

Commissie van Aanbestedingsexperts

4^e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

4^e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts

Periode: 1 maart 2016 tot 1 maart 2017

Datum: 31 mei 2017

1. Inleiding

De Commissie van Aanbestedingsexperts ('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 (vierde) jaarrapportage heeft betrekking op de periode 1 maart 2016 tot 1 maart 2017. 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 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. Ontwikkelingen

Minder ingediende klachten

In het verslagjaar 1 maart 2016 - 1 maart 2017 heeft de CvAE 57 klachten ontvangen. Dat zijn er minder dan in de voorgaande jaren met 70, 102 respectievelijk 117 ingediende klachten. Het percentage klachten dat niet in behandeling is genomen is nagenoeg gelijk gebleven. In totaal zijn in de eerste vier jaren 346 klachten bij de CvAE ingediend.

Onderwerp klachten

Marktpartijen klagen het meest over a) de opdrachteisen en technische specificaties; b) de geschiktheidseisen en selectiecriteria en c) de gunningscriteria en beoordelingssystematiek.

Wat betreft de opdrachteisen en technische specificaties (a) en de geschiktheidseisen en selectiecriteria (b) wordt voornamelijk geklaagd dat deze disproportioneel zijn of in strijd met het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie. Naast klachten over inbreuken op de beginselen van proportionaliteit, gelijke behandeling en non-discriminatie wordt in het kader van de

gunningscriteria en beoordelingssystematiek (c) tevens met enige regelmaat geklaagd dat deze onvoldoende transparant zijn.

Uitgebrachte adviezen

De CvAE heeft allereerst advies uitgebracht in 36 van de 57 klachten die in het verslagjaar zijn ingediend. Van de overige 18 ingediende klachten zijn er 15 niet in behandeling genomen en 3 ingetrokken. De CvAE heeft gedurende het verslagjaar daarnaast ook advies uitgebracht in 36 klachten die op 1 maart 2016 nog openstonden en die in voorgaande jaren zijn ingediend. Daarmee heeft de CvAE in het verslagjaar in totaal 72 adviezen uitgebracht. Dat is meer dan in de voorgaande jaren met 26, 40 respectievelijk 61 adviezen. In totaal heeft de CvAE in de eerste vier jaren 199 adviezen uitgebracht.

Geen achterstanden meer

Per 1 maart 2017 zijn alle achterstanden die in het vorige verslagjaar zijn ontstaan weggewerkt. Op die datum waren nog slechts 3 recent ingediende klachten in behandeling.

Gepubliceerde adviezen

In het verslagjaar zijn in totaal 78 uitgebrachte adviezen tevens gepubliceerd op de website van de CvAE. Daarmee is het aantal gepubliceerde adviezen bijna verdubbeld en komt het aantal gepubliceerde adviezen op een totaal van 163 uit.

Verbetering doorlooptijden

De doorlooptijden van klachten met een kritieke termijn zijn met 45 dagen nagenoeg gelijk gebleven. Verder is het gelukt de doorlooptijden van de klachten zonder kritieke termijn van 105 dagen te verkorten naar 75 dagen.

Opschorting aanbestedingsprocedures

In 35% van de klachtprocedures heeft de aanbestedende dienst op verzoek van de CvAE de kritieke termijnen in de aanbestedingsprocedures verlengd. Dat is meer dan in het voorgaande jaar (met 25%), maar minder dan in de eerste twee jaren (met 50%, respectievelijk 60%).

Hoog percentage gegronde klachten

In 65% van de 72 uitgebrachte adviezen is de klacht geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard.

4. Statistieken

Tussen 1 maart 2016 en 1 maart 2017 zijn 57 klachten door de CvAE ontvangen. Gemiddeld bestaan de behandelde klachten uit 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 geen klachten door aanbestedende diensten ingediend. Van de 57 klachten zijn 45 klachten ingediend door Midden- en Klein Bedrijven, 8 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, ziekenhuizen, schoolbesturen, veiligheidsregio's en speciale sector-bedrijven.

