

# **Commissie van Aanbestedingsexperts**

Toekomstscenario's

# **Toekomstscenario's Commissie van Aanbestedingsexperts**

**Notitie Commissie van Aanbestedingsexperts**  
**Den Haag, 16 januari 2019**

In haar laatste jaarrapportage (2017-2018) van 14 mei 2018 heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat (EZK) in overweging gegeven de rol en het functioneren van de CvAE te evalueren in een bredere context. In de eerste plaats behelst die context de actuele discussie over de systematiek en de kwaliteit van rechtsbescherming van ondernemingen die (willen) deelnemen aan aanbestedingsprocedures. In de tweede plaats ziet de bredere context op de politiek-bestuurlijke wens om met de inzet van een scala aan beleidsmaatregelen tot verdere professionalisering van overheidsaanbestedingen te komen.

De CvAE heeft in haar jaarrapportage aangegeven dat zij verschillende scenario's voor zich ziet wat betreft de rol die zij in die hiervoor genoemde bredere context zou kunnen vervullen, met inbegrip van de rol die zij op dit moment reeds vervult.

De CvAE heeft in haar laatste jaarrapportage tevens aangekondigd dat zij een aantal van deze mogelijke scenario's – met een schets van de bijbehorende voor- en nadelen – zal uitwerken in een notitie. De CvAE heeft de Staatssecretaris in overweging gegeven die notitie te betrekken bij de evaluatie van de CvAE. Dat laatste zou dan kunnen gebeuren zowel in het kader van de *opzet* van de evaluatie als in het kader van de ontwikkeling van beleidsvoornemens naar aanleiding van de *uitkomst* van de evaluatie.

Met het oog op de *opzet* van de evaluatie heeft de CvAE op 23 augustus 2018 een document met daarin opgenomen de inhoudelijke contouren van de beoogde notitie ter beschikking gesteld aan de directie Mededinging en Consument (MC) van het Ministerie van EZK. Op 1 november 2018 heeft de CvAE een concept notitie aan de directie MC gestuurd met daarin een eerste uitwerking van de hiervoor bedoelde contouren. Die concept notitie is op 8 november 2018 besproken met de aan de CvAE verbonden experts die werkzaam zijn bij aanbestedende diensten, brancheorganisaties en ondernemingen.

Het onderhavige document behelst de definitieve notitie. In deze notitie heeft de CvAE enkele mogelijke toekomstscenario's, hun kenmerken, hun voor- en nadelen alsmede de acties die moeten worden uitgevoerd om de scenario's te realiseren op hoofdlijnen in kaart gebracht.

Het moge duidelijk zijn dat de CvAE zelf geen enkele voorkeur heeft voor een van de geschetste scenario's en dat deze notitie evenmin tot doel heeft die voorkeur uit te spreken. Het doel van deze notitie is het leveren van een bijdrage aan een geïnformeerde gedachtenvorming over de rol van de CvAE in het kader van de rechtsbescherming bij aanbestedingen en de professionalisering van de aanbestedingspraktijk in de toekomst.

Commissie van Aanbestedingsexperts  
Den Haag, 16 januari 2019

Chris Jansen (voorzitter)  
Anne Fischer-Braams (vice-voorzitter)  
Tsong Ho Chen (lid)  
Tineke van Houten (secretaris)

## Inhoudsopgave

<b>1.</b>	<b>Opmerkingen vooraf</b>	<b>4</b>
1.1	Aanleiding voor mogelijke heroverweging positie CvAE	4
1.2	Mogelijke rollen/werkwijzen CvAE in de toekomst: overzicht	6
<b>2.</b>	<b>Huidige werkwijze: geschillen behandelen (niet: beslechten) én adviseren met het oog op professionalisering in de toekomst</b>	<b>7</b>
2.1	Uitgangspunten	7
2.2	Voordelen	7
2.3	Nadelen	8
<b>3.</b>	<b>Toekomstscenario 1: geschillen behandelen (eventueel ook: beslechten)</b>	<b>9</b>
3.1	Toekomstscenario 1a: geschillen behandelen zowel vóór als ná inschrijving	9
3.1.1	Uitgangspunten	9
3.1.2	Voordelen	10
3.1.3	Nadelen	11
3.1.4	Benodigde acties	12
3.2	Toekomstscenario 1b: geschillen alleen behandelen vóór inschrijving	13
3.2.1	Uitgangspunten	13
3.2.2	Voordelen	14
3.2.3	Nadelen	15
3.2.4	Benodigde acties	15
<b>4.</b>	<b>Toekomstscenario 2: evalueren van een afgeronde aanbestedingsprocedure en adviseren enkel met het oog op professionalisering in de toekomst</b>	<b>17</b>
4.1	Uitgangspunten	17
4.2	Voordelen	17
4.3	Nadelen	18
4.4	Benodigde acties	18
<b>5.</b>	<b>Toekomstscenario 3: toezicht houden</b>	<b>20</b>
5.1	Uitgangspunten	20
5.2	Voordelen	20
5.3	Nadelen	21
5.4	Benodigde acties	22
<b>6.</b>	<b>Toekomstscenario 4: <i>amicus curiae</i> in kort geding of bodemprocedure</b>	<b>24</b>
6.1	Uitgangspunten	24
6.2	Voordelen	24
6.3	Nadelen	24
6.4	Benodigde acties	24
<b>7.</b>	<b>Toekomstscenario 5: opheffen CvAE</b>	<b>25</b>
7.1	Voordelen	25
7.2	Nadelen	25
7.3	Benodigde acties	25
<b>8.</b>	<b>Combinaties rollen/werkwijzen</b>	<b>26</b>

## **1. Opmerkingen vooraf**

### **1.1 Aanleiding voor mogelijke heroverweging positie CvAE**

Op 1 april 2018 bestond de CvAE vijf jaar. In haar relatief korte bestaansperiode heeft de CvAE zich bewezen als een volwaardig, professioneel en gezaghebbend klachteninstituut op het terrein van overheidsaanbestedingen. De CvAE voorziet dat zij dat in haar huidige opzet en met haar huidige taakstelling en werkwijze ook in de toekomst zal kunnen blijven doen. Tegelijkertijd constateert de CvAE een aantal ontwikkelingen.

Het valt de CvAE allereerst op dat het aantal klachten dat bij haar wordt ingediend – na een aanvankelijke hausse – zich inmiddels stabiliseert rond de 50 à 60 klachten per jaar.

Een tweede ontwikkeling die de CvAE signaleert, is dat zij verhoudingsgewijs steeds minder vaak advies behoeft te geven over klachten die betrekking hebben op aanbestedingsprocedures waarin nog kritieke termijnen spelen. In het vijfde rapportagejaar (2017-2018) ging het nog slechts om 15 adviezen met een kritieke termijn tegenover 21 adviezen inzake klachten waarin geen kritieke termijnen meer speelden. In het lopende rapportagejaar (2018-2019) lijkt deze ontwikkeling zich door te zetten. Vooralsnog heeft de CvAE slechts 10 adviezen gegeven naar aanleiding van klachten in aanbestedingsprocedures met een kritieke termijn tegenover 18 adviezen inzake klachten waarin geen kritieke termijnen meer speelden. In de laatstbedoelde gevallen heeft het advies van de CvAE geen betekenis meer voor de afloop van de aanbestedingsprocedure in kwestie, maar kan het advies hoogstens nog aanleiding vormen voor de klager om een schadevergoedingsvordering bij de gewone rechter in te dienen. Daarnaast kan het advies eventueel bijdragen aan de verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en een leereffect teweegbrengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten.

Voor zover klachten nog wel betrekking hebben op aanbestedingsprocedures waarin kritieke termijnen aan de orde zijn, is sprake van een afnemende bereidheid van aanbestedende diensten om vervolgbeslissingen in de lopende aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van het advies van de CvAE. In het lopende rapportagejaar (2018-2019) zet deze trend vooralsnog door.

Verder constateert de CvAE dat aanbestedende diensten in spoedeisende klachten een voor hen nadelig advies van de CvAE regelmatig naast zich neer leggen. De Commissie probeert deze constatering op dit moment door middel van een onderzoek met cijfers te onderbouwen. Voor wat betreft het rapportagejaar 2017-2018 zijn die cijfers terug te vinden in de vijfde jaarrapportage.

Ten slotte is het inmiddels ook voorgekomen dat een aanbestedende dienst heeft geweigerd op een door de CvAE ingelaste informatiebijeenkomst te verschijnen, terwijl de CvAE behoefte had aan meer feitelijke informatie van de aanbestedende dienst alvorens tot verdere behandeling van de klacht te kunnen overgaan.

