

Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk

Een onderzoek naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen

Eindrapport

Den Haag, 12 / 06 / 2019

Auteurs: Rogier van Schelven
Jakar Westerbeek
Janine Mulder
Mattijn Kroos
Pieter Kuypers (Radboud Universiteit Nijmegen)

Managementsamenvatting

Achtergrond en onderzoeksvraag

Wanneer inschrijvers ontevreden zijn over de toepassing van de aanbestedingsregels, kunnen zij een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst, een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE), naar de voorzieningenrechter gaan of een bodemprocedure starten. Deze instellingen dienen gegadigden en inschrijvers te beschermen tegen verkeerde toepassing van het aanbestedingsrecht. Signalen dat de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbesteden in de praktijk onvoldoende is, vormen de aanleiding voor dit onderzoek dat in opdracht van het ministerie van Economische Zaken en Klimaat (ministerie van EZK) is uitgevoerd. De hoofdvraag van dit onderzoek is:

“Hoe functioneert het bestaande systeem van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk en is het wenselijk om wijzigingen aan te brengen?”

Onderzoeksaanpak

Aan de hand van documentenonderzoek zijn de relevante feiten en cijfers in kaart gebracht. De percepties over problemen en verbetermogelijkheden met betrekking tot rechtsbescherming zijn verzameld en getoetst aan de hand van verschillende onderzoeksmethoden: verkennende interviews, verdiepende interviews, focusgroepen (groepsinterviews) en een digitale enquête ingevuld door ondernemers, aanbestedende diensten, brancheorganisaties en experts (advocatuur, adviseurs, wetenschappers). Voor de begeleiding van dit onderzoek is onder voorzitterschap van het ministerie van EZK een klankbordgroep samengesteld die tijdens de looptijd van dit onderzoek driemaal bijeen is geweest om input te leveren. De klankbordgroep bestond uit verschillende belanghebbenden vanuit aanbestedende diensten, brancheorganisaties en (juridische) experts.

Algemeen beeld functioneren Rechtsbescherming

We constateren dat er veel signalen zijn dat het functioneren van klachtenafhandeling en rechtsbescherming voor inschrijvers als onvoldoende wordt ervaren in de praktijk. In het onderzoek is aan ondernemers, experts en aanbestedende diensten gevraagd wat hun algemene beeld is van de staat van de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Wanneer de resultaten van de enquête worden gecombineerd met de bevindingen uit gesprekken en focusgroepen valt te stellen dat ondernemers en experts zeer kritisch zijn. Veruit de meerderheid vindt dat rechtsbescherming niet adequaat is. Aanbestedende diensten oordelen juist heel anders. De grote meerderheid is van mening dat rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk wel adequaat is.

De kritiek vanuit de ondernemers laat zich in onze ogen deels verklaren door een onderliggend gevoel van ongelijkheid in de uitgangspositie tussen aanbestedende diensten en inschrijvers bij een aanbestedingsprocedure (het wij-zij-denken). Nagenoeg alle gesprekspartners geven aan dat de problematiek breder wordt gevoeld dan concrete tekortkomingen in de klachtenafhandeling en rechtsbescherming. Hierbij wordt met name gedoeld op ervaren problemen met de ‘zachte’ aspecten van een aanbestedingsprocedure zoals professionaliteit, transparantie, houding en gedrag van partijen gedurende de aanbestedingsprocedure. Vanuit de positie van de inschrijvers is de ontevredenheid ten aanzien van de aanbestedingsprocedures verklaarbaar. Immers, in de regel zijn bij een aanbestedingsprocedure meer verliezers dan winnaars en zijn de belangen (zowel investering als opbrengst) groot. Dit neemt niet weg dat er wel degelijk problemen zijn ten aanzien van klachtenafhandeling en rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk.

Er zijn drie type problemen met betrekking tot rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk

Op grond van de ervaringen van inschrijvers, aanbestedende diensten en experts met betrekking tot klachtenafhandeling en rechtsbescherming kan op hoofdlijnen onderscheid worden gemaakt in drie typen problemen:

1. Inschrijvers maken beperkt gebruik van hun rechtsbeschermingsmogelijkheden.

- a. De algemene perceptie van inschrijvers is dat klachtenafhandeling geen zin heeft en de gerechtelijke procedure niet goed past bij de ervaren problemen. Inschrijvers schatten de kans op succes en de kans op effect dus laag in. Daarnaast spelen andere overwegingen om geen actie te ondernemen zoals: angst voor reputatieschade en vergelding, niet passende termijnen, timing en kosten voor het formuleren van een goede klacht of het aanspannen van een rechtszaak.
- b. Als een inschrijver daarnaast niet tijdig klaagt over onvolkomenheden in de procedure, heeft deze vanwege het Grossmann-arrest zijn rechten in beginsel verwerkt. Volgens ondernemers en experts komen inschrijvers hiermee in een spagaat te zitten: enerzijds spelen er overwegingen om niet over te gaan tot het aankaarten van een probleem, anderzijds lopen inschrijvers het risico hun rechten te verliezen wanneer ze niets doen. Het beeld is daarbij dat aanbestedende diensten het Grossmann-arrest aangrijpen om zeer strenge eisen te stellen aan de tijdigheid van klagen en procederen.
- c. Ondanks de ervaren problemen rondom de aanbestedingsprocedure wordt er door inschrijvers dan ook weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheden tot klachtenafhandeling en rechtsbescherming. Zeker wanneer dit wordt gezien in verhouding tot het totale aantal aanbestedingsprocedures en het inkoopvolume. Het systeem van rechtsbescherming komt hiermee beperkt op gang.

2. In de praktijk wordt de impact van klachtenafhandeling (door klachtenloketten van aanbestedende diensten en door de CvAE) op het oplossen van problemen als onvoldoende ervaren.

- a. Wat betreft klachtenloketten bij aanbestedende diensten wordt enerzijds als probleem ervaren dat uitspraken van het klachtenloket vaak te laat komen. Dat wil zeggen dat er te weinig tijd is om de consequenties van de uitspraak mee te nemen in de inschrijving of de beslissing om überhaupt in te schrijven. Daarnaast hangt de mate waarin het indienen van een klacht bijdraagt aan het oplossen van het probleem af van de het oordeel van de aanbestedende dienst of de klacht gegrond is. Indien de klacht gegrond wordt verklaard en er wijzigingen in de aanbestedingsprocedure worden doorgevoerd, kan een klacht veel impact hebben. Een klacht kan echter ook (terecht) ongegrond worden verklaard. In dit geval zullen er geen wijzigingen plaatsvinden in de aanbestedingsprocedure.
- b. De CvAE heeft in de afgelopen jaren een positief effect gehad op het leereffect en de professionalisering in de aanbestedingspraktijk. De bijdrage van de CvAE aan het oplossen van aanbestedingsklachten is echter beperkt. De positionering van de CvAE na het klachtenloket van de aanbestedende dienst, het gebrek aan opschortende werking, en de doorlooptijden samen maken dat adviezen veelal te laat komen voor het oplossen van de aanbestedingsklacht. Daarnaast is de ervaring dat aanbestedende diensten het advies van de CvAE vaak naast zich neerleggen.

3. Rechtsbescherming (een bindende uitspraak door een onafhankelijke rechter) vormt het sluitstuk van verschillende mogelijkheden die inschrijvers hebben om klachten af te handelen. Hierbij spelen een aantal problemen: rechtsbescherming wordt nauwelijks gebruikt bij aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden, een kort geding bij de voorzieningenrechter draagt meestal niet bij aan het oplossen van de ervaren problemen en het aanspannen van een bodemprocedure of in beroep gaan heeft doorgaans geen effect meer.

- a. Gezien het totale aantal aanbestedingen en het volume (in euro's) wordt weinig gebruik gemaakt van rechtsbescherming. Het kort geding is de meest gebruikte mogelijkheid. Het aantal kort gedingen over aanbestedingsgeschillen lijkt af te nemen in de periode 2016-2018. Daarbij vinden er nauwelijks kort gedingen plaats over aanbestedingsprocedures onder de Europese drempelwaarden. Hieruit kan worden afgeleid dat het sluitstuk van de rechtsbeschermingsmogelijkheden niet wordt gebruikt voor de het grootste deel van de aanbestedingsprocedures (zowel in termen van omvang in euro's als in aantal procedures). Door deze groep worden er in de huidige praktijk dus uitsluitend niet-bindende opties gebruikt.
- b. De enige echte mogelijkheid om tijdig tot een bindende (voorlopige voorziening) uitspraak over de uitkomst van een aanbestedingsprocedure te komen, is door deze aan te vechten in een kort geding bij de voorzieningenrechter. Voorzieningenrechtters zullen in hun toets van de beslissing van de aanbestedende dienst niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten. Dat betekent dat

de rechter de rechtmatigheid van de zaak zal toetsen, maar bij de beoordeling van de inschrijvingen een zekere afstand bewaart. De rechter zal zich niet gauw uitspreken over de vraag of de aanbestedende dienst de juiste beslissing heeft genomen, maar zal toetsen of de aanbestedende dienst op het eerste gezicht rechtmatig heeft gehandeld en in redelijkheid tot die genomen beslissing heeft kunnen komen. Dit terwijl de ervaren problemen van de inschrijver juist vaak meer inhoudelijk van aard zijn. Dit maakt dat de enige echte route van rechtsbescherming in de praktijk niet goed past bij de ervaren problemen. Daarnaast heeft de rechter vaak weinig ondersteunend bewijsmateriaal tot zijn beschikking, doordat het voor aanbestedende diensten verboden is bedrijfsvertrouwelijke stukken te delen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de beoordelingen van offertes van de andere inschrijvers. Het openbaar maken van dergelijke bedrijfsvertrouwelijke informatie zou de belangen van de andere inschrijver(s) kunnen schaden.

- c. Als uit een kort geding een negatieve beslissing voor de inschrijver voortkomt, heeft het weinig nut om alsnog een bodemprocedure bij de rechtbank aan te spannen of in beroep te gaan tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter. De aanbesteder mag namelijk na uitspraak in het kort geding in eerste aanleg overgaan tot de definitieve gunning en het sluiten van een overeenkomst met de winnaar van de aanbesteding. Het is dan enkel in zeer uitzonderlijke gevallen nog mogelijk om het contract in hoger beroep of een bodemprocedure te laten vernietigen of ontbinden. Een ondernemer procedeert in hoger beroep of bodemprocedure in de meeste gevallen dus enkel nog voor een financiële schadevergoeding. Het beeld is echter dat het zeer moeilijk is om deze schadevergoeding toegekend te krijgen. Voor de aanbestedende dienst heeft het wel nut om in hoger beroep gaan tegen een onwelgevallig vonnis van de kortgedingrechter, omdat na een positief arrest voor de aanbestedende dienst alsnog tot gunning kan worden over gegaan (aannemende dat de aanbidding nog geldig is).

Er zijn verschillende verbetermogelijkheden binnen en buiten het huidige systeem van rechtsbescherming

Op grond van het onderzoek zijn verschillende verbetermogelijkheden geïdentificeerd (zie tabel op volgende pagina voor een samenvatting). We maken hierbij onderscheid tussen verbetermogelijkheden binnen het huidige kader en verbetermogelijkheden buiten het huidige kader. Verbetermogelijkheden buiten het huidige kader hebben aanzienlijk meer voeten in de aarde dan verbetermogelijkheden binnen het huidige kader. Wel vallen alle verbetermogelijkheden die worden genoemd binnen de ruimte die de Europese Aanbestedingsrichtlijnen bieden.

Ieder van de genoemde verbetermogelijkheden kan bijdragen aan het oplossen van één of meer van de ervaren problemen (of aspecten daarvan). Gelet op de gelaagdheid van de ervaren problemen is er geen verbetermogelijkheid die tegemoet kan komen aan alle ervaren problemen. De verbetermogelijkheden dienen dan ook in samenhang gezien te worden. De uitdaging is een pakket aan verbetermogelijkheden samen te stellen waarmee de beste verbetering van de rechtsbescherming voor inschrijvers wordt gerealiseerd met inachtneming van andere (publieke) belangen die spelen bij aanbestedingsprocedures. Belangrijk hierbij is om meerstromenbeleid te voorkomen. Hiermee bedoelen we meerdere instrumenten die hetzelfde beogen (bijvoorbeeld meerdere instanties die tot een bindend oordeel kunnen komen).

	Binnen het huidige kader	Buiten het huidige kader
Verbetermogelijkheden gericht op het voorkomen van klachten en geschillen	1.1. Stimuleren professionele interactie 1.2. Beperken toepassing Grossmann-arrest	2.1. Dwingend sturen op professionele interactie 2.2. Instellen toezichthouder
Verbetermogelijkheden gericht op het verbeteren van klachtafhandeling	3.1. Stimuleren professionalisering klachtenloketten 3.2. Verduidelijken rol CvAE	4.1. Dwingend sturen op klachtenloketten 4.2. Uitbreiden bevoegdheden of opheffen CvAE
Verbetermogelijkheden gericht op het bindend oplossen van geschillen	5.1. Stimuleren verbetering rechtspraktijk 5.2. Uitbreiden gronden voor vernietiging	6.1. Instellen scheidsrecht (arbitrage) of CvAE met bindend oordeel 6.2. Instellen Aanbestedingskamer 6.3. Aanbestedingsrecht vormgeven via bestuursrecht en de bestuursrechtelijke voorzieningenprocedure

Hierna lichten we de verschillende verbetermogelijkheden nader toe.

Verbetermogelijkheid 1.1. Stimuleren professionele interactie

Uit dit onderzoek blijkt dat er behoefte is om de inzet op professionalisering, zoals nu vormgegeven in het Beter Aanbesteden programma, voort te zetten. Het gaat dan zowel om de professionalisering van aanbestedende diensten, als de professionalisering van de inschrijvers, met als doel de interactie te verbeteren. Professionele interactie kan bijdragen aan het verminderen van het aantal overtredingen van het aanbestedingsrecht (rechtmatigheid), maar kan ook bijdragen aan de doelmatigheid van het aanbestedingssysteem en het bevorderen van een gevoel van rechtvaardigheid: eerlijk en serieus behandeld worden (minder wij-zij-denken). De genoemde voordelen dragen niet direct bij aan een verbetering van de rechtsbescherming, ze kunnen worden gezien als preventief. Daarnaast vereist het een cultuuromslag waarvan de effecten pas op langere termijn zichtbaar zijn. Tot slot kan deze verbetermaatregel leiden tot praktische nadelen/risico's voor de aanbestedende partijen zoals het vergroten van de inzet van mensen en middelen.

Verbetermogelijkheid 1.2. Beperken toepassing Grossmann-arrest

Om te voorkomen dat het Grossmann-arrest te strikt wordt gehanteerd door aanbestedende diensten, zou in de Gids Proportionaliteit een beschrijving van de toepassing van het Grossmann-arrest in aanbestedingsdocumenten kunnen worden opgenomen. Over de redelijke en billijke toepassing van het Grossmann-arrest kunnen ook nadere afspraken worden vastgelegd in een gedragscode, zoals genoemd bij de verbetermogelijkheid hierboven. Hierdoor wordt de rechtsbescherming van inschrijvers niet onnodig/disproportioneel beperkt en komt de eindverantwoordelijkheid voor een deugdelijke aanbesteding bij de aanbestedende dienst te liggen. Wanneer Grossmann echter te veel wordt beperkt, en inschrijvers pas laat

komen met hun klachten, hebben aanbestedende diensten minder zekerheid of zij met hun procedure door kunnen gaan. Ook kan deze maatregelen leiden tot een toename van het aantal kort gedingen.

Verbetermogelijkheid 2.1. Dwingend sturen op professionele interactie

Bij 'Stimuleren professionele interactie' is gekozen voor een 'zachte' inrichting van de maatregelen voor het verbeteren van de interactie (voorlichten, aansporen, faciliteren). Bij deze verbetermogelijkheid wordt gekozen voor een meer dwingend karakter. Zo zouden gedragsregels tijdens de procedure, regionale samenwerking en evaluaties dwingend kunnen worden vastgelegd in de Aanbestedingswet of lagere regelgeving. Professionele interactie kan bijdragen aan het verminderen van het aantal overtredingen van het aanbestedingsrecht (rechtmatigheid), maar kan ook bijdragen aan de doelmatigheid van het aanbestedingssysteem en het bevorderen van een gevoel van rechtvaardigheid: eerlijk en serieus behandeld worden (minder wij-zij-denken). Het dwingend sturen op professionele interactie zou echter betekenen dat er (nog) meer regels komen voor aanbestedende diensten. Daarnaast is het een uitdaging om gedragsregels eenduidig vast te stellen voor de gehele aanbestedingspraktijk.

Verbetermogelijkheid 2.2. Instellen toezichthouder

Een onafhankelijke toezichthouder treedt zelfstandig op naar aanleiding van openbare informatie (bijvoorbeeld op TenderNed), klachten en tips en kan op eigen initiatief onderzoek doen. De toezichthouder is bevoegd informatie bij aanbestedende diensten op te vragen en de aanbestedende diensten zijn verplicht de gevraagde informatie te verschaffen. De toezichthouder is er in de eerste plaats niet om concrete geschillen af te handelen maar doet structureel onderzoek naar- en uitspraak over problemen in de aanbestedingspraktijk. Indien een toezichthouder een klacht ontvangt is de toezichthouder wel verplicht daar iets mee te doen (als een benadeelde partij vraagt om handhaving van de aanbestedingsregels moet de toezichthouder kunnen acteren). Eventueel kan de CvAE invulling geven aan de rol van toezichthouder. De belangrijkste voordelen van een toezichthouder zijn dat aanbestedende diensten die structureel ongewenst gedrag vertonen kunnen worden aangesproken en dat ondernemers een klacht anoniem en kosteloos kunnen indienen. Belangrijkste risico's zijn dat er een verschuiving van procedures bij de voorzieningenrechter naar de toezichthouder zal plaatsvinden, vanwege de laagdrempeligheid van de toezichthouder. Daarbij ontstaat het risico op strategisch gebruik van de procedure bij een toezichthouder om de aanbestedingsprocedures op te schorten (bijvoorbeeld door een zittende leverancier). Tot slot leidt een toezichthouder (met naming and shaming) mogelijk tot verdere verjuridificering van aanbestedingsprocedures.

Verbetermogelijkheid 3.1. Stimuleren professionalisering klachtenloketten

Er is behoefte aan professionalisering/duidelijkheid over de rol van de klachtenloketten. Verbetermogelijkheden liggen in het stimuleren van uniforme klachtenreglementen, het stimuleren van onafhankelijke klachtencommissie, en het stimuleren van regionale samenwerking. Door klachtenloketten uniform in te richten, verdwijnen verschillen tussen aanbestedende diensten en is het duidelijker voor inschrijvers wat zij kunnen verwachten. Daarnaast kunnen de zorgen over de onafhankelijkheid van klachtenloketten worden weggenomen wanneer aanbestedende diensten bij hun klachtenloket een onafhankelijke klachtencommissie instellen. Deze verbetermogelijkheden vereisen echter een cultuuromslag, waarvan de effecten pas op langere termijn zichtbaar zijn. Tot slot kunnen deze verbetermogelijkheden leiden tot praktische nadelen/risico's voor de aanbestedende partijen, zo kosten ze meer inzet van tijd en middelen.

Verbetermogelijkheid 3.2. Verduidelijken rol CvAE

De CvAE heeft momenteel een tweeledige doelstelling: geschillen behandelen en het bijdragen aan leereffect en professionalisering. Voordeel van het maken van een keuze in het doel van de CvAE is dat het huidige diffuse karakter weg kunnen worden genomen en de verwachtingen beter worden gemanaged. Wanneer de CvAE uitsluitend geschillen behandelt vóór indiening, zijn aanbestedende diensten daarnaast naar verwachting meer bereid een advies van de CvAE ter harte te nemen. Wanneer de CvAE uitsluitend bijdraagt aan leereffect en professionalisering, en dus niet gericht is op oordeelsvorming, kan een meer constructieve houding tussen

betrokken actoren onderling worden verwacht. Nadeel van het uitsluitend behandelen van geschillen is dat de daarmee verband houdende nadelen niet worden weggenomen. Belangrijkste nadeel van wanneer de CvAE uitsluitend bijdraagt aan leereffect en professionalisering is dat er een leemte in het stelsel ontstaat: er is geen orgaan meer dat een onafhankelijk advies kan geven over aanbestedingsklachten.

Verbetermogelijkheid 4.1. Dwingend sturen op klachtenloketten

Waar bij 'Stimuleren professionalisering klachtenloketten' de maatregelen nog descriptief worden ingericht (voorlichten, aansporen, faciliteren), zou bij deze verbetermogelijkheid worden gekozen voor een meer dwingend karakter. Er zijn verschillende mogelijkheden. Door klachtenloketten verplicht uniform in te richten, zullen aanbestedende diensten die nu geen klachtenloket hebben deze verplicht moeten invoeren. Daarmee verdwijnen verschillen tussen aanbestedende diensten en is het duidelijker voor inschrijvers wat zij kunnen verwachten. Daarnaast kunnen zorgen over de onafhankelijkheid van klachtenloketten worden weggenomen wanneer aanbestedende diensten bij hun klachtenloket een onafhankelijke klachtencommissie instellen. Wanneer een opschortingsplicht wordt geïntroduceerd geeft dit meer ruimte om de klacht te behandelen en tot een oplossing te komen. Tot slot zouden klachtenloketten ook afgeschaft kunnen worden zodat er geen verplichte tussenstap meer is voordat een inschrijver naar de CvAE kan stappen, waardoor tijd wordt bespaard en adviezen van de CvAE vaker op tijd komen om nog effect te kunnen hebben. Grootste nadeel van het dwingend sturen op klachtenloketten is dat het een uitdaging is om de regels voor klachtenloketten eenduidig vast te stellen voor de gehele aanbestedingspraktijk (verschillende typen aanbestedende diensten, verschillen tussen werken, diensten, leveringen, verschillen tussen sectoren), waardoor het mogelijk een keurslijf vormt waar in de praktijk lastig mee te werken is voor inschrijvers en aanbestedende diensten. Daarnaast zijn de maatregelen kosten- en arbeidsintensief voor – met name – kleinere aanbestedende diensten. De opschortende werking kan tot slot nadelig uitpakken voor de planning van de aanbestedende dienst, en zal waarschijnlijk leiden tot een toename in het aantal klachten (en daarmee administratieve lasten), waarbij het gevaar van strategische inzet van de klachtprocedure op de loer ligt.

Verbetermogelijkheid 4.2. Uitbreiden bevoegdheden of opheffen CvAE

Om de impact van de CvAE op het oplossen van klachten in aanbestedingsprocedures te vergroten kunnen de bevoegdheden worden uitgebreid. Het gaat dan om het introduceren van een opschortende werking (zie voor het bindend maken van de CvAE adviezen verbetermogelijkheid 6.1). Voordeel van een opschortingsplicht voor de aanbestedende dienst is dat het advies van de CvAE op tijd komt en zo nog kan worden meegenomen door de aanbestedende dienst. De opschortende werking kan echter nadelig uitpakken voor de planning van de aanbestedende dienst, en zal waarschijnlijk leiden tot een toename in het aantal klachten, waarbij het gevaar van strategische inzet van de klachtprocedure op de loer ligt. Gezien de huidige beperkte bijdrage aan het oplossen van klachten in aanbestedingsprocedures zou de CvAE ook opgeheven kunnen worden. Door de CvAE op te heffen wordt het stelsel van rechtsbescherming armer, maar wel duidelijker: wanneer de aanbestedende dienst de klacht (of vraag) niet gegrond verklaart is er één duidelijke vervolgroute, namelijk het aanspannen van een kort geding. Belangrijk nadeel is dat er een leemte in het stelsel ontstaat: er is geen meer orgaan dat een onafhankelijk advies kan geven over het aanbestedingsklachten. Wanneer de CvAE wordt opgeheven zal ook de bijdrage van de CvAE aan het leereffect en de professionalisering in de aanbestedingspraktijk verdwijnen.

Verbetermogelijkheid 5.1. Stimuleren verbetering rechtspraktijk

Er zijn een aantal mogelijkheden om de rechtsbescherming voor ondernemers bij de civiele rechter te verbeteren. Zo kan de informatievoorziening voor rechters worden verbeterd door richtlijnen vaststellen voor wat wel/niet bedrijfsvertrouwelijk is en voor het aanleveren stukken van tevoren (termijnen). Ook zou een conclusie van antwoord voor de zitting kunnen worden geïntroduceerd. Daarnaast kan de expertise van rechter worden vergroot door verhoogd in te zetten op specialisering en bijscholing van rechters, door richtlijnen vaststellen voor het inschakelen van inhoudelijke expertise en door de mogelijkheid te bieden om in voorkomende gevallen in eerste aanleg in een meervoudige kamer te behandelen. Deze maatregelen kunnen

bijdragen aan verbeterde waarheidsvinding en kunnen daarmee de rechtsbescherming voor zowel ondernemers als aanbestedende diensten vergroten. Nadeel is dat de maatregelen, wanneer vastgelegd in richtlijnen, mogelijk worden ervaren als een beperking van de vrijheid en flexibiliteit van de rechter. Het is daarnaast de vraag of de genoemde verbetermogelijkheden zich goed laten vastleggen in uniforme richtlijnen.

Verbetermogelijkheid 5.2. Uitbreiden gronden voor vernietiging

Een eenmaal gesloten overeenkomst (definitieve gunningsbeslissing) tussen een aanbestedende dienst en een inschrijvend bedrijf is 'vrijwel onaantastbaar' voor andere bedrijven. Slechts op basis van de drie gronden vermeld in art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 kan een overeenkomst worden vernietigd. Deze gronden zouden kunnen worden uitgebreid, waardoor de rechter meer mogelijkheden heeft om een contract te ontbinden. Daarnaast ontstaat een gelijkere rechtsbescherming: zowel de ondernemer als de aanbestedende dienst heeft nu de mogelijkheid om een volwaardig hoger beroep aan te spannen. Nadeel is echter dat wanneer meer lopende contracten alsnog worden vernietigd, meer rechtsonzekerheid voor de winnende inschrijver ontstaat. Daarnaast kunnen meer maatschappelijke kosten ontstaan als contracten vaker worden ontbonden. Het is hierbij dus de vraag is of ruimere mogelijkheden de rechter ook daadwerkelijk bewegen om vaker over te gaan tot ontbinding: de kans bestaat dat rechters vanuit proportionaliteit oordelen dat er toch niet moet worden ontbonden.

Verbetermogelijkheid 6.1. Instellen scheidsgerecht (arbitrage) of CvAE met bindend oordeel

De wens van veel inschrijvers en experts is een onafhankelijk, bindend oordeel (van een niet-juridisch orgaan) met inhoudelijke expertise van de materie van het onderhavige geschil. Deze wens zou ingevuld kunnen worden door een scheidsgerecht in te stellen (zoals de Raad van Arbitrage voor de bouw) of door de CvAE een bindend oordeel te laten vellen, waardoor er sprake is van daadwerkelijke geschilbeslechting. Een dergelijk orgaan zou toegankelijker en laagdrempeliger zijn dan een bindend oordeel van de voorzieningenrechter. Daarnaast zijn er per geschil meerdere arbiters met complementaire kennis en expertise waardoor geschillen ook meer inhoudelijk kunnen worden bekeken. Nadeel is echter dat wanneer het scheidsgerecht bestaat uit een afvaardiging van inhoudelijk deskundigen dit het beeld kan oproepen van de spreekwoordelijke slager die zijn eigen vlees keurt. Ook bestaat er het risico op een meerstromenbeleid: afhankelijk van inrichting van het bredere systeem van rechtsbescherming blijven andere mogelijkheden (klachtenloketten/CvAE /civiele rechter) bestaan. Aanbestedende dienst en inschrijver dienen dan overeen te komen dat een scheidsgerecht bevoegd is om tot een bindende uitspraak te komen indien er sprake is van een geschil. Als de inschatting van een aanbestedende dienst is dat de kansen om te winnen in een gerechtelijke procedure groter zijn, kunnen zij terughoudend zijn om voor de optie arbitrage te kiezen.

Verbetermogelijkheid 6.2. Instellen Aanbestedingskamer

Concentratie van alle aanbestedingszaken in een of enkele meervoudige aanbestedingskamer(s). Al dan niet met niet-juridische leden (volgens model Vergabekammer). Op deze wijze worden kennis en ervaring geconcentreerd, wordt rechtseenheid bevorderd en kijken meerdere rechters naar een zaak, waardoor meer punten opgemerkt kunnen worden en de afhankelijkheid van de interpretatie van één rechter wordt verminderd. Eventueel kan de CvAE hierbij een rol spelen als Amicus Curiae, waarbij ze een niet-bindend advies aan de rechters in de Aanbestedingskamer geven over een geschil met betrekking tot een aanbestedingsprocedure. Op deze manier kan gebruik gemaakt worden van de kennis en expertise van de leden van de CvAE. Aangezien rechtbanken nu al deels gespecialiseerde rechters hebben, is het de vraag wat deze maatregel in de praktijk gaat opleveren. Daarnaast blijft het wettelijk kader gelijk, dus toetsing en informatievoorziening zal op dezelfde wijze blijven plaatsvinden. Ook kunnen de kosten van een procedure toenemen (aangezien er meer rechters betrokken zijn) en bestaat het risico op lange(re) wachttijden.

Verbetermogelijkheid 6.3. Aanbestedingsrecht vormgeven via bestuursrecht en de bestuursrechtelijke voorzieningenprocedure

Het volledige aanbestedingsrecht zou tot slot vormgegeven kunnen worden via het bestuursrecht. Voordeel hiervan is dat in het bestuursrecht de rechter actiever naar de zaak kijkt (in het civiel recht is de rechter lijdelijk). Daarnaast is het in het bestuursrecht mogelijk dat de rechter in vertrouwen kennis neemt van vertrouwelijke stukken. Ook zijn er in het bestuursrecht in beginsel geen proceskosten voor de inschrijver en is het niet verplicht een advocaat te hebben, wat de toegankelijkheid vergroot. Om het aanbestedingsrecht vorm te geven via het bestuursrecht zal echter een volledige en fundamentele aanpassing van de Aanbestedingswet en aanbestedingspraktijk moeten plaatsvinden, wat veel tijd en inspanning zal vergen. Nadeel daarnaast is dat het in het civiel recht mogelijk is verschillende eisen te formuleren, bijvoorbeeld om het bestek te laten aanpassen. In het bestuursrecht kan enkel beroep worden ingesteld tegen formele besluiten. Ook is het beeld dat procedures in het bestuursrecht in kort geding doorgaans langer duren dan procedures in het civielrecht. Tot slot zijn niet alle aanbestedende diensten bestuursorganen. Hoe dit te verenigen is met het volledig vormgeven van het aanbestedingsrecht via het bestuursrecht is onduidelijk.

Inhoud

1. Inleiding	13
1.1. Achtergrond en aanleiding	13
1.2. Scope, vraagstelling en leeswijzer	13
1.3. Onderzoeksaanpak en verantwoording	14
1.3.1. Enquête	15
1.3.2. Interviews en focusgroepen	16
1.3.3. Focusgroepen	17
1.3.4. Begeleiding van het onderzoek	17
2. Algemeen beeld functioneren rechtsbescherming	18
2.1. Stelsel van rechtsbescherming	18
2.2. Aandachtspunten vooraf	18
2.3. Percepties functioneren rechtsbescherming	21
3. Ervaringen tijdens de aanbestedingsprocedure	24
3.1. Gedrag en interactie	24
3.2. Planning en termijnen	26
3.3. Afwegingen rondom rechtsbescherming en de toepassing van het Grossmann-arrest	27
4. Ervaringen klachtenloketten	31
4.1. Organisatie klachtenloketten	31
4.2. Indienen van een klacht	31
4.3. Beoordeling van een klacht	32
4.4. Effect klachtenloketten	33
5. Ervaringen Commissie van Aanbestedingsexperts	35
5.1. Organisatie CvAE	35
5.2. Indienen van een klacht	35
5.3. Beoordeling van een klacht	37
5.4. Effect CvAE	39
6. Ervaringen met gerechtelijke rechtsbescherming	42
6.1. Organisatie gerechtelijke rechtsbescherming	42
6.2. Aanspannen van een rechtszaak	44
6.3. Verloop rechtszaak	45
6.4. Effect gerechtelijke procedures	49

7. Conclusies en verbetermogelijkheden rechtsbescherming aanbestedingspraktijk	51
7.1. Conclusies	51
7.1.1. Conclusie: er zijn drie typen problemen	51
7.1.2. Conclusie: er zijn verbetermogelijkheden	53
7.2. Verbetermogelijkheden binnen het huidige kader gericht op het voorkomen van klachten en geschillen	54
7.2.1. Stimuleren betere interactie tijdens aanbestedingsprocedures	54
7.2.2. Beperken toepassing Grossmann-arrest	56
7.3. Verbetermogelijkheden buiten het huidige kader gericht op het voorkomen van klachten en geschillen	57
7.3.1. Dwingend sturen op professionele interactie	57
7.3.2. Instellen toezichthouder of aanbestedingsautoriteit	58
7.4. Verbetermogelijkheden binnen het huidige kader gericht op het verbeteren van klachtafhandeling	59
7.4.1. Stimuleren professionalisering klachtenloketten	59
7.4.2. Verduidelijken rol CvAE	60
7.5. Verbetermogelijkheden buiten het huidige kader gericht op het verbeteren van klachtafhandeling	62
7.5.1. Dwingend sturen op klachtenloketten	62
7.5.2. Uitbreiden bevoegdheden of opheffen CvAE	64
7.6. Verbetermogelijkheden binnen het huidige kader gericht op het bindend oplossen van geschillen	65
7.6.1. Stimuleren verbetering rechtspraktijk	65
7.6.2. Uitbreiden gronden voor vernietiging	66
7.7. Verbetermogelijkheden buiten het huidige kader gericht op het bindend oplossen van geschillen	66
7.7.1. Instellen scheidsgerecht of CvAE met bindend oordeel	67
7.7.2. Instellen Aanbestedingskamer	68
7.7.3. Aanbestedingsrecht vormgeven via bestuursrecht	69

Bijlage A – Onderzoek uitvoering taken door Commissie van Aanbestedingsexperts	70
1. Ambitie - doelstelling	71
2. Input	72
3. Throughput	76
3.1. Inrichting klachtenprocedure	76
3.2. Klachtbehandeling in de praktijk	78
3.3. Toegankelijkheid CvAE	79
3.4. Snelheid en doorlooptijd klachtbehandeling	80
3.5. Betrokkenheid en inzet experts	82
4. Output	83
4.1. Bekendheid CvAE en haar adviezen	83
4.2. Aantal klachten en adviezen/bemiddeling	84
4.3. Onderwerp klachten en type procedure	86
4.4. Waardering van de adviezen	88
5. Outcome	91
5.1. Bijdrage aan de oplossing van aanbestedingsklachten	91
5.2. Leereffect en professionaliteit	93
6. Conclusies doeltreffendheid en doelmatigheid	95
7. Geraadpleegde documenten	97
 Bijlage B – Vragenlijsten enquête	 98
Route ondernemer	98
Route aanbestedende dienst	108
Route brancheorganisatie	115
Route expert	121

1. Inleiding

1.1. Achtergrond en aanleiding

Wanneer inschrijvers ontevreden zijn over de toepassing van de aanbestedingsregels, kunnen zij een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst, een klacht indienen bij het de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE), naar de voorzieningenrechter gaan of een bodemprocedure starten (voor een volledige beschrijving van het stelsel van rechtsbescherming zie paragraaf 2.1). Deze instellingen dienen gegadigden en inschrijvers te beschermen tegen verkeerde toepassing van het aanbestedingsrecht.

Rechtsbescherming krijgt in de aanbestedingspraktijk veel aandacht. Er zijn signalen dat de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbesteden in de praktijk onvoldoende is. Het gaat onder andere om de volgende signalen:

- De machtspositie van de aanbestedende diensten (opdrachtgevers) zou zijn scheefgegroeid¹
- Ontevreden ondernemingen zouden geen stappen meer zetten bij een geschil omdat zij zich bij voorbaat kansloos zouden achten^{2 3}
- Toetsing door de voorzieningenrechter zou zo beperkt zijn dat van gerechtelijke controle weinig overblijft⁴

In opdracht van het ministerie van EZK deed KWINK groep onderzoek naar het functioneren van het bestaande systeem van rechtsbescherming. De aanleiding voor dit onderzoek is mede ingegeven door een aantal moties uit de Tweede Kamer en toezeggingen van de Staatssecretaris van EZK aan de Tweede Kamer:

- Bezie of de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE) een meer zwaarwegende rol kan krijgen op het gebied van inhoudelijke toetsing en inhoudelijke adviezen⁵
- Besteed aandacht aan de private handhaving van het aanbestedingsrecht, de achterstand die inschrijvers hebben in een kort geding en de wenselijkheid van een vaste rechtbank voor aanbestedingszaken⁶
- Onderzoek hoe de functie van het hoger beroep het beste tot zijn recht kan komen⁷
- Onderzoek alternatieve opties van rechtsbescherming, zoals arbitrage en opvolging van adviezen⁸

1.2. Scope, vraagstelling en leeswijzer

Dit onderzoek beantwoordt de volgende hoofdvraag: **“Er zijn signalen dat de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbesteding als onvoldoende wordt ervaren in de praktijk. De vraag is hoe het bestaande systeem functioneert en of het wenselijk is wijzigingen aan te brengen.”**

Naast dit onderzoek is door het ministerie van EZK een onderzoek uitgevoerd naar aanbestedingsrechtspraak in de periode 2016-2018.⁹ De inzichten uit dit jurisprudentieonderzoek zijn meegenomen bij het beantwoorden van de hoofdvraag in dit rapport. Ook de periodieke evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts is

¹ Motie 32440, nr. 110.

² <https://www.cobouw.nl/bouwbreed/nieuws/2018/07/professoren-dringen-aan-op-ingrijpen-wie-durft-nog-een-gunning-aan-te-vechten-101262803>.

³ Motie 32440, nr. 107.

⁴ C. Wagemakers, J. van Loenen – De Wild, Bouwrecht 2016, p. 15.

⁵ Motie 32440, nr. 108.

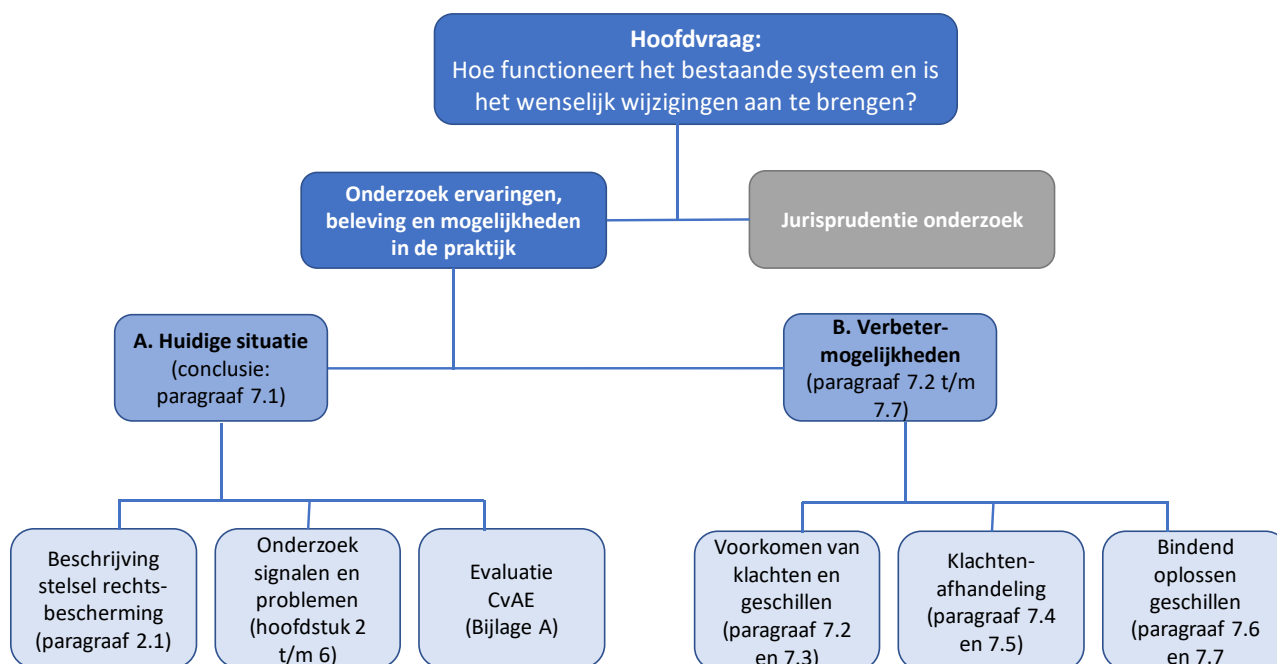
⁶ Motie 32440, nr. 110.

⁷ Motie 32440, nr. 107.

⁸ Tweede Kamer, vergaderjaar 2017–2018, 24 036, nr. 428, p. 31.

⁹ Het rapport is op dit moment nog niet beschikbaar.

onderdeel van dit onderzoek. In figuur 1 is de samenhang tussen het onderhavige onderzoek, het jurisprudentieonderzoek en de evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts schematisch weergegeven.

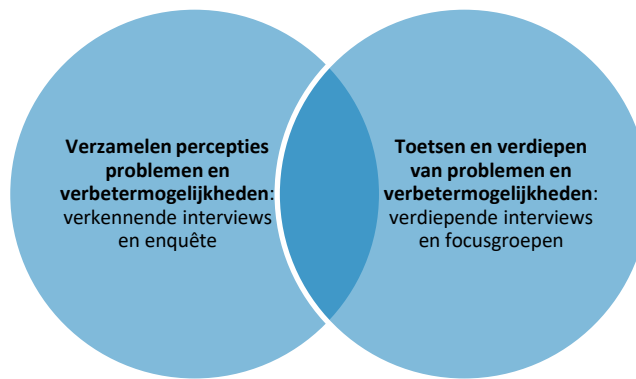


Figuur 1 – Leeswijzer: schematische weergave van de beantwoording van de hoofdvraag.

Dit onderzoek is opgedeeld in twee delen. Onderdeel A richt zich op de huidige situatie rondom de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Onderdeel B richt zich op de verbetermogelijkheden voor rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Op grond van de ervaren problemen en de bredere ideeën over aanpassingen in het stelsel zijn er verschillende verbetermogelijkheden geïdentificeerd. Per verbetermogelijkheid is aangegeven wat de verbetermogelijkheid inhoudt, welk probleem het oplost, welke actie is benodigd en welke nadelen en risico's de verbetermogelijkheid met zich meebrengt. Het valt niet binnen de scope van dit onderzoek om aanbevelingen te doen over het al dan niet implementeren van de verschillende verbetermogelijkheden.

1.3. Onderzoeksaanpak en verantwoording

Aan de hand van documentenonderzoek zijn de relevante feiten en cijfers in kaart gebracht. De percepties over problemen en verbetermogelijkheden met betrekking tot rechtsbescherming zijn verzameld en getoetst aan de hand van verschillende onderzoeksmethoden: verkennende interviews, een enquête, verdiepende interviews en focusgroepen.



Figuur 2 - Overzicht empirisch onderzoek.

We hebben methodische triangulatie toegepast. Naast de enquête hebben we gebruik gemaakt van bronnenonderzoek (om feiten en cijfers met betrekking tot rechtsbescherming in kaart te brengen), interviews (om meer diepgaand percepties te verzamelen) en focusgroepen waarin we de uitkomsten van de enquête hebben getoetst en verdiept. Gelet op de consistentie van de feiten, cijfers en percepties vanuit deze verschillende onderzoeksmethoden geeft dit onderzoek ons inziens een representatief en betrouwbaar beeld van de signalen en problemen met betrekking tot rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Hierna lichten we de gebruikte onderzoeksmethoden verder toe.

1.3.1. Enquête

Met behulp van enquêtes zijn ondernemers, aanbestedende diensten en experts (advocatuur, adviseurs, wetenschappers) gevraagd naar hun ervaringen met rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk.

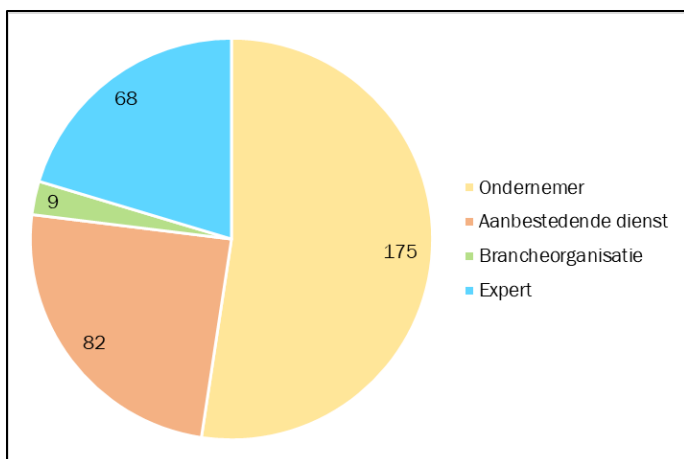
Verspreiding

De enquêtes zijn eerst getest en vervolgens verspreid onder personen die werkzaam zijn bij aanbestedende diensten, ondernemingen en experts die betrokken zijn bij overheidsaanbestedingen. Voor het verspreiden van de enquête zijn onder andere de volgende kanalen benut:

- Verspreiding onder aanbestedende diensten: via PIANOo (website en nieuwsbrieven), TenderNed (nieuwsbrief), Beter Aanbesteden netwerk, VNG, Unie van Waterschappen, andere platforms voor overheidsinkopers en ondernemers zoals NEVI, CTM, Negometrix, et cetera.
- Verspreiding onder ondernemers: TenderNed (nieuwsbrief), VNO-NCW/MKB Nederland (via de Commissie Overheidsaanbestedingen verspreid onder de achterbannen van deelnemende brancheorganisaties, ondernemers uit sectoren werken, leveringen, diensten), Aanbestedingsinstituut Bouw en Infra (ondernemers uit sector werken), Kenniskring Aanbesteden (ondernemers uit sectoren werken, leveringen, diensten), Ondernemend Nederland, RVO, andere platforms voor overheidsinkopers en ondernemers zoals NEVI, CTM, Negometrix, et cetera.
- Verspreiding onder experts: via de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA), de Commissie van Aanbestedingsexperts, PIANOo (website en nieuwsbrieven), et cetera.

Respons en kenmerken onderzoekspopulatie

De respondenten konden gedurende een periode van zes weken de enquête invullen. Er is voor een lange responstijd gekozen, omdat de link naar de enquête via verschillende kanalen (zie hiervoor) over een langere periode en op verschillende momenten is verspreid. Dit heeft geleid tot 334 ingevulde enquêtes: 175 door ondernemers, 82 door aanbestedende diensten, 9 brancheorganisaties en 68 door experts (adviseurs, juristen en wetenschappers). Veel van deze experts zijn werkzaam voor ondernemers, aanbestedende diensten of beiden.



Figuur 3 - Overzicht respons naar type respondent (n=334).

Gezien het feit dat 334 personen de enquête hebben ingevuld, kan op grond van de enquêteresultaten geen volledig representatief beeld worden gegeven van de signalen en problemen van de totale populatie van ondernemers en aanbestedende diensten. Daarvoor is de respons te laag. Daarnaast zal er een zeker selectie-effect hebben opgetreden: met name ondernemers die ooit te maken hebben gehad met rechtsbescherming, hebben de enquête ingevuld; met name aanbestedende diensten die rechtsbescherming goed op het netvlies hebben, hebben de enquête ingevuld. In de groep ondernemers zijn respondenten uit de bouwsector oververtegenwoordigd. Echter, wanneer deze groep echter uit de analyses wordt gefilterd, blijven de resultaten ongewijzigd. Dit is een indicatie dat de uitkomsten van de enquête wel representatief zijn voor de verschillende groepen inschrijvers.

1.3.2. Interviews en focusgroepen

Verkennde gesprekken

In de onderstaande tabel staat een overzicht van de verkennende gesprekken die zijn gevoerd. De verkennende gesprekken met stakeholders hadden tot doel om de percepties ten aanzien van problemen en verbetermogelijkheden te verzamelen, onder andere ten behoeve van het formuleren van de enquêtevragen. De inzichten uit deze gesprekken zijn gebruikt voor het uitwerken van de enquêtes.

Perspectief	Vertegenwoordigde gesprekspartners
Wetgever	Ministerie van EZK, Europese Commissie
Aanbestedende diensten	Ministerie van BZK, VNG, IPO, Unie van Waterschappen, Stedin, Rijkswaterstaat, Haagse Inkoop Samenwerking
Ondernemers en brancheorganisaties	VNO-NCW/MKB Nederland, Bouwend Nederland, BNA, Techniek Nederland, VHG, AIM, KNV, OBN, MKB-infra, Kenniskring Aanbesteden, GGZ Nederland
Experts	PIANOo, CROW, NVvA, CMS
Overig	Commissie van Aanbestedingsexperts, Rechterlijke macht (Rechtbank Amsterdam)

Verdiepende interviews

In de tabel op de volgende pagina staat een overzicht van de verdiepende interviews die zijn gevoerd. De verdiepende interviews hadden tot doel om de probleemanalyse te toetsen en de verbetermogelijkheden te bespreken.

Perspectief	Vertegenwoordigde gesprekspartners
Wetgever	Ministerie van EZK
Aanbestedende diensten	Aanjager Beter Aanbesteden
Ondernemers en brancheorganisaties	ICT Nederland
Experts	Prof. Dr. E.R. Manunza
Overig	Raad van Arbitrage voor de Bouw, ACM, Commissie van Aanbestedingsexperts, Rechterlijke macht (Rechtbank Noord-Holland)

1.3.3. Focusgroepen

Na het afnemen van de enquêtes zijn focusgroepen met aanbestedende diensten, ondernemers en experts georganiseerd. Deze bijeenkomsten zijn gebruikt om de uitkomsten van de enquêtes te duiden en de betrouwbaarheid van de uitkomsten verder te vergroten. Ook zijn de focusgroepen gebruikt om de voor- en nadelen van de verschillende geïdentificeerde verbetermogelijkheden te bespreken.

Perspectief	Vertegenwoordigde gesprekspartners
Aanbestedende diensten	Ministerie van OCW, gemeente Amsterdam, gemeente Rotterdam, gemeente Haarlem, BIZOB, SRO, VNG
Ondernemers	VNO-NCW/MKB Nederland, BNA, Nederland ICT, Techniek Nederland, VHG, AIM, OBN, GeoBusiness, CBM, Vereniging van Waterbouwers, Kenniskring Aanbesteden
Experts	Diverse adviesbureaus en advocatenkantoren (14 in totaal)

1.3.4. Begeleiding van het onderzoek

Voor de begeleiding van dit onderzoek is onder voorzitterschap van het ministerie van EZK een klankbordgroep samengesteld die tijdens de looptijd van dit onderzoek driemaal bijeen is geweest om input te leveren. De klankbordgroep bestond uit verschillende belanghebbenden vanuit aanbestedende diensten, brancheorganisaties en (juridische) experts (zie bijlage B voor een overzicht van de deelnemers aan de klankbordgroep). Bij aanvang van het onderzoek is afgestemd over de te hanteren aanpak. Vervolgens zijn eerste bevindingen ten aanzien van de ervaren problemen met rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk besproken. In de derde bijeenkomst is het conceptrapport besproken. Ook heeft de klankbordgroep feedback geleverd ten aanzien van de concept-vragenlijst voor de enquête. Aan de hand hiervan is de vragenlijst aangescherpt.

2. Algemeen beeld functioneren rechtsbescherming

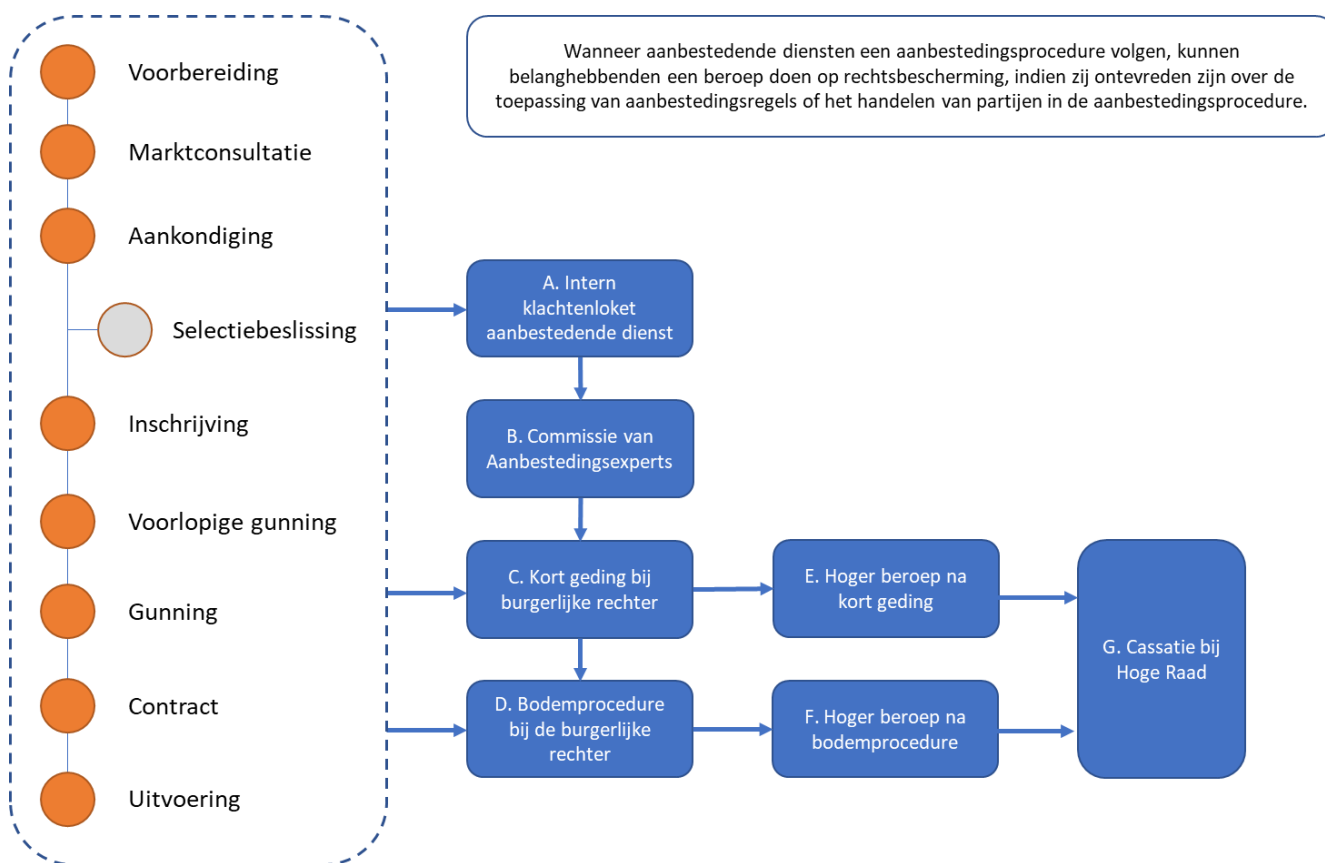
In dit hoofdstuk schetsen we een algemeen beeld over het functioneren van de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. We starten het hoofdstuk met een aantal aandachtspunten, die van belang zijn om in het achterhoofd te houden, wanneer men de resultaten interpreteert. Vervolgens presenteren we het algemene beeld dat op basis van de gesprekken, enquête en focusgroepen naar voren komt. We staan expliciet stil bij de grootste problemen die ervaren worden, en duiden de samenhang tussen deze problemen vervolgens. De volgende hoofdstukken gaan in op de losse onderdelen van het huidige systeem van rechtsbescherming en het specifieke functioneren van deze onderdelen.

