

## **Reactie van het bestuur van de NVvA - consultatie Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden**

Het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA) heeft kennisgenomen van het op 14 juli 2023 gepubliceerde Wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden. Omdat de publicatie in de zomer viel en de reactietermijn op eind september 2023 is gesteld, heeft het bestuur geen kans gezien haar leden te raadplegen en gestructureerd feedback op te halen. Omdat het onderwerp voor alle leden van de NVvA wel relevant is, heeft het bestuur van de NVvA het op zich genomen het wetsvoorstel op een aantal hoofdlijnen te becommentariëren. Het bestuur van de NVvA tekent daarbij aan dat dit commentaar niet met de leden is afgestemd en - om zo veel mogelijk representatief te zijn - een genuanceerde reflectie beoogt te geven op een aantal hoofdthema's, die recht doet aan een goede samenwerking tussen overheid en markt.

### **I. Aanscherping motiveringseisen**

Het wetsvoorstel voorziet in een wijziging van twee artikelen in de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012) die een motiveringsverplichting bevatten voor de aanbestedende dienst bij afwijzings-, uitsluitings-, respectievelijk gunningsbeslissingen. In paragraaf 3.6 van de memorie van toelichting wordt geconstateerd dat het voor ondernemers soms onduidelijk is waarom zij niet zijn geselecteerd of een opdracht niet gegund hebben gekregen, omdat de motivering van de beslissing tot afwijzing of uitsluiting (waaronder de selectiebeslissing) of gunningsbeslissing onvoldoende informatie bevat. Het wetsvoorstel voorziet daarom in de wijziging van de leden 2 en 3 van artikel 2.103 en lid 2 van artikel 2.130 Aw 2012.

Het bestuur van de NVvA stelt allereerst vast dat wijziging van de huidige leden 2 en 3 van artikel 2.103 Aw 2012 een goede en begrijpelijke keus is. Als aanbestedende diensten volstaan met een vrijwel 'lege' afwijzings- of uitsluitingsbeslissing en pas motiveren als daartoe wordt verzocht, dan staat dat op gespannen voet met het transparantiebeginsel, en dat komt een goede samenwerking niet ten goede. Daarnaast leidt de opgenomen termijn van 15 dagen in het huidige artikel 2.103 lid 2 Aw 2012 tot vertraging in het gehele aanbestedingsproces.

Met het wetsvoorstel ontstaat de verplichting het besluit direct te motiveren bij het betreffende afwijzingsbesluit. Het bestuur van de NVvA acht het een gemiste kans dat de wetgever deze wijziging niet heeft aangegrepen om ook ten aanzien van deze besluiten verder te expliciteren wat onder 'redenen voor afwijzing' kan worden begrepen en welke informatie tenminste in de motivering dient te worden opgenomen. In paragraaf 3.6 van de Memorie van Toelichting wordt gesteld dat een afgewezen gegadigde of inschrijver standaard bij de mededeling als bedoeld in artikel 2.103, eerste lid, in kennis moet worden gesteld van de redenen van de afwijzing van zijn verzoek tot deelneming of inschrijving. Dit moet zodanig gebeuren dat een ondernemer kan beoordelen of het indienen van een klacht of het aanhangig maken van een procedure tegen zijn afwijzing zinvol is. De tekst van het wetsvoorstel lijkt zich daarbij evenwel te beperken tot redenen die het verzoek om deelneming of de inschrijving van de afgewezen gegadigde of inschrijver zelf betreffen. Bij selectiebeslissingen waarbij selectie plaatsvindt op basis van selectiecriteria en aan de hand van een ranking, heeft de afgewezen gegadigde echter ook belang bij informatie over de kenmerken en voordelen van de geselecteerde gegadigden. Het wetsvoorstel voorziet hier niet in.

