

Consultatieverslag wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden

Versie 3 december 2024

Inhoudsopgave

1.	Inleiding	3
1.1	Reacties openbare internetconsultatie	3
1.2	Reactie op basis van de Code Interbestuurlijke Verhoudingen	3
1.3	Inhoud consultatieverslag	3
2.	Algemene opmerkingen [en gesprekken met stakeholders?].....	3
2.1	Positief ontvangen artikelen	3
2.2	Zorgen vanuit aanbestedende diensten	3
2.3	Roep om verdergaande maatregelen vanuit ondernemers.....	4
2.4	Samenvatting reacties op de openbare internetconsultatie.....	4
2.5	Gesprekken met stakeholders	4
3.	Verplicht klachtenloket en minimumeisen (artikelen 4.26a en 4.26b van de geconsulteerde wettekst)	4
3.1	Invulling onpartijdigheid	4
3.2	Invulling kennis en expertise	5
3.3	Wie mag een klacht indienen?	5
3.4	Tot wanneer is een aanbestedende dienst verplicht tot afhandeling klachten.....	6
3.5	Voorkomen van misbruik klachtenprocedure	6
4.	Toepassingsbereik wetsvoorstel	6
4.1	Deel 1 opdrachten en uitgezonderde procedures uit deel 2 en deel 3	6
5.	Klachtafhandeling ontwerpklachten (artikelen 4.26c t/m 4.26f van de geconsulteerde wettekst)	7
5.1	Complexiteit termijnen	7
5.2	Termijnen in relatie tot uitgangspunt 'eerst vragen, dan klagen'	7
5.3	Voorkomen van misbruik opschortende termijn	7
5.4	Rechtsverwerking en vervaltermijnen	8
6.	Rol Commissie van Aanbestedingsexperts (artikelen 4.27a t/m 4.27f van de geconsulteerde wettekst)	8
6.1	Zorgen over capaciteit en samenstelling Commissie van Aanbestedingsexperts	8
6.2	Pas toe of leg uit principe	9
6.3	Geen rol bij selectie- en gunningsbeslissingen	9
6.4	Werkwijze.....	9
7.	Klachtafhandeling beslissingen (artikelen 4.26g en 4.26h van de geconsulteerde wettekst) ..	10
7.1	Misbruik	10
7.2	Verplichte standstill-termijn voor selectiebeslissingen + termijnen ook van toepassing (uit 4.26g en 4.26h).....	10
8.	Verantwoording klachtafhandeling (artikel 4.26i van de geconsulteerde wettekst)	11
8.1	Verantwoordingsplicht Rijk	11
8.2	Verbreding registratie- en rapportageverplichting	11
9.	Motivering van beslissingen tot afwijzing of uitsluiting (artikel 2.103)	12
9.1	Nadere uitwerking van inhoud motivering	12

9.2 Opnemen verplichte standstill-termijn voor selectiebeslissingen	12
10. Motivering van gunningsbeslissingen (artikel 2.130)	13
10.1 Toevoegen subscores, prijs en complete rangschikking.....	13
10.2 Opnemen verplichte standstilltermijn voor gunningsbeslissingen van deel 1 opdrachten ...	13
11. Hoger beroep (open vraag)	13
11.1 Reacties	14
11.2 Alternatieve oplossingsrichtingen.....	14
11.3 Conclusie.....	15

1. Inleiding

1.1 Reacties openbare internetconsultatie

Het wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden is in de periode van 14 juli 2023 tot en met 28 september 2023 via internet geconsulteerd. Deze consultatie heeft 57 reacties opgeleverd, waarvan 52 openbaar zijn. Openbare reacties zijn ontvangen vanuit verschillende aanbestedende diensten¹ (21), koepelorganisaties van aanbestedende diensten (4), ondernemers (3), een brancheorganisatie van ondernemers (1), advocaten (6) en adviesorganisaties/consultants (5). Daarnaast zijn er 12 individuele reacties binnengekomen.

1.2 Reactie op basis van de Code Interbestuurlijke Verhoudingen

Naast de reacties op de openbare internetconsultatie, is er separaat een formele reactie ontvangen van de decentrale overheden (Interprovinciaal Overleg, IPO, Unie van Waterschappen, UvW en Vereniging van Nederlandse Gemeenten, VNG) op basis van de Code Interbestuurlijke Verhoudingen.² De reactie hierop wordt separaat behandeld en opgenomen in paragraaf 10.1.1. van hoofdstuk 10 Advies en consultatie van de memorie van toelichting. In dit consultatieverslag wordt dus niet ingegaan op de reactie op basis van de Code Interbestuurlijke Verhoudingen.

Zowel de UvW als de P12-inkoopjuristen (het interprovinciale overleg van de provinciale inkoopjuristen) en het interprovinciale inkoopsoverleg Inkoop Platform Provincies (IPP) hebben gebruik gemaakt van de mogelijkheid om (ook) te reageren op de inhoud van het geconsulteerde wetsvoorstel via de openbare internetconsultatie. Deze reacties maken wel onderdeel uit van dit consultatieverslag.

1.3 Inhoud consultatieverslag

In de navolgende paragrafen wordt verslag gedaan van de reacties op hoofdlijnen en eventuele aanpassingen ten opzichte van het geconsulteerde wetsvoorstel. Daar waar reacties niet hebben geleid tot aanpassingen van het geconsulteerde wetsvoorstel of de memorie van toelichting, wordt dit toegelicht in dit consultatieverslag.

2. Algemene opmerkingen

2.1 Positief ontvangen onderdelen

Uit de reacties op de internetconsultatie blijkt dat het geconsulteerde wetsvoorstel over het algemeen positief ontvangen is door het merendeel van de stakeholders op de volgende onderdelen:

- het verplicht stellen van een klachtenloket voor alle aanbestedende diensten;
- het onderscheid in twee verschillende soorten klachten (ontwerpklaarten en klachten over beslissingen);
- de rapportageverplichting voor decentrale overheden over klachtafhandeling. Alhoewel op dit punt aangetekend moet worden dat breed aandacht is gevraagd voor de reikwijdte van deze verplichting (zie verder paragraaf 8);
- de aanscherping van de motiveringsplicht voor selectie- en gunningsbeslissingen.

Uit de reacties op de internetconsultatie komt naar voren dat er grotendeels overeenstemming is over het nut en de noodzaak van deze onderdelen. Op punten zijn voorstellen tot aanscherping dan wel verbetering gedaan. Deze worden behandeld in dit consultatieverslag.

2.2 Onderdelen waarover zorgen zijn geuit

Over een aantal andere onderdelen zijn zorgen geuit, met name vanuit de kant van aanbestedende diensten en (deels) vanuit de advocatuur. Er wordt onder andere aandacht gevraagd voor:

- extra (administratieve) lasten voor aanbestedende diensten;
- ondersteuning voor aanbestedende diensten bij de toepassing van de verschillende termijn voor klagen: er is een roep om het publiceren van een voorbeeld-klachtenregeling en hulp

¹ Onder aanbestedende dienst wordt ook verstaan speciale-sectorbedrijf, tenzij anders aangegeven.

