

# KLACHTAFHANDELING BIJ AANBESTEDEN

Definitieve versie

Deel 1: Standaard voor klachtafhandeling voor aanbestedende diensten en ondernemers

Deel 2: Commissie van Aanbestedingsexperts

## Klachtafhandeling bij aanbesteden

### Deel 1: Standaard voor klachtafhandeling

#### I. Inleiding

##### Waarom een standaard voor klachtafhandeling bij aanbestedingen?

In het kader van een aanbestedingsprocedure kan het voorkomen dat tussen aanbestedende diensten en ondernemers ontevredenheid ontstaat over hoe door partijen in de aanbestedingsprocedure gehandeld wordt. Dit kan leiden tot een klacht. Wanneer het een ondernemer betreft die een klacht heeft over een aanbestedende dienst, dan mag van de aanbestedende dienst worden verwacht dat hij zich inspant om de klacht te behandelen. Voor aanbestedende diensten die tevens een bestuursorgaan zijn, geldt dat zij op grond van titel 9.1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb – zie kader op pagina 9) een klacht behoorlijk en zorgvuldig moeten behandelen. Wanneer het een aanbestedende dienst betreft die een klacht heeft over de wijze waarop een ondernemer zich opstelt in een aanbestedingsprocedure, dan mag ook van die ondernemer verwacht worden dat deze er voor open staat om het eigen gedrag te onderzoeken en tot een oplossing te komen.

In de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 is aangekondigd dat het initiatief wordt genomen om in samenwerking met aanbestedende diensten en ondernemers te komen tot een uniforme klachtenregeling die kan bijdragen aan een snelle en zorgvuldige afhandeling van klachten. De standaard voor de klachtafhandeling door aanbestedende diensten en ondernemers is hiervan de uitwerking. Aanbestedende diensten wordt aangeraden deze standaard voor klachtafhandeling onderdeel te laten zijn van hun aanbestedingsbeleid.

Toepassing van deze standaard voor klachtafhandeling kan tot gevolg hebben dat klachten die in onderling overleg opgelost kunnen worden niet nodeloos aan de rechter worden voorgelegd. Misverstanden, onbedoelde fouten en ten onrechte gestelde eisen in de aanbesteding kunnen worden hersteld zonder dat zaken escaleren. Ondernemers voelen zich door een goede klachtafhandeling gehoord en hun klacht wordt geadresseerd zonder dat ze naar rechtsmiddelen hoeven te grijpen. Dat is in het belang van alle betrokken partijen. Ook als een klacht niet leidt tot correctie kan een snelle en laagdrempelige klachtafhandeling nuttig zijn. Zowel aanbestedende diensten als ondernemers kunnen daarvan leren en deze kennis bij toekomstige aanbestedingen in de praktijk brengen. Zo kan het toepassen van de standaard voor klachtafhandeling bijdragen aan verdere professionalisering van aanbestedende diensten en ondernemers.

Paragraaf II en III behandelen de situatie dat een ondernemer wil klagen bij een aanbestedende dienst. Paragraaf IV beschrijft de situatie dat een aanbestedende dienst een klacht over een ondernemer aan de orde wil stellen bij die ondernemer.

#### II. Klachten van ondernemers over aanbestedende diensten

##### 1. Wat kunnen partijen van elkaar verwachten?

Verwacht wordt dat zowel de aanbestedende dienst als de ondernemer zich professioneel opstelt. Zij gaan daarom met elkaar om op basis van wederzijds respect en met begrip voor elkaars posities en verantwoordelijkheden. Ook mag van beide partijen verwacht worden dat zij kennis van het aanbestedingsproces hebben en dat de rechten en plichten die daaruit voortvloeien bij hen bekend zijn.

De toepassing van deze standaard voor klachtafhandeling betekent dat de aanbestedende dienst ingediende klachten in ontvangst neemt en die met spoed behandelt. Als hij de klacht afwijst dan motiveert hij dit behoorlijk. De ondernemer spant zich in om zijn klacht tijdig kenbaar te maken en zal de standaard voor klachtafhandeling niet misbruiken. De ondernemer dient zich te realiseren dat de aanbestedende dienst niet alleen met de klager te maken heeft, maar ook met alle andere ondernemers die bij de aanbesteding betrokken zijn of potentieel bij soortgelijke aanbestedingen betrokken kunnen worden.

Het indienen van een klacht zet een aanbestedingsprocedure niet stil. De aanbestedende dienst is vrij om al dan niet te besluiten tot opschorting van de procedure.

Een ondernemer die een klacht heeft ingediend kan te allen tijde alsnog naar de rechter stappen om de kwestie in kort geding te beslechten. De afhandeling van een al ingediende klacht zal in de regel opgeschort worden door de aanbestedende dienst tot na de uitspraak van de rechter.