Het bestuur van de NVvA acht het voorts jammer dat de wetgever niet de keus heeft gemaakt om ten aanzien van de selectie- en afwijzingsbeslissingen ook een vaste opschortende termijn op te nemen waarbinnen een afgewezen of uitgesloten gegadigde gemotiveerd bezwaar moet kunnen maken tegen de afwijzingsbeslissing, zoals dit in de ARW 2016 wel het geval is. Dit komt de rechtszekerheid

en de procedurele uniformiteit ten goede. Door een opschortende termijn bij afwijzings- of uitsluitingsbeslissingen een wettelijke basis te geven, wordt bovendien aangesloten bij een al staande praktijk. Het is onduidelijk waarom er in dit geval niet voor wordt gekozen om de motiveringsverplichting consistent door te trekken naar deze categorie keuzes in het aanbestedingsproces.

Met de wijziging van lid 2 van artikel 2.130 Aw 2012 beoogt de wetgever een aanscherping te geven van de al bestaande motiveringsplicht bij gunningsbeslissingen met als doel een beter gemotiveerde gunningsbeslissing te krijgen. De wetgever maakt daarbij onderscheid tussen de gunningsbeslissing zelf (sub a) en de gunningsbeslissing die tevens een mededeling aan een afgewezen inschrijver is (sub b). Met dit onderscheid wordt bewerkstelligd dat een gunningsbeslissing die alleen naar de winnende inschrijver gaat, minder informatie behoeft te bevatten. Het bestuur van de NVvA meent dat hiermee impliciet een rechtsongelijkheid wordt gecreëerd, die zich met name zal openbaren als afgewezen inschrijvers een procedure aanhangig maken tegen het gunningsvoornemen en de winnende inschrijver genoodzaakt is te interveniëren.

Het bestuur van de NVvA geeft daarom in overweging om in de voorgestelde wettekst een uitbreiding van de vereisten voor een motivering van de gunningsbeslissing op te nemen. De winnaar van de aanbestedingsprocedure zou inzicht moeten kunnen krijgen in de scores, relatieve voordelen en kenmerken van de lager geëindigde inschrijvingen, in het bijzonder indien een lager geëindigde inschrijver op een bepaald onderdeel hoger heeft gescoord dan de uiteindelijk winnende inschrijver. Op deze manier wordt het voor de winnaar van de aanbestedingsprocedure mogelijk om zich gemotiveerd te verweren tegen eventuele klachten en in juridische procedures van verliezende inschrijvers.

Voorts is het uitgaande van het huidige wetsvoorstel, onduidelijk of de aanbestedende dienst verplicht is om (i) de prijs van de winnende inschrijver, (ii) een rangschikking van de beoordeelde inschrijvingen en (iii) een duidelijke motivering voor het verschil in score tussen de inschrijvingen te verstrekken. Om de gewenste aanscherping van de motiveringseisen in het voorgestelde art. 2.130 Aw 2012 te verwezenlijken, geeft het bestuur van de NVvA in overweging om in de voorgestelde wettekst een nog concretere specificering van de vereisten voor een motivering op te nemen. Een duidelijke, gespecificeerde motivering door de aanbestedende dienst is zowel in het belang van de aanbestedende dienst als inschrijvers en maakt de kans op klachten en juridische procedures kleiner.

## **II. Werkwijze CvAE**

Een belangrijk onderdeel van het voorstel tot wijziging van de Aw 2012 is de versterking van de Commissie van Aanbestedingsexperts ('CvAE') (zie, bijvoorbeeld, Memorie van Toelichting p. 24 en p. 43). Uit het wetsvoorstel blijkt echter niet aan welke waarborgen de klachtbehandeling door de CvAE moet voldoen. Indien de wetgever een sterke CvAE wenst te positioneren in het stelsel van rechtsbescherming, dan is cruciaal dat die waarborgen in de wet worden verankerd.

