

Commissie van Aanbestedingsexperts

5^e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

5^e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

Periode: 01-03-2017 tot 01-03-2018

Van: Chris Jansen (Voorzitter),
Anne Fischer-Braams (Vice-voorzitter) en
Tsong Ho Chen (Commissielid)

Datum: 14 mei 2018

Kopie aan: de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat

1. Inleiding

Dit is de vijfde jaarrapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE). Deze jaarrapportage heeft betrekking op de periode 1 maart 2017 tot 1 maart 2018.

De CvAE 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 CvAE bestaat op het moment van verschijnen van deze jaarrapportage uit een voorzitter (prof. mr. C.E.C. Jansen¹), een vice-voorzitter (mr. A.C.M. Fischer-Braams²) en een derde lid (mr. drs. T.H. Chen³). Gedurende de eerste maanden van de periode waarop deze jaarrapportage betrekking heeft – van 1 maart tot 1 juni 2017 – stond de CvAE onder voorzitterschap van mr. J.G.J. Janssen.

Aan de CvAE zijn 47 experts verbonden die, op verzoek van de CvAE, haar assisteren bij de behandeling van klachten. De CvAE wordt ondersteund door een secretariaat dat is belast met juridisch-administratieve en juridisch-inhoudelijke taken.

Zoals dat ook met de eerdere jaarrapportages is gebeurd, zal de rapportage worden gepubliceerd op de website van de CvAE: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl>. De CvAE zendt kopie van de rapportage ter kennisname aan de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat.

2. Doel en taken

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

3. Belangrijkste ontwikkelingen in het rapportagejaar

3.1 Personele wisselingen

Met ingang van 1 juni 2017 is de heer J.G.J. Janssen op eigen verzoek teruggetreden als voorzitter en lid van de CvAE. De Minister van Economische Zaken heeft hem eervol ontslag verleend. De heer Janssen was de eerste voorzitter van de CvAE.

Hij heeft in zijn ruim vier jaar durende voorzitterschap een zeer grote bijdrage geleverd aan de vestiging van de CvAE als volwaardig en gezaghebbend klachteninstituut op het gebied van overheidsaanbestedingen. Onder zijn voorzitterschap zijn ruim 200 adviezen in klachtprocedures uitgebracht.

De heer J.G.J. Janssen is met ingang van 1 juni 2017 in zijn functie van voorzitter opgevolgd door de voormalige vice-voorzitter, de heer C.E.C. Jansen. Hij is met ingang van 19 oktober 2017 op zijn beurt in die functie opgevolgd door mevr. A.C.M. Fischer-Braams. Als gevolg van deze personele wisselingen heeft de CvAE tijdens het rapportagejaar gedurende een periode van een aantal maanden uit twee in plaats van drie leden bestaan.

3.2 Aantal ingediende en in behandeling genomen klachten

In het rapportagejaar heeft de CvAE 59 klachten ontvangen (de klachten met de nummers 405 t/m 463). Het aantal ingediende klachten is daarmee nagenoeg gelijk gebleven aan het aantal klachten dat in het vorige rapportagejaar is ingediend, te weten: 57. De daling die in de vierde jaarrapportage is signaleerd, heeft zich niet verder doorgezet.

Het totaal aantal deelklachten is overigens gestegen ten opzichte van het vorige rapportagejaar: 117 deelklachten in het afgelopen jaar tegenover 80 in het vorige jaar.

In totaal zijn er in de eerste vijf jaar van het bestaan van de CvAE 407⁴ klachten ingediend.

De CvAE neemt niet alle bij haar ingediende klachten in behandeling.⁵ Met name wanneer een klager zich niet eerst schriftelijk bij de aanbestedende dienst heeft gemeld en in dat kader duidelijk heeft gemaakt een klacht te willen indienen, vindt de CvAE daarin een grond om te besluiten de klacht niet in behandeling te nemen. De CvAE heeft deze regel gedurende het rapportagejaar minder strikt toegepast dan in het verleden. In een aantal gevallen heeft zij toegestaan dat een klager het verzuim om de klacht eerst kenbaar te maken bij de aanbestedende dienst herstelde, hangende de beslissing van de CvAE om de klacht in behandeling te nemen. Deze minder strikte toepassing van genoemde regel verklaart grotendeels waarom het aantal niet in behandeling genomen klachten gedurende dit rapportagejaar lager ligt dan in het vorige rapportagejaar: 5 klachten tegenover 15 klachten. Inmiddels is de CvAE weer overgegaan tot strikte toepassing van de regel dat een klacht eerst schriftelijk en duidelijk kenbaar moet worden gemaakt bij de aanbestedende dienst.

¹ Benoemd met ingang van 1 april 2013 tot lid tevens vice-voorzitter en benoemd met ingang van 1 juni 2017 tot lid tevens voorzitter.

² Benoemd met ingang van 19 oktober 2017 tot lid tevens vice-voorzitter.

³ Benoemd met ingang van 1 april 2015 tot lid.

⁴ Gedurende de eerste jaren waarin de CvAE in functie was, zijn als gevolg van technische mankementen in het ICT-klachtenregistratiesysteem klachtnummers 'overgeslagen'. Dat verklaart waarom het aantal daadwerkelijk ingediende klachten lager is dan uit de nummering lijkt te volgen.

