

Bijlage 1

Commissie van Aanbestedingsexperts krijgt voldoende

Cobouw 27-02-2014 Mr Joost Fijneman

Een jaar na aanvang van de Commissie van Aanbestedingsexperts is het tijd om te zien hoe zij het doet. Hoe toegankelijk blijkt de commissie bijvoorbeeld en wat valt te leren uit haar werkzaamheden.

De aspecten waaraan de commissie moet voldoen, zijn, zoals vorige week op deze plaats geschetst, gedestilleerd uit de toelichting bij het besluit waarin de minister tot oprichting van de commissie overging. Daarin is onder meer het doel als volgt verwoord: “ (...) om de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten.” Vorige week behandelde ik de aspecten snelheid en toegankelijkheid, deze week richt ik mijn vizier op toegankelijkheid en leereffect.

Toegankelijkheid

Wat opvalt is dat veel van de klagers vrijheid hebben bij het formuleren van hun klacht. Zij moeten de klacht kort onderbouwen en (bij voorkeur) een oplossingsrichting aandragen. In sommige gevallen nemen deze zaken samen slechts krap zes regels in beslag. Voor de commissie is dat voldoende. Zij kan de klacht eventueel zelf nader duiden en kan zich een beeld vormen door de beklagde zijn visie te laten geven en door eventueel aanvullende vragen aan partijen te stellen. Ik zie twee punten van zorg, die zeker op termijn een negatieve invloed kunnen hebben op de toegankelijkheid. In de eerste plaats de reeds eerder gesignaleerde onduidelijkheid over het tijdspad. In de tweede plaats de aard van de conclusie, zoals die sinds 1 november steeds luidt. De klacht is gegrond of ongegrond, maar wat in de ogen van de commissie de consequenties daarvan voor de onderhavige aanbesteding zouden moeten zijn of zouden moeten zijn geweest, wordt niet altijd duidelijk. Een aanwijzing voor het vervolg, het feitelijke advies dus, ontbreekt. De goede lezer zal uit de beoordeling van de klacht(onderdelen) in de meeste gevallen voldoende informatie vinden.

Maar juist in die gevallen dat een klacht uit meerdere onderdelen bestaat en enkele onderdelen ‘gegrond’ zijn terwijl andere onderdelen ‘ongegrond’ zijn, blijft bij de lezer van het advies de vraag achter: Wat nu? Blijkbaar wordt het geheel aan de aanbesteder overgelaten om het advies op gepaste wijze te interpreteren. Hoe dat gebeurt en of dat dan in lijn is met de bevindingen en ideeën van de commissie, blijft voor de klager op dat moment in het midden. En dat is niet het resultaat dat hij voor ogen had toen hij de commissie inschakelde.

Dat betekent dat de drempel om de commissie in te schakelen groter wordt. Het zou de toegankelijkheid bevorderen als de commissie de draad oppakt van haar eerste vier gepubliceerde adviezen en partijen in haar conclusie daadwerkelijk adviseert wat de gevolgen zijn of geweest zouden moeten zijn voor de onderhavige aanbesteding.

Leereffect

Door publicatie van de adviezen moet ‘aanbestedend Nederland’ wijzer worden over toepassing en uitleg van de aanbestedingsregels en aanbestedingsgedrag. Daarmee moet de aanbestedingspraktijk professioneler worden.

Laat ik voorop stellen dat de adviezen over het algemeen zeer goed leesbaar zijn. Ze zijn (doorgaans) compact, kennen een vaste opbouw en komen kernachtig to the point. Dat levert soms aardige inzichten op. Bijvoorbeeld over de rol van branchevoorwaarden (advies 13). Of over de status van de Gids Proportionaliteit bij aanbestedingen van nutsbedrijven (advies 36). De invulling

van de grenzen van economisch meest voordelige inschrijving (advies 48) is door de rechter inmiddels op waarde geschat.

De leesbaarheid wordt overigens snel minder naarmate de klachtenprocedure door klager en beklagde wordt aangevlogen op een wijze vergelijkbaar met een kort geding. Dan zien we de omvang van het advies snel uitdijen en krijgt het de leeservaring van een rechterlijke uitspraak. Voor juristen geen probleem, maar voor de praktiserende inschrijver en aanbestede duidelijk te hoog gegrepen. Overigens is dat de commissie niet aan te rekenen: het zijn in die gevallen de juristen aan de zijde van klager en beklagde die met hun uitgebreide en juridische formulering de commissie geen andere keuze geven dan daarin mee te gaan.

Op grond van dit kleine onderzoekje kom ik tot de conclusie dat de Nederlandse aanbestedingspraktijk zich gelukkig mag 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. De praktijk zou in mijn beleving nog meer geholpen zijn, als de commissie naast het constateren of een klacht (onderdeel) gegrond is of niet, meer gaat adviseren over 'hoe nu verder'.

