



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Een (nieuwe) klachtenprocedure bij aanbestedingen

Hebly, J.M.

Citation

Hebly, J. M. (2021). Een (nieuwe) klachtenprocedure bij aanbestedingen. *Tijdschrift Voor Bouwrecht*, 14(4), 296-299. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3275901>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3275901>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

TBR 2021/39

Een (nieuwe) klachtenprocedure bij aanbestedingen

– Prof. mr. J.M. Hebly¹

1. Inleiding

Bij brief aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 12 februari 2021² komt de staatssecretaris van economische zaken en klimaat met een uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden. Die maatregelen stonden in de brief van de staatssecretaris aan de voorzitter van de Tweede Kamer van 12 juli 2019³ en zagen op een verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk, klachtafhandeling op lokaal niveau, hoger beroep in de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012), een heldere rol voor de Commissie van Aanbestedings-experts (hierna: CvAE), inperking van extreme toepassing van rechtsverwerkingsclausules en het verkennen van de mogelijkheden voor gebruik van de Experimentenwet rechtspleging.⁴ De brief van februari 2021 pakt deze onderwerpen op en werkt ze uit in vier hoofdstukken: de voorbereiding en uitvoering van de aanbestedingsprocedure, de afhandeling van klachten, de gang naar de rechter en verantwoording en monitoring. Doel van de brief is de rechtsbescherming bij aanbesteding aan te vullen en te verbeteren, rekening houdend met de belangen van ondernemers die rechtsbescherming willen inroepen, van aanbestedende diensten die een overeenkomst willen sluiten en van de winnende inschrijver die niet onnodig lang in onzekerheid wil verkeren. De onderwerpen zijn voorbesproken in een breed samengestelde klankbordgroep met vertegenwoordigers van aanbestedende diensten, ondernemers en experts op het gebied van aanbesteden.

2. Vier hoofdstukken

2.1 Voorbereiding en uitvoering aanbestedingsprocedure

Dit eerste hoofdstuk van de brief kondigt een vervolg aan op het programma Beter Aanbesteden teneinde tot een verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk te komen. Constructieve interactie tussen aanbestedende diensten en ondernemers kan het wij/zij-denken verminderen. Gewenst gevolg is dat klachten voorkomen en klachtafhandeling wordt verbeterd. Daarnaast kondigt dit hoofdstuk een aanpassing van de Gids Proportionaliteit aan met betrekking tot het, soms wat uit de hand gelopen, gebruik van rechtsbeschermingsclausules door aanbestedende diensten.

2.2 Klachtafhandeling

Het tweede hoofdstuk van de brief geeft een ruime voorzet voor een (nieuwe) klachtafhandelingsprocedure. Nieuw tussen haakjes, omdat er in de praktijk op basis van art. 4.27 Aw 2012 al wel een soort klachtenregeling bestaat. De voorzet van de staatssecretaris ziet echter op een klachtenregeling die in de Aw 2012 wordt vastgelegd. Ook hier is het doel van de regeling klachten te voorkomen of in onderling overleg op te lossen, zodat een gang naar de rechter kan worden voorkomen. Het wetsvoorstel dat wordt voorbereid neemt een verplichting voor alle aanbestedende diensten op tot het instellen van een onafhankelijk klachtenloket, waarbij ook minimumeisen worden gesteld aan het loket. Dat klachtenloket kan desgewenst gezamenlijk met andere aanbestedende diensten of in regionaal verband worden opgezet. De klankbordgroep heeft geen overeenstemming kunnen bereiken over de invulling van het begrip 'onafhankelijk'. Van ondernemerszijde is gepleit voor een externe voorzitter die geen (arbeids)relatie heeft met de aanbestedende dienst, terwijl de aanbestedende diensten menen dat volstaan kan worden met een medewerker van de aanbestedende dienst die niet-inhoudelijk betrokken is. Dit laatste is uiteraard eenvoudiger indien het klachtenloket een gezamenlijke operatie is van aanbestedende diensten. Een gezamen-

GASTCOLUMN

¹ Jan-Michiel Hebly is advocaat bij Benthem Grutama te Zwolle en hoogleraar Bouw- en aanbestedingsrecht aan de Universiteit Leiden.

² Kamerbrief 12 februari 2021, overheidsidentificatienr. 00000001003214369000, kenmerk CE-MC/20296664.

³ Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 13.

