

No. W18.25.00018/IV

's-Gravenhage, 11 juni 2025

Bij Kabinetsmissive van 30 januari 2025, no.2025000171, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de versterking van de rechtsbescherming bij aanbesteden, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel wijzigt de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) en beoogt, kort gezegd, de rechtsbescherming van ondernemers die meedingen in aanbestedingsprocedures, of die daarin geïnteresseerd zijn, te verbeteren. Het voorstel bevat wijzigingen in het stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures, opdat ondernemers problemen die zij ervaren bij zulke procedures op een laagdrempelige manier kunnen aankaarten, inhoudelijk kunnen laten beoordelen en kunnen zien dat problemen op professionele wijze worden opgepakt.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert de effectiviteit van de voorgestelde maatregelen en de mate waarin deze maatregelen de balans tussen belangen binnen de aanbestedingsprocedure veranderen, nader te motiveren. Deze motivering is nodig omdat niet inzichtelijk is dat de voorgestelde maatregelen de geconstateerde problemen daadwerkelijk oplossen en daarmee de rechtsbescherming voor ondernemers wordt vergroot. Daarnaast adviseert zij de noodzaak, geschiktheid en uitvoerbaarheid van de introductie van gedetailleerd vormgegeven en wettelijk voorgeschreven klachtenprocedures in de toelichting nader te motiveren.

Ten slotte maakt zij opmerkingen over de maatregelen die ten aanzien van de Commissie van Aanbestedingsexperts worden voorgesteld. In het wetsvoorstel wordt de positie van deze commissie versterkt, maar in de toelichting wordt op essentiële onderdelen geen nadere uitwerking gegeven van de gedane

AAN DE KONING

voorstellen. Zonder een toereikende motivering is dit onderdeel van het voorstel van onvoldoende basis voorzien en dient van dit onderdeel van het wetsvoorstel te worden afgezien.

1. Aanleiding en inhoud van het voorstel

Het wetsvoorstel is gebaseerd op onderzoek naar de rechtsbescherming van gegadigden en inschrijvers in aanbestedingsprocedures. Zowel het functioneren van de reguliere rechtsbescherming als de bestaande klachtenloketten en de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE) zijn onderzocht. Uit dit onderzoek blijkt dat gegadigden en inschrijvers de rechtsbescherming als onvoldoende ervaren.¹ In de toelichting wordt de gesignaleerde problematiek uitgebreid beschreven.²

Het voorstel regelt daarom de uitbreiding van de mogelijkheden voor ondernemers³ om op te kunnen komen tegen handelingen en beslissingen van aanbestedende diensten, die mogelijk in strijd zijn met het aanbestedingsrecht. De voorgestelde wijzigingen van de Aw 2012 omvatten onder meer de verplichting voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om een klachtenloket open te stellen. Daar moeten klachten kunnen worden ingediend over ontwerpen van aanbestedingen (zognoemde ontwerpklachten) en over gunnings- en selectiebeslissingen. Aan deze klachtenprocedures en personen die klachten (mogen) afhandelen worden inhoudelijke eisen gesteld. Verder wordt de rol en de positie van de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE) versterkt. Ten slotte wordt de motiveringsplicht bij beslissingen van aanbestedende diensten over uitsluiting van en gunning aan ondernemers aangescherpt.

Het wetsvoorstel maakt deel uit van een breder pakket aan maatregelen om rechtsbescherming bij aanbestedingen te verbeteren en aan te vullen. Dit bredere pakket bestaat zowel uit wetgevende als niet-wetgevende maatregelen. Zij zien op de voorbereiding en uitvoering van de aanbestedingsprocedure, de versterking van de klachtenafhandeling, het verbeteren van de toegang tot de rechter voor ondernemers en het versterken van het leereffect bij aanbestedende diensten

¹ 'Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk', Kwink groep, 12 juni 2019, p. 2-4.

² Memorie van Toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.2.1 'Uitkomsten onderzoek'.

