

Ministerie van Economische Zaken
en Klimaat

> Retouradres Postbus 20401 2500 EK Den Haag

De Voorzitter van de Tweede Kamer
der Staten-Generaal
Binnenhof 4
2513 AA DEN HAAG

Datum 12 juli 2019
Betreft Rapport onderzoek naar rechtsbescherming bij aanbesteden en
beleidsconclusies

Geachte Voorzitter,

De Nederlandse Aanbestedingswet 2012 streeft naar een goede balans tussen de belangen van de overheid (aanbestedende diensten) en ondernemers (inschrijvers op overheidsopdrachten). Voor de overheid is het van belang dat overheidsgeld doelmatig wordt besteed, voor ondernemers is van belang dat aanbesteden een kans biedt om te concurreren om opdrachten van aanbestedende diensten. De aanbestedingsregels scheppen de voorwaarden om op niet-discriminerende en transparante wijze tot de gunning van een opdracht te komen. Het is belangrijk dat deze regels worden nageleefd, dat ondernemers er vertrouwen in hebben dat de regels nageleefd worden en dat ondernemers, wanneer zij menen dat dit niet het geval is, hier tegenop kunnen komen.

Vanwege het belang van het onderwerp, meerdere moties van uw Kamer en door mij gedane toezeggingen heb ik een uitvoerig onderzoek laten uitvoeren naar de rechtsbescherming bij aanbesteden.¹

Rechtsbescherming is bij uitstek een onderwerp waar de genoemde balans tussen de belangen van aanbestedende diensten en ondernemers moeten zijn geborgd. Zo is het voor aanbestedende diensten – en uiteraard voor winnende ondernemers – van belang dat zij voortgang kunnen maken om een overeenkomst te sluiten, terwijl (verliezende) ondernemers bij het inroepen van rechtsbescherming de mogelijkheid willen hebben om een uitvoerige analyse te laten maken. In deze brief treft u een schets aan van het huidige stelsel van rechtsbescherming, een samenvatting van de onderzoeksresultaten en mijn voorgenomen beleid naar aanleiding van deze onderzoeken. In de bijlagen treft u de onderzoeksrapporten aan.

¹ Deze moties en toezeggingen betreffen: de motie Van den Berg/Graus (Kamerstuk 32440, nr. 107) om te onderzoeken hoe het hoger beroep het beste tot zijn recht kan komen; de motie Van den Berg/Graus (Kamerstuk 32440, nr. 108) om te onderzoeken of de CvAE een grotere rol kan spelen door inhoudelijke toetsing en adviezen; de motie Wörsdörfer (Kamerstuk 32440, nr. 110) om in het onderzoek aandacht te besteden aan private handhaving, de achterstand van inschrijvers in een kort geding en de wenselijkheid van een specialistische rechtbank voor aanbestedingszaken; mijn toezegging tijdens het AO Marktwerking en mededinging d.d. 8 februari 2018 om in het onderzoek alternatieve opties voor arbitrage en de opvolging van adviezen van de CvAE mee te nemen (Kamerstuk 24036, nr. 428); mijn toezegging om de CvAE te evalueren (Kamerstuk 32440, nr. 104); en mijn toezegging om de aanbeveling om naleving van het clusterverbod te bevorderen te betrekken bij het rechtsbeschermingsonderzoek (Kamerstuk 34252, nr. 10).

Chief Economist

Directie Mededinging en
Consumenten

Bezoekadres

Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag

Postadres

Postbus 20401
2500 EK Den Haag

Overheidsidentificatienr

00000001003214369000

T 070 379 8911 (algemeen)

F 070 378 6011 (algemeen)

www.rijksoverheid.nl/ezk

Ons kenmerk

CE-MC / 19085965

Bijlage(n)

1. Rapport Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk
2. Rapport Onderzoek aanbestedingsrechtspraak 2016-2018
3. Notitie toekomstscenario's Commissie van Aanbestedingsexperts

Parallel aan deze brief ontvangt u de resultaten van de zesde periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE).

