

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Briefnummer
23-122010

Onderwerp
Consultatie Rechtsbescherming bij
aanbesteden

Den Haag
27 September 2023

Telefoonnummer
+31703490388

E-Mail
tiel@vnoncw-mkb.nl

Geachte heer/mevrouw,

VNO-NCW en MKB-Nederland maken graag gebruik van de mogelijkheid om via de internetconsultatie te reageren op het voorliggende wetsvoorstel voor rechtsbescherming bij aanbesteden. Veel van onze leden participeren in aanbestedingen voor werken, diensten en leveringen aan rijk, decentrale overheden en speciale-sectorbedrijven. Ondernemers zien hierin een mogelijkheid om hun kennis, kunde, innovaties en oplossingen voor o.a. verduurzamingen aan te bieden.

Het naleven van de aanbestedingsregels moet ondernemers het vertrouwen geven om in te schrijven en dat zij, wanneer zij menen dat de aanbestedingsregels niet of onvoldoende worden nageleefd, ook hier tegen in verweer kunnen komen.

In een langjarige publiek-privaat traject, voorafgaand aan deze internetconsultatie, hebben vertegenwoordigers van VNO-NCW en MKB-Nederland en brancheverenigingen oplossingen aangedragen voor de uitwerking van de aanbevelingen van het rapport Kwink en de toegezegde maatregelen door de staatssecretaris (2019 en 2021): deels in wetgeving en deels in het Programma Beter Aanbesteden. Wij zijn blij dat er nu een wetsvoorstel ligt om een belangrijk deel van de ervaren knelpunten op te gaan lossen en dringen aan op een voortvarend proces. Wij herkennen de analyse van de Kwink Groep in het onderzoek 'Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk' en onderschrijven de in februari 2021 door de toenmalige staatssecretaris voorgestelde maatregelen en verbeteringen: deze dienen zoals het rapport ook aangeeft in samenhang te worden gezien: het is één pakket aan maatregelen. Zo zullen we in deze zienswijze ook iets opmerken over Beter Aanbesteden, de door ondernemers gewenste inhoudelijke beoordeling van vragen en klachten bij selectie en gunningsbeslissingen en het ontbreken daarvan bij het kort geding. De extra vernietigingsgrond bij hoger beroep hoort ook bij het totaal pakket aan maatregelen.

Ondernemers beoordelen de huidige rechtsbeschermende maatregelen negatief in de mate waarin zij zorgen voor een laagdrempelige manier om problemen bij aanbestedingen aan te kaarten én inhoudelijk te kunnen laten beoordelen. De positie van de overheid én ondernemers in juridische conflicten wordt naar onze mening met dit voorliggende voorstel van wijziging en uitbreiding van de Aanbestedingswet 2012 op onderdelen beter in evenwicht gebracht.

We zien op het punt van een inhoudelijke beoordeling echter nog wel meer mogelijkheden om de positie van ondernemers en de uiteindelijke uitkomst van een professioneel aanbestedingsproces te verbeteren.

Voorkomen is beter dan genezen maar kan niet altijd zonder stok achter de deur.

- Voorstel voor Onafhankelijk klachtenloket én voorzitter

Met het programma Beter Aanbesteden wordt gewerkt aan de professionalisering van de aanbestedingspraktijk bij ondernemers en decentrale overheden met hun aanbestedende diensten. De focus ligt op de voorkant van het aanbestedingsproces. De praktijk wijst uit dat naast dit programma waarin toepassen van bestaande regelgeving en 'zachte' vaardigheden zoals houding en gedrag de kern vormen, óók verplichtingen nodig zijn. We zien immers nog steeds Aanbestedende Diensten zonder loket of met een heel algemeen emailadres info@gemeenteyxz.nl als ook antwoorden van Aanbestedende Diensten met daarin zeer beperkt gemotiveerde gunning of selectiebeslissingen. Wij zijn dan ook, naast de in het wetsvoorstel opgenomen en hierna te noemen motiveringsverplichting, voorstander van de nieuw in het wetsvoorstel opgenomen verplichting voor een onafhankelijk klachtenloket met duidelijk omschreven klachtenregeling. Dat is een belangrijk instrument om klachten die ondernemers ervaren op een zo vroeg mogelijk moment in het aanbestedingsproces te behandelen. Een uniforme werkwijze, transparantie en navolgbaarheid waarborgen voor inschrijvers, gegadigden en aanbestedende diensten een professionele aanbestedingsprocedure. Echter, hoewel de Handreiking Klachtafhandeling bij aanbesteden ziet op onpartijdigheid en objectiviteit van de klachtencommissie, missen wij wel de verplichting om een onafhankelijke, externe voorzitter van het klachtenloket aan te stellen. Toevoeging van deze verplichting dient ter voorkoming van ongewenste vermenging van persoonlijke belangen en werkrelaties.

