



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De ACM in het aanbestedingsrecht: toezicht naast boete?

Hebly, J.M.; Pellegrom, B.J.A.; Breedveld-de Voogd, C.G.; Castermans, A.G.; Krans, H.B.; Wissink, A.

Citation

Hebly, J. M., & Pellegrom, B. J. A. (2020). De ACM in het aanbestedingsrecht: toezicht naast boete? In C. G. Breedveld-de Voogd, A. G. Castermans, H. B. Krans, & A. Wissink (Eds.), *Sluiterijd - Reflecties op het werk van Jaap Hijma* (pp. 373-388). Deventer: Wolters Kluwer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3133400>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3133400>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Sluiterijd

Reflecties op het werk van Jaap Hijma


Redactie

Clementine Breedveld-de Voogd

Alex Geert Castermans

Bart Krans

Annelieke Wissink

 Wolters Kluwer

Deventer – 2020

De ACM in het aanbestedingsrecht: toezicht naast boete?

Jan-Michiel Hebly en Britt Pellegroni¹

Het werk van Jaap Hijma speelt vooral met Hijma/Olthof, Compendium Nederlands vermogensrecht voor Leidse aanbestedingsjuristen al vanaf de start van het juridisch bestaan een belangrijke rol. Wij hebben ons exemplaar uit de propedeuse nog staan. Bovendien is met de inwerkingtreding van de Wijzigingsrichtlijn rechtsbescherming 2007/66/EG in de Nederlandse aanbestedingsregelgeving niet alleen de vernietigbaarheid van overeenkomsten die het resultaat zijn van een onrechtmatige gunning geïntroduceerd, maar is ook Jaaps proefschrift (Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen, Kluwer Deventer 1988) voor aanbestedingsjuristen opnieuw actueel geworden. Ten slotte is het functioneren van toezichthouders ook in Jaaps werkzame leven een van de thema's geworden, zoals blijkt uit de Asser/Hijma 7-I (2019) waarin het gaat over de positie van toezichthouders in het consumentenrecht, en zijn begeleiding van het proefschrift van C.A. Hage over handhaving van privaatrecht door toezichthouders (Wolters Kluwer, Deventer 2017). Zie hier drie redenen om bij Jaaps afscheid als hoogleraar burgerlijk recht aandacht te besteden aan de toezichthouder in het aanbestedingsrecht, de ACM.

Het aanbestedingsrecht beoogt door transparante procedures en objectieve gunningscriteria een gelijk speelveld voor inschrijvers te waarborgen. Een juiste tenuitvoerlegging en correcte naleving van het aanbestedingsrecht is echter deels afhankelijk van effectief toezicht.² Hoewel Nederland over verschillende instanties beschikt die bij de rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht een rol vervullen, is de effectiviteit van deze rechtsbescherming de laatste tijd onderwerp van discussie. Het is namelijk de vraag of deze instanties ondernemers afdoende rechtsbescherming bieden. Zo zouden (potentiële) gegadigden en inschrijvers voor het verloop van de procedure te zeer afhankelijk zijn van aanbestedende diensten, waardoor de partijen in een ongelijke rechtspositie lijken te verkeren.³

¹ Deze bijdrage is voor een belangrijk deel gebaseerd op het onderzoek dat Britt heeft gedaan in het kader van haar civiele afstudeerscriptie.

² 'Overheidsopdrachten in de Gemeenschap', Mededeling van de Commissie (Brussel 19 juni 1986), COM(86)375 def., p. 3-5; A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1, 26; P.H.J. de Jonge & F.T.J. Kruijsbergen, *Toezicht op de naleving*, Naarden: Uitgeverij Lineke Eerdmans 2014, p. 13, 28.

³ *Kamerstukken II 2017/18*, 32 440, nr. 110; Van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* 2013, p. 1; J.M. Hebly, F.G. Wilman & E.T. de Boer, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 17.