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

A. INGEDIENDE KLACHTEN*

	tussen 03'16 - 03'17	tussen 03'15 - 03'16	tussen 03'14 - 03'15	tussen 04'13 - 03'14
Aantal ingediende klachten	57	117	102	72
Totaal aantal ingediende deelklachten	80			
Aantal deelklachten onderscheiden door CvAE bij klachtbehandeling	71 (bij de 36 uitgebrachte adviezen)			
Aantal klachten van voorgaande jaren dat op 1/3/16 nog in behandeling was	36 ¹	21 ²	13	
Aantal klachten dat op 1 maart 2017 nog in behandeling was	3			
Aantal niet in behandeling genomen klachten	15	29	39	25
Aantal in behandeling genomen klachten	42	88	63	47
Klachten waarover advies is uitgebracht	72 ³	61 ⁴	40 ⁵	24
Klachten waarin bemiddeld is	-	-	-	4 ⁶
Klachten ingetrokken	3	10	15	10
als gevolg van instellen Kort Geding	1	4	3	4
als gevolg van actie door AD	1	1	11	5
door klager	1	5	1	-
na bemiddeling				1
Alsnog niet ontvankelijk		2		

* NB Er zijn enkele kleine correcties aangebracht ten opzichte van de cijfers in eerdere jaarrapportages. Dit vindt zijn oorzaak in onvolkomenheden in het in eerdere jaren gebruikte systeem van handmatige tellingen.

¹ 8 klachten ingediend in de periode 03'14 – 03'15 en 28 klachten ingediend in de periode 03'15 – 03'16.

² 3 klachten ingediend in de periode 04'13 – 03'14 en 18 klachten ingediend in de periode 03'14 – 03'15.

³ Waarvan 8 adviezen over klachten ingediend in de periode 03'14 – 03'15, 28 adviezen over klachten ingediend in de periode 03'15 – 03'16 en 36 adviezen over klachten ingediend tussen 2016-2017.

⁴ Waarvan 3 adviezen over klachten ingediend in de periode 04'13 – 03'14 en 10 in de periode 03'14 – 03'15.

⁵ Waarvan 10 adviezen over klachten ingediend in de periode 04'13 – 03'14.

⁶ Waarbij 3x ook nog advies is uitgebracht en 1x de klacht is ingetrokken na bemiddeling.

A.1 Klachten uitgesplitst naar aanbestedingsprocedure*

	Aantal (57)
Europese openbare procedure	38
Nationale openbare procedure	3
Europese niet-openbare procedure	4
Nationale niet-openbare aanbestedingsprocedure	2
Europese onderhandelingsprocedure met aankondiging	1
Nationale onderhandelingsprocedure met aankondiging	-
Europese onderhandelingsprocedure zonder aankondiging	-
Nationale onderhandelingsprocedure zonder aankondiging	-
Europese procedure van concurrentiegerichte dialoog	-
Nationale procedure van concurrentiegerichte dialoog	-
Europese procedure van een prijsvraag	-
Nationale procedure van een prijsvraag	-
Europese procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken	1
Nationale procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken	-
Europese procedure voor het plaatsen van een opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsel	-
Nationale procedure voor het plaatsen van een opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsel	-
Nadere procedure voor het gunnen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst die is gesloten met een enkele ondernemer	-
Nadere procedure voor het gunnen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst die is gesloten met meerdere ondernemers	1
Procedure om toegelaten te worden tot een erkenningsregeling	-
Procedure onbekend, opdracht gepubliceerd op een marktplaats	-
Meervoudig onderhandse procedure	5
Enkelvoudig onderhandse procedure (gunning uit de hand)	2
Een bestaande overeenkomst is verlengd	-

* Alle tussen 1 maart 2016 en 1 maart 2017 ingediende klachten.