⁵ Zie ook art. 9 van het Reglement van de CvAE.

3.3 Klagers en beklagden

Net zoals in de voorgaande jaren zijn ook in dit rapportagejaar alle klachten ingediend door ondernemingen die (potentiële) gegadigden of (potentiële) inschrijvers voor een opdracht waren. Er zijn opnieuw geen klachten door aanbestedende diensten ingediend. Van de 59 in het rapportagejaar ingediende klachten zijn 42 klachten afkomstig van midden- en kleinbedrijven (3 minder dan in het vorige jaar), 12 van grootbedrijven (5 méér dan in het vorige jaar) en zijn 5 klachten ingediend door een branche-organisatie namens midden- en kleinbedrijven (1 méér dan in het vorige jaar).

Klachten zijn ingediend tegen onder andere de rijksoverheid, provincies, gemeenten, waterschappen, ziekenhuizen, schoolbesturen, veiligheidsregio's en een speciaal-sectorbedrijf.

3.4 Onderwerp klachten

Vooropgesteld dient te worden dat klachten die in het rapportagejaar zijn ingediend hoofdzakelijk betrekking hebben op overheidsopdrachten (waaronder raamovereenkomsten) en in mindere mate op concessieopdrachten. De aanbestede opdrachten hebben zowel leveringen, diensten als werken tot onderwerp. Er is één klacht ingediend met betrekking tot een speciale-sectoropdracht.

De klachten die zijn ingediend hebben voorts in hoofdzaak betrekking op Europese openbare procedures (35 klachten) en meervoudig onderhandse procedures (10 klachten). Dat is vergelijkbaar met het beeld dat ontstaat op basis van de vorige jaarrapportage.

Die vergelijkbaarheid geldt ook ten aanzien van het type beslissingen van aanbestedende diensten waarover wordt geklaagd. Aanbestedende diensten nemen tijdens de voorbereiding, inrichting en afwikkeling van een aanbestedingsprocedure tal van beslissingen. Die beslissingen moeten in overeenstemming zijn met de regels van de Aanbestedingswet 2012, waaronder de Gids Proportionaliteit. Die regels vormen een uitwerking van de beginselen van aanbestedingsrecht: het non-discriminatiebeginsel, het beginsel van gelijke behandeling, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. Een belangrijk deel van de klachten dat in de afgelopen periode is ingediend, heeft opnieuw betrekking op de (vermeende) strijdigheid van de inhoud en/of de toepassing van kwalitatieve geschiktheidseisen en beoordelings- en gunningssystematieken met de hiervoor genoemde beginselen.

Gedurende het rapportagejaar is slechts incidenteel geklaagd over het nalaten van een aanbestedende dienst om een overheidsopdracht in concurrentie aan te besteden. Ook het onnodig clusteren van opdrachten, alsmede het toeschrijven van opdracht-specificaties naar een bepaalde onderneming en het gebruik van disproportionele contractvoorwaarden vormde slechts in een beperkt aantal gevallen het onderwerp van een klacht.

De complexiteit van de ingediende klachten is in het rapportagejaar toegenomen. De CvAE is in een aantal van deze klachtprocedures bovendien gevraagd een standpunt in te nemen ten aanzien van kwesties waarvan op dat moment werd verwacht dat zij zich ook in toekomstige aanbestedingen zouden kunnen voordoen. Hier valt bijvoorbeeld te denken aan het gebruik van nadere selectiecriteria binnen de grenzen van de Gids Proportionaliteit en het gebruik van bepaalde sectorspecifieke opdrachtspecificaties en kwalitatieve geschiktheidseisen.

3.5 Uitgebrachte adviezen en stand van zaken per 1 maart 2018

De CvAE heeft allereerst adviezen uitgebracht in 36 van de 59 klachten die gedurende het rapportagejaar zijn ingediend. Van de overige 23 ingediende klachten zijn 5 klachten niet in behandeling genomen en 6 klachten lopende de klachtprocedure ingetrokken. Bij de afsluiting van het rapportagejaar (op 1 maart 2018) had de CvAE nog 12 klachten in behandeling. Het gaat hier om klachten die in de laatste fase van het rapportagejaar zijn ingediend.

De CvAE heeft gedurende het rapportagejaar daarnaast nog adviezen uitgebracht in 3 klachten die zijn ingediend in de laatste fase van het vorige rapportagejaar en die bij de afsluiting van dat jaar (op 1 maart 2017) nog in behandeling waren.

Daarmee heeft de CvAE gedurende het rapportagejaar in totaal in 39 klachten (bestaande uit 88 door de CvAE onderscheiden deelklachten) adviezen uitgebracht. Dat is substantieel minder dan de 72 klachten (bestaande uit 171 door de CvAE onderscheiden deelklachten) waarin de CvAE in het vorige rapportagejaar adviezen heeft uitgebracht. De kanttekening die hierbij echter moet worden geplaatst, is dat maar liefst 36 adviezen die in het vorige jaar zijn uitgebracht betrekking hadden op achterstallige klachten zonder een kritieke termijn die al waren ingediend in de daaraan voorafgaande periode van 1 maart 2014 tot 1 maart 2016. De werkzaamheden ten behoeve van deze adviezen zijn in belangrijke mate vóór 1 maart 2016 verricht, maar de finale afronding heeft pas in de periode van het vorige rapportagejaar (1 maart 2016 tot 1 maart 2017) kunnen plaatsvinden vanwege een groot aantal klachten met een kritieke termijn waar de CvAE prioriteit aan geeft.

