

Vergaderjaar 2020–2021

32 440

Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20..)

Nr. 117

VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG

Vastgesteld 22 juni 2021

De vaste commissie voor Economische Zaken en Klimaat heeft een aantal vragen en opmerkingen voorgelegd aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat over het Ontwerpbesluit wijziging Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging Gids proportionaliteit (rechtsverwerkingsclausules) – aanvulling (Kamerstuk 32 440, nr. 116).

De vragen en opmerkingen zijn op 21 mei 2021 aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat voorgelegd. Bij brief van 18 juni 2021 zijn de vragen beantwoord.

De fungerend voorzitter van de commissie,
Azarkan

De adjunct-griffier van de commissie,
Reinders

Vragen en opmerkingen vanuit de fracties en reactie van de Staatssecretaris

Vragen en opmerkingen vanuit de CDA-fractie

De leden van de CDA-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van de onderhavige stukken. Zij zijn positief over de aandacht die de Staatssecretaris heeft voor aanbesteden in het algemeen en de rechtsbescherming in het bijzonder. Deze leden hebben nog de volgende vragen en opmerkingen.

1

De leden van de CDA-fractie lezen dat de Adviescommissie vragen heeft gesteld over het feit dat de voorgehangen Gids proportionaliteit niet langer ingaat op de mogelijkheid van brancheorganisaties en aanbestedingsadviescentra om namens een ondernemer een klacht in te dienen bij een aanbestedende dienst. De Staatssecretaris plaatst dit niet terug, omdat het kabinet de Gids proportionaliteit geen geschikte plaats vindt voor kwalitatieve eisen aan klachtafhandeling. Deze redentatie volgen de leden van de CDA-fractie niet direct. Juist in hoofdstuk 4, paragraaf 4.4 van de Gids wordt toch expliciet aandacht besteed aan klachtafhandeling? Bovendien wordt de Gids in de praktijk door veel aanbestedende diensten als handleiding en naslagdocument gebruikt. Kan de Staatssecretaris hier nader op in gaan? Welk alternatief ziet zij waar dit verder verduidelijkt kan worden als daarvoor niet de Gids wordt benut? Deelt de Staatssecretaris de mening dat de mogelijkheid voor brancheorganisaties om namens hun leden op te kunnen treden een belangrijk onderdeel van de rechtsbescherming van ondernemers vormt, met name voor het midden- en kleinbedrijf (mkb) en familiebedrijven en dat het van belang is daar helder over te zijn?

Antwoord

Ik ben ook voorstander van de mogelijkheid voor brancheorganisaties en aanbestedingsadviescentra om klachten in te dienen namens hun leden, zoals ik aangaf in mijn brief van 28 april 2021.¹ Brancheorganisaties overzien de markt en hebben vaak aanbestedingsexpertise in huis. Zo kunnen ze het midden- en kleinbedrijf (mkb) en kleinere familiebedrijven ondersteunen tijdens een aanbestedingsprocedure en een bijdrage leveren aan een goede rechtsbescherming. Het kabinet vindt de Gids proportionaliteit echter geen geschikte plaats voor het stellen van kwalitatieve eisen aan klachtafhandeling en heeft de rol van brancheorganisaties en aanbestedingsadviescentra daarom uit de Gids proportionaliteit gehaald. Het betreft geen beleidswijziging. De reden hiervoor is dat er een verschil bestaat tussen proportionaliteitseisen en kwalitatieve eisen aan klachtafhandeling. De Gids proportionaliteit is het richtsnoer met handvatten voor een redelijke toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Aanbestedende diensten maken bij het toepassen van de Gids proportionaliteit een afweging tussen verschillende belangen. De eisen die ze stellen in een aanbesteding moeten in verhouding staan tot de opdracht die ze in de markt zetten. Bij kwalitatieve eisen hoeft een aanbestedende dienst daarentegen een dergelijke afweging niet te maken: een aanbestedende dienst moet voldoen aan de gestelde (minimale) kwalitatieve eisen, ongeacht de omstandigheden. Het kabinet hecht waarde aan handhaving van deze zuivere afbakening van de Gids proportionaliteit, zoals aangegeven in de voorgehangen nota van toelichting.² De kwalitatieve eisen ten aanzien van klachtafhandeling, waaronder de rol van brancheorganisaties bij het indienen van klachten,

¹ Kamerstuk 32 440, nr. 116.

