

Bijlage B: Klachtafhandeling bij aanbesteden

Deel 1: Klachtenregeling Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek (NWO)

1.1 Inleiding

1.1.1 Klachtenmeldpunt en klachtenregeling

In het kader van een aanbestedingsprocedure kan het voorkomen dat tussen NWO en ondernemers ontevredenheid ontstaat over hoe door partijen in de aanbestedingsprocedure gehandeld wordt. Dit kan leiden tot een klacht. Om een laagdrempelige, snelle en zorgvuldige behandeling van klachten te waarborgen heeft NWO een klachtenmeldpunt ingesteld, dat te bereiken is per e-mail: aanbestedingsklachten@nwo.nl. NWO vermeldt bij elke aanbesteding in de aanbestedingsstukken waar en op welke wijze ondernemers een klacht kunnen indienen.

Het klachtenmeldpunt van NWO bij aanbesteden wordt gevormd door drie op ad hoc-basis door de Directeur Bedrijfsvoering aan te wijzen medewerkers van NWO, die niet betrokken zijn (geweest) bij de aanbesteding waarop de klacht betrekking heeft en waarvan ten minste één persoon jurist(e) is.

Het meldpunt behandelt klachten zoals beschreven in deze klachtenregeling. Deze klachtenregeling is gebaseerd op het document 'Klachtafhandeling bij aanbesteden', definitieve versie 2013, opgesteld door het Ministerie van Economische Zaken.

De onderhavige klachtenregeling is van toepassing op:

- de behandeling van klachten van ondernemers door NWO;
- de behandeling van klachten van NWO door de ondernemer op wie de klacht betrekking heeft.

De klachtenregeling kan door NWO-I van toepassing worden verklaard op aanbestedingen die NWO-I zelfstandig of gezamenlijk met NWO uitvoert.

1.1.2 Verschil tussen vragen en klachten

Deze klachtenregeling is niet bedoeld als alternatief voor de procedure voor de beantwoording van vragen, zoals opgenomen in de aanbestedingsdocumenten. Een vraag is een verzoek tot het verkrijgen van een inlichting, gericht op verduidelijking. Vragen dienen te worden gesteld en worden beantwoord op de wijze zoals beschreven in de aanbestedingsdocumenten.

1.1.3 Algemene wet bestuursrecht (Awb)

Deze klachtenregeling 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 daarvoor werken.

Daaronder vallen onder andere gedragingen op het terrein van aanbesteden. NWO is een bestuursorgaan op grond van artikel 1.1 lid 1a Awb jo. artikel 2 Wet NWO.

1.1.4 Kortgeding

Een ondernemer kan te allen tijde, ook als hij/zij een klacht heeft ingediend, naar de rechter stappen om de kwestie in kort geding te beslechten. De afhandeling van een al ingediende klacht zal in de regel door NWO opgeschort worden tot na de uitspraak van de rechter, maar NWO is daar niet toe verplicht.

1.2 Klachten van ondernemers over NWO

1.2.1 Reikwijdte

Klachten hebben betrekking op aspecten van aanbestedingen die binnen de werking van de Aanbestedingswet 2012, of zoals nadien gewijzigd, vallen. De aanbestedingen kunnen Europees of nationaal zijn. Onder nationale aanbestedingen worden ook meervoudige onderhandse aanbestedingen begrepen. Klachten kunnen niet gaan over het inkoop- en aanbestedingsbeleid van NWO in het algemeen.

1.2.2 Wie kan een klacht indienen?

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

- geïnteresseerde ondernemers;
- (potentiële) inschrijvers en gegadigden;
- onderaannemers van (potentiële) inschrijvers en gegadigden, voor zover de klacht geen betrekking heeft op de relatie tussen de hoofdaannemer en de onderaannemer;
- brancheorganisaties en branche gerelateerde adviescentra van ondernemers.

Het is niet toegestaan anoniem een klacht in te dienen. Wel kan een brancheorganisatie op eigen titel bezwaren, die bij een of meer ondernemers van de branche leven met betrekking tot een specifieke aanbesteding, als klacht indienen.