⁴ Waarover S.C. Brackmann en A.H. Klein Hofmeijer, 'Rechtsbescherming bij aanbestedingen: we zijn er nog lang niet', TBR 2019/133. Zie ook G.J. Huith en S.B. Groenwold, 'Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?', TBR 2019/106.



lijk klachtenloket heeft mijns inziens zonder meer de voorkeur aangezien dat de professionaliteit van de organisatie ten goede kan komen. Dat kan dan op gemeentelijk niveau, zodat ook de vele publiekrechtelijke instellingen binnen een gemeente zich daarbij aan kunnen sluiten, of in regionaal verband. Het grote voordeel van een zekere omvang van het klachtenloket lijkt mij dat de kosten geen belemmering hoeven te vormen om een professionele voorzitter aan te stellen. De bijzitters kunnen dan zo nodig 'geleverd' worden door de aanbestedende dienst op wie de klacht betrekking heeft.

Essentieel bij een wettelijke klachtenregeling is in mijn ogen een uniforme klachtenprocedure, die door alle klachtenloketten in den lande op gelijke wijze wordt gehanteerd. Het gaat dan onder meer om uniformiteit in gehanteerde termijnen, procesvoering (schriftelijke ronde(s)? bewijsvoering? mondelinge behandeling? (tussen)uitspraak? Etc.) en eventuele betrokkenheid van derden-belanghebbers. Bij een landelijk toegepaste uniforme procedure kan het leereffect van de beslissingen van de klachtloketten naar verwachting substantieel zijn. Ik zie al een website voor mij (van PIANOo?) waar deze beslissingen integraal worden gepubliceerd. De staatssecretaris overweegt de kenmerken (uitgangspunten) voor een adequate klachtafhandeling, zoals voor de procedure, voor de klacht zelf en voor het klachtenloket, op te nemen in een Handreiking klachtafhandeling bij aanbesteden. Ik mag hopen dat die handreiking een status krijgt gelijk aan die van het ARW en de Gids Proportionaliteit en dus uitdrukkelijk als richtsnoer genoemd wordt in hoofdstuk 5 van het Aanbestedingsbesluit.

De klachtafhandeling wordt volgens de voorstellen opgedeeld in klachten die zien op het design van de aanbesteding en op klachten met betrekking tot selectie- en gunningsbeslissingen. Alle klachten moeten worden ingediend bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Voordat een designklacht wordt ingediend, behoort eerst een vraag over het probleempunt te worden gesteld ter beantwoording in de Nota van Inlichtingen (NvI). Betreft het een klacht over een selectie- of gunningsbeslissing dan gaat het voorstel er vanuit dat de ondernemer eerst contact opneemt met de contactpersoon van de aanbestedende dienst voor het vragen van een toelichting. Klagen moet zo snel mogelijk, zodat de klacht voor de uiterlijke inschrijfdatum kan worden afgehandeld. Bij designklachten moet de ondernemer zich dus direct na ontvangst van de Nota van Inlichtingen wenden tot het klachtenloket als zijn probleempunt in de NvI niet is opgelost. Voor klachten over een selectie- of gunningsbeslissing geldt hetzelfde als de ontvangen toelichting onbevredigend is. Vervolgens geldt een opschortende werking van de klacht voor de aanbestedingsprocedure indien de tijdig ingediende klacht door het klachtenloket van de aanbestedende dienst niet voor de uiterlijke inschrijfdatum kan worden afgehandeld. De aanbestedende dienst dient dan het moment van inschrijving in de tijd te verschuiven, zodanig dat de ondernemer voldoende gelegenheid heeft om de uitkomst van de klachtafhandeling mee te nemen in zijn inschrijving. Mij lijkt dat voor de minimale lengte van die (resterende) termijn het

bepaalde in art. 2.54 Aw 2012 van overeenkomstige toepassing behoort te zijn.⁵

Deze hiervoor beschreven regeling geldt op gelijke wijze voor klachten bij het klachtenloket over selectie- en gunningsbeslissingen, met dien verstande dat de opschorting bij klachtafhandeling van gunningsbeslissingen wordt beschouwd als opschorting van de wettelijke standstill-termijn van 20 dagen. Het wetsvoorstel zal aangeven wat na klachtafhandeling de minimale lengte van de resterende standstill-termijn is.