De procedurele waarborgen die gelden voor de klachtbehandeling en de status van de adviezen van de CvAE hangen met elkaar samen. De CvAE is geen bindend adviseur en verstrekt dan ook niet-bindende adviezen. Alleen een rechter (of arbiter) mag ingrijpen in de aanbestedingsrechtelijke rechtsverhouding, terwijl de CvAE die bevoegdheid niet heeft. In de tekst van het wetsvoorstel komt daarom tot uiting dat aanbestedende diensten gemotiveerd mogen afwijken van de adviezen van de CvAE. In de Memorie van Toelichting ('MvT', p. 25) is de eerdere parlementaire geschiedenis herhaald, waarin was opgenomen dat aanbestedende diensten de adviezen van de CvAE behoren op te volgen, tenzij zij zwaarwegende argumenten hebben om daarvan af te wijken. In dat geval moet de aanbestedende dienst dit zorgvuldig en grondig motiveren. Het is niet duidelijk of deze verzwaarde motiveringsplicht betekenis heeft voor de status van de adviezen van de CvAE. Als de bedoeling is dat

rechters zijn gebonden aan een advies van de CvAE, tenzij aanbestedende diensten zwaarwegende argumenten aandragen, is dat een uitkomst die niet strookt met de status van de adviezen van de CvAE. Zoals opgemerkt in andere reacties, komen de wettekst en de tekst van de MvT op dit punt bovendien niet overeen. Dat de wettekst en MvT uiteenlopen is niet verwonderlijk: de status van de adviezen van de CvAE is niet geheel duidelijk en wordt in het wetsvoorstel ook niet verder verduidelijkt.

De CvAE mag niet ingrijpen in de aanbestedingsrechtelijke rechtsverhouding, omdat de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht niet volledig op haar procedure van toepassing zijn. Een rechter die overweegt in te grijpen in een rechtsverhouding, zal een advies van de CvAE daarom als een stuk moeten beschouwen waaraan gezichtspunten kunnen worden ontleend, maar waaraan partijen niet zijn gebonden. De rechter zal alle feiten en omstandigheden zelf (opnieuw) wegen binnen een procedure waarop de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht wel van toepassing zijn.

Het is niet duidelijk hoe de 'comply or explain'-verplichting, zoals hiervoor beschreven en dan met name de verzwaarde variant uit de MvT, zich verhoudt tot het niet-bindende karakter van het advies van de CvAE. Die onduidelijkheid wordt vergroot door het wetsvoorstel, omdat de verplichte opschorting van aanbestedingsprocedures de rol van de CvAE verzwakt. De status van het advies is formeel niet veranderd, maar in de praktijk zal ongetwijfeld meer gewicht worden toegekend aan het advies op grond van de omstandigheid dat de aanbestedingsprocedure in afwachting ervan moet worden opgeschort.

De wetgever heeft de rol van de CvAE versterkt, maar de status van haar advies gelijk gelaten. De aanbestedingsrechtelijke praktijk zou zijn gebaat bij een heldere keuze: óf de status van de adviezen wordt gewijzigd omdat zij zijn opgesteld door de CvAE aan de hand van een procedure die voldoet aan de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht, óf de status van adviezen blijft gelijk, omdat de procedure van de CvAE nog steeds niet volledig voldoet aan de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht.

Ter illustratie, stel dat de CvAE na 14 dagen de argumenten van de aanbestedende dienst in haar advies ongemotiveerd passeert en de klacht gegrond verklaart, kan de aanbestedende dienst dan enkel op grond van zwaarwegende argumenten afwijken van het advies? Dat lijkt niet wenselijk.

In het huidige en in het toekomstige stelsel bestaat onvoldoende aandacht voor de procedure van de CvAE en lijkt de wetgever te veronderstellen dat de adviezen niet alleen inhoudelijk, maar ook procedureel hoogstaand zijn. De inhoudelijke kwaliteit van de adviezen van de CvAE is geen punt van zorg van het bestuur van de NVvA. Dat de procedure van de CvAE niet volledig voldoet aan de fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht staat evenwel vast. Dat het wetsvoorstel geen bepalingen bevat over de waarborgen van de procedure bij de CvAE ziet het bestuur als een lacune.