De CvAE kan slechts gissen naar de oorzaken en achtergronden van de hiervoor gesignaleerde ontwikkelingen. Vooropgesteld: de CvAE heeft gewerkt aan het vergroten van haar bekendheid bij ondernemingen en zal dat ook in de toekomst blijven doen. Denkbaar is echter dat veel aanbestedende diensten inmiddels hebben voorzien in goed functionerende klachtenloketten die in staat zijn de meeste klachten van ondernemingen 'af te vangen', nog voordat deze worden ingediend bij de CvAE. Voor zover zo'n klachtenloket een klacht van een onderneming ongegrond acht en die onderneming alsnog een klacht bij de CvAE indient, zal de betreffende aanbestedende dienst zich in de regel gesterkt voelen door het oordeel van het eigen klachtenloket. Dat verklaart mogelijk, mede in samenhang met de wens om de aanbestedingsprocedure niet verder te doen vertragen, waarom aanbestedende diensten in dergelijke gevallen vervolgens weinig

bereidheid tonen de aanbestedingsprocedure gedurende de klachtbehandeling op te schorten en/of consequenties te verbinden aan een door de CvAE gegeven niet-bindend advies. Denkbaar is bovendien dat de hiervoor geschetste gang van zaken een onvoldoende wenkend perspectief biedt voor ondernemingen om klachten waarin kritieke termijnen spelen aan de CvAE voor te leggen. Ook de doorlooptijd van de behandeling van dergelijke klachten in het verleden kan in dat kader een drempel voor zowel ondernemingen als aanbestedende diensten opwerpen, al zou dit argument inmiddels geen rol meer mogen spelen: in geval van klachten waarin kritieke termijnen spelen, doet de CvAE de toezegging aan de betrokken partijen dat zij zich zal inspannen binnen 30 dagen na de reactie op de klacht door de aanbestedende dienst met een advies te komen. In de meeste gevallen slaagt de CvAE daar ook in.

In haar vijfde jaarrapportage heeft de CvAE de Staatssecretaris van EZK in overweging gegeven onderzoek te doen naar de mogelijke oorzaken en achtergronden van de hiervoor gesignaleerde ontwikkelingen. Daarbij heeft de CvAE geopperd de rol van klachtenloketten van aanbestedende diensten te onderzoeken, alsmede de invloed die deze klachtenloketten inmiddels hebben op de beslissingen van zowel aanbestedende diensten als ondernemingen in het bredere kader van de klachtbehandeling bij overheidsaanbestedingen.

De weg die de CvAE binnen de kaders van haar doel- en taakstelling in 2013 heeft gekozen, heeft haar in de rol gebracht die zij nu inmiddels vijf jaar vervult. Die rol zou kunnen worden gekenschetst als die van quasi-rechter die niet-bindende juridische oordelen in concrete aanbestedingsgeschillen geeft. Zoals hiervoor al is aangegeven, kan de CvAE die rol in haar huidige opzet en met haar huidige taakstelling en werkwijze ook in de toekomst blijven vervullen. Niettemin acht de CvAE het raadzaam in het licht van de evaluatie - en van de kwaliteit van de rechtsbescherming van ondernemingen in het algemeen - de vraag op te werpen of de CvAE inderdaad die rol moet blijven vervullen, of dat zij juist een andere rol zou moeten krijgen in het licht van een mogelijke herwaardering van haar doel- en taakstelling. De CvAE wijst in dit verband op het volgende.

In haar huidige opzet heeft de CvAE de primaire doel- en taakstelling een bijdrage te leveren aan het oplossen van aanbestedingsklachten door middel van het geven van niet-bindende adviezen. Het bijdragen aan de verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk wordt als een afgeleide daarvan beschouwd. Wanneer klachten dan worden ingediend tijdens een lopende aanbestedingsprocedure, mondt de klachtbehandeling uit de aard der zaak uit in een proces dat veel gelijkenissen vertoont met een 'harde' op tegenspraak gebaseerde beslechting van een concreet geschil. De CvAE ziet dat overigens ook terug in de behandeling van klachten door de klachtenloketten van aanbestedende diensten. In dergelijke gevallen gaat het in de regel om grote belangen - niet alleen voor de klager en de aanbestedende dienst, maar ook voor andere ondernemingen die aan de aanbestedingsprocedure deelnemen - waarbij de betrokken actoren duidelijkheid wensen te verkrijgen over hun positie met het oog op de concrete, in het geding zijnde belangen. Een dergelijke context leent zich minder goed voor een 'zachte' - op het bereiken van consensus gerichte - evaluatie van de feiten en omstandigheden van het voorliggende geval met het oog op verbetering van toekomstige aanbestedingsprocedures. Die laatste werkwijze heeft mogelijk meer kans van slagen in gevallen waarin de kaarten al zijn geschud en een eventueel advies van de CvAE geen invloed meer zal hebben op de uitkomst van de aanbestedingsprocedure in kwestie. De CvAE ziet overigens in haar eigen praktijk inmiddels terug dat een aanbestedende dienst ook in een dergelijk geval rekening zal willen houden met de mogelijkheid dat de in gelijk gestelde klager een schadevergoedingsactie zal willen instellen.

In haar vijfde jaarrapportage heeft de CvAE de Staatssecretaris van EZK in overweging gegeven de rol en het functioneren van de CvAE te evalueren in een bredere context. In de eerste plaats behelst die context de actuele discussie over de systematiek en de kwaliteit van rechtsbescherming van ondernemingen die (willen) deelnemen aan

aanbestedingsprocedures. In de tweede plaats ziet de bredere context op de politiek-bestuurlijke wens om met de inzet van een scala aan beleidsmaatregelen tot verdere professionalisering van overheidsaanbestedingen te komen. De CvAE ziet verschillende scenario's voor zich wat betreft de rol die zij in die bredere context zou kunnen vervullen, met inbegrip van de rol die zij op dit moment reeds vervult.

Zo zou de CvAE enerzijds met meer bevoegdheden kunnen worden uitgerust om daadwerkelijk een effectieve rol te kunnen vervullen in lopende aanbestedingsprocedures, in aanvulling op het huidige systeem van rechtsbescherming dat met name door ondernemingen niet als positief wordt gewaardeerd. Een andere optie is dat de CvAE juist afstand gaat nemen van haar rol als quasi-aanbestedingsrechter en zich minder 'oordelend' uitspreekt over de vraag wat in een concrete aanbestedingsprocedure niet goed is gegaan. In plaats daarvan zou de CvAE zich in die opzet veel meer kunnen gaan bezighouden met de vraag welke lessen aanbestedende diensten voor de toekomst kunnen trekken uit de feiten en omstandigheden die zich in een concrete aanbestedingsprocedure hebben voorgedaan. De CvAE heeft van diverse partijen vernomen dat zij willen dat de CvAE een andere rol gaat vervullen, maar constateert dat de wensen vaak tegenstrijdig zijn.

In de onderhavige notitie heeft de CvAE enkele mogelijke scenario's, hun kenmerken, hun voor- en nadelen alsmede de acties die moeten worden uitgevoerd om de scenario's te realiseren in kaart gebracht. Deze notitie kan mogelijk bijdragen aan een geïnformeerde gedachtenvorming over de rol van de CvAE in het kader van de rechtsbescherming bij aanbestedingen en de professionalisering van de aanbestedingspraktijk in de toekomst.

## **1.2 Mogelijke rollen/werkwijzen CvAE in de toekomst**

In de huidige situatie behandelt de CvAE concrete aanbestedingsgeschillen, zonder die geschillen overigens te beslechten: de CvAE geeft weliswaar een juridisch oordeel naar aanleiding van een concrete klacht, maar dat oordeel is niet bindend. In het verlengde van de behandeling van concrete klachten geeft de CvAE in de huidige situatie ook adviezen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk in de toekomst.

De huidige rol en werkwijze van de CvAE worden hierna toegelicht in paragraaf 2. Naast het behoud van de huidige rol en werkwijze, ziet de CvAE, zonder pretentie van volledigheid, de volgende zes toekomstscenario's voor zich:

1. Geschillen behandelen (eventueel ook: *beslechten*);
- 1a. Geschillen behandelen zowel vóór als ná de inschrijving;
- 1b. Geschillen alleen behandelen vóór inschrijving;
2. Evalueren van een afgeronde aanbestedingsprocedure en adviseren enkel met het oog op professionalisering in de toekomst;
3. Toezicht houden;
4. *Amicus curiae* in kort geding of bodemprocedure;
5. Opheffen CvAE.

Deze toekomstscenario's met bijbehorende rollen/werkwijzen worden hierna in de paragrafen 3 t/m 8 verder toegelicht. Per rol/werkwijze wordt aangegeven wat de belangrijkste kenmerken zijn, wat de eventuele opties zijn waarin zou kunnen worden voorzien, welke voor- en nadelen er kunnen worden onderscheiden en welke acties zouden moeten worden ondernomen om de scenario's te realiseren.

In paragraaf 9 wordt nog kort ingegaan op combinaties van de hiervoor genoemde scenario's, die onder bepaalde voorwaarden eveneens mogelijk lijken.

## **2. Huidige werkwijze: geschillen behandelen (niet: beslechten) én adviseren met het oog op professionalisering in de toekomst**

### **2.1 Uitgangspunten**

In de huidige situatie is de CvAE een onafhankelijke klachtinstantie die wordt ingeschakeld op verzoek van één partij naar aanleiding van een concreet geschil. Er kan zowel tijdens de aanbestedingsprocedure als na het sluiten van de overeenkomst een klacht bij de CvAE worden ingediend. Partijen behoeven zich niet te laten bijstaan door een advocaat.

