

Deventer, 27 september 2023

Graag reageren wij op de consultatie wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden. Deze reactie mag worden gepubliceerd.

1. ALGEMEEN

Het voorstel heeft tot doel de rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures te verbeteren (p. 1 en 33 concept MvT). Ook wordt ingezet in op het laagdrempelig oplossen van geschillen (p. 30 MvT). Met de voorgestelde maatregelen zou een betere balans worden bereikt (p. 9 MvT).

Onzes inziens kunnen onderdelen uit het voorstel bijdragen aan het vroegtijdig c.q. laagdrempelig oplossen van geschillen. Tegelijkertijd schiet het voorstel juist op het punt van het verbeteren van de rechtsbescherming nog tekort, althans lijkt nog niet de beoogde balans te worden gevonden. Dat komt enerzijds doordat onderdelen uit het voorstel naar verwachting geen of weinig effect zullen sorteren, terwijl anderzijds op onderdelen de rechtsbescherming juist verslechtert.

Verder worden de meest prangende zaken op het gebied van rechtsbescherming niet geadresseerd, zoals de drempel die ondernemers weerhoudt van de gang naar de rechter, waaronder de marginale (in plaats van volledige) rechterlijke toetsing, en de aanvullende vernietigingsgrond (§ 2.2.4 MvT). Ten onrechte wordt voorts gesteld dat met de reeds genomen maatregel het gestelde probleem van verregaande rechtsverwerkingsclausules zou zijn verholpen (tabel 1 MvT).

Het voorstel bevat dus elementen die kunnen bijdragen aan rechtsbescherming, maar zal de mogelijkheid voor ondernemers om effectief tegen nadelige beslissingen op komen, niet (significant) verbeteren. Daarvoor dienen nog de nodige stappen te worden gezet. Zulke stappen lijken ons ook in het belang van aanbestedende diensten die belastinggeld op rechtmatige en doelmatige wijze besteden. Duidelijke regels geven hen een koers waar ze op kunnen varen en bieden handvatten voor de verdere professionalisering van hun inkooppraktijk.

2. REACTIE OP VRAAG 1

2.1. Motivering

Met instemming lezen wij de aanscherping van art. 2.103 leden 2 en 3 Aanbestedingswet. Een motiveringsplicht maakt beslissingen meer inzichtelijk en aanvaardbaar. Een duidelijke en deugdelijke motivering voorkomt onnodige juridisering, bevordert de verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk, en draagt bij aan een laagdrempelige geschiloplossing. Om diezelfde redenen is ook de wijziging van art. 2.130 lid 2 Aanbestedingswet een stap vooruit.

Toch is de voorgestelde wijziging van art. 2.103 lid 3 en art. 2.130 lid 2 Aanbestedingswet nog voor verbetering vatbaar. De motiveringsverplichtingen voor aanbestedende diensten ten aanzien van andere inschrijvingen blijven onduidelijk. Ook voor een afgewezen inschrijver is het van belang te weten wie de andere inschrijvers zijn, wat zijn positie in de rangorde is, hoe de andere afgewezen inschrijvers hebben gescoord, en waarom zij beter of slechter hebben gescoord. Dit kan in onderdeel 'a' van art. 2.130 lid 2 bijvoorbeeld – gelet op de jurisprudentie – als volgt worden geconcretiseerd: *“de scores van alle inschrijvingen, de rangorde, de kenmerken en relatieve voordelen van die inschrijvingen, alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst”*.

Wij achten het daarnaast wenselijk dat de motiveringsverplichtingen, zoals die in het kader van art. 2.130 Aanbestedingswet (zullen) gelden, onverkort en expliciet van toepassing worden verklaard op de motiveringsvereisten in het kader van art. 1.15 Aanbestedingswet. Het is intussen al vaste jurisprudentie dat die motiveringsvereisten hetzelfde zijn.¹ Die vaste jurisprudentie kan worden gecodificeerd.

Wij geven nog in overweging om te codificeren dat het een aanbestedende dienst in beginsel niet is toegestaan om de relevante redenen aan te vullen. Deze regel is inmiddels ruim een decennium – sinds de Hoge Raad-arresten in de *Staat/KPN*-zaken – breed aanvaard.

2.2. Beperkte verbetering toegang tot verbeterde rechtsbescherming

Ingevolge artikelen 4.26c en 4.26g wordt alleen een klachtenregeling in het leven geroepen voor bepaalde Europese aanbestedingsprocedures. Dit, terwijl nationale en onderhandse aanbestedingen, in aantal én inkoopvolume, een veelvoud vormen van het aantal Europese aanbestedingen dat jaarlijks wordt georganiseerd. Dit, nog los van de (eveneens uitgezonderde) Europese aanbestedingsprocedures die versneld worden doorlopen of die onder het SAS-regime vallen.