² [Code Interbestuurlijke Verhoudingen | Rapport | Rijksoverheid.nl](#)

bij het opstellen van een planning die rekening houdt met de termijnen voor klachtafhandeling;

- de doorlooptijden van aanbestedingsprocedures wanneer er klachten worden ingediend;
- de aangepaste rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts, namelijk of de Commissie voldoende capaciteit en expertise in huis heeft om de aangepaste rol waar te maken.

2.3 Roep om verdergaande maatregelen vanuit ondernemers

Hier staat tegenover dat ondernemerszijde over het algemeen tevreden is over het geconsulteerde wetsvoorstel, maar op punten graag nog een verdere aanscherping ziet. Zo pleit VNO-NCW/MKB-Nederland onder andere voor:

- het opnemen van een verplichting om een onafhankelijke, externe voorzitter van het klachtenloket aan te stellen;
- het opnemen van een verplichte standstill-periode voor selectiebeslissingen in de wet;
- een verdergaande rol voor de Commissie van Aanbestedingsexperts door haar ook een rol te geven bij klachten over selectie- en gunningsbeslissingen;
- het uitbreiden van de rapportageverplichting naar het Rijk.

2.4 Samenvatting reacties op de openbare internetconsultatie en opvolging daarvan

Op basis van alle ontvangen input is een aantal aanpassingen doorgevoerd in het geconsulteerde wetsvoorstel en de memorie van toelichting. Met deze aanpassingen is beoogd om tegemoet te komen aan de zorgen die geuit zijn, zonder daarbij de doelstelling van het geconsulteerde wetsvoorstel uit het oog te verliezen: laagdrempelige klachtafhandeling en verbeterde rechtsbescherming voor ondernemers bij aanbesteden.

De belangrijkste aanpassingen ten opzichte van het geconsulteerde wetsvoorstel:

- In het aangepaste wetsvoorstel wordt bij ontwerpklachten en klachten over beslissingen meer ruimte geboden aan aanbestedende diensten om eerst vragen van ondernemers te beantwoorden (bij ontwerpklachten via het vraag-antwoord spel en bij klachten over beslissingen middels een mondelinge toelichting). Op die manier kunnen klachten mogelijk voorkomen worden wat positief is voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers.
- In het aangepaste wetsvoorstel is gehoor gegeven aan de roep om een minder complexe systematiek: in het voorstel gelden nu dezelfde minimumtermijnen voor het tijdig indienen van een klacht en de bedenktijd voor een ondernemer voor het merendeel van de Europese procedures (in plaats van verschillende termijnen per procedure). Er is slechts voor een aantal Europese procedures een uitzondering gemaakt, waarbij ook gekozen is voor eenzelfde termijn.
- In het aangepaste wetsvoorstel is geregeld dat bij klachten over beslissingen aanbestedende diensten de standstill-termijn niet automatisch hoeven te pauzeren.

2.5 Gesprekken met stakeholders

Na het verwerken van de reacties op de internetconsultatie hebben nadere gesprekken plaatsgevonden met de belangrijkste stakeholders (een vertegenwoordiging van aanbestedende diensten en ondernemers) waarin de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van de geconsulteerde versie zijn toegelicht.

3. Verplicht klachtenloket en minimeisen (artikelen 4.26a en 4.26b van de geconsulteerde wettekst)

Er is over het geheel genomen positief gereageerd op de verplichting tot het bij elke aanbestedende dienst opzetten van een klachtenloket dat aan bepaalde minimeisen voldoet. Over een aantal aspecten zijn nadere vragen gesteld of worden aanpassingen voorgesteld.

3.1 Invulling onpartijdigheid

In het geconsulteerde wetsvoorstel staat dat een persoon die niet betrokken is geweest bij de aanbestedingsprocedure waar de klacht betrekking op heeft een klacht behandelt. Brancheorganisatie VNO-NCW/MKB-Nederland wil graag dat aan het geconsulteerde wetsvoorstel

de verplichting wordt toegevoegd om een onafhankelijke, externe voorzitter van het klachtenloket aan te stellen. Dit voorstel wordt niet overgenomen. De maatregelen van het geconsulteerde wetsvoorstel zijn uitgewerkt binnen de kaders van de Kamerbrief 'Uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden'.³ Hierin is opgenomen dat de lijn wordt gevolgd zoals die in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) geldt voor de behandeling van klachten. De minimumeis is dat onpartijdigheid wordt geborgd door de inzet van personen die niet inhoudelijk betrokken zijn geweest bij de voorliggende aanbesteding.

3.2 Invulling kennis en expertise

In de toelichting bij het geconsulteerde wetsvoorstel (in het algemeen deel) is opgenomen dat de klachtbehandelaar aantoonbare ervaring heeft met inkoop en aanbestedingen en/of een opleiding heeft afgerond in die richting. Verschillende advocatenkantoren en Nevi publiek geven aan dat het enkel opnemen van een aanbeveling in de memorie van toelichting te vrijblijvend is en dat dit punt onderdeel moet uitmaken van de verplichting in de wet. Deze argumentatie is goed te volgen en aanpassing van het wetsvoorstel draagt bij aan het uitgangspunt van professionele klachtafhandeling. Het wetsvoorstel (artikel 4.26a) is hierop aangepast.

3.3 Wie mag een klacht indienen?

Ondernemers

Verschillende reacties (waaronder die van IPP, Inkoopplatform Noord Nederland en een aantal advocatenkantoren) wijzen erop dat de terminologie van gegadigde/inschrijver in het geval van ontwerpklachten niet correct is. In het geval van ontwerpklachten is er nog geen sprake van een verzoek tot deelneming of inschrijving. Om die reden wordt voorgesteld het begrip 'ondernemer' te hanteren. Dit omvat alle (potentiële) gegadigden, (potentiële) inschrijvers en (potentiële) onderaannemers (zie verderop). Dit komt tevens de leesbaarheid van de artikelen ten goede. Het wetsvoorstel is hierop aangepast.

Brancheorganisaties

Het geconsulteerde wetsvoorstel voorziet erin dat een brancheorganisatie of een branchegerelateerd aanbestedingsadviescentrum een klacht kan indienen namens haar leden. Door een aantal partijen (waaronder VEWIN) wordt aandacht gevraagd voor de rol van brancheorganisaties met als reden dat zij geen (direct) belang hebben bij het verwerven van een opdracht, omdat een brancheorganisatie geen partij is bij het sluiten van een overeenkomst. Het geconsulteerde wetsvoorstel gaat uit van de gedachte dat geen expliciete betrokkenheid tussen de brancheorganisatie en de (geïnteresseerde) ondernemer aangetoond hoeft te worden, omdat bij ontwerpklachten bij Europese procedures niet altijd op voorhand duidelijk is wie de (potentiële) gegadigden en/of (potentiële) inschrijvers zijn. Het staat brancheorganisaties en branchegerelateerde aanbestedingsadviescentra vrij om in het algemeen op te komen voor de belangen van haar leden op een manier die zij passend vinden. Het ligt niet in de rede dat een branchegerelateerd aanbestedingsadviescentrum een klacht indient over een afwijzing of uitsluiting van een gegadigde of inschrijver of een gunningsbeslissing, omdat hierbij een keuze zou worden gemaakt voor (de belangen van) een bepaald lid.