Het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZ&K) heeft gehoor gegeven aan de kritiek en diverse maatregelen genomen om de veronderstelde problematiek te onderzoeken. Binnen het traject *Beter Aanbesteden* is bijvoorbeeld een actieagenda opgesteld en onderzocht hoe de verhouding en de samenwerking tussen aanbesteders en inschrijvers verbeterd kan worden.⁴ Er zijn in dat kader ook aanbevelingen ten aanzien van het toezicht gedaan, naar aanleiding waarvan het functioneren van de bestaande toezichtinstanties is onderzocht.⁵ De resultaten van dit onderzoek zijn in de zomer van 2019 gepresenteerd, maar de minister zag in de uitkomsten geen aanleiding om het huidige systeem te wijzigen of een aanbestedingsautoriteit in te stellen.⁶ In deze bijdrage worden de uitkomsten van het rechtsbeschermingsonderzoek besproken en wordt betoogd waarom het instellen van een aanbestedingsautoriteit wenselijk is voor de aanbestedingspraktijk. Eerst wordt bezien aan welke voorwaarden adequaat toezicht moet voldoen. Vervolgens wordt de werkwijze van de huidige bij de rechtsbescherming betrokken instanties uiteengezet en besproken waarom dit toezicht niet effectief is c.q. als ineffectief wordt ervaren. Daarna wordt betoogd dat de instelling van een aanbestedingsautoriteit naar Zweeds model het overwegen waard is, waarna een conclusie wordt getrokken.

Voorwaarden voor toezicht

Europese randvoorwaarden

De instelling van een aanbestedingsautoriteit is eerder voorgesteld. In het voorstel voor een nieuwe aanbestedingsrichtlijn had de Europese Commissie een verplichting voor lidstaten opgenomen een dergelijke toezichtinstantie in te stellen, omdat eerdere evaluaties hadden uitgewezen dat het toezicht op lidstatelijk niveau tekortschoot.⁷ De Europese Commissie kan weliswaar uit eigen beweging of naar aanleiding van een ingediende klacht een onderzoek starten, eventueel gevolgd door een inbreukprocedure, maar deze vorm van toezicht is allesbehalve effectief,

⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34 252, nr.4.

⁵ Kamerstukken II 2017/18, 34 252, nr. 8 (bijlage) die een aanbeveling van de werkgroep 'Clusteren' bevat om de instelling en/of wijziging van enkele toezichtinstanties te onderzoeken. Deze aanbeveling heeft geresulteerd in het rechtsbeschermingsonderzoek van de KWINK Groep: R. van Schelven e.a., *Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Een onderzoek naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen*, Den Haag 12 juni 2019, bijlage bij brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/19210382. Hierover ook brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 4 september 2019, CE-MC/19210382, bijlage 1, actie 13.

⁶ Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 13, p. 5, 9-10.

⁷ Zie artikel 84 lid 1 Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten, Brussel 20 december 2011, COM(2011)896 def., p. 13, 28 (overweging 49); White Paper from the Commission to the European Council: Completing the Internal Market, Brussel 14 juni 1985, COM(85)310, def., punt 81-83.

getuige ook de inbreukprocedure tegen Nederland over de aanbestedingsplicht van Nederlandse woningcorporaties.⁸ Een aanbestedingsautoriteit zou daarentegen goed inzicht hebben in de werking van de aanbestedingsrichtlijnen op nationaal niveau alsmede in de structurele problemen die de marktpartijen in de lidstaten ondervinden bij de naleving van deze regelgeving.⁹ Die informatie zou vervolgens teruggekoppeld kunnen worden naar de Commissie, zodat die waar nodig uitleg kan geven, oplossingen kan aandragen en/of maatregelen kan nemen.¹⁰ Het toezicht op de naleving van het Europese aanbestedingsrecht zou daardoor uniform en doeltreffender worden.¹¹ Veel lidstaten, waaronder Nederland, hebben zich echter tegen deze voorgenomen verplichting verzet. Als belangrijkste argumenten voerden zij aan dat uit geen enkel eerder document betreffende de herziening het voornemen van de Europese wetgever bleek en dat de vormgeving van het toezicht een nationale aangelegenheid is en de zeggenschap dus bij de lidstaten zou liggen.¹²

