

Commissie van Aanbestedingsexperts

Aan: Commissie Infrastructuur en Waterstaat

Van: Commissie van Aanbestedingsexperts

Betreft: Position paper t.b.v. Rondetafelgesprek aanbestedingen infrastructuurprojecten d.d.
7 november 2024

Geachte leden van de Commissie Infrastructuur en Waterstaat

De Commissie van Aanbestedingsexperts, hierna: de CvAE, is een onafhankelijke klachtencommissie in 2013 ingesteld¹ en heeft een wettelijke basis in artikel 4.27 van de Aanbestedingswet 2012. Dat artikel luidt: 'Onze minister bevordert de instelling van een commissie die tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures.

Doel

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 adviezen te geven naar aanleiding van klachten van ondernemers. 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.

Omvang

De CvAE is gering in omvang. Ze bestaat uit drie leden (elk lid is voor 10-12 uur per week benoemd door de Minister en ontvangt een vergoeding) en heeft de beschikking over 3 secretarissen (samen 1,4 fte), zij hebben een griffiers functie en schrijven de adviezen in concept. Een juridisch medewerker (1fte) maakt de CvAE compleet. Zij zijn in dienst van het Ministerie van EZ.

Effect klacht

Een klacht schort de aanbestedingsprocedure niet op. Wanneer een klacht ziet op een lopende aanbestedingsprocedure, is de CvAE afhankelijk van de goede wil van een aanbesteder de aanbestedingsprocedure op te schorten. Wanneer aanbesteder daartoe niet genegen is, zal het advies geen effect meer hebben op het betreffende geschil. De meeste adviezen dragen bij aan het verbeteren van de aanbestedingspraktijk en/of brengen een leereffect teweeg. Sommige adviezen dragen bij aan de oplossing van een aanbestedingsklacht.

Niet bindend

De adviezen van de CvAE zijn niet bindend. Dat betekent dat aanbesteders adviezen van de CvAE naast zich neer mogen leggen.

Wetsvoorstel rechtsbescherming

De Aanbestedingswet 2012 zal, onder meer op het punt van rechtsbescherming, worden gewijzigd. Met de wijziging van de wet zal ook de rol van de CvAE veranderen. Een van de meest in het oog springende wijzigingen uit het wetsvoorstel² voor de CvAE zal zijn dat een klacht van een ondernemer de aanbestedingsprocedure opschort gedurende 14 dagen. Uitgangspunt van het wetsvoorstel is dat de CvAE een klacht binnen die 14 dagen afhandelt (over 2023 was de gemiddelde doorlooptijd 24 dagen voor spoedklachten).

¹ <https://wetten.overheid.nl/BWBR0032968/2013-04-01>

² <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/kst-34252-21.html>

Klachten infrastructurele projecten

Over de afgelopen jaren heeft de CvAE slechts enkele klachten ontvangen over infrastructurele projecten. Een van de klachten heeft geleid tot advies 671 (<https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/documenten/adviezen/2022/10/05/advies-671>) waarin een ondernemer op 9 onderdelen klaagde over drie aanbestedingen voor het sluiten van een overeenkomst voor prestatiegericht onderhoud van spoorweginfrastructuur. De klacht betrof, kort samengevat, disproportionele kwalificaties van het begrip 'Onregelmatigheden', zag daarnaast op het feit dat risico's op onredelijke wijze zouden worden toegerekend aan ondernemer en bepaalde risico's onjuist zouden worden gealloceerd.

Klachten over disproportionele bepalingen

In 2023 ontving de Commissie in totaal 31 klachten waarvan er 1 ging over disproportionele contractsbepalingen. In 2022 betrof dit respectievelijk 31 en 2, in 2021 30 en 3 en in 2020 50 en 3. Dit betreft dan ook een gering aantal klachten.

Bijdrage Rondetafelgesprek 7 november

De rechtsbeschermingspositie van ondernemers bij deelname aan aanbestedingsprocedures staat onder druk. De wetgever heeft daarom een wetwijziging aangekondigd, welke in september 2023 ter consultatie is voorgelegd. De reacties daarop, zowel in kwalitatieve als in kwantitatieve zin, onderstrepen het belang van een goede rechtsbescherming en hebben aanleiding gegeven voor een herziening van het wetsvoorstel. De inhoud van het (aangepaste) wetsvoorstel is op moment van schrijven nog niet gepubliceerd. De uitgangspunten van de wetwijziging, zoals de opschortende werking en de 14 dagen termijn voor het afhandelen van een klacht, zijn daarentegen bekend en zullen in de wetwijziging een plek krijgen.

De CvAE krijgt bijna geen klachten over grote infrastructurele projecten en een gering aantal klachten ziet op disproportionaliteit van risico verdelingen. De reden daarvoor is niet onderzocht, onderbouwde conclusies kunnen daarom niet worden getrokken. Met de invoering van het wetsvoorstel rechtsbescherming, kan het zijn dat laagdrempelig klagen voor ondernemers die deelnemen aan aanbestedingstrajecten interessanter kan zijn. Wanneer een klacht bijvoorbeeld ziet op disproportionele toerekening van risico's, dan zal die klacht schorsende werking hebben op de aanbestedingsprocedure. Een advies van de CvAE kan de aanbesteder vervolgens niet zomaar naast zich neerleggen, dat zal door hem moeten worden onderbouwd.

Het verdient uiteraard aanbeveling om eerst en vooral proactief maatregelen te treffen, teneinde ongewenste situaties van geen aanbieders, disproportionele verdeling van risico's of andere ongewenste uitkomsten te voorkomen. Mocht een aanbestedingsprocedure toch aanleiding geven voor een klacht van een ondernemer, welke klacht niet naar tevredenheid door het klachtenmeldpunt is afgehandeld, dan kan de ondernemer met zijn klacht terecht bij de CvAE. Het is afwachten of de voorgestelde wijzigingen in het wetsvoorstel zullen leiden tot meer klachten van ondernemers betrokken in aanbestedingsprocedures van (grote) infrastructurele projecten en/of klachten die zien op risicoverdeling.

Hoogachtend,



Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp
Voorzitter