Huidige stelsel van rechtsbescherming

Rechtsbescherming is relevant wanneer een partij wil opkomen tegen een beslissing of bepaald handelen, omdat hij van mening is dat het aanbestedingsrecht op enigerlei wijze wordt geschonden door de aanbestedende dienst. Er zijn verschillende mogelijkheden, afhankelijk van de fase van de procedure. De eerste mogelijkheid om vragen te stellen of zorgen kenbaar te maken tijdens een lopende procedure zal in het algemeen de vragenronde zijn die deel uitmaakt van elke aanbestedingsprocedure. De aanbestedende dienst beantwoordt de vragen van de ondernemer in de nota van inlichtingen en kan reageren op gemaakte opmerkingen. Als een ondernemer daarover niet tevreden is, of een andere route wenst te belopen, kan deze, in de regel, een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst: het aanspreekpunt binnen (of buiten) de organisatie dat de klacht volgens een klachtenregeling behandelt. Indien de aanbestedende dienst en de ondernemer van mening blijven verschillen over de klacht, kunnen zij daarna terecht bij de CvAE. Deze commissie is in 2013 door de toenmalige Minister van Economische Zaken ingesteld om op laagdrempelige wijze klachten over aanbestedingen af te handelen door middel van niet-bindende adviezen. Tot slot blijft het in alle gevallen mogelijk om naar de burgerlijke rechter te stappen. In de regel is dat, vanwege het spoedeisende belang, de kort geding rechter.

Controle op naleving van de aanbestedingsregels vindt ook buiten het kader van rechtsbescherming plaats. Zo is naleving van de aanbestedingsregels onderdeel van de jaarlijkse accountantscontrole. Dit heeft normaliter geen invloed op een individuele zaak, maar bevordert wel de brede naleving van de regels. Daarnaast is er de mogelijkheid van politieke controle, soms ook op het niveau van een individuele aanbesteding.

Onderzoeksaanpak

De centrale vraag van het rechtsbeschermingsonderzoek luidde: 'Er zijn signalen dat de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbesteden als onvoldoende wordt ervaren in de praktijk. De vraag is hoe het bestaande systeem functioneert en of het wenselijk is wijzigingen aan te brengen.'

Het onderzoek is opgeknipt in twee delen: een onderzoek naar ervaringen, belevingen en verbetermogelijkheden (inclusief de evaluatie van de CvAE) uitgevoerd door KWINK Groep (hierna: Kwink) en een feitenonderzoek naar de rechtspraak en de adviezen van de CvAE over de periode 2016-2018. Kwink heeft de resultaten van het feitenonderzoek naar de rechtspraak en de adviezen in haar rapportage betrokken.

Kwink heeft het onderzoek uitgevoerd door middel van gesprekken met betrokkenen, een enquête onder ondernemers, aanbestedende diensten en experts, besprekingen van resultaten in focusgroepen en aanvullende interviews. Er is een brede toepassing van het begrip rechtsbescherming gehanteerd omdat

onvrede over aanbestedingen ook al kan beginnen tijdens de aanbestedingsprocedure zonder dat er dan nog naar rechtsmiddelen is gegrepen.

Om de resultaten en het voorgenomen beleid te toetsen, is een klankbordgroep ingesteld met vertegenwoordigers van ondernemers en aanbestedende diensten en met experts op het gebied van aanbesteden (een wetenschapper en een advocaat). De leden van de klankbordgroep hebben input kunnen leveren op de formulering van de opdracht, de enquête, de (tussen-)resultaten van de onderzoeken en de beleidsvoornemens.

Resultaten onderzoeken

Uit het onderzoek blijkt dat ondernemers aangeven dat de meerderheid van de aanbestedende diensten zich professioneel opstelt. Hier staat tegenover dat volgens zowel ondernemers als aanbestedende diensten er ook een groep aanbestedende diensten bestaat waarbij dit niet het geval is. Het onderzoek wijst uit dat ondernemers het functioneren van klachtenafhandeling en de rechtsbescherming voor ondernemers in sommige gevallen als onvoldoende ervaren. Ook experts – juristen, adviseurs en wetenschappers – hebben een kritische houding tegenover het functioneren van de klachtenafhandeling en de rechtsbescherming. Aanbestedende diensten zijn daarentegen veel positiever en zijn over het geheel genomen van mening dat de rechtsbescherming voldoende is geregeld.

