



Ministerie van Economische Zaken
en Klimaat

Commissie van Aanbestedingsexperts

10^e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

10° Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

Van: mr. G.R. Werkman-Bouwkamp (voorzitter), Mr. M.C. Pinto
(vicevoorzitter), Mr. drs. T.H. Chen (commissielid)

Den Haag, 30 mei 2023

Kopie aan: de Minister van Economische Zaken en Klimaat

1. Inleiding

Voor u ligt de 10^e periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna ook: Commissie of CvAE). Deze rapportage heeft betrekking op een periode van 12 maanden, te weten de periode van 1 januari 2022 tot en met 31 december 2022.

De Commissie heeft een wettelijke basis in artikel 4.27 van de Aanbestedingswet 2012¹. 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 ontvingen tot 1 juni 2022 een vergoeding voor hun inzet van ongeveer 9,5 uur per week, op basis van een Vergoedingenbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts². Per 1 juni 2022 is de arbeidsduurfactor voor de voorzitter en vicevoorzitter iets verhoogd en wordt door hen een vergoeding ontvangen voor hun inzet van ongeveer 12 uur per week, op basis van een Vergoedingenbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts³.

De Commissie wordt voor haar werkzaamheden ondersteund door een secretariaat dat bestaat uit een juridisch medewerker (1,0 fte) en een secretariaat (1,4 fte). Tijdens dit rapportagejaar is de secretarisfunctie het eerste half jaar vervuld door een interim-secretaris op inhuurbasis (0,8 fte). In juni 2022 heeft de werving en selectie van drie parttime secretarissen plaatsgevonden en vanaf 1 september 2022 heeft de Commissie de beschikking over drie parttime secretarissen (samen 1,4 fte). De medewerkers van het secretariaat van de Commissie zijn formeel in dienst van EZK en ondergebracht bij de directie Mededinging en Consument (MC). Het secretariaat is voor zijn werkzaamheden echter uitsluitend verantwoording schuldig aan de Commissie.

Het jaar 2022 was een lastig jaar voor de Commissie, met name door personele aangelegenheden en ziekte binnen de Commissie. Per 1 juni 2022 nam mw. mr. Anne Fischer-Braams afscheid als

voorzitter. Zij was sinds 2017 aan de Commissie verbonden. Haar kennis van het aanbestedingsrecht, accuraatheid en betrokkenheid wordt node gemist. De Commissie is al vanaf maart 2021 bezig geweest met de werving van een nieuwe, vaste secretaris. Omdat het helaas niet lukte een geschikte fulltime inzetbare kandidaat aan zich te binden, is besloten om meerdere parttime secretarissen te werven. Dat heeft uiteindelijk geresulteerd in een volledig bezet secretariaat per 1 september 2022. In de daaropvolgende periode is ingezet op het inwerken van het secretariaat.

Op het moment van verschijnen van deze rapportage bestaat de Commissie uit drie leden: een voorzitter (mr. Geke Werkman-Bouwkamp⁴), een vicevoorzitter (mr. Matanja Pinto⁵) en een derde commissielid (mr. drs. Tsong Ho Chen⁶). Zij zijn benoemd tot 1 juni 2024 in de verwachting dat er dan duidelijkheid bestaat over een nieuwe rol van de Commissie en de daarbij behorende werkwijze en capaciteit⁷.

Deze rapportage wordt op de website (<https://www.commissie-vanaanbestedingsexperts.nl>) en op het 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 Kamer⁸.

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 blijkt 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.

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 (Vergoedingenbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts 23 maart 2021, Stcrt. 2021, 14704).

³ Dit staat voor een arbeidsduurfactor van 0,333. Voor de overige Commissieleden is de vergoeding gelijk gebleven aan de arbeidsduurfactor van 0,262 (Vergoedingenbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts 23 mei 2022, Stcrt. 2022, 14282).

⁴ Met ingang van 19 april 2021 benoemd tot lid, tevens vicevoorzitter tot 1 juni 2022 en per 1 juli 2022 benoemd tot lid tevens voorzitter tot 1 juli 2024, Stcrt. 2022, 17940.

⁵ Met ingang van 1 juli 2022 benoemd tot lid, tevens vicevoorzitter tot 1 juli 2024, Stcrt. 2022, 17940.

⁶ Met ingang van 1 april 2015 benoemd tot lid, herbenoemd tot lid van 1 januari 2021 tot 1 juni 2024, Staatscourant 2022, 14282.

⁷ 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).

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

De adviezen van de Commissie zijn niet bindend⁹. Uit de parlementaire geschiedenis van de Aanbestedingswet 2012 blijkt evenwel dat de wetgever vond dat aanbestedende diensten¹⁰ de adviezen niet ongemotiveerd naast zich neer kunnen leggen¹¹:

'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 het rapportagejaar 2022

3.1 De Commissie in transitie

De Aanbestedingswet 2012 zal 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. Net als in de huidige situatie dient een ondernemer eerst een klacht in bij het klachtenloket, alvorens deze een klacht kan indienen bij de Commissie. Vooruitlopend op de wetswijziging heeft het ministerie van EZK op 15 februari 2022 een Handreiking Klachtafhandeling¹² gepubliceerd.

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 ontwerpklachten, binnen een dan geldende opschortende termijn van 14 kalenderdagen. Met klachten over gunnings- en selectiebeslissingen kunnen ondernemers dan niet meer terecht bij de Commissie.