Wanneer de klacht nog tijdens de aanbestedingsprocedure wordt ingediend, wordt de klacht met spoed behandeld. Het kan echter voorkomen dat de aanbestedingsprocedure tijdens de behandeling van de klacht wordt afgerond en een overeenkomst wordt gesloten. Een aanbestedende dienst is namelijk niet verplicht om aan een verzoek van de CvAE gehoor te geven en vervolgbeslissingen in de lopende aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van het advies van de CvAE. In dat geval vervalt het spoedeisende karakter en wordt de klacht niet langer met voorrang behandeld.

De CvAE kan bij de behandeling van een klacht experts inschakelen. De meeste zaken worden zonder zitting afgedaan. De klachtprocedure leidt tot een juridisch oordeel dat niet bindend is. Er is dus geen sprake van *geschilbeslechting*. De bedoeling van de wetgever is overigens dat een aanbestedende dienst wel dient te motiveren waarom een oordeel van de CvAE in voorkomend geval niet wordt opgevolgd ('comply or explain', zie *Kamerstukken I 2011-2012, 32440, C, p. 3*).

Momenteel kan de CvAE geen vorderingen toewijzen of sancties opleggen. Wel kan de CvAE in aanvulling op haar oordeel aanbevelingen doen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk.

De oordelen en aanbevelingen van de CvAE worden geanonimiseerd gepubliceerd.

Optie: in de huidige situatie zou het niet meer anonimiseren van de oordelen van de CvAE een extra prikkel voor aanbestedende diensten kunnen vormen om de aanbestedingsprocedure tijdens de klachtafhandeling op te schorten en de oordelen van de CvAE op te volgen ('naming and shaming'). Aan de ondernemer die de klacht indient, kan eventueel de keuze worden geboden om een oordeel van de CvAE toch geanonimiseerd te laten publiceren ('opt out'). Om de oordelen niet langer geanonimiseerd te hoeven publiceren, zal het Reglement van de CvAE overigens moeten worden aangepast.

### **2.2 Voordelen**

De CvAE werkt in de huidige situatie conform de uitgangspunten die aan haar instelling ten grondslag liggen (zie het rapport '[Klachtafhandeling bij aanbesteden](#)').

Een klachtprocedure bij de CvAE schaadt de relatie tussen de klagende onderneming en de aanbestedende dienst minder dan in geval van een echte geschilbeslechtingsprocedure (met een opschortingsplicht voor de aanbestedende dienst en een (voorlopig) bindend oordeel van een rechter). De consequenties van een klachtprocedure bij de CvAE zijn voor de aanbestedende dienst immers minder ingrijpend. Dit geldt zeker wanneer de aanbestedende dienst besluit het oordeel van de CvAE naast zich neer te leggen.

Bij inschakeling van de CvAE tijdens de aanbestedingsprocedure – er is dan sprake van een zogenoemde spoedklacht – kan de CvAE snel – doorgaans binnen 30 dagen na de ontvangst van de reactie van de aanbestedende dienst – een oordeel geven.

Optie: indien gebruik zou worden gemaakt van de in paragraaf 2.1 genoemde optie om een oordeel van de CvAE niet langer meer geanonimiseerd te publiceren, zou dit een extra



prikkel kunnen zijn voor aanbestedende diensten om de aanbestedingsprocedure tijdens de klachtafhandeling op te schorten en de oordelen van de CvAE op te volgen.

### **2.3 Nadelen**

Een belangrijk nadeel van de huidige werkwijze is allereerst dat de rol van de CvAE een wat diffuus karakter heeft. De CvAE krijgt een concreet geschil voorgelegd en moet naar aanleiding van dat geschil enerzijds een juridisch oordeel geven, toegespitst op de concreet voorliggende klacht, en anderzijds met aanbevelingen komen die over de grenzen van die klacht heengaan met het oog op de professionalisering van de aanbestedingspraktijk in de toekomst. Deze twee rollen laten zich vaak niet goed verenigen. Om aanbevelingen te kunnen doen met het oog op de toekomst, zou de CvAE liever een constructief en evaluatief gesprek met de ondernemer en de aanbestedende dienst willen aangaan. Dat gesprek kan in de huidige situatie vaak niet goed worden gevoerd omdat van de CvAE tegelijkertijd wordt verwacht dat zij een juridisch waardeoordeel geeft over het handelen of nalaten van de aanbestedende dienst en dat waardeoordeel mogelijk consequenties heeft voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure in kwestie. Het gevolg van dit alles is dat vooral de adviserende rol van de CvAE met het oog op professionalisering in de toekomst vaak onvoldoende uit de verf komt.

Een verder nadeel van de huidige werkwijze is dat in de regel geen daadwerkelijke oplossing van het geschil plaatsvindt vanwege het ontbreken van een opschortingsplicht van de aanbestedende dienst, het niet-bindende karakter van het oordeel van de CvAE en het ontbreken van de mogelijkheid voor de CvAE om vorderingen toe te wijzen of sancties op te leggen. Er is daardoor geen sprake van daadwerkelijke *geschilbeslechting*. Een ander nadeel van de huidige werkwijze is dat de klachtprocedure normaal gesproken geheel schriftelijk wordt doorlopen, waardoor partijen zich minder gehoord voelen dan wanneer zij hun standpunt mondeling zouden kunnen toelichten tijdens een zitting.

Doordat de klachtprocedure vaak al vertraging heeft opgelopen door de behandeling van de klacht door het eigen klachtenloket, zetten aanbestedende diensten bij de CvAE vaak de hakken in het zand. Andere redenen voor aanbestedende diensten om dat laatste te doen, zijn mogelijk dat het oordeel van de CvAE – hoewel niet-bindend – toch impact kan hebben op de aanbestedingsprocedure, op toekomstige aanbestedingsprocedures of op het aanbestedingsbeleid van de aanbestedende dienst.

Ten slotte is er weinig ruimte voor opmerkingen over aanbestedingen in den brede, doordat het partijdebat en de advisering focust op de concrete klacht.

### **3. Toekomstscenario 1: geschillen behandelen (eventueel ook: beslechten)**

Binnen toekomstscenario 1 zijn er twee mogelijkheden: scenario 1a en 1b. In beide gevallen kunnen er slechts klachten worden ingediend tijdens de aanbestedingsprocedure en niet daarna. In scenario 1a kunnen zowel klachten worden ingediend vóór als ná inschrijving. Een opschortingsplicht voor de aanbestedende dienst is in dit scenario optioneel. In scenario 1b kunnen alleen klachten vóór inschrijving worden ingediend en geldt een verplichting voor aanbestedende diensten om vervolgbeslissingen in de lopende aanbestedingsprocedure op te schorten.

#### **3.1 Toekomstscenario 1a: geschillen behandelen zowel vóór als ná inschrijving**

##### **3.1.1 Uitgangspunten**

Ook in dit scenario is de CvAE een onafhankelijke instantie die wordt ingeschakeld op verzoek van één partij naar aanleiding van een concreet geschil. 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). Bijstand door een advocaat is niet vereist.

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. Een aanbestedende dienst is namelijk niet verplicht om aan een verzoek van de CvAE gehoor te geven vervolgbeslissingen in de lopende aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van het advies van de CvAE. In dat geval vervalt het spoedeisende karakter van de klacht en zal de CvAE het geschil niet verder behandelen.

De CvAE kan bij de behandeling van een klacht experts inschakelen. De meeste zaken worden zonder zitting afgedaan. 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 kan geen vorderingen toewijzen of sancties opleggen. De CvAE doet in aanvulling op haar oordeel geen aanbevelingen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk (in de huidige situatie doet zij dat wel). Haar oordelen en aanbevelingen worden geanonimiseerd gepubliceerd.

Gegeven de bovenstaande uitgangspunten, zou het scenario nog kunnen worden aangepast en/of aangevuld op basis van een of meer van de volgende opties:

- a. Inschakeling van de CvAE geschiedt op verzoek van beide partijen (in de huidige situatie: alleen op verzoek van één partij), mits zij vooraf instemmen met opschorting van de aanbestedingsprocedure en opvolging van het oordeel van de CvAE.
- b. Beide partijen kunnen gezamenlijk een *vraag* ter beantwoording aan de CvAE voorleggen (in de huidige situatie kan dat slechts naar aanleiding van een concreet geschil), mits zij vooraf instemmen met opschorting van de aanbestedingsprocedure en opvolging van het oordeel van de CvAE zoals dat volgt uit de beantwoording van de gestelde vraag.
- c. Een verplichting voor de aanbestedende dienst om vervolgbeslissingen in de lopende aanbestedingsprocedure op te schorten in afwachting van het advies van de CvAE (in de huidige situatie bestaat die opschortingsplicht niet).
- d. Het oordeel van de CvAE is bindend (in de huidige situatie is het oordeel niet-bindend), zodat sprake is van daadwerkelijke *geschilbeslechting*.

