

TA 2016(3) 31 Art. - De eigen toetsingsmaatstaven van de Commissie van Aanbestedingsexperts

09-06-2016

Auteur(s): Fimerus, mr. M.M.

Op 11 maart 2016 is advies 208 van de Commissie van Aanbestedingsexperts gepubliceerd. In dat advies staat onder meer de vraag centraal of de door de aanbestedende dienst gestelde gunningcriteria voldoen aan het transparantiebeginsel.

De Commissie van Aanbestedingsexperts overweegt:¹

“Gelet op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat het niet noodzakelijk is dat een beoordelingsmodel alle aspecten van de beoordeling van de inschrijvingen volledig en tot in het kleinste detail vastlegt. In het onderhavige geval kunnen echter niet minder dan 30 van de 100 punten verdiend worden op basis van de gunningscriteria 6 en 7 die niet ingekaderd zijn en die daardoor niet alleen de inschrijver grote vrijheid laten bij het beantwoorden van de in die criteria geformuleerde vragen, maar ook de aanbestedende dienst een grote mate van vrijheid toekennen bij de beoordeling van de inschrijvingen. Naar het oordeel van de Commissie is het percentage van 30% te hoog en zou dat in de regel niet meer dan 20% dienen te bedragen. Het voorgaande betekent dat ook de subgunningcriteria 6 en 7 niet aan de eerder genoemde voorwaarden (i) en (ii) voldoen.”

De Commissie introduceert in dit advies een eigen toetsingsmaatstaf: te weten “maximaal 20% van de gunningcriteria mag in sterke mate een beroep doen op de creativiteit en inventiviteit van de inschrijver en (daarmee samenhangend) aan de aanbestedende dienst een grote mate van beoordelingsvrijheid toekennen”.

Ook in advies 229, dat is gepubliceerd op 18 maart 2016, hanteert de Commissie een eigen toetsingsmaatstaf. Het gaat daar om een zestal gezichtspunten die volgens de Commissie van belang zijn bij de beoordeling van de vraag of de voorwaarde die inhoudt dat bepaalde productiemiddelen verplicht moeten worden overgenomen, al dan niet in strijd is met het proportionaliteitsbeginsel.²

In geen van deze adviezen is bij de geïntroduceerde toetsingsmaatstaf een nadere onderbouwing c.q. verantwoording opgenomen. Het betreffen toetsingsmaatstaven die volledig van de Commissie zelf afkomstig zijn.

Het feit dat de Commissie eigen toetsingsmaatstaven en richtsnoeren introduceert, past bij haar taak om te zorgen voor een leereffect en verdere professionalisering van aanbestedende diensten.³ Bleeker en Manunza zijn van oordeel dat de Commissie nog veel te terughoudend is bij het beoordelen van de klachten.⁴ Zij pleiten ervoor dat de Commissie de gestelde aanbestedingsrechtelijke kaders (bijvoorbeeld in de Gids Proportionaliteit) verder ontwikkelt. Ook elders in de literatuur wordt gepleit voor nadere richtsnoeren.⁵

De vraag die rijst, is hoe een aanbestedende dienst dient om te gaan met de toetsingsmaatstaven die door de Commissie worden geïntroduceerd. Gebleken is dat een aantal voorzieningenrechtters van oordeel is dat aan de adviezen slechts vrije bewijskracht toekomt en dat de adviezen ook zonder deugdelijke reden door de aanbestedende dienst naast zich kunnen worden neergelegd.⁶

De (voorzieningen)rechtters zullen mogelijk meer geneigd zijn een groter gewicht toe te kennen aan de adviezen van de Commissie indien de adviezen tot stand zouden zijn gekomen met inschakeling van meerdere experts. De Nederlandse overheid is er bij het instellen van de Commissie wel van uitgegaan dat experts zouden worden ingeschakeld teneinde het gewicht van de adviezen te vergroten.⁷ Ook Bleeker en Manunza pleiten voor het inschakelen van meer materiedeskundigen bij de behandeling van een klacht door de Commissie.⁸ Vooralsnog blijkt dat dit slechts beperkt gebeurt. Of de (voorzieningen)rechtters aan een advies een groter gewicht zullen toekennen indien experts zijn ingeschakeld, staat derhalve zeker niet vast.

Wat hier ook van zij, geconstateerd dient te worden dat op dit moment voor een aanbestedende dienst onduidelijk is of zij gehouden is zich te gedragen conform de toetsingsmaatstaven van de Commissie. Een marktpartij zal de toetsingsmaatstaven van de Commissie uiteraard al snel aangrijpen als argument om over te klagen. Hierdoor wordt de positie van de markt ten opzichte van de aanbestedende diensten versterkt. Voor de aanbestedende dienst is echter niet duidelijk of zij ook naar het oordeel van de rechter onjuist heeft gehandeld indien een toetsingsmaatstaf van de Commissie (om haar moverende redenen) niet is gevolgd.

Aanbestedende diensten hebben reeds te maken met een uitgebreide set aan wet- en regelgeving. Meer toetsingsmaatstaven vanuit de adviezen van de Commissie betekent nog meer regels. Als daarbij wordt opgeteld de onduidelijke status van deze toetsingsmaatstaven (ook vanwege het ontbreken van een consequente inzet van experts) wordt het de aanbestedende diensten niet gemakkelijk gemaakt.

Over de auteur

mr. M.M. Fimerius

Greetje Fimerius is advocaat bij AKD en redactielid van Tijdschrift Aanbestedingsrecht.

VOETNOTEN

- 1) Overweging 5.3.9.
- 2) Overweging 5.2.3.
- 3) Artikel 2 lid 1 Reglement van de Commissie jo. artikel 6 Instellingsbesluit.
- 4) R.G.T. Bleeker en E.R. Manunza, 'Enkele kanttekeningen naar aanleiding van de evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts', *TBR* 2016/36.
- 5) Zie bijvoorbeeld: E. van Dam, I. de Groot, D.C. Orobio de Castro, 'De Uniforme Administratieve Voorwaarden voor geïntegreerde contracten 2005, tijd voor een herziening?', *TBR* 2016/4, paragraaf 2.3.
- 6) Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB: 2015:2951, r.o. 4.12 en 4.13 en Vزر. Rb. Rotterdam, 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802, r.o. 4.4 en 4.5.
- 7) *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 440, nr. 10 (NV); *Kamerstukken I* 2011/2012, 32 440, C, p. 2-3, 8 en 13 (MvA), *Kamerstukken II* 2011/2012, 32 440, nr. 81 (NV); *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 440, nr. 11 (NvW).
- 8) Zie voetnoot 4.

Copyright 2022 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.