## 2. Wat zijn klachten en waarover kan geklaagd worden?

Een klacht is een schriftelijke melding van een onderneming die belang heeft bij de aanbesteding aan de aanbestedende dienst, waarin de ondernemer gemotiveerd aangeeft op welke punten hij het niet eens is met de aanbesteding of een onderdeel daarvan. Ook brancheorganisaties en branche gerelateerde adviescentra kunnen ten behoeve van bij hen aangesloten ondernemers klachten indienen.

Klachten kunnen 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.

Een ondernemer formuleert een klacht in directe bewoordingen. De klacht dient als zodanig herkenbaar te zijn. Daarna dient de ondernemer zijn klacht in bij de betreffende contactpersoon van de aanbestedende dienst of bij het klachtenmeldpunt van die aanbestedende dienst.

### Verskil tussen een klacht en een vraag

Een klacht is een uiting van ontevredenheid met een corrigerend of afwijzend karakter. Om misverstanden te voorkomen moet een klacht duidelijk als zodanig worden benoemd. Een vraag is een verzoek tot het verkrijgen van een inlichting, met een neutraal karakter en gericht op verduidelijking.

Een voorbeeld. Een ondernemer vraagt de aanbestedende dienst of die er mee instemt dat een bepaald referentieproject aan de gestelde referentie-eis voldoet. Dit is een vraag, gericht op verduidelijking. Als de ondernemer de opmerking maakt dat de aan het referentieproject gestelde eisen zodanig zijn dat deze in strijd zijn met de proportionaliteit en er op aandringt om deze eisen aan te passen of te laten vervallen, dan is sprake van een klacht.

Een tweede voorbeeld. Een ondernemer vraagt de aanbestedende dienst of een voorlopige jaarrekening van het laatst gesloten boekjaar volstaat. Dit is een vraag ter verduidelijking. Als de ondernemer de opmerking maakt dat het eisen van een definitieve jaarrekening in januari disproportioneel is gezien het korte tijdsverloop na afsluiting van het boekjaar, aangevuld met het concrete verzoek om dit aan te passen c.q. te laten vervallen, dan de ondernemer dit aanmerken als een klacht als de inkoper geen gehoor geeft aan het verzoek.

Klachten hebben betrekking op aspecten van aanbestedingen die binnen de werking van de Aanbestedingswet 2012 vallen. De aanbestedingen kunnen Europees of nationaal zijn. Onder nationale aanbestedingen worden ook meervoudige onderhandse aanbestedingen begrepen. Klachten kunnen niet gaan over het aanbestedingsbeleid in het algemeen van de aanbestedende dienst.

## Aanbestedingsklachten en de Awb klachtenprocedure

Deze standaard voor klachtafhandeling laat onverlet dat in de Awb de mogelijkheid voor een ieder is opgenomen om een klacht in te dienen bij aanbestedende diensten die tevens bestuursorgaan in de zin van de Awb zijn.

In de Awb is in titel 9.1 Klachtbehandeling door een bestuursorgaan bepaald dat iedereen bij een bestuursorgaan kan klagen over de gedragingen van dat orgaan of van mensen die daarvoorwerken. Daaronder vallen onder andere gedragingen op het terrein van aanbesteden.

Het toepassingsbereik van de Awb is vanuit de klager gezien ruimer dan het toepassingsbereik van de standaard voor klachtafhandeling. Een voorbeeld hiervan is dat de Awb een termijn van maximaal zes weken stelt voor de behandeling van de klacht. Aanbestedingsklachten zullen vaak sneller kunnen, en in redelijkheid vaak ook moeten, worden behandeld, zodat een ondernemer tijdig weet of er een oplossing kan worden bereikt. Een ander voorbeeld is dat onder de standaard voor klachtafhandeling geen klachten vallen van personen die geen interesse hebben in het verkrijgen van de opdracht. Deze klachten kunnen wel onder de regeling van de Awb vallen. De aanbestedende dienst die tevens bestuursorgaan is, zal dan die klacht op grond van de regeling van de Awb moeten behandelen.

### 3. Wanneer kan een klacht worden ingediend en wanneer moet de aanbestedende dienst daarop reageren?

De ondernemer doet er goed aan zijn klacht in een zo vroeg mogelijk stadium in te dienen. De wijze waarop dit gebeurt is hieronder beschreven onder III.3. Van de aanbestedende dienst wordt verwacht dat deze de klacht zo spoedig mogelijk in behandeling neemt en het onderzoek naar het al dan niet gegrond zijn van de klacht voortvarend voortzet. Hij moet bij het nemen van de beslissing op de klacht en de eventuele maatregelen naar aanleiding van die beslissing spoed betrachten, rekening houdend met de belangen van de klager en de andere bij de aanbesteding betrokken partijen.