Onderaannemers

Ten slotte gaat een aantal reacties (waaronder die van Infense advocaten) in op de tekst in het geconsulteerde wetsvoorstel (algemeen deel van de memorie van toelichting) waarin is aangegeven dat onderaannemers niet zelfstandig kunnen klagen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Aangegeven wordt dat ook partijen die niet zelf (kunnen of willen) inschrijven, belang kunnen hebben bij de behandeling van hun klachten. Dit is in lijn met het zelfstandig klachtrecht voor brancheorganisaties. Dit punt is terecht en aangepast in de memorie van toelichting en de artikelsgewijze toelichting voor wat betreft ontwerpklachten. Bovendien zorgt de aanpassing in het wetsvoorstel van gegadigde/inschrijver naar ondernemer ervoor dat onderaannemers hier ook onder vallen. Het blijft echter niet mogelijk voor onderaannemers om te klagen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst over beslissingen en/of over de relatie met de hoofdaannemer.

³ Kamerstukken II 2020/21, 34 252, nr. 21.

3.4 Tot wanneer is een aanbestedende dienst verplicht tot afhandeling klachten

Vanuit de speciale-sectorbedrijven (NS, TenneT en ProRail) is opgebracht dat niet duidelijk is tot wanneer de verplichting voor aanbestedende diensten geldt om op grond van het voorgestelde artikel 4.26a klachten in behandeling te nemen. De memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt. In de memorie van toelichting is opgenomen dat het klachtenloket van de aanbestedende dienst alle klachten die voldoen aan de cumulatieve voorwaarden uit artikel 4.26b, eerste lid, in behandeling *moet* nemen. Die verplichting geldt dus ook voor klachten die na de gestelde termijn voor het tijdig indienen van een klacht worden ingediend. Echter is het in dat geval aan de aanbestedende dienst om een professionele afweging te maken of het wenselijk is om de uitkomst van de klachtafhandeling af te wachten en de procedure al dan niet te pauzeren of te verlengen. Het ligt in de rede dat een aanbestedende dienst beleid hieromtrent opneemt in de eigen klachtenregeling, zodat ook voor ondernemers duidelijk is wat ze mogen verwachten.

3.5 Voorkomen van misbruik klachtenprocedure

Door met name aanbestedende diensten zijn zorgen geuit over mogelijk misbruik door ondernemers van de klachtenprocedure in algemene zin. Er worden daarom verschillende suggesties gedaan om de ontvankelijkheidseisen aan te scherpen, zoals:

- het aanscherpen van de motiveringsvereisten voor ondernemers bij het indienen van een klacht;
- het opnemen in de wet dat ondernemers een oplossingsrichting moeten aandragen bij het indienen van een klacht;
- het opnemen in de wet dat een aanbestedende dienst een klacht kennelijk ongegrond mag verklaren (zoals ook geregeld is voor de Commissie van Aanbestedingsexperts).

Het uitgangspunt van het geconsulteerde wetsvoorstel is laagdrempelige klachtafhandeling voor ondernemers. Het verder aanscherpen van de ontvankelijkheidseisen past niet binnen dit kader. Het wetsvoorstel blijft op dit punt daarom ongewijzigd. Wel is in het algemeen deel van de memorie van toelichting een nadere duiding gegeven van het begrip 'gronden van de klacht', waarbij opgemerkt wordt dat een klagende ondernemer niet alleen moet benoemen met welke punten hij het oneens is, maar ook aangeeft wat de redenen daarvoor zijn.

4. Toepassingsbereik wetsvoorstel

In het geconsulteerde wetsvoorstel zijn bepalingen opgenomen om bepaalde procedures uit te zonderen van delen van het wetsvoorstel (deel 1 opdrachten en de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging en de urgente procedure). Over de reikwijdte van deze bepalingen is een aantal vragen gesteld.

4.1 Deel 1 opdrachten en uitgezonderde procedures uit deel 2 en deel 3

Uit meerdere reacties komt naar voren dat het onvoldoende helder is of over de uitgezonderde procedures die genoemd zijn in artikel 4.26c (waaronder deel 1-opdrachten en een aantal deel 2- en deel 3-opdrachten) wel of niet een klacht kan worden ingediend bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Over deze procedures kan wel een klacht worden ingediend bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst, maar de bepalingen inzake het tijdig indienen van een klacht en de verlenging van de termijnen voor het indienen van verzoeken om deelneming respectievelijk inschrijvingen zijn niet van toepassing. Het wetsvoorstel is op dit punt aangepast door een aanpassing van de titel van '*Klachten over de inrichting van de procedure*' naar '*Termijnen bij klachten over de inrichting van de procedure en klachten over gunningsbeslissingen bij het klachtenloket*'. Naast toegang tot het klachtenloket staat de gang naar de voorzieningenrechter voor deze procedures altijd open.

Daarnaast wordt opgemerkt dat een deel van de uitgezonderde procedures uit artikel 4.26c in de praktijk grote opdrachten kunnen zijn, die in sommige gevallen net zo'n lange doorlooptijd kennen als reguliere Europese procedures (als voorbeeld wordt de meervoudig onderhandse procedure genoemd). Voor deze procedures wordt gepleit voor het van toepassing laten zijn van de termijnen uit het geconsulteerde wetsvoorstel (artikelen 4.26c t/m 4.26f en 4.26g en 4.26h). Het wetsvoorstel wordt op dit punt niet aangepast. Zoals uitgelegd in de geconsulteerde memorie van

toelichting strookt het introduceren van uniforme wettelijke minimumtermijnen voor klachtafhandeling bij dit soort opdrachten niet met het proportionaliteitsbeginsel uit deel 1 van de wet. Voor dergelijke opdrachten is weinig geregeld in de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012). Het opnemen van meerdere artikelen voor klachtafhandeling (waaronder termijnen voor klachtafhandeling) zou deze procedures te zwaar maken.

5. Klachtafhandeling ontwerpklachten (artikelen 4.26c t/m 4.26f van de geconsulteerde wettekst)

Er zijn met name door aanbestedende diensten en (deels) vanuit de advocatuur zorgen geuit over de klachtafhandeling van ontwerpklachten. De grootste punten van zorg bij ontwerpklachten zijn: a) de systematiek is te ingewikkeld en b) de systematiek komt te weinig tegemoet aan het uitgangspunt van eerst vragen, dan klagen. Het wetsvoorstel is op een aantal aspecten aangepast om tegemoet te komen aan de zorgen die op dit onderdeel zijn geuit. De rechtsbescherming voor ondernemers blijft gelijk in het gewijzigde voorstel.

Hoofdpijnen aanpassingen artikelen 4.26c t/m 4.26f

- Voor alle aanbestedingsprocedures worden dezelfde minimumtermijnen voor het tijdig indienen van een klacht gehanteerd voor alle Europese procedures met wettelijke minimumtermijnen (in plaats van verschillende termijnen per procedure). Dit maakt het eenvoudiger.
- Deze termijnen houden rekening met de publicatie van de nota van inlichtingen (NvI), waardoor meer problemen kunnen worden opgelost in de NvI.