Die keuze (feitelijk een beperking) leidt tot een gefragmenteerd juridisch kader voor de behandeling van klachten. Deze fragmentatie zal tot aanvullende discussies en onnodige complexiteit leiden. Die keuze verhoudt zich moeizaam met de doelstelling van de destijds aangekondigde maatregelen én van het voorstel. Die beperking leidt er naar verwachting toe dat voor de bulk van de aanbestedingen de *status quo* juist wordt gehandhaafd, of zelfs wordt verslechter. Dit, terwijl belastinggeld (juist) ook in die gevallen rechtmatig én doelmatig dient te worden besteed.

Wij geven in overweging om ook voor de overige aanbestedingsprocedures, waarvoor nog geen wettelijke standstill-termijn geldt, alsnog een concrete opschortende termijn in de wet op te nemen. Dit, in navolging van de Gids Proportionaliteit (p. 70), de advisering van de CvAE² en de jurisprudentie.³ Dit zou een kortere termijn van 10 dagen kunnen zijn, maar bijvoorbeeld ook de termijn van 20 dagen, zoals die in de *Didam*-jurisprudentie wordt aangehouden.

¹ Zie bijvoorbeeld Rb. Gelderland 7 november 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:5011 (r.o. 4.2 en 4.3); Rb. Noord-Nederland 2 februari 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:376 (r.o. 4.25); CvAE 31 januari 2020, advies nr. 564 (alinea 5.2.5 met verwijzingen).

² Vgl. o.a. CvAE 10 augustus 2020, Advies 572 (r.o. 5.4.5) en CvAE 20 augustus 2020, Advies 550 (r.o. 5.4.1-5.4.4).

³ Vgl. o.a. Rb. Overijssel 12 november 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:4050 (r.o. 4.7).

2.3. Klachtprocedure

Wij onderschrijven het principe dat elke aanbestedende dienst over een klachtenloket dient te beschikken en dat ondernemers een reële en effectieve mogelijkheid dienen te hebben om klachten in te dienen. Hiermee wordt een laagdrempelige mogelijkheid gecreëerd om te ageren; ook worden mogelijk langere gerechtelijke discussies vermeden. Positief is daarom de wettelijke verankering van het klachtenloket. Echter, de uitwerking verdient nog enige aanvulling en verduidelijking. Het voorstel maakt de klachtprocedure nu namelijk wellicht gefragmenteerder en complexer dan nodig, met als gevolg dat op zijn best de rechtsbescherming niet verbetert en op zijn slechtst mogelijk zelfs verslechtert.

Indieners

De klachtprocedure staat volgens art. 4.26a lid 2 open voor ondernemers die kwalificeren als gegadigde, inschrijver of belangenbehartiger.

Gelet op art. 1.1 Aanbestedingswet, zou een strikte uitleg mee kunnen brengen dat “potentieel” gegadigden en “potentiële” inschrijvers geen klacht kunnen indienen. Dit betreft bij uitstek ondernemers waarvoor de klachtprocedure ter zake ontwerpklachten is bedoeld. Deze (mogelijk onbedoelde) uitsluiting wordt niet toegelicht. Dit klemmt te meer nu deze ondernemers volgens vaste jurisprudentie wel belang hebben bij rechtsbescherming voorafgaand aan aanmelding of inschrijving, alsmede een klacht kunnen indienen bij de CvAE (art. 7 Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts).

Ook worden onderaannemers uitgesloten (p. 12 MvT). De aldaar gegeven toelichting delen wij niet:

- In de jurisprudentie is bevestigd dat ook partijen die niet zelf (kunnen of willen) inschrijven, belang kunnen hebben bij de behandeling van hun klachten.⁴ Dat is ook logisch bij ontwerpklachten, omdat zij bijvoorbeeld door de wijze van specificeren worden benadeeld.
- Onderaannemers kunnen bij de CvAE wél een klacht indienen, zie art. 7 Reglement CvAE.
- Het wordt niet toegelicht waarom de positie van onderaannemers principieel anders zou zijn, doordat zij niet rechtstreeks een verbintenis aangaan met de aanbestedende dienst. Dit volgt niet uit jurisprudentie of de praktijk van de CvAE. Bovendien kunnen ook brancheorganisaties klachten indienen, terwijl aanbestedende diensten evenmin een verbintenis met hen aangaan.
- Er lijkt te worden verondersteld dat de onderaannemer zich al aan een hoofdaannemer heeft verbonden. Dat hoeft tijdens een aanbestedingsprocedure nog niet zo te zijn, zeker niet aan het begin daarvan.

Voor veel ondernemers staan nu dus alleen zwaardere middelen open. Dat is niet in lijn met het doel van het wetsvoorstel. Wij stellen voor het voorstel zo te verduidelijken dat ook *potentiële* gegadigden, *potentiële* inschrijvers, en *potentiële* onderaannemers een (ontwerp)klacht kunnen indienen.