De CvAE krijgt bij de klachtafhandeling van designklachten de positie van beroepsinstantie. Zodra de CvAE de klacht in behandeling neemt, wordt de aanbestedingsprocedure met 14 dagen opgeschort. De CvAE krijgt 2 dagen de tijd om te beslissen of ze de klacht in behandeling neemt (toetsing op ontvankelijkheid en effectiviteit van de klacht). Ik lees het voorstel aldus dat - als de klacht in behandeling wordt genomen - de opschorting vervolgens ingaat na deze termijn van twee dagen. Na verloop van de opschortingstermijn van 14 dagen mag de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure voortzetten. Uitgangspunt van de regeling is derhalve dat de CvAE uiterlijk aan het einde van de opschortingstermijn beslist op het beroep, zodat de aanbestedende dienst het advies van de CvAE kan meenemen bij het vervolg van de procedure. Het advies van de CvAE is niet bindend, maar de aanbestedende dienst dient een afwijking wel te motiveren volgens het 'pas toe of leg uit'-beginsel.⁶ De aanbestedende dienst is overigens om dwingende redenen van algemeen belang gerechtigd de opschortingstermijn van 14 dagen te negeren, maar zij dient dit dan wel goed te kunnen motiveren zodat een ondernemer daartegen desgewenst bezwaar kan maken.⁷

Over een beroepsprocedure bij de afhandeling van klachten over selectie- en gunningsbeslissingen is de staatssecretaris terughoudend. Aangegeven wordt dat vooraleerst een pilot wordt gestart op het niveau van de klachtloketten, waarbij een expert wordt ingezet bijvoorbeeld van de CvAE. De expertise en onafhankelijke positie van de expert kan dan bijdragen aan de kwaliteit en het draagvlak van de klachtafhandeling door het klachtenloket. Er vanuit gaande dat met 'een expert van de CvAE' wordt bedoeld een lid van de Commissie van Aanbestedingsexperts - en niet een persoon die zich destijds als (toegevoegd) expert bij de CvAE heeft aangemeld - leidt deze inzet wel tot een aanzienlijke

taakverzwaring van de leden van de CvAE. De in de brief van de staatssecretaris aangekondigde extra capaciteit en aanpassing van de werkwijze van de CvAE zijn dan wel bestaansvoorwaarden.

2.3 Gang naar de rechter

Het derde hoofdstuk. Vele ondernemers ervaren een informatieachterstand als ze naar de rechter willen. Ze begrijpen niet waarom ze de opdracht niet gegund hebben gekregen en de motivering van de selectie- of gunningsbeslissing geeft die duidelijkheid ook vaak niet.⁸ De staatssecretaris onderkent dat aanbestedende diensten te vaak (te) summier motiveren en kondigt om die reden aan in het wetsvoorstel de reeds bestaande motiveringsplicht aan te scherpen. Die aanscherping beoogt een beter gemotiveerde beslissing die de ondernemer meer inzicht geeft waarom hij niet heeft gewonnen. De aanscherping geldt zowel voor selectie- als gunningsbeslissingen. Doel van deze exercitie is dat klachten en de gang naar de rechter zoveel mogelijk worden voorkomen.

Ook aan de kort geding-procedure in aanbestedingszaken kan nog wel wat worden verbeterd. In de klankbordgroep is in dat verband gesproken over de schriftelijke uitwisseling van stukken voorafgaande aan de zitting bij de voorzieningenrechter. In de praktijk gebeurt dat al frequent, bijvoorbeeld door indiening van een conclusie van antwoord door de aanbestedende dienst. De staatssecretaris kondigt aan in overleg te gaan met het ministerie van justitie en veiligheid om de mogelijkheden te bezien. Ook wordt gedacht aan een expertmeeting.

Een belangrijk pijnpunt bij de procedure voor de rechter is de feitelijke onmogelijkheid van hoger beroep voor de ondernemer die in eerste aanleg zijn kort geding heeft verloren.⁹ De Hoge Raad heeft in het *Xafax*-arrest¹⁰ de gronden voor een succesvol hoger beroep aanzienlijk beperkt. Voor deze gevallen denkt de staatssecretaris aan uitbreiding van de mogelijkheden voor vernietiging van een reeds gesloten overeenkomst door een vierde vernietigingsgrond toe te voegen aan art. 4.15 Aw 2012. Zij wil die mogelijkheid dan wel beperken tot grove schendingen van het aanbestedingsrecht, omdat vernietiging van een gesloten overeenkomst niet wenselijk is als het maatschappelijk belang van tijdige gunning en uitvoering van de opdracht en de rechtszekerheid van de winnaar in het geding komen. In hoeverre die beperking tot 'groeve schending' nodig is om dat maatschappelijk belang te verzekeren, is