In totaal heeft de CvAE in de eerste vijf jaar van haar bestaan 238 adviezen uitgebracht.

In vergelijking met het vorige jaar is het aantal adviezen dat gedurende het rapportagejaar is uitgebracht in klachten met een kritieke termijn aanzienlijk gedaald ten opzichte van het aantal adviezen dat is uitgebracht in klachten zonder kritieke termijn. In het vorige jaar bedroeg de verhouding nog: 30 adviezen in klachten met een kritieke termijn, tegenover 6 adviezen in klachten zonder kritieke termijn. In de periode waar deze jaarrapportage op ziet, bedraagt die verhouding: 16 adviezen in klachten met een kritieke termijn tegenover 23 klachten zonder kritieke termijn.

3.6 Gemiddelde doorlooptijden uitbrengen advies

De gemiddelde doorlooptijd van het uitbrengen van een advies in klachten met een kritieke termijn is gedaald van 44 dagen in het vorige rapportagejaar naar 35 dagen in het jaar waar de onderhavige rapportage op ziet. Daarmee laat de CvAE zien dat zij in dergelijke gevallen net zo snel kan acteren als een voorzieningenrechter in kort geding. Hier staat tegenover dat de gemiddelde doorlooptijd van het uitbrengen van een advies in klachten zonder kritieke termijn, na een aanvankelijke daling in het vorige jaar (van 105 dagen naar 75 dagen), in het afgelopen rapportagejaar weer is gestegen van 75 dagen naar 134 dagen.

In dit verband moet allereerst worden opgemerkt dat de CvAE prioriteit geeft aan de behandeling van klachten met een kritieke termijn. Wanneer de CvAE verhoudingsgewijs weinig van dergelijke klachten gelijktijdig in portefeuille heeft, kan zij die klachten relatief snel afronden. Zodra dat is gebeurd, kunnen klachten zonder een kritieke termijn (weer) worden opgepakt. Wanneer dergelijke klachten vervolgens echter in aantal toenemen, heeft dat een negatief effect op de doorlooptijd van die klachten. Dat negatieve effect is in het rapportagejaar nog versterkt doordat de CvAE verhoudingsgewijs met meer complexe klachten is geconfronteerd. Ook heeft de CvAE gedurende het rapportagejaar een aantal maanden niet met een 100% personele bezetting kunnen functioneren, mede als gevolg van personele wisselingen (zie 3.1 hiervoor).

3.7 Opschorting aanbestedingsprocedures

In slechts 15% van de klachten die in het rapportagejaar zijn ingediend, heeft de aanbestedende dienst zich bereid getoond een kritieke termijn in de aanbestedingsprocedure op verzoek van de CvAE te verlengen of de aanbestedingsprocedure op te schorten. Afgezien van het feit dat dit een aanzienlijke daling is ten opzichte van het vorige rapportagejaar, was dat percentage in alle voorgaande rapportagejaren ook overigens hoger: 50% in rapportagejaar 2013-2014; 60% in rapportagejaar 2014-2015; 25% in rapportagejaar 2015-2016; en 35% in rapportagejaar 2016-2017.

3.8 Verhouding gegronde en ongegronde (deel)klachten

In 66,7% van de 39 gedurende het rapportagejaar uitgebrachte adviezen is de klacht als geheel gezien geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard. Dat percentage is nagenoeg gelijk aan het percentage dat betrekking heeft op alle in het vorige rapportagejaar uitgebrachte 72 adviezen (65%). Het percentage is echter hoger dan het percentage dat betrekking heeft op de in het vorige rapportagejaar uitgebrachte 36 adviezen in de klachten die alleen in dat rapportagejaar zijn ingediend (52,7%).

Wanneer de cijfers overigens op deelklachtniveau worden beschouwd, dan blijkt dat in 45,4% van de 88 deelklachten waarin gedurende het rapportagejaar adviezen zijn uitgebracht een deelklacht geheel of gedeeltelijk gegrond te zijn verklaard. Voor wat betreft de 71 deelklachten die in het vorige rapportagejaar zijn ingediend, en waarin gedurende dat rapportagejaar adviezen zijn uitgebracht, is dat 33,8%.

3.9 Opvolging van adviezen door aanbestedende diensten

De Commissie heeft in februari 2018 een quick scan uitgevoerd om na te gaan wat aanbestedende diensten hebben gedaan met de in het rapportagejaar uitgebrachte adviezen in klachten met een kritieke termijn, die door de CvAE geheel of gedeeltelijk gegrond zijn verklaard. Het aantal klachten dat aan dit criterium beantwoordt, bedraagt 8.