⁴ Zie bijv. Rb. Den Haag 12 januari 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:133 en hof Den Haag 26 april 2022, ECLI:NL:GHDHA:2022:690. Zie ook CvAE 28 november 2017, advies nr. 439 (alinea's 5.2 en 5.3 met verwijzing).

Gronden

Een klacht dient ingevolge art. 4.26b lid 1 onder b de gronden te bevatten (vgl. p. 38 MvT). Dat lijkt ons nuttig en proportioneel, mits de gronden binnen een bepaalde termijn na indiening kunnen worden toegelicht en aangevuld. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan de doelstellingen van het voorstel, zonder afbreuk te doen aan de benodigde voortvarendheid.

Pas toe of leg uit

Art. 4.26b lid 6 en art. 4.27d lid 2 formuleren op neutrale wijze het 'pas toe of leg uit'-karakter van het advies van het klachtenloket en de CvAE. Blijkens p. 39 en 46 MvT vergt afwijking *"een grondige motivering"*. Daaraan kunnen *"alleen zwaarwegende, steekhoudende argumenten ten grondslag worden gelegd"*. Duidelijkheidshalve zou die maatstaf evenzeer tot uitdrukking moeten komen in de wettekst.

Klachtbehandelaar

Op p. 13 MvT wordt opgemerkt dat het *"nodig [is] dat de klachtbehandelaar over een bepaalde materiedeskundigheid beschikt"* en wordt aangeraden dat deze *"aantoonbare ervaring heeft met inkoop en aanbesteden en/of een opleiding afgerond in die richting."* Zulke kwaliteitsborging is in het voorstel niet geregeld. Dat is wel wenselijk. Wij adviseren om aan art. 4.26a lid 4 toe te voegen: *'en die wegens ervaring of opleiding voldoende deskundig is op het gebied van de opdracht, inkoop en aanbesteding.'*

Daarnaast kan de wettekst worden verduidelijkt op het punt van de onpartijdigheid. In het wetsvoorstel staat dat de persoon niet betrokken is geweest bij de aanbestedingsprocedure, terwijl in de toelichting wordt aangegeven dat dit verbod tot enige betrokkenheid zich mede uitstrekt tot inhoudelijke betrokkenheid, alsmede betrokkenheid bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure en het opstellen van de opdracht (p. 13 en 38 MvT).

Termijnen

Het wetsvoorstel bevat (minimale) termijnen voor het indienen van klachten en voor de CvAE. Opvallend is dat géén concrete termijnen worden geformuleerd voor het klachtenloket en de aanbestedende dienst. Ingevolge art. 4.26b en 4.27d lid 1 dienen stappen enkel 'zo spoedig mogelijk' worden afgerond. Het lijkt wenselijk om ten minste maximale termijnen op te nemen (zoals die ook gelden voor de CvAE). Wij stellen dus voor in art. 4.26b leden 2, 3, 4 en 5 en art. 4.27d lid 1 naast 'zo spoedig mogelijk', een concrete maximale termijn op te nemen. Wij verwachten dat dit de rechtszekerheid van indiener, alsmede de belangen van de overige belanghebbende derde(n) ten goede zal komen.

De termijn om klachten in te dienen moet door de aanbestedende dienst worden vastgesteld met inachtneming van het voorwerp van de opdracht en de benodigde tijd voor aanmelding of inschrijving (art. 4.26d lid 2 en art. 4.26e lid 3). In het verlengde daarvan nemen wij aan dat dit *per aanbestedingsprocedure* dient te worden vastgesteld en vastgelegd *in de aanbestedingsstukken*. Wellicht kan art. 4.26d lid 2 en art. 4.26e lid 3 op dit punt worden verduidelijkt.

Tevens wordt in het wetsvoorstel uitgegaan van het uitgangspunt 'eerst vragen, dan klagen' (o.a. p. 14 MvT). Dat uitgangspunt lezen wij niet terug in het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel bevat minimale

termijnen die het reële risico meebrengen dat in de praktijk geen (reële) mogelijkheid bestaat om voor afloop van die minimale termijn eerst te vragen en pas dan te klagen. Die termijn is te kort om (1) een vraag te formuleren, (2) waarop een antwoord moet worden afgewacht, om daarna (3) een klacht te formuleren. Wij adviseren om art. 4.26d lid 2 op dit punt te verduidelijken: *“De termijn wordt vastgesteld met inachtneming van het voorwerp van de opdracht, de mogelijkheid voor ondernemer om vragen te stellen en de voor de voorbereiding van het verzoek tot deelneming of de inschrijving benodigde tijd.”*

