

3^e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

Periode: 01-03-2015 tot 01-03-2016

Van: Joop Janssen (voorzitter), Chris Jansen (vice-voorzitter) en Tsong Ho Chen (lid)

Datum: 13-05-2016 | gewijzigde herziene versie d.d. 23-09-2016

Kopie aan: de Minister van Economische Zaken

1. Inleiding

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 en het Besluit houdende herbenoeming leden van de Commissie van Aanbestedingsexperts van de Minister van Economische Zaken van 29 december 2015, Stcrt 2015, nr. 46198. De CvAE bestaat uit een voorzitter (mr. J.G.J. Janssen) en een vice-voorzitter (prof.mr. C.E.C. Jansen). Met ingang van 1 april 2015 is de CvAE uitgebreid met een derde lid (mr. drs. T.H. Chen). Aan de CvAE zijn 81 experts verbonden die, op verzoek van de CvAE, haar assisteren bij de klachtafhandeling. De CvAE wordt ondersteund door een juridisch-administratief en juridisch-inhoudelijk secretariaat.

Deze (derde) jaarrapportage heeft betrekking op de periode 1 maart 2015 tot 1 maart 2016. De rapportage zal ook deze keer gepubliceerd worden op de website van de CvAE: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl>. De CvAE zendt kopie van de rapportage ter kennisname aan de Minister van Economische Zaken.

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 doet dat door tussen partijen te bemiddelen en niet bindende adviezen te geven naar aanleiding van klachten. De CvAE hoopt daarmee tevens de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.

3. Statistieken

Tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 zijn 117 klachten door de CvAE ontvangen. Gemiddeld bestaan de behandelde klachten uit iets minder dan 2 deelklachten. Alle klachten zijn ingediend door bedrijven die mee willen dingen naar overheidsopdrachten. Klagers zijn dus (potentiële) gegadigden en (potentiële) inschrijvers. Er zijn ook dit verslagjaar opnieuw geen klachten door aanbestedende diensten ingediend. Van de 117 klachten zijn 99 klachten ingediend door Midden- en Klein Bedrijven, 14 door Grootbedrijven en werden 4 klachten ingediend door een branche-organisatie namens Midden- en Klein Bedrijven. Klachten zijn ingediend tegen onder andere de rijksoverheid, waterschappen, gemeenten, provincies, schoolbesturen, de politie, veiligheidsregio's en speciale sector-bedrijven. Klachten gaan

zowel over overheidsopdrachten als raamovereenkomsten die zowel betrekking hebben op leveringen, diensten als werken.

A. KLACHTEN (ingediend tussen 1 maart 2015 – 1 maart 2016)

	03'15>03'16	03'13>03'15
Aantal ingediende klachten	117	
Totaal aantal ingediende deelklachten	208	
Openstaande klachten van voorgaande jaren		21
Aantal niet in behandeling genomen klachten	29	
Aantal in behandeling genomen klachten	88	
Klachten waarover advies is uitgebracht	48	13*
Klachten die op 1 maart 2016 nog in behandeling waren	28	8**
Klachten waarin bemiddeld is	-	
Klachten "on hold" gezet in verband met alsnog in behandeling nemen van de klacht door aanbestedende dienst of in verband met Kort Geding	2	
Klachten ingetrokken	8	
als gevolg van instellen Kort Geding	3	
als gevolg van actie door AD	1	
Door Commissie/klager	4	
uit commerciële overwegingen	-	
Alsnog niet ontvankelijk	2	

* Er zijn 13 adviezen uitgebracht betreffende klachten die tussen 1 maart 2013 en 1 maart 2015 zijn ingediend. Er zijn 3 adviezen uitgebracht betreffende klachten die tussen 1 april 2013 en 1 maart 2014 zijn ingediend (daarmee zijn alle klachten ingediend tussen 1 april 2013 en 1 maart 2014 afgehandeld). Er zijn 10 adviezen uitgebracht betreffende klachten die tussen 1 maart 2014 en 1 maart 2015 zijn ingediend.

** Er zijn 8 klachten in de periode 1 maart 2014 en 1 maart 2015 in behandeling genomen die ook op 1 maart 2016 nog in behandeling waren.