5.1 Complexiteit termijnen

De in de consultatie voorgestelde termijnen worden als complex ervaren door veel aanbestedende diensten en een aantal advocatenkantoren (waaronder de UMC's, IPP, IPNN en AKD advocaten). Doordat er verschillende termijnen worden gehanteerd voor verschillende procedures wordt gesteld dat het geheel onoverzichtelijk is. Daarnaast wordt meerdere malen aangestipt dat de verschillende verwijzingen in het geconsulteerde wetsvoorstel lastig te volgen zijn. Om tegemoet te komen aan deze zorgen, is het wetsvoorstel op het punt van de termijnen aangepast. Hierbij wordt opgemerkt dat door de complexiteit van de Aw 2012 (met alle verschillende procedures en termijnen) de ruimte voor vereenvoudiging enigszins beperkt is. Om aanbestedende diensten te ondersteunen bij het toepassen van de termijnen zal het ministerie van Economische Zaken (EZ) een planningstool ontwikkelen.

5.2 Termijnen in relatie tot uitgangspunt 'eerst vragen, dan klagen'

In verschillende reacties vanuit aanbestedende diensten en de advocatuur (waaronder IPP, VEWIN, Taylor Wessing en Pot Jonker Advocaten) is opgemerkt dat de voorgestelde systematiek in de hand werkt dat ondernemers eerst gaan klagen, alvorens een vraag te stellen. Immers, de minimumtermijnen voor tijdig klagen vallen in het geconsulteerde voorstel vóór de (wettelijke) termijn voor het publiceren van de NvI. Ook op dit punt is het wetsvoorstel aangepast. De aangepaste minimumtermijnen voor het indienen van een klacht houden rekening met de publicatie van de laatste NvI. Hierdoor kunnen meer problemen worden opgelost in deze NvI, wat positief is voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers. Gevolg van de aanpassing is dat wanneer na de NvI alsnog klachten binnen komen, de aanbestedingsprocedure vertraging oploopt wanneer de aanbestedende dienst de minimumtermijn van de procedure hanteert. Een aanbestedende dienst kan dit oplossen door langere termijnen dan de minimumtermijnen te hanteren. Zowel het wetsvoorstel als de memorie van toelichting zijn hierop aangepast.

5.3 Voorkomen van misbruik opschortende termijn bij ontwerpklachten

Vanuit verschillende aanbestedende diensten (met name gemeenten) is ingegaan op de zorgen over misbruik van klachtenprocedures met opschortende werking. Er wordt vaak gerefereerd aan misbruik door zittende leveranciers. Een enkele reactie roept zelfs op tot het introduceren van sancties om misbruik te voorkomen. In paragraaf 3.5 van dit consultatieverslag is aandacht

besteed aan het voorkomen van misbruik van de klachtenprocedure. Specifiek voor ontwerpklachten geldt dat ondernemers in deze fase van de aanbesteding belang hebben bij het verwerven van de opdracht. Misbruik maken van de klachtenprocedure door 'strategisch' te klagen ligt dan ook niet voor de hand. Daarnaast is het wetsvoorstel zodanig aangepast dat er ruimte is voor ondernemers om eerst een vraag te stellen, alvorens een klacht in te dienen. Dit verkleint het risico op misbruik van de procedure, omdat aanbestedende diensten op die manier in de gelegenheid worden gesteld om (vermeende) problemen eerst op te lossen in de NvI (zie paragraaf 5.2). Daarnaast kunnen klachten die enkel ingediend worden met als doel om de aanbestedingsprocedure te vertragen, snel afgehandeld worden (met weinig tot geen vertraging van de procedure tot gevolg).

5.4 Rechtsverwerking en vervaltermijnen

Verschillende reacties vanuit de advocatuur en ook de speciale-sectorbedrijven gaan in op rechtsverwerking in relatie tot het recht om te klagen en vervaltermijnen voor klachten. Hierbij wordt vooral gevraagd naar verduidelijking van de gevolgen van niet-tijdig ingediende klachten door de ondernemer. De memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt. Er wordt uitgelegd dat het begrip 'tijdig klagen' verwijst naar de gevolgen van het indienen van een klacht door de ondernemer voor een bepaalde datum. Dit betekent dus niet dat er geen klachten na die datum meer kunnen worden ingediend of dat na die datum ingediende klachten niet meer door een klachtenloket in behandeling hoeven te worden genomen. Het betekent wel dat de voor de ondernemer gunstige gevolgen (opschorting of verlenging van de procedure) dan niet meer door de aanbestedende dienst gegarandeerd hoeven te worden. De termijnen genoemd in dit wetsvoorstel zijn dus geen fatale termijnen en mogen ook niet zo gebruikt worden door klachtenloketten en aanbestedende diensten (zie ook paragraaf 3.4 van dit verslag).

Ditzelfde uitgangspunt geldt voor de termijn van tijdig klagen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. Ook bij niet tijdig ingediende klachten rust de verplichting op de Commissie van Aanbestedingsexperts om deze in behandeling te nemen indien de klacht voldoet aan de eisen uit artikel 4.27a. Ten slotte is de bedenktijd voor de ondernemer (na klachtafhandeling bij de Commissie van Aanbestedingsexperts) geen vervaltermijn voor het aanhangig maken van een kort geding. Dit is verduidelijkt in de memorie van toelichting.

6. Rol Commissie van Aanbestedingsexperts (artikelen 4.27 t/m 4.27f van de geconsulteerde wettekst)

In het geconsulteerde wetsvoorstel is ingezet op snelle advisering door de Commissie van Aanbestedingsexperts, waarbij aanbestedende diensten het advies van de Commissie moeten afwachten. Daarnaast dient de aanbestedende dienst – indien deze afwijkt van het advies – dit te motiveren (volgens het 'pas toe of leg uit'-principe). Ondernemerszijde (VNO-NCW/MKB-Nederland) is over het algemeen tevreden over de uitgangspunten in het geconsulteerde voorstel. Wel wordt betreurd dat de Commissie van Aanbestedingsexperts in de toekomst geen rol meer heeft bij klachten over beslissingen. Vanuit aanbestedende diensten zijn er met name zorgen geuit over de capaciteit van de Commissie (met name in relatie tot de termijn van 14 dagen waarbinnen de Commissie moet adviseren): kan ze de nieuwe rol waarmaken? Op deze zorgen wordt hieronder nader ingegaan.