² Kamerstuk 32 440, nr. 115, bijlage met de nota van toelichting, p. 2.

krijgen een plek in de door mij aangekondigde handreiking klachtafhandeling en in het wetstraject van de wijziging van de Aanbestedingswet 2012.³ De handreiking verwacht ik rond de zomer te publiceren.⁴ De handreiking verwacht ik rond de zomer te publiceren. Ik zal uw Kamer daar te zijner tijd over informeren.

2

De leden van de CDA-fractie lezen dat de Staatssecretaris in haar toelichting bij de derde herziening schrijft dat sinds de overgang van de Schrijfgroep naar de Adviescommissie Gids proportionaliteit het penvoerderschap van de Gids proportionaliteit bij haar ligt, waarbij zij geadviseerd wordt door de Adviescommissie. Waarom is ervoor gekozen de Schrijfgroep van de Gids proportionaliteit, die destijds is ingesteld om de Gids te ontwikkelen en welke groep paritair is samengesteld, om te vormen tot een Adviescommissie en het penvoerderschap bij de Staatssecretaris neer te leggen?

De Gids proportionaliteit is in 2013 opgesteld door een schrijfgroep van aanbestedende diensten en ondernemers met het doel als handreiking voor aanbestedende diensten te dienen. Op verzoek van uw Kamer is het karakter van de Gids gewijzigd van handreiking naar verplicht te volgen richtsnoer.⁵ Hiertoe is de Gids proportionaliteit een wettelijk verankerd product geworden. Gelet op mijn verantwoordelijkheid voor het aanbestedingsbeleid en de -regelgeving ligt de verantwoordelijkheid voor het penvoerderschap van de Gids proportionaliteit bij mijn ministerie. Blijvende betrokkenheid van de praktijk is geborgd door middel van advisering van de Adviescommissie. Hiertoe is in overleg met uw Kamer de oorspronkelijke schrijfgroep omgevormd tot Adviescommissie.⁶ Daarnaast kunnen beide Kamers zich in het kader van de voorhangprocedure uitspreken over de voorgestelde wijzigingen van de Gids.

3

De leden van de CDA-fractie lezen dat de tenderkostenvergoeding onder Voorschrift 3.8B is opgenomen. Echter, in de praktijk wordt deze – zo vernemen deze leden – nog slechts heel beperkt ingevuld of nageleefd. Marktpartijen vrezen dat het als disproportioneel aanwijzen van het beperken van rechtsbescherming onvoldoende zeggingskracht heeft. Kan de Staatssecretaris hierop reflecteren en is zij nog voornemens om andere/aanvullende maatregelen te nemen, zodat dit voorschrift in de Gids proportionaliteit ook (meer) in de praktijk invulling krijgt?

Net als bij tenderkostenvergoedingen, is er geen vaste standaard voor de toepassing van rechtsverwerkingsclausules. Het gaat om de vraag wanneer een ondernemer het recht verliest om te klagen en/of een procedure te starten. De gewijzigde Gids proportionaliteit biedt aanbestedende diensten handvatten voor een proportionele toepassing van rechtsverwerkingsclausules. Een aanbestedende dienst mag een proactieve houding van ondernemers verwachten, maar mag niet het recht om onduidelijkheden of fouten aan te kaarten te sterk inkaderen. Hierbij is een belangenafweging nodig, waardoor de Gids proportionaliteit het juiste instrument is om in te zetten. Ik ontvang daarnaast signalen uit de praktijk dat de ontwikkelingen over de wijziging van de Gids proportionaliteit nauwgezet worden gevolgd en ik heb vertrouwen dat aanbestedende diensten aan de slag gaan met deze wijziging.

