

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

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

Datum 29 oktober 2019

Betreft Beantwoording vragen over het bericht 'Bouwer staat 3:1 achter bij
Tendergeschil: "Bizar dat politiek ingrijpen uit blijft"'

Ons kenmerk

CE-MC / 19216827

Uw kenmerk

2019Z16154

Geachte Voorzitter,

Hierbij stuur ik u de antwoorden op de vragen die zijn gesteld door het lid Palland (CDA) over het bericht 'Bouwer staat 3:1 achter bij Tendergeschil: "Bizar dat politiek ingrijpen uit blijft"' op 30 augustus 2019 kenmerk 2019Z16154.

Hoogachtend,

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

2019Z16154

1

Bent u bekend met het bericht 'Bouwer staat 3:1 achter bij Tendergeschil: 'Bizar dat politiek ingrijpen uit blijft''?¹

Antwoord

Ja.

2

Wat is uw reactie op de opvatting van MKB Infra dat "de positie van de commissie van Aanbestedingsexperts nog verder wordt uitgehold" als gevolg van uw voorstel om deze commissie voortaan, op verzoek van partijen, aanbestedingen te laten evalueren in plaats van advies uit te brengen?²

Antwoord

In mijn Kamerbrief van 12 juli jl. heb ik aangegeven hoe ik de rechtsbeschermingspraktijk wil verbeteren door middel van zes maatregelen.³ Met dit pakket aan maatregelen zet ik in op de professionalisering van de aanbestedingspraktijk bij het vervolg van Beter Aanbesteden en van de klachtenregeling van aanbestedende diensten, ga ik excessief gebruik door aanbestedende diensten van rechtsverwerkingsclausules tegen, zet ik in op het verbeteren van de gang naar de rechter, en verken ik het gebruik van de Experimentenwet rechtspleging bij aanbestedingsgeschillen.

Ook heb ik ook aangegeven dat de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) een duidelijkere rol moet krijgen dan nu het geval is en heb ik voorgesteld dat de CvAE in haar nieuwe rol aanbestedingen evalueert om daar lering uit te trekken voor toekomstige casussen. De afgelopen periode is mij duidelijk geworden dat er met name vanuit ondernemerszijde grote ontevredenheid is over deze voorgestelde nieuwe rol. Er is nog onvoldoende vertrouwen dat de klachtenregelingen bij aanbestedende diensten op korte termijn voldoende zullen functioneren. Er is behoefte aan een stok achter de deur die gericht is op de aanbestedende diensten die klachten (nog) niet serieus behandelen. De CvAE wordt als logische organisatie gezien om deze rol te vervullen. Het gaat hierbij met name om klachtafhandeling voorafgaand aan de inschrijfdatum van de aanbesteding. Dit is immers de fase waarin de behandeling van de klacht nog invloed kan hebben op de lopende aanbestedingsprocedure. Verder vinden ondernemers het van belang dat de aanbestedingsprocedure wordt gepauzeerd wanneer een klacht voorligt bij de CvAE (opschortende werking). Anders blijft de situatie, zoals geconstateerd in het onderzoek van KWINK groep, bestaan waarin adviezen van de CvAE niet worden meegenomen door aanbestedende diensten in de lopende aanbestedingsprocedure, omdat er onvoldoende tijd wordt genomen in

¹ Cobouw, 19 augustus 2019, <https://www.cobouw.nl/bouwbreed/nieuws/2019/08/conflict-bij-aanbesteding-aannemerverliest-101275694>.

² Zie kabinetsbrief d.d. 12 juli 2019, <https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2019/07/15/kamerbriefover-onderzoek-naar-rechtsbescherming-bij-aanbesteden-en-beleidsconclusies/kamerbrief-over-onderzoeknaar-rechtsbescherming-bij-aanbesteden-en-beleidsconclusies.pdf>, pag. 8.

³ Kamerstuk 34252, nr. 13.

de procedure. Tevens vinden ondernemers het van belang om de verbetering in klachtenafhandeling te monitoren.

Ik heb begrip voor deze zorgen en vind het belangrijk dat rechtsbescherming toegankelijk is voor ondernemers en dat zij vertrouwen hebben in de mogelijkheden die rechtsbescherming hen kan bieden. Ik maak daarom drie aanvullingen op de genoemde maatregelen in mijn brief van 12 juli jl.. De uitwerking van deze aanvullende maatregelen wil ik laten begeleiden door een klankbordgroep. Ik heb daarom de klankbordgroep rechtsbescherming – waarnaar in vraag 6 wordt gerefereerd – daarvoor gevraagd, samen met een aantal extra partijen die belangstelling hebben getoond omtrent de verdere invulling. De klankbordgroep is uitgenodigd om op korte termijn bijeen te komen.