We missen in de memorie van toelichting ook het voorbeeldreglement en bieden onze expertise graag aan bij het opstellen daarvan.

- Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE)

Wij onderschrijven ten dele de nieuwe rol van de CvAE en hopen dat de aanbestedende diensten bij de planning van het hele inkoop - en aanbestedingstraject aan de voorkant rekening gaan houden met het nieuwe tijdpad. Rekening houden met de mogelijke klachten in de ontwerpfase van de aanbestedingsprocedure en de daarbij behorende verplichte opschortende werking hoort daar ook bij. Wij missen nu wel de standstill periode bij de selectiebeslissing. Wij verzoeken de minister zich in te spannen om laagdrempelige, eenduidige communicatie over dit nieuwe tijdpad te gebruiken en beschikbaar te stellen. Voor ondernemers zijn de vereisten streng: korte termijnen op basis van kalenderdagen in plaats van werkdagen, vaak startend op vrijdag; harde deadlines: bij een minuut te laat reageren verbeurt de kans op vragen of indienen hetgeen betekent niet mee kunnen dingen; een bijlage vergeten betekent ook dat de kans op meedoen verloren gaat. In zo'n verhouding kan van de aanbestedende dienst ook verwacht worden dat zij met hun planning rekening houden met vragen en klachten en zich aan hun planning houden.

Omdat de adviezen van de CvAE in het wetsvoorstel helaas niet bindend worden, is het goed dat het wetsvoorstel verankert dat de aanbestedende dienst of speciale sector bedrijf, net als bij het advies van het onafhankelijk klachtenloket, alléén deugdelijk gemotiveerd van het advies mag afwijken. Wij hechten zeer aan het in het wetsvoorstel opgenomen pas-toe- of-leg-uit principe. Een deugdelijke motivering versterkt het leereffect voor alle deelnemers. Overigens, ook een winnende ondernemer ziet graag toegelicht hoe de winnende score tot stand is gekomen omdat er altijd een nieuwe inschrijving komt. Is de minister bereid om actief te monitoren in welke mate de adviezen worden overgenomen en indien dat niet het geval is er ook daadwerkelijk een deugdelijke motivering volgt? NB. er zit ons inziens geen verschil tussen een aanbestedende dienst en speciaal sector bedrijf zoals in de memorie van toelichting lijkt te zeggen op pagina 3.

Verankering van het tijdpad in de wet is ons inziens een terecht voorstel. Uit de kernstatistieken die de CvAE heeft verzameld in de 9e jaarrapportage blijkt ons dat de aanbestedende diensten niet of nauwelijks bereid zijn tot opvolging van de adviezen van de CvAE.¹ De bereidheid om de aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van het advies van het CvAE is in 2012 nog verder terug gelopen (8,3% versus 26% in het voorgaande rapportage jaar). Dat bevestigt voor ondernemers de noodzaak om de wet aan te passen en het voorliggend wetsvoorstel zo snel mogelijk in werking te laten treden.²

- **CvAE bij selectie- en gunningsbeslissingen**

Wij betreuren het zeer dat de CvAE in het wetsvoorstel geen rol houdt bij de selectie en gunningbeslissingen. Daarmee verdwijnt een laagdrempelige en effectieve maatregel voor rechtsbescherming. De CvAE heeft ons inziens de inhoudelijke expertise om zaken bijtijds bij te sturen doormiddel van een inhoudelijk advies. Dit is bij uitstek een maatregel die passend is voor een MKB-ondernemer. Deze groep zal nauwelijks een stap naar de rechter (kunnen) maken. Niet alleen door de kosten van de benodigde juridische ondersteuning maar vooral ook omdat het gereserveerd houden van personele en operationele capaciteit gedurende langere tijd, zonder vertrouwenwekkend vooruitzicht op een voor de ondernemer gunstige uitspraak, zeer kostbaar is. Daarnaast toetst de rechter in een kort geding niet op inhoud maar op proces waar ondernemers juist op dat punt in de aanbestedingsprocedure een inhoudelijke beoordeling vragen.

We vertrouwen er op dat er voldoende capaciteit met bijbehorend budget zal worden vrijgemaakt om de Commissie van Aanbestedingsexperts haar werk goed te kunnen laten doen.