De CvAE heeft voor wat betreft 7 van deze 8 klachten een reactie van de betrokken partijen ontvangen. Uit die reacties blijkt dat aanbestedende diensten in 5 van deze 7 klachten het advies van de CvAE naast zich neer hebben gelegd. Het gaat in deze 5 klachten om klachten waarbij de aanbestedende dienst in een eerdere fase van de klachtprocedure geen gehoor heeft gegeven aan het verzoek van de CvAE om de aanbestedingsprocedure op te schorten (zie 3.7 hierboven) en waarbij de aanbestedingsprocedure naar de mening van de aanbestedende dienst inmiddels te ver was gevorderd om naar aanleiding van het advies nog terug te komen op eerder in de procedure genomen beslissingen. In 2 van de 7 klachten ten aanzien waarvan de CvAE een reactie heeft ontvangen is de aanbestedende dienst na het uitbrengen van het advies met de klagers in gesprek gegaan. In één van die 2 klachten heeft de aanbestedende dienst de klager een tegemoetkoming in de tevergeefs gemaakte tenderkosten aangeboden. In de andere klacht is door de aanbestedende dienst aan de klager toegezegd om in de toekomst eerder en vaker een externe expert in te schakelen in het kader van de voorbereiding van de aanbesteding.

3.10 Inzet experts

De CvAE is opnieuw veel dank verschuldigd aan de experts die zij aan zich heeft verbonden. De al eerder ingezette intensivering van inschakeling van experts is ook gedurende het rapportagejaar voortgezet. In 13 van de 39 in het rapportagejaar uitgebrachte adviezen zijn in totaal 20 experts ingeschakeld. Het gaat hier veelal om niet-juridische experts met inkoopkennis en -ervaring op specifieke deelgebieden (zoals: bouw, ICT, sociaal domein, schoonmaak, verzekering e.d.).

Mede als gevolg van de herstructurering van de (juridisch-inhoudelijke) ondersteuning door het secretariaat van de CvAE in het rapportagejaar 2015-2016, is gebleken dat de behoefte aan inschakeling van experts met aanbestedingsrechtelijke kennis aanzienlijk is afgenomen. Dat heeft de CvAE er in juni 2017 toe gebracht om haar expertbestand aanzienlijk terug te brengen tot een 47-tal hoofdzakelijk niet-juridische inkoopexperts en verdere versterking door inkoopexperts te blijven zoeken in gebieden van de markt voor overheidsopdrachten waarin specialistische kennis een (noodzakelijke) bijdrage kan leveren aan de adviezen van de CvAE.

3.11 Gepubliceerde adviezen

Gedurende het rapportagejaar heeft de CvAE opnieuw vooruitgang geboekt met het wegwerken van haar achterstand wat betreft de publicatie op haar website van de door haar uitgebrachte adviezen. Alle adviezen die zijn uitgebracht vóór 1 maart 2017, zijn inmiddels gepubliceerd. Van de 39 adviezen die na 1 maart 2017 zijn uitgebracht tijdens het rapportagejaar, waren er op 1 maart 2018 14 nog niet gepubliceerd.

4. Tabellen

A. INGEDIENDE KLACHTEN

A.1 Ingediende en (niet) in behandeling genomen klachten

	1 maart 2017 tot 1 maart 2018	1 maart 2016 tot 1 maart 2017
Aantal ingediende klachten	59	57
<i>aantal ingediende deelklachten</i>	117	80
<i>aantal door CvAE onderscheiden deelklachten in uitgebrachte adviezen⁶</i>	83	71
Aantal niet in behandeling genomen klachten	5	15
Aantal in behandeling genomen klachten	54	42
Aantal alsnog ingetrokken klachten	6	3
<i>als gevolg van instellen kort geding</i>	2	1
<i>als gevolg actie aanbestedende dienst</i>	1	1
<i>door klager/CvAE</i>	3	1
Aantal klachten waarin is bemiddeld	0	0
Aantal klachten waarin advies is gegeven ⁷	36	36
Aantal klachten dat bij afsluiting van het rapportagejaar nog in behandeling was	12	3 ⁸

A.2 Ingediende klachten uitgesplitst naar aanbestedingsprocedure

	1 maart 2017 tot 1 maart 2018	1 maart 2016 tot 1 maart 2017
Aantal ingediende klachten ⁹	59	57
Europese openbare procedure	35	36
Nationale openbare procedure	3	2
Europese niet-openbare procedure	4	4
Nationale niet-openbare aanbestedings Procedure	1	2
Europese mededingingsprocedure met Onderhandeling	1	1
Europese procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken	-	1
Nationale procedure voor het plaatsen van een opdracht binnen een DAS	1	-
Nadere procedure voor het gunnen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst die is gesloten met meerdere ondernemers	-	1
Meervoudig onderhandse procedure	10	5
Enkelvoudig onderhandse procedure (gunning uit de hand)	4	-
Bestuursrechtelijke aanbestedingsprocedure	-	2
Anders	-	3

⁶ Zie Tabel B1 hierna.

⁷ Zie Tabel B1 hierna.

⁸ Zie Tabel B2 hierna.

⁹ Zie Tabel A1 hiervoor.