A.2 Fase van de aanbestedingsprocedure waarin wordt geklaagd*

	Aantal (57)
Europese openbare procedure (36)	
de aankondiging van de opdracht is nog niet gepubliceerd	1
de inschrijvingstermijn loopt nog	12
de beoordeling van de inschrijvingen loopt nog	5
de standstill termijn loopt nog	13
de standstill termijn is verstreken maar er is nog geen bindende overeenkomst gesloten	2
er is een bindende overeenkomst gesloten	2
de aanbestedende dienst is, na mededeling van de gunning, overgegaan tot intrekking	1
Nationale openbare procedure (2)	
de kwalitatieve beoordeling van de inschrijvingen loopt nog	1
er is een bindende overeenkomst gesloten	1
Europese niet-openbare procedure (4)	
de termijn voor aanmelding als gegadigde loopt nog	2
de inschrijvingstermijn loopt nog	1
de standstill termijn loopt nog	1
Nationale niet-openbare procedure (2)	
de uitslag van de kwalitatieve beoordeling (en de eventuele nadere selectie) is aan de gegadigden meegedeeld	1
de standstill termijn loopt nog	1
Europese onderhandelingsprocedure met aankondiging (1)	
de inschrijvingstermijn loopt nog	1
Europese procedure voor een concessieovereenkomst voor openbare werken (1)	
er is een bindende overeenkomst gesloten	1
Nadere procedure voor het gunnen van een overheidsopdracht via een raamovereenkomst die is gesloten met meerdere ondernemers (1)	
de uitslag van de kwalitatieve beoordeling (en de eventuele nadere selectie) is aan de gegadigden meegedeeld	1
Meervoudig onderhandse procedure (5)	
de inschrijvingstermijn loopt nog	2
er is een bindende overeenkomst gesloten	3
Bestuursrechtelijke aanbestedingsprocedure (2)	
de inschrijvingstermijn loopt nog	2
Anders	
er is geen aanbestedingsprocedure gehouden	3

* Alle tussen 1 maart 2016 en 1 maart 2017 ingediende klachten.

A.3 Klachten waarin aanbestedende dienst desgevraagd bereid was om kritieke termijn(en) te verlengen*

	Aantal
Aantal klachten waarbij door de CvAE verzocht is om termijnverlenging	37
Verzoek ingewilligd	13
Verzoek afgewezen	23
Inwilligen van het verzoek is niet meer mogelijk (omdat de klacht is ingetrokken)	1
Aantal klachten waarbij om uiteenlopende redenen niet is verzocht om termijnverlenging ⁷	5

* Alleen de tussen 1 maart 2016 en 1 maart 2017 in behandeling genomen 42 klachten.

A.4 Gemiddelde doorlooptijden van de klachtbehandeling*

Verloop van de procedure	Aantal	Gemiddelde doorlooptijd in kalenderdagen
Niet in behandeling genomen waarbij geen nadere info benodigd was	10	4
Niet in behandeling genomen waarbij klager eerst nadere info diende te leveren	5	8,4
In behandeling genomen (deel-)klachten met (kritieke) termijn	30	44,4 ⁸
In behandeling genomen (deel-)klachten zonder (kritieke) termijn	6	75,2

* - Alleen de klachten waarin tussen 1 maart 2016 en 1 maart 2017 advies is uitgebracht en klachten die niet in behandeling zijn genomen. Het betreft dus niet de drie klachten die op 1 maart 2017 nog in behandeling waren en de drie ingetrokken klachten.

- De behandeltermijn wordt berekend 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).

⁷ 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.

⁸ - Bij 20 van de 30 klachten waarbij een kritieke termijn speelde, was de behandeltermijn tussen de 20 en 39 dagen.

- Bij 7 van de 8 klachten waarvan de behandeltermijn meer dan 50 dagen bedroeg, was een expert betrokken (zie daarover meer hieronder sub 6.3).

B.1 UITGEBRACHTE ADVIEZEN (klacht ingediend tussen 1/3/2016 en 1/3/2017)

	2016-2017
Aantal uitgebrachte adviezen	36
klacht gegrond	8
klacht gedeeltelijk gegrond	11
klacht ongegrond	17
Totaal aantal daarin begrepen deelklachten⁹	71
deelklacht gegrond	22
deelklacht gedeeltelijk gegrond	2
deelklacht ongegrond ¹⁰	41
deelklacht niet in behandeling genomen	6

B.2 UITGEBRACHTE ADVIEZEN (klacht ingediend tussen 1/3/2014-1/3/2016)

	2014-2015	2015-2016
Aantal uitgebrachte adviezen	8	28
klacht gegrond	-	9
klacht gedeeltelijk gegrond	6	13
klacht ongegrond	2	6
Totaal aantal daarin begrepen deelklachten	35	65
deelklacht gegrond	11	24
deelklacht gedeeltelijk gegrond	1	5
deelklacht ongegrond ¹¹	23	30
deelklacht niet in behandeling genomen	-	6

5. Ingeschakelde experts*

	Jaar waarin de expert is ingeschakeld	03'16 - 03'17	03'15 - 03'16	03'14 - 03'15	04'13 - 03'14
Aantal klachten waarbij (een) expert(s) is/zijn ingeschakeld		18	11	26	7
Totaal aantal ingeschakelde Experts		20	14	26	8
Commissie Experts		2	11	21	6
Branche Experts		18	3	5	2

* Het komt voor dat voor één klacht meerdere experts zijn ingeschakeld.

⁹ Dit is het aantal klachten dat de CvAE heeft onderscheiden bij de behandeling van de klacht. Zie ook Tabel A. Ingediende klachten.

¹⁰ Het komt overigens met enige regelmaat voor dat een deelklacht weliswaar ongegrond wordt verklaard, bijvoorbeeld omdat de klager te laat heeft geklaagd, maar de CvAE in een overweging ten overvloede desalniettemin een oordeel uitspreekt over de (inhoudelijke) gegrondheid van de klacht.

¹¹ Het komt overigens met enige regelmaat voor dat een deelklacht weliswaar ongegrond wordt verklaard, bijvoorbeeld omdat de klager te laat heeft geklaagd, maar de CvAE in een overweging ten overvloede desalniettemin een oordeel uitspreekt over de (inhoudelijke) gegrondheid van de klacht.

6. Gepubliceerde adviezen

Van de adviezen die zijn uitgebracht naar aanleiding van klachten ingediend vóór 1 maart 2017 zijn in totaal **163** adviezen gepubliceerd op de website. Hiervan zijn **11** adviezen gepubliceerd tussen 1 april 2013 en 1 maart 2014, **35** adviezen tussen 1 maart 2014 en 1 maart 2015, **39** adviezen tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 en **78** adviezen tussen 1 maart 2016 en 1 maart 2017. In één jaar is het aantal op de website gepubliceerde adviezen gestegen van 85 naar 163, dus bijna een verdubbeling.

In uitzonderlijke gevallen is afgezien van publicatie. Twee adviezen uitgebracht naar aanleiding van klachten ingediend tussen 1 maart 2014 en 1 maart 2015 zijn niet gepubliceerd. Ook zijn 6 adviezen naar aanleiding van klachten ingediend tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 niet gepubliceerd. Het komt bijvoorbeeld voor dat verschillende klagers eenzelfde klacht hebben ingediend naar aanleiding van dezelfde aanbestedingsprocedure en dat de adviezen nagenoeg identiek zijn. In die gevallen is slechts 1 advies gepubliceerd. Ook is in het verleden weleens afgezien van publicatie omdat het advies naar het oordeel van de voorzitter van de CvAE onvoldoende impuls tot professionalisering en/of onvoldoende leereffecten voor aanbestedende diensten, speciale sectorbedrijven of ondernemingen teweeg zou brengen (ex artikel 12 lid 4 Reglement).

7. Stand van zaken in aandachtsgebieden

7.1 Aantal ingediende klachten

In haar jaarrapportage van vorig jaar heeft de CvAE – mede naar aanleiding van de door KWINK uitgevoerde evaluatie van 2015 – een aantal aanbevelingen opgenomen die navolging verdienen. Daarbij is – onder andere – ingegaan op de doorlooptijd van de adviezen, de bijdrage van de CvAE aan het leereffect en de professionalisering van de aanbestedingspraktijk, het vergroten van haar capaciteit, de mate van bekendheid van de CvAE bij het MKB, de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 en de toegankelijkheid van de adviezen. Deze onderwerpen komen hierna aan bod.

Uit de tabel hiervoor onder A valt af te leiden dat het aantal klachten dat is ingediend tussen 1 maart 2016 en 1 maart 2017 een daling vertoont ten opzichte van het aantal klachten ingediend tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 (een daling van 117 naar 57 klachten). Naar de oorzaken daarvan kan momenteel slechts worden gegist. Enkele overwegingen daarbij zijn de volgende:

- Waarneembaar is de tendens dat aanbestedende diensten een klachtenloket instellen dat zich in eerste instantie uitsprekt over klachten die door deelnemers aan de aanbestedingsprocedure worden ingediend. De in jurisprudentie van de Voorzieningenrechter en adviezen van de CvAE te lezen oproep aan klagende partijen proactief te zijn, leidt ertoe dat klagers (vaker dan voorheen) tijdig bij de aanbestedende dienst hun klachten kenbaar maken.
- Gezien het (voor de CvAE in een aantal gevallen kenbare) feit dat de kwaliteit van de klachtbehandeling door de klachtenloketten

van de aanbestedende diensten stijgt, is niet uitgesloten dat de klachtenloketten een deel van de klachten 'afvangt'. Dat zou op zich een gunstige ontwikkeling zijn. De CvAE heeft bij haar klachtbehandeling immers steeds als uitgangspunt gehanteerd dat partijen zelf moeten proberen een klacht op te lossen; eerst als dat niet mogelijk is gebleken, heeft een klager toegang tot de CvAE.

- Door een steeds groter wordende stroom van gepubliceerde adviezen en het – waar mogelijk – terugverwijzen door de CvAE naar haar eerdere adviezen met een gelijk oordeel of strekking, wordt een zekere bestendige lijn van oordelen van de CvAE op onderdelen van het aanbestedingsproces kenbaar. Denkbaar is dat klagers met een klacht die vergelijkbaar is met een klacht waarover de CvAE zich eerder heeft uitgesproken, vóóraf hun kansen in een klachtprocedure beter kunnen wegen en daardoor in een aantal gevallen afzien van het indienen van een klacht of juist de beslissing nemen een kort geding procedure bij de Voorzieningenrechter aanhangig te maken en daarbij de in casu relevante eerdere adviezen van de CvAE in het geding te brengen.
- Ook is denkbaar dat aanbestedende diensten lering trekken uit gepubliceerde adviezen, wat uiteraard een zeer gunstige ontwikkeling zou zijn.
- In verschillende branches vervult de brancheorganisatie in toenemende mate de rol van adviseur bij aanbestedingsvragen. Die advisering strekt zich niet alleen uit tot voorlichting aan de leden maar ook tot het opnemen van contact met de aanbestedende dienst met het verzoek aan (een) klacht(-en) tegemoet te komen door in te grijpen in de lopende procedure. Ook dat is een gunstige ontwikkeling.
- Denkbaar is voorts dat in een periode van een zich herstellende economie en het zich geleidelijk weer vullen van de opdrachtportefeuilles bij aannemers, dienstverleners en leveranciers, de focus van marktpartijen meer is gericht op het verwerven van nieuwe, lucratieve opdrachten dan op het klagen over een niet reglementair verlopen aanbestedingsprocedure. Echter, nu het economische herstel nog betrekkelijk jong is, kan hierover (nog) geen uitspraak worden gedaan.
- Uit de tabel A.4 hierboven blijkt dat in de behandeling van 37 klachten aan het verzoek van de CvAE aan de aanbestedende dienst om kritieke termijnen te verlengen in slechts 13 van de gevallen tegemoet is gekomen. Wat daarvan zij, dit beeld draagt bij aan de (negatieve) perceptie bij klagers dat de aanbestedende dienst 'toch niet bereid is de uitkomst van de klachtprocedure bij de CvAE af te wachten'. Dat doet afbreuk aan de (perceptie m.b.t.) de toegankelijkheid en effectiviteit van de klachtbehandelingsprocedure. Meer daarover hierna sub 7.5.
- Onduidelijk zijn verder de gevolgen op de klachtindiening bij de CvAE van een juridische ontwikkelingen in het afgelopen verslagjaar: de invoering per 1 juli 2016 van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012.
- Tenslotte speelt nog steeds de relatieve onbekendheid van de CvAE bij het MKB een rol. Meer daarover hierna sub 7.6.

Het feit van het afgenomen aantal klachten in het verslagjaar doet naar de mening van de CvAE er echter niet aan af dat uit het aantal ingediende klachten en de daarbij aan de orde gestelde inhoudelijke kwesties valt af te leiden dat marktpartijen het nuttig blijven vinden om laagdrempelig bij een onafhankelijk orgaan een oordeel te kunnen verkrijgen over (in toenemende mate ingewikkelde) aanbestedingsvragen zoals op het terrein van de toepassing van vaak complexe gunningsmethodieken en bij proportionaliteitsvragen, bijvoorbeeld op het terrein van al dan niet onevenwichtige contractclausules. Dat de CvAE 65% van de klachten geheel of gedeeltelijk gegrond verklaart, betekent bovendien dat er nog steeds het nodige te verbeteren valt in de aanbestedingspraktijk.

7.2 Bemiddeling

Ook in het afgelopen verslagjaar heeft de CvAE slechts bij uitzondering de mogelijkheid voor een zinvolle bemiddeling geconstateerd. Zoals eerder gemeld: het aanbestedingsrecht kent strikte bepalingen waar het gaat om bilateraal contact tussen de aanbestedende dienst en één van de inschrijvers. 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 verzwaring van de taakuitoefening 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.

De CvAE heeft het afgelopen jaar één maal een informatiebijeenkomst gehad met partijen waarbij het met name ging om het helder krijgen van vragen die bij de CvAE waren gerezen bij de behandeling van de klacht. Daarnaast heeft de CvAE één maal een voorstel tot bemiddeling gedaan dat door partijen is afgewezen met de mededeling dat zij de voorkeur gaven aan een (schriftelijk) advies.

7.3 Experts

Zoals in het vorige jaarverslag aangekondigd heeft de CvAE bij de klachtbehandeling in toenemende mate gebruik gemaakt van de inzet van met name (niet-juridische) branche-experts met kennis en ervaring op specifieke deelgebieden (zoals: inkoop, bouw, ICT, schoonmaak, verzekering e.d.).

Zoals eerder gemeld: 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 leveren bemoedigende resultaten op (zie het overzicht sub 4 hierboven).

De CvAE is zeer tevreden over de inbreng van de experts bij de klachtbehandeling. Niet alleen werkt de hierboven beschreven aanpak goed, ook komt het voor dat een aantal experts deelneemt aan brainstormsessies of aan het wekelijkse inhoudelijke, interne raadkameroverleg van de CvAE. Hoewel getracht is het proces van inschakeling van een branche-expert zo efficiënt mogelijk in te richten, is, zoals hiervoor onder de tabel van A.5 aangegeven, het voorsnog helaas niet mogelijk gebleken via de inschakeling van experts zonder de duur van de behandeltermijn van de klacht te laten toenemen tot boven de gemiddelde duur. De reden hiervoor ligt met name in de (extra) tijd die gemoeid is met het vinden van de juiste expert, het nagaan of er sprake is/kan zijn van conflicterende belangen; het plannen van overleggen, het geven van instructies en in de tijd waarbinnen een expert de hem/haar gestelde vragen kan beantwoorden of een concept advies kan beoordelen. Het betreft bovendien vaak meer gecompliceerde zaken die meer tijd vergen. Dit neemt overigens niet weg dat de CvAE zeer te spreken is over deze wijze van werken en de toegevoegde waarde die experts leveren aan de kwaliteit en diepgang van de advisering. Anders dan bij een procedure voor de voorzieningenrechter in kort geding, kan de expert bijdragen aan de inhoudelijke oordeelsvorming of en zo ja in hoeverre de aanbestedende dienst een verwijt kan worden gemaakt met betrekking tot de lopende aanbestedingsprocedure.

7.4 Concreet handelingsperspectief

In lijn met de beide secundaire doelstellingen van de CvAE (de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verbeteren en leereffecten teweeg brengen) en de in het Kwink rapport opgenomen aanbeveling, waar mogelijk en nuttig, een 'concreet handelingsperspectief' te bieden, heeft de CvAE in 10 van de 36 adviezen betreffende klachten ingediend tussen 1 maart 2016 en 1 maart 2017 een zogenaamde 'aanbeveling' gedaan. Die aanbevelingen richten zich op het aangeven van een denkrichting ten aanzien van het op een andere wijze structureren van (onderdelen van) het aanbestedingsproces, waardoor, in de toekomst, klachten kunnen worden vermeden en voorts op de implementatie van 'best practices'. Van de tussen 1 maart 2015 en 1 maart 2016 ingediende 117 klachten heeft de CvAE bij 12 van de in totaal 61 uitgebrachte adviezen een dergelijke aanbeveling gedaan.

7.5 Doorlooptijden

Het goede bericht is dat per 1 maart 2017 alle achterstanden zijn weggewerkt en op die datum nog slechts 3 (recente) klachten in behandeling waren. De CvAE heeft opnieuw meer adviezen uitgebracht dan in voorgaande jaren. Dat is het directe resultaat van een efficiëntere wijze van werken van de Commissieleden en de succesvolle herinrichting van het secretariaat en de professionele wijze waarop de beide functionarissen invulling geven aan hun functieprofielen. Bovendien is de tijdsbesteding van de Commissieleden aan het werk voor de CvAE als gevolg daarvan weer tot normale proporties teruggebracht.

Hoewel de gemiddelde doorlooptijden voor de behandeling van spoedeisende klachten (ruim 44 dagen) niet afwijkt van de

gemiddelde doorlooptijd van een kort gedingprocedure bij de voorzieningenrechter (45 dagen), blijft bekorting van de doorlooptijden een punt van zorg. Zoals in 6.3 opgemerkt, blijkt dat de inzet van experts niet vanzelfsprekend leidt tot verkorting van de doorlooptijden maar in de meeste gevallen juist leidt tot langere doorlooptijden. Nu de achterstanden in de klachtbehandeling tot het verleden behoren, ziet de CvAE mogelijkheden de behandeling van klachten verder te versnellen.

De CvAE hoopt dat met het verdwijnen van de achterstanden meer aanbestedende diensten bereid zullen zijn om op verzoek van de CvAE de kritieke termijnen in de aanbestedingsprocedure te verlengen. De ervaring leert dat de CvAE in de meeste gevallen goed uit de voeten kan met een verlenging van de kritieke termijn met 1 maand na het indienen van de reactie van de aanbestedende dienst.