Het aantal keren dat een klacht wordt ingediend of de gang naar de rechter wordt gemaakt, is beperkt ten opzichte van het aantal aanbestedingsprocedures en de totale waarde van aanbestede opdrachten. Jaarlijks besteden overheden voor zo'n 73 miljard euro aan: het gaat om circa 8000 aanbestedingsprocedures boven de Europese drempel en een veelvoud daarvan onder de drempel. Het aantal klachten en rechtszaken is in verhouding tot deze cijfers zeer beperkt. Gemiddeld zijn er zo'n 140 gepubliceerde rechtelijke uitspraken per jaar en worden zo'n 40 adviezen door de CvAE uitgebracht per jaar. Een optimist zou zeggen dat er weinig te klagen valt, een pessimist zou zeggen dat de drempels om te klagen kennelijk te hoog zijn. Het onderzoek geeft geen verklaring voor deze cijfers, maar schetst een beeld van de ervaringen van ondernemers en aanbestedende diensten.

Volgens zowel ondernemers als aanbestedende diensten komen problemen minder vaak voor wanneer aanbestedende diensten zich er goed van bewust zijn dat inkoop een belangrijke route is om maatschappelijke doelen te verwezenlijken. Daarnaast helpt het als de aanbestedende dienst en ondernemer gedegen kennis hebben van inkopen en de markt. Wanneer dit bewustzijn aanwezig is bij aanbestedende diensten, draagt dit bij aan de kwaliteit van de beantwoording van vragen van ondernemers, worden vaker correcties in de procedure doorgevoerd en wordt beter rekening gehouden met de proportionaliteit. Het uiteindelijke product dat wordt ingekocht en de relatie die wordt aangegaan met de ondernemer zal hierdoor van hogere kwaliteit zijn. Dit is ook in het belang van de aanbestedende dienst.

Het onderzoek biedt daarnaast ook inzicht in een viertal concrete problemen.

Probleem 1: wij/zij-denken

Bij ondernemers bestaat een onderliggend gevoel van ongelijkheid in de uitgangspositie tussen de aanbestedende dienst en de ondernemer. Tot op zekere hoogte is dit inherent aan de relatie opdrachtgever/opdrachtnemer. Er is echter ook sprake van een gevoel dat is gebaseerd op ervaren problemen met de "zachte" vaardigheden en beroepsvaardigheden bij een aanbestedingsprocedure, zoals professionaliteit, transparantie, houding en gedrag. Het kan dan bijvoorbeeld gaan om een niet-gemotiveerd antwoord op een vraag tijdens de vragenronde. Ondernemers maken relatief weinig gebruik van de mogelijkheden tot klachtenafhandeling en rechtsbescherming. Daarbij spelen overwegingen als angst voor reputatieschade; niet-passende termijnen van klachtafhandeling waardoor de beoordeling te laat komt om nog te worden meegenomen in het aanbestedingsproces; en de kosten die gepaard gaan met het formuleren van een goede klacht of het aanspannen van een zaak bij de rechter. Ondernemers schatten de kans dat ze in het gelijk worden gesteld daarnaast laag in.

Probleem 2: geringe impact van klachtenafhandeling

In het huidige stelsel van rechtsbescherming kan een ondernemer met een klacht terecht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst (indien dit aanwezig is) en bij de CvAE.² Kwink stelt vast dat klachtenloketten van aanbestedende diensten verschillen in werkwijzen: veelal zijn loketten volgens de respondenten professioneler naarmate de aanbestedende dienst groter is. Ook de positionering binnen de organisatie loopt uiteen, wat vragen kan oproepen over de onafhankelijkheid. Hoewel het beeld is dat de klachtenafhandeling bij veel aanbestedende diensten goed op orde is, wordt dit toch als te weinig impactvol ervaren. Het blijkt namelijk dat uitspraken in klachtenprocedures van de aanbestedende diensten veelal te laat komen om nog te kunnen worden betrokken in de lopende aanbestedingsprocedure, omdat aanbestedende diensten de procedure niet opschorten. Hierdoor bieden ze geen oplossing voor individuele geschillen.