2.1. Stelsel van rechtsbescherming

Wanneer inschrijvers ontevreden zijn over de toepassing van de aanbestedingsregels, kunnen zij naar de voorzieningenrechter stappen, een bodemprocedure starten of een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst en eventueel vervolgens naar de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE) gaan om een niet bindend advies te krijgen. In formele zin is enkel sprake van rechtsbescherming wanneer een onafhankelijke partij een bindend oordeel velt over een geschil. In de Nederlandse context gaat het dan om het oordeel van de civiele rechter (kort geding of een bodemprocedure, voor een uitgebreide feitelijke beschrijving van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk zie paragraaf 6.1). Er zijn echter ook stappen die je als ondernemer kan nemen, die niet leiden tot een bindend oordeel, maar die wel kunnen bijdragen aan het oplossen van het geschil. Het gaat dan om het indienen van een klacht bij het klachtenloket van een aanbestedende dienst en eventueel vervolgens het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts om een niet-bindend advies te krijgen. Zie figuur 4 op de volgende pagina voor een schematische weergave stelsel van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk.

2.2. Aandachtspunten vooraf

Om de bevindingen over het functioneren van het huidige systeem van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk en verbetermogelijkheden in het juiste perspectief te plaatsen zijn de vier aandachtspunten op de volgende pagina's van belang.



Figuur 4 - Schematische weergave stelsel van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk.

Aandachtspunt 1. We hanteren in dit onderzoek een ruime opvatting van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Nagenoeg alle gesprekspartners benadrukken dat rechtsbescherming meer omvat dan formele juridische rechtsbescherming (bindende uitspraak door rechter of scheidsgerecht). Ook niet-juridische vormen van rechtsbescherming zoals het oordeel over een klacht bij een aanbestedende dienst of niet-bindend advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts worden als belangrijke onderdelen van het rechtsbeschermingssysteem gezien. Tevens wordt aangegeven dat de opvattingen over de werking van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk niet los gezien kunnen worden van (gedragingen tijdens) de aanbestedingsprocedure en de onderliggende afwegingen om al dan niet de verschillende rechtsbeschermingsmogelijkheden te benutten.

Aandachtspunt 2. Het gaat bij rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk altijd om meervoudige (juridische) relaties. Niet alleen de aanbestedende dienst en de agerende inschrijver spelen een rol, ook de belangen van de andere inschrijvers spelen mee. Deze belangen moet de aanbestedende dienst en de rechter of arbiter meewegen, ook al nemen zij geen deel aan een eventuele procedure in het kader van rechtsbescherming. Daar komt bij dat de meeste aanbestedingsprocedures meer verliezers (die kunnen ageren tegen de gunningsbeslissing) dan winnaars kennen. Ervaren problemen en signalen zijn derhalve niet zwart-wit:

- Wat voor één partij nadelig is, kan voor een andere juist een voordeel zijn. Wat voor de één krap is, kan voor de ander een realistische termijn zijn.
- Procedures en uitkomsten van rechtsbescherming hebben invloed op eiser en aanbestedende dienst maar ook op andere partijen zoals de winnaar van de procedure.
- Partijen hebben niet steeds dezelfde positie maar wisselende rollen in het proces: de winnaar van vandaag is de verliezer morgen.

Aandachtspunt 3. Signalen en genoemde problemen verschillen tussen sectoren, type aanbestedende diensten en type aanbestedingen:

- In sectoren waar men minder gewend is om aan te of waar aanbesteden een relatief nieuw fenomeen is, worden meer problemen ervaren: bijvoorbeeld in het sociaal domein.¹⁰
- De kaders voor rechtsbescherming boven en onder de Europese drempel verschillen (in juridische zin) wezenlijk van elkaar. Het is opvallend dat bij de percepties over ervaren signalen en problemen veelal geen onderscheid wordt gemaakt tussen de verschillende typen procedures. Dat is opvallend omdat de Rechtsbeschermingsrichtlijn voor Europese aanbestedingsprocedures een verdergaande bescherming biedt aan inschrijvers dan in geval van nationale aanbestedingen.¹¹ Wel blijkt dat rechtszaken en klachten bij de CvAE met name betrekking hebben op procedures boven de drempel (zie ook paragraaf 3.3).¹²
- De mate van ervaren professionaliteit verschilt tussen aanbestedende diensten. Ondernemers geven aan dat de meerderheid van de aanbestedende diensten zich professioneel opstellen. Hiertegenover staat echter ook een groep aanbestedende diensten waarbij dit volgens zowel inschrijvers als aanbestedende diensten niet het geval is.

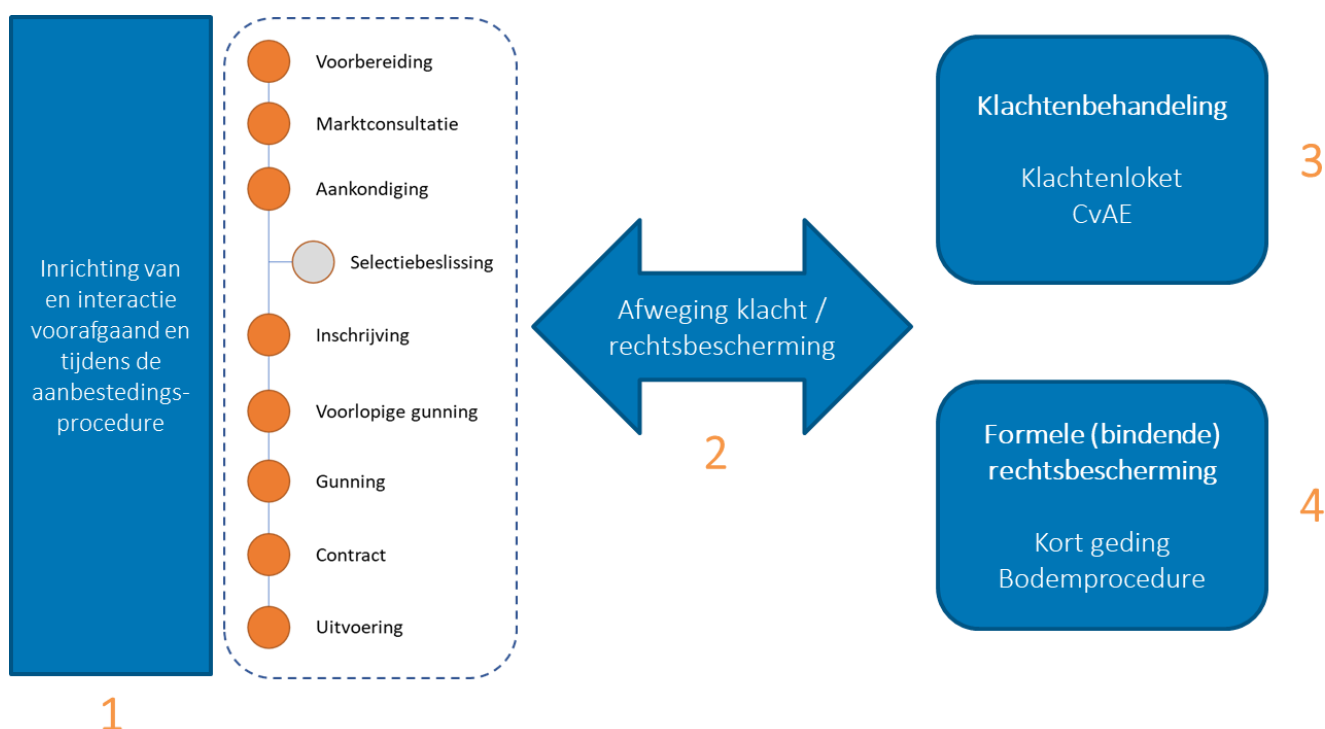
Aandachtspunt 4. Het gebruik van rechtsbeschermingsmogelijkheden is beperkt in verhouding tot het aantal aanbestedingsprocedures en de totale omvang (in euro's) van de aanbestede opdrachten. In Nederland wordt voor ongeveer 73 miljard euro per jaar aanbesteed. Het gaat om circa 8.000 procedures boven de drempel en vermoedelijk een veelvoud daarvan aan procedures onder de drempel. Het aantal klachten en rechtszaken is in verhouding tot het aantal aanbestedingsprocedures zeer beperkt te noemen (zie paragraaf 3.3 voor een uitgebreide toelichting op de omvang van klachtenafhandeling en rechtsbescherming). Door een roze bril bekeken zou kunnen worden gesteld dat blijkbaar er weinig te klagen valt. Met een zwarte bril op zou je kunnen constateren dat de drempels om te klagen en/of over te gaan tot rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk als groot worden ervaren en dat de aantallen daarmee het spreekwoordelijke puntje van de ijsberg zijn. Om een zo volledig mogelijk beeld te krijgen van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk hanteren we daarom een brede scope. Deze is schematisch weergegeven in het figuur op de volgende pagina.

In formele zin is rechtsbescherming een bindende uitspraak van een onafhankelijke rechter. Omdat ervaren problemen en signalen zich ook elders in het systeem afspelen, gaan we ook in op de inrichting van en interactie tijdens de aanbestedingsprocedure en de afweging van inschrijvers om – al dan niet – te klagen of rechtsbescherming in te schakelen (zie hoofdstuk 3). Vervolgens gaan we in op de ervaringen met klachtenbehandeling (hoofdstuk 4 en 5) en rechtsbescherming (hoofdstuk 6).

¹⁰ Zie: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/01/24/brief-over-inkoop-en-aanbesteden-in-het-sociaal-domein>.

¹¹ Voor de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijn zie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/ALL/?uri=CELEX:32007L0066>.

¹² Rechterlijke macht 2017: van de 155 uitspraken hadden er 121 betrekking op procedures boven de drempel (29 onder de drempel en bij 5 is het onbekend). CvAE maart 2017 - maart 2018: van de 60 klachten hadden er 40 betrekking op procedures boven de drempel.



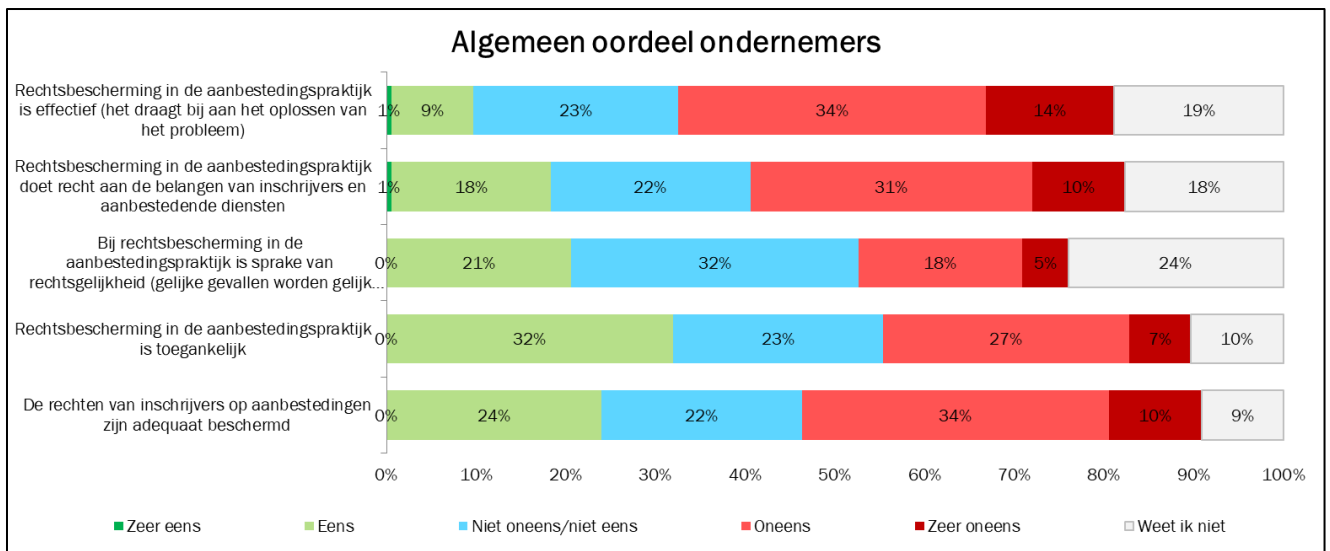
Figuur 5 - Schematische weergave scope onderzoek.

2.3. Percepties functioneren rechtsbescherming

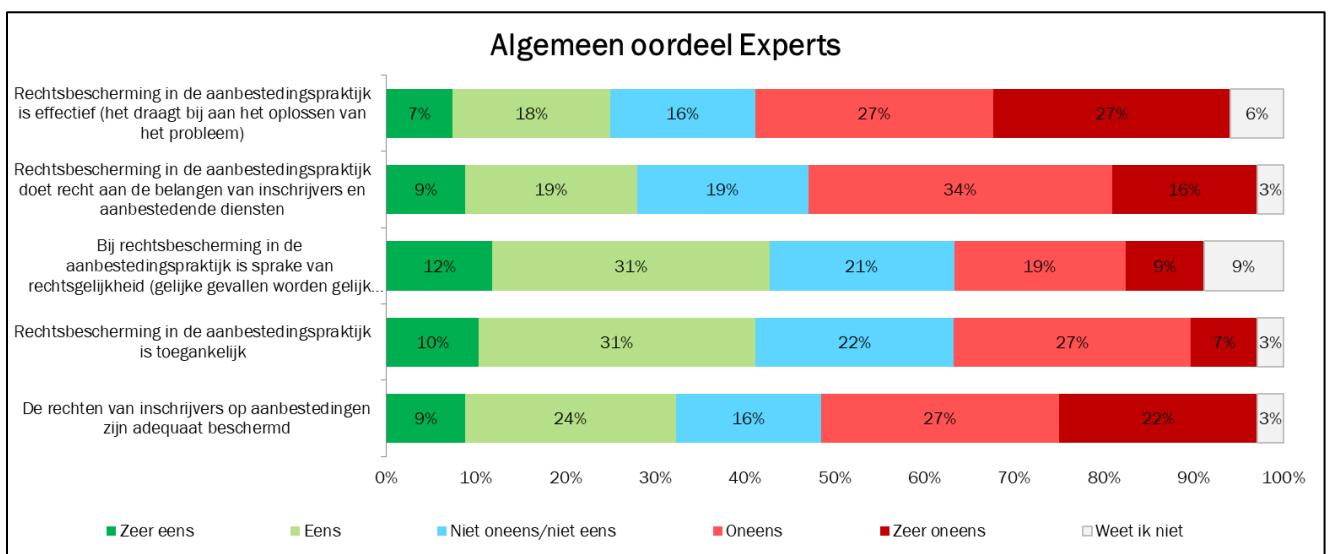
In de enquête is aan respondenten gevraagd wat hun algemene beeld is van de staat van de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Worden de rechten van ondernemers adequaat beschermd? Is rechtsbescherming toegankelijk? Is rechtsbescherming effectief? Gezien het feit dat 334 personen de enquête hebben ingevuld, kan geen volledig representatief beeld worden gegeven van de signalen en problemen van de totale populatie van ondernemers en aanbestedende diensten. Daarnaast zal er een zeker selectie-effect hebben opgetreden: met name ondernemers die ooit te maken hebben gehad met rechtsbescherming, hebben de enquête ingevuld; met name aanbestedende diensten die rechtsbescherming goed op het netvlies hebben, hebben de enquête ingevuld. De resultaten uit de enquête moeten dus als indicatief worden beschouwd.

Desalniettemin valt te stellen dat respondenten uit de ondernemershoek zeer kritisch zijn. Uit de figuren op de volgende pagina blijkt dat grote delen van de ondernemers (n=175) niet vinden dat rechtsbescherming adequaat is. Ook experts (adviseurs, juristen en wetenschappers die zowel voor aanbestedende diensten als ondernemers kunnen werken, n=68) zijn overwegend kritisch. Aanbestedende diensten (n=82) oordelen juist heel anders. De grote meerderheid is van mening dat rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk adequaat is.

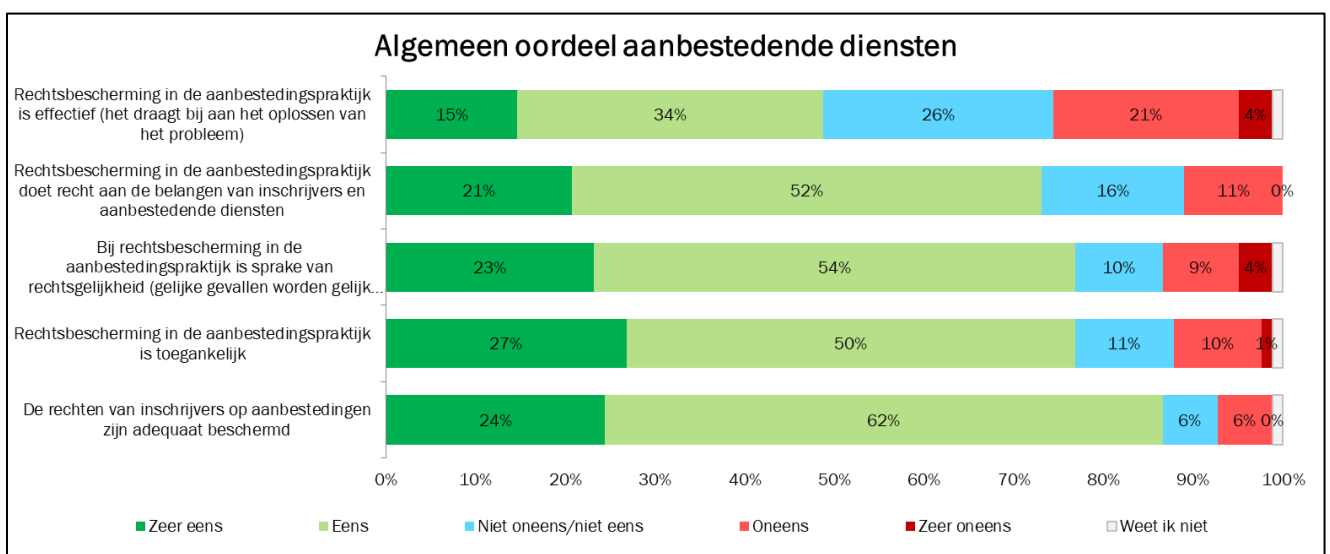
Wanneer de enquêteresultaten worden voorgelegd aan ondernemers, experts en aanbestedende diensten, wordt het beeld herkend. Ondernemers en experts geven aan de grote onvrede te herkennen en ook aanbestedende diensten herkennen de kritiek vanuit de ondernemerskant. Ook in de interviews voorafgaand en na de enquête kwamen overeenkomstige beelden naar voren. Op hoofdlijnen valt dus te stellen dat ondernemers daadwerkelijk problemen ervaren met betrekking tot rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk.



Figuur 6 - Algemeen oordeel rechtsbescherming: ondernemers (n=175).



Figuur 7 - Algemeen oordeel rechtsbescherming: experts (n=68).



Figuur 8 - Algemeen oordeel rechtsbescherming: aanbestedende diensten (n=82).

In de volgende hoofdstukken behandelen we de ervaren problematiek aan de hand van de verschillende losse onderdelen binnen het systeem van rechtsbescherming: de aanbestedingsprocedure zelf, de klachtenloketten van aanbestedende diensten, de Commissie van Aanbestedingsexperts en de gerechtelijke mogelijkheden. In hoofdstuk 7 gaan we in op de conclusies en zetten we uiteen welke verbetermogelijkheden er zijn voor de ervaren problemen, en welke voor- en nadelen de verbetermogelijkheden met zich meebrengen.

3. Ervaringen tijdens de aanbestedingsprocedure

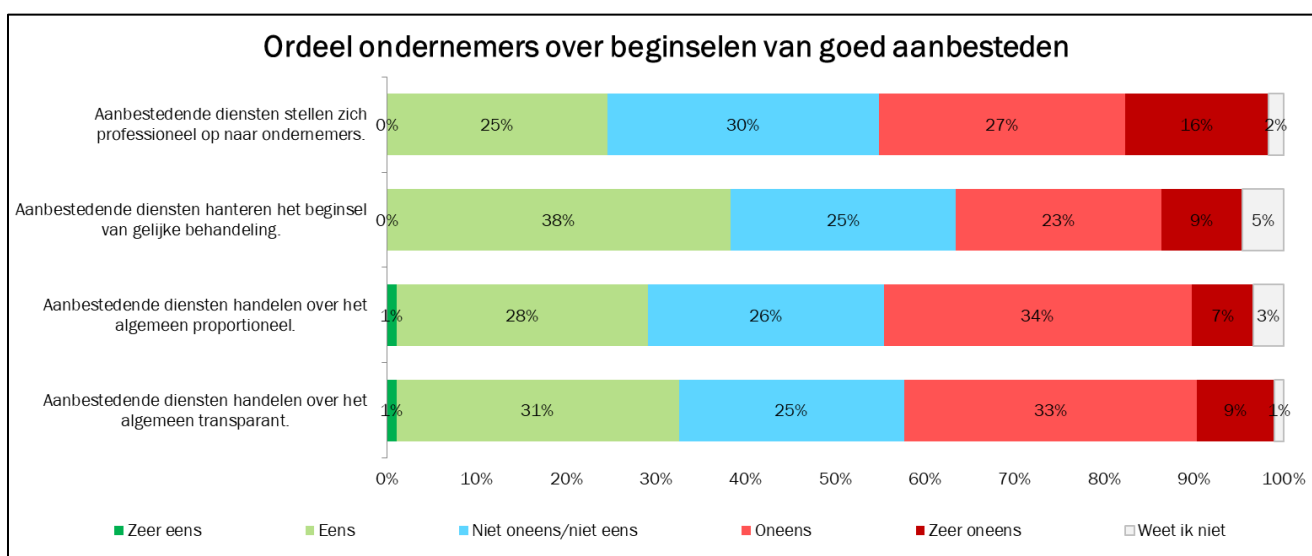
In dit hoofdstuk staan we stil bij de ervaringen van inschrijvers en aanbestedende diensten tijdens de aanbestedingsprocedure. We gaan allereerst in op het gedrag van de betrokken partijen en de interactie tussen hen. Daarnaast staan we stil bij de planning van aanbestedingsprocedures en de termijnen die worden gesteld, in relatie tot rechtsbescherming voor inschrijvers. We sluiten het hoofdstuk af met een beschouwing van de afwegingen die spelen bij ondernemers om tijdens (of na) een procedure over te gaan tot het invoeren van rechtsbescherming en de rol die het Grossmann-arrest hierbij speelt.

3.1. Gedrag en interactie

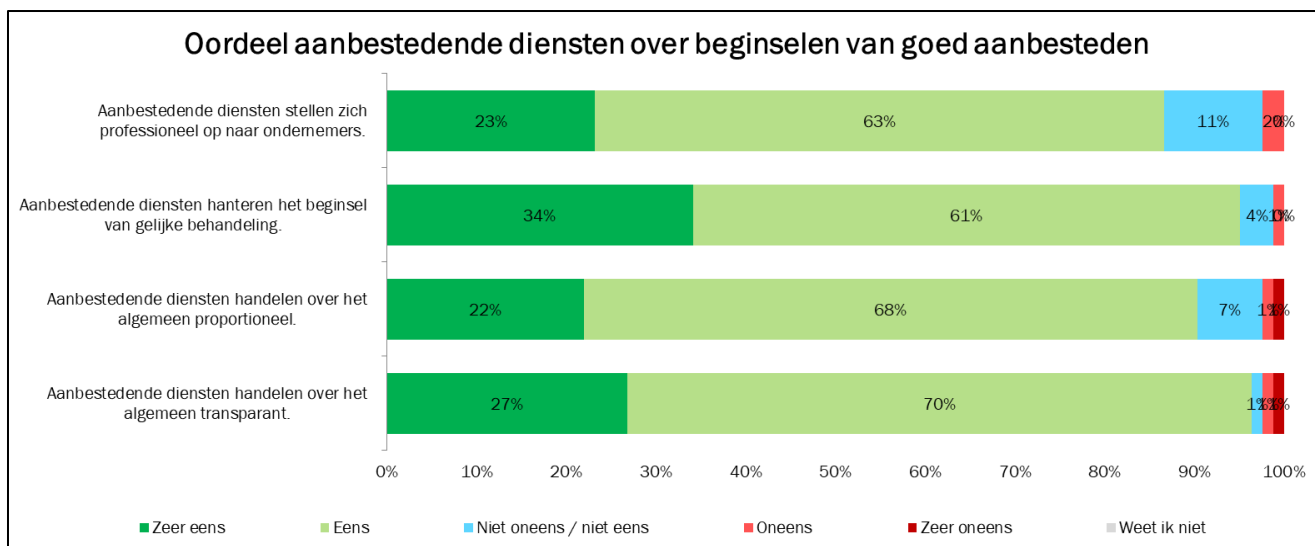
Bevinding 1. Ervaren problemen en signalen met betrekking tot aanbestedingsprocedures hangen met name samen met houding, gedrag en professionaliteit. Veelal wordt de omgang met de regels als knellend ervaren, niet zozeer de regels zelf.

Uit de gesprekken komt naar voren dat veel van de ervaren problemen en signalen met betrekking tot aanbestedingsprocedures samenhangen met houding, gedrag, professionaliteit van aanbestedende diensten en interactie tussen de betrokken partijen. Veelal worden niet zozeer de regels zelf als knelpunt ervaren, als wel de omgang met deze regels door aanbestedende diensten. Het beeld dat hierbij naar voren komt is dat veel aanbestedende diensten zich professioneel opstellen en zorgvuldig met de belangen van inschrijvers omgaan, maar ook dat een deel van de aanbestedende diensten hier steken laat vallen.

Dit beeld wordt onderstreept door de respondenten van de enquête. Wanneer ondernemers (n=175) wordt gevraagd hoe aanbestedende diensten over het algemeen scoren op de beginselen van goed aanbesteden, komt een sterk kritisch beeld naar voren. Aanbestedende diensten die de enquête hebben ingevuld (n=82) delen deze opvatting niet.



Figuur 9 - Oordeel ondernemers over beginselen van goed aanbesteden (n=175).



Figuur 10 - Oordeel aanbestedende diensten over beginselen van goed aanbesteden (n=82).

Met name de risico-aversiteit en focus op rechtmatigheid worden genoemd als belangrijke verklaringen voor deze kritische scores. Aanbestedende diensten zouden hun aanbestedingsprocedures “dichttimmeren” om (juridische) problemen te voorkomen en de aanbestedingsprocedure zonder vertraging te doorlopen. De doelmatigheid en proportionaliteit van de procedure zouden hiermee onder druk komen te staan. Wanneer wordt gevraagd naar concrete problemen die worden ervaren, noemen ondernemers onder andere de volgende voorbeelden:

- Afwijken van Gids proportionaliteit zonder goede motivering
- Ontoereikende antwoorden op nota's van inlichtingen
- Geen ruimte bieden om kleine foutjes te corrigeren
- Subjectiviteit van kwalitatieve beoordelingscriteria in relatie tot summier motivering van gunningsbeslissingen
- Vergaande toepassing en oprekken van het Grossmann-arrest (zie ook paragraaf 3.3)

Volgens zowel ondernemers als aanbestedende diensten komen dergelijke problemen minder vaker voor wanneer aanbestedende diensten zich er goed van bewust zijn dat inkoop een belangrijke route is om maatschappelijke doelen te verwezenlijken, zij kennis hebben van inkopen en de te benaderen markt. Wanneer dit aanwezig is bij aanbestedende diensten, volgt daaruit dat goede beantwoording van vragen, correcties in de procedure en proportionaliteit ook in het belang van zijn de aanbestedende dienst. Het uiteindelijke product dat wordt ingekocht en de relatie die wordt aangegaan met de leverancier zal hierdoor van hogere kwaliteit zijn.

De betrokkenheid van een intermediair/inkoopbureau aan de zijde van de aanbestedende dienst kan hierbij volgens gesprekspartners compliceren. Waar een aanbestedende dienst gebaat is bij een goede opdrachtformulering en een duurzame relatie met de uiteindelijke opdrachtnemer, heeft een intermediair/inkoopbureau als opdracht de procedure zo goed en probleemloos mogelijk te doorlopen. Een aanbestedende dienst zou dus gebaat zijn bij goede vragen en correcties in de procedure, wanneer deze zouden leiden tot een beter product. Een intermediair/inkoopbureau heeft deze prikkels minder. Dit beeld verschilt overigens wel per intermediair en per branche.

Bevinding 2. Er komen verschillende problemen en signalen naar voren die betrekking hebben op communicatie/interactie.

Zowel ondernemers als aanbestedende diensten onderstrepen het belang van een dialoog voor-, tijdens- en na de procedure. In de praktijk wordt terughoudendheid ervaren om het gesprek aan te gaan of worden de mogelijkheden voor dit gesprek als beperkt ervaren. Er is volgens experts echter meer mogelijk om een dialoog

tussen inschrijvers en aanbestedende dienst te faciliteren dan waar in praktijk gebruik van wordt gemaakt.¹³ Wanneer niet van deze mogelijkheden gebruik wordt gemaakt, verloopt de interactie tijdens procedure uitsluitend via Nota van Inlichtingen. Enerzijds is dit een laagdrempelige stap om vroeg in het proces aan te kaarten. Anderzijds worden er rond de Nota van Inlichtingen verschillende problemen ervaren. Zo laat de kwaliteit van de reactie op vragen, zoals eerder ook genoemd, vaak te wensen over. Vragen zouden niet serieus genomen worden en antwoorden zouden kort en zonder motivering zijn.

Aanbestedende diensten zijn tot slot op hun beurt ook kritisch op het gedrag van sommige inschrijvers tijdens aanbestedingsprocedures. Voorbeelden die worden genoemd zijn:

- De kwaliteit van de vragen in de Nota van Inlichtingen kan te wensen overlaten (veel vragen / aanbestedingsdocumenten niet goed gelezen). Ook wordt aangegeven dat de Nota van Inlichtingen door inschrijvers als juridisch vragenspel wordt gebruikt en niet meer alleen bedoeld is voor het helder krijgen van de opdracht.¹⁴
- Inschrijvers zijn soms beperkt op de hoogte over de regels rondom aanbesteden, dit kan tot onbegrip leiden.
- Inschrijvers klagen weinig / wachten tot laat in de procedure om vragen of klachten voor te leggen.
- Een zittende leverancier heeft (financieel) belang om rechtsmiddelen aan te wenden bijvoorbeeld na een verloren aanbesteding: de lopende overeenkomst loopt langer door en inkomsten hiervan zijn bij het aanwenden van rechtsmiddelen (bij omvangrijke contracten) veelal hoger dan de kosten.

3.2. Planning en termijnen

Bevinding 3. Planning en termijnen van aanbestedingsprocedures worden als krap ervaren. De ruimte om binnen de doorlooptijd van de procedure om te gaan met 'onvoorziene vertragingen' is beperkt.

De hiervoor beschreven interactie speelt zich af in context waarbij tijd (en timing) een belangrijke rol speelt. Immers, de aanbestedende dienst wil doorgaans het liefst zo snel mogelijk de dienst, de levering of het werk afnemen. Om de kwaliteit van inschrijvingen te borgen, is het echter toch van belang genoeg ruimte te creëren in de planning. De Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aanbestedingswet) bepaalt de minimumtermijnen die moeten worden gehanteerd voor procedures boven de Europese drempel. Voor procedures onder de Europese drempel gelden deze minimumtermijnen uit de Aanbestedingswet niet. Bij het aanbesteden van Werken onder de drempel dient gebruik gemaakt te worden van het ARW 2016 (het Aanbestedingsreglement Werken).¹⁵ Het ARW voorziet wel in verplichte minimumtermijnen. Voor leveringen en diensten onder de drempel bestaat een dergelijk reglement niet. De aanbestedende dienst kan daar dus zelf de termijnen bepalen maar in de jurisprudentie staat dat bij het bepalen van de termijn je rekening moet houden met algemene beginsel van behoorlijk bestuur / 'fair play beginsel'. Tot slot is in de Gids Proportionaliteit is opgenomen dat aanbestedende diensten (indien de wet minimumtermijnen stelt) in overweging dienen te nemen of de gestelde termijnen reëel en proportioneel zijn in relatie tot de te ondernemen actie.

Ondernemers geven aan dat zij de door aanbestedende diensten gehanteerde termijnen als krap ervaren. Daarnaast laten plannings volgens ondernemers weinig ruimte voor onvoorziene vertragingen. Bijvoorbeeld vertragingen die ontstaan doordat ondernemers vragen of klachten hebben, die zouden moeten leiden tot wezenlijke wijzigingen in de procedure. Aanbestedende diensten zouden geneigd zijn deze vragen en klachten niet goed op te pakken, omdat er, vanwege tijdsdruk, geen ruimte is om de gevraagde wijzigingen in de procedure of aanvraag door te voeren. In hoofdstuk 4 en 5 gaan wij hier nader op in voor respectievelijke

¹³ Overigens, de mogelijkheden voor dialoog verschillen voor opdrachten boven en onder de Europese drempelwaarde. Boven de drempelwaarde is in ieder geval een Nota van Inlichtingen verplicht.

¹⁴ Soms ingegeven door de toepassing van het Grossmann-arrest, zie ook 3.3.

¹⁵ Kanttekening: het ARW is ook geschikt gemaakt voor bouwgerelateerde diensten.

klachten die binnenkomen bij het loket van de aanbestedende dienst zelf en klachten die binnenkomen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Aanbestedende diensten, die zijn gesproken tijdens het onderzoek, geven aan dat het inderdaad van belang is om voldoende tijd te nemen voor een aanbestedingsprocedure en op tijd te beginnen met de procedure en/of de voorbereiding ervan (bijvoorbeeld door middel van een marktconsultatie). Wederom geldt hierbij dat, wanneer aanbestedende diensten zich er goed van bewust zijn dat inkoop een belangrijke route is om maatschappelijke doelen te verwezenlijken, hier bewuster over wordt nagedacht. Vanuit aanbestedende diensten wordt echter ook opgemerkt, dat termijnen en planningen niet onbeperkt ruim kunnen worden ingericht. De inkoop van een dienst, werk of levering moet ook binnen een redelijke termijn kunnen worden volbracht, om als aanbestedende dienst je doelen te kunnen bereiken.

Een specifieke termijn tot slot die door ondernemers als krap wordt ervaren, is de standstill periode (ook wel opschortende termijn of verlengde Alcatel-termijn) na gunning. Bij opdrachten boven de Europese drempelwaarde moet binnen deze termijn van 20 dagen een inschrijver die het niet eens is met de gunningsbeslissing, een dagvaarding aanhangig maken, om definitieve gunning te voorkomen. Bij selectiebeslissingen en procedures onder de drempelwaarde is er geen minimumtermijn en is de standstill meestal korter dan 20 dagen. In paragraaf 6.2 wordt hier nader op ingegaan.

3.3. Afwegingen rondom rechtsbescherming en de toepassing van het Grossmann-arrest

Bevinding 4. In verhouding tot het totale aantal aanbestedingsprocedures en het inkoopvolume (in euro's) wordt er door inschrijvers weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheden tot klachtenafhandeling en rechtsbescherming. Hiervoor worden uiteenlopende redenen genoemd samenhangend met kosten, baten, reputatie, beschikbare tijd en timing.

Vergeleken met het totale volume aan inkoop door Nederlandse aanbestedende diensten, is het aantal ondernemers dat overgaat tot het indienen van een klacht of het invoeren van rechtsbescherming laag. In Nederland wordt voor ongeveer 73 miljard per jaar aanbesteed.¹⁶ Het gaat om circa 8.000 procedures boven de drempel en vermoedelijk een veelvoud daarvan aan procedures onder de drempel. Het aantal klachten en rechtszaken is als volgt:

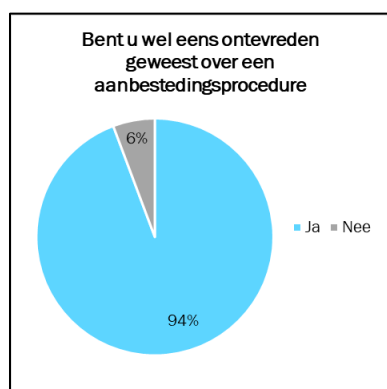
- Het aantal klachten dat bij klachtenloketten binnenkomt is onbekend. Uit de gesprekken en focusgroepen komt het beeld naar voren dat het aantal klachten dat binnenkomt bij aanbestedende diensten laag is, enkele uitzonderingen daargelaten. Ook in bij de open antwoordmogelijkheden in de enquête is door veel aanbestedende diensten aangegeven dat zij geen of weinig klachten ontvangen bij het meldpunt. Uit de enquête blijkt dat 35% van de ondernemers (n=143) wel eens een klacht heeft ingediend bij een meldpunt van een aanbestedende dienst.
- Gedurende de eerste drie jaar van de Commissie van Aanbestedingsexperts nam het aantal ingediende klachten jaarlijks toe. Van het derde jaar naar het vierde jaar halveert het aantal ingediende klachten, waarna het zich lijkt te stabiliseren rond een zestigtal klachten per jaar. Er worden naar verhouding meer klachten in behandeling genomen.

¹⁶ Laatst beschikbare cijfers dateren uit 2016 over het jaar 2015. Zie: <https://www.piano.nl/sites/default/files/documents/documents/inkoopvolume-van-nederlandse-overheid-september2016.pdf>.

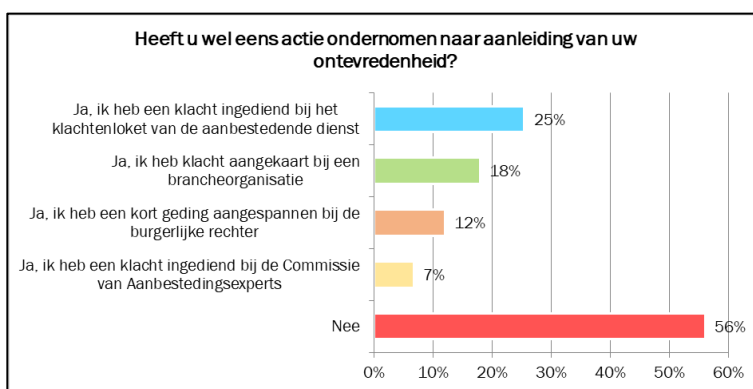
Feiten & Cijfers - klachten ¹⁷	2013-2014	2014-2015	2015-2016	2016-2017	2017-2018	2018-2019
Aantal ingediende klachten	70	102	117	57	59	n.n.b.
Aantal in behandeling genomen klachten	47	63	88	42	54	n.n.b.
Aantal klachten waarover advies is uitgebracht	24	40	61	72	36	n.n.b.

- Het aantal rechtszaken (waarvan het vonnis is gepubliceerd) lag in 2016 op 164 (waarvan 140 kort gedingen), in 2017 op 155 (waarvan 137 kort gedingen) en in 2018 op 129 (waarvan 104 kort gedingen).

Wanneer ondernemers wordt gevraagd of ze wel eens ontevreden zijn geweest over een aanbestedingsprocedure, en of ze naar aanleiding daarvan actie hebben ondernomen, komt het volgende beeld naar voren (n=175).



Figuur 11 - Ontevredenheid aanbestedingsprocedures (n=175).



Figuur 12 - Actie naar aanleiding van ontevredenheid. Meerdere antwoorden mogelijk (n=134).

Ondernemers zijn dus nagenoeg allemaal wel eens ontevreden geweest over (aspecten van) een aanbestedingsprocedure. Ruim de helft geeft aan naar aanleiding van de ontevredenheid geen actie te hebben ondernomen. Wanneer wordt gevraagd naar redenen waarom niet wordt overgegaan tot klachtenafhandeling en/of rechtsbescherming, geven respondenten en gesprekspartners uiteenlopende antwoorden. Hieronder behandelen wij de meest genoemde overwegingen:

- **Angst voor reputatieschade.** Behoud van reputatie en de concurrentiepositie van de inschrijver worden het meest genoemd als redenen om geen gebruik te maken van klachtenafhandeling en/of rechtsbescherming. Concreet geven inschrijvers aan dat zij bang zijn voor een ongunstige beoordeling in een lopende procedure en voor uitsluiting van (meervoudig) onderhandse aanbestedingen in toekomst. In hoeverre dergelijke praktijken echt voorkomen is niet vast te stellen. Veel gesprekspartners vanuit zowel inschrijvers, belanghebbenden als aanbestedende diensten beschikken over anekdotes. Ook is er concreet bewijs van een aanbestedende dienst die dreigt met uitsluiting van toekomstige meervoudig onderhandse procedures wanneer een kort geding aanhangig wordt gemaakt.¹⁸
- **Niet passende termijnen.** De doorlooptijden van klachtenafhandeling door klachtenloketten en de CvAE passen vaak niet op de doorlooptijden die in aanbestedingsprocedures worden gehanteerd en hebben geen opschortende werking (zie ook hoofdstuk 4 en 5). Daar komt bij dat inschrijvers eerst een klacht bij het klachtenloket moeten indienen alvorens naar de CvAE te kunnen stappen.

¹⁷ Toelichting: Jaarrapportages lopen van maart jaar X tot maart jaar Y. Indicatoren bepaald aan de hand van de rapportage uit 2016. Indicatoren verschillen soms tussen rapportages, daarom ontbreken incidenteel gegevens.

¹⁸ Zie: ECLI:NL:RBOBR:2015:2162 - KG RB Oost-Brabant 14 april 2015.

- **Kosten.** Kosten van rechtsgang kan inschrijvers belemmeren om gebruik te maken van rechtsbescherming wanneer de marges en/of de omvang opdracht klein is.¹⁹ Klachtenafhandeling is gratis maar kost wel tijd. Met name bij leveringen en diensten onder de Europese drempel is het aannemelijk dat de omvang van de opdracht veelal niet toereikend is om rechtsbescherming in te schakelen. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat 81% van de rechtszaken over procedures boven de Europese drempel gaat.
- **Inschatting van de kans op succes is laag.** De ingeschatte kans op een gewenste uitkomst van rechtsbescherming is laag. Dit wordt vaak genoemd als overweging om niet over te gaan tot rechtsbescherming. In een kort geding wordt de vordering van de eiser veelal niet toegewezen (2016: 140 uitspraken in kort geding; in 107 gevallen is de vordering afgewezen; 2017: 139 uitspraken in kort geding; in 115 gevallen is vordering afgewezen; 2018: 104 uitspraken in kort geding; in 83 gevallen is de vordering afgewezen). Bij de Commissie van Aanbestedingsexperts werd in het rapportagejaar 2017/2018 een klacht in 11 van de 36 gevallen gegrond verklaard en in 15 van de 36 gevallen gedeeltelijk gegrond.
- **Inschatting van de kans op effect is laag.** Wanneer de eiser wel in het gelijk wordt gesteld is de ingeschatte kans op het gewenste effect vervolgens ook laag. Immers, indien de vordering van de eiser wordt toegewezen betekent dit veelal niet dat eiser de opdracht ook daadwerkelijk gegund krijgt (zie paragraaf 6.4). Wanneer een ondernemer in het gelijk wordt gesteld door de CvAE is dit niet bindend (zie paragraaf 5.4).
- **Waiting game.** Wanneer bijvoorbeeld de aanbestedingsregels niet juist zijn toegepast is het in het belang van alle inschrijvers om in actie te komen. Tegelijkertijd zal een individuele inschrijver niet altijd geneigd zijn om actie te ondernemen vanwege bovenstaande overwegingen. Het is voor een individuele ondernemer gunstiger wanneer een ander in actie komt. Eventueel kunnen brancheorganisaties het belang van het collectief vertegenwoordigen (uitsluitend voordat de opdracht is gegund). Bijvoorbeeld de Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra controleert aanbestedingen gevraagd en ongevraagd op fouten en kan actie ondernemen richting de aanbestedende dienst zodat dit niet aan de individuele inschrijver is.²⁰

Bevinding 5. Bij onduidelijkheden en onjuistheden in de aanbestedingsdocumenten kunnen inschrijvers om een toelichting vragen. Als een inschrijver niet tijdig klaagt over onvolkomenheden in de procedure, heeft deze zijn rechten in beginsel verwerkt vanwege het Grossmann-arrest. Het beeld is dat aanbestedende diensten het Grossmann-arrest aangrijpen om zeer strenge eisen te stellen aan de tijdigheid van klagen en procederen.

Wanneer ondernemers op basis van (een deel van) de bovengenoemde overwegingen niet besluiten om al tijdens de procedure hun vragen of klachten kenbaar te maken, lopen zij het risico hun recht op naleving van de aanbestedingsregels te verliezen (zogenaamde rechtsverwerking), behoudens de werking van redelijkheid en billijkheid die ertoe kan leiden dat de aanbestedende dienst zich in redelijkheid niet op rechtsverwerking kan beroepen. Dit risico vloeit voort uit het Grossmann-arrest van het Hof van Justitie.²¹ Het Grossmann-arrest houdt volgens de Nederlandse jurisprudentie in dat een inschrijver, die ontevreden is met de informatie of bepalingen in aanbestedingsstukken of de nota van inlichtingen, niet dient te wachten met het indienen van een bezwaar tot het moment van ontvangst van de gunningsbeslissing, maar proactief moet handelen. Indien een inschrijver dit niet doet, kan het voorkomen dat zijn vordering(en) door de rechter als niet ontvankelijk wordt (worden) verklaard. Dit om te borgen dat eventuele tekortkomingen vroeg op tafel komen en nog tijdens de aanbestedingsprocedure opgepakt kunnen worden. Het belang van tijdig klagen (het uitgangspunt van rechtsverwerking) wordt door iedereen onderschreven. Het beeld is dat aanbestedende diensten het arrest aangrijpen om zeer strenge eisen te stellen aan de tijdigheid van klagen en procederen en door clausules in de aanbestedingsstukken zelfs verdergaande eisen stellen dan voortvloeien uit het leerstuk van rechtsverwerking

¹⁹ Verschillende gesprekspartners schatten in dat deze kosten rond de € 15.000,- uitkomen voor een kort geding.

²⁰ Zie: <http://www.aanbestedingsinstituut.nl/wat-is-aanbestedingsinstituut/>

²¹ Zie: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?qid=1478261158691&uri=CELEX:62002CJ0230>.

en het betreffende arrest. Aangegeven wordt dat in sommige gevallen van inschrijvers wordt verwacht dat ze al voor de inschrijving een kort geding aanhangig maken om te voorkomen dat ze hun rechten verliezen. De toepassing van het Grossmann-arrest is hiermee volgens ondernemers en experts, in vergelijking met andere Europese landen, “doorgeslagen.”

Volgens ondernemers en experts komen inschrijvers hiermee in een spagaat te zitten: enerzijds spelen er overwegingen om niet over te gaan tot het aankaarten van een probleem (bijvoorbeeld de angst voor reputatieschade of de waiting game), anderzijds lopen inschrijvers het risico hun rechten te verliezen wanneer ze niets doen. Daarnaast komt de verantwoordelijkheid voor het opsporen van een fout in de aanbestedingsprocedure volgens ondernemers hiermee in de praktijk ook bij de inschrijver te liggen: wanneer een aanbestedende dienst een fout heeft gemaakt in de aanbestedingsprocedure en de inschrijver deze niet opmerkt, kan de inschrijver zich op een later moment niet beroepen op deze fout om een gunningsbeslissing aan te vechten.

Uiteindelijk (als het tot een civielrechtelijke procedure komt) is het aan de rechter om de toepassing van het Grossmann-arrest in het betreffende geval te toetsen. Inschrijvers en experts geven aan dat als gevolg van de doorgeslagen toepassing van het Grossmann-arrest disproportioneel veel eisen niet ontvankelijk worden verklaard, waardoor hun zaak niet inhoudelijk behandeld zal worden. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat in 2017 en 2018 bij 50 van de in totaal 275 zaken het Grossmann-arrest werd aangehaald door de aanbestedende dienst (18%). In 27 van deze 50 gevallen (54%) werd het Grossmann verweer aanvaard door de rechter.

Bevinding 6. Adviseurs van zowel aanbestedende diensten als inschrijvers kunnen adviseren het niet tot een rechtszaak te laten komen wanneer zij de winkansen te laag inschatten.

De advocaat van de inschrijver kan adviseren niet tot dagvaarding over te gaan wanneer hij de kansen op winst te laag inschat. Aan de andere zijde geldt dit ook. Wanneer de advocaat van de aanbestedende dienst van mening is dat de dagvaarding over een valide punt gaat, zal hij de aanbestedende dienst adviseren de procedure aan te passen of in trekken, dit met het doel het niet tot een kort geding te laten komen.

4. Ervaringen klachtenloketten

In dit hoofdstuk behandelen we de ervaringen die ondernemers en aanbestedende diensten hebben met de klachtenloketten van aanbestedende diensten. Allereerst staan we kort stil bij de organisatie van klachtenloketten bij aanbestedende diensten. In de tweede paragraaf beschrijven we de ervaringen rondom het indienen van een klacht. Vervolgens staan we stil bij de beoordeling van de klacht door het klachtenloket. Het hoofdstuk sluit af met een beschouwing van het effect van de klachtenloketten: op welke wijze dragen ze wel/niet bij aan het verbeteren van de rechtsbescherming van inschrijvers?

4.1. Organisatie klachtenloketten

Bevinding 7. Het is voor aanbestedende diensten niet verplicht om een intern klachtenloket op te richten. De meeste respondenten geven aan een klachtenloket te hebben (of te delen met een andere aanbestedende dienst). Er zijn grote onderlinge verschillen in de wijze waarop de loketten zijn georganiseerd.

Onderdeel van het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet 2012 is het advies 'Klachtenafhandeling bij aanbesteden.' Het advies bestaat uit twee elementen, een standaardklachtenregeling voor aanbestedende diensten (de basis voor de klachtenloketten) en een Commissie van Aanbestedingsexperts (zie volgend hoofdstuk). Het klachtenloket is bedoeld als een laagdrempelige route om fouten of problemen in de aanbestedingsprocedure aan te kaarten bij de aanbestedende dienst.²²

Het is voor aanbestedende diensten niet verplicht een intern klachtenloket op te richten. Hiervoor is destijds bewust gekozen door de beleidsmaker. Wat de reden achter deze keuze is, is niet uit de memorie van toelichting op te maken. Uit de enquête blijkt dat 82% van de aanbestedende diensten die de enquête hebben ingevuld (n=82) een eigen klachtenloket heeft en ongeveer 10% een klachtenloket deelt met andere aanbestedende dienst.

Uit de gesprekken komt naar voren dat de klachtenloketten in de praktijk op verschillende manieren zijn ingericht. Zo kan een klachtenloket bij een specifieke persoon van de inkoopafdeling, een andere afdeling (niet zijnde de inkoop afdeling), een andere aanbestedende dienst of extern worden belegd.

4.2. Indienen van een klacht

Bevinding 8. Het aantal klachten dat bij loketten wordt ingediend is niet bekend. Aanbestedende diensten geven – over het algemeen aan – weinig tot geen klachten te ontvangen via de loketten. Het grootste deel van de respondenten is bekend met de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij een klachtenloket van een aanbestedende dienst.