Als eerste aanvullende maatregel wil ik de huidige rol van de CvAE in klachtafhandeling nog zeker enkele jaren behouden en zal ik bekijken hoe de CvAE een rol kan spelen als stok achter de deur in die gevallen waarin klachtafhandeling bij aanbestedende diensten nog onvoldoende op peil is. Ik denk daarbij onder andere aan situaties waarin de aanbestedingsprocedure zonder deugdelijke motivering doorloopt ondanks een klacht, of als uitsluitend de inkoper betrokken is bij de afhandeling van de klacht in plaats van een onafhankelijke derde. De focus van de CvAE komt op het voortraject van de aanbesteding te liggen. Voor de opvolging van de adviezen van de CvAE geldt dat deze niet ongemotiveerd terzijde kunnen worden gelegd.⁴

Ten tweede zal ik een onderzoek laten doen naar de wijze waarop aanbestedende diensten kunnen worden gestimuleerd om voldoende tijd en ruimte te nemen voor serieuze klachtbehandeling, zodat er vóór het moment van inschrijving of gunning een advies van het klachtenloket of de CvAE ligt over de ingediende klacht. Hierbij kijk ik ook naar eventuele (verplichte) opschorting. Vervolgens zal ik een aanvraag bij de adviescommissie Gids Proportionaliteit doen om te onderzoeken of opname van een voorschrift over tijdige klachtbehandeling een plek kan krijgen in de Gids Proportionaliteit. Ik zal uw Kamer voor het zomerreces in 2020 informeren over de resultaten van dit onderzoek. Deze aanvullende maatregel loopt mee met de door mij reeds aangekondigde actualisatie van het *advies Klachtafhandeling bij aanbesteden*.

Tot slot zal ik na het uitvoeren van de beleidsmaatregelen een nieuw onderzoek laten doen naar rechtsbescherming bij aanbesteden waarin ook gekeken wordt naar de rol van de CvAE. Ik verwacht dat het onderzoek over circa vier jaar kan plaatsvinden, als de benodigde wetwijzigingen zijn doorgevoerd en enige tijd ervaring is opgedaan in de praktijk. Ik werk op termijn toe naar een evaluerende rol voor de CvAE. Het afschaffen van de huidige rol van de CvAE vindt pas plaats nadat de evaluatie heeft plaatsgevonden. Aanbestedende diensten hebben zo de tijd om te bewijzen dat de stok achter de deur niet meer nodig is. Tot die tijd blijft de huidige rol van de CvAE dus in stand.

⁴ In de parlementaire behandeling van de Aanbestedingswet 2012 is dit punt aan de orde gekomen, zie Kamerstuk 2011-2012, 32440, nr. C.

3

Bent u bekend met de conclusies uit het onderzoeksrapport 'Aanbestedingsrechtspraak in Nederland', waaronder de conclusie dat het dictum van de rechter dikwijls in het voordeel van aanbestedende diensten is, terwijl bij de adviezen van de commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) het beeld gelijk is (dat wil zeggen de marktpartij wint ongeveer even vaak als de aanbestedende dienst) en de CvAE, vaker dan de rechter, eerder in het aanbestedingsproces wordt aangezocht?⁵

Antwoord

Het onderzoeksrapport laat inderdaad zien dat het dictum van de rechter in een meerderheid van de onderzochte gevallen een afwijzing van de vorderingen inhoudt. Bij de CvAE worden klachten van eisers wat vaker (gedeeltelijk) gegrond verklaard. Verder blijkt dat bij de gang naar de CvAE de nadruk op een eerder moment in de aanbestedingsprocedure ligt. In het rapport staat dat het moment van het starten van een procedure bij de rechter in 67% van de onderzochte gevallen na het voornemen tot gunning is. Bij de CvAE geldt dat ondernemers in 34% van gevallen naar de CvAE stappen nadat een verzoek tot deelname of inschrijving is uitgebracht en in 39% van de gevallen na het voornemen tot gunning. Het onderzoeksrapport geeft een feitelijke weergave van de procedures bij de rechter en de CvAE. Het geeft geen oordeel waarom de percentages verschillend zijn. Ik wil samen met de Minister voor Rechtsbescherming en de Raad voor de rechtspraak verkennen of verbeteringen in de procedure bij de rechter, eventueel met toepassing van de toekomstige Experimentenwet rechtspleging, mogelijk zijn. Daarbij kan worden gedacht aan een ruimere toetsing door rechters en het opvoeren van bedrijfsvertrouwelijke informatie in de procedure.

4

Deelt u in dit licht de mening dat de CvAE een relevante rol vervult als laagdrempelig alternatief voor een juridische procedure, met name voor inschrijvers die, bij de inzet van rechtsbeschermingsmiddelen, hun kans op succes en daarmee het effect laag inschatten?

Antwoord

De CvAE is ten tijde van de invoering van de Aanbestedingswet 2012 ingesteld vanuit de gedachte dat zij een laagdrempelig alternatief voor een gang naar de rechter zou vormen. De Aanbestedingswet 2012 betekende een grote verandering voor aanbestedende diensten. De CvAE had als nieuw orgaan een pioniersrol. Nu, vijf jaar later, blijkt uit de evaluatie van de CvAE dat, hoewel de adviezen van de CvAE worden gewaardeerd, ze niet leiden tot een oplossing van individuele klachten. Daarmee vormt de CvAE geen laagdrempelig alternatief voor een juridische procedure en wordt dus niet tegemoet gekomen aan een daadwerkelijk effect op een lopende aanbesteding. De expertise en het aanzien dat de CvAE heeft opgebouwd vind ik waardevol en wil ik behouden. Door tegemoet te komen

⁵ Zie

<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2019/07/01/aanbestedingsrechtspraak-in-nederland/aanbestedingsrechtspraak-in-nederland.pdf>, pag. 23.

aan de wens van ondernemers om de rol van de CvAE gedurende de aanbestedingsprocedure te behouden, verwacht ik dat ondernemers eerder in een aanbestedingsprocedure de expertise van de CvAE in zullen roepen (zie verder het antwoord op vraag 2).

5

Hoe ziet u de door u voorgestelde nieuwe rol van de CvAE bij het evalueren van aanbestedingen, indien een van beide partijen (marktpartij of aanbestedende dienst) niet wil meewerken aan een evaluatie? Denkt u niet dat in de praktijk het 'nakaarten' over een aanbesteding wellicht niet de hoogste prioriteit meer heeft dan wel dat partijen er logischerwijs geen of weinig belang bij hebben om daar nogmaals tijd en energie in te steken?

Antwoord

Ik erken dat evalueren alleen lukt wanneer betrokken partijen meewerken. Dat heeft dan ook mijn aandacht bij de toekomstige uitwerking. Een evaluerende rol kan juist veel effect hebben in de toekomst. Het biedt de kans om de expertise en de waardering voor de advisering van de CvAE meer navolging te laten krijgen, namelijk toepassing van de adviezen (over een bepaalde branche of bij een specifiek soort aanbesteding) bij toekomstige aanbestedingen.

6

Waren de brancheorganisaties uit de bouw- en infrasector vertegenwoordigd in de klankbordgroep die u hebt ingesteld om input te leveren op onder andere uw beleidsvoornemens? Indien niet, waarom niet? Bent u in dat geval bereid alsnog met hen in gesprek te gaan?

Antwoord

Ja. Bij het samenstellen van de klankbordgroep bij het onderzoek rechtsbescherming is gelet op een goede balans tussen vertegenwoordiging van aanbestedende diensten, ondernemers en experts (wetenschap en advocatuur). In de klankbordgroep zaten vertegenwoordigers van Bouwend Nederland, de Branchevereniging Nederlandse Architectenbureaus (BNA), VNO-NCW/MKB-Nederland, ProRail, het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, de Unie van Waterschappen (UvW), Servicepunt71 (samenwerkingsverband van gemeente Leiden, Leiderdorp, Oegstgeest en Zoeterwoude), Straatman Koster Advocaten, de Rijksuniversiteit Groningen en de Vrije Universiteit Amsterdam. Daarmee heb ik verschillende invalshoeken uit de aanbestedingspraktijk, waaronder de bouw- en infrasector, meegenomen bij de voorbereiding van mijn beleidsvoornemens. Bij aanbesteden spelen uiteenlopende belangen die vaak niet met elkaar overeenkomen. Met de voorgenomen beleidsmaatregelen zoek ik de balans tussen een effectieve en efficiënte manier van aanbesteden, gelijke toegang voor ondernemers en effectieve rechtsbescherming. Het werken in de klankbordgroep is overigens ervaren als een plek waar vruchtbare discussie kan plaatsvinden. Daarom wil ik een vergelijkbare klankbordgroep (eventueel aangevuld met VNG en enkele brancheorganisaties) laten meewerken aan de uitwerking van de wijziging van de werkwijze van de CvAE (zie het antwoord op vraag 2).

Zoals beschreven in het antwoord op vraag 2 zal ik een klankbordgroep instellen voor de uitwerking van een aantal van de maatregelen.

7

Kunt u uitleggen waarom u ervoor kiest om de positie van de CvAE niet te versterken (en in plaats daarvan lokale klachtenloketten te professionaliseren), terwijl het onderzoekrapport 'Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk' stelt dat wanneer de CvAE uitsluitend bijdraagt aan een leereffect/professionalisering er een leemte ontstaat daar er geen orgaan meer is dat een onafhankelijk advies kan geven over aanbestedingsklachten?⁶

Antwoord

Zoals ook in de beantwoording bij vraag 2 heb aangegeven zet ik in op een breed pakket aan maatregelen. Een van de aspecten daarvan is de professionalisering van klachtenregelingen bij aanbestedende diensten, waarbij de CvAE als stok achter de deur gaat functioneren. Er zijn aanbestedende diensten met goedwerkende en professionele klachtenregelingen, zoals Prorail en Rijkswaterstaat. Deze organisaties houden bijvoorbeeld rekening met eventuele vragen en klachten in de planning van de aanbestedingsprocedure en bekijken per geval of het noodzakelijk is om de aanbesteding op te schorten en zijn zelfs bereid om in voorkomende gevallen een aanbesteding opnieuw te starten. Deze succesvolle praktijkvoorbeelden, waarin het uitgangspunt is 'een klacht is een cadeautje' en 'de klachtenregeling werkt, want ondernemers durven klachten in te dienen', zal ik betrekken bij de uitwerking van de klachtenregeling zoals genoemd in het antwoord op vraag 2. Er zullen echter ook aanbestedende diensten zijn die hulp nodig hebben bij de verdere professionalisering van hun klachtenloketten. Ik betrek voorlichtende partijen als PIANOo⁷ en NEVI⁸ die hierin een rol kunnen spelen. Zie verder het antwoord op vraag 2.

8

Hoe kijkt u aan tegen het nadeel van het dwingend sturen op (lokale) klachtenloketten, dat vanwege de grote diversiteit in de aanbestedingspraktijk en de verschillende sectoren het lastig is daarvoor een uniform kader te vinden en de maatregelen kosten- en arbeidsintensief zijn voor met name kleinere aanbestedende diensten⁹, in relatie tot de tweede maatregel 'Klachtenafhandeling op lokaal niveau maakt het verschil' die u voorstelt?¹⁰

Antwoord

⁶ Zie

<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2019/06/12/rechtsbescherming-in-de-aanbestedingspraktijk/rechtsbescherming-in-de-aanbestedingspraktijk.pdf>, pag. 7.

⁷ Expertisecentrum aanbesteden van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat.

⁸ Nevi is een kennisnetwerk voor inkoop, contract- en supply management

⁹ Zie

<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2019/06/12/rechtsbescherming-in-de-aanbestedingspraktijk/rechtsbescherming-in-de-aanbestedingspraktijk.pdf>, pag. 7.

¹⁰ Zie

<https://www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/kamerstukken/2019/07/15/kamerbriefover-onderzoek-naar-rechtsbescherming-bij-aanbesteden-en-beleidsconclusies/kamerbrief-over-onderzoeknaar-rechtsbescherming-bij-aanbesteden-en-beleidsconclusies.pdf>, pag. 6.

Zoals ik in het antwoord op vraag 7 heb geschetst, hecht ik veel waarde aan een professionele klachtenregeling bij de aanbestedende dienst. Een klachtenregeling is een belangrijk instrument om klachten die ondernemers hebben op een vroeg moment in het aanbestedingsproces te behandelen. Ook houdt een klachtenregeling de organisatie scherp en creëert het een laagdrempelige vorm van toezicht. Daarom wil ik een professionele klachtenregeling wettelijk verplicht stellen. Om geen onevenredige eisen te stellen aan kleine aanbestedende diensten, zoals de lokale basisschool die eenmaal om de zoveel jaar de schoonmaak aanbesteedt, verzamel ik ook bestaande goede voorbeelden waarin aanbestedende diensten gezamenlijk of in regionaal verband klachten afhandelen. Bij het inrichten van een lokaal loket kan ook meer aandacht zijn voor de specifieke omstandigheden van het geval. Zo kan een klachtenloket van een academisch ziekenhuis met technische expertise zich beter toeleggen op de specifieke situatie ter plaatse dan een centraal loket.

9

Hoe kijkt u aan tegen een opschortingsplicht tijdens een aanbestedingsprocedure (of ten minste een verplichting tot het opschorten van de gunning), indien er een klacht wordt ingediend?

Antwoord

Bij de professionalisering van klachtenregelingen heeft een opschortingsplicht mijn aandacht. De afhandeling van klachten voorafgaand aan de gunningsbeslissing is onderdeel van de wensen zoals geuit door ondernemers. Zij zien namelijk graag een vorm van klachtenafhandeling waarbij zij nog kans maken op de (voorlopige) gunning. Een aanbestedende dienst dient hiervoor voldoende tijd te gebruiken om een klacht te behandelen. Een eventuele (verplichte) opschorting en de vormgeving daarvan betrek ik daarom bij het onderzoek naar serieuze klachtenafhandeling zoals beschreven in het antwoord op vraag 2. Ten overvloede wijs ik er ook op dat ik daarbij het belang van burgers bij algemene voorzieningen in het oog moet houden.