Publicatie datum: 27-02-2014 17:05

Jurisprudentie Aanbestedingsrecht (JAAN) 10-02-2014 afl.1

mr. W.M. Ritsema van Eck, Advocaat bij Legaltree

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.

Uit de adviezen die de Commissie heeft gepubliceerd, blijkt dat men doordringt tot de materiële kern van het probleem. Dit komt goed naar voren in het eerste advies, over de vraag 'wat is een A-merk' bij een ICT-aanbesteding. In het bestek was de term A-merk gedefinieerd: Een merk welke een hoge naamsbekendheid en goede reputatie heeft en toonaangevend in de markt is qua kwaliteit en prijs. De Commissie heeft zich laten bijstaan door een ICT-deskundige, die de toepassing van deze definitie handen en voeten heeft gegeven. de uitkomst was dat het aangeboden product wel degelijk als A-merk moest worden geaccepteerd.

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.

Vonnis in kort geding Rechtbank Gelderland van 24 januari 2014

ECLI:NL:RBGEL:2014:454

BAM / Gemeente Zevenaar

4.5. In zijn algemeenheid is het, anders dan BAM heeft gesteld, niet zo dat een door de Commissie gegeven advies in een procedure voor de civiele rechter maatgevend is en dat dat advies slechts marginaal kan worden getoetst. Het advies van de Commissie is niet bindend. Een opvatting die erop neerkomt dat een oordeel van de Commissie slechts marginaal kan worden getoetst, levert een inperking op van het recht van de partijen hun geschil in volle omvang aan de rechter voor te leggen in een procedure die met voldoende waarborgen is omkleed. Voor een dergelijke inperking is geen (wettelijke) grond. Het advies van de Commissie is een geschrift waaraan in deze procedure vrije bewijskracht toekomt en waarmee de rechter bij de waardering van eventueel te leveren bewijs rekening kan houden. Dat laat overigens onverlet dat daarbij betekenis kan toekomen aan de deskundigheid van de leden van de Commissie en de daarbij betrokken experts.

4.6. Met betrekking tot het advies van de Commissie van 11 november 2013 wordt allereerst overwogen dat er, anders dan de gemeente heeft aangevoerd, geen reden is aan de onpartijdigheid van bij de onderhavige uitspraak betrokken leden van de Commissie en de door de leden ingeschakelde deskundigen, te twijfelen. Hetgeen daarvoor door de gemeente is aangevoerd is onvoldoende (concreet). Het advies kan dan ook bij de beoordeling worden betrokken. Het feit dat BAM en de gemeente door de Commissie niet bij de keuze van de deskundigen zijn betrokken maakt dat niet anders.

De leden van de Commissie hebben geoordeeld dat in het onderhavige geval de waardering van de kwalitatieve aspecten van de inschrijvingen - naast het aspect prijs - geen significante invloed zal hebben op de rangorde daarvan en dat de aanbestedende dienst weliswaar formeel het gunningscriterium van economisch meest voordelige inschrijving heeft gehanteerd, maar dat materieel sprake is van hantering van het gunningscriterium van de laagste prijs. De gemeente heeft de juistheid van dat oordeel weliswaar bestreden, maar zij heeft dat verweer onvoldoende concreet toegelicht. De eigen, niet op deskundigheid gebaseerde, beschouwingen over statistiek van de raadsman van de gemeente volstaan niet. Het had, tegenover het gemotiveerde oordeel van de Commissie, op de weg van de gemeente gelegen, zo nodig met een advies van een deskundige, het oordeel van de Commissie voldoende gemotiveerd te weerleggen. Dat heeft de gemeente niet gedaan. Juist is wel, zoals de gemeente heeft aangevoerd, dat een aanbestedende dienst in beginsel de vrijheid heeft aan het subcriterium prijs meer gewicht toe te kennen dan aan alle andere, op de kwaliteit betrekking hebbende, subcriteria gezamenlijk, maar, zoals ook de Commissie heeft overwogen, moet worden aangenomen dat die vrijheid om dat te doen haar grens bereikt daar waar de keuze van de aanbestedende dienst voor het EMVI-criterium de facto neerkomt op een keuze voor het gunningscriterium van de laagste prijs. Gezien de deskundige onderbouwing van het advies van de Commissie moet worden geoordeeld dat in dit geval deze grens is overschreden. De conclusie is dan ook dat aangenomen moet worden dat de gemeente door de wijze van uitwerking van de subcriteria feitelijk heeft gekozen voor het in art. 2.114 lid 2 Aanbestedingswet 2012 genoemde criterium van de 'laagste prijs'.