De verplichte instelling van een aanbestedingsautoriteit is als gevolg van de kritiek uit de richtlijnvoorstellen geschrapt. Teneinde de vormgeving van nationale toezichtinstanties in de gehele Europese Unie toch enigszins te harmoniseren, zijn in de aanbestedings- en rechtsbeschermingsrichtlijnen randvoorwaarden voor het toezicht vastgelegd.¹³ Zo mag het toezicht op basis van de huidige aanbestedingsrichtlijnen worden verdeeld over één of meer, al dan niet bestaande of nieuw op te richten, autoriteiten, instanties of structuren.¹⁴ Deze toezichtinstanties moeten niet alleen over adequate bevoegdheden beschikken, maar moeten tevens op eigen initiatief of na ontvangst van informatie kunnen vaststellen of de aanbestedings-

⁸ De Commissie is eind 2017 een inbreukprocedure tegen Nederland begonnen, omdat zij van mening is dat Nederlandse woningcorporaties een aanbestedingsplicht hebben. In januari 2019 volgde een tweede ingebrekestelling, maar nog altijd is er geen met redenen omkleed advies uitgebracht. Aldus blijft onduidelijk of corporaties als een aanbestedende dienst zijn aan te merken en het Europees aanbestedingsrecht in acht moeten nemen. Zie: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-4771_en.htm en http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-19-462_nl.htm; zie ook Kamerstukken II 2017/18, 29453, nrs.463, 468 en 477.

⁹ COM(2011)896 def., p. 13, 28-29 (overweging 49-50).

¹⁰ Zie bijvoorbeeld artikel 84 lid 5, COM(2011)896 def., p. 13, 28-29 (overweging 49); Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding* 2007, p. 124. Zie voor de visie van de Europese wetgever over de noodzaak van effectief toezicht tevens overweging 49 COM(2011)896 def. en overweging 121 Richtlijn 2014/24/EU.

¹¹ COM(2011)896 def., p. 13, 28-29 (overweging 49-50).

¹² Wijzigingsvoorstel 29 (*PbEU* 2012 C 391/09), o.a. overweging 24 en 25; COM(96)583, p. 16; J.M. Hebly, 'Over marktconsultatie, belangenconflicten en (gebrek aan) toezicht', in: Jac. Hijma e.a. (red.), *Een kwart eeuw: privaatrechtelijke opstellen aangeboden aan prof. Mr H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emeritaat*, Deventer Kluwer 2016, p. 153.

¹³ Van Heeswijk, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* 2013, p. 8.

¹⁴ De huidige voorwaarden die aan nationale toezichtinstanties worden gesteld zijn vastgelegd in artikel 83 Richtlijn 2014/24/EU (klassieke sectoren), artikel 99 Richtlijn 2014/25/EU (speciale sectoren) en artikel 45 Richtlijn 2014/23/EU (concessies).

regelgeving wordt nageleefd.¹⁵ Uit de tekst van de richtlijn blijkt weliswaar niet duidelijk of het alternatieve of cumulatieve voorwaarden betreft, maar wij menen dat een nationale toezichtinstantie aan beide voorwaarden moet voldoen. De Europese wetgever acht een instantie die over beide bevoegdheden beschikt beter in staat om effectief toezicht te houden, maar kon de lidstaten niet verplichten om een aanbestedingsautoriteit in te stellen. Het ligt dus voor de hand dat de richtlijnvoorwaarden cumulatief zijn, zodat de effectiviteit van het toezicht op nationaal niveau toeneemt, maar de precieze invulling verder aan de lidstaten wordt gelaten. Nationale toezichtinstanties moeten dus in ieder geval de bevoegdheid hebben zelfstandig onderzoeken in te stellen, controles ter plaatse te verrichten en toezichtbeslissingen te nemen.¹⁶ Wanneer een schending van het aanbestedingsrecht is vastgesteld, moet de instantie bevoegd zijn om dit te melden aan een nationale auditautoriteit, een rechterlijke instantie of een ander bevoegd orgaan, zoals de ombudsman of het nationale parlement. Lidstaten zijn daarnaast verplicht om elke drie jaar een toezichtrapport op te stellen, waarin is vermeld welke moeilijkheden aanbestedende diensten en inschrijvers ondervinden bij de naleving van het Europees aanbestedingsrecht. De Europese Commissie kan op basis van de informatie concrete aanbevelingen doen die de tenuitvoerlegging ten goede komen. In de rechtsbeschermingsrichtlijnen is daarnaast vastgelegd dat de lidstaten effectieve toegang tot de beroepsprocedures moeten waarborgen, zodat een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een overheidsopdracht en die door een vermeende schending is of dreigt te worden benadeeld, snel en doeltreffend beroep bij de bevoegde instantie kan instellen.¹⁷ In een dergelijke beroepsprocedure moet het in ieder geval mogelijk zijn om voorlopige voorzieningen, een nietigverklaring of schadevergoeding te vorderen.¹⁸ Sinds de wijziging van de rechtsbeschermingsrichtlijnen in 2007 is een overeenkomst vernietigbaar als de aanbestedende dienst de Alcatel-termijn niet in acht heeft genomen of onderhands heeft gegund.¹⁹