A.3 Fase van de aanbestedingsprocedure waarin wordt geklaagd

	1 maart 2017 tot 1 maart 2018	1 maart 2016 tot 1 maart 2017
Aantal ingediende klachten ¹⁰	59	57
Europese openbare procedure	35	36
<i>aankondiging opdracht nog niet gepubliceerd</i>	-	1
<i>inschrijvingstermijn loopt nog</i>	12	12
<i>beoordeling inschrijvingen loopt nog</i>	3	5
<i>standstill termijn loopt nog</i>	9	13
<i>standstill termijn verstreken, nog geen contract gesloten</i>	5	2
<i>contract is gesloten</i>	4	2
<i>intrekking procedure (voornemen heraanbesteding)</i>	2	1
Nationale openbare procedure	3	2
<i>kwalitatieve beoordeling inschrijvingen loopt nog</i>	-	1
<i>standstill termijn loopt nog</i>	1	-
<i>contract is gesloten</i>	2	1
Europese niet-openbare procedure	4	4
<i>termijn voor aanmelding als gegadigde loopt nog</i>	1	2
<i>inschrijvingstermijn loopt nog</i>	1	1
<i>standstill termijn loopt nog</i>	-	1
<i>standstill termijn verstreken, nog geen contract gesloten</i>	2	1
Nationale niet-openbare procedure	1	2
<i>inschrijvingstermijn loopt nog</i>	1	-
<i>uitslag kwalitatieve beoordeling (en eventuele nadere selectie) is aan gegadigden meegedeeld</i>	-	1
<i>standstill termijn loopt nog</i>	-	1
Europese mededingingsprocedure met onderhandeling	1	1
<i>standstill termijn loopt nog</i>	1	1
Europese procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken	-	1
<i>contract is gesloten</i>	-	1
Nationale procedure voor het plaatsen van een opdracht binnen een DAS	1	-
<i>contract is gesloten</i>	1	-
Nadere procedure voor het gunnen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst die is gesloten met meerdere ondernemers	-	1
<i>uitslag kwalitatieve beoordeling (en eventuele nadere selectie) is aan de gegadigden meegedeeld</i>	-	1
Meervoudig onderhandse procedure	10	5
<i>beoordeling inschrijvingen loopt nog</i>	2	2
<i>standstill termijn loopt nog</i>	6	-
<i>standstill termijn verstreken, nog geen contract gesloten</i>	1	-
<i>contract is gesloten</i>	1	3
Enkelvoudig onderhandse procedure	4	-
<i>standstill termijn verstreken, nog geen contract gesloten</i>	1	-
<i>contract is gesloten</i>	3	-
Bestuursrechtelijke aanbestedingsprocedure	-	2
<i>inschrijvingstermijn loopt nog</i>	-	2
Anders	-	3
<i>geen aanbestedingsprocedure gehouden</i>	-	3

¹⁰ Zie Tabel A1 hiervoor.

A.4 Ingediende en (niet) in behandeling genomen klachten

	1 maart 2017 tot 1 maart 2018	1 maart 2016 tot 1 maart 2017
Aantal in behandeling genomen klachten ¹¹	54	42
Aantal klachten waarbij door de CvAE verzocht is om termijnverlenging	39	37
<i>verzoek ingewilligd</i>	6	13
<i>verzoek afgewezen</i>	31	23
<i>inwilliging verzoek niet mogelijk (vanwege intrekking klacht)</i>	2	1
Aantal klachten waarbij om uiteenlopende redenen niet is verzocht om termijnverlenging ¹²	15	5

B. UITGEBRACHTE ADVIEZEN

B.1 Adviezen uitgebracht in het rapportagejaar in (deel)klachten ingediend in het rapportagejaar

	1 maart 2017 tot 1 maart 2018	1 maart 2016 tot 1 maart 2017
Aantal adviezen in klachten	36	36
<i>klacht gegrond</i>	11	8
<i>klacht gedeeltelijk gegrond</i>	15	11
<i>klacht ongegrond</i>	9	17
<i>klacht niet in behandeling genomen</i>	1	-
Uitgesplitst naar deelklachten	83	71
<i>deelklacht gegrond</i>	28	22
<i>deelklacht gedeeltelijk gegrond</i>	12	2
<i>deelklacht ongegrond</i>	37	41
<i>deelklacht niet in behandeling genomen</i>	6	6

B.2 Adviezen uitgebracht in het rapportagejaar in (deel)klachten ingediend in eerdere rapportagejaren

	1 maart 2017 tot 1 maart 2018	1 maart 2016 tot 1 maart 2017
Aantal adviezen in klachten	3 ¹⁴	36 ¹⁵
<i>klacht gegrond</i>	-	9
<i>klacht gedeeltelijk gegrond</i>	-	19
<i>klacht ongegrond</i>	3	8
<i>klacht niet in behandeling genomen</i>	-	-
Uitgesplitst naar deelklachten	5	100
<i>deelklacht gegrond</i>	-	35
<i>deelklacht gedeeltelijk gegrond</i>	-	6
<i>deelklacht ongegrond</i>	5	53
<i>deelklacht niet in behandeling genomen</i>	-	6

¹¹ Zie Tabel A1 hiervoor.