#### Waarom geen vaste termijnen?

Een voordeel van het stellen van vaste termijnen zou zijn dat zowel de klagende ondernemer als de aanbestedende dienst die de klacht moet behandelen, weet waar hij aan toe is.

Nadeel van dergelijke vaste termijnen is echter dat zij een keurslijf opleveren waarmee in de praktijk niet te werken zal zijn. Stelt men voor het indienen van een klacht bijvoorbeeld een termijn van zes dagen nadat de ondernemer van de kwestie waarover hij klaagt kennis heeft kunnen nemen, dan zal dat in sommige gevallen onnodig lang zijn (bijvoorbeeld: de ondernemer had in redelijkheid per omgaande en niet pas na vijf dagen op de ongerechtvaardigde eis van de aanbestedende dienst moeten reageren) en in sommige gevallen veel tekort (het was bijvoorbeeld voor de ondernemer in redelijkheid niet mogelijk om binnen zes dagen het noodzakelijke deskundigenadvies in te winnen, of de gevolgen van de kwestie waarover de ondernemer klaagt, werden pas ruim na zes dagen duidelijk).

Hetzelfde geldt voor de aanbestedende dienst die op de klacht moet reageren. Uitgangspunt blijft een snelle en zorgvuldige behandeling van de klachten waarbij van de aanbestedende dienst adequaat en doortastend optreden mag worden verwacht. Het hangt echter van de aard van de klacht en het onderzoek dat daarbij nodig is af hoeveel tijd aan de aanbestedende dienst mag worden gegund. Als de termijn te krap is, dan is een serieus ingaan op de klacht niet mogelijk. Het averechtse effect van de gestelde termijn zal dan veelal zijn dat de klacht summier gemotiveerd afgewezen wordt. Omdat over het geheel genomen de nadelen van vaste termijnen groter zijn dan het voordeel, is in de standaard voor klachtafhandeling daarvan afgezien.

#### 4. Wie kan een klacht indienen?

Alleen ondernemers die belang hebben bij de verwerving van een specifieke overheidsopdracht kunnen een klacht indienen. Daaronder vallen alleen:

- geïnteresseerde ondernemers,
- (potentiële) inschrijvers en gegadigden,
- onderaannemers van (potentiële) inschrijvers en gegadigden,
- brancheorganisaties en branche gerelateerde adviescentra van ondernemers.

Onderaannemers kunnen een klacht indienen voor zover ze niet klagen over de relatie hoofdaannemer - onderaannemer.

Anoniem klagen kan niet. Wel kan een brancheorganisatie op eigen titel bezwaren met betrekking tot een specifieke aanbesteding, die bij een of meer ondernemers van de branche leven, als klacht indienen.

### III. De procedure bij het indienen van een klacht

Om te komen tot een uniforme klachtenregeling die kan bijdragen aan een snelle en zorgvuldige afhandeling van klachten kunnen aanbestedende diensten en ondernemers ervoor kiezen om deze standaard voor klachtafhandeling toe te passen.

#### 1. Het klachtenmeldpunt

De ondernemer dient zijn klacht in bij het klachtenmeldpunt. Dat is een aanspreekpunt binnen de aanbestedende dienst dat onafhankelijk en met een frisse blik de klacht bekijkt en daarover een advies uitbrengt aan de aanbestedende dienst.

Onafhankelijk betekent dat de persoon die het klachtenmeldpunt vormt niet direct betrokken is (geweest) bij (het opstellen van) de aanbesteding. Onafhankelijk betekent bijvoorbeeld niet dat de klacht moet worden behandeld door iemand van buiten de inkoopafdeling.

Het klachtenmeldpunt hoeft ook niet altijd door dezelfde persoon te worden uitgevoerd, maar kan per aanbesteding wisselen. Het is wenselijk dat een klachtenmeldpunt dusdanig is bemenst en gepositioneerd binnen de organisatie dat klachten snel en laagdrempelig kunnen worden opgelost.

#### 2. Bekendmaking van het klachtenmeldpunt

Bij elke aanbesteding vermeldt de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken waar ondernemers een klacht kunnen indienen en hoe de klachtprocedure na het indienen van de klacht bij het klachtenmeldpunt verder verloopt.

Het is aan de aanbestedende dienst om uiteindelijk te bepalen op welke wijze hij inhoudelijk op de klacht reageert. Het is wenselijk dat de aanbestedende dienst, zodra de klacht is beoordeeld, zo snel mogelijk en op passende wijze aan de klager laat weten wat hij beslist heeft (de klacht is terecht, de klacht is niet terecht of de klacht is slechts gedeeltelijk terecht) en wat hij met de klacht gaat doen.

#### Voorbeeld klachtenmeldpunt en beperkte procedure

Een mogelijke inrichting van het klachtenmeldpunt is dat een gemeente met één inkoopadviseur samen met een andere gemeenten met één inkoopadviseur een e-mailadres aanmaakt waar beide adviseurs toegang toe hebben.