- **Verantwoording en monitoring**

In artikel 4.26i lid 2 inzake de nieuwe verplichte registratie en rapportage over de klachtafhandeling van een aanbestedende dienst aan haar volks vertegenwoordigende orgaan (indien het een provincie, gemeente of waterschap betreft) ontbreekt ons inziens helaas de Tweede Kamer. Dit is opmerkelijk daar dit een uitwerking van een motie vanuit de Tweede

¹ 9e periodiek rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts, pagina 13 [Negende periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts | Jaarverslag | Commissie van Aanbestedingsexperts](#)

² 9e periodiek rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts, pagina 12 [Negende periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts | Jaarverslag | Commissie van Aanbestedingsexperts](#)

Kamer zelf is.³ Wij zien graag dat ook voor rijksinkoop jaarlijks aan, in dit geval de Tweede Kamer, wordt gerapporteerd.

Gang naar de rechter

Ondernemers, zeker MKB-ondernemers, maken niet graag en niet snel de gang naar de rechter. Niet alleen omdat zij ook een volgende opdracht van de opdrachtgever ambiëren maar ook omdat, zoals uit de onderzoeken en praktijk blijkt, een gang naar de rechter nauwelijks in het voordeel van de ondernemer uitvalt. Echter, er zijn wel degelijk aanbestedingen geweest waarbij de mogelijkheid tot vernietiging recht zou hebben gedaan aan de positie van de verliezende inschrijvers. In de huidige wetgeving is er sprake van een ongelijkheid. Opname van de extra vernietigingsgrond bij grove schending van de regels van de Aanbestedingswet in het wetsvoorstel vermindert ons inziens die ongelijkheid.

- Inhoudelijke toetsing bij het kort geding

Verbetering van de rechtsbescherming kan ons inziens ook bewerkstelligd worden in het kort geding mits daar een inhoudelijke beoordeling plaats vindt. Echter, in de praktijk (en in het Kwink-onderzoek) constateren ondernemers dat het aanspannen van een kort geding helaas niet leidt tot een inhoudelijke beoordeling. De rechter toetst slechts marginaal, deels omdat bij de rechterlijke macht expertise over het aanbestedingsrecht ontbreekt deels door tijdsdruk. Daarnaast hoeft de aanbestedende dienst pas op de dag van de zitting haar informatie te ontsluiten waardoor een goede procesgang erg moeilijk is.

Wij zien echter mogelijkheden tot verbetering van de rechtsbescherming van ondernemers die via een kort geding een bindende uitspraak zoeken. Wij vragen een inhoudelijke beoordeling in te voeren bij het kort geding door bijvoorbeeld rechters of rechtbanken aan te wijzen die aanbestedingszaken doen. Zo wordt ook meer expertise over de aanbestedingspraktijk opgebouwd. Wij hebben in dit kader ook de komst van de Aanbestedingskamer en instelling van een Aanbestedingsautoriteit bepleit.

De gewenste tijdige ontsluiting van de informatie voor alle betrokkenen is ons inziens geen onmogelijke opgave. Ten tijde van de coronamaatregelen hebben enkele rechtbanken hun procedures zodanig gewijzigd dat informatie met ondernemers op voorhand werd gedeeld hetgeen bijdroeg aan betere rechtsbescherming.

Een dergelijke oplossing en een inhoudelijke beoordeling bij het kort geding biedt ondernemers en aanbestedende diensten uiteindelijk een beter resultaat dan een hoger beroep procedure. Wij vragen u een voorstel met de minister voor rechtsbescherming uit te gaan werken en dragen daar graag aan bij.

- Extra vernietigingsgrond bij reeds gesloten overeenkomst

De toegezegde maatregel van de extra vernietigingsgrond bij grove schending van de regels komt voort uit de praktijk, onderzoeken en het traject dat stakeholders met elkaar doorlopen hebben. Opname in het voorliggende wetsvoorstel blijft ons inziens noodzakelijk om de huidige rechtsongelijkheid aan te pakken. Ondernemers gaan niet zomaar in hoger beroep maar zetten deze stap indien zij van mening zijn dat er echt in strijd met de wet is gehandeld waardoor een opdracht onterecht gegund is aan een ander. Een hoger beroep is de uiteindelijke

³ [Kamerstuk 34252, nr. 16 | Overheid.nl > Officiële bekendmakingen \(officielebekendmakingen.nl\)](#)

rechtsbescherming voor de ondernemer dat de opdracht eerder terug kan komen op de markt. Dat is extra relevant omdat veel (onderhouds) opdrachten tegenwoordig langjarig in de markt gezet worden. een onterecht verloren gunning zou daardoor onevenredig veel invloed uit kunnen oefenen op de (MKB) onderneming.

Met vriendelijke groet,

L.P. Tiel