

Commissie van Aanbestedingsexperts

9^e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

9^e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

Periode: 01-03-2021 tot 01-01-2021

Van: mr. A.C.M. Fischer-Braams (voorzitter), mr. G.R. Werkman-Bouwkamp (vicevoorzitter) en mr. drs. T.H. Chen (lid)

Datum: 26 april 2022

Kopie aan: de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat

1. Inleiding

Voor u ligt de 9^e periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna ook: Commissie of CvAE). Deze rapportage heeft betrekking op een periode van 10 maanden, te weten de periode van 1 maart 2021 tot en met 31 december 2021. De Commissie zal het verslag van haar werkzaamheden voortaan namelijk per kalenderjaar uitbrengen. Ook heeft de Commissie gekozen voor een andere presentatie van haar rapportage.

De Commissie heeft een wettelijke basis in artikel 4.27 van de Aanbestedingswet 2012.¹ Dat artikel luidt:

‘Onze Minister bevordert de instelling van een commissie die tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures.’

De Commissie is onafhankelijk. Haar leden zijn openbaar geworven. Zij worden benoemd door de Minister van Economische Zaken en Klimaat (EZK) en ontvangen een vergoeding voor een inzet van gemiddeld ongeveer 9,5 uur op basis van een het Vergoedingenbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts.² De Commissie oordeelt over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures, zonder bemoeienis van de minister, politiek of derden.

De capaciteit van de Commissie als organisatie is beperkt. Zij wordt voor haar werkzaamheden ondersteund door een secretariaat dat bestaat uit een juridisch medewerker (1,0 fte) en een secretaris (1,0 fte). Tijdens deze verslagperiode is de secretarisfunctie vervuld door een interim-secretaris op inhuurbasis (0,8 fte). De medewerkers van het secretariaat van de Commissie zijn formeel in dienst van EZK en ondergebracht bij de directie Mededinging en Consumenten (MC). Het secretariaat is voor zijn werkzaamheden echter uitsluitend verantwoording schuldig aan de Commissie.

Het jaar 2021 was een lastig jaar voor de Commissie, zoals voor zoveel organisaties. Door de coronacrisis moest het werk vrijwel uitsluitend vanuit huis worden verricht en waren de vergaderingen van de Commissie, op één na, digitaal. Per 1 januari 2021 nam prof. mr. Chris Jansen afscheid als voorzitter. Hij was vanaf de instelling van de Commissie in 2013 aan de Commissie verbonden. Ook accepteerde de ervaren secretaris, mr. drs. Tineke van Houten, na 5 jaar een baan elders. Hun kennis van het aanbestedingsrecht en hun gedrevenheid en betrokkenheid worden node gemist. De Commissie is al vanaf maart 2021 bezig met de werving van een nieuwe, vaste secretaris. Tot op heden is het haar helaas niet gelukt een geschikte kandidaat aan zich te binden. Met hulp van een ervaren interim-secretaris (vanaf 19 april 2021), de inzet van de juridisch medewerker/procesondersteuner en met een flink ‘tandje erbij’ van de commissieleden zijn inmiddels alle achterstanden weggewerkt, heeft het werk door kunnen gaan en is zelfs een versnelling in de afhandeling van klachten bereikt.

Op het moment van verschijnen van deze rapportage bestaat de Commissie uit drie leden: een voorzitter (mr. Anne Fischer-Braams³), een vicevoorzitter (mr. Geke Werkman-Bouwkamp⁴) en een derde commissielid (mr. drs. Tsong Ho Chen⁵). Zij zijn benoemd tot 1 juni 2022 in de verwachting dat er dan duidelijkheid bestaat over een aangepaste rol van de Commissie en de daarbij behorende werkwijze en capaciteit.⁶

Deze rapportage wordt op de website (<https://www.commissie-vanaanbestedingsexperts.nl>) en op de LinkedIn account van de Commissie (<https://www.linkedin.com/company/commissie-van-aanbestedingsexperts>) gepubliceerd. Een kopie wordt ter informatie toegezonden aan de Minister van EZK. De Minister deelt vervolgens het verslag van de werkzaamheden van de Commissie met de Tweede Kamer.⁷

¹ Zie ook het Instellingsbesluit van de Minister van Economische Zaken van 4 maart 2013, Stcrt. 2013, 6182.

² Dit staat voor een arbeidsduurfactor van 0,262. Zie Vergoedingenbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts 23 maart 2021, Stcrt. 2021, 14704. Ter vergelijking: van 1 april 2013 tot en met 30 september 2013 ontvingen de commissieleden een vergoeding voor een inzet van ruim 15 uur, overeenkomend met een arbeidsduurfactor van 0,420 (Besluit van 19 juli 2013, Stcrt. 2013, 23321). Tegenwoordig wordt de arbeidsduurfactor van commissies aangegeven in breukdelen van 36 uur (vgl. Besluit van de Minister van Justitie en Veiligheid van 19 januari 2022, Stcrt. 2022, 1740, wijziging van de arbeidsduurfactor van 12/36 in 16/36).

³ Met ingang van 19 oktober 2017 benoemd tot lid, tevens vicevoorzitter en per 1 januari 2021 benoemd tot lid, tevens voorzitter tot 1 juni 2022, Stcrt. 2021, 14704.

⁴ Met ingang van 19 april 2021 benoemd tot lid, tevens vicevoorzitter tot 1 juni 2022, Stcrt. 2021, 21353.

⁵ Met ingang van 1 april 2015 benoemd tot lid, herbenoemd tot lid van 1 januari 2021 tot 1 juni 2022, Stcrt. 2021, 14704.

⁶ Zie de brief ‘Uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden’ van staatssecretaris Keijzer van 12 februari 2021 aan de Tweede Kamer (Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 34252, nr. 21).

⁷ Vgl. artikel 8 Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts van 4 maart 2013, Stcrt. 2013, 6182.

2. Doel en taken

Het primaire doel van de Commissie is door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. De Commissie kan dat doen door adviezen te geven naar aanleiding van klachten en door tussen partijen te bemiddelen. De Commissie tracht daarmee tevens de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.

Bemiddeling is in de praktijk overigens slechts eenmaal – zonder succes – beproefd. Bemiddeling naar aanleiding van een klacht is in feite niet mogelijk doordat bij een aanbesteding meestal een ruime kring van belanghebbenden betrokken is, ruimer dan enkel degene die de klacht heeft ingediend.

De adviezen van de Commissie zijn niet bindend.⁸ Uit de parlementaire geschiedenis van de Aanbestedingswet 2012 blijkt evenwel dat de wetgever vond dat aanbestedende diensten⁹ de adviezen niet ongemotiveerd naast zich neer kunnen leggen:¹⁰

‘In de Commissie van Aanbestedingsexperts zullen experts deelnemen, die hun sporen hebben verdiend in de aanbestedingspraktijk, zodat deze commissie gezaghebbende adviezen kan geven. Aanbestedende diensten kunnen dergelijke adviezen niet ongemotiveerd naast zich neerleggen.’

3. Belangrijkste trends en ontwikkelingen in de rapportageperiode

3.1 De Commissie in transitie

Bij het uitbrengen van deze rapportage bevindt de Commissie zich in een transitiefase. Zij bereidt zich voor op een aangepaste rol, waarbij zij uitsluitend klachten zal behandelen over de opzet en inrichting van een aanbestedingsprocedure (ook wel: designklachten).