6.1 Zorgen over capaciteit en samenstelling Commissie van Aanbestedingsexperts

In verschillende reacties vanuit aanbestedende diensten en de advocatuur (waaronder NIC Aevis Benefit, Nevi publiek, UvW, UMC's, VEWIN, Brackmann en Maasdam Broers Fischer) wordt aandacht gevraagd voor de capaciteit van de Commissie. Er worden met name zorgen geuit over de termijn van veertien dagen waarbinnen de Commissie schriftelijk advies moet uitbrengen aan de aanbestedende dienst over de gegrondheid van de klacht, mede gezien de over het algemeen lange doorlooptijden van klachtafhandeling door de Commissie. Daarnaast wordt door een enkele partij aandacht gevraagd voor de samenstelling van de Commissie: naast juristen zouden ook inkoopadviseurs deel uit moeten maken van de Commissie om zo te komen tot meer evenwichtige advisering die aansluit bij de praktijk. In opdracht van EZ wordt door een organisatieadviesbureau onderzocht wat nodig is voor de Commissie om de aangepaste rol na wetswijziging te kunnen

vervullen. Hierbij wordt onder andere gekeken naar de benodigde middelen, samenstelling en capaciteit van de Commissie.

6.2 'Pas toe of leg uit'-principe

In meerdere reacties op de internetconsultatie wordt opgemerkt dat de uitleg van het 'pas toe of leg uit'- principe bij het voorgestelde artikel 4.27f, tweede lid niet dezelfde strekking heeft als de toelichting in paragraaf 3.5.3. van het algemeen deel van de memorie van toelichting. De tekst in de memorie is daarom aangepast, zodat er geen licht meer zit tussen de wettekst en de memorie van toelichting.

6.3 Geen rol bij selectie- en gunningsbeslissingen

Ondernemerszijde en een deel van de advocatuur (VNO-NCW/MKB-Nederland, Brackmann, Infense) betreuren het dat de Commissie in het geconsulteerde wetsvoorstel geen rol heeft bij klachten over selectie- en gunningsbeslissingen. Zoals reeds is toegelicht in de geconsulteerde memorie van toelichting (paragraaf 3.5) en in de kamerbrief van 12 februari 2021⁴ 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 gegadigden of inschrijvers. Voor dit soort klachten kan de ondernemer terecht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst en tevens de voorzieningenrechter. Het wetsvoorstel is op dit punt dan ook niet aangepast.

6.4 Werkwijze

Over de voorgestelde werkwijze van de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn verschillende reacties ontvangen. Deze worden hieronder per thema toegelicht.

6.4.1 Hoor/wederhoor

Vanuit verschillende aanbestedende diensten (waaronder UMC's, gemeente Utrecht en Netbeheer Nederland) wordt gevraagd naar waarborgen voor hoor- en wederhoor door de Commissie bij de behandeling van klachten, bijvoorbeeld in de vorm van een wettelijke termijn. Aanbestedende diensten merken dit op in relatie tot de korte periode (van drie dagen) waarin de Commissie beslist over het al dan niet in behandeling nemen van de klacht.

In het voorgestelde artikel 4.27a is opgenomen dat een ondernemer eerst een klacht indient bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst, alvorens er geklaagd kan worden bij de Commissie. Dit betekent dat de aanbestedende dienst al een beslissing heeft genomen over de klacht. Die beslissing over de klacht wordt door de Commissie gezien als zienswijze van de aanbestedende dienst. Indien de aanbestedende dienst de klacht niet tijdig heeft afgehandeld, geldt het standpunt van de aanbestedende dienst zoals weergegeven in de NvI (indien beschikbaar) als zienswijze.

Het introduceren van een wettelijke termijn voor hoor-en wederhoor bovenop de verplichting tot opschorting van de procedure zodra de Commissie een klacht in behandeling neemt, zorgt voor verdere vertraging van de aanbestedingsprocedure. Daarom wordt dit niet in het wetsvoorstel opgenomen.

6.4.2 Wat is eenzelfde klacht?

Vanuit verschillende aanbestedende diensten en de advocatuur (waaronder IPNN, IPP en Maasdam Broers Fischer) wordt aangegeven dat het begrip 'eenzelfde klacht' onduidelijk is. In de memorie van toelichting is verduidelijkt dat het moet gaan over een klacht met hetzelfde onderwerp, maar dat de klacht bij de Commissie anders geformuleerd kan zijn dan de ingediende klacht bij het klachtenloket. De andere formulering mag niet leiden tot een inhoudelijke wijziging van de klacht.

6.4.3 Wat is kennelijk ongegrond?

Vanuit IPNN wordt gevraagd naar voorbeelden van een 'kennelijk ongegronde' klacht, waardoor de klacht niet door de Commissie in behandeling wordt genomen. In de memorie van toelichting staat

⁴ Kamerstukken II 2020/21, 34 252, nr. 21.

uitgelegd waar dit begrip op doelt. Het toevoegen van voorbeelden heeft geen toegevoegde waarde, omdat de toepassing van het begrip per geval beoordeeld zal worden.

7. Klachtafhandeling gunningsbeslissingen (artikelen 4.26g en 4.26h van de geconsulteerde wettekst)

Op grond van het geconsulteerde wetsvoorstel kunnen ondernemers een klacht indienen bij het klachtenloket over selectie- en gunningsbeslissingen. 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 geconsulteerde wetsvoorstel (artikel 4.26h) voor gunningsbeslissingen van Europese procedures de klachtenprocedure ingebouwd in de reeds bestaande standstill-termijn (opschortende termijn). Op deze manier kan een gegronde klacht van een ondernemer nog effect hebben en kan de klachtafhandeling mogelijk leiden tot een andere gunningsbeslissing. Over selectiebeslissingen kan wel geklaagd worden bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst, maar de wettelijke bepaling over de onderbreking van de standstill-termijn geldt niet voor selectiebeslissingen.

Vanuit met name aanbestedende diensten zijn ook hier zorgen geuit over misbruik door ondernemers van de klachtenprocedure voor klachten over beslissingen. Het wetsvoorstel is op dit punt aangepast om aan de zorgen hierover tegemoet te komen.

Hoofdpijnen aanpassingen artikel 4.26h
➤ Bij klachten over gunningsbeslissingen hoeft een aanbestedende diensten de standstill-termijn niet automatisch te pauzeren.

7.1 Voorkomen van misbruik opschortende termijn bij klachten over gunningsbeslissingen

Uit verschillende reacties (waaronder van verschillende gemeenten, Nevi publiek en Maasdam Broers Fischer) komt de zorg naar voren voor onnodige vertraging en misbruik bij klachten over beslissingen. Reden hiervoor is dat in het geconsulteerde wetsvoorstel een aanbesteding direct vertraging oploopt zodra er tijdig een klacht is ingediend door een ondernemer. Om aan deze zorgen tegemoet te komen, is het wetsvoorstel op dit punt aangepast. Als een ondernemer tijdig een klacht indient, hoeft de aanbestedende dienst niet in alle gevallen de standstill-termijn te pauzeren. Wanneer een ondernemer vroeg in de standstill-termijn een klacht indient en de aanbestedende dienst snel is met het nemen van een beslissing over de klacht, hoeft er zeer waarschijnlijk niet te worden gepauzeerd. Dit zal minder vaak tot vertraging leiden.