³ Kamerstuk 32 440, nr. 116 en Kamerstuk 34 252, nr. 21.

⁴ Kamerstuk 32 440, nr. 116 en Kamerstuk 34 252, nr. 21.

⁵ Kamerstuk 32 440, nr. 50 (Nader gewijzigd amendement van de leden Schouten en Ziengs).

⁶ Kamerstuk 34 440, nr. 99 (Verslag van een schriftelijk overleg).

4

De leden van de CDA-fractie zijn voorts benieuwd hoe de kennispositie van brancheverenigingen, die zelf over weinig of geen inkoop- en aanbestedingskennis beschikken, zou kunnen worden versterkt? Ziet de Staatssecretaris hierbij een rol voor zichzelf weggelegd om dit te stimuleren? Hoe zou dat kunnen?

Antwoord

Ik vind het belangrijk dat ondernemers en brancheverenigingen voldoende aanbestedingskennis hebben. Hier wil ik dan ook een bijdrage aan leveren. Onlangs ben ik in dat kader in samenwerking met VNO-NCW/MKB-Nederland, de VNG en PIANOo het vervolgprogramma Beter Aanbesteden gestart. Dit programma richt zich onder andere op verbetering van aanbestedingskennis bij ondernemers. Voor meer informatie over het programma, verwijst ik naar de brief die ik eind mei naar uw Kamer heb verzonden.⁷

5

Acht de Staatssecretaris daarnaast relatief kleinere aanbestedende diensten, die weinig of geen inkoop- en aanbestedingskennis in huis hebben, voldoende toegerust om de aanvullende administratieve verantwoordings- en monitoringstaken uit te voeren, vragen deze leden zich af? Op welke manieren kunnen zij daarbij worden ondersteund?

Antwoord

De Gids proportionaliteit is sinds de invoering van de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013 aangewezen als wettelijke richtsnoer waardoor aanbestedende diensten al een aantal jaren gewend zijn om met de Gids te werken. Vanuit het oogpunt van administratieve lasten is de wijziging ten aanzien van rechtsverwerkingsclausules beperkt. Ik verwacht dat alle aanbestedende diensten goed toegerust zijn om deze wijziging in de praktijk te brengen. Het Expertisecentrum Aanbesteden PIANOo heeft daarnaast als algemene taak het inkopen en aanbesteden bij aanbestedende diensten te professionaliseren. PIANOo brengt experts op inkoop- en aanbestedingsgebied bij elkaar, bundelt kennis en ervaring en geeft advies en praktische tips. PIANOo biedt veel inkoop- en aanbestedingskennis en helpt aanbestedende diensten om de (nieuwe) regelgeving goed toe te passen.

6

De leden van de CDA-fractie lezen in de bijlage bij de brief van de Staatssecretaris onder 7 dat in plaats van over «publieke opdrachtgever» voortaan over «aangebestede dienst» wordt gesproken, die «alleen proportionele eisen aan het indienen van een bezwaar of klacht mag stellen». Klopt het dat hiermee inhoudelijk is afgeweken van het advies van de Adviescommissie Gids proportionaliteit, die voorstelde op te nemen «De aanbestedende dienst mag het maken van bezwaar op geen enkele manier beperken»? Kan de Staatssecretaris dit toelichten? In hoeverre doet de huidige tekst voldoende recht aan het uitgangspunt van een goede rechtsbescherming van ondernemers?