Zoals in de negende jaarrapportage te lezen was, heeft de Commissie aan de hand van onderzoek kunnen vaststellen dat circa 70% van de in totaal ingediende klachten tot en met 2021 ontwerpklachten zijn¹³. In het jaar 2022 is het aandeel ontwerpklachten ten opzichte van het aandeel klachten dat niet ziet op het ontwerp van de aanbestedingsprocedure, licht gedaald tot 60%. Dat betekent dat er in het jaar 2022 ten opzichte van de afgelopen drie jaren iets vaker is geadviseerd over klachten die zagen op gunnings- en selectiebeslissingen.

Nu ruim 60% van de ingediende klachten tot de categorie ontwerpklachten behoren, zou de indruk kunnen ontstaan dat de Commissie in de toekomst minder klachten zal ontvangen. Het is echter goed voorstelbaar dat de in de wet vast te leggen

opschortende termijn van 14 kalenderdagen voor advisering door de Commissie, tot substantieel méér ontwerpklachten zal leiden. Tevens kan het aantal ontwerpklachten door tal van omstandigheden worden beïnvloed, waaronder de algehele economische en geopolitieke situatie, en de kwaliteit van de klachtafhandeling door de klachtenloketten van aanbestedende diensten.

In de Kamerbrief van 12 februari 2021¹⁴ is 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 ontwerpfout 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 ontwerpklacht 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 2 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

⁹ Vgl. artikel 2 onder b Instellingsbesluit.

¹⁰ Waar wordt gesproken over aanbestedende diensten, worden tevens de speciale-sectorbedrijven bedoeld.

¹¹ Nota naar aanleiding van het Verslag, Tweede Kamer, vergaderjaar 2010–2011, 32440, nr. 10, p. 51.

¹² <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2022/02/17/handreiking-klachtafhandeling-bij-aanbesteden>.

¹³ Over uitsluitend het jaar 2021 was het percentage ontwerpklachten 80%.

¹⁴ Tweede Kamer, vergaderjaar 2020–2021, 34 252, nr. 21.

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 heeft de in 2021 ingeslagen weg met betrekking tot het sneller en toegankelijker uitvoeren van haar taken om haar doelstelling zo effectief mogelijk te kunnen behalen, dit verslagjaar vervolgd. Vanwege personele aangelegenheden en ziekte is dit slechts ten dele gelukt. Wel is de website van de Commissie, met het oog op toegankelijkheid, volledig opnieuw opgebouwd. Onder meer het klachtenformulier is aangepast om de drempel voor het indienen van een klacht te verlagen. Ook is aan de website een toegankelijkheidsverklaring toegekend¹⁵. Met het oog op de aankomende wetswijziging en de Handreiking Klachtafhandeling voor aanbestedende diensten, is de Commissie verder gegaan met een herijking van haar werkprocessen.

3.2 Huidige werkwijze en Commissie

Om een klacht in behandeling te kunnen nemen, is - ook nu al - vereist dat eerst is geklaagd bij de aanbestedende dienst en dat de aanbestedende dienst in de gelegenheid is gesteld binnen een redelijke termijn te reageren op die klacht. Het is aan de ondernemer om te bepalen wanneer hij zijn klacht indient bij de aanbestedende dienst. Vervolgens is het aan de aanbestedende dienst om te bepalen wanneer hij daarop reageert. Wanneer de klacht door ondernemer is ingediend 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 na de dag waarop de klacht is binnen gekomen of zij de klacht in behandeling kan nemen en of er al dan niet sprake is van een spoedklacht¹⁶.
- 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.
- Bij spoedklachten wordt aan de aanbestedende dienst gevraagd om de procedure op te schorten voor een bepaalde periode, opdat de Commissie in de gelegenheid wordt gesteld om advies uit te brengen op een moment dat de aanbestedende dienst nog met de uitkomst van het advies rekening kan houden bij het vervolgen van de aanbestedingsprocedure.

- Na ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst, start de Commissie met de inhoudelijke behandeling van de klacht. Het tijdstip waarop de Commissie start met de inhoudelijke behandeling hangt af van de soort klacht (met of zonder spoedeisend karakter) en de hoeveelheid klachten die op dat moment op de agenda staan. Idealiter start de Commissie met de inhoudelijke behandeling zodra de reactie van de aanbestedende dienst binnen is.

In het afgelopen rapportagejaar heeft de Commissie in zeven spoedzaken de klachtafhandeling af kunnen doen binnen 15 dagen vanaf de datum van ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst¹⁷. In een van deze gevallen zelfs binnen 4 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 uitgewerkt¹⁸. Een klacht moet zich wel voor deze vorm van afhandeling lenen en tot nu toe is daarvan slechts eenmaal sprake geweest.

3.3 Aanpassingen in organisatie en werkwijze na wetswijziging

Het is sterk afhankelijk van de omstandigheden of de Commissie binnen 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 al (te)veel deelklachten/klacht-onderdelen. 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 capaciteit van de Commissie een belangrijke rol.