Voor zover de procedure bij de CvAE wordt beschreven in de voorgestelde wetswijziging, lijkt de wetgever zich te concentreren op termijnen en enkele formele vereisten. De tekstvoorstellen bevatten geen sancties, waardoor op punten onduidelijk is wat de gevolgen zijn van het schenden van de termijnen of het niet voldoen aan de formele vereisten. Een voorbeeld: de CvAE neemt een klacht alleen in behandeling als de indiener van de klacht de beschikbare informatie verschaft die van belang is voor de beoordeling van de klacht. Betekent dit dat de CvAE de behandeling alsnog moet staken op het moment dat de aanbestedende dienst beschikbare informatie verschaft die van belang is voor de beoordeling van de klacht, maar niet is verstrekt door de indiener? Kan de CvAE indiener verzoeken het dossier aan te vullen, of leidt ieder gebrek ertoe dat de klacht niet kan worden behandeld, zoals de wettekst suggereert?

Tot slot behoeven enkele gebruikte begrippen verduidelijking. Het bestuur van de NVvA wijst in het bijzonder op het begrip ‘kennelijk ongegrond’. De MvT verschaft op dat punt geen helderheid (p. 44), wat artikel 4.27a lid 2 sub c vermoedelijk tot een holle letter maakt.

### III. Opschorten van de aanbestedingsprocedure hangende klachtafhandeling

Een van de uitkomsten van het onderzoek van KWINK groep in 2019 was dat uitspraken in klachtenprocedures van aanbestedende diensten veelal te laat komen om nog van betekenis te kunnen zijn in de lopende aanbestedingsprocedures, mede doordat bedoelde klachten de lopende aanbestedingsprocedure niet opschorten. In dit verband is gekeken naar maatregelen die aanbestedende diensten kunnen stimuleren om voldoende tijd en ruimte te nemen voor serieuze klachtbehandeling, zodat er vóór het moment van inschrijving of gunning een advies van het klachtenloket of de Commissie van Aanbestedingsexperts ligt over de ingediende klacht. Hierbij werd ook gekeken naar eventuele (verplichte) opschorting.

In art. 4.26e van het wetsvoorstel is voor klachten over de inrichting van de procedure voorzien in de mogelijkheid om de uiterlijke termijn voor aanmelding of inschrijving te verlengen, zodat te allen tijde minimaal vijf dagen resteren tot de uiterste datum waarop een klacht moet zijn ontvangen door de CvAE. De aanbestedende dienst heeft op grond van het wetsvoorstel aldus zelf invloed op de duur van de verlenging: handelt de aanbestedende dienst de klacht snel af, dan is geen of slechts een zeer korte verlenging nodig.

Ingevolge art. 4.26h van het wetsvoorstel geldt eveneens een opschortende werking bij klachten over de selectie- en gunningsbeslissingen. Hierbij wordt de opschortende termijn onderbroken, indien voor het verstrijken van de eerste termijn een klacht tegen de gunningsbeslissing is ingediend. Op deze manier kan een gegronde klacht van een ondernemer nog effect hebben op de aanbesteding en kan de klachtafhandeling leiden tot een andere gunningsbeslissing. Indien een ondernemer niet tijdig een klacht indient over een gunningsbeslissing (conform de termijn uit het voorgestelde artikel 4.26h), rust op de aanbestedende dienst nog steeds de verplichting om de klacht af te handelen, maar geschiedt de onderbreking van de standstill-termijn niet van rechtswege. De aanbestedende dienst beslist in dat geval zelf over het al dan niet onderbreken van de standstill-termijn. Het bestuur van de NVvA geeft hierover twee punten in overweging. Allereerst zou kunnen worden overwogen dat alleen indien een aanbestedende dienst voor het (deugdelijk gemotiveerd) afhandelen van een klacht meer dan (bijvoorbeeld) drie werkdagen nodig heeft, een opschortende werking geldt. Dit voorkomt dat ondernemers oneigenlijk gebruik maken van de klachtmogelijkheid en een spoedige afronding van de aanbestedingsprocedure in het gedrang komt. Daarnaast is onduidelijk waarom alleen een opschortende werking zou moeten gelden als een klacht voor het verstrijken van de eerste helft is ingediend. In de praktijk zullen ondernemers juist die eerste termijn nodig hebben om de ‘balans op te maken’ en zorgvuldig een klacht te formuleren. In de Memorie van Toelichting is hierover als volgt opgenomen: *“De onderbreking van de opschortende termijn geldt alleen voor klachten ingediend voor het verstrijken van de eerste helft van de wettelijke opschortende termijn. Bij de keuze voor de eerste helft van die opschortende termijn zijn de belangen afgewogen tussen enerzijds de benodigde tijd om kennis te kunnen nemen van de gunningbeslissing en om zorgvuldig een klacht te kunnen formuleren en anderzijds het belang van de winnende inschrijver en van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf van een spoedige afronding van de procedure.”*<sup>1</sup>

