

Aan de voorzitter en de (plv.) leden van de  
Vaste Commissie voor Economische Zaken en Klimaat  
van de Tweede Kamer der Staten-Generaal  
Binnenhof 4  
2513 AA DEN HAAG

Briefnummer  
19/10.343/ER/Ven  
Onderwerp  
Rechtsbescherming  
Overheidsaanbestedingen

Den Haag  
9 september 2019  
Telefoonnummer  
070-3490358  
E-mail  
[rodenhuis@vnoncw-mkb.nl](mailto:rodenhuis@vnoncw-mkb.nl)

Geachte dames en heren,

Rechtsbescherming vormt al jaren een probleem voor ondernemers die meedoen bij overheidsaanbestedingen. In 2013 is een onafhankelijke Commissie van Aanbestedingsexperts opgericht. Dit moest leiden tot het laagdrempelig oplossen van klachten. Naar aanleiding van moties in de Tweede Kamer heeft de staatssecretaris van EZK onlangs een onderzoek laten uitvoeren naar de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk.<sup>1</sup> Dit onderzoek bekrachtigt het beeld van een gebrekkige rechtsbescherming voor ondernemers. Zowel ondernemers als experts zijn zeer kritisch en vinden in meerderheid dat een effectieve rechtsbescherming ontbreekt.

De beleidsreactie van de staatssecretaris van EZK op het onderzoek vindt MKB-Nederland teleurstellend, temeer omdat de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) in de beleidsreactie op het onderzoek gedecimeerd wordt tot het doen van evaluaties achteraf.<sup>2</sup> Dat is een stap terug in plaats van een stap vooruit. Voor het verbeteren van de rechtsbescherming is er voor de aanbestedende diensten een “stok achter de deur” nodig, in gevallen dat aanbestedende diensten niet serieus met klachten omgaan.

### **Wat is het probleem?**

Adequate rechtsbescherming voor ondernemers bij aanbesteden is essentieel om deze wijze van marktbenadering ook op lange termijn goed te laten werken. Ondernemers

<sup>1</sup> Kwink, Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk, juni 2019.

<sup>2</sup> <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/07/15/kamerbrief-over-onderzoek-naar-rechtsbescherming-bij-aanbesteden-en-beleidsconclusies>

geven aan dat die rechtsbescherming in de praktijk tekortschiet. Hieronder is een voorbeeld opgenomen om de problematiek van de rechtsbescherming te illustreren.

- Een waterschap zette in het najaar van 2017 een openbare tender op de markt voor de renovatie van een groot gemaal en een vierjarig raamcontract voor nieuwbouw, renovatie en onderhoudswerkzaamheden. Probleempunten waren: onnodig clusteren van verschillende opdrachten en ontbreken van tegemoetkoming van tenderkosten, terwijl inschrijvers al een groot deel van engineering moesten uitvoeren. De beste inschrijver zou dan de opdracht krijgen, de andere inschrijvers bleven achter met de kosten.
- Meerdere inschrijvers hebben vragen gesteld, maar kregen nul op het rekest. Vervolgens is een klacht naar het klachtenloket van het waterschap gestuurd, waarop hetzelfde onbevredigende antwoord werd gegeven.
- Uiteindelijk is een klacht ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. De CvAE heeft het waterschap gevraagd om de aanbesteding op te schorten, wat het waterschap weigerde. De zaak is door de CvAE met voorrang behandeld. De uitspraak was in het voordeel van de inschrijver, maar helaas had het waterschap de aanbesteding al gegund.

Er zijn talloze voorbeelden – zoals bovenstaand is weergegeven - waarbij ondernemers een klacht indienen en pas reactie krijgen ná de gunning, als er niets meer aan te doen is. En als het advies wel op tijd is, trekken aanbestedende diensten zich vaak niets aan van de uitspraak van een klachtenloket of de CvAE.

