mag worden door een ondernemer.

Om aanbestedende diensten handvatten te bieden bij het ontwikkelen van een goede standaard voor klachtafhandeling zal de eerdergenoemde 'Handreiking Klachtafhandeling bij Aanbesteden' bij inwerkingtreding van dit wetsvoorstel worden geactualiseerd en zal daarin een voorbeeldreglement voor klachtafhandeling worden opgenomen.

3.1.4 Onpartijdigheid klachtafhandeling

Zoals al eerder in de kamerbrief van 12 februari 2021 is benoemd, hangt het vertrouwen van ondernemers in klachtafhandeling nauw samen met onpartijdige klachtafhandeling. Het wetsvoorstel voorziet daarom in een bepaling waarmee de onpartijdigheid van het klachtenloket wordt geborgd. De eis is dat de behandeling van een klacht gebeurt door een persoon die niet inhoudelijk betrokken is geweest bij voorliggende aanbesteding.

Om zorgvuldige en professionele klachtafhandeling te borgen, is ook nodig dat de klachtbehandelaar over een bepaalde materiedeskundigheid beschikt. Het wordt aangeraden dat de klachtbehandelaar aantoonbare ervaring heeft met inkoop en aanbesteden en/of een opleiding afgerond in die richting.

3.1.5 Procedure klachtafhandeling

De in het wetsvoorstel voorziene procedure voor het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst (artikel 4.26b) is gericht op een laagdrempelige klachtafhandeling, zodat de toegang voor ondernemers is geborgd. Het wetsvoorstel sluit aan op de eerdergenoemde 'Handreiking klachtafhandeling bij aanbesteden', zodat aanbestedende diensten die al een procedure voor klachtafhandeling hebben ingericht geen of minimale aanpassingen hoeven door te voeren. In het wetsvoorstel worden de vereisten opgenomen waaraan een klacht moet voldoen om door het klachtenloket in behandeling te worden genomen: de klacht moet schriftelijk worden ingediend en de gronden bevatten. Daarnaast moet de klacht vallen binnen de reikwijdte van te behandelen klachten door het klachtenloket van de betreffende aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst mag geen aanvullende eisen stellen om het indienen van een klacht laagdrempelig te houden.

Indien een aanbestedende dienst maatregelen treft naar aanleiding van een klacht, zorgt de aanbestedende dienst ervoor dat de naam van de ondernemer die een klacht heeft ingediend niet wordt genoemd. Dit is nu ook de praktijk bij het publiceren van een nota van inlichtingen waarin de vragensteller niet bij naam wordt genoemd. Communicatie over maatregelen vindt plaats conform de regels uit paragraaf 2.3.1.2 van de Aw 2012.

Indien de klachtafhandeling in het geval van een klacht over een afwijzing of uitsluiting of gunningsbeslissing niet leidt tot (een) andere winnaar(s), hoeft alleen de indiener van de klacht geïnformeerd te worden over de inhoudelijke afhandeling van de klacht. In deze gevallen is geen

sprake van een genomen maatregel als bedoeld in het voorgestelde artikel 4.26b waarbij gelijktijdig met de ondernemer die een klacht heeft ingediend ook de andere gegadigden of inschrijvers in kennis moeten worden gesteld.

Het uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst alleen in uitzonderlijke gevallen zal afwijken van het advies van het klachtenloket. De aanbestedende dienst motiveert dit grondig in haar beslissing over de klacht. Dit is belangrijk, omdat voor de ondernemer duidelijk moet zijn wat de afweging van de aanbestedende dienst is geweest om af te wijken van het advies. Op basis van de gegeven motivering kan de ondernemer een afweging maken over de vervolgstappen.

3.2 Klachtafhandeling ontwerpklachten

Zoals onder het kopje 'onderwerp klacht' in paragraaf 3.1.3 is aangegeven, is één van de twee onderwerpen waarover in ieder geval een klacht bij het klachtenloket kan worden ingediend het ontwerp van de aanbesteding. Denk hierbij bijvoorbeeld aan klachten over geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria of contractvoorwaarden. Ontwerpklachten kunnen aan de orde zijn in de fase vóór aanmelding (bij selectie) en in de fase vóór inschrijving (bij gunning).

3.2.1 Algemeen uitgangspunt: 'eerst vragen, dan klagen'

Om de aanbestedende dienst zo vroeg als mogelijk in de aanbestedingsprocedure op een probleem te wijzen, stelt de ondernemer hierover in beginsel eerst een vraag aan de aanbestedende dienst. De aanbestedende dienst biedt hiertoe voldoende mogelijkheid. De vraag wordt vervolgens beantwoord door de aanbestedende dienst in de nota van inlichtingen (artikel 2.53 Aw 2012). Indien de ondernemer niet tevreden is met de beantwoording of beantwoording uitblijft, kan de desbetreffende ondernemer een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst.

Dit uitgangspunt van 'eerst vragen, dan klagen' is geen wettelijk vereiste om een klacht in te kunnen dienen bij het klachtenloket, omdat er ook situaties denkbaar zijn waarin het niet mogelijk is om eerst een vraag te stellen alvorens een klacht in te dienen. Dit is in lijn met het gestelde in paragraaf 4.1 van de Gids proportionaliteit waarin is bepaald dat het disproportioneel is het niet stellen van een vraag automatisch te laten leiden tot het verval van recht om het onderwerp alsnog aan de orde te stellen. In het algemeen ligt het eerst stellen van een vraag voordat een klacht wordt ingediend echter wel in de rede, omdat deze minder formele procedure van vragen om verduidelijking veel sneller tot het gewenste resultaat leidt voor alle betrokkenen bij de aanbestedingsprocedure, ook voor de ondernemer die een klacht wil indienen.

3.2.2 Voldoende tijd voor klachtafhandeling

Effectieve klachtafhandeling vergt actie van ondernemers en van aanbestedende diensten. Het algemene uitgangspunt in dit wetsvoorstel is dat de ondernemer tijdig een klacht indient en dat de aanbestedende dienst deze klacht tijdig afhandelt. Dit is voor beide partijen van belang: voor de ondernemer zodat hij de uitkomst van de klachtafhandeling nog kan meenemen in zijn aanmelding of inschrijving en voor de aanbestedende dienst om geen onnodige vertraging op te lopen in de aanbestedingsprocedure. In het wetsvoorstel wordt daarom uitgewerkt wat tijdig indienen van een klacht is en wat tijdig afhandelen is. Hierbij wordt ook rekening gehouden met een eventuele vervolgstap naar de Commissie van Aanbestedingsexperts, waar tijdigheid ook een rol speelt.

Om dit te regelen voorziet het wetsvoorstel in minimumtermijnen voor de volgende handelingen:

- het stellen van een termijn door de aanbestedende dienst voor het tijdig indienen van een klacht door de ondernemer bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst, waarbij de ondernemer in de gelegenheid wordt gesteld om eerst een vraag te stellen, alvorens een klacht in te dienen (artikel 4.26d);
- het borgen van een bedenktijd voor de ondernemer, waarbij de ondernemer in de gelegenheid wordt gesteld om een keuze te maken wat te doen met de beslissing van de aanbestedende dienst naar aanleiding van de behandeling van zijn klacht door het klachtenloket (artikel 4.26e en 4.26f); en
- het stellen van een termijn door de aanbestedende dienst voor het tijdig indienen van een klacht door de ondernemer bij de Commissie van Aanbestedingsexperts, waarbij de ondernemer de tijd krijgt om een klacht in te dienen bij de Commissie van

Aanbestedingsexperts indien hij het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling, of indien de klacht is niet tijdig afgehandeld is door het klachtenloket (artikel 4.27a, zie paragraaf 3.5).

Aanbestedende diensten zijn verantwoordelijk voor de planning van een aanbesteding en kunnen deze – indien nodig - aanpassen. Een ondernemer heeft hier geen controle over. In de huidige situatie is de ondernemer afhankelijk van de bereidwilligheid van een aanbestedende dienst om een ingediende klacht voor de uiterlijke termijn voor aanmelding of inschrijving af te handelen. Om deze reden zijn de minimumtermijnen in het wetsvoorstel gericht op handelingen waar een ondernemer tijd voor nodig heeft om de verschillende stappen in het proces van het inroepen van rechtsbescherming op een effectieve manier te kunnen zetten (voldoende mogelijkheid tot het indienen van een klacht en tijd om na te gaan wat te doen met de uitkomst van de klachtafhandeling). Bij de keuze voor de minimumtermijnen is uiteraard ook rekening gehouden met de belangen van aanbestedende diensten (voldoende tijd voor klachtafhandeling binnen de termijn van de aanbestedingsprocedure) om onnodige vertraging van de aanbestedingsprocedure te voorkomen.

3.2.3 Voorwaardelijke verlenging van de procedure

Uit het onderzoek van KWINK groep blijkt dat beslissingen in klachtenprocedures van aanbestedende diensten veelal te laat komen om nog te kunnen worden betrokken in de lopende aanbestedingsprocedure, omdat aanbestedende diensten de procedure niet pauzeren. Hierdoor bieden ze geen oplossing voor individuele geschillen. Om een effectieve klachtafhandeling voor ondernemers te borgen, regelt het wetsvoorstel dat een aanbestedende dienst de uiterlijke termijn voor aanmelding of inschrijving indien nodig verlengt zodat tijdig ingediende klachten altijd voor deze termijn worden afgehandeld.

Indien de aanbestedende dienst de wettelijk vastgestelde minimumtermijn voor de bedenktijd voor de ondernemer niet kan borgen, verlengt de aanbestedende dienst de termijn voor aanmelding of inschrijving zodanig dat deze tijd weer geboden wordt. De aanbestedende dienst heeft op grond van het wetsvoorstel zelf invloed op de duur van de verlenging: handelt de aanbestedende dienst de klacht snel af, dan is geen of slechts een zeer korte verlenging nodig. Wanneer de aanbestedende dienst er langer over doet, betekent dit dat de verlenging langer zal zijn.

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.

3.2.4 Beslissing over advies

Wanneer de aanbestedende dienst een beslissing heeft genomen naar aanleiding van het advies van het klachtenloket, is het van belang dat de ondernemer voldoende tijd krijgt om zich beraden op zijn eventuele vervolgstappen. Indien hij het eens is met de beslissing van de aanbestedende dienst kan hij zich aanmelden of inschrijven. Indien hij zich niet kan vinden in de beslissing, kan hij een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts of naar de voorzieningenrechter stappen. Deze bedenktijd voor de ondernemer om een keuze te maken wat te doen met de beslissing van de aanbestedende dienst bedraagt altijd minimaal vijf dagen. Het gaat hier om vijf dagen tussen het moment waarop een aanbestedende dienst zijn beslissing over de klacht bekend maakt en de uiterste datum waarop een ondernemer een tijdige klacht in kan dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (artikel 4.26e). Deze termijn is gekozen in overleg met de vertegenwoordigers van ondernemers en biedt de ondernemer voldoende tijd om een keuze te maken, terwijl het tegelijkertijd niet voor flinke vertraging van de aanbestedingsprocedure zorgt. Wanneer een aanbestedende dienst een langere procedure hanteert, stelt de aanbestedende dienst een langere bedenktijd vast.

Na de bedenktijd kan een ondernemer tot uiterlijk acht dagen voor het uiterste moment van inschrijving een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Er is gekozen voor acht dagen, omdat dit de drie dagen zijn die de Commissie van Aanbestedingsexperts nodig heeft om te beslissen of zij een klacht in behandeling neemt (zie artikel 4.27a) plus wederom vijf dagen bedenktijd voor de ondernemer. De aanbestedende dienst kan ook hier bij langere procedures zelf

deze termijn bepalen zolang deze maar gelijk is aan of langer is dan de minimumtermijn van acht dagen zoals gesteld in het voorgestelde artikel 4.27b en in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en de benodigde voorbereiding (analoog aan artikel 2.70).

3.2.5 Uitwerking termijnen

In het voorstel wordt voor een aantal procedures – net als bij de wettelijke minimumtermijnen voor het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving – gerekend met minimumtermijnen voor klachtafhandeling, zodat dit aansluit bij de systematiek van de Aw 2012. Voor overige procedures wordt geen wettelijke minimumtermijn vastgelegd voor het tijdig indienen van een klacht. Dit onderscheid wordt gemaakt omdat bij sommige procedures de minimale doorlooptijd te kort is om ijkpunten vast te stellen voor het tijdig indienen van een klacht of niet op voorhand uit de Aw 2012 blijkt wat de minimale doorlooptijd van een procedure is en daarmee een ijkpunt voor het vaststellen van termijnen voor klachtafhandeling ontbreekt.

Termijnen ontwerpklachten: procedures met wettelijke minimumtermijnen

Bij procedures waarvoor wettelijke minimumtermijnen gelden wordt een standaard gesteld voor de termijn waarbinnen de klacht van een ondernemer moet zijn ontvangen om als tijdig te kunnen worden beschouwd (artikel 4.26d). De aanbestedende dienst stelt deze termijn vast. Tegelijkertijd biedt het wetsvoorstel flexibiliteit: de aanbestedende dienst kan bij een langere doorlooptijd van de procedure een langere termijn voor het tijdig indienen van een klacht vaststellen, zolang deze maar gelijk is aan of langer is dan de minimumtermijn voor klachtafhandeling die wordt gesteld. Dit geldt voor onderstaande aanbestedingsprocedures, zie tabel 2. Bovendien wordt voorgesteld dat de te stellen termijn te allen tijde in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht en de benodigde voorbereiding. Deze laatste eis sluit aan bij de geldende algemene eis voor termijnen voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen in artikel 2.70 van de Aw 2012.

Termijnen ontwerpklachten: concurrentiegerichte dialoog en innovatiepartnerschap

Voor de gunningsfase van de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap gelden geen wettelijke minimumtermijnen voor de duur van de procedure. Echter, in de praktijk zijn de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap procedures met lange doorlooptijden. Dit betekent dat binnen deze procedures ruimte is om wettelijke minimumtermijnen voor het tijdig indienen van een klacht vast te stellen. Om die reden is ervoor gekozen om voor deze procedures aan te sluiten bij de systematiek uit het voorgestelde artikel 4.26d voor de gunningsfase van de niet-openbare procedure. Dit is van toepassing op zowel deel 2 als deel 3 procedures voor de gunningsfase van de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap, zie tabel 2.

Tabel 2

Procedures met wettelijke minimumtermijn voor het tijdig indienen van een klacht Aanbestedende dienst volgt termijnen uit het voorgestelde artikel 4.26d.		
Deel 2 opdrachten	Openbare procedure	Artikel 2.26 Aw 2012
	Selectiefase: • Niet-openbare procedure • Mededinging met onderhandeling • Concurrentiegerichte dialoog • Innovatiepartnerschap	 • Artikel 2.27 Aw 2012 • Artikel 2.30 – 2.31 Aw 2012 • Artikel 2.28 – 2.29 Aw 2012 • Artikel 2.31a – 2.31b Aw 2012
	Gunningsfase: • Niet-openbare procedure • Mededinging met onderhandeling • Concurrentiegerichte dialoog • Innovatiepartnerschap	 • Artikel 2.27 Aw 2012 • Artikel 2.30 – 2.31 Aw 2012 • Artikel 2.28 – 2.29 Aw 2012 • Artikel 2.31a – 2.31b Aw 2012
Deel 3 opdrachten	Gunningsfase: • Concurrentiegerichte dialoog • Innovatiepartnerschap	 • Artikel 3.34a Aw 2012 • Artikel 3.35a – 3.35b Aw 2012

Standaard openbare procedure

Selectie niet-openbare procedure

Gunning niet-openbare procedure

Verlengde openbare procedure

Termijnen ontwerpklachten: procedures zonder wettelijke minimumtermijnen
Bij procedures waarvoor geen wettelijke minimumtermijnen gelden, is de aanbestedende dienst vrij om zelf een termijn vast te stellen waarbinnen ontwerpklachten moeten zijn ontvangen. Op voorhand is namelijk niet duidelijk wat de lengte van de procedure is. Het gaat hierbij om onderstaande aanbestedingsprocedures, zie tabel 3.