Tevens volgt uit het onderzoek dat de CvAE een belangrijke rol heeft gespeeld in het teweegbrengen van een leereffect bij ondernemingen en aanbestedende diensten en de professionalisering van de aanbestedingspraktijk. De CvAE constateert in haar zesde rapportage de trend dat het aantal klachten zich stabiliseert en dat de CvAE verhoudingsgewijs steeds minder vaak klachten krijgt waarbij nog kritieke termijnen spelen. Adviezen over deze klachten kunnen dan geen invloed meer hebben op de desbetreffende aanbesteding. De CvAE constateert in gevallen waarbij het advies nog wel invloed kan hebben op de aanbesteding dat aanbestedende diensten in mindere mate bereid zijn aanbestedingsprocedures op te schorten in afwachting van een advies van de CvAE. In het onderzoeksrapport worden ervaringen beschreven dat aanbestedende diensten de adviezen van de CvAE regelmatig naast zich neerleggen. Deze constatering maken dat -ondanks de brede waardering voor expertise van de CvAE en de kwaliteit van de adviezen- de bijdrage van de CvAE aan het oplossen van aanbestedingsklachten beperkt is.

² Op voorwaarde dat eerst een klacht bij de aanbestedende dienst is ingediend, als de aanbestedende dienst een klachtenloket heeft.

Probleem 3: disbalans in toepassing van Grossmann-clausules

De ruimte om in lopende aanbestedingen wijzigingen aan te brengen is beperkt. Wijziging kan er namelijk voor zorgen dat een andere groep ondernemers wordt aangesproken, waardoor de aanbesteding over moet worden gedaan. Het is daardoor wenselijk dat onvolkomenheden in de aanbesteding zo snel mogelijk worden aangekaart door ondernemers en niet worden 'bewaard' tot het moment dat de ondernemer hoort dat zijn offerte niet als beste is beoordeeld. Ter voorkoming van stilzitten hanteren aanbestedende diensten clausules in aanbestedingsdocumenten die bepalen dat wanneer een ondernemer niet tijdig klaagt, hij zijn recht verliest op het aanspannen van een rechtszaak (zogenaamde rechtsverwerking). Deze clausules zijn gebaseerd op het Grossmann-arrest van het Hof van Justitie van de EU.³ Ondernemers ervaren de toepassing van dergelijke clausules als doorgeslagen. Het gaat dan bijvoorbeeld om verlies van recht als voorafgaand aan de inschrijving niet is geklaagd. Dit draagt niet bij aan het gevoel van adequate rechtsbescherming.

Probleem 4: beperkte mogelijkheden voor ondernemer voor hoger beroep

De aanbestedende dienst mag na een voor hem positieve uitspraak in kort geding overgaan tot het sluiten van een contract met de winnaar van de aanbesteding. In de praktijk blijkt dat het voor de verliezende ondernemer weinig nut om een bodemprocedure aan te spannen of in hoger beroep te gaan, aangezien de rechter nauwelijks ruimte heeft om gesloten overeenkomsten te ontbinden. Dit is met name het gevolg van (de interpretatie van) het Xafax-arrest van de Hoge Raad uit 2016.⁴ Hierdoor is rechterlijke toetsing in tweede instantie in de praktijk minder effectief, omdat de ondernemer slechts nog kan procederen om een schadevergoeding. Veel ondernemers willen niet enkel procederen voor een schadevergoeding, omdat het hen gaat om de opdracht. Voor een aanbestedende dienst kan het daarentegen bij een negatieve uitspraak wel nut hebben om in hoger beroep te gaan.

Beleidsconclusies

Het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden bevat verschillende mogelijkheden om rechtsbescherming in te roepen. Ondernemers hebben aanvullend met name behoefte om problemen bij aanbestedingen aan te kunnen kaarten, inhoudelijk te kunnen laten beoordelen en te zien dat problemen op passende wijze worden geadresseerd. Ik wil aan die behoefte tegemoetkomen. Daarbij vind ik het belangrijk om oog te houden voor het belang van aanbestedende diensten om eigenstandig keuzes te kunnen maken en het tijdspad voor hun organisatie en burgers te kunnen bewaken. Ook het belang van de andere inschrijvers (voor gunning) en de winnende ondernemer (na gunning) houd ik in het oog: zij moeten niet onnodig lang in onzekerheid verkeren over de te vergeven opdracht, dan wel de door hen gewonnen opdracht. Gelet op de vier door Kwink geconstateerde problemen, tref ik de volgende zes beleidsmaatregelen. Met deze maatregelen tezamen streef ik naar een situatie waarin bovengenoemde belangen in balans zijn en waarin de rolverdeling tussen

³ Hof van Justitie EU, 12 februari 2004 (C-230/02).