In de toekomst (na de wetswijziging) heeft de Commissie voor het in behandeling nemen van de klacht een wettelijk vastgelegde termijn van een aantal dagen de tijd, te rekenen vanaf de dag na die van binnenkomst van de klacht. De doorlooptijd tot aan verzending van het advies mag vervolgens maximaal 14 kalenderdagen bedragen, vanaf de dag na de dag van het in behandeling nemen van de klacht. Tijdens die periode van 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 ontwerpklachten tegelijk in behandeling heeft, zij de in de Kamerbrief genoemde termijn van 14 dagen met de huidige

¹⁵ Overheidsinstanties moeten een toegankelijkheidsverklaring publiceren voor iedere website en app waarvoor zij verantwoordelijk zijn. In de verklaring staat in hoeverre de website of app al aan de eisen voldoet. Er staat ook in welke maatregelen de instantie neemt om de toegankelijkheid te verbeteren, inclusief een planning.

¹⁶ De CvAE maakt bij het in behandeling nemen van klachten een onderscheid tussen 'spoedklachten', waarin kritieke termijnen een rol spelen, en 'nakaartklachten', waarin geen sprake (meer) is van kritieke termijnen.

¹⁷ Adviezen 659, 668, 671, 672, 674, 684 en 686.

¹⁸ Advies 674.

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 nodig zijn van de werkwijze en capaciteit. Het secretariaat bestaat op dit moment, in tegenstelling tot eerdere jaren, uit meerdere personen die parttime voor de Commissie werken. Voor de continuïteit van de Commissie is dat een positief gegeven. Wel is het daardoor lastiger om een spoedklacht door een en dezelfde secretaris te laten uitwerken. Door de parttime inzet van een secretaris, zal een spoedklacht halverwege de behandeling overgedragen moeten worden aan een andere secretaris, om binnen 14 dagen een advies uit te kunnen brengen. Aangezien de secretarissen in het najaar van dit verslagjaar zijn begonnen aan hun taak, hebben de Commissieleden het vooralsnog op zich genomen om adviezen inzake spoedklachten zelf te schrijven. Wanneer het secretariaat volledig is ingewerkt, zal dit steeds minder nodig moeten zijn.

De Commissie is in overleg met het ministerie van EZK om verdere maatregelen te treffen om toekomstbestendig(er) te worden.

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 bevestigd dat adviezen van de Commissie niet zonder meer terzijde kunnen worden gelegd¹⁹:

‘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 inschrijftijd de aanbestedingsprocedure voort te zetten.’

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

3.5 Aantal ingediende en in behandeling genomen klachten

In het 10^e rapportagejaar heeft de Commissie 31 klachten ontvangen. Het aantal ingediende klachten is daarmee ongeveer gelijk gebleven aan het voorgaande jaar. In de twee voorgaande jaren werden respectievelijk 30 en 50 klachten ingediend. Opgemerkt moet daarbij worden dat het rapportagejaar 2021, 10 maanden bedroeg in plaats van de gebruikelijke 12 maanden.

Ingediende klachten 2022	31
Niet in behandeling genomen	2
Klacht ingetrokken	1
Advies uitgebracht	22
Klacht nog in behandeling	6
Klachten ingediend in 2021, advies uitgebracht in 2022 Advies 656	1
Totaal aantal adviezen uitgebracht in 2022	23

Per 1 januari 2022 waren nog 2 klachten, die gedurende het 9^e rapportagejaar zijn ingediend, niet afgehandeld. In die zaken is in één geval het advies uitgebracht tijdens het 10^e rapportagejaar, in het andere geval is de andere klacht uiteindelijk niet in behandeling genomen.

De Commissie neemt niet alle bij haar ingediende klachten in behandeling. Zij doet dit met name niet als de klacht niet eerst is ingediend bij de aanbestedende dienst. In het 10^e rapportagejaar is één klacht om deze reden niet in behandeling genomen. In het 9^e jaar waren dat nog 6 klachten.

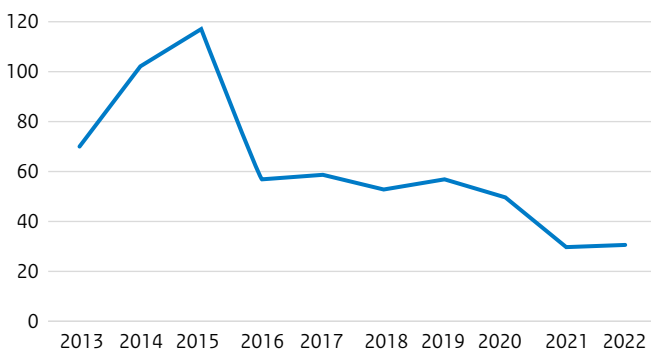
	1 maart 2021 tot en met 31 december 2021	1 januari 2022 tot en met 31 december 2022
Aantal adviezen in klachten	30	23
Gegrond	4	6
Gedeeltelijk gegrond	8	8
Ongegrond	7	8
Niet in behandeling genomen	11	1
Uitgesplitst naar deelklachten	57	59
Deelklacht gegrond	16	15
Deelklacht gedeeltelijk gegrond	0	0

¹⁹ Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 7 december 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:13815, r.o. 4.3.

	1 maart 2021 tot en met 31 december 2021	1 januari 2022 tot en met 31 december 2022
Deelklacht ongegrond	40	32
Deelklacht niet in behandeling genomen	1	12

Het totaal aantal deelklachten steeg afgelopen jaar van 57 naar 59. In het achtste jaar waren dit er nog 110.

