

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

Ons kenmerk

CE-MC / 19231722

Datum 29 oktober 2019

Betreft Beantwoording vragen over het Ontwerpbesluit wijziging
Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging Gids Proportionaliteit

Geachte Voorzitter,

Hierbij stuur ik u de antwoorden op de vragen die ik op 19 september jongstleden heb ontvangen van de fracties over het Ontwerpbesluit wijziging Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging Gids Proportionaliteit (Kamerstuk 32440, nr. 112).

Hoogachtend,

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

Vragen en opmerkingen van de leden van de VVD-fractie

Vraag

De leden van de VVD-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van de aangepaste Gids Proportionaliteit. Zij hebben hier nog enkele vragen over.

De leden van de VVD-fractie lezen dat het naar het oordeel van de Adviescommissie Gids Proportionaliteit in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel om een tenderkostenvergoeding bij voorbaat uit te sluiten in geval de aanbestedende dienst een aanbesteding intrekt. Volgens de Adviescommissie Gids Proportionaliteit is een vergoeding wel mogelijk onder de voorwaarde dat er daadwerkelijke kosten zijn gemaakt en als deze zo aanzienlijk zijn dat een vergoeding ook aan de orde zou zijn geweest als de aanbesteding niet ingetrokken zou zijn. Deze leden willen weten wat er wordt verstaan onder "aanzienlijke kosten". Voorts willen zij weten op basis van welke criteria wordt bepaald wanneer er sprake is van aanzienlijke kosten.

Antwoord

Het niet vergoeden van tenderkosten is onder bepaalde omstandigheden disproportioneel. Volgens de Gids Proportionaliteit is dit het geval wanneer een zodanige forse inspanning per inschrijving wordt verlangd, dat deze feitelijk niet meer in verhouding staat tot de omvang van de opdracht. Hiervan is volgens voorschrift 3.8A van de Gids Proportionaliteit sprake wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen. Bij aanzienlijke kosten kan dus gedacht worden aan kosten voor visiepresentaties, maquettes en modellen, schetsen of (constructie-) doorberekeningen die gemaakt moeten worden om in te kunnen schrijven.

Vraag

De leden van de VVD-fractie lezen dat er een nieuw voorschrift is toegevoegd (voorschrift 3.8B) dat expliciet vermeldt dat het op voorhand uitsluiten van iedere vergoeding van inschrijfkosten in geval van laattijdige intrekking van de aanbesteding disproportioneel is. Deze leden zijn van mening dat dit een positief signaal is. Zij vragen de staatssecretaris wanneer er sprake is van laattijdige intrekking. Bestaat hier jurisprudentie over en zijn er criteria opgesteld om te bepalen wanneer een intrekking laattijdig is?

Antwoord

De algemene criteria voor vergoeding van inschrijfkosten worden genoemd in de toelichting bij de wijziging van de Gids Proportionaliteit. Een vergoeding is aan de orde als aan de volgende, cumulatieve criteria voldaan wordt:

- er zijn daadwerkelijk kosten gemaakt, en
- deze zijn zo aanzienlijk dat een vergoeding ook aan de orde geweest zou zijn als de aanbesteding niet ingetrokken zou zijn.

Aan deze criteria zal vooral voldaan kunnen worden bij intrekking in een vergevorderd stadium van de aanbesteding, na het verschijnen van de laatste nota van inlichtingen. In dat stadium kunnen inschrijvers in verhouding aanzienlijke kosten gemaakt hebben voor het opstellen van een offerte zonder dat daar kans op een gunning tegenover staat. Er is geen specifieke jurisprudentie die nader invult wanneer een intrekking laattijdig is en een wanneer een vergoeding voor inschrijfkosten aan de orde moet zijn. Dit hangt af van de intrekkingsomstandigheden, en moet mede bezien worden in het licht van de kosten die inschrijvers op het moment van intrekking inmiddels hebben gemaakt. Een aanbestedende dienst die een aanbesteding intrekt moet steeds nagaan of er

op basis van deze criteria in het concrete geval aanleiding is om een vergoeding voor inschrijfkosten aan te bieden. Die beoordeling blijft maatwerk. Om te voorkomen dat aanbestedende diensten bij voorbaat een vergoeding van inschrijfkosten uitsluiten heb ik ervoor gekozen de Gids Proportionaliteit aan te passen.