³ In navolging van de Memorie van Toelichting bij het voorstel wordt hierna steeds de term 'ondernemers' gebruikt; het gaat om partijen die ofwel inschrijven op een aanbestedingsprocedure, dan wel geïnteresseerd zijn in deelname aan een aanbestedingsprocedure, ook 'gegadigden' genoemd.

door verantwoording en monitoring. Een deel van deze maatregelen is inmiddels uitgevoerd.⁴

De Afdeling onderschrijft dat het hebben van een klachtenloket, een (openbaar beschikbare⁵) klachtenprocedure en eisen aan onafhankelijkheid en deskundigheid van personen die bij klachtafhandeling zijn betrokken, als zodanig kunnen bijdragen aan een betere rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures. Eveneens nuttig zijn een verzwaarde motiveringsplicht voor aanbestedende diensten bij beslissingen over selectie of uitsluiting en het afleggen van publieke verantwoording over klachten en de afloop daarvan door medeoverheden.⁶ Verder is de inrichting van de CvAE bij wet in plaats van in het huidige Instellingsbesluit een verbetering voor diens onafhankelijke positie.

Wel plaatst de Afdeling kanttekeningen bij de effectiviteit en evenredigheid van het voorstel ten aanzien van de daarmee te dienen doelen en belangen (punt 2) en bij de noodzaak om het hebben van een klachtenloket en de klachtprocedure wettelijk voor te schrijven (punt 3a). Voorts heeft de Afdeling opmerkingen bij de geschiktheid van de voorgestelde procedures en de uitvoerbaarheid daarvan door aanbestedende diensten (punt 3b en 3c). Tot slot heeft de Afdeling enkele opmerkingen die betrekking hebben op de Commissie van Aanbestedingsexperts (punt 4).

2. Effectiviteit en evenredigheid

De doelstelling van het wetsvoorstel is om de positie van aanbestedende diensten en het bedrijfsleven bij verschillen van inzicht of conflicten bij aanbestedingen meer in evenwicht te brengen binnen het huidige stelsel van rechtsbescherming.⁷ Hierbij wordt het begrip rechtsbescherming breed opgevat.⁸ Daarvoor is volgens de toelichting versterking van de positie van ondernemers in de aanbestedingsprocedure nodig. Dat wordt bereikt door het voorschrijven van een geschillenregeling in de vorm van een klachtenprocedure.

⁴ Memorie van Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.2.3, 'Nadere uitwerking van de aangekondigde beleidsmaatregelen'. Tabel 1 bevat een statusoverzicht van de maatregelen.

⁵ Het voorstel schrijft openbaarmaking van klachtenprocedures niet voor, maar gaat er impliciet van uit dat die kenbaar worden gemaakt.

⁶ Artikel I, onderdeel E van het wetsvoorstel (artikel 4.27i Aw 2012).

⁷ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.3 'Doelstelling wetsvoorstel'.

⁸ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.1 'Aanleiding'.

De uitkomsten van een klachtenprocedure zijn niet-bindend. Het is namelijk niet de bedoeling dat partijen de mogelijkheid wordt ontnomen om hun geschil voor te leggen aan de civiele rechter: het aanbestedingsrecht blijft een civielrechtelijke aangelegenheid. Met de voorgestelde maatregelen wordt geprobeerd om, aanvullend op de bestaande rechtsbescherming, op een laagdrempelige manier geschillen tussen partijen in de aanbestedingsprocedure op te lossen. De Afdeling heeft begrip voor deze overwegingen, maar is er niet van overtuigd dat het wetsvoorstel, dat ook een hoge mate van detail kent, voldoende effectief zal zijn en niet zelfs een tegengesteld effect teweeg kan brengen.

a. Effectiviteit

Wanneer aanbestedende diensten overheidsopdrachten plaatsen, dienen zij recht te doen aan de beginselen van non-discriminatie, objectiviteit, gelijkheid, transparantie en proportionaliteit.⁹ Deze beginselen hebben tot doel om een balans te brengen in de conflicterende belangen van de aanbestedende diensten en ondernemers. Enerzijds is voor de aanbestedende dienst van belang dat op een zo efficiënt mogelijke wijze de meest geschikte opdrachtnemer wordt geselecteerd. Procedures worden door deze groep en vanuit dat perspectief al snel als knellend ervaren, omdat zij flexibiliteit, keuzevrijheid en een korte doorlooptijd wensen.