De adviseurs behandelen de klachten over aanbestedingen van de andere gemeente door waar nodig de stukken op te vragen, met de inkoper te overleggen over de klacht, indien passend geacht maatregelen te nemen, en een antwoord aan de betreffende inkoper op te stellen.

De procedure en het e-mailadres worden in de aanbestedingsstukken en op de websites van de betreffende aanbestedende dienst vermeld.

### 3. Voorafgaand aan het indienen van een klacht

Niet elke vraag van een ondernemer in een aanbestedingsprocedure hoeft een klacht op te leveren en niet elke klacht hoeft tot het doorlopen van de standaard voor klachtafhandeling te leiden.

Vragen en verzoeken die gericht zijn op verduidelijking van aspecten van de aanbestedingsprocedure moet de ondernemer tijdig bij de aanbestedende dienst inbrengen, opdat deze daarop in de Nota van Inlichtingen kan ingaan. Dit geldt ook voor een verzoek tot het doorvoeren van een niet-wezenlijke wijziging in de aanbestedingsdocumenten.

Wanneer de ondernemer het oneens blijft met de reactie in de nota van inlichtingen (of indien van toepassing in individuele inlichtingen) kan hij bij de aanbestedende dienst een klacht indienen. Dat geldt ook als een reactie uitblijft. Ook kan een ondernemer gelijk een klacht indienen. Als een ondernemer een bericht aan het klachtenmeldpunt stuurt, mag er vanuit worden gegaan dat het een klacht betreft.

#### Afhandeling van aanbestedingsklachten en de Nota van Inlichtingen

Vragen over een aanbesteding dienen tijdig te worden gesteld, zodat deze in de Nota('s) van Inlichtingen (NvI) kunnen worden beantwoord. De NvI moet minimaal zes dagen voor het einde van de inschrijftermijn worden gepubliceerd. Een aanbestedende dienst kan ervoor kiezen een klacht die leidt tot aanpassing van de aanbesteding eerder dan de Nota van Inlichtingen kenbaar te maken aan gegadigden. Een aanbestedende dienst kan er ook voor kiezen de klacht te behandelen in de Nota van Inlichtingen. Als dit leidt tot aanpassing van de aanbesteding, maar niet als wezenlijke wijziging van de procedure kwalificeert, kan eventueel de termijn voor indiening van de inschrijvingen verlengd worden. De Nota van Inlichtingen is het instrument om alle inschrijvers gelijktijdig op de hoogte te stellen van wijzigingen (al dan niet met een termijn van verlenging).

Daarnaast kan een aanbestedende dienst overwegen of de ondernemer een gerechtvaardigd commercieel belang bij vertrouwelijkheid heeft, zodat een schriftelijk antwoord buiten de NvI om gepast is, of dat de klacht zichtbaar voor andere ondernemers kan worden behandeld.

### 4. De stappen van een standaard klachtafhandeling

- a. De ondernemer dient zijn klacht schriftelijk in, bijvoorbeeld per e-mail. In deze schriftelijke klacht maakt hij duidelijk dat het over een klacht gaat en waarover hij klaagt en hoe volgens hem het knelpunt zou kunnen worden verholpen. De klacht bevat verder de dagtekening, naam en adres van de ondernemer en de aanduiding van de aanbesteding.
- b. Het klachtenmeldpunt bevestigt per omgaande de ontvangst van de klacht. In de bevestiging wordt aangegeven dat de aanbestedende dienst er van uitgaat dat de ondernemer kiest voor een afhandeling via de standaard klachtafhandeling bij aanbesteden. Ook wordt aangegeven dat als de ondernemer wil dat de klachtenprocedure in de zin van titel 9.1 van de Awb wordt toegepast, hij dit moet laten weten.
- c. Het klachtenmeldpunt onderzoekt vervolgens, eventueel aan de hand van door de ondernemer en de aanbestedende dienst aanvullend verstrekte gegevens, of de klacht terecht is. Het klachtenmeldpunt begint zo spoedig mogelijk met dit onderzoek, zet dit voortvarend voort en houdt daarbij rekening met de planning van de aanbestedingsprocedure.
- d. Wanneer de aanbestedende dienst na het onderzoek door het klachtenmeldpunt tot de conclusie komt dat de klacht terecht of gedeeltelijk terecht is en de aanbestedende dienst corrigerende en/of preventieve maatregelen treft, dan deelt de aanbestedende dienst dit zo spoedig mogelijk schriftelijk mee aan de ondernemer. Ook de andere (potentiële) inschrijvers/ gegadigden worden op de hoogte gesteld. Afhankelijk van de fase in de aanbestedingsprocedure kan het voorkomen dat de maatregelen door de contactpersoon van de aanbesteding bij de aanbestedende dienst aan de betrokkenen in de aanbesteding worden gecommuniceerd op hetzelfde moment als de indiener van de klacht het bericht krijgt. Dit om bevoordeling van partijen te voorkomen.
- e. Wanneer de aanbestedende dienst na het onderzoek tot de conclusie komt dat de klacht niet terecht is, dan wijst hij de klacht gemotiveerd af en bericht hij de ondernemer.