In de Kamerbrief van 12 februari 2021¹¹, die de uitwerking bevat van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming, wordt over de klachtbehandeling door de Commissie onder meer het volgende vermeld:

‘Uitwerking maatregel: CvAE als stok achter de deur (met opschortende termijn)

Zoals hierboven beschreven, is het uitgangspunt dat een ondernemer een designfout eerst moet aankaarten bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Indien een ondernemer niet tevreden is over de wijze van klachtafhandeling door het klachtenloket, of het niet eens is met de uitkomst van de klachtafhandeling, staat een procedure bij de CvAE open. Uit het onderzoek van KWINK Groep blijkt dat aanbestedende diensten in mindere mate bereid zijn om de aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van een advies mede gezien de lange doorlooptijden.

In de nieuwe situatie zet ik in op snelle advisering door de CvAE. Hierdoor hebben aanbestedende diensten de ruimte om dit advies af te wachten en ondernemers snel een advies over hun klacht. In het wetsvoorstel dat ik voorbereid tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 neem ik op dat een aanbestedingsprocedure van rechtswege wordt opgeschort met 14 dagen op het moment dat de CvAE een designklacht in behandeling neemt. Hiermee geef ik tevens opvolging aan de motie van de leden Palland en Aartsen om bij aanbestedende diensten een pas op de plaats zeker te stellen bij klachten die voor inschrijving zijn ingediend, indien de CvAE dit wenselijk acht. De CvAE neemt een klacht alleen in behandeling op het moment dat deze (i) ontvankelijk is en (ii) uitgesloten is dat deze kennelijk geen doel zal treffen. Hierover beslist de CvAE binnen twee werkdagen. Het wetsvoorstel zal erin voorzien dat de aanbestedende dienst in afwijking van deze opschorting van rechtswege alleen de procedure kan doorzetten als dat aangewezen is om een dwingende reden van algemeen belang, wat de aanbestedende dienst dan goed zal moeten kunnen motiveren. Indien er na 14 dagen geen advies ligt van de CvAE, kan de aanbestedende dienst zonder meer door met de procedure, ook als er geen sprake is van een dwingende reden van algemeen belang. De adviezen van de CvAE zijn net als in de huidige situatie niet bindend. Wel dient de aanbestedende dienst, indien deze afwijkt van het advies van de CvAE, dit te motiveren (volgens het pas toe of leg uit principe). Dit principe zal een plek krijgen in het wetsvoorstel. Om te borgen dat de CvAE in de nieuwe situatie binnen 14 dagen met een advies kan komen, kijk ik in overleg met de CvAE wat nodig is in termen van capaciteit en welke aanpassingen in de werkwijze van de CvAE moeten worden doorgevoerd.’

De Commissie licht uit deze brief dat haar adviezen in de toekomst, net als in de huidige situatie, weliswaar niet bindend zullen zijn, maar dat afwijking van een advies volgens het ‘pas toe of leg uit principe’ moet worden gemotiveerd en dat dit principe zal worden vastgelegd in het wetsvoorstel.

⁸ Vgl. artikel 2 onder b Instellingsbesluit.

⁹ Waar wordt gesproken over aanbestedende diensten, worden tevens de speciale-sectorbedrijven bedoeld.

¹⁰ Nota naar aanleiding van het Verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32440, nr. 10, p. 51.

¹¹ Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 34 252, nr. 21.

De Aanbestedingswet 2012 zal dus, op het punt van rechtsbescherming, worden gewijzigd. Een van de wijzigingen zal de verplichting inhouden dat elke aanbestedende dienst een klachtenregeling heeft waarvan een onafhankelijk klachtenloket (binnen of buiten de organisatie) deel uitmaakt. Klachten over aanbestedingen zullen eerst moeten worden voorgelegd aan het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Vooruitlopend op de wetswijziging heeft het ministerie van Economische Zaken en Klimaat op 15 februari 2022 een Handreiking Klachtafhandeling gepubliceerd. Overigens is het nu ook al praktijk dat eerst moet worden geklaagd bij de aanbestedende dienst voordat de gang naar de Commissie kan worden gemaakt.

Met de wijziging van de wet zal ook de rol van de Commissie veranderen. Zij zal in de toekomst alleen nog klachten behandelen over de opzet en inrichting van een aanbestedingsprocedure, zogeheten designklachten, binnen een opschortende termijn van 14 kalenderdagen.

De Commissie heeft aan de hand van onderzoek over de afgelopen 3 jaar kunnen vaststellen dat circa 70% van de ingediende klachten designklachten zijn.¹² Niet goed in te schatten is of een wettelijke opschortende termijn van 14 kalenderdagen tot substantieel méér designklachten zal leiden. Het aantal designklachten kan immers door tal van omstandigheden worden beïnvloed, waaronder de algehele economische situatie, de afbouw van coronasteunmaatregelen en de kwaliteit van de klachtafhandeling door de klachtenloketten van aanbestedende diensten.

De Commissie heeft tijdens het afgelopen verslagjaar een begin gemaakt met het sneller en toegankelijker uitvoeren van haar taken om haar doelstelling zo effectief mogelijk te kunnen behalen. Met het oog op de aankomende wetswijziging en de Handreiking Klachtafhandeling voor aanbestedende diensten, is de Commissie ook aan de slag gegaan met een herijking van haar werkprocessen (zie verder hierna onder 3.2.).

3.2 Huidige werkwijze Commissie

Om een klacht in behandeling te kunnen nemen, is het – ook nu al – vereist dat er eerst is geklaagd bij de aanbestedende dienst en dat aan de aanbestedende dienst een redelijke termijn is geboden voor een reactie op de klacht. Het is aan de ondernemer wanneer hij zijn klacht (na datum publicatie laatste nota van inlichtingen) indient bij de aanbestedende dienst en aan de aanbestedende dienst wanneer deze daarop reageert. Wanneer de klacht tijdig door de ondernemer is ingediend en er binnen een geboden redelijke termijn (g)een reactie van de aanbestedende dienst is ontvangen, kan de ondernemer – bij uitblijven van een reactie of

een teleurstellende reactie – een klacht indienen bij de Commissie. Ondernemer en aanbestedende dienst hebben dan ook zelf in de hand hoeveel tijd er verloren gaat aan opstel- en reactietijd.

De werkwijze van de Commissie is op dit moment als volgt:

- De Commissie beoordeelt als regel binnen 2 werkdagen of zij de klacht in behandeling kan nemen.
- Wanneer de klacht in behandeling wordt genomen, krijgt de aanbestedende dienst – bij een als spoedklacht aangemerkte klacht – vervolgens 7 kalenderdagen de tijd om op de klacht te reageren. Bij klachten zonder spoedeisend karakter is dat in de regel 14 kalenderdagen.
- Na ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst, start de Commissie met de inhoudelijke behandeling van de klacht. Hoe eerder de reactie van de aanbestedende dienst binnen is bij de Commissie, hoe eerder de Commissie kan starten met de behandeling van de klacht.

In de afgelopen verslagperiode heeft de Commissie in een drietal spoedzaken de klachtafhandeling af kunnen doen binnen 15 dagen vanaf de datum van ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst.¹³ In een van deze gevallen zelfs binnen 5 dagen vanaf de datum van ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst. In dat laatste geval is er door de Commissie vóór de afloop van de inschrijftermijn eerst een voorlopig oordeel naar partijen verstuurd, zodat met dit oordeel rekening kon worden gehouden en is daarna het advies voor publicatie uitgewerkt.¹⁴ Een klacht moet zich wel voor deze procedure lenen en dit was tot nu toe een uitzonderingsgeval.