Anderzijds strekken openbare aanbestedingen ertoe om zoveel mogelijk een gelijk speelveld op basis van open concurrentie te creëren, om daarmee tegemoet te komen aan de belangen van ondernemers. Vanuit dit perspectief zijn duidelijke, dwingend voorgeschreven regels noodzakelijk om aan deze doelstelling recht te kunnen doen. De uitdaging bij het ontwerpen van een wettelijk kader voor rechtsbescherming is om de verschillende doelstellingen met elkaar te verenigen op een wijze die recht doet aan de betrokken, soms conflicterende, belangen.¹⁰ Vanwege het waarborgen van deze balans is het van belang dat in de toelichting overtuigend wordt onderbouwd dat de te treffen maatregelen effectief zijn.

In de toelichting wordt gesignaleerd dat een groot deel van de door ondernemers ervaren problemen voortkomt uit het 'wij/zij-denken'.¹¹ Ondernemers ervaren een gevoel van ongelijkheid in de uitgangspositie tussen de aanbestedende dienst en

⁹ Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/47.

¹⁰ Zie het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van 18 februari 2010 over het voorstel van wet houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..) ([W10.09.0490/III](#)), punt 3.

¹¹ Memorie van Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.2.1 'Uitkomsten onderzoek', kopje 'Probleem: wij/zij-denken'.

henzelf. Hierover wordt opgemerkt dat dit tot op zekere hoogte inherent is aan de verhouding tussen aanbestedende diensten en ondernemers.¹²

De toelichting gaat niet in op de wijze waarop de voorgestelde maatregelen deze inherente spanning tussen aanbestedende diensten en ondernemers kunnen wegnemen. De rol van aanbestedende diensten als opdrachtgever en de bij de aanbesteding betrokken (economische) belangen blijven immers bestaan, terwijl aanbestedende diensten in het wetsvoorstel juist een grotere rol krijgen in het waarborgen van het ordelijk verloop van de (klachten)procedure.

Daarbij geldt dat zowel de adviezen die in het kader van de klachtenprocedure worden gegeven als de adviezen van de CvAE, niet-bindend blijven. De aanbestedende dienst kan hiervan, mits gemotiveerd, afwijken. In de toelichting wordt niet onderbouwd waarom de adviezen na inwerkingtreding van het voorstel beter zullen worden opgevolgd door aanbestedende diensten. Ook blijft het mogelijk voor aanbestedende diensten om gebruik te maken van rechtsverwerkingsclausules. Het blijft hierdoor onduidelijk of de maatregelen effectief zijn en de doelstelling van het wetsvoorstel wordt bereikt, zonder daarbij de balans tussen de belangen van aanbestedende diensten en ondernemers te verstoren (zie ook de opmerking hierna, onder b).

De Afdeling adviseert in de toelichting de effectiviteit van het wetsvoorstel in het licht van het voorgaande nader te motiveren. Indien die motivering niet kan worden gegeven, dient van (onderdelen van) het wetsvoorstel te worden afgezien.

b. Evenredigheid

Door de introductie van de bedenken- en opschortingstermijnen in het wetsvoorstel wordt bovendien de aanbestedingsprocedure met minimaal 27 dagen verlengd wanneer een ondernemer een klacht indient bij het klachtenloket en daarna een advies vraagt aan de CvAE. Deze termijn is als volgt opgebouwd, zonder daarbij rekening te houden met mogelijke verlengingen of vertragingen in de afzonderlijke stappen.

Een ondernemer moet voordat een klacht bij de CvAE wordt ingediend eerst een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst.¹³ Na de beslissing van het klachtenloket op de klacht, moet de aanbestedende dienst een

¹² Memorie van Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.2.1 'Uitkomsten onderzoek', kopje 'Probleem: wij/zij-denken'.