Er is wel algemene jurisprudentie over het afbreken van onderhandelingen in een precontractuele fase. Die jurisprudentie ziet echter op een ander vraagstuk. Het gaat dan om de vraag of schadevergoeding aan de orde is tegenover een partij die erop mocht vertrouwen dat het tot het sluiten van een overeenkomst zou komen.

Vraag

Ook willen de leden van de VVD-fractie weten of er een laagdrempelige manier voor mkb'ers bestaat om de gemaakte kosten terug te vragen. In hoeverre kunnen zij zich hierbij beroepen op een vermelding dat het op voorhand uitsluiten van een vergoeding bij een laattijdige intrekking van de aanbesteding disproportioneel is?

Antwoord

In het nieuwe voorschrift 3.8B wordt geen verschil gemaakt tussen mkb en grootbedrijven. Ik ben me ervan bewust dat met name voor het mkb inschrijfkosten een drempel kunnen zijn om in te schrijven. Daarom verduidelijkt het nieuwe voorschrift dat het op voorhand uitsluiten van een inschrijfvergoeding bij een (laattijdige) intrekking van de aanbesteding disproportioneel is. De aanbestedende dienst dient een tenderkostenvergoeding uit eigen beweging aan te bieden wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen. Om deze reden is er geen regeling voor het terugvragen van kosten. Indien een aanbestedende dienst de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit niet naleeft, kan iedere inschrijver een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Daarnaast kan de inschrijver een beroep doen op de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit in een procedure bij de Commissie van Aanbestedingsexperts of de civiele rechter.

Vragen en opmerkingen van de leden van de CDA-fractie

Vraag

De leden van de CDA-fractie hebben kennisgenomen van het ontwerpbesluit wijziging Aanbestedingsbesluit en hebben naar aanleiding hiervan de volgende vragen en opmerkingen.

De leden van de CDA-fractie wijzen erop dat de Gids Proportionaliteit, richtsnoer voor aanbestedingen, in voorschrift 3.8A stelt dat aanbestedende diensten een vergoeding aanbieden wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen. Dit voorschrift luidt concreet: "De aanbestedende dienst biedt een vergoeding aan wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen" (gewijzigde Gids Proportionaliteit, pag. 63). Aan dit voorschrift over inschrijfkosten voegt het voorliggende Ontwerpbesluit een nieuw voorschrift toe (voorschrift 3.8B), dat vermeldt dat het op voorhand uitsluiten van

iedere vergoeding voor inschrijfkosten in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding disproportioneel is: "De aanbestedende dienst sluit niet op voorhand iedere vergoeding van inschrijfkosten uit in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding" (gewijzigde Gids Proportionaliteit, pag. 63). Met dit nieuwe voorschrift geeft de staatssecretaris invulling aan de motie-Van den Berg/Wörsdörfer over kaders voor vergoedingen in de Tenderkostenvergoeding (Kamerstuk 32440, nr. 106). Deze leden zijn hier blij mee.

De leden van de CDA-fractie wijzen erop dat behalve de Gids Proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2016, ook de Handreiking tenderkostenvergoeding bestaat met praktische handvatten voor het toepassen van de inschrijf-/tenderkostenvergoeding. In de (gewijzigde) Gids Proportionaliteit wordt nergens naar deze handreiking verwezen. Hoe staat de staatssecretaris tegenover de suggestie van de leden van de CDA-fractie om alsnog een verwijzing naar de (relatief onbekende) Handreiking tenderkostenvergoeding in de gewijzigde Gids Proportionaliteit op te nemen, die aanbestedende diensten en inschrijvers zou kunnen helpen bij een juiste toepassing van de inschrijf-/tenderkostenvergoeding? Is de staatssecretaris bereid hiernaar te kijken?

Antwoord

De Handreiking Tenderkostenvergoeding is een initiatief van het regioteam Noordwest binnen het traject Beter Aanbesteden. Deze handreiking biedt praktische handvaten om invulling te geven aan de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit. De Handreiking is niet een absolute norm, omdat elke aanbesteding weer anders is en - zoals de Handreiking zelf ook constateert - maatwerk vereist. Om deze redenen heb ik er nu niet voor gekozen een verwijzing op te nemen in de Gids proportionaliteit. Ik deel de wens om de bekendheid te vergroten. Daarom is binnen Beter Aanbesteden de Handreiking regelmatig onder de aandacht van aanbestedende diensten en inschrijvers gebracht, onder andere in nieuwsbrieven en op de website van PIANOo. Hiermee is de bekendheid over de Handreiking vergroot. Ook in het vervolg op Beter Aanbesteden (zie Kamerstuk 34 252, nr. 14) wil ik het gebruik van de Handreiking blijven bevorderen. Tevens zal ik in de Nota van Toelichting bij de wijziging van de Gids Proportionaliteit een verwijzing naar de Handreiking opnemen.