3.3 Aanpassingen in organisatie en werkwijze na wetswijziging

Het is sterk afhankelijk van de omstandigheden of de Commissie binnen zo'n korte tijd een spoedklacht kan behandelen. Zo is het onder meer van belang dat de klacht zelf beknopt en kernachtig wordt ingediend en niet bestaat uit (te)veel deelklachten/klachtonderdelen.¹⁵ Ook is van belang dat het dossier compleet is en dat het standpunt van de aanbestedende dienst (zo spoedig mogelijk) bekend is. Daarnaast spelen de werklast en de huidige (beperkte) capaciteit van de Commissie een belangrijke rol.

De verwachting is dat de Commissie in de toekomst (na de wetswijziging) voor het in behandeling nemen van de klacht wettelijk 2 werkdagen de tijd heeft, te rekenen vanaf de dag na die van binnenkomst van de klacht. De doorlooptijd tot aan verzending van het advies mag vervolgens, naar verwachting, maximaal 14 kalenderdagen bedragen, vanaf de dag na de dag van het in behandeling nemen van de klacht. Tijdens die periode van

¹² ¹¹ Over 2021 was het percentage designklachten 80%.

¹³ Adviezen 645, 652 en 634.

¹⁴ Advies 652.

¹⁵ In de verslagperiode waren drie zaken verantwoordelijk voor 26 deelklachten (Adviezen 625, 626 en 627).

14 kalenderdagen wordt de aanbestedingsprocedure van rechtswege opgeschort, tenzij een aanbestedende dienst zich kan beroepen op dwingende redenen van algemeen belang die voortzetting noodzakelijk maken.

U kunt zich voorstellen dat wanneer de Commissie meerdere spoedklachten tegelijk in behandeling heeft, zij de in de Kamerbrief genoemde termijn van 14 dagen met de huidige capaciteit niet zal kunnen halen. De Commissie beraadt zich dan ook, in nauw overleg met het ministerie van EZK, over de inrichting en bezetting van haar organisatie, indachtig de uitwerking van de beleidsvoornemens die in de brief van 12 februari 2021 aan de Tweede Kamer kenbaar zijn gemaakt.

Vast staat dat de kwetsbaarheid van de (te) kleine organisatie van de Commissie moet worden verminderd. De Commissie zal adequaat moeten worden toegerust om kwalitatief goed werk te kunnen blijven leveren. Zij ziet tijdigheid van de advisering als een aspect van kwaliteit, maar dit mag niet afdoen aan inhoudelijke kwaliteit van haar adviezen. Tijdigheid krijgt in de nieuwe rol van de Commissie immers (nog) meer nadruk. Om binnen 14 dagen na het in behandeling nemen van klachten goede en praktisch bruikbare adviezen te kunnen leveren, zal een aanzienlijke aanpassing vergen van de werkwijze en capaciteit. Daarover zijn al wat ideeën gevormd.

3.4 Waardering adviezen van de Commissie in rechtspraak en inkooppraktijk

Nadat in de rechtspraak van voorzieningenrechters aanvankelijk vooral het niet-bindende karakter van de adviezen is benadrukt, heeft de Haagse voorzieningenrechter recent bevestigd dat adviezen van de Commissie niet zonder meer terzijde kunnen worden gelegd:¹⁶

‘Hoewel adviezen van de CVAE niet bindend zijn, is het naar het oordeel van de voorzieningenrechter onzorgvuldig om na een dergelijk advies, waarin meerdere bezwaren gegrond zijn verklaard, zonder nadere toelichting en/of zonder verlenging van de inschrijft-termijn de aanbestedingsprocedure voort te zetten.’

De Commissie is uiteraard blij met deze erkenning in de rechtspraak en ziet deze als een stimulans om haar werkzaamheden met volle overtuiging en onverminderde inzet voort te zetten.

Ook vindt zij het belangrijk dat een advies in voorkomend geval aanleiding vormt voor een discussie in de inkooppraktijk.¹⁷

3.5 Aantal ingediende en in behandeling genomen klachten

In de 9^e verslagperiode van 10 maanden heeft de Commissie 30 klachten ontvangen.¹⁸ Het aantal ingediende klachten is daarmee lager dan de voorafgaande jaren, ook als we het aantal extrapoleren naar een volledig kalenderjaar. In de twee voorgaande jaren werden respectievelijk 50 en 57 klachten ingediend. Behalve het feit dat de voorliggende rapportage een kortere periode beslaat dan de voorafgaande verslagjaren, zijn de coronacrisis en de daarmee samenhangende economische situatie, inclusief steunmaatregelen voor bedrijven, mogelijk van invloed geweest op vermindering van het aantal klachten.

Ingediende klachten 2021	30
Niet in behandeling genomen	6
Klacht ingetrokken	5
Advies uitgebracht	19
Klachten ingediend in 2020, advies uitgebracht in 2021	14
Totaal aantal adviezen uitgebracht in 2021	33

Per 1 maart 2021 waren nog 14 klachten, die gedurende de 8^e verslagperiode zijn ingediend, niet afgehandeld. In die zaken is het advies uitgebracht tijdens de 9^e verslagperiode.

De Commissie neemt niet alle bij haar ingediende klachten in behandeling. Met name niet als de klacht niet eerst is ingediend bij de aanbestedende dienst. In het 9^e rapportagejaar zijn 6 klachten om deze reden niet in behandeling genomen. In het 8^e jaar waren dat 9 klachten.

Niet alleen zijn er minder klachten ingediend in dit rapportagejaar, het totale aantal ingediende deelklachten is ook gedaald: 57 deelklachten in het afgelopen jaar tegenover 110 in het vorige (8^e) jaar.¹⁹

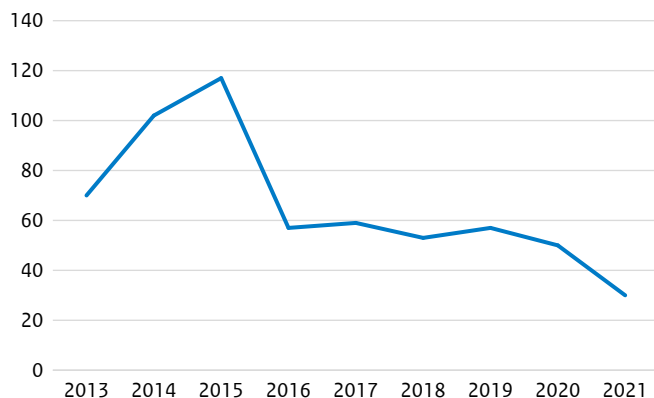
¹⁶ Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 7 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13815, r.o. 4.3.

¹⁷ Vgl. nieuwsbrief PIANOo 21 april 2022: Juridische gevolgen van uitspraak CVAE over aanbesteding inhuur externen (over Advies 659).

¹⁸ De klachten met de nummers 623 tot en met 652.

¹⁹ In de verslagperiode waren drie zaken verantwoordelijk voor 26 deelklachten (Adviezen 625, 626 en 627).