Aantal ingediende klachten over de jaren



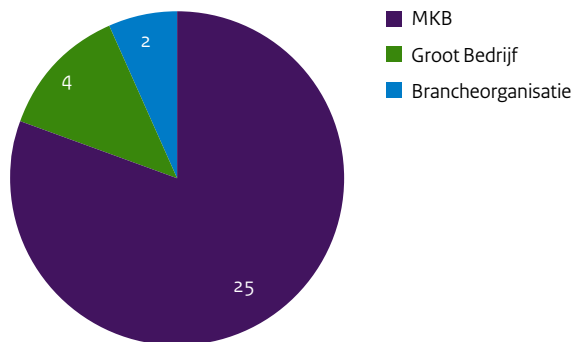
In totaal zijn er vanaf de aanvang van de werkzaamheden van de Commissie op 1 april 2013 tot en met 31 december 2022 626 klachten ingediend.

Ten opzichte van het vorige rapportagejaar is het aantal klachten nagenoeg gelijk gebleven (30 respectievelijk 31 klachten). De kwaliteit van de klachtafhandeling door de klachtenloketten van aanbestedende diensten, de conjunctuur en geopolitieke situatie zijn van invloed op de overweging van een ondernemer om al dan niet een klacht in te dienen. Tevens is het denkbaar dat als gevolg van de toekomstige, wettelijke opschortingsplicht voor aanbestedende diensten, het aantal klachten over de opzet en inrichting van een procedure (ontwerpklachten) juist zal toenemen. Voor zover ontwerpklachten 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

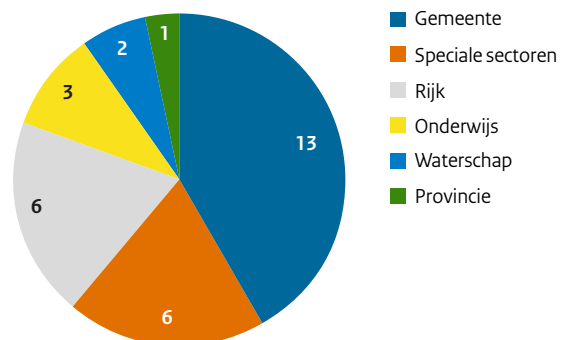
Hoewel ook voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de mogelijkheid tot klagen openstaat, is daar tot op heden nimmer gebruik van gemaakt. De Commissie gaat er vanuit dat aan die mogelijkheid geen behoefte bestaat zodat deze kan worden gemist. Van de 31 in het rapportagejaar ingediende klachten zijn er 25 afkomstig van midden- en kleinbedrijven (6 meer dan in het voorgaande jaar), 4 van grootbedrijven (2 minder dan vorig jaar) en zijn klachten ingediend door een brancheorganisatie namens één of meer ondernemingen (3 minder dan het aantal in het vorige rapportagejaar).

Naar indieners klacht



In het 10^e rapportagejaar zijn 13 klachten ingediend tegen gemeenten (tegenover negen in het voorgaande jaar). Verder zijn er klachten ingediend tegen speciale-sectorbedrijven (6), onderdelen van de Rijksoverheid (6), onderwijsinstellingen (3), waterschappen (2) en een provincie (1).