1.2.3 De stappen van de klachtenprocedure

a. De ondernemer dient zijn klacht schriftelijk, per e-mail, in bij het klachtenmeldpunt: klachtenmeldpunt@nwo.nl. In deze schriftelijke klacht vermeldt hij/zij dat het een klacht betreft, waarover hij klaagt, een motivering van de klacht en hoe 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 vermeld dat NWO er van uitgaat dat de ondernemer kiest voor een afhandeling volgens deze klachtenregeling. Ook wordt vermeld dat de ondernemer kan verzoeken de klachtenprocedure in de zin van titel 9.1 van de Awb toe te passen. In dat geval zal NWO de klacht behandelen conform de Awb en is de onderhavige klachtenregeling slechts van toepassing, voor zover die in overeenstemming is met de klachtenprocedure in de zin van de Awb. NWO is vrij om al dan niet te besluiten tot opschorting van de aanbestedingsprocedure. Indien wordt besloten tot opschorting, laat het klachtenmeldpunt dat zo spoedig mogelijk weten aan de klager en de overige bij de aanbesteding betrokken ondernemers.

c. Het klachtenmeldpunt onderzoekt, zo nodig aan de hand van door de ondernemer en NWO aanvullend verstrekte gegevens, of de klacht terecht is. Het klachtenmeldpunt begint zo spoedig mogelijk na ontvangst van de klacht met dit onderzoek, zet dit voortvarend voort en houdt daarbij rekening met de planning van de aanbestedingsprocedure. Het klachtenmeldpunt brengt advies uit aan de portefeuillehouder Bedrijfsvoering en Financiën van NWO, die bevoegd is

namens NWO te beslissen op de klacht (art. 2.2.3 en 2.2.4 NWO Bevoegdhedenregeling 2017).

d. Het klachtenmeldpunt kan de klacht ambtshalve of op verzoek van de ondernemer of de aanbestedende dienst, vóórdat daarop door NWO wordt beslist, voor bemiddeling of advies voorleggen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts.

e. Als NWO haar beslissing op de klacht aan de ondernemer heeft laten weten, of als NWO nalaat om binnen een redelijke termijn op de klacht te reageren, dan kan een klager de klacht aan de Commissie van Aanbestedingsexperts voorleggen.

f. NWO Het deelt de beslissing die zij neemt na het onderzoek door het klachtenmeldpunt zo spoedig mogelijk schriftelijk of per email mee aan de ondernemer. NWO voegt het advies van het klachtenmeldpunt bij de schriftelijke bevindingen van het onderzoek naar de klacht. Tegen deze bevindingen en tegen de beslissing op de klacht staat geen bezwaar of beroep open. Ook de andere inschrijvers worden op de hoogte gesteld. Afhankelijk van de fase in de aanbestedingsprocedure kan NWO de overige bij de aanbesteding betrokken ondernemers gelijktijdig met de indiener van de klacht op de hoogte stellen, bijvoorbeeld in een nota van inlichtingen, over eventueel naar aanleiding van de klacht te nemen maatregelen. Dit om bevoordeling van partijen te voorkomen. Als de ondernemer die de klacht heeft ingediend daarom verzoekt en een gerechtvaardigd commercieel belang heeft bij vertrouwelijkheid, kan de klacht vertrouwelijk worden behandeld. Vertrouwelijke informatie wordt niet aan de overige bij de aanbesteding betrokken ondernemers verstrekt.

g. Als NWO aan de ondernemer heeft laten weten hoe zij de klacht adresseert, of als NWO 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.

1.3 Klacht van NWO over een ondernemer

a. Als NWO met betrekking tot een aanbesteding een klacht over het gedrag of een gedraging van een ondernemer heeft, kan NWO die klacht indienen bij die ondernemer. De ondernemer bevestigt de ontvangst van de klacht per omgaande. De ondernemer bestudeert de klacht met spoed en laat NWO gemotiveerd weten wat zijn reactie is op de klacht.

b. Indien de reactie van de ondernemer daar aanleiding toe geeft, of als de ondernemer nalaat om binnen een redelijke termijn op de klacht van NWO te reageren, dan kan NWO de klacht aan de Commissie van Aanbestedingsexperts voorleggen.

Deel 2: Commissie van Aanbestedingsexperts

2.1 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 zitten 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.

2.2 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.

2.3 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 overheidssfeer),
- 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.

2.4 Randvoorwaarden

De voorzitter, de vice-voorzitter 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 geborgd worden.

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

2.5 Ondersteuning van de Commissie en rol van het secretariaat

De Commissie van Aanbestedingsexperts 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.

2.6 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 behandelingen 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.

2.7 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 paragraaf 1.2.3 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.

2.8 Wijze van behandeling van een klacht door 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.

2.9 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.