De termijn die resteert tussen het verschijnen van de beslissing op de klacht en het moment van aanmelden of inschrijven is ten minste drie of vijf kalenderdagen (art. 4.26e, 4.26f, 4.27e). Wij achten deze termijn disproportioneel kort. Deze minimumtermijn bedraagt namelijk slechts (minder dan) de helft van de minimumtermijn die ingevolge art. 2.54 lid 1 en 2.73 lid 1 Aanbestedingswet geldt voor het verstrekken van nadere inlichtingen over de aanbestedingsstukken. Dit, terwijl een gemotiveerde beslissing naar aanleiding van een ontwerpklacht als zo’n nadere inlichting is aan te merken. Aldus zou een minimale termijn van 10 dagen geboden en proportioneel zijn. Daarbij merken wij op dat onder Voorschrift 3.6 Gids Proportionaliteit een langere termijn (dan 10 dagen) wenselijk wordt geacht.

Tot slot betreffen de termijnen in het wetsvoorstel geen vervalttermijnen (vgl. p. 26 MvT: ook een klacht die na de gestelde termijn wordt ingediend kan in behandeling worden genomen). De (on)mogelijkheden van vervalttermijnen kunnen worden verduidelijkt, zie hierna § 2.3.

Klacht inzake de selectie- of gunningsbeslissing

Uit het wetsvoorstel blijkt dat klachtafhandeling vaak niet tijdig plaatsvond, althans niet werd afgewacht, waardoor de klachtprocedure in feite geen effect meer kon hebben (p. 5 en 15 MvT). Daarom is een opschortende termijn opgenomen (p. 42 MvT). Deze opschorting is evenwel niet geregeld voor de selectiebeslissing. In de praktijk wordt echter vaak ofwel na de selectiebeslissing expliciet een termijn gesteld, ofwel wordt inschrijvers achteraf het verwijt gemaakt onvoldoende proactief te hebben gehandeld. Om deze reden zou ook een opschortende klachttermijn kunnen worden opgenomen voor de selectiebeslissing, zodat potentiële klagers niet terug vallen op het zwaardere middel (kort geding).

Overigens merken wij op dat een opschortende klachttermijn voor een langere doorlooptijd kan zorgen, omdat inschrijvers relatief eenvoudig een korte (maar strategische) klacht kunnen indienen om de termijn te stuiten. Echter, die vertraging zal naar verwachting beperkter zijn dan de vertraging die gepaard gaat met een kort geding. Bovendien kan een relatief eenvoudige of nauwelijks onderbouwde klacht doorgaans snel en eenvoudig worden beantwoord.

Overigens menen wij dat een opschortende of standstill termijn ook voor de selectiebeslissing ook nog kan worden opgenomen in de wet.

Overige procedures en concessies (tabel 3 en 4, MvT)

Op grond van het wetsvoorstel wordt de inschrijftermijn opgeschort bij de in art. 4.26d leden 3, 4 en 5 benoemde procedures (via art. 4.27c lid 1 jo. 4.27b lid 1) en geldt bijgevolg niet voor de ‘overige procedures’, zoals de SAS-procedure, opdrachten onder een raamovereenkomst, alsook de concessies genoemd in tabel 3 en 4 van de MvT (p. 19). De reden hiervan wordt niet toegelicht.

Wij menen dat de kortere (opschortende) termijn uit het wetsvoorstel (art. 4.26f) niet wordt gerechtvaardigd door het verschil in procedure. Te meer, omdat de praktijk leert dat de gemiddelde doorlooptijd van een concessie-procedure of SAS-procedure vergelijkbaar is aan die van de (niet-) openbare procedures. Dat een aanbestedende dienst bij het bepalen van de redelijke klachttermijn een ruimere termijn mag hanteren dan de voorgeschreven minimale termijnen, maakt dat niet anders.

Deze onwenselijke fragmentatie kan voorkomen worden door de reikwijdte van art. 4.26e en 4.27b uit te breiden naar de reikwijdte van § 4.4.2.2 (art. 4.26c) en § 4.4.2.3 (art. 4.26g), waarmee overigens art. 4.26f kan komen te vervallen.

Meerpartijenverhouding

De klachtprocedure ziet op de klager en de aanbestedende dienst, maar niet op de overige betrokkenen bij de aanbesteding. Een aanbesteding kenmerkt zich bij uitstek door een meerpartijenverhouding. In de toelichting wordt ten onrechte verondersteld dat die verhouding er (nog) niet zou zijn voorafgaand aan de voorlopige selectie- of gunningsbeslissing (p. 10 en 13 MvT). Wij geven in overweging om een interventiemogelijkheid op te nemen in de klachtprocedure(s) ten aanzien van ontwerpklachten en klachten inzake de selectie- of gunningsbeslissing. Op die wijze kan hoor en wederhoor worden geborgd (p. 24 MvT). Anders resteren voor de interveniënt enkel zwaardere mogelijkheden, zoals een kort geding.