Aantal ingediende klachten over de jaren



In totaal zijn er vanaf de aanvang van de werkzaamheden van de Commissie op 1 april 2013 tot en met 31 december 2021 597 klachten ingediend.²⁰

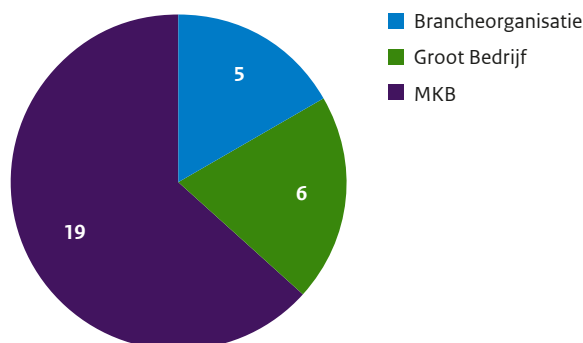
Het zal mede van de kwaliteit van de klachtafhandeling door de klachtenloketten van aanbestedende diensten en van de conjunctuur afhangen of deze dalende trend zich in de toekomst voortzet. Anderzijds is het denkbaar dat als gevolg van de toekomstige, wettelijke opschortingsplicht voor aanbestedende diensten, het stopzetten van de coronasteunmaatregelen voor bedrijven en de geopolitieke situatie het aantal klachten over de opzet en inrichting van een procedure (designklachten) juist zal toenemen. Voor zover designklachten nu bij de rechter belanden, zou een verschuiving kunnen optreden van kort gedingprocedures bij de civiele rechter naar klachtprocedures bij de Commissie.

3.6 Partijen

Hoewel ook voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de mogelijkheid tot klagen bestaat, is daar tot op heden nimmer gebruik van gemaakt. De Commissie gaat er vanuit dat aan die mogelijkheid geen behoefte bestaat zodat deze kan worden gemist.

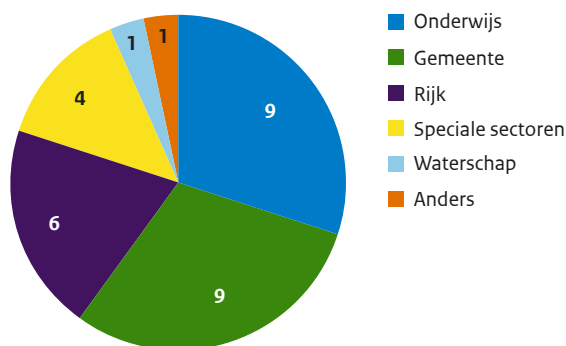
Van de 30 in de verslagperiode ingediende klachten zijn er 19 afkomstig van midden- en kleinbedrijven (16 minder dan in het voorgaande jaar), 6 van grootbedrijven (evenveel als vorig jaar) en zijn 5 klachten ingediend door een brancheorganisatie namens één of meer ondernemingen (4 minder dan het aantal in de vorige rapportageperiode).

Naar indieners klacht



In deze 9^e rapportageperiode zijn 9 klachten ingediend tegen onderwijsinstellingen (evenveel als vorig jaar). Verder zijn klachten ingediend tegen gemeenten (9), onderdelen van de Rijksoverheid (6), speciale-sectorbedrijven (4), waterschappen (1) en een inkoop samenwerking voor gemeentes en publieke organisaties (1). In totaal dus 30 klachten (tegenover 50 vorig jaar). Het aantal tegen gemeenten ingediende klachten (9) is bijna gehalveerd ten opzichte van vorig jaar (16).

Naar aanbestedende dienst



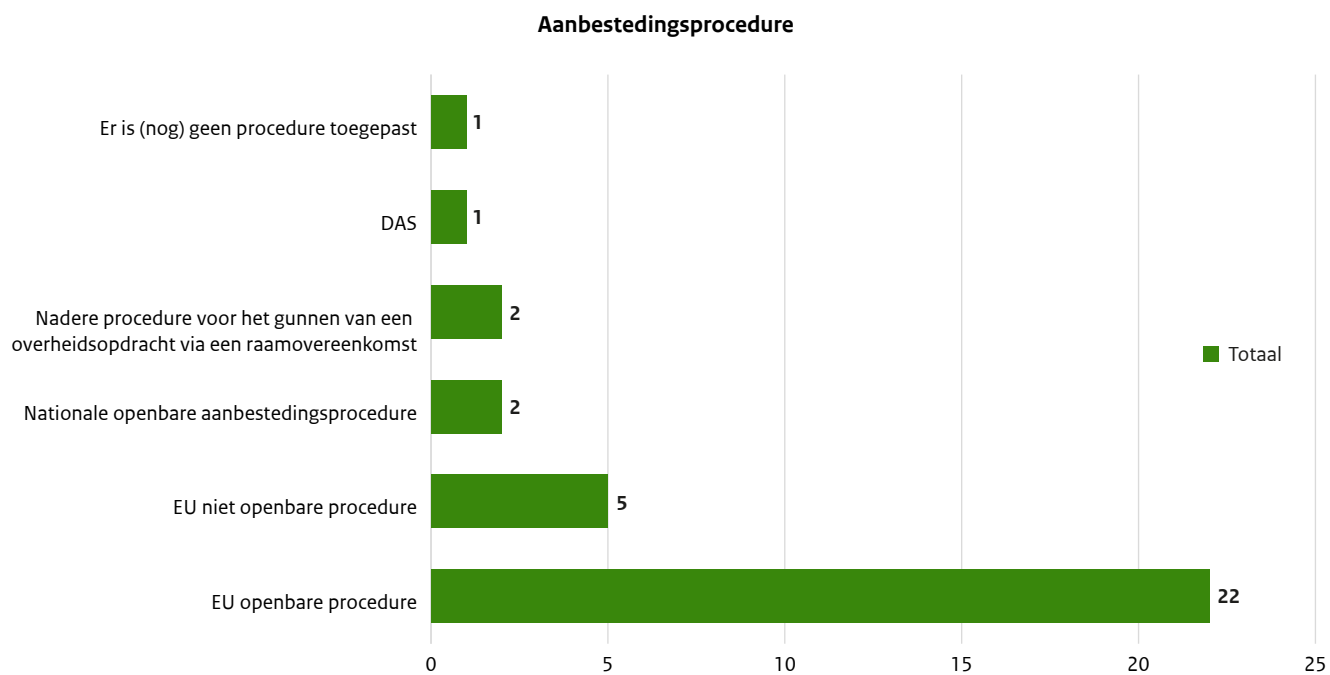
3.7 Onderverdeling naar type procedures

Ook deze rapportageperiode hebben de ingediende klachten hoofdzakelijk betrekking op overheidsopdrachten (waaronder overheidsopdrachten onder raamovereenkomsten) en in mindere mate op speciale-sectoropdrachten. De opdrachten betreffen zowel diensten, leveringen als werken.

Dit jaar waren er geen klachten over een meervoudig onderhandse procedure (vorig jaar waren dat er nog 5). Het gros van de in de 9^e rapportageperiode uitgebrachte adviezen heeft opnieuw betrekking op Europese openbare procedures (22 klachten), 5 minder dan het jaar ervoor. Het aantal klachten over Europese

²⁰ Gedurende de eerste jaren waarin de Commissie in functie was, zijn er als gevolg van technische mankementen in het ICT-klachtenregistratiesysteem klachtnummers 'overgeslagen'. Ook moest in 2021 bij de aanpassing van het klachtenregistratiesysteem Sugar CRM om testredenen een klachtnummer worden overgeslagen. Dit verklaart waarom het aantal daadwerkelijk ingediende klachten lager is dan lijkt te volgen uit de nummering.