15 B.J.H. Blaisse-Verkooyen, F. Francois & E. Verweij, 'De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 1). De Klassieke Richtlijn – wijzigingen ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG', *TBR* 2014/131, p. 740.

16 Mededeling van de Commissie inzake Europees financieel toezicht (Brussel 27 mei 2009), COM (2009)252 def, p. 13.

17 Zie artikel 1 Richtlijn 89/665/EEG en artikel 1 Richtlijn 92/13/EEG; Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding 2007*, p. 9-10; Van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures 2013*, p. 28, 31.

18 Zie voor hetgeen gevorderd kan worden artikel 2 lid 1 van beide rechtsbeschermingsrichtlijnen; Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding 2007*, p. 9; Van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures 2013*, p. 33-34.

19 COM(2006)195 def., p. 4. Deze bevoegdheid wordt ontleend aan artikel 2quinquies lid 1 sub b van de in 2007 herziene richtlijnbepalen; zie artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012.

Nationale randvoorwaarden

Het Markttoezichthoudersberaad heeft in een visiedocument criteria voor goed toezicht vastgelegd, waarmee op nationaal niveau een raamwerk wordt geboden om de kwaliteit van toezichtinstanties te kunnen toetsen.²⁰ Volgens dit samenwerkingsverband van Nederlandse toezichthouders is (een) goed toezicht(houder) in ieder geval effectief, doeltreffend en professioneel.²¹

In het kader van de effectiviteit is het van belang dat het toezicht niet alleen indringend, maar ook kritisch en proactief is. Een toezichthouder moet, binnen de grenzen van diens bevoegdheid, nauwlettend de naleving van de regelgeving controleren en normconform gedrag kunnen afdwingen. Zo kan het geven van voorlichting over de toepasselijke wet- en regelgeving, het ontwikkelen van *guidance* en het opleggen van sancties bij een geconstateerde schending of inbreuk, werkstelligen dat partijen zich aan de regelgeving houden en hun (aanbestedings) praktijk aanpassen. Daarnaast moet een toezichtinstantie over voldoende slagvaardigheid beschikken om de problemen die marktpartijen bij de tenuitvoerlegging van de regels ondervinden tijdig te kunnen signaleren, voorkomen en/of oplossen.²²

De eisen ten aanzien van de doelmatigheid van het toezicht sluiten aan bij deze elementen. Een toezichthouder en de betrokken partijen hebben een gedeelde verantwoordelijkheid bij de behartiging van het publieke belang. Goed contact tussen partijen is een noodzakelijke voorwaarde voor de efficiëntie van het toezicht. De betrokken partijen zijn in beginsel verantwoordelijk voor hun eigen gedrag en beschikken in sommige gevallen over een informatievoorsprong ten opzichte van de toezichtinstantie. Een toezichthouder is op de hoogte van internationale ontwikkelingen in het rechtsgebied en de risico's in de sector en signaleert tekortkomingen in wet- en regelgeving die afbreuk doen aan de efficiëntie van het toezicht, biedt de partijen door *guidance* waar nodig ondersteuning en grijpt in wanneer dit noodzakelijk is.²³ De kosten van het toezicht vallen lager uit als de werkwijze van een toezichtinstantie doelmatig is.