Registratie en rapportage

Alleen voor decentrale overheden geldt een registratie- en rapportageplicht (art. 4.26i). Er lijkt zodoende te worden verondersteld dat bijvoorbeeld centrale overheden en speciale-sectorbedrijven (niet zijnde decentrale overheden) beter aanbesteden en beter verantwoording afleggen. Wij vragen ons af of zo'n veronderstelling juist is. Het zou beter zijn, ook gezien van het perspectief van de democratische controle, deze verplichtingen op *alle* aanbestedende diensten van toepassing zouden worden.

2.4. Rechtsverwerkingsclausules / Grossmannclausules

Reeds genomen maatregel

In tabel 1, § 2.2.4 en voetnoot 20 (p. 7 en 8) MvT wordt gesteld dat de maatregel om extreme toepassing van rechtsverwerkingsclausules in te perken, is uitgevoerd. Daarbij lijkt te worden bedoeld op de volgende aanvulling in de Gids proportionaliteit: *"Een bepaling in de aanbestedingsdocumentatie die de mogelijkheid tot rechtsbescherming dan wel het aanhangig maken van een (bodem-)procedure onredelijk beperkt is disproportioneel. Eventueel kan aan de mogelijkheid van rechtsbescherming c.q. aanhangig maken van een (bodem-)procedure een redelijke (verval)termijn worden gekoppeld, voldoende lang voor een inschrijver om ook daadwerkelijk van die mogelijkheid gebruik te kunnen maken. In het kader van professioneel aanbesteden zou elke aanbestedende dienst een bepaalde vorm van klachtafhandeling dienen te hebben met in achtneming van het voorgaande."*

Onzes inziens verdient deze maatregel twee aanvullingen, gelet op (1) de probleem- en doelstelling van de maatregel en (2) de jurisprudentie inzake fundamentele gebreken.

Ten eerste zag de kritiek op de extreme toepassingen van rechtsverwerkingsclausules onder meer (en met name) op de toepassing van rechtsverwerkingsclausules waarbij het niet voorafgaand aan de inschrijving procederen leidt tot verlies van recht. Een praktijk die naar de vaste lijn van advisering van de CvAE⁵ disproportioneel is en naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Dergelijke rechtsverwerkingsclausules kunnen bovendien het ongewenste gevolg hebben dat potentiële problemen pas bij uitvoering worden aangekaart. Zulke ‘doorgeslagen’ clausules zijn nog altijd mogelijk.⁶ In de Gids Proportionaliteit is niet (expliciet) opgenomen dat inschrijver niet mag worden verplicht om op straffe van verlies van recht vóór inschrijving een kort geding aanhangig te maken. Op dit punt zou de genomen maatregel kunnen worden aangevuld.

Ten tweede zou de Gids Proportionaliteit kunnen worden aangevuld met de in jurisprudentie gevormde uitzondering op de Grossmann-leer, te weten ‘het fundamentele gebrek’. Wij verwijzen in dit verband onder meer naar Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150 (r.o. 3.28) en Rb. Noord-Holland 5 juli 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:6266 (r.o. 4.16).

Wetsvoorstel

Het wetsvoorstel bevat klachttermijnen die niet tevens rechtsverwerkings- of vervaltermijnen betreffen. De praktijk leert evenwel dat in aanbestedingsstukken regelmatig verstreckende, of extreme rechtsverwerkingsclausules worden geïntroduceerd (p. 5 MvT). Gelet op de beoogde inperking van zulke clausules, alsmede met het oog op rechtszekerheid, zou het wetsvoorstel op dit punt aanvulling behoeven, te meer gelet op de lage effectiviteit van niet-bindende instrumenten (vgl. p. 9 MvT).

De rechtsbescherming zou onredelijk en/of disproportioneel worden beperkt, indien het niet klagen binnen de door aanbestedende dienst gestelde klachttermijn(en) zou leiden tot verlies van recht. Daarmee verwordt de beoogde laagdrempelige klachtafhandeling, veeleer een moeras waarin menig mogelijk gerechtvaardigd bezwaar blijft steken. De korte termijnen kunnen namelijk verhinderen dat inschrijvers afdoende tijd hebben de aanbestedingsstukken te doorgronden (zowel feitelijk als juridisch), als tijdig hun eventuele bezwaren daartegen te formuleren. Daarmee zou de wijze van klachtafhandeling veeleer de rechtsbescherming beperken, dan deze te verstrekken.

