

Aan de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat  
Mevrouw M.C.G. Keijzer  
Postbus 20401  
2500 EK Den Haag

**Datum**  
19 augustus 2019

**Kenmerk**  
MKBI-AFNL/2019/1962pvn

**Onderwerp**  
Reactie op uw brief over  
Rechtsbescherming bij  
aanbestedingen

Geachte mevrouw Keijzer,

Bij brief van 12 juli jl. (34252, nr 13) heeft u een onderzoek naar de rechtsbescherming bij aanbestedingen aan de Tweede Kamer aangeboden en daaraan een aantal beleidsconclusies en voorgenomen maatregelen gekoppeld. Als MKB INFRA, dé brancheorganisaties van en voor mkb-ondernemers in de infrasector, en Aannemersfederatie Nederland Bouw en Infra (AFNL), de koepelorganisatie van mkb-branches in bouw en infra waarbij MKB INFRA is aangesloten, willen we daar graag op reageren.

Tot onze verbazing zijn de conclusies in uw brief strijdig of in schijnbare tegenspraak met de verbetermogelijkheden die het onderzoeksbureau u aanreikt.

MKB INFRA en AFNL vinden de door u voorgenomen maatregelen in ieder geval volstrekt onvoldoende en op punten zelfs contraproductief om een betere rechtsbescherming bij aanbestedingen te bereiken.

Deze opinie wordt door het georganiseerde bedrijfsleven breed gedeeld en ook vanuit VNO/NCW en MKB-Nederland zal op korte termijn een reactie hierop aan u worden toegestuurd. Aangezien er voor het georganiseerde bouwbedrijfsleven in verband met de specifieke kenmerken van de bouwmarkt en het bestaan van een Raad van Arbitrage in de Bouw verdere nuances mogelijk zijn, zullen de gezamenlijke bouworganisaties – Bouwend Nederland, Vereniging van Waterbouwers, NL Ingenieurs, BNA, Aannemersfederatie Nederland en MKB INFRA – u in aanvulling daarop eveneens hun standpunten melden. Daarop vooruitlopend hebben MKB INFRA en de AFNL de behoefte om een meer specifieke reactie te geven vanuit het mkb. Te meer daar MKB INFRA en AFNL in het belang van het mkb al geruime tijd op dit onderwerp actief zijn en zowel vanuit de achterban als zelf uitgebreid aan het onderzoek van de Kwink Groep hebben bijgedragen, reden voor de onderzoeksleider van Kwink om ook rechtstreeks aan ons terug te koppelen.

In de managementsamenvatting van het rapport van de Kwink Groep staat duidelijk dat “de algemene perceptie van inschrijvers is dat klachtenafhandeling geen zin heeft en de gerechtelijke procedure niet goed past bij de ervaren problemen. Inschrijvers schatten de kans op succes en de kans op effect dus laag in. Daarnaast spelen andere overwegingen om geen actie te ondernemen zoals: angst voor reputatieschade en vergelding, niet passende termijnen, timing en kosten voor het formuleren van een goede klacht of het aanspannen van een rechtszaak.”

De managementsamenvatting stelt ook: “In de praktijk wordt de impact van klachtenafhandeling (door klachtenloketten van aanbestedende diensten en door de CvAE) op het oplossen van problemen als onvoldoende ervaren.”

Beide onderzoeksresultaten zijn zonder enige twijfel met name geïnspireerd door het mkb. Zonder alle theoretische verhandelingen, proefschriften en rapporten (zie bijvoorbeeld reeds het Advies van de Commissie Economische Mededinging over aanbestedingsregelingen uit 1975) uit het verleden over de atypische markt van overheidsopdrachten voor werken over te willen doen, volstaat hier de algemene conclusie dat het repetitie-effect bij aanbestedingen tot gevolg heeft dat aannemers op zijn minst aarzelen om welke vorm van klachtenafhandeling dan ook te entameren, uit angst voor reputatieschade en dus vanwege het risico niet meer te worden uitgenodigd voor komende aanbestedingen. Bij grotere aannemers speelt dat minder, omdat zij een bredere markt hebben en dus eenvoudig compensatie kunnen vinden voor het te verliezen marktaandeel. Bij lokaal en regionaal opererend mkb is dat bijna niet mogelijk en betekent het verlies van een opdrachtgever zo al niet een faillissement, dan toch op zijn minst een ernstig continuïteitsprobleem.