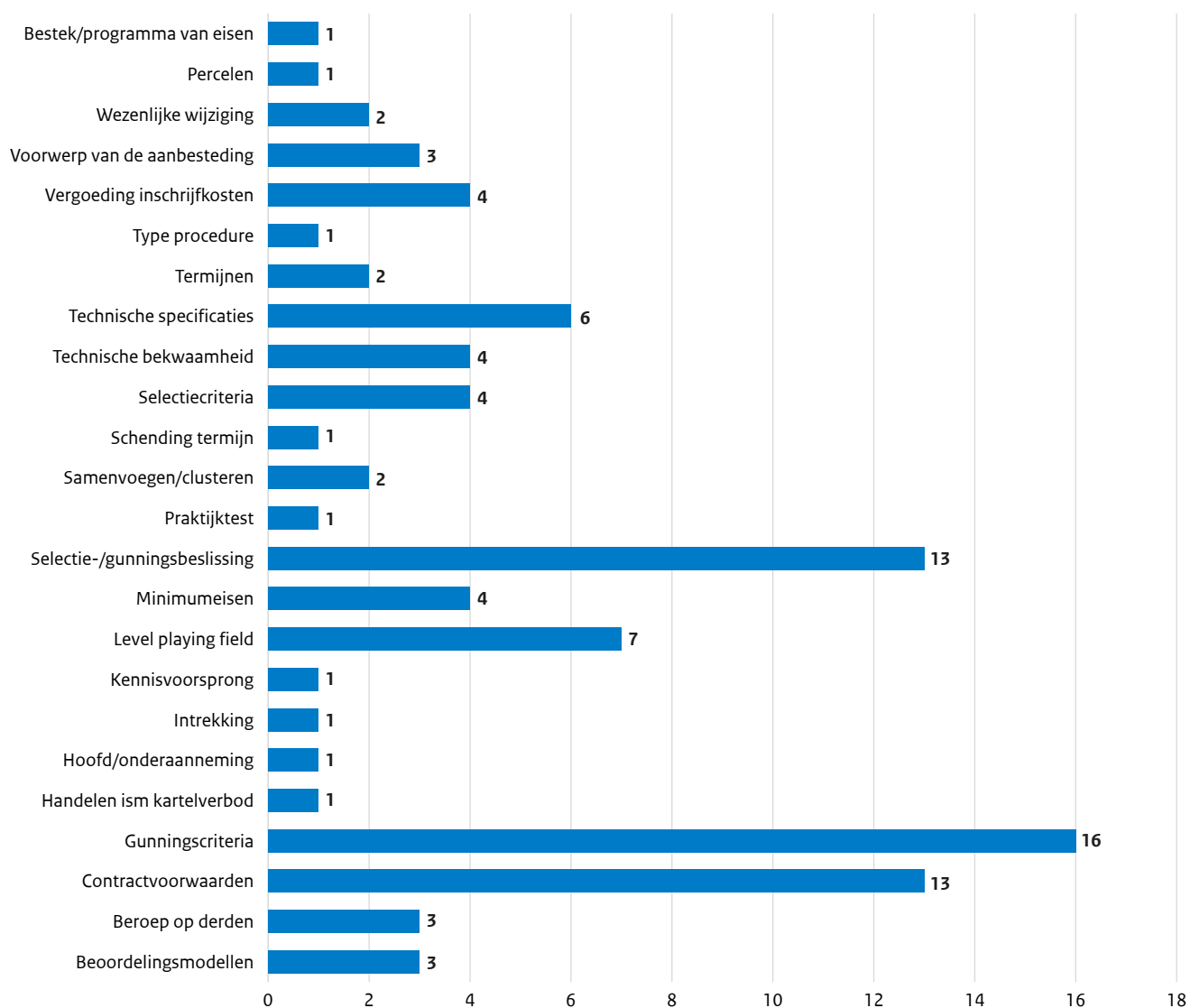
niet-openbare procedures is gehalveerd van 10 naar 5. Er waren 2 klachten over een nationale openbare procedure, 2 klachten over een nadere procedure onder een raamovereenkomst, 1 klacht over een dynamisch aankoopstelsel (afgekort: DAS) en in 1 geval was er (nog) geen procedure toegepast.



3.8 Onderwerp klachten

De klachten over de afgelopen rapportageperiode vertonen een breed scala aan onderwerpen, zoals blijkt uit onderstaande tabel.

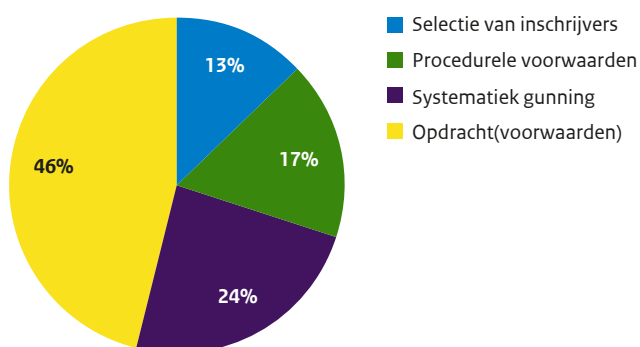
Klachtonderdelen per onderwerp 2021



Kijken we alleen naar klachten over de opzet en inrichting van aanbestedingsprocedures (designklachten), dan laten die zich onderverdelen in: klachten over de procedurele voorwaarden (zoals termijnen, formulieren, voorwaarden aan combinaties), klachten over de selectie van inschrijvers (uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen), klachten over de systematiek van de beoordeling en gunning, klachten over de te vergeven opdracht zelf en voorwaarden die verband houden met de opdracht (zoals contractvoorwaarden, technische specificaties, level playing field, clusteren).

Uit intern onderzoek van de Commissie is gebleken dat het afgelopen jaar bijna de helft van de designklachten betrekking had op de te vergeven opdracht en de voorwaarden die daarmee verband houden. Een kwart van de designklachten betrof de systematiek van beoordeling en gunning, bijna een vijfde zag op de procedurele voorwaarden en de kleinste categorie, ruim een tiende, zag op de selectie van inschrijvers.

Onderverdeling designklachten



3.9 Een greep uit de adviezen van de 9^e rapportageperiode

Hierna volgen enkele voorbeelden van adviezen van de Commissie uit de afgelopen verslagperiode die de opzet en inrichting (design) van de aanbestedingsprocedure betreffen.

Advies 593: Afwijking van RAW-systematiek ondoelmatig en disproportioneel

De Commissie is van mening dat er geen enkele reden voor aanbesteder is gebleken, om bij de toepasselijkheid van de Standaard RAW 2015 af te wijken van de systematiek van die Standaard. Daarmee heeft aanbesteder naar het oordeel van de Commissie in ieder geval een ondoelmatige uitvraag gedaan. Bovendien heeft aanbesteder, door ongemotiveerd af te wijken van het RAW contractmodel en de UAV 2012, het proportionaliteitsbeginsel geschonden.

Advies 615: Eis in kader van specifieke opdracht in DAS i.s.m. Aanbestedingswet 2012

De Commissie wil aanbestedende diensten meegeven dat, indien zij eisen willen stellen binnen een DAS die de toegang tot de opdracht beperken, zij de betreffende eis allereerst voorzien van de juiste aanbestedingsrechtelijke kwalificatie, en vervolgens op basis van die kwalificatie de eis in de juiste fase van het DAS stellen.