Voor deze procedures geldt het uitgangspunt dat de ondernemer na klachtafhandeling voldoende bedenktijd (drie dagen) moet krijgen om een keuze te maken wat te doen met de beslissing van de aanbestedende dienst naar aanleiding van het advies van het klachtenloket. Er is gekozen voor een kortere termijn dan bij procedures met wettelijke minimumtermijnen, namelijk drie dagen in plaats van vijf, gezien de aard en de kortere lengte van deze procedures. De ondernemer heeft verschillende keuzes: meegaan in de beslissing en zich aanmelden of inschrijven, een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts of een kort geding starten bij de voorzieningenrechter.

Tabel 3

Procedures zonder wettelijke minimumtermijn voor het tijdig indienen van een klacht Aanbestedende dienst stelt zelf redelijke termijn voor het tijdig indienen van een klacht en volgt voor tijdige klachtafhandeling de termijn uit het voorgestelde artikel 4.26f.		
Deel 2 opdrachten	Opdracht met vooraankondiging	Artikel 2.58 - 2.61 Aw 2012
	SAS-procedure	Artikel 2.38 - 2.39 Aw 2012
	Prijsvraag	Artikel 2.42 - 2.43 Aw 2012
	Opdrachten onder een raamovereenkomst	Artikel 2.44 - 2.47 Aw 2012
	Opdrachten onder een dynamisch aankoopsysteem	Artikel 2.48 - 2.50 Aw 2012
	Elektronische veiling	Artikel 2.117 - 2.225 Aw 2012
Deel 3 opdrachten	Opdracht met vooraankondiging	Artikel 3.56 - 3.57 Aw 2012
	SAS-procedure	Artikel 3.40 - 3.41
	Prijsvraag	Artikel 3.42 - 3.43 Aw 2012
	Opdrachten onder een raamovereenkomst	Artikel 3.44 - 3.46 Aw 2012
	Opdrachten onder een dynamisch aankoopsysteem	Artikel 3.47 - 3.49 Aw 2012

Termijnen ontwerpklachten: deel 2a opdrachten
Bij procedures voor deel 2a opdrachten (concessies, zie tabel 4), is de aanbestedende dienst vrij om zelf een termijn vast te stellen waarbinnen ontwerpklachten moeten zijn ontvangen. Reden hiervoor is dat de lengte van deze procedures te kort is om ijkpunten voor klachtafhandeling te stellen. Voor deel 2a opdrachten geldt, net als bij de procedures uit tabel 3, het uitgangspunt dat de ondernemer na klachtafhandeling voldoende bedenktijd (drie dagen) moet krijgen om een keuze te maken wat te doen met de beslissing van de aanbestedende dienst naar aanleiding van het advies van het klachtenloket.

Tabel 4

Procedures zonder wettelijke minimumtermijn voor het tijdig indienen van een klacht Aanbestedende dienst stelt zelf redelijke termijn voor het tijdig indienen van een klacht en volgt voor tijdige klachtafhandeling de termijn uit het voorgestelde artikel 4.26f.		
Deel 2a opdrachten	Concessies	Artikel 2a.36 - 2a.38 Aw 2012

Termijnen ontwerpklachten: deel 3 opdrachten
Voor deel 3 opdrachten geldt dat speciale-sectorbedrijven vanuit de Europese aanbestedingsrichtlijnen meer ruimte hebben om zelf per procedure een termijn voor het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving vast te stellen. Deel 3 biedt ruimte aan speciale-sectorbedrijven om – in overleg met ondernemers – een kortere doorlooptijd van een procedure te bepalen. In dit voorstel is opgenomen dat in deze gevallen een speciale-sectorbedrijf zelf een redelijke termijn mag stellen voor het tijdig indienen van een klacht door de ondernemer.

Echter, voor een deel van de procedures uit deel 3 gelden ook wettelijke minimumtermijnen voor het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving, zie tabel 5. Een speciale-sectorbedrijf heeft dus de vrijheid om te kiezen voor een langere doorlooptijd van de procedure. Hierdoor kan de situatie ontstaan dat de doorlooptijd van de procedure gelijk is aan of zelfs langer dan de minimumtermijn van de gelijknamige procedure uit deel 2. Denk hierbij aan de gunningsfase van een niet-openbare procedure uit deel 3, waar een speciale sectorbedrijf veertig dagen doorlooptijd voor vastlegt (minimumtermijn voor gunning bij een niet-openbare procedure uit deel 2 is 35 dagen). In deze gevallen regelt het wetsvoorstel dat de termijnen voor het tijdig indienen van een klacht zoals deze gelden in het voorgestelde artikel 4.26d, ook van toepassing zijn op deel 3 opdrachten.

Het is uitdrukkelijk niet de bedoeling dat een speciale-sectorbedrijf de doorlooptijden van deel 3 opdrachten bewust kort houdt met het enkele doel deze buiten het toepassingsgebied van artikel 4.26d te houden.

Tabel 5

Procedures zonder wettelijke minimumtermijn voor het tijdig indienen van een klacht, tenzij procedure gelijk is aan of langer is dan gelijknamige deel 2 procedure Aanbestedende dienst stelt zelf redelijke termijn voor het tijdig indienen van een klacht en volgt voor tijdige klachtafhandeling de termijn uit het voorgestelde artikel 4.26f, tenzij de gekozen procedure gelijk is aan of langer is dan minimumtermijn van gelijknamige procedure uit deel 2. In dat geval gelden de termijnen uit het voorgestelde artikel 4.26d.		
Deel 3 opdrachten	Openbare procedure	• Artikel 3.33 Aw 2012
	Selectiefase: • Niet-openbare procedure • Mededinging met onderhandeling • Concurrentiegerichte dialoog • Innovatiepartnerschap	 • Artikel 3.34 Aw 2012 • Artikel 3.35 Aw 2012 • Artikel 3.34a Aw 2012 • Artikel 3.35a – 3.35b Aw 2012
	Gunningsfase: • Niet-openbare procedure • Mededinging met onderhandeling	 • Artikel 3.34 Aw 2012 • Artikel 3.35 Aw 2012

Termijnen ontwerpklachten: uitgezonderde procedures
Het voorgestelde artikel 4.26d is niet van toepassing op opdrachten die onder deel 1 van de Aw 2012 vallen. Dit betreft niet-Europese opdrachten, zoals onderhandse opdrachten en meervoudig onderhandse opdrachten. De reden om dit soort opdrachten uit te zonderen is dat het introduceren van uniforme wettelijke minimumtermijnen voor klachtafhandeling bij dit soort opdrachten niet strookt met het proportionaliteitsbeginsel uit deel 1 van de wet. In de Aw 2012 is weinig geregeld voor dergelijke opdrachten. Het betreft vaak opdrachten met een lage opdrachtwaarde en een korte doorlooptijd. Het opnemen van meerdere artikelen over klachtafhandeling (waaronder termijnen voor klachtafhandeling) zou deze procedures te zwaar maken. Ondernemers kunnen voor dergelijke opdrachten wel terecht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst (volgens artikel 4.26a), maar de bepalingen inzake het tijdig indienen van een klacht en de verlenging voor het indienen van verzoeken om deelneming respectievelijk inschrijvingen zijn niet van toepassing.

Daarnaast bevat de Aw 2012 specifieke regelingen voor situaties waarbij de behoefte bestaat aan een spoedprocedure. Het gaat hierbij om de versnelde procedure en de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, zie tabel 6. In het geval van een urgente situatie kan de versnelde procedure worden toegepast door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf. Dit is een procedure met kortere minimumtermijnen. In geval van dwingende spoed kunnen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven gebruik maken van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Gezien het spoedeisende karakter is ervoor gekozen om het voorgestelde artikel 4.26d niet van toepassing te verklaren op deze spoedprocedures, omdat dit zou leiden tot een verlenging van termijnen in het kader van klachtenprocedures. Ook hier geldt dat ondernemers met klachten over dergelijke procedures wel terecht kunnen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst (volgens artikel 4.26a), maar de bepalingen inzake het tijdig indienen van een klacht en de verlenging voor het indienen van verzoeken om deelneming respectievelijk inschrijvingen zijn niet van toepassing. Tevens staat de gang naar de voorzieningenrechter altijd open.

Tabel 6

Uitgezonderde procedures Aanbestedende dienst hoeft geen termijn te stellen voor het tijdig indienen van een klacht.		
Deel 1 opdrachten	Enkelvoudig onderhands	Deel 1 algemene bepalingen
	Meervoudig onderhands	Deel 1 algemene bepalingen
Deel 2 opdrachten	Versnelde procedure	Artikel 2.74 Aw 2012

	Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging	Artikelen 2.32 t/m 2.37 Aw 2012
Deel 3 opdrachten	Versnelde procedure	Artikel 3.60c Aw 2012
	Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging	Artikelen 3.36 t/m 3.39 Aw 2012

3.3 Klachtafhandeling selectie- en gunningsbeslissingen

Het tweede onderwerp waarover ondernemers een klacht kunnen indienen bij het klachtenloket is selectie- en gunningsbeslissingen, zoals aangegeven onder het kopje 'onderwerp klacht' in paragraaf 3.1.3.

Ook hier is het van belang dat de klachtafhandeling – net als bij ontwerpklachten – nog voldoende effect kan sorteren. Om hiervoor te zorgen is in het wetsvoorstel (artikel 4.26h) voor gunningsbeslissingen de klachtenprocedure ingebouwd in de reeds bestaande standstill-termijn (opschortende termijn). Op deze manier kan een gegronde klacht van een ondernemer nog effect hebben op de aanbesteding en kan de klachtafhandeling leiden tot een andere gunningsbeslissing. In de kamerbrief van 12 februari 2021 is aangegeven dat ook wordt onderzocht of bij opdrachten waarvoor geen wettelijke standstill-termijn geldt een soortgelijke systematiek kan worden toegepast. De uitkomst hiervan is dat dit niet haalbaar is (zie hiervoor de toelichting onder 'deel 1 opdrachten' en 'selectiebeslissingen'). Wel geldt dat de aanbestedende dienst deze klachten op basis van het voorgestelde artikel 4.26a op passende wijze dient te behandelen.

3.3.1 Algemeen uitgangspunt: 'eerst vragen, dan klagen'

Ook bij klachten over selectie- en gunningsbeslissingen is het algemene uitgangspunt dat een ondernemer eerst contact opneemt met de contactpersoon van de aanbestedende dienst om te vragen om toelichting. Een ondernemer kan daarna een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Ook hier is dit uitgangspunt van 'eerst vragen, dan klagen' geen wettelijk vereiste om een klacht in te kunnen dienen bij het klachtenloket, omdat er ook situaties denkbaar zijn waarin het niet mogelijk is om eerst een vraag te stellen alvorens een klacht in te dienen. In het algemeen ligt het eerst vragen om toelichting voordat een klacht wordt ingediend echter wel in de rede, omdat deze minder formele procedure mogelijk al kan leiden tot een uitkomst waarmee de ondernemer tevreden is, bijvoorbeeld beter begrip van de redenen waarom hij de aanbesteding niet heeft gewonnen.

3.3.2 Voldoende tijd voor klachtafhandeling: gunningsbeslissingen

Ook hier is het is van belang dat een ondernemer tijdig een klacht indient bij de aanbestedende dienst over een gunningsbeslissing, maar ook voldoende tijd heeft om een klacht te formuleren. Bij Europese procedures (deel 2, 2a en 3 van de Aw 2012) geldt een wettelijke opschortende termijn van ten minste twintig dagen voor gunningsbeslissingen op grond van artikel 2.127 t/m 2.131 (en artikel 2a.51 en 3.75) van de Aw 2012 waarna de overeenkomst kan worden gesloten met de winnaar van de aanbesteding. Het doel van deze standstill-termijn is dat de aanbestedende dienst de "verliezers" van een procedure de gelegenheid biedt een (voorlopige) gunningsbeslissing aan te vechten bij de voorzieningenrechter. Het wetsvoorstel bevat een regeling om ervoor te zorgen dat deze standstill-termijn wordt onderbroken gedurende de klachtafhandeling bij tijdig ingediende klachten. Dit betekent dat de standstill-termijn wordt stopgezet gedurende het behandelen van de klacht en de overige dagen van de standstill-termijn na afhandeling van de klacht weer gaan lopen.

De ondernemer dient de klacht wel tijdig in te dienen om recht te hebben op de onderbreking van de standstill-termijn. Tijdig is hier binnen de eerste helft van de gehanteerde standstill-termijn. Wanneer een aanbestedende dienst een standstill-termijn van twintig dagen hanteert, is een klacht tijdig indien een ondernemer deze binnen tien dagen na aanvang van de wettelijke standstill-termijn van twintig dagen heeft ingediend. Op deze manier wordt geborgd dat een ondernemer terecht kan bij het klachtenloket, maar ook voldoende tijd heeft om een kort geding aanhangig te maken binnen de resterende standstill-termijn als hij het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling. Tevens zorgt dit ervoor dat de aanbestedende dienst en de voorlopige winnaar niet onnodig lang moeten wachten.

Het wetsvoorstel voorziet in een regeling dat bij een opschortende termijn met oneven aantal dagen één dag wordt toegevoegd zodat duidelijk is voor ondernemers tot wanneer ze een klacht tijdig kunnen indienen. 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.

3.3.3 Termijnen klachtafhandeling gunningsbeslissingen: uitgezonderde procedures

Net als bij ontwerpklachten (artikel 4.26d), geldt ook voor klachten over gunningsbeslissingen een uitzondering voor de versnelde procedure en de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Voor de versnelde procedure (artikelen 2.74 en 3.60c van de Aw 2012) en de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging (artikelen 2.32 t/m 2.37 en 3.36 t/m 3.39 van de Aw 2012) is het gezien het urgente karakter van de procedure niet wenselijk om de standstill-termijn te onderbreken in geval van een klacht en het moment waarop de definitieve gunningsbeslissing wordt genomen daarmee te verschuiven. 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.

3.3.4 Termijnen klachtafhandeling gunningsbeslissingen: deel 1 opdrachten

Voor gunningsbeslissingen bij onderdrempelige opdrachten die onder deel 1 van de Aw 2012 vallen, geldt geen wettelijke standstill-termijn omdat procedures dan te zwaar worden. 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.

3.3.5 Selectiebeslissingen

De term selectiebeslissing is een gangbare term in de aanbestedingspraktijk, maar komt niet als zodanig voor in de Aw 2012. De selectiebeslissing valt onder de reikwijdte van artikel 2.103 van de Aw 2012 over de beslissing tot afwijzing of uitsluiting van gegadigden of inschrijvers. Ook bij een beslissing over afwijzing of uitsluiting (waaronder de selectiebeslissing) is er een (voorlopige) beslissing genomen over het wel of niet toelaten van de ondernemer tot de gunningsfase van de procedure. In sommige gevallen ontstaat ook hier een meerpartijenverhouding, bijvoorbeeld wanneer selectie tot een ranking leidt en een maximum aantal ondernemers kan worden geselecteerd.

Echter, in de Aw 2012 is geen standstill-termijn geregeld voor beslissingen omtrent afwijzing of uitsluiting. Hierdoor ontbreekt de wettelijke basis om een onderbreking van de standstill-termijn te regelen in het geval van klachten over selectiebeslissingen. Het wetsvoorstel regelt daarom geen systematiek van onderbreking voor klachten over selectiebeslissingen.