Vraag

De leden van de CDA-fractie wijzen erop dat de staatssecretaris in haar begeleidende brief schrijft dat "de Gids Proportionaliteit aangeeft dat er sprake is van onevenredige lasten wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen. Dergelijke onevenredige lasten kunnen ook aan de orde zijn als een dergelijke aanbesteding overduidelijk te laat, te weten na het verschijnen van de laatste nota van inlichtingen, ingetrokken wordt" (Kamerstuk 32440, nr. 112, pag. 2). Zowel in de Gids Proportionaliteit als in de nota van toelichting komt het criterium 'overduidelijk te laat' en 'na het verschijnen van de laatste nota van inlichtingen' niet terug. Is de staatssecretaris het met deze leden eens dat deze verschillende toelichtingen en interpretaties tot onduidelijkheid kunnen leiden over de 'omstandigheden van intrekking', die bepalend zijn voor de toekenning van een inschrijf-/tenderkostenvergoeding? Waarom wijkt de begeleidende brief op dit

punt af van de gewijzigde Gids Proportionaliteit en de nota van toelichting? Hoe moeten deze diverse uitleggen en invullingen van de 'omstandigheden van intrekking' worden gelezen? Op welke manier moet de zinsnede "na het verschijnen van de laatste nota van inlichtingen" worden geïnterpreteerd. In de aanbestedingspraktijk worden er immers lopende een procedure regelmatig nota's toegevoegd en inschrijftermijnen verlengd. Zou indachtig het bovenstaande de motivatie bij voorschrift 3.8 in de gewijzigde Gids Proportionaliteit naar de mening van de staatssecretaris wellicht concreter, duidelijker of scherper kunnen?

Antwoord

Ik verwijs in dit verband naar mijn antwoord op de vergelijkbare vraag van de VVD-fractie. Maatgevend voor de vraag of een tenderkostenvergoeding aan de orde is, is of de inschrijver tenderkosten heeft gemaakt, omdat een gedeelte van de opdracht reeds moest worden uitgevoerd om de inschrijving te kunnen indienen. Als inschrijvers dergelijke kosten maken moet de aanbestedende dienst die kosten in principe, volgens de gids Proportionaliteit, vergoeden, ook als de aanbesteding niet doorgaat. Bij intrekking van de opdracht geldt derhalve dezelfde systematiek als wanneer de opdracht niet was ingetrokken.

Volgens voorschrift 3.8A van de Gids Proportionaliteit is sprake van tenderkosten die vergoed moeten worden wanneer een gedeelte van de te plaatsen opdracht moet worden uitgevoerd om de inschrijving in te kunnen dienen. Dat voorschrift is bepalend. Of sprake is van kosten die vergoed moeten worden, zal bij ingetrokken aanbestedingen steeds in het concrete geval beoordeeld moeten worden. Zoals ik in de begeleidende brief heb aangegeven kan de late intrekking van de opdracht één van de relevante omstandigheden zijn om te bepalen of dat het geval is.

Voorschrift 3.8B verduidelijkt dat het, met het oog op die concrete beoordeling, niet proportioneel is om bij voorbaat iedere vergoeding van inschrijfkosten uit te sluiten in geval van een laattijdige intrekking van de aanbesteding. Ik ben er geen voorstander van de toelichting bij voorschrift 3.8 in de Gids Proportionaliteit aan te passen, omdat het voornamelijk gaat om de vraag of er tenderkosten zijn gemaakt die vergoed zouden moeten worden.

Vragen en opmerkingen van de leden van de SP-fractie

Vraag

De leden van de SP-fractie hebben kennisgenomen van het Ontwerpbesluit en hebben hier bij enige vragen en opmerkingen.