Indien een dergelijke eis kwalificeert als uitsluitingsgrond of geschiktheidseis, dan dient deze in de aankondiging van de instelling van het DAS (eerste fase) te worden opgenomen.

Het stellen van een dergelijke eis in de offerteaanvraag voor een specifieke overheidsopdracht is een vorm van nadere selectie en in die (tweede) fase van het DAS ontoelaatbaar. Na de instelling van een DAS geldt immers als uitgangspunt dat op de tot het systeem toegelaten ondernemers geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn en dat zij voldoen aan de gestelde geschiktheidseisen.

Advies 616: Verplichte overname kudde voor begrazingsdiensten niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel

Ondernemer klaagt dat de verplichte overname van een kudde van een andere ondernemer voor diensten van begrazing van natuurterreinen in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling en eerlijke mededinging. De Commissie acht de klacht ongegrond, omdat de aanbesteder goede redenen heeft om de bestaande kuddes te willen behouden.

(...)

In de huidige aanbestedingsprocedure maakt de aanbesteder concurrentie mogelijk doordat andere gegadigden de bestaande kuddes van de huidige eigenaren mogen overnemen tegen marktconforme tarieven. De waarde van de dieren zal worden bepaald door een onafhankelijke taxateur. Voor een eerlijke mededinging is het noodzakelijk dat de aanbesteder dit ook waarmaakt. Verder is het risico van de overname van de kudde voor de opdrachtnemer beperkt doordat de dieren na afloop van de opdracht tegen een marktconforme prijs verkocht moeten worden aan de aanbesteder.

Naar het oordeel van de Commissie is de verplichte overname van de bestaande kuddes onder die omstandigheden niet in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en heeft de aanbesteder de mededinging niet op kunstmatige wijze beperkt. Daarmee acht de Commissie de klacht ongegrond.

Ten overvloede

Ten overvloede merkt de Commissie het volgende op. De aanbesteder zou er ook voor kunnen kiezen de bestaande kuddes zelf van de huidige eigenaar of eigenaren over te nemen, zoals de aanbesteder immers ook bij het eindigen van de aanbestede overeenkomsten zal doen. De aanbesteder kan deze kuddes vervolgens op een of andere wijze aan de nieuwe opdrachtnemers ter beschikking stellen. Verder is van belang dat een eventuele kennisvoorsprong van de huidige eigenaar of eigenaren zoveel mogelijk wordt weggenomen door informatie over de huidige situatie zoveel mogelijk met de potentiële gegadigden en inschrijvers te delen.

Advies 628: Disproportionele eis: gunning én implementatie binnen afgelopen 3 jaar

De Commissie is van oordeel dat de eis dat zowel gunning als afgeronde implementatie binnen de afgelopen drie jaar moeten hebben plaatsgevonden onnodig zwaar is en niet in redelijke verhouding staat tot de onderhavige opdracht. De Commissie verklaart de klacht gegrond.

Overwegingen ten overvloede inzake rechtsbeschermingsclausules en aanbeveling

De Commissie wijdt een aantal overwegingen ten overvloede aan de toelaatbaarheid van een rechtsbeschermingsclausule en formuleert dienaangaande een aanbeveling: aanbestedende diensten doen er in het kader van een effectieve rechtsbescherming goed aan bij het hanteren van een rechtsbeschermingsclausule de aard en omvang van de opdracht en, daarmee veelal samenhangend, de aard en omvang van de inschrijvers te betrekken.

En tenslotte een voorbeeld van een advies naar aanleiding van een klacht over de motivering van een gunningsbeslissing. Een type klacht dat in de toekomst, naar verwachting, niet meer door de Commissie zal worden behandeld.

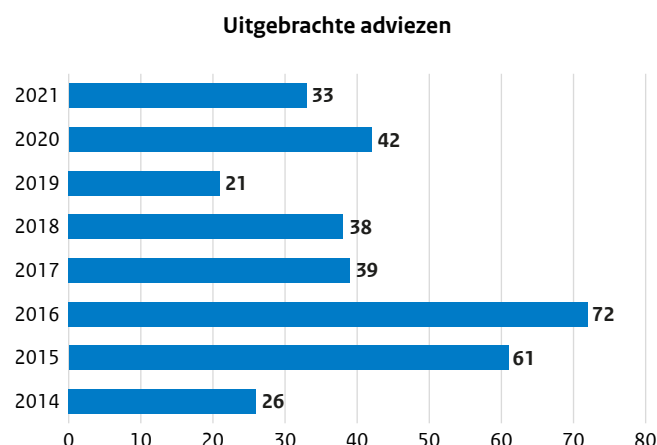
Advies 639: Schending motiveringsplicht

De Commissie overweegt dat de plicht om de gunningsbeslissing te motiveren twee doelen dient: 1. de afgewezen inschrijver duidelijk maken hoe zijn inschrijving is beoordeeld, wat hij goed en wat hij minder goed heeft gedaan en hoe hij het beter had kunnen doen, en 2. de afgewezen inschrijver duidelijk maken dat de beoordelingsprocedure correct en volgens de regels van het aanbestedingsdocument is uitgevoerd door een vergelijking te maken tussen de aan de afgewezen inschrijver gegeven beoordeling en de beoordeling van de winnende inschrijving.

Doordat aanbesteder geen enkele informatie over de kenmerken van de winnende inschrijving op het kwalitatieve onderdeel heeft verstrekt, heeft hij op grond van het voorgaande niet voldaan aan zijn motiveringsplicht.

3.10 Uitgebrachte adviezen en stand van zaken per 31 december 2021

Als we kijken naar het aantal uitgebrachte adviezen vanaf 2014 ontstaat het volgende beeld. Nog niet te duiden valt of een dalende trend zich in de toekomst zal voortzetten.



3.11 Gemiddelde doorlooptijden uitbrengen advies

In de afgelopen rapportageperiode van 10 maanden²¹ heeft de Commissie een behoorlijke slag weten te maken met een verkorting van de doorlooptijden.

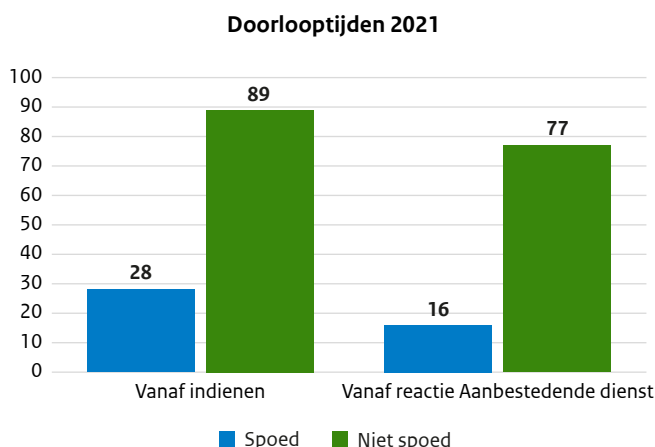
In de loop van 2021 is de Commissie begonnen met het berekenen van de doorlooptijd in kalenderdagen vanaf de dag van ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst tot de datum van verzending van het advies. Effectief kan de Commissie immers pas inhoudelijk aan de slag met een advies vanaf de dag waarop die reactie is ontvangen. In vorige verslagjaren werd de doorlooptijd berekend in kalenderdagen vanaf de dag van binnenkomst van de klacht tot aan de datum van verzending van het advies.²² De Commissie merkt een klacht aan als een spoedklacht als haar advies nog effect zou kunnen hebben op het aanbestedingsproces. Dat is met name het geval als sprake is van een nog niet verlopen, kritieke termijn (bijvoorbeeld de termijn voor inschrijving of aanmelding). In het algemeen krijgt een aanbestedende dienst bij een spoedklacht een week de gelegenheid om te reageren op een klacht. Als het gaat om een klacht waarbij geen sprake is van een kritieke termijn (nakaartklacht) krijgt de aanbestedende dienst twee weken de tijd voor een reactie.