7.2 Verplichte standstill-termijn voor selectiebeslissingen + termijnen ook van toepassing (uit 4.26g en 4.26h)

In verschillende reacties (waaronder van VNO-NCW/MKB-Nederland, Brackmann, Infense, NIC Aevis Benefit) wordt de wens uitgesproken om a) een verplichte standstill-termijn te introduceren bij selectiebeslissingen en b) de voorgestelde systematiek voor klachten over gunningsbeslissingen (artikelen 4.26g en 4.26h van de geconsulteerde wettekst) ook van toepassing te laten zijn op selectiebeslissingen. In paragraaf 9.2 van dit consultatieverslag wordt toegelicht waarom er geen verplichte standstill-termijn voor selectiebeslissingen wordt toegevoegd aan het geconsulteerde wetsvoorstel. Door het ontbreken van een wettelijke standstill-termijn voor selectiebeslissingen, is het ook niet wenselijk om het toepassingsbereik van de artikelen 4.26g en 4.26h uit te breiden. Uiteraard staat het aanbestedende diensten vrij om een vrijwillige standstill-termijn bij selectiebeslissingen te hanteren en om dezelfde systematiek als in het wetsvoorstel beschreven voor gunningsbeslissingen toe te passen op selectiebeslissingen. Dit wordt echter geen wettelijke verplichting.

7.3 Termijn voor tijdig klagen bij klachten over beslissingen

Voor wat betreft de termijn voor tijdig klagen bij klachten over beslissingen wordt door het NIC opgemerkt dat voor klachten die in de tweede helft van de standstill-termijn worden ingediend, ook verplichte opschorting zou moeten gelden. Het wetsvoorstel is op dit punt niet aangepast, omdat dit tot extra vertraging in de aanbestedingsprocedure zal leiden.

Daarnaast wordt in een aantal andere reacties aangestipt dat de termijn om een klacht in te dienen te kort zou zijn voor ondernemers. Ook op dit punt wordt het wetsvoorstel niet aangepast. Van ondernemers wordt in dit wetsvoorstel een proactieve houding verwacht bij het indienen van klachten.

7.4 Gevolgen meerdere klachten/kort geding voor termijnen en opschorting

Een aantal aanbestedende diensten (waaronder de gemeente Amsterdam en de gemeente Apeldoorn) vraagt om aandacht voor de situatie waarin een aanbestedende dienst a) meerdere klachten ontvangt of b) een klacht ontvangt en tevens een dagvaarding in kort geding.

In het geval dat er meerdere klachten tijdig worden ingediend, geldt dat er ten minste 10 dagen moeten resteren van de standstill-termijn na beslissing over de laatst afgehandelde klacht.

Als het onderwerp waarover een klacht is ingediend tevens onderdeel is van een kort geding procedure, dan ligt het in de rede dat de AD de klachtenprocedure pauzeert en de uitspraak van de voorzieningenrechter afwacht. Zodra er een kort geding aanhangig is gemaakt door een ondernemer mag de aanbestedende dienst de opdracht niet definitief gunnen tot de uitspraak van de voorzieningenrechter. In die periode kunnen klachten die over een ander onderwerp gaan wel afgehandeld worden.

8. Verantwoording klachtafhandeling (artikel 4.26i van de geconsulteerde wettekst)

Over het geheel genomen, is positief gereageerd op het opnemen van een verplichting om te rapporteren over klachtafhandeling. Wel zijn er (veel) opmerkingen meegegeven over de reikwijdte van de bepaling, namelijk voor welke partijen de verplichting zou moeten gelden.

8.1 Registratie en publieke verantwoording Rijksoverheid

Een brede groep stakeholders (waaronder VNO-NCW/MKB-Nederland, IPP, Bizob, verschillende gemeenten en advocatenkantoren) heeft in de reactie op de internetconsultatie vraagtekens gezet bij het niet meenemen van de Rijksoverheid in de verplichting tot registratie en het afleggen van publieke verantwoording over klachtafhandeling. In het geconsulteerde wetsvoorstel zijn deze verplichtingen alleen de decentrale overheden opgenomen. De onderliggende motie-Palland/Aartsen roept namelijk niet op tot het introduceren van een registratie- en publieke verantwoordingplicht voor de Rijksoverheid aan de Tweede Kamer.⁵ Dit zou echter betekenen dat er onderscheid wordt gemaakt tussen verschillende soorten aanbestedende diensten met een volksvertegenwoordigend orgaan. Dit doet af aan een gelijke uitgangspositie. Het wetsvoorstel is daarom aangepast door ook een registratie- en publieke verantwoordingsverplichting voor het Rijk op te nemen.

8.2 Verbreding scope registratie- en publieke verantwoording

Verschiedende advocatenkantoren zijn van mening dat de verplichting tot registratie- en publieke verantwoording zou moeten gelden voor alle aanbestedende diensten. Niet alle aanbestedende diensten hebben echter een volksvertegenwoordigend orgaan (denk aan publiekrechtelijke instellingen en speciale-sectorbedrijven). Het ligt dus niet voor de hand om de registratie- en publieke verantwoordingsplicht ook voor die groep aanbestedende diensten voor te schrijven. Wel wordt in de memorie van toelichting benadrukt dat gezien de doelstelling van het wetsvoorstel (namelijk het leereffect en het bewerkstelligen van verdergaande professionalisering) het van belang is dat ook aanbestedende diensten die geen publieke verantwoording afleggen over de klachtafhandeling, de klachten wel registreren en hier lessen uit trekken.

8.3 Bevoegdheden van de wetgever

Zowel het IPP als twee gemeenten halen in hun reactie aan dat het niet aan de Rijksoverheid is om te bepalen wat gerapporteerd wordt aan de volksvertegenwoordigende organen. Volgens het IPP en deze gemeenten is het aan gemeenten (college van burgemeester en wethouders in samenspel met de gemeenteraad) en provincies (gedeputeerde staten in samenspel met provinciale staten) zelf om invulling te geven aan de informatieplicht. Volgens het IPP en de twee gemeenten is het

⁵ Kamerstukken II 2019/20, 34 252, nr. 16 (Motie Palland en Aartsen).

daarom nodig om lid twee van artikel 4.26i uit het wetsvoorstel te schrappen. Naar aanleiding van deze reactie heeft EZ de tekst uit artikel 4.26i, tweede lid van het wetsvoorstel en de memorie van toelichting aangepast. Na deze aanpassing is het schrappen van dit lid niet nodig.

9. Motivering van beslissingen tot afwijzing of uitsluiting (artikel 2.103)

De aanscherping van de motivering van beslissingen tot afwijzing of uitsluiting is over het algemeen positief ontvangen. Onder dit artikel valt ook de motivering van selectiebeslissingen. De reacties die zijn gegeven op dit artikel, betreffen voornamelijk op de selectiebeslissingen.

9.1 Nadere uitwerking van inhoud motivering

In de Aw 2012 en in het geconsulteerde wetsvoorstel wordt in artikel 2.103 over de beslissing tot afwijzing of uitsluiting gesproken over een motivering van de beslissing die in ieder geval de 'redenen' bevat. In artikel 2.130 over de gunningsbeslissing wordt daarentegen gesproken over een motivering die in ieder geval de 'relevante redenen' bevat. Verschillende partijen (waaronder Infense, Maasdam Broers Fischer en het IPP) hebben opgemerkt dat er onduidelijkheid bestaat over wat wordt bedoeld met de 'redenen' zoals aangehaald in artikel 2.103 van de wet. De vraag is of deze 'redenen' gelijk zijn aan de 'relevante redenen' zoals benoemd in artikel 2.130. Onder artikel 2.103 vallen ook selectiebeslissingen. In de reacties wordt opgemerkt dat voor selectiebeslissingen dezelfde systematiek zou moeten gelden als voor gunningsbeslissingen (artikel 2.130).