- f. Het klachtenmeldpunt kan op verzoek van de ondernemer of de aanbestedende dienst voorstellen dat de klacht, voordat daarop door de aanbestedende dienst wordt beslist, voor bemiddeling of advies wordt voorgelegd aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.
- g. Als de aanbestedende dienst aan de ondernemer heeft laten weten hoe hij de klacht adresseert, of als de aanbestedende dienst nalaat om binnen een redelijke termijn op de klacht te reageren, dan kan een klager de klacht aan de Commissie van Aanbestedingsexperts voorleggen. Zie daarvoor deel 2 van dit document "Commissie van aanbestedingsexperts" onder 8.

#### 5. Op welke manier kan een aanbestedende dienst de standaard voor klachtafhandeling implementeren?

Om de standaard voor klachtafhandeling te laten werken, wordt de aanbestedende dienst aangeraden een aantal acties in gang te zetten. Het is wenselijk dat de aanbestedende dienst:

- a. een (of meer personen) aanwijst die als klachtenmeldpunt fungeren,
- b. in zijn aanbestedingsbeleid een beschrijving van de klachtenprocedure opneemt,
- c. bij iedere aanbesteding (eventueel met een verwijzing naar de website) vermeldt waar ondernemers een klacht kunnen indienen en hoe de klachtenprocedure zal verlopen,
- d. na een jaar de werking van het klachtenmeldpunt evalueert en verbeteringen doorvoert daar waar gewenst.

Om de klacht voldoende te kunnen beoordelen, is het wenselijk dat de personen die het klachtenmeldpunt vormen verstand hebben van inkopen en inzicht in aanbestedingsprocedures hebben. Deze personen dienen bij voorkeur bij de aanbestedende dienst een zeker gezag te hebben. Het is daarnaast een pré als een of meer van deze personen een juridische achtergrond heeft.

Meerdere aanbestedende diensten kunnen de klachten ook door een gezamenlijk klachtenmeldpunt laten behandelen, bijvoorbeeld als individuele aanbestedende diensten te klein zijn om een eigen klachtenmeldpunt in te stellen. Een voorbeeld is een vertegenwoordiger van een grotere gemeente die tevens het centrale aanspreekpunt is voor een aantal naburige kleinere gemeenten. Een ander voorbeeld is het aanwijzen van een klachtenmeldpunt voor een bepaald type aanbestedende diensten in een regio, zoals scholen, universiteiten of ziekenhuizen.

De afhandeling van de klacht geschiedt door personen die niet direct betrokken zijn geweest bij de aanbesteding waar de klacht betrekking op heeft.

#### IV. Klacht van aanbestedende dienst over een ondernemer

In het geval dat een aanbestedende dienst met betrekking tot een aanbesteding een klacht over het gedrag van een ondernemer in een aanbesteding heeft, dan kan de aanbestedende dienst die aan de orde stellen bij die ondernemer.

De ondernemer bevestigt per omgaande de ontvangst van de klacht. De ondernemer bestudeert de klacht met spoed en laat de aanbestedende dienst gemotiveerd weten wat zijn reactie is op de klacht.

## Deel 2: Commissie van Aanbestedingsexperts

### 1. Inleiding

De Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie) kan bijdragen aan een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige klachtafhandeling. Op verzoek van een ondernemer of een aanbestedende dienst kan de Commissie bemiddelen en advies geven over de klacht. De Commissie is een onafhankelijke commissie, waarin experts zitting hebben die hun sporen in de aanbestedingspraktijk hebben verdiend. De experts moeten in staat zijn om goed onderbouwde, evenwichtige en bruikbare adviezen te geven aan ondernemers en aanbestedende diensten. De uitkomst is zwaarwegend en kan door de aanbestedende dienst noch de ondernemer zomaar terzijde worden neergelegd.

Het kader waarbinnen de Commissie werkt, wordt mede bepaald door de beperking dat het inschakelen van de Commissie geen extra rechtsgang is en dat een advies van de Commissie niet bindend is. De Commissie heeft niet de bevoegdheid om een aanbestedingsprocedure stil te leggen.

Niet bindend, wel zwaarwegend

Als de klacht aan de rechter wordt voorgelegd, is hij niet gebonden aan het advies van de Commissie. De rechter kan van dat advies afwijken. Het advies kan ook niet tegen de zin van een van de partijen ten uitvoer worden gelegd.