In deze 9^e rapportageperiode bedroeg de gemiddelde tijd tussen de datum vanaf binnenkomst van de klacht en het uitbrengen van het advies 28 dagen in het geval van een spoedklacht en 89 dagen in het geval van een nakaartklacht. Echter, als we rekenen vanaf de datum van ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst, bedroeg de gemiddelde doorlooptijd in geval van een spoedklacht 16 dagen en in geval van een nakaartklacht 77 dagen.

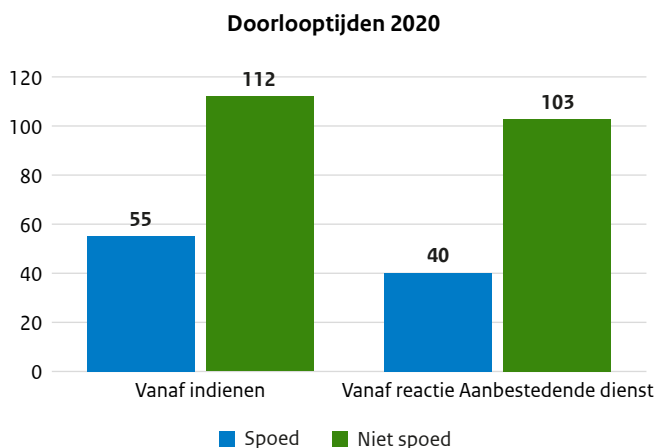
²¹ De periode 1 maart 2021 – 31 december 2021.

²² Vgl. 8^e jaarrapportage, p. 11, noot 20.

De Commissie voldoet daarmee ruimschoots aan haar in de 6^e jaarrapportage (2018-2019) gedane toezegging dat zij zich zal inspannen om in zaken met een kritieke termijn (dus bij spoedklachten) binnen 30 dagen na de reactie op de klacht door de aanbestedende dienst met een advies te komen.²³



Ter vergelijking: in het voorgaande 8^e rapportagejaar bedroeg de gemiddelde doorlooptijd in geval van spoedzaken 55 dagen vanaf de datum van binnenkomst van de klacht en in het geval van de niet-spoedeisende zaken 112,5 dagen. Vanaf datum ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst bedroeg de doorlooptijd 40 dagen bij spoedklachten en 103 dagen bij nakaartklachten.



Als we in spoedzaken de 16 dagen van de 9^e rapportageperiode afzetten tegen de 40 dagen van de 8^e rapportageperiode, is sprake van een vermindering van de doorlooptijd met 60% en is vanaf datum indiening klacht sprake van een halvering van de doorlooptijd (28 tegenover 55 dagen).

3.12 Opschorting aanbestedingsprocedures

Met de bereidheid bij aanbestedende diensten om een kritieke termijn te verlengen en de procedure op te schorten in afwachting van het advies van de Commissie, is het slecht gesteld. Deze is inmiddels nog verder teruggelopen. In het 8^e rapportagejaar bedroeg het percentage nog 26%.²⁴ In de 9^e rapportageperiode bedroeg het percentage slechts 8,33%. De beoogde wettelijke verplichting lijkt geen overbodige luxe.

De Commissie heeft in de 9^e rapportageperiode in 12 van de 30 zaken aan de aanbestedende dienst om opschorting van de procedure verzocht tot 5 dagen na het uitbrengen van het advies.²⁵ In slechts één (1) van die gevallen (8,33%) heeft de aanbestedende dienst hieraan gehoor gegeven. De betrokken klacht is uiteindelijk ingetrokken.

In de gevallen waarin de aanbestedende dienst niet bereid was het advies van de Commissie af te wachten, is in 3 gevallen het advies toch nog voor afloop van een kritische termijn uitgebracht.²⁶

²³ Vgl. 8^e jaarrapportage, p. 12, noot 25.

²⁴ Vgl. par. 3.7 8^e jaarrapportage.

²⁵ Redenen voor de Commissie om in de overige 18 gevallen niet om opschorting te verzoeken zijn geweest dat de standstill termijn inmiddels was verlopen, het contract inmiddels was gesloten of omdat er geen sprake was van een termijn die kan verlopen.

²⁶ Adviezen 645, 650 en 652.

3.13 Verhouding gegronde en ongegronde (deel) klachten

	1 maart 2021 tot en met 31 december 2021	1 maart 2020 tot 1 maart 2021
Aantal klachten	30	20
Gegronde	4	3
Gedeeltelijk gegronde	8	6
Ongegronde ²⁷	7	10
Niet in behandeling genomen	11	1
Uitgesplitst naar deelklachten²⁸	57	52
Deelklacht gegronde	16	9
Deelklacht gedeeltelijk gegronde	0	7
Deelklacht ongegronde	40	24
Deelklacht niet in behandeling genomen	1	12

3.14 Opvolging adviezen door aanbestedende diensten

In totaal is in 19 zaken, bij beide partijen nagevraagd of er opvolging aan het advies is gegeven en op welke wijze. Nagenoeg alle (95%) ondervraagde ondernemers c.q. brancheverenigingen hebben op het verzoek van de Commissie gereageerd tegenover iets meer dan de helft (53%) van de aanbestedende diensten.

Het betrof 2 adviezen die zijn uitgebracht binnen de termijn van 30 dagen na de reactie op de klacht van de aanbestedende dienst²⁹, 1 advies buiten die termijn, maar vóór afloop van de definitieve gunning, 9 adviezen inzake niet-spoedeisende klachten en 7 adviezen in zaken waarin de klacht is ingediend in het voorgaande rapportagejaar, maar het advies is uitgebracht in 2021.

Uit de beantwoording door aanbestedende diensten blijkt dat er niet of nauwelijks bereidheid bestond tot opvolging van de adviezen, maar dat de adviezen bij volgende aanbestedingen mogelijk wel zouden kunnen meewegen. Enkele reacties van aanbestedende diensten.

‘Bij volgende aanbestedingen is en wordt nog kritischer gekeken naar de gestelde voorwaarden teneinde herhaling van de situatie te voorkomen.

Ja, de adviezen van de Commissie worden regelmatig bekeken en besproken.’

‘Nee. (...) heeft geen aanpassingen gedaan in de betreffende aanbesteding. De reden hiervoor is, omdat wij van mening waren en zijn dat de klacht zoals ingediend ongegrond is, zoals wij ook in onze reactie hebben verwoord.’

‘Alle adviezen van de Commissie worden door (...) nauwlettend gevolgd en waar er aanleiding is worden deze zeker doorgevoerd in de inkooppraktijk. Dit kunnen echter ook aanpassingen op onderdelen zijn.’