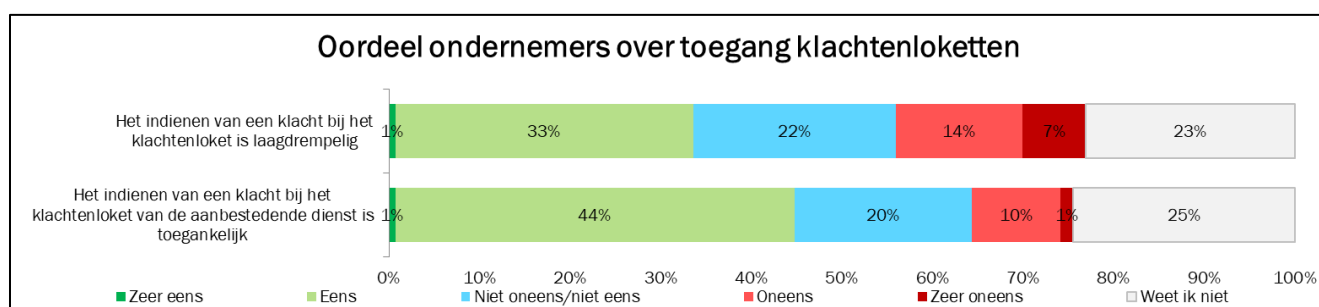
Het grootste deel van de respondenten uit de ondernemershoek, 82% (n=175), is bekend met de mogelijkheid een klacht in te dienen bij een klachtenloket van een aanbestedende dienst. Het daadwerkelijke aantal klachten dat bij klachtenloketten binnenkomt is onbekend. Uit de gesprekken en focusgroepen komt het beeld naar voren dat dit aantal laag is, enkele uitzonderingen daargelaten. Ook in de open antwoordmogelijkheden in de enquête is door veel aanbestedende diensten aangegeven dat zij geen of weinig klachten ontvangen bij het

²² Zie: https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/klachtenafhandeling-definitief1_0.pdf.

meldpunt. Uit de enquête blijkt dat 35% van de ondernemers (n=154) wel eens een klacht heeft ingediend bij een klachtenloket van de aanbestedende dienst.

Bevinding 9. In de praktijk wordt het klachtenloket doorgaans niet ervaren als een laagdrempelige route om fouten of problemen in de aanbestedingsprocedure aan te kaarten en op te lossen.

Het klachtenloket is zoals gezegd bedoeld als een laagdrempelige route: Het indienen van een klacht is kosteloos en het idee is dat inschrijver en aanbestedende dienst met elkaar in gesprek gaan om tot een passende oplossing te komen, om zo te voorkomen dat klachten nodeloos aan de rechter worden voorgelegd. Uit gesprekken en de enquête (n=143) komt naar voren dat inschrijvers het klachtenloket echter niet altijd als laagdrempelig zien. De in paragraaf 3.3 genoemde afwegingen spelen hier een rol, maar met name de vrees dat het indienen van een klacht weerslag heeft op je reputatie en gunfactor als inschrijver, maakt dat inschrijvers aangeven niet snel naar een klachtenloket stappen.



Figuur 13 – Oordeel ondernemers over toegang klachtenloketten (n=143).

Om het risico op reputatieschade te ontwijken, maken ondernemers soms gebruik van de mogelijkheid een klacht in te dienen via hun brancheorganisaties. Echter, niet alle brancheorganisaties vervullen deze functie (en niet alle bedrijven zijn aangesloten bij een brancheorganisatie en niet alle sectoren hebben brancheorganisaties).

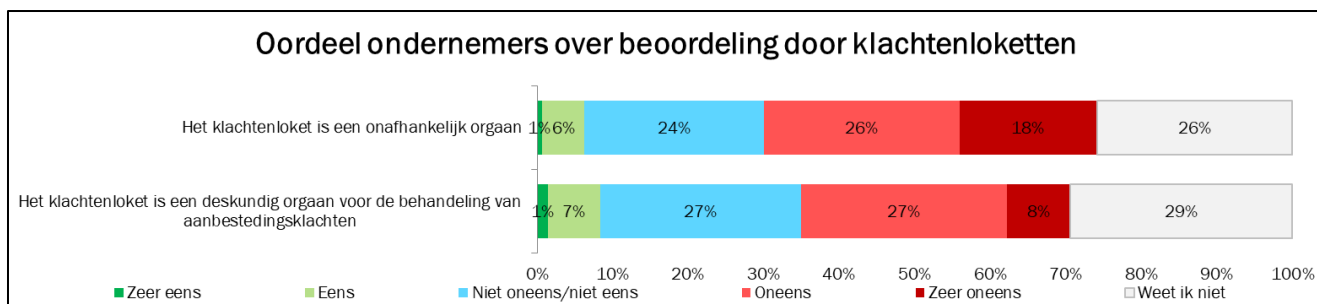
4.3. Beoordeling van een klacht

Bevinding 10. Er worden grote verschillen ervaren in de inrichting, professionaliteit en deskundigheid van de klachtenloketten.

Omdat klachtenloketten in de praktijk op verschillende manieren zijn ingericht, verschilt volgens gesprekspartners per aanbestedende dienst hoe professioneel het klachtenloket is. Zo kan een klachtenloket bij een specifieke persoon van de inkoopafdeling, een andere afdeling (niet zijnde de inkoop afdeling), een andere aanbestedende dienst of extern worden belegd. Het beeld is dat bij veel aanbestedende diensten de klachtenloketten goed op orde zijn. Bij sommige aanbestedende diensten zouden klachtenreglementen echter onduidelijk zijn, zouden klachten niet professioneel behandeld worden en zouden termijnen te lang (en/of onduidelijk) zijn.

Bevinding 11. De onafhankelijkheid van de klachtenloketten wordt veelal als punt van zorg genoemd.

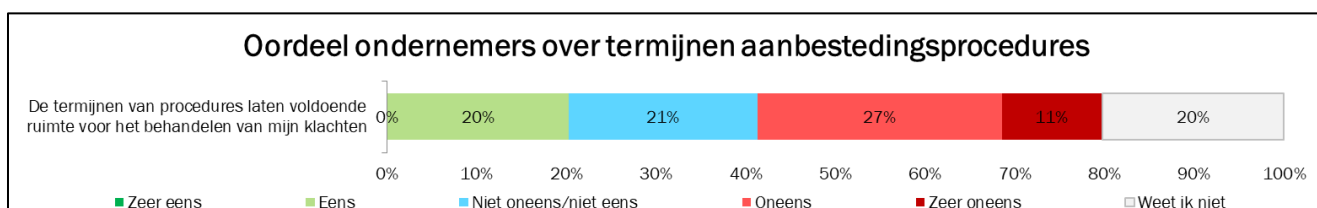
Omdat het een intern loket is, wordt door inschrijvers en aanbestedende diensten genoemd dat de klachtenloketten als onvoldoende onafhankelijk (kunnen) worden gezien. Er bestaan zorgen dat (bij met name de kleinere aanbestedende diensten) deze onafhankelijkheid niet goed geborgd is. Gevolg hiervan zou zijn dat klachten niet eerlijk worden behandeld: de behandeling van de klacht is meer gericht op het beschermen van de belangen van de aanbestedende dienst, dan op het oplossen van het probleem. De (schijn van) onvoldoende onafhankelijkheid maakt dat inschrijvers minder snel geneigd zullen zijn een klacht in te dienen.



Figuur 14 - Oordeel ondernemers over beoordeling door klachtenloketten (n=143).

Bevinding 12. Doorlooptijden behandeling klacht en aanbestedingsprocedure passen veelal niet.

Veel inschrijvers (en ook aanbestedende diensten) geven aan te ervaren dat de doorlooptijden van de behandeling van een klacht niet altijd goed passen bij de doorlooptijd van de aanbestedingsprocedure. Enerzijds wordt als probleem ervaren dat de doorlooptijden voor de behandeling van klachten lang zijn. Daarnaast is het beeld dat aanbestedingsprocedures vaak niet worden opgeschort door de aanbestedende dienst tijdens de behandeling van een klacht. Vanwege deze combinatie van factoren komen uitspraken van het klachtenloket vaak te laat. Dat wil zeggen dat er te weinig tijd is om de consequenties van de uitspraak mee te nemen in de inschrijving of de beslissing om überhaupt in te schrijven. Van de 41 respondenten uit ondernemershoek die aangeven dat zij wel eens een klacht hebben ingediend bij een aanbestedende dienst geven 22 (54%) aan dat deze niet binnen de termijn(en) van de aanbestedingsprocedure paste. Wanneer de gehele groep ondernemers (n=143) wordt gevraagd of termijnen van procedures voldoende ruimte laten voor het behandelen van klachten, ontstaat het onderstaande beeld.



Figuur 15 - Oordeel ondernemers over termijnen aanbestedingsprocedure (n=143).

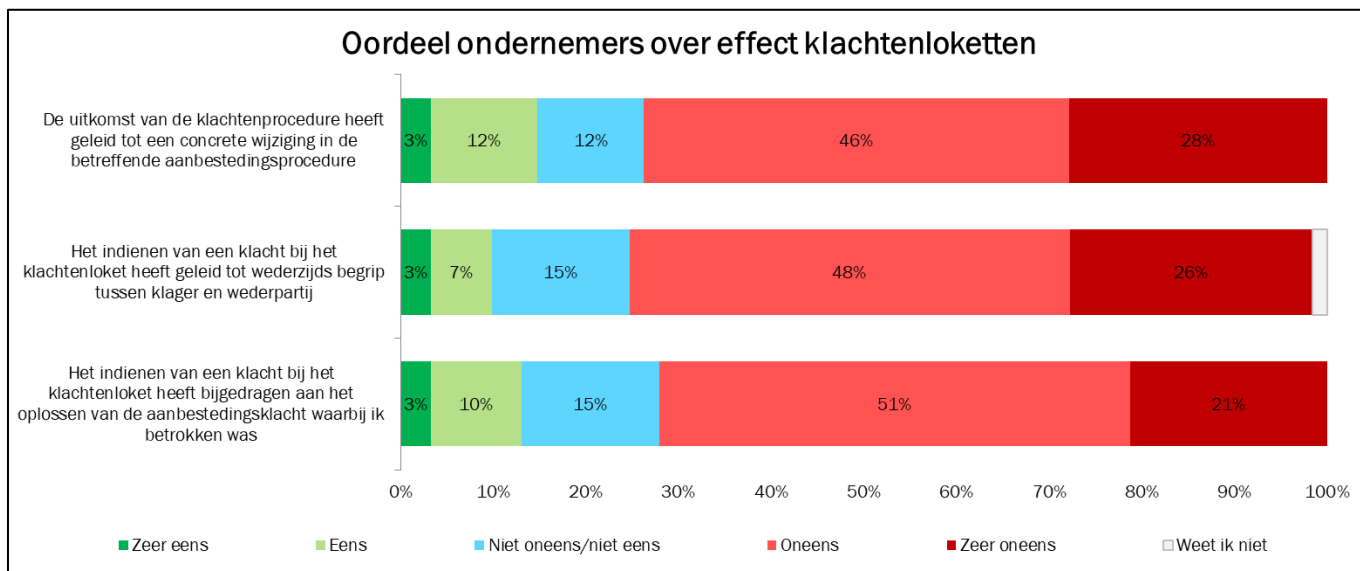
4.4. Effect klachtenloketten

Bevinding 13. Het klachtenloket en de bijdrage van klachtenloketten aan de oplossing van aanbestedingsklachten zijn in handen van de aanbestedende dienst die verantwoordelijk is voor de aanbesteding. Daarmee is de potentiële impact op het afhandelen van klachten groot. In de praktijk zijn inschrijvers – maar ook aanbestedende diensten – kritisch op de impact van klachtenloketten in het oplossen van problemen.

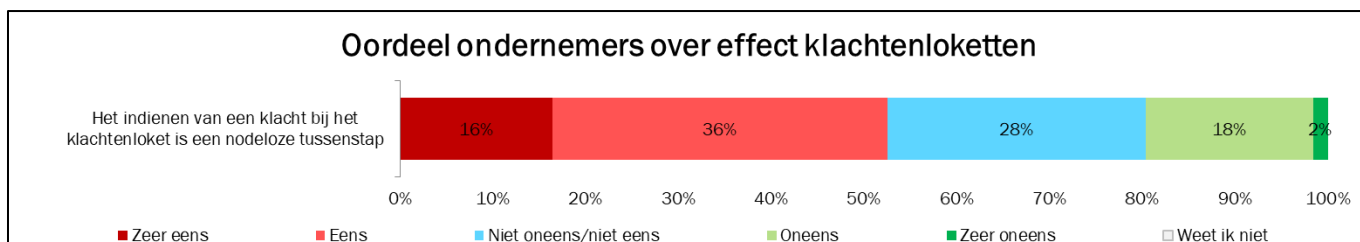
De mate waarin het indienen van een klacht bijdraagt aan het oplossen van het probleem, hangt af van de het oordeel van de aanbestedende dienst of de klacht gegrond is. Indien de klacht gegrond wordt verklaard en er wijzigingen in de aanbestedingsprocedure worden doorgevoerd, kan een klacht veel impact hebben. Een klacht kan echter ook (terecht) ongegrond worden verklaard. In dit geval zullen er geen wijzigingen plaatsvinden in de aanbestedingsprocedure. Wanneer een inschrijver het hier niet mee eens is, zal hij een andere route van klachtenafhandeling (CvAE) of rechtsbescherming moeten bewandelen.

Uit de enquête blijkt dat de meerderheid van de ondernemers kritisch is op het effect van klachtenloketten. In figuur 16 is te zien dat volgens ondernemers (n=143) de klachtenprocedure niet leidt tot een concrete wijziging in de aanbestedingsprocedure (74% (zeer) oneens), het indienen van een klacht niet heeft geleid tot wederzijds begrip (74% (zeer) oneens), en het indienen van een klacht bij de aanbestedende dienst niet heeft bijgedragen

aan het oplossen van de klacht (72% (zeer) oneens). 52% van de ondernemers geeft aan het (zeer) eens te zijn met de stelling: het indienen van een klacht is een nodeloze tussenstap. Ondanks deze kritische opvattingen zou 51% van de bevroagde ondernemers wel opnieuw een klacht indienen bij de aanbestedende dienst (figuur 18). Ook geeft 65% van de aanbestedende diensten aan dat zij op basis van klachtenprocedures via het klachtenloket hun aanbestedingsprocedures verbeteren.



Figuur 16 - Oordeel ondernemers over effect klachtenloketten 1 (n=143).



Figuur 17 - Oordeel ondernemers over effect klachtenloketten 2 (n=143).



Figuur 18 - Inschatting over volgende klacht (n=41).

5. Ervaringen Commissie van Aanbestedingsexperts

In dit hoofdstuk staan we stil bij de ervaringen van ondernemers, aanbestedende diensten en experts bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE). We gaan hierbij expliciet in op de rol die de CvAE speelt in het rechtsbeschermingsstelsel. Een uitgebreide evaluatie van de doelmatigheid en doeltreffendheid van de CvAE is opgenomen in bijlage 1. De eerste paragraaf van dit hoofdstuk staat kort stil bij de organisatie van de CvAE. Vervolgens gaan we in op het indienen van een klacht en de beoordeling van een klacht door de CvAE. Het hoofdstuk sluit af met een beschouwing van het effect van de CvAE: op welke wijze draagt de CvAE wel/niet bij aan het verbeteren van de rechtsbescherming van inschrijvers?

5.1. Organisatie CvAE

De CvAE geeft invulling aan art. 4.27 Aanbestedingswet. Deze wetsbepaling verzoekt de *“instelling van een commissie die tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures.”*²³

Het doel van de CvAE is door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. Dit kan tot gevolg hebben dat klachten niet hoeven te worden voorgelegd aan de rechter. Secundair doel van de Commissie is om de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten.

De CvAE bestaat sinds 2015 uit drie commissieleden en twee fte ondersteunend personeel. Daarnaast zijn in totaal 46 experts verbonden aan de CvAE. Zij hebben voornamelijk specifieke kennis over een bepaalde branche of inkoopprocedure.

5.2. Indienen van een klacht

Bevinding 14. Het aantal klachten dat bij de CvAE wordt ingediend is in het jaar 2016/2017 sterk afgenomen, de jaren daarna is het aantal klachten stabiel.

In de onderstaande tabel worden het aantal ingediende klachten, het aantal klachten dat in behandeling is genomen en het aantal uitgebrachte adviezen weergegeven. Te zien is dat het aantal klachten in het jaar 2016/2017 gehalveerd is ten opzichte van het jaar ervoor.

²³ De grondslag voor de Commissie van Aanbestedingsexperts is benoemd in 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.

Feiten & Cijfers - klachten ²⁴	2013-2014	2014-2015	2015-2016	2016-2017	2017-2018	2018-2019
Aantal ingediende klachten	70	102	117	57	59	53
Aantal in behandeling genomen klachten	47	63	88	42	54	39
Aantal klachten waarover advies is uitgebracht	24	40	61	72 ²⁵	36	27

Tabel 1 - Klachtenstatistieken.

Het is niet eenduidig vast te stellen wat de verklaring is voor deze daling in het aantal klachten. Verklaringen die in gesprekken zijn genoemd voor de afname van het aantal ingediende klachten zijn:

- Er is minder reden tot klagen; de aanbestedingspraktijk is geprofessionaliseerd;
- Er worden meer klachten ingediend bij klachtenloketten van aanbestedende diensten, waardoor het soms niet meer nodig is een klacht in te dienen bij de CvAE;
- De snelheid van de klachtbehandeling laat te wensen over: de klachtprocedure van een aanbestedende dienst kost vrij veel tijd, en de behandeling van een klacht door de CvAE kan ook enkele maanden duren als het geen spoedklacht is;
- Het idee is gaan leven dat het indienen van een klacht bij de CvAE toch geen nut heeft, aangezien veel gesprekspartners aangeven dat de aanbestedende diensten de adviezen vaak naast zich neerleggen.
- Onder ondernemers leeft het beeld dat het indienen van een klacht kan leiden tot reputatieschade bij de aanbestedende dienst;
- Een andere mogelijke verklaring kan de hoogconjunctuur van de afgelopen jaren zijn. Bij hoogconjunctuur hebben inschrijvers bijvoorbeeld meer keus aan welke procedures zij meedoen en kunnen zij procedures waar zij disproportionele eisen zien links laten liggen. Voor deze verklaring spreekt dat ook het aantal aanbestedingsgeschillen in kort geding is gedaald terwijl het aantal aanbestedingsprocedures niet is gedaald.

De CvAE kan naast het geven van een advies, ook bemiddelen bij een klacht. De meeste klachten lenen zich echter niet voor bemiddeling; sinds het bestaan van de CvAE is slechts incidenteel bemiddeld.

Bevinding 15. Meer dan de helft van de respondenten is bekend met de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de CvAE. In de praktijk wordt de CvAE door de meerderheid van de respondenten ervaren als een laagdrempelige route om fouten of problemen in de aanbestedingsprocedure aan te kaarten en op te lossen.

De CvAE stelt zich ten doel om via een laagdrempelige behandeling bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. Een inschrijver kan pas een klacht indienen bij de CvAE nadat eerst een klacht is ingediend bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. Wanneer dit niet tot een oplossing leidt, de aanbestedende dienst niet binnen een redelijke tijd reageert of de klacht wordt afgewezen, kan de inschrijver vervolgens naar de CvAE stappen. Ook brancheorganisaties kunnen een klacht indienen bij de CvAE, wanneer zij kunnen aantonen dat de inschrijver namens wie zij de klacht indienen direct betrokken is bij de aanbestedingsprocedure waar de klacht betrekking op heeft. Tot slot hebben ook aanbestedende diensten de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de CvAE over een gegadigde of inschrijver.

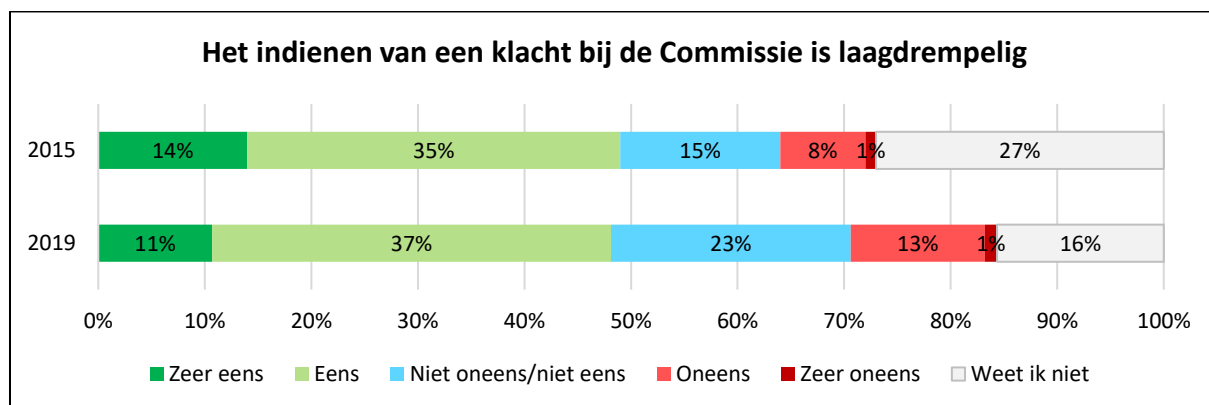
Uit de enquête blijkt dat 36% van de respondenten uit de ondernemershoek (n=175) goed bekend is met de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de CvAE; 27% heeft gehoord van de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de CvAE; 37% van de respondenten is niet bekend met deze mogelijkheid. Van de respondenten die

²⁴ Toelichting: Jaarrapportages lopen van maart jaar X tot maart jaar Y. Indicatoren bepaald aan de hand van de rapportage uit 2016. Indicatoren verschillen soms tussen rapportages, daarom ontbreken incidenteel gegevens.

²⁵ Dit aantal is hoger dan het aantal ingediende klachten dat jaar, omdat ook nog adviezen zijn uitgebracht over adviezen die het jaar ervoor waren ingediend. Deze informatie is afkomstig uit de 4^e Periodieke rapportage CvAE (2016-2017).

bekend is met de CvAE of wel eens heeft gehoord van de CvAE heeft 22% wel eens zelf een klacht ingediend. In 2015 was 30% van de ondernemers goed bekend en 44% beperkt bekend met de mogelijkheid een klacht in te dienen.

Uit de enquêteresultaten blijkt dat bijna de helft (48%) van de respondenten (ondernemers, aanbestedende diensten en experts samen; n=262) vindt dat het indienen van een klacht bij de CvAE laagdrempelig is. Een klein deel (14%) is het hier niet mee eens. In 2015 gaf 9% aan het niet eens te zijn met de stelling (n=831).



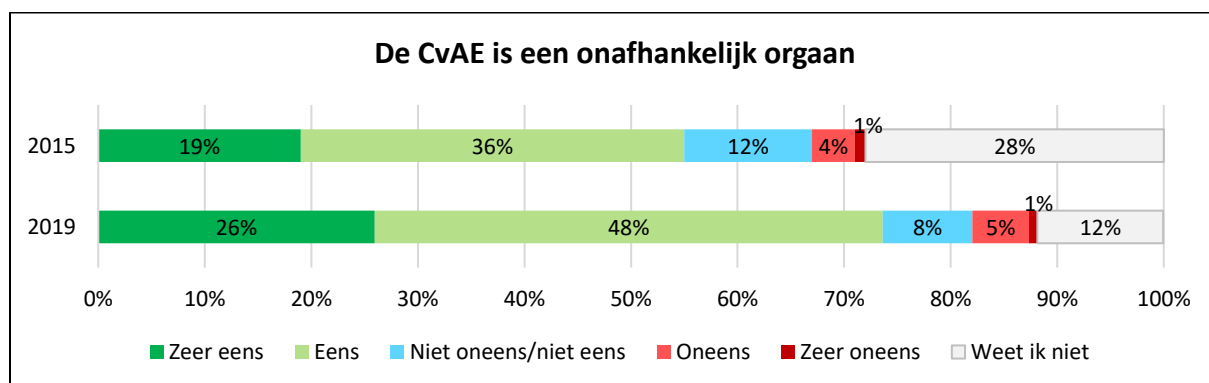
Figuur 19 - Oordeel ondernemers, aanbestedende diensten en experts over laagdrempeligheid CvAE (n=262).

In gesprekken wordt de laagdrempeligheid van de CvAE onderschreven. Het indienen van een klacht kan volgens gesprekspartners eenvoudig via de website van de CvAE. Een ander punt dat is genoemd in gesprekken is dat voor het indienen van een klacht bij de CvAE geen ondersteuning nodig is van een adviseur of jurist. Dat maakt de CvAE laagdrempeliger dan bijvoorbeeld de rechter.

5.3. Beoordeling van een klacht

Bevinding 15. De CvAE wordt gezien als een onafhankelijk en gezaghebbend orgaan voor de behandeling van klachten rondom aanbestedingsprocedures.

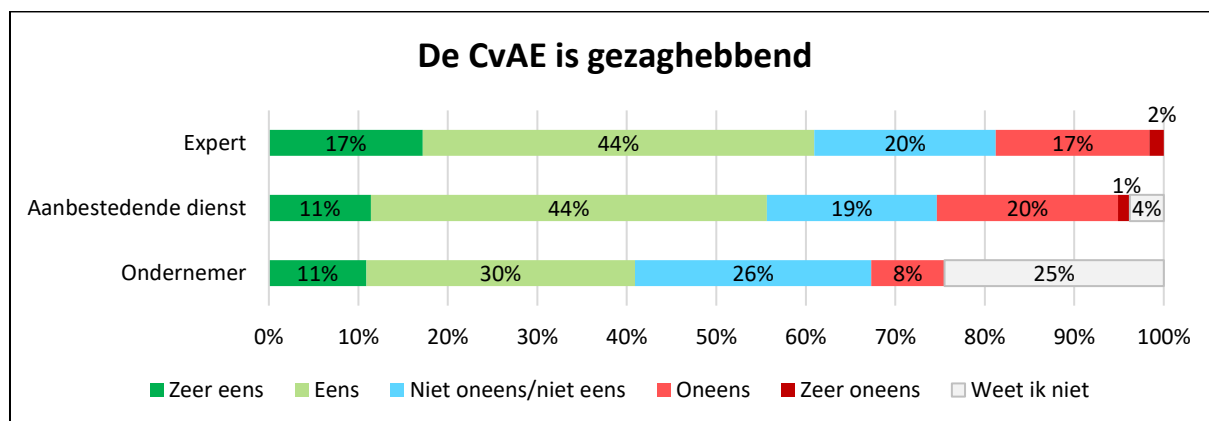
Uit zowel de enquête als de gesprekken en focusgroepen komt naar voren dat de CvAE als een onafhankelijk orgaan wordt gezien. In de enquête geeft 74% van de respondenten aan de CvAE als een onafhankelijk orgaan te zien (n=262). In vergelijking met het onderzoek uit 2015 geeft een groter deel van de respondenten (n=831) aan het eens te zijn met de stelling. Het percentage dat 'weet ik niet' heeft aangegeven is kleiner.



Figuur 20 - Oordeel ondernemers, aanbestedende diensten en experts over onafhankelijkheid CvAE (n=262).

Uit gesprekken komt naar voren dat de CvAE gezaghebbend is binnen het gegeven kader. Gesprekspartners geven aan dat dreiging van het indienen van een klacht bij de CvAE lijkt te werken om het gesprek met een

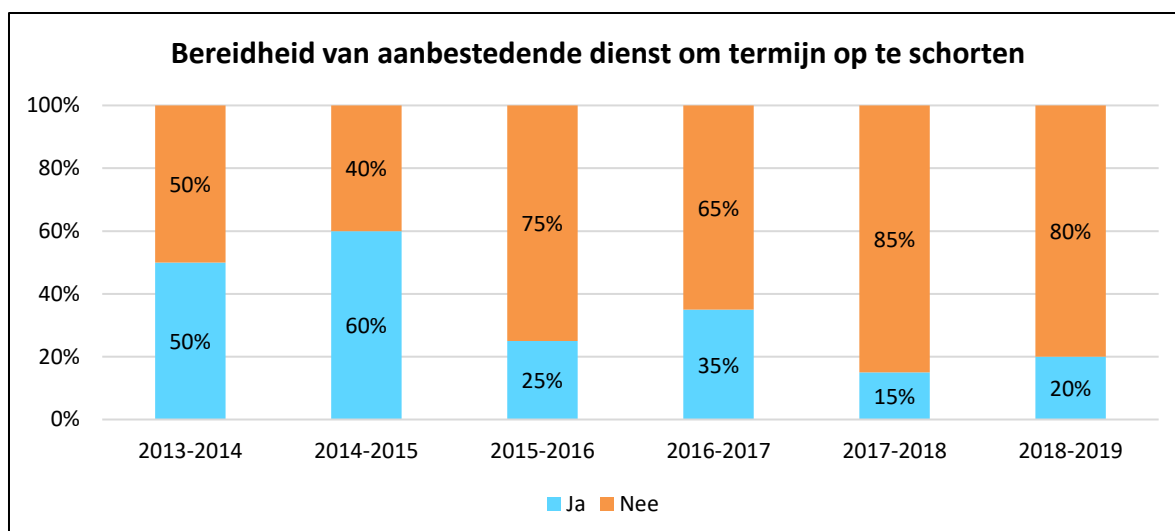
aanbestedende dienst aan te gaan. Ze geven aan dat de CvAE wordt beschouwd als een zekere autoriteit op het gebied van aanbestedingen. Tegelijkertijd geven gesprekspartners aan dat de adviezen vaak slechts ter kennisgeving aangenomen worden door de aanbestedende diensten. Door de beperkte formele bevoegdheden leggen veel aanbestedende diensten adviezen van de CvAE vaak naast zich neer. Dit heeft een negatieve invloed op de gezaghebbendheid van de CvAE. Uit de enquête blijkt dat 54% van de respondenten (n=262) de CvAE gezaghebbend vindt. Onderstaande figuur laat een uitsplitsing zien van de verschillende typen respondenten.



Figuur 21 - Oordeel ondernemers, aanbestedende diensten en experts over gezaghebbendheid CvAE.

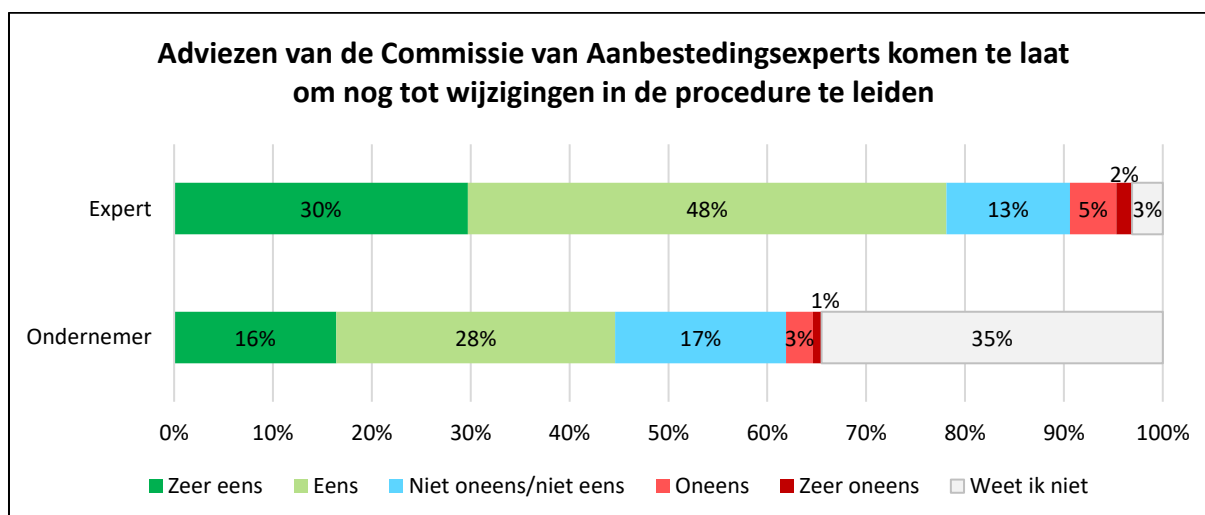
Bevinding 16. De positionering van de CvAE na het klachtenloket van de aanbestedende dienst, het gebrek aan opschortende werking, en de doorlooptijden samen maken dat adviezen veelal te laat komen voor het oplossen van de aanbestedingsklacht.

Of een advies van de CvAE op tijd kan worden gegeven om nog in effect te sorteren, is afhankelijk van het moment waarop de klacht binnenkomt. Wanneer de klacht binnenkomt terwijl de aanbestedingsprocedure nog loopt en de inschrijvingen nog niet zijn ingediend, bestaat de mogelijkheid dat de aanbestedende dienst de procedure wijzigt na een advies van de CvAE. Echter, omdat klachten pas bij de CvAE kunnen worden ingediend, nadat ze zijn ingediend bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst zelf, komen klachten veelal laat binnen bij de CvAE. De minimale doorlooptijd om een klacht op een goede wijze te doorlopen (inclusief wederhoor van de aanbestedende dienst) past dan niet met de termijn die resteert tot aan inschrijving (of een andere deadline). Om deze reden verzoekt de CvAE aanbestedende diensten vaak de procedure op te schorten om de klachtenafhandeling af te wachten. Gesprekspartners geven aan dat aanbestedende diensten de aanbestedingsprocedure doorgaans niet op willen schorten. Cijfers van de CvAE onderschrijven dit beeld (zie figuur op volgende pagina). Er is hierbij zelfs een dalende trend te zien.



Figuur 22 - Bereidheid van aanbestedende dienst om termijn op te schorten.

De reden dat aanbestedende diensten weigeren de procedure op te schorten ligt voor een groot deel in het feit dat zij vrezen dat de doorlooptijd van de behandeling van een klacht door de CvAE te lang is en de procedure hiermee te lang stil ligt. De CvAE beschikt, in het geval van een nog lopende procedure, echter over de mogelijkheid een klacht te behandelen als spoedklacht. Dit betekent dat zij toezeggen het advies binnen maximaal 30 dagen na reactie van de aanbestedende dienst te zullen opleveren. Uit cijfers van de CvAE blijkt dat zij deze toezegging waarmaken. Wanneer aanbestedende diensten echter niet opschorten is ook deze spoeddoorlooptijd vaak te lang om nog voor de datum van inschrijving te resulteren in een advies. Uit de enquête komt dan ook naar voren dat zowel experts (n=64) als ondernemers (n=110) in meerderheid oordelen dat de adviezen van de CvAE te laat komen om nog tot een wijziging in de procedure te leiden.



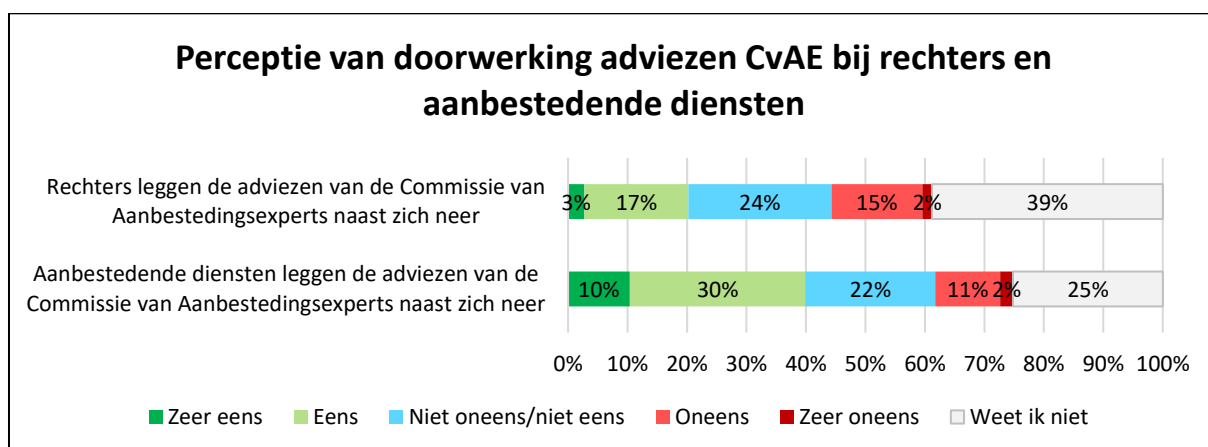
Figuur 23 – Oordeel ondernemers, aanbestedende diensten en experts over tijdigheid CvAE adviezen (n=174).

5.4. Effect CvAE

Bevinding 17. De bijdrage van de CvAE aan het oplossen van aanbestedingsklachten is beperkt.

De primaire doelstelling van de CvAE is om advies te geven over aanbestedingsklachten (artikel 4.27 Aanbestedingswet). De CvAE kan op drie momenten een bijdrage leveren aan de oplossing van aanbestedingsklachten in aanbestedingsprocedures:

- **Voordat de inschrijver de CvAE benadert.** Enkele gesprekspartners geven aan dat het bestaan van de CvAE een bijdrage kan leveren aan de preventieve oplossing van aanbestedingsklachten. Wanneer een inschrijver bij een aanbestedende dienst aangeeft te overwegen naar de CvAE te stappen, kan dit tot gevolg hebben dat de aanbestedende dienst haar beslissing over de aanbestedingsklacht heroverweegt. Daarnaast kunnen inschrijvers eerdere adviezen van de CvAE gebruiken ter onderbouwing van vragen en/of klachten, waardoor aanbestedende diensten eerder geneigd zullen zijn mee te gaan in de redenering van de inschrijver.
- **Na het advies van de CvAE.** Aanbestedende diensten kunnen het advies van de CvAE overnemen. De CvAE heeft in februari 2018 een *quick scan* uitgevoerd om na te gaan wat aanbestedende diensten hebben gedaan met uitgebrachte adviezen die betrekking hadden op klachten met een kritieke termijn, die gedeeltelijk of geheel gegrond zijn verklaard in het rapportagejaar 2017-2018. Acht klachten voldeden aan deze criteria. Van deze acht klachten is van zeven partijen een reactie ontvangen. Hieruit is gebleken dat bij vijf van de zeven klachten de aanbestedende dienst het advies van de CvAE naast zich neer heeft gelegd. Gesprekspartners herkennen het beeld dat aanbestedende diensten het advies van de CvAE vaak naast zich neerleggen. Ook uit de respondenten geven dit aan (zie figuur).
- **Bij de rechter.** Een inschrijver kan na het advies van de CvAE alsnog besluiten naar de rechter te stappen. De inschrijver kan het advies van de CvAE gebruiken als argument in de zaak. Uit een registratie van de CvAE blijkt dat gedurende de gehele bestaansgeschiedenis van de CvAE in drie rechtszaken expliciet een advies van de CvAE volledig is gevolgd. In vijf gevallen is een advies van de CvAE impliciet volledig gevolgd (dat wil zeggen dat het vonnis op dezelfde gronden als het advies tot stand is gekomen). In drie gevallen is een advies van de CvAE expliciet niet opgevolgd.

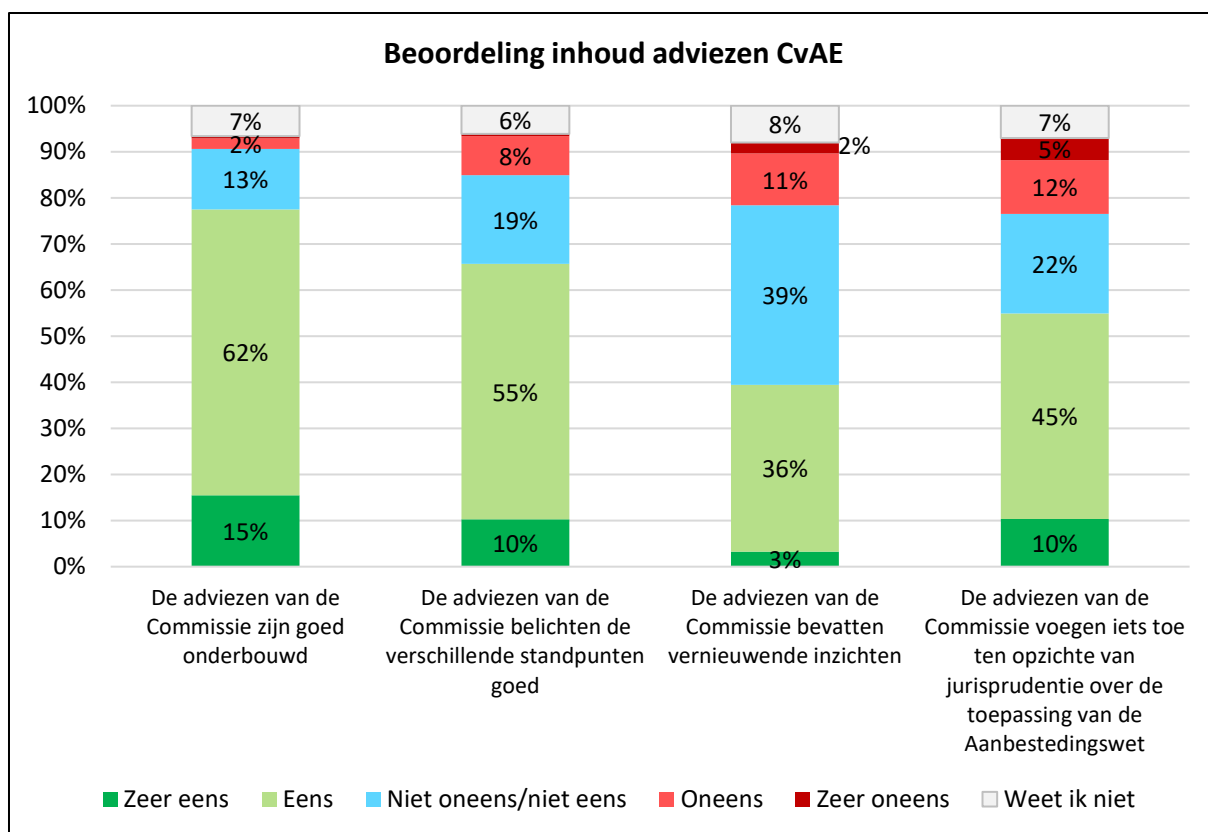


Figuur 24 - Perceptie van ondernemers, aanbestedende diensten en experts over doorwerking van adviezen CvAE (n=183).

Bevinding 18. De afgelopen jaren heeft de CvAE een positief effect gehad op zowel het leereffect als de professionalisering in de aanbestedingspraktijk

Gesprekspartners zijn in meerderheid van mening dat de CvAE in de afgelopen jaren een positief effect heeft gehad op het leereffect en de professionalisering in de aanbestedingspraktijk. Dit leereffect vindt plaats doordat de adviezen van de CvAE worden gelezen en gedeeld door ondernemers, experts en aanbestedende diensten. In de enquête geeft 44% van de respondenten, die bekend is met de CvAE (n=262), aan goed bekend te zijn met de adviezen die zij publiceert. 38% heeft gehoord van de adviezen en 19% is niet bekend met de adviezen.

Wanneer wordt gevraagd naar de waardering voor de adviezen, ontstaat het beeld zoals weergegeven in de figuur op de volgende pagina.



Figuur 25 – Beoordeling van ondernemers, aanbestedende diensten en experts van inhoud adviezen CvAE (n=213).

Gesprekspartners geven aan dat het leereffect met name optreedt bij complexe en onbekende terreinen in de aanbestedingspraktijk. In de beginjaren was veel onduidelijkheid en trad de CvAE op als pionier. Bijvoorbeeld op het gebied van het clusterverbod en het gewicht dat wordt gegeven aan kwaliteit in de gunningscriteria. Tegenwoordig zijn zowel aanbestedende diensten als ondernemers beter bekend met het aanbestedingsrecht en zijn er minder onduidelijkheden. Het leereffect was volgens gesprekspartners in het verleden dan ook hoger.

6. Ervaringen met gerechtelijke rechtsbescherming

6.1. Organisatie gerechtelijke rechtsbescherming

Alvorens in te gaan op de bevindingen met betrekking tot rechtsbescherming geven we hierna eerst een feitelijke weergave van de organisatie van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk.²⁶ Uitgangspunt: ondernemers dienen rechtszaken in beginsel voor de civiele rechter aanhangig te maken wanneer zij van oordeel zijn dat de aanbestedende dienst onrechtmatig heeft gehandeld.²⁷

- Ter bescherming van de rechten van partijen die aan een aanbesteding deelnemen zijn twee Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen opgesteld: één voor de publieke sector en één voor de speciale sectoren. Deze rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. Doel van de regelgeving is vooral om de toegang tot de rechter te waarborgen voor benadeelde partijen en de ondernemers te voorzien van effectieve rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen. In de Aanbestedingswet 2012 is zowel de rechtsbescherming voor als na het afsluiten van het contract geregeld. Deze regels geven een aanvulling op hetgeen in algemene zin is geregeld in het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot onrechtmatige daad, de vernietiging en ontbinding van overeenkomsten en de schadevergoedingsacties die hieruit kunnen volgen.
- Bij het verstrekken van opdrachten treedt de aanbestedende dienst op als een privaatrechtelijke contractspartij waarbij, na het volgen van een aanbestedingsprocedure, een privaatrechtelijke overeenkomsten wordt gesloten met (rechts)personen. Het overeenkomstenrecht is geregeld in het Burgerlijk Wetboek (BW). Het sluiten van overeenkomsten, zowel door publieke als private opdrachtgevers, valt onder het privaatrecht. Dit betekent overigens niet dat het publieke recht niet meer op het handelen van aanbestedende diensten van toepassing is. Privaatrechtelijk overheidsoptreden wordt namelijk niet alleen genormeerd door het BW, ook de beginselen van behoorlijk bestuur zijn in zekere mate van toepassing op het privaatrechtelijke handelen van een publieke opdrachtgever: Op grond van artikel 3.14 BW mogen aanbestedende diensten een bevoegdheid die de aanbestedende dienst krachtens het burgerlijk recht toekomt, niet uitoefenen in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.
- Een inschrijver kan een kort geding procedure aanhangig maken of een bodemprocedure starten. Dit kan op verschillende momenten voor, tijdens en na afloop van een aanbestedingsprocedure. Tegen beide kan hoger beroep en vervolgens cassatie worden ingesteld.
 - **Kort geding.** De meeste juridische procedures over aanbestedingen voor de rechter spelen in kort geding. De beslissing van een rechter in kort geding is een voorlopige voorziening. Een afgewezen partij kan in de twintig dagen tussen de gunningsbeslissing en definitieve gunning een kort geding bij de voorzieningenrechter aanhangig maken (de termijn van 20 dagen wordt ook vaak aangeduid als de standstill termijn). Als de verliezende inschrijver binnen de termijn van twintig dagen een kortgedingprocedure aanspant, wordt de opschortende termijn verlengd tot de uitspraak van de voorzieningenrechter.²⁸ Uiteraard kan ook op andere momenten gedurende de

²⁶ We hebben ons hierbij gebaseerd op de informatie op de website van Expertisecentrum Aanbesteden PIANOo. Bron: <https://www.pianoo.nl/inkoopproces/fase-2-doorlopen-aanbestedingsprocedure/gunnen/rechtsbescherming>.

²⁷ Een belangrijke uitzondering is de Wet Personenvervoer 2000 die leidt tot een voorziening door de voorzieningenrechter van het College van het Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).

²⁸ Dit geldt alleen voor aanbestedingen boven de Europese drempel.

aanbestedingsprocedure een kort geding worden aangespannen. De rechter heeft in kort geding verschillende mogelijkheden, waarvan de meest voorkomende zijn:

- bevel tot staken aanbestedingsprocedure;
- bevel tot (her)aanbesteding;
- bevel tot toelating tot aanbesteding;
- verbod tot gunning aan een ander dan de eiser;
- verbod van gunning aan een derde.
- Als de overeenkomst al is gesloten voor de uitspraak van de voorzieningenrechter, dan kan deze ook als volgt vonnissen: verbod uitvoering te geven aan de overeenkomst, de uitvoering op te schorten en/of een gebod om de overeenkomst op te zeggen of te beëindigen op grond van een wettelijke of contractuele bevoegdheid.

In kort geding is het niet mogelijk om een overeenkomst (contract) te vernietigen of – in het algemeen – constitutieve voorzieningen te treffen. Zulke maatregelen kunnen alleen in een bodemprocedure worden genomen. Wel kan de voorzieningenrechter hierop vooruitlopend een voorschot tot schadevergoeding toekennen. Wanneer de vorderingen van de eiser in kort geding worden afgewezen, kan de aanbestedende dienst de overeenkomst sluiten. De aanbestedende dienst behoeft een uitkomst van een procedure in hoger beroep of cassatie niet af te wachten.

- o **Bodemprocedure.** De uitspraak in kort geding heeft geen definitief bindende rechtsgevolgen. De voorzieningen in kort geding kunnen naar hun aard de rechtsverhouding tussen partijen niet definitief vaststellen of wijzigen. Vernietiging van een overeenkomst en schadevergoeding kunnen niet door de voorzieningenrechter worden uitgesproken. Daarvoor moet de inschrijver een bodemprocedure starten. Dit kan tegelijk met het aanhangig maken van een kort geding. Een bodemprocedure heeft geen opschortende werking, tenzij in het vonnis van de voorzieningenrechter anders is bepaald.
- o **Hoger beroep.** Tegen een uitspraak in een kort geding en bodemprocedure kan een betrokken ondernemer hoger beroep instellen. Dat betekent dat de rechter(s) van een gerechtshof nog eens naar de zaak kijken en uitspraak doen.
- o **Cassatie.** Cassatierechtspraak is de laatste mogelijkheid om een uitspraak aan te vechten. De Hoge Raad oordeelt of het recht en de procesregels juist zijn toegepast. De Hoge Raad kan een uitspraak van het gerechtshof vernietigen.

Bevinding 18. Een afgewezen partij heeft de facto één mogelijke route om een gunningsbeslissing aan te vechten. Het kort geding is dan ook de meest benutte optie van rechtsbescherming. Bodemprocedures en hoger beroep (naar aanleiding van een kort geding of een bodemprocedure) komen nauwelijks voor, waardoor rechtsontwikkeling beperkt plaatsvindt.

Vanwege de spoedeisende aard van geschillen bij aanbestedingsprocedures is het aanspannen van een kort geding de enige route voor inschrijvers om een gunningsbeslissing aan te vechten. Een bodemprocedure heeft geen opschortende werking en duurt lang, waardoor de uitspraak te laat komt om de definitieve gunningsbeslissing tegen te houden.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat in 2016, 2017 en 2018 in totaal 446 rechtszaken zijn gevoerd op het gebied van aanbestedingen, waarvan 381 in een Kort geding (85%). Hierbij moet worden opgemerkt dat in het jurisprudentieonderzoek enkel gepubliceerde vonnissen zijn opgenomen.

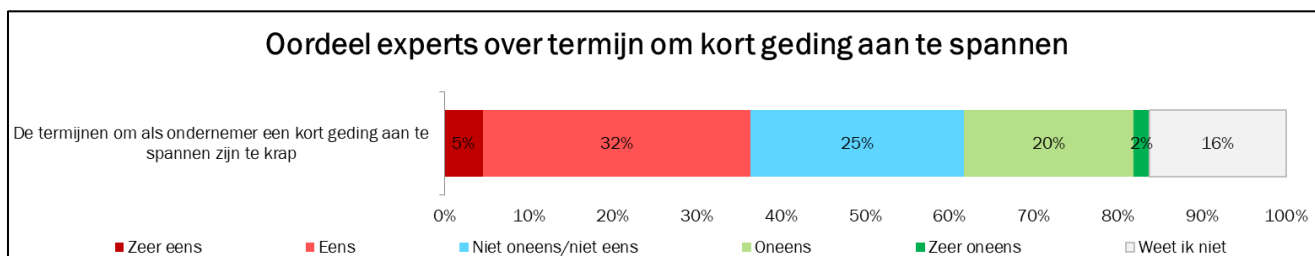
Zoals hierboven omschreven, kan de voorzieningenrechter geen definitief oordeel over een aanbestedingsgeschil geven. De rechter zal in kort geding een voorlopig oordeel geven over de mate van waarschijnlijkheid dat de vordering van eiser in een bodemprocedure zal worden toegewezen. Omdat de rechter in een kort geding alleen voorlopige beslissingen geeft, kan hij geen constitutieve oordelen vellen, zoals ontbinding of vernietiging van een overeenkomst uitspreken.

Doordat bodemprocedures en hoger beroepen nauwelijks voorkomen, halen weinig zaken het tot een Gerechtshof of de Hoge Raad. Hierdoor wordt er ook weinig jurisprudentie op dit niveau gecreëerd, waardoor eenheid in rechtsontwikkeling op centraal niveau kan achterblijven.

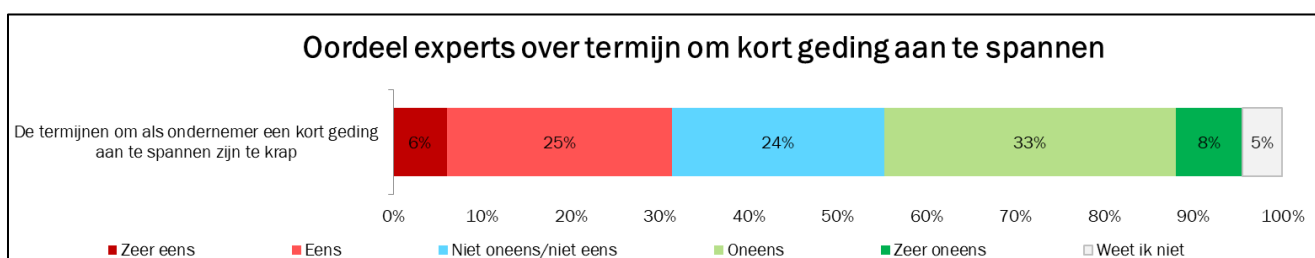
6.2. Aanspannen van een rechtszaak

Bevinding 19. Inschrijvers hebben – bij opdrachten boven de Europese drempelwaarden – 20 kalenderdagen om na de gunning een dagvaarding in te dienen. Dit wordt als krap ervaren. Dit is echter langer dan de Europees voorgeschreven minimumtermijn (15 dagen). Voor opdrachten onder de drempel geldt geen minimumtermijn. Voor dagvaardingen op een ander moment in de procedure geldt deze termijn niet.