De opmerkingen in de consultatie leiden niet tot een aanpassing van de wettekst van artikel 2.103. De formulering volgt de tekst van de Europese richtlijnen waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen gunningsbeslissingen en beslissingen tot afwijzing of uitsluiting (waaronder selectiebeslissingen). Bij gunningsbeslissingen gaat het onder meer om criteria waarbij een aantal punten aan een ondernemer wordt toegekend, waardoor er gemotiveerd moet worden waarom de aanbestedende dienst tot de toegekende hoeveelheid punten is gekomen. Bij beslissingen tot afwijzing of uitsluiting gaat het vaak om een zwart-wit toetsing van de criteria: een ondernemer voldoet wel of niet aan de gestelde criteria of uitsluitingsgronden. Deze beslissingen hoeven dan ook geen uitgebreide motivering te bevatten. In sommige gevallen gaat het om beslissingen waarvoor een rangschikking is gemaakt van gegadigden op basis van selectiecriteria. Dan ligt het voor de hand om een uitgebreidere motivatie op te nemen. Omdat artikel 2.103 breder is dan enkel selectiebeslissingen op basis van een rangschikking, is ervoor gekozen om de terminologie uit de wet (en de richtlijn) aan te houden. Wel is in het algemeen deel van de memorie van toelichting nader uitgelegd wat onder de 'redenen' zoals benoemd in artikel 2.103 van het wetsvoorstel wordt verstaan.

9.2 Opnemen verplichte standstill-termijn voor selectiebeslissingen

Met name advocatenkantoren, maar ook het IPP en VNO-NCW/MKB-Nederland, zijn van mening dat er een verplichte standstill-termijn voor selectiebeslissingen in dit wetsvoorstel zou moeten worden opgenomen. In de reacties wordt aangegeven dat er aanbestedende diensten zijn die nu al een standstill-termijn voor selectiebeslissingen hanteren. Ook wordt aangegeven dat het feit dat het nu niet wettelijk verplicht is, zorgt voor willekeur, wat vervelend is voor ondernemers. Volgens de indieners van reacties geeft een verplichte standstill-termijn duidelijkheid: na de standstill-termijn is de beslissing definitief waardoor er tijdens de inschrijffase niet alsnog een klacht kan worden ingediend tegen de selectiebeslissing. Ook wordt in de reacties benadrukt dat deze standstill-termijn geen vertraging hoeft te betekenen van de aanbestedingsprocedure als inspiratie wordt gehaald uit de standstill-termijn zoals geregeld in het Aanbestedingsreglement Werken 2016. Hierin staat een soort bezwaartermijn voor ondernemers, waarbij ondernemers binnen de gestelde standstill-termijn een klacht indienen over de selectiebeslissing. Doen zij dat niet, dan weet een aanbestedende dienst dat deze klacht ook niet meer komt. Deze invulling van een standstill-termijn weerhoudt de aanbestedende dienst niet om al door te gaan met de inschrijffase en hiervoor uitnodigingen uit te sturen.

In de Aw 2012 bestaat de term selectiebeslissing niet en buiten artikel 2.103 wordt er in de Aw 2012 nauwelijks iets geregeld voor de selectiebeslissing. Het past dus niet in de systematiek van de wet om hiervoor een verplichte standstill-termijn te regelen. Het wetsvoorstel wordt dan ook

niet aangepast naar aanleiding van deze reacties. Aanbestedende diensten hebben de ruimte om dit zelf te regelen en uit de praktijk blijkt dat ze dit ook vaak al doen. De rechtsbescherming van ondernemers is geborgd op basis van artikel 2.130 en 2.128 van Aw 2012. Het staat ondernemers vrij om ook tegen selectiebeslissingen een klacht in te dienen bij het klachtenloket.

10. Motivering van gunningsbeslissingen (artikel 2.130)

Ook de aanscherping van de motivering van gunningsbeslissingen is over het algemeen positief ontvangen. In een aantal reacties wordt echter aangegeven dat er nog onduidelijkheid bestaat over welke scores onder de relevante redenen vallen.

10.1 Toevoegen subscores, prijs en complete rangschikking

In verschillende reacties uit de internetconsultatie (waaronder IPNN en AKD) wordt aangegeven dat nog onduidelijk is of onder de scores zoals benoemd in artikel 2.130 van het wetsvoorstel, ook subscores vallen. Tijdens het opstellen van het geconsulteerde wetsvoorstel is het uitgangspunt geweest om ook de subscores onder de benoemde scores van artikel 2.130 te laten vallen. Dit is verduidelijkt in het artikelsgewijze deel van de memorie van toelichting.

Verder werd er ook nog in enkele reacties gevraagd naar het toevoegen van prijs en de complete ranglijst aan de motiveringsplicht van artikel 2.130 van Aw 2012. Voor beide onderdelen is er bewust voor gekozen om deze niet toe te voegen aan de motiveringsplicht. Prijs wordt niet meegenomen in de motiveringsplicht, omdat dit concurrentiegevoelige informatie kan zijn en daarmee in strijd is met het niet mogen delen van bedrijfsvertrouwelijke informatie door aanbestedende diensten. De complete ranglijst is niet meegenomen in de motiveringsplicht, omdat ondernemers op basis van artikel 2.130 in de wet niet de kenmerken en relatieve voordelen van alle partijen hoeven te ontvangen. Hierdoor ontbreekt het totaalplaatje en kan er met het ontvangen van een ranglijst (onterecht) een verkeerd beeld ontstaan. Daarnaast levert het geven van deze informatie ook een grote lastenverzwaring op voor aanbestedende diensten.

10.2 Opnemen verplichte standstill-termijn voor gunningsbeslissingen van deel 1 opdrachten

Een aantal advocatenkantoren, en ook de reactie van het IPP, halen aan dat in dit wetsvoorstel ook een verplichte standstill-termijn voor gunningsbeslissingen van deel 1 opdrachten en opdrachten onder raamovereenkomst moet worden meegenomen. Het wetsvoorstel wordt op dit punt niet aangepast. Zoals ook al aangegeven in paragraaf 4.1 van dit consultatieverslag, is er voor dergelijke opdrachten weinig geregeld in de Aw 2012 (opdrachten onder raamovereenkomst zijn uitgezonderd van deel 2 van de Aw 2012). Het introduceren van een standstill-termijn bij dit soort opdrachten strookt niet met het proportionaliteitsbeginsel uit deel 1 van de wet. Voor meervoudig onderhandse opdrachten is wel een standstill-termijn geregeld in de Gids Proportionaliteit. Indien een aanbestedende dienst deze termijn niet volgt, zal de aanbestedende dienst moeten motiveren waarom de standstill-termijn niet wordt toegepast. Voor enkelvoudig onderhandse opdrachten is een standstill-termijn niet relevant, gezien enkel de ondernemer waaraan de opdracht gegund wordt betrokken is bij de aanbesteding.