In de praktijk kiezen aanbestedende diensten in sommige gevallen ervoor om (vrijwillig) een standstill-termijn te hanteren bij selectiebeslissingen. Het wordt aangeraden om in het geval van een ingediende klacht de standstill-termijn te onderbreken. Dit is echter geen verplichting die voortvloeit uit dit wetsvoorstel.

3.4 Verantwoording klachtafhandeling

De motie Palland en Aartsen roept op om in overleg met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal overleg (IPO) en de Unie van Waterschappen (UvW) te bewerkstelligen dat jaarlijks verantwoording wordt afgelegd over klachtafhandeling aan volksvertegenwoordigende organen.[27] Het gaat dan om de verantwoording aan respectievelijk de gemeenteraad, de provinciale staten en het algemeen bestuur van de waterschap. Het afleggen van verantwoording over klachtafhandeling kan een belangrijke bijdrage leveren aan een goede implementatie van de maatregelen op het gebied van klachtafhandeling door aanbestedende diensten en het bewerkstelligen van een leereffect.

In overleg met VNG, IPO en UvW zijn uitgangspunten opgesteld voor de manier waarop decentrale overheden kunnen rapporteren aan hun volksvertegenwoordigende organen. Voor de jaarlijkse verantwoording zijn twee zaken van belang: ten eerste de registratie van het aantal klachten dat bij het klachtenloket en de Commissie van Aanbestedingsexperts is ingediend, het aantal klachten dat gegrond en ongegrond is verklaard en de wijze waarop aan de klachten gevolg is gegeven; ten tweede de daadwerkelijke rapportage waarin verantwoording wordt afgelegd. Het leereffect voor aanbestedende diensten staat hierbij centraal: wat heeft de aanbestedende dienst in algemene zin geleerd van de afhandeling van klachten, welke opvolging heeft de aanbestedende dienst hieraan gegeven en wat betekent dit voor toekomstige aanbestedingen? Er wordt niet gerapporteerd op het niveau van individuele klachten.

De volksvertegenwoordigende organen kunnen naar aanleiding van de rapportage vragen stellen over de (professionalisering van) klachtafhandeling bij aanbesteden. Daarnaast wordt de rapportage publiek (door openbaarmaking van de stukken van de volksvertegenwoordigende organen), waardoor ook andere geïnteresseerden kennis kunnen nemen van de informatie. Het wetsvoorstel geeft met het voorgestelde artikel 4.26i invulling aan de motie Palland en Aartsen en voorziet in regels over de registratie, de rapportageplicht en de minimumeisen die aan beide worden gesteld. Het toepassingsbereik van dit artikel ziet zowel op klachten ingediend bij het klachtenloket als bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

3.5 Klachtenprocedure Commissie van Aanbestedingsexperts

Op grond van artikel 4.27 Aw 2012 is de Commissie van Aanbestedingsexperts ingesteld. De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft als taak het geven van onafhankelijke, niet-bindende adviezen naar aanleiding van klachten in aanbestedingsprocedures. De Commissie is in 2013 ingesteld en heeft sindsdien 626 klachten ontvangen van ondernemers. Uit het onderzoek van KWINK groep blijkt dat - ondanks de brede waardering voor de expertise van de Commissie van Aanbestedingsexperts en de kwaliteit van de adviezen – de bijdrage aan het oplossen van aanbestedingsklachten beperkt is. In het onderzoeksrapport van KWINK groep worden ervaringen beschreven dat aanbestedende diensten de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts regelmatig naast zich neerleggen en aanbestedende diensten in mindere mate bereid zijn om de aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van een advies mede gezien de lange doorlooptijden.

In de kamerbrief van 12 februari 2021 is een aanpassing van de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts aangekondigd, zodat ze een rol kan spelen als stok achter de deur in die

[27] Kamerstukken II 2019/20, 34 252, nr. 15.

gevallen waarin klachtafhandeling bij aanbestedende diensten nog onvoldoende op peil is. Daarbij is aangekondigd om ook te kijken naar een eventuele (verplichte) opschorting van de aanbestedingsprocedure zodat adviezen worden afgewacht. Motie Palland en Aartsen roept namelijk op om met een voorstel te komen om bij aanbestedende diensten een pas op de plaats zeker te stellen gedurende een lopende aanbestedingsprocedure, indien de Commissie van Aanbestedingsexperts vóór het moment van inschrijving een klacht in behandeling heeft en zij een pas op de plaats wenselijk acht gelet op de betrokken belangen.[28]

Om de voorgestelde aanpassingen in de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts uit te werken en uitvoering te geven aan motie Palland en Aartsen wordt in dit wetsvoorstel ingezet op snelle advisering door de Commissie van Aanbestedingsexperts, waarbij de aanbestedingsprocedure gedurende de klachtafhandeling wordt opgeschort. De adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts blijven (net als in de huidige situatie) niet bindend. Wel dient de aanbestedende dienst, indien deze afwijkt van het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts, dit te motiveren volgens het 'pas toe of leg uit'-principe. Met deze maatregelen wordt de positie van de Commissie van Aanbestedingsexperts versterkt met als doel om een stok achter de deur te vormen bij ontwerpklachten.

3.5.1 Procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts

In de kamerbrief van 12 februari 2021 is aangekondigd dat een ondernemer in de nieuwe situatie alleen voor ontwerpklachten terecht kan bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Voor klachten over afwijzing of uitsluiting en gunningsbeslissingen kan een ondernemer daar niet terecht. Anders dan bij klachten over het ontwerp van een aanbesteding is een rol voor de Commissie van Aanbestedingsexperts bij klachten over afwijzing of uitsluiting en gunningsbeslissingen complex. Er ontstaat namelijk een meerpartijenverhouding waarbij de Commissie van Aanbestedingsexperts dus ook rekening zou moeten houden met de belangen van andere ondernemers, zoals de winnaar. Bij een meerpartijenverhouding spelen aspecten zoals het toepassen van hoor- en wederhoor en het mogelijk maken voor partijen om te voegen een rol. Dit maakt de afhandeling van klachten over dergelijke beslissingen ingewikkeld en tijdrovend. Dit laatste aspect is bezwaarlijk omdat een aanbestedende dienst in dat geval het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts niet zal (kunnen) afwachten. Bovendien zou de Commissie van Aanbestedingsexperts bij de behandeling van dergelijke klachten teveel in het vaarwater van de beoordelingscommissie van de aanbestedende dienst en de voorzieningenrechter komen. Voor dit soort klachten kan de ondernemer terecht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst en tevens de voorzieningenrechter, die hiervoor geëquipeerd is. In het wetsvoorstel wordt deze lijn overgenomen.

Net als in de huidige situatie, kaart een ondernemer een ontwerpklacht eerst aan bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Indien het klachtenloket van de aanbestedende dienst de klacht niet tijdig of niet naar tevredenheid van de ondernemer heeft afgehandeld, staat een procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts open. Het vereiste dat een ondernemer eerst bij de aanbestedende dienst een klacht moet indienen was al opgenomen in het reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts en heeft nu een plek gekregen in het wetsvoorstel (artikel 4.27a, tweede lid, onderdeel a). Verder wordt voorgesteld dat de Commissie van Aanbestedingsexperts een klacht alleen in behandeling neemt wanneer een ondernemer de beschikbare informatie bij de Commissie van Aanbestedingsexperts aanlevert en de klacht niet kennelijk ongegrond is (zie de toelichting bij artikel 4.27a, tweede lid). Hierover beslist de Commissie van Aanbestedingsexperts binnen drie dagen.

In het wetsvoorstel wordt ingezet op snelle advisering door de Commissie. In het wetsvoorstel is opgenomen dat de Commissie van Aanbestedingsexperts advies geeft aan de aanbestedende dienst over de gegrondheid van de klacht binnen veertien dagen na de dag dat de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft besloten de klacht in behandeling te nemen. Hierdoor hebben aanbestedende diensten de ruimte om het advies af te wachten - immers de aanbestedingsprocedure loopt niet teveel vertraging op - en ontvangen ondernemers snel een advies over hun klacht.

[28] Kamerstukken II 2019/20, 34 252, nr. 15.

3.5.2 Opschorting van de procedure en uitzondering hierop

Indien de Commissie van Aanbestedingsexperts de klacht in behandeling heeft genomen, schort de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure op (artikel 4.27c). De opschorting eindigt de dag na de datum van verzending van de beslissing van de aanbestedende dienst over de klacht. Deze opschorting is alleen van toepassing op de procedures waarvoor wettelijke minimumtermijnen voor klachtafhandeling worden voorgesteld (artikel 4.27b), zie toelichting in paragraaf 3.5.4.

Het wetsvoorstel bevat de voorziening dat de aanbestedende dienst in afwijking van deze opschorting de procedure alleen kan doorzetten als dat aangewezen is om een dwingende reden van algemeen belang. Dee aanbestedende dienst dient de beslissing om af te zien van opschorting te motiveren (artikel 4.27c, derde lid). Een dwingende reden van algemeen belang kan bijvoorbeeld zijn de bescherming van de volksgezondheid of de nationale veiligheid (voor nadere uitleg wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 4.27c). Indien er na veertien dagen na in behandeling nemen van de klacht geen advies ligt van de Commissie van Aanbestedingsexperts, kan de aanbestedende dienst zonder meer door met de procedure, ook als er geen sprake is van een dwingende reden van algemeen belang. Dit voorkomt onnodige vertraging van aanbestedingsprocedures.

De aanbestedende dienst informeert de indiener van de klacht en de andere gegadigden en inschrijvers zo snel mogelijk over de start van de opschorting wanneer de Commissie van Aanbestedingsexperts een klacht in behandeling neemt en over het aflopen van de opschorting nadat de aanbestedende dienst een beslissing heeft genomen over de klacht naar aanleiding van het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts (artikel 4.27f). Tevens informeert de aanbestedende dienst de indiener van de klacht en de andere gegadigden en inschrijvers zo snel mogelijk indien wegens dwingende redenen van algemeen belang niet wordt opgeschort en wanneer de procedure weer wordt hervat indien er geen advies ligt van de Commissie van Aanbestedingsexperts na veertien dagen.

3.5.3 Opvolging van advies

Net als bij adviezen van het klachtenloket, is het van belang dat de ondernemer voldoende tijd krijgt om zich te beraden op zijn eventuele vervolgstappen wanneer de aanbestedende dienst een beslissing heeft genomen naar aanleiding van het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Opschorting van de procedure zorgt ervoor dat na afhandeling van de klacht (en het beëindigen van de opschorting), er altijd nog minimaal vijf dagen resteren tot de uiterste datum voor het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving. Dit betekent dat de ondernemer vijf dagen heeft om te beslissen of hij een verzoek tot deelneming wil indienen of wil inschrijven of naar de voorzieningenrechter gaat. Deze termijn is gelijk aan de voorgestelde minimale bedenktijd voor ondernemers bij een beslissing over de klacht naar aanleiding van een advies van het klachtenloket (zie paragraaf zie paragraaf 3.2.3).

Wanneer de aanbestedende dienst een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft ontvangen, beoordeelt de aanbestedende dienst wat hij daarmee gaat doen. Na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zijn de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts net als in de huidige situatie niet-bindend. Wel dient de aanbestedende dienst, indien deze afwijkt van het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts, dit te motiveren aan de ondernemer die de klacht heeft ingediend (volgens het 'pas toe of leg uit'-principe). Dit betekent dat de aanbestedende dienst het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts opvolgt, tenzij de aanbestedende dienst zwaarwegende argumenten heeft om af te wijken van het advies. In dat geval moet de aanbestedende dienst dit zorgvuldig en grondig motiveren. Dit principe vloeide al voort uit de parlementaire geschiedenis, maar wordt in de praktijk niet goed nageleefd.[29] Dit principe heeft daarom een plek gekregen in het wetsvoorstel (artikel 4.27d).

De aanbestedende dienst communiceert zo snel mogelijk aan de gegadigden of inschrijvers over de afhandeling van de klacht (artikel 4.27d). Dit doet zij zodat vertraging van de procedure wordt beperkt. Indien een aanbestedende dienst maatregelen treft naar aanleiding van het advies van de

[29] Kamerstukken II 2010/11, 32440, nr. 10, p. 51.

Commissie, zorgt de aanbestedende dienst ervoor dat de ondernemer die een klacht heeft ingediend en de andere gegadigden en inschrijvers hierover worden geïnformeerd. Hierbij vermeldt de aanbestedende dienst de naam van de ondernemer die de klacht heeft ingediend niet. Dit is in lijn met de werkwijze bij adviezen van het klachtenloket (zie paragraaf 3.1.5). Tevens is dit ook de praktijk bij het publiceren van een nota van inlichtingen waarin de vragensteller niet bij naam wordt genoemd.

3.5.4 Uitwerking opschorting

In het bovenstaande is de algemene gang van zaken bij de Commissie van Aanbestedingsexperts geschetst en is ingegaan op wat van de aanbestedende dienst wordt verwacht. In de volgende paragrafen wordt nader ingegaan op de termijn die dit wetsvoorstel bevat voor tijdig klagen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. In navolging van het voorgestelde artikel 4.26d over ontwerpklachten wordt onderscheid gemaakt tussen procedures met wettelijke minimumtermijnen en overige procedures (zie paragraaf 3.2.4).

Ontwerpklachten Commissie van Aanbestedingsexperts: procedures met wettelijke minimumtermijnen

Voor procedures met wettelijke termijnen wordt in het wetsvoorstel een standaard gesteld voor de termijn waarbinnen de klacht van een ondernemer moet zijn ontvangen door de Commissie van Aanbestedingsexperts om als tijdig te kunnen worden beschouwd: uiterlijk acht dagen voor uiterste moment van het indienen van verzoek tot deelneming of inschrijving (artikel 4.27b). Voor deze termijn is gekozen, omdat dit de drie dagen zijn die de Commissie van Aanbestedingsexperts nodig heeft om te beslissen of zij een klacht in behandeling neemt (zie artikel 4.27a) plus vijf dagen bedenktijd voor de ondernemer (zie paragraaf 3.2.3). De aanbestedende dienst stelt de termijn vast waarbinnen de klacht van een ondernemer moet zijn ontvangen. Het wetsvoorstel biedt net als bij ontwerpklachten flexibiliteit: de aanbestedende dienst kan bij een langere doorlooptijd van de procedure, een langere termijn vaststellen, zolang deze maar gelijk is aan of langer is dan uiterlijk acht dagen voor uiterste moment van indienen van verzoek tot deelneming of inschrijving. Dit geldt voor onderstaande aanbestedingsprocedures, zie tabel 7. Bovendien moet de te stellen termijn te allen tijde in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en de benodigde voorbereiding. Deze laatste eis sluit aan op de geldende algemene eis voor termijnen voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen in artikel 2.70 van de Aw 2012. Een klacht die na de gestelde termijn wordt ingediend kan wel nog in behandeling worden genomen door de Commissie, maar leidt niet tot opschorting van de aanbestedingsprocedure.