¹³ Artikel I, onderdeel E van het wetsvoorstel (artikel 4.27a, tweede lid, aanhef en onder a Aw 2012).

bedenktijd van vijf dagen in acht nemen.¹⁴ Als een ondernemer vervolgens een klacht indient bij de CvAE, beslist die commissie binnen drie dagen over de ontvankelijkheid van de klacht.¹⁵

Wanneer de klacht ontvankelijk wordt geacht, schort de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure op na ontvangst van de ontvankelijkheidsbeslissing, tot het moment dat het advies van de CvAE naar de betrokkenen is verzonden.¹⁶ De CvAE dient vervolgens, conform het voorstel, binnen veertien dagen het advies vast te stellen.¹⁷ Na de ontvangst van het advies van de CvAE neemt de aanbestedende dienst een beslissing over de opvolging van het advies. Daarna dient nogmaals een bedenktijd van vijf dagen in acht te worden genomen.¹⁸

Door het wetsvoorstel kan de aanbestedingsprocedure die op dit moment minimaal 40 dagen duurt, voortaan dus minimaal 67 dagen duren. Het is van belang dat de evenredigheid van deze verlenging wordt gemotiveerd.¹⁹ Een dergelijke motivering is in de toelichting niet gegeven.

De Afdeling adviseert in de toelichting nader te motiveren of de voorgestelde bedenken- en beslistermijnen passend zijn in het kader van het evenredigheidsbeginsel, en zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

3. Klachtenloketten en klachtenprocedures

Het wetsvoorstel introduceert de verplichting voor aanbestedende diensten om een klachtenloket te introduceren dat ontwerpklachten en klachten over gunning en selectie moet behandelen. De daarbij te volgen procedures worden gedeeltelijk voorgeschreven en worden ingevuld door zes nieuwe wetsbepalingen. Gedeeltelijk moet deze klachtenprocedures nog verder vorm worden gegeven door aanbestedende diensten zelf: de voorgestelde onderdelen stellen dwingende minimumeisen aan klachtenprocedures. Deze maatregelen moeten een oplossing bieden tegen de onderliggende problematiek, zoals het genoemde “wij/zij-denken”, de geringe impact van de huidige klachtafhandeling

¹⁴ Artikel I, onderdeel E van het wetsvoorstel (artikel 4.26e, tweede lid Aw 2012).

¹⁵ Artikel I, onderdeel E van het wetsvoorstel (artikel 4.27d, aanhef en onder a Aw 2012).

¹⁶ Artikel I, onderdeel E van het wetsvoorstel (artikel 4.27e, tweede lid Aw 2012).

¹⁷ Artikel I, onderdeel E van het wetsvoorstel (artikel 4.27d, aanhef en onder b Aw 2012).

¹⁸ Artikel I, onderdeel E van het wetsvoorstel (artikel 4.27g, eerste lid Aw 2012).

¹⁹ HvJ EG 16 december 2008, C-213/07 ([Michaniki](#)), ECLI:EU:C:2008:731, punt 48 en later HvJ EU 26-09-2024, C-403/23 ([Luxone](#)), ECLI:EU:C:2024:805, punt 55.

en een te stringente toepassing van rechtsverwerkingsclausules door aanbestedende diensten.²⁰

a. Noodzaak wettelijke regeling loket en procedure

In de toelichting bij het voorstel wordt gesteld dat het inzetten op meer niet-wettelijk verplichte instrumenten om klachtenprocedures op te zetten en in te richten, bijvoorbeeld door middel van voorlichting en handreikingen, teveel beleidsvrijheid laat aan aanbestedende diensten. Die werkwijze zou onvoldoende waarborgen bieden voor ondernemers.²¹

Uit onderzoek blijkt echter dat een aanzienlijk deel van de aanbestedende diensten op dit moment al op vrijwillige basis over een klachtenloket beschikt.²² Ook blijkt dat het aantal klachten dat daar wordt ingediend bescheiden is.²³ Dit roept allereerst de vraag op of er in de praktijk wel behoefte is aan extra of nader gereguleerde klachtmogelijkheden, maar ook de vraag of een wettelijke regeling op dit moment wel noodzakelijk is.

Er zijn inmiddels ook andere inspanningen verricht om de uitrol van klachtenloketten te vervolledigen.²⁴ Naar het resultaat van die inspanningen wordt nader onderzoek gedaan, maar de resultaten daarvan zijn nog niet beschikbaar.²⁵ Om te kunnen beoordelen of het wettelijk verplicht stellen van klachtmogelijkheden een noodzakelijk en geschikt middel is voor het oplossen van de gesignaleerde problemen, is het inzicht dat dat onderzoek kan bieden wel nodig.