Het onderzoeksrapport van Kwink naar de rechtsbescherming in de praktijk bevestigt zoals hierboven aangegeven het beeld dat de rechtsbescherming tekortschiet. Uit het onderzoek blijkt dat het gaat om een gebrek aan effectiviteit (klagen heeft geen zin), er wordt nagenoeg geen recht gedaan aan de belangen van de inschrijver en de bescherming van de inschrijver. Een meerderheid (56 procent) van de ondernemers geeft aan geen klacht in te dienen bij het aanbestedingsloket ingeval van ontevredenheid. 72 procent van de ondernemers vindt het indienen van een klacht een nodeloze actie. Ook zegt bijna driekwart van de ondernemers die wel een klacht heeft ingediend, dat dit niet heeft bijgedragen aan het oplossen van de klacht en niet bijdraagt aan het wederzijds begrip van de aanbestedende diensten en inschrijver. Zorgelijk is dat bijna 70 procent aangeeft geen procedure te starten wegens angst voor reputatieschade. Vastgesteld kan worden dat het rapport aantoont dat het merendeel van de ondernemers geen gebruik maakt van rechtsbeschermingsvoorzieningen. Niet omdat er geen problemen zouden zijn, maar simpelweg omdat in het huidige stelsel klachten in teveel gevallen niet serieus worden genomen. De ondernemers die wel een klacht indienen, ervaren dat dit meestal geen adequate oplossing biedt. Opvallend is dat circa 90 procent van de aanbestedende diensten een klachtenloket heeft en daar zeer tevreden over is. Bij aanbestedende diensten lijkt dan ook niet de urgentie te bestaan om de in onze ogen broodnodige professionaliseringsslag te maken. Dit is des te opmerkelijker nu niet

alleen de meeste ondernemers, maar – zo blijkt uit het onderzoek – ook experts zeer kritisch zijn over de rechtsbescherming.

### **Maatregelen staatssecretaris voldoen niet**

Het enkel verplicht stellen van een klachtenloket biedt onvoldoende garantie dat de klachtafhandeling daadwerkelijk verbetert; 90 procent heeft immers al een klachtenloket. Het professionaliseren van klachtafhandeling is bovendien niet af te dwingen met een advies of regeling, zeker niet nu aanbestedende diensten eigenlijk geen probleem zien. Ondernemers die geconfronteerd worden met een niet goed functionerend klachtenloket staan dan in de kou.

Het onderzoeksrapport constateert twee problemen met betrekking tot de huidige rol van de CVAE bij klachtafhandeling: adviezen worden niet opgevolgd omdat ze vrijblijvend zijn en adviezen komen te laat om nog effect te kunnen hebben. De staatssecretaris lijkt dit als een gegeven te beschouwen en gebruikt dat als reden om de reikwijdte van de CvAE te verminderen. Kortom slecht gedrag van aanbestedende diensten wordt “beloond”.

Temeer daar de opschortende werking niet door de staatssecretaris als instrument wordt ingezet, zonder opschortende werking kunnen klachten nooit serieus onderdeel worden van de aanbestedingsprocedure.

Een ondernemer stapt niet zo snel naar de rechter. Meestal doen ondernemers dat niet vanwege de hoge kosten, tijd, beperkte kans op succes en reputatieschade; de enige praktische route is de voorzieningenrechter, maar die toetst vooral op procedures en te weinig op de inhoudelijke aspecten van een geschil. Met het aanpassen van de procedures bij de kortgedingrechter en mogelijkheden voor hoger beroep zet de staatssecretaris weliswaar enkele goede stappen maar deze ondervangen niet de aanpak van de problematiek rond rechtsbescherming in z'n totaliteit. De mogelijkheid voor arbitrage wordt daarbij ten onrechte niet verkend. Ook schrijft de staatssecretaris dat door het beter informeren van de aanbestedende diensten onnodig clusteren kan worden voorkomen. Dit naar aanleiding van een advies van de werkgroep clusteren. De werkgroep clusteren heeft echter ook geadviseerd om verbetering van de handhaving van het clusterverbod te verkennen. Wij zijn van mening dat de voorgestelde maatregelen onvoldoende voorzien in aanknopingspunten om de handhaving te verbeteren.

Uiteindelijk gaat het ontbreken van rechtsbescherming ook ten koste van aanvullende beleidsdoelen als de toegankelijkheid van overheidsopdrachten voor het mkb, het stimuleren van innovatie, duurzaamheid en het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke meerwaarde. En aanbestedende diensten worden zo mogelijk een onaantrekkelijke opdrachtgever voor ondernemers, hetgeen zich kan vertalen in minder inschrijvingen en uiteindelijk dus ook minder mededinging.