¹² Bijvoorbeeld omdat de standstill termijn inmiddels is verlopen, omdat het contract inmiddels is gesloten of omdat er geen sprake is van een termijn die kan verlopen.

¹³ 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 desalniettemin een inhoudelijk oordeel uitsprekt over de vraag of het handelen of nalaten van de aanbestedende dienst in strijd is met de Aanbestedingswet 2012.

¹⁴ Deze adviezen zijn in het rapportagejaar uitgebracht in klachten die zijn ingediend aan het einde van het vorige rapportagejaar (1 maart 2016 tot 1 maart 2017) en die op 1 maart 2017 nog in behandeling waren.

¹⁵ Deze adviezen zijn uitgebracht in klachten die zijn ingediend in de periode 1 maart 2014 tot 1 maart 2016 en die op 1 maart 2016 nog in behandeling waren.

C. GEMIDDELDE DOORLOOPTIJDEN¹⁶ VAN DE KLACHTBEHANDELING

	1 maart 2017 tot 1 maart 2018	1 maart 2016 tot 1 maart 2017
Aantal ingediende klachten ¹⁷	59	57
Aantal niet in behandeling genomen klachten ¹⁸	5	15
<i>aantal klachten waarbij geen nadere informatie van klager nodig was (+doorlooptijd)</i>	3 (3 dagen)	10 (4 dagen)
<i>aantal klachten waarbij klager om nadere informatie is verzocht (+doorlooptijd)</i>	2 (2 dagen)	5 (8 dagen)
Aantal in behandeling genomen klachten waarin adviezen zijn uitgebracht ¹⁹	36 ²⁰	36 ²¹
<i>aantal in behandeling genomen klachten met kritieke termijn (+doorlooptijd)</i>	15 (35 dagen)	30 (44 dagen)
<i>aantal in behandeling genomen klachten zonder kritieke termijn (+doorlooptijd)</i>	21 (134 dagen)	6 (75 dagen)

D. INGESCHAKELDE EXPERTS

	1 maart 2017 tot 1 maart 2018	1 maart 2016 tot 1 maart 2017
Aantal in behandeling genomen klachten waarin adviezen zijn uitgebracht ²²	36	36
Aantal klachten waarin adviezen zijn uitgebracht waaraan medewerking is verleend door (een) expert(s) ²³	10 ²⁴	12
Totaal aantal ingeschakelde experts ²⁵	16 ²⁶	14
<i>Commissie Experts</i>	3	2
<i>Branche Experts</i>	13	12

E. GEPUBLICIEERDE ADVIEZEN

	1 maart 2017 tot 1 maart 2018	1 maart 2016 tot 1 maart 2017
Aantal in behandeling genomen klachten waarin adviezen zijn uitgebracht ²⁷	36 ²⁸	36
<i>aantal op website CvAE gepubliceerde adviezen</i>	22	36
<i>aantal nog niet op website CvAE gepubliceerde adviezen</i>	14	-

¹⁶ De behandeltermijn wordt berekend in kalenderdagen vanaf de datum van binnenkomst van de klacht tot aan de datum van verzending van het advies respectievelijk de datum van de beslissing tot het niet in behandeling nemen van de klacht. Het aantal dagen dat een klacht eventueel "on hold" heeft gestaan, is niet meegeteld bij de behandeltermijn. Daarnaast is het in het algemeen zo dat een aanbestedende dienst een week de gelegenheid krijgt om te reageren op de klacht (twee weken indien er geen sprake is van een klacht met (kritieke) termijn).

¹⁷ Zie Tabel A1 hiervoor.

¹⁸ Zie Tabel A1 hiervoor.

¹⁹ Zie Tabel B1 hiervoor.

²⁰ In het rapportagejaar zijn ook nog 3 adviezen uitgebracht in klachten die in de laatste fase van het vorige rapportagejaar zijn ingediend en die de CvAE op 1 maart 2017 nog in portefeuille had (zie Tabel B2). Één van die adviezen betrof een klacht met een kritieke termijn en had een doorlooptijd van 42 dagen. De resterende twee adviezen betroffen klachten zonder kritieke termijn en kenden een doorlooptijd van gemiddeld 125 dagen.

²¹ In het vorige rapportagejaar 2016-2017 zijn ook nog 36 adviezen uitgebracht in klachten die zijn ingediend in de rapportagejaren 2014-2015 en 2015-2016 en die de CvAE op 1 maart 2016 nog in portefeuille had (zie Tabel B2).

²² Zie Tabel B1 hiervoor.

²³ Het komt voor dat in één klacht meerdere experts worden ingeschakeld.

²⁴ In het rapportagejaar zijn ook nog 3 adviezen uitgebracht in klachten die in de laatste fase van het vorige rapportagejaar zijn ingediend en die de CvAE op 1 maart 2017 nog in portefeuille had (zie Tabel B2). Voor die drie adviezen geldt dat daaraan eveneens medewerking is verleend door experts.

²⁵ Commissie-Experts zijn experts met generieke, branche-overstijgende expertise. Branche-Experts zijn experts met kennis en ervaring op specifieke deelgebieden, zoals: bouw, ICT, sociaal domein, schoonmaak, verzekering, etcetera).