5 Art. 2.54 lid 1 Aw 2012: '... uiterlijk 10 dagen voor de uiterste datum voor het indienen van de inschrijvingen ...'

6 Vergelijk de artikelen 1.10 lid 4, 1.13 lid 4, 1.14 lid 4, 1.16 lid 4 en 1.22 lid 2 Aw 2012.

7 Overeenkomstig het principe dat ook aan bijvoorbeeld de artikelen 1.5, leden 2 en 3, en 2.114 lid 4 Aw 2012 ten grondslag ligt.

8 Waarover J.F. van Nouhuys, 'Een lacune in de rechtsbescherming ...', *TA* 2020/2, p.14 e.v. en van dezelfde auteur, 'Lichtpuntjes van rechtsbescherming', *TA* 2020/6, p.18 e.v.

9 Waarover R.G.T. Bleeker, 'Alleen de aanbesteder mag appelleren', *TBR* 2018/57 en H.D. van Romburgh, 'De rechtstatelijkheid in de knel?', *TBR* 2019/123.

10 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.

de vraag, Art. 4.18 Aw 2012 biedt immers reeds de mogelijkheid een overeenkomst niet te vernietigen indien dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) kan dan de aanbestedende dienst een bestuurlijke boete opleggen.¹¹ In het 'maatschappelijk belang' is dus in de bestaande wet al voldoende voorzien. De voorgestelde vierde vernietigingsgrond is beter dan niets, maar de ondernemer die in eerste aanleg ongelijk heeft gekregen heeft met name behoefte aan de in het procesrecht gebruikelijke algemene herzieningsmogelijkheid in hoger beroep. Een minder zware norm dan 'grove schending' zou dan een beoordeling mogelijk maken die de gebruikelijke herzieningsmogelijkheid beter benadert. De introductie van een verplicht voorgeschreven spoedprocedure in hoger beroep van deze specifieke aanbestedingsrechtelijke kort geding-uitspraken zou de vertraging in de aanbestedingsprocedure beperkt kunnen houden en aldus rekening houden met de behoefte aan rechtszekerheid voor de winnende inschrijver.

2.4 Verantwoording en monitoring

Het laatste hoofdstuk van de brief van de staatssecretaris introduceert een nulmeting en jaarlijkse monitoring van de klachtafhandeling alsmede een

jaarlijkse verantwoording door aanbestedende diensten aan volksvertegenwoordigende organen.¹² De eisen die aan die rapportage worden gesteld, komen in het wetsvoorstel. Ook wordt een vervolg-evaluatie aangekondigd van het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden, waarbij met name zal worden gelet op het effect van de opschortende klachttermijnen op de duur van de aanbestedingsprocedure.

3. Tot slot

De brief van de staatssecretaris is een stap in de goede richting. De brief toont aan dat serieus omgegaan wordt met signalen uit de praktijk. Een algemene klachtprocedure, zoals voorgesteld, kan een verlichting betekenen van de druk op de rechterlijke macht in aanbestedingszaken. Daarvoor is dan wel vereist dat de aanbestedende diensten de uitkomsten van de klachtprocedures daadwerkelijk ter harte nemen. De ervaring met het huidige stelsel van klachtafhandeling is niet erg bemoedigend.¹³ Mocht ook in de nieuwe opzet de klachtafhandeling een tandeloze tijger blijken/blijven, dan rest eigenlijk niet veel anders meer dan een nationale aanbestedingsautoriteit die de klachtenprocedure handen en voeten geeft en die zo nodig ook zelfstandig bevoegd is in rechte op te treden in aanbestedingszaken.¹⁴

¹¹ Art. 4.21 Aw 2012. Zie de regeling van afdeling 4.3.2 Aw 2012.

¹² Zie hierover ook Overwegingen 121 en 122 en artikel 83 Aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU.

¹³ Vergelijk J.M. Hebly, 'Ruimte voor klachten in aanbestedingszaken', TBR 2017/120.

¹⁴ Zie J.M. Hebly en B. Pellegrom, *De ACM in het aanbestedingsrecht: toezicht naast boete?* in: C. Breedveld-de Voogd e.a. (red), *Sluistertijd, reflecties op het werk van Jaap Hijma* (Hijma-bundel), Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 373 e.v.