⁴ Xafax-arrest, ECLI:NL:HR:2016:2638.

aanbestedende diensten, klachtenloketten en de rechterlijke macht op de verschillende momenten in een aanbestedingsprocedure duidelijk is.

Maatregel 1: verdere professionalisering aanbestedingspraktijk

Een aanbestedende dienst die zich professioneel opstelt zorgt ervoor dat er constructieve interactie tussen hem en ondernemers is voorafgaand aan het straten van een aanbestedingsprocedure. Dit kan bijdragen aan het overbruggen van het gevoel van wij/zij-denken. Er zijn goede voorbeelden van aanbestedende diensten die deze brug inderdaad weten te slaan. Daarbij denk ik bijvoorbeeld aan de gemeenten Rijssen-Holt en Almere, die door MKB Nederland zijn uitgeroepen tot, respectievelijk, de meest mkb-vriendelijke gemeente en de meest mkb-vriendelijke stad 2018-2019. Goede communicatie tussen aanbestedende dienst en markt is cruciaal om problemen tot beider tevredenheid op te lossen. Ondernemers dragen met een open houding over hun branche bij aan een goede dialoog. Het voeren van een dialoog tussen aanbestedende dienst en ondernemer is een van de kernpunten van de actieagenda Beter Aanbesteden, die zich richt op de professionalisering van de aanbestedingspraktijk.⁵ De actieagenda wordt deze zomer afgerond. Momenteel worden voorbereidingen getroffen voor een vervolg op Beter Aanbesteden. De bestrijding van het wij/zij-denken zal worden meegenomen in de uitwerking van dit vervolg.

Maatregel 2: klachtafhandeling op lokaal niveau maakt het verschil

Aanbestedende diensten moeten zich bewust zijn van hun verantwoordelijkheid om klachten op een professionele manier af te handelen. Een klachtenregeling, waarvan een onafhankelijk loket binnen of buiten de organisatie onderdeel uitmaakt, is een belangrijk instrument om klachten die ondernemers ervaren op een vroeg moment in het aanbestedingsproces te behandelen. Tegelijkertijd houdt een goede klachtenregeling de organisatie scherp en creëert het een laagdrempelige vorm van toezicht. Dit betekent dat elke aanbestedende dienst een klachtenregeling zou moeten hebben, al dan niet in een regionaal samenwerkingsverband. Ik onderzoek op welke wijze klachtenregelingen verplicht kunnen worden gesteld bij aanbestedende diensten. Hierbij kijk ik ook naar manieren voor aanbestedende diensten om gezamenlijk of in regionaal verband klachten af te handelen. Ook zal ik nader bekijken op welke wijze ervoor kan worden gezorgd dat aanbestedende diensten klachten die gegrond zijn bevonden in de eigen klachtenprocedure in de regel ook opvolgen, zonder dat dit leidt tot juridificering of onnodige vertraging van de aanbestedingsprocedure. Ik zal dit in nader overleg met relevante partijen doen.

Voorwaarden voor een professionele klachtenregeling zijn onafhankelijkheid en ruimte om klachten af te handelen. Een professioneel klachtenloket draagt bij aan het verbeteren van de aanbesteding dan wel aan het op transparante wijze motiveren van een gemaakte keuze. Mijn doel is om ervaren verschillen in de klachtenregelingen kleiner te maken. Aspecten die hierbij mijn aandacht hebben zijn uniformering, onafhankelijkheid, regionale samenwerking, termijnen en ruimte voor feedback op de aanbesteding. De concrete uitwerking hiervan zal ik in overleg met betrokken partijen doen. Ik zal hiertoe het bestaande advies

⁵ Kamerstuk 34 252, nr. 4. Zie ook <https://www.piano.nl/nl/regelgeving/aanbestedingswet/beter-aanbesteden>

'Klachtafhandeling bij Aanbesteden' laten actualiseren.⁶ Tot slot wil ik ervoor zorgen dat hierin wordt meegenomen dat publicatie over klachtafhandeling plaatsvindt, bijvoorbeeld via verantwoording aan de gemeenteraad bij jaarverslag klachtafhandeling. Een versteviging en verplichting van de positie van klachtafhandeling moet ertoe leiden dat aanbestedende diensten in een eerder stadium worden geconfronteerd met problemen rondom een aanbesteding en dat deze eerder kunnen worden opgelost.