Als inschrijver heb je – bij opdrachten boven de Europese drempel – tot 20 dagen na de gunningsbeslissing (standstill termijn) de tijd om de aanbestedende dienst te dagvaarden. Dit is dubbele van de Europees voorgeschreven minimumtermijn, die op 10 dagen staat. Nota bene, deze minimumtermijn geldt enkel in Europese procedures, in niet-Europese procedures wordt deze termijn niet voorgeschreven en kan de aanbestedende dienst zelf een termijn bepalen.²⁹ Inschrijvers moeten in die periode intern het besluit nemen om over te gaan tot dagvaarding, een advocaat zoeken, de dagvaarding opstellen, een datum vragen bij de voorzieningenrechter en krijgen en tot dagvaarding overgaan. Vanuit ondernemers en advocatuur wordt aangegeven dat de termijn hiervoor krap is. De dagvaarding, met volledige onderbouwing/bewijsvoering, moet hierdoor onder soms grote tijdsdruk worden opgesteld. In de figuren hieronder is weergegeven hoeveel procent van de respondenten dit herkent. Vanuit het perspectief van de aanbestedende dienst en andere inschrijvers kan deze termijn echter ook niet langer zijn, omdat het werk of de dienst anders te lang moet wachten op uitvoering (omdat de overeenkomst niet kan worden getekend) en de beoogde winnaar zijn capaciteit moet blijven reserveren (gestanddoeningstermijn van offerte, die in geval van procedures vaak moet worden verlengd).



Figuur 26 - Oordeel ondernemers over termijn om kort geding aan te spannen (n=154).



Figuur 27 - Oordeel experts over termijn om kort geding aan te spannen (n=67).

²⁹ Bij het aanbesteden van Werken onder de drempel dient gebruik gemaakt te worden van het ARW 2016 (het Aanbestedingsreglement Werken). Het ARW voorziet wel in verplichte minimumtermijnen. Voor leveringen en diensten onder de drempel bestaat een dergelijk reglement niet. De aanbestedende dienst kan daar dus zelf de termijnen bepalen maar in de jurisprudentie staat dat bij het bepalen van de termijn je rekening moet houden met algemene beginsel van behoorlijk bestuur / 'fair play beginsel'. Tot slot is in de Gids Proportionaliteit is opgenomen dat aanbestedende diensten (indien de wet minimumtermijnen stelt) in overweging dienen te nemen of de gestelde termijnen reëel en proportioneel zijn in relatie tot de te ondernemen actie.

Bevinding 20. Het aantal rechtszaken is laag in vergelijking met het totale aantal aanbestedingen. In 2018 is het aantal rechtszaken daarnaast gedaald ten opzichte van het vorige jaar.

Het gebruik van rechtsbeschermingsmogelijkheden is beperkt in verhouding tot het aantal aanbestedingsprocedures en de totale omvang (in euro's) van de aanbestede opdrachten. In Nederland wordt voor ongeveer 73 miljard aanbesteed. Het gaat om circa 8.000 aanbestedingsprocedures boven de drempel en vermoedelijk een veelvoud daarvan aan procedures onder de drempel. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat in 2016 164 rechtszaken zijn gevoerd, in 2017 153 rechtszaken en in 2018 129 rechtszaken (gebaseerd op het aantal gepubliceerde vonnissen). Het aantal rechtszaken is in verhouding tot het aantal aanbestedingsprocedures zeer beperkt te noemen.

Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat de verdeling van rechtszaken over type aanbesteding (dienst, levering of werk) en over type aanbestedende dienst dat gedaagd wordt (gemeente, Rijk, waterschap, etc.), overeenkomt met de verdeling van opdrachten die worden uitgezet.³⁰ Zo gaan de meeste rechtszaken over aanbestedingsprocedures voor diensten en zijn de meeste rechtszaken gericht tegen gemeenten, maar maken diensten ook het grootste deel van het inkoopvolume uit en voeren gemeenten de meeste aanbestedingsprocedures. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt daarnaast dat grootbedrijf en MKB ongeveer even vaak een rechtszaak starten. Wel is te zien dat veruit de meeste rechtszaken (79%) gaan over procedures boven de drempel.

43% van de respondenten uit de ondernemershoek geeft aan wel eens een kort geding te hebben aangespannen (n=154). Gevraagd naar de overwegingen wel of niet een rechtszaak aan te spannen, noemen de respondenten de overwegingen zoals opgenomen in paragraaf 3.3 van dit rapport, inclusief de opmerkingen over het Grossmann-arrest. 84% van de respondenten uit de hoek van de aanbestedende diensten geeft aan dat er wel eens een kort geding is aangespannen tegen de eigen organisatie (n=82).

6.3. Verloop rechtszaak

Bevinding 21. Het beeld bestaat dat eisers bij aanbestedingszaken weinig kans hebben om een kort geding te winnen. Dit beeld wordt gestaafd door de jurisprudentie, maar is vergelijkbaar met de winkansen in het bestuursrecht.

Op basis van het jurisprudentieonderzoek kan worden gesteld dat inschrijvers in 2016 bij 24% van de kort geding zaken in het gelijk werden gesteld; in 2017 bij 13% van de kort geding zaken; en in 2018 bij 20% van de kort geding zaken.

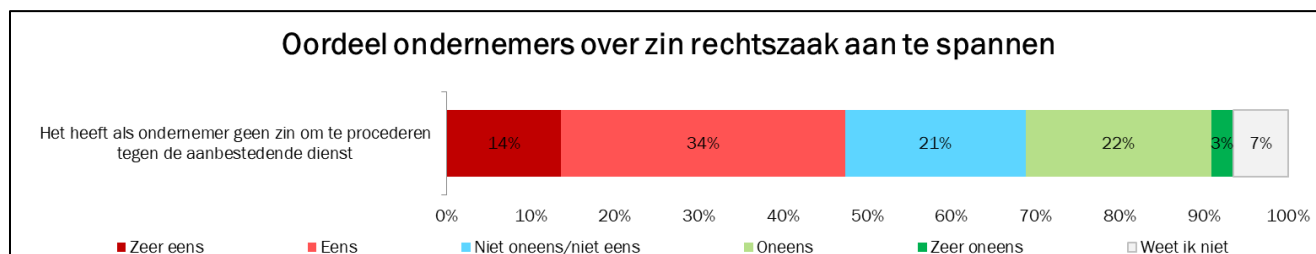
Ter vergelijking: bij adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts worden klachten van eisers in 31% van de gevallen gegrond verklaard en in 42% van de gevallen gedeeltelijk gegrond (o.b.v. rapportagejaar 2017/2018). Hierbij moet worden opgemerkt dat de adviezen van de CvAE relatief minder vaak gaan over de uiteindelijke gunningsbeslissing, maar ook over voorbeslissingen in de aanbestedingsprocedure, waardoor de cijfers niet een op een met elkaar te vergelijken zijn.

Ter nuancering: wanneer wordt gekeken naar statistieken uit het bestuursrecht, is te zien dat eisers in 2017 in gemiddeld 18% van de zaken geheel of gedeeltelijk in het gelijk werden gesteld door de rechter. Daarnaast kan worden opgemerkt dat in aanbestedingen door private organisaties (bijvoorbeeld in de olie- en gasindustrie of auto-industrie) de kansen op winst in een Kort geding voor inschrijvers waarschijnlijk nog lager zijn. Dit omdat deze private organisaties niet gebonden zijn aan de bepalingen in de aanbestedingswet. Ook de in paragraaf

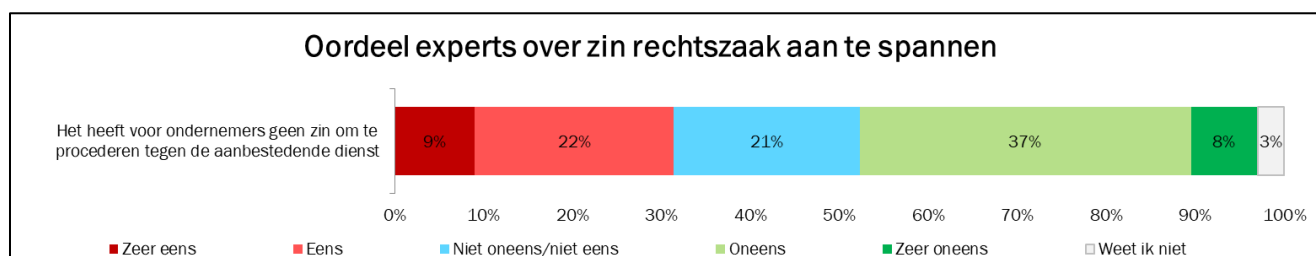
³⁰ Op basis van de aangekondigde opdrachten op TenderNed over de periode 2013-2016.

3.3 genoemde filterfunctie van adviseurs kan maken dat alleen zaken voorkomen waarbij de Aanbestedende Dienst zeker denkt te winnen.

Het gevoel dat je als inschrijver weinig kans maakt om te winnen, leeft in ieder geval sterk onder ondernemers. Gevraagd naar of het zin heeft te procederen tegen een aanbestedende dienst, geeft 48% van de ondernemers (n=154) aan het hier (zeer) eens mee te zijn. Het oordeel van experts over deze vraag is verdeeld, maar positiever. 31% is het (zeer) eens; 45% is het (zeer) oneens (n=67).



Figuur 28 - Oordeel ondernemers over zin rechtszaak aan te spannen (n=154).



Figuur 29 - Oordeel experts over zin rechtszaak aan te spannen (n=67).

De winkansen van ondernemers bij hoger beroep of bodemprocedures liggen in dezelfde ordegrrootte. Over 2016, 2017 en 2018 genomen, wonnen ondernemers bij hoger beroepen in 8 van de 41 zaken waarvan de uitkomst bekend is (20%) en bij bodemprocedures in 1 van de 13 zaken waarvan de uitkomst bekend is (8%).

Bevinding 22. Op hoofdlijnen zijn er twee verklaringen voor het lage percentage eisen dat in kort geding wordt toegewezen door de voorzieningenrechter: inschrijvers hebben weinig ondersteunend materiaal tot hun beschikking om hun eis te onderbouwen en rechters toetsen of procedureel geen fouten zijn gemaakt en of de aanbestedende dienst in redelijkheid tot een beoordeling heeft kunnen komen.

- **Verklaring 1: Inschrijvers hebben weinig ondersteunend materiaal tot hun beschikking om hun eis te onderbouwen.** Eisers hebben vaak weinig ondersteunend bewijsmateriaal tot hun beschikking, doordat het voor aanbestedende diensten verboden is bedrijfsvertrouwelijke stukken te delen met ondernemers. Het gaat dan bijvoorbeeld om de beoordelingen van offertes van de andere inschrijvers. Het openbaar maken van dergelijke bedrijfsvertrouwelijke informatie zou de belangen van de andere inschrijver(s) kunnen schaden.
 - In het bestuursrecht is het gangbaar dat een rechter in dergelijke gevallen in vertrouwelijkheid kennis neemt van de stukken. In het civiel recht bestaat discussie over of dit mogelijk is, maar is het beeld dat dit nauwelijks wordt toegepast door rechters.
 - Uit de gesprekken komt daarnaast naar voren dat er een discussie bestaat over welke stukken als bedrijfsvertrouwelijk aangemerkt zouden moeten worden, en welke niet. Een veel genoemd voorbeeld hierbij is de bedrijfsvertrouwelijke status van referenties. In het bestuursrecht beoordeelt een aparte rechter of stukken bedrijfsvertrouwelijk zijn. In het civiel recht is het bij aanbestedingszaken aan de aanbestedende dienst om te bepalen wat bedrijfsvertrouwelijk is en wat niet. Eventueel kan de rechter dit overrulen, maar het beeld is dat dit niet vaak voorkomt.
 - Daarnaast moeten alle partijen vaak uiterlijk 24 uur voor de zitting stukken aanleveren. Uit de gesprekken volgt dat wanneer aanbestedende diensten pas 24 uur van tevoren hun stukken

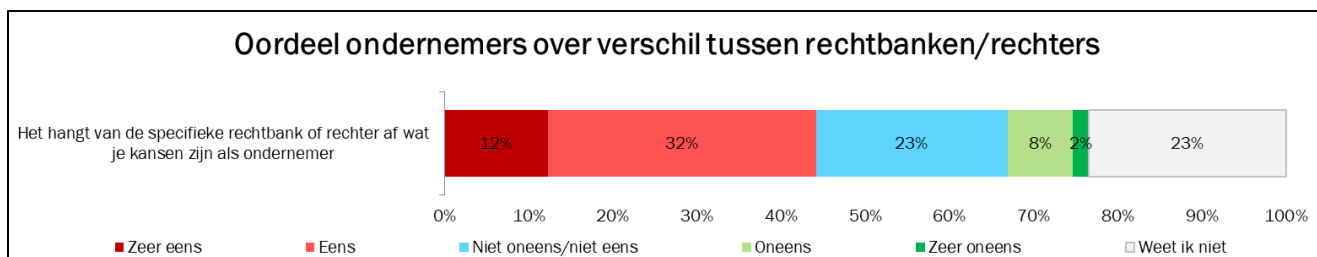
aanleveren, inschrijvers (te) weinig tijd hebben om zich goed voor te bereiden of tegenbewijs in te brengen. Uiteraard geldt dit ook de andere kant op. De 24-uurs termijn is de minimum termijn voor het aanleveren van stukken: het is aan rechters om een redelijke termijn te stellen in het belang van een goede voorbereiding op de zaak. Het beeld is dat rechters weinig gebruik maken van de mogelijkheid om af te wijken van de 24-uurs termijn.

- Tot slot zal de (advocaat van de) aanbestedende dienst pas in de pleitnota uitweiden over de gronden van het verweer. In kort geding zaken kan ook worden gewerkt met een vooraf toegezonden conclusie van antwoord, maar aanbestedende diensten zijn niet verplicht hier aan mee te werken (beeld is dat dit vrijwel nooit wordt toegepast).
- **Verklaring 2: Het kort geding is een voorlopige voorziening. Rechters toetsen (met name) of aanbestedende dienst rechtmatig heeft gehandeld en of de aanbestedende dienst in redelijkheid tot een beoordeling heeft kunnen komen.**³¹ Voorzieningenrechters zullen in hun toets van de beslissing van de aanbestedende dienst niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten. Dat betekent dat de rechter de rechtmatigheid van de zaak zal toetsen, maar bij de beoordeling van de inschrijvingen (de inhoud) een zekere afstand bewaart. De rechter zal zich niet gauw uitspreken over de vraag of de aanbestedende dienst de juiste beslissing heeft genomen, maar zal toetsen of de aanbestedende dienst op het eerste gezicht rechtmatig heeft gehandeld en in redelijkheid tot die genomen beslissing heeft kunnen komen. Dit terwijl de ervaren problemen van de inschrijver juist vaak meer inhoudelijk van aard zijn (signalen gaan bijvoorbeeld vaak over proportionaliteit “onredelijke eisen” of de beoordeling “waarom scoren wij zes punten op dit gunningscriterium en de andere aanbieder acht”). Dit maakt dat de enige echte route van rechtsbescherming in de praktijk niet goed past bij de ervaren problemen.
- De focus op de rechtmatige kant is volgens gesprekspartners te verklaren: de Aanbestedingswet is strikt en structureel opgeschreven, omdat de grondslag voor de Europese richtlijnen is om favoritisme en willekeur tegen te gaan.
- Het beeld dat naar voren komt uit gesprekken met ondernemers en advocatuur is echter dat rechters (te) makkelijk oordelen dat een aanbestedende dienst in redelijkheid tot een beslissing heeft kunnen komen. Voorbeeld: wanneer een aanbestedende dienst in de aanbestedingsprocedure afwijkt van de Gids Proportionaliteit is zij verplicht deze afwijking te motiveren (comply or explain). Volgens ondernemers komen aanbestedende diensten bij de rechter vaak weg met een zeer summiere motivering van de afwijking. Volgens ondernemers en advocatuur worden inschrijvers hierdoor benadeeld. In de open antwoorden van de enquête komt dergelijke problematiek ook veelvuldig terug. Volgens gesprekspartners spelen de verwachtingen van ondernemers hierbij ook een rol: men verwacht een meer inhoudelijke toets, maar wordt daar in teleurgesteld, omdat de rechter zegt niet op de stoel van de aanbestedende dienst te willen en mogen gaan zitten.
- Het beeld is dat de Commissie van Aanbestedingsexperts kritischer is in het oordeel of een aanbestedende dienst in redelijkheid tot een beslissing heeft kunnen komen. Volgens ondernemers en advocatuur toetst de Commissie van Aanbestedingsexperts hiermee verdergaand dan de rechter. Ook de Raad van Arbitrage voor de bouw zou in het verleden vollediger (meer materieel met behulp van arbiters met inhoudelijke expertise) getoetst hebben dan de rechter nu doet.

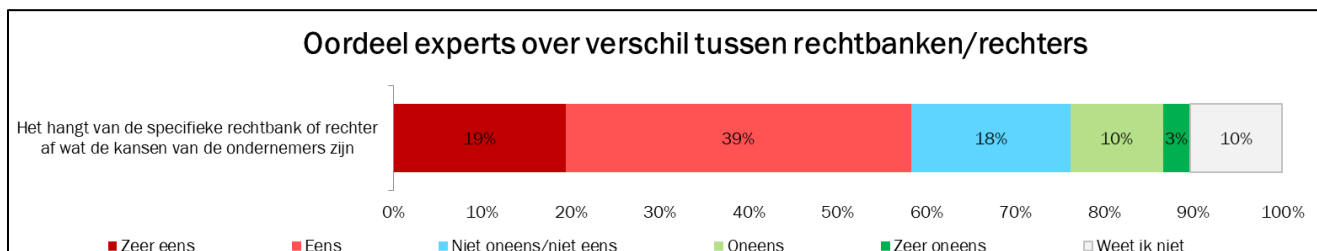
Bevinding 23. Het beeld is dat er verschillen zijn in hoe verschillende rechtbanken en rechters oordelen in aanbestedingszaken

Uit gesprekken met ondernemers en advocatuur komt het beeld naar voren dat in aanbestedingszaken verschillen bestaan tussen de verschillende rechters en rechtbanken. Respondenten van de enquête onderschrijven dit beeld.

³¹ NB: Uit de gesprekken komen veel beelden naar voren over het al dan niet marginaal toetsen door rechters. De termen ‘marginaal’ en ‘volledig’ worden hierbij door verschillende gesprekspartners echter op verschillende manieren geïnterpreteerd, wat een scherpe probleemdefinitie bemoeilijkt. Wij kiezen er daarom voor deze termen te vermijden.

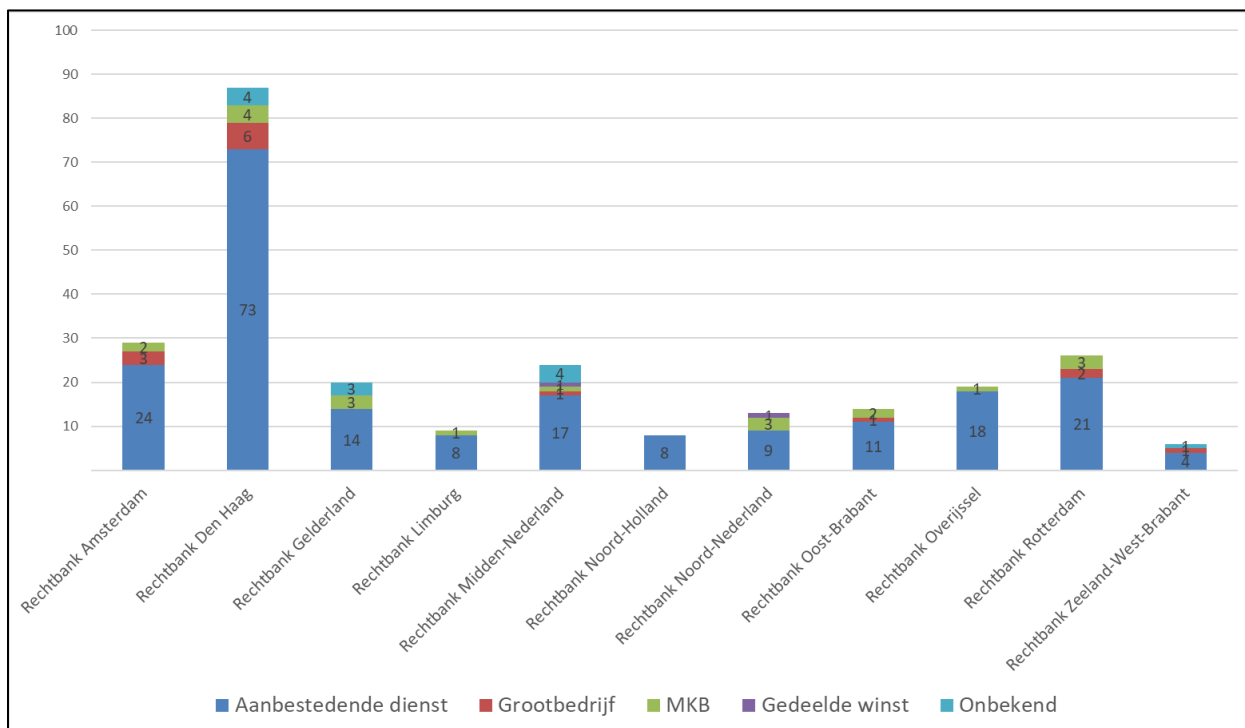


Figuur 30 - Oordeel ondernemers over verschil tussen rechtbanken/rechters (n=154).



Figuur 31 - Oordeel experts over verschil tussen rechtbanken/rechters (n=67).

Hierna is een overzicht opgenomen van de verdeling van uitspraken door de verschillende rechtbanken in 2017 en 2018. Vanwege de lage aantallen is het niet goed mogelijk harde conclusies te trekken over de verschillen tussen rechtbanken. Wel kan worden opgemerkt dat inschrijvers bij de rechtbank van Amsterdam en Noord-Holland geen van de respectievelijk 8 en 7 zaken hebben gewonnen. Bij de rechtbank Den Haag, waar veruit de meeste zaken voorkomen, hebben inschrijvers in 10 van 83 zaken waarbij de uitslag bekend is gewonnen (12%).



Figuur 32 - Overzicht winnende partij rechtszaken naar rechtbank.

Er worden door gesprekspartners verschillende verklaringen gegeven voor deze verschillen in percentages:

- Verskil in meest gedaagde aanbestedende diensten. Het verschilt per rechtbank welke aanbestedende diensten het meest worden gedaagd. In Den Haag komen nagenoeg alle rechtszaken tegen het aanbestedende diensten op Rijksniveau voor. Een inschrijver zal in de regel minder kans hebben om te

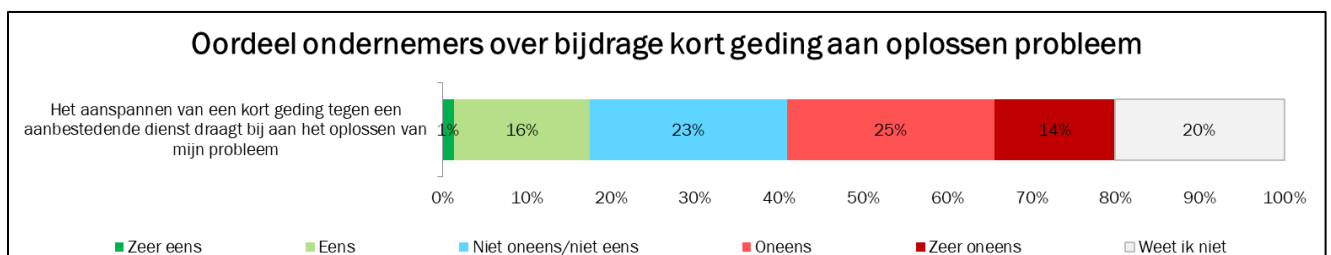
winnen tegen een professionele en meer toegeruste aanbestedende dienst, ook omdat het beeld is dat deze minder fouten maken in aanbestedingsprocedures.

- Verskil in aanbestedingservaring van rechters. Er bestaan verschillen tussen rechters in hoeveel aanbestedingszaken ze hebben behandeld, en daarmee in de ervaring die ze hebben op het gebied van aanbestedingszaken. Dit verschil in ervaring kan volgens gesprekspartners invloed hebben op de uitspraken.
- Bandbreedtes waarbinnen rechters kunnen opereren. Uit gesprekken komt naar voren dat rechters bandbreedtes hebben waarbinnen zij oordelen over 1) hoe strikt het Grossmann-arrest moet worden toegepast, 2) hoe moet worden omgegaan met bedrijfsvertrouwelijkheid (en het opvragen van documenten), 3) hoe grondig moet worden getoetst of een aanbestedende dienst in redelijkheid tot een beslissing heeft kunnen komen en 4) hoe materieel de rechter naar de zaak kijkt.

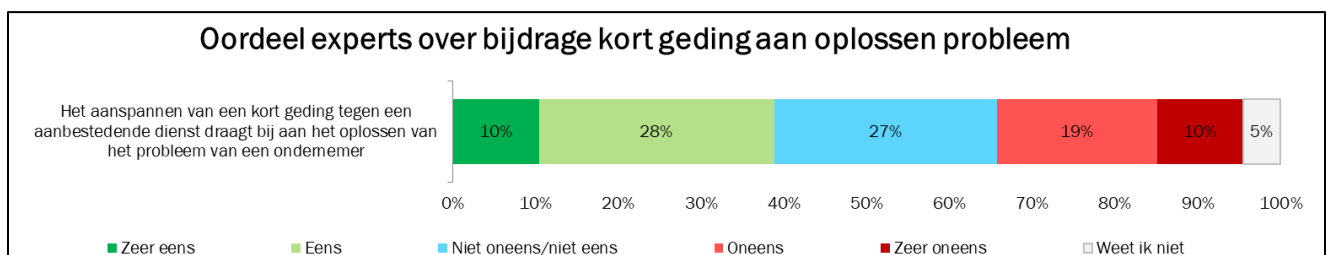
6.4. Effect gerechtelijke procedures

Bevinding 24. Wanneer een inschrijver een Kort geding wint, betekent dit niet dat de opdracht hem gegund wordt.

Wanneer de rechter oordeelt dat de klacht van de inschrijver gegrond is, kan hij verschillende voorzieningen treffen, afhankelijk van de eis van de inschrijver (zie paragraaf 6.1). Veel voorkomende voorzieningen zijn het gebod tot herbeoordeling van (delen van) de offertes en het gebod tot het opnieuw uitvoeren van (delen van) de aanbestedingsprocedure. De rechter kan vanwege contractvrijheid niet gebieden de opdracht te gunnen aan de eisende inschrijver. Wanneer ondernemers en experts wordt gevraagd of het kort geding bijdraagt aan het oplossen van het ervaren probleem, is het beeld sterk verdeeld.



Figuur 33 - Oordeel experts over bijdrage kort geding aan oplossen probleem (n=154).



Figuur 34 - Oordeel experts over bijdrage kort geding aan oplossen probleem (n=67).

Bevinding 25. Wanneer een inschrijver een Kort geding verliest, kan in de meeste gevallen uitsluitend nog voor een financiële schadevergoeding worden geprocedeerd in Hoger beroep of een Bodemprocedure.

Als een inschrijver een Kort geding verliest, zal de gunning definitief worden, waarna de aanbestedende dienst en winnende inschrijver over gaan tot het sluiten van een overeenkomst. Een eenmaal gesloten overeenkomst (definitieve gunningsbeslissing) tussen een aanbestedende dienst en een inschrijvend bedrijf is 'vrijwel onaantastbaar' voor andere bedrijven. De Hoge Raad bepaalde eind 2016 dat een overeenkomst wegens strijd met de aanbestedingsregels slechts aantastbaar is op de drie gronden vermeld in art. 4.15 lid 1

Aanbestedingswet 2012,³² en dat de overeenkomst in andere gevallen slechts aantastbaar is in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW (op een andere grond dan strijd met de aanbestedingsregels). Wanneer, na het sluiten van een overeenkomst, bijvoorbeeld wordt aangetoond dat de verkeerde procedure is gevolgd of de verkeerde gunningscriteria zijn toegepast, kan een overeenkomst toch niet meer worden ontbonden. Het hoger beroep of een bodemprocedure heeft dan dus weinig zin meer wanneer het doel van de inschrijver is om de opdracht te verwerven. Het beeld is dat het zeer uitzonderlijk is dat een overeenkomst wordt vernietigd. Een ondernemer procedeert in hoger beroep of bodemprocedure in de meeste gevallen dus enkel nog voor een financiële schadevergoeding. Gesprekspartners geven echter aan dat het zeer moeilijk is om deze schadevergoeding toegekend te krijgen. Uit het jurisprudentieonderzoek blijkt dat er in de periode 2016-2018 twee uitspraken zijn geweest waarin een voorlopige schadevergoeding is toegewezen.

Voor aanbestedende diensten is een volwaardig hoger beroep wel mogelijk, omdat bij winst in hoger beroep in kort geding de gunning alsnog kan doorgaan.³³ De inzet van het hoger beroep is voor aanbestedende diensten dus anders dan voor inschrijvers.

³² Artikel 4.15 Aanbestedingswet. Een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst is in rechte vernietigbaar op een van de volgende gronden:

- a) de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft, in strijd met deel 2 of deel 3 van deze wet, de overeenkomst gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie;
- b) de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft, in strijd met de wet, de termijnen, bedoeld in artikel 2.127, eerste lid, onderscheidenlijk 2.131, niet in acht genomen;
- c) de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft toepassing gegeven aan artikel 2.127, vierde lid, onder c, bij de gunning van een opdracht waarvan de geraamde waarde gelijk is aan of hoger is dan het in de artikelen 2.1 tot en met 2.7 respectievelijk de artikelen 3.8 en 3.9 bedoelde toepasselijke bedrag, en heeft daarbij in strijd gehandeld met artikel 2.143, tweede lid, onderdeel b, of de artikelen 2.147 of 2.148.

³³ Mits de ondernemers in voorkomend geval de gestanddoeningstermijn hebben verlengd.

7. Conclusies en verbetermogelijkheden rechtsbescherming aanbestedingspraktijk

7.1. Conclusies

De hoofdvraag van dit onderzoek is **“hoe functioneert het bestaande systeem van rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk en is het wenselijk om wijzigingen aan te brengen?”**

We constateren dat er veel signalen zijn dat het functioneren van klachtenafhandeling en rechtsbescherming voor inschrijvers als onvoldoende wordt ervaren in de praktijk. Dit laat zich in onze ogen deels verklaren door een onderliggend gevoel van ongelijkheid in de uitgangspositie tussen aanbestedende diensten en inschrijvers bij een aanbestedingsprocedure (het wij-zij-denken). Nagenoeg alle gesprekspartners geven aan dat de problematiek breder wordt gevoeld dan concrete tekortkomingen in de klachtenafhandeling en rechtsbescherming. Hierbij wordt met name gedoeld op ervaren problemen met de ‘zachte’ aspecten van een aanbestedingsprocedure zoals professionaliteit, transparantie, houding en gedrag van partijen gedurende de aanbestedingsprocedure. Vanuit de positie van de inschrijvers is de ontevredenheid ten aanzien van de aanbestedingsprocedures verklaarbaar. Immers, in de regel zijn bij een aanbestedingsprocedure meer verliezers dan winnaars en zijn de belangen (zowel investering als opbrengst) groot. Dit neemt niet weg dat er wel degelijk problemen zijn ten aanzien van klachtenafhandeling en rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. We zien verschillende verbetermogelijkheden om bij te dragen aan het oplossen van deze problemen en de verbetering van het stelsel.

7.1.1. Conclusie: er zijn drie typen problemen

Op grond van de ervaringen van inschrijvers, aanbestedende diensten en experts met betrekking tot klachtenafhandeling en rechtsbescherming zoals beschreven in de voorgaande hoofdstukken kan op hoofdlijnen onderscheid worden gemaakt in drie typen problemen:

- 1. Inschrijvers maken beperkt gebruik van hun rechtsbeschermingsmogelijkheden.**
 - a.** De algemene perceptie van inschrijvers is dat klachtenafhandeling geen zin heeft en de gerechtelijke procedure niet goed past bij de ervaren problemen. Inschrijvers schatten de kans op succes en de kans op effect dus laag in. Daarnaast spelen andere overwegingen om geen actie te ondernemen zoals: angst voor reputatieschade en vergelding, niet passende termijnen, timing en kosten voor het formuleren van een goede klacht of het aanspannen van een rechtszaak.
 - b.** Als een inschrijver daarnaast niet tijdig klaagt over onvolkomenheden in de procedure, heeft deze vanwege het Grossmann-arrest zijn rechten in beginsel verwerkt. Volgens ondernemers en experts komen inschrijvers hiermee in een spagaat te zitten: enerzijds spelen er overwegingen om niet over

te gaan tot het aankaarten van een probleem, anderzijds lopen inschrijvers het risico hun rechten te verliezen wanneer ze niets doen. Het beeld is daarbij dat aanbestedende diensten het Grossmann-arrest aangrijpen om zeer strenge eisen te stellen aan de tijdigheid van klagen en procederen.

- c. Ondanks de ervaren problemen rondom de aanbestedingsprocedure wordt er door inschrijvers dan ook weinig gebruik gemaakt van de mogelijkheden tot klachtenafhandeling en rechtsbescherming. Zeker wanneer dit wordt gezien in verhouding tot het totale aantal aanbestedingsprocedures en het inkoopvolume. Het systeem van rechtsbescherming komt hiermee beperkt op gang.

2. In de praktijk wordt de impact van klachtenafhandeling (door klachtenloketten van aanbestedende diensten en door de CvAE) op het oplossen van problemen als onvoldoende ervaren.

- a. Wat betreft klachtenloketten bij aanbestedende diensten wordt enerzijds als probleem ervaren dat uitspraken van het klachtenloket vaak te laat komen. Dat wil zeggen dat er te weinig tijd is om de consequenties van de uitspraak mee te nemen in de inschrijving of de beslissing om überhaupt in te schrijven. Daarnaast hangt de mate waarin het indienen van een klacht bijdraagt aan het oplossen van het probleem af van de het oordeel van de aanbestedende dienst of de klacht gegrond is. Indien de klacht gegrond wordt verklaard en er wijzigingen in de aanbestedingsprocedure worden doorgevoerd, kan een klacht veel impact hebben. Een klacht kan echter ook (terecht) ongegrond worden verklaard. In dit geval zullen er geen wijzigingen plaatsvinden in de aanbestedingsprocedure.
- b. De CvAE heeft in de afgelopen jaren een positief effect gehad op het leereffect en de professionalisering in de aanbestedingspraktijk. De bijdrage van de CvAE aan het oplossen van aanbestedingsklachten is echter beperkt. De positionering van de CvAE na het klachtenloket van de aanbestedende dienst, het gebrek aan opschortende werking, en de doorlooptijden samen maken dat adviezen veelal te laat komen voor het oplossen van de aanbestedingsklacht. Daarnaast is de ervaring dat aanbestedende diensten het advies van de CvAE vaak naast zich neerleggen.

3. Rechtsbescherming (een bindende uitspraak door een onafhankelijke rechter) vormt het sluitstuk van verschillende mogelijkheden die inschrijvers hebben om klachten af te handelen. Hierbij spelen een aantal problemen: rechtsbescherming wordt nauwelijks gebruikt bij aanbestedingen onder de Europese drempelwaarden, een kort geding bij de voorzieningenrechter draagt meestal niet bij aan het oplossen van de ervaren problemen en het aanspannen van een bodemprocedure of in beroep gaan heeft doorgaans geen effect meer.

- a. Gezien het totale aantal aanbestedingen en het volume (in euro's) wordt weinig gebruik gemaakt van rechtsbescherming. Het kort geding is de meest gebruikte mogelijkheid. Het aantal kort gedingen over aanbestedingsgeschillen lijkt af te nemen in de periode 2016-2018. Daarbij vinden er nauwelijks kort gedingen plaats over aanbestedingsprocedures onder de Europese drempelwaarden. Hieruit kan worden afgeleid dat het sluitstuk van de rechtsbeschermingsmogelijkheden niet wordt gebruikt voor de het grootste deel van de aanbestedingsprocedures (zowel in termen van omvang in euro's als in aantal procedures). Door deze groep worden er in de huidige praktijk dus uitsluitend niet-bindende opties gebruikt.
- b. De enige echte mogelijkheid om tijdig tot een bindende (voorlopige voorziening) uitspraak over de uitkomst van een aanbestedingsprocedure te komen, is door deze aan te vechten in een kort geding bij de voorzieningenrechter. Voorzieningenrechters zullen in hun toets van de beslissing van de aanbestedende dienst niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten. Dat betekent dat de rechter de rechtmatigheid van de zaak zal toetsen, maar bij de beoordeling van de inschrijvingen een zekere afstand bewaart. De rechter zal zich niet gauw uitspreken over de vraag of de aanbestedende dienst de juiste beslissing heeft genomen, maar zal toetsen of de aanbestedende dienst op het eerste gezicht rechtmatig heeft gehandeld en in redelijkheid tot die genomen beslissing heeft kunnen komen. Dit terwijl de ervaren problemen van de inschrijver juist vaak meer inhoudelijk van aard zijn. Dit maakt dat de enige echte route van rechtsbescherming in de praktijk niet goed past bij de ervaren problemen. Daarnaast heeft de rechter vaak weinig ondersteunend bewijsmateriaal tot zijn beschikking, doordat het voor aanbestedende diensten verboden is bedrijfsvertrouwelijke stukken te delen. Het gaat dan bijvoorbeeld om de beoordelingen van offertes

van de andere inschrijvers. Het openbaar maken van dergelijke bedrijfsvertrouwelijke informatie zou de belangen van de andere inschrijver(s) kunnen schaden.

- c. Als uit een kort geding een negatieve beslissing voor de inschrijver voortkomt, heeft het weinig nut om alsnog een bodemprocedure bij de rechtbank aan te spannen of in beroep te gaan tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter. De aanbesteder mag namelijk na uitspraak in het kort geding in eerste aanleg overgaan tot de definitieve gunning en het sluiten van een overeenkomst met de winnaar van de aanbesteding. Het is dan enkel in zeer uitzonderlijke gevallen nog mogelijk om het contract in hoger beroep of een bodemprocedure te laten vernietigen of ontbinden. Een ondernemer procedeert in hoger beroep of bodemprocedure in de meeste gevallen dus enkel nog voor een financiële schadevergoeding. Het beeld is echter dat het zeer moeilijk is om deze schadevergoeding toegekend te krijgen. Voor de aanbestedende dienst heeft het wel nut om in hoger beroep te gaan tegen een onwelgevallig vonnis van de kortgedingrechter, omdat na een positief arrest voor de aanbestedende dienst alsnog tot gunning kan worden overgegaan (aannemende dat de aanbidding nog geldig is).

7.1.2. Conclusie: er zijn verbetermogelijkheden

In de volgende paragrafen presenteren we de verschillende verbetermogelijkheden die naar voren zijn gekomen in dit onderzoek. Op hoofdlijnen delen we de verbetermogelijkheden als volgt in: verbetermogelijkheden gericht op het voorkomen van klachten en geschillen aan de voorkant, verbetermogelijkheden gericht op het verbeteren van de (toegang tot) klachtafhandeling en verbetermogelijkheden gericht op (toegang tot) het bindend oplossen van geschillen. We maken hierbij steeds onderscheid tussen verbetermogelijkheden binnen het huidige wettelijke kader en verbetermogelijkheden buiten het huidige wettelijke kader (zie onderstaande figuur). Verbetermogelijkheden buiten het huidige wettelijke kader hebben aanzienlijk meer voeten in de aarde dan verbetermogelijkheden binnen het huidige kader. Wel vallen alle verbetermogelijkheden die worden genoemd binnen de ruimte die de Europese Aanbestedingsrichtlijn biedt.

	<u>Binnen</u> het huidige kader	<u>Buiten</u> het huidige kader
Gericht op het voorkomen van klachten en geschillen	1.1. Stimuleren professionele interactie 1.2. Beperken toepassing Grossmann <i>Zie paragraaf 7.2.</i>	2.1. Dwingend sturen op professionele interactie 2.2. Instellen toezichthouder <i>Zie paragraaf 7.3.</i>
Gericht op het verbeteren van klachtafhandeling	3.1. Stimuleren professionalisering klachtenloketten 3.2. Verduidelijken rol CvAE <i>Zie paragraaf 7.4.</i>	4.1. Dwingend sturen op klachtenloketten 4.2. Uitbreiden bevoegdheden of opheffen CvAE <i>Zie paragraaf 7.5.</i>

Gericht op het bindend oplossen van geschillen	5.1. Stimuleren verbetering rechtspraak	6.1. Instellen scheidsrecht (arbitrage) of CvAE met bindend oordeel
	5.2. Uitbreiden gronden voor vernietiging	6.2. Instellen Aanbestedingskamer
	Zie paragraaf 7.6.	6.3. Aanbestedingsrecht vormgeven via bestuursrecht en de bestuursrechtelijke voorzieningenprocedure Zie paragraaf 7.7.

Ieder van de genoemde verbetermogelijkheden kan bijdragen aan het oplossen van één of meer van de ervaren problemen (of aspecten daarvan). Gelet op de gelaagdheid van de ervaren problemen is er geen verbetermogelijkheid die tegemoet kan komen aan alle ervaren problemen. De verbetermogelijkheden dienen dan ook in samenhang gezien te worden. De uitdaging is een pakket aan verbetermogelijkheden samen te stellen waarmee de beste verbetering van de rechtsbescherming voor inschrijvers wordt gerealiseerd met inachtneming van andere (publieke) belangen die spelen bij aanbestedingsprocedures. Belangrijk is hierbij wel om meerstromenbeleid te voorkomen. Hiermee bedoelen we meerdere instrumenten die hetzelfde beogen (bijvoorbeeld meerdere instanties die tot een bindend oordeel kunnen komen).

De verbetermogelijkheden zijn generiek geformuleerd. We merken op dat er vanuit aanbestedende diensten en ondernemers grote verschillen worden ervaren in bijvoorbeeld de mate van professionalisering tussen bedrijven en aanbestedende diensten. Op grond van dit onderzoek kunnen dan ook geen harde conclusies worden getrokken over welke (type) aanbestedende diensten en welke (type) onderneming zich verder dienen te professionaliseren. Sommige aanbestedende diensten en ondernemers zullen zich aangesproken voelen door de verbetermogelijkheden, anderen niet.

In de volgende paragrafen behandelen we de genoemde verbetermogelijkheden afzonderlijk. We gaan hierbij steeds in op de vragen:

- Wat houdt de verbetermogelijkheid in?
- Welk probleem lost het op?
- Welke actie is benodigd?
- Wat zijn nadelen en risico's?

7.2. Verbetermogelijkheden binnen het huidige kader gericht op het voorkomen van klachten en geschillen

De volgende verbetermogelijkheden zijn gericht op het voorkomen van klachten en geschillen. Door klachten en geschillen te voorkomen wordt aan de voorkant bijgedragen aan rechtsbescherming. De verbetermogelijkheden in deze paragraaf zijn te realiseren binnen het huidige kader: er zijn geen grote wijzigingen in onderliggende wet- en regelgeving nodig om deze verbetermogelijkheden te realiseren.

7.2.1. Stimuleren betere interactie tijdens aanbestedingsprocedures

Verbetermogelijkheid	Stimuleren professionele interactie (aansluiten bij Beter Aanbesteden)
Wat houdt het in?	Binnen het huidige Beter Aanbesteden traject worden door vertegenwoordigers van bedrijfsleven en overheid verbeterpunten geïdentificeerd, voorbeelden verzameld en vernieuwende werkwijzen gedeeld op het gebied van aanbesteden. Het traject Beter Aanbesteden heeft begin 2018 geleid tot de actieagenda Beter Aanbesteden. De huidige

	actieagenda wordt voor de zomer afgerond. Uit dit onderzoek blijkt dat er behoefte is om de inzet op professionalisering – vanuit het perspectief van rechtsbescherming – voort te zetten. Het gaat dan zowel om de professionalisering van aanbestedende diensten, als de professionalisering van de inschrijvers, met als doel een professionele interactie te realiseren. De volgende verbetermogelijkheden kunnen worden verkend: 1. In timing en doorlooptijd van de procedure rekening houden met rechtsbescherming: tijdig starten en in de procedure voldoende ruimte inbouwen voor de omgang met ‘onvoorziene’ zaken (zoals klachten). Maar ook voor inschrijvers: tijdig vragen stellen en klagen. Tot slot de standstilltermijn bij procedures onder de Europese drempel. Hier kan worden overwogen om de termijnen voor boven de drempel hier ook als uitgangspunt te hanteren. 2. Het verbeteren van de dialoog tussen aanbestedende dienst en de markt aan de voorkant (zowel voorafgaand aan de procedure, als het onderhouden van relaties tussen marktpartijen en de aanbestedende dienst buiten procedures om): - o Voorafgaand aan de procedure een (mondelinge) marktconsultatie uitvoeren (indien passend). - o Buiten procedures inzetten op versterken dialoog met bijvoorbeeld marktdagen/ regionale kenniscentra. - o Inschrijvers dienen hier vervolgens uiteraard aan mee te doen. 3. Het verbeteren van de dialoog tussen aanbestedende dienst en de markt tijdens de procedure: - o Organiseer waar mogelijk mondelinge inlichtingenbijeenkomsten (let op gelijkheid en transparantie zodat partijen dezelfde informatie krijgen). - o Investeer in gedegen antwoorden op vragen in de NvI. Organiseer meerdere rondes in een NvI om wedervragen te stellen. Hierbij kan worden bepaald dat geen volledig nieuwe vragen mogen worden gesteld. De verschillende rondes fungeren dan als trechter. - o Uitgebreider motivering van besluiten (keuze voor procedure/gunningsbeslissing) en tijdig mondeling toelichten in een evaluatiegesprek. 4. Regionale samenwerking: stimuleren dat aanbestedende diensten die weinig aanbesteden zich aansluiten bij een inkoop Samenwerkingsverband.³⁴ 5. In sectoren waar bij inschrijvers (over het algemeen) minder kennis is van aanbesteden (bijvoorbeeld het Sociaal Domein) kunnen cursussen/ondernemersavonden worden georganiseerd om toe te lichten wat aanbesteden inhoudt en om de verwachtingen over- en weer af te stemmen. 6. De positie van inkopers bij aanbestedende diensten versterken. Stimuleren van beroepsvorming. Management en bestuurders anders laten denken over aanbestedingsprocedures (niet als noodzakelijk kwaad, maar als belangrijke route om maatschappelijk doelen te verwezenlijken). Waarborgen treffen rondom de betrokkenheid van intermediairs. 7. Evalueren: marktpartijen betrekken bij evaluatie aanbestedingsprocedure. Waardoor ondernemers hun punt kunnen maken, waar aanbestedende diensten bij de volgende aanbesteding rekening mee houden. Eventueel kunnen (een aantal) verbetermogelijkheden worden vastgelegd in een ‘gedragscode’ of norm³⁵ voor aanbestedende diensten.
Welk probleem lost het op?	• Professionele interactie kan bijdragen aan het verminderen van het aantal overtredingen van het aanbestedingsrecht (rechtmatigheid). • Professionele interactie kan ook bijdragen aan de doelmatigheid van het aanbestedingssysteem: een betere uitvraag met input uit de markt kan leiden tot een beter resultaat. • Professionele interactie kan bijdragen aan het bevorderen van een gevoel van rechtvaardigheid: eerlijk en serieus behandeld worden (minder wij/zij gevoel).
Welke actie is benodigd?	• Zicht op effectiviteit Beter Aanbesteden traject. Alvorens te besluiten om versterkt in te zetten op professionalisering via een nieuw traject, is het van belang om zicht te krijgen op de doeltreffendheid van het huidige traject Beter Aanbesteden.

³⁴ Voor een overzicht van inkoop Samenwerkingen in Nederland zie:

<https://ez.maps.arcgis.com/apps/webappviewer/index.html?id=f0b4b0b655004ae6a421a4595dfa031a>. Handreiking ‘In drie stappen naar een Inkoop Samenwerking van PIANOo: <https://www.piano.nl/nl/document/2738/handreiking-drie-stappen-naar-een-inkoop Samenwerking>

³⁵ Op dit gebied bestaat reeds de NEN-norm NTA 8058 voor aanbestedingen.

	• Vanuit professionaliseringstraject Beter Aanbesteden worden al verschillende acties ondernomen om de toepassing van de Aanbestedingswet in de praktijk te verbeteren. Verkend kan worden in hoeverre het mogelijk is om bij dit traject aan te sluiten om de signalen en problemen die in dit onderzoek naar voren komen op te pakken. • Professionalisering vraagt aldus Beter Aanbesteden ook om een cultuuromslag bij zowel aanbestedende diensten als ondernemers. Die begint met het creëren van bewustzijn. Dat vraagt om voortdurende aandacht voor het onderwerp vanuit overheden, (lokale) politiek, marktpartijen en branchevereniging. Dit vraagt inzet op langere termijn. Mits effectief dient derhalve ingezet te worden op verlenging van het traject Beter Aanbesteden.
Wat zijn nadelen en risico's?	• De genoemde voordelen dragen niet direct bij aan een verbetering van de rechtsbescherming. De verbetermogelijkheden kunnen worden gezien als preventief: rechtsbescherming is – naar verwachting – minder nodig wanneer de dialoog tussen aanbestedende diensten en ondernemers is verbeterd. • Doorlooptijd: professionalisering vraagt om een cultuuromslag bij zowel aanbestedende diensten als ondernemers. Die begint met het creëren van bewustzijn. Dat vraagt om voortdurende aandacht voor het onderwerp vanuit overheden, (lokale) politiek, marktpartijen en branchevereniging. Dit vraagt inzet op langere termijn. • Impact van initiatieven onder Beter Aanbesteden: de voorgestelde verbetermogelijkheden zijn lastig afdwingbaar (het gaat om verandering van houding, cultuur en gedrag). • Daarbij kennen de verbetermogelijkheden (afhankelijk van de inrichting) praktische nadelen/risico's voor zowel de inschrijvende als de aanbestedende partijen: ○ Toename werkdruk voor inkooporganisaties (anderzijds, werkdruk kan ook afnemen door minder gedoe) ○ Toename doorlooptijden van aanbestedingsprocedures (anderzijds, doorlooptijden kunnen ook afnemen door minder gedoe aan de achterkant) ○ Duurder: meer inzet van tijd en middelen, zowel voor ondernemers als aanbestedende diensten (anderzijds, professionalisering kan er ook toe leiden dat kosten dalen)

7.2.2. Beperken toepassing Grossmann-arrest

Verbetermogelijkheid	Beperken toepassing Grossmann
Wat houdt het in?	Het Grossmann-arrest stelt dat een inschrijver, die ontevreden is met de informatie of bepalingen in aanbestedingsstukken of de nota van inlichtingen, niet dient te wachten met het indienen van een bezwaar tot de gunningsbeslissing, maar proactief moet handelen. Indien een inschrijver dit niet doet, kan het gebeuren dat zijn zaak door de rechter als niet ontvankelijk worden verklaard. Het belang van tijdig klagen (het uitgangspunt van rechtsverwerking) wordt door iedereen onderschreven. Het beeld is echter dat aanbestedende diensten het arrest aangrijpen om zeer strenge eisen te stellen aan de tijdigheid van klagen en procederen, en ook strenger dan uit het Grossmann-arrest voortvloeit. Om dit te voorkomen zou in de Gids Proportionaliteit een beschrijving van de toepassing van het Grossmann-arrest in aanbestedingsdocumenten kunnen worden opgenomen zodat aanbestedende diensten deze kunnen volgen. Over de redelijke en billijke toepassing van het Grossmann-arrest kunnen ook nadere afspraken worden vastgelegd in een gedragscode, zoals genoemd bij verbetermogelijkheid 'Stimuleren betere interactie.'
Welk probleem lost het op?	• De rechtsbescherming van inschrijvers wordt niet onnodig/disproportioneel beperkt. ○ Betere/effectievere rechtsbescherming inschrijvers ○ Meer inhoudelijke behandeling tijdens kort geding, aangezien zaken niet kunnen worden afgedaan met een verwijzing naar het Grossmann-arrest • De eindverantwoordelijkheid voor een deugdelijke aanbesteding ligt bij de aanbestedende dienst, niet bij de inschrijvers. Wanneer in de huidige situatie een aanbestedende dienst een fout heeft gemaakt in de aanbestedingsprocedure en de inschrijver deze niet opmerkt, kan de inschrijver zich op een later moment niet beroepen op deze fout om een gunningsbeslissing aan te vechten (mits de fout objectief kenbaar was).
Welke actie is benodigd?	De wijze waarop over de impact van het Grossmann-arrest wordt gecommuniceerd in aanbestedingsprocedures ligt in de eerste plaats bij de aanbestedende diensten. Zij kunnen besluiten om op een andere wijze om te gaan met de toepassing van dit arrest in aanbestedingsdocumenten. Uiteindelijk is het aan de rechter om te toetsen of een beroep op het Grossmann-arrest al dan niet gegrond is.

	Er dienen drie stappen genomen te worden om de toepassing van het Grossmann-arrest in de Gids Proportionaliteit vast te leggen: • Eerst dienen de proportionaliteitsrichtlijnen rondom de toepassing van het Grossmann-arrest te worden opgesteld (eventueel in samenspraak met ondernemers en aanbestedende diensten). • Voor een wijziging in de Gids Proportionaliteit dient een advies uitgebracht te worden door de adviescommissie Gids Proportionaliteit. • Wanneer de adviescommissie de wijziging goedkeurt zal de wijziging als een Algemene maatregel van Bestuur middels een voorhangprocedure langs de Tweede Kamer moeten gezonden.
Wat zijn nadelen en risico's?	• Eerst vragen dan klagen blijft een belangrijk uitgangspunt met het oog op rechtsverwerking. Het blijft van belang dat inschrijvers bij het constateren van onduidelijkheden in aanbestedingsdocumenten een proactieve houding tonen en dat zij klagen op een moment dat die onduidelijkheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Wanneer Grossmann te veel wordt beperkt, en inschrijvers pas laat komen met hun klachten, hebben aanbestedende diensten minder zekerheid of zij met hun procedure door kunnen gaan. • Mogelijk toename van het aantal kort gedingen.