²⁰ Rechtsverwerkingsclausules zijn mogelijk op basis van het arrest-*Grossmann*. Een aanbestedende dienst kan daarin bepalen dat een ondernemer die niet tijdig klaagt over een aanbesteding zijn recht verliest om een rechtszaak aan te spannen bij de civiele rechter. HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02, ([Grossmann](#)), ECLI:EU:C:2004:93.

²¹ Memorie van toelichting, algemeen deel, paragraaf 2.4, 'Noodzaak en instrumentkeuze'.

²² Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk, Kwink groep, 12 juni 2019, paragraaf 4.1, p. 31. Van de onderzochte groep aanbestedende diensten beschikte 82% over een klachtmogelijkheid.

²³ Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk, Kwink groep, 12 juni 2019, p. 3, punt 1c en paragraaf 3.3, p. 27.

²⁴ Memorie van Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.2.3, 'Nadere uitwerking van de aangekondigde beleidsmaatregelen', Tabel 1, eerste rij onder het kopje 'Klachtafhandeling.'

²⁵ Memorie van Toelichting, Algemeen deel, paragraaf 2.2.4, 'Uitvoering van de beleidsmaatregelen,' laatste alinea. De nulmeting daarvan is reeds gestart: zie de [Vragenlijst klachtafhandeling bij aanbestedende diensten | TenderNed](#) (gecontroleerd op 22 mei 2025).

Van belang is een antwoord op onder meer de volgende vragen: bij welke typen aanbestedende dienst ontbreekt het nog aan klachtenloketten en waarom is dat zo? Zit het probleem wellicht bij bepaalde soorten aanbestedende diensten? Is het voorstel voor alle (soorten) betrokken aanbestedende diensten uitvoerbaar? Zonder motivering op basis van antwoorden op deze vragen is de noodzaak van een wettelijk voorgeschreven regeling moeilijk aan te tonen.

Uit de toelichting op het wetsvoorstel blijkt ook niet of onderzocht is of het verder stimuleren of aanpassen van de bestaande (of aanvullende) instrumenten die niet wettelijk worden voorgeschreven, niet even geschikt of geschikter is dan een wettelijke regeling.²⁶ Er wordt enkel benoemd dat niet wettelijk voorgeschreven instrumenten zoals voorlichting en handreikingen teveel beleidsvrijheid laten aan aanbestedende diensten. Partijen lijken echter bereid om op dit punt verantwoordelijkheid te nemen, getuige het aantal aanbestedende diensten dat, ook zonder wettelijk plicht daartoe, een klachtenloket heeft ingericht.²⁷

Niet wettelijk voorgeschreven instrumenten zijn, mede blijkens onderzoek uit 2019, juist een effectieve methode gebleken om zonder wettelijk ingrijpen verbeteringen in de aanbestedingsprocedure aan te brengen.²⁸ In 2022 is de Handreiking Klachtafhandeling bij Aanbesteden²⁹ geïntroduceerd als vervanging van een sinds 2013 geldend advies.

Ook de Gids Proportionaliteit is pas in 2022 aangevuld met een paragraaf³⁰ over proportionaliteit van klachtafhandeling. Daarin wordt aandacht besteed aan de wenselijkheid van het hebben van een klachtenloket en de proportionele inzet van rechtsverwerkingsclausules. Het onderzoek naar de huidige stand van zaken omtrent klachtenloketten, waaruit mede het effect van deze twee recente ontwikkelingen blijkt, wordt verricht maar moet nog worden afgerond en openbaar worden gemaakt.

²⁶ Zie aanwijzing 2.5 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving. Zelfregulering moet als optie worden onderzocht alvorens wetgevende maatregelen worden overwogen.

²⁷ Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk, Kwink groep, 12 juni 2019, paragraaf 4.1, p. 31. Van de onderzochte groep aanbestedende diensten beschikte 82% over een klachtmogelijkheid.

²⁸ Kamerstukken II, 2024/25, 26 485/34 252, nr. 450, p. 4-5 en p. 7. Zowel het programma 'Beter Aanbesteden' als de Gids Proportionaliteit zijn succesvolle middelen gebleken om partijen te beïnvloeden. Ook de 'Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden' (Pianoo, januari 2022) heeft voor veel partijen als voorbeeld gediend.