NB In eerdere jaarrapportages vermelde cijfers kunnen enigszins afwijken van de hier getoonde cijfers. Dit vindt zijn oorzaak in onvolkomenheden in het in eerdere jaren gebruikte systeem van handmatige tellingen.

A.1 Klachten uitgesplitst naar aanbestedingsprocedure*

	Aantal
EU openbare procedure	57
EU niet openbare procedure	21
EU onderhandelingsprocedure zonder aankondiging	-
EU onderhandelingsprocedure met aankondiging	-
EU concurrentiegericht dialogoog	1
EU prijsvraag	-

Nationale openbare aanbestedingsprocedure	11
Nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure	5
Meervoudige onderhandse procedure	16
Er is (nog) geen procedure toegepast	4
Mini-competitie binnen raamovereenkomst	2
Dynamisch aankoopstelsel	-

* Alle tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 ingediende klachten.

A.2 Onderwerp van de klacht uitgesplitst naar procedurebeslissing*, zoals aangegeven in het klachtenformulier**

	Aantal
De keuze van de ondernemers bij de meervoudig onderhandse procedure	2
De keuze van de procedure	13
Gebrekkige communicatie door de aanbestedende dienst	22
Gedrag van de onderneming	15
Gunningsbeslissing en de motivering daarvan	36
Termijnen	14
Gunningscriteria en het beoordelen van inschrijvingen	48
Programma van eisen (bestek, inclusief conceptvoorwaarden)	42
Selectiecriteria en het selectieproces	29
Uitsluitingsgronden	14
Samenvoegen en wel/ niet splitsen	4
Minimum geschiktheidseisen	17
Totaal aantal ingevulde onderwerpen	256

* Afhankelijk van de procedurebeslissing die het onderwerp van de klacht vormt, hebben klachten vooral betrekking op proportionaliteit, EMVI, de motivering van de gunningsbeslissing, bestekseisen, motiveringsplicht bij samenvoegen/niet-splitsen in percelen, motiveringsplicht bij meervoudig onderhandse procedure, afbreken aanbesteding, referentieopdrachten, heraanbesteding.

** Alle tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 ingediende klachten; meerdere onderwerpen per klacht mogelijk.

A.3 Fase van de aanbestedingsprocedure waarin wordt geklaagd*

	Aantal
Aankondiging	2
Niet openbare procedure: Aankondiging is gepubliceerd, termijn voor aanmelding als gegadigde loopt nog	7
Niet openbare procedure: Selectie van gegadigden heeft plaatsgevonden, geselecteerden zijn uitgenodigd, termijn voor inschrijving loopt nog	13
Openbare procedure: Aankondiging is gepubliceerd, termijn voor inschrijving loopt nog	31
Inschrijving is gesloten, voorlopige gunningsbeslissing is nog niet gecommuniceerd	12
Gunningsbeslissing is gecommuniceerd, standstill termijn loopt nog	27
Standstill termijn is verstreken, contract is nog niet gesloten	9
Contract is gesloten	13
Er is geen sprake van een aanbesteding	2
Onbekend	1

* Alle tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 ingediende klachten.

A.4 Klachten waarin aanbestedende dienst desgevraagd bereid was om kritieke termijn(en) te verlengen *

	Aantal
Aantal klachten waarbij door de CvAE verzocht is om termijnverlenging	60
<i>Verzoek ingewilligd</i>	14
<i>Verzoek afgewezen</i>	36
<i>Inwilligen van het verzoek is niet meer mogelijk (bijvoorbeeld omdat contract inmiddels is gesloten)</i>	10
Aantal klachten waarbij om uiteenlopende redenen niet is verzocht om termijnverlenging **	28

* Alleen de tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 in behandeling genomen klachten.

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

A.5 Gemiddelde doorlooptijden van de klachtbehandeling

Verloop van de procedure	Aantal*	Gemiddelde doorlooptijd**
1. Niet in behandeling genomen waarbij geen nadere info benodigd was	19	11,1
2. Niet in behandeling genomen waarbij klager eerst nadere info diende te leveren	10	33,4
3. In behandeling genomen (deel-)klachten met (kritieke) termijn	37	44,42
4. In behandeling genomen (deel-)klachten zonder (kritieke) termijn	13	104,85

* Alleen de klachten die niet in behandeling zijn genomen en klachten waarin op 1 maart 2016 advies was uitgebracht, gerekend vanaf de datum van binnenkomst van de klacht tot aan de datum van de beslissing tot niet in behandeling nemen van de klacht respectievelijk de datum van verzending van het advies.