Onduidelijk is waarom (meer) tegemoet zou worden gekomen aan de belangen van een aanbestedende dienst of winnende inschrijver bij een spoedige afronding van de procedure, als alleen opschortende werking zou gelden voor klachten die in de eerste helft van de opschortende termijn zijn ingediend. Immers, als een klacht in de tweede helft is ingediend, betekent dat niet per definitie

---

<sup>1</sup> Memorie van Toelichting, p. 42

dat sprake is van een minder spoedige afronding van de procedure. De aanbestedende dienst heeft zelf invloed op de duur van de klachtafhandeling. Hier staat tegenover dat ondernemers juist in de tweede helft van de opschortende termijn belang kunnen hebben bij opschortende werking, gelet op de korte tijd die dan nog resteert om eventuele andere (rechts)maatregelen te kunnen treffen.

#### IV. Minimale (verval)termijnen voor indienen ontwerpklachten bij klachtenloket

Om aanspraak te kunnen maken op een verlenging van de aanmeldings- of inschrijvingstermijn is wel vereist dat de ondernemer tijdig klaagt. Uit de Memorie van Toelichting volgt dat: ook indien een ondernemer niet tijdig klaagt, dient de aanbestedende dienst de klacht nog steeds af te handelen. In die situatie zal alleen geen sprake zijn van een verlenging van de aanmeldings- of inschrijvingstermijn. Anders gezegd: de uiterlijke termijnen waarbinnen een klacht van een ondernemer door de aanbestedende dienst moet zijn ontvangen, lijken geen vervaltermijnen. Het wetsvoorstel behoeft op dit punt echter verduidelijking. Wat zijn de consequenties van het niet tijdig indienen van een klacht bij het klachtenloket voor het daarna nog kunnen indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts als de ondernemer het niet eens is met de uitkomst van het klachtenloket? In de Memorie van Toelichting is terug te lezen: *“Indien een ondernemer het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling of de klacht is niet tijdig afgehandeld door het klachtenloket, kan de ondernemer naar de Commissie van Aanbestedingsexperts”*.<sup>2</sup> Is het voor het kunnen indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts nog relevant of de oorzaak van het niet tijdig afhandelen door het klachtenloket is gelegen in het niet tijdig indienen van de klacht door de ondernemer?

In art. 4.26d van het wetsvoorstel zijn verder minimumtermijnen opgenomen die een aanbestedende dienst aan ondernemers zou moeten verstrekken voor het indienen van een klacht. Hoewel het minimumtermijnen betreffen en te allen tijde naar de aard en omvang van de opdracht zou moeten worden gekeken, worden de minimumtermijnen als (erg) kort ervaren. Uitgaande van de gemiddelde termijnen die - zeker bij de meer omvangrijke aanbestedingsprocedures - worden aangehouden, lopen de minimumtermijnen naar verwachting zelfs in tijd nog eerder af dan de termijn waarbinnen doorgaans de laatste nota van inlichtingen wordt verstrekt. Hoewel het minimumtermijnen betreffen, bestaat het risico dat de termijnen in de praktijk als standaard termijnen zullen worden aangehouden. Dit zou de rechtsbescherming van ondernemers verslechteren. Zeker gelet op het feit dat een ondernemer bij het indienen van een klacht buiten deze termijnen: i. geen aanspraak kan maken op verlenging van de aanmeld- of inschrijvingstermijn en ii. het potentiële risico dat een bij het klachtenloket niet tijdig ingediende klacht vervolgens (ook) niet meer bij de Commissie van Aanbestedingsexperts kan worden ingediend, zou moeten worden uitgegaan van meer reële (langere) minimumtermijnen.