Tot slot merken wij op dat de stellingen op p. 5 MvT een te beperkt beeld (lijken te) schetsen van de wijzigingsmogelijkheden. Zo is de stelling dat slechts beperkt ruimte bestaat om tijdens een lopende aanbestedingsprocedure te wijzigen, in zoverre ongenueanceerd dat art. 2.73 Aanbestedingswet de mogelijkheid biedt om aanzienlijk te wijzigen, mits de relevante termijnen proportioneel worden verlengd.⁷ Daarnaast staat op p. 5: “*De Aw 2012 bevat daarom de verplichting om bij wezenlijke wijzigingen de aanbesteding over te doen*”. Echter, de Aanbestedingswet bevat die verplichting niet.⁸ Op grond van vaste jurisprudentie leidt een wezenlijke wijziging ertoe dat de aanbestedingsprocedure niet rechtmatig kan worden voortgezet. Het is echter vervolgens aan de aanbestedende dienst om te bepalen of hij een heraanbesteding wil organiseren of niet.

⁵ Vgl. CvAE 27 augustus 2021, Advies 628 (r.o. 4.2.2., en de aldaar genoemde adviezen).

⁶ Zoals de toepassing van de extreme rechtsverwerkingsclausules wordt aangeduid in TK 2018-19, 34 252, nr. 13.

⁷ Vgl. ook HvJ EU 5 april 2017, C-298/15 (Borta)(r.o. 71-73), Rb. Utrecht 16 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY3469 (r.o. 4.12).

⁸ Vgl. H. Plas, ‘Wezenlijke wijziging in het aanbestedingsrecht’, hoofdstuk 4 (diss. Leiden 2023), gepubliceerd in *Bouwrecht Monografieën*, St. IBR: Den Haag 2023.

2.5. Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE)

Het wetsvoorstel beoogt te voorzien in een versterking van de positie van de CvAE.⁹ Hierbij kan direct worden opgemerkt dat het wetsvoorstel (nog) niet voorziet in hoe die versterking in praktische en financiële zin kan worden vormgegeven. Het is ons bekend dat de CvAE thans een beperkte (parttime) bezetting heeft. Wil de CvAE effectief invulling kunnen geven aan de rol die zij krijgt toebedeeld, dan zal zij daarvoor voldoende financiële en personele middelen beschikbaar moeten hebben. Daarover reppen het wetsvoorstel en de MvT evenwel niet.

Verder lijkt het onzeker of de CvAE de haar toebedeelde rol wel waar zal kunnen maken. Zij heeft immers slechts 14 dagen om op de klacht te beslissen. Daarbij geldt géén maximale termijn voor de aanbestedende dienst om verweer te voeren, waardoor de aanbestedende dienst zelfs op dag 13 nog een (uitgebreid) verweerschrift kan indienen. Bovendien wordt geen rekening gehouden met weekend- en feestdagen. Bovendien is in de praktijk gebleken dat bepaalde maanden (zoals mei en september) veel populairder zijn om aanbestedingen aan te kondigen, dan wel de uiterste termijn te laten verlopen. Het risico op piekbelasting bij de CvAE wordt evenwel niet ondervangen.

Ook is de rol van de CvAE ingeperkt tot ontwerpklachten die eerst bij het klachtenloket zijn ingediend. Deze inperking staat lijnrecht tegenover de doelstelling om de positie van de CvAE te versterken.

- Ten eerste wordt de rol van de CvAE ingeperkt tot ontwerpklachten, omdat de klachten over de selectie- en gunningsbeslissingen (te) complex zouden zijn (p. 13 en 24 MvT). Kennelijk zou de CvAE niet in staat zijn rekening te houden met de belangen van andere inschrijvers. Dit wordt enkel gemotiveerd doordat de klachtprocedure te “ingewikkeld en tijdrovend” zou zijn voor de CvAE, terwijl – zonder nadere motivering – wordt gesteld dat dit alles geen bezwaar is voor het klachtenloket (die zou dit alles wel moeten kunnen dragen?). De CvAE is onzes inziens meer dan afdoende deskundig om klachten ter zake de selectie- en gunningsbeslissing te behandelen, getuige ook de vele adviezen van de afgelopen jaren.
- Daarnaast zou de klachtbehandeltermijn kunnen worden gemaximeerd. Ook een klachtprocedure bij de CvAE kan ertoe leiden dat bezwaren worden weggenomen, waarna zij niet langer een kort geding starten. Dat zou per saldo zelfs tot een versnelling leiden.
- Overigens bestaat de huidige praktijk van de CvAE voor een aanzienlijk deel uit klachten over de selectie- en gunningsbeslissingen. Juist ook voor dit soort discussies voorziet de CvAE in een duidelijke behoefte.