Wat niet uit het Kwink-onderzoek blijkt is, dat het mkb wel zijn toevlucht zoekt bij instituten die met behoud van anonimiteit van de klager of vraagsteller in de bres springen. Bouwend Nederland heeft zijn Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw en Infra, Techniek NL heeft zijn Stichting Marktwerking Installatietechniek en de Vereniging van Hoveniers en Groenvoorzieners heeft samen met MKB INFRA het Adviescentrum Aanbestedingen Grond Wegen en Groen. Deze instituten stellen op verzoek van gegadigden of ambtshalve vragen tijdens de inlichtingenprocedure en verzoeken om aanpassing of correctie van eisen en criteria die afwijken van het bepaalde in de Gids Proportionaliteit, in het ARW of in de Aanbestedingswet. Zij hebben echter slechts de macht van het woord. Als een aanbesteder hun argumentatie niet overneemt of weigert op hun verzoek in te gaan dan is daarmee meestal het verhaal afgelopen. In uitzonderingsgevallen is wel eens gevraagd om een opinie van de Commissie van Aanbestedingsexperts, maar die kwam dan pas nadat het werk al was opgedragen. En daar zit wederom een crux in de gebrekkige rechtsbescherming.

Een mkb-aannemer is namelijk maar in één ding geïnteresseerd en dat is zijn bedrijfscontinuïteit. Daarvoor heeft hij niets aan mooie uitspraken nadat het werk al is gegund of aan schadevergoedingen. Hij wil het werk!

Het is dus zaak dat er wordt gezocht naar een complement op het stelsel van rechtsbescherming dat in elk geval tegemoetkomt aan deze twee cruciale punten: anonimiteit en tijdigheid.

Het recept voor die rechtsbescherming wordt u in het rapport van de Kwink Groep aangereikt: “Een onafhankelijke toezichthouder treedt zelfstandig op naar aanleiding van openbare informatie (bijvoorbeeld op TenderNed), klachten en tips en kan op eigen initiatief onderzoek doen. De toezichthouder is bevoegd informatie bij aanbestedende diensten op te vragen en de aanbestedende diensten zijn verplicht de gevraagde informatie te verschaffen. [...] Indien een toezichthouder een klacht ontvangt is de toezichthouder wel verplicht daar iets mee te doen (als een benadeelde partij vraagt om handhaving van de aanbestedingsregels moet de toezichthouder kunnen acteren). [...] De belangrijkste voordelen van een toezichthouder zijn dat aanbestedende diensten die structureel ongewenst gedrag vertonen kunnen worden aangesproken en dat ondernemers een klacht anoniem en kosteloos kunnen indienen.”

In uw brief aan de Tweede Kamer schuift u deze mogelijkheid terzijde met argumenten die naar onze mening onvoldoende onderbouwd of op zijn minst discutabel zijn. Immers hoeft de toezichthouder niet alle aanbestedingen te controleren. MKB INFRA en AFNL pleiten voor een Aanbestedingsautoriteit gemodelleerd naar (en misschien wel als onderdeel van) de Autoriteit Consument en Markt. De ACM controleert ook niet elke commerciële transactie, maar doet dat steekproefsgewijs, op vermoeden en op klacht. Overigens kan men zich afvragen of het controleren van alle aanbestedingen wel zo’n kostbare en arbeidsintensieve bezigheid is. De rechtsvoorganger van het Adviescentrum Aanbestedingen Grond Wegen en Groen checkte alle openbaar aangekondigde aanbestedingen, dus niet alleen die boven de Europese drempel, en deed dat met een team van drie personen, dat ook nog alle eventuele vervolgacties voor zijn rekening nam.

Vervolgens signaleert u als knelpunt dat het vreemd zou zijn als de ene overheidsinstantie andere overheidsinstanties kan beboeten. Het is niet aan ons om te beoordelen of er in de intergouvernementele verhoudingen niet dergelijke precedënten bestaan, maar boetes zijn niet de enige mogelijke “sanctie”. Boetes zijn onzes inziens zelfs helemaal niet nodig. Aan aanbestedingsprocedures gaat een kostbaar, tijdrovend en arbeidsintensief voorbereidingsproces vooraf, waarin met veel belanghebbenden (zoals OV- en nutsbedrijven) moet worden gecoördineerd. Opschorting van de aanbesteding of in het ergste geval annulering is de ergste nachtmerrie van de verantwoordelijken en is derhalve meer dan afdoende sanctie. Vermoedelijk dat waarschuwen of dreiging met dergelijke gevolgen in de meeste gevallen al afdoende is.

Verder suggereert u dat de toezichthouder enige afstand zal moeten bewaren tot de inhoudelijke keuzes die zijn gemaakt. Ook hier trekken wij weer de parallel met de ACM, die tot in zekere mate wel degelijk naar de inhoud kijkt en niet alleen op correcte toepassing van de procedureregels let. Dat laatste zou overigens wat ons betreft al een hele winst zijn, gezien de hoeveelheid en aard van de klachten bij de voornoemde aanbestedingsinstituten.