Tabel 7

Procedures met wettelijke minimumtermijn voor tijdig indienen van een klacht Aanbestedende dienst stelt termijn voor het tijdig indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts met inachtneming van het voorgestelde artikel 4.27b + wettelijke opschorting uit het voorgestelde artikel 4.27c.		
Deel 2 opdrachten	Openbare procedure	Artikel 2.26 Aw 2012
	Selectiefase: • Niet-openbare procedure • Mededinging met onderhandeling • Concurrentiegerichte dialoog • Innovatiepartnerschap	 • Artikel 2.27 Aw 2012 • Artikel 2.30 – 2.31 Aw 2012 • Artikel 2.28 – 2.29 Aw 2012 • Artikel 2.31a – 2.31b Aw 2012
	Gunningsfase: • Niet-openbare procedure • Mededinging met onderhandeling • Concurrentiegerichte dialoog • Innovatiepartnerschap	 • Artikel 2.27 Aw 2012 • Artikel 2.30 – 2.31 Aw 2012 • Artikel 2.28 – 2.29 Aw 2012 • Artikel 2.31a – 2.31b Aw 2012
Deel 3 opdrachten	Gunningsfase: • Concurrentiegerichte dialoog • Innovatiepartnerschap	 • Artikel 3.34a Aw 2012 • Artikel 3.35a – 3.35b Aw 2012

Van data op het aanbestedingsplatform TenderNed is af te leiden dat de procedures in bovenstaande tabel de meest gekozen procedures door aanbestedende diensten zijn. De

verwachting is dat op basis van het wetsvoorstel voor het merendeel van de Europese aanbestedingen opschorting gaat gelden wanneer een klacht door de Commissie van Aanbestedingsexperts in behandeling wordt genomen.

Indien het voorgestelde artikel 4.26d van toepassing is op deel 3 opdrachten (zie kopje *Termijnen ontwerpklachten: deel 3 opdrachten* in paragraaf 3.2.4), betekent een tijdig indiende klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts eveneens een opschorting van de procedure.[30]

Ontwerpklachten Commissie van Aanbestedingsexperts: overige procedures
Ook voor procedures zonder wettelijke minimumtermijnen (zie tabel 3 en 4 in paragraaf 3.2.4) en uitgezonderde procedures (zie tabel 6 in paragraaf 3.2.4) wordt voorgesteld dat een ondernemer een klacht kan indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (artikel 4.27a). Dit is van belang, omdat ook in deze gevallen een ondernemer terug moet kunnen vallen op een onafhankelijke instantie wanneer hij ontevreden is over de uitkomst van de klachtafhandeling bij de aanbestedende dienst. Een aanbestedende dienst hoeft echter geen termijn te stellen voor het tijdig indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts en ook geldt geen wettelijke opschorting. De reden hiervoor is dat het bij deze procedures op voorhand niet duidelijk is wat de lengte van de procedure is of is dat de procedure dusdanig kort is dat er geen termijn gesteld kan worden.

Het wordt sterk aangeraden aan aanbestedende diensten om ook bij de procedures zonder wettelijke termijnen voor het tijdig indienen van een klacht, waar mogelijk, het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts af te wachten. Dit is ook in het voordeel van een aanbestedende dienst, omdat indien de Commissie van Aanbestedingsexperts de klacht gegrond acht, de aanbestedende dienst hier nog tijdens de procedure rekening mee kan houden. Dit is een eenvoudigere herstelmogelijkheid dan aanpassing na gunning.

3.6 Aanscherpen motiveringsplicht beslissing tot afwijzing of uitsluiting en gunningsbeslissingen

De aanbestedingsregels verplichten aanbestedende diensten om gegadigden en inschrijvers in verschillende stadia van een aanbestedingsprocedure te informeren over de beslissingen die zij nemen. In de klankbordgroep is geconstateerd dat het voor ondernemers soms onduidelijk is waarom zij niet zijn geselecteerd of een opdracht niet gegund hebben gekregen, omdat de motivering van de beslissing tot afwijzing of uitsluiting (waaronder de selectiebeslissing) of

[30] Zie tabel 5 in paragraaf 3.2.4 voor een overzicht van de deel 3 procedures waarop deze bepaling van toepassing is.

gunningsbeslissing onvoldoende informatie bevat. Het wetsvoorstel voorziet in de wijziging van twee artikelen (artikelen 2.103 en 2.130 van de Aw 2012), met als doel de motiveringsplicht voor beslissingen tot afwijzing of uitsluiting (waaronder selectiebeslissingen) en gunningsbeslissingen aan te scherpen. Dit onderdeel van het wetsvoorstel draagt bij aan de professionalisering van de aanbestedingspraktijk en de versterking van de positie van de ondernemers.
De ondernemers krijgen een nadere motivering van deze beslissingen, waardoor zij geen klacht hoeven in te dienen om deze informatie te krijgen. Dit kan klachten en gerechtelijke procedures voorkomen.

3.6.1 Beslissing tot afwijzing of uitsluiting
Het huidige artikel 2.103 van de Aw 2012 bevat een informatie- en motiveringsplicht die ertoe strekt gegadigden en inschrijvers te informeren over hun uitsluiting of afwijzing.

Het wetsvoorstel voorziet in een regeling dat een afgewezen gegadigde of inschrijver standaard (en dus niet enkel op verzoek) bij de mededeling als bedoeld in artikel 2.103, eerste lid, in kennis wordt gesteld van de redenen voor de afwijzing van zijn verzoek tot deelneming of inschrijving. Dit moet zodanig gebeuren dat een ondernemer kan beoordelen of het indienen van een klacht of het aanhangig maken van een procedure tegen zijn afwijzing zinvol is. Dit is met name relevant wanneer de aanbestedende dienst selectiecriteria als bedoeld in artikel 2.99 van de Aw 2012 hanteert en een verzoek tot deelneming afwijst, omdat de betrokken gegadigde niet tot de geselecteerde gegadigden behoort.[31] Het gaat in dit soort gevallen om een beoordeling van selectiecriteria die kunnen leiden tot een rangschikking van gegadigden. Uit de mededeling moet duidelijk blijken wat de relevante redenen zijn om de gegadigde af te wijzen zodat de ondernemer inzicht heeft.

3.6.2 Gunningsbeslissing
De Aw 2012 regelt in artikel 2.130 dat aanbestedende diensten in de gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing moeten noemen. Hieronder vallen in ieder geval de kenmerken en relatieve voordelen van de inschrijving van de winnaar. In de praktijk blijkt dat hier bij sommige aanbestedingen summier invulling aan wordt gegeven door aanbestedende diensten. Het belangrijkste argument dat hiervoor gebruikt wordt, is dat aanbestedende diensten geen bedrijfsvertrouwelijke informatie over de inschrijving van de winnaar(s) mogen verstrekken op basis van artikel 2.57 van de wet. Het is echter niet aannemelijk dat een aanbestedende dienst geen enkele nadere inhoudelijke motivering kan verstrekken zonder afbreuk te doen aan het niet bekend maken van bedrijfsvertrouwelijke informatie. Dit punt wordt ook onderschreven door de Commissie van Aanbestedingsexperts in enkele van haar uitgebrachte adviezen en in jurisprudentie.[32]

In het wetsvoorstel wordt de reeds geldende motiveringsplicht op dit punt daarom aangescherpt met als doel om een beter gemotiveerde beslissing te krijgen die een ondernemer meer inzicht geeft waarom hij de opdracht niet heeft gewonnen waardoor deze geen klacht hoeft in te dienen om deze informatie te krijgen. Dit kan klachten en rechtszaken over gunningsbeslissingen voorkomen. De aanscherping betreft het wettelijk vastleggen van de aspecten waar een gunningsbeslissing minimaal uit moet bestaan.

Deze aanscherping sluit aan bij het *Klaipèdos*-arrest van het Europese Hof van Justitie van 2021, waar een juridisch kader wordt vastgesteld voor het omgaan met bedrijfsvertrouwelijke informatie.[33] In dit arrest stelt het Hof dat de bedrijfsvertrouwelijkheid van informatie niet zover hoeft te worden beschermd dat het motiveringsvereiste daardoor volledig wordt uitgehold.[34] Voor een afgewezen inschrijver is het van belang om over voldoende informatie te beschikken om de afwijzing te kunnen toetsen en een inschatting te kunnen maken van de kansen in een juridische procedure. Daartegenover staat het belang om vertrouwelijke informatie van de andere

[31] Artikel 3.65 lid 2 Aw 2012 voor speciale-sectorbedrijven.
[32] Rechtbank Midden-Nederland 3 juli 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:2584, r.o. 4.20 en Rechtbank Amsterdam 6 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4896; Advies 551 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.
[33] HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700 (*Klaipèdos*).
[34] HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700 (*Klaipèdos*), r.o. 124.

ondernemers te beschermen. Aanbestedende diensten dienen een afweging te maken tussen deze belangen.[35]

4. Verhouding tot hoger recht

Het wetsvoorstel houdt rekening met de verplichtingen op basis van internationale, Europese en nationale afspraken ten aanzien van aanbestedingsregelgeving.

4.1 Internationale wet- en regelgeving: Government Procurement Agreement (GPA)

Het in 1979 te Tokyo tot stand gekomen Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (Government Procurement Agreement, GPA) van de Wereldhandelsorganisatie (World Trade Organization, WTO) is van kracht binnen de Europese Unie. Dit betekent dat de landen die lid zijn van de GPA hun overheidsopdrachten onder dezelfde voorwaarden openstellen voor andere landen uit de GPA. Dit wetsvoorstel houdt rekening met de verplichtingen op grond van de GPA.

4.2 Europese wet- en regelgeving: Europese richtlijnen

In de tweede plaats moet rekening worden gehouden met de Europese aanbestedingsregels: de Richtlijn 2014/23/EU[36] (Concessierichtlijn), de Richtlijn 2014/24/EU[37] (Aanbestedingsrichtlijn), de Richtlijn 2014/25/EU[38] (Speciale-sectorrichtlijn), Militaire Aanbestedingsrichtlijn 2009/81/EG[39] en de Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG[40]. Deze richtlijnen zijn omgezet in Nederlandse regelgeving. In het kader van het wetsvoorstel is vooral de Rechtsbeschermingsrichtlijn relevant. Deze richtlijn is van toepassing op opdrachten die onder de werkingssfeer van Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU of Concessierichtlijn 2014/23/EU vallen en is enkel van toepassing op beslissingen door aanbestedende diensten. Lidstaten zijn gebonden aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming en moeten voorzien in doeltreffende rechtsmiddelen bij inbreuken op Europese aanbestedingsregels door aanbestedende diensten. Met deze richtlijn worden ondernemers tegen willekeur van aanbestedende diensten beschermd. Het wetsvoorstel past binnen het bestaande Europese aanbestedingskader.

5. Verhouding tot nationale regelgeving

5.1 De Aanbestedingswet 2012

Dit wetsvoorstel is van toepassing op overheidsopdrachten, concessieopdrachten en speciale-sectoropdrachten boven en onder de Europese drempelwaarden.[41] Er is voorzichtigheid geboden bij (nationale) regulering onder de drempel vanwege de geringe opdrachtwaarde en de beperking van uitvoeringslasten voor aanbestedende diensten en ondernemers. Desalniettemin is het proportioneel om een deel van het voorstel van toepassing te verklaren op opdrachten onder de drempel, namelijk de verplichte klachtenregeling en de procedure bij het klachtenloket. De mate van toepasselijkheid wordt nader beschreven in de artikelsgewijze toelichting.

5.2 De Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied

Het wetsvoorstel met betrekking tot rechtsbescherming bij aanbesteden is niet van toepassing op aanbestedingen die vallen onder de reikwijdte van de Aanbestedingswet op defensie- en

---

[35] HvJ EU 7 september 2021, ECLI:EU:C:2021:700 (Klaipèdos), r.o. 129.
[36] Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PbEU 2014, L 94).
[37] Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94).
[38] Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU 2014, L 94).
[39] Richtlijn 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op het gebied van defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijn 2004/17/EG en 2004/18/EG (PbEU 2009, L 216).
[40] Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU 2007, L 335).
[41] Artikel 2.1 van de Aw 2012.

veiligheidsgebied (ADV). Deze wet implementeert enkel de Militaire Aanbestedingsrichtlijn 2009/81/EG en bevat in beginsel geen nationaal beleid (in tegenstelling tot de Aw 2012).[42] Deze aanpak waarborgt de vrijheid van aanbestedende diensten om bij aanbestedingen op het gebied van defensie- en veiligheidsbeleid rekening te houden met veiligheidsaspecten.

5.3 Algemene wet bestuursrecht

Aanbestedingsgeschillen worden in Nederland doorgaans beslecht middels reguliere civiele procedures bij de voorzieningenrechter. Het rechtskarakter van een (voorlopige) gunningsbeslissing en andere beslissingen van aanbestedende diensten zijn civielrechtelijk. Het gaat in deze gevallen dus om het handelen van de overheid in een andere rol en verantwoordelijkheid dan bij de Algemene wet bestuursrecht (Awb): namelijk als marktpartij, en niet als bestuursorgaan. De in dit wetsvoorstel genoemde beslissingen zijn dan ook geen besluiten in de zin van artikel 1:3, eerste lid 1 van de Awb. Dit geldt ook voor de beslissingen die een aanbestedende dienst neemt op basis van het advies van het klachtenloket of de Commissie. Deze beslissingen vallen onder een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling (uitzonderingsbepaling artikel 8:3 Awb). Bezwaar en beroep op basis van de Awb is dan niet mogelijk. Daarbij komt dat aanbestedingsklachten vaak sneller kunnen, en in redelijkheid vaak ook moeten, worden behandeld dan binnen de in de Awb gestelde termijnen, zodat een ondernemer tijdig weet of er een oplossing kan worden bereikt binnen de lopende aanbestedingsprocedure. Klachten die onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen, worden door de aanbestedende diensten afgehandeld overeenkomstig de bepalingen uit dit wetsvoorstel. De Awb is dan niet van toepassing.

Dit laat onverlet dat in de Awb de mogelijkheid voor een ieder is opgenomen om een klacht in te dienen bij aanbestedende diensten die tevens bestuursorgaan in de zin van de Awb zijn. Hoofdstuk 9 van de Awb kent aan een ieder het recht toe om bij een bestuursorgaan te klagen over de wijze waarop een bestuursorgaan zich in een concrete situatie jegens hem heeft gedragen en bevat de algemene verplichting voor bestuursorganen om zorg te dragen voor een behoorlijke klachtbehandeling.

Voor klachten op het terrein van aanbesteden die niet onder de reikwijdte van dit wetsvoorstel vallen, biedt de Awb aanvullende werking. De aanbestedende dienst die tevens bestuursorgaan is, zal die klachten in behandeling nemen indien ze onder de reikwijdte van de Awb vallen.

5.4 Algemene termijnenwet

Bij het stellen van termijnen in het kader van dit wetsvoorstel is de Algemene termijnenwet van toepassing op aanbestedende diensten. In de Algemene termijnenwet wordt onder andere geregeld wat officiële feestdagen zijn en hoe moet worden omgegaan met wettelijke termijnen als deze eindigen op een zaterdag, zondag of een feestdag.

6. Gevolgen

Het doel van dit wetsvoorstel is het bijdragen aan het laagdrempelig oplossen van geschillen tussen ondernemers en aanbestedende diensten. Met dit wetsvoorstel ontstaat meer balans tussen de belangen van aanbestedende diensten en de belangen van ondernemers. Het voorstel heeft effecten voor aanbestedende diensten (inclusief speciale-sectorbedrijven) en ondernemers. In de volgende paragrafen wordt nader in gegaan op de specifieke effecten op die doelgroepen. In onderstaande alinea’s worden de algemene effecten beschreven.

6.1 Algemene gevolgen

Het verwachte effect van dit wetsvoorstel is dat dit zal leiden tot een versterking van de positie van ondernemers ten opzichte van aanbestedende diensten in geschillen. De voorstellen tot wijziging zorgen ervoor dat geschillen tussen ondernemers en aanbestedende diensten laagdrempelig en in een vroegtijdig stadium van de aanbestedingsprocedure kunnen worden opgelost. Dit kan een gang naar de rechter voorkomen. Doordat aanbestedende diensten op vaste momenten in de aanbestedingsprocedure ruimte geven voor eventuele klachten van ondernemers wordt het

[42] Kamerstukken II 2017/18, 32 768, nr. 11.

bewustzijn van de positie van ondernemers bij inkopers vergroot. Dit is met name van belang voor aanbestedende diensten die op dit moment nog niet over een klachtenregeling en/of klachtenloket beschikken.