Het advies is echter wel zwaarwegend. Het advies is het afgewogen oordeel van een deskundige en gezaghebbende autoriteit in de aanbestedingspraktijk. Dit oordeel zal, als een van de daarbij betrokken partijen de kwestie in kort geding aan de rechter voorlegt, aan die rechter kunnen worden overgelegd. De partijen zullen er dan rekening mee moeten houden dat de rechter dit advies in zijn uitspraak kan meewegen.

### 2. Doel, taken en bevoegdheden van de Commissie van Aanbestedingsexperts

Het doel van de Commissie is het bijdragen 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.

De taken van de Commissie zijn: bemiddelen en adviseren met betrekking tot door haar in behandeling genomen klachten.

De Commissie heeft de bevoegdheid om zelf te bepalen of zij aan haar voorgelegde klachten in behandeling wil nemen of niet. De Commissie laat zich hierbij leiden door haar hierboven vermelde doelen. Als de Commissie een aan haar voorgelegde klacht niet in behandeling neemt, motiveert de Commissie waarom zij dat niet doet.

De Commissie heeft de vrijheid om de behandeling van een klacht te staken als een klacht onder de rechter is.

De Commissie kan ook klachten in ontvangst nemen tussen een ondernemer en een aanbestedende dienst in geval die aanbestedende dienst de standaard voor klachtafhandeling niet heeft ingevoerd.

### 3. Inrichting Commissie van Aanbestedingsexperts

De Commissie bestaat uit een voorzitter en een vicevoorzitter die zich laten bijstaan door een aantal experts. De voorzitter is het gezicht naar buiten van de Commissie. De vicevoorzitter vervangt de voorzitter bij diens afwezigheid. De voorzitter kan ook taken aan de vicevoorzitter overdragen. De voorzitter en de vicevoorzitter worden benoemd door de minister van Economische Zaken.

De voorzitter stelt de lijst van experts samen. In deze lijst zijn de volgende groepen evenwichtig vertegenwoordigd:

- Wetenschappers, (oud-)rechters en (oud-)advocaten,
- Personen afkomstig uit de kring van aanbestedende diensten (uit de overheidsfeer),
- Personen uit de kring van ondernemers.

De Commissie kan klachten meervoudig of enkelvoudig behandelen. Enkelvoudige behandeling geschiedt door de voorzitter, de vicevoorzitter of een expert. Meervoudige behandeling geschiedt door drie personen. De voorzitter bepaalt of de klacht enkelvoudig of meervoudig wordt behandeld en wijst de behandelende persoon/personen aan. Bij meervoudige behandeling draagt hij zorg voor een evenwichtige samenstelling.

De voorzitter stelt een reglement op voor de verdere inrichting en werkwijze van de Commissie.

#### 4. Randvoorwaarden

De voorzitter, de vicevoorzitter en de experts moeten deskundig zijn op het gebied van aanbestedingen en/of inkoop en gezag en draagvlak hebben in de kringen van aanbestedende diensten en ondernemers. Kennis en kunde moet door de commissie worden geborgd.

Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de commissieleden moeten via het reglement worden geborgd (o.a. door toetsing bij de benoeming ten algemene en voor iedere zaak opnieuw). De schijn van partijdigheid moet worden vermeden.

#### 5. Ondersteuning van de Commissie en rol van het secretariaat

De Commissie wordt ondersteund door een secretariaat. Het secretariaat wordt (de eerste jaren) gefaciliteerd door het Expertisecentrum Aanbesteden PIANOo. Het secretariaat bestaat uit personen die verstand hebben van de aanbestedingspraktijk.

#### 6. Welke klachten kunnen worden voorgelegd aan de Commissie?

Klachten zijn schriftelijke meldingen. Ondernemers kunnen klachten voorleggen aan de Commissie wanneer zij belang hebben bij een aanbesteding. Ondernemers motiveren in hun klacht de reden dat zij het niet eens zijn met de aanbesteding of een onderdeel daarvan. Ook brancheorganisaties en klachtenloketten kunnen ten behoeve van bij hen aangesloten ondernemers klachten indienen. Ook aanbestedende diensten kunnen klachten aan de Commissie voorleggen. Dit zijn schriftelijke meldingen met betrekking tot aanbestedingen of onderdelen, waarin de aanbestedende diensten gemotiveerd aangeven dat zij het niet eens zijn met gedragingen van een ondernemer.

Klachten hebben betrekking op aspecten van aanbestedingen die binnen de werking van de Aanbestedingswet 2012 vallen. De aanbestedingen kunnen Europees of nationaal zijn. Onder nationale aanbestedingen worden ook meervoudige onderhandse aanbestedingen begrepen.

Klachten kunnen niet gaan over het aanbestedingsbeleid in het algemeen van de aanbestedende dienst.

Klachten kunnen wel 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 worden geklaagd 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.

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.