Het instellen van een Aanbestedingsautoriteit zou eventueel ook een continuering kunnen zijn van de door uw ambtsvoorganger ingestelde Aanjager Beter Aanbesteden. Wie kan er beter de zo broodnodige spontane adviesfunctie invullen dan degene die autoriteit is en heeft op het gebied van

aanbestedingen, de Aanbestedingsautoriteit dus. Daar kunnen ook aanbesteders terecht als zij twijfelen over de verenigbaarheid van hun voornemens met de bestaande regels, waarmee goedwillende aanbesteders behoed kunnen worden voor eventueel later ingrijpen of bevestigd worden in de juistheid van hun voornemens. Ook de Kwink Groep ziet deze rol weggelegd voor het instituut dat zij betitelen als toezichthouder: “De toezichthouder is er in de eerste plaats niet om concrete geschillen af te handelen maar doet structureel onderzoek naar- en uitspraak over problemen in de aanbestedingspraktijk.”

Wel plaatsen wij nog enige kanttekeningen bij het rapport van de Kwink Groep op het punt van de toezichthouder. Zo stelt het rapport: “Eventueel kan de CvAE invulling geven aan de rol van toezichthouder.” Dat delen wij niet. Indien en voor zover u van mening blijft “dat een toezichthouder enige afstand moet bewaren van de inhoudelijke keuzen die zijn gemaakt” is het noodzakelijk dat er een deskundig instituut blijft bestaan dat wel een oordeel kan geven over de inhoudelijke keuzes. Het ligt dan voor de hand te kiezen voor de Commissie van Aanbestedingsexperts, maar ook de Raad van Arbitrage in de Bouw zou een optie kunnen zijn.

Tenslotte signaleert de Kwink Groep: “Belangrijkste risico’s zijn dat er een verschuiving van procedures bij de voorzieningenrechter naar de toezichthouder zal plaatsvinden, vanwege de laagdrempeligheid van de toezichthouder. Daarbij ontstaat het risico op strategisch gebruik van de procedure bij een toezichthouder om de aanbestedingsprocedures op te schorten (bijvoorbeeld door een zittende leverancier).”

De verschuiving van de voorzieningenrechter is naar onze mening geen risico, maar een toe te juichen ontwikkeling. De voorzieningenrechters weten zich meestal geen raad met de gecompliceerde materie, waar ze zich slechts bij uitzondering mee bezighouden en dus geen verstand van hebben, en zijn een veel te dure oplossing. De lage drempel van de toezichthouder is juist keihard nodig om het mkb eindelijk eens adequate rechtsbescherming te bieden. En als de toezichthouder zijn werk goed doet hoeft hij in de meeste gevallen geen of slechts een korte acceptabele opschorting van de termijnen te vragen om binnen de wettelijk vastgelegde tijdspannes tot zijn conclusies te komen.

Zonder verder vooruit te lopen op de reeds aangekondigde reacties van VNO/NCW en MKB-Nederland, alsmede van de gezamenlijke bouworganisaties, verzoeken wij u zeer dringend uw mening over de toezichthouder c.q. de instelling van een Aanbestedingsautoriteit te herzien of althans nogmaals serieus te onderzoeken. Er zijn in andere EU-lidstaten al dergelijke instituten werkzaam, maar hun ervaringen zijn helaas niet in het onderzoek meegenomen.

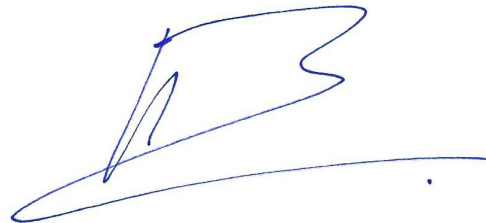
Uiteraard zijn wij gaarne bereid een en ander nader toe te lichten en verder te onderbouwen. De bouworganisaties en de Nederlandse overheid hebben al sinds de begin jaren vijftig met deze materie geworsteld en diverse oplossingen voor een adequate bescherming van een eerlijk marktevenwicht met wisselend succes uitgeprobeerd. MKB INFRA en AFNL zijn ervan overtuigd dat

de huidige wetgeving de juiste handvatten biedt voor de broodnodige rechtsbescherming, mits deze wordt bewaakt en gegarandeerd door een Aanbestedingsautoriteit.

Met vriendelijke groet,  
hoogachtend,



Philip van Nieuwenhuizen  
Voorzitter Vereniging MKB INFRA



Riek Siertsema  
Voorzitter Aannemersfederatie Nederland Bouw en Infra

c.c. Vaste commissie Economische Zaken en Klimaat Tweede Kamer der Staten-Generaal