

Position paper rondetafelgesprek – wijziging van de Aanbestedingswet 2012

mr. dr. B. Braat, advocaat/partner bij Dentons Europe LLP

Geachte leden van de vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede Kamer, geachte genodigden,

INLEIDING EN KADERS

In Nederland wordt ondernemers een redelijke mate van rechtsbescherming geboden, met kwalitatief goede rechters en – in de regel – voortvarende procedures. Het wetsvoorstel ‘Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 (het “**Wetsvoorstel**”)¹ tracht die rechtsbescherming verder te verbeteren, maar besteedt weinig aandacht aan belangrijke problemen in de praktijk. Die problemen worden in het volgende geschetst met enkele belangrijke kanttekeningen bij het Wetsvoorstel van mijn zijde:

1. de bestaande informatie- en bewijsasymmetrie in aanbestedingsgeschillen en de daaruit volgende toetsingsmogelijkheden door de kortgedingrechter;
2. de (on)mogelijkheid tot hoger beroep in aanbestedingsgeschillen.

Vervolgens bespreek ik beknopt enkele overige onderdelen in het Wetsvoorstel en sluit ik af.

1 DE BESTAANDE INFORMATIE- EN BEWIJSASYMMETRIE IN AANBESTEDINGSGESCHILLEN

In Nederland wordt het overgrote deel van de aanbestedingsgeschillen in kort geding beslecht.² De uitspraak in kort geding is in de Nederlandse procespraktijk bij aanbestedingen meestal de enige en definitieve uitspraak op dit gebied.³ Mede hierom is het van wezenlijk belang dat partijen in een vroeg stadium van het kort geding een duidelijk beeld hebben van elkaars standpunten en argumenten, zodat een volledig debat kan plaatsvinden.⁴ Dat is nu niet het geval.

Een eerste oorzaak hiervan is dat aanbesteders een (te) beknopte motivering bieden in hun beslissing. Hoe minder specifiek de aanbesteder is in de motivering, hoe moeilijker het is om deze te controleren.⁵ In dit kader betekent de aanscherping van de motiveringsplicht bij afwijzingen, uitsluitingen en gunningsbeslissingen (wat terecht in het Wetsvoorstel is opgenomen) een verbetering voor de positie van ondernemers.

Een tweede (en belangrijker) oorzaak van de ongelijkheid tussen de klagende inschrijver en de aanbesteder is de proceshouding van (sommige) aanbesteders om voorafgaand aan een zitting in kort geding geen conclusie van antwoord in te dienen. Als gevolg hiervan krijgen zowel de eiser als de voorzieningenrechter pas ter zitting inzicht in de standpunten van de aanbesteder. Dit impliceert dat de eiser ter zitting ter plekke moet reageren op (ook onverwachte) verweren van de aanbesteder. Ruimte voor een toets van de juistheid van de stellingen van de aanbesteder is er zo nagenoeg niet.⁶ Deze ongelijke positie tussen ondernemer en de aanbesteder is een niet door het Wetsvoorstel geadresseerd probleem.⁷ Dit, terwijl een oplossing hiervoor relatief simpel kan worden geboden. Bijvoorbeeld door aanbesteders te verplichten om voor de zitting een conclusie van antwoord in te dienen.⁸ Dit zorgt dat zowel de klagende inschrijver als de rechter voorafgaand aan de zitting bekend is met de belangrijkste argumenten binnen het geschil. Zo kan bij de zitting zelf een eerlijke en inhoudelijke discussie plaatsvinden over wie er gelijk heeft.

Als derde punt merk ik op dat, anders dan in veel andere landen, de geschilbeslechting in Nederland in de regel via de civiele rechter verloopt. De civiele rechter heeft, anders dan in het bestuursrecht, geen inzicht in het volledige dossier en geen actieve en onderzoekende rol en daarmee ook niet de

rol om de ongelijkheid tussen overheid en ondernemer te corrigeren. Dat is een belangrijk verschil. De civiele rechter krijgt dus ook enkel inzage in de stukken die de aanbesteder wil geven en dus niet in het volledige aanbestedingsdossier. Het beperkt de toets in rechte, en daarmee de rechtsbescherming voor klagende partijen. Het Wetsvoorstel lost dit probleem niet op. Met de verplichting voor de aanbesteder het volledige aanbestedingsdossier in ieder geval aan de rechter (eventueel deels vertrouwelijk) te moeten overleggen, kan dit probleem zo mogelijk worden verholpen.