- e. Het oordeel zou ook een niet *volledig* bindend karakter kunnen hebben, waarbij in de wet de verplichting voor de aanbestedende dienst wordt vastgelegd om te motiveren waarom het oordeel van de CvAE in voorkomend geval niet wordt opgevolgd: '*comply or explain*' (het oordeel van de CvAE zou daarmee 'bindend, tenzij' worden).
- f. Indien het oordeel van de CvAE volledig bindend wordt, krijgt de CvAE ook de bevoegdheid vorderingen toe te wijzen (in de huidige situatie heeft de CvAE die bevoegdheid niet). Een vordering tot schadevergoeding zal zij niet kunnen toewijzen.
- g. De CvAE geeft in aanvulling op haar oordeel aanbevelingen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk (zoals zij dat in de huidige situatie ook doet).
- h. De CvAE nodigt partijen standaard uit voor een zitting (in de huidige situatie doet de CvAE dat in beginsel niet).
- i. De publicaties van de oordelen van de CvAE worden niet meer geanonimiseerd (in de huidige situatie gebeurt dat nog wel). Aan de ondernemer die de klacht indient, kan eventueel de keuze worden geboden om een oordeel van de CvAE toch geanonimiseerd te laten publiceren ('opt out').
- j. Als ingangsvoorwaarde voor een procedure bij de civiele rechter geldt dat eerst een klachtprocedure bij de CvAE moet zijn doorlopen (in de huidige situatie geldt die voorwaarde niet), eventueel in de plaats van de klachtprocedure bij de aanbestedende dienst.

### 3.1.2 Voordelen

Het belangrijkste voordeel van het scenario zoals dat hiervoor in paragraaf 3.1 als *uitgangspunt* is geschetst – en dat geldt ook voor het hierna in paragraaf 5.1 nog te bespreken tweede scenario – is dat de door de CvAE te vervullen rol in beide scenario's niet langer meer een diffuus karakter heeft, zoals dat in de huidige situatie nog wel het geval is (zie paragraaf 2.3 hiervoor). Ongeacht het scenario waar uiteindelijk voor wordt gekozen, zouden de rol en de werkwijze van de CvAE, en wat de aanbestedingspraktijk in dat kader van haar mag verwachten, duidelijker kunnen worden dan in de huidige situatie het geval is.

In het eerste – hiervoor in paragraaf 3.1 geschetste – scenario zal de CvAE immers alleen nog maar een juridisch oordeel geven in concrete geschillen in nog niet afgeronde aanbestedingsprocedures, terwijl zij in het tweede – hierna in paragraaf 4.1 nog te bespreken – scenario enkel en alleen achteraf een inmiddels afgeronde aanbestedingsprocedure evalueert met het oog op het geven van adviezen ten behoeve van de professionalisering in de toekomst.

Wanneer het hiervoor in paragraaf 3.1 als *uitgangspunt* geschetste scenario zou worden aangepast en/of uitgebreid met een of meer van de in die paragraaf geschetste opties, biedt dat nog de volgende voordelen.

Opties a en b: inschakeling van de CvAE op verzoek van beide partijen/mogelijkheid tot vraagstelling

Het voordeel hiervan is dat partijen samen kunnen kiezen voor een bindend karakter van het oordeel van de CvAE. Door ook gezamenlijk een vraag aan de CvAE voor te kunnen leggen, kunnen partijen de tussen hen gerezen kwestie buiten de geschilsfeer houden. Dit vergroot mogelijk de bereidheid van de aanbestedende dienst om te kiezen voor deze optie van gezamenlijke inschakeling van de CvAE met bijbehorende opschorting van de aanbestedingsprocedure en de bereidheid om het oordeel van de CvAE op te volgen.

Opties c, d en e: opschortingsplicht en/of volledig bindend (dan wel 'bindend, tenzij') oordeel CvAE

Deze opties zouden tot een betere naleving van de Aanbestedingswet 2012 kunnen leiden. Een groot voordeel van deze opties is dat het oordeel van de CvAE meer effect heeft in concrete aanbestedingsprocedures.

Optie f: bevoegdheid CvAE om vorderingen toe te wijzen

Met deze bevoegdheid zou een daadwerkelijke oplossing van het geschil kunnen worden gerealiseerd. Voor de aanbestedende dienst wordt bovendien duidelijk wat hij op basis van het oordeel van de CvAE moet doen.

Optie h: CvAE belegt standaard een zitting

Partijen zullen zich meer gehoord voelen als zij hun standpunt mondeling kunnen toelichten tijdens een zitting en zijn daarmee meer betrokken bij de procedure. Bovendien wordt de CvAE met een mondelinge behandeling van het geschil beter voorzien van informatie.

Optie i: oordeel CvAE wordt niet geanonimiseerd

Dit zou een extra prikkel voor aanbestedende diensten kunnen opleveren om de aanbestedingsprocedure tijdens de klachtafhandeling op te schorten en het oordeel van de CvAE op te volgen.

Optie j: CvAE als verplicht voorportaal voor procedure bij de civiele rechter

Deze verplichting kan bijdragen aan een filterende werking, waardoor minder zaken aan de civiele rechter zullen worden voorgelegd.

### **3.1.3 Nadelen**

Anders dan in de huidige situatie het geval lijkt, bestaat in het scenario – zoals dat hiervoor in paragraaf 3.1 als *uitgangspunt* is geschetst – meer duidelijkheid over de rol en de werkwijze van de CvAE: de CvAE geeft alleen nog maar een juridisch oordeel over concrete geschillen die spelen in nog niet afgeronde aanbestedingsprocedures. Die duidelijkheid laat onverlet dat in dit scenario enkele nadelen, die ook in de huidige situatie bestaan (zie paragraaf 2.3), niet worden weggenomen. Uitgangspunt blijft immers dat de CvAE geschillen weliswaar *behandelt*, maar niet *beslecht*. De daarmee verband houdende nadelen zouden eventueel kunnen worden weggenomen door gebruikmaking van een of meer van de in paragraaf 3.1 geschetste opties, op basis waarvan het scenario zou kunnen worden aangepast en/of uitgebreid. Dat biedt voordelen, zoals hiervoor bleek in paragraaf 3.2, maar aan die opties kleven ook enkele nadelen.

Optie c: opschortingsplicht aanbestedende dienst

Door gebruik te maken van deze optie zal het aantal klachten naar verwachting sterk gaan toenemen. Waarschijnlijk zal er een verschuiving plaatsvinden van kort gedingprocedures bij de civiele rechter naar klachtprocedures bij de CvAE. Bovendien ligt het gevaar van strategische inzet van de klachtprocedure op de loer: ondernemers kunnen met een (gratis) klacht de aanbestedingsprocedure immers stilleggen.

Opties d en e: oordeel CvAE volledig bindend dan wel 'bindend, tenzij'

Vooropgesteld dient te worden dat deze optie(s) zich niet goed laten denken zonder ook gebruik te maken van de hiervoor bedoelde optie c. Bij gebrek aan een opschortingsplicht van de aanbestedende dienst zou deze de klachtprocedure immers kunnen frustreren door een overeenkomst met een (andere) inschrijver te sluiten, nog voordat de CvAE een volledig bindend (dan wel 'bindend, tenzij') oordeel heeft gegeven.

Ook overigens zal bij deze optie(s) het aantal klachten naar verwachting sterk gaan toenemen. Er valt een verschuiving te verwachten van kort gedingprocedures bij de civiele rechter naar klachtprocedures bij de CvAE. Dat betekent dat ook hier het gevaar bestaat van misbruik van de klachtprocedure, doordat de procedure bij de CvAE laagdrempeliger is

dan de procedure bij de civiele rechter, onder meer vanwege de kosten en de verplichte inschakeling van een advocaat bij een gerechtelijke procedure.

Indien van deze optie(s) gebruik wordt gemaakt en een ondernemer kiest voor een klachtprocedure bij de CvAE, zal een rechter het bindend advies van de CvAE slechts nog terughoudend c.q. marginaal kunnen toetsen. Een bindend advies wordt aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst in de zin van artikel 7:904, lid 1, BW. De rechter kan een bindend advies slechts vernietigen, indien geen redelijk handelend bindend adviseur tot een dergelijke beslissing had kunnen komen of fundamentele beginselen van behoorlijk procesrecht zijn geschonden. Een bindend advies is nietig indien het bindend advies in strijd is met dwingend recht en tevens naar inhoud en strekking in strijd is met de goede zeden en de openbare orde (artikel 7:902 BW).

Met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor zal de doorlooptijd van de klachtprocedure bij de CvAE als gevolg van deze optie(s) stijgen. Op basis van dit beginsel zullen partijen mogen reageren op nieuwe stukken, zal er een zitting moeten plaatsvinden en zal de inbreng van eventuele experts moeten worden gedeeld met partijen. Daarmee kan de huidige vorm van inzet van experts niet worden voortgezet: de schriftelijke en mondelinge inbreng van experts wordt op dit moment namelijk niet gedeeld met partijen.

Ten slotte is bij de optie van een bindend oordeel van de CvAE problematisch dat andere belanghebbenden niet worden betrokken bij de klachtprocedure. Daarbij valt te denken aan andere gegadigden en inschrijvers, waaronder de winnende inschrijver.

Optie g: CvAE geeft in aanvulling op haar oordeel ook aanbevelingen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk  
Gebruikmaking van deze optie zorgt ervoor dat de rol van de CvAE wederom diffuus wordt. Het scenario schuift daarmee weer op in de richting van de huidige situatie, met als gevolg dat een aantal van de nadelen van de huidige situatie zal terugkeren (zie paragraaf 2.3 hiervoor).

Optie h: CvAE belegt standaard een zitting  
De doorlooptijden zullen als gevolg van deze optie toenemen.