11. Hoger beroep (open vraag)

Een aanbestedende dienst mag na een voor hem positieve uitspraak in kort geding overgaan tot het sluiten van een overeenkomst met de winnaar van de aanbesteding. De rechter heeft in de praktijk nauwelijks ruimte om een gesloten overeenkomst te vernietigen. Het heeft voor een verliezende ondernemer dan ook weinig nut om een bodemprocedure aanhangig te maken of in hoger beroep te gaan als de opdracht al gegund is, omdat de ondernemer in de meeste gevallen slechts nog kan procederen om een schadevergoeding. Dit zorgt ervoor dat bij ondernemers het gevoel ontstaat dat er geen effectieve tweede rechterlijke toetsing is op de gunningsbeslissing. Als oplossing voor deze disbalans is in de kamerbrief van 12 februari 2021⁶ aangekondigd om een vernietigingsgrond bij grove schendingen van het aanbestedingsrecht toe te voegen aan artikel 4.15 van de Aw 2012 om rechters meer mogelijkheden te bieden om een reeds gesloten

⁶ Kamerstukken II 2020/21, 34 252, nr. 21

overeenkomst in hoger beroep te vernietigen. Uit gesprekken met stakeholders bleek dat er ongewenste effecten zijn bij deze oplossing. Daarom is in de internetconsultatie een open vraag opgenomen om de gevolgen en eventuele alternatieve oplossingsrichtingen goed in kaart te brengen.

11.1 Reacties

In de reacties op deze open vraag in de consultatie komt het gedeelde beeld naar voren dat er op dit moment een disbalans is tussen ondernemers en aanbestedende diensten in hoger beroep van het kort geding. Maar aanbestedende diensten en advocaten (ook vanuit de vertegenwoordiging van ondernemers) zijn tevens van mening dat het toevoegen van een extra vernietigingsgrond niet de juiste oplossing is. Alleen VNO-NCW/MKB-Nederland is voorstander van het opnemen van een extra vernietigingsgrond bij grove schendingen van het aanbestedingsrecht.

Uit de reacties op dit punt uit de internetconsultatie volgt unaniem dat wanneer de wetgever er toch voor zou kiezen om een extra vernietigingsgrond toe te voegen aan de Aw 2012, de term 'grote schendingen' verder gedefinieerd moet worden. Dit om rechtsonzekerheid te voorkomen voor zowel aanbestedende diensten als de winnende ondernemer(s).

In de reacties wordt opgemerkt dat het vernietigen van het overeenkomst in hoger beroep niet automatisch leidt tot het gunnen van de opdracht aan de nummer twee uit de aanbesteding. Het vernietigen van een reeds gesloten overeenkomst leidt namelijk tot een nieuwe aanbesteding als de aanbestedende dienst nog steeds de opdracht aan een ondernemer wenst te verstrekken. Wanneer het doel is om ondernemers meer kans te geven op de opdracht (de overeenkomst gaat naar de nummer twee als wordt geconcludeerd dat nummer één onterecht de winnaar is), moet dus worden gekeken naar andere oplossingen.

11.2 Alternatieve oplossingsrichtingen

In de reacties op de internetconsultatie is ook een aantal alternatieve oplossingsrichtingen geschetst. Het meest genoemde alternatief is het zogenoemde turbo-spoedappèl in combinatie met de verplichting dat een overeenkomst niet gesloten mag worden indien een ondernemer tijdig appel heeft ingesteld. Een turbo-spoedappèl is een middel dat nu ook al gebruikt kan worden. Het houdt in dat, indien een ondernemer binnen een gestelde termijn hoger beroep instelt en om een turbo-spoedappèl verzoekt, dit hoger beroep binnen een zeer korte termijn wordt behandeld bij de rechter. Hierbij geldt echter dat de rechter het verzoek voor turbo-spoedappèl eerst moet honoreren. De voorgestelde oplossing maakt het mogelijk dat indien de ondernemer in het gelijk wordt gesteld, de opdracht mogelijk alsnog aan de nummer twee wordt gegund. Daarnaast zorgt dit niet voor veel extra vertraging voor een aanbestedende dienst, gezien een turbo-spoedappèl een korte doorlooptijd kent. In de reacties wordt bij dit alternatief vooral de oproep gedaan om het gebruik van het turbo-spoedappèl beter mogelijk te maken.

Daarnaast wordt ook als alternatief genoemd het instellen van een gespecialiseerde rechtbank voor aanbestedingsgeschillen. Als er meer specialistische kennis is bij de rechtbank in eerste aanleg van het kort geding, zouden grote schendingen vaker in kort geding eruit gehaald kunnen worden en zou een hoger beroep vaak niet nodig zijn. Bij dit alternatief werd echter wel opgemerkt dat dit niet tegemoet komt aan het gevoel van ondernemers dat er op dit moment geen effectieve tweede rechterlijke toetsing is.

Als laatste wordt het alternatief van een verplichte conclusie van antwoord genoemd. Nu is het zo dat aanbestedende diensten hun kaarten tegen de borst kunnen houden tot de zittingsdag van het kort geding. Een verplichte conclusie van antwoord dwingt aanbestedende diensten om eerder hun argumentatie kenbaar te maken waardoor de (advocaat van de) ondernemer zich hierop kan voorbereiden en het kort geding beter gevoerd kan worden. Ook dit alternatief biedt echter geen oplossing voor het gevoel bij ondernemers dat er momenteel geen effectieve tweede rechterlijke toetsing is.

11.3 Conclusie

Op basis van de reacties op de open vraag in de consultatie ligt het niet voor de hand om in het wetsvoorstel een extra vernietigingsgrond op te nemen in artikel 4.15 van de Aw 2012. De geschetste problematiek (disbalans tussen ondernemers en aanbestedende diensten in hoger beroep van het kort geding) en genoemde oplossingsrichtingen zullen meegenomen worden in het traject 'gang naar de rechter bij aanbesteden'. In dit traject (dat in nauwe samenwerking met het ministerie van Justitie en Veiligheid en de Raad voor de Rechtspraak wordt uitgevoerd) wordt de bredere problematiek in de rechtsgang bij aanbesteden bekeken en onderzocht.

12. Overige punten

12.1 Publiceren voorbeeldreglement/model klachtenregeling

In de reacties op de internetconsultatie wordt door een aantal partijen (waaronder VNO-NCW/MKB-Nederland en Nevi publiek) aandacht gevraagd voor het nog te publiceren voorbeeldreglement. De vraag van deze partijen is of het voorbeeldreglement reeds opgenomen kan worden in het voorliggende wetsvoorstel. Zoals aangegeven in het geconsulteerde wetsvoorstel zal de eerdergenoemde 'Handreiking Klachtafhandeling bij Aanbesteden' worden geactualiseerd en zal daarin een voorbeeldreglement voor klachtafhandeling worden opgenomen indien dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven.