

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

Betreft Uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij
aanbesteden

Ons kenmerk

CE-MC / 20296664

Geachte Voorzitter,

Deze kabinetsperiode heb ik mij sterk gemaakt voor verdere verbetering van de aanbestedingspraktijk. Met het vervolgprogramma Beter Aanbesteden zet ik in op professionalisering en het stimuleren van een dialoog tussen overheden en ondernemers. Over de inhoud van dit vervolgprogramma heb ik uw Kamer recent geïnformeerd.¹ Daarnaast heb ik mij de afgelopen periode ingezet voor laagdrempelige en betere rechtsbescherming bij aanbesteden. Rechtsbescherming is nodig wanneer een ondernemer wil opkomen tegen een beslissing of bepaald handelen van een aanbestedende dienst, omdat hij van mening is dat het aanbestedingsrecht wordt geschonden. De afgelopen periode heb ik gewerkt aan de uitwerking van de eerder door mij aangekondigde beleidsmaatregelen.² Bij de uitwerking heb ik het huidige stelsel van rechtsbescherming als vertrekpunt genomen. Dit stelsel bevat diverse rechtsbeschermingsmogelijkheden, maar komt nog onvoldoende tegemoet aan de wens van ondernemers om problemen bij aanbestedingen op een laagdrempelige manier aan te kunnen kaarten en inhoudelijk te kunnen laten beoordelen.

In deze brief presenteer ik uw Kamer een integrale uitwerking om rechtsbescherming bij aanbesteden aan te vullen en te verbeteren. Een belangrijk uitgangspunt dat ik daarbij hanteer, is de balans tussen enerzijds de belangen van ondernemers die rechtsbescherming willen inroepen en anderzijds de belangen van de aanbestedende diensten die een overeenkomst willen sluiten om voorzieningen aan burgers te bieden. Daarbij heb ik ook rekening gehouden met het belang van de andere inschrijvers (vóór gunning van een opdracht) en de winnende ondernemer (na gunning van een opdracht): zij moeten niet onnodig lang in onzekerheid verkeren. Ik ben van mening dat dit een afgewogen uitwerking is die recht doet aan de belangen van alle partijen.

In deze brief ga ik eerst in op het proces dat ik heb doorlopen met een klankbordgroep met een brede vertegenwoordiging van aanbestedende diensten, ondernemers en experts op het gebied van aanbesteden. Vervolgens schets ik de uitwerking van de verschillende maatregelen en hoe deze elkaar versterken. Gelijktijdig met deze brief, stuur ik de brief 'Ontwerpbesluit wijziging

¹ Kamerstuk 34 252, nr. 20.

² Kamerstuk 34 252, nr. 13 en Aanhangsel Handelingen 2019-2020, nr. 582.

Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging Gids Proportionaliteit (rechtsverwerkingsclausules)' aan uw Kamer.

Proces met klankbordgroep

De afgelopen maanden heb ik met een brede klankbordgroep maatregelen uitgewerkt. Voor deze werkwijze heb ik gekozen zodat de uitwerking kan rekenen op draagvlak en uitvoerbaar is in de praktijk. In acht bijeenkomsten is de klankbordgroep gekomen tot concrete uitwerking op diverse onderwerpen. Op enkele onderwerpen na is het de klankbordgroep gelukt om met een uitwerking te komen die tegemoet komt aan de wensen en belangen van zowel ondernemers als aanbestedende diensten. Een belangrijke opbrengst is daarnaast dat er meer wederzijds begrip is ontstaan voor elkaars belangen en zorgen. Het klankbordgroep-traject is in oktober 2020 afgerond. Ik neem de uitwerking van de leden van de klankbordgroep over voor zover zij daar gezamenlijk uit zijn gekomen. Waar de leden geen uitwerking hebben kunnen vinden die tegemoet komt aan de wensen en belangen van zowel ondernemers als aanbestedende diensten, heb ik mijn eigen keuzes en afwegingen gemaakt. Hierbij heb ook ik gezocht naar de balans tussen de verschillende belangen. In deze brief is duidelijk gemarkeerd ten aanzien van welke onderwerpen de klankbordgroep niet met een gezamenlijke uitwerking is gekomen.

Uitwerking van maatregelen

De eerder door mij aangekondigde maatregelen³ zien op verschillende manieren van rechtsbescherming: van (i) de voorbereiding en uitvoering van de aanbestedingsprocedure, via (ii) het klachtenloket van de aanbestedende dienst, de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) en de rechter, naar (iii) verantwoording en monitoring, wat weer voeding geeft voor verdere verbetering van de praktijk. Ik heb de maatregelen om de rechtsbescherming bij aanbesteden te verbeteren op de volgende wijze uitgewerkt:

1. Voorbereiding en uitvoering van de aanbestedingsprocedure

De uitwerking op dit gebied heeft betrekking op het voorkomen van klachten via het vervolgprogramma Beter Aanbesteden en op de voorwaarden in de aanbestedingsstukken.

Uitwerking maatregel: verdere professionalisering aanbestedingspraktijk via vervolg Beter Aanbesteden

Een aanbestedende dienst die zich professioneel opstelt, zorgt ervoor dat er constructieve interactie tussen hem en ondernemers is voorafgaand aan het starten van en tijdens een aanbestedingsprocedure. Dit draagt bij aan het overbruggen van het gevoel van wij/zij-denken, zoals dit naar voren kwam in het onderzoek van KWINK Groep.⁴ Samen met VNO-NCW/MKB-Nederland en de VNG heb ik het vervolgprogramma Beter Aanbesteden opgesteld. Hierin wordt ingezet op het stimuleren van een dialoog tussen aanbestedende diensten en ondernemers. Ik heb uw Kamer onlangs geïnformeerd over de stand van zaken van het vervolgprogramma.⁵ In de eerste plaats kan het vervolgprogramma

³ Kamerstuk 34 252, nr. 13 en Aangangsel Handelingen 2019-2020, nr. 582.

⁴ Kamerstuk 34 252, nr. 13.

⁵ Kamerstuk 34 252, nr. 20.

klachten voorkomen, maar het kan ook de klachtafhandeling verbeteren. De kanalen van het vervolgprogramma Beter Aanbesteden zullen ingezet worden om aanbestedende diensten en ondernemers te ondersteunen in de professionalisering van klachtafhandeling. De verwachting is dat het programma in het eerste kwartaal van 2021 kan starten. Dan zal ik uw Kamer ook separaat informeren over het programma.

Uitwerking maatregel: inperken van extreme toepassing rechtsverwerkingsclausules (Grossmann)

De ruimte om in lopende aanbestedingen wijzigingen aan te brengen is beperkt. Wijzigingen kunnen er namelijk voor zorgen dat een andere groep ondernemers wordt aangesproken, waardoor de aanbesteding over moeten worden gedaan. Het is daardoor wenselijk dat onvolkomenheden in de aanbestedingsstukken 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 rechtsverwerkingsclausules).⁶

Uit het onderzoek van KWINK Groep kwam naar voren dat ondernemers de toepassing van dergelijke clausules als doorgeslagen ervaren.⁷ Om te voorkomen dat aanbestedende diensten te strikte formuleringen hanteren die leiden tot rechtsverwerking in situaties waarin dat niet redelijk is, heb ik de adviescommissie Gids proportionaliteit gevraagd om advies over de wijze waarop inperking van rechtsverwerkingsclausules opgenomen zou kunnen worden in de Gids proportionaliteit. De adviescommissie Gids proportionaliteit onderschrijft dat er grenzen zijn aan de proportionaliteit van rechtsverwerkingsclausules en heeft een advies tot aanpassing van de Gids proportionaliteit op dit vlak uitgebracht. Ik neem dit advies grotendeels over en maak slechts kleine aanpassingen. Hierbij verwijs ik naar de brief die gelijktijdig met voorliggende brief aan uw Kamer is gestuurd.

2. Klachtafhandeling

De uitwerking op het gebied van klachtafhandeling ziet op het verplichten van het klachtenloket bij de aanbestedende dienst en de professionalisering ervan. Een eventuele klacht wordt tijdig ingediend door de ondernemer en de aanbestedende dienst neemt voldoende tijd en ruimte om de klacht serieus te behandelen. Ook betreft dit de toegang tot de CvAE als stok achter de deur. Als het gaat om klachtafhandeling maak ik een onderscheid tussen klachten over het ontwerp van de aanbesteding (situatie voordat een ondernemer een inschrijving heeft ingediend, hierna: designklachten) en klachten over een selectie- of gunningsbeslissing (situatie waarbij er een (voorlopig) besluit is genomen door de aanbestedende dienst en waarbij een meerpartijenverhouding ontstaat⁸).

⁶ Deze clausules zijn gebaseerd op het Grossman-arrest van het Hof van Justitie van de EU, 12 februari 2004 (C-230/02).

⁷ Kamerstuk 34 252, nr. 13.

⁸ In geval van een voorgenomen gunningsbeslissing betreft dat de fase na inschrijving. In geval van een voorgenomen selectiebeslissing gaat het om de fase voor inschrijving.

Klachtafhandeling heeft in beide gevallen tot doel om klachten zoveel mogelijk in onderling overleg op te lossen, waarmee tevens een gang naar de rechter kan worden voorkomen.

2.1 Klachtenregeling

Uitwerking maatregel: een verplichte klachtenregeling bij aanbestedende diensten

In het huidige stelsel van rechtsbescherming kan een ondernemer met een klacht over het algemeen terecht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst en indien nodig vervolgens bij de CvAE.⁹ Echter, niet iedere aanbestedende dienst beschikt over een klachtenloket. Terwijl dit een belangrijk instrument is om klachten die ondernemers ervaren op een vroeg moment in het aanbestedingsproces te adresseren. Daarom zal ik een wetsvoorstel voorbereiden om in de Aanbestedingswet 2012 de verplichting op te nemen voor alle aanbestedende diensten tot het instellen van een onafhankelijk klachtenloket (al dan niet gezamenlijk of in regionaal verband) en minimumeisen stellen aan het loket.¹⁰

De klankbordgroep is niet met een gezamenlijke uitwerking gekomen ten aanzien van de invulling van onafhankelijkheid van het klachtenloket. De ondernemerszijde wenst dat wordt gewerkt met een externe voorzitter die geen (arbeids)relatie heeft met de aanbestedende dienst. Aanbestedende diensten zijn daarentegen van mening dat een externe voorzitter, die niet per definitie kennis heeft van inkopen en aanbestedingsregels, de behandeling van klachten te veel formaliseert en vertraagt. Tevens menen aanbestedende diensten dat het inhuren van een externe voorzitter niet nodig is om klachten op onafhankelijke wijze te kunnen beoordelen, omdat onafhankelijkheid ook geborgd kan worden door de beoordeling te laten uitvoeren door een niet-inhoudelijk betrokken medewerker van de aanbestedende dienst of een andere aanbestedende dienst. Ik kies ervoor om hierin de lijn te volgen zoals die in de Algemene wet bestuursrecht (Awb) opgenomen is voor de behandeling van klachten. De minimumeis is dat onafhankelijkheid wordt geborgd door de behandeling van een klacht door personen die niet inhoudelijk betrokken zijn geweest bij voorliggende aanbesteding.

Uitwerking maatregel: professionaliseren van klachtenregeling via het actualiseren advies 'Klachtafhandeling bij Aanbesteden'

De klankbordgroep heeft – in aanvulling op de verplichting in de wet – nagedacht over de kenmerken van adequate klachtafhandeling. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen kenmerken die gelden voor de klachtenprocedure, de klacht zelf en voor het klachtenloket. Deze kenmerken zullen een plek krijgen in een handreiking klachtafhandeling bij aanbesteden. Deze handreiking zal het advies 'Klachtafhandeling bij Aanbesteden' vervangen. Via de kanalen van het expertisecentrum aanbesteden PIANOo en de VNG zal deze handreiking worden verspreid.

⁹ Op voorwaarde dat eerst een klacht bij de aanbestedende dienst is ingediend, als de aanbestedende dienst een klachtenloket heeft.

¹⁰ Het gaat hierbij om een klachtenloket specifiek ingericht voor de behandeling van klachten over aanbestedingen en niet om het algemene klachtenloket dat in het kader van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) is ingericht.

2.2 Klachtafhandeling design van de aanbesteding

Uitwerking maatregel: voldoende tijd en ruimte nemen voor serieuze klachtbehandeling bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst

Een ondernemer kan in de nieuwe situatie een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst over het design van de aanbesteding, waarbij een opschortende werking gaat gelden. Algemeen uitgangspunt is dat een ondernemer eerst een vraag stelt zodat deze kan worden beantwoord in de Nota van Inlichtingen, alvorens hij een klacht indient. Een tweede uitgangspunt is tijdigheid: ondernemers worden gestimuleerd om tijdig te klagen en aanbestedende diensten om tijdig een klacht af te handelen. Indien een ondernemer tijdig een klacht indient bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst, kan de klacht tijdig (voor de uiterlijke inschrijfdatum) door de aanbestedende dienst worden afgehandeld zodat de ondernemer de uitkomst van de klachtafhandeling kan meenemen in zijn inschrijving. Tevens loopt de aanbestedingsprocedure geen vertraging op. Indien een tijdig ingediende klacht niet voor de uiterlijke inschrijfdatum wordt afgehandeld door de aanbestedende dienst, verschuift de aanbestedende dienst het moment van inschrijving, zodat een ondernemer voldoende gelegenheid heeft om de uitkomst van de klachtafhandeling mee te nemen in zijn inschrijving.

Er gaat dus – zo is mijn voorstel – een opschortende werking gelden, waarbij de tijdigheid van klagen en van klachtafhandeling nader zullen worden gedefinieerd in het hiervoor genoemde wetsvoorstel dat ik voorbereid. De aanbestedende dienst heeft zelf invloed op de duur van de opschortende werking: hoe sneller de klacht behandeld wordt, hoe korter de opschortende termijn duurt. Op deze manier hebben aanbestedende diensten zo min mogelijk last van vertraging in de aanbestedingsprocedure.

In de extra maatregelen die ik in antwoord op vragen van het lid Palland¹¹ heb aangekondigd, heb ik eerder aangegeven een tweede adviesaanvraag in te dienen bij de adviescommissie Gids proportionaliteit over tijdige klachtafhandeling. Ik ben echter tot de conclusie gekomen dat bovengenoemde maatregel een plek moet krijgen in de Aanbestedingswet 2012, omdat het geen proportionaliteitsvraagstuk betreft. Hierdoor wordt tijdige klachtafhandeling bij het klachtenloket wettelijk verankerd. Ik heb de adviescommissie Gids proportionaliteit dan ook laten weten dat ik geen advies zal vragen.

Uitwerking maatregel: CvAE als stok achter de deur (met opschortende termijn)

Zoals hierboven beschreven, is het uitgangspunt dat een ondernemer een designfout eerst moet aankaarten bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Indien een ondernemer niet tevreden is over de wijze van klachtafhandeling door het klachtenloket, of het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling, staat een procedure bij de CvAE open. Uit het onderzoek van KWINK Groep blijkt dat aanbestedende diensten in mindere mate bereid zijn

¹¹ Aanhangsel Handelingen 2019-2020, nr. 582.

om de aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van een advies mede gezien de lange doorlooptijden.

In de nieuwe situatie zet ik in op snelle advisering door de CvAE. Hierdoor hebben aanbestedende diensten de ruimte om dit advies af te wachten en ondernemers snel een advies over hun klacht. In het wetsvoorstel dat ik voorbereid tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 neem ik op dat een aanbestedingsprocedure van rechtswege wordt opgeschort met 14 dagen op het moment dat de CvAE een designklacht in behandeling neemt. Hiermee geef ik tevens opvolging aan de Motie Palland en Aartsen om bij aanbestedende diensten een pas op de plaats zeker te stellen bij klachten die voor inschrijving zijn ingediend, indien de CvAE dit wenselijk acht.¹² De CvAE neemt een klacht alleen in behandeling op het moment dat deze (i) ontvankelijk is en (ii) uitgesloten is dat deze kennelijk geen doel zal treffen. Hierover beslist de CvAE binnen twee werkdagen. Het wetsvoorstel zal erin voorzien dat de aanbestedende dienst in afwijking van deze opschorting van rechtswege alleen de procedure kan doorzetten als dat aangewezen is om een dwingende reden van algemeen belang, wat de aanbestedende dienst dan goed zal moeten kunnen motiveren. Indien er na 14 dagen geen advies ligt van de CvAE, kan de aanbestedende dienst zonder meer door met de procedure, ook als er geen sprake is van een dwingende reden van algemeen belang. De adviezen van de CvAE zijn net als in de huidige situatie niet bindend. Wel dient de aanbestedende dienst, indien deze afwijkt van het advies van de CvAE, dit te motiveren (volgens het pas toe of leg uit principe). Dit principe zal een plek krijgen in het wetsvoorstel. Om te borgen dat de CvAE in de nieuwe situatie binnen 14 dagen met een advies kan komen, kijk ik in overleg met de CvAE wat nodig is in termen van capaciteit en welke aanpassingen in de werkwijze van de CvAE moeten worden doorgevoerd.

In het AO aanbesteden van 31 oktober 2020 heb ik toegezegd om een adviesaanvraag in te dienen bij de adviescommissie Gids proportionaliteit over een 'pas de plaats' bevoegdheid in de Gids proportionaliteit. Ik ben – net als bij voorgenoemde maatregel - tot de conclusie gekomen dat de pas op de plaats bevoegdheid wettelijk verankerd moet worden in de Aanbestedingswet 2012, omdat het geen proportionaliteitsvraagstuk betreft. Ik heb de adviescommissie Gids proportionaliteit geïnformeerd dat ik ook op dit punt geen advies zal vragen.

2.3 Klachtafhandeling bij selectie- en gunningsbeslissingen

Uitwerking maatregel: toegang tot klachtenloket van de aanbestedende dienst
Algemeen uitgangspunt bij een klacht over een selectie- of gunningsbeslissing is dat een ondernemer eerst contact opneemt met de contactpersoon van de aanbestedende dienst om te vragen om toelichting. Een ondernemer kan daarna een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst, waarbij - zo is mijn voorstel - in de Aanbestedingswet 2012 een opschortende werking zal gaan gelden. Net als bij klachtafhandeling over het design van de aanbesteding, heeft ook in dit geval de aanbestedende dienst zelf invloed op de duur hiervan.

¹² Kamerstuk 34 252, nr. 15.

Ook hier is het uitgangspunt tijdigheid: ondernemers worden gestimuleerd om tijdig te klagen en aanbestedende diensten om tijdig een klacht af te handelen. Als een ondernemer een klacht over een gunningsbeslissing tijdig indient zal – zo is mijn voorstel – de wettelijke *standstill*-termijn van 20 dagen bij Europese aanbestedingen¹³ gedurende de klachtafhandeling opgeschort worden. Er gaat daarbij een wettelijke termijn gelden waarin wordt bepaald uit hoeveel dagen de resterende *standstill*-termijn minimaal nog moet bestaan na afhandeling van de tijdig ingediende klacht. Op deze manier wordt geborgd dat er voldoende tijd is voor een ondernemer om een kort geding aanhangig te maken als hij het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling. Tegelijkertijd moet de minimumtermijn aanbestedingsprocedures niet ernstig vertragen. Ook hier zal de tijdigheid van klagen nader uitgewerkt worden in het wetsvoorstel. Hierbij besteed ik tevens aandacht aan of en de wijze waarop deze systematiek kan worden toegepast bij selectiebeslissingen en bij opdrachten waarvoor geen wettelijke *standstill*-termijn geldt.

De partijen in de klankbordgroep die ondernemers vertegenwoordigden, willen ook voor klachten bij selectie- en gunningsbeslissingen een stok achter de deur (die niet de rechter is), zoals de CvAE. Op dit punt is de klankbordgroep niet tot een gezamenlijke uitwerking gekomen. Anders dan bij klachten over het design van een aanbesteding is zo'n rol voor de CvAE complex. Er ontstaat een meerpartijenverhouding waarbij de CvAE dus ook rekening moet houden met de belangen van, bijvoorbeeld, de winnaar. Om tegemoet te komen aan de wensen zal ik een pilot starten gericht op het versterken van de klachtenloketten bij selectie- en gunningsbeslissingen. In de pilot met een representatieve groep aanbestedende diensten zal ervaring worden opgedaan met het inzetten van een expert van bijvoorbeeld de CvAE voor klachten over selectie- of gunningsbeslissingen. De expertise en onafhankelijke positie van deze expert kan bijdragen aan de kwaliteit en het draagvlak van de klachtafhandeling door het klachtenloket. Ik ben hierover al in gesprek met een aantal aanbestedende diensten en zal hierbij ook de CvAE en de ondernemerszijde betrekken.

3. Gang naar de rechter

De uitwerking ten aanzien van dit onderwerp is erop gericht om de toegang voor ondernemers tot de voorzieningenrechter te bevorderen en de mogelijkheden voor ondernemers om in hoger beroep te gaan te verruimen.

3.1 Toegang tot de voorzieningenrechter

Uitwerking maatregel: verkennen mogelijkheden gebruik Experimentenwet rechtspleging

In de discussies van de klankbordgroep is de wens naar voren gekomen om ook iets te doen voor ondernemers op het gebied van de gang naar de voorzieningenrechter. Specifiek is naar voren gekomen dat ondernemers een informatieachterstand ervaren ten opzichte van aanbestedende diensten en het daarom wenselijk is om meer balans te brengen in de informatievoorziening in

¹³ Die geldt na mededeling van de gunningsbeslissing (Alcateltermijn).

kort geding. De inrichting van de procedure bij de rechter is de verantwoordelijkheid van de minister voor Rechtsbescherming. Ik zal in samenwerking met het ministerie van Justitie en Veiligheid een expertbijeenkomst organiseren met juridische experts uit de rechtspraak, wetenschap en advocatuur, en met ondernemers en aanbestedende diensten om de precieze knelpunten voor ondernemers scherp te krijgen en mogelijke oplossingsrichtingen te verkennen. Daarin kan aan de orde komen dat vanuit de klankbordgroep in dit verband is geopperd om met een financiële prikkel goede klachtafhandeling te stimuleren en mogelijkheden te bezien om schriftelijke uitwisseling van stukken voorafgaand aan een zitting bij de voorzieningenrechter te bevorderen. De aanpak met de expertmeeting komt wat aanbesteden betreft tevens tegemoet aan de bevindingen in het onderzoek 'Geschillen in het MKB' dat in 2019 door WODC in opdracht van Justitie en Veiligheid is uitgevoerd en waaruit o.a. bleek dat er voor het mkb belemmeringen zijn om hun recht te halen bij de (voorzieningen)rechter. Op basis van de uitkomsten van de expertmeeting zal samen met de betrokken partijen ook worden bezien of er aanleiding is met een pilot een experimentele werkwijze te beproeven, mogelijk door gebruik te maken van de Experimentenwet rechtspleging van het ministerie van Justitie en Veiligheid.

Aanvullende maatregel: invullen motivering selectie- en gunningsbeslissingen

Daarnaast is in de klankbordgroep geconstateerd dat het voor ondernemers soms onduidelijk is waarom zij een opdracht niet gegund hebben gekregen, omdat de motivering van de selectie- of gunningsbeslissing onvoldoende informatie bevat. De Aanbestedingswet 2012 regelt dat aanbestedende diensten in de gunningsbeslissing de relevante redenen voor die beslissing moeten noemen.¹⁴ Hieronder vallen in ieder geval de kenmerken en relevante voordelen van de offerte van de winnaar. In de praktijk zie ik echter dat aanbestedende diensten hier summier invulling aan geven. Het belangrijkste argument dat zij hiervoor gebruiken, is dat aanbestedende diensten geen bedrijfsvertrouwelijke informatie over de inschrijving van de winnaar(s) mogen verstrekken. Ik ben van mening dat het niet aannemelijk is dat een aanbestedende dienst geen enkele nadere inhoudelijke motivering kan verstrekken zonder daarmee bedrijfsvertrouwelijke informatie over de inschrijving van de winnaar(s) bekend te maken. Dit punt wordt ook onderschreven door de CvAE in enkele van haar uitgebrachte adviezen en in jurisprudentie¹⁵. Om die reden zal ik als onderdeel van het eerder genoemde wetsvoorstel de reeds geldende motiveringsplicht op dit punt aanscherpen met als doel om een beter gemotiveerde beslissing te krijgen die een ondernemer meer inzicht geeft waarom hij de opdracht niet heeft gewonnen. Hierbij kijk ik ook naar selectiebeslissingen. Ik verwacht dat dit bijdraagt aan het voorkomen van de klachten en gerechtelijke procedures.

3.2 Hoger beroep

Uitwerking maatregel: uitbreiding gronden voor vernietiging overeenkomst

Een 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. De rechter heeft in de praktijk nauwelijks ruimte om een gesloten

¹⁴ Artikel 2.130 Aw 2012.

¹⁵ ECLI:NL:RBMNE:2020:2584, rov. 4.20 en ECLI:NL:RBAMS:2020:4896, rov 4.7.

overeenkomst te vernietigen.¹⁶ Het heeft voor een verliezende ondernemer dan ook weinig nut om een bodemprocedure aan te spannen of in hoger beroep te gaan, omdat de ondernemer in de meeste gevallen slechts nog kan procederen om een schadevergoeding.¹⁷ In veel gevallen is vernietiging van een gesloten overeenkomst overigens niet wenselijk, omdat het maatschappelijk belang van tijdige gunning en uitvoering van de opdracht en de rechtszekerheid van de winnaar ook in het geding zou komen.

In extreme gevallen kan een mogelijkheid tot vernietiging echter wel degelijk wenselijk zijn. Door het ontbreken daarvan is rechterlijke toetsing in tweede instantie in de praktijk minder effectief. Om hier verandering in te brengen, zal ik zoals eerder aangekondigd in het wetsvoorstel een uitbreiding van de vernietigingsgronden voor reeds gesloten overeenkomsten meenemen. Ik ben voornemens dat te doen door aan artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 een vierde vernietigingsgrond toe te voegen die de mogelijkheid biedt om een reeds gesloten overeenkomst ook bij grove schendingen van de regels van de Aanbestedingswet te vernietigen. Dit geeft rechters meer mogelijkheden om overeenkomsten in hoger beroep te vernietigen, mocht dat in een uiterst geval nodig zijn. Door naar grove schendingen te verwijzen, zorg ik dat aanbestedende diensten en winnende ondernemers niet constant hoeven te vrezen dat reeds gesloten overeenkomsten worden vernietigd.

In de klankbordgroep is hiernaast een andere mogelijkheid besproken om meer ruimte te creëren voor het hoger beroep, waarbij de overeenkomst niet kan worden gesloten totdat het hoger beroep is afgerond. Gezien het risico op flinke vertragingen, de rechtsonzekerheid van de winnaar van de aanbesteding en de opeenstapeling van opschortende termijnen, kies ik niet voor deze optie.

4. Verantwoording en monitoring

Om ervoor te zorgen dat bovenstaande uitwerking van de maatregelen op een goede manier wordt geïmplementeerd door aanbestedende diensten en om een leereffect te bewerkstelligen, speelt het afleggen van verantwoording over klachtafhandeling en monitoring daarvan een belangrijke rol. Deze maatregelen heb ik als volgt uitgewerkt:

Uitwerking maatregel: jaarlijkse monitoring en verantwoording over klachtafhandeling

Om de voortgang van de professionalisering van klachtafhandeling te bewaken, ga ik monitoren. Hiermee geef ik uitvoering aan de motie Palland en Aartsen, die oproept om de wijze van klachtenafhandeling op lokaal niveau en de voortgang in de versterking van de lokale klachtenloketten jaarlijks te monitoren.¹⁸ Ik schakel een extern onderzoeksbureau in om te starten met een nulmeting, gevolgd door een periodieke meting na implementatie van alle bovengenoemde maatregelen in wet- en regelgeving.

¹⁶ Op grond van (de interpretatie van) het Xafax-arrest van de Hoge Raad uit 2016, ECLI: NL:HR:2016:2638.

¹⁷ Voor een aanbestedende dienst kan het daarentegen bij een negatieve uitspraak wel nut hebben om in hoger beroep te gaan.

¹⁸ Kamerstuk 34 252, nr. 16.

Tevens roept de motie op om in overleg met de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Unie van Waterschappen (UvW) te bewerkstelligen dat jaarlijks verantwoording wordt afgelegd over klachtafhandeling aan volksvertegenwoordigende organen. In overleg met VNG, IPO en UvW zijn uitgangspunten opgesteld over de manier waarop lokale overheden kunnen rapporteren aan hun volksvertegenwoordigende organen. Het leereffect voor aanbestedende diensten stond hierbij centraal. De verplichting tot rapportage en de eisen aan de rapportage aan de volksvertegenwoordigende organen zullen opgenomen worden in het wetsvoorstel dat ik voorbereid voor aanpassing van de Aanbestedingswet 2012, waarbij de geformuleerde uitgangspunten worden betrokken.

Uitwerking maatregel: onderzoek rechtsbescherming

Ik heb eerder aangekondigd om een vervolg-evaluatie van het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden uit te voeren na implementatie van alle maatregelen in wet- en regelgeving. Dit zal ik doen twee jaar na de inwerkingtreding van de wetwijziging van de aanbestedingswet 2012. De uitkomsten van bovengenoemde monitoring zullen hierin meegenomen worden. Bij deze evaluatie zal expliciet aandacht zijn voor de eerder genoemde balans tussen de belangen van de ondernemers enerzijds en de aanbestedende diensten anderzijds. De evaluatie richt zich in algemene zin op de effectiviteit van de maatregelen om de rechtsbescherming te verbeteren, zoals het effect van de CvAE als stok achter de deur bij designklachten. Specifiek zal er aandacht zijn voor de doorwerking van de verschillende opschortende werkingen op de lengte van de aanbestedingsprocedures.

Conclusie

Met bovengenoemde uitwerking van de maatregelen geef ik handen en voeten aan de verdere verbetering van de rechtsbescherming bij aanbesteden. De uitwerking ziet op alle fases van het aanbestedingsproces, waarbij in eerste instantie ingezet wordt op het voorkomen van klachten en op het oplossen van eventuele problemen aan het begin van een aanbestedingsprocedure. Ik bereid een wetsvoorstel voor om de Aanbestedingswet 2012 aan te passen.

Het is een omvangrijk en stevig pakket, dat op het eerste gezicht met name van aanbestedende diensten veel vraagt. Ik heb hier oog voor en vraag expertisecentrum PIANOo om hierover voor te lichten en eventuele verdere ondersteuning te bieden. Maar het pakket vraagt ook zeker iets van ondernemers, namelijk om zich professioneel op te stellen en tijdig vragen te stellen en eventuele problemen aan te kaarten. Om de maatregelen de beoogde uitwerking te laten hebben, is een goede dialoog tussen ondernemers en aanbestedende diensten cruciaal en vertrouwen in elkaars professionaliteit. Ik hoop dan ook dat alle partijen hun bijdrage leveren om deze verbeterslag tot een succes te maken.

Hoogachtend,

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

Chief Economist
Directie Mededinging en
Consumenten

Ons kenmerk
CE-MC / 20296664