Antwoord

De Adviescommissie heeft de volgende zin geadviseerd: «De aanbestedende dienst mag het maken van bezwaar op geen enkele manier beperken.» In de voorgeslagen Gids proportionaliteit heb ik gekozen voor de zin: «Een aanbestedende dienst stelt alleen proportionele eisen aan het indienen van een bezwaar of klacht.» De formulering voorgesteld door de Adviescommissie zou onbedoeld de indruk kunnen wekken dat een

⁷ Kamerstuk 34 252, nr. 22.

aanbestedende dienst geen enkele eis zou mogen stellen aan het maken van bezwaar, terwijl het kabinet van mening is dat het stellen van proportionele eisen aan de wijze van indiening van een klacht kan bijdragen aan een goede klachtafhandeling. Het gaat bijvoorbeeld om de eis dat een gegadigde of inschrijver een bezwaar schriftelijk moet indienen (het schriftelijkheidsvereiste).⁸ Een professionele klachtafhandeling vraagt inzet van zowel de aanbestedende dienst als de ondernemer.

Vragen en opmerkingen vanuit de CU-fractie

De leden van de ChristenUnie-fractie hebben aan de wieg gestaan van de Gids proportionaliteit en de oprichting van de bijbehorende commissie in 2012. Sindsdien is er een hoop gebeurd. In 2017 is de werkwijze van de schrijfcommissie veranderd en de commissie verworpen tot een adviescommissie. Het staat voor de leden van de ChristenUnie-fractie buiten kijf dat er een scherpe focus moet zijn op proportioneel aanbestedingsbeleid. Er worden hier namelijk nog fouten gemaakt. Ook bij de grootste inkoper van Nederland het Rijk.

7

De leden van de ChristenUnie-fractie lezen in het verantwoordingsonderzoek van 2020 dat de Algemene Rekenkamer diverse onvolkomenheden in het financieel beheer constateerde, waarvan twee ernstig: 5,1 miljard publiek geld dat deels onrechtmatig is uitgegeven aan onder meer de inkoop van beschermingsmiddelen. Vorig jaar waarschuwde de Algemene Rekenkamer al dat het reëel was dat door de coronacrisis er meer problemen ontstaan bij aanbestedingen. Het Ministerie van Volksgezondheid besloot onder het mom van snelheid en urgentie het snelsten bij evenementen niet openbaar aan te besteden, waar zij wel wettelijk toe verplicht is. De leden van de ChristenUnie-fractie constateren dat ook los van de Coronacrisis bedrijven tegen het inkoopbeleid van het Rijk aanlopen: opdrachten die gebundeld worden zodat het voor kleinere bedrijven onmogelijk wordt om mee te dingen, of juist klussen die opgeknipt worden zodat er geen aanbesteding hoeft plaats te vinden. Dit roept bij deze leden dezelfde vraag op die de Algemene Rekenkamer ook onderzoekt: wordt er rechtmatig omgegaan met publiek geld? Specifiek vragen deze leden dan ook aan de Staatssecretaris: wordt bij het maken van een afweging voor een aanbesteding door het Rijk en dus de vraag hoe publiek geld besteed moet worden, de Algemene Rekenkamer betrokken? Waarom wel of niet? Zo ja, hoe wordt de Algemene Rekenkamer betrokken in het proces van aanbesteding?

Antwoord

De Algemene Rekenkamer (AR) is niet vooraf betrokken bij het maken van een afweging voor aanbestedingen door het Rijk; dit is ook niet de taak van de AR. De verschillende ministeries zijn zelf verantwoordelijk voor een rechtmatige uitgave van hun gelden en hun aanbestedingen. De AR controleert achteraf of aanbestedingen rechtmatig zijn geweest en op een juiste wijze zijn uitgevoerd, en daarmee of het bij de aanbesteding betrokken publieke geld op rechtmatige wijze is besteed.

