



Ministerie van Economische Zaken
en Klimaat

Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2016 – 2018

Eindrapport, juli 2019

Inhoudsopgave

1. Inleiding	3
1.1. Aanleiding voor het onderzoek	3
1.2. Onderzochte uitspraken en adviezen	3
1.3. Onderzoekperiodes	3
1.4. Onderzoekopzet en -verantwoording	4
1.5. Opbouw van het rapport	4
2. Rechter	5
2.1. Algemene informatie over de uitspraken	5
2.1.1. <i>Ontwikkeling van het aantal uitspraken</i>	5
2.1.2. <i>Type rechtszaken</i>	5
2.1.3. <i>Hoeveelheid uitspraken per locatie</i>	6
2.2. Vorm van het geschil	6
2.2.1. <i>Type betrokken eiser</i>	6
2.2.2. <i>Type betrokken aanbestedende dienst</i>	7
2.2.3. <i>Type aanbestedingsprocedure</i>	7
2.2.4. <i>Voorwerp van de opdracht</i>	9
2.2.5. <i>Fase in de aanbestedingsprocedure</i>	10
2.3. Inhoud van het geschil	11
2.3.1. <i>Gronden</i>	11
2.3.2. <i>Uitkomst</i>	11
2.3.3. <i>Dictum</i>	13
2.4. Overige informatie	13
2.4.1. <i>Commissie van Aanbestedingsexperts</i>	13
2.4.2. <i>Grossmannverweer</i>	14
3. Commissie van aanbestedingsexperts	15
3.1. Algemene informatie over de adviezen	15
3.1.1. <i>Ontwikkeling van het aantal adviezen</i>	15
3.2. Vorm van het geschil	15
3.2.1. <i>Type betrokken klager</i>	15
3.2.2. <i>Type betrokken aanbestedende dienst (beklaagde)</i>	15
3.2.3. <i>Type aanbestedingsprocedure</i>	16
3.2.4. <i>Voorwerp van de opdracht</i>	17
3.2.5. <i>Fase in de aanbestedingsprocedure</i>	19
3.3. Inhoud van het geschil	20
3.3.1. <i>Klachten</i>	20
3.3.2. <i>Uitkomst</i>	21
3.4. Overige informatie	22
3.4.1. <i>Aanbeveling</i>	22
4. Samenvatting	23

1. Inleiding

1.1. Aanleiding voor het onderzoek

Doel van dit onderzoek is om inzicht te geven in procedures over aanbestedingen door de uitvoering van een kwantitatieve analyse. Met deze analyse is een vergelijking met eerdere onderzoeken uit 2009 en 2014 mogelijk.¹ In aanvulling op de twee eerdere onderzoeken zijn in dit onderzoek de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) meegenomen. Hierdoor komt een vollediger beeld van de rechtsbescherming in Nederland tot stand. Dit rapport bevat geen oordeel over de uitspraken en adviezen, maar betreft slechts een feitelijke weergave.

1.2. Onderzochte uitspraken en adviezen

Voor dit onderzoek zijn 446 uitspraken en 137 adviezen onderzocht. Het gaat om zaken van de rechtbanken (voorzieningen- en bodemrechter), gerechtshoven en de Hoge Raad. Alle adviezen zijn afkomstig van de CvAE.²

De uitspraken en adviezen over de onderzoekperiodes zijn beschikbaar op www.rechtspraak.nl en www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

1.3. Onderzoekperiodes

Het onderzoek naar de rechtspraak van de rechter beslaat 2016, 2017 en 2018. Op 1 juli 2016 is de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 die de Europese aanbestedingsrichtlijnen implementeert in de Aanbestedingswet 2012 ingegaan. Het onderzoek maakt geen onderscheid tussen de periode van voor – en na deze wetswijziging in 2016. De datum van de uitspraken en de adviezen is leidend en niet de datum van publicatie.³ Dit is overeenkomstig met de onderzoeksopzet naar aanbestedingsrechtspraak uit 2009 en 2014 en staat vergelijking toe.

Het onderzoek naar de adviezen van de CvAE betreft maart 2016 t/m februari 2017, maart 2017 t/m februari 2018 en maart 2018 t/m februari 2019. Deze periodes komen overeen met de jaarrapportages van de CvAE.

¹ Van Doorne N.V. (2010). *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 1 september 2004 - 31 augustus 2009*; Rapport Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2012 en 2014 (eindrapport, mei 2015), gepubliceerd op 8 juli 2015 als bijlage bij de kamerbrief Uitkomsten van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012.

² Het aantal onderzochte adviezen komt niet overeen met de jaarrapportages van de CvAE. Bij het onderzoek naar de CvAE staan de gepubliceerde adviezen centraal. In de jaarrapportages van de CvAE staan de binnengekomen klachten centraal.

³ De meeste uitspraken en adviezen worden namelijk zo spoedig mogelijk gepubliceerd. In sommigen gevallen duurt dit langer. Dit is met name het geval bij hoger beroep. Op 31 januari 2019 zijn voor het laatste alle uitspraken en adviezen gedownload. Dat betekent dat een uitspraak gedaan in 2018 maar die gepubliceerd is op 1 februari 2019 niet is meegenomen. Het vastzetten van deze datum was noodzakelijk voor de uitvoering van het onderzoek.

1.4. Onderzoeksopzet en -verantwoording

Het onderzoek kende drie fases: de selectie van uitspraken en adviezen, de analyse en een beschrijving van de resultaten.

1. *Selectie van uitspraken en adviezen*

Bij de selectie van uitspraken is gekeken naar uitspraken op www.rechtspraak.nl met het zoekwoord “aanbesteding” bij rechtbanken, gerechtshoven en de Hoge Raad in de periode 1 januari 2016 t/m 31 december 2018. Binnen de zoekresultaten is handmatig gefilterd op zaken met betrekking op aanbestedingsprocedures. Het onderzoek is daarmee beperkt tot uitspraken met betrekking tot de aanbestedingsplicht, het verloop en de uitkomst van een aanbestedingsprocedure. Uitspraken over uitvoeringsgeschillen na definitieve gunning vormen geen onderdeel van het onderzoek.

Het onderzoek heeft geen betrekking op (vrijwillige) private aanbestedingen. Bij de selectie was het uitgangspunt dat de aanbesteder kwalificeert als een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet 2012 of als een speciale-sectorbedrijf eveneens in de zin van de Aanbestedingswet 2012.

Het gaat in dit onderzoek om civiele zaken gebaseerd op de Aanbestedingswet 2012. Aanbestedingsprocedures op grond van bijvoorbeeld de Wet personenvervoer 2000 zijn daarmee uitgesloten van het onderzoek.

Bij de uitspraken van de CvAE was geen filtering vereist, omdat bij ingekomen klachten de CvAE de zaak al inhoudelijk beoordeelt op geschiktheid voor een adviesprocedure en de CvAE alleen aanbestedingsgeschillen behandelt. Alle adviezen over de onderzoeksperiode zijn daarom opgenomen.

2. *Analyse van uitspraken en adviezen*

De analyse vond plaats door relevante gegevens in te voeren door te turven. Sommige gegevens zijn eenvoudig te destilleren uit een uitspraak of advies, zoals het type procedure. Andere gegevens zijn moeilijker te achterhalen en te categoriseren zoals de CPV-codes en gronden. Bij sommige uitspraken en adviezen bestaat daarvoor de categorie “onbekend”.

3. *Beschrijving van de resultaten*

Aan de hand van de resultaten uit de analyse, is een groot aantal grafieken gemaakt. Hoofdstukken 2 en 3 beschrijven de feitelijke resultaten. Het gaat nadrukkelijk niet om inhoudelijke opmerkingen of verklaringen bij de resultaten.

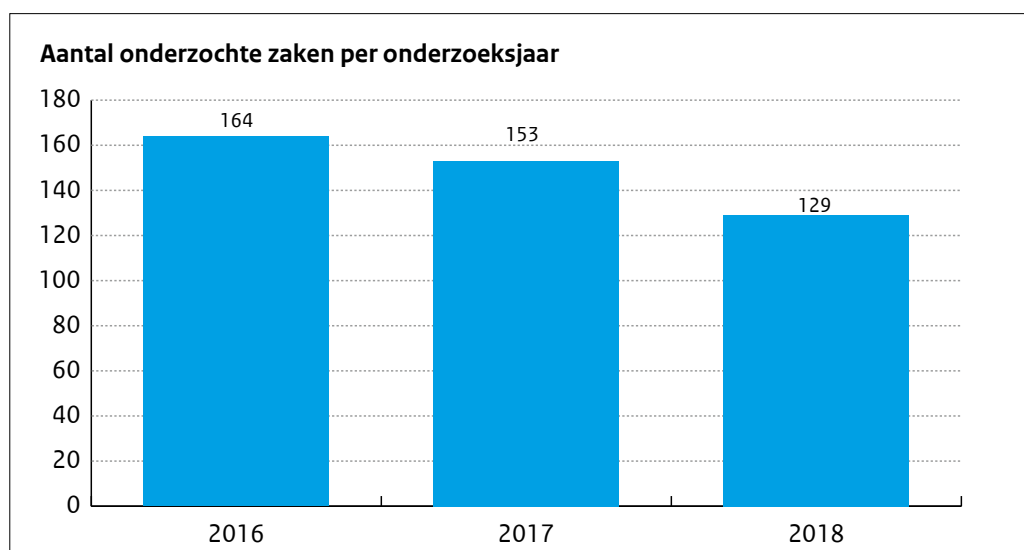
1.5. Opbouw van het rapport

In hoofdstuk 2 komt de jurisprudentie van de Nederlandse rechter aanbod. Het gaat hierbij om algemene informatie, de aard van het geschil, de uitkomst, de eventuele verwijzing naar de CvAE en het Grossmannverweer. Hoofdstuk 3 beschrijft de adviezen van de CvAE en tot slot biedt hoofdstuk 4 een samenvatting.

2. Rechter

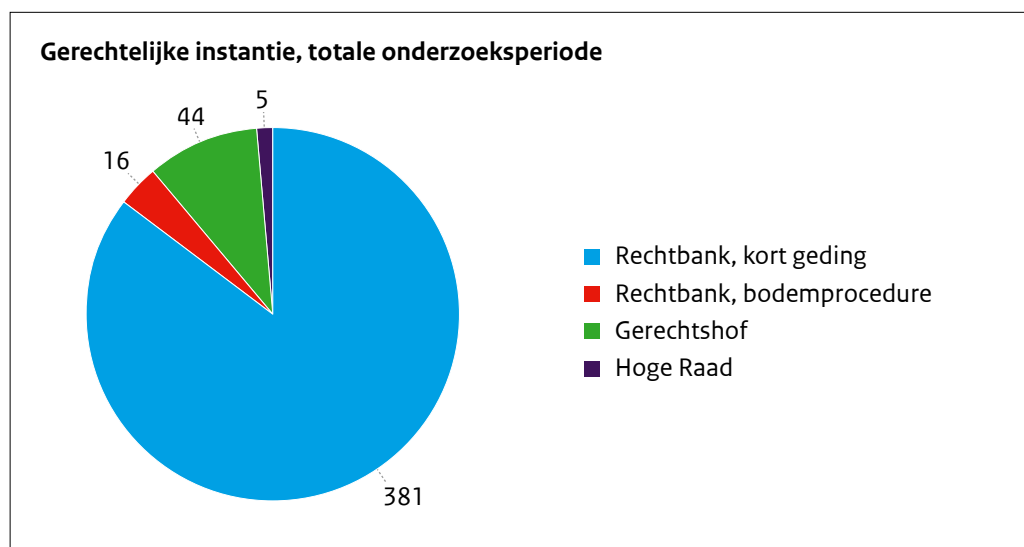
2.1. Algemene informatie over de uitspraken

2.1.1. Ontwikkeling van het aantal uitspraken



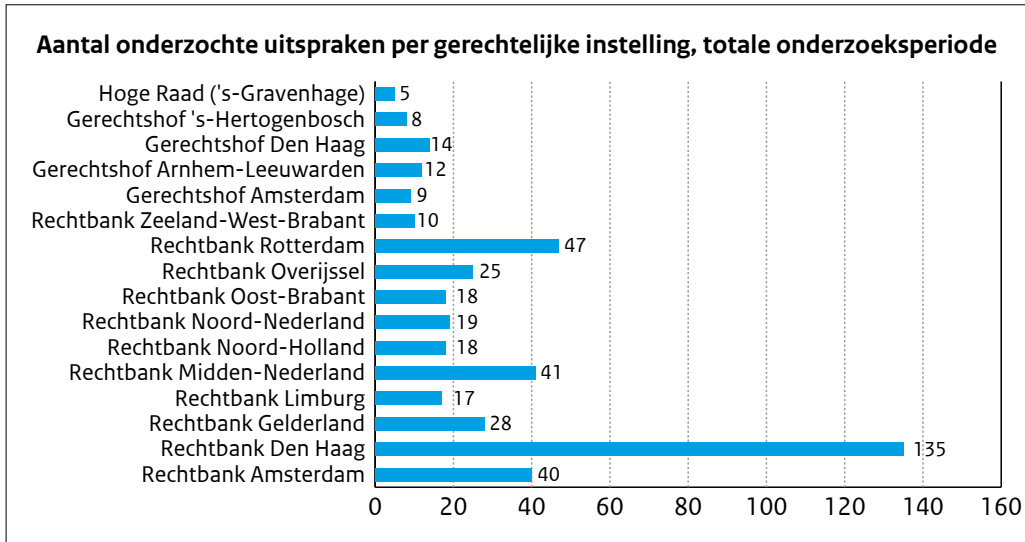
Het aantal uitspraken neemt geleidelijk af gedurende de onderzoeksperiodes. Terugkijkend naar de vorige twee onderzoeken, stabiliseert het aantal uitspraken naar ongeveer 130 per jaar. Het gemiddelde aantal uitspraken was in 2007-2009 ongeveer 140 per jaar en in 2012-2014 ongeveer 130 per jaar.

2.1.2. Type rechtszaken



Het leeuwendeel van de uitspraken betreft procedures bij de voorzieningenrechter (kort geding) van de rechtbank. In de periode 2016-2019 komen slechts 16 uitspraken in een bodemprocedure van de rechtbank terecht en 44 uitspraken bij het hof. Van de totaal 446 uitspraken worden 5 zaken in cassatie behandeld door de Hoge Raad.

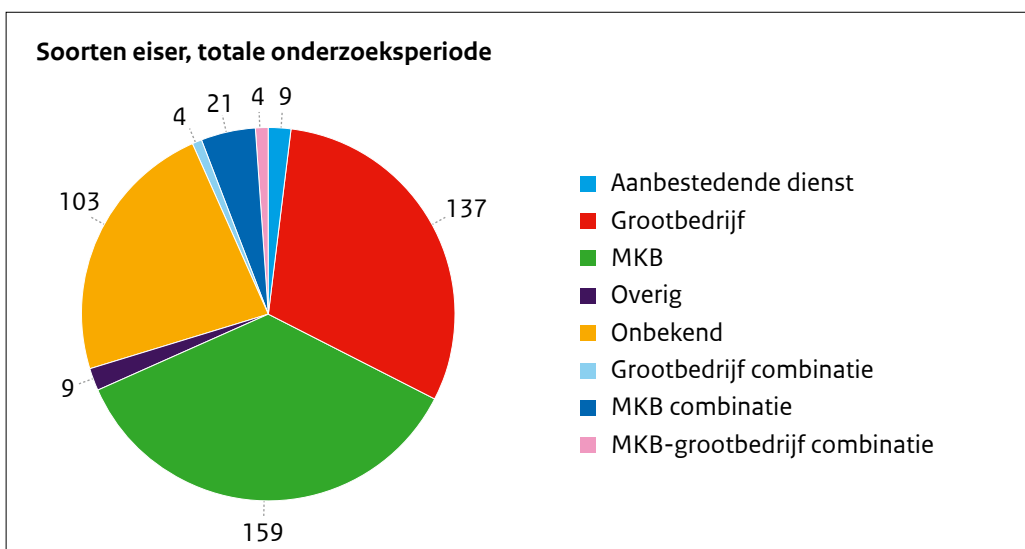
2.1.3. Hoeveelheid uitspraken per locatie



De rechtbank Den Haag behandelt het grootste gedeelte van de aanbestedingsgeschillen in Nederland. De rechtbanken Rotterdam, Midden-Nederland en Amsterdam behandelen een relatief groot deel. Voor deze drie rechtbanken is het een stijging in vergelijking met het vorige onderzoek uit 2014.

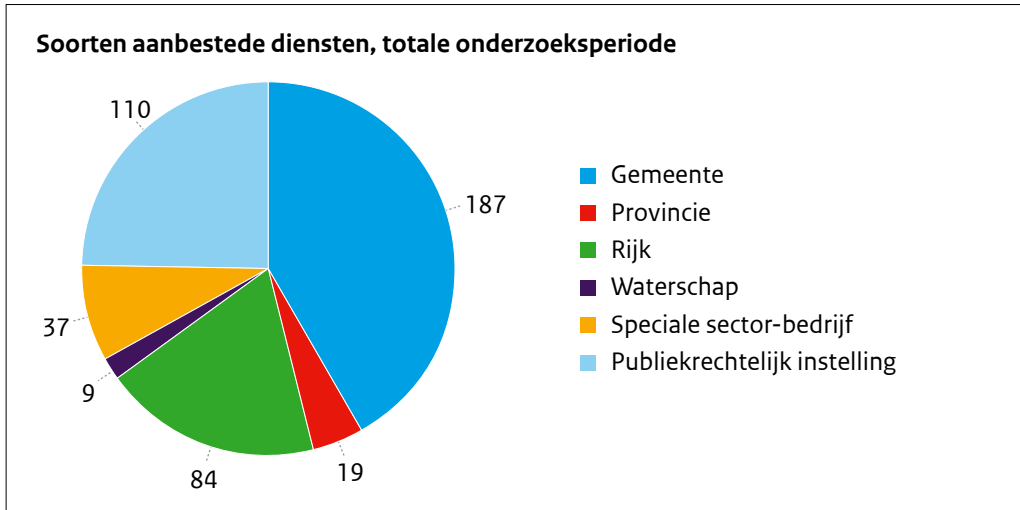
2.2. Vorm van het geschil

2.2.1. Type betrokken eiser



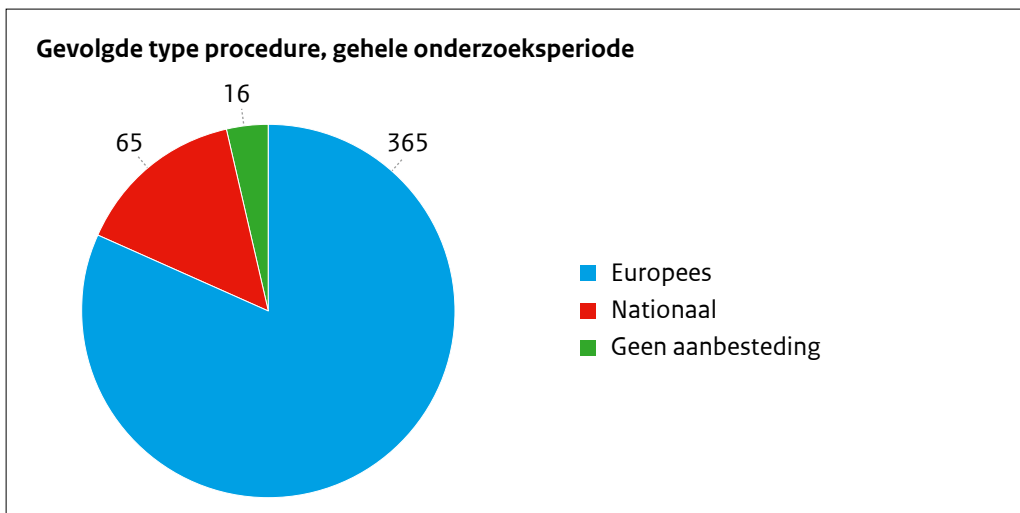
Bij veel procedures is het onbekend in welke categorie de eiser valt. Van de gegevens die bekend zijn is in de onderzoeksperiode is het midden- en kleinbedrijf (MKB) het vaakste eiser in een aanbestedingsprocedure met 159 zaken. Het grootbedrijf is betrokken bij minder procedures: 137 zaken. Deze grafiek ziet niet toe op het soort inschrijvers op een aanbesteding, maar op een partij die een rechtszaak begint. In negen gevallen is de eiser een aanbestedende dienst.

2.2.2. Type betrokken aanbestedende dienst



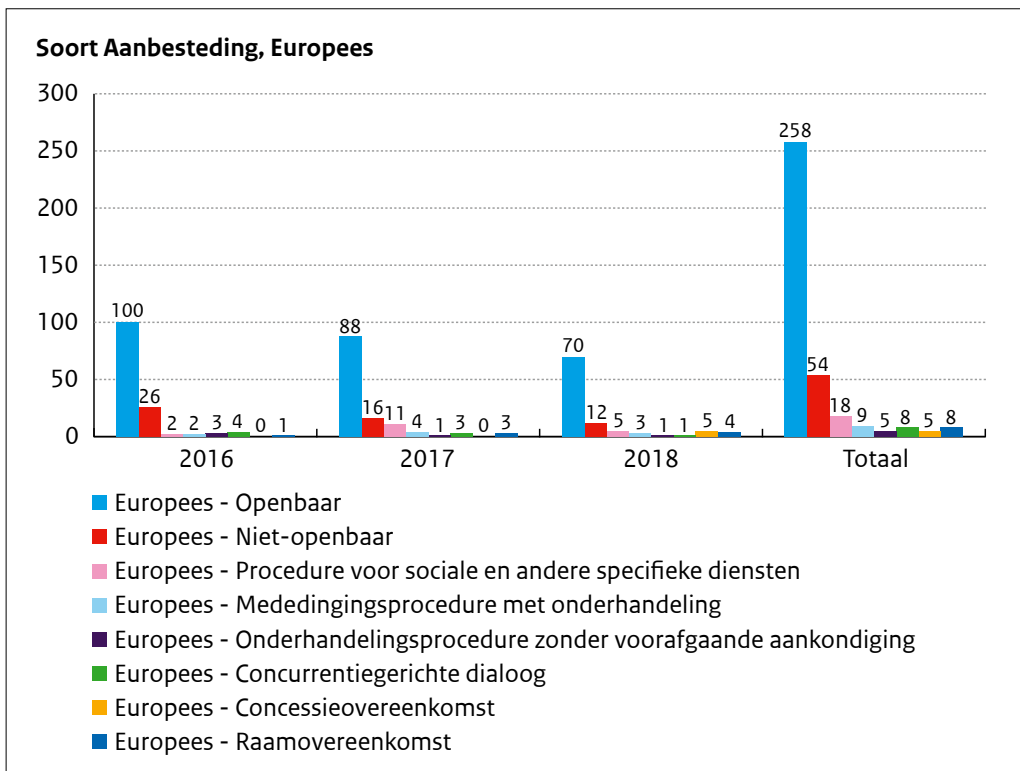
De betrokken aanbestedende dienst is in 42% van de gevallen een gemeente. Het verdient opmerking dat de 355 gemeenten een grote groep aanbestedende diensten vormen.⁴ Verder vallen publiekrechtelijke instellingen met 110 uitspraken en de Rijksoverheid met 84 uitspraken op.

2.2.3. Type aanbestedingsprocedure

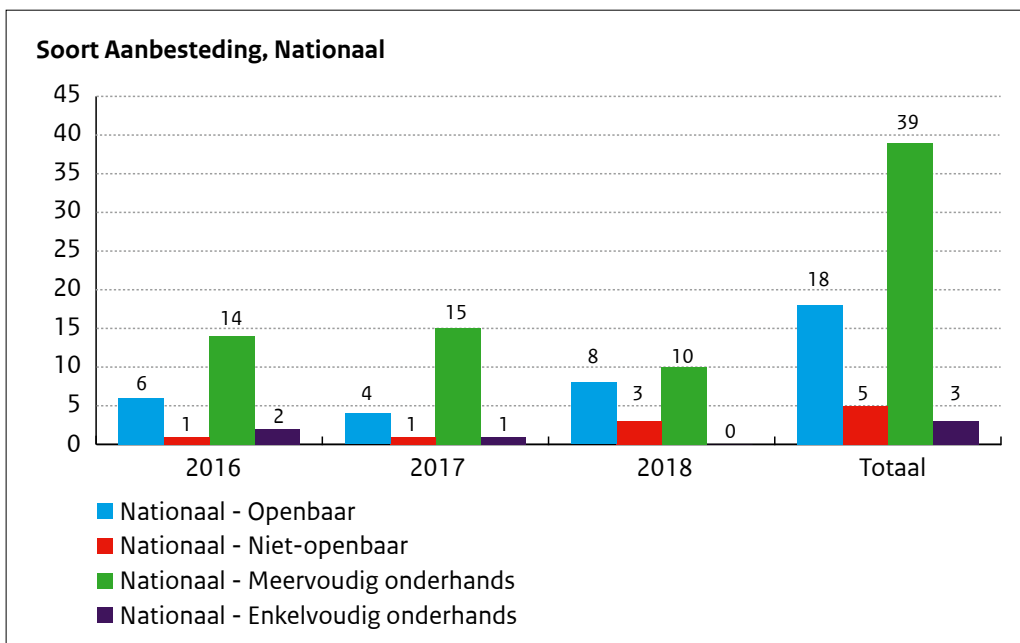


In de meeste gevallen was sprake van een Europese procedure. In de gevallen van “geen aanbesteding” bestond discussie over de aanbestedingsplicht.

⁴ Per 1 januari 2019 telde Nederland 355 gemeenten.

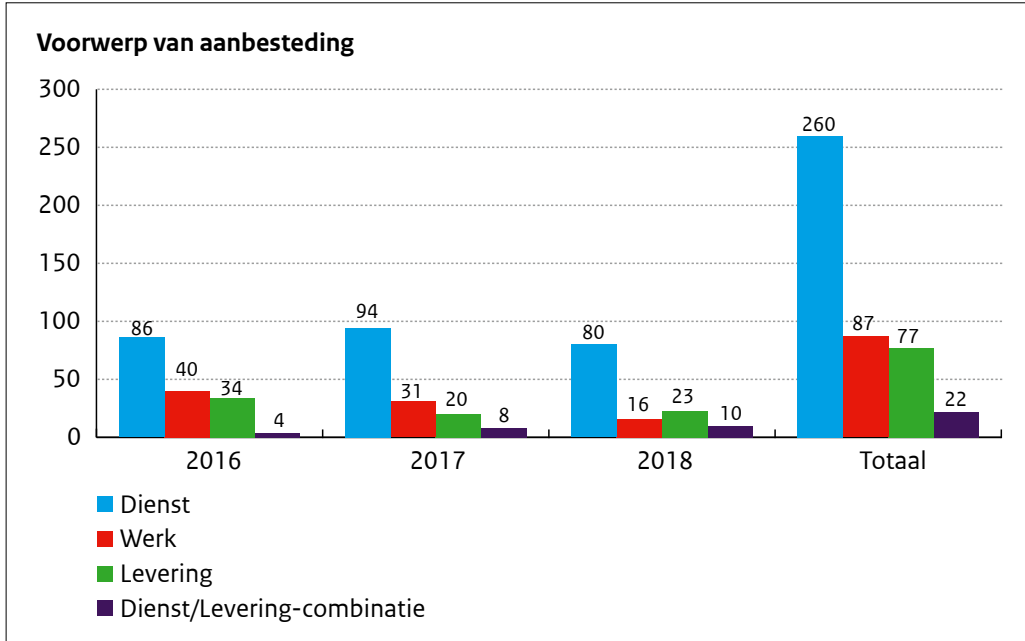


De meeste uitspraken betreffen een Europese openbare procedure. De overige procedures komen beduidend minder voor. Van de overige procedures komen de niet-openbare en de procedure voor sociale en andere specifieke diensten het meest voor. Een aantal procedures, zoals het innovatiepartnerschap, is niet in beeld gekomen bij het onderzoek.

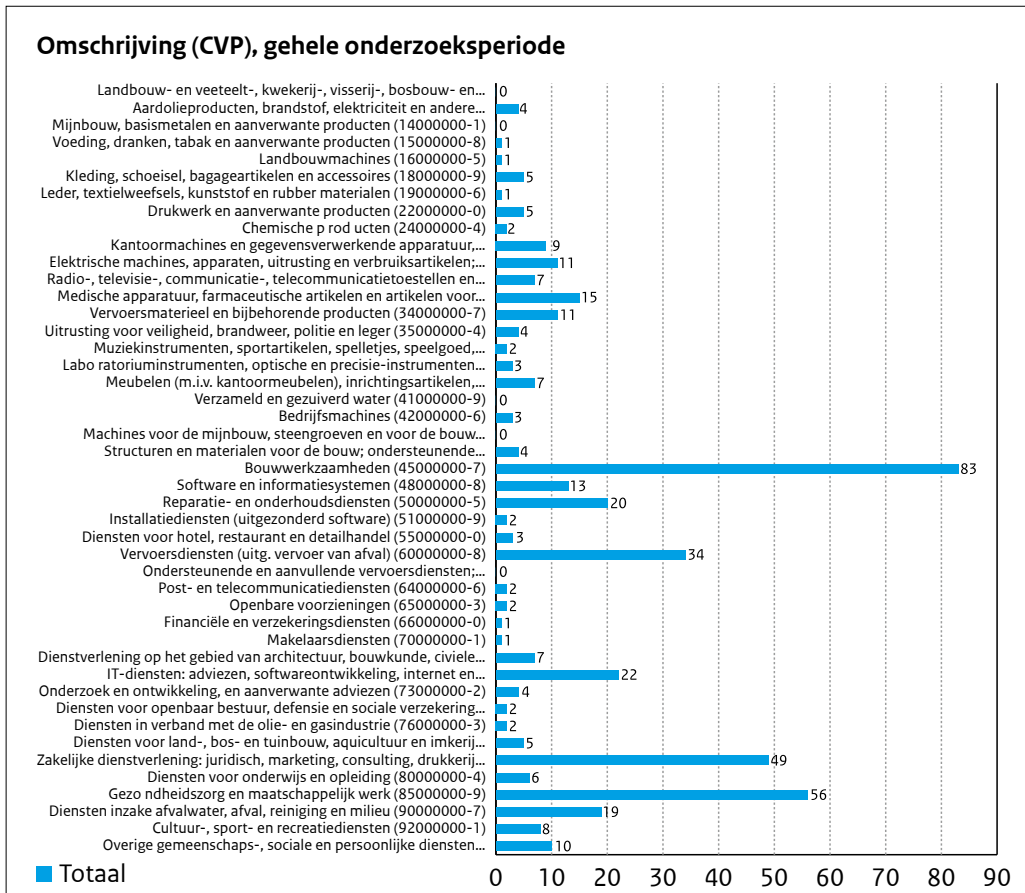


Procedures onder de drempelwaarde komen minder vaak voor de rechter dan procedures boven de drempel. De meervoudig onderhandse procedure komt het meest voor.

2.2.4. Voorwerp van de opdracht



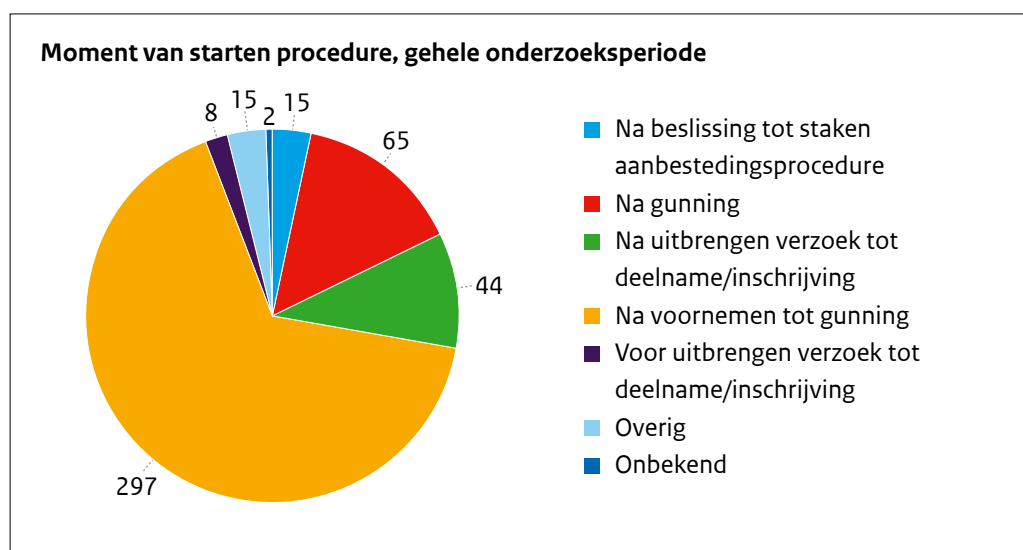
Bij de verdeling tussen opdrachten voor leveringen, diensten en werken, zijn diensten de grootste groep. In het vorige onderzoek was de verdeling anders, waarbij een afname bij werken en een flinke toename bij diensten te zien is.



De Common Vocabulary Procurement (CPV) – code is het classificatiesysteem op grond van Verordening (EG) Nr. 2013/2008. De CPV-codes geven voor het onderzoek in algemene zin inzicht in welke sectoren veel wordt geprocedeerd.

De bouwsector (“Bouwwerkzaamheden”) valt met 80 zaken op. In tegenstelling tot leveringen en diensten, vallen opdrachten voor werken vaak binnen één CPV-code. Leveringen en diensten vallen uiteen in veel verschillende CPV-codes. Daarbij zijn de diensten voor gezondheidszorg en maatschappelijk werk opvallend met 55 rechtszaken. Zakelijke dienstverlening en vervoersdiensten zijn ook relatief grote groepen.

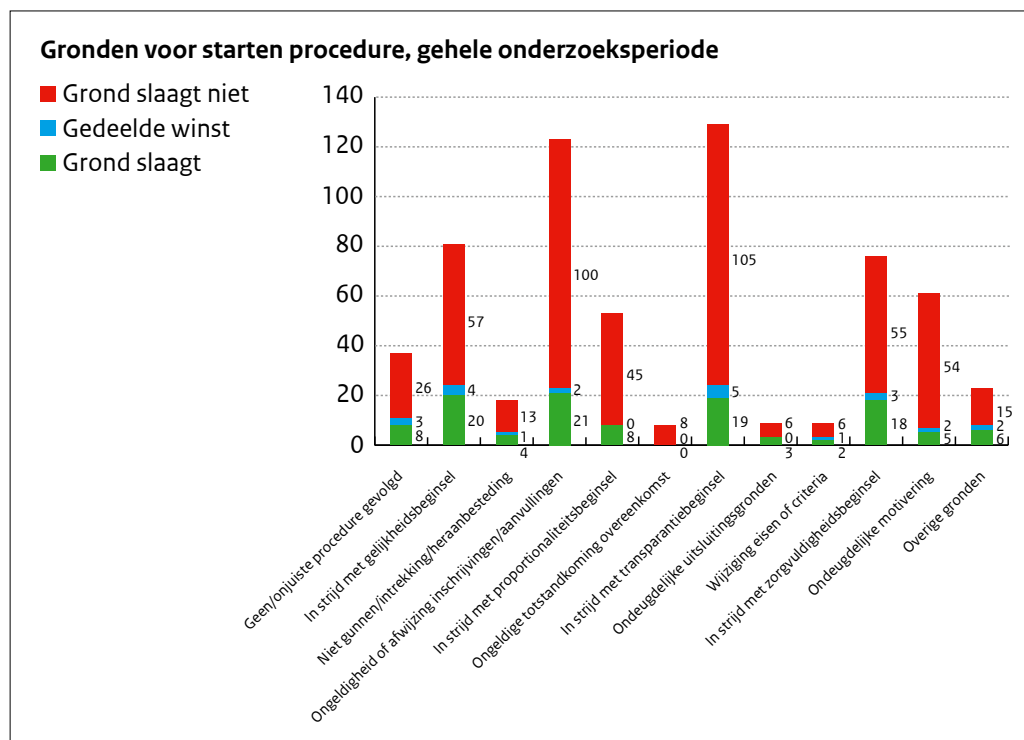
2.2.5. Fase in de aanbestedingsprocedure



Er bestaan verschillende momenten waarop een partij kan kiezen om naar de rechter te stappen. In 293 gevallen gebeurt dit nadat de aanbestedende dienst de voorlopige gunningsbeslissing bekend heeft gemaakt. De twee groep is “na gunning” en “na uitbrengen verzoek tot deelname/gunning”.

2.3. Inhoud van het geschil

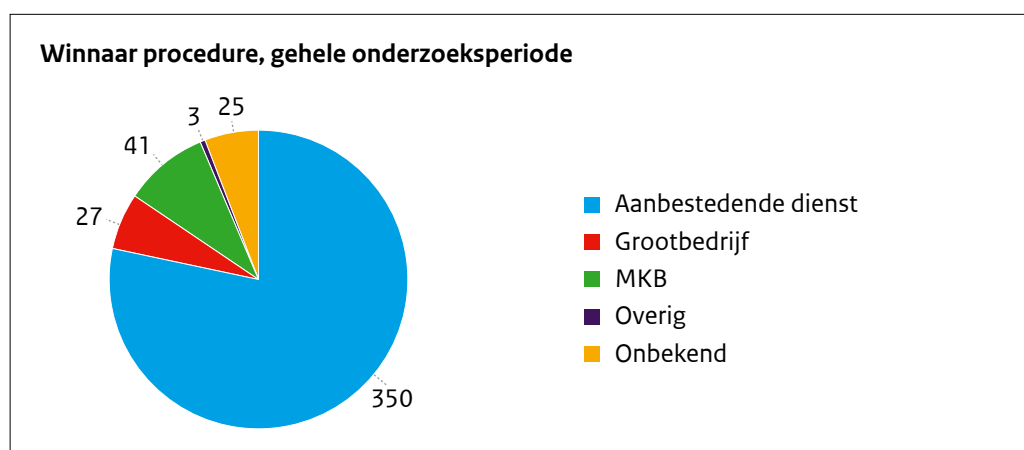
2.3.1. Gronden



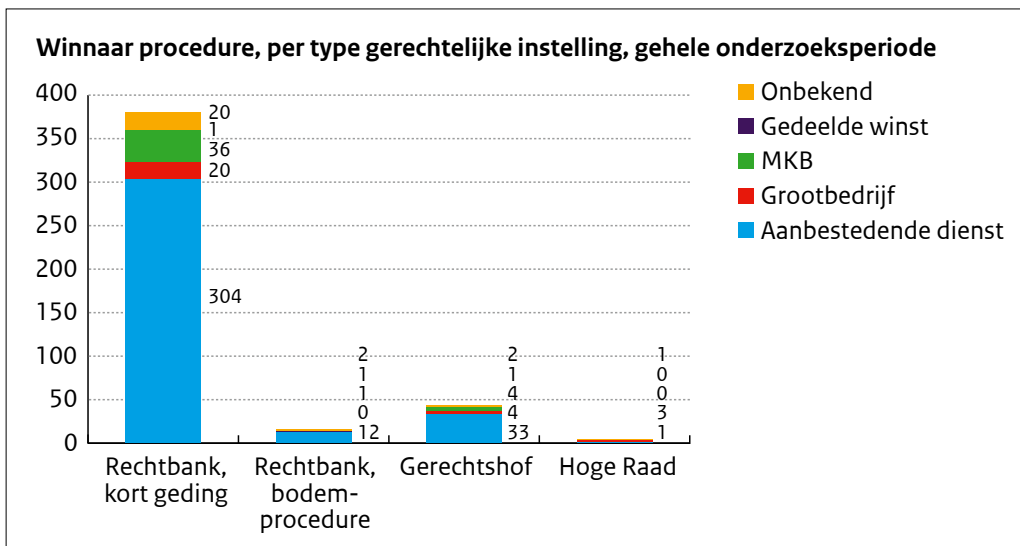
Partijen kunnen verschillende juridische gronden naar voren brengen bij de rechter. In de onderzoeksperiode waren strijdigheid met het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel grote groepen die veel in elkaar overlopen. Daarnaast zijn strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel, strijdigheid met het proportionaliteitsbeginsel en een ondeugdelijke motivering grote groepen. Bepaalde gronden komen weinig voor, zoals een ongeldige totstandkoming van de overeenkomst, uitsluitingsgronden of wijziging van de eisen. Aan een individuele uitspraak kunnen verschillende gronden ten grondslag liggen.

In vergelijking met het vorige onderzoek is het aantal de zaken waarin het proportionaliteitsbeginsel speelt, sterk gegroeid. In 2014 ging een procedure slechts twee keer hoofdzakelijk om proportionaliteit, tegen vijftien zaken gemiddeld per jaar in 2016-2018.

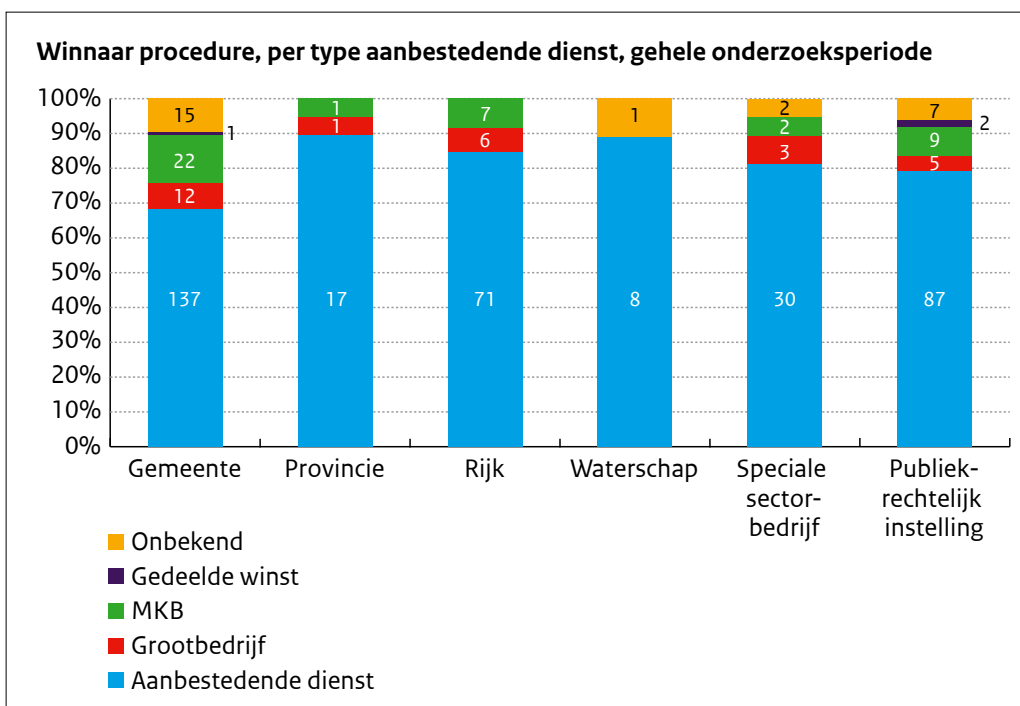
2.3.2. Uitkomst



Aanbestedende diensten wonnen 78% van de aanbestedingszaken in de onderzoeksperiode. In vergelijking met het vorige onderzoek, is het aandeel van de aanbestedende dienst die een procedure wint, gestegen. In sommige gevallen was er geen duidelijke winnaar van de procedure.

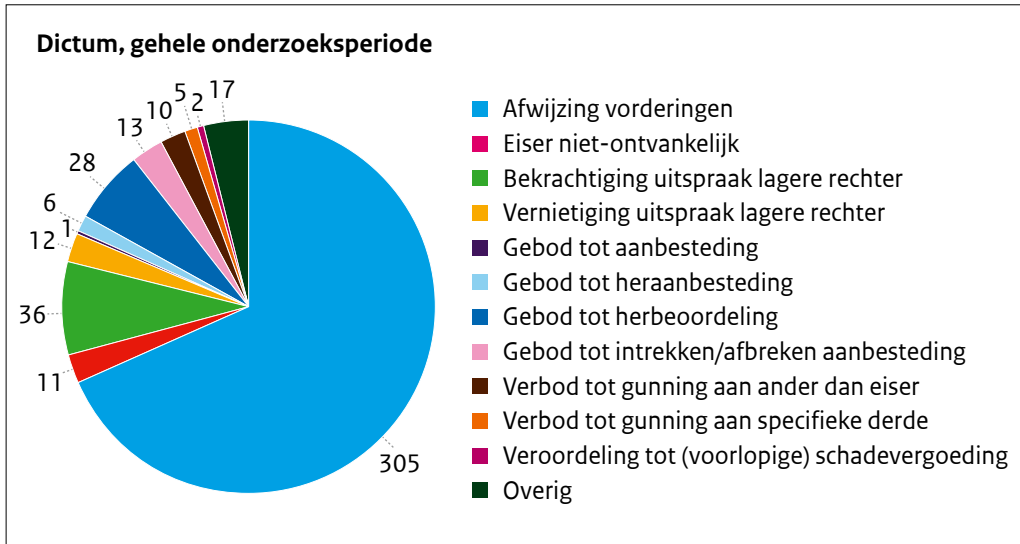


Dit beeld is terug te zien bij differentiatie naar gerechtelijke instelling, ook dan is te zien dat de aanbestedende diensten de meeste zaken winnen.



Uit bovenstaande grafiek is te zien dat gemeenten in absolute zin minder vaak een aanbestedingsgeschil bij de rechter winnen dan provincies of de Rijksoverheid.

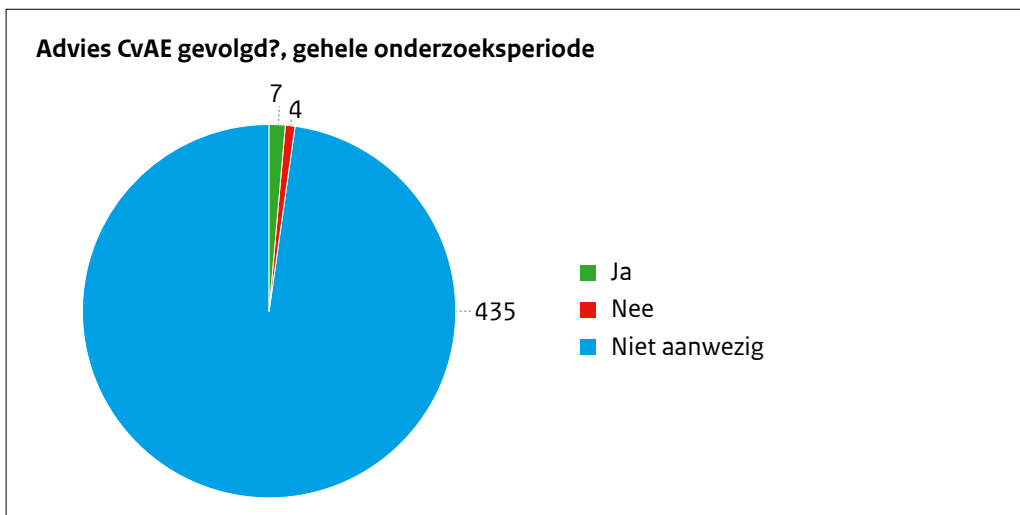
2.3.3. Dictum



Het dictum van de rechter is in 68% van de gevallen een afwijzing van de vorderingen. Dit percentage is vergelijkbaar met 2012 en groter dan 2014. Vervolgens blijven de meeste uitspraken van de rechtbank in stand bij het hof. Het gebod tot herbeoordeling is de derde categorie.

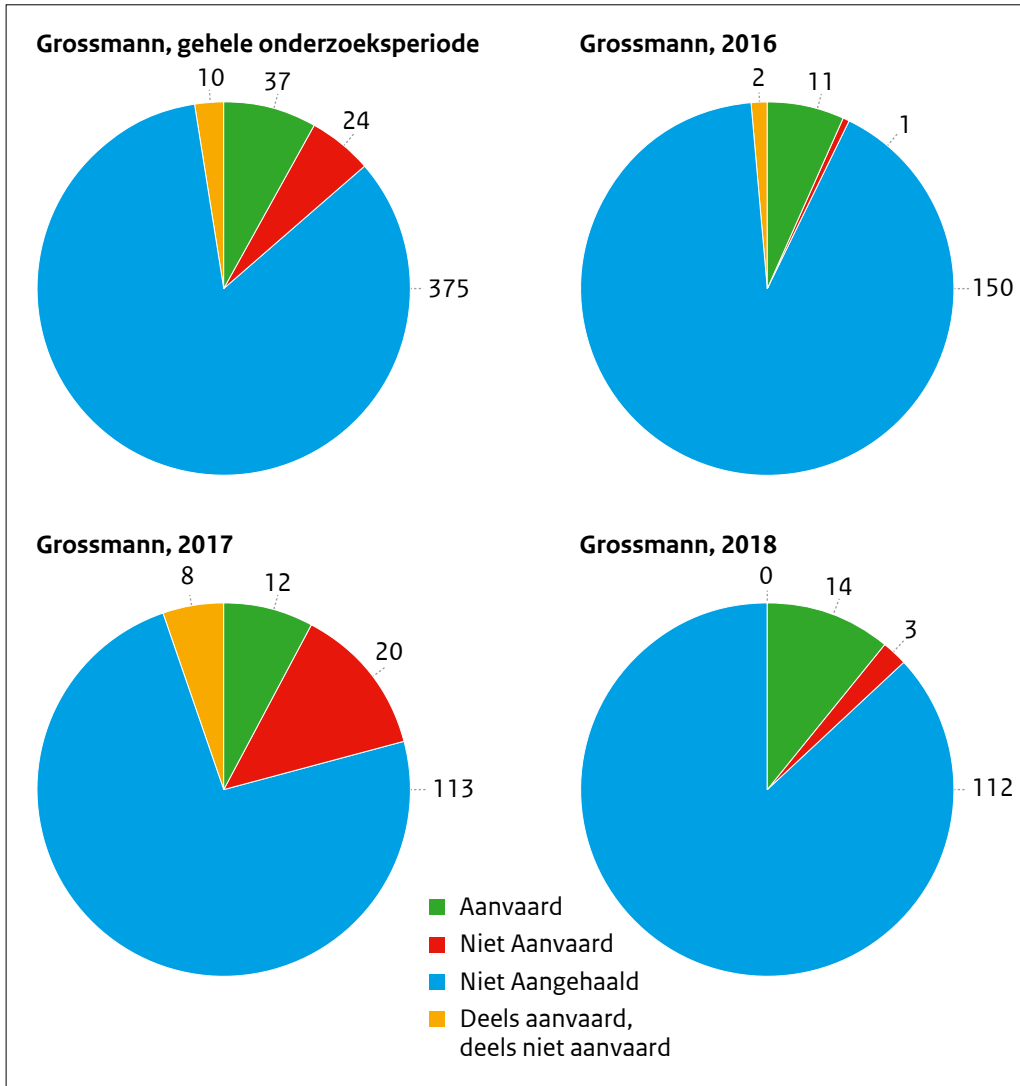
2.4. Overige informatie

2.4.1. Commissie van Aanbestedingsexperts



Voorafgaande aan de uitspraak van de rechter, kan een procedure hebben plaatsgevonden bij de CvAE en tot een advies hebben geleid. De rechterlijke macht haalt zelden deze adviezen aan. Als de rechter het advies meeweegt en bespreekt in de uitspraak, neemt hij of zij het niet altijd over.

2.4.2. Grossmannverweer



Uit het Grossmann-arrest en de daarop gebaseerde jurisprudentie volgt dat van een adequaat handelend inschrijver/gedagigde mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure.⁵

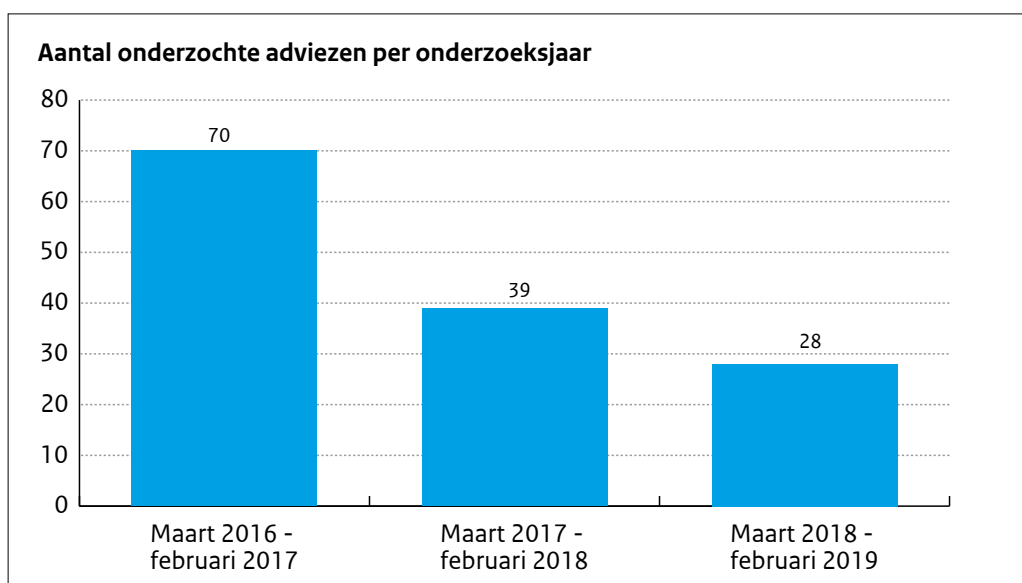
Over de hele onderzoeksperiode komt het Grossmannverweer terug in 16% van de zaken. In de resultaten is een lichte toename te zien van het gebruik van het Grossmannverweer in vergelijking met 2016. In de derde onderzoeksperiode blijkt dat de rechter het Grossmannverweer verhoudingsgewijs vaker aanvaardt dan in de tweede periode.

⁵ Hof van Justitie van de Europese Unie 12 februari 2014, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93 (Grossmann).

3. Commissie van aanbestedingsexperts

3.1. Algemene informatie over de adviezen

3.1.1. Ontwikkeling van het aantal adviezen



Het aantal adviezen van de CvAE nam sterk af tussen de eerste en tweede onderzoeksperiode. In de eerste onderzoeksperiode heeft de CvAE een grote achterstand van zaken ingelopen die nog behandeling behoeften. In de tweede en derde periode is een stabilisering van het aantal zaken te zien.

3.2. Vorm van het geschil

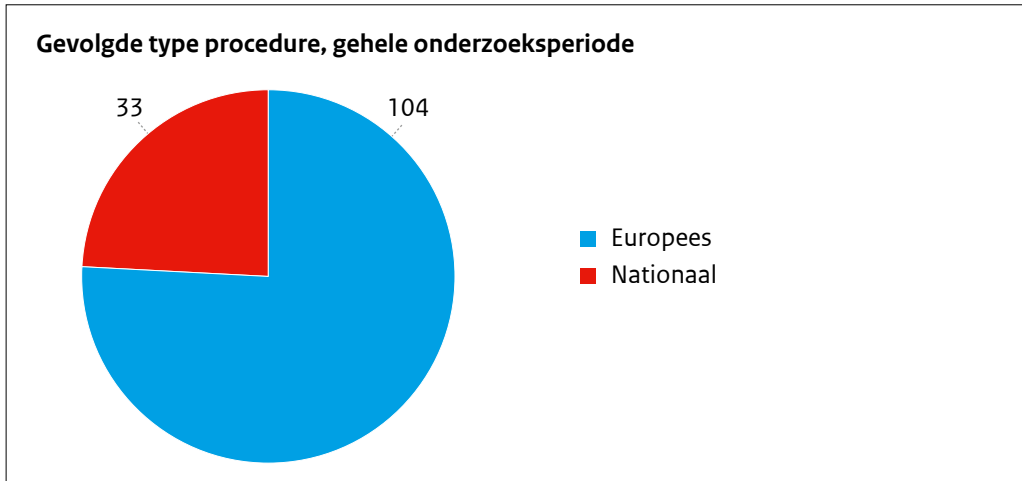
3.2.1. Type betrokken klager

In de adviezen van de CvAE wordt de klager geanonimiseerd en de beklagde soms. Slechts in een klein aantal gevallen is het type onderneming van de klager te onderscheiden. Het is daarom niet mogelijk om heldere informatie over de klagers te verschaffen.

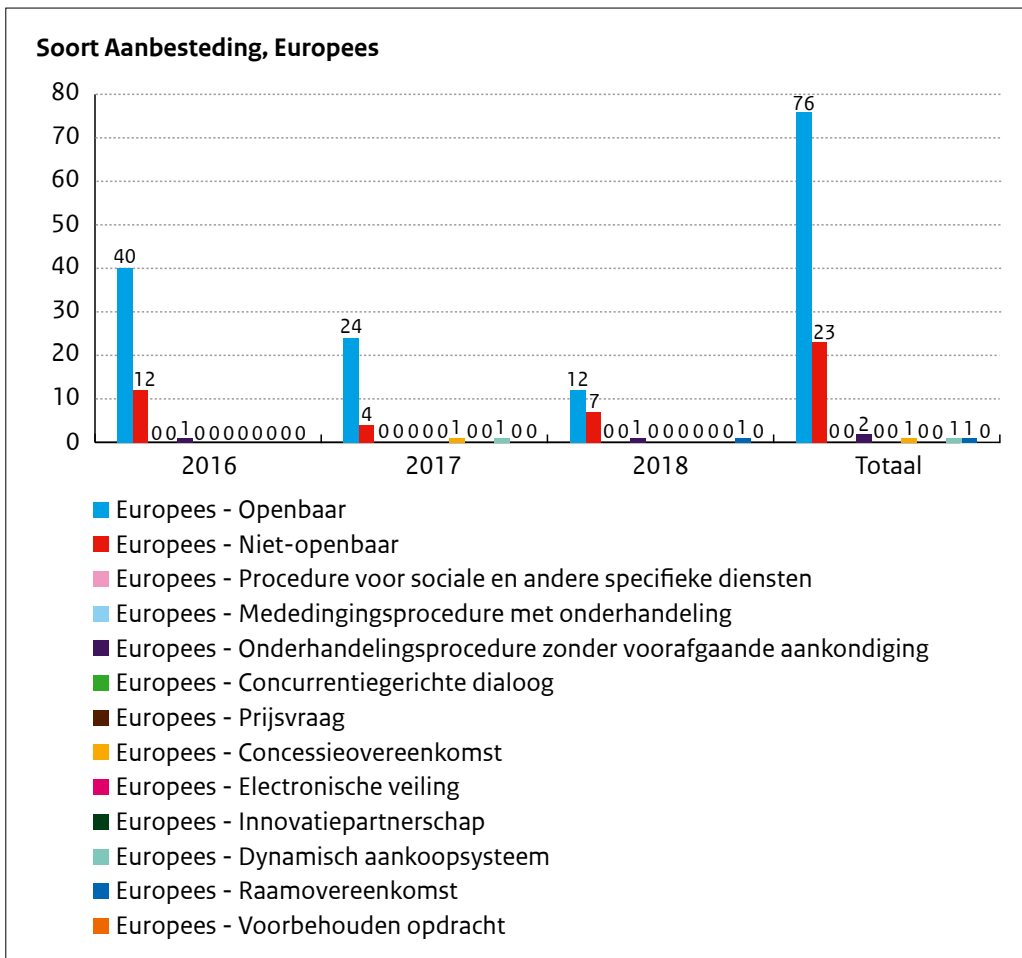
3.2.2. Type betrokken aanbestedende dienst (beklaagde)

In alle gevallen was de beklagde een aanbestedende dienst. In de onderzoeksperiode heeft dus geen aanbestedende dienst een klacht ingediend bij de CvAE. Door de anonimisatie is het type aanbestedende dienst vaak niet te onderscheiden.

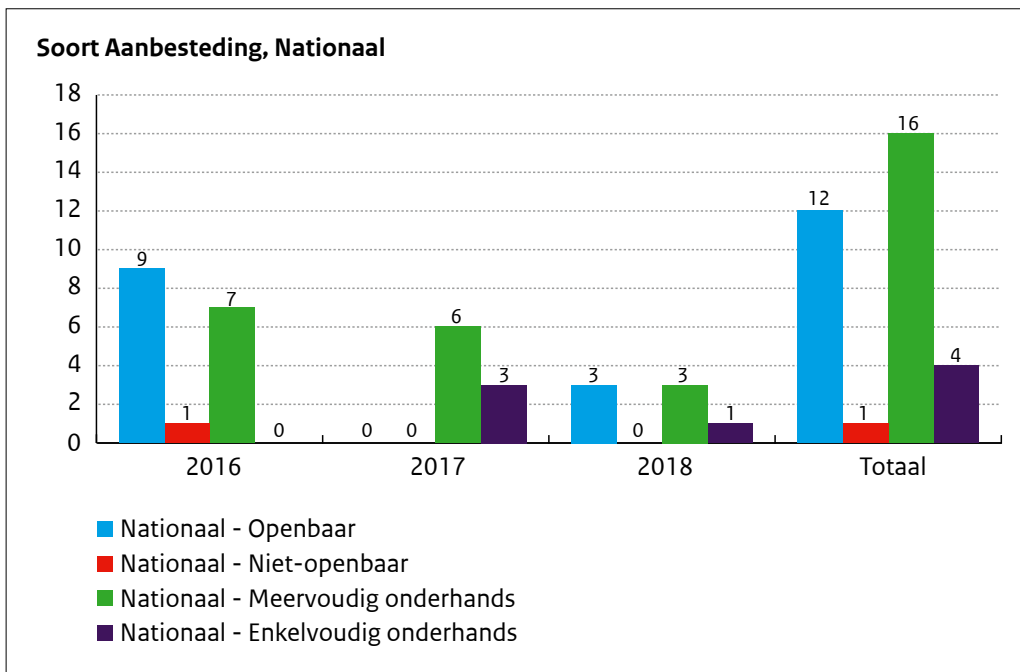
3.2.3. Type aanbestedingsprocedure



Net als bij de uitspraken van de rechter, gaat ruim driekwart van de zaken over een Europese aanbesteding.

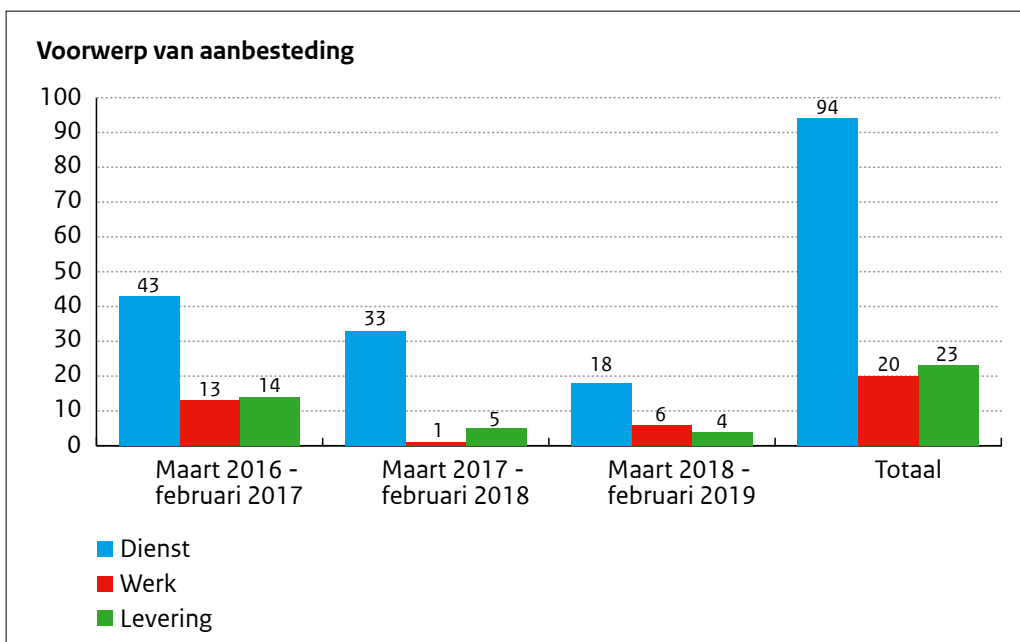


De openbare en niet-openbare procedure komen het vaakste voor bij de CvAE. Overige procedures komen enkele keren voor.

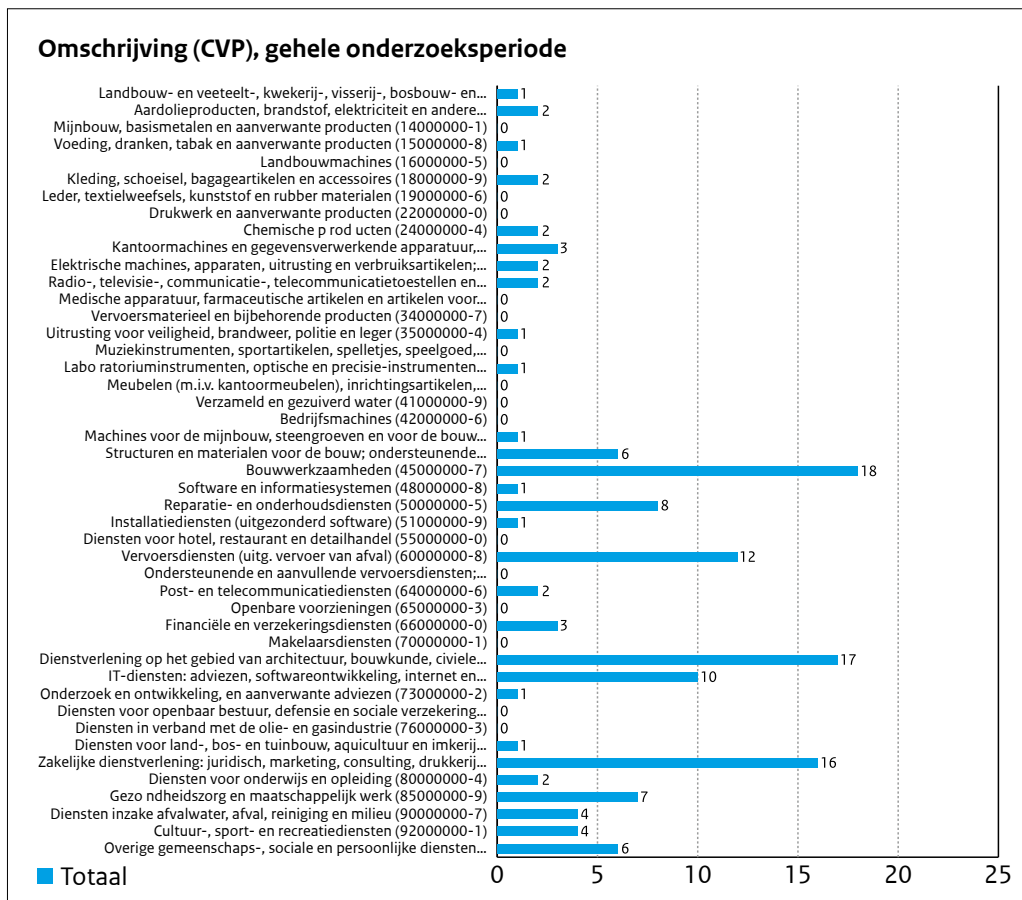


Bij de nationale procedures komt de meervoudige onderhandse procedure veel voor. De nationale openbare procedure staat op de tweede plek. De nationale niet-openbare procedure komt bijna niet voor bij de CvAE.

3.2.4. Voorwerp van de opdracht



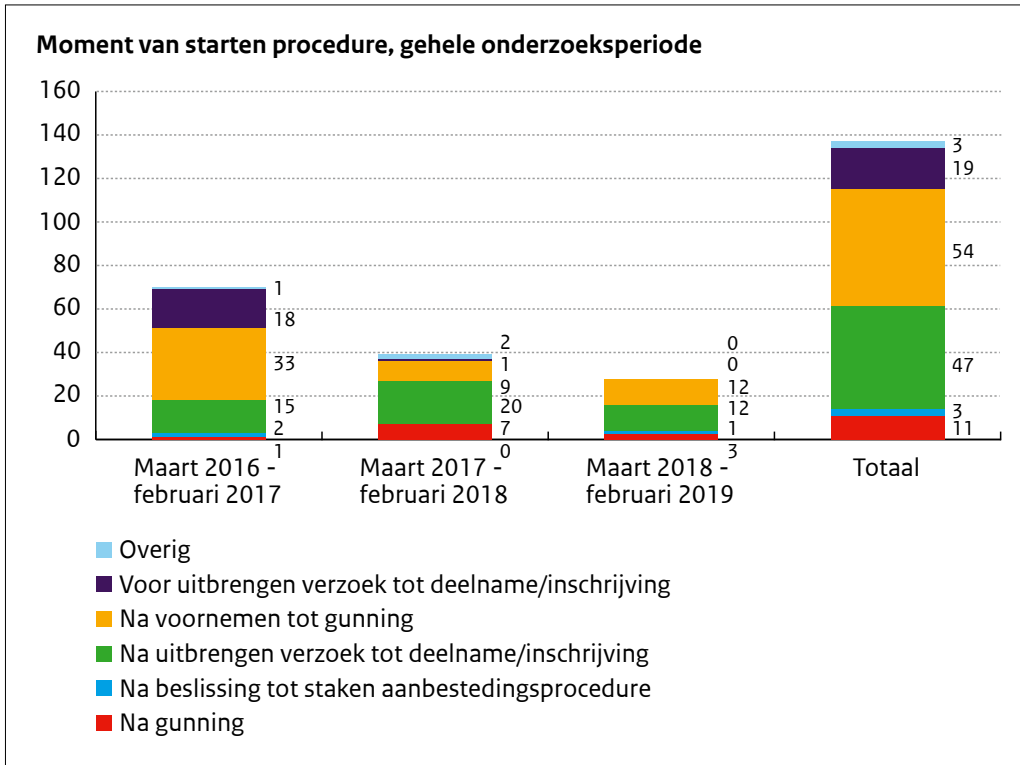
Het voorwerp van de aanbesteding betreft in het merendeel van de gevallen een dienst, gevolgd door leveringen en werken.



De Common Vocabulary Procurement (CPV) – code is het classificatiesysteem op grond van Verordening (EG) Nr. 2013/2008. De CPV-codes geven voor het onderzoek in algemene zin inzicht in welke sectoren veel wordt geprocedeerd.

Sectoren die in het oog springen zijn de bouw, architectuur, zakelijke dienstverlening, gevolgd door vervoersdiensten, IT-diensten en reparatie- en onderhoudsdiensten.

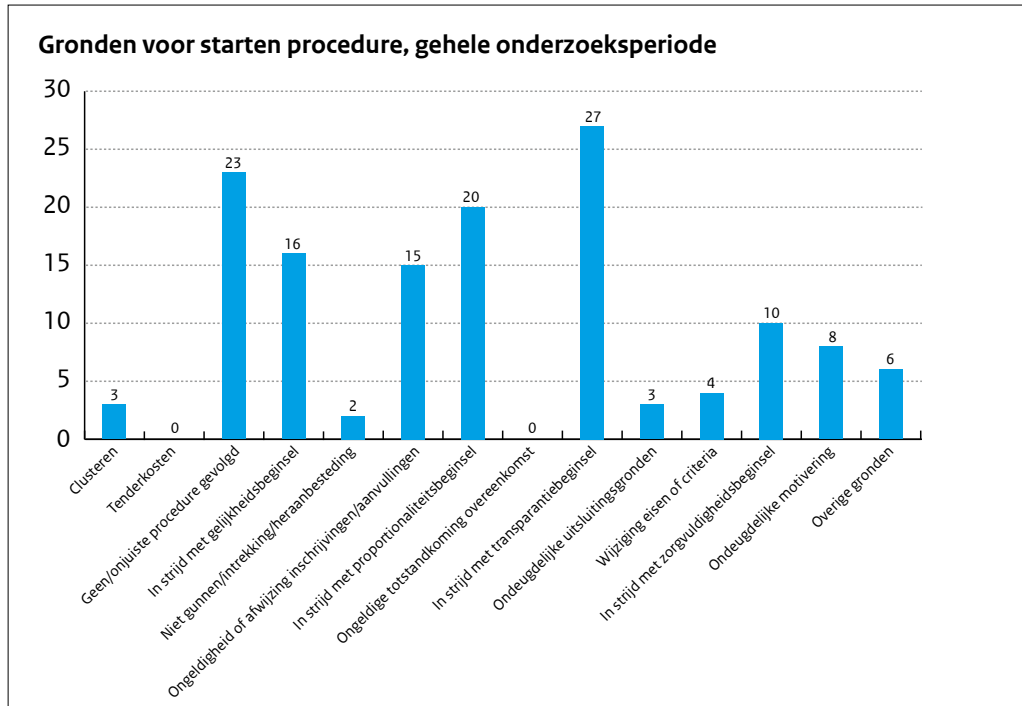
3.2.5. Fase in de aanbestedingsprocedure



Wanneer een klacht wordt ingediend voor het uitbrengen van een verzoek tot deelname/inschrijving (19) of na het uitbrengen van het verzoek tot deelname/inschrijving (47) kan het advies nog van invloed zijn op de lopende aanbesteding. Wanneer de behandeling van de klacht start ná het voornemen tot gunning (54) kan het advies geen effect meer hebben op de lopende aanbesteding, behoudens een besluit tot schorsing door de aanbestedende dienst.

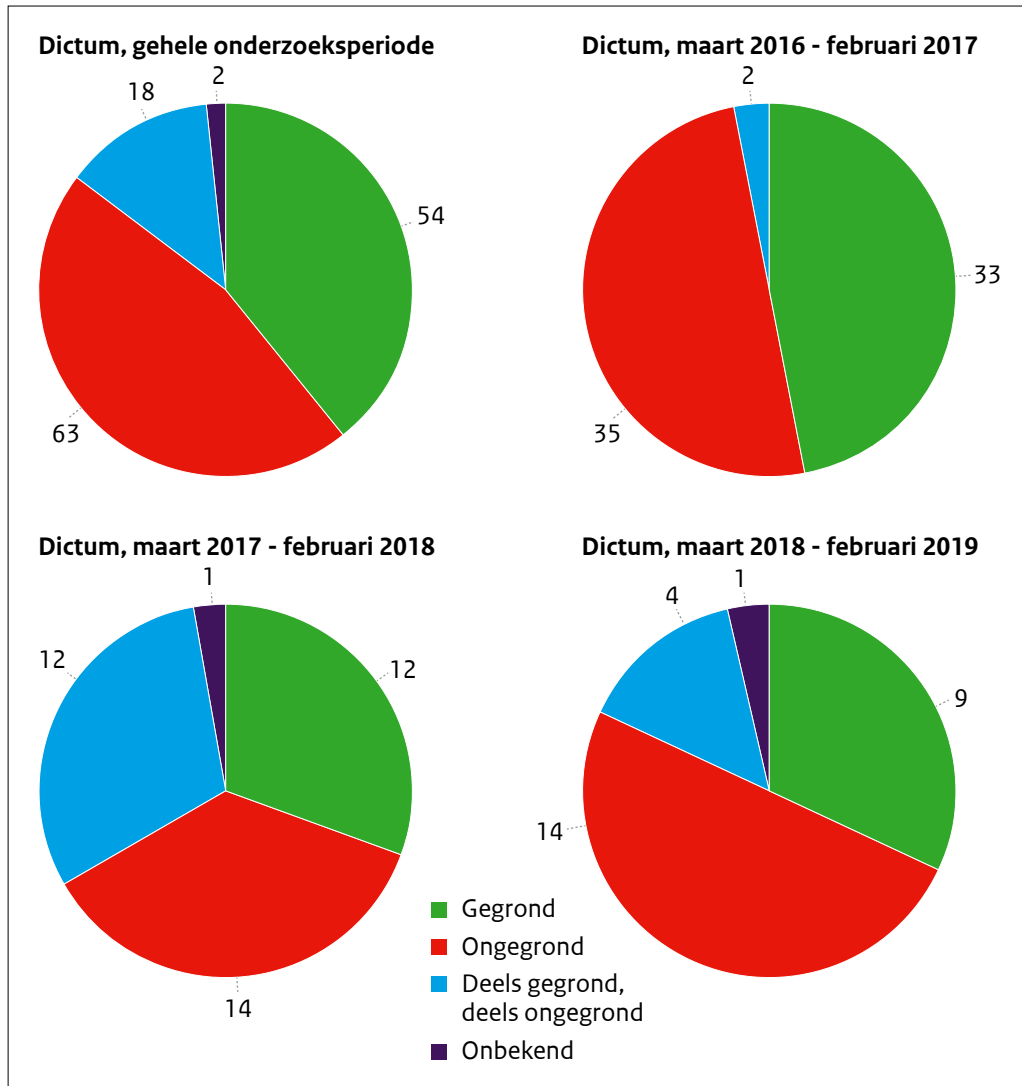
3.3. Inhoud van het geschil

3.3.1. Klachten



De top-5 van gronden voor het starten van de procedure hebben in het merendeel te maken met strijd met het transparantiebeginsel, gevolgd door geen/onjuiste procedure gevolgd, strijd met het proportionaliteitsbeginsel, in strijd met het gelijkheidsbeginsel en ongeldigheid of afwijzing van de inschrijving.

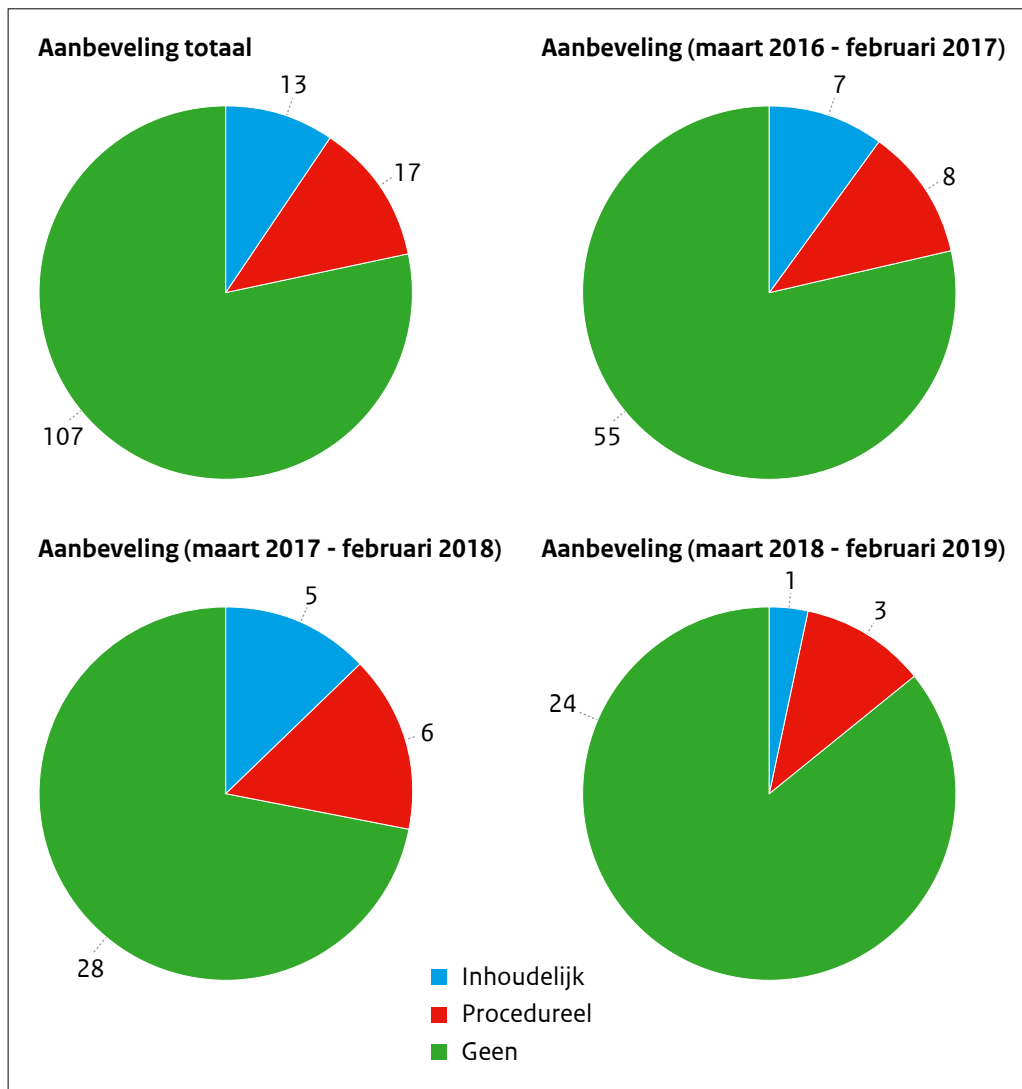
3.3.2. Uitkomst



De adviezen van de CvAE wijken duidelijk af van de uitspraken van de rechter. Bij de CvAE is niet een partij te onderscheiden die vaker in het gelijk wordt gesteld. In de eerste en tweede onderzoeksperiode bestaat bijna evenwicht in de verdeling tussen gegrond en ongegrond.

3.4. Overige informatie

3.4.1. Aanbeveling



De CvAE heeft de mogelijkheid om een aanbeveling te doen in haar adviezen. In 22% van de adviezen geeft de CvAE een aanbeveling waarbij het net vaker een procedurele aanbeveling is dan een inhoudelijke aanbeveling.

4. Samenvatting

Dit hoofdstuk bevat een samenvatting van de belangrijkste bevindingen uit dit onderzoek. Gelet op het kwantitatieve karakter van het onderzoek, worden er geen verklaringen gegeven voor de informatie, tenzij de verklaring zeer evident is.

Algemene informatie over de uitspraken en adviezen

Het aantal gerechtelijke uitspraken lijkt gemiddelde per jaar te stabiliseren naar ongeveer 130 à 140 uitspraken per jaar. Voor de adviezen van de CvAE is dit niet nog niet te zeggen, hoewel de laatste onderzoeksperiodes dichtbij elkaar liggen met 39 en 28 adviezen.

Het kort geding bij de rechtbank komt het meest voor. De rechtbank Den Haag behandelt de meeste aanbestedingszaken, gevolgd door rechtbanken Rotterdam, Midden-Nederland en Amsterdam.

Vorm van het geschil

In veel rechtszaken wordt de identiteit van de eisende partij niet bekend, waardoor het moeilijker is om te zien of MKB of grootbedrijf vaker procedeert. De betrokken klager en beklagde zijn bij de CvAE moeilijk te kwalificeren vanwege de anonimisatie van de CvAE. De beklagde was overigens altijd een aanbestedende dienst.

In een gerechtelijke procedure en een adviesprocedure bestaat ongeveer driekwart van de procedures uit Europese aanbestedingsprocedures. De openbare procedure komt hierbinnen het vaakste voor, gevolgd door de niet-openbare procedure. De overige procedures komen zelden voor. Deze informatie zegt overigens niets over hoe vaak procedures worden toegepast door een aanbestedende dienst, maar slechts welke procedures in geschil staan. Bij de rechter en de CvAE is het voorwerp van de aanbesteding meestal een dienst. Overheidsopdracht voor leveringen en werken komen minder vaak voor.

De fase waarin een partij kiest om naar de rechter of de CvAE te stappen is onderzocht. Bij de rechter gaat het om de fase na voorlopige gunning of na definitieve gunning, terwijl het bij de CvAE het gaat om de fase voor het uitbrengen van een verzoek tot deelname (inschrijving), na het uitbrengen van een verzoek tot deelname en na voorlopige gunning. Deze momenten komen het vaakst voor, maar ze zijn niet alle drie gelijk in aantallen.

Inhoud van het geschil

De meest voorkomende gronden bij de rechter zijn strijdigheid met het transparantie- en zorgvuldigheidsbeginsel, strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel en strijdigheid met het beginsel van proportionaliteit. Het gaat vaak om de beginselen bij de rechter. Dit beeld is terug te zien bij de CvAE, waar daarnaast de geen of onjuiste procedure vaak voorkomt.

Het dictum van de rechter is vaak in het voordeel van de aanbestedende dienst, maar bij de CvAE is dit beeld niet terug te zien. Bij de CvAE wint de klager ongeveer even vaak als de aanbestedende dienst.

Verder blijkt dat de rechterlijke macht weinig aandacht besteedt aan de adviezen van de CvAE en in nog minder gevallen daadwerkelijk het advies opvolgt. Het Grossmannverweer komt in 16% van de alle onderzochte zaken terug en wordt vaak aanvaard door de rechter.

Dit is een uitgave van

Ministerie van Economische Zaken en Klimaat

Bezoekadres:
Bezuidenhoutseweg 73
2594 AC Den Haag
Telefoonnummer: 070-379 8911

Postadres:
Postbus 20401
2500 EK Den Haag
www.rijksoverheid.nl/ez

Juli 2019 | 122604