De leden van de SP-fractie lezen in de nota van toelichting bij de wijziging van de Gids Proportionaliteit dat voorschrift 3.8B aan de Gids Proportionaliteit is toegevoegd waarmee een richtlijn wordt gegeven voor een vergoeding voor tenderkosten bij een (te laat) ingetrokken aanbesteding. Deze leden constateren dat hiermee het voorstel van de Adviescommissie Gids Proportionaliteit is overgenomen. Tegelijkertijd lezen deze leden in de nota niet hoe de staatssecretaris van plan is te voorkomen dat een aanbesteding te laat of om de verkeerde redenen wordt ingetrokken. De leden van de SP-fractie zijn benieuwd naar het oordeel van de regering over hoe het gesteld is met de kwaliteit van de inkoop door departementen, decentrale overheden en aanbestedende diensten.

Antwoord

Vooropgesteld moet worden dat volgens vaste jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie, een aanbestedende dienst niet is gehouden een opgestarte aanbestedingsprocedure te voltooien en de opdracht te gunnen – ook niet aan de enige inschrijver die nog in de running is –, mits hij daarbij de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht neemt¹. In voormeld arrest heeft het Hof geoordeeld dat een besluit tot intrekking niet enkel mogelijk is in uitzonderlijke gevallen en dat een dergelijk besluit ook niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen hoeft te berusten.

Dat betekent dat aanbestedende diensten aanbestedingen mogen intrekken. Een intrekking betekent niet dat de kwaliteit van de inkoop onvoldoende is, maar kan een legitieme keuze zijn. Het vergoeden van tenderkosten hoeft niet bij elke laattijdige intrekking aan de orde te zijn. Of dat wel moet, hangt onder meer af van de proportionaliteit van de gevraagde inzet van inschrijvers. De Gids Proportionaliteit biedt kaders voor de beoordeling daarvan.

Vraag

Tevens vragen de leden van de SP-fractie om een overzicht van in de afgelopen jaren ingetrokken aanbestedingen per soort aanbestedende dienst of overheid die volgens de nieuwe stelregel recht zouden geven op een vergoeding en een dergelijk overzicht uit te splitsen naar soort overheid of aanbestedende dienst.

Antwoord

Een dergelijk overzicht is niet te geven. Aanbestedende diensten houden hier geen overzicht van bij. Er is ook geen vastgestelde verplichting hiertoe. Bovendien is uit dit soort 'kale' cijfers namelijk niet zichtbaar of een tenderkostenvergoeding geboden had moeten worden. Zoals gezegd is de vraag over het al dan niet bieden van tenderkostenvergoeding afhankelijk van omstandigheden. Het is hierbij aan de aanbestedende dienst om hierin een afweging te maken.

Vraag

De leden van de SP-fractie vragen de regering of zij de mening deelt dat door kwalitatief hoogstaande inkoop het intrekken van aanbestedingen door fouten in het inkoopproces of het hanteren van onjuiste criteria kan worden voorkomen en, indien dit het geval is, hoe dit verbeterd gaat worden en in hoeverre het programma Beter Aanbesteden hieraan invulling geeft.

Antwoord

Kwalitatief hoogstaande overheidsinkoop is inderdaad belangrijk, en is een zaak van de overheid én het bedrijfsleven. Daarom wordt ook een vervolg gegeven aan het traject Beter Aanbesteden, zoals ik uw Kamer al heb laten weten (Kamerstuk

¹ Zie onder meer Hof van Justitie van de Europese Unie, 11 december 2014 (C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435, Croce Amica/AREU)

34 252, nr. 14). Ik werk op dit moment samen met betrokken partijen, zoals VNG en MKB Nederland, om invulling te geven aan dit vervolg.

Vraag

De leden van de SP-fractie vragen de regering welke criteria worden gehanteerd voor degenen die de inkoop bij overheden en aanbestedende diensten uitvoeren en, indien deze momenteel niet of beperkt bestaan, of het naar haar mening zinvol zou zijn om onderzoek te doen naar verdere formalisering van deze criteria.

Antwoord

Vanuit het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties wordt gewerkt aan de doorontwikkeling van het Rijksinkoopstelsel. Er is veel aandacht voor HRM in de inkoop, de capaciteiten die de huidige inkoper nodig heeft en de opleidingen die daarbij aansluiten. Over het inkoopstelsel van andere aanbestedende diensten gaat de Rijksoverheid niet.