²⁶ In het rapportagejaar zijn ook nog 3 adviezen uitgebracht in klachten die in de laatste fase van het vorige rapportagejaar zijn ingediend en die de CvAE op 1 maart 2017 nog in portefeuille had (zie Tabel B2). Aan de totstandkoming van deze 3 adviezen is meegewerkt door in totaal 4 experts: 1 Commissie-Expert en 3 Branche-Experts.

²⁷ Zie Tabel B1 hiervoor.

²⁸ In het rapportagejaar zijn ook nog 3 adviezen uitgebracht in klachten die in de laatste fase van het vorige rapportagejaar zijn ingediend en die de CvAE op 1 maart 2017 nog in portefeuille had (zie Tabel B2). Ook deze adviezen zijn op de website van de CvAE gepubliceerd.

5. Stand van zaken en evaluatie

Op 1 april 2018 bestond de CvAE vijf jaar. In haar relatief korte bestaansperiode heeft de CvAE bewezen als een volwaardig, professioneel en gezaghebbend klachteninstituut op het terrein van overheidsaanbestedingen te kunnen fungeren. De Commissie voorziet dat zij dat in haar huidige opzet en met haar huidige taakstelling en werkwijze ook in de toekomst zal kunnen blijven doen.

Tegelijkertijd constateert de CvAE op basis van haar laatste jaarrapportages een aantal ontwikkelingen. Het valt de CvAE allereerst op dat het aantal klachten dat bij haar wordt ingediend – na een aanvankelijke hausse – zich inmiddels stabiliseert rond de 60 klachten per jaar.²⁹ Een tweede ontwikkeling die de CvAE signaleert, is dat zij verhoudingsgewijs steeds minder vaak advies behoeft te geven over klachten die betrekking hebben op aanbestedingsprocedures waarin nog kritieke termijnen spelen. In het onderhavige rapportagejaar ging het nog slechts om 15 adviezen met een kritieke termijn tegenover 21 adviezen inzake klachten waarin geen kritieke termijnen meer speelden.³⁰ In de laatstbedoelde gevallen heeft het advies van de CvAE geen betekenis meer voor de afloop van de aanbestedingsprocedure in kwestie, maar kan het hoogstens nog aanleiding vormen voor de klager om een schadevergoedingsvordering bij de gewone rechter in te dienen. Daarnaast kan het advies eventueel bijdragen aan de verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en een leereffect teweegbrengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten. Voor zover klachten nog wel betrekking hebben op aanbestedingsprocedures waarin kritieke termijnen aan de orde zijn, is sprake van een afnemende bereidheid van aanbestedende diensten om vervolgbeslissingen in de lopende aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van het advies van de CvAE.³¹ Verder constateert de Commissie dat aanbestedende diensten in de hiervoor bedoelde gevallen een voor hen nadelig advies in het onderhavige rapportagejaar in 5 van de 8 gevallen naast zich neer hebben gelegd.³²

De CvAE kan slechts gissen naar de oorzaken en achtergronden van de hiervoor gesignaleerde ontwikkelingen. Vooropgesteld: de CvAE heeft gedurende het rapportagejaar gewerkt aan het vergroten van haar bekendheid bij ondernemingen en zal dat ook in de toekomst blijven doen. Denkbaar is echter dat veel aanbestedende diensten inmiddels hebben voorzien in goed functionerende klachtenloketten die in staat zijn de meeste klachten van ondernemingen ‘af te vangen’, nog voordat deze worden ingediend bij de CvAE. Voor zover zo’n klachtenloket een klacht van een onderneming ongegrond acht en die onderneming alsnog een klacht bij de CvAE indient, zal de betreffende aanbestedende dienst zich in de regel gesterkt voelen door het oordeel van het

eigen klachtenloket. Dat verklaart mogelijk, mede in samenhang met de wens om de aanbestedingsprocedure niet verder te doen vertragen, waarom aanbestedende diensten in dergelijke gevallen vervolgens weinig bereidheid tonen de aanbestedingsprocedure gedurende de klachtbehandeling op te schorten en/of consequenties te verbinden aan een door de CvAE gegeven niet-bindend advies. Denkbaar is bovendien dat de hiervoor geschetste gang van zaken een onvoldoende wenkend perspectief biedt voor ondernemingen om klachten waarin kritieke termijnen spelen aan de CvAE voor te leggen. Ook de doorlooptijd van de behandeling van dergelijke klachten in het verleden kan in dat kader een drempel voor zowel ondernemingen als aanbestedende diensten opwerpen, al laat de onderhavige jaarrapportage zien dat dit argument inmiddels geen rol meer zou mogen spelen: in geval van klachten waarin kritieke termijnen spelen, doet de CvAE inmiddels dan ook de toezegging aan de betrokken partijen dat zij zich zal inspannen binnen 30 dagen na de reactie op de klacht door de aanbestedende dienst met een advies te komen.