Voor deze categorie aanbestedende diensten geldt in het bijzonder de verwachting dat dit wetsvoorstel zal bijdragen aan een professionaliseringsslag in het omgaan met klachten. Van aanbestedende diensten wordt verwacht dat ze tijd en ruimte bieden in de procedures voor klachten en serieus omgaan met signalen van ondernemers. Van ondernemers wordt verwacht dat ze tijdig contact opnemen met de aanbestedende dienst als ze een probleem ervaren en tijdig actie nemen indien het indienen van een klacht noodzakelijk lijkt. Een professionele relatie tussen aanbestedende diensten en ondernemers vraagt heldere communicatie en een goede dialoog. Het vervolgprogramma Beter Aanbesteden richt zich daarop.[43] Maar een professionele relatie vraagt ook om heldere afspraken in het geval partijen het niet met elkaar eens zijn. Deze voorstellen voor wetswijziging beogen dat.

Ook is er een leereffect voor aanbestedende diensten. Door vroegtijdig in gesprek te gaan met ondernemers kunnen zij mogelijk hun huidige aanbestedingsprocedure aanpassen en in volgende aanbestedingen dit direct meenemen. Ook de verantwoordingsrapportage aan volksvertegenwoordigende organen brengt naar verwachting een leereffect teweeg.

Verder brengt het voorstel tot wetswijziging meer transparantie met zich. De procedures voor klachtafhandeling bij het loket en de Commissie van Aanbestedingsexperts vragen om vaste en heldere communicatiemomenten om gegadigden en inschrijvers te informeren over opschortingen, beslissingen naar aanleiding van een klacht en eventuele aanpassingen. Ook draagt de verantwoordingsrapportage aan volksvertegenwoordigende organen bij aan meer transparantie. Tot slot zorgt het standaard geven van een beslissing tot afwijzing en uitsluiting en het aanscherpen van de gunningsbeslissing ook voor meer transparantie.

Door het voorstel tot wijziging wordt de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts aangepast en aangescherpt. Zij zal na wetswijziging sneller adviseren, waarbij de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure opschort en adviezen opvolgt volgens het 'pas toe of leg uit'-principe.

Een verwacht neveneffect is dat door opschortende termijnen een aanbestedingsprocedure langer kan duren. Hierdoor kan het zijn dat gegadigden, inschrijvers en aanbestedende diensten langer moeten wachten totdat de opdracht gegund en uitgevoerd kan worden. Echter, een opschortende termijn is alleen van toepassing onder bepaalde voorwaarden. Wanneer er geen tijdige klacht ingediend wordt of de gestelde termijnen gehaald worden, zal er in veel gevallen geen opschorting plaatsvinden.

6.2 Gevolgen voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven

Dit wetsvoorstel bevat een aantal verplichtingen voor aanbestedende diensten. Zij worden verplicht om een klachtenloket in te stellen dat aan bepaalde minimumeisen voldoet en binnengekomen klachten van ondernemers gaat afhandelen. Hierbij dienen zij – afhankelijk van het soort (tijdige) klacht dat wordt ingediend – bepaalde termijnen in acht te nemen. Dit vraagt om het goed overzicht houden over de planning van de aanbestedingsprocedure. In sommige gevallen zal dit ertoe leiden dat de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure moet opschorten, wat kan leiden tot vertraging van de procedure. Door als aanbestedende dienst snel en adequaat te handelen, kan dit zoveel mogelijk worden voorkomen.

De aanbestedende dienst kan in de planning van de aanbesteding veelal rekening houden met het geval er klachten binnen komen. Ook zullen aanbestedende diensten goed moeten communiceren met de ondernemer die de klacht heeft ingediend en met andere gegadigden en inschrijvers over bijvoorbeeld de verschuiving van de inschrijfdatum, de beslissing naar aanleiding van de klachtafhandeling en opschorting van de procedure. De voorgestelde wijzigingen van de wet vragen in feite een professionaliseringsslag bij aanbestedende diensten op het gebied van klachtafhandeling en het voorkomen van klachten.

[43] Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 14.

De aangepaste rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts leidt ertoe dat de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure van rechtswege moet opschorten ingeval een klacht door de Commissie van Aanbestedingsexperts in behandeling wordt genomen. Ook dit kan leiden tot vertraging van de procedure. Tevens dient de aanbestedende dienst in het eventuele geval dat hij het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts niet overneemt, te motiveren wat de reden hiervan is. In beide gevallen vraagt dit om meer communicatie van de aanbestedende dienst: zowel met de ondernemer die de klacht heeft ingediend als met andere gegadigden en inschrijvers.

Voorts bevat dit wetsvoorstel een verduidelijking van de motiveringsverplichting bij beslissingen tot afwijzing of uitsluiting en gunningsbeslissingen. Dit betekent dat aanbestedende diensten meer tijd en aandacht zullen moeten besteden aan het duidelijk formuleren van de argumentatie van hun beslissingen.

Aanbestedende diensten van gemeenten, waterschappen, provincies, het Rijk, speciale-sectorbedrijven en publiekrechtelijke organisaties krijgen te maken met bovenstaande verplichtingen. Daarnaast zullen gemeenten, waterschappen en provincies een jaarlijkse rapportage aan volksvertegenwoordigende organen moeten opstellen.

Dit wetsvoorstel heeft geen impact op gegevensuitwisseling tussen overheidsdiensten en burgers of bedrijven en vraagt dus ook geen aanpassing van de ICT-systemen. Voor het contact met het klachtenloket is het aanmaken van een email-adres afdoende. Verdere communicatie binnen de aanbestedingsprocedure, zoals het opschorten van termijnen, verloopt via Tenderned (voor Europese aanbestedingen) en via Tenderned en/of e-mail voor onderdrempelige opdrachten.

Wel zullen de aanbestedende diensten van decentrale overheden jaarlijks moeten rapporteren aan hun volksvertegenwoordigende orgaan. Dit vraagt om uitwisseling van informatie binnen overheidsorganisaties. In de rapportage aan de volksvertegenwoordigende organen zullen aanbestedende diensten geanonimiseerd en in algemene zin rapporteren welke klachten zij hebben ontvangen en wat zij hieruit hebben geleerd. Hierbij is het belangrijk dat de gegevens niet te zijn herleiden tot een specifieke klacht of ondernemer.

6.3 Gevolgen voor ondernemers

Dit wetsvoorstel verbetert de effectiviteit van rechtsbeschermingsmogelijkheden voor ondernemers, waardoor hun positie ten opzichte van aanbestedende diensten wordt versterkt.

Doordat alle aanbestedende diensten verplicht worden om een klachtenloket in te richten, krijgen ondernemers bij elke aanbestedingsprocedure de mogelijkheid om een klacht in te dienen wanneer zij dat nodig achten. Voor zowel ontwerpklachten als klachten over gunningsbeslissingen wordt ruimte gecreëerd in de aanbestedingsprocedure zodat een ondernemer de kans heeft om een klacht (tijdig) in te dienen en zich na behandeling van de klacht nog te kunnen beraden op eventuele vervolgstappen.

Daarnaast wordt de gang van de ondernemer naar de Commissie van Aanbestedingsexperts verbeterd door dit wetsvoorstel. Ondernemers kunnen straks met klachten over het ontwerp van de aanbesteding bij de Commissie van Aanbestedingsexperts terecht. Ook in dit geval wordt (door de opschorting) ruimte gecreëerd in de aanbestedingsprocedure, zodat een ondernemer een (tijdig) ingediende klacht kan laten beoordelen door de Commissie van Aanbestedingsexperts en zich kan beraden op de beslissing van de aanbestedende dienst naar aanleiding van de afhandeling van de klacht door de Commissie van Aanbestedingsexperts voordat de inschrijftermijn verstrijkt. Het wettelijk verankeren van het ‘pas toe of leg uit’-principe zorgt ervoor dat adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts meer gewicht krijgen, waardoor de effectiviteit van een gang naar de Commissie van Aanbestedingsexperts door ondernemers wordt vergroot.

De voorgestelde wetswijzigingen ten aanzien van het klachtenloket en de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts bewerkstelligen dat ondernemers problemen bij aanbestedingen op een laagdrempelige manier kunnen aankaarten, deze inhoudelijk kunnen laten beoordelen door het

klachtenloket en – in sommige gevallen – de Commissie van Aanbestedingsexperts en zien dat problemen op professionele wijze worden opgepakt. Het voorgaande vraagt ook een actieve rol van de ondernemer. Ondernemers worden aangemoedigd om eerst een vraag te stellen, zodat de aanbestedende dienst deze kan beantwoorden in de nota van inlichtingen. Wanneer het antwoord op de vraag niet bevredigend is, kan de ondernemer een klacht indienen. Om er zeker van te zijn dat zijn klacht nog kan worden meegenomen in de lopende procedure, dient hij dit tijdig te doen.

Als het gaat om beslissingen tot afwijzing of uitsluiting en gunningsbeslissingen, zorgt deze wetswijziging ervoor dat ondernemers betere motiveringen ontvangen van deze beslissingen. Dit geeft een ondernemer een beter inzicht in waarom hij de opdracht niet heeft gewonnen, de kwaliteit van de eigen inschrijving en hoe de ondernemer het heeft gedaan ten opzichte van de winnende ondernemer. Met deze informatie wordt het daarnaast makkelijker voor de ondernemer om zich te beraden op vervolgstappen indien de indruk is ontstaan dat de beslissing niet goed is genomen.

In overleg met MKB Nederland/VNO-NCW is geen mkb-toets uitgevoerd. Reden hiervoor is dat het doel van het wetsvoorstel is om de rechtsbescherming voor ondernemers te verbeteren. Het voorstel bevat daarom met name verplichtingen voor aanbestedende diensten. Tenslotte is de uitwerking van het wetsvoorstel tot stand is gekomen in nauwe samenwerking met o.a. ondernemersvertegenwoordiging.

7. Uitvoering

Dit voorstel tot wetswijziging brengt uitvoeringslasten met zich mee voor aanbestedende diensten. Aangezien speciale-sectorbedrijven als een soort aanbestedende dienst optreden, worden hun lasten geschaard onder uitvoeringslasten. In paragraaf 6.2 wordt ingegaan op de regeldrukeffecten voor ondernemers (dit is dus exclusief speciale-sectorbedrijven). Tot slot gaat paragraaf 6.3 in op de Rijksbegroting.

7.1 Uitvoeringslasten aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven

Dit wetsvoorstel brengt voor aanbestedende diensten een aantal eenmalige lasten met zich mee. Het wetsvoorstel sluit aan op de eerdergenoemde 'Handreiking klachtafhandeling bij aanbesteden' zodat aanbestedende diensten die al een procedure voor klachtafhandeling hebben ingericht geen of minimale aanpassingen hoeven door te voeren.

Aanbestedende diensten moeten kennis nemen van de wijzigingen die het onderhavige wetsvoorstel met zich brengt en deze implementeren in hun uitvoeringspraktijk. Zij moeten o.a. gaan beschikken over een klachtenloket en een klachtenprocedure inrichten. Voor aanbestedende diensten die al een klachtenloket en -procedure hebben, vergt dit een beperkte inspanning om deze aan te passen aan de vereisten van dit wetsvoorstel. Aanbestedende diensten die nog geen klachtenloket en -procedure hebben, zullen een grotere inspanning moeten leveren.

Het hebben van een klachtenloket en -procedure brengt ook een aantal structurele lasten met zich mee voor aanbestedende diensten. Dit vraagt om een bemensing van het klachtenloket, maar ook om het toepassen van de klachtenprocedure wanneer de aanbestedende dienst een klacht ontvangt.

Ook vergt het wetsvoorstel een registratie van klachtafhandeling en jaarlijkse rapportage aan volksvertegenwoordigende organen. Gemeenten, provincies en waterschappen moeten dus een jaarlijkse inspanning leveren voor het opstellen van deze rapportage.

De Aw 2012 brengt al de structurele last met zich mee dat aanbestedende diensten hun beslissing tot afwijzing of uitsluiting en gunningsbeslissingen moeten motiveren. Deze last wordt beperkt beïnvloed door dit wetsvoorstel.

[Voor de decentrale overheden wordt verder onderzocht wat de uitvoeringslasten zijn in termen van kosten en aanpassing van processen die uit hoofde van dit wetsvoorstel ontstaan. Dit onderdeel zal na uitvoering van een extern onderzoek nader worden aangevuld. De resultaten van

het onderzoek kunnen vervolgens door vertegenwoordigers van decentrale overheden worden meegenomen in hun formele reactie in het kader van de Code Interbestuurlijke Verhoudingen].

7.2 Regeldrukeffecten ondernemers

Regeldrukeffecten zijn de investeringen en inspanningen die bedrijven, burgers of professionals moeten verrichten om zich aan wet- en regelgeving van de Rijksoverheid te houden. Het wetsvoorstel levert geen (extra) verplichtingen op voor ondernemers die (willen) deelnemen aan een aanbestedingsprocedure, maar garandeert ze de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst dan wel de Commissie van Aanbestedingsexperts. Als ondernemers gebruik maken van deze mogelijkheid, kost dat tijd (en daarmee geld). Het indienen van een klacht bij een klachtenloket en bij de Commissie van Aanbestedingsexperts dient schriftelijk te gebeuren. Bij de Commissie van Aanbestedingsexperts levert de ondernemer daarnaast de beschikbare informatie aan die relevant is voor de behandeling van de klacht.

Naar verwachting zullen jaarlijks 1.000 klachten worden ingediend bij klachtenloketten van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Geschat wordt dat een ondernemer gemiddeld 30 minuten besteedt aan het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. Met een gemiddeld uurtarief van 54 euro, worden de kosten voor het indienen van klachten bij een klachtenloket in totaal geschat op 27.000 Euro (=0,5 uur * 54 Euro * 1.000).[44]

Het aantal klachten bij de Commissie van Aanbestedingsexperts zal naar verwachting jaarlijks 100 klachten zijn. Geschat wordt dat een ondernemer voor het indienen van de klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts gemiddeld 40 minuten nodig heeft, tegen een gemiddeld uurtarief van 54 Euro.[45] De kosten voor het indienen van klachten bij de Commissie van Aanbestedingsexperts worden in totaal geschat op 3.618 Euro (0,67 uur * 54 Euro * 100). De totale jaarlijkse kosten voor ondernemers worden daarmee geschat op 30.618 Euro.

Daarnaast zijn er kosten om kennis te nemen van de voorgestelde wetswijziging. Gezien het feit dat ondernemers via de aanbestedingsstukken van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf (die ingaan op de klachtenprocedure die moet voldoen aan de wettelijke eisen) hierover al worden geïnformeerd, zijn deze naar verwachting verwaarloosbaar.

7.3 Financiële gevolgen voor het Rijk

Eventuele uitvoeringslasten van de inkoopafdelingen van de Rijksoverheid worden ingepast in de begroting van het desbetreffende beleidsverantwoordelijke departement.

Met dit voorstel tot wetswijziging zal de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts worden aangepast, waarbij deze sneller zal adviseren over klachten. Dit heeft gevolgen voor de capaciteit en werkwijze van de Commissie. De financiële gevolgen voor de Commissie van Aanbestedingsexperts zullen gedekt worden binnen de EZK-begroting.