Ingevolge het wetsvoorstel zijn de bepalingen ten aanzien van klachten over inrichting van de procedure en klachten over selectie- en gunningsbeslissingen niet van toepassing op een opdracht waarop uitsluitend Deel 1 van toepassing is of een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging of een procedure waarbij toepassing wordt gegeven aan art. 2.74 of art. 3.60c Aw 2012. Onder meer de (minimum)termijnen bij en de (verruimde mogelijkheid tot) opschortende werking van de aanbestedingsprocedure hangende klachtafhandeling, gelden daarmee niet voor nationale en (meervoudig) onderhandse aanbestedingsprocedures. Een motivering hiervoor ontbreekt, terwijl een van de aandachtspunten uit het KWINK-rapport<sup>3</sup> nu juist was:

*“De kaders voor rechtsbescherming boven en onder de Europese drempel verschillen (in juridische zin) wezenlijk van elkaar. Het is opvallend dat bij de percepties over ervaren signalen en problemen veelal*

---

<sup>2</sup> Memorie van Toelichting, p. 13

<sup>3</sup> Rapport KWINK-groep, ‘Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk’, p. 20

*geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende typen procedures. Dat is opvallend omdat de Rechtsbeschermingsrichtlijn voor Europese aanbestedingsprocedures een verdergaande bescherming biedt aan inschrijvers dan in geval van nationale aanbestedingen”.*

Alles overziend is de keuze om alsnog onderscheid te maken in type aanbesteding, zonder motivering niet goed te begrijpen. Het zou de rechtsbescherming meer in balans en bovendien in lijn met Europeesrechtelijke regelgeving brengen, indien ook voor nationale en (meervoudig) onderhandse aanbestedingen een vergelijkbare regeling zou gelden.

## **V. Klachten na een selectiebeslissing of gunningsbeslissing**

Het wetsvoorstel voorziet (naast zogeheten ontwerpklachten) in de mogelijkheid klachten in te dienen na bekendmaking van een selectiebeslissing, respectievelijk gunningsbeslissing. Het bestuur van de NVvA ziet hier kansen voor een effectiever omgang met klachten over selectiebeslissingen en gunningsbeslissingen dan een sterk geformaliseerd en naar de aard der zaak conflictueus kort geding.

Met name wanneer de klachtbehandeling tot een open uitwisseling van informatie leidt, kunnen enerzijds mogelijke mislagen eenvoudig worden hersteld en kan anderzijds meer begrip ontstaan voor een selectiebeslissing, respectievelijk gunningsbeslissing. In dit verband ziet het bestuur van de NVvA raakvlakken met de beoogde maatregel ten aanzien van de motivering van beslissingen. Naar mate een dergelijke beslissing beter begrijpelijk en beter toetsbaar is en voor gegadigden en inschrijvers, zal de prikkel om die beslissingen aan te vechten naar verwachting afnemen.

Het bestuur van de NVvA betwijfelt niettemin of een termijn van tien kalenderdagen realistisch is om dergelijke klachten in te dienen. Na ontvangst van een ongunstige beslissing hebben gegadigden en inschrijvers in de regel enige tijd nodig om die teleurstelling te verwerken en vervolgens (extern) advies in te winnen in hoeverre de beslissing met succes ter discussie kan worden gesteld. Indien daarbij ook nog een deugdelijk onderbouwde klacht moet worden opgesteld, kan een termijn van 10 kalenderdagen al snel te kort blijken, waarna gegadigden en inschrijvers geen andere optie rest dan de beslissing aan de voorzieningenrechter voor te leggen. Een systematiek waarbij een termijn van 20 kalenderdagen ter beschikking staat voor het indienen van een klacht en ingeval is geklaagd aansluitend een termijn van bijvoorbeeld 10 kalenderdagen om een voorlopige voorziening te vorderen, zal vermoedelijk tot een groter gebruik van deze klachtmogelijkheid leiden (en bij een deugdelijke klachtbehandeling tot een evenredige afname van het aantal kort gedingen). Doordat een kort gedingdagvaarding in voorkomende geval naar verwachting kan voortbouwen op een voorafgaande klacht, leidt een dergelijke aanpassing niet tot substantieel langere doorlooptijden van aanbestedingen, terwijl tegelijkertijd een laagdrempelige klachtprocedure meer kans van slagen krijgt. Ingeval een gegadigde of inschrijver besluit geen klacht in te dienen, maar direct een voorlopige voorziening te vorderen, kan een standstill-termijn van 20 kalenderdagen worden gehandhaafd, nu die termijn in de praktijk goed bruikbaar is gebleken.