In het kader van de bestrijding van de COVID-19-crisis heeft het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) zo veel mogelijk noodzakelijke goederen en diensten, waaraan een zorgwekkend tekort was, onder zeer hoge druk ingekocht binnen de vigerende wet- en regelgeving, waaronder de Aanbestedingswet 2012. Omwille van de noodzakelijke en gewenste snelheid met betrekking tot de inkoop, is het niet in alle

⁸ Kamerstuk 32 440, nr. 115, bijlage met de nota van toelichting, p. 2–3.

situaties gelukt om binnen deze kaders te blijven, of doorslaggevend te laten zijn. Zodra het mogelijk was, zijn de reguliere procedures uit de Aanbestedingswet 2012 weer gevolgd. Met betrekking tot het op een spoedige, veilige en verantwoorde wijze van openstellen van de maatschappij heeft het Ministerie van VWS weloverwogen beslissingen genomen, waarbij het Ministerie van VWS de (geestelijke) volksgezondheid van Nederland voorop heeft willen stellen, wat ook een zorgvuldige overheid heeft te doen in een pandemie als deze in het belang van haar burgers, ook al zou dat op gespannen voet staan met de beginselen van het aanbestedingsrecht

De leden van de ChristenUnie-fractie vinden dat de resultaten van de Algemene Rekenkamer en de genoemde problemen rondom aanbesteden laten zien dat het belangrijk is om goed aanbestedingsbeleid te voeren. Een belangrijk onderdeel van dat beleid is de Gids proportionaliteit. Deze leden willen eerst ingaan op het meest recente advies van de adviescommissie en wat de Staatssecretaris daarmee heeft gedaan. Vervolgens gaan zij nader in op de rol van de Gids proportionaliteit, de Adviescommissie en het penvoerderschap van de Gids.

8

De Staatssecretaris schrijft dat het ontwerpbesluit en de nota van toelichting voor de wijziging van de Gids proportionaliteit in stand wordt gehouden. Toch schrijft zij ook dat er nog enkele wijzigingen van de tekst van de Gids proportionaliteit gewenst zijn. De leden van de ChristenUnie-fractie willen graag van de Staatssecretaris weten waarom zij deze wijzigingen niet volgens de normale manier van wijzigingen van de Gids proportionaliteit doorvoert en kenbaar maakt.

Antwoord

De wijziging van de Gids proportionaliteit betreffende rechtsverwerkingsclausules heb ik volgens de gangbare voorhangprocedure aan beide Kamers voorgelegd.⁹ Dit betekent dat ik het ontwerpbesluit met de bijbehorende nota van toelichting en het voorstel voor een gewijzigde tekst van de Gids proportionaliteit aan de Tweede Kamer en Eerste Kamer heb voorgelegd. Beide Kamers hebben de stukken op 12 februari 2021 ontvangen.¹⁰ Naar aanleiding van enkele publieke reacties op het onderwerp sociale en andere specifieke diensten, en gesprekken met de Adviescommissie Gids proportionaliteit achtte ik nog enkele wijzigingen van de tekst van de Gids proportionaliteit gewenst. Deze aanvullende wijzigingen, die onderdeel uitmaken van de wijziging betreffende rechtsverwerkingsclausules, heb ik op 28 april 2021 voorgelegd aan beide Kamers.¹¹ Omdat de voorhangtermijn – waarin uw Kamer geen vragen heeft gesteld – was verlopen, heb ik een extra termijn geboden zodat beide Kamers voldoende gelegenheid hadden om de aanvullende wijzigingen te bestuderen. Deze tweede brief was niet voorzien, maar draagt wel bij aan een heldere en betere tekst om verwarring over de Gids proportionaliteit te voorkomen.

9

De leden van de ChristenUnie-fractie zijn op de hoogte van de lopende evaluatie en ziet uit naar de resultaten. Omdat de Staatssecretaris in haar brief echter ingaat op de rolverdeling tussen de Adviescommissie van de Gids proportionaliteit en het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat, willen deze leden nog enkele vragen stellen over dit onderwerp.

⁹ Zie artikelen 1.10, derde lid, 1.13, derde lid, 1.16, derde lid, en 1.22, eerste lid, van de Aanbestedingswet 2012.