## Klacht eerst indienen bij de aanbestedende dienst, pas daarna bij de Commissie

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 toestroom aan klachten, waarbij het weerwoord van degene tegen wie de klacht zich richt onbekend is.

Ook van aanbestedende diensten die een klacht hebben over ondernemers wordt gevraagd de stappen in overeenkomstige volgorde te doorlopen.

In geval een aanbestedende dienst geen klachtenmeldpunt heeft ingesteld dan wel de aanbestedende dienst of ondernemer heeft nagelaten om binnen redelijke tijd de klacht in behandeling te nemen en daarop te beslissen, kan de klacht voor bemiddeling of advies aan de Commissie worden voorgelegd.

De Commissie is vrij om een aan haar voorgelegde klacht niet in behandeling te nemen. Als de voorzitter namens de Commissie besluit om een klacht niet in behandeling te nemen, deelt de Commissie dat met spoed gemotiveerd schriftelijk aan de klager en de wederpartij mede.

### 7. Procedure voor het voorleggen van klacht aan de Commissie

Route naar Commissie:

- a. Als de klager niet tevreden is met de uitkomst van de afhandeling van de klacht door de aanbestedende dienst of de ondernemer kan de klager de klacht voorleggen aan de Commissie.
- b. Een klager kan zijn klacht pas voorleggen aan de Commissie als de aanbestedende dienst dan wel de ondernemer een beslissing heeft genomen op de klacht of als de aanbestedende dienst dan wel de ondernemer heeft nagelaten binnen een redelijke termijn een beslissing te nemen.
- c. Ook een klachtenmeldpunt kan het initiatief nemen om de Commissie in te schakelen (zoals hiervoor in de standaard voor klachtafhandeling vermeld onder III, 4 f).
- d. De klager dient zijn klacht schriftelijk, bijvoorbeeld per e-mail, in bij het secretariaat van de Commissie. In deze schriftelijke klacht maakt hij duidelijk waarover hij klaagt en hoe volgens hem het knelpunt zou kunnen worden verholpen. De klacht bevat daarnaast de dagtekening, de naam en het adres van de klager en de wederpartij en de aanduiding van de aanbesteding.
- e. Het secretariaat van de Commissie registreert de klacht en bevestigt de ontvangst van de klacht.
- f. Een ingediende klacht schort de aanbestedingsprocedure niet op.
- g. De voorzitter beslist over het al dan niet in behandeling nemen van de klacht. Als de klacht niet in behandeling wordt genomen, krijgen beide partijen daarvan zo spoedig mogelijk schriftelijk bericht. In dit bericht vermeldt de Commissie de reden of redenen waarom zij de klacht niet in behandeling neemt.
- h. De partijen lichten de Commissie onverwijld in als de zaak waarin een klacht aan de Commissie is voorgelegd onder de rechter komt.

### 8. Wijze van behandeling van een klacht door de Commissie

Na ontvangst van een klacht wordt onderzocht of op basis van de bij de klacht aangeleverde documenten voldoende informatie is aangereikt om de klacht goed te kunnen beoordelen. Het secretariaat is bevoegd om aanvullende documentatie op te vragen bij ondernemer en/of de betrokken aanbestedende dienst. Deze stukken zullen – indien het vertrouwelijke of commercieel gevoelige stukken betreft – vertrouwelijk worden behandeld.

Als een klacht in behandeling is genomen, beslist de voorzitter of aan partijen wordt voorgesteld om eerst nog een poging te doen om de klacht in der minne op te lossen.

Indien een klacht niet in der minne kan worden opgelost, bereidt de Commissie een advies voor, waarbij zij wordt ondersteund door het secretariaat. Voordat de Commissie advies uitbrengt, vindt hoor en wederhoor plaats.

De klacht wordt vertrouwelijk behandeld en aangeleverde stukken worden niet openbaar gemaakt.

De Commissie kan nadere regels met betrekking tot de behandeling en advisering vastleggen in een reglement.

#### 9. Het advies van de Commissie

Het advies van de Commissie is niet bindend. Partijen kunnen op ieder moment naar de rechter, maar stellen de Commissie zodra daartoe wordt overgegaan wel op de hoogte. Het schriftelijk advies wordt zowel aan de klager als de wederpartij bekend gemaakt.

Het advies van de Commissie wordt – geanonimiseerd - openbaar gemaakt op het moment dat de aanbestedingsprocedure is afgerond en de aanbesteding definitief gegund is.

Met instemming van partijen kan het advies:

- met vermelding van de namen van betrokken partijen openbaar worden gemaakt;
- al tijdens de aanbestedingsprocedure openbaar worden gemaakt (met vermelding van namen, dan wel geanonimiseerd).

De adviezen worden op een website gepubliceerd. Eventueel kan het advies worden ingekort.

#### 10. Evaluatie

De gehele klachtenregeling wordt 2 jaar na inwerkingtreding geëvalueerd. De evaluatie loopt parallel aan de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012.