Maatregel 3: hoger beroep in de Aanbestedingswet 2012

Sinds het Xafax-arrest is duidelijk dat de gronden om een eenmaal gesloten overeenkomst voor een overheidsopdracht aan te tasten beperkt zijn. Om meer ruimte te creëren om impact te hebben op een reeds gesloten overeenkomst, wil ik in hoofdstuk 4 van de Aanbestedingswet 2012 een bepaling opnemen over hoe om te gaan met een bodemprocedure en hoger beroep na een kort geding. In geval van grove schendingen van het aanbestedingsrecht moet het mogelijk worden om in een rechtelijke procedure te eisen dat een reeds gesloten overeenkomst aangetast wordt. Op deze wijze creëer ik meer ruimte voor ondernemers om te kunnen doorprocederen in een bodemprocedure en hoger beroep. Dit draagt ook bij aan het verminderen van het gevoel van ontevredenheid, omdat situaties kunnen worden vermeden waarin iedereen constateert dat de aanbesteding niet goed is verlopen, maar het contract toch in stand blijft. Uiteraard is balans hierbij van groot belang zodat aanbestedende diensten en winnende ondernemers niet constant hoeven te vrezen dat reeds gesloten overeenkomsten worden vernietigd. De bedoeling is de mogelijkheid van aantasting van de overeenkomst te bieden voor de 'zwaardere' gevallen van schending van het aanbestedingsrecht. Met dit voornemen tot wetswijziging geef ik tevens uitvoering aan de motie Van den Berg/Graus (Kamerstuk 32440, nr. 107).

Maatregel 4: een heldere rol voor de CvAE

Onderdeel van het onderzoek vormde de evaluatie van de CvAE. De CvAE is ingesteld om op laagdrempelige wijze met niet-bindende adviezen klachten af te handelen. Daarnaast is het doel van de CvAE om bij te dragen aan de professionalisering van de praktijk en een leereffect bij aanbestedende diensten en ondernemers teweeg te brengen. De conclusie van de evaluatie en het onderzoek is dat de CvAE nu slechts beperkt kan bijdragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten, terwijl ondernemers andere verwachtingen hebben. De beperkte bijdrage aan de oplossing voor aanbestedingsklachten heeft te maken met het gebrek aan bereidwilligheid om de termijn op te schorten of de niet-bindende adviezen op te volgen. Wel is er veel waardering voor de expertise van de CvAE en levert ze een positieve bijdrage aan de professionalisering van de praktijk en het leereffect.

Het is ook de wens van de CvAE zelf om een duidelijkere rol te krijgen. De CvAE heeft een notitie opgesteld met scenario's voor de toekomst. Deze treft u als bijlage bij deze brief. In de notitie van de CvAE beschrijft zij een zestal scenario's die mogelijk zouden zijn voor de toekomst van de CvAE. Deze scenario's variëren

⁶ Kamerstuk 32 440, nr. 81.

van het afschaffen van de CvAE tot aan een uitgebreidere rol van de CvAE door haar bindende adviezen te laten geven of haar te integreren binnen de rechtelijke macht.

Kijkend naar de resultaten van de evaluatie van de CvAE en rekening houdend met de rol die de CvAE in de bredere context van rechtsbeschermingsmogelijkheden, kies ik ervoor om de rol van de CvAE in de toekomst te focussen op het evalueren van aanbestedingen. Ik ben van mening dat de rol die de CvAE tot nu toe vervult het beste tot zijn recht kan komen en het leereffect verder kan worden versterkt. Het bindend verklaren van de adviezen van de CvAE zou de status van de adviezen weliswaar versterken, maar daarmee zou ik een parallelle rechtsgang creëren naast de reguliere rechtspraak. De functie van laagdrempelige klachtbehandeling wordt overgenomen door de hiervoor beschreven versterking van de klachtenloketten.