### Voorstel MKB-Nederland en VNO-NCW

In ons voorstel maken we een onderscheid tussen enerzijds klachten over fouten in de opzet van de procedure welke zich voordoen in de fase vóór inschrijving of aanmelding, en klachten die opkomen in de fase daarna waarbij ondernemers die de opdracht niet hebben gekregen, of niet zijn geselecteerd een bindende uitspraak wensen. Door het deel voor de gunning hebben we samen met onze leden en diverse experts (mede uit de klankbordgroep voor het KWINK-rapport) een alternatief uitgewerkt.

#### Klachtenafhandeling in de fase tót gunning van de opdracht

Een effectieve en laagdrempelige klachtenafhandeling is een zeer belangrijke component voor de rechtsbescherming. Veel ondernemers vinden het aanspannen van een kort geding een stap te ver. Achterliggende factoren hierbij zijn de afhankelijkheidsrelatie met de opdrachtgever en de kosten. En niet alle meningsverschillen lenen zich voor een kort geding. Daarom is goede klachtenafhandeling in de fase vóór de gunning voor de meeste ondernemers cruciaal. Er is dan behoefte aan:

- (1) Een onafhankelijke instantie die als stok achter de deur een advies kan geven op de klachtenafhandeling van (het klachtenloket van) de aanbestedende dienst en wél de juiste prikkel om de klachtenafhandeling te professionaliseren biedt. Daarvoor is nodig dat *comply or explain* geldt voor de aanbestedende dienst ten aanzien van het advies van de onafhankelijke instantie. Het advies is dan niet bindend, maar legt wel een zeker gewicht in de schaal. Er mag alleen gemotiveerd afgeweken worden. De onafhankelijke instantie zal naar onze inzichten de Commissie van Aanbestedingsexperts moeten zijn. De Commissie van Aanbestedingsexperts wordt door zowel aanbestedende diensten als ondernemers zeer gewaardeerd om de geleverde inhoudelijke kwaliteit. Die deskundigheid willen we daarom blijven benutten en bij voorkeur in een eerder stadium in de aanbestedingsprocedure.
- (2) Opschortende werking. Om te voorkomen dat het advies als mosterd na de maaltijd komt, is beperkte opschortende werking vereist, zodat de aanbestedende dienst waar nodig zaken kan aanpassen vóór de gunning. Tijdigheid is de sleutel, zodat een noodzakelijke opschortende termijn beperkt blijft. Niemand zit te wachten op ongelimiteerde opschorting.

#### Bindende geschilbeslechting na de gunning van een opdracht

Sommige ondernemers willen ondanks hoge kosten en reputatierisico's toch een procedure starten. Dit geldt voor een kleinere groep, maar zou door de hoge barrières die ondernemers toch al ondervinden zo drempelloos mogelijk moeten zijn.


- (3) Ondernemers hebben in deze fase behoefte aan toegankelijke en effectieve klassieke rechtsbescherming voor bindende geschilbeslechting met betrekking tot beslissingen in de aanbestedingsprocedure, inclusief mogelijkheid van effectief beroep.

Hiervoor zou, naast het verbeteren van de procedure bij de rechter, het gebruik van arbitrage gestimuleerd moeten worden. Dit is een bewezen methode om bij aanbestedingsgeschillen tot een snelle en inhoudelijke beoordeling te komen.

Tot slot pleiten we voor het starten van een onderzoek naar de toegevoegde waarde van een toezichthouder, met name waar handhaving van de aanbestedingsregels via rechtsbescherming tekortschiet, zoals bij onnodig clusteren. Dit is noodzakelijk omdat er helaas nog altijd aanbestedende diensten zijn die het bepaalde in de Gids Proportionaliteit structureel niet kunnen of – erger nog – niet willen toepassen. Wij als ondernemers zien volop mogelijkheden tot een verbetering van de rechtsbescherming op basis van het KWINK-rapport. Helaas echter worden die mogelijkheden door de staatssecretaris niet benut. De ondernemers beschouwen dit als een gemiste kans.

Graag lichten wij ons standpunt aan u toe in een gesprek.

Hoogachtend



drs. J. de Boer  
voorzitter VNO-NCW



Jacco Vonhof  
voorzitter MKB-Nederland