Naar aanbestedende diensten

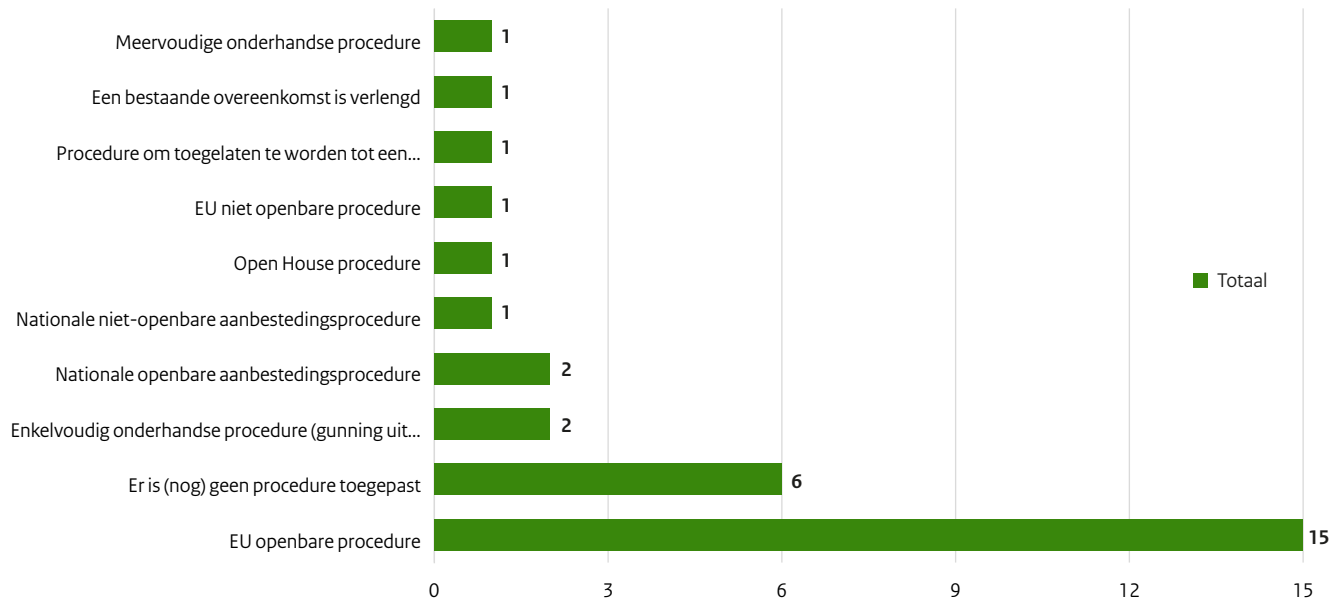


3.7 Onderverdeling naar type procedures

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

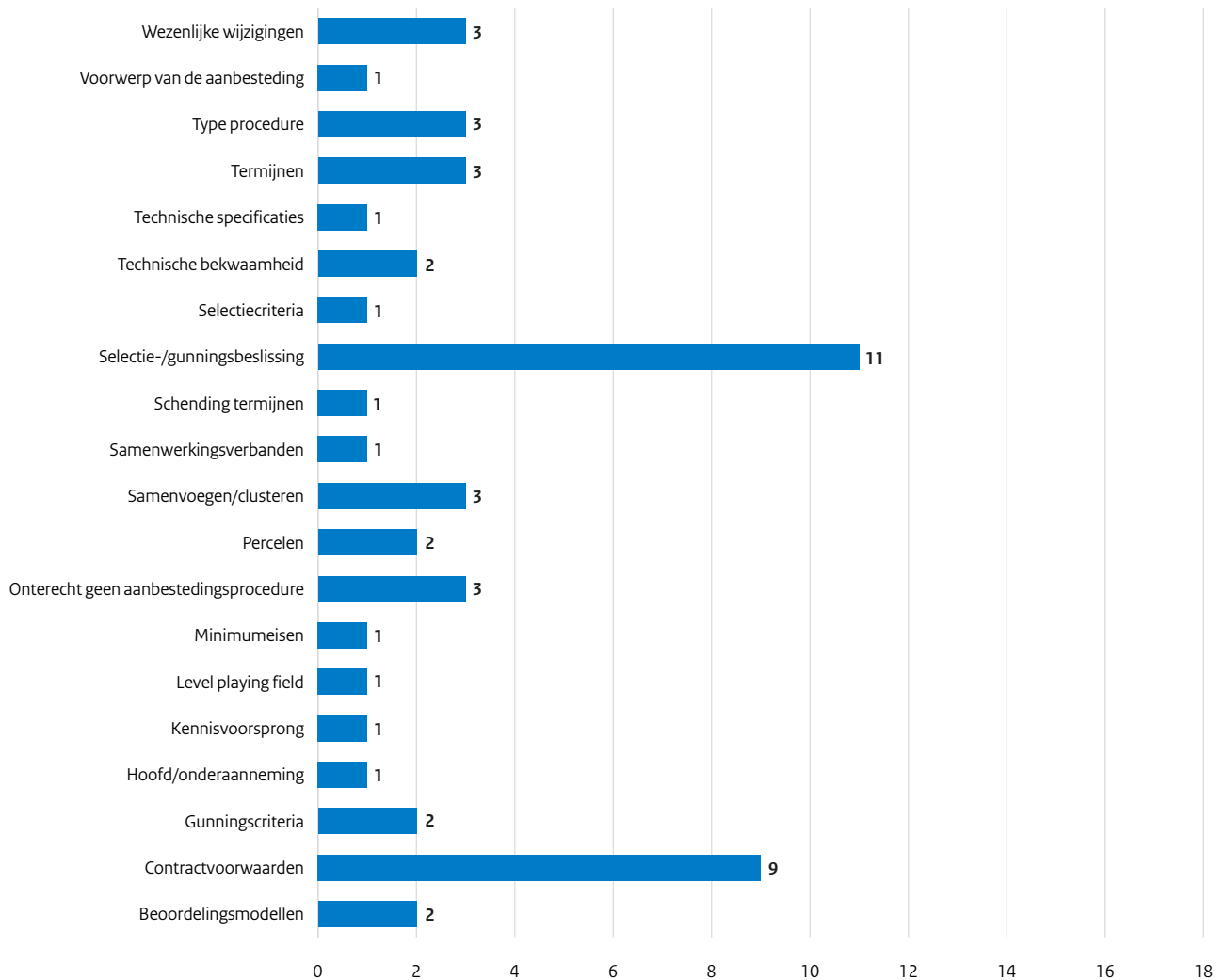
Het gros van de in het 10^e rapportagejaar ingediende klachten heeft opnieuw betrekking op Europese openbare procedures (15 klachten), 7 minder dan het jaar ervoor. In 6 klachten was er (nog) geen procedure toegepast. Er waren 2 klachten over enkelvoudig onderhandse procedures en 2 klachten over nationale openbare aanbestedingsprocedures. Voorts werden er nog klachten ingediend over een nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure, een open house procedure, een Europese niet-openbare procedure, een procedure om toegelaten te worden tot een erkenningsregeling, een meervoudig onderhandse procedure en een klacht over de verlenging van een bestaande overeenkomst.

Aanbestedingsprocedure



3.8 Onderwerp klachten

Klachtenonderdelen per onderwerp 2022



Zoals reeds vermeld zal de Commissie in de toekomst alleen nog adviseren in zogenaamde ontwerpklachten. Dit rapportagejaar was het aandeel ontwerpklachten ongeveer 60%. In bovenstaand overzicht vallen alleen de klachten onder het kopje 'Selectie-/gunningsbeslissing' niet onder de definitie van ontwerpklacht.