7.3. Verbetermogelijkheden buiten het huidige kader gericht op het voorkomen van klachten en geschillen

De volgende verbetermogelijkheden zijn gericht op het voorkomen van klachten en geschillen. Door klachten en geschillen te voorkomen wordt aan de voorkant bijgedragen aan rechtsbescherming. De verbetermogelijkheden in deze paragraaf vallen buiten het huidige kader: er zijn significante wetswijzigingen nodig om deze verbetermogelijkheden te realiseren.

7.3.1. Dwingend sturen op professionele interactie

Verbetermogelijkheid	Dwingend sturen op professionele interactie
Wat houdt het in?	Waar bij 'Stimuleren professionele interactie' de maatregelen nog zacht worden ingericht (voorlichten, aansporen, faciliteren), zou bij deze verbetermogelijkheid worden gekozen voor een meer dwingend karakter richting aanbestedende diensten. Zo zouden gedragsregels tijdens de procedure, regionale samenwerking en evaluaties dwingend kunnen worden vastgelegd in de Aanbestedingswet of lagere regelgeving.
Welk probleem lost het op?	Gelijk aan 'Stimuleren professionele interactie,' maar dan met meer zekerheid dat ook (juist) achterblijvende aanbestedende diensten professionaliseren. • Professionele interactie kan bijdragen aan het verminderen van het aantal overtredingen van het aanbestedingsrecht (rechtmatigheid). • Professionele interactie kan ook bijdragen aan de doelmatigheid van het aanbestedingssysteem: een betere uitvraag met input uit de markt kan leiden tot een beter resultaat. • Professionele interactie kan bijdragen aan het bevorderen van een gevoel van rechtvaardigheid: eerlijk en serieus behandeld worden (minder wij/zij gevoel).
Welke actie is benodigd?	• Wanneer dwingend wordt gestuurd op professionele interactie, zal hiervoor een basis moeten worden gelegd in de Aanbestedingswet. Deze basis zal vervolgen uitgewerkt moeten worden in lagere regelgeving: welke gedragsregels worden voorgeschreven, hoe worden deze geformuleerd, welke uitzonderingen zijn er mogelijk, welke sancties staan er op overtreding van deze regels, hoe wordt handhaving van de regels ingericht?
Wat zijn nadelen en risico's?	• Het dwingend sturen op professionele interactie zou betekenen dat er (nog) meer regels komen voor aanbestedende diensten. De ruimte die aanbestedende diensten hierdoor overhouden is beperkt. Daarnaast komt uit gesprekken naar voren dat het toevoegen van regels de interactie alleen maar meer verkrampt maakt: aanbestedende diensten zullen bang worden om fouten te maken en zullen dus meer focussen op rechtmatigheid. Professionele interactie is gebaat bij goed gebruik maken van de ruimte die de regels bieden, waarmee het dwingend sturen hierop een contradictio in terminis zou zijn.

	• Het is een uitdaging om gedragsregels eenduidig vast te stellen voor de gehele aanbestedingspraktijk (verschillende typen aanbestedende diensten, verschillen tussen werken, diensten, leveringen, verschillen tussen sectoren). • Over het algemeen genomen zullen grotere aanbestedende diensten (met meer mensen, middelen, ervaring en kennis) zich al professioneler gedragen dan kleinere aanbestedende diensten, dus kleinere aanbestedende diensten zouden het meest geraakt worden door deze regels. Het zal juist kleinere aanbestedende juist aan middelen ontbreken om expertise in te schakelen / middelen te besteden aan het professionaliseren van aanbestedingen. Zonder hulp / aanvullende maatregelen (bijvoorbeeld samenwerking) is het niet aannemelijk dat professionelere interactie zich zonder meer laat afdwingen.
--	---

7.3.2. Instellen toezichthouder of aanbestedingsautoriteit

Verbetermogelijkheid	Instellen toezichthouder of aanbestedingsautoriteit
Wat houdt het in?	Een onafhankelijke toezichthouder treedt zelfstandig op naar aanleiding van openbare informatie (bijvoorbeeld op TenderNed), klachten en tips en kan op eigen initiatief onderzoek doen. De toezichthouder is bevoegd informatie bij aanbestedende diensten op te vragen en de aanbestedende diensten zijn verplicht de gevraagde informatie te verschaffen. De toezichthouder is er in de eerste plaats niet om concrete geschillen af te handelen maar doet structureel onderzoek naar- en uitspraak over problemen in de aanbestedingspraktijk. Indien een toezichthouder een klacht ontvangt is de toezichthouder wel verplicht daar iets mee te doen (als een benadeelde partij vraagt om handhaving van de aanbestedingsregels moet de toezichthouder kunnen acteren). In formele zin kan een toezichthouder dan een boete uitdelen en een last onder dwangsom opleggen. Daarnaast kan een toezichthouder meer zachte instrumenten inzetten (advies / gesprek / naming & shaming / et cetera). Ook kan worden overwogen om een ‘toezichthouder’ in te stellen die alleen de beschikking heeft over meer zachte instrumenten. Een voorbeeld hierbij de zogenaamde Mystery Shopper zoals deze in Groot-Brittannië is vormgegeven. Via dit model kunnen inschrijvers een bondig geformuleerde klacht indienen bij een onafhankelijke organisatie waarna de aanbestedende dienst een bondige reactie formuleert. Beide stukken worden openbaar gepubliceerd. In onze analyse hieronder zijn we uitgegaan van de toezichthouder die opereert binnen het bestuursrecht en beschikt over formele instrumenten (boete en last onder dwangsom). Eventueel kan de CvAE invulling geven aan de rol van toezichthouder.³⁶
Welk probleem lost het op?	• Toezichthouder draagt bij aan rechtsbescherming. Het instellen van een toezichthouder neemt een ervaren hiaat weg. Momenteel is er geen onafhankelijke toezichthouder die zich richt op nalevering van de Aanbestedingswet / aanbestedingsrichtlijn. Aanbestedende diensten die structureel ongewenst gedrag vertonen kunnen nu (buiten concrete geschillen om) niet worden aangesproken. • Geeft ondernemers mogelijkheid om bij de toezichthouder een klacht in te dienen en (tijdens de eerste fase van de administratieve behandeling) anoniem te blijven voor de aanbestedende dienst. Het is vervolgens aan de toezichthouder om af te wegen of en hoe het signaal wordt opgepakt. • Toezichthouder geeft ondernemers de mogelijkheid om een klacht (bindend) te laten onderzoeken zonder kosten te maken. • Toezichthouder kan zelfstandig optreden en fouten in aanbestedingen signaleren en actie ondernemen (proactief monitoren). De bevoegdheid om zelfstandig op te treden kan bevorderen dat meer kwesties met betrekking tot overheidsinkoop die verbetering behoeven, maar die nu buiten het zicht blijven omdat er geen klachten over worden ingediend, worden aangekaart en verbeterd. Dat kan vervolgens weer een bijdrage leveren aan de verdere verbetering van de professionalisering van de inkoop- en aanbestedingspraktijk. • Uitspraken van de toezichthouder kunnen bijdragen aan de professionalisering/rechtsvorming/uniformering van de aanbestedingspraktijk. • Een toezichthouder is bevoegd om informatie bij aanbestedende diensten op te vragen en de aanbestedende diensten zijn verplicht de gevraagde informatie te verschaffen.

³⁶ Zie: Bron: Toekomstscenario's Commissie van Aanbestedingsexperts. Notitie Commissie van Aanbestedingsexperts, 16 januari 2019: toekomstscenario 3 "Toezicht houden".

	Een toezichthouder kan de aanbestedende dienst verplichten een nog lopende aanbestedingsprocedure op te schorten en door een bindend karakter te geven aan het oordeel dat de toezichthouder vervolgens geeft, heeft dat oordeel effect in de concrete aanbestedingsprocedure.
Welke actie is benodigd?	- In het Visiedocument aanbesteden is overwogen om speciale toezichthouder voor handhaving van het aanbestedingsrecht aan te wijzen. Het kabinet achtte het instellen van een toezichthouder destijds niet nodig. - Instellen toezichthouder vraagt een investering in mensen/ middelen (eventueel te overwegen om dit bij bestaande organisatie onder te brengen: ACM of nieuwe rol voor CvAE). Een toezichthouder lijkt niet logisch in combinatie met de huidige opzet van de CvAE. Dus die dan opheffen/aanpassen. Eventueel: reglement CvAE aanpassen. - De bevoegdheden van de toezichthouder zullen moeten worden vastgelegd in de Aanbestedingswet. Dit vereist een grondige wijziging/uitbreiding van de huidige wet. Daarnaast zal waarschijnlijk afstemming met het ministerie van JenV noodzakelijk zijn, omdat dit een wijziging van het rechtssysteem is. - Bij het instellen van een onafhankelijk toezichthouder komt mogelijk de toepasselijkheid van het bestuursrecht in beeld. Dat zal betekenen dat beroep zal kunnen worden ingesteld bij de bestuursrechter tegen oordelen van de toezichthouder. Dat zal een belangrijke aanpassing vergen van met name de rechtspraak.
Nadelen/risico's	- Meersporenbeleid (nog een autoriteit): er zijn reeds andere mogelijkheden om naleving te bevorderen (echter, dit moeten ondernemers wel zelf aankaarten). Namelijk: klachtenloketten, de CvAE en de civiele rechter. Op Rijksniveau kijkt de Audit Dienst Rijk, of alle regels goed worden toegepast, bij lagere overheden zullen interne audits en de accountantscontrole hierop toezien. - Wanneer de aanbestedende dienst verplicht is de aanbesteding op te schorten en het daarop volgende bindende advies op te volgen, is het waarschijnlijk dat er een verschuiving van de rechter naar de toezichthouder zal plaatsvinden vanwege de laagdrempeligheid van de toezichthouder. Met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor zal de doorlooptijd van de procedure bij de toezichthouder toenemen. - Dit scenario zet ondernemers mogelijk aan tot strategisch gebruik van de procedure (bijvoorbeeld voor zittende aanbidders die gebaat zijn bij vertraging van een nieuw contract). Een verplichte financiële maatregel kan dienen als drempel tegen dergelijk misbruik. Dat doet echter afbreuk aan de laagdrempeligheid. - Toezichthouder kent mogelijk een lange doorlooptijden om signalen op te pakken. Dit kan betekenen dat aanbestedingsprocedures voor langere periode worden opgeschort. Indien toezichthouder geen opschortende / bindende werking heeft is er geen sprake van een bijdrage aan geschilbeslechting: problemen van inschrijvers zijn vaak concrete signalen in concrete gevallen. Een toezichthouder zal (in verband met doorlooptijden) dan niet bijdragen aan het oplossen van concrete gevallen. - Mogelijk leidt een toezichthouder (met naming and shaming) tot verdere verjuridificering van aanbestedingsprocedures. - Het wettelijke kader om besluiten van een toezichthouder te toetsen is de Awb. Dit kan in de praktijk dus betekenen dat uitspraken van de toezichthouder over de toepassing van de aanbestedingsregels uiteindelijk bij de bestuursrechter zullen worden voorgelegd.

7.4. Verbetermogelijkheden binnen het huidige kader gericht op het verbeteren van klachtafhandeling

De volgende verbetermogelijkheden zijn gericht op het verbeteren van de afhandeling van klachten over aanbestedingsprocedures. Door klachten effectief af te handelen wordt voorkomen dat geschillen escaleren en bij de rechter terecht komen. Op deze wijze wordt voorkomen dat formele (juridische) rechtsbescherming nodig is. De verbetermogelijkheden in deze paragraaf zijn te realiseren binnen het huidige kader: er zijn geen grote wijzigingen in onderliggende wet- en regelgeving nodig om deze verbetermogelijkheden te realiseren.

7.4.1. Stimuleren professionalisering klachtenloketten

Verbetermogelijkheid	Stimuleren professionalisering klachtenloketten
----------------------	---

Wat houdt het in?	Inschrijvers kunnen bij een groot deel van de aanbestedende diensten een klacht indienen bij het klachtenloket. Dat is een aanspreekpunt binnen de aanbestedende dienst dat onafhankelijk de klacht bekijkt en daarover een advies uitbrengt aan de aanbestedende dienst. Inschrijvers uiten zorgen over de onafhankelijkheid, deskundigheid en impact (uitspraken komen te laat en/of leiden niet tot wijzigingen) van de klachtenloketten. Kanttekening is dat er grote verschillen worden ervaren in inrichting en kwaliteit van de klachtenloketten. Er is behoefte aan professionalisering/duidelijkheid over de rol van de klachtenloketten. De volgende verbetermogelijkheden kunnen worden verkend: 1. Uniforme klachtenreglementen stimuleren. Aanbestedende diensten stimuleren te werken met een uniform klachtenreglement. 2. Onafhankelijke klachtencommissie stimuleren. Klachtbehandeling bij aanbestedende diensten laten uitvoeren door een daadwerkelijk onafhankelijke klachtencommissie. 3. Regionale samenwerking stimuleren. Stimuleren dat aanbestedende diensten klachtenloketten regionaal vormgeven om schaalvoordelen te behalen en eenvormigheid in afdoening van klachten.
Welk probleem lost het op?	1. Uniform klachtenreglement stimuleren - Door klachtenloketten uniform in te richten, verdwijnen verschillen tussen aanbestedende diensten en is het duidelijker voor inschrijvers wat zij kunnen verwachten. Bijvoorbeeld op het gebied van termijnen. 2. Onafhankelijke klachtencommissie stimuleren: - Er bestaan zorgen over de onafhankelijkheid van klachtenloketten bij aanbestedende diensten. Deze beeldvorming kan mogelijk worden weggenomen wanneer aanbestedende diensten bij hun klachtenloket een onafhankelijke klachtencommissie instellen. - Een klachtencommissie kan als onafhankelijke partij optreden om het gesprek tussen aanbestedende dienst en inschrijver te faciliteren zonder te juridificeren (mediatorrol). 3. Regionale samenwerking stimuleren: - Door regionaal samen te werken kunnen schaalvoordelen worden behaald. Enerzijds op het gebied van kosten en inzet: het klachtenloket hoeft maar één keer te worden georganiseerd. Anderzijds op het gebied van expertise: lessen van verschillende aanbestedende diensten kunnen met elkaar worden gedeeld en de klachtenloketten krijgen een groter aantal klachten te zien waar van geleerd kan worden. De klachtenloketten komen op grotere afstand te staan van de aanbestedende diensten.
Welke actie is benodigd?	- Het stimuleren van professionalisering van klachtenloketten vraagt om een cultuuromslag bij aanbestedende diensten. Die begint met het creëren van bewustzijn. Dat vraagt om voortdurende aandacht voor het onderwerp vanuit overheden, (lokale) politiek, marktpartijen en branchevereniging. Dit vraagt inzet op langere termijn. - In het kader van het stimuleren van professionele interactie worden ook verschillende verbetermogelijkheden geschetst. Het lijkt logisch om de verbetermogelijkheden voor de klachtenloketten hier bij te laten aansluiten.
Wat zijn nadelen en risico's?	- Doorlooptijd: professionalisering van klachtenloketten vraagt om een cultuuromslag bij aanbestedende diensten. Die begint met het creëren van bewustzijn. Dat vraagt om voortdurende aandacht voor het onderwerp vanuit overheden, (lokale) politiek, marktpartijen en branchevereniging. Dit vraagt inzet op langere termijn. - Daarbij kennen de verbetermogelijkheden (afhankelijk van de inrichting) praktische nadelen/risico's voor de aanbestedende partijen. Zo kosten ze meer inzet van tijd en middelen.

7.4.2. Verduidelijken rol CvAE

Verbetermogelijkheid	Verduidelijken rol CvAE (binnen het huidige stelsel)
Wat houdt het in?	De CvAE schetst zelf een aantal toekomstscenario's die kunnen bijdragen aan het verduidelijken van de rol van de CvAE in de systematiek van rechtsbescherming van ondernemingen en/of de professionalisering van overheidsaanbestedingen:³⁷ 1. Uitsluitend geschillen behandelen:

³⁷ Bron: Toekomstscenario's Commissie van Aanbestedingsexperts. Notitie Commissie van Aanbestedingsexperts, 16 januari 2019.

	• <u>Enkel geschillen vóór de inschrijving behandelen.</u> In dit scenario kan een klacht alleen bij de commissie worden ingediend vóór de uiterste termijn voor indiening van de inschrijvingen, of in voorkomend geval de verzoeken tot deelneming aan de procedure (in het geval van een selectiebesluit). De klacht wordt met spoed behandeld. De klachtprocedure leidt tot een juridisch oordeel dat niet bindend is. Er is in dit scenario – in beginsel – dus geen sprake van geschilbeslechting. De CvAE krijgt in dit scenario nog geen opschortende werking, voor opschortende werking zie ‘7.4.2. Uitbreiden bevoegdheden of opheffen CvAE.’ • <u>Geschillen voor en na inschrijving behandelen.</u> Er kan zowel vóór als na inschrijving, maar alleen tijdens de aanbestedingsprocedure, een klacht bij haar worden ingediend (in de huidige situatie: ook na het sluiten van de overeenkomst). De klacht wordt met spoed behandeld. Het kan echter voorkomen dat de aanbestedingsprocedure tijdens de behandeling van de klacht wordt afgerond en er een overeenkomst wordt gesloten. In dat geval vervalt het spoedeisende karakter van de klacht en zal de CvAE het geschil niet verder behandelen. De klachtprocedure leidt tot een juridisch oordeel dat niet bindend is. Wel dient afwijking gemotiveerd te worden en verantwoord. Er is in dit scenario – in beginsel – geen sprake van geschilbeslechting. De CvAE krijgt in dit scenario nog geen opschortende of bindende werking, voor opschortende werking zie ‘7.4.2. Uitbreiden bevoegdheden of opheffen CvAE.’ 2. Uitsluitend bijdragen aan leereffect en professionalisering: • Het doel van de klachtprocedure bij de CvAE is nu niet meer het geven van een oordeel in het concrete geval, zodat de vraag naar het al dan niet bindende karakter van zo’n oordeel (geschilbeslechting) in dit scenario niet langer aan de orde is. Het doel van dit scenario is om naar aanleiding van een concreet geschil evaluatief terug te kijken op de inmiddels afgeronde aanbestedingsprocedure. In dat kader belegt de CvAE standaard een of meer evaluatiebijeenkomsten met de bij het geschil betrokken ondernemer en de aanbestedende dienst. De evaluatie mondt uit in een of meer aanbevelingen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk in de toekomst. Deze aanbevelingen worden bovendien gepubliceerd.
Welk probleem lost het op?	Overkoepelend is het maken van een keuze in het doel van de CvAE in rechtsbescherming voor ondernemers dan wel professionalisering van overheidsaanbestedingen van belang om het huidige diffuse karakter weg te nemen en verwachtingen goed te managen. De verschillende scenario’s kennen verschillende voordelen: 1. Uitsluitend geschillen behandelen • Vóór indiening van de inschrijvingen – of indiening van de verzoeken tot deelneming – zijn aanbestedende diensten naar verwachting meer bereid een advies van de CvAE ter harte te nemen, dan na een gunningsbeslissing. Door op dit soort klachten te focussen kan de CvAE haar effectiviteit zo veel als mogelijk bevorderen. 2. Uitsluitend bijdragen aan leereffect en professionalisering. • Niet gericht op oordeelsvorming, dus meer constructieve houding tussen betrokken actoren onderling en de CvAE die kan uitmonden in aanbevelingen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk in de toekomst. • Partijen kunnen zich meer gehoord voelen wanneer zij hun standpunt mondeling kunnen toelichten tijdens een evaluatiebijeenkomst en zijn daarmee ook meer betrokken bij de procedure en bij de aanbevelingen die uit de evaluatie volgen.
Welke actie is benodigd?	1. Uitsluitend geschillen behandelen • Aanpassing van het instellingsbesluit van de CvAE voor zover daarin nu nog is bepaald dat de CvAE ook klachten behandelt na aanmelding of inschrijving en dat de CvAE ook bijdraagt aan het leereffect of de professionalisering in de aanbestedingspraktijk. 2. Uitsluitend bijdragen aan leereffect en professionalisering • Aanpassing van het Reglement van de CvAE voor zover daarin nu nog is bepaald dat de CvAE een (schriftelijk, juridisch) oordeel geeft. Omdat in het onderhavige scenario is voorzien in het standaard beleggen van een of meer evaluatiebijeenkomsten, is ook op dat punt wijziging van het Reglement nodig.
Wat zijn nadelen en risico’s?	Afhankelijk van het gekozen scenario zijn er verschillende nadelen en/of risico’s: 1. Uitsluitend geschillen behandelen • Uitgangspunt in dit scenario blijft dat de CvAE geschillen weliswaar behandelt, maar niet beslecht. De daarmee verband houdende nadelen worden niet weggenomen. 2. Uitsluitend bijdragen aan leereffect en professionalisering • In dit scenario is inschakeling van de CvAE, alleen nog mogelijk na afronding van de aanbestedingsprocedure. De CvAE kan geen oordeel meer geven in een concreet geschil, met als gevolg dat zo’n oordeel en een eventuele aanbeveling van de CvAE

	ook geen impact meer zullen hebben op de aanbestedingsprocedure in kwestie (geen bijdrage aan de oplossing). • Geen concrete geschillen meer oplossen: afbreuk aan status CvAE met mogelijk minder vragen tot gevolg. Het is de vraag of ondernemers nog tijd en energie zullen steken in een evaluatieprocedure, wanneer de aanbestedingsprocedure in kwestie inmiddels is afgerond en de resultaten van de evaluatie geen impact meer zullen hebben op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure. • Langere doorlooptijd van evaluatieprocedure dan procedure in huidige situatie. • Leemte: geen orgaan dat een onafhankelijk advies kan geven over het aanbestedingsklachten.
--	--

7.5. Verbetermogelijkheden buiten het huidige kader gericht op het verbeteren van klachtafhandeling

De volgende verbetermogelijkheden zijn gericht op het verbeteren van de afhandeling van klachten over aanbestedingsprocedures. Door klachten effectief af te handelen wordt voorkomen dat zaken escaleren en bij de rechter terecht komen. Op deze wijze wordt voorkomen dat formele (juridische) rechtsbescherming nodig is. De verbetermogelijkheden in deze paragraaf vallen buiten het huidige kader: er zijn significante wetswijzigingen nodig om deze verbetermogelijkheden te realiseren.

7.5.1. Dwingend sturen op klachtenloketten

Verbetermogelijkheid	Dwingend sturen op klachtenloketten
Wat houdt het in?	Waar bij 'Stimuleren professionalisering klachtenloketten' de maatregelen nog descriptief worden ingericht (voorlichten, aansporen, faciliteren), zou bij deze verbetermogelijkheid worden gekozen voor een meer dwingend karakter richting aanbestedende diensten. Zo zouden uniforme reglementen en onafhankelijke commissies dwingend kunnen worden vastgelegd in de Aanbestedingswet of lagere regelgeving. Daarnaast zou kunnen worden voorgeschreven dat klachtenloketten van aanbestedende diensten een opschortende werking moeten krijgen. Tot slot zouden klachtenloketten ook afgeschaft kunnen worden. Hieronder gaan we in op deze verschillende verbetermogelijkheden: 1. Uniform klachtenreglement verplichten. Aanbestedende diensten verplicht laten werken met een uniform klachtenreglement. 2. Onafhankelijke klachtencommissie verplichten. Klachtbehandeling bij aanbestedende diensten verplicht laten uitvoeren door een daadwerkelijk onafhankelijke klachtencommissie (bijvoorbeeld door samenwerking). 3. Opschortende werking van klachtenprocedure introduceren. Introduceren dat wanneer een klacht wordt ingediend, de procedure in principe wordt opgeschort, tenzij hiervoor zwaarwegende motieven zijn. In de huidige situatie is dit precies andersom. 4. Afschaffen klachtenloketten. De mogelijkheid voor aanbestedende diensten om een klachtenloket in te richten afschaffen.
Welk probleem lost het op?	1. Uniform klachtenreglement verplichten • Door klachtenloketten uniform in te richten, verdwijnen verschillen tussen aanbestedende diensten en is het duidelijker voor inschrijvers wat zij kunnen verwachten. Bijvoorbeeld op het gebied van termijnen. • Daarnaast zal een verplicht uniform klachtenloket aanbestedende diensten, die nu geen of slecht functionerend klachtenloket hebben, verplichten een klachtenloket in te richten. Hierdoor kunnen ook bij deze aanbestedende diensten de voordelen van klachtenloketten worden benut. 2. Onafhankelijke klachtencommissie verplichten: • Er bestaan zorgen over de onafhankelijkheid van klachtenloketten bij aanbestedende diensten. Deze beeldvorming kan mogelijk worden weggenomen wanneer aanbestedende diensten bij hun klachtenloket verplicht een onafhankelijke klachtencommissie instellen.

	- Een klachtencommissie kan als onafhankelijke partij optreden om het gesprek tussen aanbestedende dienst en inschrijver te faciliteren zonder te juridificeren (mediatorrol). 3. Opschortende werking van klachtenprocedure introduceren: - Betere rechtsbescherming. Opschorting geeft meer ruimte om de klacht te behandelen en tot een oplossing te komen. Nu komen uitspraken van klachtenloketten vaak te laat in procedure zodat de consequentie van uitspraak niet meer kan worden meegenomen. 4. Afschaffen klachtenloketten (direct naar CvAE): - Geen verplichte tussenstap meer voordat je als inschrijver naar de CvAE stapt, waardoor tijd wordt bespaard en adviezen van de CvAE vaker op tijd komen om nog effect te kunnen hebben.
Welke actie is benodigd?	- Het is als aanbestedende dienst nu niet verplicht om een intern klachtenloket op te richten. Hiervoor is destijds bewust gekozen door de beleidsmaker. De beleidsmaker zal deze afweging opnieuw moeten maken en de onderliggende wet- en regelgeving moeten aanpassen. - Wanneer dwingend wordt gestuurd op de klachtenloketten, zal hiervoor een basis moeten worden gelegd in de Aanbestedingswet. Deze basis zal vervolgens uitgewerkt moeten worden in lagere regelgeving: welke reglementen worden voorgeschreven, hoe worden deze geformuleerd, welke uitzonderingen zijn er mogelijk, welke sancties staan er op overtreding van deze regels, hoe wordt handhaving van de regels ingericht?
Wat zijn nadelen en risico's?	Algemeen: - Het is een uitdaging om de regels voor klachtenloketten eenduidig vast te stellen voor de gehele aanbestedingspraktijk (verschillende typen aanbestedende diensten, verschillen tussen werken, diensten, leveringen, verschillen tussen sectoren), waardoor het mogelijk een keurslijf vormt waar in de praktijk lastig mee te werken is voor ondernemers en aanbestedende diensten. - Een verplicht reglement en een verplichte onafhankelijke commissie zijn kosten- en arbeidsintensief voor – met name – kleinere aanbestedende diensten. Oplossing kan zijn om samen te werken met andere aanbestedende diensten en/of in inkoopverbanden. De verplichtingen vereisen daarnaast veranderingen bij alle aanbestedende diensten die hun klachtenprocedure nu op een andere wijze hebben ingericht. Wat betreft de opschortende werking: - Opschorting kan nadelig uitpakken voor de planning van de aanbestedende dienst (bijvoorbeeld omdat hetgeen wordt ingekocht/ aanbesteed tijdskritiek is). Daarnaast moet rekening worden gehouden met de belangen van de andere inschrijvers die ook tijd investeren en capaciteit reserveren. Een opschortende werking kan nadelig uitpakken voor hun planning. - Als gevolg van de opschortingsplicht voor aanbestedende diensten zal het aantal klachten (en daarmee administratieve lasten) naar verwachting sterk gaan toenemen. Bovendien ligt het gevaar van strategische inzet van de klachtprocedure op de loer: ondernemers kunnen met een (gratis) klacht de aanbestedingsprocedure immers stilleggen (de zittende aanbieder heeft vaak belang bij verlenging van zijn contract; zodat een vertraging hem meestal goed uitkomt). Wat betreft het afschaffen van klachtenloketten: - De beoogde voordelen van klachtenloketten vallen weg. Zo kunnen klachten niet meer laagdrempelig in onderling overleg opgelost worden. Dit leidt waarschijnlijk tot sneller inschakeling van de CvAE of rechter. Misverstanden, onbedoelde fouten en ten onrechte gestelde eisen in de aanbesteding kunnen minder goed worden hersteld zonder dat zaken escaleren. Ook ontnemt dit aanbestedende diensten een mogelijkheid om te reflecteren en leren. - Verder dient deze oplossingsrichting te worden gezien in samenhang met de toekomstscenario's voor de CvAE (dit geldt ook voor de andere opties). Indien de CvAE een andere rol gaat vervullen (bijvoorbeeld zich richten op professionalisering) is er geen laagdrempelig loket meer waar inschrijvers concrete geschillen kunnen voorleggen.

7.5.2. Uitbreiden bevoegdheden of opheffen CvAE

Verbetermogelijkheid	Uitbreiden bevoegdheden of opheffen CvAE
Wat houdt het in?	Uit dit onderzoek blijkt dat de CvAE wordt gewaardeerd om haar deskundigheid en onafhankelijkheid. Ondernemers waarderen het feit dat de commissie klachten inhoudelijk behandelt (en uitgebreid motiveert), inhoudelijker dan de voorzieningenrechter. Vanwege de beperkte bevoegdheden van de CvAE draagt ze echter beperkt bij aan het oplossen van klachten in aanbestedingsprocedures. Een verbetermogelijkheid zou zijn om deze bevoegdheden uit te breiden. Het gaat dan om het introduceren van een opschortende werking. Zie voor het bindend maken van de CvAE adviezen dan ook paragraaf 7.6.1. 'Instellen scheidsrecht (arbitrage) of CvAE met bindend oordeel.' Gezien de huidige beperkte bijdrage aan het oplossen van klachten in aanbestedingsprocedures zou de CvAE ook opgeheven kunnen worden.
Welk probleem lost het op?	1. CvAE opschortend maken: - Voordeel van een opschortingsplicht voor de aanbestedende dienst is dat het advies van de CvAE op tijd komt en zo nog kan worden meegenomen door de aanbestedende dienst. Daarmee wordt de kans verhoogd dat de klacht van de ondernemer nog tot effectieve wijzigingen kan leiden. 2. CvAE Opheffen: - Door de CvAE op te heffen wordt het stelsel van rechtsbescherming armer, maar wel duidelijker: wanneer de aanbestedende dienst de klacht (of vraag) niet gegrond verklaart is er één duidelijke vervolgroute, namelijk het aanspannen van een kort geding. - Het wegvallen van de kosten van de CvAE levert een directe financiële besparing op.
Welke actie is benodigd?	1. CvAE opschortend maken: - Voor een opschortingsplicht voor de aanbestedende dienst is niet alleen een wijziging van het Instellingsbesluit van de CvAE nodig, maar ook een wijziging van de Aanbestedingswet. Bovendien zal de CvAE vermoedelijk extra capaciteit nodig hebben (al dan niet in de vorm van de flexibele schil van experts) met het oog op een verwachte toename van haar inschakeling, en het feit dat iedere klacht vanaf dan een spoedklacht is. 2. CvAE Opheffen: - Artikel 4.27 Aanbestedingswet 2012 aanpassen en er zullen maatregelen moeten worden getroffen om de CvAE te beëindigen.
Wat zijn nadelen en risico's?	1. CvAE opschortend maken: - Opschorting kan nadelig uitpakken voor de planning van de aanbestedende dienst (bijvoorbeeld omdat hetgeen wordt ingekocht/ aanbesteed tijdskritiek is). Daarnaast moet rekening worden gehouden met de belangen van de andere inschrijvers die ook tijd investeren en capaciteit reserveren. Een opschortende werking kan nadelig uitpakken voor hun planning. - Als gevolg van de opschortingsplicht voor aanbestedende diensten zal het aantal klachten naar verwachting toenemen. De CvAE zal moeten worden toegerust op de behandeling van dit grotere aantal klachten. - Bovendien ligt het gevaar van strategische inzet van de klachtprocedure op de loer: ondernemers kunnen met een (gratis) klacht de aanbestedingsprocedure immers stilleggen (de zittende aanbieder heeft vaak belang bij verlenging van zijn contract; zodat een vertraging hem meestal goed uitkomt). - Tot slot staat het aanbestedende diensten nog steeds vrij de adviezen van de CvAE naast zich neer te leggen. Wellicht is verzwaarde motivering hierbij dan wel op zijn plaats. 2. CvAE Opheffen: - Bij geschillen waar het klachtenloket van de aanbestedende dienst geen oplossing biedt is een kort geding aanhangig maken het enige alternatief om tot een onafhankelijk oordeel te komen (mits er geen alternatieve voorziening binnen of buiten het huidige systeem wordt getroffen). Met name voor MKB-ondernemingen zal deze drempel hoger zijn dan de drempel om naar de CvAE te stappen. - Ondernemers geven aan dat de CvAE de enige plek is waar in het huidige stelsel inhoudelijk en onafhankelijk naar hun klacht wordt gekeken. Ondanks de beperkte bijdrage aan de oplossing de klacht, draagt het advies van de CvAE wel bij aan het gevoel van rechtvaardigheid bij ondernemers.

- Wanneer de CvAE wordt opgeheven zal ook de bijdrage van de CvAE aan het leereffect en de professionalisering in de aanbestedingspraktijk verdwijnen.

7.6. Verbetermogelijkheden binnen het huidige kader gericht op het bindend oplossen van geschillen

De volgende verbetermogelijkheden zijn gericht op het bindend oplossen van geschillen op het gebied van aanbestedingsprocedures. Het gaat hier dus om de formele (juridische) rechtsbescherming van inschrijvers. De verbetermogelijkheden in deze paragraaf zijn te realiseren binnen het huidige kader: er zijn geen grondige wetswijzigingen nodig om deze verbetermogelijkheden te realiseren.

7.6.1. Stimuleren verbetering rechtspraktijk

Verbetermogelijkheid	Stimuleren verbetering rechtspraktijk
Wat houdt het in?	Er zijn een aantal mogelijkheden om de rechtsbescherming voor ondernemers bij de civiele rechter te verbeteren: 1. Informatievoorziening voor rechters verbeteren • Richtlijnen vaststellen voor wat wel/niet bedrijfsvertrouwelijk is op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie EU (dan wel vertrouwelijke kennisneming van stukken door de rechter) • Richtlijnen vaststellen voor het aanleveren van stukken van tevoren (termijnen) • Conclusie van antwoord voor de zitting 2. Expertise van rechter vergroten (dan wel deskundige voorlichting) • Verhoogde inzet op specialisering en bijscholing van rechters • Richtlijnen vaststellen voor het inschakelen van inhoudelijke expertise (informanten) • Mogelijkheid bieden om in voorkomende gevallen in eerste aanleg in een meervoudige kamer te behandelen
Welk probleem lost het op?	Een betere informatievoorziening voor rechters die een uitspraak in kort geding moeten doen, meer inhoudelijke toetsing en meer expertise kunnen bijdragen aan waarheidsvinding en daarmee de rechtsbescherming voor zowel ondernemers als aanbestedende diensten vergroten: • Afhankelijk van de invulling van de richtlijnen: meer informatie ter beschikking voor de rechter in het beoordelen van de zaak. • Afhankelijk van de invulling van de richtlijnen: meer informatie tijdig ter beschikking voor de eiser om zijn/haar pleidooi op te baseren. Minder verschillen tussen rechtbanken in de mate waarin rechters informatie opvragen/ bedrijfsvertrouwelijkheid interpreteren. Hiermee wordt rechtseenheid bevorderd. • Een betere informatievoorziening en het inschakelen van inhoudelijke expertise kunnen bijdragen aan het volledige toetsen van aanbestedingsgeschillen door de rechter.
Welke actie is benodigd?	Er zijn drie mogelijke actielijnen: • Voorlichten: rechters bewegen meer gebruik te maken van de mogelijkheden die zij binnen de huidige kaders hebben (m.b.t. bijvoorbeeld de informatievoorziening en het invoeren van deskundigen) • Experimenteren: de Experimentenwet rechtspleging voorziet erin dat met het oog op bevordering van innovatie in de rechtspraak ten behoeve van ... <i>effectieve geschilbeslechting bij wege van experiment bij algemene maatregel van bestuur voor een periode van ten hoogste drie jaar kan worden afgeweken van grote delen van ons burgerlijk procesrecht</i>. De wet is bedoeld om de rechtspraak de mogelijkheid te bieden om, met inachtneming van de fundamentele beginselen van het procesrecht en binnen de grenzen die voortvloeien uit verdragen en EU-regelgeving, te werken aan vergroting van de maatschappelijke effectiviteit van de rechtspraak. De wetgever kan via deze weg instructies meegeven aan rechters gericht op het procesrecht rondom aanbestedingszaken (bijvoorbeeld waar het gaat om termijnen, informatievoorziening, expertise inschakelen, aard en omvang van toetsing, et cetera).³⁸

³⁸ Bron: Hoe kan de kortgedingrechter haar rol als rechtsbeschermers in aanbestedingsgeschillen effectiever invullen? Mr. A.H. Schotman, Tijdschrift Aanbestedingsrecht en Staatssteun, nummer 4, Augustus 2018, sdu.

	• Vastleggen: de instructies die eventueel eerst in de Experimentenwet worden meegegeven, kunnen ook worden vastgelegd in de Aanbestedingswet. Een alternatief is om de instructies op te nemen in het rolreglement voor rechters, dat wordt vastgesteld door de Raad voor de Rechtspraak. • Eventueel ook het mogelijk maken van vertrouwelijke kennisneming van stukken conform de regeling in het Awb.
Wat zijn nadelen en risico's?	• Mogelijk (ervaren als) beperking van de vrijheid van de rechter. • Het is de vraag of de genoemde verbetermogelijkheden zich – gelet op de diversiteit van de materie – goed laten vastleggen in uniforme richtlijnen. • In het geval van richtlijnen: mogelijk bureaucratisering en daarmee minder mogelijkheden voor maatwerk waarmee het kort geding minder flexibel wordt. Dit heeft mogelijk een negatief effect op waarheidsvinding. • Meer informatie zal vermoedelijk betekenen dat er meer tijd en middelen nodig zijn in een kort geding. Een grotere tijdsinzet is lastig te verenigen met het karakter van een kort geding. • Bij vertrouwelijke kennisneming van stukken door de rechter is het 'equality of arms' beginsel mogelijk in het geding. Alle stukken die worden meegenomen dienen voor alle partijen beschikbaar te zijn.

7.6.2. Uitbreiden gronden voor vernietiging

Verbetermogelijkheid	Uitbreiden gronden voor vernietiging
Wat houdt het in?	Gronden voor vernietiging in Hoger Beroep uitbreiden. Een eenmaal gesloten overeenkomst (definitieve gunningsbeslissing) tussen een aanbestedende dienst en een inschrijvend bedrijf is 'vrijwel onaantastbaar' voor andere bedrijven. De Hoge Raad bepaalde eind 2016 dat een overeenkomst wegens strijd met de aanbestedingsregels slechts aantastbaar is op de drie gronden vermeld in art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012, en dat de overeenkomst in andere gevallen slechts aantastbaar is in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW (op een andere grond dan strijd met de aanbestedingsregels). ³⁹ Wanneer, na het sluiten van een overeenkomst, bijvoorbeeld wordt aangetoond dat de verkeerde procedure is gevolgd of de verkeerde gunningscriteria zijn toegepast, kan een overeenkomst toch niet meer worden ontbonden. Het hoger beroep of een bodemprocedure heeft dan dus weinig zin meer (behalve voor een eventuele schadevergoeding). Dit beperkt de mogelijkheden voor rechtsbescherming voor inschrijvers.
Welk probleem lost het op?	• Betere rechtsbescherming voor ondernemers. Volwaardiger toets mogelijk in Hoger beroep/bodemprocedure: de rechter heeft meer mogelijkheden om een contract te ontbinden. • Gelijkere rechtsbescherming. Zowel de ondernemer als de aanbestedende dienst heeft nu de mogelijkheid om een volwaardig Hoger beroep aan te spannen. • Risico om verder gaan met het project/contract komt bij de Aanbestedende dienst te liggen.
Welke actie is benodigd?	Aanbestedingswet wijzigen op het punt van de gronden voor vernietiging (4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012).
Wat zijn nadelen en risico's?	• Wanneer meer lopende contracten alsnog worden vernietigd, ontstaan meer maatschappelijke kosten. Ook brengt dit rechtsonzekerheid voor de winnende inschrijver met zich mee (pacta sunt servanda). • De vraag is of ruimere mogelijkheden de rechter ook daadwerkelijk bewegen om vaker over te gaan tot ontbinding. Kans bestaat dat rechter vanuit proportionaliteit oordelen dat er toch niet moet worden ontbonden.

7.7. Verbetermogelijkheden buiten het huidige kader gericht op het bindend oplossen van geschillen

De volgende verbetermogelijkheden zijn gericht op het bindend oplossen van geschillen op het gebied van aanbestedingsprocedures. Het gaat hier dus om de formele (juridische) rechtsbescherming van inschrijvers. De

³⁹ Zie 'Xafax-arrest': <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:HR:2016:2638&keyword=HR%3a2016%3a2638>

verbetermogelijkheden in deze paragraaf vallen buiten het huidige kader: er zijn significante wetswijzigingen nodig om deze verbetermogelijkheden te realiseren.

7.7.1. Instellen scheidsgerecht of CvAE met bindend oordeel

Verbetermogelijkheid	Instellen scheidsgerecht (arbitrage) of CvAE met bindend oordeel
Wat houdt het in?	De wens van veel inschrijvers en experts is een onafhankelijk, bindend oordeel (van een niet-juridisch orgaan) met inhoudelijke expertise van de materie van het onderhavige geschil. Deze wens zou ingevuld kunnen worden een scheidsgerecht in te stellen (zoals de Raad van Arbitrage voor de bouw) of door de CvAE een bindend oordeel te laten vellen, waardoor er sprake is van daadwerkelijke geschilbeslechting. - Een scheidsgerecht is een bindend niet-juridisch orgaan om geschillen bindend te beslechten met of zonder betrokkenheid van inhoudelijke experts. In de UAR was bijvoorbeeld een arbitrageclausule opgenomen op grond waarvan geschillen onder de UAR over aanbesteding van werken werden beslecht door de Raad van Arbitrage voor de bouw. De Raad van Arbitrage voor de bouw is een onafhankelijke stichting die tot doel heeft om bouwgeschillen te beslechten. Anders dan bij de rechtbank, moeten partijen voordat zij een geschil aan de raad voorleggen, arbitrage overeenkomen (artikel 1020 Rv). De raad kent leden-deskundigen (technische specialisten) en leden-jurist (voornamelijk rechters), uit de lijsten met deze leden worden de arbiters benoemd die zelf ervaring en kennis hebben op het gebied van het geschil dat wordt voorgelegd. Deskundigen kunnen worden voorgedragen door marktpartijen en aanbestedende diensten. - De CvAE kan bij de behandeling van een klacht (inhoudelijk) experts inschakelen. Door de CvAE een bindend oordeel te laten vellen is er sprake is van daadwerkelijke geschilbeslechting (de CvAE krijgt daarmee de functie van scheidsgerecht). Indien het oordeel van de CvAE volledig bindend wordt, krijgt de CvAE ook de bevoegdheid vorderingen toe te wijzen. De CvAE nodigt partijen standaard uit voor een zitting (in de huidige situatie doet de CvAE dat in beginsel niet, maar wel in gevallen die zich daarvoor lenen).
Welk probleem lost het op?	- Materie deskundigheid is onderdeel van de beslissende instantie (geschikt voor complexe projecten): per geschil meerdere arbiters met complementaire kennis en expertise waardoor geschillen ook meer inhoudelijk kunnen worden bekeken. - Toegankelijker en laagdrempeliger (advocaat is formeel niet nodig) dan een bindend oordeel bij de voorzieningenrechter. - Korte maar uitvoerige procedure (mogelijk wel langere doorlooptijd dan kort geding) / ook spoedbodemprocedure mogelijk. - Meer mogelijkheden voor het inbrengen bewijsmateriaal / waarheidsvinding. - Meer rechtsbescherming voor ondernemers.
Welke actie is benodigd?	- In de Aanbestedingswet is er geen belemmering om aanbestedingsgeschillen aan een scheidsgerecht voor te leggen. De Raad van State gaf in advies bij het wetsvoorstel aan dat verplichte arbitrage zou moeten worden uitgesloten (weg naar burgerlijke rechter zou niet afgesloten mogen worden met een arbitraal beding). In artikel 4.26 AW is niettemin de mogelijkheid opgenomen om een arbitraal scheidsgerecht aan te wijzen ter afhandeling van een aanbestedingsgeschil. - Tijdens procedure dienen aanbestedende dienst en inschrijver overeen te komen dat de Raad van Arbitrage bevoegd is om tot een bindende uitspraak te komen indien er sprake is van een geschil. - Specifiek voor geschillen met betrekking tot werken en bouwgerelateerde diensten (bijv. architecten, constructeurs en ingenieurs) kan met de Raad van Arbitrage voor de bouw worden verkend welke mogelijkheden er zijn om opnieuw als arbiter op te treden bij aanbestedingsgeschillen. - Ook kan worden verkend of CvAE ingericht kan worden als Raad van Arbitrage waarbij met een pool van inhoudelijk deskundigen bindende uitspraken in aanbestedingsgeschillen worden gedaan. Dit vraagt wel om een andere werkwijze en aanvullend budget (mensen en middelen) om de organisatie in te richten.
Wat zijn nadelen en risico's?	Aanbestedende dienst en inschrijver dienen overeen te komen dat een scheidsgerecht bevoegd is om tot een bindende uitspraak te komen indien er sprake is van een geschil. Als de inschatting is dat de kansen om te winnen in een gerechtelijke procedure groter zijn voor een aanbestedende dienst kunnen zij terughoudend zijn om voor de optie arbitrage te kiezen.

	• Arbitrage voor aanbestedingsgeschillen bestond alleen voor aanbestedingsgeschillen in de bouw. Genoemde voordelen als de materiedeskundigheid ontbreken dan voor leveringen en diensten. • Waarschijnlijk zal er een verschuiving plaatsvinden van kort gedingprocedures bij de civiele rechter naar procedures bij de Raad van Arbitrage of de CvAE (daarmee wordt het kort geding een lege huls). • Beeldvorming: wanneer het scheidsgerecht bestaat uit een afvaardiging van inhoudelijk deskundigen kan dit het beeld oproepen van de spreekwoordelijke slager die zijn eigen vlees keurt. Het is vanwege deze beeldvorming de vraag of aanbestedende diensten bereid zijn om aanbestedingsgeschillen bij een scheidsgerecht voor te leggen. • Kosten van een arbitrageprocedure laten zicht vooraf lastig inschatten. Anders dan bij een overheidsrechter waar partijen voor de behandeling van hun geschil door de rechtbank nooit meer betalen dan de griffierechten, moeten partijen de kosten van een arbitrage volledig zelf dragen. Overigens, bij een overheidsrechter dienen partijen de advocatenkosten uiteraard ook zelf te dragen. • Meerstromenbeleid: afhankelijk van inrichting van het bredere systeem van rechtsbescherming blijven mogelijkheden klachtenloketten / CvAE / civiele rechter bestaan. Dit kan voor onduidelijkheid zorgen en tot meerdere routes leiden (met lange looptijd en hoge kosten tot gevolg).
--	--

7.7.2. Instellen Aanbestedingskamer

Verbetermogelijkheid	Instellen Aanbestedingskamer
Wat houdt het in?	Concentratie van alle aanbestedingszaken in een of enkele meervoudige aanbestedingskamer(s). Al dan niet met niet-juridische leden (volgens model Vergabekammer ⁴⁰). Eventueel kan de CvAE hierbij een rol spelen als Amicus Curiae.
Welk probleem lost het op?	• Verbetering rechtsbescherming voor aanbestedende diensten en ondernemers. Meerdere rechters kijken naar een zaak, waardoor meer punten opgemerkt kunnen worden en de afhankelijkheid van de interpretatie van één rechter wordt verminderd. Omdat meerdere personen naar een zaak kijken kan naast een jurist ook niet-juridische leden (inhoudelijk deskundigen) meebeslissen over het vonnis (Vergabekammer model). • Kwaliteitsverbetering. Kennis en ervaring geconcentreerd in één organisatie. • Aanvullend: CvAE als Amicus Curiae: de CvAE kan als amicus curiae een niet-bindend advies aan de rechters in de Aanbestedingskamer geven over een geschil met betrekking tot een aanbestedingsprocedure waarover de Aanbestedingskamer moet oordelen. Op deze manier kan gebruik gemaakt worden van de kennis en expertise van de leden van de CvAE. • Minder verschillen tussen rechtbanken in de mate waarin rechters kennis hebben van aanbestedingsrecht en aanbestedingsprocedures. Hiermee wordt rechtseenheid bevorderd.
Welke actie is benodigd?	• Wettelijke grondslag voor Aanbestedingskamer opnemen in de Aanbestedingswet en opnemen in wetboek van burgerlijke rechtsvordering. • Afstemming met het ministerie van JenV vanwege organisatie rechterlijke macht. Moeilijkheid hierbij is dat de verbetermogelijkheid raakt aan een bredere discussie binnen de rechterlijke macht aangaande gespecialiseerde kamers: op verschillende rechtsgebieden bestaat de wens een gespecialiseerde kamer in te richten, waarbij de angst bestaat dat grote rechtbanken steeds meer kamers krijgen en dus steeds groter worden, terwijl kleine rechtbanken steeds kleiner worden. • Bij Amicus Curiae: De bevoegdheid van de rechter en de CvAE en de informatievervalsing aan de CvAE zullen moeten worden vastgelegd in de Aanbestedingswet 2012 of het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, in de Procesreglementen van de rechtspraak en in het Reglement van de CvAE.
Wat zijn nadelen en risico's?	• Rechtbanken hebben nu al deels gespecialiseerde rechters. Het is de vraag wat deze maatregel in de praktijk gaat opleveren/ wat het verschil gaat zijn met de huidige praktijk. • Hogere kosten, vanwege betrokkenheid meerdere rechters per zaak. • Wettelijk kader blijft gelijk, dus toetsing en informatievoorziening zal op dezelfde wijze blijven plaatsvinden. Via civiel recht zullen rechters ook in principe lijdelijk blijven. Ervaren

⁴⁰ Zie: <https://www.deutsches-ausschreibungsblatt.de/da/service/glossar/vergabekammer/>

	problemen die samenhangen met bijvoorbeeld de informatievoorziening van de civiele rechter worden hiermee niet noodzakelijk opgelost. • Als één rechtbank alle zaken voorzit, weet je na verloop van tijd welke beslissingen er genomen gaan worden. Dat belemmert mogelijk de rechtsontwikkelingen. • Mogelijk lange(re) wachttijden
--	---

7.7.3. Aanbestedingsrecht vormgeven via bestuursrecht

Verbetermogelijkheid	Vormgeven via bestuursrecht
Wat houdt het in?	Volledige aanbestedingsrecht vormgeven via het bestuursrecht ⁴¹
Welk probleem lost het op?	• Waarheidsvinding / rechtsbescherming: ○ In het civiel recht is de rechter lijdelijk, in het bestuursrecht zal de rechter actiever naar de zaak kijken: de bestuursrechter zal dieper graven, kritischer vragen stellen en de inschrijver meer helpen. Dit past bij de verhouding tussen bedrijf en overheid (een inschrijver is beperkter in zijn mogelijkheden). ○ In het bestuursrecht kan de rechter in vertrouwen kennis nemen van die vertrouwelijke stukken, indien de verzoekende partij daarmee instemt. Een onafhankelijke rechter bepaalt wat vertrouwelijk is en wat niet. • Toegankelijkheid: In het bestuursrecht zijn er in beginsel geen proceskosten voor de inschrijver. Ook is een advocaat niet verplicht. • Sluit aan bij het systeem van rechtsbescherming tegen besluiten van de overheid en de rechtsbescherming in meerderheid van andere lidstaten EU. • Mogelijkheid tot "kort sluiting": meteen een uitspraak ten gronde.
Welke actie is benodigd?	• De Aanbestedingswet zal op verschillende plekken gewijzigd moeten worden om de bepalingen bestuursrechtelijk vorm te geven. Daarnaast zal waarschijnlijk afstemming met het ministerie van JenV noodzakelijk zijn, omdat dit een wijziging van het rechtsstelsel is.
Wat zijn nadelen en risico's?	• Om het aanbestedingsrecht vorm te geven via het bestuursrecht zal een volledige en fundamentele aanpassing van de Aanbestedingswet en aanbestedingspraktijk moeten plaatsvinden. Dit zal veel tijd en inspanning vergen. • In het civiel recht is het mogelijk verschillende eisen te formuleren, bijvoorbeeld om het bestek te laten aanpassen. In het bestuursrecht kan enkel beroep worden ingesteld tegen formele besluiten. • Het beeld is dat in het bestuursrecht procedures in kort geding doorgaans langer duren dan kort geding procedures in het civielrecht. • Niet alle aanbestedende diensten zijn bestuursorganen. Hoe dit te verenigen is met het volledig vormgeven van het aanbestedingsrecht via het bestuursrecht is onduidelijk. Dit kan leiden tot rechtsbescherming die ten dele civiel blijft (voorzover de aanbestedende dienst geen bestuursorgaan is)

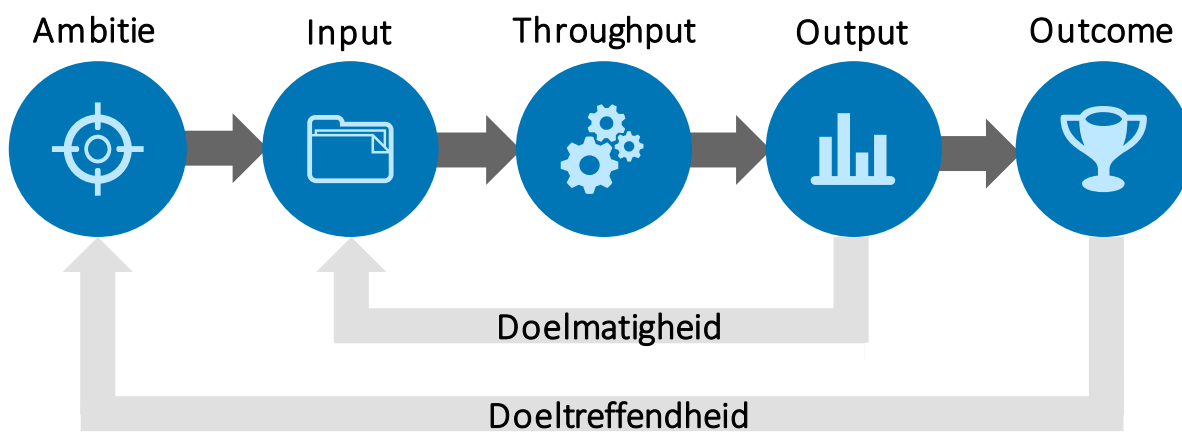
⁴¹ Overigens: Hoewel het aanbestedingsrecht grotendeels onder het privaatrecht valt, zal een overheidsorgaan dat optreedt als aanbestedende dienst ook altijd de algemene beginselen van behoorlijk bestuur moeten naleven in haar aanbesteding (Awb). Bij OV concessies is het bestuursrecht van toepassing (CBb is de bevoegde instantie).

Bijlage A – Onderzoek uitvoering taken door Commissie van Aanbestedingsexperts

Voor het onderzoek naar de uitvoering van taken van de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE) hanteren wij het analysekader zoals weergegeven in figuur 35 hieronder. We maken hierin onderscheid tussen:

- **Ambitie** – Wat is de doelstelling van de CvAE?
- **Input** – Hoeveel tijd en welke middelen worden ingezet?
- **Throughput** – Wat is de werkwijze en welke activiteiten worden doorlopen?
- **Output** – Welke concrete resultaten levert dit op?
- **Outcome** – Wat is het effect van de concrete resultaten?

In de conclusies worden de doeltreffendheid en doelmatigheid van de CvAE behandeld. Door de outcome te bekijken in verhouding tot de ambitie, wordt de doeltreffendheid inzichtelijk gemaakt. Door de output in verhouding tot de input te stellen, wordt inzichtelijk gemaakt hoe de doelmatigheid van de CvAE kan worden beoordeeld.



Figuur 35. Analyse kader CvAE.

1. Ambitie - doelstelling

De CvAE geeft invulling aan artikel 4.27 van de Aanbestedingswet 2012. Deze wetsbepaling verplicht de minister tot de *“instelling van een commissie die tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures.”*⁴²

In de Toelichting van het Instellingsbesluit van de CvAE staat beschreven *“Het doel van de Commissie is door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. Dit kan tot gevolg hebben dat klachten niet hoeven te worden voorgelegd aan de rechter. Daarnaast is het doel van de Commissie om de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten.”*⁴³

Bij instelling van de CvAE in april 2013 was de doelstelling drieledig:

- Een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten om bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten;
- Verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk;
- Het teweegbrengen van leereffect bij ondernemingen, aanbestedende diensten en speciale sector-bedrijven.

Naar aanleiding van de evaluatie van de CvAE in 2015 is de drieledige doelstelling herzien. Niet inhoudelijk, maar wel wat betreft hiërarchie: er is onderscheid gemaakt tussen primaire en secundaire doelstellingen. Dit is in het Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts aangepast in februari 2016.⁴⁴ Sindsdien geldt het snel, zorgvuldig en laagdrempelig behandelen van klachten om bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten als primaire doelstelling. Het verbeteren van de professionaliteit in de aanbestedingspraktijk en het teweegbrengen van een leereffect onder ondernemingen, aanbestedende diensten en speciale-sector bedrijven wordt beschouwd als secundaire doelstellingen. De secundaire doelstellingen zijn een afgeleide van de primaire doelstelling.

Uit het Instellingsbesluit blijkt dat de CvAE twee taken heeft, namelijk een bemiddelende en een adviserende taak. De eerste taak van de CvAE behelst bemiddeling tussen partijen naar aanleiding van klachten.⁴⁵ De tweede taak van de CvAE is advisering naar aanleiding van klachten. De CvAE vult de advisering in de praktijk in door middel van het geven van een niet-bindend oordeel over de gegrondheid van een klacht.

⁴² Zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2013-6182.html#d16e293>.

⁴³ Zie: <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2013-6182.html#d16e293>.

⁴⁴ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 2.1.

⁴⁵ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 11.2.

2. Input

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet over welke instrumenten de CvAE beschikt om haar ambities te realiseren. We kijken naar de personele invulling, financiën, bevoegdheden en gezaghebbendheid, onafhankelijkheid en deskundigheid van de CvAE.

Personele invulling

De CvAE bestaat uit een voorzitter, een vicevoorzitter en een commissielid. Het derde lid is per 1 april 2015 toegevoegd aan de CvAE omdat het aantal klachten bij de CvAE sterk toenam.⁴⁶ De commissieleden hebben 10 uur per week per persoon beschikbaar voor hun werkzaamheden voor de CvAE. De CvAE geeft aan dat het redelijk lukt om binnen het begrote aantal uren te werken. In het verleden was de beschikbare tijd onvoldoende.

De CvAE wordt ondersteund door een secretariaat van twee personen dat is belast met juridisch-administratieve en juridisch-inhoudelijke taken.⁴⁷ De omvang van het secretariaat is de afgelopen jaren hetzelfde gebleven (1,8 fte). De (juridisch-inhoudelijke) ondersteuning door het secretariaat van de CvAE is wel gewijzigd.⁴⁸ Naast personele ondersteuning heeft de CvAE ook technologische ondersteuning in de vorm van een webbased klachtenregistratie- en volgsysteem. Er wordt gewerkt met het Sugar CRM systeem.

De CvAE kan zich voor de behandeling van een klacht laten bijstaan door experts. Tot juli 2017 waren 79 experts verbonden aan de CvAE. Er is toen afscheid genomen van 32 experts met juridische expertise.⁴⁹ De CvAE stelt dat zij deze kennis voldoende zelf in huis heeft en daarom minder behoefte heeft aan de inzet van juridische experts. Momenteel zijn 46 experts verbonden aan de CvAE. Zij hebben voornamelijk specifieke kennis over een bepaalde branche of inkoopssystematiek. Bij gevallen waar behoefte is aan niet aanwezige expertise kunnen tevens deskundigen worden ingeschakeld van buiten de pool van experts.⁵⁰ De inzet van experts onderscheidt de adviezen van de CvAE in algemene zin van uitspraken van de voorzieningenrechter in kort geding. In een kort geding is zelden ruimte voor het inschakelen van deskundigen. De inzet van een expert door de CvAE kan bijdragen aan de inhoudelijke oordeelsvorming over klachten.⁵¹

Budget

Budget van de CvAE bestaat uit it-kosten voor het beheer en onderhoud website, de vergoeding voor de inzet van experts en de vacatiegelden voor de commissieleden. Budget per jaar:

- 2016: budget van 120.000 Euro
- 2017: budget van 127.500 Euro
- 2018: budget van 125.000 Euro
- 2019: budget begroot op 115.000 Euro

Er zijn kleine verschillen te zien door de jaren heen. Dit valt te verklaren doordat soms de IT-kosten hoger of lager uitvallen of dat er meer of minder experts worden ingezet. Daarnaast zijn er nog personeelskosten voor de ondersteuning van de CvAE door het secretariaat. Hiervoor is jaarlijks ongeveer 155.000 Euro per jaar begroot.

⁴⁶ Minister van Economische Zaken (2015). Kamerbrief over Nieuwe regels omtrent aanbestedingen. Uitvoering van de motie van de leden Schouten en Gesthuizen over de Commissie van Aanbestedingsexperts, KST3244089.

⁴⁷ Commissie van Aanbestedingsexperts (2018). 5e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁴⁸ Commissie van Aanbestedingsexperts (2018). 5e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁴⁹ Zie: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/nieuws/cvae-verkleint-expertbestand>.

⁵⁰ Commissie van Aanbestedingsexperts (2018). 5e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁵¹ Commissie van Aanbestedingsexperts (2017). 4e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

Bevoegdheden

De CvAE heeft geen formele bevoegdheden, zo geeft de CvAE niet-bindende adviezen en kan de CvAE aanbestedende diensten niet verplichten een aanbestedingsprocedure op te schorten.⁵² Betrokken partijen kunnen het advies dus naast zich neerleggen. Adviezen kunnen bij een geschil voor de rechter echter wel meewegen.

Onafhankelijkheid

In het Instellingsbesluit van de CvAE is vastgelegd dat de CvAE een onpartijdige en onafhankelijke commissie op het gebied van aanbestedingen is. Dit betekent dat bij de behandeling van klachten de leden onafhankelijk en onpartijdig zijn ten opzichte van de ingediende klacht en de partijen die het betreft. De leden die betrokken zijn bij de behandeling van een klacht, mogen dus zelf geen belangenconflict hebben in die zaak. Wanneer een van de leden een belangenconflict heeft in een zaak, wordt deze niet betrokken bij de behandeling van die zaak. Dit wordt ook aan de partijen in die zaak bericht. Ook moet de schijn van belangenverstrengeling of betrokkenheid worden voorkomen. Hetzelfde geldt voor experts ten aanzien van hun werkzaamheden voor de CvAE. Voordat een expert wordt ingeschakeld wordt nagevraagd bij de expert of hij vrij staat in de desbetreffende zaak.⁵³ Deze werkwijze heeft de CvAE zelf vastgesteld in haar een reglement.⁵⁴

De onafhankelijke leden van de CvAE worden benoemd door de Minister van Economische Zaken en Klimaat op grond van hun deskundigheid op het gebied van aanbestedingsrecht en inkoop. Leden kunnen door de Minister worden geschorst wegens ongeschiktheid, onbekwaamheid of andere zwaarwegende redenen.⁵⁵ De voorzitter van de CvAE is naast zijn voorzitterschap werkzaam als hoogleraar aan een universiteit met als aandachtsgebied contracteren met de overheid (onderwijs en wetenschappelijk onderzoek). Daarnaast is hij raadsheer-plaatsvervanger in de gerechtshoven van Den Haag en Den Bosch in aanbestedingsgeschillen. De vicevoorzitter is naast haar functie bij de CvAE werkzaam als advocaat gespecialiseerd in het aanbestedingsrecht. Het commissielid is naast zijn functie bij de CvAE werkzaam als zelfstandig adviseur op het gebied van inkoop en aanbesteding en tevens als advocaat. Ook is hij actief in het onderwijs en publiceert hij regelmatig over het aanbestedingsrecht.⁵⁶

Het secretariaat van de CvAE is geen verantwoording schuldig aan het ministerie van Economische Zaken, maar uitsluitend aan de CvAE.⁵⁷

De experts van de CvAE werken onafhankelijk en op persoonlijke titel voor de CvAE. Deze experts zijn werkzaam bij een aanbestedende dienst, in de markt of als zelfstandig adviseur. Meerdere gesprekspartners hebben aangegeven vraagtekens te hebben bij de daadwerkelijke onafhankelijkheid van de experts. Daarnaast menen gesprekspartners dat niet alle experts die aan de CvAE zijn verbonden een bewezen staat van dienst hebben. De CvAE merkt op dat voor de inschakeling van expert altijd navraag wordt gedaan of een expert 'vrij staat' in de zaak waarin hij/zij wordt betrokken. Daarnaast zijn er ook experts aan de CvAE verbonden die nooit zijn ingeschakeld.

Uit de evaluatie van de CvAE in 2015 bleek dat de CvAE verschillende voorzieningen heeft getroffen om een onafhankelijke oordeelsvorming door de CvAE te borgen. Zo worden leden die een belangenconflict hebben in een aanbesteding waarover een klacht wordt ingediend, buiten de mailwisseling en het overleg over die klacht gehouden. Daarnaast worden indieners van de klacht en de beklaagde over dat belangenconflict en over de door de Commissie getroffen maatregelen geïnformeerd. Uit de procesbeschrijving van februari 2019 blijkt dat

⁵² Zie: <https://www.pianoo.nl/nl/regelgeving/gewijzigde-aanbestedingswet-2012/klachtafhandeling-bij-aanbesteden>.

⁵³ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 10, lid 5.

⁵⁴ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 6, lid 1.

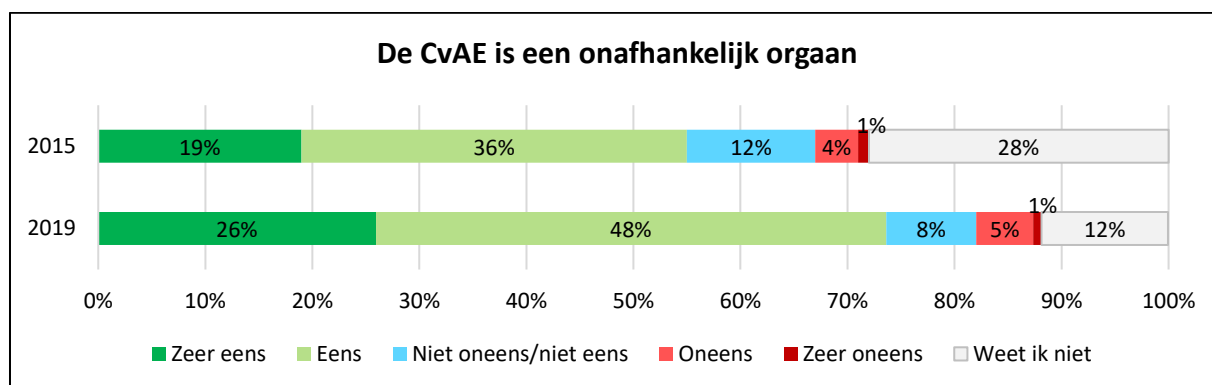
⁵⁵ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 3.

⁵⁶ Zie: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/over-ons/samenstelling-commissie>.

⁵⁷ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 5, lid 2.

dit proces ongewijzigd is. Nieuw is dat partijen al vóór het uitbrengen van het advies worden ingelicht indien de Commissie één of meer van haar leden niet bij de behandeling van de zaak betreft.

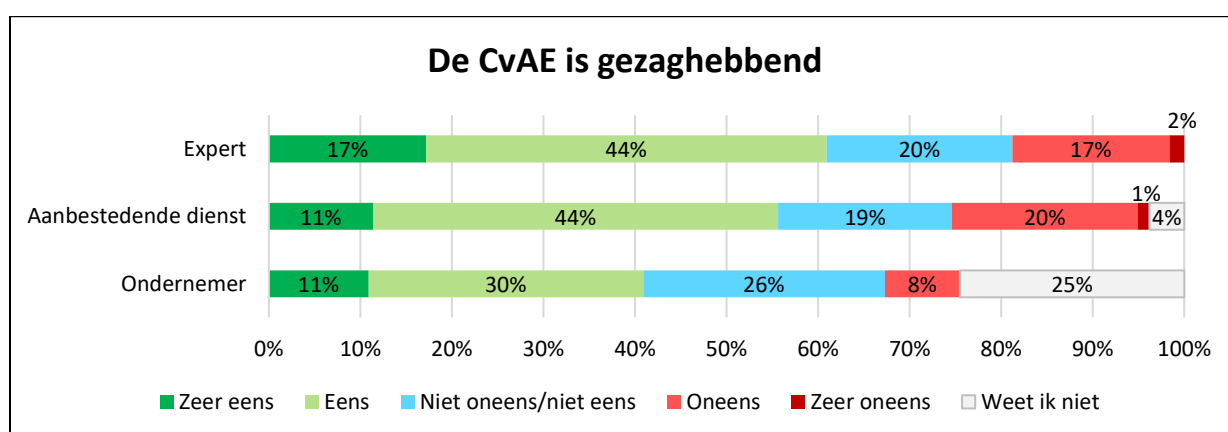
Uit zowel de enquête als de gesprekken en focusgroepen komt naar voren dat de CvAE als een onafhankelijk orgaan wordt gezien. In de enquête geeft 74% van de respondenten aan de CvAE als een onafhankelijk orgaan te zien. Hiermee is 6% het oneens. 12% van de respondenten geeft aan dit niet te weten en 8% is niet eens/niet oneens (figuur 36). In vergelijking met het onderzoek uit 2015 geeft een groter deel van de respondenten aan het eens te zijn met de stelling. Het percentage dat 'weet ik niet' heeft aangegeven is kleiner.



Figuur 36. Stelling: De Commissie is een onafhankelijk orgaan. (2015: N = 831 (betrokken en niet-betrokken respondenten); 2019: N = 262 (alle respondenten die bekend zijn met de CvAE).

Gezaghebbendheid van de CvAE

Uit gesprekken komt naar voren dat de CvAE gezaghebbend is binnen het gegeven kader. Gesprekspartners geven aan dat dreiging van het indienen van een klacht bij de CvAE lijkt te werken om het gesprek met een aanbestedende dienst aan te gaan. Ze geven aan dat de CvAE wordt beschouwd als een zekere autoriteit. Tegelijkertijd geven gesprekspartners aan dat de adviezen vaak slechts ter kennisgeving aangenomen worden door de aanbestedende diensten. Door de beperkte formele bevoegdheden leggen veel aanbestedende diensten adviezen van de CvAE vaak naast zich neer. Dit heeft een negatieve invloed op de gezaghebbendheid van de CvAE. Uit de enquête blijkt dat 54% van de respondenten de CvAE gezaghebbend vindt. Onderstaande figuur laat een uitsplitsing zien van de verschillende typen respondenten. Aanbestedende diensten zijn positiever over de gezaghebbendheid van de CvAE dan ondernemers.

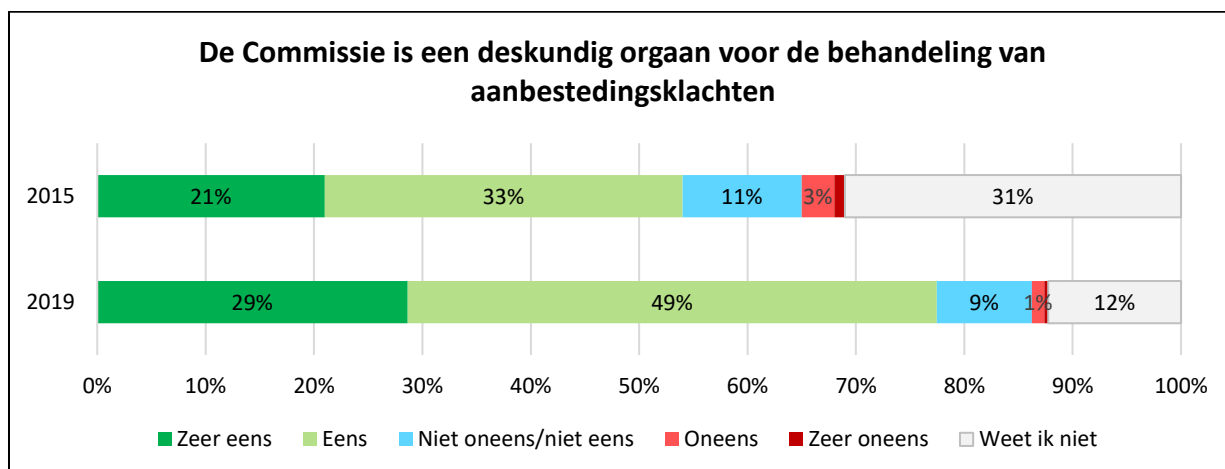


Figuur 37. Stelling: De CvAE is gezaghebbend. Beoordeeld door alle respondenten, behalve de branche-organisaties die bekend zijn of hebben gehoord van de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de CvAE (N = 253).

Deskundigheid van de CvAE

In de vorige evaluatie oordeelden zowel respondenten van aanbestedende diensten als ondernemers positief over de deskundigheid van de CvAE. 54% van de respondenten gaf toen aan het eens te zijn met de stelling dat de CvAE een deskundig orgaan is. Uit de enquête in 2019 is dit percentage gestegen naar 78%. Ook

gesprekspartners zijn overtuigd van de deskundigheid van de CvAE waarbij zij met name verwijzen naar de kwaliteit van de adviezen.



Figuur 38. Stelling: De Commissie is een deskundig orgaan voor de behandeling van aanbestedingsklachten. (2015: N = 831 (betrokken en niet-betrokken respondenten); 2019: N = 262 (alle respondenten die bekend zijn met of gehoord hebben van de CvAE)).

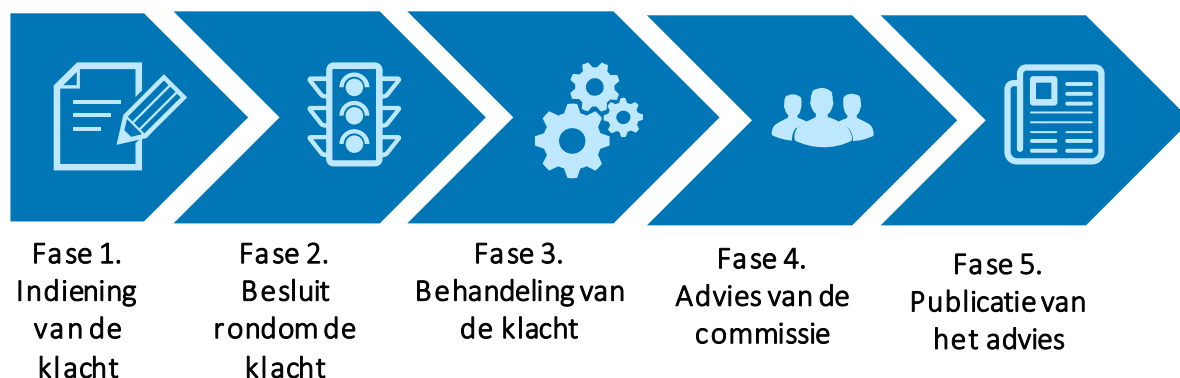
3. Throughput

In dit hoofdstuk wordt behandeld welk proces een klacht doorloopt. De volgende paragrafen worden behandeld: inrichting klachtenprocedure, toegankelijkheid van de CvAE, zorgvuldigheid van de klachtbehandeling, snelheid en doorlooptijd van de klachtbehandeling en betrokkenheid en inzet van de experts.

3.1. Inrichting klachtenprocedure

Wanneer een klacht kenbaar is gemaakt bij de aanbestedende dienst en dit niet tot een voor de indiener bevredigende oplossing heeft geleid of deze niet binnen een redelijke termijn is beantwoord, kan worden geklaagd bij de CvAE. Een klacht kan op verschillende momenten en om verschillende redenen worden ingediend bij de CvAE. Een klacht kan zowel tijdens als na afloop van een aanbestedingsprocedure worden ingediend. Een klacht kan ook worden ingediend wanneer wordt verondersteld dat ten onrechte geen aanbestedingsprocedure is gevoerd. De CvAE heeft niet de bevoegdheid om de aanbestedende dienst te verplichten de aanbestedingsprocedure op te schorten wanneer een klacht is ingediend.

Klachten kunnen worden ingediend door ondernemers, door brancheorganisaties namens een ondernemer of door aanbestedende organisaties. Het is niet mogelijk om anoniem een klacht in te dienen behalve via een brancheorganisatie. In onderstaand figuur is zichtbaar welke stappen kunnen worden onderscheiden in het klachtbehandelingsproces.



Figuur 39. Inrichting klachtenprocedure.

Fase 1. Indiening van de klacht

Een klacht kan worden ingediend via het klachtenformulier op de website van de CvAE. In het formulier dient informatie te worden gegeven over de klager (ondernemer, brancheorganisatie of aanbestedende dienst) en de beklaagde (aanbestedende dienst, speciale sectorbedrijf of ondernemer), over hoe en wanneer de klacht bij de beklaagde is neergelegd, een beschrijving en motivering van de klacht en alle relevante informatie voor een juiste behandeling van de klacht. Aan de indiening van een klacht zijn geen kosten verbonden.

Fase 2. Besluit rondom in behandeling name van de klacht

Klachten worden niet altijd in behandeling genomen. Een klacht kan om verschillende redenen niet in behandeling worden genomen:⁵⁸

- Een klacht voldoet niet aan de gestelde voorwaarden; er ontbreekt informatie. Bijvoorbeeld als de klager nog geen klacht heeft ingediend bij de aanbestedende dienst.
- Er zijn geen of weinig mogelijkheden voor een effectieve rol van de CvAE.
- De behandeling van een klacht draagt onvoldoende bij aan het doel van de CvAE.

⁵⁸ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 9, lid 1.

In de praktijk komt het nauwelijks voor dat een klacht niet in behandeling wordt genomen omdat het onvoldoende bijdraagt aan het doel van de CvAE of dat er geen of weinig mogelijkheden zijn voor een effectieve rol van de CvAE. Wanneer een klacht niet in behandeling wordt genomen, wordt de klager hiervan op de hoogte gesteld middels een schriftelijke motivering.⁵⁹ Wanneer een klacht wel in behandeling wordt genomen, worden zowel de klager als de beklagde daarvan op de hoogte gesteld.⁶⁰

Fase 3. Behandeling van de klacht

Na besluitvorming tot het in behandeling nemen van de klacht, wordt de beklagde om een reactie gevraagd op de ingediende klacht. De CvAE geeft aan of het al dan niet een spoedklacht betreft en vraagt in het geval van een spoedklacht aan de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure op te schorten en geen onomkeerbare beslissingen te nemen tot drie dagen na de bekendmaking van het advies. Na ontvangst van deze reactie, gaat de CvAE over tot het opstellen van het advies. De CvAE behoudt de mogelijkheid vragen te stellen aan de klager of de beklagde bij onduidelijkheden. De behandeling van de klacht verloopt vertrouwelijk en bijbehorende stukken worden niet verder verspreid dan nodig.

De juridisch medewerker of de secretaris schrijft een eerste opzet van het advies met de feiten, de klacht, de onderbouwing van de klacht en de reactie van de aanbestedende dienst. Deze opzet wordt besproken in de raadkamer. De raadkamer is een fysieke bijeenkomst van de Commissieleden en het secretariaat. Deze raadkamer is sinds een jaar of drie de nieuwe vorm van communicatie binnen de CvAE. Voorheen ging het contact vooral telefonisch of per mail. In de raadkamer wordt ook besloten of het betrekken van een expert zinnig is. Wanneer de richting van het advies is besproken in de raadkamer, schrijft de secretaris het concept advies uit. Na uitwerking van het concept advies, wordt het concept eenmaal, soms meerdere keren besproken in de raadkamer.

Formeel beoordeelt de voorzitter bij elke klacht of deze geschikt is voor bemiddeling. De voorzitter bepaalt tevens of er experts moeten worden betrokken bij de klacht en welke experts dat moeten zijn. In de praktijk doen de Commissieleden dit gezamenlijk. De betrokken experts dienen onafhankelijk en onpartijdig te zijn in het kader van die specifieke klacht. Tot slot wordt bepaald of er een inlichtingenbijeenkomst nodig is.

Fase 4. Advies van de CvAE

De CvAE oordeelt of en in welke mate de klacht gegrond is. Het advies wordt aan beide partijen, de klager en de beklagde, bekend gemaakt. Het advies is niet bindend. In het Reglement staat opgenomen: Wanneer een klacht gegrond is, geeft de CvAE een aanbeveling hoe de beklagde de klacht kan oplossen en in de toekomst kan voorkomen. De CvAE geeft waar mogelijk een aanbeveling en het is vervolgens aan de aanbestedende dienst hoe zij omgaat met het advies van de CvAE. Ook bij ongegronde klachten kan de CvAE aanbevelingen doen.

De adviezen van de experts aan de CvAE worden niet openbaar gemaakt, en ook niet gedeeld met de betrokken partijen. Ook correspondeert de CvAE niet over het uiteindelijke advies of over de adviezen van de experts.

Fase 5. Publicatie van het advies

De CvAE publiceert het advies doorgaans nadat de aanbestedingsprocedure waarop de klacht betrekking had is afgerond. De publicatie vindt geanonimiseerd plaats op de website van de CvAE. Tezamen met het advies wordt een samenvatting gepubliceerd. Het oorspronkelijke advies kan worden ingekort. Publicatie is niet verplicht: wanneer er onvoldoende leereffect of onvoldoende impuls tot professionalisering wordt verwacht,

⁵⁹ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 9, lid 4.

⁶⁰ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 10, lid 1.

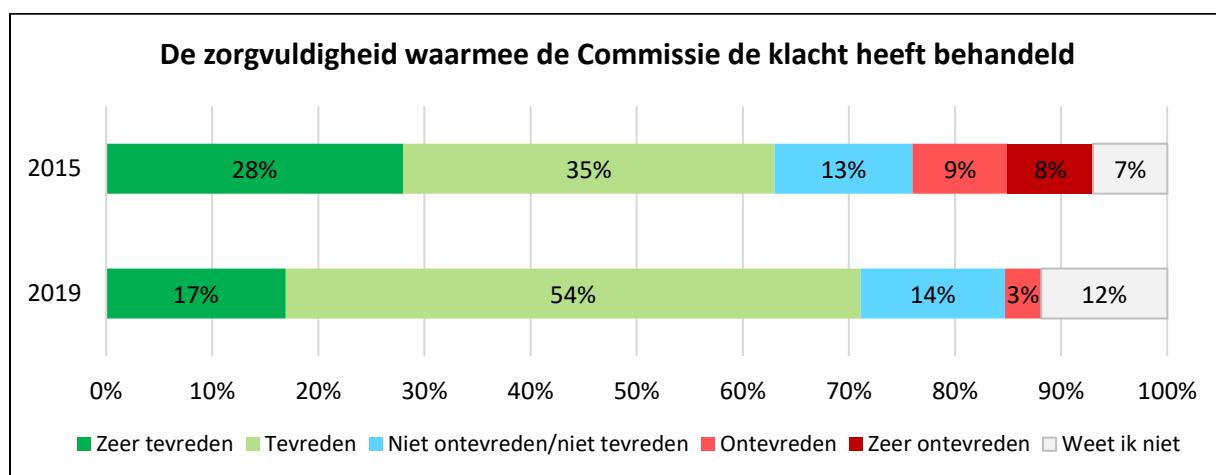
kan publicatie achterwege blijven.⁶¹ In de praktijk komt dit nauwelijks voor. Het gebeurt wel eens dat als twee adviezen dezelfde inhoud hebben, één van de twee adviezen niet wordt gepubliceerd.

3.2. Klachtbehandeling in de praktijk

Zorgvuldigheid

De interne procesbeschrijving van de klachtbehandeling toont de borging van de zorgvuldigheid op verschillende manieren. Drie Commissieleden en het secretariaat beoordelen de ingediende klacht onafhankelijk, waarna samen wordt gesproken over het uiteindelijke advies. Na uitwerking van het advies door de secretaris, wordt het advies nogmaals besproken in de raadkamer. Het gehanteerde format zorgt voor consistentie tussen de behandelingen van de verschillende adviezen en voor verankering van de procedures in de organisatie. Door schriftelijke vastlegging van deze procedure is voldaan aan de suggestie uit de evaluatie van 2015.⁶²

In de enquête is gevraagd aan respondenten (die betrokken zijn bij een klacht) hoe zij aankijken tegen de zorgvuldigheid waarmee de CvAE de klacht heeft behandeld. Zij zijn zeer positief over de zorgvuldigheid waarmee de CvAE klachten behandelt. 71% van de respondenten (betrokken bij een klacht) geeft aan (zeer) tevreden te zijn over de zorgvuldigheid waarmee de CvAE de klacht heeft behandeld. In 2015 was dit percentage 63%.



Figuur 40. Stelling: De zorgvuldigheid waarmee de Commissie de klacht heeft behandeld. Respondenten die zijn betrokken bij een klacht (2015: N = 124 en 2019: N= 59).

⁶¹ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 12.

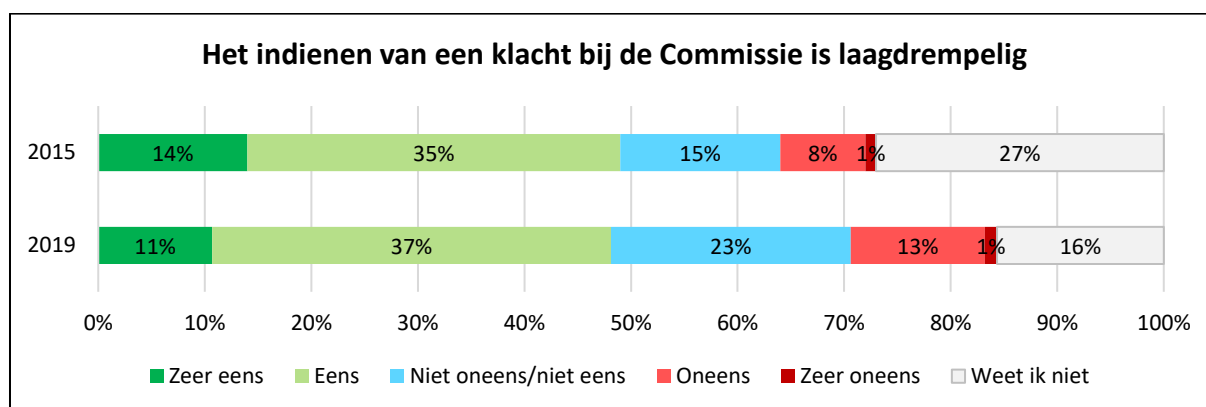
⁶² KWINK groep (2016). Evaluatie Commissie van Aanbestedingsexpert 2015.

3.3. Toegankelijkheid CvAE

Laagdrempeligheid CvAE

De CvAE stelt zich ten doel om via een laagdrempelige behandeling bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten.⁶³ Deze laagdrempeligheid blijkt uit het gratis kunnen indienen van klachten.⁶⁴ De klager dient wel een klachtformulier in te dienen. Ook dient de klager eerst de beklaagde te benaderen en de beklaagde de gelegenheid hebben gegeven te reageren.⁶⁵ De CvAE geeft aan dit klachtenformulier sinds de vorige evaluatie herzien te hebben om het invullen eenvoudiger te maken.

Uit de enquêteresultaten blijkt dat bijna de helft (48%) van de respondenten vindt dat het indienen van een klacht bij de CvAE laagdrempelig is. Een klein deel (14%) is het hier niet mee eens. Er zijn weinig wijzigingen tussen de verschillende respondenten.



Figuur 41. Stelling: Het indienen van een klacht bij de Commissie is laagdrempelig. Beoordeeld door alle respondenten die bekend zijn of hebben gehoord van de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de CvAE (2015: N = 831; 2019: N = 262).

Ook in gesprekken wordt de laagdrempeligheid van de CvAE onderschreven. Het indienen van een klacht kan snel en eenvoudig via de website van de CvAE. Gesprekspartners geven aan dat de toegankelijkheid van de CvAE groot is vanwege het feit dat klagers gratis een klacht kunnen indienen. Uit de gesprekken komen verschillende beelden naar voren over het al dan niet aanwezige risico op reputatieschade wanneer een inschrijver besluit naar de CvAE te stappen. In een aantal gesprekken wordt genoemd dat een klacht indienen bij de CvAE ook kan als de klager de relatie met de opdrachtgever goed wil houden maar wel wil kijken wat er anders kan. Het indienen van een klacht verstoort dan niet direct de relatie. Een ander punt dat is genoemd in gesprekken is dat voor het indienen van een klacht bij de CvAE geen ondersteuning nodig is van een adviseur of jurist. Dat maakt de CvAE laagdrempeliger dan bijvoorbeeld de rechter.

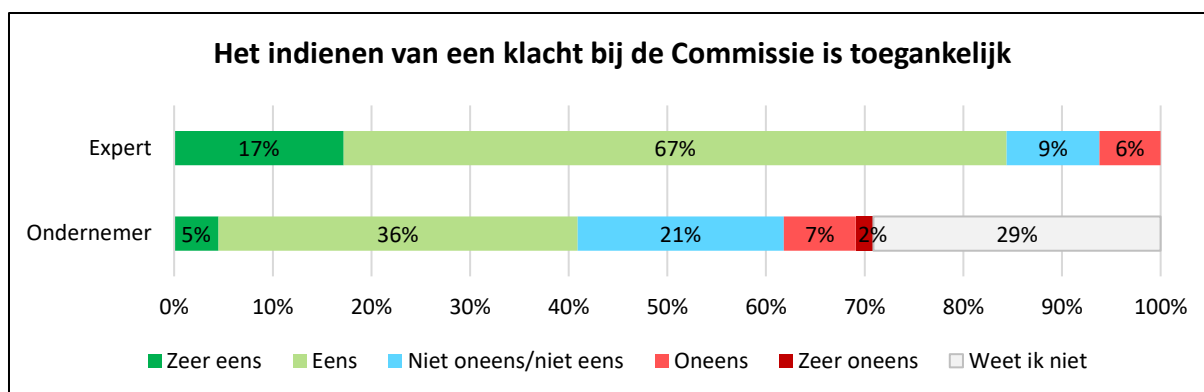
Toegankelijkheid CvAE

41% van de respondentengroep ondernemers geeft aan het eens te zijn met de stelling dat het indienen van een klacht bij de CvAE toegankelijk is. 29% geeft 'weet ik niet' aan. Dit kan mogelijk worden verklaard doordat zij zelf geen klacht hebben ingediend, maar slechts hebben gehoord van de CvAE. De respondentengroep met Experts laat een ander beeld zien. Een groot deel (84%) van de respondentengroep experts geeft aan dat het indienen van een klacht bij de CvAE toegankelijk is.

⁶³ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 2, lid 1.

⁶⁴ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 8, lid 5.

⁶⁵ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Artikel 9, lid 1.b.



Figuur 42. Stelling: Het indienen van een klacht bij de Commissie is toegankelijk. (2019: N = 183 (Respondenten, behalve de aanbestedende diensten, die bekend zijn met of hebben gehoord van de CvAE)).

3.4. Snelheid en doorlooptijd klachtbehandeling

Uit tabel 1 blijkt dat er snel wordt gereageerd op klachten die niet in behandeling worden genomen. Deze doorlooptijd is ook verkort sinds de periode 2015-2016. Wanneer klachten wel in behandeling worden genomen, wordt er onderscheid gemaakt tussen de aan- of afwezigheid van een kritieke termijn. In de jaarrapportage van 2018 over 2017-2018 heeft de CvAE de toezegging gedaan zich in te spannen een klacht met een kritieke termijn te behandelen binnen dertig dagen na ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst op de klacht. Voorheen was de doorlooptijd van een klacht langer dan dertig dagen. Er zijn nog geen uitspraken te doen over de doorlooptijden van de behandeling van de klachten sinds de genoemde toezegging. De doorlooptijden van klachten zonder kritieke termijn verschillen sterk per jaar, maar in het meest recente jaar zijn deze sterk toegenomen.

Gemiddelde doorlooptijden (in kalenderdagen)	2013-2014 ⁶⁶	2014-2015 ⁶⁷	2015-2016 ⁶⁸	2016-2017 ⁶⁹	2017-2018 ⁷⁰	2018-2019 ⁷¹
Niet in behandeling genomen klachten						
- waarbij geen nadere info benodigd was	5	4	11	4	3	5
- waarbij klager om nadere informatie is verzocht		8	33	8	2	5 ⁷²
In behandeling genomen klachten						
- met (kritieke) termijn	30	40	44	44	35	40
- zonder (kritieke) termijn	72	63	104	75	134	118

Tabel 2. Gemiddelde doorlooptijden van een klacht in kalenderdagen.

⁶⁶ Commissie van Aanbestedingsexperts (2014). 1e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁶⁷ Commissie van Aanbestedingsexperts (2015). 2e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁶⁸ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). 3e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁶⁹ Commissie van Aanbestedingsexperts (2017). 4e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

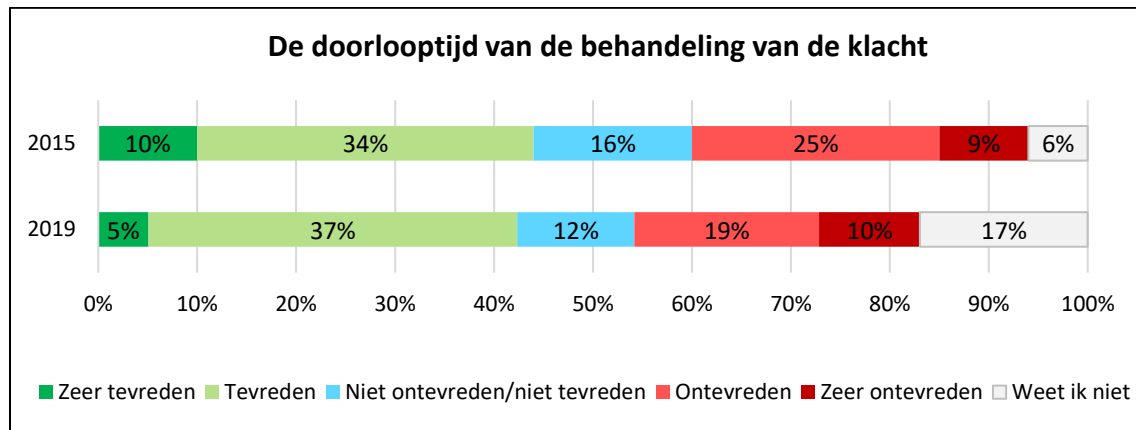
⁷⁰ Commissie van Aanbestedingsexperts (2018). 5e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁷¹ Commissie van Aanbestedingsexperts (2019). 6e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁷² Bij 1 klacht duurde het 34 dagen voor de CvAE de nadere informatie van de ondernemer had ontvangen. De gemiddelde doorlooptijd van de andere klachten bedraagt vijf dagen.

Doorlooptijd

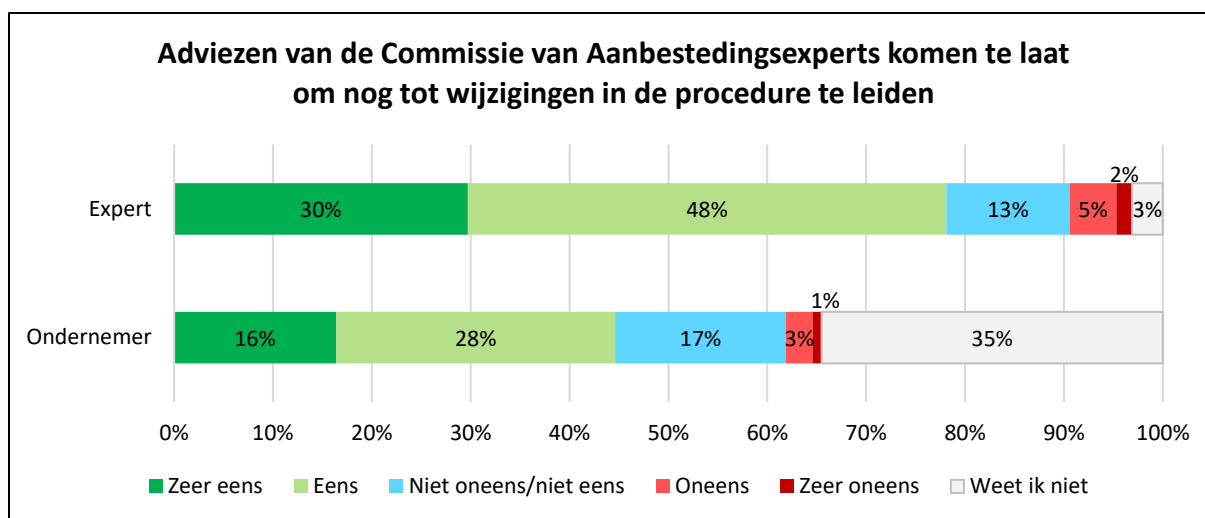
De doorlooptijd van de behandeling van een aanbestedingsklacht door de CvAE is een van de aspecten van de dienstverlening waarop gesprekspartners en respondenten het meest kritisch zijn. Weliswaar zijn er meer mensen positief dan negatief. Gesprekspartners geven aan dat het lang duurt voor een klacht is behandeld. De CvAE geeft aan dat de kritiek op de doorlooptijden waarschijnlijk samenhangt met de positionering van de CvAE: De positionering van de CvAE na het klachtenloket van de aanbestedende dienst en het gebrek aan opschortende werking maken dat adviezen van de CvAE veelal te laat komen voor het oplossen van de aanbestedingsklacht. Hoe kort de doorlooptijd ook is. De CvAE geeft daarnaast aan dat dit beeld mogelijk is gebaseerd op ervaringen uit het verleden of op klachten die in behandeling zijn genomen zonder kritieke termijn.



Figuur 43. Vraag: Paste de doorlooptijd van de behandeling van de klacht binnen de termijn(en) van de aanbestedingsprocedure? (2015: N = 124 (betrokkenen); 2019: N = 59 (betrokkenen van in behandeling genomen klachten)).

Uit de enquête blijkt dat 29% van de respondenten ontevreden is over de doorlooptijd van de behandeling van de klacht. Dat was in 2015 34%. 42% van de respondenten is wel tevreden over de doorlooptijd van de behandeling. 46% is ook tevreden over de termijn waarbinnen de CvAE uitsluitsel heeft gegeven over het in behandeling nemen van een klacht. In 2015 was 55% daar tevreden over.

De positionering van de CvAE na het klachtenloket van de aanbestedende dienst, het gebrek aan opschortende werking, en de doorlooptijden samen maken dat adviezen van de CvAE veelal te laat komen om nog tot een wijziging in de aanbestedingsprocedure te leiden. 78% van de experts vindt dat de adviezen van de CvAE te laat komen om nog tot wijzigingen in de procedure te leiden. 44% van de ondernemers sluit zich daarbij aan. Een groot deel van de ondernemers heeft aangegeven 'weet ik niet'. Zij zijn mogelijk niet betrokken geweest bij een klacht, maar hebben wel gehoord van de CvAE.



Figuur 44. Stelling: Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts komen te laat om nog tot wijzigingen in de procedure te leiden. (2019: N = 110 ondernemers en 64 experts).

3.5. Betrokkenheid en inzet experts

De CvAE kan zich laten bijstaan door één of meerdere experts. Het besluit om een expert te betrekken bij het advies wordt genomen in de raadkamer wanneer de klacht wordt besproken. Er is onderscheid tussen Commissie Experts en Branche Experts. Commissie Experts zijn geselecteerd op grond van hun generieke ervaring, kennis en deskundigheid. Branche Experts zijn geselecteerd op grond van hun branche specifieke ervaring, kennis en deskundigheid. Voor beide typen experts geldt dat hun generieke dan wel branche specifieke ervaring, kennis en deskundigheid vooral betrekking heeft op (overheids)inkoop en niet zozeer juridisch van aard is. De experts verrichten hun werk op persoonlijke titel. Een expert dient onafhankelijk en onpartijdig te zijn wat betreft zijn of haar werkzaamheden voor de CvAE.⁷³

Onderstaande tabel laat zien hoe vaak experts zijn ingeschakeld in de verschillende jaren en bij hoeveel klachten dit het geval is. Voor inschakeling van een expert wordt navraag gedaan of een expert vrij staat in de zaak waar hij/zij in wordt betrokken.

Aantal ingeschakelde experts ⁷⁴	2013-2014	2014-2015	2015-2016	2016-2017	2017-2018	2018-2019
Aantal ingeschakelde experts	8	26	14	20	10	9
- Commissie experts	6	21	11	2	3	1
- Branche expert	2	5	3	18	7	8
Aantal klachten waarbij een expert is ingeschakeld	7	26	11	18	10	9
Ter vergelijking: Aantal in behandeling genomen klachten	47	63	88	42	54	39

Tabel 3. Aantal ingeschakelde experts per jaar.

⁷³ Commissie van Aanbestedingsexperts (2016). Reglement. Art. 4. Zie: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/content/personenregister>.

⁷⁴ Data t/m 03-2017 afkomstig uit de vierde periodieke rapportage van de CvAE. Data voor 2017-2018 is afkomstig uit de vijfde periodieke rapportage van de CvAE.

4. Output

In dit hoofdstuk worden de concrete resultaten van de inspanningen van de CvAE behandeld. Achtereenvolgens komen de volgende paragrafen aan bod: bekendheid van de CvAE en haar adviezen, het aantal klachten en adviezen, de achtergrond van de klachten en waardering en kwaliteit van de adviezen.

4.1. Bekendheid CvAE en haar adviezen

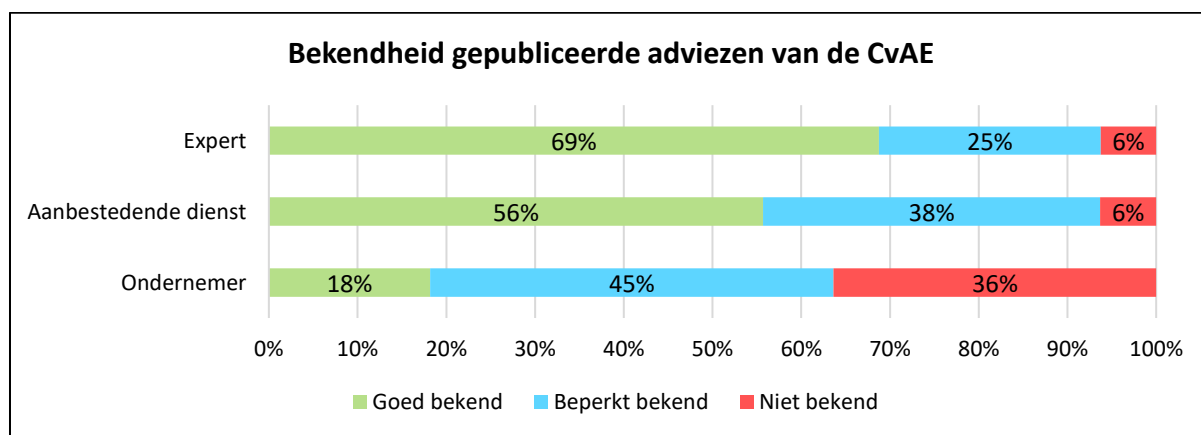
Bekendheid CvAE bij aanbestedende diensten en ondernemers

Aanbestedende diensten zijn zeer goed bekend met de CvAE. 92% van de aanbestedende diensten geeft aan bekend te zijn met de mogelijkheid om een aanbestedingsklacht in te dienen bij de CvAE. In de evaluatie van de CvAE in 2015 was dit 79% van de aanbestedende diensten. De bekendheid van de CvAE onder aanbestedende diensten lijkt dus te zijn toegenomen.

Ondernemers zijn minder bekend met de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de CvAE. 36% van de ondernemers is goed bekend en 27% is beperkt bekend met de mogelijkheid. In 2015 was 30% van de ondernemers goed bekend en 44% beperkt bekend met de mogelijkheid.

Bekendheid met de gepubliceerde adviezen

De bekendheid van ondernemers en aanbestedende diensten met adviezen van de CvAE is gestegen. Vooral aanbestedende diensten zijn goed bekend met de adviezen van de CvAE. 56% (eerder 43%) van de aanbestedende diensten geeft aan goed bekend te zijn met de adviezen van de CvAE. 38% (eerder 36%) is beperkt bekend met de adviezen. Hoewel de bekendheid van de adviezen bij ondernemers is gestegen, is deze bekendheid wel lager dan de bekendheid van de adviezen onder aanbestedende diensten 18% van de ondernemers (voorheen 13%) is goed bekend en 45% (voorheen 33%) is beperkt bekend met de adviezen.



Figuur 45. Stelling: In welke mate bent u bekend met de gepubliceerde adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts? Respondenten die bekend zijn met of hebben gehoord over de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de CvAE (N = 253).

Activiteiten gericht op vergroten bekendheid

De CvAE publiceert haar adviezen op haar website, waarbij melding van publicatie wordt gemaakt middels een PIANOo alert. De CvAE wordt met enige regelmaat genoemd op de website www.aanbestedingsnieuws.nl. Daarnaast verschijnt eens per jaar een kroniek in het Tijdschrift voor Bouwrecht over de gepubliceerde adviezen van de CvAE. Ook worden de adviezen van de CvAE opgenomen in de jaarlijkse kroniek in het Tijdschrift Aanbestedingsrecht met alle aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie. De adviezen van de CvAE worden regelmatig geannoteerd in Jurisprudentie Aanbestedingsrecht (JAAN). Tenslotte brengt het Instituut

voor Bouwrecht sinds twee jaar (voor 2016 en 2017) een jurisprudentiebundel uit voor alle aanbestedingsrechtelijke uitspraken. Hier zijn ook de adviezen van de CvAE in opgenomen.⁷⁵

Daarnaast zijn verschillende mogelijkheden verkend voor het vergroten van de bekendheid. De CvAE heeft niet expliciet bijgehouden welke activiteiten zijn ondernomen. Wel geeft de CvAE aan presentaties te hebben gegeven bij de MKB-marktdagen, het COAB, brancheorganisaties en bij de Kenniskring Aanbesteden. De CvAE geeft aan gesproken te hebben op het Jaarcongres ontwikkelingen aanbestedingsrecht van de SDU. Ze heeft in meerdere sessies gesproken met brancheorganisaties over hun rol in de klachtprocedure bij de CvAE en over het vergaren van meer bekendheid van de CvAE onder haar leden. Vervolgens is in december 2018 een interview met de voorzitter van de CvAE in het blad 'De verbinding' van Uneto-VNI verschenen. Ook is in februari 2018 een interview in het opinieblad 'Forum' van VNO NCW geplaatst met een aantal ondernemingen die een klacht bij de CvAE hadden ingediend. Ook geeft de CvAE in totaal vier keer per jaar college over de CvAE bij de Leergang Aanbestedingsrecht voor inkopers en de Leergang Aanbestedingsrecht voor juristen aan de VU. Daarmee worden voornamelijk aanbestedende diensten bereikt, maar ook ondernemers, advocaten en adviseurs.

Ook geeft de CvAE aan dat er onder de aanbestedende diensten en brancheorganisaties in 2019 activiteiten worden ondernomen ter vergroting van de bekendheid. Zo heeft de CvAE een oproep geplaatst op haar website om aanbestedende diensten uit te nodigen om te spreken met de CvAE. In maart en april 2019 stonden drie sessies gepland met aanwezigen. Ook zal de CvAE wederom colleges geven op onderwijsinstellingen, presentaties geven bij aanbestedende diensten, brancheorganisaties en op congressen.

4.2. Aantal klachten en adviezen/bemiddeling

Aantal klachten

Onderstaande tabel geeft weer hoeveel klachten per jaar zijn ingediend, in behandeling genomen en over hoeveel klachten uiteindelijk een advies is uitgebracht.

Feiten & Cijfers - klachten ⁷⁶	2013-2014	2014-2015	2015-2016	2016-2017	2017-2018	2018-2019
Aantal ingediende klachten	70	102	117	57	59	53
Aantal in behandeling genomen klachten	47	63	88	42	54	39
Aantal klachten waarover advies is uitgebracht	24	40	61	72	36	27

Tabel 4. Klachtenstatistieken.

Ontwikkeling aantal ingediende klachten

Gedurende de eerste drie jaar van de CvAE nam het aantal ingediende klachten jaarlijks toe. Van het derde jaar naar het vierde jaar halveert het aantal ingediende klachten, waarna het zich lijkt te stabiliseren rond een

⁷⁵ Commissie van Aanbestedingsexperts (2017). 4e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁷⁶ Toelichting: Jaarrapportages lopen van maart jaar X tot maart jaar Y. Indicatoren bepaald aan de hand van de rapportage uit 2016. Indicatoren verschillen soms tussen rapportages, daarom ontbreken incidenteel gegevens.

zestigstal klachten per jaar. Er worden naar verhouding meer klachten in behandeling genomen. Verklaringen die in gesprekken zijn genoemd voor de afname van het aantal ingediende klachten zijn:

- Er is minder reden tot klagen; de aanbestedingspraktijk is geprofessionaliseerd;
- Meer klachten worden afgedaan bij klachtenloketten van aanbestedende diensten;
- De snelheid van de klachtbehandeling laat te wensen over: de klachtprocedure van een aanbestedende dienst kost vrij veel tijd, en de behandeling van een klacht door de CvAE kan ook enkele maanden duren als het geen spoedklacht is;
- Het idee is gaan leven dat het indienen van een klacht bij de CvAE toch geen nut heeft, aangezien veel gesprekspartners aangeven dat de aanbestedende diensten de adviezen vaak naast zich neerleggen.
- Onder ondernemers leeft het beeld dat het indienen van een klacht kan leiden tot reputatieschade bij de aanbestedende dienst;
- Een andere mogelijke verklaring kan zijn de hoogconjunctuur van de afgelopen jaren. Bij hoogconjunctuur is voldoende werk voor inschrijvers. Een misgelopen gunning heeft dan relatief minder weerslag op de inkomsten van de inschrijver.

Ontwikkeling van het aantal in behandeling genomen klachten

Wanneer een klacht wordt ingediend, bepaalt de CvAE of deze in behandeling wordt genomen. Uit de tabel blijkt dat het aandeel klachten dat in behandeling wordt genomen is gestegen. De CvAE geeft aan dat de relatieve toename van het aantal in behandeling genomen klachten te verklaren kan zijn doordat de CvAE een periode een andere aanpak heeft gehanteerd. Klachten die niet eerst aan de aanbestedende dienst waren voorgelegd werden tijdelijk 'on hold' gezet. De ondernemer kon dan alsnog een klacht indienen waarna de klacht bij de CvAE vervolgens weer in behandeling werd genomen. Hierdoor werden minder klachten niet in behandeling genomen. Deze soepeler aanpak hanteert de CvAE niet meer. Als nog niet is geklaagd bij de aanbestedende dienst wordt de klacht niet in behandeling genomen. Als de ondernemer vervolgens alsnog een klacht indient bij de aanbestedende dienst en die klacht wordt niet naar tevredenheid van de ondernemer afgehandeld, kan de ondernemer daarna opnieuw een klacht bij de CvAE indienen.

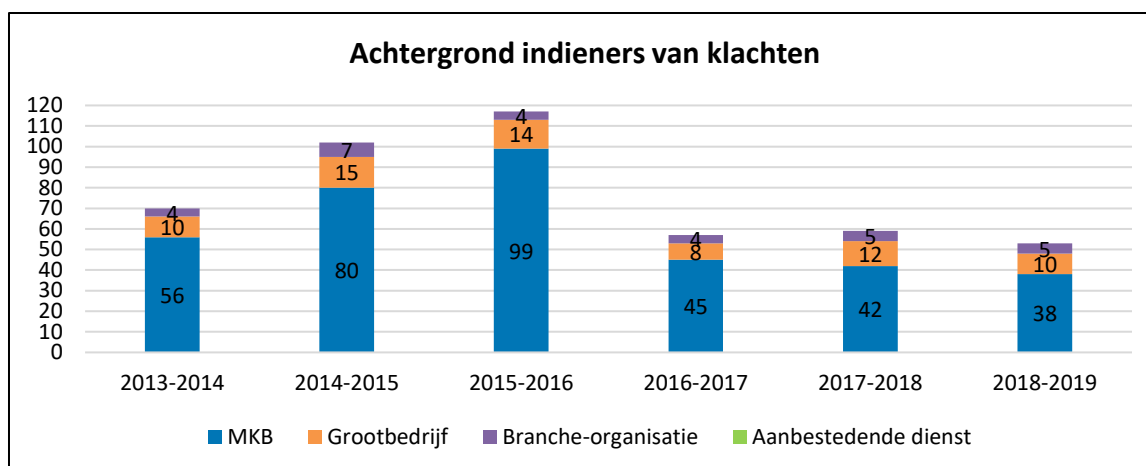
Bemiddeling

De afgelopen jaren is niet bemiddeld. De CvAE geeft aan dat als de aanbestedingsprocedure nog loopt, zij in de meeste gevallen niet kan bemiddelen tussen de aanbestedende dienst en een inschrijver. Dat heeft een aanbestedingsrechtelijke achtergrond. Bij een lopende aanbesteding spelen ook nog belangen van andere (potentiële) gegadigden en inschrijvers dan de klager. Het is dan niet mogelijk om twee partijen (klager en aanbestedende dienst) in de context van een klachtprocedure met elkaar te laten communiceren.

Bemiddeling kan eigenlijk enkel achteraf plaatsvinden, na de totstandkoming van de overeenkomst met de winnende inschrijving.

Achtergrond indieners van klachten

Onderstaande grafiek geeft weer vanuit welk type organisatie de indieners van klachten komen.



Figuur 46. Achtergrond indieners van klachten.

Ontwikkeling klagers

Er kan onderscheid worden gemaakt tussen klachten vanuit het MKB, het grootbedrijf en brancheorganisaties die klagen namens het MKB. Het aantal klachten van het MKB groeit tot en met 2015-2016. Vervolgens halveert het aantal klachten in 2016-2017 en blijft dit aantal gelijk in 2017-2018. De veranderingen van het aantal ingediende klachten door het grootbedrijf en de brancheorganisaties zijn beperkt. Dat maakt het relatieve aandeel van klachten van het grootbedrijf groter. Er is geen specifieke verklaring voor de relatief sterke daling van het aantal MKB klachten. De algemeen geformuleerde verklaring op pagina 18, zijn mogelijk in sterkere mate van toepassing op MKB bedrijven. Opvallend is dat aanbestedende diensten nog nooit een klacht hebben ingediend. Een verklaring die is genoemd, is dat er geen mogelijkheden zijn om een op de Aanbestedingswet gefundeerde klacht in te dienen tegen een ondernemer bij de CvAE omdat in de wet alleen verplichtingen zijn opgenomen voor aanbestedende diensten.

4.3. Onderwerp klachten en type procedure

Het soort aanbesteding waar de klacht betrekking op had

In tabel 5 is te zien dat de CvAE vanuit de meeste klachten heeft ontvangen over Europese openbare procedures. De laatste jaren zijn er ook enkele klachten binnengekomen over enkelvoudige onderhandse procedures.

Feiten & Cijfers - aanbestedingsprocedure	2013-2014	2014-2015	2015-2016	2016-2017	2017-2018	2018-2019	Totaal
Europees - Openbaar	26	52	57	38	35	26	208
Europees - Niet openbaar	13	11	21	4	4	9	62
Nationaal – Openbaar	10	21	11	3	3	6	54
Nationaal - Meervoudig onderhands	10	9	16	5	10	5	55
Nationaal - Enkelvoudig onderhands	0	0	0	2	4	2	8
Er is (nog) geen procedure toegepast	4	5	4	0	0	0	13

Overig ⁷⁷	6	4	8	5	4	1	28
----------------------	---	---	---	---	---	---	----

Tabel 5. Het soort aanbesteding waar de klacht betrekking op had.

Ontwikkeling soort aanbesteding waar de klacht betrekking op had

De meeste klachten hebben betrekking op Europese openbare aanbestedingsprocedures. Daarna volgt het aantal klachten over EU niet-openbare aanbestedingsprocedures, nationale openbare aanbestedingsprocedures en meervoudige onderhandse procedures. Tot en met 2015-2016 nam het aantal ingediende klachten over EU openbare aanbestedingsprocedures toe, waarna dit aantal daalde. Dit aantal daalde relatief minder sterk dan het totale aantal ingediende klachten. Het aantal klachten over EU niet-openbare aanbestedingsprocedures is relatief sterker gedaald. Het aantal ingediende klachten gericht op nationale aanbestedingsprocedures was het hoogst in 2014-2015 waarna het vrij sterk afnam. Het aantal ingediende klachten is relatief sterker gedaald bij nationale aanbestedingsprocedures dan bij EU aanbestedingsprocedures. De daling van het aantal ingediende klachten bij nationale aanbestedingsprocedures daalde ongeveer even sterk als het aantal ingediende klachten bij EU niet-openbare aanbestedingsprocedures. Bij meervoudige onderhandse procedures lijkt er geen sprake te zijn van een opmerkelijke verandering in het aantal ingediende klachten. Het aantal ingediende klachten was wel het hoogst in 2015-2016, net als bij de andere statistieken.

Er zijn geen duidelijke verklaringen voor de relatief sterkere daling op EU niet-openbare aanbestedingsprocedures, nationale openbare aanbestedingsprocedures en meervoudige onderhandse procedures

Het onderwerp van de klacht

Onderstaande tabel geeft een overzicht van het aantal genoemde aspecten waar de klachten over gaan. In de beginjaren is per onderwerp geturfd. Vanaf maart 2016 van de CvAE is geen kwantitatieve verslaggeving van de onderwerpen van de klachten gedaan.

Feiten & Cijfers - Onderwerp van de klacht	2013-2014	2014-2015	2015-2016	2016-2017	2017-2018	2018-2019
De keuze van de ondernemers bij meervoudig onderhandse procedure	4	1	2			
De keuze van de procedure	7	15	13			
Gebrekkige communicatie door aanbestedende dienst	11	29	22			
Gedrag van de onderneming	3	16	15			
Gunningsbeslissing en de motivering daarvan	11	36	36			
Termijnen	7	9	14			
Gunningscriteria en het beoordelen van biedingen	22	42	48	+	+	+
Programma van eisen (bestek, inclusief conceptvoorwaarden)	16	28	42	+		+
Selectiecriteria en het selectieproces	9	12	29	+	+	
Uitsluitingsgronden	6	19	14			

⁷⁷ Andere typen procedures zijn: Europees - Procedure voor sociale en andere specifieke diensten, Europees - Mededingingsprocedure met onderhandeling, Europees - Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging, Europees - Concurrentiegericht dialoog, Europees - Prijsvraag, Europees - Concessieovereenkomst, Europees - Elektronische veiling, Europees - Innovatiepartnerschap, Europees - Dynamisch aankoopstelsel, Europees - Raamovereenkomst, Europees - Voorbehouden opdracht, Nationaal - Niet-openbaar.

Vrij ingevuld en niet te rubriceren	10					
Samenvoegen en wel/niet splitsen		6	4			
Minimum geschiktheidseisen		12	17	+	+	
(Vermeende) strijdigheid van de inhoud						+
Totaal aantal ingevulde onderwerpen	106	225	256	n.v.t.	n.v.t.	n.v.t.

Tabel 6. Onderwerp van de klacht. Informatie gebaseerd op de periodieke rapportages van de CvAE.

Ontwikkeling onderwerp van de klacht

Gedurende de eerste drie jaar van het bestaan van de CvAE, wordt voornamelijk geklaagd over de gunningsbeslissing en de motivering daarvan, de gunningscriteria en het beoordelen van biedingen en het programma van eisen. In de eerste twee jaar van de CvAE werd er daarnaast geklaagd over gebrekkige communicatie door de aanbestedende dienst. In het derde jaar van de CvAE werd er ook relatief vaak geklaagd over de selectiecriteria en het selectieproces.⁷⁸

In de jaarrapportage van 2016-2017 wordt aangegeven dat marktpartijen het vaakst klagen over opdrachteisen en technische specificaties; geschiktheidseisen en selectiecriteria; en gunningscriteria en beoordelingssystematiek. Bij de eerste twee onderwerpen wordt voornamelijk geklaagd over disproportionaliteit of strijdigheid met het beginsel van gelijke behandeling en non-discriminatie. Bij het derde onderwerp wordt vooral geklaagd over gebrekkige transparantie.⁷⁹

In de jaarrapportage van 2017-2018 wordt wederom gesteld dat een belangrijk deel van de klachten betrekking heeft op de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling, transparantie en proportionaliteit. Strijdigheid met deze beginselen komt naar voren bij kwalitatieve geschiktheidseisen en beoordelings- en gunningssystematieken. Slechts een klein deel van de klachten heeft betrekking op het nalaten van een aanbestedende dienst om een overheidsopdracht in concurrentie aan te besteden, het onnodig clusteren van opdrachten, het toeschrijven van opdrachtspecificaties naar een bepaalde onderneming en het gebruik van disproportionele contractvoorwaarden. Tenslotte wordt in deze jaarrapportage gedeeld dat de complexiteit van de klachten is toegenomen.⁸⁰

Door de jaren heen blijven gunningscriteria, de beoordeling van biedingen, selectiecriteria en het selectieproces een heikel punt bij inschrijvers. Het aantal klachten rondom de communicatie van de aanbestedende dienst is dalende.

Gesprekspartners geven geen verklaringen voor bovenstaande ontwikkelingen. Mogelijk is op bepaalde gebieden leereffect en professionalisering opgetreden.

4.4. Waardering van de adviezen

Gesprekspartners zijn positief over de kwaliteit van de adviezen. Uit de adviezen blijkt veel juridische expertise. Gesprekspartners hebben het beeld dat de CvAE objectief en inhoudelijk toetst, wat bijdraagt aan het rechtvaardigheidsgevoel. Verschillende gesprekspartners geven tevens aan dat de adviezen steeds juridischer geschreven zijn. Opgemerkt wordt dat dit de leesbaarheid voor (met name juridisch niet-onderlegde) inkopers en ondernemingen niet ten goede komt. De CvAE is hiervan op de hoogte en geeft aan haar adviezen te hebben aangepast. Zo maakt de CvAE samenvattingen van de adviezen en heeft ze aanpassingen gedaan in de

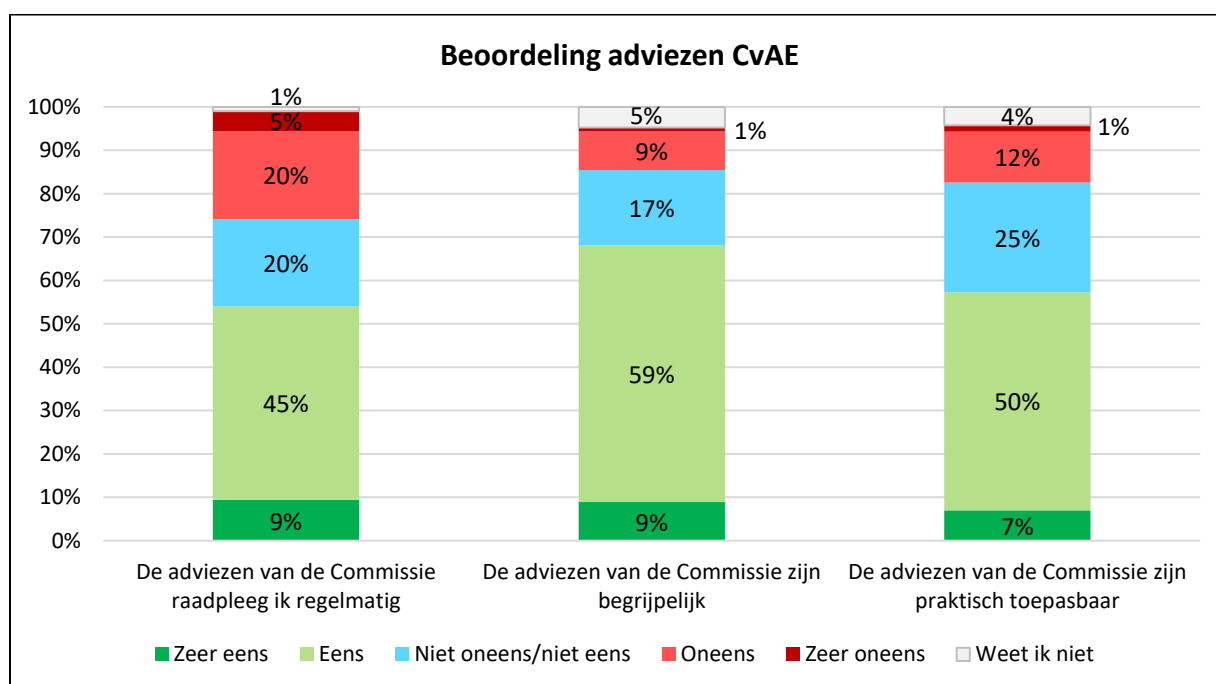
⁷⁸ Commissie van Aanbestedingsexperts (2014-2016). 1e, 2e en 3e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁷⁹ Commissie van Aanbestedingsexperts (2017). 4e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁸⁰ Commissie van Aanbestedingsexperts (2018). 5e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

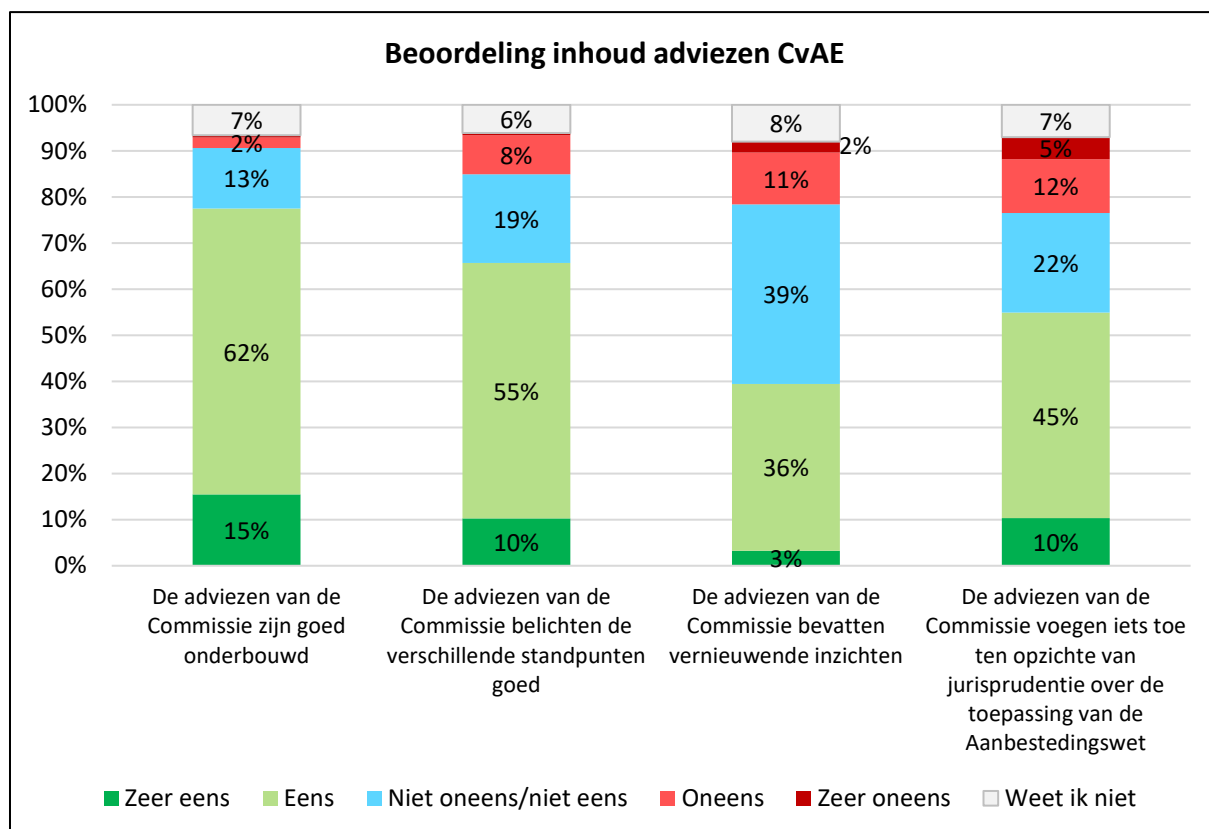
terminologie. Een voorbeeld hiervan is dat de termen 'beklaagde' en 'klager' zijn veranderd in 'aanbestedende dienst' en 'ondernemer' of 'brancheorganisatie'.

Respondenten geven een positief oordeel over de kwaliteit van de adviezen (figuur 47). Het gaat dan niet alleen over adviezen waar men direct bij betrokken was. Meer dan de helft van de respondenten (53%) geeft aan de adviezen van de CvAE regelmatig te raadplegen. Een grote meerderheid van de respondenten (68%) vindt de adviezen van de CvAE (zeer) begrijpelijk. Ook over de praktische toepasbaarheid van de adviezen zijn respondenten positief. 57% vindt de adviezen (zeer) praktisch toepasbaar. De beoordelingen van de adviezen, zoals genoemd in figuur 47, verschillen niet veel van de beoordeling van de adviezen van de CvAE in 2015. In 2015 waren er meer respondenten met 'weet ik niet'. De beoordelingen van de adviezen zijn in 2019 iets positiever.



Figuur 47. Waardering van de adviezen door betrokkenen die hebben gehoord van of bekend zijn met de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de CvAE en bekend zijn met de gepubliceerde adviezen van de CvAE (N = 213).

In algemene zin kan worden vastgesteld dat de respondenten overwegend positief zijn over de inhoud van de adviezen. De goede onderbouwing van adviezen wordt door 77% van de respondenten onderschreven (in 2015 was dit 67%). Ook het belichten van verschillende standpunten wordt positief beoordeeld (65% in 2019 en 64% in 2015). Opvallend is dat 39% van respondenten aangeeft dat de adviezen vernieuwende inzichten bevatten. In 2015 was dat 33% van de respondenten. De toegevoegde waarde van de adviezen over de toepassing van de Aanbestedingswet is bijna hetzelfde gebleven (55% ten opzichte van 53%).



Figuur 48. Beoordeling inhoud adviezen door betrokkenen die hebben gehoord van of bekend zijn met de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de CvAE en bekend zijn met de gepubliceerde adviezen van de CvAE (N = 213).

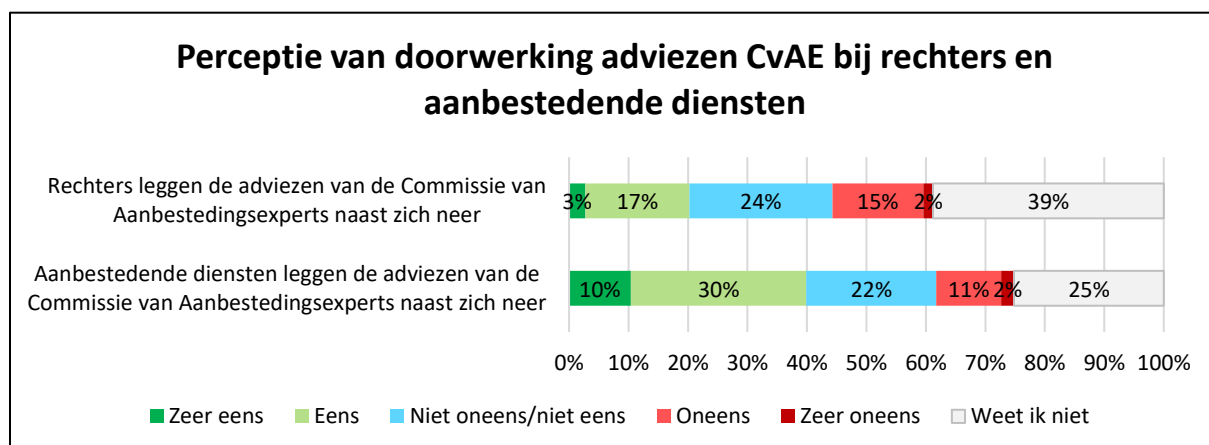
5. Outcome

In dit hoofdstuk gaan we in op het effect van de CvAE. We kijken naar het effect door te reflecteren op de doelstellingen van de CvAE.

5.1. Bijdrage aan de oplossing van aanbestedingsklachten

De primaire doelstelling van de CvAE is om een bijdrage te leveren aan de oplossing van aanbestedingsklachten. De CvAE kan op drie momenten een bijdrage leveren aan de oplossing van aanbestedingsklachten in aanbestedingsprocedures:

- **Vòòrdat de inschrijver de CvAE benadert.** Een klein aantal gesprekspartners geeft aan dat de CvAE een bijdrage kan leveren aan de preventieve oplossing van aanbestedingsklachten. Wanneer een inschrijver bij een aanbestedende dienst aangeeft te overwegen naar de CvAE te stappen, kan dit tot gevolg hebben dat de aanbestedende dienst haar beslissing over de aanbestedingsklacht heroverweegt.
- **Na het advies van de CvAE.** Aanbestedende diensten kunnen aan de slag gaan met het advies van de CvAE. Gesprekspartners geven echter aan dat aanbestedende diensten het advies van de CvAE vaak naast zich neerleggen. Onderstaande grafiek bevestigt dit beeld. Daarmee is de klacht vaak niet opgelost.
- **Bij de rechter.** Een inschrijver kan na het advies van de CvAE alsnog besluiten naar de rechter te stappen. De inschrijver kan het advies van de CvAE gebruiken als argument in de zaak. Uit het jurisprudentie onderzoek van het ministerie van EZK blijkt dat in 2017 twee keer en in 2018 één keer een advies van de CvAE is genoemd in een vonnis. Dit beeld wordt bevestigd door gesprekspartners.



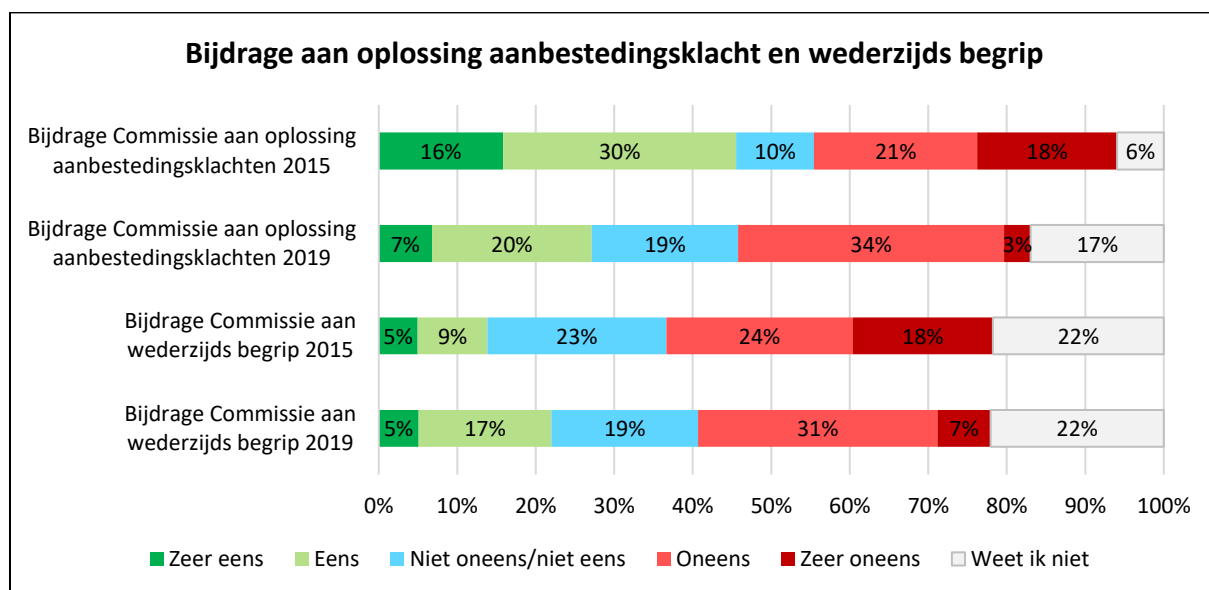
Figuur 49. Perceptie van doorwerking adviezen CvAE bij rechters en aanbestedende diensten. Beoordeeld door alle respondenten, behalve aanbestedende diensten, die bekend zijn met de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de CvAE (N = 183).

Bijdrage aan oplossing

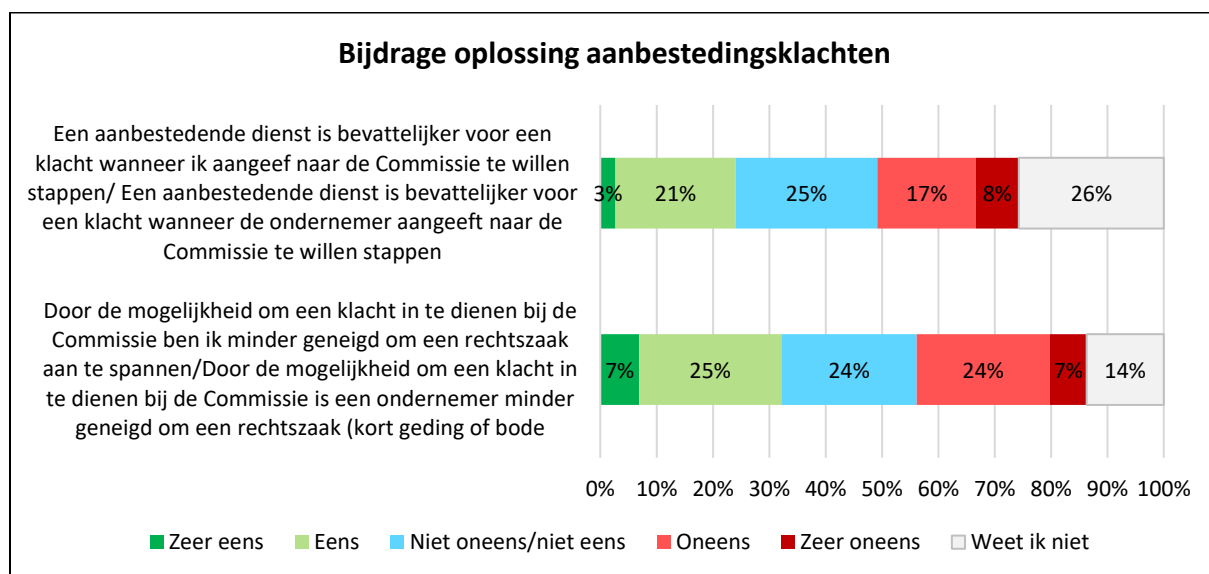
De enquêteresultaten van de evaluatie van 2015 lieten zien dat 46% van de respondenten stelde dat de CvAE bijdroeg aan de oplossing van aanbestedingsklachten, tegenover 39% van de respondenten die stelde dat de CvAE geen bijdrage leverde aan de oplossing van aanbestedingsklachten. De enquêteresultaten uit 2019 tonen een negatiever beeld over de bijdrage aan de oplossing van aanbestedingsklachten dan in 2015. In 2019 stelt 27% van de respondenten dat de CvAE een bijdrage levert aan de oplossing van aanbestedingsklachten.

De bijdrage van de adviezen van de CvAE aan het wederzijdse begrip tussen de klager en beklagde is wel toegenomen volgens respondenten. 22% van de respondenten geeft aan het (zeer) eens te zijn met de stelling. In 2015 was dit 14%.

Uit figuur 50 blijkt dat de CvAE ook op een andere manier kan bijdragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. Zo is de aanbestedende dienst in 24% van de gevallen bevattelijker voor een klacht wanneer de ondernemer naar de CvAE wil stappen. Ook geeft 32% van de respondenten aan minder geneigd te zijn naar de rechter te stappen door de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de CvAE.



Figuur 50: Stelling: De Commissie heeft bijgedragen aan het oplossen van de aanbestedingsklacht waarbij ik betrokken was & Stelling: Het advies van de Commissie heeft geleid tot wederzijds begrip tussen klager en wederpartij. Beoordeeld door ondernemers en aanbestedende diensten die betrokken zijn geweest bij een in behandeling genomen klacht (2015: N = 124; 2019: N = 59).



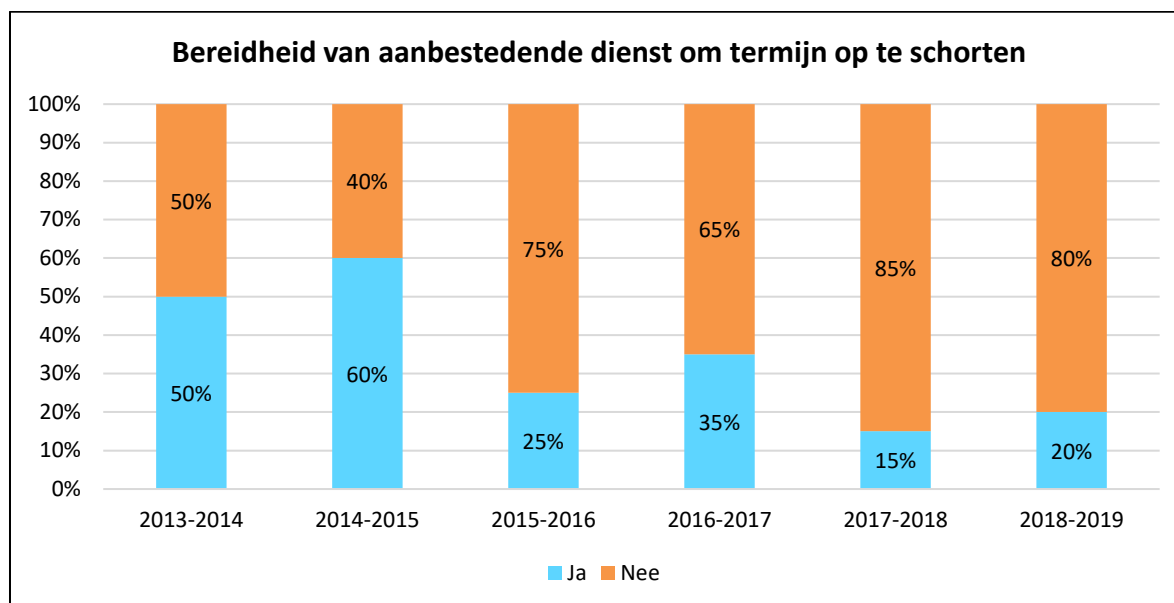
Figuur 51 - Bijdrage oplossing aanbestedingsklachten beoordeeld door alle respondenten die bekend zijn met de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de CvAE (N = 262).

Bereidheid aanbestedende diensten tot opschorting van de procedure

Er is een dalende trend te observeren in de bereidheid van de aanbestedende dienst om een kritieke termijn in de aanbestedingsprocedure te verlengen of op te schorten. In het rapportagejaar 2017-2018 was de aanbestedende dienst slechts in 15% van de klachten bereid tot opschorten of verlenging van de kritieke termijn van de aanbestedingsprocedure.⁸¹ Gesprekspartners geven aan dat ook bij hen de indruk leeft dat aanbestedende diensten niet tot nauwelijks bereid te zijn de aanbestedingsprocedure op te schorten. Een genoemde verklaring voor het feit dat aanbestedende diensten niet willen opschorten is dat de interne

⁸¹ Commissie van Aanbestedingsexperts (2018). 5e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

klachtenafhandeling (bij het klachtenloket van de AD zelf) al de nodig tijd in beslag heeft genomen en er niet ook nog op het oordeel van de CvAE gewacht wil worden.



Figuur 52 - Bereidheid van aanbestedende dienst om termijn op te schorten per jaar.

Opvolging adviezen door aanbestedende diensten

De CvAE heeft in februari 2018 een *quick scan* uitgevoerd om na te gaan wat aanbestedende diensten hebben gedaan met uitgebrachte adviezen die betrekking hadden op klachten met een kritieke termijn, die gedeeltelijk of geheel gegrond zijn verklaard in het rapportagejaar 2017-2018. Acht klachten voldeden aan deze criteria. Van deze acht klachten is van zeven partijen een reactie ontvangen. Hieruit is gebleken dat bij vijf van de zeven klachten de aanbestedende dienst het advies van de CvAE naast zich neer heeft gelegd. De aanbestedende dienst legde het advies van de CvAE in deze gevallen naast zich neer omdat de aanbestedingsprocedure inmiddels te ver was gevorderd om terug te komen op eerder genomen beslissingen. De CvAE had in die gevallen reeds het verzoek gedaan aan de aanbestedende dienst om de aanbestedingsprocedure op te schorten, daar werd echter geen gehoor aan gegeven. Bij de twee klachten waar de aanbestedende dienst wel wat met het advies heeft gedaan, is onder andere een tegemoetkoming voor de tevergeefs gemaakte tenderkosten aangeboden en is een toezegging gedaan om in de toekomst eerder en vaker een externe expert in te schakelen in het kader van de voorbereiding van een aanbesteding.⁸² Gesprekspartners onderschrijven de indruk dat aanbestedende diensten de adviezen van de CvAE vaak naast zich neerleggen.

5.2. Leereffect en professionaliteit

De secundaire doelstelling van de CvAE is het bijdragen aan de verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en het creëren van een leereffect.⁸³

Uit de gesprekken blijkt dat de adviezen door verschillende organisaties worden gelezen en gedeeld. Gesprekspartners geven aan dat aanbestedende diensten veelal de adviezen kennen en ernaar handelen. Hier is de professionalisering dus al gevorderd richting een verder stadium. Incidenteel zouden aanbestedende diensten minder bekend zijn met adviezen van de CvAE. Verschillende gesprekspartners geven ten slotte ook aan dat de ontwikkeling in het leereffect en de professionalisering van de aanbestedingspraktijk te visualiseren is als een afnemende stijging. Kort na de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 waren er veel

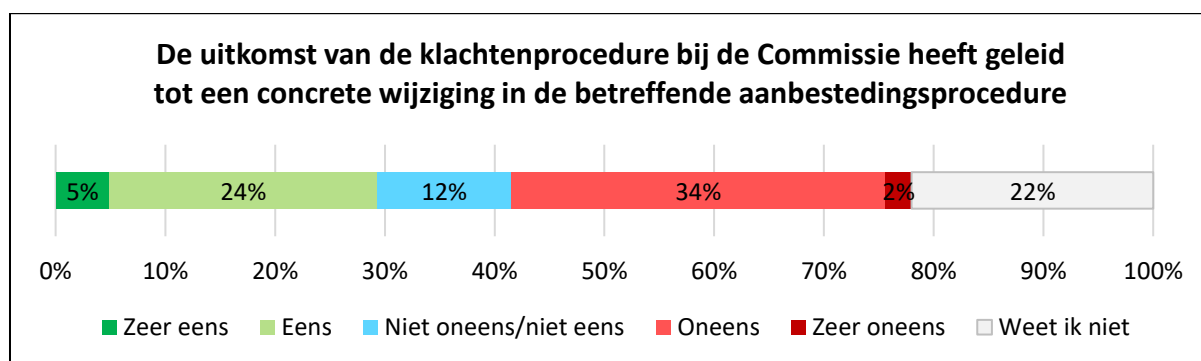
⁸² Commissie van Aanbestedingsexperts (2018). 5e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

⁸³ Commissie van Aanbestedingsexperts (2018). 5e Periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts.

onbekende en complexe terreinen, maar deze zijn inmiddels veelal verkend. Het leereffect is daardoor tegenwoordig minder groot dan in het begin van de CvAE.

De CvAE is van plan in de toekomst overzichten op haar website te plaatsen met de lijn van haar adviezen over vaker voorkomende thema's. Bijvoorbeeld over de mogelijkheden en onmogelijkheden van herstel van fouten in inschrijvingen. Ook is zij voornemens een overzicht op haar website te plaatsen van aanbevelingen van meer algemene aard die zij in de loop der tijd heeft gedaan.

De evaluatie van 2015 toonde dat 9% van de respondenten van mening was dat de uitkomst van de klachtenprocedure bij de CvAE heeft geleid tot een concrete wijziging in het algemene aanbestedingsbeleid van de aanbestedende dienst. De resultaten zijn in 2019 positiever. 29% van de respondenten waarbij de klacht in behandeling is genomen geeft aan dat de klachtenprocedure bij de CvAE heeft geleid tot een concrete wijziging. 55% van de respondenten was het in 2015 hiermee oneens. In 2019 is dat 36%.



Figuur 53. Stelling: De uitkomst van de klachtenprocedure bij de Commissie heeft geleid tot een concrete wijziging in de betreffende aanbestedingsprocedure. Beoordeeld door ondernemers en aanbestedende diensten die betrokken zijn geweest bij een in behandeling genomen klacht (N = 59).

6. Conclusies doeltreffendheid en doelmatigheid

In dit hoofdstuk beschrijven we onze conclusies over de effectiviteit en efficiëntie van de uitvoering van de taken door de CvAE met oog voor de doelstelling zoals beschreven in het instellingsbesluit. We kijken dan naar de relatie tussen input en output (doelmatigheid) en de relatie tussen de doelstellingen en de outcome (doeltreffendheid).

Doelmatigheid

De input van de CvAE is niet veranderd de afgelopen jaren. De CvAE bestaat sinds april 2015 uit drie leden. Zij worden ondersteund door een secretariaat van twee personen dat is belast met juridisch-administratieve en juridisch-inhoudelijke taken. De commissieleden hebben 10 uur per week per persoon beschikbaar voor hun werkzaamheden voor de CvAE. In het verleden was de beschikbare tijd onvoldoende. De CvAE kan hulp inschakelen van experts. De CvAE heeft geen formele bevoegdheden. Zo geeft de CvAE niet-bindende adviezen en kan de CvAE aanbestedende diensten ook niet verplichten een aanbestedingsprocedure op te schorten. De CvAE kan twee rollen vervullen (advies en bemiddeling) maar maakt in de praktijk geen gebruik van haar bemiddelende rol.

Bij de output van de CvAE kijken we naar bekendheid van de CvAE en haar adviezen, het aantal klachten en adviezen, de achtergrond van de klachten en waardering en kwaliteit van de adviezen.

- Aanbestedende diensten zijn zeer goed bekend met de CvAE. Ondernemers zijn minder bekend met de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de CvAE. De bekendheid van ondernemers en aanbestedende diensten met adviezen van de CvAE is gestegen. De CvAE onderneemt activiteiten ter vergroting van haar bekendheid. Dit doet zij grotendeels bij colleges, congressen en onder brancheorganisaties.
- De CvAE wordt gezien als een onafhankelijk en deskundig orgaan.
- In de eerste jaren van het bestaan van de CvAE was het aantal klachten jaarlijks hoog. Dit oefende druk uit op de capaciteit van de CvAE. Sinds 2016-2017 is het aantal ingediende klachten fors gedaald, maar de complexiteit van de klachten is toegenomen.
- Het aantal klachten vanuit het MKB is gehalveerd, maar vanuit de meeste klachten zijn nog steeds afkomstig vanuit het MKB. Aanbestedende diensten hebben nog nooit een klacht ingediend.
- De waardering voor en kwaliteit van adviezen is hoog. De adviezen zijn begrijpelijk, praktisch toepasbaar en goed onderbouwd. Er zijn wisselende beelden over de leesbaarheid van de adviezen. Respondenten uit de enquête zijn positief, maar gesprekspartners geven aan dat de adviezen soms te juridisch zijn geschreven.

Wat betreft de doelmatigheid concluderen we dat de input momenteel in verhouding staat tot de output. Het aantal klachten is de afgelopen jaren weliswaar afgenomen maar de waardering voor en de kwaliteit van adviezen blijft hoog. De CvAE heeft oog voor efficiëntie wat blijkt uit de inrichting van het werkproces en de samenwerking tussen de Commissieleden en het secretariaat.

Doeltreffendheid

De doeltreffendheid van de CvAE wordt inzichtelijk gemaakt door de outcome te bekijken in verhouding tot de ambitie (doelstellingen). De doelstellingen van de CvAE zijn de afgelopen jaren hetzelfde gebleven. Wel is een verandering doorgevoerd in de verhouding tussen de doelstellingen. De CvAE stelt zich primair ten doel om via een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. Deze bijdrage aan de oplossing van aanbestedingsklachten kan bijdragen aan de professionalisering van de aanbestedingspraktijk en het teweegbrengen van een leereffect bij ondernemingen, aanbestedende diensten en speciale sector-bedrijven.

We concluderen dat de **doeltreffendheid van de CvAE beperkt is in haar huidige vorm**. We zien namelijk dat de CvAE beperkt bijdraagt aan de oplossing van aanbestedingsklachten. Uit de enquête blijkt dat een meerderheid van de respondenten aangeeft dat het advies niet heeft bijgedragen aan het oplossen van de klacht. De positionering van de CvAE na het klachtenloket van de aanbestedende dienst, het gebrek aan opschortende werking, en de benodigde doorlooptijden samen maken dat adviezen veelal te laat komen voor het oplossen van de aanbestedingsklacht. Ook is het beeld dat aanbestedende diensten de adviezen van de CvAE vaak naast zich neerleggen. De afgelopen jaren heeft de CvAE een positief effect gehad op de professionalisering in de aanbestedingspraktijk. Professionalisering van de aanbestedingspraktijk vindt plaats doordat de adviezen worden gelezen en gedeeld. De CvAE speelt hier zelf ook een rol in door aan te sluiten bij bijeenkomsten rondom aanbesteden en door hun adviezen te publiceren via verschillende kanalen. In het onderzoek komt naar voren dat het beeld is dat aanbestedende diensten die frequent aanbesteden professioneler zijn gaan handelen dan aanbestedende diensten die incidenteel aanbestedingen uitzetten. Het leereffect van de adviezen van de CvAE was in de beginjaren waarschijnlijk hoger. In de beginjaren was veel onduidelijkheid rondom de Aanbestedingswet en trad de CvAE op als pionier. Nu meer bekend is over de werking van de Aanbestedingswet in de praktijk, is de rol van de CvAE veranderd. Respondenten van de enquête zijn echter blijvend positief over de vernieuwende inzichten die de adviezen bevatten.

7. Geraadpleegde documenten

Voor de documentstudie zijn de volgende documenten geraadpleegd:

Titel	Bron
Instellingsbesluit CvAE	https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stcrt-2013-6182.html#d16e293
Reglement CvAE	https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/indienen-klacht/reglement-commissie-van-aanbestedingsexperts
Nieuwsberichten CvAE	https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/nieuws
Evaluatie CvAE 2015	https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/commissievanaanbestedingsexperts.nl/files/bijlage/Eindrapport%20evaluatie%20Commissie%20van%20Aanbestedingsexperts%2013-07-2015.pdf
Eerste jaarrapportage CvAE (maart '13 – maart '14)	https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/commissievanaanbestedingsexperts.nl/files/bijlage/Periodieke%20rapportage%20van%20de%20Commissie%20van%20Aanbestedingsexperts%2028-03-2014.pdf
Tweede jaarrapportage CvAE (maart '14 – maart '15)	https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/commissievanaanbestedingsexperts.nl/files/bijlage/Periodieke%20rapportage%20van%20de%20Commissie%20van%20Aanbestedingsexperts%2022-05-2015.pdf
Derde jaarrapportage CvAE (maart '15 – maart '16)	https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/commissievanaanbestedingsexperts.nl/files/afbeeldingen/herziene_versie_periodieke_rapportage_van_de_commissie_van_aanbestedingsexperts_27-09-2016_1_maart_2015_-_1_maart_2016.pdf
Vierde jaarrapportage CvAE (maart '16 – maart '17)	https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/commissievanaanbestedingsexperts.nl/files/afbeeldingen/170531_-_jaarrapportage_cvae.pdf
Vijfde jaarrapportage CvAE (maart '17 – maart '18)	https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/sites/commissievanaanbestedingsexperts.nl/files/afbeeldingen/periodieke_rapportage_van_de_commissie_van_aanbestedingsexperts_14-05-2018_1_maart_2017_-_1_maart_2018.pdf

Bijlage B – Vragenlijsten enquête

Route ondernemer

Selectievraag

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten

Dit blok is hetzelfde voor alle routes

4. Ik ben werkzaam (1 antwoord):

- a. Als ondernemer / bij een onderneming <ga naar 1.2>
- b. Bij een aanbestedende dienst <ga naar 2.2>
- c. Bij een brancheorganisatie <ga naar 3.2>
- d. Als advocaat, adviseur en/of wetenschapper <ga naar 4.2>

Kenmerken – ondernemer

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is uniek voor deze route

5. Wat is de omvang van uw onderneming in aantal werknemers? (1 antwoord)

- a. Ik ben ZZP'er
- b. 2-10 werknemers
- c. 11-50 werknemers
- d. 51-100 werknemers
- e. 101-250 werknemers
- f. 251 -1.000 werknemers
- g. >1.000 werknemers

6. In welke sector is uw onderneming met name actief (op basis van CBS opdeling van sectoren)? (meerdere antwoorden)

- a. Bouwnijverheid (projectontwikkeling; grond-, water en wegebouw, en installatietechnische werkzaamheden)
- b. Industrie (o.a. voedingsmiddelen; kleding; chemische producten; meubels)
- c. Vervoer en opslag (over land, water en lucht; post; opslag)
- d. Specialistische zakelijke diensten (o.a. juridisch; architecten; onderzoek; design)
- e. Verhuur en overige zakelijke diensten (o.a. schoonmaak; uitzendbureaus; reisbureaus; beveiliging)
- f. Financiële dienstverlening
- g. Informatie en communicatie (o.a. IT; uitgeverijen; film- en tv-productie)
- h. Waterbedrijven en afvalbeheer
- i. Landbouw, bosbouw en visserij

- j. Delfstoffenwinning
- k. Energievoorziening
- l. Handel
- m. Horeca
- n. Verhuur en handel van onroerend goed
- o. Onderwijs
- p. Gezondheids- en welzijnszorg
- q. Sociaal domein
- r. Cultuur, sport en recreatie
- s. Anders, namelijk:

7. Voor welk type opdrachtgever binnen de overheid voert u de meeste opdrachten uit? (meerdere antwoorden)

- a. Rijksoverheid (kerndepartementen, Rijksvastgoedbedrijf (RVB), Rijkswaterstaat (RWS) andere Agentschappen/ZBO's)
- b. Provincies
- c. Waterschappen
- d. Grote gemeenten (>100.000 inwoners)
- e. Middelgrote gemeenten (50.000-100.000 inwoners)
- f. Kleine gemeenten (<50.000 inwoners)
- g. Speciale-sectorbedrijven. *Bedrijven op het gebied van gas, warmte, elektriciteit, vervoer, exploitatie lucht- en zeehavens, drinkwater of postdiensten (voorheen nutssectoren).*
- h. Veiligheidsregio's
- i. Inkoop Samenwerkingen
- j. UMC's
- k. Onderwijsinstellingen
- l. Gemeenschappelijke regelingen
- m. Overig, namelijk:

8. Op welk type aanbestedingsprocedure is uw ervaring met de aanbestedingspraktijk met name gebaseerd? (meerdere antwoorden)

- a. Enkelvoudig onderhandse procedure. Zie <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-procedures/nationale-procedures>.
- b. Meervoudig onderhandse procedure. Zie <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-procedures/nationale-procedures>.
- c. Nationale procedure (openbaar of niet-openbaar). Zie <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-procedures/nationale-procedures>.
- d. Europese procedures (opdrachten met een geraamde waarde boven de Europese drempelwaarden). Zie <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-aanbestedingsprocedures>

9. Op welk type aanbesteding is uw ervaring met de aanbestedingspraktijk met name gebaseerd? (meerdere antwoorden)

- a. Werken. *Werken betreffen alle bouwkundige en civieltechnische werken. Hieronder valt de bouw van een brug, een kantoorgebouw of de aanleg van een weg. Onderhoudswerkzaamheden die verder gaan dan het enkel in stand houden van het werk en verbouwingswerkzaamheden vallen veelal ook onder Werken.*
- b. Leveringen. *Leveringen omvatten aankoop, huur, lease en huurkoop van producten. Dit zijn zaken die tastbaar (roerend) zijn maar die niet onder een Werk vallen.*
- c. Diensten. *Alles wat niet onder werken of leveringen valt.*

Ervaring – ondernemer

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is uniek voor deze route

Toelichting Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Bij een aanbestedingsprocedure kunnen (potentiële) inschrijvers een beroep doen op rechtsbescherming, wanneer zij ontevreden zijn over de toepassing van de aanbestedingsregels en/of het handelen van partijen in aanbestedingsprocedures. We hanteren hierbij een ruime opvatting van het begrip rechtsbescherming: van (interne) klachtenloketten tot het Europese Hof van Justitie.