8. Toezicht en handhaving

Dit wetsvoorstel heeft geen gevolgen voor de wijze van toezicht op de naleving van de Aw 2012. Controle op de naleving van de aanbestedingsregels vindt plaats binnen het kader van rechtsbescherming. Wanneer een partij van mening is dat de aanbestedende dienst het aanbestedingsrecht op enigerlei wijze schendt, zijn er verschillende mogelijkheden om hier tegen op te komen als ondernemer, afhankelijk van de fase van de procedure. Zo is er de mogelijkheid om vragen te stellen of zorgen kenbaar te maken tijdens de vragenronde van de aanbesteding. Wanneer de antwoorden hierop niet toereikend zijn, kan een partij een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Wanneer de aanbestedende dienst en de ondernemer van mening blijven verschillen over de klacht, kan de ondernemer nog terecht bij de Commissie. Tot slot is er altijd de mogelijkheid om naar de burgerlijke rechter te gaan.

---

[44] Bruto tarief hoogopgeleide medewerker volgens CBS in 2016, zie: Handboek Meting Regeldrukkosten, p. 33.
[45] Bruto tarief hoogopgeleide medewerker volgens CBS in 2016, zie: Handboek Meting Regeldrukkosten, p. 33.

Ook buiten het kader van rechtsbescherming vindt toezicht op de naleving van de aanbestedingsregels plaats. Bestuurders die verantwoordelijk zijn voor aanbestedingen kunnen daar politiek op aangesproken worden. Daarnaast zijn aanbestedende diensten onderworpen aan de jaarlijkse accountantscontrole.

9. Evaluatie

PM

10. Advies en consultatie

PM

11. Overgangsrecht en inwerkingtreding

PM

II ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I

Onderdeel B

Met onderdeel B wordt artikel 2.103, tweede en derde lid, van de Aw 2012 gewijzigd. Artikel 2.103, tweede en derde lid, ziet op de verplichting van de aanbestedende dienst om gegadigden of inschrijvers op verzoek te informeren omtrent de motivering van de beslissing tot afwijzing.
De eerste voorgestelde wijziging ziet op het schrappen van de zinsdelen "op verzoek van een betrokken partij" en "zo spoedig mogelijk, doch uiterlijk binnen vijftien dagen na ontvangst van zijn schriftelijk verzoek" uit het tweede lid van artikel 2.103. Ingeval van een afwijzing, kan een aanbestedende dienst zich op grond van het huidige artikel 2.103, tweede lid, in eerste instantie beperken tot een eenvoudige, niet gemotiveerde mededeling. Slechts op verzoek van een betrokken partij verstrekt een aanbestedende dienst een afgewezen gegadigde binnen vijftien dagen de redenen van de afwijzing.[46] Met de voorgestelde wijziging van het tweede lid wordt een aanbestedende dienst verplicht om een gegadigde direct bij de afwijzing in kennis te stellen van de redenen van de afwijzing. De afgewezen gegadigde hoeft dus niet meer eerst een verzoek in te dienen en vervolgens tot vijftien dagen te wachten om deze informatie te ontvangen.

In het derde lid worden dezelfde inhoudelijke wijzigingen als in het tweede lid voorgesteld, met dien verstande dat het bij het derde lid gaat om een afwijzing van een inschrijver. Ook daar wordt geregeld dat de aanbestedende dienst de afgewezen inschrijver gelijktijdig met de mededeling van afwijzing in kennis stelt van de redenen van de afwijzing.

De voorgestelde wijzigingen van artikel 2.103, tweede en derde lid, zijn ook van toepassing op de motivering van afwijzingsmededelingen betreffende concessieopdrachten en speciale-sectoropdrachten ingevolge de artikelen 2a.48 en 3.71 van de Aw 2012.

Met artikel 2.103, tweede en derde lid, zijn artikel 40 van Richtlijn 2014/23/EU[47], artikel 55, tweede lid, onderdelen a en b, van Richtlijn 2014/24/EU[48] en artikel 75, tweede lid, onderdelen a en b, van Richtlijn 2014/25/EU[49] (hierna: de richtlijnen) geïmplementeerd. In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om, door het schrappen van de voorwaarde dat een afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen voor de afwijzing alleen op verzoek krijgt, verder te gaan dan de richtlijnen op dit punt. Een andere aanscherping ten opzichte van de richtlijnen ligt in het feit dat de inkennisstelling van de redenen voor de afwijzing direct bij de afwijzing dient te geschieden, en niet binnen vijftien dagen. Dit wordt geacht indachtig de uitgangspunten van de richtlijnen te zijn, omdat het de aanbestedende dienst stimuleert om bij elke afwijzing de genomen beslissing goed te motiveren en hierover te communiceren naar de afgewezen gegadigde. Hierdoor wordt de aanbestedingsprocedure transparanter, zonder de extra administratieve stap voor de afgewezen gegadigde of inschrijver. Voor een toelichting op de aanscherping van de motiveringsplicht bij afwijzing wordt verwezen naar paragraaf 3.7.1 van het algemeen deel van deze toelichting.

Tot slot wordt voorgesteld aan artikel 2.103, tweede lid het woord "iedere" toe te voegen, zodat de terminologie in het tweede en derde lid uniform is en op de tekst van de richtlijnen aansluit (artikel 55, tweede lid, onderdelen a en b, van de richtlijn). Hiermee wordt geen inhoudelijke wijziging beoogd.

Onderdeel C

---

[46] Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, p. 87.
[47] Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PbEU 2014, L 94).
[48] Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94).
[49] Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU 2014, L 94).

Dit onderdeel wijzigt artikel 2.130 van de Aw 2012. Dat artikel heeft betrekking op de motiveringsplicht in het kader van een gunningsbeslissing. Voorgesteld wordt om het tweede lid aan te scherpen door het begrip "relevante redenen" nader in te vullen. Bij de mededeling van de gunningsbeslissing zou, naast de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving en de naam van de begunstigde en de partij bij de raamovereenkomst die reeds in de Aw 2012 staan vermeld, ook inzicht moeten worden gegeven in de scores van de uitgekozen inschrijving (onderdeel a). De in onderdeel a opgesomde elementen hebben betrekking op informatie die zowel de uitgekozen als afgewezen inschrijver of gegadigde krijgen bij de mededeling van de gunningsbeslissing. De voorgestelde toevoeging van onderdeel b heeft alleen betrekking op de informatie in het geval van een mededeling aan een afgewezen inschrijver. Deze krijgt, naast de informatie vermeld in onderdeel a, ook de scores van zijn eigen inschrijving, inclusief een onderbouwing van die scores. De uitgekozen inschrijver ontvangt geen informatie over de andere afgewezen inschrijvingen. Het wetsvoorstel voorziet in een verdere aanscherping dan de richtlijn op dit punt door inzicht te geven in (de onderbouwing van) de scores. Dit wordt geacht indachtig de uitgangspunten van de richtlijn te zijn, omdat het de aanbestedende dienst stimuleert om gunningsbeslissingen goed en met reden omkleed te motiveren en hierover te communiceren naar de inschrijvers. Door deze aanscherping wordt inschrijvers en gegadigden meer inzicht geboden in de wijze waarop hun inschrijving beoordeeld is, ook in vergelijking met de uitgekozen inschrijving. Voor de verhouding tussen de informatieverstrekking in het kader van de motiveringsplicht bij gunningsbeslissingen en de verplichting voor de aanbestedende dienst uit artikel 2.57 van de Aw 2012 om vertrouwelijk verstrekte informatie niet openbaar te maken, wordt verwezen naar paragraaf 3.7.2 van het algemeen deel van de toelichting.

Onderdeel D

Met dit onderdeel wordt in hoofdstuk 4.4 een opschrift voor een afdeling over arbitrage ingevoegd. Aangezien met dit wetsvoorstel in hoofdstuk 4.4 een aparte afdeling met regels over de klachtenprocedure wordt opgenomen (zie onderdeel E), wordt voorgesteld om de bestaande regels over arbitrage in artikel 4.26 in een aparte afdeling onder te brengen. Daartoe wordt een nieuw opschrift ingevoegd.

Onderdeel E

Met dit onderdeel wordt een afdeling betreffende klachten ingevoegd. Deze afdeling bestaat uit zestien artikelen. Hieronder worden deze artikelen toegelicht.

Artikel 4.26a

Met het voorgestelde artikel 4.26a, eerste lid, worden aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven verplicht om over een klachtenloket te beschikken. Voor meer informatie over deze verplichting, alsmede de mogelijke vormen van samenwerking tussen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven onderling om aan deze verplichting te voldoen, wordt verwezen naar paragraaf 3.1.1 van het algemeen deel van de toelichting.

In het tweede lid is bepaald wie een klacht kan indienen. Klachten kunnen niet alleen door gegadigden en inschrijvers worden ingediend, maar ook door rechtspersonen die blijkens hun statuten de belangen van deze gegadigden of inschrijvers behartigen. Voor de vraag of een rechtspersoon blijkens zijn statuten de belangen van bepaalde gegadigden of inschrijvers mag behartigen, is mede bepalend of de rechtspersoon krachtens zijn statutaire doelstelling en blijkens zijn feitelijke werkzaamheden het bij de specifieke aanbestedingsprocedure betrokken collectief belang in het bijzonder behartigt. Voor meer informatie over het indienen van een klacht door brancheorganisaties en branchegerelateerde aanbestedingsadviescentra (hierna: brancheorganisatie) wordt verwezen naar paragraaf 3.1.2 van het algemeen deel van de toelichting.

Het voorgestelde tweede en het derde lid regelen de soort klachten die het klachtenloket in behandeling neemt. Ingevolge het tweede lid moet het gaan om klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures. In het derde lid wordt gepreciseerd welke klachten over

aanbestedingsprocedures het klachtenloket in ieder geval in behandeling dient te nemen. Samenvattend betreft het klachten over wezenlijke onderdelen van de aanbestedingsprocedure, zowel in het kader van de inrichting als de beoordeling van een aanbestedingsprocedure (beslissingen over selectie en gunning van de opdracht). Op grond van het derde lid, onderdeel a, kunnen klachten ten eerste zien op de door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gestelde eisen, voorwaarden, criteria of andere aspecten van de inrichting van de procedure. Het gaat dan om ontwerpklachten. Het stellen van eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen ziet op de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht en sluit aan bij de formulering in artikel 1.10 van de Aw 2012. De toevoeging "andere aspecten van de inrichting van de procedure" brengt tot uitdrukking dat een klacht ook op andere elementen dan geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria of contractvoorwaarden kan zien. Een klacht over de inrichting van de procedure kan bijvoorbeeld betrekking hebben op de keuze van de procedure of het wel of niet geven van een tenderkostenvergoeding. De tweede categorie van klachten die het klachtenloket behandelt betreft klachten over de afwijzing of uitsluiting van betrokken gegadigden of inschrijvers of gunningsbeslissingen (derde lid, onderdeel b). Voor een toelichting over wat de mededelingen van afwijzing of uitsluiting en gunningsbeslissingen precies inhouden, wordt verwezen naar paragraaf 3.7 van het algemeen deel van de toelichting.

Uit de formulering "in ieder geval" in het derde lid valt af te leiden dat het de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf vrij staat om de toegang tot het klachtenloket open te stellen voor andere soorten klachten dan vermeld in het derde lid, onderdelen a en b. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan beslissen dat zijn klachtenloket ook algemene klachten over het inkoop- en aanbestedingsbeleid of beleidsuitvoering in behandeling neemt, maar is hiertoe niet verplicht. Voor een uitleg hierover wordt verwezen naar paragraaf 3.1.3 uit het algemeen deel.

De in het voorgestelde vierde lid opgenomen eis dat de behandeling van de klacht geschiedt door een persoon die niet betrokken is geweest bij de aanbesteding waar de klacht betrekking op heeft, heeft als doel om een onpartijdige klachtafhandeling te waarborgen. Dit uitgangspunt moet breed geïnterpreteerd worden: de behandeling van de klacht moet geschieden door personen die niet betrokken zijn geweest bij de gedraging waarop de klacht betrekking heeft. Naast directe betrokkenheid tijdens de aanbestedingsfase mag een klachtbehandelaar ook geen betrokkenheid hebben gehad bij de voorbereiding van de aanbesteding en het opstellen van de opdracht.

Artikel 4.26b

Het voorgestelde artikel 4.26b regelt de procedure voor klachtafhandeling bij het klachtenloket. Om het laagdrempelige karakter van klachtafhandeling te behouden, is er in dit wetsvoorstel voor gekozen om het klachtenbegrip niet te definiëren. Alle uitingen van ongenoegen die binnenkomen bij het klachtenloket kwalificeren als klacht, mits aan de voorwaarden van de voorgestelde artikelen 4.26a en 4.26b wordt voldaan: de klacht is schriftelijk, gemotiveerd, ingediend door een gegadigde, inschrijver of brancheorganisatie en valt binnen de reikwijdte van te behandelen klachten van het klachtenloket van de betreffende aanbestedende dienst of het betreffende speciale-sectorbedrijf. Voorgesteld wordt om de verschillende stappen van de procedure voor klachtafhandeling schriftelijk vast te leggen. Hiermee kunnen de transparantie, navolgbaarheid en een uniforme werkwijze worden gewaarborgd.

Ingevolge het voorgestelde artikel 4.26b, eerste lid, neemt het klachtenloket een klacht alleen in behandeling als aan een aantal cumulatieve voorwaarden wordt voldaan. Zo moet de klacht schriftelijk worden ingediend bij het klachtenloket van de betreffende aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf (eerste lid, onderdeel a) en de gronden van de klacht bevatten (eerste lid, onderdeel b). Voor een gedegen klachtafhandeling is het noodzakelijk dat de indiener van de klacht inzichtelijk maakt waarover hij klaagt en alle relevante informatie bijvoegt. Het indienen van een "pro forma" klacht is dus onvoldoende. Tot slot bepaalt het eerste lid dat de klacht binnen de reikwijdte van te behandelen klachten door het klachtenloket van de betreffende aanbestedende dienst of het betreffende speciale-sectorbedrijf valt (onderdeel c). Onder de reikwijdte van de te behandelen klachten vallen ingevolge het voorgestelde artikel 4.26a, derde lid, in ieder geval ontwerpklachten en klachten over selectie- en gunningsbeslissingen. Dit betreft een minimumeis:

de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf moet deze klachten in ieder geval in behandeling nemen, maar mag de toegang tot het klachtenloket uitbreiden met andere soorten klachten.

Als de klacht ingediend is, rust op het klachtenloket de verplichting om zo spoedig mogelijk een schriftelijke bevestiging van de ontvangst van de klacht te versturen aan de indiener van de klacht en aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf (tweede lid). Met het oog op het voorkomen van vertraging in de aanbestedingsprocedure, neemt het klachtenloket zo spoedig mogelijk na ontvangst van een klacht een beslissing of het de klacht in behandeling neemt en informeert de indiener van de klacht en de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf hierover (derde lid). Ingeval het klachtenloket de klacht in behandeling neemt, bepaalt het vierde lid dat het klachtenloket zo spoedig mogelijk een advies aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf over de gegrondheid van de klacht geeft. Dit advies is schriftelijk en gemotiveerd. Uit de begripsbepaling "schriftelijk'' uit artikel 1.1 van de Aw 2012 valt af te leiden dat dit ook via elektronische middelen kan. Met het oog op een transparante procedure is het van belang dat zowel de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf als de indiener van de klacht gelijktijdig schriftelijk in kennis worden gesteld van het advies van het klachtenloket. Dit is geregeld in het voorgestelde vierde lid. Het is vervolgens aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om zo spoedig mogelijk een gemotiveerde beslissing over de afhandeling van de klacht te nemen naar aanleiding van het advies van het klachtenloket en van de in voorkomend geval naar aanleiding daarvan genomen maatregelen (vijfde lid). De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt immers de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de aanbestedingsprocedure. Een maatregel kan bijvoorbeeld zijn het aanpassen van een van de voorwaarden of criteria, bedoeld in artikel 1.10 van de Aw 2012. Omdat de genomen maatregelen ook voor de andere gegadigden of inschrijvers in de aanbestedingsprocedure relevant kunnen zijn, worden zij gelijktijdig schriftelijk in kennis gesteld over de genomen maatregelen. Zo wordt een gelijke informatiepositie verzekerd voor alle gegadigden of inschrijvers. Bij de kennisgeving over de genomen maatregelen moet de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf er alert op zijn dat de naam van de indiener van de klacht of de andere gegadigden of inschrijvers niet kenbaar wordt gemaakt (vijfde lid, tweede volzin).