** In kalenderdagen.

NB De gemiddelde doorlooptijd van de 8 klachten die zijn ingediend tussen 1 maart 2014 en 1 maart 2015 (zie ook de tabel onder A hierboven) zijn in het bovenstaande overzicht niet meegenomen. Op 1 maart 2016 waren er in totaal 36 klachten in behandeling, te weten 28 klachten die zijn ingediend in het tijdvak 1 maart 2015 t/m 1 maart 2016 en 8 klachten die zijn ingediend vóór 1 maart 2015 (zie nogmaals de tabel onder A hierboven). Door een recente inhaalslag belooft de 'werkvoorraad' per medio mei 2016 in totaal 22 klachten. Alle klachten die zijn ingediend vóór 1 maart 2015 zijn overigens medio mei 2016 afgehandeld.

B. UITGEBRACHTE ADVIEZEN*

Totaal aantal adviezen	61
Totaal aantal daarin begrepen deelklachten	113
Totaal aantal deelklachten gegrond	52
Totaal aantal deelklachten ongegrond*	58
Gegrondheid deelklacht niet vast te stellen	3
Adviezen waarbij alle deelklachten geheel gegrond zijn verklaard	21
Adviezen waarbij alle deelklachten geheel ongegrond zijn verklaard	19

* Alle adviezen uitgebracht tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 (48 over klachten ingediend tussen 1/3/2015-1/3/2016, 10 over klachten ingediend tussen 1/3/-2014-1/3/2015 en 3 over klachten ingediend tussen 1/4/2013-1/3/2014).

** Het komt overigens met enige regelmaat voor dat een deelklacht weliswaar ongegrond wordt verklaard, bijvoorbeeld omdat de klager te laat heeft geklaagd, maar de Commissie in een overweging te overvloedig desalniettemin een oordeel uitspreekt over de (inhoudelijke) gegrondheid van de klacht.

C. INGESCHAKELDE EXPERTS

Aantal ingeschakelde Experts	6
Commissie Experts	5
Branche Experts	1
Aantal klachten waarbij een Expert is ingeschakeld	4

4. Aandachtspunten

4.1 *Evaluatie van de CvAE*

In overeenstemming met het Instellingsbesluit heeft na ruim twee jaar functioneren, een evaluatie van de CvAE plaatsgevonden. Deze evaluatie is uitgevoerd door KWINK-groep, het eindrapport is op 13 juli 2015 aan de Tweede Kamer toegezonden.

Als een van de leidende conclusies is vermeld dat de CvAE een aanvulling vormt op andere mogelijkheden om aanbestedingsklachten te behandelen. Daarbij is aangegeven dat de CvAE een deskundig en onafhankelijk orgaan is; dat de klachtprocedure zorgvuldig is en de kwaliteit van de adviezen hoog en dat de CvAE een laagdrempelig orgaan is voor het behandelen van aanbestedingsklachten. De adviezen van de CvAE dragen in bijna de helft van de gevallen bij aan de oplossing van de betreffende aanbestedingsklacht en leveren een bijdrage aan de professionalisering van de aanbestedingspraktijk.

In het rapport zijn aanbevelingen gedaan met betrekking tot verbeteringen die door de CvAE zouden kunnen worden doorgevoerd in de procedure van de klachtafhandeling om daarmee de doeltreffendheid en doelmatigheid van haar taakuitvoering te vergroten. Een aantal van die aanbevelingen had de CvAE reeds eigener beweging in werking gezet. Onder-

staande opsomming is een weergave van de belangrijkste aanbevelingen en een beschrijving van de wijze waarop met de betreffende aanbeveling door de CvAE wordt omgegaan.

- Aanbeveling 1: een kortere doorlooptijd van de adviezen kan de doeltreffendheid van de CvAE vergroten.