Vraag

De leden van de SP-fractie maken zich zorgen over de berichtgeving dat ondernemers geen klachten zouden indienen bij aanbestedende diensten omdat deze niet serieus genomen worden. Deze leden constateren dat de staatssecretaris heeft aangekondigd dat zij de klachtenafhandeling wil professionaliseren, maar zijn benieuwd of professionalisering van de inkooppraktijk in het algemeen niet al zou voorkomen dat er aanleiding is klachten in te dienen.

Antwoord

De onderzoeken ten aanzien van rechtsbescherming lieten zien dat een van de problemen het wij-zij-denken is, waarin met name ondernemers het idee hebben dat zij tegenover de aanbestedende diensten staan. Professionalisering van de aanbestedingspraktijk beoogt bij te dragen aan betere communicatie tussen aanbestedende diensten en ondernemers. Dit geldt inderdaad zowel gedurende de reguliere stappen binnen een aanbesteding als tijdens klachtenafhandeling. Inderdaad kan professionalisering bovendien ook helpen om klachten te voorkómen.

Vraag

De leden van de SP-fractie zijn tevens benieuwd naar de verhouding tussen de door Kwink onderzochte klachten die bij aanbestedende diensten zijn ingediend en klachten die door de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn behandeld.

Antwoord

Ik heb onderzoek laten verrichten naar de volgende centrale vraag: 'Er zijn signalen dat de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbesteden als onvoldoende wordt ervaren in de praktijk. De vraag is hoe het bestaande systeem functioneert en of het wenselijk is wijzigingen aan te brengen.' Het onderzoek is onderverdeeld in twee delen: een onderzoek naar ervaringen, belevingen en verbetermogelijkheden, inclusief de evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE), uitgevoerd door Kwink en een feitenonderzoek naar de rechtspraak en de adviezen van de CvAE over de periode

2016-2018. Kwink heeft de resultaten van het feitenonderzoek naar de rechtspraak en de adviezen in haar rapportage betrokken. Kwink heeft het onderzoek uitgevoerd door middel van gesprekken met betrokkenen, een enquête onder ondernemers, aanbestedende diensten en experts, besprekingen van resultaten in focusgroepen en aanvullende interviews. Kwink heeft dus geen individuele klachten behandeld (dit is de taak van de CvAE), maar opgehaald welke ervaringen ondernemers en aanbestedende diensten hebben met klachtafhandeling bij aanbestedingen.

Vraag

Tevens vragen deze leden de regering of de Commissie niet al zou moeten fungeren als onafhankelijk klachteninstituut en of zij het signaal dat er een onafhankelijke klachtafhandeling nodig is herkent.

Antwoord

De CvAE fungeert nu als onafhankelijke adviseur op het gebied van aanbestedingsklachten. De CvAE is ingesteld om op laagdrempelige wijze met niet-bindende adviezen klachten af te handelen. Daarnaast is het doel van de CvAE om bij te dragen aan de professionalisering van de praktijk en een leereffect bij aanbestedende diensten en ondernemers teweeg te brengen. De zorgen over rechtsbescherming hebben mij bereikt naar aanleiding van mijn brief van 12 juli 2019 (Kamerstuk 34 252, nr. 13) waarin ik maatregelen heb aangekondigd ter verbetering van de rechtsbescherming van ondernemers bij aanbesteden. In de beantwoording van Kamervragen van lid Palland (CDA), reageer ik op deze zorgen.

Vraag

De leden van de SP-fractie merken op dat zij in het verleden hebben gepleit voor de oprichting van een Aanbestedingsautoriteit en zijn benieuwd hoe de regering nu aankijkt tegen een dergelijk instituut waar zowel klachtafhandeling plaatsvindt als voorlichting voor aanbestedende diensten om de kwaliteit van de inkoop te verbeteren.

Antwoord

Met de voorgestelde maatregelen zet ik in op verbetering van klachtafhandeling op lokaal niveau. Ik geloof dat klachtbehandeling 'dichtbij huis' het meest effectief is. De uitwerking daarvan doe ik in nauw overleg met belanghebbenden (zowel ondernemers als aanbestedende diensten). Tot slot vervult PIANOo als expertisecentrum op het gebied van aanbesteden al jaren de voorlichtingsfunctie op het gebied van aanbesteden. Ik zie dan ook geen meerwaarde voor een extra autoriteit die zich richt op klachtafhandeling en het geven van voorlichting.