Optie j: CvAE als verplicht voorportaal voor procedure bij de civiele rechter  
De CvAE vormt bij deze optie een extra verplichte instantie, waardoor de duur van de geschilbehandeling kan toenemen. Indien de klachtprocedure bij de CvAE in de plaats komt van de interne klachtafhandeling bij de aanbestedende dienst, komen partijen minder snel zelf tot een oplossing van hun geschil. Bovendien valt de filterende werking van de interne klachtafhandeling dan weg.

### **3.1.4 Benodigde acties**

Het realiseren van het onderhavige scenario heeft relatief weinig voeten in de aarde, althans wanneer dat beperkt blijft tot de hiervoor in paragraaf 3.1 geschetste *uitgangspunten*. Wanneer daarnaast echter ook gebruik wordt gemaakt van een of meer van de geschetste opties, zullen enkele acties moeten worden uitgevoerd.

Opties a en b: inschakeling CvAE op verzoek van beide partijen/mogelijkheid tot vraagstelling  
Het Reglement van de CvAE zal moeten worden gewijzigd. Ook is een nieuw formulier voor indiening van een gezamenlijk verzoek nodig. Voorts heeft de CvAE extra capaciteit nodig om snel een oordeel te kunnen geven met het oog op een verwachte toename van de inschakeling van de CvAE.

Optie c: opschortingsplicht aanbestedende dienst  
Voor een opschortingsplicht van de aanbestedende dienst is niet alleen een wijziging van het Reglement van de CvAE nodig, maar ook een wijziging van de wet. Bovendien zal de

CvAE extra capaciteit nodig hebben met het oog op een verwachte toename van haar inschakeling.

Voor deze optie geldt verder – in samenhang met de hierna nog te bespreken opties d en e – dat zij ondernemers mogelijk aanzet tot strategisch gebruik van de klachtprocedure (zie paragraaf 3.3 hiervoor). Om dat te voorkomen, zou een verplichte financiële bijdrage van de indiener van een klacht kunnen worden overwogen (in de huidige situatie bestaat die verplichting niet en wordt zij ook niet gemist). Een alternatief zou kunnen zijn een garantiebijdrage te vragen van de indiener van een klacht, waarbij die bijdrage dan wordt geretourneerd indien een klachtonderdeel gegrond wordt verklaard. Een dergelijke maatregel zal mogelijk een drempel opwerpen tegen misbruik van de klachtprocedure. Het is de vraag of daarvoor een wijziging van de wet nodig is. In ieder geval zal het Reglement van de CvAE moeten worden aangepast. Ook zal het opleggen van de betalingsverplichting, de inning daarvan en de eventuele terugbetaling moeten worden georganiseerd, waardoor de werkbelasting van de CvAE zal worden verzwaaard.

Opties d en e: oordeel CvAE volledig bindend dan wel 'bindend, tenzij'

Voor een volledig oordeel (of 'bindend, tenzij') is niet alleen een wijziging van het Reglement van de CvAE nodig, maar ook een wijziging van de wet. Met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor zal er ook standaard een zitting moeten plaatsvinden. Tevens zullen de overeenkomsten met de experts, alsmede hun vergoedingen moeten worden gewijzigd in verband met een andere inzet van de experts. Voorts heeft de CvAE extra capaciteit nodig met het oog op een verwachte toename van de inschakeling van de CvAE en de standaard zitting.

Optie f: bevoegdheid CvAE om vorderingen toe te wijzen

Voor de bevoegdheid om vorderingen te kunnen toewijzen, is niet alleen een wijziging van het Reglement van de CvAE nodig, maar ook een wijziging van de wet.

Optie h: CvAE belegt standaard een zitting

Om in iedere klachtprocedure standaard een zitting te houden, is een wijziging van het Reglement van de CvAE nodig. Ook heeft de CvAE daarvoor extra capaciteit nodig. Ten slotte heeft de CvAE dan regelmatig een geschikte zittingsruimte nodig.

Optie i: oordeel CvAE wordt niet geanonimiseerd

Bij gebruikmaking van deze optie zal het Reglement van de CvAE moeten worden aangepast.

Optie j: CvAE als verplicht voorportaal voor procedure bij de civiele rechter

Voor een verplichte procedure bij de CvAE, alvorens naar de civiele rechter te kunnen gaan, is een wijziging van de wet nodig. Voorts heeft de CvAE extra capaciteit nodig met het oog op een verwachte toename van de inschakeling van de CvAE. Ten slotte zal er met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor ook standaard een zitting moeten plaatsvinden. Zie voor de daarvoor benodigde acties het voorgaande.

## **3.2 Toekomstscenario 1b: geschillen alleen behandelen vóór inschrijving**

### **3.2.1 Uitgangspunten**

Ook in dit scenario is de CvAE een onafhankelijke instantie die wordt ingeschakeld op verzoek van één partij naar aanleiding van een concreet geschil. In dit scenario kan een klacht alleen bij haar worden ingediend vóór de uiterste termijn voor indiening van de inschrijvingen, of in voorkomend geval de verzoeken tot deelneming (in de huidige situatie: ook na indiening van de verzoeken tot deelneming, na indiening van de inschrijvingen en ook na het sluiten van de overeenkomst). Bijstand door een advocaat is niet vereist.

Een aanbestedende dienst is verplicht om aan een verzoek van de CvAE gehoor te geven de uiterste datum voor indiening van de inschrijvingen of in voorkomend geval de verzoeken tot deelneming op te schorten in afwachting van het advies van de CvAE (in de huidige situatie bestaat die opschortingsplicht niet). De klacht wordt met spoed behandeld.

De CvAE kan bij de behandeling van een klacht experts inschakelen. De meeste zaken worden zonder zitting afgedaan. 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 kan geen vorderingen toewijzen of sancties opleggen. De CvAE doet in aanvulling op haar oordeel geen aanbevelingen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk (in de huidige situatie doet zij dat wel). Haar oordelen en aanbevelingen worden geanonimiseerd gepubliceerd.

Gegeven de bovenstaande uitgangspunten, zou het scenario nog kunnen worden aangepast en/of aangevuld op basis van een of meer van de volgende opties:

- a. Inschakeling van de CvAE geschiedt op verzoek van beide partijen (in de huidige situatie: alleen op verzoek van één partij), mits zij vooraf instemmen met opvolging van het oordeel van de CvAE.
- b. Beide partijen kunnen gezamenlijk een *vraag* ter beantwoording aan de CvAE voorleggen (in de huidige situatie kan dat slechts naar aanleiding van een concreet geschil), mits zij vooraf instemmen met opvolging van het oordeel van de CvAE zoals dat volgt uit de beantwoording van de gestelde vraag.
- c. Slechts een brancheorganisatie kan een klacht bij de CvAE indienen.
- d. Er wordt een termijn bepaald waarbinnen de CvAE advies moet uitbrengen.
- e. Het oordeel van de CvAE is bindend (in de huidige situatie is het oordeel niet-bindend), zodat sprake is van daadwerkelijke *geschilbeslechting*.
- f. Het oordeel zou ook een niet *volledig* bindend karakter kunnen hebben, waarbij in de wet de verplichting voor de aanbestedende dienst wordt vastgelegd om te motiveren waarom het oordeel van de CvAE in voorkomend geval niet wordt opgevolgd: '*comply or explain*' (het oordeel van de CvAE zou daarmee 'bindend, tenzij' worden).
- g. Indien het oordeel van de CvAE volledig bindend wordt, krijgt de CvAE ook de bevoegdheid vorderingen toe te wijzen (in de huidige situatie heeft de CvAE die bevoegdheid niet). Een vordering tot schadevergoeding zal zij niet kunnen toewijzen.
- h. De CvAE geeft in aanvulling op haar oordeel aanbevelingen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk (zoals zij dat in de huidige situatie ook doet).
- i. De CvAE nodigt partijen standaard uit voor een zitting (in de huidige situatie doet de CvAE dat in beginsel niet).
- j. De publicaties van de oordelen van de CvAE worden niet meer geanonimiseerd (in de huidige situatie gebeurt dat nog wel).

### **3.2.2 Voordelen**

Het belangrijkste voordeel van scenario 1a is dat de CvAE richting kan geven in de beginfase van de aanbestedingsprocedure. Doordat aanbestedende diensten verplicht zijn de uiterste datum voor indiening van de inschrijvingen – of in voorkomend geval de verzoeken tot deelneming – op te schorten is aanpassing van de aanbestedingsprocedure naar aanleiding van het advies nog mogelijk. 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.

Indien deze klachtenprocedure alleen wordt opengesteld voor brancheorganisaties (optie c) wordt voorkomen dat individuele ondernemingen misbruik van de procedure maken met het oog op de opschortingsplicht voor de aanbestedende dienst.

Indien een termijn wordt bepaald waarbinnen de CvAE advies moet uitbrengen (optie d), is duidelijk binnen welke termijn duidelijkheid wordt verkregen en de aanbestedende dienst verder kan met de aanbestedingsprocedure.

Wanneer het hiervoor in paragraaf 3.2.1 als *uitgangspunt* geschetste scenario zou worden aangepast en/of uitgebreid met een of meer van de in die paragraaf geschetste opties, biedt dat dezelfde voordelen als voor deze opties in het kader van scenario 1a in paragraaf 3.1.2 zijn omschreven.