De CvAE zal in de loop van 2019 opnieuw worden geëvalueerd. Het lijkt verstandig om in dat kader ook onderzoek te doen naar de mogelijke oorzaken en achtergronden van de hierboven door de CvAE gesignaleerde ontwikkelingen. In dat verband zou ook de rol van klachtenloketten van aanbestedende diensten kunnen worden onderzocht, alsmede de invloed die deze klachtenloketten inmiddels hebben op de beslissingen van zowel aanbestedende diensten als ondernemingen in het bredere kader van de klachtbehandeling bij overheidsaanbestedingen.

In het licht van het voorafgaande vraagt de CvAE verder aandacht voor het volgende. De weg die zij binnen de kaders van haar doel- en taakstelling in 2013 heeft gekozen, heeft haar in de rol gebracht die zij nu inmiddels 5 jaar vervult. Die rol zou kunnen worden gekenschetst als die van quasi-rechter die niet-bindende juridische oordelen in concrete aanbestedingsgeschillen geeft. Zoals hiervoor al is aangegeven, kan de Commissie die rol in haar huidige opzet en met haar huidige taakstelling en werkwijze ook in de toekomst blijven vervullen. Niettemin acht de CvAE het raadzaam dat de aanstaande evaluatie wordt aangegrepen om belanghebbenden de gelegenheid te geven zich uit te spreken over de vraag of de CvAE inderdaad die rol moet blijven vervullen, of dat zij juist een andere rol zou moeten krijgen in het licht van een mogelijke herwaardering van haar doel- en taakstelling. De CvAE wijst in dit verband op het volgende.

In haar huidige opzet heeft de CvAE de primaire doel- en taakstelling een bijdrage te leveren aan het oplossen van aanbestedingsklachten door middel van het geven van niet-bindende adviezen. Het bijdragen aan de verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk wordt als een afgeleide daarvan beschouwd. Wanneer klachten dan worden ingediend tijdens een lopende aanbestedingsprocedure, mondt de klachtbehandeling uit de aard der zaak uit in een proces dat veel gelijkenissen vertoont met een ‘harde’ op tegenspraak gebaseerde beslechting van een concreet geschil. De CvAE ziet dat overigens ook terug in de behandeling

²⁹ Zie Tabel A1 hiervoor.

³⁰ Zie Tabel C1 hiervoor.

³¹ Zie paragraaf 3.7 en Tabel A4 hiervoor.

³² Zie paragraaf 3.9 hiervoor.

van klachten door de klachtenloketten van aanbestedende diensten. In dergelijke gevallen gaat het in de regel om grote belangen – niet alleen voor klager en beklagde, maar ook voor andere ondernemingen die aan de aanbestedingsprocedure deelnemen – waarbij de betrokken actoren duidelijkheid wensen te verkrijgen over hun positie met het oog op die concrete in het geding zijnde belangen. Een dergelijke context leent zich minder goed voor een ‘zachte’ op het bereiken van consensus gerichte evaluatie van de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval met het oog op verbetering van toekomstige aanbestedingsprocedures. Die laatste werkwijze heeft mogelijk meer kans van slagen in gevallen waarin de kaarten al zijn geschud en een eventueel advies van de CvAE geen invloed meer zal hebben op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure in kwestie. De CvAE ziet overigens in haar eigen praktijk inmiddels terug dat een aanbestedende dienst ook in een dergelijk geval rekening zal willen houden met de mogelijkheid dat de in gelijk gestelde klager een schadevergoedingsactie zal willen instellen.

De CvAE geeft in het licht van het voorgaande in overweging dat haar eigen rol en functioneren wordt geëvalueerd in de bredere context van de actuele systematiek en kwaliteit van rechtsbescherming van ondernemingen die (willen) deelnemen aan aanbestedingsprocedures enerzijds en de politiek-bestuurlijke wens om met de inzet van een scala aan beleidsmaatregelen tot professionalisering van overheidsaanbestedingen te komen anderzijds. De CvAE ziet verschillende scenario's voor zich wat betreft de rol die zij in die bredere context zou kunnen vervullen, met inbegrip van de rol die zij op dit moment reeds vervult.

Zo zou de CvAE enerzijds met meer bevoegdheden kunnen worden uitgerust om daadwerkelijk een effectieve rol te kunnen vervullen in lopende aanbestedingsprocedures, in aanvulling op het huidige systeem van rechtsbescherming dat met name door ondernemingen niet als positief wordt gewaardeerd. Een andere optie is dat de CvAE juist afstand gaat nemen van haar rol als quasi-aanbestedingsrechter en zich minder ‘oordelend’ uitspreekt over de vraag wat in een concrete aanbestedingsprocedure niet goed is gegaan. In plaats daarvan zou de CvAE zich in die opzet veel meer kunnen gaan bezighouden met de vraag welke lessen aanbestedende diensten voor de toekomst kunnen trekken uit de feiten en omstandigheden die zich in een concrete aanbestedingsprocedure hebben voorgedaan.

De CvAE neemt de vrijheid om een aantal mogelijke scenario's – met een schets van de bijbehorende voor- en nadelen – uit te werken in een visiedocument. De CvAE geeft de Staatssecretaris in overweging dat visiedocument te betrekken bij de evaluatie van de CvAE.

Den Haag

w.g.:

Prof.mr. C.E.C. Jansen, Voorzitter

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

Mr.drs. T.H. Chen, Commissielid