Tot slot: zoals in het Kwinkrapport werd gesignaleerd, is bij de behandeling van aanbestedingsklachten sprake van een complexe balans tussen snelheid, zorgvuldigheid, laagdrempeligheid en impact. 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.

7.6 ICT

De effectiviteit en efficiëntie van de CvAE kan verder worden vergroot door verbetering van de ICT systemen. De 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 steeds veel handwerk worden gedaan.

7.7 Vergroten van de bekendheid van de CvAE

Zoals in de vorige jaarrapportage werd gesignaleerd, blijkt uit het KWINK-rapport 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 (cijfers uit 2015).

In het afgelopen verslagjaar heeft de CvAE gesproken met een aantal vertegenwoordigers van brancheorganisaties waarbij in een brainstormsessie is besproken wat naar de mening van brancheorganisaties zou kunnen bijdragen aan het vergroten van de bekendheid bij het MKB. Daarbij is ook aan de orde gesteld de mogelijkheid dat een MKB-er wellicht wél bekend is met (het werk van) de CvAE, maar er toch niet voor kiest om een klacht in te dienen. Besproken is op welke wijze die belemmering kan worden weggenomen. Goede communicatie met de MKB doelgroep is van groot belang. Onderzocht zullen worden de mogelijkheden om:

(i) de functie en werkwijze van de CvAE onder de aandacht van MKB-ers te brengen (door publicatie van de jaarrapportage van de CvAE; het aanwezig zijn op jaarvergaderingen en 'jaarmarkten' van MKB organisaties en het daar houden van een voordracht over de CvAE); (ii) het op de website van de MKB organisaties en de VNO/NCW organisatie plaatsen van een link die direct doorverbindt naar de website van de CvAE; (iii) interviews met de voorzitter/vice-voorzitter van de CvAE op te nemen in op het MBK gerichte publicaties. Op de website van MKB Aanbestedingsdesk is inmiddels een informatief stukje opgenomen over hetgeen de CvAE doet en kan betekenen voor klagers en hoe de klachtprocedure in zijn werk gaat.

Verder wordt de bekendheid van de CvAE vergroot door het feit dat steeds meer adviezen worden gepubliceerd die gemakkelijk doorzoekbaar zijn. Waar begin vorig jaar 85 adviezen op de website stonden, is dit aantal inmiddels bijna verdubbeld. Door annotatie van CvAE adviezen in vakbladen en behandeling van CvAE adviezen op aanbestedingscongressen, zijn, als het gaat om rechtsbescherming, de door de CvAE uitgebrachte adviezen naast de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU en de burgerlijke rechter een vast onderwerp van bespreking geworden.

7.8 Toegankelijkheid van adviezen

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. Ook op de website www.aanbestedingsnieuws.nl wordt regelmatig in korte artikelen naar adviezen van de CvAE verwezen.

Daarnaast verschijnt in het blad Bouwrecht eenmaal per jaar een kroniek van de gepubliceerde adviezen van de CvAE, gegroepeerd naar onderwerp.

Recent heeft het IBR bekend gemaakt alle aanbestedingsrechtelijke uitspraken uit 2016 (met inbegrip van de adviezen van de CvAE) treffend te hebben samengevat en gerubriceerd in een bundel met als doel een toegankelijk naslagwerk te bieden voor de in 2016 verschenen aanbestedingsjurisprudentie en CvAE adviezen. De adviezen zijn per onderwerp gerangschikt en de bundel is doorzoekbaar aan de hand van verschillende registers. Daarnaast is een toenemend aantal adviezen geannoteerd in de vakliteratuur.

Door deze ontwikkelingen acht de CvAE het minder zinvol om veel van de beschikbare tijd en energie te steken in het maken van 'eigen' samenvattingen.

Den Haag,

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen, Voorzitter

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

Mr.drs. T.H. Chen, Commissielid

