

## **TOELICHTING bij concept- Klachtenregeling Aanbesteden**

P.P. Lampe, voorzitter schrijfgroep Klachtenregeling Aanbesteden

### **1. Inleiding**

Goede communicatie tussen partijen in een aanbestedingsprocedure is essentieel om tot een goed resultaat te komen. Wanneer partijen van mening verschillen is het belangrijk snel en laagdrempelig tot een oplossing te komen. Daarvoor is een goede afhandeling van klachten essentieel. Een standaard klachtenregeling kan daarbij helpen.

Het kabinet heeft in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de nieuwe Aanbestedingswet aangekondigd onder meer de volgende initiatieven te nemen op het gebied van klachtenafhandeling:

1. met partijen een uniforme klachtenregeling voor aanbestedende diensten te ontwikkelen;
2. over te gaan tot de oprichting van een centrale commissie van aanbestedingsexperts die bemiddelt bij meningsverschillen tussen aanbestedende dienst en ondernemer.

Voor het vormgeven van deze initiatieven is een schrijfgroep ingesteld, bestaande uit vertegenwoordigers van de kant van de ondernemers en van de kant van de aanbestedende diensten, onder leiding van een oud-rechter als onafhankelijk voorzitter.

De schrijfgroep stelt een klachtenregeling voor die bestaat uit twee delen. Het eerste deel behandelt het indienen van klachten bij aanbestedende diensten en de wijze waarop deze aanbestedende diensten daarna de klachten behandelen en afdoen. Aansluitend gaat het eerste deel van de klachtenregeling ook in op de mogelijkheid dat aanbestedende diensten klachten over ondernemers bij die ondernemers aan de orde stellen. Het tweede deel behandelt het inschakelen van de commissie van aanbestedingsexperts. Deze commissie zal in de voorgestelde regeling niet alleen tot taak hebben om te bemiddelen maar ook - waar nodig - om zwaarwegende adviezen te verstrekken.

Bij het opstellen van de klachtenregeling heeft de schrijfgroep geprobeerd om ingewikkelde en juridische formuleringen te vermijden, teneinde deze klachtenregeling ook voor de uiteindelijke gebruikers - de aanbestedende diensten en de ondernemers - zo toegankelijk mogelijk te maken.

In dit document volgt hierna een toelichting op enige hoofdpunten waarover in de consultatie met de klankbordgroep (bestaande uit vertegenwoordigers van aanbestedende diensten, ondernemers en de wetenschap) vragen zijn gesteld en discussie is gevoerd.

### **2. Klachtenregeling, de hoofdpunten**

#### Ontvankelijke klachten:

De klachtenregeling stelt voorop, dat niet elke vraag en niet elk verzoek van een ondernemer een klacht hoeft op te leveren. Zo zullen vragen en verzoeken met betrekking tot de aanbestedingsdocumenten vaak op bevredigende wijze in de nota van inlichtingen beantwoord kunnen worden.

Ook bezwaren tegen het algemene aanbestedingsbeleid van een aanbestedende dienst vallen buiten het kader van de klachtenregeling.

Klachten moeten concrete aanbestedingen betreffen. Ondernemers kunnen in een klacht aan de orde stellen dat een bepaald handelen of nalaten van de aanbestedende dienst in een concrete aanbesteding in strijd is met wettelijke bepalingen of met andere voorschriften die voor die aanbesteding gelden. Ook kan geklaagd worden over optreden van een aanbestedende dienst dat inbreuk maakt op een of meer van de voor aanbestedingen geldende beginselen van transparantie, non-discriminatie, gelijke behandeling en proportionaliteit.

#### Geen vaste termijnen voorgeschreven:

Paragraaf I. 3 van deel 1 van de klachtenregeling signaleert dat een ondernemer er weliswaar goed aan doet om zijn klacht in een zo vroeg mogelijk stadium in te dienen, maar stelt daarvoor geen concrete termijn. De aanbestedende dienst bij wie een klacht is ingediend moet "tijdig en op passende wijze" aan de klager laten weten wat hij beslist heeft (paragraaf III. 1 van deel 1), maar een vaste termijn ontbreekt ook hier. Sommige leden van de klankbordgroep betreuren dit. De

schrijfgroep meent echter dat het ondoenlijk is om hier vaste termijnen voor te schrijven, die voor alle soorten klachten die zich in het aanbestedingsproces kunnen voordoen redelijk zouden zijn. Het is ook niet strikt nodig om klagende ondernemers en aanbestedende diensten die op klachten moeten beslissen in het keurslijf van vaste termijnen te persen. Ook zonder deze vaste termijnen zullen ondernemers zichzelf benadelen als zij te traag zijn met het indienen van hun klachten, want zij lopen dan het risico dat door het enkele tijdsverloop de kwestie waarover zij klagen niet meer geredresseerd kan worden. En de aanbestedende dienst die niet voortvarend klachten behandelt en daarop beslist, zal geconfronteerd kunnen worden met het inschakelen van de commissie van aanbestedingsexperts of zelfs de rechter.