### **3.2.3 Nadelen**

Als gevolg van de opschortingsplicht voor aanbestedende diensten zal het aantal klachten naar verwachting sterk gaan toenemen. Waarschijnlijk zal er een verschuiving plaatsvinden van kort gedingprocedures bij de civiele rechter naar klachtprocedures bij de CvAE. Bovendien ligt het gevaar van strategische inzet van de klachtprocedure op de loer: ondernemers kunnen met een (gratis) klacht de aanbestedingsprocedure immers stilleggen.

Dit effect kan worden beperkt door deze procedure slechts open te stellen voor brancheorganisaties (optie c). Nadeel van deze optie is dat ondernemers afhankelijk zijn van de bereidheid van hun brancheorganisatie of zij een klacht bij de CvAE kunnen indienen. Ondernemers zonder brancheorganisatie kunnen niet (via een brancheorganisatie) met deze procedure bij de CvAE terecht.

Als gevolg van de opschortingsplicht zullen de desbetreffende aanbestedingsprocedures vertraging oplopen. De klachten zullen wel met spoed worden behandeld om die vertraging zoveel mogelijk te beperken. In dat kader kan een termijn worden bepaald waarbinnen de CvAE advies moet uitbrengen (optie d). De ervaring leert echter dat de beoordeling van klachten in deze fase van de aanbestedingsprocedure (zoals klachten betreffende de technische specificaties) vaak meer tijd vergt dan klachten na de gunningsbeslissing (zoals klachten over de mogelijkheid om fouten in de inschrijving te herstellen). Bij de eerste soort klachten heeft de CvAE vaak behoefte aan inschakeling van experts. Dit is iets om rekening mee te houden bij de bepaling van de termijn.

Wanneer het hiervoor in paragraaf 3.2.1 als *uitgangspunt* geschetste scenario zou worden aangepast en/of uitgebreid met een of meer van de in die paragraaf geschetste opties, biedt dat verder dezelfde voordelen als voor deze opties in het kader van scenario 1a in paragraaf 3.1.3 zijn omschreven.

### **3.2.4 Benodigde acties**

Voor een opschortingsplicht van de aanbestedende dienst is niet alleen een wijziging van het Reglement van de CvAE nodig, maar ook een wijziging van de wet. Bovendien zal de CvAE vermoedelijk extra capaciteit nodig hebben met het oog op een verwachte toename van haar inschakeling, nog eens te meer indien er een termijn wordt gesteld waarbinnen advies moet worden uitgebracht.

Met een wijziging van het Reglement kan worden bewerkstelligd dat slechts beroep kan worden ingesteld door brancheorganisaties (optie c). Mogelijk is daarvoor ook een wijziging van de wet nodig.



Voor dit scenario geldt verder dat indien het wordt aangepast en/of uitgebreid met een of meer van de andere in paragraaf 3.2.1 geschetste opties daarvoor dezelfde acties nodig zijn als voor deze opties in het kader van scenario 1a in paragraaf 3.1.4 zijn omschreven.

## **4. Toekomstscenario 2: evalueren van een afgeronde aanbestedingsprocedure en adviseren enkel met het oog op professionalisering in de toekomst**

### **4.1 Uitgangspunten**

In dit scenario is de CvAE opnieuw een onafhankelijke instantie die wordt ingeschakeld op verzoek van één partij naar aanleiding van een concreet geschil. Anders dan in scenario 1a en 1b (zie hoofdstuk 3) kan in het onderhavige scenario alleen na het sluiten van de overeenkomst een klacht bij de CvAE worden ingediend. Een verplichting van de aanbestedende dienst om de aanbestedingsprocedure vervolgens op te schorten, is in dit scenario dan ook niet meer aan de orde. De klacht zal ook overigens niet meer met spoed worden behandeld. Net als in de huidige situatie en in het vorige scenario het geval is, is in dit scenario bijstand door een advocaat niet vereist. De CvAE kan bij de behandeling van een klacht wel weer experts inschakelen.

Het doel van de klachtprocedure is – anders dan in de huidige situatie en in scenario 1a en 1b (zie paragraaf 2.1 en hoofdstuk 3.1) – nu niet meer het geven van een juridisch 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.

Gegeven de bovenstaande uitgangspunten, zou het scenario nog kunnen worden aangepast en/of aangevuld op basis van een of meer van de volgende opties:

- a. De CvAE wordt ingeschakeld op verzoek van beide partijen (in de huidige situatie: alleen op verzoek van één partij).
- b. De CvAE treedt op eigen initiatief op naar aanleiding van eigen onderzoek op basis van openbare informatie (zoals te vinden op TenderNed) en naar aanleiding van tips (in de huidige situatie kan de CvAE alleen optreden op verzoek van één partij en naar aanleiding van een concreet geschil).
- c. De CvAE kan (andere) belanghebbenden, zoals brancheorganisaties, bij de evaluatie betrekken, al dan niet na een algemene oproep.
- d. De CvAE kan de evaluatie door experts zelfstandig laten uitvoeren (in de huidige situatie gebeurt dat niet).

### **4.2 Voordelen**

In dit scenario is inschakeling van de CvAE, zoals gezegd, alleen nog mogelijk na afronding van de aanbestedingsprocedure. De CvAE kan geen juridisch oordeel meer geven in een concreet geschil, met als gevolg dat zo'n oordeel en een eventuele aanbeveling van de CvAE ook overigens geen impact meer zullen hebben op de aanbestedingsprocedure in kwestie.

Gegeven deze uitgangspunten biedt dit scenario goede randvoorwaarden om te bewerkstelligen dat tussen de betrokken actoren onderling en de CvAE een constructieve verhouding ontstaat, die kan uitmonden in aanbevelingen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk in de toekomst. Te verwachten valt bijvoorbeeld dat aanbestedende diensten zich minder defensief zullen opstellen dan in een

scenario dat is gericht op juridische oordeelvorming ten aanzien van een concreet geschil. De evaluatiebijeenkomst(en) die met de ondernemer en de aanbestedende dienst worden belegd, bieden bovendien de ruimte om elkaar van feedback te voorzien (en daarvoor open te staan) en om open van gedachten te wisselen over hoe het in de toekomst beter kan. Partijen zullen zich bovendien 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. Voorts wordt de CvAE op deze manier beter voorzien van informatie die zij nodig heeft om tot dergelijke aanbevelingen te komen.

Wanneer het hiervoor in paragraaf 4.1 als *uitgangspunt* geschetste scenario zou worden aangepast en/of uitgebreid met een of meer van de in die paragraaf geschetste opties, biedt dat nog de volgende voordelen.

Optie a: inschakeling CvAE op verzoek van beide partijen

Gebruikmaking van deze optie draagt er verder toe bij dat de betrokken ondernemer en de aanbestedende dienst vanuit een constructieve opstelling zullen deelnemen aan de evaluatie van de aanbestedingsprocedure. De procedure en de uitkomst daarvan kunnen daardoor op meer draagvlak van beide partijen rekenen.

Optie b: CvAE treedt op eigen initiatief op

Indien de CvAE de bevoegdheid krijgt zelfstandig op te treden, kunnen meer kwesties met betrekking tot overheidsinkoop die verbetering behoeven, maar die nu buiten het zicht blijven omdat daar geen klachten over worden ingediend, worden aangekaart en verbeterd. Dat kan weer een bijdrage leveren aan de verdere verbetering van de professionalisering van de inkooppraktijk.

Optie c: CvAE betreft andere belanghebbenden bij de evaluatie

Door ook andere belanghebbenden te betrekken, wordt de CvAE beter voorgelicht en kan het draagvlak voor de aanbevelingen die uit de evaluatie volgen binnen de aanbestedingspraktijk worden vergroot.

Optie d: CvAE laat evaluatie zelfstandig door experts uitvoeren

Omdat de procedure in dit scenario niet meer is gericht op juridische oordeelvorming in het concreet voorliggende geval, maar het accent van de procedure verschuift naar het doen van aanbevelingen ter verbetering van de aanbestedingspraktijk in de toekomst, is strakke inhoudelijke regievoering over de ingeschakelde experts minder noodzakelijk. De evaluatie kan – in daarvoor in aanmerking komende gevallen – worden overgelaten aan de experts, waardoor de leden van de CvAE worden ontlast.

#### **4.3 Nadelen**

Een wezenskenmerk van het onderhavige scenario is natuurlijk dat de CvAE geen (juridisch) oordeel geeft in het concrete geval en dat de in het onderhavige scenario voorziene evaluatieprocedure het concrete geschil tussen partijen ook overigens niet oplost. In dat licht bezien is het de vraag of ondernemers nog tijd en energie zullen willen 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. De evaluatieprocedure zal naar verwachting ook overigens een langere doorlooptijd hebben dan de procedure die in de huidige situatie wordt toegepast.

#### **4.4 Benodigde acties**

Voor het realiseren van het onderhavige scenario zijn relatief weinig acties nodig, althans wanneer het scenario beperkt blijft tot de hiervoor in paragraaf 4.1 geschetste *uitgangspunten*. Wat nodig is, is een aanpassing van het Reglement van de CvAE voor zover daarin nu nog is bepaald dat de CvAE een (schriftelijk, juridisch) oordeel geeft. Ook

is een nieuw formulier nodig waarmee een onderneming om een evaluatieprocedure kan verzoeken. 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. Voor die bijeenkomsten zullen waarschijnlijk ook extra personele capaciteit en een overlegruimte nodig zijn.