Bij de behandeling van aanbestedingsklachten is sprake van een complexe balans tussen snelheid, zorgvuldigheid, laagdrempeligheid en impact, zo concludeert KWINK. Als de zorgvuldigheid van het proces en het advies ten koste gaat van snelheid dan kiest de CvAE voor zorgvuldigheid. Haar adviezen zijn immers niet bindend en het gezag van haar adviezen kan, over de tijd, alleen maar groeien doordat de inhoud ervan goed onderbouwd is en duidelijkheid verschaft aan aanbesteders en inschrijvers. De CvAE verwacht door een versterking van haar secretariaat capaciteit te kunnen vrijmaken voor een versnelde behandeling van de bij haar ingediende klachten. Wat de zogenoemde "spoedklachten" betreft slaagt de CvAE er voornamelijk in – niet zelden met medewerking van de betreffende aanbestedende dienst – om de klachten af te handelen voordat de aanbestedende dienst onomkeerbare vervolgbeslissingen in de aanbestedingsprocedure neemt.

- Aanbeveling 2: de CvAE kan mogelijk vaker bijdragen aan wederzijds begrip tussen klager en aanbestedende dienst wanneer zij vaker bemiddelt in plaats van adviseert.

De CvAE heeft in de afgelopen jaren slechts bij uitzondering de mogelijkheid voor een zinvolle bemiddeling geconstateerd. Het aanbestedingsrecht kent strikte bepalingen waar het gaat om bilateraal contact tussen de aanbestedende dienst en één van de inschrijvers en de uitkomst van een mediationtraject is dan ook niet bindend voor andere inschrijvers. Voorts is gebleken dat bemiddeling in de meeste gevallen leidt tot een verzwaaring van de taakuitvoering van de CvAE: klager en/of beklagde stellen er meestal (toch) prijs op dat de CvAE een schriftelijk advies uitbrengt, ook in gevallen waarin de bemiddeling geslaagd kan worden genoemd. Bemiddeling is een nuttig instrument gebleken in gevallen waarin emoties een rol spelen – bijvoorbeeld als de klager het gevoel heeft dat hem (groot) onrecht wordt aangedaan.

- Aanbeveling 3: de CvAE kan haar bijdrage aan het teweegbrengen van een leereffect en de professionalisering van de aanbestedingspraktijk vergroten onder andere door meer "concreet handelingsperspectief" te bieden.

Deze aanbeveling had de CvAE, op suggesties uit de markt, al eerder in werking gezet: in haar adviezen geeft de CvAE aan of er ruimte is voor het doen van een aanbeveling en als dat het geval is, wordt die aanbeveling aan het eind van het advies opgenomen.

Bij een doen van een aanbeveling staat voorop dat de aanbeveling zinvol moet zijn en passend binnen de grenzen van de aanbestedingsregelgeving. De CvAE kan uiteraard 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. Daarnaast kan een aanbeveling geen betrekking op het aanbestedings*beleid* van de aanbestedende dienst hebben.

- Aanbeveling 4: de CvAE zou haar capaciteit kunnen vergroten en daarmee doorlooptijden verkorten door meer gebruik te maken van de aan de CvAE verbonden experts.

Gebleken is dat de inzet van experts niet voldoende doelmatigheidswinst oplevert. De instructie van de expert, de bewerking van diens (concept-)advies, het overleg daarover met de expert en het consistent maken van het concept-advies van de expert met adviezen die eerder door de CvAE zijn opgesteld, is bewerkelijk en inefficiënt. Experts geven aan veelal meer tijd aan het formuleren van een advies te besteden dan het aantal begrote uren (in beginsel vijf uur per klacht). Een grotere inzet van experts is in de praktijk ook lastig omdat experts vaak druk bezet zijn zodat met het vinden van een expert waarop – op zeer korte termijn – een beroep gedaan kan worden, (kostbare) tijd gemoeid is.

De CvAE is tot het inzicht gekomen dat de inzet van met name niet-juridische branche-experts met kennis en ervaring op specifieke deelgebieden (zoals: inkoop, bouw, ICT, schoonmaak, verzekering e.d.) toegevoegde waarde biedt. De CvAE heeft zich voorgenomen in 2016 het expertbestand te herzien en de focus te leggen op de inzet van niet-juridische branche-experts in voorkomende gevallen. Van de in te schakelen experts wordt dan niet meer verlangd dat zij zelf een conceptadvies schrijven.

