

Betreft: Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

Van: Joop Janssen, voorzitter en Chris Jansen, vice-voorzitter

Datum: 28 maart 2014

Kopie aan: de Minister van Economische Zaken

Bijna een jaar na de aanvang van de werkzaamheden van de Commissie van Aanbestedingsexperts (de "**Commissie**") brengt zij verslag uit omtrent haar werkzaamheden en haar bevindingen.

A. Inleiding

De Commissie ontleent haar bestaansrecht aan artikel 4.27 van de Aanbestedingswet 2012 en het Instellingsbesluit van de Minister van Economische Zaken van 7 maart 2013, Stcrt 2013, nr. 6182. De Commissie bestaat uit een voorzitter (mr. J.G.J. Janssen) en een vice-voorzitter (prof.mr. C.E.C. Jansen). Aan de Commissie zijn verbonden 90 experts die, op verzoek van de Commissie, haar assisteren bij de klachtafhandeling. De Commissie wordt ondersteund door een administratief en aanbestedingsrecht-inhoudelijk secretariaat.

B. Doel en taken

Doel van de Commissie is door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. Voorts is het doel van de Commissie de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Daarnaast heeft de Commissie tot taak tussen partijen te bemiddelen en niet bindende adviezen te geven naar aanleiding van klachten.

C. De statistieken

Per 1 maart 2014 zijn 70 klachten door de Commissie ontvangen. Alle zijn ingediend door bedrijven die mee willen dingen naar overheidsopdrachten. Klagers zijn dus (potentiële) gegadigden en (potentiële) inschrijvers. Er zijn geen klachten door aanbestedende diensten ingediend. Van de 70 klachten zijn er 60 ingediend door Midden- en Klein Bedrijven en 10 door grootbedrijven. Van de 70 klachten werden er 4 ingediend door branche-organisaties namens MKB-bedrijven.

Het valt op dat klachten veelal bestaan uit meerdere deelklachten. Op het totaal aantal in behandeling genomen klachten (47) is er sprake van een totaal aantal deelklachten van 102.

De uiteindelijke afhandeling van klachten is als in onderstaande tabel te rubriceren.

1. Aantal ingediende klachten per 1 maart 2014: 70

Uiteindelijke afhandeling	Aantallen
Aantal in behandeling genomen klachten	47
Bevattende een totaal aantal deelklachten	102
Klachten die nog in behandeling zijn	13
Klachten geschikt voor bemiddeling	2
Advies: klacht is gegrond	9
Totaal aantal deelklachten dat gegrond is	11
Advies: klacht is ongegrond	4
Totaal aantal deelklachten dat ongegrond is	6
Advies: klacht is ten dele gegrond	13
Totaal aantal deelklachten dat ten dele gegrond is	15
Totaal aantal deelklachten dat ten dele ongegrond is	19
Behandeling van de klacht opgeschort ivm Kort Geding	4
Behandeling van de klacht opgeschort ivm actie op klacht door aanbest. dienst	3
Niet in behandeling genomen want: geen toepasselijkheid Aanbestedingswet	7
Niet in behandeling genomen want: niet eerst klacht ingediend bij aanbest. dienst	10
Niet in behandeling genomen want: geen redelijke termijn voor reactie aan aanbest. dienst geboden	6
Klachten ingetrokken	3
Klachten na bericht van niet-behandeling en "reparatie" opnieuw ingediend	8

2. Bereidheid Aanbestedende Dienst om kritieke termijn(en) te verlengen bij in behandeling genomen klachten

Bereidheid bij aanbest. dienst	Aantal
Niet van toepassing	23
Ja	12
Nee	12

3. Doorlooptijden klachtbehandeling

Na onderzoek niet in behandeling genomen klachten	5 dg
In behandeling genomen (deel-)klachten met (kritieke) termijn	30 dg
In behandeling genomen (deel-)klachten zonder (kritieke) termijn	72 dg