3.9 Een greep uit de adviezen van het 10^e rapportagejaar

Hierna volgen enkele voorbeelden van adviezen van de Commissie uit het afgelopen rapportagejaar die de opzet en inrichting (het ontwerp) van de aanbestedingsprocedure betreffen. Deze voorbeelden laten een dwarsdoorsnede zien van de gevarieerdheid in klachten die bij de Commissie worden ingediend.

Advies 659: Risico dat niet wordt gegund aan economisch meest voordelig inschrijver.

De klacht ziet op een Europese openbare aanbesteding voor een raamovereenkomst met een enkele ondernemer voor brokerdienstverlening voor ICT functies. Ondernemer klaagt dat de inschrijvingen worden beoordeeld op basis van een financieel criterium dat slechts betrekking heeft op een zeer beperkt deel van de financiële aspecten van de opdracht (de fee) en niet op het overgrote deel van de financiële aspecten (het uurtarief van de professional dat een zeer groot deel uitmaakt van de totale te betalen kosten). De Commissie oordeelt dat nu slechts een klein deel van de totale out-of-pocket kosten van de aanbesteder (alleen de fee en niet het tarief van de ingehuurde professionals) in concurrentie wordt bepaald, de aanbesteder een methode hanteert die het risico in zich draagt dat de opdracht niet wordt gegund aan de inschrijver met de – naar het oordeel van aanbesteder – economisch meest voordelige inschrijving.

Dit advies heeft wat stof doen opwaaien bij zowel in- als uitleners van inhuurkrachten en er is discussie ontstaan over de (juridische) gevolgen voor de aanbesteding van brokerdiensten.

Advies 669: Beroep op artikel 2.32 Aw (ontbreken mededinging wegens technische redenen) slaagt niet.

De klacht ziet op het contracteren van één partij voor het verzorgen van binnenlandse postbezorging en bijbehorende dienstverlening. Ondernemer klaagt dat aanbesteders ten onrechte een opdracht (postdiensten) op grond van artikel 2.32 lid 1 sub b, onder 2, Aw 2012 rechtstreeks hebben gegund aan ondernemer X. De Commissie oordeelt dat gunning door aanbesteders van de onderhavige opdracht aan ondernemer X zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in strijd is met de Aanbestedingswet. Er is geen sprake van het ontbreken van een redelijk alternatief of substituuut en de mededinging ontbreekt als gevolg van een kunstmatige beperking. Tevens is de eis dat ondernemer 75% van de opdracht zelf moet uitvoeren, ontoelaatbaar.

Advies 676: Klacht over 'te luxe' technische specificaties van een tractor ongegrond.

De klacht ziet op een Europees openbare procedure voor een raamovereenkomst met één ondernemer voor de levering van twee smalspoortractoren met front en achter klepelmaaier, inclusief het onderhoud. Ondernemer stelt dat de mededinging op onacceptabele wijze is beperkt doordat aanbesteder exorbitante eisen aan de te leveren tractoren heeft gesteld waaraan slechts twee merken tractoren kunnen voldoen en aan sommige eisen zelfs geen enkele tractor. Inschrijvers die tractoren kunnen leveren die voldoen aan de functionele behoefte van aanbesteder, wordt geen gelijke kansen tot verwerving van de opdracht geboden.

De Commissie oordeelt dat een aanbesteder enerzijds een ruime beoordelingsmarge heeft bij het formuleren van de technische specificaties van een opdracht. Anderzijds heeft aanbesteder de plicht om technische

specificaties zodanig te formuleren dat deze de mededinging niet ongerechtvaardigd belemmeren. De Commissie acht de door aanbesteder gegeven rechtvaardiging voor het hanteren van een aantal technische specificaties deugdelijk. Aanbesteder erkent één specificatie betreffende een specifieke bandenmaat mogelijk ten onrechte te hanteren. Voor zover de klacht betrekking heeft op die specificatie, verklaart de Commissie de klacht gegrond. Voor het overige acht de Commissie de klacht ongegrond.

Advies 674: Onacceptabele beperking van de markt en onjuiste kwalificatie soort opdracht? Opdracht onvoldoende bepaald, heraanbesteding ligt in de rede.

De klacht ziet op een Europese openbare procedure voor de uitvoering van risicodragend projectmanagement. Ondernemer klaagt onder andere over het feit dat aanbesteder door zijn keuze om een opdracht voor risicodragend projectmanagement in de markt te zetten, de markt onacceptabel beperkt. Deze vorm van projectmanagement wordt niet of nauwelijks door adviesbureaus aangeboden en daarmee is er een onacceptabele inperking van het aantal inschrijvers, wat in strijd is met de Mededingingswet.