‘Ja, de adviezen van de Commissie hebben er toe geleid dat de gemeente (...) bij iedere toekomstige aanbesteding nog kritischer een afweging maakt betreffende het al dan niet samenvoegen van kerncompetenties en de noodzaak daartoe, het wel of niet verstrekken van een tenderkostenvergoeding in relatie tot hetgeen er gevraagd wordt van de inschrijvende partijen en het al dan niet uitvragen van meerdere referenties t.b.v. de selectiecriteria.

In de aanbestedingsdocumenten worden de gemaakte keuzes, indien nodig, gemotiveerd.’

3.15 Inschakeling externe experts

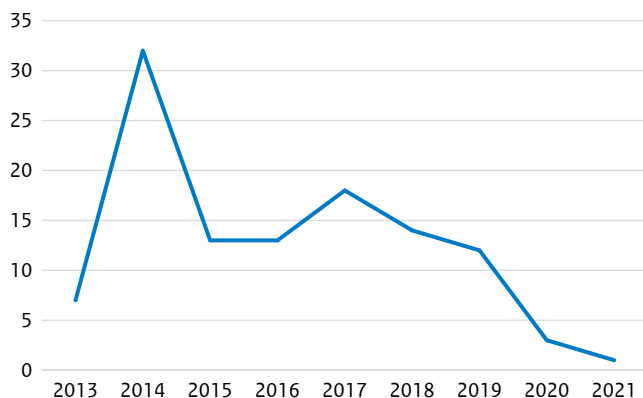
De noodzaak om een externe expert in te schakelen, heeft zich – na de beginperiode van de Commissie – in de praktijk steeds minder vaak voorgedaan. Dit blijkt uit onderstaande grafiek. Doorgaans acht de Commissie zich in staat een klacht zonder bijstand van een externe expert af te handelen. Als wel behoefte bestaat aan aanvullende expertise, betreft dat meestal specifieke branche-expertise.

²⁷ Het komt overigens met enige regelmaat voor dat een (deel)klacht weliswaar ongegrond wordt verklaard, bijvoorbeeld omdat de klager te laat heeft geklaagd, maar de CvAE in een overweging ten overvloede toch een inhoudelijk oordeel uitspreekt over de vraag of het handelen of nalaten van de aanbestedende dienst in strijd is met de Aanbestedingswet 2012.

²⁸ Dit aantal deelklachten van 57 betreft het aantal in uitgebrachte adviezen. Het aantal deelklachten genoemd onder 3.5 betreft het aantal deelklachten in ingediende klachten.

²⁹ Vgl. de toezegging die de Commissie in de 6^e jaarrapportage (2018-2019) heeft gedaan om in zaken met een kritieke termijn binnen 30 dagen na de reactie op de klacht door de aanbestedende dienst met een advies te komen.

Aantal ingeschakelde experts



In de beginjaren van de Commissie werden externe experts ook ingeschakeld om adviezen te schrijven. Dit verklaart het hoge aantal in 2014. In de afgelopen verslagperiode is in 2 gevallen een advies uitgebracht waaraan medewerking is verleend door een externe expert.³⁰

Afhankelijk van de samenstelling van de nieuwe Commissie en de daarin te bundelen inkoop- en aanbestedingsrechtelijke deskundigheid zal de behoefte aan aanvullende expertise zich in de toekomst wellicht ook slechts incidenteel voordoen. Het lijkt daarom gewenst niet meer een vaste lijst van externe experts te hanteren, maar over te gaan op een andere vorm van inzet. Steeds kan dan per geval worden bezien aan welk type aanvullende expertise behoefte bestaat. Eventueel kunnen daarvoor ook plaatsvervangend leden van de Commissie worden ingezet.

3.16 Gepubliceerde adviezen

In deze rapportageperiode van 1 maart 2021- 31 december 2021 zijn in totaal 32 adviezen gepubliceerd op de website van de Commissie. De adviezen zijn vanaf november 2021 ook gepubliceerd op de LinkedIn account van de Commissie en zijn tevens bekendgemaakt in de nieuwsbrieven van PIANOo. De Commissie kan vrij snel tot publicatie van het advies overgaan, tenzij een partij daartegen bezwaar maakt. In dat geval kan de Commissie overeenkomstig artikel 12 van haar reglement pas tot publicatie overgaan na beëindiging van de aanbestedingsprocedure waarop de klacht betrekking heeft.

4. Stand van zaken en evaluatie

De Commissie heeft het afgelopen jaar haar zichtbaarheid vergroot door adviezen niet meer alleen op haar website, maar ook via haar LinkedIn account en PIANOo bekend te maken. Verder is de website van de Commissie vernieuwd en beter

doorzoekbaar gemaakt. Tegelijkertijd is ook het klachtformulier vereenvoudigd. In de contacten met het ministerie heeft de Commissie diverse aanbevelingen gedaan in verband met de voorgenomen wetswijziging op het gebied van rechtsbescherming, waaronder de verankering van de aangepaste rol voor de Commissie. De Commissie experimenteert met een nieuw format voor haar adviezen, waarin beknopt het oordeel wordt verwoord en daarna een toelichting met de onderbouwing daarvan. Ook de leesbaarheid en lengte van adviezen hebben nadrukkelijk de aandacht van de Commissie. Indien een zaak zich daarvoor leent, geeft de Commissie een voorlopig oordeel zodat partijen daarmee voor afloop van een kritieke termijn rekening kunnen houden en wordt het advies later verder uitgewerkt.

Zoals aangegeven, bevindt de Commissie zich in een transitiefase. Zij bereidt zich voor op een aangepaste rol, waarbij zij uitsluitend designklachten zal behandelen. Klachten over de motivering van selectie- of gunningsbeslissingen krijgen daarom, wat de Commissie betreft, in het vervolg minder prioriteit. Dat type klachten zal dan ook in eerste instantie zorgvuldig en voortvarend moeten worden behandeld door de klachtenloketten van aanbestedende diensten.

De voorgenomen wetswijziging zal echter zeker nog de nodige tijd in beslag nemen. Na de wetswijziging zal, in beginsel en van rechtswege, een opschortende termijn gelden van 14 kalenderdagen. Voor het in behandeling nemen van een klacht krijgt de Commissie 2 werkdagen de tijd. Dat laatste is overigens al staande praktijk. De Commissie is ook bezig voor te sorteren op een kortere adviestermijn door een versnelling aan te brengen in de klachtafhandeling. Dat is het afgelopen jaar al aardig gelukt dankzij een flexibele opstelling van de commissieleden, die tot nu toe overigens niet als zodanig wordt gefaciliteerd. Verder is het afgelopen jaar weer veel tijd en aandacht besteed aan personele aangelegenheden met daarbij behorende tijdrovende procedures. De Commissie heeft echter goede hoop dat een nieuwe wervingsprocedure voor de functie van secretaris dit keer wel succesvol zal zijn, nu deze wordt gespreid over meerdere personen. Duidelijk zal worden gemaakt dat kandidaten, naast de functie van secretaris, bij voorkeur deels actief blijven in de inkoop- en aanbestedingspraktijk. Deze wens zal ook gelden voor een nieuw aan te trekken lid of leden van de Commissie nu de voorzitter heeft aangegeven niet beschikbaar te zijn voor herbenoeming.

Den Haag, 26 april 2022

w.g.:

Mr. A.C.M. Fischer-Braams, voorzitter

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp, vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen, commissielid

³⁰ Advies 601 en Advies 633. Het betrof de inschakeling van branche-experts, één van de lijst en één van buiten de lijst.