4. Bijzonderheden van de klacht

4.1 Soort Aanbesteding	Aantal
EU openbare procedure	26
EU niet openbare procedure	13
Nationale openbare aanbestedingsprocedure	10
Nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure	5
Meervoudige onderhandse procedure	10
Er is (nog) geen procedure toegepast	4
Mini competitie binnen raamovereenkomst	1
4.2 Onderwerpen van een klacht zoals aangegeven in het klachtenformulier (meerdere aspecten per klacht mogelijk)	Aantal
De keuze van de ondernemers bij meervoudig onderhandse procedure	4
De keuze van de procedure	7
Gebrekkige communicatie door aanbestedende dienst	11
Gedrag van de onderneming	3
Gunningsbeslissing en de motivering daarvan	11
Termijnen	7
Gunningscriteria en het beoordelen van biedingen	22
Programma van eisen (bestek, inclusief conceptvoorwaarden),	16
Selectiecriteria en het selectieproces	9
Uitsluitingsgronden	6
Vrij ingevuld en niet te rubriceren	10
Totaal aantal ingevulde aspecten (zowel in wel - als niet - in behandeling genomen klachten)	106
4.3 Fase van de aanbestedingsprocedure	Aantal
Niet openbare procedure: Aankondiging is gepubliceerd, termijn voor aanmelding als gegadigde loopt nog	4
Niet openbare procedure: Selectie van gegadigden heeft plaatsgevonden, geselecteerden zijn uitgenodigd, termijn voor inschrijving loopt nog	12
Openbare procedure: Aankondiging is gepubliceerd, termijn voor inschrijving loopt nog	13
Inschrijving is gesloten, voorlopige gunningsbeslissing is nog niet gecommuniceerd	6
Voorlopige gunningsbeslissing is gecommuniceerd, standstill termijn loopt nog	22
Standstill termijn is verstreken, contract is nog niet gesloten	1
Contract is gesloten	4
Contract is verlengd zonder aanbesteding	4
Er is geen sprake van een aanbestedingsrechtelijk geschil	2

5. Aantal ingeschakelde experts

Commissie experts	4
Branche expert ICT	1
Branche expert Bouw	1

6. Soorten opdrachten / type aanbest.dienst/ inhoudelijke onderdelen van klachten

- *Soorten opdrachten:* Klachten over leveringen /diensten/werken
- *Type aanbestedende dienst:* Klachten jegens rijksoverheid, waterschap, gemeentes, provincie, schoolbestuur en academisch ziekenhuis, politie, veiligheidsregio's, nutssector
- *Inhoudelijke onderdelen van klachten:* Klachten over proportionaliteit, EMVI, bestekseisen, motiveringsplicht, duidelijk grensoverschrijdend belang, afbreken aanbesteding, referentiewerken.

D. Ontwikkelingen in het proces van klachtafhandeling

In het eerste halfjaar werden minder klachten ingediend dan door de Commissie aanvankelijk verwacht. Bovendien kon een aanzienlijk gedeelte van de ingediende klachten niet in behandeling worden genomen om de redenen als hierboven in de statistieken vermeld: (i) geen toepasselijkheid van de Aanbestedingswet 2012, (ii) klacht niet eerst ingediend bij aanbestedende dienst en (iii) door klager is geen redelijke termijn voor reactie aan aanbestedende dienst geboden.

In de markt was (en is) te bespeuren de tendens dat gegadigden en inschrijvers in tijden van recessie terughoudend zijn met te ageren tegen aanbestedende diensten. Het adagium "don't bite the hand that feeds you" is veel gehoord. Daarnaast bereikte de Commissie via branche-organisaties het bericht dat zowel gegadigden/inschrijvers als branche-organisaties met succes de Commissie als "boeman" ten tonele voerden in discussies met aanbestedende diensten ("Als u onze klacht niet serieus neemt, gaan wij ermee naar de Commissie").

Ten slotte speelde mee dat de Commissie nog relatief onbekend was. Dat is in het tweede halfjaar aanmerkelijk verbeterd enerzijds doordat voorzitter en vice-voorzitter bij een aanzienlijk aantal congressen en seminars hebben gesproken als inleider en de werkzaamheden van de Commissie hebben toegelicht waardoor de bekendheid aanmerkelijk is toegenomen.