Getoetst wordt op de tevredenheid van aanbestedende diensten en ondernemers over de klachtenregeling. Voor zover mogelijk wordt ook nagegaan of de doelen die bij de klachtenregeling voor ogen stonden, zijn bereikt.

## Bijlage 1

### Voorgeschiedenis

Uit de consultatie (2009) van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 2012 bleek dat de meningen van partijen uiteen lopen als het gaat om klachtafhandeling. Belanghebbenden werd toen gevraagd hoe zij tegen een centraal klachtenloket bij aanbesteden voor en door ondernemers aankeken. Aanbestedende diensten reageerden terughoudend. Zij zagen meer in een interne klachtenprocedure binnen de aanbestedingsprocedure. Sommigen zagen echter wel toegevoegde waarde, daar waar het kan bijdragen aan een verbetering van de professionaliteit van beide kanten. Ondernemers konden zich over het algemeen vinden in de oprichting van een centraal klachtenloket mits de bestaande branche initiatieven hun werk kunnen blijven doen.

In 2009 heeft de Raad van Advies onder leiding van de heer mr. Willem Stevens een advies inzake nieuwe Aanbestedingswet en flankerend beleid uitgebracht aan de minister van Economische Zaken. De Raad gaf in overweging om een door ondernemers opgezet centraal loket te ondersteunen, zonder bestaande initiatieven aan te tasten. Dit centrale loket kan tijdens de aanbestedingsprocedure fungeren als klachtencentrum. Snelheid en slagvaardigheid zijn daarbij van groot belang. Voor de fase na de aanbestedingsprocedure adviseerde de Raad te komen tot een instituut van onafhankelijke en gezaghebbende geschillenbemiddeling vooralsnog zonder juridisch bindende status. Naar de mening van de Raad kan een dergelijk instituut via zijn bemiddeling een groot aantal problemen tijdens aanbestedingen en juridische procedures voorkomen. Tevens worden op deze wijze best practices geformuleerd ter verbetering van aanbestedingsprocessen in de toekomst. In de sector 'werken' functioneert de Stichting Bouwreflectie naar tevredenheid. De Raad benadrukte belang en noodzaak van betrokkenheid van overheidsopdrachtgevers en ondernemers om dit initiatief succesvol vorm te geven. De Raad gaf in overweging om met vertegenwoordigers van overheidsopdrachtgevers (procedure-) afspraken te maken over het tijdig en snel in behandeling nemen van klachten die door het centrale loket na zorgvuldige filtering worden aangebracht.

Op basis van het advies van de Raad van Advies en de reacties op de consultatie is de Memorie van Toelichting van het wetsvoorstel Aanbestedingswet 2012 aangepast op het punt van klachtafhandeling. Aangekondigd is dat het ministerie van EZ het initiatief gaat nemen om klachtafhandeling te verbeteren door:

1. met partijen een standaard 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;
3. in overleg met ondernemers te bekijken of ondernemers kunnen worden ondersteund bij het opzetten van een aanbestedingsloket dat de functie heeft van een algemeen adviescentrum.

De initiatieven dienen niet alleen bij te dragen aan betere communicatie tussen partijen, maar ook bij te dragen aan verdere professionalisering van partijen en meer uniformering van de aanbestedingspraktijk. Uiteindelijk is het de bedoeling dat de standaard klachtenregeling in de praktijk door een groot aantal aanbestedende diensten wordt overgenomen en toegepast. De Commissie van Aanbestedingsexperts moet in de praktijk bijdragen aan meer onderling begrip tussen partijen en verdere professionalisering van partijen.

Het advies dat het klachtenmeldpunt uitbrengt op basis van de standaard klachtenregeling valt onder een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling (uitzonderingsbepaling artikel 8:3 Awb). Bezwaar en beroep op basis van de Awb is dan niet mogelijk.

## Bijlage 2

### Samenstelling van de schrijfgroep

#### Voorzitter

Mr. Peter Lampe, oud-president rechtbank Maastricht, oud-voorzitter Raad van Arbitrage voor de Bouw.

#### Leden

Mr. Margreet van Deurzen, Stichting Marktwerking Installatietechniek (SMI) en Uneto-VNI

Mr. drs. Joost Fijneman, Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw en Infra, Bouwend Nederland

Mr. Peter van Schelven, Nederland ICT

Mr. ing. Charles Petit, Ministerie van Infrastructuur en Milieu, Rijkswaterstaat

Ir. Xandra van Lipzig, gemeente Apeldoorn, lid Ambtelijke Commissie Inkopen & Aanbesteden VNG

#### Secretariaat

Mr. Aimée Verhulsdonck, Ministerie van Economische Zaken

Mr. Michiel van Dijk, Ministerie van Economische Zaken

Mr. Sander van Sluis, Ministerie van Economische Zaken