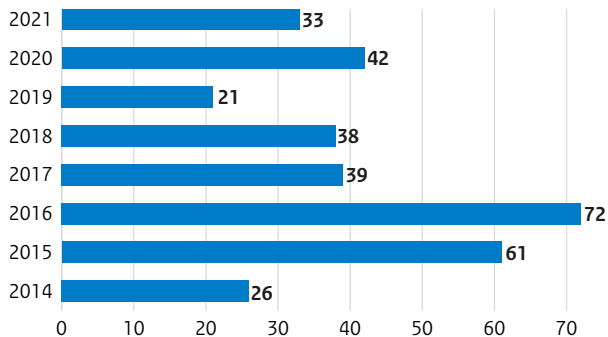
De Commissie oordeelt dat ondernemer onvoldoende concreet heeft onderbouwd of bij de inkoop van risicodragend projectmanagement de markt onacceptabel wordt beperkt. De Commissie overweegt ten overvloede dat sprake is van een onvoldoende bepaalde opdracht. Daardoor kan ook niet met zekerheid worden vastgesteld of de opdracht kan worden gedefinieerd als een 'dienst' of als een gemengde opdracht van 'werk' en 'dienst'. Afgaande op de beschikbare informatie oordeelt de Commissie dat er sprake kan zijn van een gemengde opdracht, waarbij het werk in dit geval het hoofdvoorwerp van die opdracht is.

De Commissie ziet in dit advies de mogelijkheid om een aanbeveling te doen en beveelt aanbesteder aan om zich te beraden op een eenduidige definitie van risicodragend projectmanagement, waarbij een heraanbesteding in de rede ligt.

3.10 Uitgebrachte adviezen en stand van zaken per 31 december 2022

Als we kijken naar het aantal uitgebrachte adviezen vanaf 2014 ontstaat het volgende beeld.

Aantal uitgebrachte adviezen



Ter verduidelijking: 2014 was het eerste jaar waarover de Commissie verslag uitbracht. In 2019 kampte de Commissie met een sterk wisselend secretariaat waardoor niet alle adviezen binnen een redelijke termijn uitgebracht konden worden. Dit is in het daarop volgende jaar alsnog gebeurd. Het aantal uitgebrachte adviezen in 2022 is weliswaar lager dan het jaar daarvoor maar het aantal deelklachten waarover advies is uitgebracht is juist iets hoger (57 in 2021 tegenover 59 in 2022).

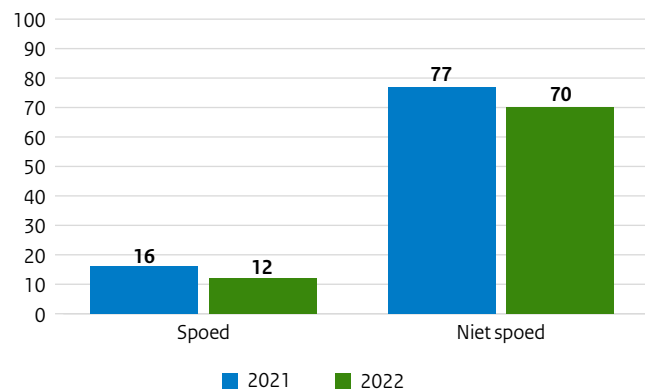
3.11 Gemiddelde doorlooptijden uitbrengen advies

De Commissie start de berekening van de doorlooptijd in kalenderdagen vanaf de dag van ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst. Vanaf die datum telt de Commissie de dagen tot en met de datum van verzending van het advies. Effectief kan de Commissie immers pas inhoudelijk aan de slag met een klacht vanaf de dag waarop de reactie van de aanbestedende dienst is ontvangen.

Een klacht wordt door de Commissie als een spoedklacht aangemerkt als haar advies nog effect zou kunnen hebben op het aanbestedingsproces. In het algemeen krijgt een aanbestedende dienst een week de gelegenheid om te reageren op een klacht waarbij sprake is van een kritieke termijn (spoedklacht). Als het gaat om een klacht waarbij geen sprake is van een kritieke termijn zijn dat twee weken (nakaartklacht). In de 6^e jaarrapportage (2018-2019) heeft de Commissie de toezegging gedaan dat zij zich zal inspannen om in zaken met een kritieke termijn (spoedklachten) binnen 30 dagen na de reactie op de klacht door de aanbestedende dienst met een advies te komen.

In het 10^e rapportagejaar bedroeg de gemiddelde tijd tussen de datum vanaf ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst op de spoedklacht en het uitbrengen van het advies 12 dagen. In het geval van een nakaartklacht bedroeg de gemiddelde tijd gemiddeld 70 dagen. In het 9^e rapportagejaar was dit nog respectievelijk 16 en 77 dagen.

Doorlooptijden vanaf reactie aanbestedende dienst



3.12 Opschorting aanbestedingsprocedures

De Commissie heeft in 9 van de 31 zaken aan de aanbestedende dienst om opschorting van de procedure verzocht tot 5 dagen na het uitbrengen van het advies. 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 toegenomen in het 10^e jaar: in geval van 8 van de 9 verzoeken daartoe zijn de aanbestedende diensten hiertoe bereid gebleken (88,9%). In het 9^e rapportagejaar is in 12 van de 30 zaken verzocht om opschorting en was slechts 1 aanbestedende dienst hiertoe bereid (8,3%) en in het 8^e rapportagejaar was dat in 6 van de 25 zaken waarbij de Commissie het verzoek had neergelegd (24%) het geval.

3.13 Opvolging adviezen door aanbestedende diensten

In totaal is er in 5 zaken, waarin de klacht (deels) gegrond is verklaard, bij beide partijen navraag gedaan of er opvolging aan het advies is gegeven en, zo ja, op welke wijze. Dit betrof in alle gevallen spoedklachten waarbij het advies van de Commissie nog van invloed kon zijn op de uiteindelijke gunning.