Daarnaast heeft de Commissie zich de beperking opgelegd om adviezen niet te publiceren op haar website zolang de aanbestedingsprocedure waar de klacht betrekking op heeft nog voortduurt respectievelijk zolang daarover een gerechtelijke procedure wordt gevoerd. Dat heeft tot gevolg gehad dat eerst in de tweede helft van het afgelopen jaar adviezen op de website van de Commissie konden worden gepubliceerd. Die adviezen hebben brede belangstelling getrokken en hebben geleid tot waarderende commentaren zowel in de vakpers als in de het jurisprudentieblad JAAN (zie Bijlage 1). De adviezen worden besproken op zakelijk georiënteerde social media, zoals de LinkedIn

pagina "Aanbestedingsrecht" waarop meer dan 3000 in het aanbestedingsrecht geveerseerde professionals zijn aangesloten.

In de periode 1 april 2013 – 1 maart 2014 is een betrekkelijk gering aantal (circa 25) op de toepassing van de Aanbestedingswet 2012 betrekking hebbende aanbestedingszaken dat bij de voorzieningenrechter is gebracht op www.rechtspraak.nl gepubliceerd. Dat is aanmerkelijk minder dan de 70 klachten (bevattende 102 deelklachten) die bij de Commissie zijn neergelegd. Het is te vroeg om een verband te leggen tussen de afname van het aantal gepubliceerde kortgeding vonnissen (van 150 tot 200 in voorgaande jaren tot 25 in de periode van 1 april 2013 tot 1 maart 2014) en het optreden van de Commissie. Spectaculair is die afname echter wel.

Tenslotte is opmerkelijk te noemen het vonnis van de Voorzieningenrechter Rechtbank Gelderland van 24 januari 2014 (zie Bijlage 1), waarbij de voorzieningenrechter een advies van de Commissie heeft overgenomen en op basis daarvan een aanbestedende dienst heeft veroordeeld om een aanbesteding te staken. Uit die uitspraak blijkt dat de expertise van de Commissie op waarde wordt geschat en wat geleid heeft tot toename van de autoriteit van de Commissie in het veld (zie Bijlage 1).

In de eerste twee maanden van 2014 is het aantal ingediende klachten flink gestegen en dat heeft ertoe geleid dat de Commissie steeds vaker een beroep doet (met goed gevolg) op een of meer van de bij de Commissie betrokken Experts.

E. Verbeterpunten

De Commissie neemt zich ter harte de kanttekeningen die vanuit het veld worden gemaakt bij het klachtafhandlingsproces en de gegeven adviezen.

Doorlooptijdprognose

Klagers en aanbestedende diensten zouden het op prijs stellen van de Commissie een indicatie te krijgen wanneer een advies mag worden verwacht. Dat is voor de Commissie geen eenvoudige zaak omdat – om begrijpelijke redenen – prioriteit wordt gegeven aan de behandeling van klachten waarbij een (kritieke) termijn speelt. Daar komt bij dat de klachtbehandeling (zeker doordat vrijwel elke klacht bestaat uit meerdere deelklachten) veel tijd vergt omdat in veel gevallen sprake is van principiële kwesties met betrekking tot de toepassing van de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit, waarover de wetgever of de burgerlijke rechter (nog) geen uitspraak hebben gedaan. Daarbij past de kanttekening dat het in een aantal gevallen gaat om de toepassing van wetsbepalingen die minder goed doordacht dan wel niet eenvoudig toepasbaar blijken te zijn.

Ten slotte speelt bij de doorlooptijd dat de voor de Commissieleden toegemeten werktijd (circa 10 uur per week) onvoldoende is gebleken om het proces van klachtafhandeling op een snelle, zorgvuldige en inhoudelijk juiste wijze vorm te geven. De Commissie tracht daarin verandering te brengen door vaker Experts in te schakelen. Instructie van, afstemming met en discussies met behandelende Experts in concrete klachtdossiers zorgt echter weer voor tijdsbeslag.

Aard van het advies

Bij alle adviezen gaat de Commissie na in hoeverre aan de partijen een aanbeveling kan worden gedaan. Daarbij staat voorop dat die aanbeveling zinvol moet zijn en passend binnen de grenzen die de aanbestedingsregelgeving zelf geeft. De Commissie kan niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten en kan de beleidsvrijheid van een aanbestedende dienst om – bijvoorbeeld – al dan niet tot een heraanbesteding te besluiten, niet beperken.