Wanneer uitvoering van het scenario niet beperkt blijft tot de in paragraaf 4.1 geschetste *uitgangspunten*, maar daarnaast ook gebruik wordt gemaakt van een of meer van de geschetste opties, zullen de volgende acties moeten worden uitgevoerd.

Optie a: inschakeling CvAE op verzoek van beide partijen

Het Reglement van de CvAE zal hiervoor moeten worden gewijzigd. Ook is er een nieuw formulier voor indiening van een gezamenlijk verzoek nodig.

Optie b: CvAE treedt op eigen initiatief op

Voor deze optie is niet alleen een wijziging van het Reglement van de CvAE nodig, maar ook een wijziging van de wet.

Optie c: CvAE betreft andere belanghebbenden bij de evaluatie

Ook voor deze optie is wijziging van het Reglement van de CvAE nodig. Indien een algemene oproep aan belanghebbenden wordt gedaan om deel te nemen aan de evaluatieprocedure, zal die oproep bekend moeten worden gemaakt op de website van de CvAE. Met potentieel meer deelnemers aan de evaluatiebespreking(en) zal behoefte ontstaan aan een overlegruimte met grotere capaciteit.

Optie d: CvAE laat evaluatie zelfstandig door experts uitvoeren

Om evaluaties zelfstandig door experts te kunnen laten uitvoeren, is waarschijnlijk een aanpassing van het Reglement van de CvAE nodig. Tevens zullen de overeenkomsten met de experts, alsmede hun vergoedingen moeten worden gewijzigd.

## 5. Toekomstscenario 3: toezicht houden

### 5.1 Uitgangspunten

In dit scenario functioneert de CvAE als onafhankelijk toezichthouder. De CvAE treedt zelfstandig op naar aanleiding van openbare informatie (bijvoorbeeld op TenderNed), klachten en tips en kan op eigen initiatief onderzoek doen. Anders dan in de huidige situatie treedt de CvAE dus niet alleen op naar aanleiding van een concreet geschil. De CvAE is bevoegd informatie bij aanbestedende diensten op te vragen en de aanbestedende diensten zijn verplicht de gevraagde informatie te verschaffen (die verplichting bestaat in de huidige situatie niet).

De CvAE kan als toezichthouder zowel tijdens de aanbestedingsprocedure als na het sluiten van de overeenkomst optreden. Wanneer de CvAE tijdens de aanbestedingsprocedure optreedt, is de aanbestedende dienst verplicht de aanbestedingsprocedure op te schorten (die verplichting bestaat in de huidige situatie niet). De CvAE zal de procedure in dat geval met spoed behandelen. Bijstand door een advocaat is niet vereist. De CvAE kan bij de behandeling van een klacht experts inschakelen.

De procedure leidt in dit scenario tot een juridisch oordeel dat geanonimiseerd wordt gepubliceerd. Het oordeel van de CvAE is bindend indien de aanbestedingsprocedure nog niet is afgerond. In dat geval is – anders dan in de huidige situatie – sprake van *geschilbeslechting* en zal standaard een zitting worden gehouden. Is de overeenkomst echter reeds gesloten, dan heeft het oordeel van de CvAE in dit scenario een niet-bindend karakter. De CvAE kan in dit scenario geen vorderingen toewijzen of sancties opleggen.

Gegeven de bovenstaande uitgangspunten, zou het scenario nog kunnen worden aangepast en/of aangevuld op basis van een of meer van de volgende opties:

- a. De procedure bij de CvAE heeft een exclusief karakter: een ondernemer heeft in beginsel geen toegang meer tot de voorzieningenrechter in kort geding wanneer hij tijdens de aanbestedingsprocedure een klacht bij met betrekking tot die procedure aanhangig wil maken. Hij kan met die klacht dan alleen bij de CvAE terecht.
- b. De CvAE kan (andere) belanghebbenden, zoals brancheorganisaties, bij de procedure betrekken, al dan niet na een algemene oproep.
- c. De CvAE kan boetes opleggen.
- d. De CvAE geeft in aanvulling op haar oordeel ook een aanbeveling met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk (zoals zij dat in de huidige situatie ook doet).
- e. De publicaties van de oordelen van de CvAE worden niet meer geanonimiseerd (in de huidige situatie gebeurt dat nog wel). In het geval dat het oordeel is gegeven op een klacht van een ondernemer, kan die ondernemer eventueel de keuze worden geboden om een oordeel van de CvAE toch geanonimiseerd te laten publiceren ('opt out').

### 5.2 Voordelen

In een scenario waarin de CvAE fungeert als onafhankelijk toezichthouder die de bevoegdheid heeft om ook zelfstandig op te treden, kunnen 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.

Door de aanbestedende dienst te verplichten een nog lopende aanbestedingsprocedure op te schorten en door een bindend karakter te geven aan het oordeel dat de CvAE vervolgens geeft, heeft dat oordeel effect in de concrete aanbestedingsprocedure.

Wanneer het hiervoor in paragraaf 5.1 als *uitgangspunt* geschetste scenario zou worden aangepast en/of uitgebreid met een of meer van de in die paragraaf geschetste opties, biedt dat nog de volgende voordelen.

Optie a: de procedure bij de CvAE heeft tijdens de aanbestedingsprocedure een exclusief karakter

Wanneer van deze optie gebruik wordt gemaakt, leidt dat in feite tot de vorming van één "aanbestedingsautoriteit" die tijdens de aanbestedingsprocedure bindende oordelen geeft, daar waar in de huidige situatie meerdere voorzieningenrechtshouders gezamenlijk die functie vervullen. Concentratie van zaken draagt mogelijk verder bij aan de rechtseenheid en de voorspelbaarheid van de uitkomsten van procedures.

Optie b: CvAE betreft andere belanghebbenden bij de procedure

Door ook andere belanghebbenden bij de procedure te betrekken, wordt de CvAE beter voorgelicht en kan het draagvlak voor het juridisch oordeel dat de CvAE uiteindelijk geeft, worden vergroot.

Optie c: CvAE kan boetes opleggen

Indien de CvAE boetes kan opleggen, kunnen oordelen van de CvAE, voor zover die pas na afronding van de aanbestedingsprocedure worden gegeven, toch nog effect hebben, niettegenstaande het feit dat een in die fase gegeven oordeel geen bindend karakter heeft. Ook dit zal kunnen bijdragen aan de correcte naleving van de aanbestedingsregelgeving.

Optie e: oordeel CvAE wordt niet geanonimiseerd

Dit zou een extra prikkel voor aanbestedende diensten kunnen opleveren om een oordeel, ook wanneer dat pas na afronding van de aanbestedingsprocedure wordt gegeven, waardoor het een niet-bindend karakter heeft, toch op te volgen.

### **5.3 Nadelen**

In een scenario waarin de CvAE de rol krijgt van onafhankelijk toezichthouder, komt mogelijk de toepasselijkheid van het bestuursrecht in beeld. Dat kan betekenen dat beroep zal kunnen worden ingesteld bij de bestuursrechter tegen oordelen van de CvAE. Dat zal een belangrijke aanpassing vergen van met name de rechtspraak.

Inherent aan dit scenario is bovendien dat wanneer de CvAE besluit op te treden in het stadium dat een aanbestedingsprocedure nog niet is afgerond, de aanbestedende dienst verplicht is de aanbesteding op te schorten en het daarop volgende bindende advies van de CvAE op te volgen. In het veronderstelde geval dat de procedure bij de CvAE laagdrempeliger is dan de procedure bij de civiele rechter, vanwege de kosten en de verplichte inschakeling van een advocaat bij een gerechtelijke procedure, is de verwachting dat in het onderhavige scenario een verschuiving zal gaan plaatsvinden van kort gedingprocedures bij de civiele rechter naar de procedure bij de CvAE. Bovendien ligt in dit scenario het gevaar van strategische inzet van de procedure bij de CvAE op de loer: ondernemers kunnen immers met een (gratis) klacht de aanbestedingsprocedure stilleggen.

Indien een ondernemer in dit scenario kiest voor een procedure bij de CvAE in plaats van bij de civiele rechter, is de weg naar de rechter voor de aanbestedende dienst voorlopig afgesneden. Na een bindend advies van de CvAE zal slechts nog een terughoudende c.q. marginale toetsing door een rechter kunnen plaatsvinden. Zoals hiervoor al werd opgemerkt, is dat dan mogelijk een bestuursrechter.

Met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor zal de doorlooptijd van de procedure bij de CvAE toenemen. Op basis van dit beginsel zullen partijen mogen reageren op nieuwe stukken en zal er een zitting moeten plaatsvinden waardoor de doorlooptijden langer zullen worden. Ook zal de inbreng van eventuele experts moeten worden gedeeld met partijen. Daarmee kan de huidige inzet van experts niet worden voortgezet: de schriftelijke en mondelinge inbreng van experts wordt op dit moment namelijk niet gedeeld met partijen.