Het uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf het advies van het onpartijdige klachtenloket zal overnemen. In de situatie dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf toch afwijkt van het advies van het klachtenloket, vergt dat een grondige motivering in zijn beslissing over de klacht. Aan een dergelijke afwijking kunnen alleen zwaarwegende, steekhoudende argumenten ten grondslag worden gelegd (zesde lid).

Artikel 4.26c

Dit artikel regelt dat de bepalingen van paragraaf 4.4.2.2, waaronder het vaststellen van een termijn voor tijdig indienen van een klacht en de eventuele verlenging van de aanmeld- of inschrijftermijn niet van toepassing zijn op een opdracht waarop uitsluitend deel 1 van toepassing is.

Deze paragraaf is evenmin van toepassing op de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging of de versnelde procedure (een procedure waarbij toepassing wordt gegeven aan artikel 2.74 of artikel 3.60). Het wordt namelijk niet wenselijk geacht om de voorziene verlenging van de inschrijftermijn overeenkomstig dit wetsvoorstel te laten toepassen op de bovengenoemde procedures om het gunstig effect van deze procedures, namelijk flexibiliteit en vrijheid in de duur van de procedure en het snel tot stand komen van de gewenste overeenkomsten, niet ongedaan te maken. Voor nadere uitleg wordt verwezen naar paragraaf 3.2.4, onderdeel "Termijnen ontwerpklachten: uitgezonderde procedures", van het algemeen deel van de toelichting.

Artikel 4.26d

De voorgestelde paragraaf 4.4.2.2, waar artikel 4.26d onder valt, ziet op ontwerpklachten, terwijl paragraaf 4.4.2.3 over klachten over selectie- en gunningsbeslissingen gaat. Het betreft klachten

als bedoeld in het voorgestelde artikel 4.26a, derde lid, onderdeel a. Ontwerpklachten kunnen gaan over de fase van aanmelding (bij selectie) en de fase van inschrijving (bij gunning).

In artikel 4.26d, eerste lid, staat de verplichting centraal voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om een termijn vast te stellen waarbinnen ontwerpklachten moeten zijn ontvangen. Bij het stellen van deze termijn houdt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf rekening met de soort opdracht (bijvoorbeeld onderwerp, omvang, aard), alsmede de tijd die met de voorbereiding van het verzoek tot deelneming of inschrijving gemoeid is (tweede lid). Deze formulering sluit aan bij artikel 2.70 van de Aw 2012, dat ziet op het vaststellen van termijnen voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen. Bij complexe en omvangrijke aanbestedingen kan er redelijkerwijs verwacht worden dat het doorgronden van de aanbestedingsdocumenten en het formuleren van een klacht de nodige tijd in beslag zal nemen. De termijn voor het tijdig indienen van een klacht over de inrichting van de aanbesteding zal in die gevallen langer moeten zijn.

Daar waar het eerste en het tweede lid beogen een algemene voorziening te treffen voor de procedures van deel 2, 2a, en 3, is het derde lid toegespitst op procedures van deel 2 waarvoor wettelijke minimumtermijnen gelden voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen op grond van artikel 2.71 van de Aw 2012. In het derde lid zijn, afhankelijk van de huidige wettelijke minimumtermijnen voor het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen voor de verschillende procedures, verschillende minimumtermijnen voor het tijdig indienen van klachten geregeld. De minimumtermijnen voor het tijdig indienen van een klacht zijn hetzelfde, maar doordat de lengte van procedures verschilt, zijn de momenten voor het tijdig indienen van een klacht verschillend. Met de voorgestelde minimumtermijnen, genoemd in het derde lid, wordt geborgd dat de gegadigde of inschrijver voldoende tijd heeft voor het voorbereiden en het formuleren van de klacht. Aanbestedende diensten krijgen hierbij voldoende ruimte om de klachtafhandeling binnen de gestelde termijn van de aanbestedingsprocedure af te ronden. Voor een nadere uitleg over de termijnen voor het tijdig indienen van een klacht voor procedures met wettelijke minimumtermijnen wordt verwezen naar paragraaf 3.2.4, onderdeel "Termijnen ontwerpklachten: procedures met wettelijke minimumtermijnen" van het algemeen deel van deze toelichting.

Het vierde lid regelt dat de termijn van vijftien dagen, bedoeld in artikel 4.26d, derde lid, onderdeel b, van overeenkomstige toepassing is in de fase van inschrijving bij de toepassing van een procedure voor de concurrentiegerichte dialoog of een procedure van het innovatiepartnerschap. Ook voor deze procedures zonder wettelijke minimumtermijnen voor het indienen van inschrijvingen is het wenselijk een uiterlijke termijn voor het tijdig indienen van een klacht te stellen. Aangezien het bij deze procedures om de gunningsfase gaat van een procedure met voorselectie, is aangesloten bij de termijn van 15 dagen na de aankondiging van de overheidsopdracht voor klachten in de fase van inschrijving. Voor een nadere uitleg wordt verwezen naar paragraaf 3.2.4, onderdeel "Termijnen ontwerpklachten: procedures met wettelijke minimumtermijnen" van het algemeen deel van deze toelichting. Opgemerkt wordt dat voor klachten in de fase van het indienen van de verzoeken tot deelneming ("selectiefase") van een procedure voor de concurrentiegerichte dialoog of een procedure van het innovatiepartnerschap wel minimumtermijnen op grond van artikel 2.71, derde lid, van de Aw 2012 gelden. Dit betekent dat artikel 4.26d, derde lid, van toepassing is voor de minimumtermijnen voor het tijdig indienen van een klacht in de selectiefase van deze aanbestedingsprocedures.

Het vijfde lid regelt termijnen voor het tijdig indienen van een klacht voor bepaalde deel 3 opdrachten. Zoals in het algemeen deel (paragraaf 3.2.4) wordt uitgelegd, geldt dat speciale-sectorbedrijven meer ruimte hebben om termijnen voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen vast te stellen. Doordat zij kunnen kiezen voor een kortere doorlooptijd van de procedure dan de wettelijke minimumtermijnen uit deel 3 (artikel 3.59 van de Aw 2012), is het niet mogelijk om op voorhand een termijn voor het tijdig indienen van een klacht vast te stellen. Wanneer een speciale-sectorbedrijf kiest voor een termijn gelijk aan of langer dan de minimumtermijn van de gelijknamige procedure uit deel 2, is artikel 4.26d, derde lid, van overeenkomstige toepassing.

Indien de termijn die een speciale-sectorbedrijf hanteert voor het indienen van een verzoek tot deelneming of inschrijving van een deel 3 procedure korter is dan de minimumtermijn van een gelijknamige procedure met wettelijke termijnen uit deel 2, geldt het uitgangspunt dat een speciale-sectorbedrijf zelf een termijn stelt voor het tijdig indienen van een klacht. Dit wordt geregeld in artikel 4.26f. Voor een nadere uitleg over de termijnen voor het tijdig indienen van een klacht voor deel 3 opdrachten wordt verwezen naar paragraaf 3.2.4, onderdeel "Termijnen ontwerpklachten: deel 3 opdrachten" van het algemeen deel van de toelichting.

Artikel 4.26e

Het eerste lid van dit artikel regelt de reikwijdte van dit artikel. Dit artikel is ten eerste van toepassing op procedures voor opdrachten als bedoeld in deel 2 met wettelijke minimum termijnen voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen. Daarnaast is het van toepassing op de gunningsfase van de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap (van deel 2 en 3) en deel 3 opdrachten 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 met wettelijke termijnen uit artikel 2.71 van de Aw 2012.

Indien de klacht tijdig is ingediend binnen de door een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf vastgestelde termijn conform artikel 4.26d, dient de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf ingevolge het tweede lid van artikel 4.26e ervoor te zorgen dat er na het in kennis stellen van de indiener van de klacht van de beslissing over de klacht, ten minste vijf dagen resteren tot de uiterste datum waarop een klacht moet zijn ontvangen door de Commissie van Aanbestedingsexperts, bedoeld in artikel 4.27 van de Aw 2012. Op die manier heeft de gegadigde of inschrijver voldoende tijd om de beslissing op de klacht en de eventuele maatregelen mee te nemen in zijn verzoek tot deelneming of inschrijving, of doeltreffend een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts in te dienen. Voor een uitleg over de keuze van vijf dagen wordt verwezen naar paragraaf 3.2.3 van het algemeen deel van deze toelichting. Net als in 4.26d, tweede lid, wordt in artikel 4.26e, derde lid, bepaald dat de duur van de bedenktijd voor de gegadigde of inschrijver wordt vastgesteld met inachtneming van het voorwerp van de opdracht en de voor de voorbereiding van het verzoek tot deelneming of de inschrijving benodigde tijd. Ook op dit punt wordt beoogd de nodige flexibiliteit te bieden naargelang de duur van een aanbestedingsprocedure: de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf stelt bij een langere doorlooptijd van de procedure naar verhouding een langere bedenktijd vast, zodat de indiener van de klacht voldoende tijd krijgt om zich te beraden op vervolgstappen.

Indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de klacht echter niet zodanig kan afhandelen dat aan de minimumtermijn van vijf dagen wordt voldaan, verlengt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen (vierde lid). De verlenging van de termijn geschiedt uiteraard zodanig dat aan de termijn van ten minste vijf dagen wordt voldaan.

Het voorgestelde vijfde lid heeft als doel gegadigden of inschrijvers inzicht te geven in de eventuele verlenging van de termijn en de nieuwe uiterste datum voor het indienen van verzoeken tot deelneming respectievelijk inschrijvingen.

Artikel 4.26f

Bij procedures waarvoor geen wettelijke minimumtermijnen voor het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen gelden, stelt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zelf een termijn vast waarbinnen ontwerpklachten als bedoeld in artikel 4.26a, derde lid, onderdeel a, moeten zijn ontvangen. Voor deze procedures geldt het uitgangspunt dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de indiener van de klacht schriftelijk in kennis stelt van de beslissing over de klacht uiterlijk drie dagen voor de uiterste datum voor het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen (eerste lid). In paragraaf 3.2.4 van het algemeen deel wordt uitgelegd welke procedures hieronder vallen en wordt de keuze voor een kortere bedenktijd dan de termijn van vijf dagen uit artikel 4.26e, tweede lid, uitgelegd. Indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de klacht echter niet zodanig kan afhandelen dat aan de

minimumtermijn van drie dagen wordt voldaan, verlengt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen (tweede lid). De verlenging van de termijn geschiedt uiteraard zodanig dat aan de termijn van ten minste drie dagen wordt voldaan. Het voorgestelde derde lid heeft als doel gegadigden of inschrijvers inzicht te geven in de verlenging van de termijn en de nieuwe uiterste datum voor het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen.

Artikel 4.26g

Dit artikel regelt dat de bepalingen van paragraaf 4.4.2.3 niet van toepassing zijn op een opdracht waarop uitsluitend deel 1 van toepassing is of op de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging of de versnelde procedure (een procedure waarbij toepassing wordt gegeven aan artikel 2.74 of artikel 3.60 van de Aw 2012).

Net als bij artikel 4.26c, wordt het niet wenselijk geacht om de voorgestelde onderbreking van de opschortende termijn overeenkomstig dit wetsvoorstel toe te passen op de bovengenoemde procedures. Voor opdrachten waarop uitsluitend deel 1 van toepassing is, geldt dat er geen wettelijke opschortende termijn van toepassing is, waardoor de in artikel 4.26h voorziene onderbreking van de opschortende termijn niet mogelijk is. Voor meer uitleg over de uitgezonderde procedures wordt verwezen naar paragraaf 3.3.3 van het algemeen deel van deze de toelichting.

Artikel 4.26h

Voor gunningsbeslissingen bij Europese procedures geldt ingevolge de artikelen 2.127, 2a.51 en 3.75 van de Aw 2012 dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf minimaal twintig dagen moet wachten met het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst nadat de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden aan de betrokken inschrijvers. De functie van deze opschortende termijn (standstill-termijn) is om betrokken inschrijvers voldoende tijd te bieden de gunningsbeslissing te onderzoeken en te beoordelen of zij beroep willen instellen tegen de gunningsbeslissing. Het in acht nemen van een opschortende termijn draagt bij aan een effectieve rechtsbescherming. Met het voorgestelde eerste lid van artikel 26h wordt deze opschortende termijn onderbroken en pas hervat nadat een tijdig ingediende klacht afgehandeld is. Op deze manier kan een gegronde klacht van een gegadigde of inschrijver nog effect hebben op de aanbesteding en kan de klachtafhandeling leiden tot een andere gunningsbeslissing. Klachten over de afwijzing of uitsluiting vallen niet binnen de reikwijdte van dit artikel, omdat hiervoor in de Aw 2012 geen opschortende termijn is geregeld. De onderbreking van de opschortende termijn geldt alleen voor klachten ingediend voor het verstrijken van de eerste helft van de wettelijke opschortende termijn. Bij de keuze voor de eerste helft van die opschortende termijn zijn de belangen afgewogen tussen enerzijds de benodigde tijd om kennis te kunnen nemen van de gunningbeslissing en om zorgvuldig een klacht te kunnen formuleren en anderzijds het belang van de winnende inschrijver en van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf van een spoedige afronding van de procedure.

In het voorgestelde tweede lid wordt geregeld wanneer de onderbreking ingaat en eindigt. De onderbreking vangt aan op de dag na de datum van ontvangst van de klacht en eindigt op de dag na de datum van verzending van de beslissing over de klacht door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. Het eindigen van de onderbreking brengt mee dat de wettelijke opschortende termijn wordt hervat.

Het is van belang dat niet alleen voor de indiener van de klacht, maar ook voor alle andere inschrijvers kenbaar is dat de opschortende termijn wordt onderbroken en vervolgens weer hervat. Daartoe dient de in het voorgestelde derde lid geregelde schriftelijke kennisgeving.

Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf kan ervoor kiezen om een langere opschortende termijn te hanteren dan de wettelijke minimumtermijn van twintig dagen. Voor de situatie dat de aangekondigde opschortende termijn als bedoeld in het eerste lid, een oneven aantal dagen betreft, bevat het voorgestelde vierde lid een voorziening zodat er voor het

berekenen van de termijn voor de tijdige indiening van een klacht niet met halve dagen gewerkt hoeft te worden.

Artikel 4.26i

De in het voorgestelde artikel 4.26i geregelde registratie- en rapportageplicht geldt voor de aanbestedende dienst die een gemeente, provincie of waterschap is. De verplichting heeft betrekking op het (in totaal) aantal ingediende klachten, over het aantal gegronde en ongegronde klachten en in algemene zin over de gevolgen die zijn gegeven aan de klachten.

De registratieplicht heeft als doel het leereffect van de klachtafhandeling in kaart te brengen en daar verantwoording over af te leggen: wat heeft de aanbestedende dienst in algemene zin geleerd van de klachtafhandeling en welke gevolgen heeft de aanbestedende dienst hieraan gegeven (eerste lid). De gevolgen kunnen zien op bepaalde maatregelen in een aanbestedingsprocedure naar aanleiding van een specifieke klacht, maar ook op wijzigingen in het algemene aanbestedingsbeleid naar aanleiding van klachten. Hierbij valt te denken aan het aanbieden van cursussen voor inkopers over toepassing van bepaalde onderdelen van de Aw 2012 als blijkt dat daar veel klachten over binnenkomen, zoals bijvoorbeeld minimumeisen, selectiecriteria of duurzaamheidscriteria.