Tot slot dient op grond van art. 4.27a lid 2 onder a wetsvoorstel eerst een klacht bij het klachtenloket te worden ingediend. Die verplichting geldt nu niet. De CvAE heeft een dergelijk vereiste reeds meermaals

⁹ E.e.a. conform de motie Van den Berg/Graus Kamerstukken II 2017/18, 32 440, nr. 108) om te onderzoeken of de CvAE een grotere rol kan spelen door inhoudelijke toetsing en adviezen en te bezien om zij een “meer zwaarwegende rol” kan krijgen.

als “*ongeoorloofde drempel*” bestempeld.¹⁰ Naast een verslechterde rechtsbescherming leidt zo’n verplichting mogelijk tot een aanzienlijke lastenverzwaring van het klachtenloket.

2.6. Overig

De tekst van art. 4.26d lid 3 en 4 van het wetsvoorstel bevat enkele slordigheden, vanwege een foutieve (door)nummering. Daarbij merken wij overigens op dat lid 4 een herhaling van zetten lijkt te zijn van lid 3 en dus niets toevoegt.

Op diverse plaatsen in de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat in Deel 1 Aanbestedingswet nationale regels staan. Echter, in Deel 1 staan juist ook de nodige bepalingen die betrekking hebben op en relevant zijn voor het ‘Europese’ deel, zie bijvoorbeeld artikelen 1.1 – 1.3, afdeling 1.2.2, en art. 1.23.

In § 4.2 staat: “*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.*” De Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG is eveneens van toepassing op opdrachten in de speciale sectoren. Die Richtlijn wijzigt namelijk mede Richtlijn 92/13/EEG.

Uit § 5.2 blijkt dat het concept wetsvoorstel in het geheel niet van toepassing is op aanbestedingen die vallen onder de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied (ADV). Die keuze wordt gegrond op de omstandigheid dat die wet in beginsel geen nationaal beleid bevat. Die keuze en redenering bevreemdt. Zo bevat de ADV ten aanzien van opschortende termijnen, motiveringsverplichtingen, e.d. vergelijkbare bepalingen als de ‘gewone’ Aanbestedingswet.

In § 5.3 van de memorie van toelichting wordt samengevat opgemerkt dat de Awb niet van toepassing is. Het verdient aanbeveling om in deze context te verduidelijken dat ten minste de algemene beginselen van behoorlijk bestuur wel van toepassing blijven. Dit vloeit immers voort uit art. 3:14 BW. De Hoge Raad heeft dit in het *Didam*-arrest nog eens bevestigd.¹¹

2.7. Hoger beroep

Op p. 5 en 6 MvT¹² staat dat hoger beroep in aanbestedingsprocedures voor ondernemers weinig nut heeft. Dat onderschrijven wij en merken nog het volgende op. Dat de rechter nauwelijks ruimte heeft om een overeenkomst te “*ontbinden*”, is onzuiver geformuleerd. Het rechterlijk ingrijpen zal in deze context met name de vorm krijgen van een vernietiging (vgl. artikel 4.15 Aanbestedingswet). In de MvT wordt verder nog gesteld dat de beperkte rechterlijke ruimte het gevolg is van het *Xafax*-arrest. De werkelijke oorzaak is evenwel de keuze van de wetgever, zie ook overweging 3.8 van het *Xafax*-arrest. Dus kan de wetgever die beperking ook opheffen.

¹⁰ CvAE 30 november 2017, advies nr. 420 (alinea 5.3.4) en CvAE advies 5 april 2016, advies nr. 328 (alinea 5.5.1).

¹¹ HR 26 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1778 (r.o. 3.1.3).

¹² In navolging van de motie Van den Berg/Graus (Kamerstukken II 2017/18, 32 440, nr. 107): “*praktisch geen zin*”.

3. REACTIE OP VRAAG 2: AANVULLENDE Vernietigingsgrond

Vooropgesteld

In de consultatiegegevens worden de extra vernietigingsgrond en het hoger beroep veelal in één adem genoemd. Dat is in zoverre logisch, omdat een aanbestedende dienst na een voor hem gunstig vonnis vaak de overeenkomst sluit, waardoor het toepasselijke kader verandert. Tegelijkertijd dienen het hoger beroep in kort geding en de mogelijkheid tot vernietiging niet te worden vereenzelvigd. In kort geding is een vernietigingsvordering namelijk niet toewijsbaar. Wel kan de uitvoering worden geschorst.

Wenselijkheid aanvullende vernietigingsgrond

Een aanvullende vernietigingsgrond zou *"lastig uitvoerbaar"* zijn, *"ongewenste effecten"* meebrengen, en onwenselijk kunnen zijn. Die argumenten worden niet onderbouwd. Dat was wel wenselijk geweest.

Dat deze extra vernietigingsgrond soms meer onzekerheid kan meebrengen voor de aanbestedende dienst, komt ons niet voor als een objectieve reden om die grond niet te introduceren. Die grond – die beperkt zal zijn tot grove schendingen – benadrukt immers dat een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure zorgvuldig dient voor te bereiden en te doorlopen. Zo'n vernietigingsgrond kan juist ook als extra slot op de deur fungeren, zodat het nuttig effect van de richtlijnen daadwerkelijk wordt geborgd. Dit leidt tot voordelen voor aanbestedende diensten en ondernemers.