In haar nieuwe rol kan de CvAE op verzoek van partijen aanbestedingen evalueren, met als doel de evaluaties te laten gelden als concreet bruikbare adviezen voor toekomstige casussen in de desbetreffende branche. Op deze wijze wordt gebruik gemaakt van de expertise en ervaring van de CvAE. De uitkomsten van de evaluatie kunnen als inhoudelijke leidraad dienen voor toekomstige aanbestedingen. Voor een goede evaluatie is medewerking van zowel de aanbestedende dienst als (de) ondernemer(s) van belang. Doordat evaluatie achteraf plaatsvindt, worden beide partijen niet geremd door belangen die tijdens een aanbesteding een rol spelen, zoals een aflopend contract of tijdsdruk doordat bijvoorbeeld groot onderhoud aan een school alleen in de vakantieperiode kan plaatsvinden. Ik onderzoek daarbij ook de mogelijkheid voor de CvAE om zelf partijen te benaderen voor een evaluatie, bijvoorbeeld in geval er veel signalen zijn dat een bepaalde aanbesteding niet goed is verlopen.

Om de nieuwe rol van de CvAE te kunnen realiseren, is aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 noodzakelijk, evenals aanpassing van het instellingsbesluit van de CvAE. Uiteraard zullen de huidige leden van de CvAE worden betrokken bij de verdere uitwerking. Met dit voornemen geef ik tevens invulling aan de motie Van den Berg/Graus (Kamerstukken 32440, nr. 108).

Maatregel 5: inperken van extreme toepassing rechtsverwerkingsclausules

Het is van belang dat aanbestedende diensten proportionele eisen stellen rondom bepalingen die verval van recht tot gevolg hebben als er geen (rechts-)middelen zijn ingezet zoals het stellen van vragen, het indienen van een klacht en de gang naar de rechter. Er is een gerechtvaardigd belang voor het stellen van de eis dat een (potentiële) inschrijver zich proactief opstelt, hetgeen voortvloeit uit jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU. Voorkomen moet worden dat ondernemers gedurende de aanbestedingsprocedure op hun handen blijven zitten en pas een kort geding aanspannen nadat duidelijk is dat zij de aanbesteding hebben verloren. In een dergelijke situatie heeft de aanbestedende dienst namelijk geen mogelijkheid om eventuele fouten tijdig te corrigeren. Anderzijds maakt dit onderzoek duidelijk dat de indruk bestaat dat aanbestedende diensten incalculeren dat een ondernemer, bijvoorbeeld gezien de waarde van de opdracht, toch niet naar de rechter zal stappen en daarmee de prikkel wegnemen om

ontvankelijk op discussies te reageren. Ik zal de adviescommissie Gids Proportionaliteit om advies vragen over de wijze waarop in de Gids Proportionaliteit beperkingen kunnen worden opgenomen ten aanzien van rechtsbeschermingsclausules. Te strikte formuleringen die zouden moeten leiden tot rechtsverwerking in situaties waarin dat niet redelijk is, zijn dan niet langer toegestaan. Hierdoor beoog ik de rechtsbescherming van ondernemers te verruimen.

Maatregel 6: verkennen mogelijkheden gebruik Experimentenwet rechtspleging

In het onderzoek naar rechtsbescherming wordt geconstateerd dat hoewel het aanspannen van een kort geding de geëigende weg is om een bindende uitspraak te krijgen, de toets van de rechter volgens ondernemers soms niet diep genoeg gaat, terwijl deze behoefte er wel is bij ondernemers. Verder wordt in het onderzoek geconstateerd dat rechters die aanbestedingszaken behandelen de ervaring en expertise hebben en opbouwen. Ik heb het onderzoek via de Minister voor Rechtsbescherming onder de aandacht van de Raad voor de rechtspraak gebracht. Samen met de minister voor Rechtsbescherming en de Raad voor de rechtspraak wil ik verkennen of verbeteringen in de procedure bij de rechter, eventueel met toepassing van de toekomstige Experimentenwet rechtspleging mogelijk zijn.⁷ Daarbij kan worden gedacht aan een ruimere toetsing door rechters en het opvoeren van bedrijfsvertrouwelijke informatie in de procedure.

Alternatieven

In lijn met de moties en toezeggingen zijn in het onderzoek diverse verbeteringsmogelijkheden onderzocht. De resultaten van de onderzoeken geven geen aanleiding om het stelsel van rechtsbescherming ingrijpend te veranderen. Alternatieve mogelijkheden, zoals een aanbestedingstoezichthouder of verplichte raad van arbitrage en het opschorten, zouden naast bovenstaande wijzigingen een onnodig vergaande wijziging van het stelsel met zich meebrengen.