²⁹ Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden, Pianoo, januari 2022, op: <https://www.pianoo.nl/nl/document/19882/handreiking-klachtafhandeling-bij-aanbesteden>).

³⁰ Paragraaf 4.4 'Proportionaliteit van klachtafhandeling' op p. 70.

De Afdeling adviseert de resultaten van het nader onderzoek naar de effecten van niet wettelijk voorgeschreven maatregelen te betrekken in de motivering van de noodzaak van een wettelijke regeling. Indien blijkt dat niet-wetgevende maatregelen in de praktijk voldoende effect sorteren, dient dit onderdeel van het voorstel te worden heroverwogen.

Onverminderd het voorgaande gaat de Afdeling hierna ook in op enkele andere aspecten van de voorgestelde klachtenloketten en -procedures.

b. *Geschiktheid van de voorgestelde procedures*

Als duidelijk wordt wat de oorzaak is van het ontbreken van klachtenloketten bij het resterende deel van de aanbestedende diensten, dan is de vervolgvraag of de gekozen invulling van de klachtenprocedures bijdraagt aan de oplossing van de onderliggende problematiek. De voorgestelde uitbreiding van de klachtmogelijkheden³¹ is enerzijds aan veel regels met een vrij hoge mate van detail en complexiteit gebonden maar laat anderzijds ook ruimte aan aanbestedende diensten om de klachtenprocedure nader in te vullen.³²

Het is de vraag of hiermee tegemoet wordt gekomen aan de wens om het ervaren 'wij/zij-denken' bij ondernemers weg te nemen en om de bezwaren tegen rechtsverwerkingsclausules weg te nemen. Juist de contentieuze delen van de aanbestedingsprocedure worden uitgebreid en gejuridiseerd: dat kan leiden tot de-escalatie van conflicten, maar juist ook tot een verbeterd juridische strijd vanaf het begin – vanaf het stellen van een vraag in de inlichtingenfase. Daarnaast wordt de doorlooptijd van procedures potentieel langer³³ en daarmee potentieel conflictopwekkend.

³¹ Aan de bestaande mogelijke (klacht- en rechtsgangen worden er drie toegevoegd (twee bij het klachtenloket, met verplichting om eerst inlichtingen te vragen bij de aanbestedende dienst, en één bij de CvAE) waarbij een aantal aanbestedingsprocedure tegelijk wordt uitgezonderd van het klachtrecht (voorgesteld artikel 4.26c van de Aw 2012 2012). Het bestaande stelsel is overigens al complex: Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk, Kwink groep, 12 juni 2019, p. 19-20 en hoofdstuk 6.

³² Consultatieverslag wetvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden, versie 3 december 2024, paragraaf 5.1, met name op het gebied van termijnen. Zie ook de gezamenlijke reactie IPO, UvW en VNG aan het Ministerie van EZK, 'Formele reactie op wetsvoorstel Rechtsbescherming bij aanbesteden', 15 april 2024, kenmerk DGED-MC / 41068249, Bijlage I, p. 1, die op zijn beurt verwijst naar: 'Uitvoeringslasten wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden – Eindrapport,' Panteia, 2023.

³³ In ieder geval wanneer gebruik wordt gemaakt van één of meer van de voorgestelde klachtmogelijkheden: zie voor een rekenvoorbeeld ook paragraaf 2 hiervóór.

De Afdeling adviseert om de geschiktheid van de voorgestelde klachtenprocedures nader te motiveren. Indien de geschiktheid niet kan worden gemotiveerd, dient van dit onderdeel van het voorstel te worden afgezien.

c. *Uitvoerbaarheid van de procedures zoals voorgesteld*

De inzet die de uitvoering van het voorstel vergt van de partijen die tot op heden geen klachtenprocedure hebben, is niet inzichtelijk. Juist de uitvoerbaarheid voor bijvoorbeeld inkooporganisaties en andere publiekrechtelijke instellingen is niet helder.³⁴ De consultatiereacties bevatten slechts enkele reacties van dit type aanbestedende diensten.³⁵ Deze doelgroepen lijken tot op heden niet goed in kaart gebracht.

In de toelichting bij het voorstel ontbreekt een motivering dat het voorstel voor alle partijen uitvoerbaar en doenbaar is en dat met minder gedetailleerde klachtenprocedures niet hetzelfde resultaat kan worden bereikt.