#### Het klachtenmeldpunt:

Ondernemers moeten weten bij welk aanspreekpunt van de aanbestedende dienst zij hun klachten kunnen indienen. Dit aanspreekpunt wordt in de klachtenregeling aangeduid als het klachtenmeldpunt. Aanbestedende diensten dienen klachtenmeldpunten aan te wijzen en bij elke aanbesteding dient de aanbestedende dienst te vermelden op welke wijze ondernemers hun klachten bij dit klachtenmeldpunt kunnen indienen.

De klachtenregeling beveelt aan dat dit klachtenmeldpunt wordt bemenst door een of meer personen die verstand hebben van inkopen en aanbesteden, en inzicht hebben in aanbestedingsprocedures. Bovendien zouden zij binnen de aanbestedende dienst een zeker gezag moeten hebben, zodat zij met een behoorlijke mate van onafhankelijkheid de klacht kunnen onderzoeken en over de afdoening daarvan kunnen adviseren. Dit alles bevordert een snelle en laagdrempelige afdoening van klachten. In de praktijk fungeren bij sommige grote aanbestedende diensten (ministeries) al vertrouwenspersonen, die op vergelijkbare wijze met succes bij de behandeling van klachten bij aanbestedingen optreden.

In de praktijk zal het niet altijd lukken om klachtenmeldpunten van het begin af aan te bemensen met personen die de gewenste deskundigheid en het gewenste gezag binnen de aanbestedende dienst bezitten. Vanuit de kringen van aanbestedende diensten is daar met klem op gewezen. In die gevallen zal het klachtenmeldpunt aanvankelijk meer het karakter hebben van (slechts) een klachtenloket en een doorgeefluik. Toch heeft ook dan het standaard instellen van klachtenmeldpunten zin, want het draagt bij aan duidelijkheid en structuur in de klachtenprocedure. Bovendien krijgen de klachtenmeldpunten zo de kans om in de praktijk in professionaliteit te groeien.

#### Eerst klagen bij de aanbestedende dienst, daarna pas de commissie van aanbestedingsexperts:

In beginsel wordt een ondernemer verzocht zijn klacht eerst bij de aanbestedende dienst in te dienen en deze klacht pas aan de commissie van aanbestedingsexperts voor te leggen als de aanbestedende dienst hetzij op de klacht heeft beslist hetzij in gebreke blijft om binnen redelijke tijd die beslissing te nemen. De gedachte hierachter is tweeledig:

1. Aanbestedende diensten dienen de kans te krijgen om op een klacht te reageren en deze zelf op een voor beide partijen aanvaardbare wijze af te doen, voordat een externe instantie wordt ingeschakeld;
2. De Commissie van Aanbestedingsexperts kan slechts effectief zijn als zij snel en efficiënt kan werken. Dit zal naar de mening van de schrijfgroep beperkt mogelijk zijn als zij zou worden geconfronteerd met een ongefilterde stortvloed van klachten, waarbij het weerwoord van degene tegen wie de klacht zich richt onbekend is.

Voor klachten van aanbestedende diensten over ondernemers geldt het bovenstaande in overeenkomstige zin eveneens.

#### Doel, taken en bevoegdheden van de commissie van aanbestedingsexperts:

Paragraaf 2 van deel 2 van de klachtenregeling omschrijft het doel van de commissie van aanbestedingsexperts als volgt:

*Het doel van de commissie is bij te dragen aan een verbetering van de dialoog tussen partijen en het voorkomen dat de stap naar de rechter wordt genomen. Daarnaast is het doel van de commissie om de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten.*

Als een klacht in een aanbestedingsprocedure niet wordt gehonoreerd, kan in de huidige situatie de klager de klacht alleen door een externe instantie laten toetsen door naar de rechter te stappen. In de praktijk betekent dat meestal: de in het ongelijk gestelde ondernemer is genoodzaakt een kort geding aan te spannen. Dit heeft echter het nadeel dat het verschil van mening tot een conflict kan escaleren en dat de relatie tussen partijen ook voor de toekomst verslechtert. Bovendien kan die rechtsgang aanzienlijke kosten met zich brengen. De gang naar de Commissie van Aanbestedingsexperts heeft een lagere drempel, is minder kostbaar en zal de relatie tussen partijen minder op het spel zetten. Voor de klager wiens klacht door de wederpartij is afgewezen is de keuze dan niet slechts: met de afwijzing genoegen nemen of een kostbare en mogelijk escalerende gang naar de rechter maken. Hij kan zich ook tot de Commissie van Aanbestedingsexperts wenden. Deze kan bemiddelen en een poging doen om de klacht in der minne op te lossen. Ook kan de Commissie van Aanbestedingsexperts advies uitbrengen. Beide – het advies en het bemiddelingsvoorstel – kunnen bijdragen aan een verbetering dan de dialoog. Veel klachten die nu niet de rechter bereiken zullen wel aan de Commissie worden voorgelegd. Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn niet alleen nuttig voor de partijen die een klacht aan de Commissie voorleggen, maar ook anderen kunnen er kennis van nemen en daarvan leren. Dit zal aan de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk ten goede komen.