Het is het vrijwillige handelen van de aanbestedende dienst dat de onzekerheid over het (voort)bestaan van de overeenkomst in het leven roept. Het staat hem immers vrij om na een gunstig vonnis de overeenkomst wel of nog niet te sluiten. Bovendien kan er bij de huidige stand van zaken een *incentive* bestaan om snel te contracteren, ondanks dat er objectief gezien van alles mis kan zijn in de betreffende aanbesteding.

Op grond van de huidige regels kunnen gesignaleerde negatieve effecten en maatschappelijk onwenselijke gevolgen al worden ondervangen:

- Art. 4.18 lid 1 Aanbestedingswet bepaalt dat de rechter kan besluiten een overeenkomst niet te vernietigen op grond van dwingende redenen van algemeen belang.
- Ingevolge art. 3:53 lid 2 BW kan de rechter aan een vernietiging geheel of ten dele de werking onzeggen. Voor de wijze van afrekening kan onder meer worden aangesloten bij de kaders voor opzegging zoals die uit art. 7:411 of 7:764 BW en de partij-afspraken voortvloeien.
- Mede in het licht van overweging 21 considerans en art. 2 quinquies lid 2 Richtlijn 2007/66/EG is terugwerkende kracht niet in alle gevallen vereist.
- Hoofdstuk 9 Procesreglement hoven civiele dagvaardingszaken biedt de mogelijkheid voor een (turbo) spoedappèl in kort geding. Overigens herkennen wij ons niet in het beeld dat een hoger beroep *"doorgaans"* een jaar duurt (p. 2 open vraag). Doorgaans is die looptijd juist veel korter.

Tot slot verdient opmerking dat tot aan het *Xafax*-arrest alle gerechtshoven het *communis opinio* was dat aantasting van de overeenkomst vanwege strijd met het aanbestedingsrecht in meer gevallen wenselijk was dan genoemd in de gronden uit art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet. De hoven verschilden alleen van mening over de vraag in welke andere gevallen aantasting aan de orde kon zijn.

Formulering vernietigingsgrond

In het concept wetsartikel wordt gesproken van het “op zodanige wijze gehandeld dat sprake is van een grove schending van de beginselen, bedoeld in de artikelen 1.8, 1.9 eerste en tweede lid, en 1.10, eerste lid”. Deze formulering roept enkele vragen op, die verduidelijking behoeven.

Ten eerste kan een grove schending ook het gevolg zijn van nalaten. Te denken valt aan de situatie dat geen of onvoldoende maatregelen zijn genomen om het *level playing field* te waarborgen.

Ten tweede wordt verwezen naar een schending van de beginselen. De regels uit Delen 2 – 4 Aanbestedingswet zijn in de kern een nadere concretisering van die beginselen. In die zin heeft de huidige formulering dus geen (significant) andere reikwijdte dan in het voorstel van de toenmalige staatssecretaris, waarin gesproken werd van een grove schending van de regels van de Aanbestedingswet. Omwille van de duidelijkheid verdient laatstgenoemde formulering wel de voorkeur.

Ten derde verdient het aanbeveling handvatten aan te reiken wanneer sprake kan zijn van een ‘grove schending’, zodat enige duidelijkheid bestaat over de invulling van deze open norm. Wederom valt te denken aan een schending van het *level playing field*.

Ten vierde wordt alleen verwezen naar het proportionaliteitsbeginsel uit art. 1.10 lid 1 Aanbestedingswet. Dit beginsel wordt in het vervolg van dat artikel ingevuld. Het verdient aanbeveling hoe die verwijzing naar lid 1 dient te worden gedeut. Dit gelet op zowel het dwingendrechtelijke lid 2 als de rol en het karakter van de Gids Proportionaliteit (vgl. leden 3 en 4).

Alternatieve oplossingsrichting

Het enige gelijkwaardige alternatief lijkt te zijn een verbod tot contracteren gedurende het hoger beroep, of om wettelijk te expliciteren dat de rechter in eerste aanleg de bevoegdheid heeft om dit verbod uit te spreken. Dit kan bijv. onder de voorwaarde dat binnen een bepaalde termijn (bijvoorbeeld twee weken) hoger beroep wordt ingesteld, althans spoedappèl. In eerste aanleg kan dan mede het debat worden gevoerd over de maatschappelijke (on)aanvaardbaarheid van zo’n verbod in het concrete geval, zodat de rechter hierover een gemotiveerd oordeel kan vellen.

Tot slot

Tot een nadere toelichting of bespreking zijn wij graag bereid. U kunt daarvoor contact opnemen met mr. Eva Leenders en mr. dr. drs. Erik Plas.