10. Kunt u aangeven in hoeverre u bekend bent de volgende rechtsbeschermingsmogelijkheden in de aanbestedingspraktijk: (matrix met opties: Goed bekend; van gehoord; Niet bekend)

- a. Klacht aankaarten bij een brancheorganisatie
- b. Klacht indienen bij klachtenloket van de aanbestedende dienst
- c. Klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts
- d. Kort geding aanspannen bij burgerlijke rechter
- e. Bodemprocedure aanspannen bij burgerlijke rechter
- f. Hoger beroep na kort geding
- g. Hoger beroep na bodemprocedure
- h. Cassatie bij de Hoge Raad

11. Is het wel eens voorgekomen dat u ontevreden was over een aanbestedingsprocedure? Denk hierbij aan de toepassing van de aanbestedingsregels, het handelen van de aanbestedende dienst, of de gronden/ onderbouwing van de gunningsbeslissing. (1 antwoord)

- a. Ja
- b. Nee <<ga naar vraag 4>>

12. Kunt u aangeven waarover u recentelijk het meest ontevreden was tijdens een aanbestedingsprocedure?

13. Heeft u naar aanleiding van hetgeen waarover u recentelijk het meest ontevreden was actie ondernomen? (meerdere antwoorden)

- a. Ja, ik heb klacht aangekaart bij een brancheorganisatie <<ga naar vraag 6>>
- b. Ja, ik heb een klacht ingediend bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst <<ga naar vraag 6>>
- c. Ja, ik heb een klacht ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts <<ga naar vraag 6>>
- d. Ja, ik heb een kort geding aangespannen bij de burgerlijke rechter <<ga naar vraag 6>>
- e. Ja, ik heb een bodemprocedure aangespannen bij de burgerlijke rechter <<ga naar vraag 6>>
- f. Nee <<ga naar vraag 5>

14. Wat waren uw overwegingen om dit niet te doen? <<ga naar vraag 7>>

15. Hoe bent u tot deze keuze gekomen?

16. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Aanbestedende diensten handelen over het algemeen transparant. *Vooraf is voor iedereen duidelijk zijn wat er verwacht wordt. Beslissingen worden duidelijk gemotiveerd.*

- b. Aanbestedende diensten handelen over het algemeen proportioneel. *Technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria zijn relevant en staan in verhouding tot de aard en omvang van de opdracht.*
- c. Aanbestedende diensten hanteren het beginsel van gelijke behandeling. *Er zijn geen discriminerende factoren aanwezig zijn bij een aanbesteding waardoor de één meer kansen krijgt dan de ander. Iedereen wordt objectief en op dezelfde wijze behandeld en iedereen krijgt dezelfde informatie. Er bestaat een gelijk speelveld voor alle gegadigden en inschrijvers.*
- d. Aanbestedende diensten stellen zich professioneel op naar ondernemers. *Vragen worden goed behandeld. Ondernemers worden serieus genomen.*

Waardering algemeen – ondernemer

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is hetzelfde voor alle routes

- 17. Wat is uw algemene oordeel over het functioneren van de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk? Geef aan in hoeverre u het eens bent met de volgende stellingen: (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**
- a. De rechten van inschrijvers op aanbestedingen zijn adequaat beschermd
 - b. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is toegankelijk
 - c. Bij rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is sprake van rechtsgelijkheid (gelijke gevallen worden gelijk behandeld)
 - d. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk doet recht aan de belangen van inschrijvers en aanbestedende diensten
 - e. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is effectief (het draagt bij aan het oplossen van het probleem)
- 18. Wat ervaart u als de belangrijkste problemen omtrent rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk? (maximaal drie) (drie open antwoord vakken)**

Waardering klachtenloketten – ondernemer

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 1.3 bij vraag 1 antwoord b hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is uniek voor deze route

De volgende vragen gaan over het indienen van een klacht bij het klachtenloket van een aanbestedende dienst.

- 19. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**
- a. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst is toegankelijk
 - b. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket is laagdrempelig
 - c. Het klachtenloket is een deskundig orgaan voor de behandeling van aanbestedingsklachten
 - d. Het klachtenloket is een onafhankelijk orgaan

- 20. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**
- a. De termijnen van procedures laten voldoende ruimte voor het behandelen van mijn klachten
 - b. Aanbestedende diensten pakken klachten over aanbestedingsprocedures serieus op
 - c. Door de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij het klachtenloket ben ik minder geneigd om andere mogelijkheden van rechtsbescherming te gebruiken zoals de Commissie van Aanbestedingsexperts of het aanspannen van een rechtszaak (kort geding of bodemprocedure)
 - d. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst draagt bij aan het oplossen van mijn probleem
 - e. Het klachtenloket vormt een aanvulling op andere rechtsbeschermingsmogelijkheden
- 21. Heeft u wel eens een klacht ingediend bij een klachtenloket van een aanbestedende dienst? (1 antwoord)**
- a. Ja <<ga naar vraag 4>>
 - b. Nee <<ga naar vraag 8>>
- 22. Geef aan in hoeverre u tevreden bent over de volgende aspecten van de dienstverlening door het klachtenloket van de aanbestedende dienst. (matrix met opties: Zeer ontevreden; Ontevreden; Niet ontevreden/ niet tevreden; Tevreden; Zeer tevreden; Weet ik niet)**
- a. De termijn waarbinnen de het klachtenloket uitsluitel heeft gegeven over het in behandeling nemen van de klacht
 - b. De doorlooptijd van de behandeling van de klacht
 - c. De zorgvuldigheid waarmee het klachtenloket de klacht heeft behandeld
 - d. De aspecten waarop het klachtenloket de klacht toetst
- 23. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**
- a. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket heeft bijgedragen aan het oplossen van de aanbestedingsklacht waarbij ik betrokken was
 - b. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket heeft geleid tot wederzijds begrip tussen klager en wederpartij
 - c. De uitkomst van de klachtenprocedure heeft geleid tot een concrete wijziging in de betreffende aanbestedingsprocedure
 - d. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket is een nodeloze tussenstap
- 24. Kunt u uw antwoorden toelichten? (open antwoord per regel uit vorige vraag)**
- 25. Zou u bij een volgende klacht in een aanbestedingsprocedure deze weer indienen bij een klachtenloket van een aanbestedende dienst? (1 antwoord)**
- a. Ja, omdat...
 - b. Nee, omdat...
 - c. Weet ik niet
- 26. In gesprekken met ondernemers worden verschillende problemen en signalen geuit over het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer eens; Eens; Niet oneens / niet eens; Oneens; Zeer oneens Weet ik niet)**
- a. Een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst levert reputatieschade op voor mij als ondernemer

- b. De uitspraak van het klachtenloket van de aanbestedende dienst leidt niet tot een wezenlijke verandering van de aanbestedingsprocedure
- c. Het klachtenloket kan mijn klacht niet onafhankelijk in behandeling nemen
- d. Het heeft als ondernemer geen zin om een klacht in te dienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst
- e. Uitspraken van het klachtenloket van de aanbestedende dienst komen te laat om nog tot wijzigingen in de procedure te leiden

27. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor klachtenloketten bij aanbestedende diensten? (open antwoord)

Waardering Commissie van Aanbestedingsexperts – ondernemer

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 1.3 bij vraag 1 antwoord c hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is uniek voor deze route

De volgende vragen gaan over de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna 'de Commissie').

**28. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet). **

- a. De Commissie is een deskundig orgaan voor de behandeling van aanbestedingsklachten
- b. De Commissie is een onafhankelijk orgaan
- c. De Commissie is gezaghebbend
- d. Het indienen van een klacht bij de Commissie is laagdrempelig

29. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. De Commissie vormt een aanvulling op andere rechtsbeschermingsmogelijkheden
- b. Het indienen van een klacht bij de Commissie is toegankelijk
- c. Door de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Commissie ben ik minder geneigd om een rechtszaak aan te spannen
- d. Een aanbestedende dienst is bevattelijker voor een klacht wanneer ik aangeef naar de Commissie te willen stappen

30. In gesprekken met ondernemers worden verschillende problemen en signalen geuit over het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer eens; Eens; Niet oneens / niet eens; Oneens; Zeer oneens Weet ik niet)

- a. Een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts levert reputatieschade op voor mij als ondernemer / voor mijn onderneming
- b. Het heeft als ondernemer geen zin om een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts
- c. Aanbestedende diensten leggen de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts naast zich neer
- d. Rechter leggen de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts naast zich neer

- e. Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts komen te laat om nog tot wijzigingen in de procedure te leiden
- 31. Heeft u wel eens een klacht ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts? (meerdere antwoorden)** *De Commissie kan bepalen of een klacht in behandeling wordt genomen. Met het in behandeling nemen van klachten wordt bedoeld dat de Commissie gaat bemiddelen of adviseren over de klacht.*
- a. Ik heb wel eens een klacht ingediend die niet in behandeling is genomen. <<ga naar vraag 5>>
 - b. Ik heb wel eens een klacht ingediend bij de Commissie die wel in behandeling is genomen. <<ga naar vraag 8>>
 - c. Nee <<ga naar vraag 16>>
- 32. U heeft aangegeven dat een van uw klachten niet in behandeling is genomen. De volgende vragen gaan over de klacht die niet in behandeling is genomen. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**
- a. De Commissie gaf binnen een redelijke termijn uitsluitsel over het niet behandelen van de klacht
 - b. De Commissie heeft duidelijk gemotiveerd waarom de klacht waarbij ik betrokken was niet in behandeling is genomen
 - c. Ik begrijp waarom mijn klacht niet in behandeling is genomen
- 33. Bent u geadviseerd en/of ondersteund bij het formuleren en indienen van uw klacht bij de Commissie? (1 antwoord)**
- a. Ja, door een advocaat
 - b. Ja, door een brancheorganisatie
 - c. Ja, door... (open antwoord)
 - d. Nee
- 34. Zou u bij een volgende klacht in een aanbestedingsprocedure deze weer indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts? (1 antwoord)**
- a. Ja, omdat <<ga naar vraag 16>
 - b. Nee, omdat <<ga naar vraag 16>>
 - c. Weet ik niet <<ga naar vraag 16>>
- 35. U heeft aangegeven dat u betrokken bent geweest bij een klacht die door de Commissie in behandeling is genomen. De volgende vragen gaan over de behandeling van die klacht. Is uw klacht aangemerkt als spoedklacht?**
- a. Ja
 - b. Nee
 - c. Weet ik niet
 - d. Indien u meerdere klachten hebt ingediend: ... [ruimte voor toelichting]
- 36. Paste de doorlooptijd van de behandeling van de klacht binnen de termijn(en) van de aanbestedingsprocedure? (1 antwoord)**
- a. Ja
 - b. Nee
 - c. Onbekend, de klacht is nog in behandeling
 - d. Weet ik niet
 - e. Indien u meerdere klachten hebt ingediend: [ruimte voor toelichting]

- 37. Was de aanbestedende dienst bereid om de aanbesteding tijdelijk op te schorten in afwachting van het advies van de Commissie? *Bijvoorbeeld de termijn van inschrijving of de termijn waarbinnen een kort geding aanhangig gemaakt kan worden etc.* (1 antwoord)**
- a. Ja
 - b. Nee
 - c. Dit was niet nodig
 - d. Weet ik niet
 - e. Indien u meerdere klachten hebt ingediend: ... [ruimte voor toelichting]
- 38. Bent u door de Commissie in het gelijk gesteld? (1 antwoord)**
- a. Ja
 - b. Nee
 - c. Onbekend, de klacht is nog in behandeling
 - d. Indien u meerdere klachten hebt ingediend: ... [ruimte voor toelichting]
- 39. Geef aan in hoeverre u tevreden bent over de volgende aspecten van de dienstverlening van de Commissie van Aanbestedingsexperts. (matrix met opties: Zeer ontevreden; Ontevreden; Niet ontevreden/ niet tevreden; Tevreden; Zeer tevreden; Weet ik niet)**
- a. De termijn waarbinnen de Commissie uitsluitsel heeft gegeven over het in behandeling nemen van de klacht
 - b. De doorlooptijd van de behandeling van de klacht
 - c. De zorgvuldigheid waarmee de Commissie de klacht heeft behandeld
 - d. De aspecten waarop de Commissie de klacht toetst
 - e. De kwaliteit van het advies van de Commissie
- 40. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**
- a. Het advies van de Commissie heeft geleid tot wederzijds begrip tussen klager en wederpartij
 - b. De uitkomst van de klachtenprocedure bij de Commissie heeft geleid tot een concrete wijziging in de betreffende aanbestedingsprocedure
 - c. De Commissie heeft bijgedragen aan het oplossen van de aanbestedingsklacht waarbij ik betrokken was
- 41. Kunt u uw antwoorden toelichten? (open antwoord per regel uit vorige vraag)**
- 42. Zou u bij een volgende klacht in een aanbestedingsprocedure deze weer indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts? (1 antwoord)**
- a. Ja
 - b. Nee
 - c. Weet ik niet
- 43. De volgende vragen gaan over alle adviezen die de Commissie heeft gepubliceerd (dus niet alleen over de adviezen waar u eventueel bij betrokken was). In welke mate bent u bekend met de gepubliceerde adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts? (1 antwoord)**
- a. Goed bekend <<ga naar vraag 17>>
 - b. Beperkt bekend <<ga naar vraag 17>>
 - c. Niet bekend <<ga naar vraag 18>>
- 44. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? De adviezen van de Commissie .. (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**

- a. Raadpleeg ik regelmatig
- b. Zijn begrijpelijk
- c. Zijn praktisch toepasbaar
- d. Belichten de verschillende standpunten goed
- e. Zijn goed onderbouwd
- f. Bevatten vernieuwende inzichten
- g. Voegen iets toe ten opzichte van jurisprudentie over de toepassing van de Aanbestedingswet

45. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor de Commissie van Aanbestedingsexperts of haar werkwijze? (open antwoord)

Waardering kort geding/ bodemprocedure – ondernemer

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 4.3 bij vraag 1 antwoord d of e hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is uniek voor deze route

46. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Het aanspannen van een kort geding tegen een aanbestedende dienst is toegankelijk
- b. Het aanspannen van een bodemprocedure tegen een aanbestedende dienst is toegankelijk
- c. Het aanspannen van een kort geding tegen een aanbestedende dienst draagt bij aan het oplossen van mijn probleem
- d. Het aanspannen van een bodemprocedure tegen een aanbestedende dienst draagt bij aan het oplossen van mijn probleem

47. Heeft u wel eens een kort geding aangespannen tegen een aanbestedende dienst? (1 antwoord)

- a. Ja <<ga naar vraag 3>>
- b. Nee <<ga naar vraag 6>>

48. Hoe tevreden was u over het verloop en de uitkomst van uw kort geding? (1 antwoord)

- a. Zeer ontevreden
- b. Ontevreden
- c. Niet ontevreden/ niet tevreden
- d. Tevreden
- e. Zeer tevreden
- f. De procedure loopt nog

49. Kunt u uw antwoord toelichten? (open antwoord)

50. Zou u een volgende keer weer een kort geding aanspannen tegen een aanbestedende dienst? (1 antwoord)

- a. Ja, omdat
- b. Nee, omdat
- c. Weet ik niet

51. Heeft u wel eens een bodemprocedure aangespannen tegen een aanbestedende dienst? (1 antwoord)

- a. Ja <<ga naar vraag 7>>
- b. Nee <<ga naar vraag 10>>

52. Hoe tevreden was u over het verloop en de uitkomst van uw bodemprocedure? (1 antwoord)

- a. Zeer ontevreden
- b. Ontevreden
- c. Niet ontevreden/ niet tevreden
- d. Tevreden
- e. Zeer tevreden
- f. De procedure loopt nog

53. Kunt u uw antwoord toelichten? (open antwoord)

54. Zou u een volgende keer weer een bodemprocedure aanspannen tegen een aanbestedende dienst? (1 antwoord)

- a. Ja, omdat
- b. Nee, omdat
- c. Weet ik niet

55. In gesprekken met ondernemers worden verschillende problemen en signalen geuit over het aanspannen van een rechtszaak tegen een aanbestedende dienst. Geef aan in hoeverre u het eens bent met de volgende stellingen: (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Het heeft als ondernemer geen zin om te procederen tegen de aanbestedende dienst
- b. Als ondernemer procedeer je niet tegen een aanbestedende dienst omdat dit te hoge kosten met zich meebrengt
- c. Als ondernemer procedeer je niet tegen een aanbestedende dienst omdat dit mogelijk reputatieschade met zich meebrengt
- d. De termijnen om als ondernemer een kort geding aan te spannen zijn te krap
- e. Het hangt van de specifieke rechtbank of rechter af wat je kansen zijn als ondernemer
- f. Wanneer je als ondernemer het oneens bent met de uitkomst van een kort geding, heeft doorprocederen geen zin

56. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor kort geding- en bodemprocedures in de aanbestedingspraktijk? (open antwoord)

Slot

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is hetzelfde voor alle routes

57. Heeft u tot slot nog opmerkingen of vragen over deze vragenlijst of het onderzoek? (open antwoord)

58. In het kader van dit onderzoek worden ook focusgroepen georganiseerd om de uitkomsten van de enquête nader te duiden. Deze focusgroepen duren circa 2 uur en vinden plaats in Den Haag in de week van 1 april en de week van 8 april. Mocht u interesse hebben in deelname aan een van deze focusgroepen, vul dan hier uw emailadres in. Wij zullen uw contactgegevens enkel gebruiken om u uit te nodigen voor de focusgroepen; na afronding van het onderzoek zullen uw gegevens worden verwijderd. (open antwoord)

Route aanbestedende dienst

Selectievraag

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten

Dit blok is hetzelfde voor alle type respondenten

59. Ik ben werkzaam (1 antwoord):

- a. Als ondernemer/ bij een onderneming <ga naar 1.2>
- b. Bij een aanbestedende dienst <ga naar 2.2>
- c. Bij een brancheorganisatie <ga naar 3.2>
- d. Als advocaat, adviseur en/of wetenschapper <ga naar 4.2>

Kenmerken - aanbestedende dienst

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is uniek voor deze route

60. Voor welk type organisatie bent u werkzaam? (1 antwoord)

- a. Rijksoverheid (kerndepartementen, Agentschappen/ZBO's)
- b. Provincie
- c. Waterschap
- d. Grote gemeente (>100.000 inwoners)
- e. Middelgrote gemeente (50.000-100.000 inwoners)
- f. Kleine gemeente (<50.000 inwoners)
- g. Speciale-sectorbedrijf. *Bedrijven op het gebied van gas, warmte, elektriciteit, vervoer, exploitatie lucht- en zeehavens, drinkwater of postdiensten (voorheen nutssectoren).*
- h. Veiligheidsregio
- i. Inkoopsamenwerking
- j. UMC
- k. Onderwijsinstelling
- l. Gemeenschappelijke regeling
- m. Overig, namelijk:

61. Op welk type aanbestedingsprocedure is uw ervaring met de aanbestedingspraktijk met name gebaseerd? (meerdere antwoorden)

- a. Enkelvoudig onderhandse procedure. Zie <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-procedures/nationale-procedures>.
- b. Meervoudig onderhandse procedure. Zie <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-procedures/nationale-procedures>.
- c. Nationale procedure (openbaar of niet-openbaar). Zie <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-procedures/nationale-procedures>.
- d. Europese procedures (opdrachten met een geraamde waarde boven de Europese drempelwaarden). Zie <https://www.pianoo.nl/nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden/mogelijke-aanbestedingsprocedures>

62. Op welk type aanbesteding is uw ervaring met de aanbestedingspraktijk met name gebaseerd? (meerdere antwoorden)

- a. Werken. Werken betreffen alle bouwkundige en civieltechnische werken. Hieronder valt de bouw van een brug, een kantoorgebouw of de aanleg van een weg. Onderhoudswerkzaamheden die verder gaan dan het enkel in stand houden van het werk en verbouwingswerkzaamheden vallen veelal ook onder Werken.
- b. Leveringen. Leveringen omvatten aankoop, huur, lease en huurkoop van producten. Dit zijn zaken die tastbaar zijn maar die niet onder een Werk vallen.
- c. Diensten. Alles wat niet onder werken of leveringen valt.

Ervaring aanbestedende dienst

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is exact hetzelfde als blok 3.3 en 4.3

Toelichting Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Bij een aanbestedingsprocedure kunnen (potentiële) inschrijvers een beroep doen op rechtsbescherming, wanneer zij ontevreden zijn over de toepassing van de aanbestedingsregels en/of het handelen van partijen in aanbestedingsprocedures. We hanteren hierbij een ruime opvatting van het begrip rechtsbescherming: van (interne) klachtenloketten tot het Europese Hof van Justitie.

63. Kunt u aangeven in hoeverre u bekend bent de volgende rechtsbeschermingsmogelijkheden in de aanbestedingspraktijk: (matrix met opties: Goed bekend; van gehoord; Niet bekend)

- a. De mogelijkheid voor ondernemers om een klacht in te dienen bij een brancheorganisatie
- b. De mogelijkheid voor ondernemers om een klacht in te dienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst
- c. De mogelijkheid voor ondernemers om een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts
- d. De mogelijkheid voor ondernemers om een kort geding aan te spannen bij burgerlijke rechter
- e. De mogelijkheid voor ondernemers om in hoger beroep te gaan na kort geding
- f. De mogelijkheid voor ondernemers om een bodemprocedure aan te spannen bij burgerlijke rechter
- g. De mogelijkheid voor ondernemers om in hoger beroep na bodemprocedure

64. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer eens; Eens; Niet oneens / niet eens; Oneens; Zeer oneens Weet ik niet)

- a. Aanbestedende diensten handelen over het algemeen transparant. *Vooraf is voor iedereen duidelijk zijn wat er verwacht wordt. Beslissingen worden duidelijk gemotiveerd.*
- b. Aanbestedende diensten handelen over het algemeen proportioneel. *Technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria zijn relevant en staan in verhouding tot de aard en omvang van de opdracht.*
- c. Aanbestedende diensten hanteren het beginsel van gelijke behandeling. *Er zijn geen discriminerende factoren aanwezig zijn bij een aanbesteding waardoor de één meer kansen krijgt dan de ander. Iedereen wordt objectief en op dezelfde wijze behandeld en iedereen krijgt dezelfde informatie. Er bestaat een gelijk speelveld voor alle gegadigden en inschrijvers.*
- d. Aanbestedende diensten stellen zich professioneel op naar ondernemers. *Vragen worden goed behandeld. Ondernemers worden serieus genomen.*

Waardering algemeen - aanbestedende dienst

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is hetzelfde voor alle routes

65. Wat is uw algemene oordeel over het functioneren van de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk? Geef aan in hoeverre u het eens bent met de volgende stellingen: (matrix met opties: Zeer eens; Eens; Niet oneens / niet eens; Oneens; Zeer oneens Weet ik niet)

- a. De rechten van inschrijvers op aanbestedingen zijn adequaat beschermd
- b. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is toegankelijk
- c. Bij rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is sprake van rechtsgelijkheid (gelijke gevallen worden gelijk behandeld)
- d. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk doet recht aan de belangen van inschrijvers en aanbestedende diensten
- e. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is effectief (het draagt bij aan het oplossen van het probleem)

66. Wat ervaart u als de belangrijkste problemen omtrent rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk? (maximaal drie) (drie open antwoord vakken)

Waardering klachtenloketten - aanbestedende dienst

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 2.3 bij vraag 1 antwoord b hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is uniek voor deze route

De volgende vragen gaan over de mogelijkheid voor ondernemers een klacht in te dienen bij het klachtenloket van uw organisatie.

67. Heeft uw organisatie een klachtenloket voor klachten over aanbestedingsprocedures? (1 antwoord)

- a. Ja <<ga naar vraag 3>>
- b. Ja, samen met een andere aanbestedende dienst / met andere aanbestedende diensten <<ga naar vraag 3>>
- c. Nee <<ga naar vraag 2>>

68. Wat is de reden dat u geen klachtenloket voor klachten over aanbestedingsprocedures heeft? (open antwoord) <<ga naar volgende blok>>

69. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer eens; Eens; Niet oneens / niet eens; Oneens; Zeer oneens Weet ik niet)

- a. Klachtenprocedures via ons klachtenloket leiden tot wederzijds begrip tussen ons en ondernemers
- b. Op basis van klachtenprocedures via ons klachtenloket verbeteren wij onze aanbestedingsprocedures
- c. De mogelijkheid tot het indienen van een klacht via ons klachtenloket leidt ertoe dat ondernemers minder klachten indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts
- d. De mogelijkheid tot het indienen van een klacht via ons klachtenloket leidt ertoe dat ondernemers minder rechtszaken aanspannen
- e. Het klachtenloket vormt een aanvulling op andere rechtsbeschermingsmogelijkheden
- f. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket draagt bij aan het oplossen van het probleem
- g. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket is een nodeloze tussenstap

70. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor klachtenloketten bij aanbestedende diensten? (open antwoord)

Waardering Commissie van Aanbestedingsexperts - aanbestedende dienst

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 2.3 bij vraag 1 antwoord c hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is uniek voor deze route

De volgende vragen gaan over de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna 'de Commissie').

71. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer eens; Eens; Niet oneens / niet eens; Oneens; Zeer oneens Weet ik niet).

- a. De Commissie is een deskundig orgaan voor de behandeling van aanbestedingsklachten
- b. De Commissie is een onafhankelijk orgaan
- c. De Commissie is gezaghebbend
- d. Het indienen van een klacht bij de Commissie is laagdrempelig

72. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer eens; Eens; Niet oneens / niet eens; Oneens; Zeer oneens Weet ik niet)

- a. De Commissie vormt een aanvulling op andere rechtsbeschermingsmogelijkheden
- b. Door de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Commissie is een ondernemer minder geneigd om een rechtszaak (kort geding of bodemprocedure) aan te spannen
- c. Mijn organisatie is bevattelijker voor een klacht wanneer de ondernemer aangeeft naar de Commissie te willen stappen
- d. Het indienen van een klacht bij de Commissie draagt bij aan het oplossen van het probleem

73. Op welke wijze bent u betrokken geweest bij de behandeling van een klacht door de Commissie van Aanbestedingsexperts? (1 antwoord) *De Commissie kan bepalen of een klacht in behandeling wordt genomen. Met het in behandeling nemen van klachten wordt bedoeld dat de Commissie gaat bemiddelen of adviseren over de klacht*

- a. Er is wel eens een klacht over (een procedure van) mijn organisatie ingediend die niet in behandeling is genomen. <<ga naar vraag 9>>
- b. Er is wel eens een klacht over (een procedure van) mijn organisatie ingediend die wel in behandeling is genomen. <<ga naar vraag 4>>

74. Paste de doorlooptijd van de behandeling van de klacht binnen de termijn(en) van de aanbestedingsprocedure? (1 antwoord)

- a. Ja
- b. Nee
- c. Onbekend, de klacht is nog in behandeling
- d. Weet ik niet
- e. Indien er meerdere klachten zijn ingediend tegen uw organisatie: ...[ruimte voor toelichting]

- 75. Was uw organisatie bereid om de termijn(en) binnen de aanbestedingsprocedure te verlengen in afwachting van het advies van de Commissie? *Bijvoorbeeld de termijn van inschrijving of de termijn waarbinnen een kort geding aanhangig gemaakt kan worden etc.* (1 antwoord)**
- a. Ja
 - b. Nee
 - c. Dit was niet nodig
 - d. Weet ik niet
 - e. Indien er meerdere klachten zijn ingediend tegen uw organisatie: [ruimte voor toelichting]
- 76. Geef aan in hoeverre u tevreden bent over de volgende aspecten van de dienstverlening van de Commissie van Aanbestedingsexperts. (matrix met opties: Zeer ontevreden; Ontevreden; Niet ontevreden/ niet tevreden; Tevreden; Zeer tevreden; Weet ik niet)**
- a. De termijn waarbinnen de Commissie uitsluitsel heeft gegeven over het in behandeling nemen van de klacht
 - b. De doorlooptijd van de behandeling van de klacht
 - c. De zorgvuldigheid waarmee de Commissie de klacht heeft behandeld
 - d. De kwaliteit van het advies
- 77. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**
- a. De Commissie heeft bijgedragen aan het oplossen van de aanbestedingsklacht waarbij ik betrokken was.
 - b. Het advies van de Commissie heeft geleid tot wederzijds begrip tussen klager en wederpartij.
 - c. De uitkomst van de klachtenprocedure bij de Commissie heeft geleid tot een concrete wijziging in de betreffende aanbestedingsprocedure.
 - d. De uitkomst van de klachtenprocedure bij de Commissie heeft geleid tot een concrete wijziging in het algemene aanbestedingsbeleid van de aanbestedende dienst. *Het gaat hierbij over het algemene aanbestedingsbeleid en niet alleen over de aanbesteding waar de klacht over ging.*
- 78. Kunt u uw antwoorden toelichten? (open antwoord per regel uit vorige vraag)**
- 79. De volgende vragen gaan over alle adviezen die de Commissie heeft gepubliceerd (dus niet alleen over de adviezen waar u eventueel bij betrokken was). In welke mate bent u bekend met de gepubliceerde adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts? (1 antwoord)**
- a. Goed bekend <<ga naar vraag 10>>
 - b. Beperkt bekend <<ga naar vraag 10>>
 - c. Niet bekend <<ga naar vraag 12>>
- 80. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? De adviezen van de Commissie .. (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**
- a. Raadpleeg ik regelmatig
 - b. Zijn begrijpelijk
 - c. Zijn praktisch toepasbaar
 - d. Belichten de verschillende standpunten goed
 - e. Zijn goed onderbouwd
 - f. Bevatten vernieuwende inzichten
 - g. Voegen iets toe ten opzichte van jurisprudentie over de toepassing van de Aanbestedingswet
- 81. In hoeverre zijn de volgende stellingen op u van toepassing? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**

- a. Door een advies van de Commissie heeft mijn organisatie een concrete wijziging doorgevoerd in een specifieke aanbestedingsprocedure
- b. Een advies van de Commissie heeft geleid tot een concrete wijziging in het algemene aanbestedingsbeleid van mijn organisatie
- c. De adviezen van de Commissie leiden tot een algemene verbetering van de aanbestedingspraktijk in Nederland

82. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor de Commissie van Aanbestedingsexperts? (open antwoord)

Waardering kort geding/ bodemprocedure - aanbestedende dienst

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 2.3 bij vraag 1 antwoord d of e hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is uniek voor deze route

83. Is er wel eens een kort geding tegen uw organisatie aangespannen? (1 antwoord)

- a. Ja <<ga naar vraag 2>>
- b. Nee <<ga naar vraag 4>>

84. Hoe tevreden was u over het verloop en de uitkomst van dit kort geding? (1 antwoord)

- a. Zeer ontevreden
- b. Ontevreden
- c. Niet ontevreden/ niet tevreden
- d. Tevreden
- e. Zeer tevreden
- f. De procedure loopt nog

85. Kunt u uw antwoord toelichten? (open antwoord)

86. Is er wel eens een bodemprocedure tegen uw organisatie aangespannen? (1 antwoord)

- a. Ja <<ga naar vraag 5>>
- b. Nee <<ga naar vraag 7>>

87. Hoe tevreden was u over het verloop en de uitkomst van deze bodemprocedure? (1 antwoord)

- a. Zeer ontevreden
- b. Ontevreden
- c. Niet ontevreden/ niet tevreden
- d. Tevreden
- e. Zeer tevreden
- f. De procedure loopt nog

88. Kunt u uw antwoord toelichten? (open antwoord)

89. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor kort geding- en bodemprocedures op het gebied van aanbestedingsrecht? (open antwoord)

Slot

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is hetzelfde voor alle routes

90. Heeft u tot slot nog opmerkingen of vragen over deze vragenlijst of het onderzoek? (open antwoord)

91. In het kader van dit onderzoek worden ook focusgroepen georganiseerd om de uitkomsten van de enquête nader te duiden. Deze focusgroepen duren circa 2 uur en vinden plaats in Den Haag in de week van 1 april en de week van 8 april. Mocht u interesse hebben in deelname aan een van deze focusgroepen, vul dan hier uw emailadres in. Wij zullen uw contactgegevens enkel gebruiken om u uit te nodigen voor de focusgroepen; na afronding van het onderzoek zullen uw gegevens worden verwijderd. (open antwoord)

Route brancheorganisatie

Selectievraag

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten

Dit blok is hetzelfde voor alle type respondenten

92. Ik ben werkzaam (1 antwoord):

- a. Als ondernemer/ bij een onderneming <ga naar 1.2>
- b. Bij een aanbestedende dienst <ga naar 2.2>
- c. Bij een brancheorganisatie <ga naar 3.2>
- d. Als advocaat, adviseur en/of wetenschapper <ga naar 4.2>

Kenmerken – brancheorganisatie

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is uniek voor deze route

93. Voor welke sector is uw brancheorganisatie met name actief (op basis van CBS opdeling van sectoren)? (meerdere antwoorden)

- a. Bouwnijverheid (projectontwikkeling; grond-, water en wegebouw, en installatietechnische werkzaamheden)
- b. Industrie (o.a. voedingsmiddelen; kleding; chemische producten; meubels)
- c. Vervoer en opslag (over land, water en lucht; post; opslag)
- d. Specialistische zakelijke diensten (o.a. juridisch; architecten; onderzoek; design)
- e. Verhuur en overige zakelijke diensten (o.a. schoonmaak; uitzendbureaus; reisbureaus; beveiliging)
- f. Financiële dienstverlening
- g. Informatie en communicatie (o.a. IT; uitgeverijen; film- en tv-productie)
- h. Waterbedrijven en afvalbeheer
- i. Landbouw, bosbouw en visserij
- j. Delfstoffenwinning
- k. Energievoorziening
- l. Handel
- m. Horeca
- n. Verhuur en handel van onroerend goed
- o. Onderwijs
- p. Gezondheids- en welzijnszorg
- q. Sociaal domein
- r. Cultuur, sport en recreatie
- s. Anders, namelijk:

Ervaring – brancheorganisatie

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is exact hetzelfde als blok 2.3 en 4.3

Toelichting Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Bij een aanbestedingsprocedure kunnen (potentiële) inschrijvers een beroep doen op rechtsbescherming, wanneer zij ontevreden zijn over de toepassing van de aanbestedingsregels en/of het handelen van partijen in aanbestedingsprocedures. We hanteren hierbij een ruime opvatting van het begrip rechtsbescherming: van (interne) klachtenloketten tot het Europese Hof van Justitie.

94. Kunt u aangeven in hoeverre u bekend bent de volgende rechtsbeschermingsmogelijkheden in de aanbestedingspraktijk: (matrix met opties: Goed bekend; van gehoord; Niet bekend)

- a. De mogelijkheid voor ondernemers om een klacht in te dienen bij een brancheorganisatie
- b. De mogelijkheid voor ondernemers om een klacht in te dienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst
- c. De mogelijkheid voor ondernemers om een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts
- d. De mogelijkheid voor ondernemers om een kort geding aan te spannen bij Burgerlijke rechter
- e. De mogelijkheid voor ondernemers om in hoger beroep te gaan na kort geding
- f. De mogelijkheid voor ondernemers om een bodemprocedure aan te spannen bij Burgerlijke rechter
- g. De mogelijkheid voor ondernemers om in hoger beroep na bodemprocedure

95. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Aanbestedende diensten handelen over het algemeen transparant. *Vooraf is voor iedereen duidelijk zijn wat er verwacht wordt. Beslissingen worden duidelijk gemotiveerd.*
- b. Aanbestedende diensten handelen over het algemeen proportioneel. *Technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria zijn relevant en staan in verhouding tot de aard en omvang van de opdracht.*
- c. Aanbestedende diensten hanteren het beginsel van gelijke behandeling. *Er zijn geen discriminerende factoren aanwezig zijn bij een aanbesteding waardoor de één meer kansen krijgt dan de ander. Iedereen wordt objectief en op dezelfde wijze behandeld en iedereen krijgt dezelfde informatie. Er bestaat een gelijk speelveld voor alle gegadigden en inschrijvers.*
- d. Aanbestedende diensten stellen zich professioneel op naar ondernemers. *Vragen worden goed behandeld. Ondernemers worden serieus genomen.*

Waardering algemeen – brancheorganisatie

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is hetzelfde voor alle routes

96. Wat is uw algemene oordeel over het functioneren van de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk? Geef aan in hoeverre u het eens bent met de volgende stellingen: (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. De rechten van inschrijvers op aanbestedingen zijn adequaat beschermd
- b. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is toegankelijk
- c. Bij rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is sprake van rechtsgelijkheid (gelijke gevallen worden gelijk behandeld)
- d. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk doet recht aan de belangen van inschrijvers en aanbestedende diensten
- e. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is effectief (het draagt bij aan het oplossen van het probleem)

- 97. Wat ervaart u als de belangrijkste problemen omtrent rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk? (maximaal drie) (drie open antwoord vakken)**

Waardering klachtenloketten – brancheorganisatie

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 3.3 bij vraag 1 antwoord b hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is exact hetzelfde als blok 4.5

De volgende vragen gaan over het indienen van een klacht bij het klachtenloket van een aanbestedende dienst.

- 98. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**

- a. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst is toegankelijk voor ondernemers
- b. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst draagt bij aan het oplossen van het probleem van ondernemers
- c. De termijnen van procedures laten voldoende ruimte voor het behandelen van klachten van ondernemers
- d. Aanbestedende diensten pakken klachten over aanbestedingsprocedures serieus op
- e. Het klachtenloket van aanbestedende diensten vormt een aanvulling op andere rechtsbeschermingsmogelijkheden
- f. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket is een nodeloze tussenstap

- 99. In gesprekken met ondernemers worden verschillende problemen en signalen geuit over het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)**

- a. Een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst levert reputatieschade op voor ondernemers
- b. De uitspraak van het klachtenloket van de aanbestedende dienst leidt niet tot een wezenlijke verandering van de aanbestedingsprocedure
- c. Klachtenloketten van aanbestedende diensten kunnen klachten niet onafhankelijk in behandeling nemen
- d. Het heeft als ondernemer geen zin om een klacht in te dienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst
- e. Uitspraken van het klachtenloket van de aanbestedende dienst komen te laat om nog tot wijzigingen in de procedure te leiden

- 100. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor klachtenloketten bij aanbestedende diensten? (open antwoord)**

Waardering Commissie van Aanbestedingsexperts – brancheorganisatie

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 3.3 bij vraag 1 antwoord c hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is exact hetzelfde als blok 4.6

De volgende vragen gaan over de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna 'de Commissie').

101. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet).

- a. De Commissie is een deskundig orgaan voor de behandeling van aanbestedingsklachten
- b. De Commissie is een onafhankelijk orgaan
- c. De Commissie is gezaghebbend.
- d. Het indienen van een klacht bij de Commissie is laagdrempelig

102. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. De Commissie vormt een aanvulling op andere rechtsbeschermingsmogelijkheden
- b. Het indienen van een klacht bij de Commissie is toegankelijk
- c. Door de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Commissie is een ondernemer minder geneigd om een rechtszaak (kort geding of bodemprocedure) aan te spannen
- d. Een aanbestedende dienst is bevattelijker voor een klacht wanneer de ondernemer aangeeft naar de Commissie te willen stappen
- e. Het indienen van een klacht bij de Commissie draagt bij aan het oplossen van problemen

103. In gesprekken met ondernemers worden verschillende problemen en signalen geuit over het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts levert reputatieschade op voor ondernemers
- b. Het heeft als ondernemer geen zin om een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts
- c. Aanbestedende diensten leggen de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts naast zich neer
- d. Rechters leggen de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts naast zich neer
- e. Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts komen te laat om nog tot wijzigingen in de procedure te leiden.

104. De volgende vragen gaan over alle adviezen die de Commissie heeft gepubliceerd (dus niet alleen over de adviezen waar u eventueel bij betrokken was). In welke mate bent u bekend met de gepubliceerde adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts? (1 antwoord)

- a. Goed bekend <<ga naar vraag 5>>
- b. Beperkt bekend <<ga naar vraag 5>>
- c. Niet bekend <<ga naar vraag 6>>

105. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? De adviezen van de Commissie ... (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Raadpleeg ik regelmatig

- b. Zijn begrijpelijk
- c. Zijn praktisch toepasbaar
- d. Belichten de verschillende standpunten goed
- e. Zijn goed onderbouwd
- f. Bevatten vernieuwende inzichten
- g. Worden gebruikt door aanbestedende diensten om hun aanbestedingsprocedures te verbeteren
- h. Voegen iets toe ten opzichte van jurisprudentie over de toepassing van de Aanbestedingswet

106. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor de Commissie van Aanbestedingsexperts? (open antwoord)

Waardering kort geding/ bodemprocedure – brancheorganisatie

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 3.3 bij vraag 1 antwoord d, e, f of g hebben gegeven.

Goed bekend; van gehoord

Dit blok is uniek voor deze route

107. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Het aanspannen van een kort geding tegen een aanbestedende dienst is toegankelijk
- b. Het aanspannen van een bodemprocedure tegen een aanbestedende dienst is toegankelijk
- c. Het aanspannen van een kort geding tegen een aanbestedende dienst draagt bij aan het oplossen van het probleem van een ondernemer
- d. Het aanspannen van een bodemprocedure tegen een aanbestedende dienst draagt bij aan het oplossen van het probleem van een ondernemer

108. In gesprekken met ondernemers worden verschillende problemen en signalen geuit over het aanspannen van een rechtszaak tegen een aanbestedende dienst. Geef aan in hoeverre u het eens bent met de volgende stellingen: (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Het heeft voor ondernemers geen zin om te procederen tegen de aanbestedende dienst
- b. Ondernemers procederen niet tegen een aanbestedende dienst omdat dit te hoge kosten met zich meebrengt
- c. Ondernemers procederen niet tegen een aanbestedende dienst omdat dit mogelijk reputatieschade met zich meebrengt
- d. De termijnen om als ondernemer een kort geding aan te spannen zijn te krap
- e. Het hangt van de specifieke rechtbank of rechter af wat de kansen van de ondernemers zijn
- f. Wanneer een ondernemer het oneens is met de uitkomst van een kort geding, heeft doorprocederen geen zin

109. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor kort geding- en bodemprocedures op het gebied van aanbestedingsrecht? (open antwoord)

Slot

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is hetzelfde voor alle routes

- 110.** Heeft u tot slot nog opmerkingen of vragen over deze vragenlijst of het onderzoek? (open antwoord)
- 111.** In het kader van dit onderzoek worden ook focusgroepen georganiseerd om de uitkomsten van de enquête nader te duiden. Deze focusgroepen duren circa 2 uur en vinden plaats in Den Haag in de week van 1 april en de week van 8 april. Mocht u interesse hebben in deelname aan een van deze focusgroepen, vul dan hier uw emailadres in. Wij zullen uw contactgegevens enkel gebruiken om u uit te nodigen voor de focusgroepen; na afronding van het onderzoek zullen uw gegevens worden verwijderd. (open antwoord)

Route expert

Selectievraag

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten

Dit blok is hetzelfde voor alle routes

112. Ik ben werkzaam (1 antwoord):

- a. Als ondernemer/ bij een onderneming <ga naar 1.2>
- b. Bij een aanbestedende dienst <ga naar 2.2>
- c. Bij een brancheorganisatie <ga naar 3.2>
- d. Als advocaat, adviseur en/of wetenschapper <ga naar 4.2>

Kenmerken – expert

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is uniek voor deze route

113. Kunt u aangeven wat uw functie en/of expertise is? (open antwoord)

Ervaring – expert

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is exact hetzelfde als blok 2.3 en 3.3

Toelichting Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Bij een aanbestedingsprocedure kunnen (potentiële) inschrijvers een beroep doen op rechtsbescherming, wanneer zij ontevreden zijn over de toepassing van de aanbestedingsregels en/of het handelen van partijen in aanbestedingsprocedures. We hanteren hierbij een ruime opvatting van het begrip rechtsbescherming: van (interne) klachtenloketten tot het Europese Hof van Justitie.

114. Kunt u aangeven in hoeverre u bekend bent de volgende rechtsbeschermingsmogelijkheden in de aanbestedingspraktijk: (matrix met opties: Goed bekend; van gehoord; Niet bekend)

- a. De mogelijkheid voor ondernemers om een klacht in te dienen bij een brancheorganisatie
- b. De mogelijkheid voor ondernemers om een klacht in te dienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst
- c. De mogelijkheid voor ondernemers om een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts
- d. De mogelijkheid voor ondernemers om een kort geding aan te spannen bij Burgerlijke rechter
- e. De mogelijkheid voor ondernemers om in hoger beroep te gaan na kort geding
- f. De mogelijkheid voor ondernemers om een bodemprocedure aan te spannen bij Burgerlijke rechter
- g. De mogelijkheid voor ondernemers om in hoger beroep na bodemprocedure

115. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Aanbestedende diensten handelen over het algemeen transparant. *Vooraf is voor iedereen duidelijk zijn wat er verwacht wordt. Beslissingen worden duidelijk gemotiveerd.*
- b. Aanbestedende diensten handelen over het algemeen proportioneel. *Technische specificaties, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria zijn relevant en staan in verhouding tot de aard en omvang van de opdracht.*
- c. Aanbestedende diensten hanteren het beginsel van gelijke behandeling. *Er zijn geen discriminerende factoren aanwezig zijn bij een aanbesteding waardoor de één meer kansen krijgt dan de ander. Iedereen wordt objectief en op dezelfde wijze behandeld en iedereen krijgt dezelfde informatie. Er bestaat een gelijk speelveld voor alle gegadigden en inschrijvers.*
- d. Aanbestedende diensten stellen zich professioneel op naar ondernemers. *Vragen worden goed behandeld. Ondernemers worden serieus genomen.*

Waardering algemeen – expert

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is hetzelfde voor alle route

116. Wat is uw algemene oordeel over het functioneren van de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk? Geef aan in hoeverre u het eens bent met de volgende stellingen: (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. De rechten van inschrijvers op aanbestedingen zijn adequaat beschermd
- b. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is toegankelijk
- c. Bij rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is sprake van rechtsgelijkheid (gelijke gevallen worden gelijk behandeld)
- d. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk doet recht aan de belangen van inschrijvers en aanbestedende diensten
- e. Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk is effectief (het draagt bij aan het oplossen van het probleem)

117. Wat ervaart u als de belangrijkste problemen omtrent rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk? (maximaal drie) (drie open antwoord vakken)

Waardering klachtenloketten – expert

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 4.3 bij vraag 1 antwoord b hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is exact het zelfde als blok 3.5

De volgende vragen gaan over het indienen van een klacht bij het klachtenloket van een aanbestedende dienst.

118. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst is toegankelijk voor ondernemers

- b. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst draagt bij aan het oplossen van het probleem van ondernemers
- c. De termijnen van procedures laten voldoende ruimte voor het behandelen van klachten van ondernemers
- d. Aanbestedende diensten pakken klachten over aanbestedingsprocedures serieus op
- e. Het klachtenloket van aanbestedende diensten vormt een aanvulling op andere rechtsbeschermingsmogelijkheden
- f. Het indienen van een klacht bij het klachtenloket is een nodeloze tussenstap

119. In gesprekken met ondernemers worden verschillende problemen en signalen geuit over het indienen van een klacht bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Een klacht indienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst levert reputatieschade op voor ondernemers
- b. De uitspraak van het klachtenloket van de aanbestedende dienst leidt niet tot een wezenlijke verandering van de aanbestedingsprocedure
- c. Het heeft als ondernemer geen zin om een klacht in te dienen bij het klachtenloket van de aanbestedende dienst
- d. Klachtenloketten van aanbestedende diensten kunnen klachten niet onafhankelijk in behandeling nemen
- e. Uitspraken van het klachtenloket van de aanbestedende dienst komen te laat om nog tot wijzigingen in de procedure te leiden

120. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor klachtenloketten bij aanbestedende diensten? (open antwoord)

Waardering Commissie van Aanbestedingsexperts – expert

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 4.3 bij vraag 1 antwoord c hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is exact hetzelfde als blok 3.6

De volgende vragen gaan over de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna ‘de Commissie’).

121. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet).

- a. De Commissie is een deskundig orgaan voor de behandeling van aanbestedingsklachten
- b. De Commissie is een onafhankelijk orgaan
- c. De Commissie is gezaghebbend
- d. Het indienen van een klacht bij de Commissie is laagdrempelig

122. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. De Commissie vormt een aanvulling op andere rechtsbeschermingsmogelijkheden
- b. Het indienen van een klacht bij de Commissie is toegankelijk

- c. Door de mogelijkheid om een klacht in te dienen bij de Commissie is een ondernemer minder geneigd om een rechtszaak (kort geding of bodemprocedure) aan te spannen
- d. Een aanbestedende dienst is bevattelijker voor een klacht wanneer de ondernemer aangeeft naar de Commissie te willen stappen
- e. Het indienen van een klacht bij de Commissie draagt bij aan het oplossen van problemen

123. In gesprekken met ondernemers worden verschillende problemen en signalen geuit over het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts levert reputatieschade op voor ondernemers
- b. Het heeft als ondernemer geen zin om een klacht in te dienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts
- c. Aanbestedende diensten leggen de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts naast zich neer
- d. Rechters leggen de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts naast zich neer
- e. Adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts komen te laat om nog tot wijzigingen in de procedure te leiden

124. De volgende vragen gaan over alle adviezen die de Commissie heeft gepubliceerd (dus niet alleen over de adviezen waar u eventueel bij betrokken was). In welke mate bent u bekend met de gepubliceerde adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts? (1 antwoord)

- a. Goed bekend <<ga naar vraag 5>>
- b. Beperkt bekend <<ga naar vraag 5>>
- c. Niet bekend <<ga naar vraag 6>>

125. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? De adviezen van de Commissie .. (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Raadpleeg ik regelmatig
- b. Zijn begrijpelijk
- c. Zijn praktisch toepasbaar
- d. Belichten de verschillende standpunten goed
- e. Zijn goed onderbouwd
- f. Bevatten vernieuwende inzichten
- g. Worden gebruikt door aanbestedende diensten om hun aanbestedingsprocedures te verbeteren
- h. Voegen iets toe ten opzichte van jurisprudentie over de toepassing van de Aanbestedingswet

126. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor de Commissie van Aanbestedingsexperts? (open antwoord)

Waardering kort geding/ bodemprocedure – expert

Dit blok is alleen zichtbaar als respondenten in blok 4.3 bij vraag 1 antwoord d of e hebben gegeven. **Goed bekend; van gehoord**

Dit blok is uniek voor deze route

127. In hoeverre bent u het eens met de volgende stellingen? (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Het aanspannen van een kort geding tegen een aanbestedende dienst is toegankelijk voor ondernemers
- b. Het aanspannen van een bodemprocedure tegen een aanbestedende dienst is toegankelijk voor ondernemers
- c. Het aanspannen van een kort geding tegen een aanbestedende dienst draagt bij aan het oplossen van het probleem van een ondernemer
- d. Het aanspannen van een bodemprocedure tegen een aanbestedende dienst draagt bij aan het oplossen van het probleem van een ondernemer

128. Bent u wel eens betrokken geweest bij een kort geding tegen een aanbestedende dienst? (1 antwoord)

- a. Ja <<ga naar vraag 3>>
- b. Nee <<ga naar vraag 5>>

129. Hoe tevreden was u over het verloop en de uitkomst van uw kort geding? (1 antwoord)

- a. Zeer ontevreden
- b. Ontevreden
- c. Niet ontevreden/ niet tevreden
- d. Tevreden
- e. Zeer tevreden
- f. De procedure loopt nog

130. Kunt u uw antwoord toelichten? (open antwoord)

131. Bent u wel eens betrokken geweest bij een bodemprocedure tegen een aanbestedende dienst? (1 antwoord)

- a. Ja <<ga naar vraag 7 6>>
- b. Nee <<ga naar vraag 9 8>>

132. Hoe tevreden was u over het verloop en de uitkomst van uw bodemprocedure? (1 antwoord)

- a. Zeer ontevreden
- b. Ontevreden
- c. Niet ontevreden/ niet tevreden
- d. Tevreden
- e. Zeer tevreden
- f. De procedure loopt nog

133. Kunt u uw antwoord toelichten? (open antwoord)

134. In gesprekken met ondernemers worden verschillende problemen en signalen geuit over het aanspannen van een rechtszaak tegen een aanbestedende dienst. Geef aan in hoeverre u het eens bent met de volgende stellingen: (matrix met opties: Zeer oneens; Oneens; Niet oneens / niet eens; Eens; Zeer eens; Weet ik niet)

- a. Het heeft voor ondernemers geen zin om te procederen tegen de aanbestedende dienst
- b. Ondernemers procederen niet tegen een aanbestedende dienst omdat dit te hoge kosten met zich meebrengt
- c. Ondernemers procederen niet tegen een aanbestedende dienst omdat dit mogelijk reputatieschade met zich meebrengt
- d. De termijnen om als ondernemer een kort geding aan te spannen zijn te krap
- e. Het hangt van de specifieke rechtbank of rechter af wat de kansen van de ondernemers zijn

- f. Wanneer een ondernemer het oneens is met de uitkomst van een kort geding, heeft doorprocederen geen zin

135. Welke verbetermogelijkheden ziet u voor kort geding- en bodemprocedures op het gebied van aanbestedingsrecht? (open antwoord)

Slot

Dit blok is zichtbaar voor alle respondenten in deze route

Dit blok is hetzelfde voor alle routes

136. Heeft u tot slot nog opmerkingen of vragen over deze vragenlijst of het onderzoek? (open antwoord)

137. In het kader van dit onderzoek worden ook focusgroepen georganiseerd om de uitkomsten van de enquête nader te duiden. Deze focusgroepen duren circa 2 uur en vinden plaats in Den Haag in de week van 1 april en de week van 8 april. Mocht u interesse hebben in deelname aan een van deze focusgroepen, vul dan hier uw emailadres in. Wij zullen uw contactgegevens enkel gebruiken om u uit te nodigen voor de focusgroepen; na afronding van het onderzoek zullen uw gegevens worden verwijderd. (open antwoord)