Door de rapportageplicht wordt verantwoording afgelegd over de klachtafhandeling in aanbestedingsprocedures (tweede lid). Om een evenwichtig beeld weer te geven, omvat de rapportage (en derhalve ook de registratie) niet alleen het aantal klachten, maar ook de specificatie of de klachten gegrond of ongegrond zijn verklaard. Het gaat hier om een rapportage op een dusdanig geaggregeerd niveau, dat het niet te herleiden is naar de indiener van de klacht.

Artikel 4.27

Van de gelegenheid wordt gebruikt gemaakt om een redactionele wijziging door te voeren in artikel 4.27, aangezien met de voorgestelde bepalingen 4.27a tot en met 4.27f, de positionering en de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts in het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden wordt versterkt. Met de voorgestelde aanpassing wordt geen inhoudelijke wijziging beoogd ten opzichte van het bestaande artikel 4.27 van de Aw 2012.

Artikel 4.27a

Het voorgestelde artikel 4.27a regelt de klachtafhandeling door de Commissie van Aanbestedingsexperts. Met deze bepaling wordt beoogd de positionering van de Commissie van Aanbestedingsexperts in het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden te versterken. Dit artikel richt zich dan ook tot de Commissie van Aanbestedingsexperts. De navolgende artikelen (4.27b t/m 4.27f) bevatten verplichtingen voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf.

Anders dan het klachtenloket, dat zowel ontwerpklachten als klachten over selectie- en gunningsbeslissingen behandelt, kunnen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts blijkens artikel 4.27a, eerste lid, alleen ontwerpklachten ingediend worden. Ontwerpklachten betreffen klachten over de door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf gestelde eisen, voorwaarden, criteria of andere aspecten van de inrichting van de procedure (artikel 4.26a, derde lid, onderdeel a). De achtergrond van dit voorstel wordt uitgelegd in paragraaf 3.5.1 van het algemeen deel van deze toelichting. Artikel 4.27a, eerste lid, bepaalt verder wie een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts mag indienen: een gegadigde, inschrijver of een rechtspersoon die blijkens zijn statuten de belangen van gegadigden of inschrijvers behartigt. Voor een uitleg van het begrip “rechtspersoon die blijkens zijn statuten de belangen van een gegadigden of inschrijvers behartigt” wordt verwezen naar de toelichting bij het voorgestelde artikel 4.26a.

Ingevolge artikel 4.27a, tweede lid, neemt de Commissie van Aanbestedingsexperts een klacht alleen in behandeling als aan een aantal cumulatieve voorwaarden wordt voldaan. Het is ten eerste belangrijk dat een gegadigde, inschrijver of een brancheorganisatie de klacht eerst moet hebben

ingediend bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf (tweede lid, onderdeel a). De eerder ingediende klacht moet zodanig zijn de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf die klacht in behandeling kon nemen. Daarom wordt in onderdeel a bepaalt dat de eerder ingediende klacht voldoet aan de vereisten voor het in behandeling nemen door het klachtenloket, bedoeld in artikel 4.26b, eerste lid. Op deze manier kan een klacht op een vroeg moment in het aanbestedingsproces worden beoordeeld en kan een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf zo nodig passende maatregelen treffen. Dit onderdeel houdt tevens verband met het laagdrempelig karakter van klachtafhandeling en met het leereffect dat met dit wetsvoorstel wordt beoogd: het is in eerste instantie aan de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zelf om de gronden van de klacht te beoordelen en eventuele maatregelen te nemen. Voor een goede klachtbehandeling door de Commissie van Aanbestedingsexperts is het essentieel dat zij over de relevante informatie beschikt om tot een oordeel te komen over de gegrondheid van een klacht. Daarom is in het tweede lid, onderdeel b, bepaald dat de indiener van de klacht de beschikbare informatie aan de Commissie van Aanbestedingsexperts verschaft die van belang is voor de beoordeling van de klacht. Hieronder valt, indien beschikbaar, het advies van het klachtenloket en de beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf met de eventuele maatregelen. Andere documenten die van belang kunnen zijn voor de beoordeling van de klacht zijn bijvoorbeeld het beschrijvend document of de selectieleidraad, de nota(‘s) van inlichtingen, de klacht bij het klachtenloket en het verweer van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf daarop. De verplichting om de Commissie van Aanbestedingsexperts van deze informatie te voorzien geldt alleen indien de indiener van de klacht redelijkerwijs over deze informatie kan beschikken. In de situatie dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de klacht bijvoorbeeld niet (tijdig) heeft afgehandeld, kan de indiener van de klacht geen beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf overleggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts. De Commissie van Aanbestedingsexperts zal in die situatie advies geven op grond van de haar beschikbare informatie, aangezien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf reeds de kans heeft gehad zijn standpunt te geven door middel van een beslissing op de klacht.

Tot slot bepaalt het tweede lid, onderdeel c, dat de Commissie van Aanbestedingsexperts de klacht alleen in behandeling neemt indien de Commissie van Aanbestedingsexperts de klacht niet “kennelijk ongegrond” acht. Van een “kennelijk ongegronde” klacht is alleen sprake wanneer uit de klacht zelf reeds volgt dat de klacht ongegrond is en er redelijkerwijs geen twijfel mogelijk is over die conclusie.

Met het oog op een voortvarende klachtbehandeling en om alle partijen in een vroeg stadium duidelijkheid te geven over het verdere proces, is in het derde lid opgenomen dat de Commissie van Aanbestedingsexperts binnen drie dagen vanaf de dag na de datum van ontvangst van de klacht beslist of zij de klacht in behandeling neemt. Uiteraard informeert de Commissie van Aanbestedingsexperts de indiener van de klacht en de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf hierover zo spoedig mogelijk. Als de Commissie van Aanbestedingsexperts de klacht in behandeling neemt, geeft de Commissie van Aanbestedingsexperts schriftelijk advies aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf over de gegrondheid van de klacht binnen veertien dagen na de datum waarop de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft besloten de klacht in behandeling te nemen. Het is van belang dat niet alleen de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, maar ook de indiener van de klacht gelijktijdig schriftelijk in kennis wordt gesteld van het advies (vierde lid).

Artikel 4.27b

Analoog aan artikel 4.26d, wordt het ook voor de klachtenprocedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts wenselijk geacht dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een termijn vaststelt waarbinnen een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts moet zijn ontvangen. Hiertoe wordt artikel 4.27b, eerste lid, voorgesteld. Deze verplichting om een termijn vast te stellen geldt alleen voor een procedure als bedoeld in artikel 4.26d, derde, vierde of vijfde lid. Voor een uitleg over deze keuze wordt verwezen naar paragraaf 3.5.4 van het algemeen deel van deze toelichting.

Bij het bepalen van de termijn voor het tijdig indienen van een klacht, stelt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zeker dat er ten minste acht dagen resteren tot de uiterste datum van het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen (tweede lid). Net als in artikel 4.26d, tweede lid, wordt in artikel 4.27b, derde lid, bepaald dat de duur van de termijn waarbinnen een klacht moet zijn ontvangen wordt vastgesteld met inachtneming van het voorwerp van de opdracht en de voor de voorbereiding van het verzoek tot deelneming of de inschrijving benodigde tijd. Voor de motivering van de termijn van acht dagen wordt verwezen naar paragraaf 3.5.4 van het algemeen deel van deze toelichting.

Artikel 4.27c

In artikel 4.27c staat de opschorting van de aanbestedingsprocedure door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf centraal gedurende de klachtafhandeling door de Commissie van Aanbestedingsexperts. Om het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts van invloed te kunnen laten zijn op de aanbesteding, is in het eerste lid bepaald dat, indien de klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts is ingediend binnen de ingevolge artikel 4.27b vastgestelde termijn en de Commissie van Aanbestedingsexperts de klacht in behandeling heeft genomen, de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de aanbestedingsprocedure opschort. Uit de verwijzing in artikel 4.27c, eerste lid, naar de termijn voor het tijdig indienen van een klacht, bedoeld in artikel 4.27b, eerste lid, volgt dat de opschorting alleen geldt wanneer een procedure als bedoeld in artikel 4.26d, derde, vierde lid of vijfde lid, wordt toegepast. Voor een nadere uitleg over de opschorting en de keuze voor de procedures waarop artikel 4.27c van toepassing is wordt verwezen naar paragraaf 3.5.4 van het algemeen deel van deze toelichting.

Het voorgestelde tweede lid bepaalt dat de opschorting aanvangt op de dag na de datum van verzending van de mededeling door de Commissie van Aanbestedingsexperts dat zij de klacht in behandeling neemt en eindigt op de dag na de datum van verzending van de beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf over de klacht. Het eindigen van de opschorting brengt mee dat de aanbestedingsprocedure wordt hervat.

Ingevolge het derde lid kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf alleen afzien van opschorting als bedoeld in het tweede lid indien sprake is van de bijzondere omstandigheid van "dwingende redenen van algemeen belang". Dat mag niet lichtvaardig worden aangenomen: slechts in zeer uitzonderlijke situaties kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf afzien van de opschorting door een geslaagd beroep op deze bepaling. Voor de invulling van het begrip "dwingende redenen van algemeen belang" uit het derde lid zou in de eerste plaats aansluiting kunnen worden gezocht bij de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie.[50] Voor een geslaagd beroep op deze afwijkingsmogelijkheid moet het afzien van opschorting bovendien noodzakelijk zijn om een hoger belang (bijvoorbeeld: de bescherming van de volksgezondheid) te bereiken en dit hoger belang mag niet met minder vergaande maatregelen kunnen worden bereikt. Een beroep op het voorgestelde vierde lid moet noodzakelijk en proportioneel zijn. Gelet op het feit dat de beslissing om af te zien van de opschorting inbreuk kan maken op het uitgangspunt dat de indiener van de klacht effectief een klacht kan indienen, zal de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf deze beslissing grondig moeten motiveren (tweede volzin van het derde lid).

De situatie kan zich voordoen dat de Commissie van Aanbestedingsexperts niet binnen de gestelde termijn van veertien dagen een advies over de afhandeling van de klacht kan geven aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf kan ingevolge het vierde lid de aanbestedingsprocedure hervatten, om vertraging van aanbestedingsprocedures zoveel mogelijk te voorkomen indien de Commissie van Aanbestedingsexperts niet tijdig een advies heeft gegeven.

Artikel 4.27d

[50] Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3, p. 12.

Nadat de Commissie van Aanbestedingsexperts ingevolge artikel 4.27a, vierde lid, advies aan de aanbestedende dienst heeft gegeven over de gegrondheid van de klacht, is het vervolgens aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om een gemotiveerde beslissing over de afhandeling van de klacht naar aanleiding van dit advies te nemen (artikel 4.27d, eerste lid). De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt daarmee de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de klachtafhandeling. Vanwege de voortgang van de aanbestedingsprocedure is het van belang dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de indiener van de klacht en de Commissie van Aanbestedingsexperts zo spoedig mogelijk schriftelijk in kennis stelt van de beslissing over de klacht (eerste lid). De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft er belang bij voortvarend een beslissing te nemen over de klacht: in artikel 4.27c, tweede lid, is het einde van de opschorting gekoppeld aan de beslissing van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf over de klacht. Hoe sneller een aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf handelt, hoe eerder hij de aanbestedingsprocedure kan voortzetten. Omdat de eventueel genomen maatregelen ook voor de andere gegadigden of inschrijvers in de aanbestedingsprocedure relevant kunnen zijn, worden zij gelijktijdig schriftelijk in kennis gesteld over de genomen maatregelen (eerste lid, tweede volzin). Zo wordt een gelijke informatiepositie verzekerd voor alle gegadigden of inschrijvers. Dit is in lijn met de werkwijze bij adviezen van het klachtenloket (zie artikel 4.26b, vijfde lid). Bij de kennisgeving over de genomen maatregelen moet de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf er alert op zijn dat de naam van de indiener van de klacht of de andere gegadigden of inschrijvers niet kenbaar wordt gemaakt (eerste lid, tweede volzin).

Het uitgangspunt is dat de aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts zal overnemen. In de situatie dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf toch afwijkt van het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts, vergt dat een grondige motivering in zijn beslissing over de klacht. Aan een dergelijke afwijking zullen alleen zwaarwegende, steekhoudende argumenten ten grondslag kunnen liggen (tweede lid).

Artikel 4.27e

Als door toepassing van artikel 4.27c minder dan vijf dagen resteren tussen de datum van de bekendmaking van de beslissing aan de indiener van de klacht en de uiterste datum voor het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen, verlengt de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf deze termijn zodanig dat er in ieder geval vijf dagen resteren.

Door toepassing van het voorgestelde artikel 4.27c kan het voorkomen dat minder dan vijf dagen resteren tussen de datum van de bekendmaking van de beslissing over de klacht en de uiterste datum voor het indienen van het verzoek tot deelneming of inschrijvingen. Dit is vanuit het oogpunt van een zorgvuldige aanbestedingsprocedure onwenselijk, omdat de indiener van de klacht dan onvoldoende tijd heeft om de beslissing op de klacht te analyseren en zich goed te beraden op eventuele vervolgstappen. Het voorgestelde artikel 4.27e bepaalt daarom dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in die situatie deze termijn zodanig verlengt dat er minimaal vijf dagen resteren tot de uiterste datum voor het indienen van de verzoeken tot deelneming of inschrijvingen. Deze verlenging is noodzakelijk wanneer door de toepassing van de Algemene termijnenwet het aantal dagen voor de beslissing van de Commissie van Aanbestedingsexperts over het in behandeling nemen van de klacht langer is dan de gebruikelijke drie dagen. Wanneer de termijn van drie dagen van de Commissie van Aanbestedingsexperts eindigt bijvoorbeeld op een zondag, komt er een dag bij. Indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf naar aanleiding van de klachtafhandeling nadere inlichtingen geeft of de aanbestedingsstukken aanzienlijk wijzigt, geldt onverkort de termijn van tien dagen uit de artikelen 2.54 en 2.73 van de Aw 2012.

Artikel 4.27f

Het is essentieel dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf transparant is, zodat de indiener van klacht en anderen op de hoogte zijn van de voortgang van de procedure en daar hun eventuele handelingen op kunnen aanpassen. Daarom ziet de in artikel 4.27f, eerste lid, voorgestelde kennisgevingsverplichting door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf

op de opschorting van de termijn, op grond van artikel 4.27c, tweede lid (onderdeel a), het afzien van de opschorting, op grond van artikel 4.27c, derde lid (onderdeel b) en het hervatten van de procedure, op grond van artikel 4.27c, vierde lid (onderdeel c). Deze kennisgeving is gericht aan de indiener van de klacht, de andere gegadigden of inschrijvers en de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Het tweede lid bepaalt dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de indiener van de klacht en de andere gegadigden of inschrijvers zo spoedig mogelijk schriftelijk in kennis stelt van het einde van de opschorting, op grond van 4.27c, tweede lid, en het verlengen van de termijn, bedoeld in artikel 4.27e. Deze kennisgeving is niet relevant voor de Commissie van Aanbestedingsexperts, omdat de advisering door de Commissie van Aanbestedingsexperts in dat stadium al voltooid is. Het eindigen van de opschorting op grond van artikel 4.27c, tweede lid, betekent dat de aanbestedingsprocedure wordt hervat.

De Minister van Economische Zaken en Klimaat,