De Afdeling adviseert om alsnog uitvoeringstoetsen te laten verrichten door (representatieve groepen van) verschillende typen aanbestedende diensten en die toetsen te betrekken in een nadere onderbouwing van het voorstel.

4. Commissie van Aanbestedingsexperts

Het voorstel bevat bepalingen die de rol en de positie van de CvAE beogen te versterken. Het gaat om de versterking van de wettelijke grondslag van die instelling en de mogelijkheid om klachten over ontwerpen van aanbestedingen in 'hoger beroep' (na afhandeling door een klachtenloket van een aanbestedende dienst), bij de CvAE in te dienen. Verder worden de procedures voor het indienen en de behandeling van klachten bij de CvAE nader uitgewerkt in het voorstel. Haar rol als klachteninstantie wordt beperkt tot het behandelen van ontwerpklachten. De Afdeling maakt opmerkingen over de wijze waarop de uitvoerbaarheid is gewaarborgd en de grondslag, onafhankelijkheid en oprichtingseisen zijn geregeld.

a. *Uitvoerbaarheid en financiële gevolgen*

Uit de toelichting blijkt dat in de aanloop naar de wetswijziging zal worden bezien wat nodig is om de CvAE in staat te stellen om de nieuwe rol, na inwerkingtreding

³⁴ Het rapport 'Uitvoeringslasten wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden – Eindrapport,' Panteia, 2023 maakt (in paragraaf 2.6) geen helder onderscheid tussen bepaald typen aanbestedende diensten; de uitvoeringkracht daarvan kan uiteenlopen.

³⁵ Van de 52 openbare reacties waren er vier afkomstig van publiekrechtelijke instellingen (Coöperatie SURF, UMC Utrecht, Universiteit Utrecht en de Koninklijke Bibliotheek).

van het wetsvoorstel, op een goede manier in te vullen.³⁶ Verder kan uit de toelichting worden opgemaakt dat aan de CvAE niet is gevraagd een uitvoeringstoets uit te brengen, of dat haar verzocht is een consultatiereactie te geven op het wetsvoorstel.

Dit had wel voor de hand gelegen gezien de eerder geuite zorgen van de CvAE over de uitvoerbaarheid van het voorstel, die in de toelichting niet zijn geadresseerd. Na de in 2021 uitgebrachte Kamerbrief waarin de maatregelen om de rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht te verbeteren,³⁷ heeft de CvAE in haar Negende periodieke rapportage aangegeven dat het behandelen van klachten binnen veertien dagen niet mogelijk is binnen de huidige capaciteit.

Daarnaast geeft zij aan dat het afhankelijk van meerdere omstandigheden is of klachten binnen het korte tijdsbestek van veertien dagen kunnen worden behandeld. Hierbij spelen verschillende factoren mee, zoals de beknoptheid van de klacht, het aantal deelklachten of klachtonderdelen, de compleetheid van het dossier en de uitgebreidheid daarvan, de beschikbaarheid van het standpunt van de aanbestedende dienst en de werklast.³⁸

Gelet op de ingrijpende wijziging die dit wetsvoorstel voor de werkwijze van de CvAE zal hebben, is voorafgaand inzicht in de uitvoerbaarheid van het voorstel voor de CvAE noodzakelijk.³⁹

Daarbij dient in de toelichting ook inzichtelijk te worden gemaakt welke financiële consequenties de uitbreiding van de taken van de CvAE zal hebben voor de begroting van het Ministerie van Economische Zaken.⁴⁰ De maatregelen uit het wetsvoorstel zullen immers tot gevolg hebben dat de capaciteit van de CvAE moet worden uitgebreid om binnen de gestelde termijn een advies vast te stellen. Het is noodzakelijk dat duidelijkheid bestaat over de vraag of voldoende financiële middelen beschikbaar zijn voor de wijzigingen in de procedure bij de CvAE, voordat het wetsvoorstel wordt ingediend bij de Tweede Kamer.

³⁶ Memorie van toelichting, Algemeen deel, paragraaf 3.4.1. 'Procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts'.

³⁷ Kamerstukken II, 2020/21, 34 252, nr. 21.