De nieuwe aanpak kent twee vormen:

- (i) De CvAE stelt aan de branche-experts concrete vragen met het verzoek die te beantwoorden in een memo, waarna de inbreng van de expert door de CvAE wordt vertaald in haar concept advies (dat in de regel vóór uitbrengen nog aan de expert wordt voorgelegd) of
- (ii) Aan de branche-experts worden conceptadviezen, opgesteld door de CvAE, voorgelegd met de vraag of zij zich daarin kunnen vinden.

Beide werkwijzen worden inmiddels toegepast en leveren bemoedigende resultaten op. Omdat deze rapportage tot 1 maart 2016 loopt, komen de effecten van dit nieuwe beleid nog niet in deze rapportage (m.n. tabel C hierboven) tot uitdrukking.

- Aanbeveling 5: de effectiviteit en efficiëntie van de CvAE kan worden vergroot door de verdere ontwikkeling van de rol van het juridisch-inhoudelijk secretariaat.

Na ruim twee jaar functioneren heeft de CvAE, met ondersteuning van deskundigen, functieprofielen opgesteld voor de leden van haar secretariaat: de coördinerend secretaris en de juridisch/administratief medewerker. Na uitgebreide sollicitatieprocedures zijn beide vacatures in de eerste maanden van 2016 vervuld en is een nieuwe impuls gegeven aan de vergroting van de efficiëntie van het klachtbehandelingsproces. Dat heeft al geleid tot een doelmatige besteding van de (beperkte) inzet van de CvAE leden en de experts. De behoefte aan professionalisering van de ondersteuning van het secretariaat wordt nog steeds begrensd door het feit dat de ICT-systemen geen goede oplossing bieden voor de gewenste, gedigitaliseerde ondersteuning van het proces. Er moet nog veel handwerk worden gedaan.

4.2 Bekendheid van de CvAE

Uit het KWINK-rapport blijkt dat de bekendheid van de CvAE bij haar primaire doelgroep – het MKB – beperkt is. Slechts 30% van de geënquêteerde ondernemers is goed bekend met de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de CvAE. 44% is met die mogelijkheid beperkt bekend. Bij kleine MKB-ondernemingen (met minder dan 50 werknemers) zijn de bekendheidspercentages nog lager.

Naast gerichte voorlichting over haar functie en doelstellingen, te geven via presentaties en expertmeetings en anderzijds door publicatie op haar website van inmiddels meer dan 90 adviezen is de bekendheid van de CvAE toegenomen.

Met vertegenwoordigers van een aantal brancheverenigingen van MKB-bedrijven zal in 2016 onderzocht worden op welke wijze het bestaan en de doelstellingen van de CvAE beter onder de aandacht van het MKB kunnen worden gebracht. De CvAE is ervan overtuigd dat vergroting van de bekendheid bij de primaire doelgroep noodzakelijk is en zal daar gericht werk van maken. Niet valt uit te sluiten dat bij een - daardoor te verwachten - toename van het aantal klachten de doorlooptijden weer zullen oplopen. Als dat zich gaat voordoen, zal uitbreiding van de capaciteit onontkoombaar zijn.

4.3 Wijziging Aanbestedingswet 2012

Op 22 maart 2016 heeft de Tweede Kamer ingestemd met het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen uit 2014. De CvAE verwacht dat na het van kracht worden van de nieuwe wetgeving zich nieuwe interpretatievragen zullen voordoen die, door middel van een klacht, aan de CvAE worden voorgelegd. Afgewacht moet worden of deze ontwikkeling leidt tot een toename van het aantal door de CvAE te behandelen klachten.

4.4 Toegankelijkheid van adviezen

De CvAE buigt zich momenteel de vraag op welke wijze zij haar adviezen (met name bij gecompliceerde klachten) voor de lezers (denk aan MKB-ers en inkopers) beter toegankelijk kan maken. Op dit moment worden de adviezen integraal gepubliceerd (met een korte inhoudsindicatie) op de website van de CvAE en wordt van publicatie telkens melding gemaakt in de PIANOo alerts. De gedachten gaan uit naar een samenvatting (half tot één A-4) van de belangrijkste punten als het gaat om de meer gecompliceerde adviezen. Deze extra bewerking raakt echter – in negatieve zin - de capaciteitsproblematiek.

Den Haag, 27 september 2016

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter

Mr.drs. T.H. Chen
Commissielid