Op 31 maart 2014 vindt de tweede Expertmiddag plaats waarvoor alle 90 Experts zijn uitgenodigd en waarbij een aantal interessante onderwerpen aan bod zal komen (zoals aanpassing aan de praktijk van het reglement; aard en omvang van het advies en verhouding kort geding-klachtprocedure). Mogelijk dat uit die discussie aanbevelingen tot verdere optimalisatie zijn af te leiden.

Adviezen te juridisch?

Uit het veld komen berichten (zie Bijlage 1) dat de adviezen over het algemeen zeer goed leesbaar zijn, doorgaans compact zijn en een vaste opbouw kennen en kernachtig to-the-point komen. De leesbaarheid wordt snel minder naar mate de klachtenprocedure door klager en beklagde (of hun juristen) worden aangevlogen op een wijze vergelijkbaar met een kort geding. Zeker als er dan ook nog sprake is van meerdere klachtonderdelen, dijt de omvang van het advies snel uit en krijgt het de leeservaring van een rechterlijke uitspraak. Voor juristen geen probleem, maar voor de praktiserende inschrijvers en aanbesteders (mogelijk) te hoog gegrepen. Het veld plaatst daarbij de kanttekening dat dit de Commissie niet is aan te rekenen: het zijn in die gevallen de juristen aan de zijde van de klager en de beklagde die met hun uitgebreide en juridische formuleringen de Commissie geen andere keuze geven dan daarin mee te gaan. Maar dat is slechts een deel van de realiteit. In een aantal klachten is de Commissie gevraagd toepassing te geven aan nieuwe wetsbepalingen die nog niet of nauwelijks in de jurisprudentie zijn beproefd. Daarbij heeft de Commissie zich gedwongen gezien om – alvorens aan de toepassing van de regel op de feiten toe te kunnen komen – de doelstelling, inhoud en strekking van die regel te duiden op basis van de wetsgeschiedenis. Dat mondt in dan uit in een juridisch betoog dat voor niet-juristen als lastig leesbaar en minder interessant kan worden ervaren. Een alternatief heeft de Commissie in dat soort gevallen echter niet. Uiteraard hoopt de Commissie dat naar mate de wet duidelijker wordt de juridische betogen zullen afnemen. Voor haar geldt immers als vanzelfsprekend dat zij er niet op uit is het klachtafhandelingsproces overmatig te juridiseren.

Ook dit aspect zal bij de Expertmiddag op 31 maart 2014 aan de orde worden gesteld.

F. Internationale activiteiten

Van 14 tot 16 augustus 2014 wordt in Dublin de jaarlijkse International Public Procurement Conference gehouden. De Commissie zal zich daar presenteren en een

toelichting te geven op haar werkwijze en de effecten van haar klachtbehandelingsactiviteiten. Ter ondersteuning daarvan heeft de Commissie een paper voorbereid.

G. Conclusies

De Commissie citeert opnieuw uit de publicaties:

"De Nederlandse aanbestedingspraktijk mag zich gelukkig prijzen met de komst van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Het loopt nog niet storm, maar er is een aardige stroom aan adviezen op gang gekomen. Het zijn adviezen op klachten die voor het grootste deel niet, of in elk geval niet op deze wijze, aan de rechter zouden zijn voorgelegd. De adviezen zijn doorgaans goed leesbaar en bevatten regelmatig mooie en vernieuwende inzichten. Er is daarmee werkelijk een laagdrempelige klachtinstantie bijgekomen."

En

De adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn een welkome aanvulling op de publicaties in aanbestedingsland. De Commissie maakt duidelijk werk van haar doelstelling zoals verwoord in art. 2 lid 1 van haar Reglement. Naast het (bekende) doel om door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten is het tweede doel van de Commissie om de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.

"De adviezen van de Commissie lijken aldus een welkome aanvulling op de reguliere jurisprudentie, waar de aanbestedende dienst relatief erg vaak in het gelijk wordt gesteld en niet zelden de hand boven het hoofd wordt gehouden"

Amsterdam, 28 maart 2014



Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter



Prof. mr. C.E.C. Jansen
Vice-voorzitter