³⁸ [Negende periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts, 26 april 2022](#), par. 3.3.

³⁹ Zie aanwijzing 2.10 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving en vraag 3.5 van het Beleidskompas.

⁴⁰ Zie artikel 3.1 aanhef en onder c van de Comptabiliteitswet 2016 en aanwijzing 4.45 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving,

De Afdeling adviseert alsnog een uitvoeringstoets te laten verrichten door de CvAE en de uitkomsten daarvan te betrekken in de toelichting. Tevens adviseert zij in de toelichting de financiële gevolgen van het wetsvoorstel inzichtelijk te maken. Daarbij adviseert zij zo nodig het wetsvoorstel aan te passen.

b. Inrichting CvAE en delegatiegrondslag

Op dit moment is de CvAE ingesteld door middel van het Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts.⁴¹ In het instellingsbesluit zijn onder andere de samenstelling, werkwijze en onafhankelijkheid van de commissie geregeld. Het wetsvoorstel wijzigt artikel 4.27. Daarvoor treedt een nieuwe bepaling in werking. In de nieuwe bepaling is geen delegatiegrondslag opgenomen voor het inrichten van de CvAE. Hierdoor komt het Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts te vervallen.⁴²

Nu in het wetsvoorstel geen bepalingen zijn opgenomen over onder meer de inrichting en onafhankelijkheid van de CvAE, moet daarin nog worden voorzien. Daarbij adviseert de Afdeling te overwegen bepalingen over de inrichting, samenstelling en onafhankelijkheid van de CvAE op wetsniveau vast te leggen en andere bepalingen, zoals bijvoorbeeld over het intern functioneren van de CvAE en de invulling van termijnen, bij voorkeur in een algemene maatregel van bestuur. Op die manier bestaat over de hoofdelementen van de governance van en procedure bij de CvAE duidelijkheid, maar kan flexibel worden omgegaan met de uitwerking daarvan.

De Afdeling adviseert het wetsvoorstel en de toelichting op deze punten aan te passen.

c. Rechtsvorm CvAE

Uit de toelichting bij het wetsvoorstel blijkt niet voor welke rechtsvorm is gekozen ten aanzien van de CvAE. Ook in de parlementaire geschiedenis bij de Aw 2012 en het Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts zijn hiervoor geen aanknopingspunten te vinden. Duidelijkheid omtrent de rechtsvorm van de CvAE is echter wel noodzakelijk. Allereerst vanwege de vraag of de commissie voldoende onafhankelijk kan adviseren ten opzichte van de minister van Economische Zaken in het geval zij klachten behandelt over

⁴¹ Besluit van de Minister van Economische Zaken van 4 maart 2013, nr. WJZ / 3008668, tot instelling van de Commissie van Aanbestedingsexperts ([Stcrt. 2013, 6182](#)).

⁴² Zie aanwijzing 6.24 van de Aanwijzingen voor de Regelgeving. Overigens kan conform Aanwijzing 6.8 alleen de grondslag in de uitvoeringsregeling worden gewijzigd of aangevuld indien voor die uitvoeringsregeling een grondslag in de hogere regeling is opgenomen.

aanbestedingsprocedures waarbij het ministerie als aanbestedende dienst betrokken is. Daarnaast is de rechtsvorm van belang om te bepalen in welke mate de minister van Economische Zaken ministerieel verantwoordelijk is voor het handelen van de CvAE. Ten slotte is deze duidelijkheid noodzakelijk om te kunnen vaststellen of de juiste oprichtingsvereisten voor de CvAE zijn gevolgd, zoals de vereisten uit de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen, de Comptabiliteitswet 2016 of het Kader voor stichtingen.⁴³

De Afdeling adviseert in de toelichting de gekozen rechtsvorm van de CvAE te vermelden en daarbij tevens in te gaan op de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister, de onafhankelijkheid van de CvAE ten opzichte van de minister en de vraag of de geldende oprichtingsvereisten zijn gevolgd.

De Afdeling advisering van de Raad van State heeft een aantal bezwaren bij het voorstel en adviseert het voorstel niet bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal in te dienen, tenzij het is aangepast. De vice-president van de Raad van State,

⁴³ Kamerstukken II 2006/07, 25268, nr. 42, [bijlage](#).