Ook leiden deze alternatieven niet per definitie tot een verdergaande inhoudelijke beoordeling, wat de achtergrond is van sommige moties (zoals motie Wörsdörfer (Kamerstuk 32440, nr. 110)). Zo zou een onafhankelijke instantie die een oordeel geeft over een aanbesteding altijd enige afstand moeten bewaren van de inhoudelijke keuzen die zijn gemaakt. Hierdoor komt de rol die deze instantie kan vervullen waarschijnlijk niet tegemoet aan de wens van ondernemers om een meer inhoudelijke beoordeling te krijgen.

Een ander aspect dat aan de orde komt bij alternatieven is een vraag om opschortende werking. Hierbij wordt de voorliggende aanbestedingsprocedure gepauzeerd totdat de uitspraak er is. Uitvoering van essentiële taken van overheden kunnen hierdoor in het geding komen, bijvoorbeeld bij ICT-systemen die niet meer werken omdat contracten aflopen. Maatschappelijk gezien heeft opschorting te grote ongewenste effecten, gecombineerd met een groot risico op misbruik dat op de loer ligt. Een zittende leverancier heeft simpelweg een financieel belang om een aanbesteding te vertragen zodat hij een lucratief tijdelijk

⁷ Het wetsvoorstel wordt naar verwachting deze zomer naar de TK gezonden.

nood-contract ter overbrugging tot de komst van de nieuwe leverancier kan afsluiten.

Specifiek voor een aanbestedingstoezichthouder geldt bovendien dat de kosten voor het actief controleren van aanbestedingen, met zo'n 8000 aangekondigde Europese aanbestedingen op TenderNed per jaar, zeer hoog zouden liggen, dan wel dat controle slechts steekproefsgewijs zou kunnen plaatsvinden. Tot slot is het de vraag welke maatregelen een dergelijke autoriteit kan nemen. Boetes opleggen aan andere overheidsorganen is hoogst ongebruikelijk en stuit bovendien op problemen in de rechtsbescherming voor aanbestedende diensten.

Onnodig clusteren

In het kader van de actieagenda Beter Aanbesteden heeft een werkgroep bestaande uit vertegenwoordigers van het bedrijfsleven, van aanbestedende diensten en een wetenschapper zich gebogen over het inzichtelijk maken van de problematiek rond clusteren (ofwel het samenvoegen van overheidsopdrachten) en voorstellen gedaan ter verbetering van de praktijk. Hun vierde aanbeveling ziet op het bevorderen van de naleving van het clusterverbod door aanbestedende diensten. Met bovenstaande maatregelen, met name de verdere professionalisering en de rol die klachtenloketten kunnen vervullen, verwacht ik dat de naleving door aanbestedende diensten van het clusterverbod verbetert. Tevens verwacht ik dat ook de CvAE in haar nieuwe rol concreet bruikbare adviezen gaat opleveren over het thema clusteren, die als inhoudelijke leidraad kunnen dienen voor toekomstige casussen.

Ten aanzien van de eerste aanbeveling van de werkgroep om de bekendheid over het afwegingskader van clusteren te bevorderen, wil ik noemen dat een infographic in ontwikkeling is die deze zomer op de website van PIANOo te vinden zal zijn.

Conclusie

Met mijn zes voorgenomen beleidsmaatregelen zet ik in op een afgewogen pakket: het adresseren van eventuele problemen aan het begin van de aanbesteding, dus op het moment dat deze nog relatief gemakkelijk kunnen worden opgelost door middel van contact tussen de aanbestedende dienst en de ondernemers en door in te zetten op het professionaliseren van de klachtenprocedure; op evaluatie van aanbestedingen door de CvAE met oog op continue verbetering door aanbestedende diensten en ondernemers; en op het optimaliseren van de gang naar de rechter bij een aanbestedingsgeschil. Met deze aanpassingen staat er een bestendig stelsel voor klachtenafhandeling en rechtsbescherming van ondernemers bij aanbesteden.

Hoogachtend,

mr. drs. M.C.G. Keijzer
Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat