



Ministerie van Economische Zaken

Aanbestedingsrechtspraak in Nederland

1 september 2004 - 31 augustus 2009

Eindrapport, juni 2010



Aanbestedingsrechtspraak in Nederland

1 september 2004 - 31 augustus 2009

Eindrapport, juni 2010

Van Doorne

Gijs Verberne
Philip Juttmann
Maïte Ottes
Tamara Butter

PricewaterhouseCoopers

Ton Jonker
Bas Warmenhoven
Richard Bosch

Opdrachtgever

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, onder begeleiding van Aimée Verhulsdonck en Michiel van Dijk.

Begeleidingscommissie

Mr. dr. H.D. van Romburgh (Ministerie van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit), voorzitter
Mr. drs. N. Hagemans (Ministerie van Justitie)
Mr. L.A.M.C. van Beek (VNO-NCW)

Amsterdam, juni 2010, © Van Doorne N.V.

Voor vragen en opmerkingen naar aanleiding van dit rapport kunt u contact opnemen met Gijs Verberne van Van Doorne (verberne@van-doorne.com/020-6789278)

INHOUDSOPGAVE

1	Inleiding	4
1.1	Aanleiding voor het onderzoek	4
1.2	Onderzochte uitspraken, bronnen	4
1.3	Onderzoeksperiode, onderzoeksjaren	4
1.4	Onderzoeksopzet.....	5
1.5	Opbouw van het rapport.....	6
2	Algemene informatie over de uitspraken	7
2.1	Ontwikkeling van de aantallen uitspraken	7
2.2	Type rechtszaken	7
2.3	Type gerechtelijke instelling.....	8
2.4	Uitspraken per gerechtelijke instelling.....	10
2.5	Betrokken aanbestedende diensten (gedaagden).....	13
2.6	Betrokken ondernemers (eisers).....	18
2.7	Moment van starten procedure	19
3	Onderwerp van de procedure.....	21
3.1	Verloop aanbesteding vs. aanbestedingsplicht.....	21
3.2	Soort opdracht waarop de procedure betrekking heeft	21
3.3	Opdrachten boven/onder de drempelwaarde.....	22
3.4	Toepasselijke regelgeving/reglementen	24
3.5	Gevolgde aanbestedingsprocedure, gehanteerde gunningscriterium.....	27
3.6	Fase in aanbestedingsprocedure	28
4	Inhoud van het geschil.....	29
4.1	Gronden voor starten procedure	29
4.2	Wijze van toetsing (inhoudelijk/marginaal).....	33
4.3	Uitkomst procedure	36
4.4	Dictum	41
5	Samenvatting en Conclusies.....	44
6	Vragen voor verder onderzoek.....	47
	Bijlage 1 - Startnotitie onderzoek "Analyse jurisprudentie bij aanbestedingsgeschillen"	48

1 INLEIDING

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Dit onderzoek naar aanbestedingsrechtspraak is verricht in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken (hierna: het Ministerie). De basis voor het onderzoek wordt gevormd door de Startnotitie onderzoek "Analyse jurisprudentie bij aanbestedingsgeschillen" van 12 augustus 2009. Deze startnotitie is bij dit rapport gevoegd als Bijlage 1.

Conform de startnotitie is het doel van dit onderzoeksrapport om op basis van een kwantitatieve en kwalitatieve analyse inzicht te geven in de gevoerde gerechtelijke procedures bij aanbestedingsgeschillen in het tijdvak 2004 - 2009. De uitgevoerde kwantitatieve analyse betreft onder meer de aantallen zaken, de typen eisers en gedaagden, en de uitkomst van de geschillen. De kwalitatieve analyse richt zich onder meer op de gronden voor het starten van een procedure en de wijze van toetsing door de rechter.

Het uitgevoerde onderzoek geeft geen antwoord op de vraag hoe vaak, en om welke redenen, ondernemers in aanbestedingsgeschillen afzien van een gang naar de rechter. Om die vraag te kunnen beantwoorden is nader (en andersoortig) onderzoek vereist.

1.2 Onderzochte uitspraken, bronnen

Dit onderzoeksrapport is gebaseerd op 599 aanbestedingszaken. Het betreft zaken van rechtbanken, gerechtshoven, de Hoge Raad en de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: Raad van Arbitrage). Het onderzoek omvat zowel bodemprocedures als zaken in kort geding (waaronder wij in dit rapport ook spoedprocedures bij de Raad van Arbitrage rekenen).

Het merendeel van de onderzochte uitspraken is gepubliceerd op de website www.rechtspraak.nl. Daarnaast zijn onder meer uitspraken meegenomen die zijn gepubliceerd op de website van de Raad van Arbitrage, in Jurisprudentie Aanbestedingsrecht (JAAN), Tijdschrift voor Bouwrecht (BR) en NJ Feitenrechtspraak (NJF). Ook hebben wij enkele niet-gepubliceerde uitspraken onderzocht.

Het onderzoek is beperkt tot uitspraken die betrekking hebben op het verloop van een gehouden aanbesteding en uitspraken waarin aan de orde is of een aanbestedingsplicht bestond. Uitspraken over geschillen die zijn ontstaan na de gunning van een opdracht op grond van een aanbesteding, zoals geschillen over de uitvoering van een opdracht, zijn niet in het onderzoek betrokken.

1.3 Onderzoekperiode, onderzoeksjaren

De onderzoekperiode loopt van 1 september 2004 tot en met 31 augustus 2009. De keuze voor deze periode is ingegeven door de wens van het Ministerie om enerzijds een onderzoekperiode te hanteren die exact vijf jaar beslaat, en anderzijds het onderzoek te baseren op zo recent mogelijke gegevens.

De onderzoeksperiode is onderverdeeld in vijf onderzoeksjaren:

Jaar I:	1 september 2004 - 31 augustus 2005
Jaar II:	1 september 2005 - 31 augustus 2006
Jaar III:	1 september 2006 - 31 augustus 2007
Jaar IV:	1 september 2007 - 31 augustus 2008
Jaar V:	1 september 2008 - 31 augustus 2009

1.4 Onderzoeksopzet

Het onderzoek kan worden onderverdeeld in drie fases: de selectie van de uitspraken, de invoer van gegevens en de analyse van die gegevens (inclusief het beschrijven van die analyse in dit eindrapport).

Selectie van uitspraken

Bij de selectie van uitspraken is in eerste instantie gezocht op het trefwoord 'aanbesteding' (inclusief aanverwante termen als 'aanbesteden', 'aanbestedingsprocedure', etc.). Uit de zoekresultaten hebben wij vervolgens de uitspraken gefilterd die daadwerkelijk betrekking hebben op een aanbestedingsprocedure.

Aangezien het onderzoek betrekking heeft op Nederlandse rechtspraak, hanteren wij in dit verband als definitie van het begrip aanbestedingsprocedure de definitie die de Hoge Raad op 4 april 2003 heeft gegeven in het zogenaamde *Conformed*-arrest.¹ De Hoge Raad neemt in dat arrest aan dat er sprake is van een aanbestedingsprocedure indien een bepaalde kring van leveranciers gevraagd is een aanbieding te doen en na beoordeling van de aanbiedingen, een marktpartij is uitgekozen.

Dat neemt niet weg dat in de Nederlandse rechtspraak ook wel andere definities van het begrip aanbesteding worden gehanteerd. In een vonnis van de rechtbank Utrecht wordt bijvoorbeeld een door een private marktpartij gehouden zogenaamde 'gunningsprocedure' pas als aanbestedingsprocedure aangemerkt indien op basis van vooraf bekend gemaakte criteria zoals prijs of de prijs-kwaliteit verhouding tot een keuze wordt gekomen.²

Volledigheidshalve merken wij op dat in dit onderzoek ook uitspraken zijn betrokken in zaken waarin geen aanbesteding heeft plaatsgevonden, terwijl dit wellicht wel had gemoeten. In die zaken is niet het verloop van de aanbestedingsprocedure, maar een (dreigende) enkelvoudig onderhandse gunning van de opdracht onderwerp van geschil.

Tevens verdient opmerking dat niet in alle onderzochte zaken vaststaat dat de aanbesteder kwalificeert als een aanbestedende dienst in de zin van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna 'Bao'). Hierdoor zijn mogelijk ook uitspraken onderzocht waarin de

¹ HR 4 april 2003, *LJN* AF2830.

² Rb. Utrecht 21 november 2007, *LJN* BB8610.

aanbesteder een (niet aanbestedingsplichtige) private partij is.³ Ten behoeve van de leesbaarheid merken wij in dit rapport niettemin alle in de onderzochte uitspraken voorkomende aanbesteders aan als aanbestedende dienst.

Invoer gegevens

De tweede fase van het onderzoek bestond uit het bestuderen van de geselecteerde uitspraken en het invoeren van de gegevens, die voor het onderzoek relevant zijn. Daarbij hebben wij de verschillende aspecten van de uitspraken (zoals partijen, onderwerp van de aanbesteding, aangevoerde gronden, wijze van toetsing) onderverdeeld in verschillende, vooraf bepaalde categorieën.

Aangezien iedere uitspraak anders is, zijn niet alle onderdelen van de onderzochte uitspraken eenvoudig in de vastgestelde categorieën onder te verdelen. In bepaalde gevallen heeft die onderverdeling dan ook onvermijdelijk deels een subjectief karakter, zoals bij de beoordeling van de wijze van toetsing (inhoudelijk of marginaal). Door de wijze van afbakening van de categorieën hebben wij dit subjectieve karakter zoveel mogelijk beperkt. Zo zijn voor de wijze van toetsing bijvoorbeeld twee tussencategorieën gehanteerd (meer inhoudelijk dan marginaal, meer marginaal dan inhoudelijk).

Analyse gegevens

Aan de hand van de in de database ingevoerde gegevens hebben wij vervolgens een analyse uitgevoerd, waarin wij zijn ingegaan op de door het Ministerie genoemde aandachtspunten. Deze analyse is - veelal aan de hand van grafieken - weergegeven in dit eindrapport. Daarbij geven wij zo goed mogelijk inzicht in ontwikkelingen die zich gedurende de onderzoeksperiode hebben voorgedaan.

Wij zijn in dit eindrapport terughoudend met het geven van verklaringen voor die ontwikkelingen. Het uitgevoerde, voornamelijk kwantitatieve onderzoek biedt daarvoor onvoldoende steun. Waar wij toch mogelijke verklaringen noemen voor een bepaalde ontwikkeling, zijn deze gebaseerd op onze eigen ervaringen binnen het aanbestedingsrecht.

1.5 Opbouw van het rapport

In de hierna volgende hoofdstukken 2 tot en met 4 zullen wij de uitkomsten van het onderzoek behandelen. Daarbij maken wij onderscheid tussen algemene informatie over de uitspraken (hoofdstuk 2), het onderwerp van de uitspraken (hoofdstuk 3) en de inhoud van het geschil (hoofdstuk 4). In hoofdstuk 5 geven wij enkele conclusies op basis van deze uitkomsten en doen wij een aantal suggesties voor verder onderzoek.

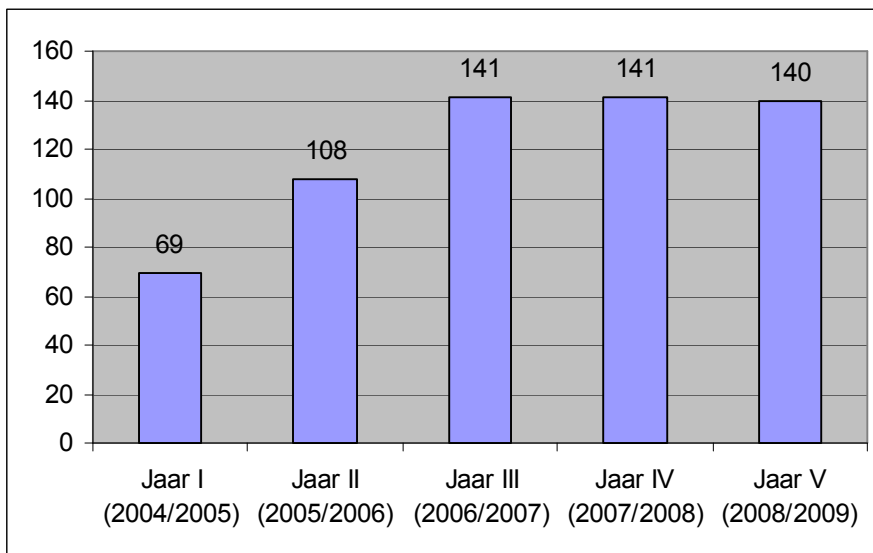
³ In veel uitspraken wordt niet expliciet ingegaan op de vraag of de aanbesteder kwalificeert als aanbestedende dienst in de zin van het Bao. Vaak kan dit ook niet (eenvoudig) uit de uitspraak worden afgeleid. Om die reden kan niet worden gezegd in hoeveel gevallen de aanbesteder wel/niet een aanbestedende dienst is.

2 ALGEMENE INFORMATIE OVER DE UITSPRAKEN

2.1 Ontwikkeling van de aantallen uitspraken

In de eerste drie onderzoeksjaren is een duidelijke groei te zien van het aantal uitspraken: van 69 uitspraken in Jaar I (2004/2005), tot 108 uitspraken in Jaar II (2005/2006) en 141 uitspraken in Jaar III (2006/2007). Daarna blijft het aantal uitspraken min of meer stabiel: 141 uitspraken in Jaar IV (2007/2008) en 140 uitspraken in Jaar V (2008/2009) (zie figuur 1).

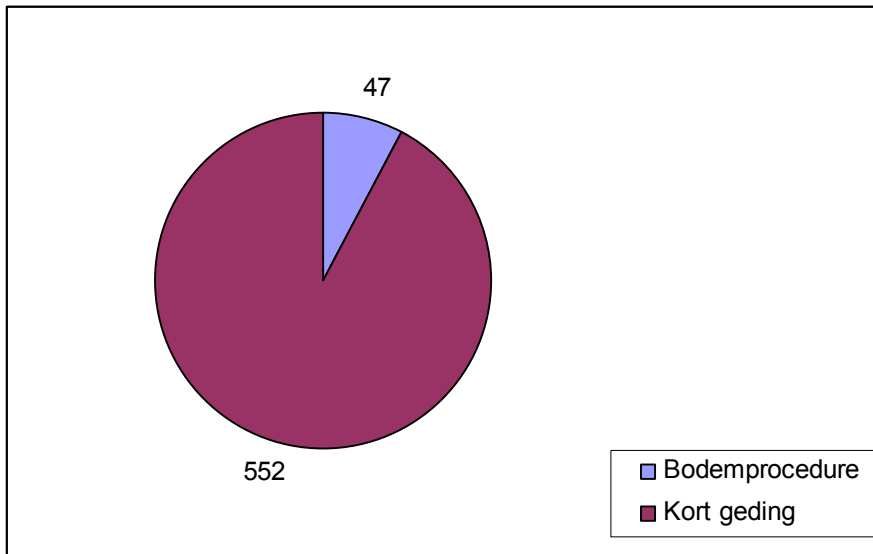
Wij hebben niet kunnen nagaan in hoeverre de geconstateerde toename van het aantal aanbestedingszaken mede beïnvloed is door een mogelijke toename van het publiceren van uitspraken inzake aanbestedingen.



Figuur 1: aantal onderzochte zaken per onderzoeksjaar

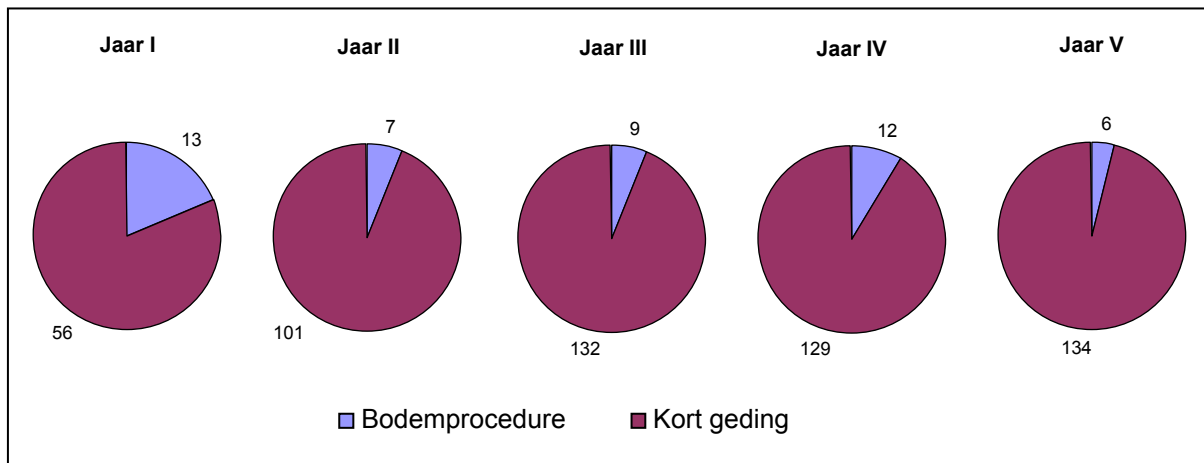
2.2 Type rechtszaken

Het overgrote deel van de uitspraken betreft zaken die in kort geding zijn behandeld. 552 van de 599 zaken betreft een kort geding, ruim 92% (zie figuur 2).



Figuur 2: type rechtszaken, totale onderzoeksperiode

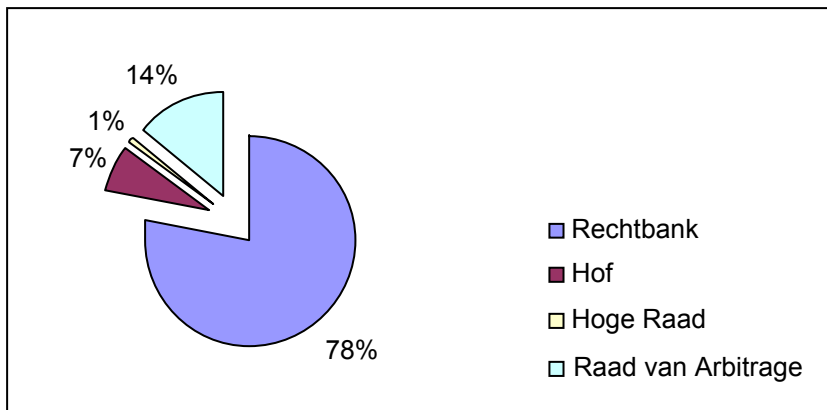
Relatief gezien werden in Jaar I nog veel bodemprocedures gevoerd: 19% (zie figuur 3). Het merendeel van deze bodemprocedures betrof zaken voor de Raad van Arbitrage. Met de afname van het aantal zaken bij de Raad van Arbitrage (zie hieronder, paragraaf 2.3), is ook het aandeel bodemprocedures sterk gedaald (tot 4% in Jaar V).



Figuur 3: type rechtszaken, per onderzoeksjaar

2.3 Type gerechtelijke instelling

Het overgrote merendeel van de onderzochte zaken (470 zaken; 78%) is gevoerd voor de rechtbanken. Bij de Raad van Arbitrage zijn 85 zaken gevoerd (14%), waarvan 74 in eerste aanleg en 11 in hoger beroep. Verder zijn 40 uitspraken gedaan door de gerechtshoven (7%), en 4 uitspraken door de Hoge Raad (1%) (zie figuur 4).

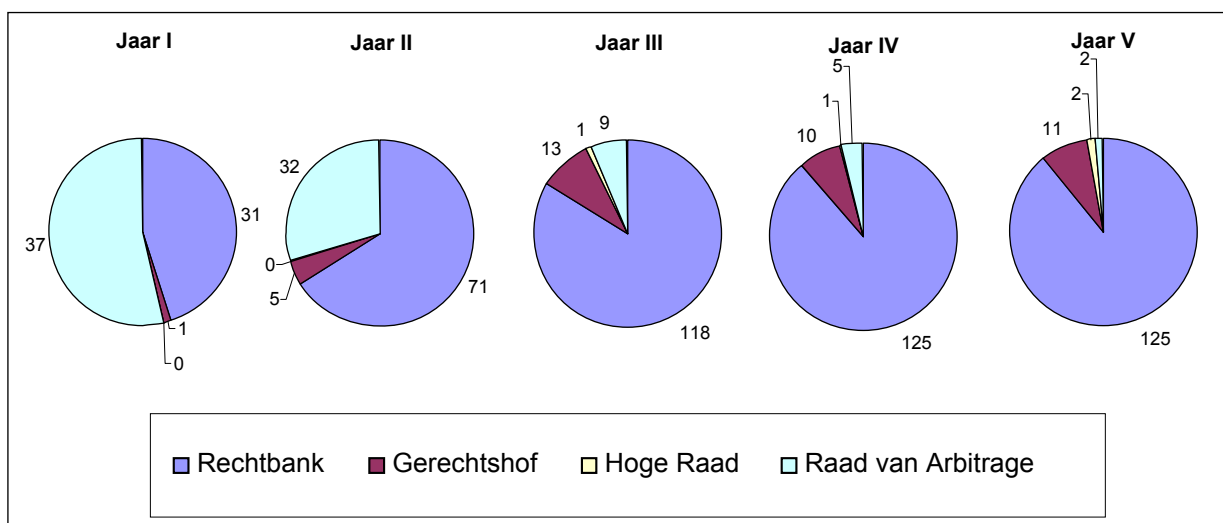


Figuur 4: type gerechtelijke instelling, totale onderzoeksperiode

Daarbij verdient opmerking dat zaken bij de gerechtshoven en de Hoge Raad enkel in het onderzoek zijn betrokken wanneer de uitspraak in eerste aanleg ook binnen de onderzoeksperiode valt.⁴ Reden hiervoor is dat uitspraken in hoger beroep of cassatie zich vaak toespitsen op bepaalde geschilpunten en daardoor geen volledig beeld geven van het geschil.

Voor de aantallen uitspraken in deze paragraaf zijn uitspraken in hoger beroep en cassatie als afzonderlijke uitspraken behandeld. Bij het onderzoek naar de inhoudelijke aspecten en de uitkomsten van het geschil, zijn gelieerde uitspraken (eerste aanleg, hoger beroep, cassatie) die op hetzelfde geschil zien, daarentegen slechts eenmaal in de analyse meegenomen. Op die manier wordt voorkomen dat één geschil meerdere malen meetelt in de analyse.

Het aandeel van uitspraken van de Raad van Arbitrage is in de onderzoeksperiode sterk afgenomen. Waar in Jaar I nog de meerderheid van de uitspraken afkomstig was van de Raad van Arbitrage, was dit in Jaar V nog slechts 1,4% (zie figuur 5).



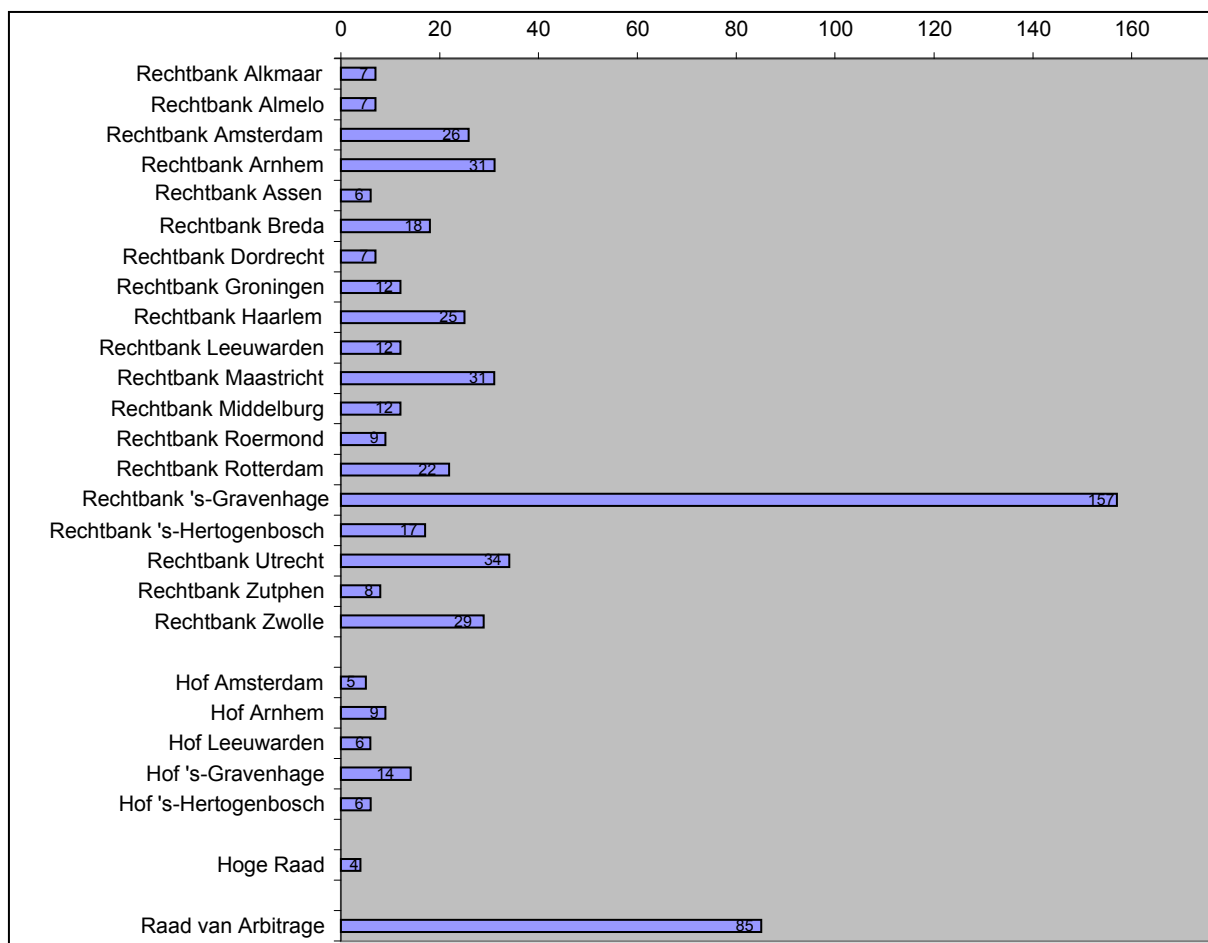
Figuur 5: type gerechtelijke instelling, per onderzoeksjaar

⁴ Daardoor zijn 7 uitspraken die binnen de onderzoeksperiode zijn geweest, niet in de analyse meegenomen.

Deze sterke afname in het aantal zaken bij de Raad van Arbitrage lijkt grotendeels te verklaren door het verschijnen in 2004 van het Aanbestedingsreglement Werken 2004 (ARW 2004). Op grond van het ARW 2004 (en zijn opvolger, het ARW 2005) was niet langer de Raad van Arbitrage bevoegd, maar de gewone rechter. Op grond van het Besluit invoering Aanbestedingsreglement Werken 2004 (en thans het Besluit invoering Aanbestedingsreglement Werken 2005) zijn de ministeries van VROM, Verkeer en Waterstaat, Defensie en LNV sinds 15 augustus 2004 gehouden bij de aanbesteding van werken (ook onder de drempel) het ARW 2004/2005 na te leven.

2.4 Uitspraken per gerechtelijke instelling

Van alle gerechtelijke instellingen heeft de rechtbank 's-Gravenhage verreweg de meeste uitspraken gedaan: 157 (ruim een kwart van alle onderzochte uitspraken). De Raad van Arbitrage is goed voor 85 uitspraken (zowel eerste aanleg als hoger beroep) en de rechtbank Utrecht voor 34 uitspraken (zie figuur 6).

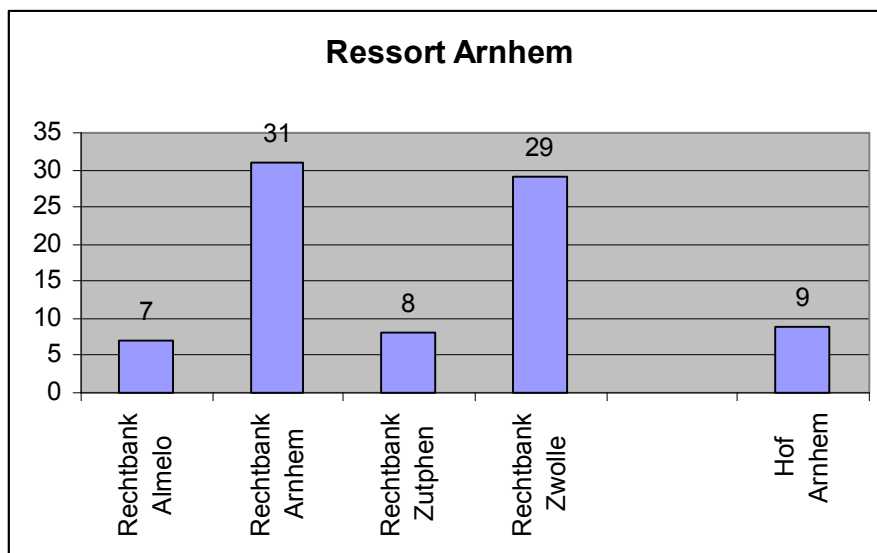
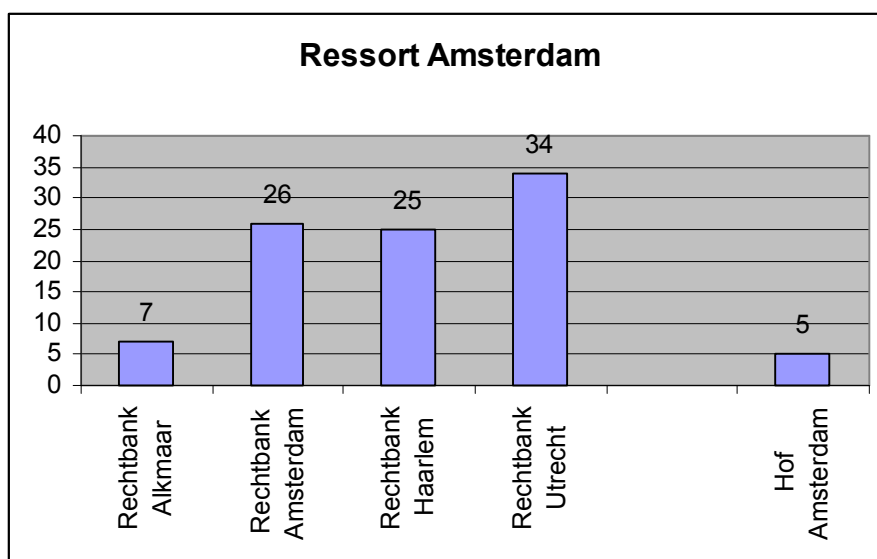


Figuur 6: aantal onderzochte uitspraken per gerechtelijke instelling, totale onderzoeksperiode

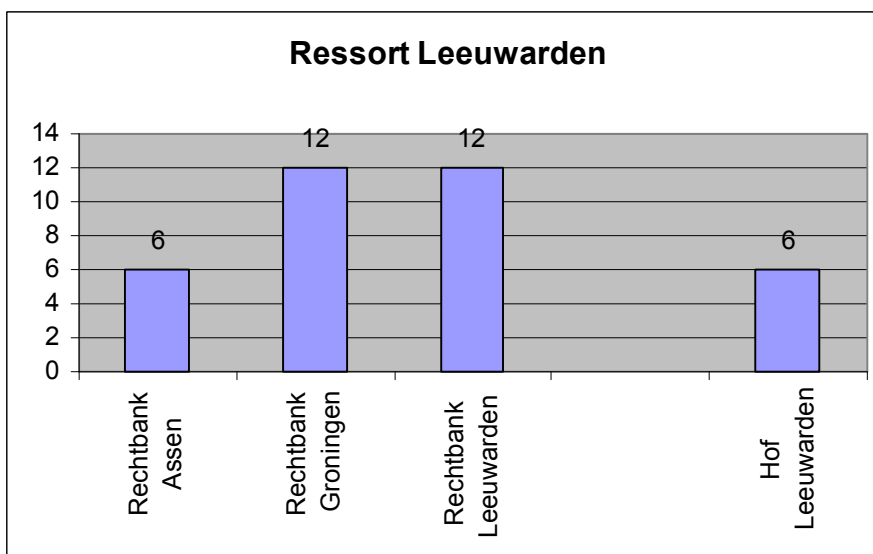
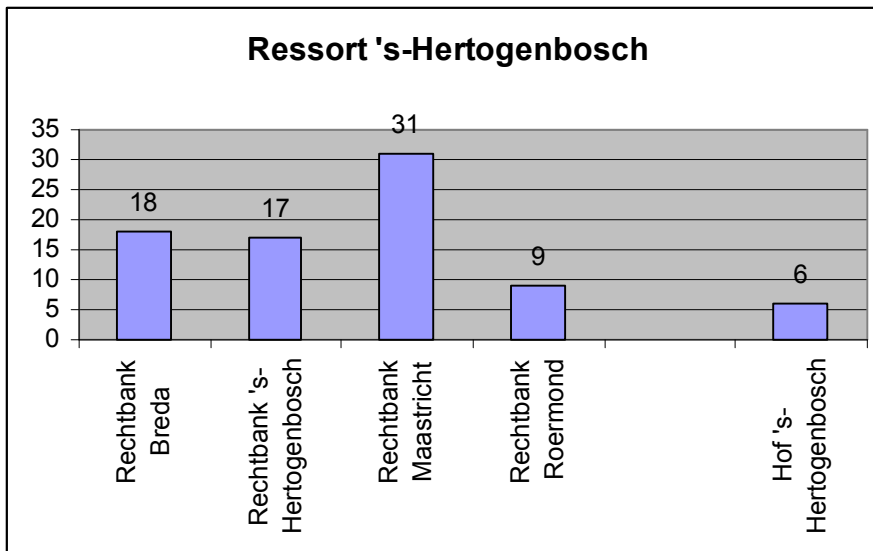
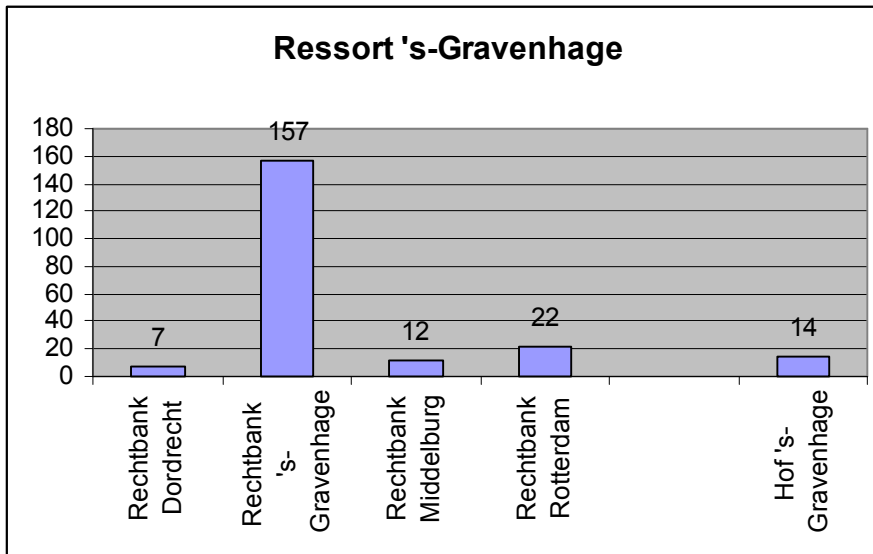
Uit een onderverdeling van de rechtbanken naar ressort, blijkt dat de rechtbanken in het ressort 's-Gravenhage de meeste uitspraken hebben gedaan (198). De rechtbanken in het ressort

Amsterdam deden gezamenlijk 92 uitspraken. De rechtbanken binnen het ressort Leeuwarden behandelden gezamenlijk de minste aanbestedingszaken: 30 uitspraken. Daarbij verdient wel opmerking dat het ressort Leeuwarden een rechtbank minder kent dan de andere ressorten (zie figuur 7).

Opvallend is dat tegen de 30 uitspraken in het ressort Leeuwarden relatief vaak hoger beroep is ingesteld bij het Hof Leeuwarden (6 zaken; 20%). In de andere ressorten ligt het percentage zaken waarin hoger beroep is ingesteld lager: in het ressort Amsterdam 5%, in het ressort Arnhem 11%,⁵ in het ressort 's-Gravenhage 7%, en in het ressort 's-Hertogenbosch 8%.



⁵ Het Hof Arnhem deed eenmaal uitspraak in een zaak die eerder was behandeld door het Hof 's-Hertogenbosch en na vernietiging door de Hoge Raad is terugverwezen naar het Hof Arnhem. Voor de berekening van het percentage zaken waarin hoger beroep is ingesteld is deze uitspraak logischerwijs niet meegerekend, waardoor het aantal hoger beroepen in het ressort Arnhem uitkomt op 8.



Figuur 7: aantal onderzochte uitspraken per ressort, totale onderzoeksperiode

In absolute aantallen werden uitspraken van de rechtbank 's-Gravenhage het meest aangevochten in hoger beroep: het gerechtshof 's-Gravenhage deed 7 keer uitspraak in een zaak die in eerste aanleg was behandeld door de Haagse rechtbank. Percentueel gezien ligt het aantal uitspraken van de rechtbank 's-Gravenhage waartegen hoger beroep is ingesteld (4%) overigens ruim onder het gemiddelde van 8%.

Hoger beroep werd relatief veel ingesteld tegen uitspraken van de rechtbank Groningen (25% van de uitspraken) en de rechtbank Roermond (22% van de uitspraken). De onderzochte arresten van de gerechtshoven betroffen geen uitspraken van de rechtbank Alkmaar, de rechtbank Amsterdam en de rechtbank Maastricht.

Aanbestedende diensten hadden beduidend meer succes hebben bij het instellen van hoger beroep dan ondernemers. Van de 11 hoger beroepen die door aanbestedende diensten zijn ingesteld, waren er 8 voor hen succesvol (73%).⁶ Ondernemers hadden in 5 van de 28 ingestelde hoger beroepen succes (18%). Deze cijfers passen overigens in het algemene beeld dat aanbestedende diensten vaak als winnaar uit een aanbestedingsrechtszaak komen (zie paragraaf 4.3).

Drie van de vier onderzochte uitspraken van de Hoge Raad betreffen zaken waarin de aanbestedende dienst cassatie heeft ingesteld. In twee van die zaken werd de aanbestedende dienst in het gelijk gesteld. Eén maal stelde een ondernemer cassatie in, maar zonder succes.

2.5 Betrokken aanbestedende diensten (gedaagden)

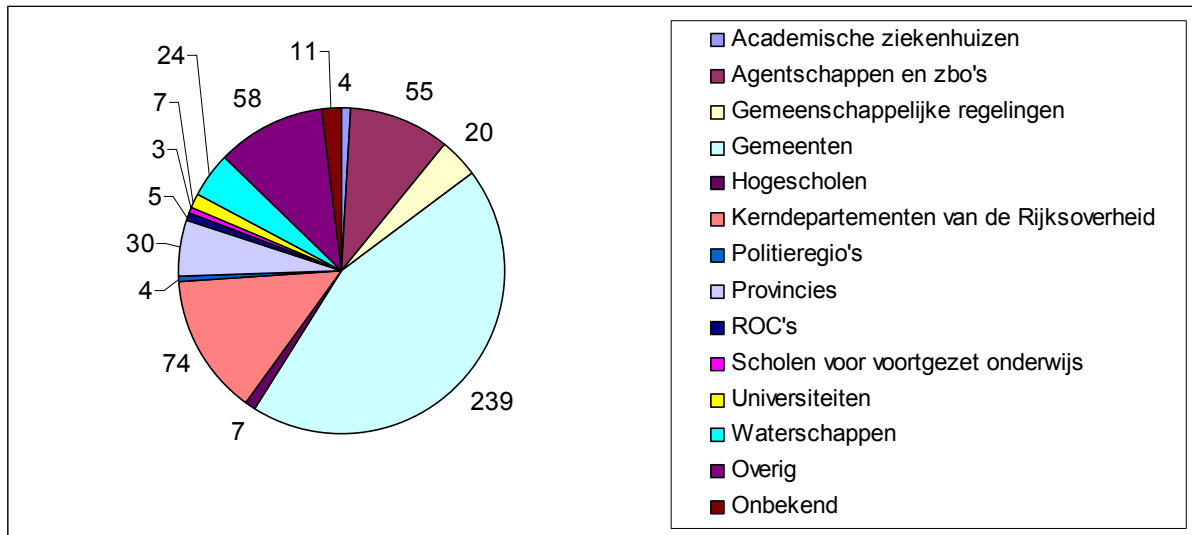
De onderzochte uitspraken betreffen in veel gevallen zaken die aanhangig worden gemaakt tegen gemeenten: 239 zaken (44%). De kerndepartementen van de Rijksoverheid volgen met 74 zaken (14%). Agentschappen en zelfstandige bestuursorganen (zbo's) werden 55 keer gedaagd (10%). Het minst vaak werden gedaagd de scholen voor voortgezet onderwijs (3 keer; 0,55%), de politieregio's (4 keer; 0,74%), de academische ziekenhuizen (4 keer; 0,74%) en de regionale opleidingscentra (ROC's) (5 keer; 0,92%) (zie figuur 8).

58 aanbestedende diensten behoren tot de restcategorie overig (11%). Hieronder vallen onder meer zorginstellingen, nutsbedrijven (o.a. luchthavens, vervoerbedrijven en energiebedrijven) en overheidsstichtingen. In 11 zaken (allen bij de Raad van Arbitrage) is sprake van een anonieme gedaagde, waarbij uit de uitspraak niet is af te leiden welk soort aanbestedende dienst het betreft.

Bij de in deze paragraaf opgenomen analyse van de aanbestedende diensten die betrokken zijn in rechtszaken hebben wij, teneinde dubbeltellingen te voorkomen, enkel gekeken naar zaken in eerste aanleg. Tevens hebben wij ons beperkt tot de zaken waarbij een aanbestedende dienst gedaagde was. Dit betreft in totaal 541 uitspraken. In slechts drie van de onderzochte zaken (alle

⁶ In één van deze acht gevallen was het hoger beroep aanvankelijk afgewezen door het Hof 's-Hertogenbosch. Na vernietiging door de Hoge Raad en terugverwijzing naar het Hof Arnhem was het hoger beroep echter alsnog succesvol. In bovenstaande tekst zijn de betreffende arresten gezamenlijk aangemerkt als één hoger beroep. Dat verklaart waarom in de tekst wordt gesproken van 39 hoger beroepen in plaats van het eerder genoemde aantal van 40 uitspraken door gerechtshoven.

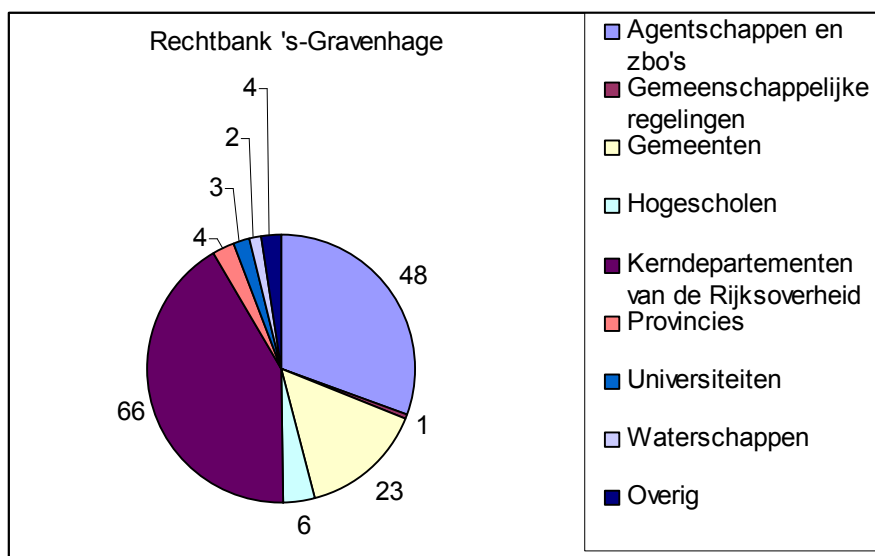
drie bij de Raad van Arbitrage) waren aanbestedende diensten zelf de eisers in eerste aanleg. Die zaken zijn in figuur 8 niet meegenomen.



Figuur 8: soorten aanbestedende diensten (gedaagden in eerste aanleg), totale onderzoeksperiode

Rechtbank 's-Gravenhage

Bij de rechtbank 's-Gravenhage zijn de categorieën kerndepartementen van de Rijksoverheid (66 zaken; 42%) en agentschappen en zbo's (48 zaken; 31%) het best vertegenwoordigd, gevolgd door de gemeenten (23 zaken; 15%) (zie figuur 9).



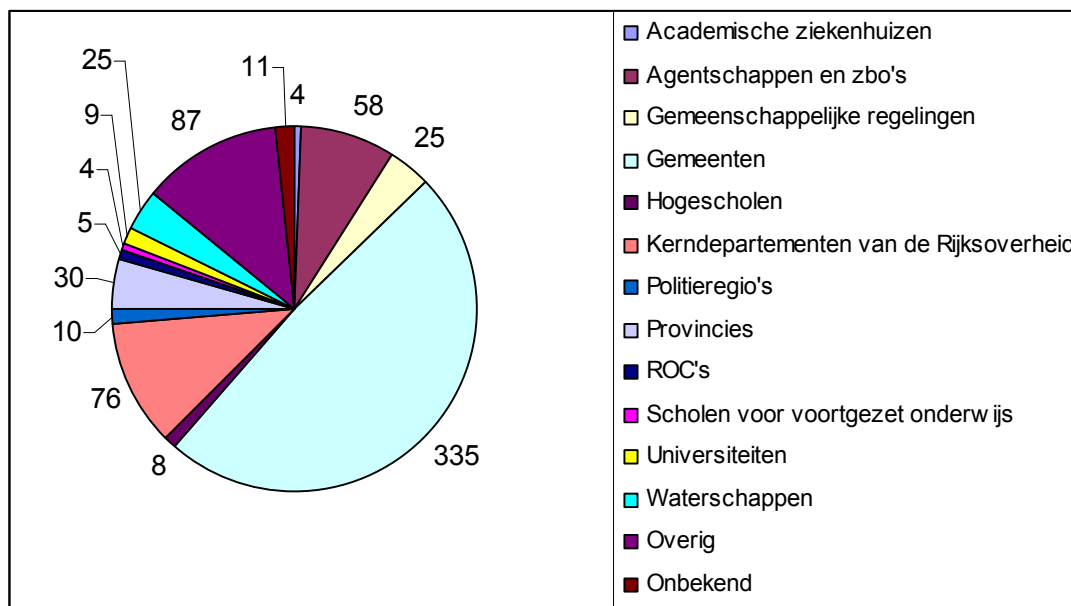
Figuur 9: soorten aanbestedende diensten rechtbank 's-Gravenhage, totale onderzoeksperiode

Meerdere gedaagden

Bovenstaande cijfers betreft van het soort gedaagde aanbestedende dienst op zaakniveau. Daarbij is per zaak steeds uitgegaan van één gedaagde (die in de uitspraak als eerste is genoemd). In

verschillende zaken zijn er echter meerdere (tot 18) gedaagden. Dit ligt ook voor de hand, omdat aanbestedende diensten in de praktijk geregeld gezamenlijk een aanbesteding organiseren.

Indien niet slechts wordt gekeken naar één gedaagde per zaak, maar naar alle gedaagden, neemt met name het percentage gedaagde gemeenten toe: 335 van de in totaal 687 gedaagden (49%) is een gemeente. Volgens deze berekeningswijze is 11% van de gedaagden een kerndepartement van de Rijksoverheid, 8% een agentschap of zbo en ruim 4% een provincie (zie figuur 10).



Figuur 10: soorten gedaagde aanbestedende diensten, inclusief meerdere gedaagden

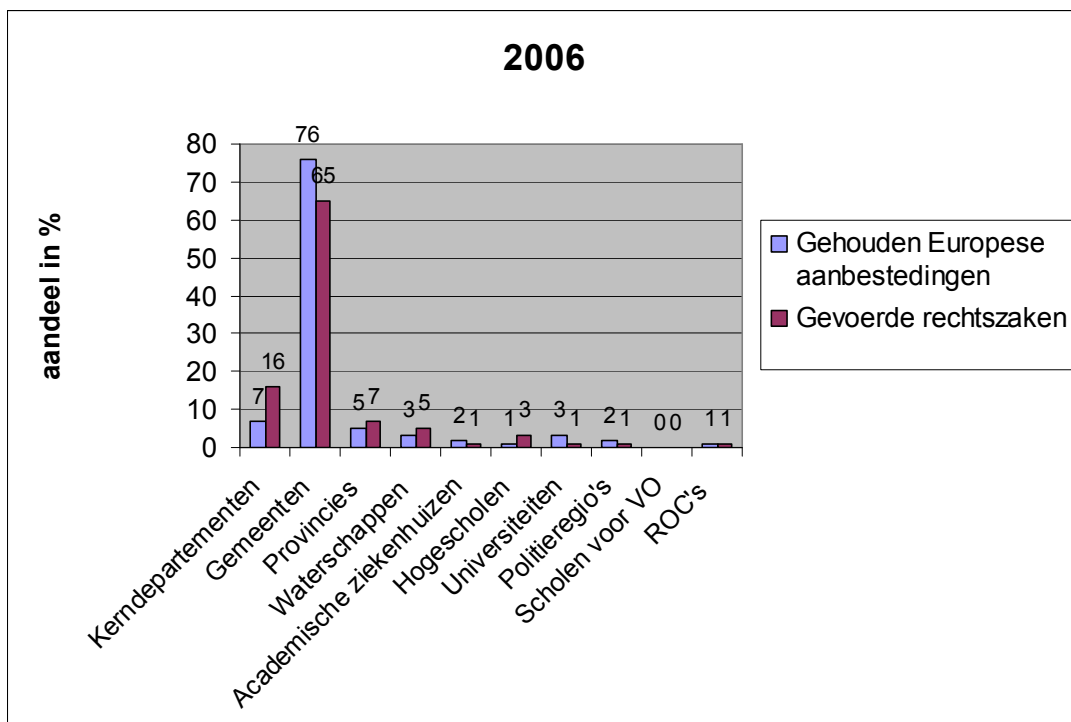
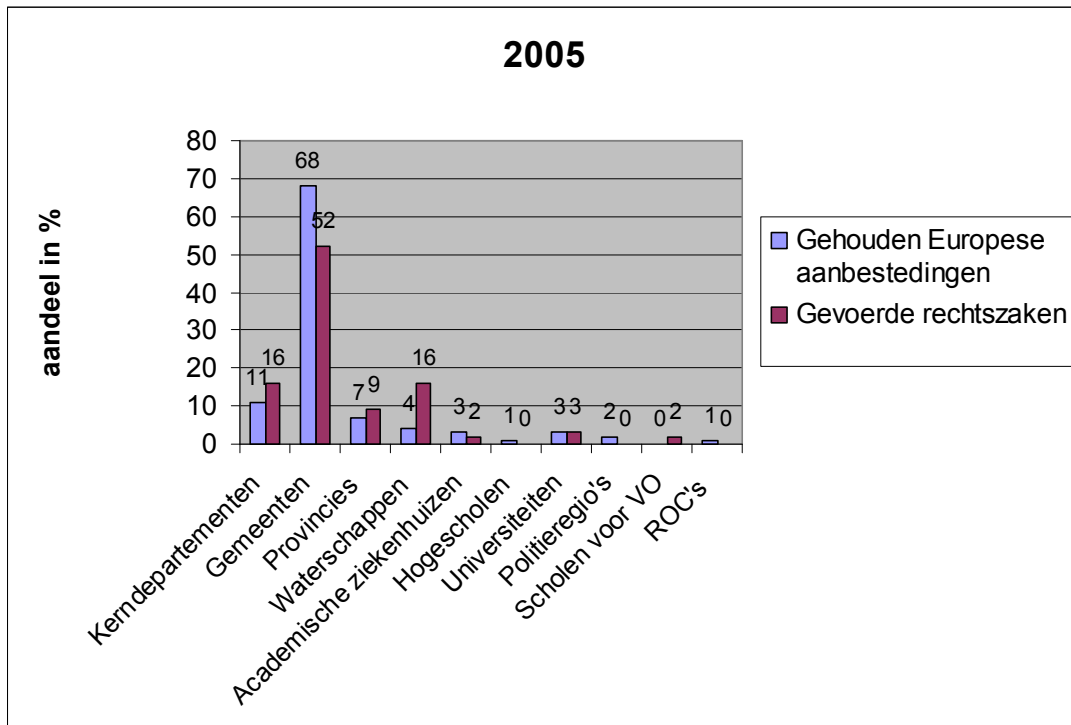
Vergelijking met aantallen gehouden aanbestedingen

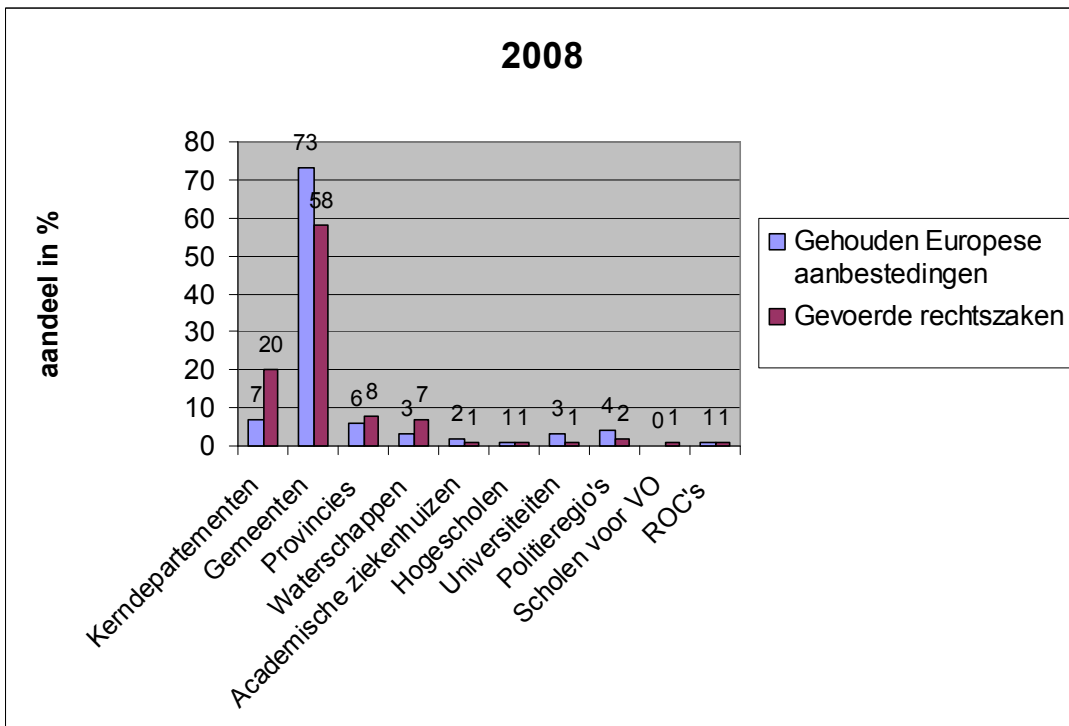
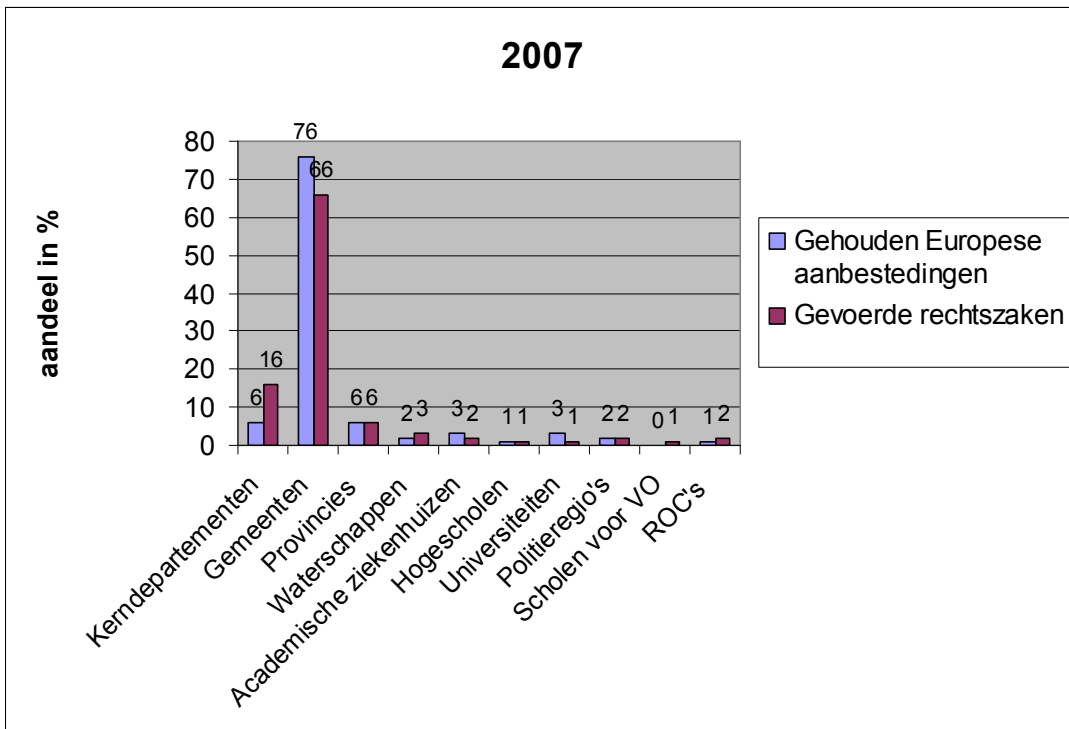
Dat de meeste zaken zijn aangespannen tegen gemeenten, is niet verwonderlijk. Gemeenten houden nu eenmaal meer aanbestedingen dan andere soorten aanbestedende diensten. Om de verhouding tussen het aantal gehouden aanbestedingen en het aantal rechtszaken vast te stellen, hebben wij de gegevens uit de database vergeleken met de gegevens over de jaren 2005 t/m 2008 die door Significant zijn verzameld ten behoeve van de Nalevingsmeting Europees aanbesteden.⁷

Daarbij verdient opmerking dat de door Significant verzamelde gegevens enkel betrekking hebben op aanbestedingen die Europees zijn aangekondigd, terwijl het onderhavige onderzoek ook uitspraken omvat die niet-Europese aanbestedingen betreffen. Tevens merken wij op dat in de gegevens van Significant ieder aanbesteed perceel als een afzonderlijke aanbesteding is aangemerkt, terwijl geschillen die betrekking hebben op verschillende percelen van een aanbesteding doorgaans gezamenlijk in één rechtszaak worden behandeld. De navolgende analyse heeft daarom slechts een indicatief karakter.

⁷ Significant, Nalevingsmeting Europees aanbesteden 2006; een onderzoek naar de naleving van de Europese aanbestedingsregels in Nederland. Het rapport inzake de Nalevingsmeting Europees aanbesteden 2008 is nog niet beschikbaar. Agentschappen en zbo's, gemeenschappelijke regelingen en overige aanbestedende diensten zijn niet betrokken in de Nalevingsmeting van Significant en daarom ook niet in deze vergelijking.

Uit een vergelijking van de genoemde gegevens blijkt dat tegen gemeenten - in verhouding tot het aantal gehouden aanbestedingen - relatief weinig rechtszaken worden gevoerd. Bijvoorbeeld in het (kalender)jaar 2005 werd 68% van de aanbestedingen gehouden door gemeenten, en de overige 32% door andere aanbestedende diensten. In diezelfde periode werd 52% van alle onderzochte rechtszaken gevoerd tegen gemeenten, en de overige 48% tegen andere aanbestedende diensten (zie figuur 11).





Figuur 11: verhouding tussen het aantal Europese aanbestedingen en het aantal rechtszaken per kalenderjaar

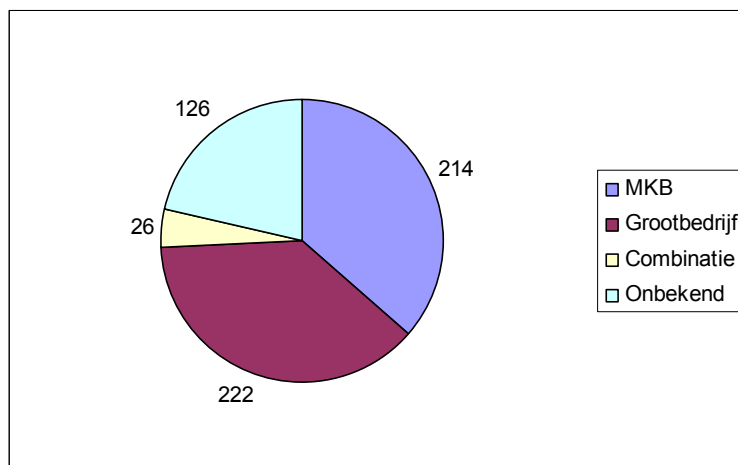
Uit figuur 11 valt verder op dat - in verhouding tot het aantal gehouden aanbestedingen - relatief veel zaken aanhangig worden gemaakt tegen kerndepartementen van de Rijksoverheid en waterschappen. Naast gemeenten worden ook tegen politieregio's relatief weinig rechtszaken gevoerd.

2.6 Betrokken ondernemers (eisers)

In 541 van de onderzochte uitspraken waren één of meer ondernemer en/of één of meer combinaties van ondernemers de eiser(s) in eerste aanleg. Doordat in bepaalde zaken (in totaal 41) sprake was van meerdere eisers, komt het totale aantal eisende ondernemingen hoger uit, op 588. Opvallend is dat wanneer sprake is van meerdere eisers, deze eisers in de meeste gevallen dezelfde soort onderneming zijn, i.e. grootbedrijf, midden- of kleinbedrijf (hierna: MKB-onderneming) of combinatie. Als grootbedrijf wordt in het kader van dit onderzoek aangemerkt een bedrijf met ten minste 250 werknemers; als MKB-onderneming wordt aangemerkt een bedrijf met minder dan 250 werknemers. Deze grens sluit aan bij de door de Europese Commissie gehanteerde definitie van het begrip MKB.

222 van de 588 eisende ondernemingen zijn grootbedrijven (38%). 214 eisers zijn MKB-ondernemingen (36%), 26 eisers zijn combinaties (4%) en van 126 eisers (21%) is onbekend welk soort onderneming het betreft (zie figuur 12). De categorie onbekend betreft met name gevallen waarin de eiser anoniem is (waaronder alle zaken bij de Raad van Arbitrage). Van 12 eisers (waarvan er 11 zijn gevestigd buiten Nederland) is de naam wel bekend, maar hebben wij het aantal werknemers niet kunnen achterhalen.

In de zaken waarin een combinatie de eiser was, betrof het 7 keer een combinatie van enkel MKB-ondernemingen, 6 keer een combinatie van enkel grootbedrijven, en 9 keer een combinatie van zowel MKB-onderneming(en) als een grootbedrijf/grootbedrijven. In 3 gevallen is onbekend tot welke categorie de leden van de combinatie behoren. In één geval was één combinatielid een MKB-onderneming en het andere anoniem.

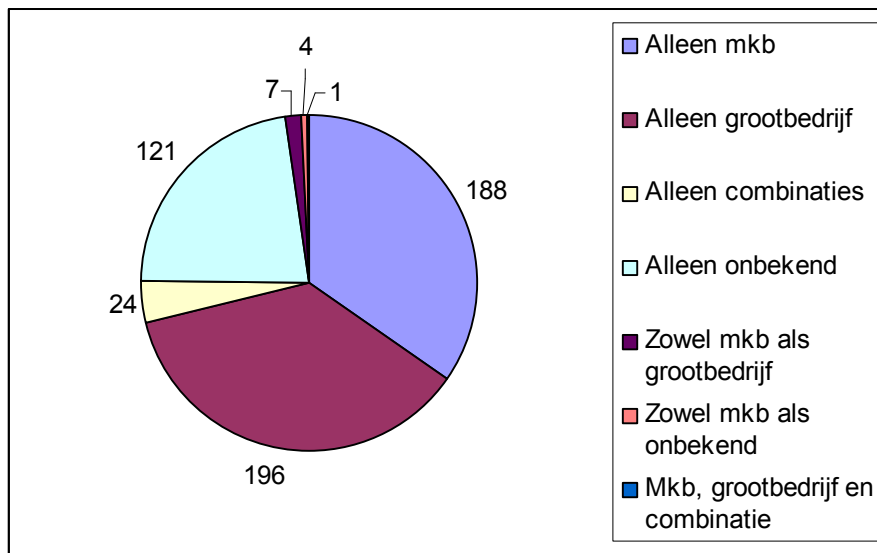


Figuur 12: soorten eisende ondernemers, totale onderzoeksperiode

Soorten eisende ondernemingen per zaak

Uit een analyse op zaaksniveau (zie figuur 13) blijkt dat in 196 van de 541 zaken (36%) alle eisende ondernemingen grootbedrijven zijn (ongeacht of sprake is van één eiser of meerdere eisers). In 188 zaken (35%) zijn alle eisende ondernemingen MKB-ondernemingen. In 24 zaken (ruim 4%) zijn alle eisende ondernemingen combinaties. In 121 zaken is van alle eisers onbekend welk soort onderneming het betreft (22%). In 7 zaken (ruim 1%) waren er eisers uit zowel de

categorie MKB-onderneming als de categorie grootbedrijf. In één zaak was één eiser een MKB-onderneming, één eiser een grootbedrijf en één eiser een combinatie.⁸



Figuur 13: soorten eisende ondernemingen per zaak, gehele onderzoeksperiode

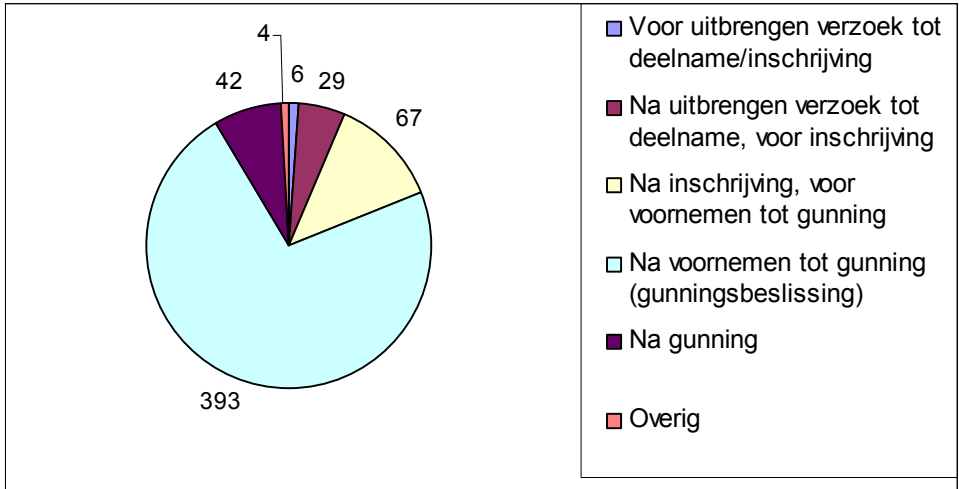
Wij beschikken niet over gegevens over de totale deelname door grootbedrijven en MKB-ondernemingen aan aanbestedingen. Daardoor hebben wij niet kunnen nagaan of de ene soort ondernemer - relatief gezien - vaker een procedure start dan de ander.

2.7 Moment van starten procedure

Het moment waarop eisende ondernemers een procedure aanhangig maken is in de meeste gevallen na bekendmaking van de gunningsbeslissing (i.e. het voornemen tot gunning), maar vóór de daadwerkelijke gunning (73% van de uitspraken). In 12% van de zaken werd de procedure gestart na inschrijving, maar vóór bekendmaking van de gunningsbeslissing. In veel gevallen betreft dit de uitsluiting van een inschrijver wegens ongeldigheid van de inschrijving. In 8% van de zaken werd de procedure gestart nadat de opdracht (al dan niet op grond van een aanbesteding) was gegund (zie figuur 14).

Vier uitspraken zijn opgenomen in de categorie overig. In twee gevallen van deze zaken stond ter discussie of tussen partijen een overeenkomst tot stand was gekomen. De andere twee gevallen betreft zaken waarin ter discussie stond of de aanbesteding - die vrijwillig een ongereguleerde aanbesteding was gestart - al dan niet een aanbestedende dienst in de zin van het Bao was.

⁸ Volledigheidshalve merken wij daarbij op dat in die zaak de eisende MKB-onderneming en het eisende grootbedrijf niet de ondernemingen zijn die samen de eisende combinatie vormen.



Figuur 14: moment van starten procedure, gehele onderzoeksperiode

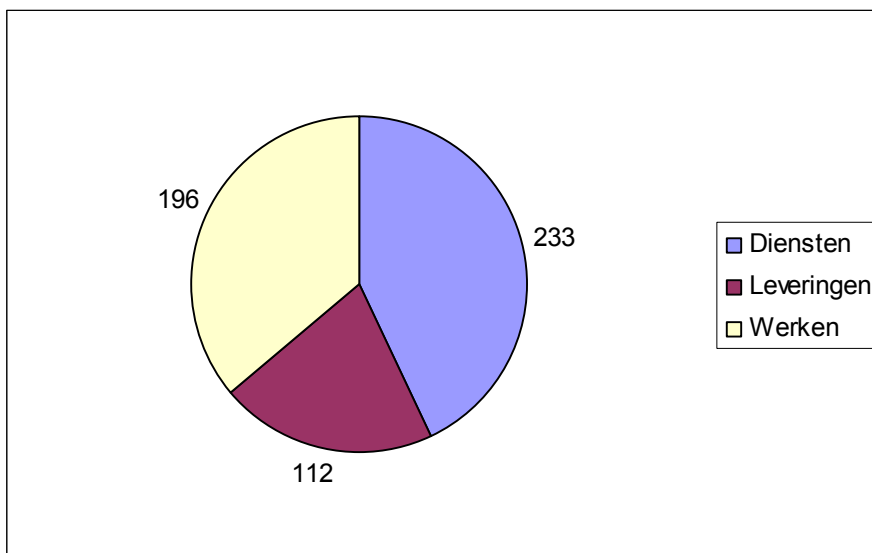
3 ONDERWERP VAN DE PROCEDURE

3.1 Verloop aanbesteding vs. aanbestedingsplicht

Bij de analyse van de uitspraken valt op dat het overgrote deel van de uitspraken betrekking heeft op het verloop van een gehouden aanbesteding. Slechts 3% van de uitspraken betreft de (dreigende) enkelvoudig onderhandse gunning van opdrachten.

3.2 Soort opdracht waarop de procedure betrekking heeft

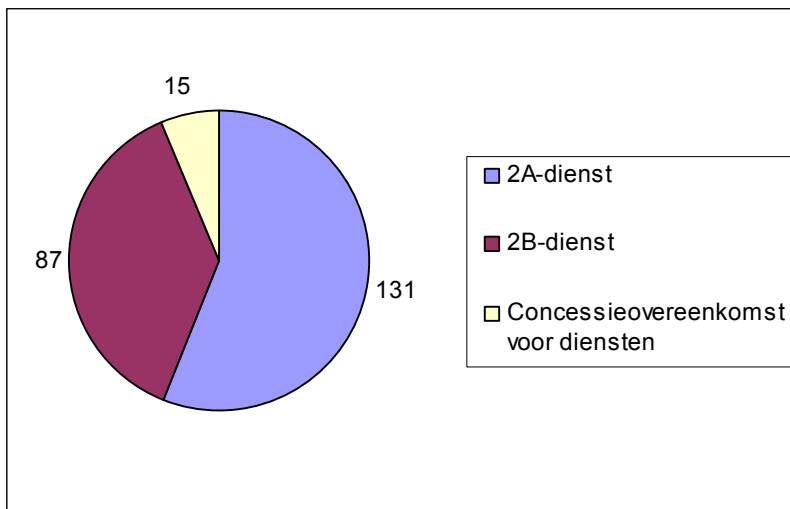
Over opdrachten inzake diensten wordt het meest geprocedeerd. 43% van de zaken betreft een opdracht inzake het verrichten van diensten. 37% van de zaken betreft een opdracht voor werken, en 20% een opdracht voor leveringen. Daarbij is wederom uitgegaan van de 541 zaken waarin een ondernemer de eiser is in eerste aanleg (zie figuur 15). De uitspraken in hoger beroep en cassatie zijn hier - om dubbeltellingen te voorkomen - dus niet meegenomen.



Figuur 15: onderwerp van de opdracht, gehele onderzoeksperiode

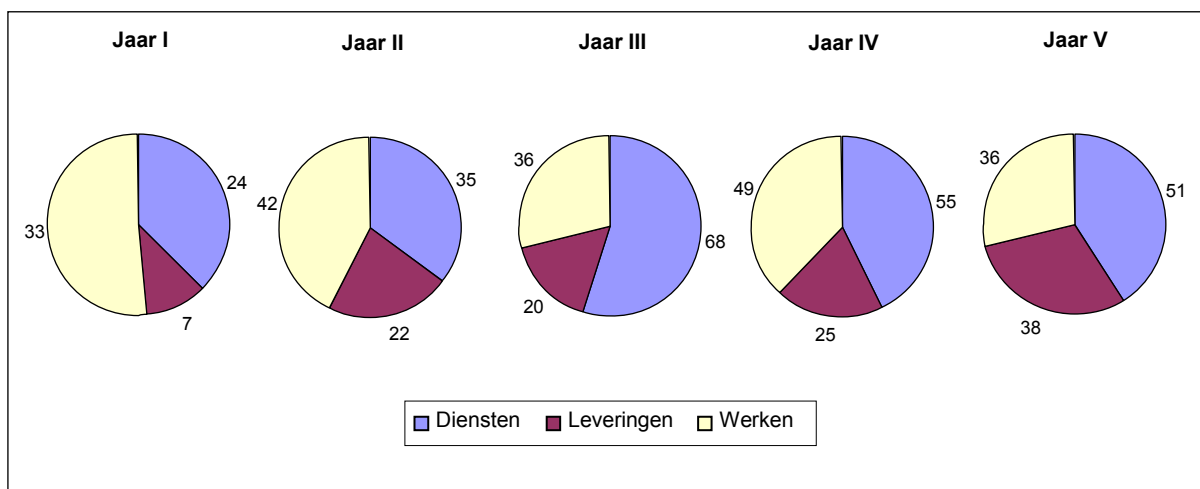
Bij de werken is in één geval sprake van een concessieovereenkomst voor werken. De andere 195 gevallen betreffen overheidsopdrachten.

Bij de diensten (zie figuur 16) is 15 keer (6%) sprake van een concessieovereenkomst. 87 Zaken (37%) betreffen een opdracht inzake 2B-diensten (i.e. een dienst als bedoeld in onderdeel B van Bijlage 2 bij het Bao). In de overige 131 gevallen (56%) is sprake van een 2A-dienst (i.e. een dienst als bedoeld in onderdeel A van Bijlage 2 bij het Bao). In 3 zaken staat de aard van de opdracht ter discussie. Bij de indeling van deze uitspraken in genoemde categorieën hebben wij het oordeel van de rechter gevolgd.



Figuur 16: opdrachten inzake diensten, nadere specificatie, gehele onderzoeksperiode

Gedurende de onderzoeksperiode is het percentage zaken dat betrekking heeft op werken afgenomen van 52% in Jaar I naar 31% in Jaar V. Het percentage zaken dat betrekking heeft op leveringen is in diezelfde periode toegenomen van 11% tot 29% (zie figuur 17).

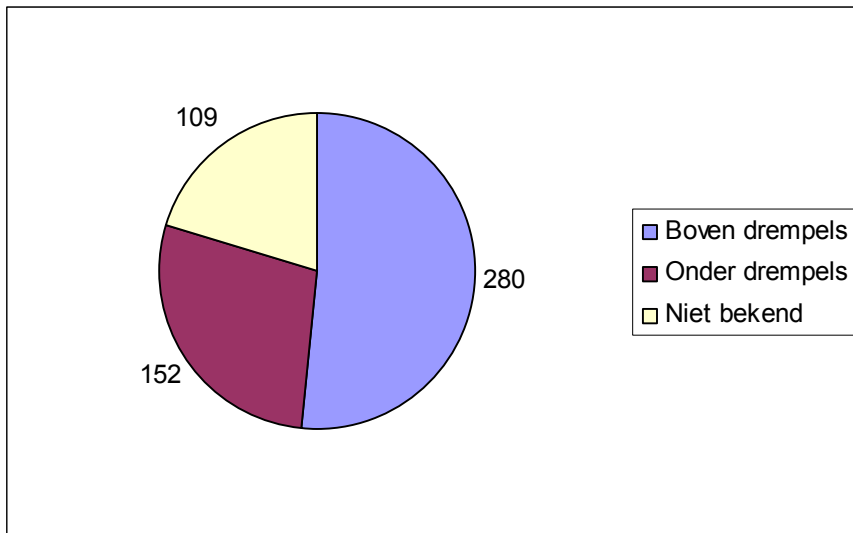


Figuur 17: onderwerp van de opdracht, per onderzoeksjaar

3.3 Opdrachten boven/onder de drempelwaarde

De waarde van de (al dan niet aanbestede) opdracht staat in veel gevallen niet vermeld in de uitspraak. Ook is niet in alle uitspraken aangegeven of de waarde van de opdracht boven of onder de drempels ligt. In een aantal gevallen kan uit de uitspraak niettemin met een grote mate van zekerheid worden vastgesteld of de waarde van de opdracht boven de drempels uitkomt, bijvoorbeeld aan de hand van de omschrijving van de opdracht en/of de toepasselijke regelgeving. Bij 20% van de uitspraken is dat niet het geval. Die uitspraken hebben wij ingedeeld in de categorie niet bekend. Onder die categorie vallen overigens ook de gevallen waarin geen drempelwaarde van toepassing is, zoals concessieovereenkomsten voor diensten.

In de 432 gevallen waarin wel duidelijk is of de waarde van opdracht boven of onder de drempel ligt, is 280 keer (65%) sprake van een opdracht boven de drempels (zie figuur 18).



Figuur 18: waarde van de opdracht, gehele onderzoeksperiode

Opvallend is dat de opdrachten onder de drempel in de meeste gevallen betrekking hebben op werken (130 uitspraken). Een mogelijke verklaring daarvoor is dat opdrachten voor werken onder de drempel relatief vaak worden aanbesteed (vergeleken met opdrachten voor leveringen en diensten onder de drempel), zoals kan worden afgeleid uit het rapport *Inkopen onder de Europese aanbestedingsdrempels uit 2007*.⁹

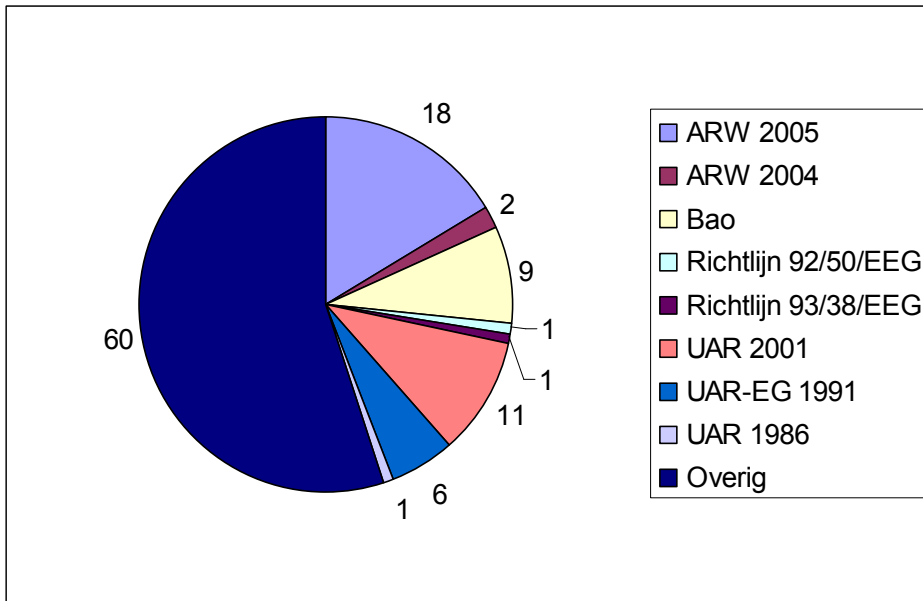
Nadere specificatie categorie niet bekend

In figuur 19 is een nadere specificatie opgenomen van de toegepaste reglementen en regelgeving in de gevallen dat de waarde van de opdracht niet bekend is.

Meer dan de helft van de gevallen valt binnen de categorie overig. Dit betreft zaken waarin onduidelijk is welke regelgeving en/of welk reglement zijn toegepast, maar ook zaken waarin in het geheel geen aanbesteding is gehouden.

In 38 gevallen is het ARW 2004, ARW 2005, Uniform Aanbestedingsrecht (UAR) 2001, UAR EG-1991 of UAR 1986 toegepast. Omdat deze reglementen veel werden/worden toegepast voor zowel opdrachten boven de drempel als opdrachten onder de drempel, kunnen hieruit naar ons oordeel geen conclusies worden getrokken over de waarde van de opdracht.

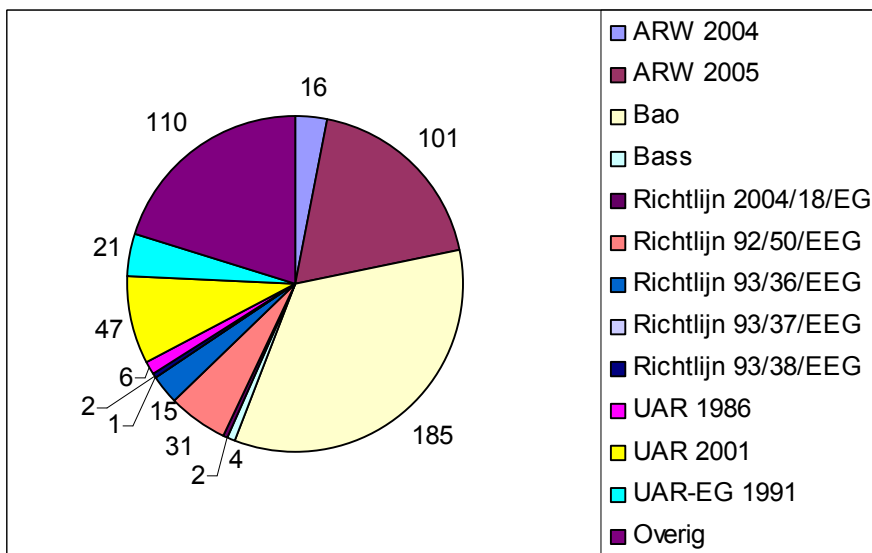
⁹ PricewaterhouseCoopers en Significant (2007). "Inkopen onder de Europese aanbestedingsdrempels; Inventarisatie van de feitelijke opdrachten onder de Europese drempelwaarden voor aanbestedingen". Den Haag: PricewaterhouseCoopers Advisory N.V., pagina 25-27.



Figuur 19: Waarde opdracht niet bekend, nadere specificatie, gehele onderzoeksperiode

3.4 Toepasselijke regelgeving/reglementen

In 185 van de 541 gevallen (34%) is het Bao van toepassing. Daarbij zij opgemerkt dat het Bao pas in december 2005 in werking is getreden en pas sinds februari 2006 in de uitspraken is terug te vinden. In 117 uitspraken is het ARW 2004 of 2005 toegepast. De verschillende UAR'en zijn in totaal 74 keer toegepast (zie figuur 20).



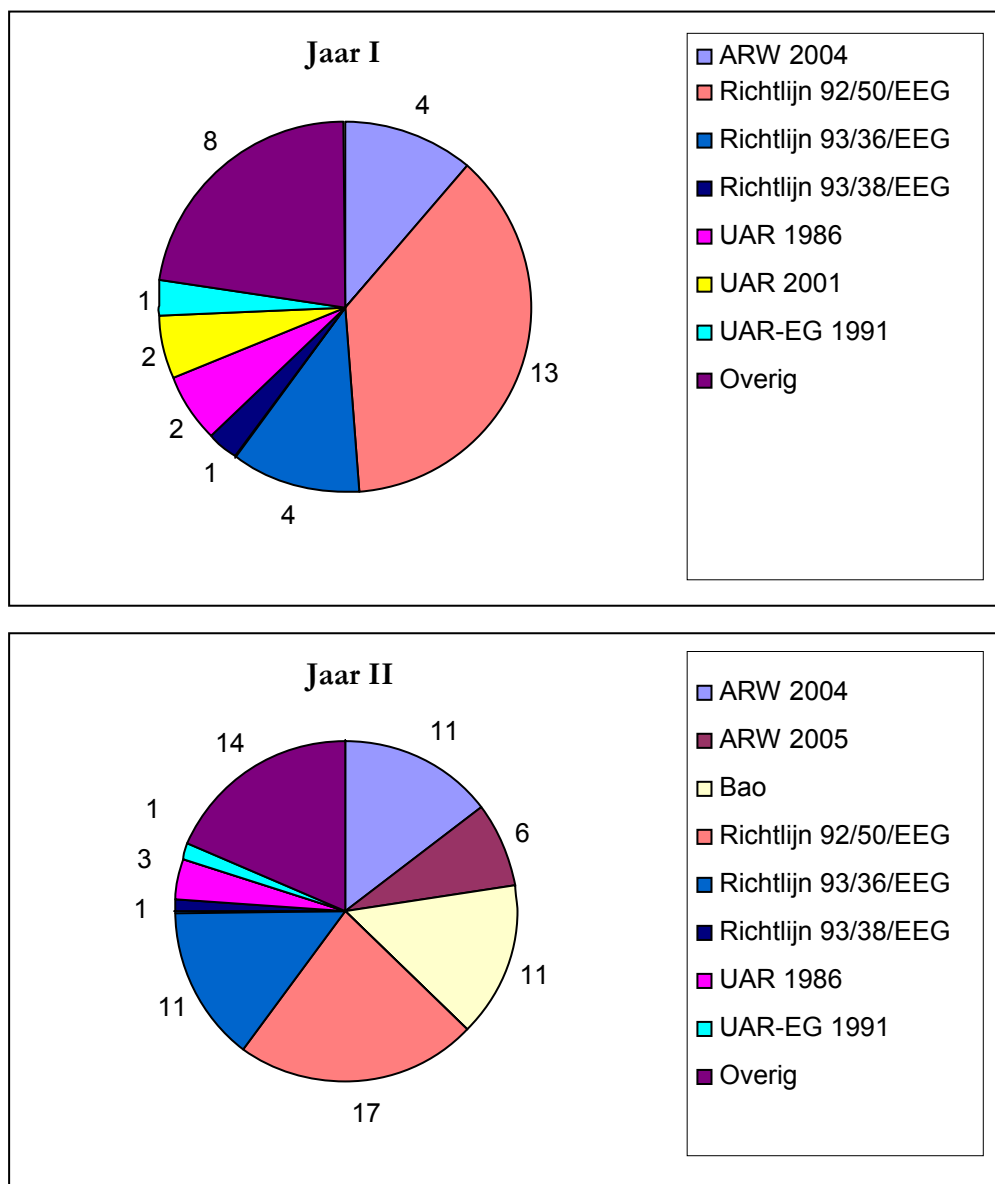
Figuur 20: toepasselijke regelgeving/toegepast reglement, gehele onderzoeksperiode

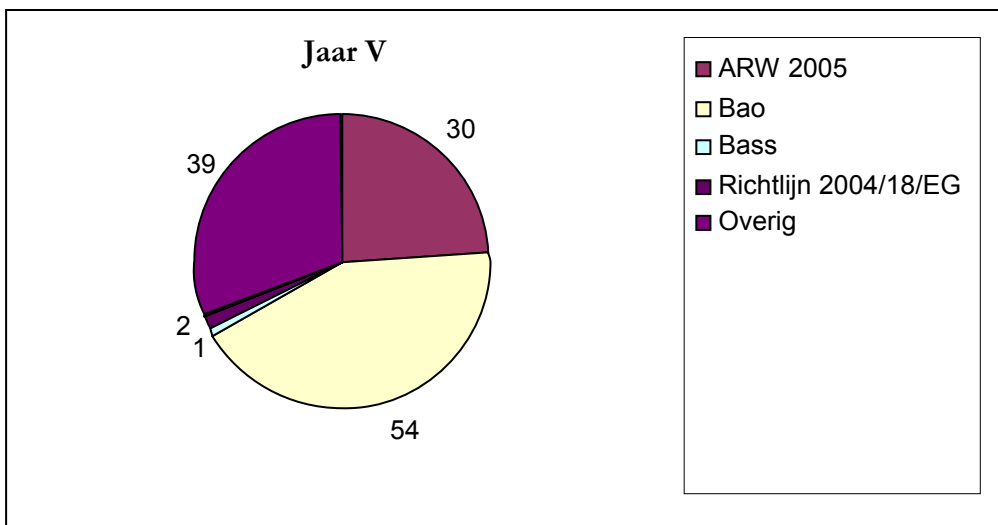
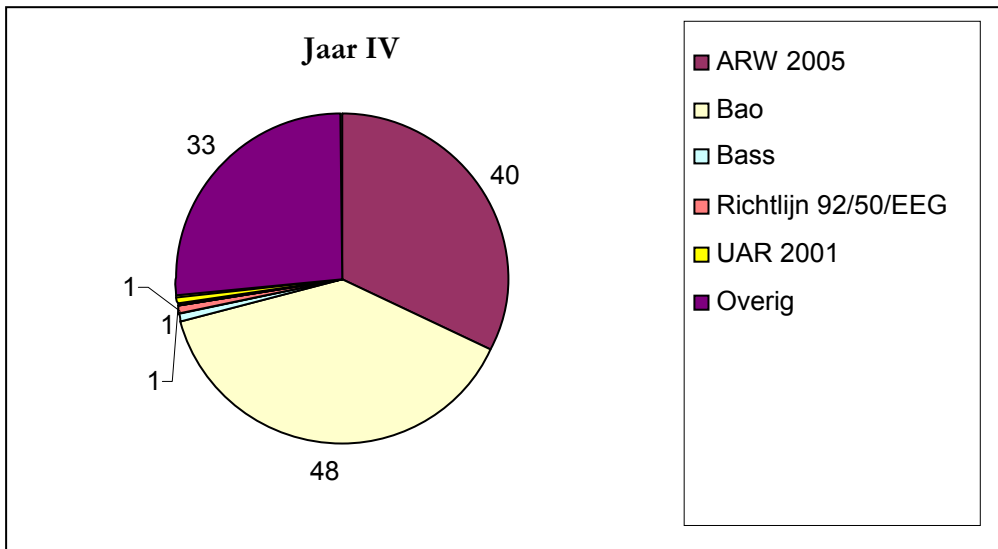
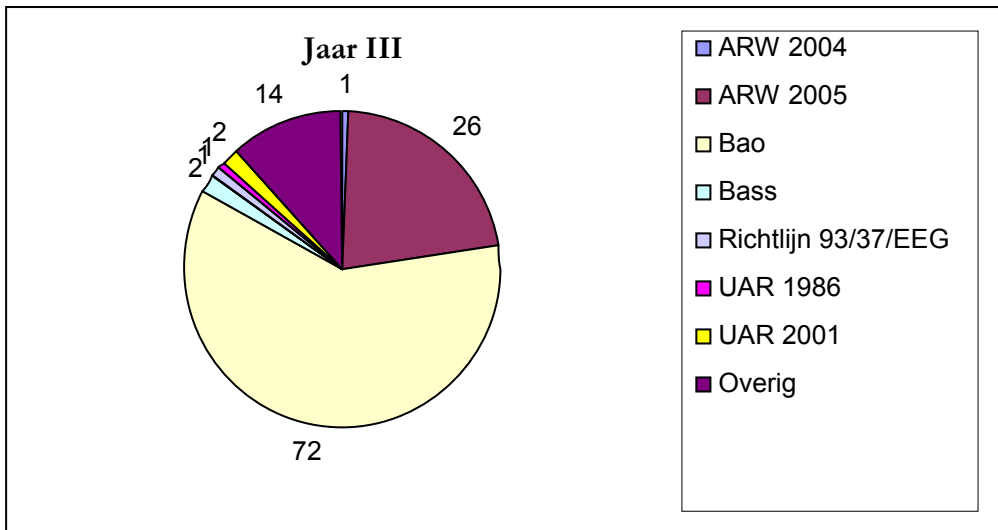
De categorie overig betreft met name zaken waarin niet duidelijk is welke aanbestedingsregels van toepassing zijn. In een aantal gevallen betreft het ook gevallen waarin de aanbestedende dienst

een eigen aanbestedingsreglement hanteert (met name bij de aanbesteding van concessies), of waarin een opdracht enkelvoudig onderhands was/dreigde te worden gegund.

Bij de invoer van de toepasselijke regelgeving en de toegepaste reglementen hebben wij ervoor gekozen die regelgeving/reglementen in te voeren die door de rechter als voornaamste toetsingskader is/zijn gehanteerd. Bij de aanbesteding van opdrachten voor werken die onder het toepassingsbereik van het Bao vallen, wordt bijvoorbeeld het ARW 2005 toegepast. In die gevallen is louter het ARW 2005 als toepasselijk reglement vermeld.

In het overzicht van toepasselijke regelgeving en de toegepaste reglementen per onderzoeksjaar (figuur 21) is te zien dat in de laatste drie onderzoeksjaren met name wordt aanbesteed op grond van het Bao en het ARW 2005.

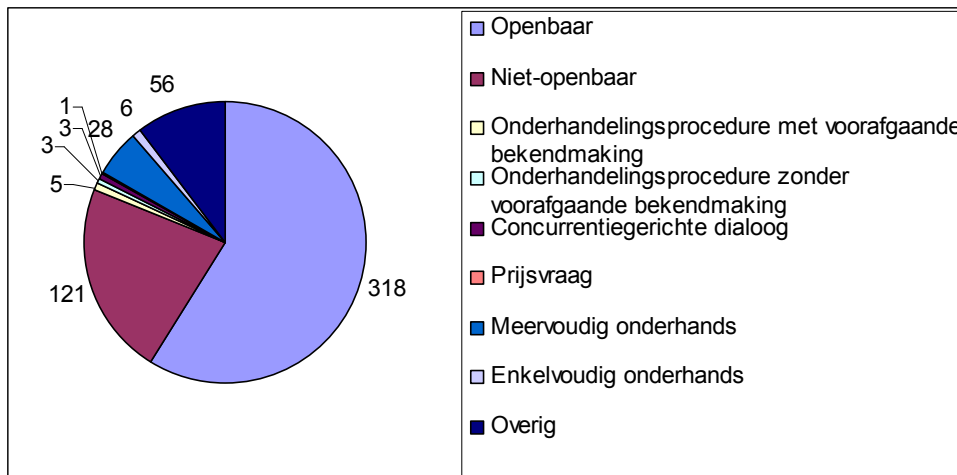




Figuur 21: toepasselijke regelgeving/toegepast reglement, per onderzoeksjaar

3.5 Gevolgde aanbestedingsprocedure, gehanteerde gunningscriterium

In 318 gevallen (59%) betreft de uitspraak een openbare aanbesteding. 121 keer (22%) was een niet-openbare aanbesteding onderwerp van het geschil. 28 zaken (5%) betroffen een meervoudig onderhandse aanbesteding. De overige soorten procedures, zoals hieronder in figuur 22 benoemd, komen minder vaak voor.

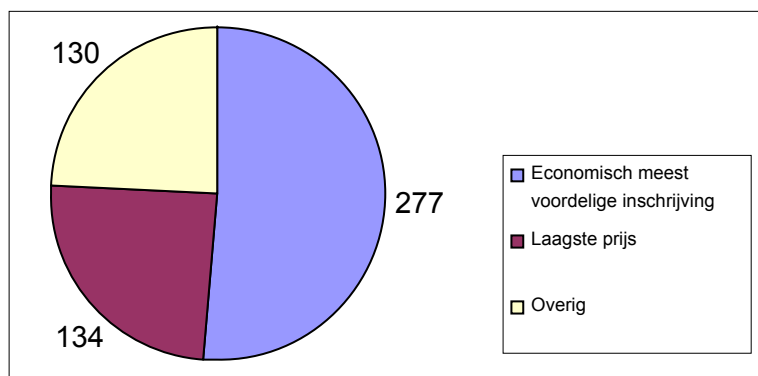


Figuur 22: gevolgde aanbestedingsprocedure, gehele onderzoeksperiode

Onder de 56 zaken (10%) in de categorie overig vallen onder meer gevallen waarin uit de uitspraak niet blijkt welk type procedure is gevolgd, gevallen waarin in het geheel geen aanbesteding is gehouden, en gevallen waarin de gevolgde procedure niet onder één van de benoemde procedures kan worden ondergebracht.

Gunningscriteria

In ruim de helft van de gevallen (276 zaken; 51%) hanteerde de aanbestedende dienst het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving. 135 keer (25%) was het gunningscriterium laagste prijs. 131 zaken (24%) vallen binnen de restcategorie overig. Dit betreft onder meer uitspraken waarin niet is aangegeven welk gunningscriterium is gehanteerd, alsmede gevallen waarin geen aanbesteding is gehouden (zie figuur 23).



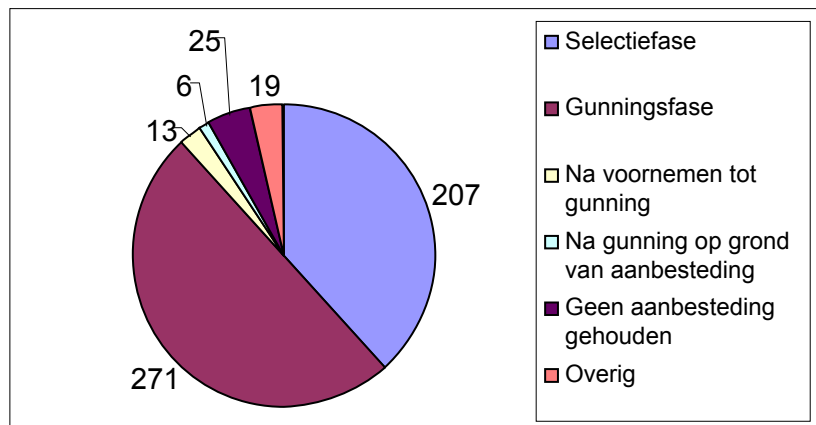
Figuur 23: gehanteerde gunningscriterium, gehele onderzoeksperiode

3.6 Fase in aanbestedingsprocedure

De meeste uitspraken betreffen geschillen die betrekking hebben op de selectiefase (207 zaken; 38%) en de gunningsfase (271 zaken; 50%) van de aanbesteding. Onder de categorie selectiefase vallen zaken waarin de kern van het geschil de gestelde selectiecriteria betreft; het gaat daarbij met name om geschillen over de rechtmatig van en/of toetsing aan de selectiecriteria. De categorie gunningsfase betreft met name geschillen over de rechtmatigheid en/of toepassing van de gunningscriteria, alsmede geschillen betreffende de toelaatbaarheid van gestelde eisen betreffende de uitvoering van de opdracht.

13 geschillen betreffen gebeurtenissen die zich in de fase na bekendmaking van het voornemen tot gunning hebben voorgedaan. Onder deze categorie vallen met name geschillen over de (nadere) motivering van het voornemen tot gunning en gevallen waarin de aanbestedende dienst na bekendmaking van het voornemen tot gunning wil overgaan tot heraanbesteding. In 6 gevallen betreft het geschil de fase na gunning van de opdracht. In 25 gevallen had in het geheel geen aanbesteding plaatsgevonden.

De categorie overig (19 zaken) omvat onder meer zaken waarin niet duidelijk is op welke fase het geschil betrekking had (bijvoorbeeld omdat de rechter niet aan een inhoudelijke beoordeling toekomt wegens niet-ontvankelijkheid van de eiser).



Figuur 24: fase in aanbesteding waarop geschil betrekking heeft, gehele onderzoeksperiode

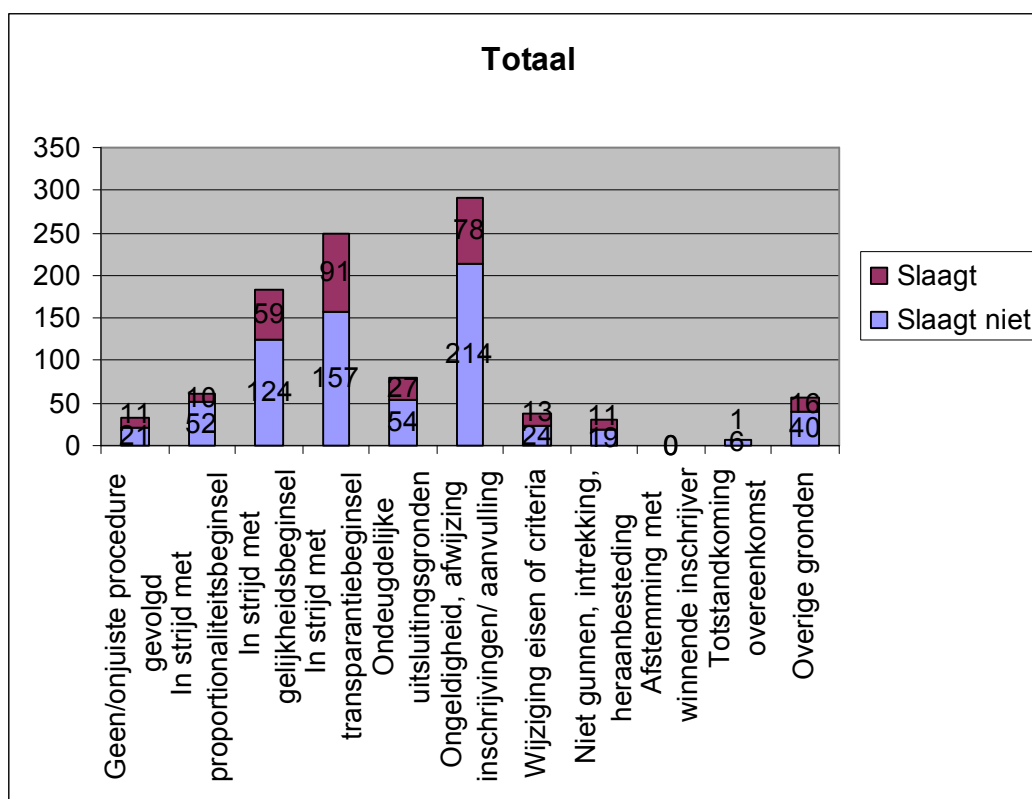
4 INHOUD VAN HET GESCHIL

4.1 Gronden voor starten procedure

In deze paragraaf gaan wij in op de gronden die de eisende ondernemers in de onderzochte uitspraken hebben aangevoerd voor hun vorderingen. Daarbij merken wij op dat per uitspraak meerdere gronden kunnen zijn aangevoerd.

Het meest voorkomend zijn gronden die betrekking hebben op de (on)geldigheid van aanmeldingen en/of inschrijvingen. Het kan daarbij gaan om ondernemers die opkomen tegen de afwijzing van hun eigen inschrijving, maar ook om ondernemers die stellen dat de inschrijving van een andere ondernemer ongeldig is. Ook gevallen waarin aan de orde is of een inschrijver in staat mag/moet worden gesteld zijn inschrijving te wijzigen of aan te vullen, vallen binnen deze categorie, die in de onderzochte uitspraken 292 keer voorkomt (zie figuur 25).

Andere veel voorkomende categorieën van gronden zijn strijd met het transparantiebeginsel (248 keer) en strijd met het gelijkheidsbeginsel (183 keer). In 81 gevallen klaagde de eisende ondernemer over de ondeugdelijkheid van de door de aanbestedende dienst vastgestelde uitsluitingsgronden, selectiecriteria of gunningscriteria. In 62 zaken werd een beroep gedaan op (strijd met) het proportionaliteitsbeginsel.



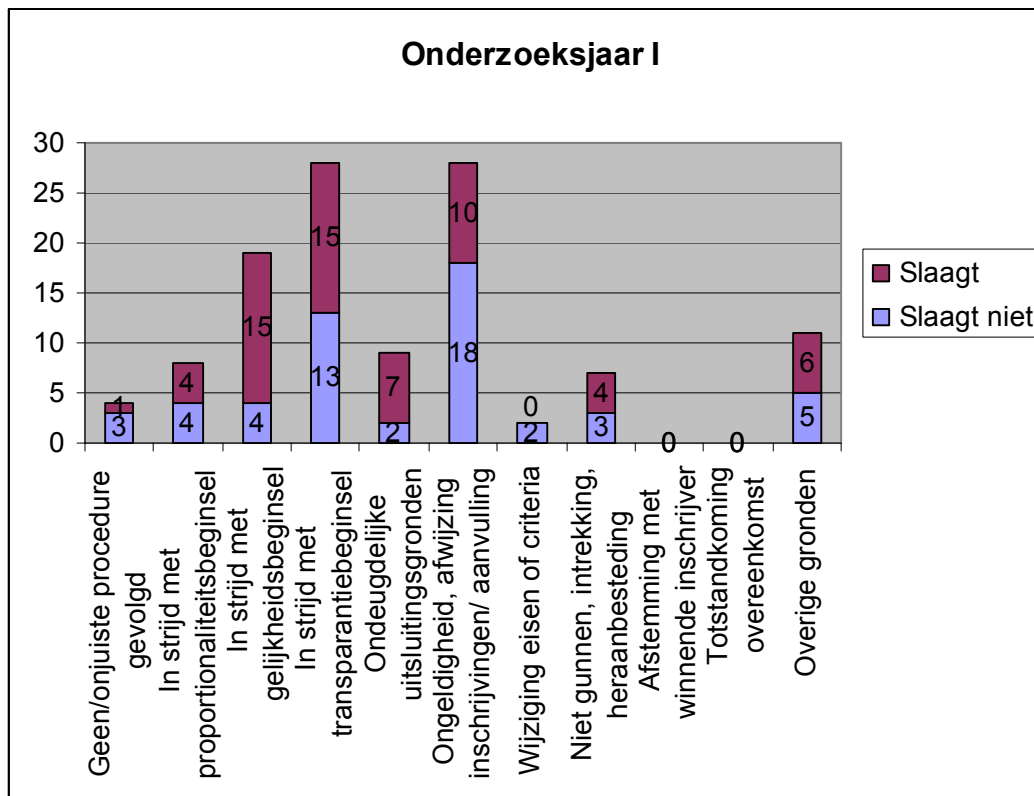
Figuur 25: gronden voor starten procedure, gehele onderzoeksperiode

Het succes van genoemde gronden is wisselend. Relatief succesvol zijn gronden uit de categorieën strijd met het transparantiebeginsel (slaagt in 37% van de gevallen), strijd met het

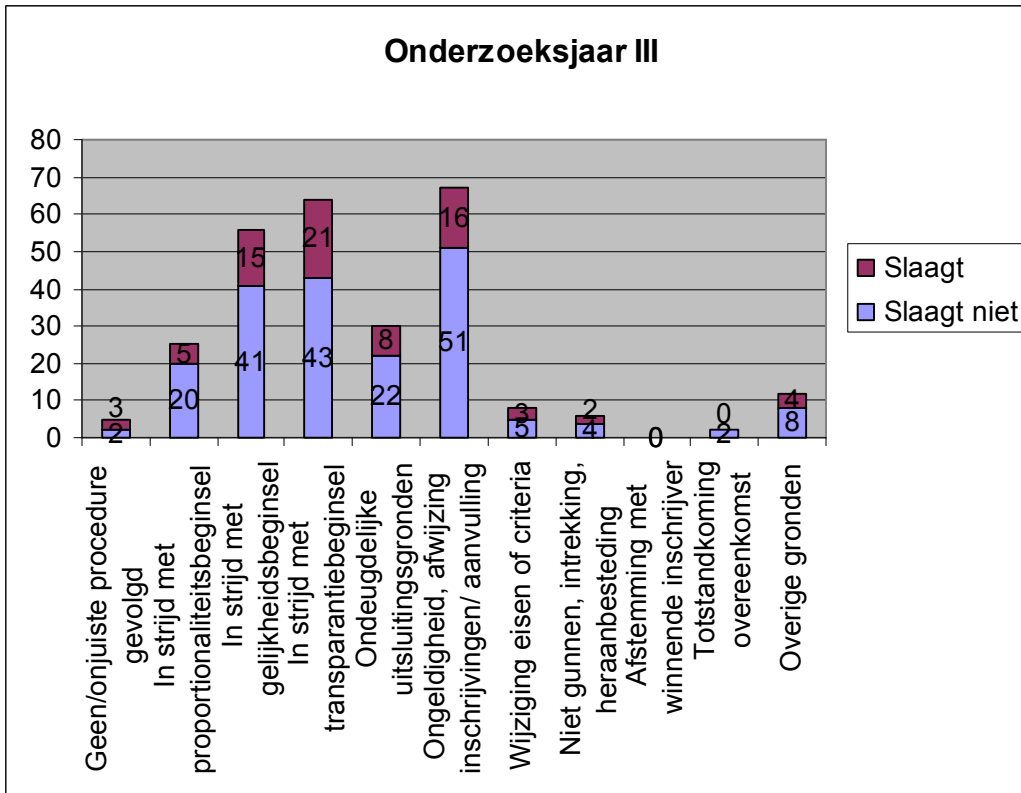
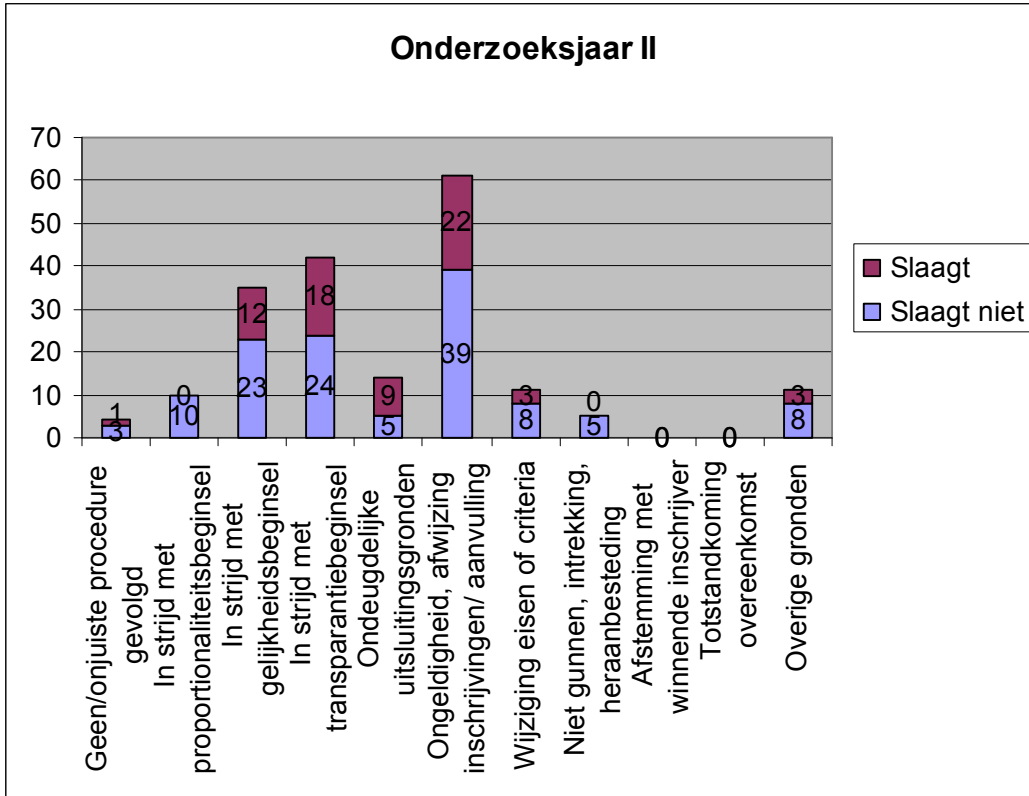
gelijkheidsbeginsel (slaagt in 32% van de gevallen) en ondeugdelijkheid van de uitsluitingsgronden, selectiecriteria of gunningscriteria (slaagt in 33% van de gevallen).¹⁰ Gronden die betrekking hebben op de (on)geldigheid/afwijzing van inschrijvingen (inclusief het al dan niet mogen herstellen van gebreken) slagen in 27% van de gevallen. Een beroep op strijd met het proportionaliteitsbeginsel was in 16% van de gevallen succesvol.

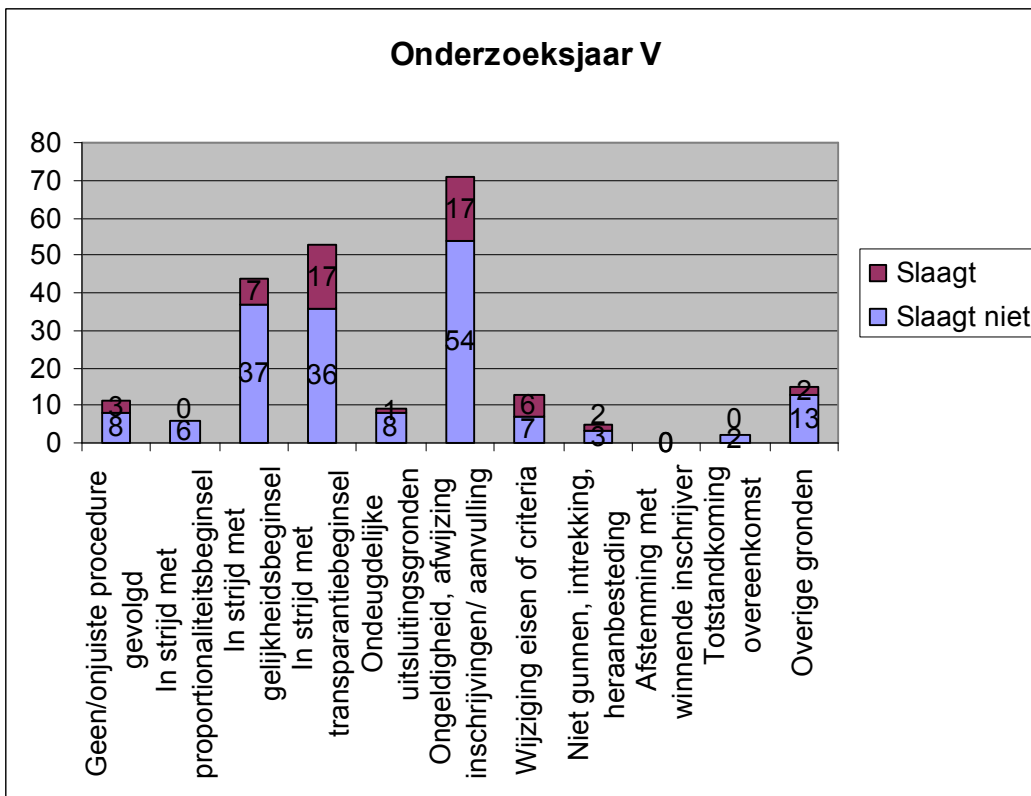
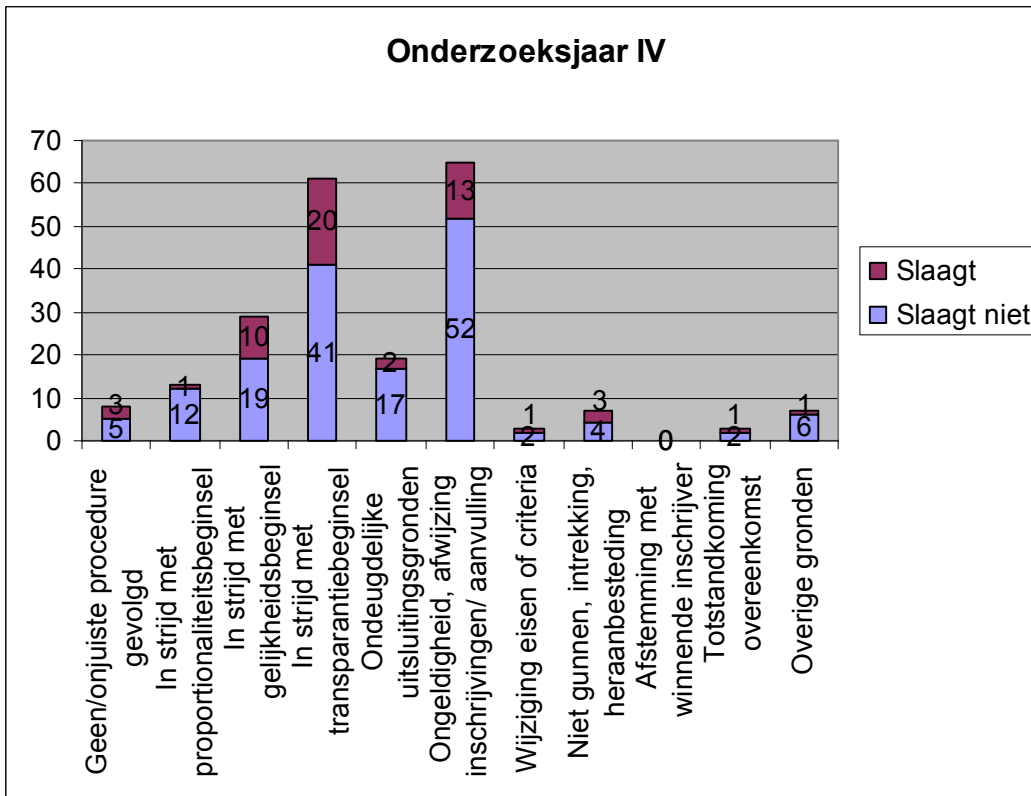
Uit het onderstaande overzicht van de gronden per onderzoeksjaar (figuur 26) blijkt dat de aangevoerde gronden steeds minder vaak slagen. In Jaar I was een beroep op het gelijkheidsbeginsel nog in 79% van de gevallen succesvol. In Jaar V was dit nog maar 16%. Ook bij andere gronden is het slagingspercentage gedurende de onderzoeksperiode gedaald.

Opvallend is verder dat de grond strijd met het proportionaliteitsbeginsel de laatste jaren steeds minder wordt aangevoerd. Het beeld dat de meest aangevoerde grond de (on)geldigheid van de offertes betreft, blijft gedurende de onderzoeksperiode stabiel.



¹⁰ Hierbij merken wij op dat binnen de categorie slaagt niet ook uitspraken vallen waarin de rechter niet op de betreffende grond is ingegaan. Dit kan het geval zijn wanneer de rechter oordeelt dat de eiser onvoldoende proactief heeft gehandeld, maar bijvoorbeeld ook wanneer de eiser reeds op een andere grond gelijk heeft gekregen.



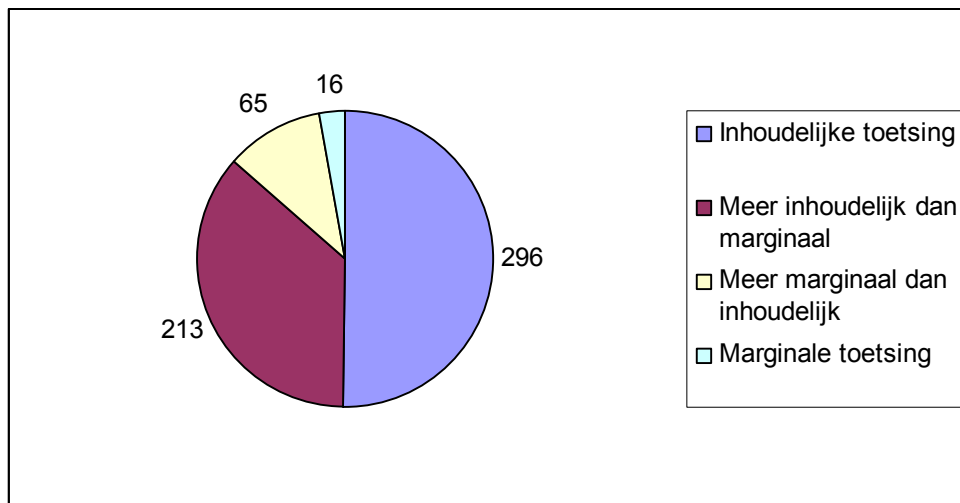


Figuur 26: gronden voor starten procedure, per onderzoeksjaar

4.2 Wijze van toetsing (inhoudelijk/marginaal)

Of de rechter inhoudelijk toetst of marginaal is vaak niet eenvoudig vast te stellen. Slechts in een zeer beperkt aantal gevallen geeft de uitspraak expliciet aan of inhoudelijk is getoetst of marginaal. De uitspraken waarin niet eenduidig is of een inhoudelijke of marginale toetsing heeft plaatsgevonden, hebben wij onderverdeeld in twee tussencategorieën: meer inhoudelijk dan marginaal¹¹ en meer marginaal dan inhoudelijk¹². Zoals al aangegeven in hoofdstuk 1, is het zeer lastig gebleken in alle gevallen een scherp onderscheid tussen de vier genoemde wijzen van toetsing te maken. Enig subjectief oordeel van het onderzoeksteam is hierbij onvermijdelijk.

Bij de analyse van de wijze van toetsing hebben wij de 4 onderzochte uitspraken van de Hoge Raad buiten beschouwing gelaten. Aangezien in cassatie bij de Hoge Raad alleen rechtsvragen aan de orde kunnen komen, achten wij deze toetsing niet vergelijkbaar met die door de overige (feiten)rechters.



Figuur 27: wijze van toetsing, gehele onderzoeksperiode

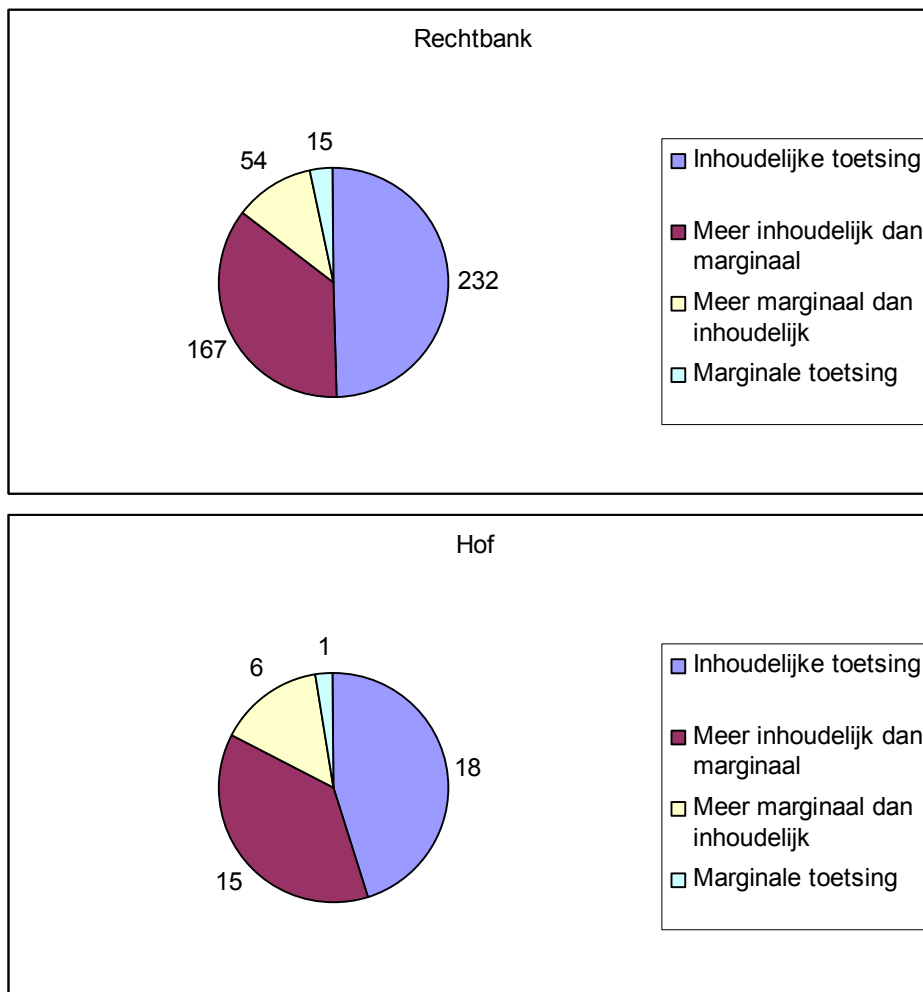
Uit de analyse blijkt dat de rechters in het overgrote deel van de gevallen inhoudelijk (299 zaken; 50%) of meer inhoudelijk dan marginaal (213 zaken; 36%) toetst. In 66 gevallen (11%) toetste de

¹¹ Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter naar ons oordeel meer inhoudelijk dan marginaal heeft getoetst is V.zr. Rb. Leeuwarden 22 oktober 2008, *LJN* BG1401. De vraag die in die zaak centraal stond, i.e. of de inschrijving van eiser ongeldig was, werd in die zaak inhoudelijk getoetst. Dat wil zeggen: de rechter toetste de inschrijving aan zijn eigen lezing van de betreffende bestekseis. De bijkomende vraag of de aanbestedende dienst de eiser om nadere informatie had moeten vragen, werd vooral marginaal getoetst: de rechter legde de nadruk op de discretionaire bevoegdheid van de aanbestedende dienst.

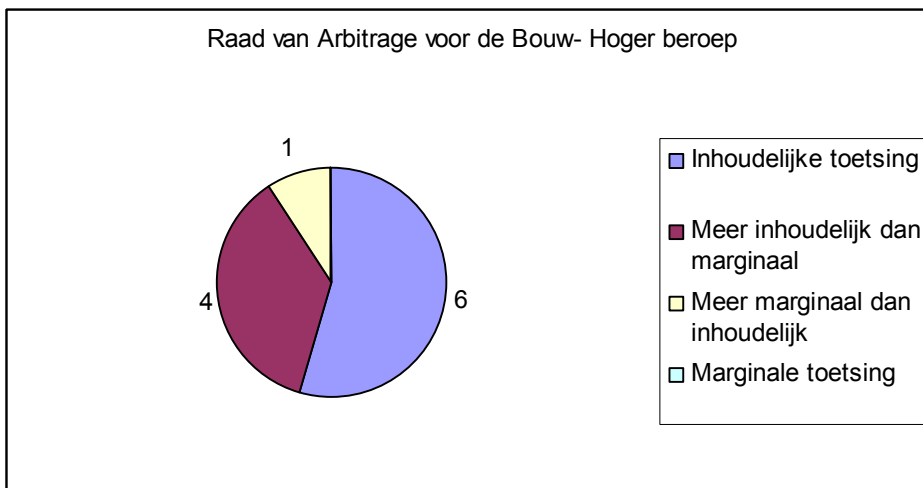
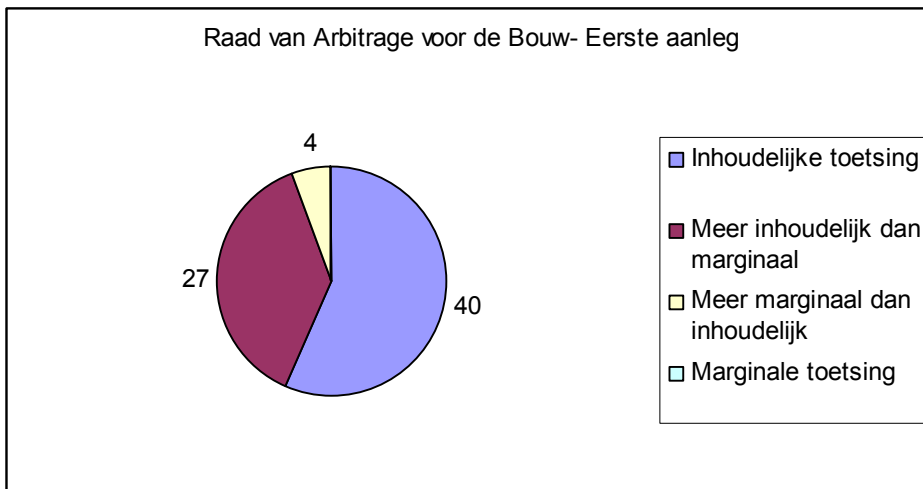
¹² Een voorbeeld van een zaak waarin de rechter naar ons oordeel meer marginaal dan inhoudelijk heeft getoetst is V.zr. Rb. Zutphen 30 november 2007, *LJN* BB9151. In die zaak betoogde de eisende onderneming - kort gezegd - dat de door de aanbestedende dienst gehanteerde gunningscriteria ondeugdelijk, en voor meerdere uitleg varbaar waren. De overweging van de rechtbank dat een aanbestedende dienst bij het opstellen van gunningscriteria een ruime beoordelingsmarge heeft, duidt op een marginale toetsing. De overwegingen van de rechter over de wijze waarop de gunningscriteria moeten worden uitgelegd hebben daarentegen ook deels een inhoudelijk karakter. Om die reden hebben wij de wijze van toetsing niet als marginaal gekwalificeerd, maar als meer marginaal dan inhoudelijk.

rechter meer marginaal dan inhoudelijk (zie figuur 27). Slechts in 16 gevallen (3%) was sprake van een geheel marginale toetsing.¹³

De gerechtshoven toetsen iets vaker marginaal of meer marginaal (18% van de gevallen) dan de rechtbanken (15%), maar dit verschil is zeer klein. De Raad van Arbitrage toetste in geen van de onderzochte zaken volledig marginaal. Ook het aantal zaken waarin meer marginaal dan inhoudelijk wordt getoetst ligt bij de Raad van Arbitrage relatief laag: in eerste aanleg 7% en in hoger beroep 9% (zie figuur 28).

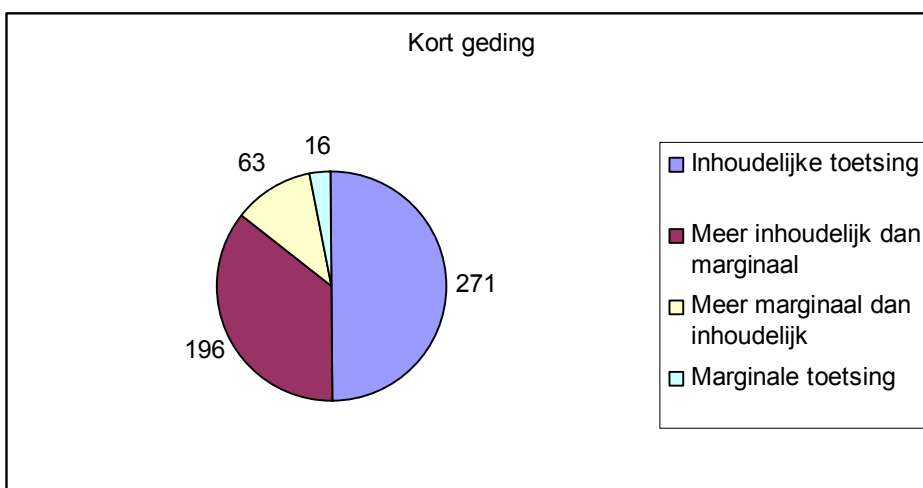


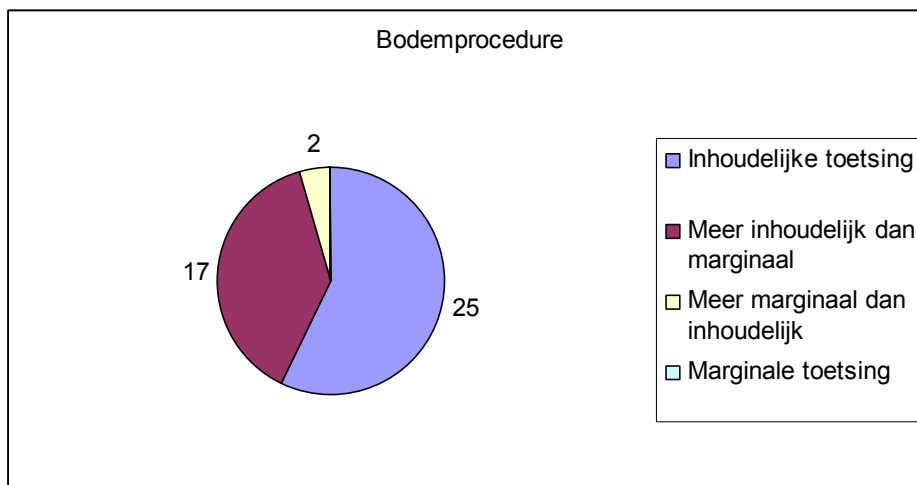
¹³ In vijf zaken verklaarde de rechter zich onbevoegd om van de vordering kennis te nemen. Omdat in die zaken geen verdere toetsing heeft plaatsgevonden, zijn zij niet in figuur 26 tot en met 28 opgenomen.



Figuur 28: wijze van toetsing, per type gerechtelijke instelling, gehele onderzoeksperiode

Het percentage zaken waarin marginaal of meer marginaal dan inhoudelijk wordt getoetst ligt in kort geding (15%) hoger dan in bodemprocedures (9%). Dit is niet verwonderlijk, aangezien het kort geding zich naar zijn aard minder leent voor een inhoudelijke beoordeling.

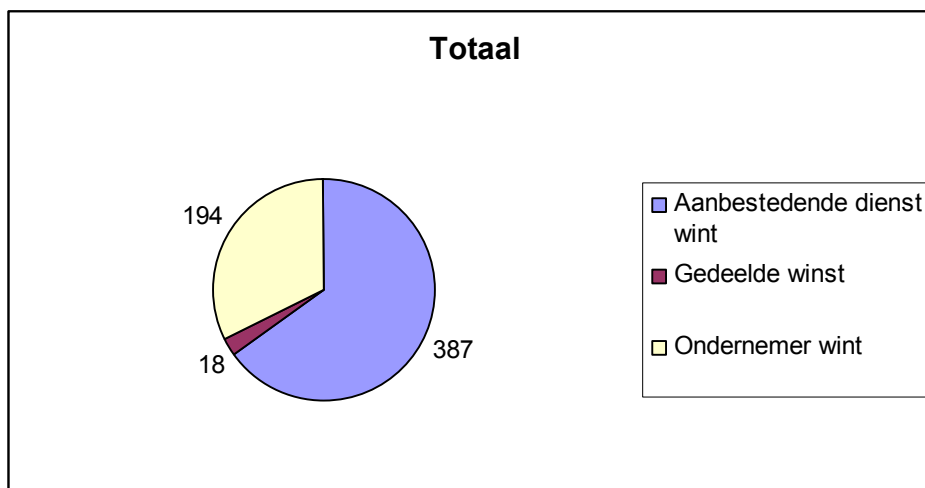




Figuur 29: wijze van toetsing, per type gerechtelijke procedure, gehele onderzoeksperiode

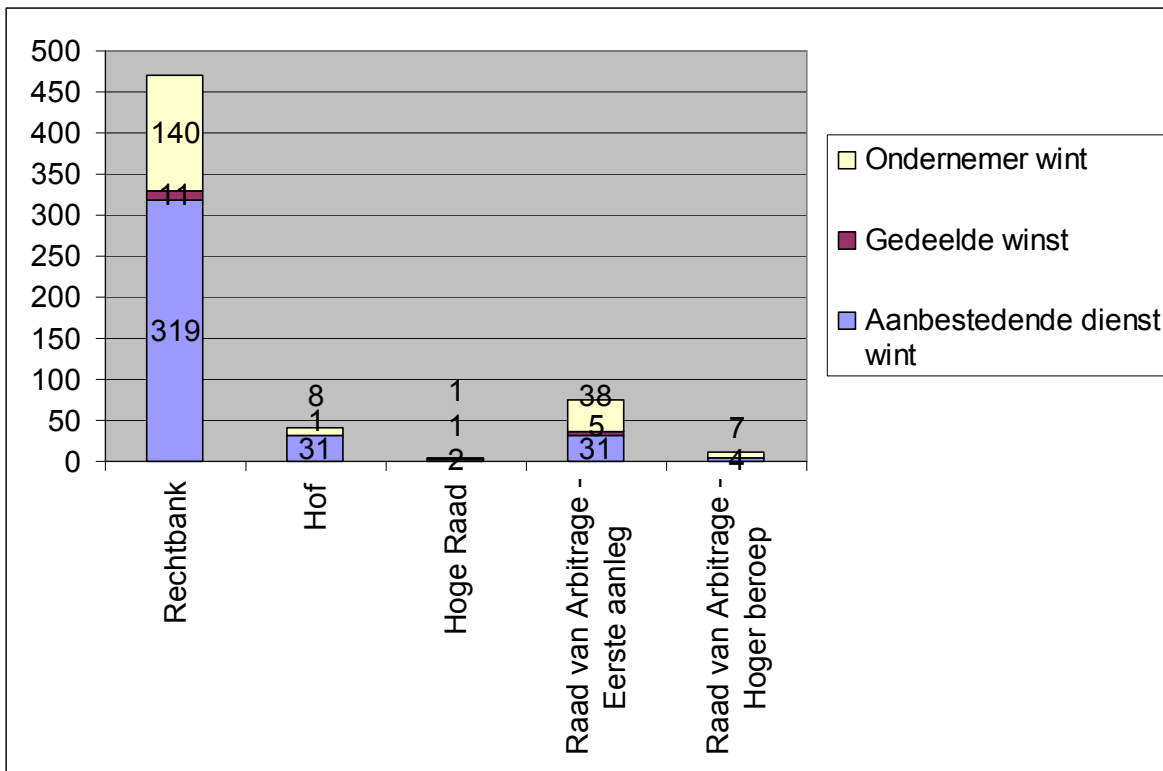
4.3 Uitkomst procedure

In het merendeel van de zaken krijgt de aanbestedende dienst het gelijk aan zijn zijde. 65% van de zaken eindigt in winst voor de aanbestedende dienst. In 32% van de gevallen is er winst voor de ondernemer. In 3% van de zaken krijgen beide partijen gedeeltelijk gelijk en is geen duidelijke winnaar aan te wijzen (zie figuur 30).



Figuur 30: uitkomst procedure, gehele onderzoeksperiode

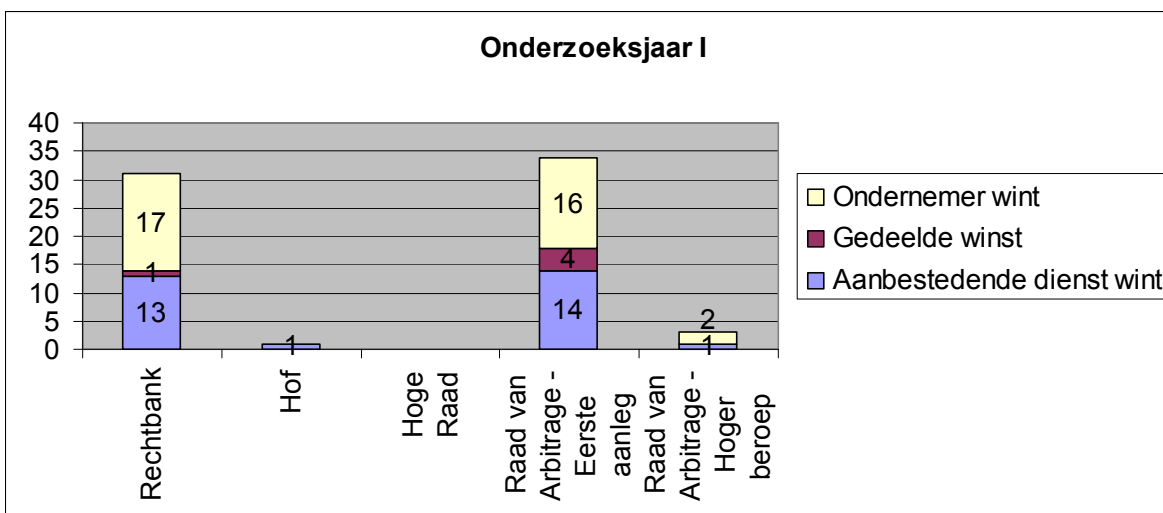
Opvallend is dat ondernemers bij de Raad van Arbitrage beduidend meer succes boeken dan bij de civiele rechter. Bij de Raad van Arbitrage (eerste aanleg plus hoger beroep) wint de ondernemer in 53% van de gevallen. Bij de rechtbanken (30%), gerechtshoven (20%) en de Hoge Raad (25%) ligt dat percentage beduidend lager (zie figuur 31).

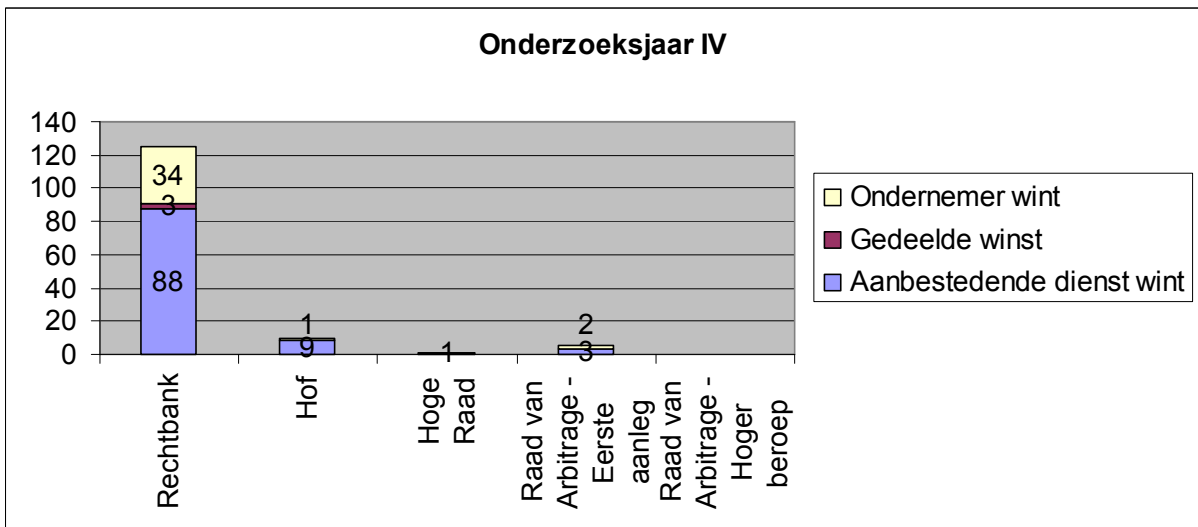
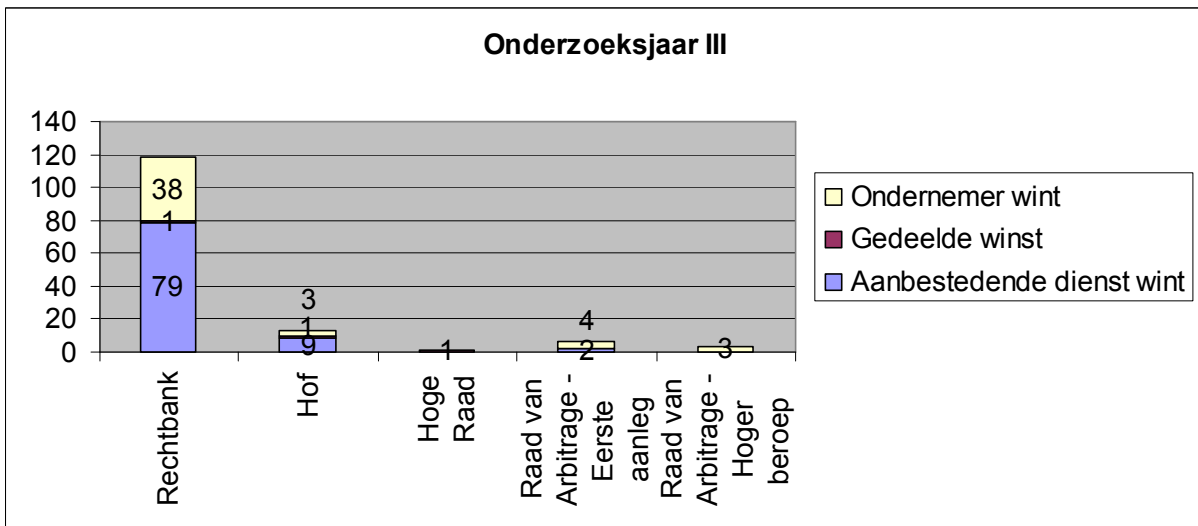
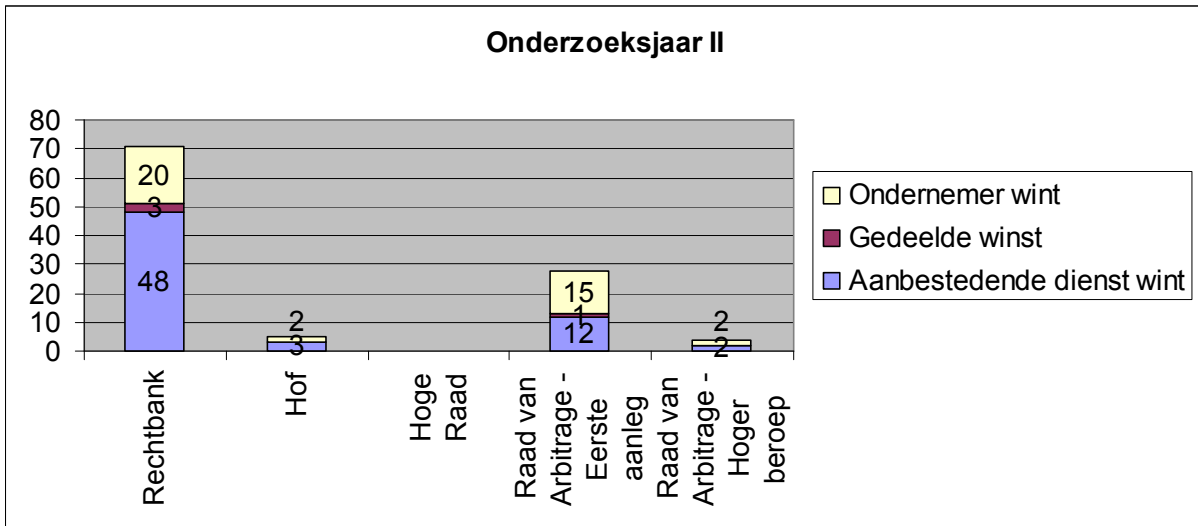


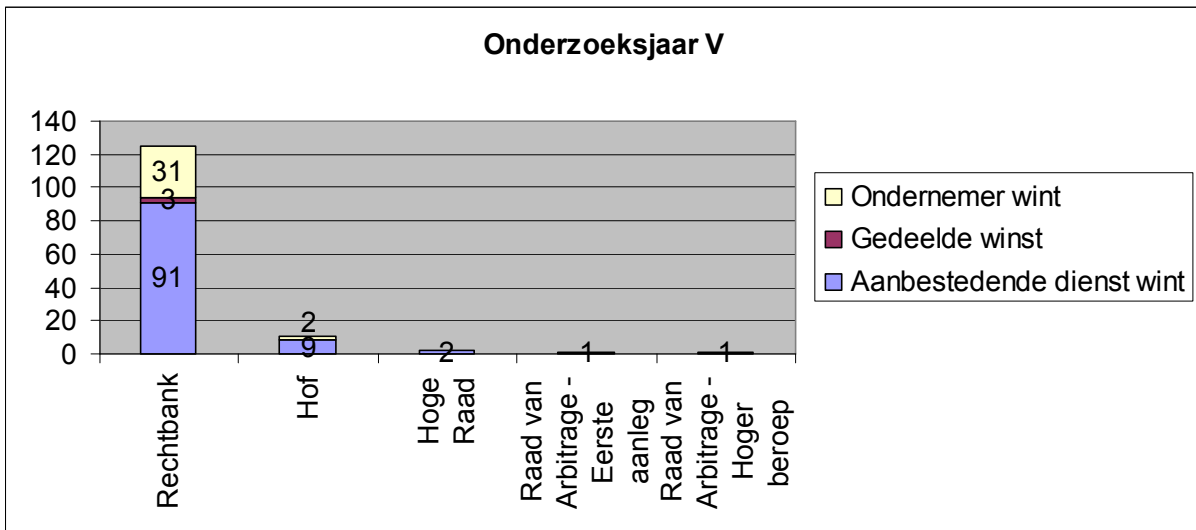
Figuur 31: uitkomst procedure, per type gerechtelijke instelling, gehele onderzoeksperiode

Deze verschillen tussen de Raad van Arbitrage en de overige instellingen komt ook tot uitdrukking in het overzicht van de uitkomsten per onderzoeksjaar (figuur 32). Het merendeel van de uitspraken in Jaar I was nog afkomstig van de Raad van Arbitrage. Na de invoering van het ARW 2004 en de inwerkingtreding van het Bao (in de loop van Jaar II) is het merendeel van de zaken in eerste aanleg behandeld door de rechtbank, en is het aantal zaken bij de Raad van Arbitrage sterk teruggelopen.

In de laatste drie onderzoeksjaren is het winstpercentage van de aanbestedende diensten verder opgelopen tot 74% in Jaar V.

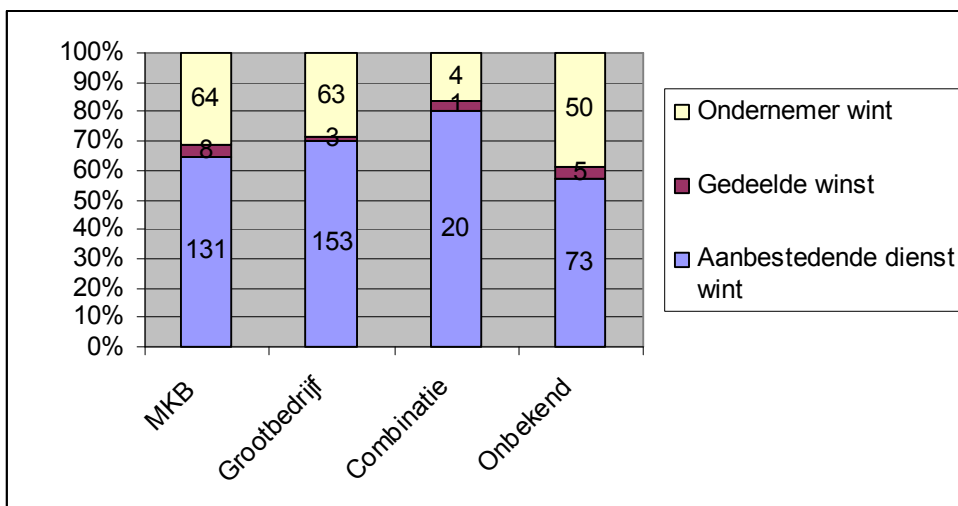






Figuur 32: uitkomst procedure, per onderzoeksjaar

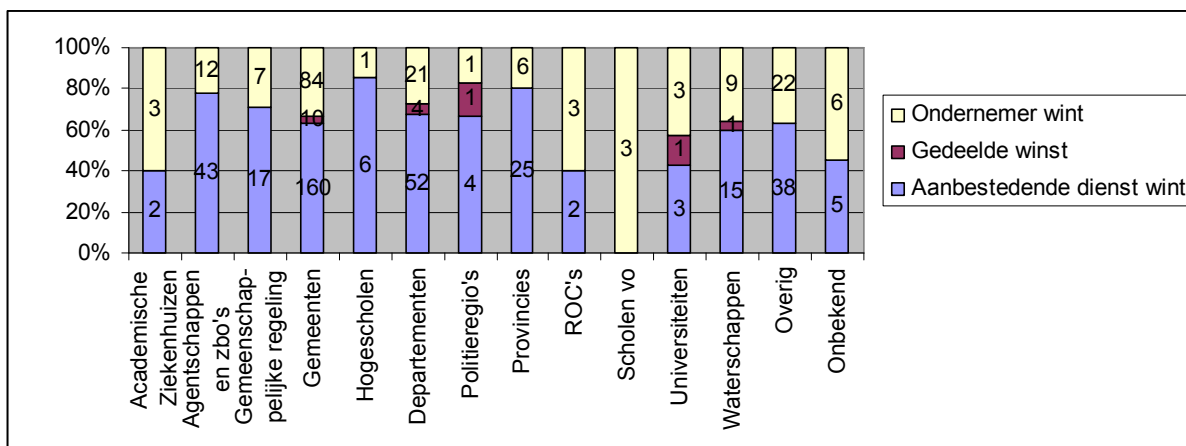
Figuur 33 bevat een overzicht van het succespercentage per type ondernemer. Dat percentage ligt bij MKB-ondernemingen (32%) iets hoger dan bij grootbedrijven (29%). Ook het percentage gedeelde winst ligt bij MKB-ondernemingen (4%) hoger dan bij grootbedrijven (1%). Combinaties waren in 16% van de gevallen succesvol; in 4% van de gevallen was er gedeelde winst. In gevallen waarin niet bekend is of de ondernemer een MKB-onderneming is of een grootbedrijf, was er in 39% van de gevallen winst. Dit hogere percentage hangt samen met het grote aantal van deze uitspraken dat is gedaan door de Raad van Arbitrage, waar het winstpercentage voor de ondernemers hoger ligt dan bij de andere rechters.



Figuur 33: uitkomst procedure, per type ondernemer, gehele onderzoeksperiode

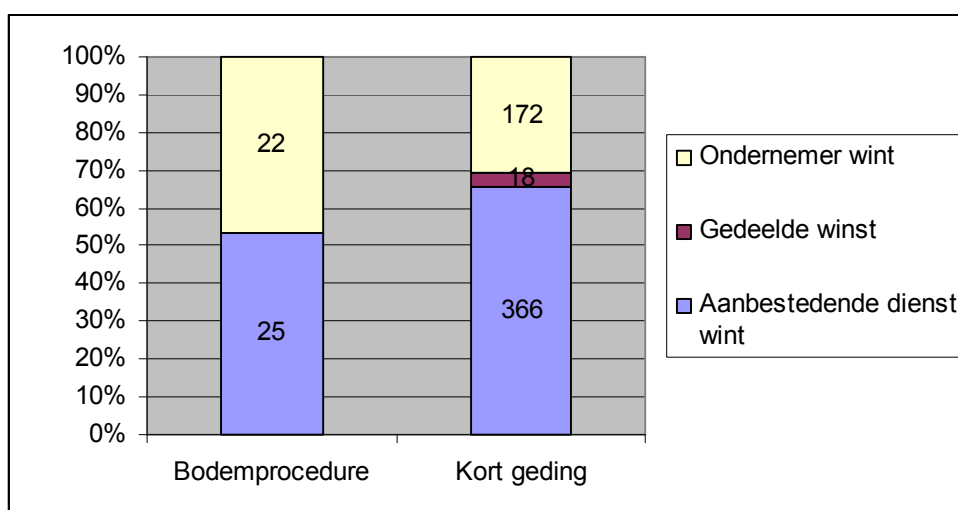
Figuur 34 geeft een overzicht van de uitkomst van de procedure per type aanbestedende dienst. Opvallend is dat scholen voor voortgezet onderwijs in alle drie de zaken de verliezende partij waren. Voor gemeenten was er in 63% van de gevallen winst (en in 4% gedeelde winst). Voor de

kerndepartementen van de Rijksoverheid was er in 68% van de gevallen winst (en in 5% gedeelde winst). De Agentschappen en zbo's waren in 78% van de zaken succesvol.



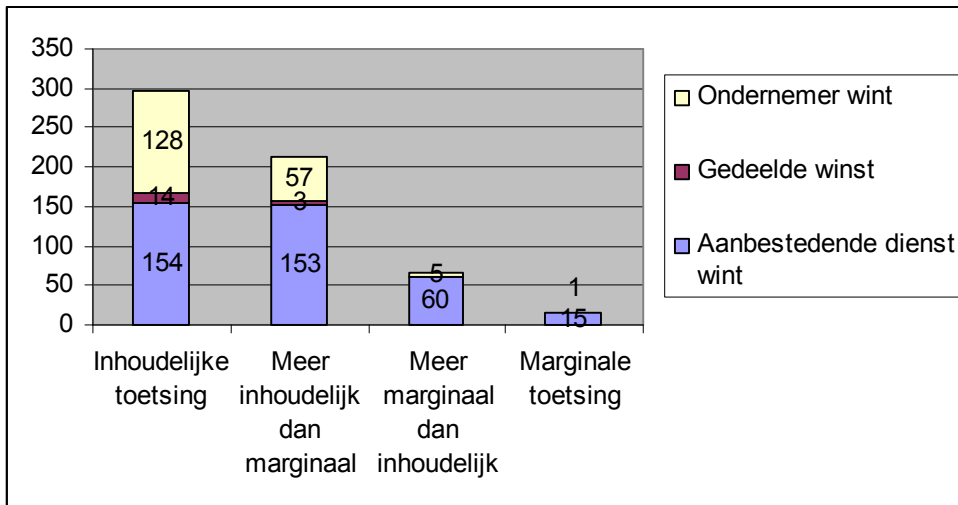
Figuur 34: uitkomst procedure per type aanbestedende dienst, gehele onderzoeksperiode

Ondernemers zijn relatief gezien succesvoller in bodemprocedures (47% winst) dan in kort geding (31% winst, 3% gedeelde winst). Zie figuur 35.



Figuur 35: Uitkomst procedure per type gerechtelijke procedure, gehele onderzoeksperiode

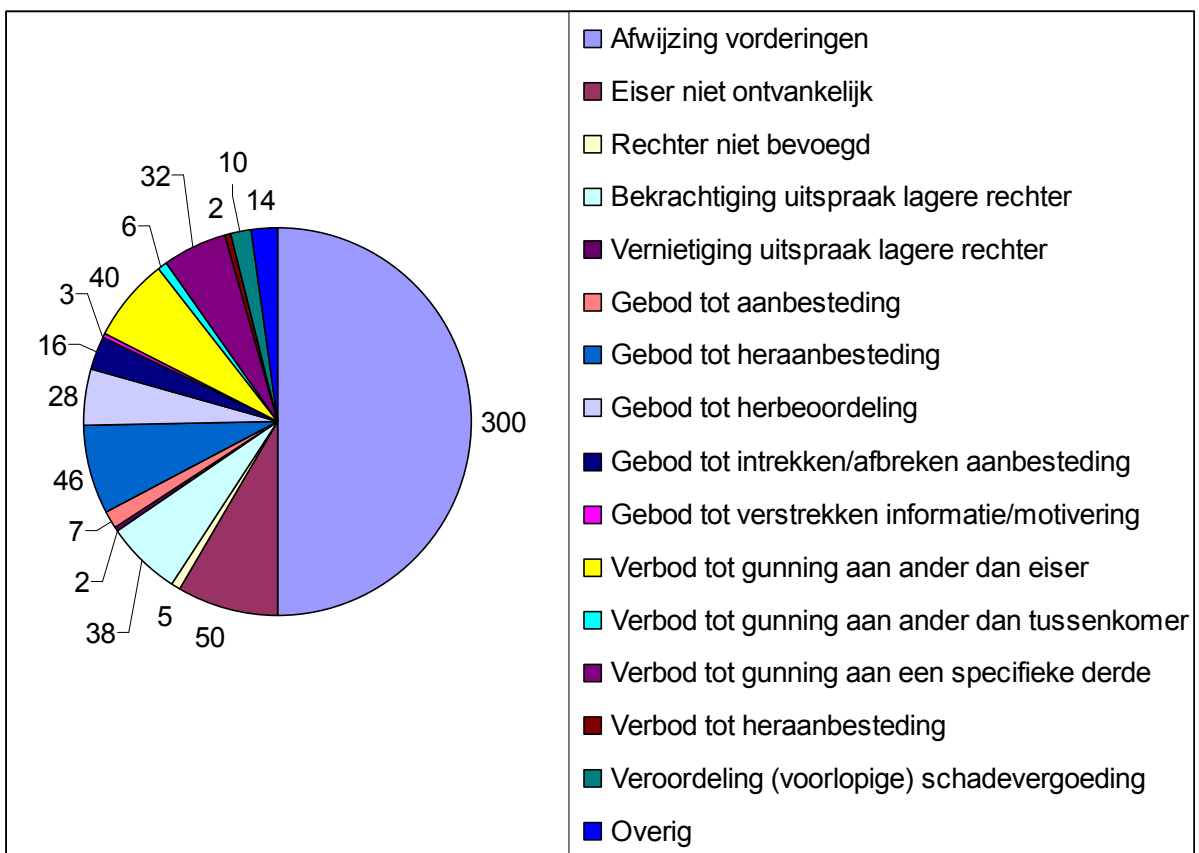
Uit figuur 36 blijkt dat de ondernemer vaker succesvol is naarmate de rechter meer inhoudelijk toetst. Een marginale toetsing valt in 11% van de gevallen uit in het voordeel van de ondernemer. Bij een geheel inhoudelijke toetsing ligt dat percentage op 43%.



Figuur 36: uitkomst procedure per wijze van toetsing, gehele onderzoeksperiode

4.4 Dictum

Figuur 37 geeft een overzicht van de uitkomst van de uitspraken: het dictum van de rechter.



Figuur 37: dictum, alle gerechten, gehele onderzoeksperiode

Het meest voorkomende dictum in de onderzochte uitspraken is de afwijzing van de ingestelde vorderingen (300 uitspraken; 50%). In 50 zaken (ruim 8%) was de eiser niet-ontvankelijk. In 46 zaken (bijna 8%) gebod de rechter de aanbestedende dienst een heraanbesteding te houden. Daarbij verdient opmerking dat de rechter bij het opleggen van een gebod vaak wel de nuancering maakt dat - gelet op de contracteervrijheid van de aanbestedende dienst - het gebod enkel geldt indien de aanbestedende dienst nog tot gunning van de opdracht wenst over te gaan.

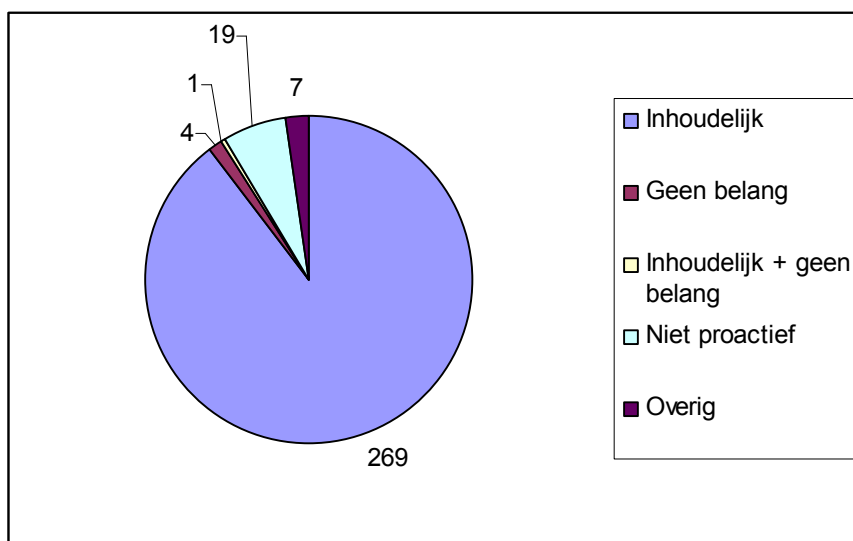
In 40 zaken (7%) verbood de rechter de opdracht te gunnen aan een ander dan de eiser. In 32 gevallen (5%) sprak de rechter een verbod uit tot gunning aan een bij naam genoemde derde, doorgaans de onderneming aan wie de aanbestedende dienst voornemens was te gunnen (onder deze categorie valt ook het gebod tot beëindiging van de overeenkomst, voor zover deze reeds is gesloten, dat in enkele gevallen door de rechter is uitgesproken).

In 38 zaken (6%) in hoger beroep en cassatie bekrachtigde de rechter de uitspraak van de lagere rechter. In geval van vernietiging van een uitspraak van een lagere rechter, geven wij steeds het dictum aan dat de hogere rechter daarvoor, opnieuw rechtdoende, in de plaats heeft gesteld. Een uitzondering hierop vormen de arresten van de Hoge Raad, die immers een zaak na vernietiging terugverwijst naar een gerechtshof.

In 16 gevallen (3%) gebod de rechter de aanbestedende dienst een gehouden aanbesteding in te trekken/af te breken. Onder deze categorie rekenen wij ook zaken waarin de rechter de aanbestedende dienst verbood op grond van de gehouden aanbesteding tot gunning over te gaan. In dat geval rest de aanbestedende dienst immers niets anders dan het beëindigen van de aanbesteding. In 10 zaken (2%) werd de aanbestedende dienst veroordeeld tot het betalen van een (voorlopige) schadevergoeding.

Specificatie categorie afwijzing vorderingen

Wanneer de vorderingen van eiser worden afgewezen, is dit in het overgrote deel van de gevallen uitsluitend op inhoudelijke gronden (90%). Zie figuur 38.

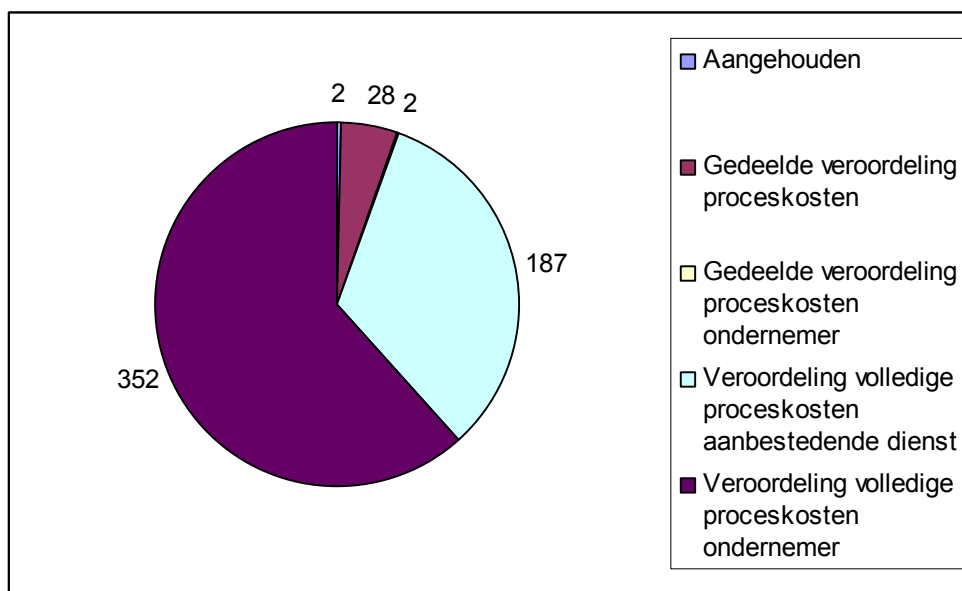


Figuur 38: specificatie afwijzing vorderingen, gehele onderzoeksperiode

In de overige gevallen worden de vorderingen afgewezen wegens het ontbreken van een belang aan de zijde van eiser, wegens onvoldoende proactief optreden door de eiser, of wegens een combinatie van voornoemde gronden. Onder de categorie overig valt onder meer een aantal zaken waarin de eisende ondernemer inhoudelijk gelijk kreeg, maar de vorderingen niettemin werden afgewezen (bijvoorbeeld als gevolg van een belangenafweging of de wijze waarop de vorderingen waren geformuleerd).

Veroordeling proceskosten

Wanneer een partij wordt veroordeeld in de proceskosten, is dat meestal de ondernemer voor de volledige kosten (zie figuur 39).



Figuur 39: veroordeling proceskosten, gehele onderzoeksperiode

5 SAMENVATTING EN CONCLUSIES

In dit laatste hoofdstuk geven wij een korte samenvatting van de belangrijkste bevindingen uit het uitgevoerde onderzoek. Ook geven wij een opsomming van enkele conclusies die uit het onderzoek kunnen worden getrokken.

Hoewel uit de onderzochte uitspraken enkele ontwikkelingen zijn af te leiden, geeft het onderzoek geen verklaringen voor die ontwikkelingen. Dat heeft te maken met de kwantitatieve aard van het onderzoek. Waar wij in rapport mogelijke verklaringen noemen, zijn deze louter gebaseerd op eigen ervaringen in de aanbestedingspraktijk.

- Dit onderzoek is gebaseerd op 599 uitspraken in aanbestedingszaken, die zijn gedaan door rechtbanken, gerechtshoven, de Hoge Raad en de Raad van Arbitrage. De onderzochte uitspraken zijn gedaan in de periode van 1 september 2004 tot en met 31 augustus 2009 (zie paragraaf 1.2).
- De onderzoeksperiode is onderverdeeld in vijf onderzoeksjaren (zie paragraaf 1.3):
Jaar I: 1 september 2004 - 31 augustus 2005
Jaar II: 1 september 2005 - 31 augustus 2006
Jaar III: 1 september 2006 - 31 augustus 2007
Jaar IV: 1 september 2007 - 31 augustus 2008
Jaar V: 1 september 2008 - 31 augustus 2009
- Het aantal uitspraken inzake aanbestedingsgeschillen lijkt in de laatste twee onderzoeksjaren te zijn gestabiliseerd, na een sterke stijging in de eerste drie onderzoeksjaren (zie paragraaf 2.1).
- Het overgrote deel van de uitspraken betreft zaken die in kort geding zijn behandeld (ruim 92%). In Jaar V betrof zelfs 96% van de zaken een kort geding (zie paragraaf 2.2).
- 78% van de onderzochte uitspraken is gedaan door de rechtbanken. Het aantal uitspraken van de Raad van Arbitrage is gedurende de onderzoeksperiode sterk afgenomen: van 37 uitspraken in Jaar I tot 2 uitspraken in Jaar V. Dit is met name het gevolg van de invoering van het ARW 2004 en de invoering van het Bao in de loop van Jaar II. Slechts 4 van de onderzochte uitspraken is gedaan door de Hoge Raad (zie paragraaf 2.3).
- Van alle gerechtelijke instellingen deed de rechtbank 's-Gravenhage verreweg de meeste uitspraken: 157 (zie paragraaf 2.4). Dit hoge aantal is grotendeels te verklaren doordat de kerndepartementen van de Rijksoverheid, alsmede de meeste agentschappen en zbo's, zetelen in het arrondissement 's-Gravenhage (zie paragraaf 2.5).
- In de 599 onderzochte zaken werden in totaal 687 aanbestedende diensten gedaagd. 49% van die gedaagden is een gemeente, 11% een kerndepartement van de Rijksoverheid, 8% een agentschap of zbo, en ruim 4% een provincie. De overige categorieën aanbestedende diensten komen minder vaak voor (zie paragraaf 2.5, figuur 10).

- In verhouding tot het aantal gehouden Europese aanbestedingen worden relatief veel zaken aanhangig gemaakt tegen kerndepartementen van de Rijksoverheid en waterschappen. Tegen gemeenten en politieregio's worden in verhouding tot het aantal gehouden Europese aanbestedingen relatief weinig rechtszaken gestart (zie paragraaf 2.5).
- Bij de eisende ondernemers zijn grootbedrijf en MKB (in dit onderzoek gedefinieerd als een onderneming met minder dan 250 werknemers) ongeveer even goed vertegenwoordigd: 38% van de eisers is een grootbedrijf, 36% een MKB-onderneming, 4% van de eisers is een combinatie en van 21% van de eisers is onbekend welk soort onderneming het betreft (zie paragraaf 2.6).
- De meeste aanbestedingszaken worden aanhangig gemaakt na bekendmaking van het voornemen tot gunning, maar vóór de daadwerkelijke gunning (73%). In 12% van de zaken werd de procedure gestart na inschrijving, maar vóór bekendmaking van de gunningsbeslissing. In 8% van de zaken werd de procedure gestart na gunning van de opdracht (zie paragraaf 2.7).
- Het overgrote deel van de uitspraken ziet op het verloop van een gehouden aanbestedingsprocedure. Relatief weinig uitspraken (3%) gaan over de vraag of een aanbestedingsplicht bestaat (zie paragraaf 3.1). Dit is opvallend omdat in de rechtsgeleerde literatuur veel aandacht wordt besteed aan de vraag in welke gevallen sprake is van een aanbestedingsplicht. In de rechtspraak komt die vraag dus slechts beperkt aan de orde.
- De meeste zaken (43%) betreffen opdrachten inzake diensten. 37% van de zaken betreft een opdracht voor werken, 20% een opdracht voor leveringen. Rechtszaken hebben vaker betrekking op opdrachten boven de drempel (52%) dan op opdrachten onder de drempel (28%). In 20% van de gevallen blijkt uit de uitspraak niet of de waarde van de opdracht boven of onder de drempels ligt (zie paragraaf 3.2/3.3).
- Het merendeel van de uitspraken betreft aanbestedingen die zijn uitgevoerd op grond van het Bao (34%) of het ARW 2005 (19%). In 20% van de gevallen is onbekend volgens welk reglement/welke regelgeving is aanbesteed, of is in het geheel geen aanbesteding gehouden (zie paragraaf 3.4).
- In 59% van de gevallen betreft de uitspraak een openbare aanbesteding. In 22% van de zaken was een niet-openbare aanbestedingsprocedure onderwerp van geschil. Bij de meeste aanbestedingen wordt het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving gehanteerd. In de helft van de gevallen betreft het geschil met name de gunningsfase in de aanbesteding. 38% van de zaken heeft vooral betrekking op de selectiefase (zie paragraaf 3.5/3.6).
- In veel zaken is in geschil of een ingediende offerte geldig is, waarbij soms ook aan de orde is of een inschrijver in de gelegenheid mag/moet worden gesteld een gebrek in de inschrijving te herstellen. Andere veel voorkomende gronden voor het starten van een procedure zijn strijd met het transparantiebeginsel en strijd met het gelijkheidsbeginsel (zie paragraaf 4.1).

- De grond strijd met het proportionaliteitsbeginsel wordt in de laatste onderzoeksjaren steeds minder aangevoerd (zie paragraaf 4.1). Mogelijk houdt dit verband met het oordeel van de rechter in veel eerdere zaken dat een aanbestedende dienst een grote mate van vrijheid heeft bij het opstellen van de technische specificaties, geschiktheidseisen en gunningscriteria.
- In de meeste zaken toetst de rechter het geschil inhoudelijk (50%) of meer inhoudelijk dan marginaal (36%). Slechts in 3% van de gevallen voerde de rechter een geheel marginale toetsing uit. In kort geding wordt vaker marginaal getoetst dan in bodemprocedures (zie paragraaf 4.2).
- In 65% van de onderzochte aanbestedingsuitspraken was er winst voor de aanbestedende dienst. In 32% van de gevallen was de eisende ondernemer succesvol. In 3% van de zaken kregen beide partijen deels (on)gelijk en is geen duidelijke winnaar aan te wijzen (zie paragraaf 4.3).
- In de laatste drie onderzoeksjaren is het winstpercentage van de aanbestedende diensten opgelopen tot 74% in het laatste onderzoeksjaar. Mogelijk houdt dit mede verband met de verbeterde naleving van aanbestedingsregels door aanbestedende diensten.¹⁴ Een andere mogelijke verklaring voor het stijgende winstpercentage van aanbestedende diensten is de sterke afname van het aantal zaken bij de Raad van Arbitrage. Bij de Raad van Arbitrage ligt het winstpercentage van ondernemers (53%) namelijk beduidend hoger dan bij de rechtbanken (20%), gerechtshoven (30%) en de Hoge Raad (25%) (zie paragraaf 4.3).
- Het winstpercentage ligt bij MKB-ondernemingen met 32% iets hoger dan bij grootbedrijven (29%). Bij de aanbestedende diensten ligt het winstpercentage het hoogst bij de hogescholen (86%), de provincies (80%) en de agentschappen en zbo's (78%). De kerndepartementen van de Rijksoverheid waren in 68% van de gevallen succesvol, de gemeenten in 63% van de gevallen (zie paragraaf 4.3).
- De helft van de zaken eindigt in de afwijzing van de vorderingen van de ondernemer (waarvan 90% op inhoudelijke gronden en 6% wegens onvoldoende proactief handelen van de ondernemer tijdens de aanbestedingsprocedure). In ruim 8% van de gevallen was de eiser niet-ontvankelijk. In een kleine 8% van de zaken sprak de rechter een gebod tot heraanbesteding uit (zie paragraaf 4.4).

¹⁴ Zoals geconstateerd door Significant (op.cit., 2006: Naleving Aanbesteden 2004; Een onderzoek naar de naleving van Europese aanbestedingsrichtlijnen in Nederland en 2004: Naleving Aanbesteden 2002; Resultaten van een onderzoek naar de naleving van de aanbestedingsrichtlijnen).

6 VRAGEN VOOR VERDER ONDERZOEK

Wij zijn ons ervan bewust dat het uitgevoerde onderzoek beperkt is tot een beperkt deel van de Nederlandse aanbestedingspraktijk. Het onderzoek betreft immers slechts aanbestedingen waarover een geschil is ontstaan, en beperkt zich bovendien tot geschillen, die door een ondernemer voor de rechter zijn gebracht.

Uit dit onderzoek kan bijvoorbeeld niet worden afgeleid hoe vaak ondernemers overwegen een juridische procedure te beginnen, maar hier toch van afzien. Ook gaat dit onderzoek niet in op de vraag welke overwegingen een ondernemer doen besluiten al dan niet een rechtszaak te beginnen. Beantwoording van dergelijke vragen vereist een onderzoek van meer kwalitatieve aard dan binnen de huidige onderzoeksopdracht het geval was.

Daarnaast zou het interessant kunnen zijn om nader te onderzoeken in hoeverre tegen bepaalde typen aanbestedende diensten relatief meer of minder procedures worden aangespannen en wat daarvan de oorzaken zijn. Een soortgelijk onderzoek zou kunnen worden uitgevoerd om te achterhalen of grootbedrijven verhoudingsgewijs vaker een procedure starten dan MKB-ondernemingen (of andersom), alsmede welke factoren daarbij een rol spelen.

Ook kan meer (diepte-)onderzoek worden uitgevoerd naar de redenen waarom ondernemers die een procedure aanspannen tegen een aanbestedende dienst al dan niet in het gelijk worden gesteld.

BIJLAGE 1 - STARTNOTTIE ONDERZOEK "ANALYSE JURISPRUDENTIE BIJ
AANBESTEDINGSGESCHILLEN"