2 DE (ON)MOGELIJKHEID TOT HOGER BEROEP IN AANBESTEDINGSGESCHILLEN

In het huidige Nederlandse systeem heeft een ondernemer na een verloren kort geding in de regel geen mogelijkheid om met een hoger beroep de definitieve gunning te voorkomen, terwijl de aanbesteder wel over deze mogelijkheid beschikt. Daarin zit een duidelijke onevenwichtigheid.⁹ Bovendien ontbreekt zo de gebruikelijke toets in tweede instantie. Dit probleem wordt in de memorie van toelichting weliswaar onderschreven, maar er wordt in verband met de mogelijk ongewenste effecten geen gevolg aan gegeven.¹⁰ Deze ongewenste effecten zien met name op de mogelijke uitloop van een aanbestedingsprocedure. De ervaring leert echter dat zo een hoger beroep in een kort tijdsbestek (binnen enkele maanden) volledig kan worden doorlopen. Het probleem is dus goed te ondervangen, zeker als de aanbesteder de aanbesteding iets eerder opstart. Voor ondernemers betekent dit een wezenlijke verbetering van het systeem. Dit zou met een beperkte verandering van artikel 2.131 van de Aanbestedingswet 2012 aangepast moeten kunnen worden.

3 OVERIGE ONDERDELEN IN HET WETSVORSTEL

Wanneer je als inschrijver een bezwaar hebt tegen de aanbestedingsprocedure, moet je tijdig klagen – doe je dat niet, dan verlies je dit recht om te klagen. Er bestaat nog steeds onduidelijkheid over vanaf welk moment (en bij welk nalaten) deze rechten worden verwerkt.¹¹ Het Wetsvoorstel gaat op dit onderwerp niet in. Het Wetsvoorstel kan met een verduidelijking echter wel een zinvolle bijdrage leveren.¹²

Als laatste punt. De effecten van de verplichte klachtenloketten zijn onzeker. Het is de vraag of deze loketten in staat zullen zijn als objectieve geschilbeslechter op te treden. De Raad van State verzoekt de geschiktheid van de klachtenprocedure nader te motiveren dan wel van dit onderdeel van het Wetsvoorstel af te wijken.¹³ Het Wetsvoorstel zet vanaf het begin in op de rol van deze klachtenloketten. De reden hiervoor is beperkt onderbouwd. Uit de daarna gevoerde consultaties blijkt dat er alternatieve oplossingen zijn waar ondernemers behoefte aan hebben, waaronder de mogelijkheid tot hoger beroep en een verplichte conclusie van antwoord. Deze oplossingen worden nu niet meegenomen.¹⁴ De in dit paper beschreven aanpassingen komen aan de behoeften van ondernemers tegemoet. Zij kunnen zorgen voor een verbetering van de aan hen geboden rechtsbescherming.

Graag licht ik het voorgaande tijdens het rondetafelgesprek op 13 mei 2026 toe.

Hoogachtend,

Bram Braat

8 mei 2026

-
- ¹ *Kamerstukken II 2025/26*, 36 874, nr. 2 (het Wetsvoorstel).
- ² Kwink Groep, *Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk*, 2019, p. 42-43.
- ³ AG Campos Sánchez-Bordona van het Hof van Justitie van de Europese Unie plaatste in 2016 al vraagtekens bij of deze situatie houdbaar is in het kader van de overkoepelende Europese regelgeving: zie concl. AG Campos Sánchez-Bordona 30 juni 2016, ECLI:EU:C:2016:506, punt 79 e.v.
- ⁴ Voor de leesbaarheid wordt in deze schriftelijke inbreng enkel gesproken van de aanbestede, waarmee ook bedoeld is het speciale-sectorbedrijf.
- ⁵ Zie hierover: mr. A.H. Schotman, 'Hoe kan de kortgedingrechter haar rol als rechtsbeschermer in aanbestedingsgeschillen effectiever invullen?', *TAAN* 2018/4, p. 42.
- ⁶ Zie hierover: mr. A.H. Schotman, 'Hoe kan de kortgedingrechter haar rol als rechtsbeschermer in aanbestedingsgeschillen effectiever invullen?', *TAAN* 2018/4, p. 42; zie hierover bijvoorbeeld de reactie op de consultatie van VNO-NCW/MKB-Nederland 27 september p. 4.
- ⁷ Bijlage bij *Kamerstukken II 2025/26* 36 874, nr. 3, p. 14-15 (consultatieverslag).
- ⁸ Dit kan via het Wetsvoorstel maar kan eventueel zelfs via de Gids Proportionaliteit; zie nader: B. Braat & D. van Dooren, 'Het wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden', *TAAN* 2024/5, p. 31.
- ⁹ *Kamerstukken II 2025/26*, 36 874, nr. 3, p. 6-7 (MvT).
- ¹⁰ *Kamerstukken II 2025/26*, 36 874, nr. 3, p. 10 (MvT).
- ¹¹ Bijlage bij *Kamerstukken II 2025/26* 36 874, nr. 3, p. 8 (consultatieverslag); zie ook: Parlement & Wetenschap, *Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de versterking van de rechtsbescherming bij aanbesteden (36 874)*, 2026, p. 4-5.
- ¹² Zie ook Kwink Groep, *Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk*, 2019, p. 5, 56-57.
- ¹³ *Kamerstukken II 2025/26*, 36 874, nr. 4, p. 11-12 (advies RvS).
- ¹⁴ Bijlage bij *Kamerstukken II 2025/26* 36 874, nr. 3, p. 14-15 (consultatieverslag).