Van de ondernemers reageerde 60% op het verzoek van de Commissie en van de aanbestedende diensten 80%.

Enkele reacties:

'We hebben de aanbesteding zelfs gestopt en ervoor gekozen een overbruggingsovereenkomst aan te gaan met een leverancier. Later dit jaar zal er een nieuwe aanbesteding gestart moeten gaan worden'

'Dit is ook mijn grote frustratie: het advies is niet bindend en dezelfde mensen blijven aan zet. En de optie om juridische stappen te nemen is te duur en te veel negatieve energie.'

'Ja, (...) diensten voor verschillende organisaties (2 opdrachten) (...) is n.a.v. Advies (...) ingetrokken. Het volume van de verschillende deelnemers is verdeeld over vier aanbestedingen met in totaal acht percelen. Daarbij wordt er, indien van toepassing, nadrukkelijk gemotiveerd op welke gronden er is overgegaan tot het samenvoegen van opdrachten en eventueel het onderverdelen in percelen.'

3.14 Inschakeling externe experts

In het afgelopen rapportagejaar is in slechts één geval een advies uitgebracht waaraan medewerking is verleend door een externe expert²⁰.

De noodzaak om een externe expert in te schakelen, heeft zich – na de beginperiode van de Commissie – in de praktijk steeds minder vaak voorgedaan. In juni 2022 heeft de Commissie dan ook afscheid genomen van de werkwijze om experts in te schakelen en besloten om niet langer met een vaste lijst van experts te werken²¹.

3.15 Gepubliceerde adviezen

In deze rapportageperiode van 1 januari 2022 tot en met 31 december 2022 zijn in totaal 18 adviezen gepubliceerd op de website van de Commissie, in de nieuwsbrieven van PIANOo en op het LinkedIn account van de Commissie.

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.

3.16 Aanbevelingen door de Commissie

In 4 van de 23 adviezen heeft de Commissie kans gezien om aanbevelingen te doen. Dat betrof in advies 666 een aanbeveling aan aanbestedende diensten in het algemeen, in Advies 656 een aanbeveling aan de aanbestedende dienst in kwestie, in Advies 667 een aanbeveling aan de Adviescommissie Gids Proportionaliteit en in advies 674 een aanbeveling aan de betreffende aanbestedende dienst.

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 en sinds 2022 ook in het bezit van een toegankelijkheidsverklaring. Tegelijkertijd is ook het klachtenformulier vereenvoudigd.

Het verheugt de Commissie dat in het afgelopen rapportagejaar het aantal MKB-bedrijven dat de weg naar de Commissie weet te

vinden, is gestegen ten opzichte van het vorige rapportagejaar. De laagdrempelige behandeling van klachten is een van de doelen van de Commissie. Ook is het feit dat de aanbestedende dienst in 8 van de 9 verzoeken bereid was de aanbestedingsprocedure op te schorten, zeer positief. In die gevallen kan de Commissie doeltreffend en vroegtijdig bijdragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten.

In de contacten met het ministerie heeft de Commissie diverse aanbevelingen gedaan in verband met de voorgenomen wetwijziging op het gebied van rechtsbescherming, waaronder de verankering van een nieuwe rol voor de Commissie. De Commissie heeft deze rapportageperiode geëxperimenteerd met een nieuw format voor haar adviezen, waarin beknopt het oordeel wordt verwoord en daarna een toelichting met de onderbouwing daarvan. Het komende jaar bouwt de Commissie daarop voort en zal het format opnieuw worden aangepast, met het oog op de leesbaarheid en lengte van de adviezen.

Bij het uitbrengen van deze rapportage bevindt de Commissie zich nog steeds in een transitiefase. Zij bereidt zich voor op haar nieuwe rol, waarbij zij uitsluitend klachten zal behandelen over de opzet en inrichting van een aanbestedingsprocedure. 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 wetwijziging zal echter zeker nog de nodige tijd in beslag nemen, wat de Commissie gelegenheid biedt om zich voor te bereiden op de veranderende rol. Na de wetwijziging zal, in beginsel en van rechtswege, een opschortende termijn gelden van 14 kalenderdagen, te rekenen vanaf de dag na de dag waarop de Commissie een klacht in behandeling neemt. 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 ook het afgelopen jaar weer aardig gelukt dankzij een flexibele opstelling van de Commissie, die op dit moment overigens niet als zodanig wordt gefaciliteerd. Verder is het afgelopen jaar weer veel tijd en aandacht besteed aan personele aangelegenheden met de daarbij behorende tijdrovende procedures. Gelukkig heeft dit geresulteerd in het aannemen van drie kundige medewerkers die samen het secretariaat van de Commissie vormen. Het secretariaat is het kloppende hart van de Commissie en daarmee ontzettend belangrijk voor het behalen van gewenste resultaten. De Commissie heeft goede hoop dat het secretariaat in de loop van het volgende jaar volledig is ingewerkt zodat de Commissie binnen de gegeven bezetting zo optimaal mogelijk haar doelen kan behalen.

²⁰ Het betrof hier advies 668.

²¹ 9^e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts. 3.15 Inschakeling externe experts.

Den Haag, 30 mei 2023

w.g.:

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp, voorzitter

Mr. M.C. Pinto, vicevoorzitter

Mr. drs. T.H. Chen, commissielid