## **VI. Inperken van extreme rechtsverwerkingsclausules**

In de Kamerbrief d.d. 12 februari 2021<sup>4</sup> is als één van de aangekondigde maatregelen ter verdere verbetering van de aanbestedingspraktijk het inperken van extreme (disproportionele) rechtsverwerkingsclausules opgenomen. Op grond van dergelijke clausules verwerken inschrijvers het recht te klagen over of te ageren tegen onregelmatigheden in een aanbestedingsprocedure, wanneer zij daarover niet tijdig (vóór inschrijving) hebben geklaagd bij de aanbestedende dienst.

---

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2020-2021, 34 252, nr. 21.

In de basis borgt dergelijke rechtsverwerking een goede balans tussen enerzijds het belang van een gegadigde om bezwaren tegen een aanbestedingsprocedure te kunnen uiten en anderzijds het belang van aanbestedende diensten en overige gegadigden om eventuele onregelmatigheden zodanig tijdig te kunnen mitigeren, dat een aanbesteding zonder noemenswaardige vertraging of hogere kosten doorgang kan vinden. Deze balans kan niettemin verstoord raken, wanneer rechtsverwerkingsclausules disproportioneel hoge drempels opwerpen en de toegang tot de rechter onnodig beperken.

In het wetsvoorstel zijn geen nadere regels opgenomen ter inperking van disproportionele rechtsverwerkingsclausules. In plaats daarvan is gekozen voor een aanpassing van de Gids Proportionaliteit, welke aanpassing op 1 januari 2022 in werking trad.<sup>5</sup> Deze aanpassingen in de Gids betreffen <sup>6</sup>

- een verbod om vragen en klachten op voorhand uit te sluiten (bijvoorbeeld na ommekomst van een in de aanbestedingsstukken opgenomen termijn);
- verlenging van de inschrijftermijn ingeval wezenlijke wijzigingen in de aanbestedingsstukken worden doorgevoerd naar aanleiding van een vraag of klacht;
- introductie van een standstill-termijn bij meervoudig onderhandse aanbestedingsprocedures;
- het hanteren van proportionele vereisten met betrekking tot de wijze waarop klachten naar voren kunnen worden gebracht.

Naar de mening van het bestuur van de NVvA kan overwogen worden hier meer aandacht aan te geven in de Aw 2012. De Gids Proportionaliteit is een richtsnoer<sup>7</sup> die een minder dwingend karakter heeft dan wet- en regelgeving, mede wegens het 'copy-or-explain' karakter. Hierdoor kan de naleving van deze maatregel mogelijk minder goed geborgd worden. Hoewel bovengenoemde aanpassingen op zichzelf bijdragen aan een verdere verbetering van de aanbestedingspraktijk, blijft er ruimte voor verbetering door nadere regels op te nemen met betrekking tot de *inhoud* van rechtsverwerkingsclausules.

Rechtsverwerkingsclausules zouden in ieder geval geen belemmering mogen opwerpen in gevallen waarin een aanbestedende dienst naar aanleiding van een concrete vraag of klacht vóór de ontvangst van de inschrijvingen gelegenheid heeft gehad de inhoud van de aanbestedingsstukken te heroverwegen. Verder kan naar het oordeel van het bestuur van de NVvA geen sprake zijn van rechtsverwerking in gevallen waarin de gestelde schending van het aanbestedingsrecht eerst na inschrijving voor inschrijvers kenbaar werd.