¹⁰ Kamerstuk 32 440, nr. 115.

¹¹ Kamerstuk 32 440, nr. 116.

De commissie van de Gids proportionaliteit is oorspronkelijk in het leven geroepen om het veld van inkopers te representeren en zo wijzigingen door te voeren in de Gids die maken dat het aanbestedingsbeleid rechtmatig is en blijft voor zowel grote bedrijven alsook het mkb. In 2017 zijn aan de commissie twee Rijksinkopers toegevoegd zodat ook de grootste aanbestedende partij van Nederland gerepresenteerd zou zijn. De leden van de ChristenUnie-fractie vinden die ontwikkeling begrijpelijk en steunen ook de gedachte dat het belangrijk is dat de commissie representatief is. Deze leden waren destijds echter tegen de verandering naar de rol van adviescommissie. Hierdoor is het ministerie penvoerder geworden en mag het besluiten om wijzigingsadviezen wel of niet door te voeren. Deze leden achten deze ontwikkeling nu nog steeds als zeer onwenselijk en willen graag het volgende van de Staatssecretaris weten: Denkt zij dat de invoering van de Gids proportionaliteit heeft geleid tot rechtvaardiger en rechtmatiger aanbestedingsbeleid? Deelt zij de mening dat de Gids proportionaliteit daarmee van toegevoegde waarde voor het mkb is? Vindt zij het van toegevoegde waarde dat er een commissie is waarin het veld van inkopers gerepresenteerd is? Wat vindt de Staatssecretaris van de verhouding tussen de adviescommissie en het ministerie, waarin het ministerie vertegenwoordigd is in de, terwijl het ministerie ook uiteindelijk besluit om wijzigingen wel of niet door te voeren? Vindt de Staatssecretaris het in dat licht wenselijk dat het penvoerderschap bij het ministerie ligt?

Antwoord

Het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit is onlangs geëvalueerd, zoals toegezegd bij de instelling van de Adviescommissie in 2017.¹² Deze evaluatie betrof niet de inhoud en werking van de Gids zelf. Daarom kan ik geen harde conclusies trekken over de bijdrage van de Gids aan een rechtmatiger aanbestedingsbeleid. De Gids proportionaliteit is wel een verplicht richtsnoer: door de wettelijke verankering en het pas-toe-of-leg-uit-principe, moeten aanbestedende diensten de voorschriften in de Gids proportionaliteit volgen, of uitleggen waarom ze afwijken. Dat draagt bij aan een beter aanbestedingsbeleid, wat ook ten goede komt aan het mkb. Hoewel ik niet vooruit wil lopen op de beleidsconclusies naar aanleiding van de evaluatie van het stelsel van wijziging, wil ik wel alvast benadrukken dat ik het belangrijk vind dat er een adviescommissie is waarin de verschillende kanten, namelijk aanbestedende diensten en ondernemers, zijn vertegenwoordigd. Zij kunnen vanuit hun praktijkervaring adviseren. Er zit overigens geen vertegenwoordiger van het Rijk in de huidige Adviescommissie.

De rol van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat maakt onderdeel uit van het stelsel van wijziging van de Gids proportionaliteit en is derhalve meegenomen in de evaluatie. De evaluatie heeft zich niet gericht op de wettelijke verankering van de Gids proportionaliteit. Zoals eerder aangegeven in mijn brief van 28 april 2021, verwacht ik uw Kamer rond de zomer te informeren over de uitkomsten van de evaluatie en mijn beleidsreactie daarop.¹³ Verder verwijs ik naar mijn beantwoording van vraag 2 van de CDA-fractie over de overgang van een schrijfgroep naar een adviescommissie voor de Gids proportionaliteit.

¹² Aangangsel Handelingen II 2020/21, nr. 1729.

¹³ Kamerstuk 32 440, nr. 116.