In aanvulling op de hiervoor genoemde nadelen, kunnen nog de volgende nadelen van de in paragraaf 5.1 genoemde opties worden genoemd.

Optie a: de procedure bij de CvAE heeft tijdens de aanbestedingsprocedure een exclusief karakter

Deze optie leidt zoals gezegd tot de vorming van één "aanbestedingsautoriteit" die tijdens de aanbestedingsprocedure bindende oordelen geeft. Dat biedt weliswaar voordelen, maar het is de vraag of die voordelen niet eveneens – en wellicht zelfs efficiënter – zouden kunnen worden gerealiseerd door de vorming van één "aanbestedingskamer" binnen de overheidsrechtspraak.

Optie d: CvAE geeft in aanvulling op haar oordeel ook aanbevelingen met het oog op professionalisering van de aanbestedingspraktijk

Gebruikmaking van deze optie zorgt ervoor dat de rol van de CvAE wederom diffuus wordt. Het scenario schuift daarmee immers weer op in de richting van de huidige situatie, met als gevolg dat een aantal van de nadelen van de huidige situatie zal terugkeren (zie paragraaf 2.3 hiervoor). Dit zal met name het geval zijn wanneer de CvAE besluit op te treden naar aanleiding van een klacht van een individuele onderneming met betrekking tot een concrete aanbestedingsprocedure.

#### **5.4 Benodigde acties**

Voor de onderzoeksbevoegdheid van de CvAE, de bevoegdheid om informatie bij aanbestedende diensten op te vragen, de verplichting voor aanbestedende diensten om informatie te verschaffen, de opschortingsplicht van aanbestedende diensten en voor het bindende karakter van de oordelen van de CvAE in geval een aanbestedingsprocedure nog niet is afgerond, is niet alleen een wijziging van het Reglement van de CvAE nodig, maar ook een wijziging van de wet. Voorts zal de CvAE extra capaciteit nodig hebben met het oog op een verwachte toename van haar inschakeling.

Voor dit scenario geldt verder nog dat het ondernemers mogelijk aanzet tot strategisch gebruik van de voorziene procedure (zie paragraaf 5.3 hiervoor). Om dat te voorkomen, zou een verplichte financiële bijdrage van de indiener van een klacht kunnen worden overwogen. Een alternatief zou kunnen zijn een garantiebijdrage te vragen van de indiener van een klacht, waarbij die bijdrage dan wordt geretourneerd indien een klachtonderdeel gegrond wordt verklaard. Een dergelijke maatregel zal mogelijk een drempel opwerpen tegen misbruik van de procedure. Het is de vraag of daarvoor een wijziging van de wet nodig is. In ieder geval zal het Reglement van de CvAE moeten worden aangepast. Ook zal het opleggen van de betalingsverplichting, de inning daarvan en de eventuele terugbetaling moeten worden georganiseerd, waardoor de werkbelasting van de CvAE zal worden verzwaard.

Met het oog op het beginsel van hoor en wederhoor zal er ook standaard een zitting moeten plaatsvinden, waarvoor wijziging van het Reglement van de CvAE nodig is. Tevens zullen de overeenkomsten met de experts, alsmede hun vergoedingen moeten worden gewijzigd in verband met een andere inzet van de experts. Ook heeft de CvAE daarvoor extra capaciteit en zittingsruimte nodig.

Wanneer daarnaast ook gebruik wordt gemaakt van een of meer van de geschetste opties, betekent dat nog het volgende.

Optie a: de procedure bij de CvAE heeft tijdens de aanbestedingsprocedure een exclusief karakter

Het realiseren van deze optie vraagt om een aanzienlijke stelselwijziging met bijbehorende wijzigingen van wetgeving en het Reglement van de CvAE.

Optie c: CvAE kan boetes opleggen

Ook voor deze optie is wijziging van de wet en van het Reglement van de CvAE nodig.



## **6. Toekomstscenario 4: *amicus curiae* in kort geding of bodemprocedure**

### **6.1 Uitgangspunten**

*Amicus curiae* betekent letterlijk vertaald: "vriend van de rechtbank". Daarmee worden instanties of personen bedoeld die geen partij zijn in een rechtszaak, maar die – gevraagd of ongevraagd – hun mening of advies over de zaak aan de rechter geven.

Ook in dit scenario opereert de CvAE als een onafhankelijke instantie. De CvAE kan als *amicus curiae* een niet-bindend advies aan de rechter geven over een geschil met betrekking tot een aanbestedingsprocedure waarover de rechter moet oordelen. De rechter kan de CvAE om een dergelijk advies verzoeken (vergelijk artikel 8.45 Awb, alsmede het recent verschenen evaluatierapport van de Raad van State, 'De *amicus curiae* geëvalueerd').

### **6.2 Voordelen**

De expertise van de CvAE kan in dit scenario worden benut in de procedure bij de rechter.

### **6.3 Nadelen**

Bij inschakeling van de CvAE als *amicus curiae* neemt de doorlooptijd van de kort gedingprocedure toe.

### **6.4 Benodigde acties**

De bevoegdheid van de rechter en de CvAE en de informatieverstopping 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. Voor een snelle advisering in de civiele procedure zal extra capaciteit van de CvAE nodig zijn.

## **7. Opheffen CvAE**

### **7.1 Voordelen**

Het wegvallen van de kosten van de CvAE levert een directe financiële besparing op, althans wanneer opheffing van de CvAE niet wordt gecompenseerd door het treffen van een alternatieve voorziening binnen of buiten het huidige systeem van rechtsbescherming op het terrein van overheidsaanbestedingen.

### **7.2 Nadelen**

Vooropgesteld dat opheffing van de CvAE niet wordt gecompenseerd door het treffen van een alternatieve voorziening binnen of buiten het huidige systeem van rechtsbescherming, zal er geen laagdrempelig alternatief meer bestaan voor de kort gedingprocedure in aanbestedingszaken. Met name voor MKB-ondernemingen is de drempel om een kort geding aanhangig te maken in aanbestedingszaken vaak (te) hoog vanwege de kosten en de verplichte inschakeling van een advocaat en vanwege de mogelijkheid van beschadiging van de relatie met de aanbestedende dienst. Voor deze ondernemingen bestaan dan onvoldoende mogelijkheden voor een effectieve rechtsbescherming.

### **7.3 Benodigde acties**

Artikel 4.27 Aanbestedingswet 2012 zal moeten worden ingetrokken en er zullen maatregelen moeten worden getroffen om de CvAE te beëindigen.

## 8. Combinaties van scenario's

In het voorgaande zijn – naast de huidige situatie (zie paragraaf 2) – de volgende zes mogelijk toekomstscenario's beschreven:

1. Geschillen behandelen (eventueel ook: *beslechten*, zie paragraaf 3);
- 1a. Geschillen behandelen zowel vóór als ná inschrijving (zie paragraaf 3.1)
- 1b. Geschillen behandelen vóór inschrijving (zie paragraaf 3.2);
2. Evalueren van een afgeronde aanbestedingsprocedure en adviseren enkel met het oog op professionalisering in de toekomst (zie paragraaf 4);
3. Toezicht houden (zie paragraaf 5);
4. *Amicus curiae* in kort geding of bodemprocedure (zie paragraaf 6);
5. Opheffen CvAE (zie paragraaf 7).

Een combinatie van een aantal van deze scenario's lijkt onder voorwaarden mogelijk. Te denken valt aan een combinatie van scenario 1a en 2 of scenario 1b en 2, vooropgesteld dat deze scenario's duidelijk als twee zelfstandige en los van elkaar staande mogelijkheden worden gepositioneerd. Voorkomen dient te worden, zoals in de huidige situatie het geval is, dat de door de CvAE te vervullen rol een te diffuus karakter krijgt (zie ook paragraaf 2.3 hiervoor).

Indien wordt geopteerd voor de combinatie van scenario 1a en 2, lijkt de invoering van een opschortingsplicht voor aanbestedende diensten bij scenario 1a noodzakelijk om beide procedures goed tot hun recht te kunnen laten komen. Klachten die worden ingediend tijdens de aanbestedingsprocedure worden dan als een geschil beslecht (scenario 1a) en klachten die na afronding van de aanbestedingsprocedure worden ingediend, worden onderwerp van een evaluatietraject dat zich richt op professionalisering van de aanbestedingspraktijk in de toekomst (scenario 2).

Verder kan scenario 1b worden gecombineerd met zowel de huidige werkwijze van de CvAE als met scenario's 1a zonder opschortingsplicht, in die zin dat bij klachten vóór inschrijving sprake is van een opschortingsplicht en bij klachten ná inschrijving niet. Indien klachten in scenario 1b slechts kunnen worden ingediend door brancheorganisaties is dit scenario ook goed te combineren met de huidige situatie of scenario 1a zonder opschortingsplicht. Alleen bij klachten die vóór inschrijving door brancheorganisaties worden ingediend, geldt dan een opschortingsplicht. Voor klachten ingediend door ondernemers of ná inschrijving geldt dan geen opschortingsplicht.

Scenario 1b kan ook worden gecombineerd met scenario 2.

Ten slotte lijkt scenario 4 goed te combineren met zowel de huidige werkwijze van de CvAE als met de scenario's 1a, 1b, 2 en 3.