Het bestuur van de NVvA geeft gelet op het bovenstaande in overweging het wetsvoorstel uit te breiden met concrete regels ten aanzien van de werking van rechtsverwerkingsclausules in de hiervoor bedoelde zin.

## VII. Extra vernietigingsgrond art. 4.15 Aw 2012

Het bestuur van de NVvA onderschrijft dat er in het huidige rechtstelsel een tekortschietende rechtsbescherming voor verliezende inschrijvers bestaat, indien een grove schending van het aanbestedingsrecht heeft plaatsgevonden en niettemin is overgegaan tot het sluiten van een

---

<sup>5</sup> Stb. 2021, nr. 464.

<sup>6</sup> Stb. 2021, nr. 464.

<sup>7</sup> Art. 1.10 lid 3 Aw 2012.

overeenkomst. In dergelijke situaties is verbetering van de rechtsbescherming noodzakelijk. De voorgestelde vernietigingsgrond heeft evenwel niet haar voorkeur.

De voorgestelde toevoeging van een extra vernietigingsgrond aan art. 4.15 Aw 2012 biedt de mogelijkheid om een reeds gesloten overeenkomst bij grove schending van de beginselen van het aanbestedingsrecht (de artikelen 1.8, 1.9 en 1.10 Aw 2012) te vernietigen. In de Kamerbrief van 12 februari 2021, die bij het consultatiedocument wordt aangehaald, is opgenomen dat de voorgestelde vernietigingsgrond rechters meer mogelijkheden geeft om overeenkomsten in hoger beroep te vernietigen, mocht dat in een uiterst geval nodig zijn. Gezien het karakter van de kort geding procedure, ook in hoger beroep, is een bodemprocedure de geëigende weg als men zich op deze vernietigingsgrond wil beroepen. Het bestuur van de NVvA wijst erop dat de doorlooptijd van een bodemprocedure, al dan niet gevolgd door hoger beroep, meerdere jaren kan beslaan. Hierdoor sluit de voorgestelde vernietigingsgrond minder goed aan bij het beoogde maatschappelijk belang van een tijdige gunning. Bovendien wordt voor langere tijd rechtsonzekerheid gecreëerd bij voor zowel de aanbestedende dienst als de winnende inschrijver waarmee inmiddels de overeenkomst is gesloten en zal een uiteindelijke vernietiging tot problemen leiden bij de uitvoering van opdrachten.

Het bestuur van de NVvA vraagt zich ook af of de bewoording van de voorgestelde vernietigingsgrondslag op objectieve wijze uitlegbaar is. Niet ondenkbaar is dat in de praktijk uiteenlopende interpretaties zullen ontstaan van wanneer er sprake is van een 'grove' schending van het aanbestedingsrecht.

Het bestuur van de NVvA geeft in overweging om de rechtsbescherming van verliezende inschrijvers te waarborgen op een wijze die mede tegemoetkomt aan de belangen van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver. Hierbij kan ter inspiratie gedacht worden aan een bepaling in de wet die bepaalt dat een eenmaal gesloten overeenkomst geen werking toekomt als binnen 14 dagen na datum vonnis in kort geding een turbo-spoedappel procedure aanhangig is gemaakt. De processuele vereisten om in turbo-spoedappel te komen, verhinderen dat op grote schaal gebruik gemaakt zal worden van de hoger beroep instantie. Daarbij zijn de gevolgen van een turbo-spoedappel voor vertraging van de aanbestedingsprocedure beperkt in tijd, omdat de doorlooptijd kort is. Veelal duurt een dergelijke procedure niet langer dan drie maanden. Rechtsonzekerheid is daarmee van korte duur, hetgeen ook in het belang van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver is. Indien niet binnen 14 dagen na datum vonnis kort geding een turbo spoed-appel aanhangig is gemaakt, vervalt de opschortende werking en kan de aanbestedende dienst de overeenkomst sluiten.

\*\*\*