De taken van de Commissie zijn: bemiddelen en adviseren. Afgewacht moet worden hoe de werkzaamheden van de Commissie zich zullen gaan ontwikkelen. De schrijfgroep verwacht echter dat de nadruk van deze werkzaamheden op het vlak van de advisering zal komen te liggen.

Het is niet wenselijk en ook niet goed mogelijk om op voorhand te regelen in welke gevallen de Commissie een bemiddelingspoging zou moeten doen en in welke gevallen zij daarvan zou moeten afzien. De klachtenregeling schrijft daarom slechts voor (in paragraaf 9 van deel 2) dat de voorzitter van de Commissie na het in behandeling nemen van een klacht beslist of aan partijen zal worden voorgesteld om –alvorens over te gaan tot het uitbrengen van een advies – eerst nog een poging te doen om de klacht in der minne op te lossen. In de klachtenregeling is er ook bewust van afgezien om het bemiddelingsproces te beschrijven en daarmee te formaliseren. De Commissie is dus ook niet verplicht om volgens de daarvoor geldende regels mediation toe te passen. De voorzitter van de Commissie zou bij voorbeeld ook kunnen volstaan met het voorstel om in aanwezigheid van hemzelf of een ander lid van de Commissie een informeel gesprek te houden over de punten die partijen verdeeld houden.

Degene die namens de Commissie aan de bemiddeling meedoet zal uiteraard alleen maar aan de advisering kunnen deelnemen als beide partijen daarmee akkoord gaan.

Met betrekking tot de bevoegdheden van de Commissie bepaalt de klachtenregeling (in paragraaf 2 van deel 2) dat de Commissie de bevoegdheid heeft om zelf te bepalen of zij aan haar voorgelegde klachten in behandeling wil nemen of niet. De Commissie moet zich bij de beslissing om al of niet een klacht in behandeling te nemen laten leiden door haar doelen: verbetering van de dialoog, zo mogelijk voorkomen dat de stap naar de rechter wordt genomen, het verbeteren van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en het teweeg brengen van een leereffect bij ondernemingen en aanbestedende diensten. De Commissie kan dus zelf haar prioriteiten stellen, haar tijd optimaal besteden en voorkomen dat zij wordt overspoeld door een stortvloed van klachten waaraan zij geen relevante bijdrage kan geven.

In het streven naar een efficiënte taakuitoefening door de Commissie past ook, dat de Commissie de vrijheid heeft om de behandeling van een klacht te staken als een klacht “onder de rechter is”. Als aan de rechter is gevraagd om zijn oordeel over een klacht uit te spreken voegt het niets toe om dat oordeel ook aan de Commissie te vragen.

#### Inrichting van de commissie:

Paragraaf 3 van deel 2 schrijft voor dat de Commissie bestaat uit een voorzitter, een vice-voorzitter en een aantal experts. De voorzitter stelt de lijst van experts samen. Hij is in de klachtbehandeling de spil waar alles om draait. Hij beslist over het al of niet in behandeling nemen van de klacht en over het al of niet voorstellen aan partijen om een bemiddelingspoging te doen. Als de klacht in behandeling wordt genomen, bepaalt hij of de klacht enkelvoudig of meervoudig (door drie personen) behandeld zal worden en hij wijst de personen aan die deze taak zullen uitvoeren. Hij is bovendien het gezicht naar buiten van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Het is duidelijk, dat het succes van de Commissie in belangrijke mate zal afhangen van het gezag en de kwaliteiten van de voorzitter. Dat klemmt te meer, omdat de Commissie geen bindende adviezen kan geven: de weg naar de rechter mag immers niet afgesloten worden en deze blijft dus ook als de Commissie wordt ingeschakeld voor beide partijen openstaan.

Het is ook duidelijk, dat de voorzitter zijn uitgebreide taken niet altijd allemaal zelf zal kunnen uitvoeren. Hij wordt daarom ondersteund door een professioneel secretariaat (paragraaf 5 van deel 2 klachtenregeling), dat een groot gedeelte van de voorbereiding van de adviezen voor zijn rekening neemt en hij kan taken aan de vice-voorzitter overdragen.

De voorzitter stelt de lijst van experts van de Commissie samen. Hij zorgt ervoor, dat daarin drie groepen evenwichtig vertegenwoordigd zijn: ten eerste een groep bestaande uit wetenschappers, (oud-)rechters en (oud-)advocaten, ten tweede een groep van personen uit de kring van aanbestedende diensten uit de overheidssfeer en ten derde een groep van personen uit de kring van ondernemers. De wetenschappers uit de eerste groep zullen onder meer gezocht kunnen worden bij hoogleraren in het recht en bij andere universitaire deskundigen op het gebied van aanbestedingen en inkoop.