Toezicht is ten slotte professioneel als een toezichtinstantie voldoende bereid en doortastend is om impopulaire beslissingen en maatregelen te nemen. Het toezichtproces moet daarnaast voldoende transparant zijn. Uit jaarverslagen, rapportages en onderzoeken moet blijken hoe de toezichthouder toezicht heeft gehouden en welke resultaten dit heeft opgeleverd. De betrokken partijen kunnen zo controleren of een toezichtinstantie consistent, zorgvuldig en rechtmatig heeft gehandeld.²⁴

20 Markttoezichthoudersberaad, *Criteria voor goed toezicht. Visie Markttoezichthoudersberaad*, 11 februari 2014, p. 2 (hierna: Markttoezichthoudersberaad 2014). Het Markttoezichthoudersberaad bestaat uit ACM, AFM, CBP, DNB, Kansspelautoriteit en NZa.

21 Markttoezichthoudersberaad 2014, p. 3.

22 Markttoezichthoudersberaad 2014, p. 4-5.

23 Markttoezichthoudersberaad 2014, p. 8.

24 Markttoezichthoudersberaad 2014, p. 11.

Waarom de huidige instanties tekortschieten

Nu het toezicht door de Europese Commissie in de praktijk tekortschiet, zijn ondernemers hoofdzakelijk afhankelijk van de nationale instanties die bij de rechtsbescherming in aanbestedingszaken zijn betrokken. Nederland beschikt momenteel niet over een aanbestedingsautoriteit die de naleving van het aanbestedingsrecht controleert. Het toezicht is over verschillende instanties verdeeld, die, onafhankelijk van elkaar, een eigen werkwijze hebben. De wetgever noemt als toezichtinstanties: de rechterlijke macht, de accountant, de Nationale ombudsman en de Commissie van Aanbestedingsexperts.²⁵ Dit toezicht voldoet echter niet aan de voorwaarden die de Europese wetgever stelt. Deze toezichtsorganen kunnen namelijk niet uit eigen beweging een schending vaststellen. Daarnaast is de werkwijze van de instanties niet effectief, omdat zij geen sanctiebevoegdheid hebben en/of niet beschikken over de benodigde deskundigheid met betrekking tot de aanbestedingspraktijk.

Toezicht op aanbestedende diensten

Accountantscontrole

Het toezicht aan de zijde van aanbestedende diensten wordt allereerst door accountants en de rekenkamers uitgeoefend.²⁶ Tijdens een reguliere accountantscontrole wordt aan de hand van de jaarrekening, inkomsten en uitgaven gecontroleerd of de overheidsdiensten op de juiste wijze hun opdrachten hebben aanbesteed.²⁷ De Rekenkamer en de accountants kunnen op grond van respectievelijk artikel 7.18 lid 1 van de Comptabiliteitswet, artikel 213 lid 1 van de Gemeentewet en artikel 217 lid 1 van de Provinciewet alle informatie en gegevens van overheidsdiensten vorderen die voor het onderzoek nodig zijn, ook als het vertrouwelijke informatie betreft.²⁸ Toch voldoet het accountantstoezicht niet aan de gestelde toezichtvoorwaarden. Want hoewel een accountant in beginsel naar eigen inzicht invulling mag geven aan de controle, kan niet uit eigen beweging worden vastgesteld of de overheidsdienst het aanbestedingsrecht naleeft. De accountantscontrole vindt namelijk slechts achteraf en op jaarbasis plaats en is in

²⁵ Kamerstukken II 2015/16, 34329, nr.3, p. 13, 157/158.

²⁶ De Algemene Rekenkamer is op grond van artikel 76 Comptabiliteitswet 2016 bevoegd toezicht uit te oefenen op de inkomsten en uitgaven van de Rijksoverheid. Het accountantstoezicht bij de decentrale overheden is in respectievelijk artikel 217 Provinciewet en artikel 213 Gemeentewet geregeld.

²⁷ M. Ardag & R.S. Damsma, 'Toezicht op naleving van aanbestedingsregels; een (bescheiden) hoofdrol voor de accountant', *Tijdschrift voor Public Governance, Audit & Control*, 2018/4, p. 2; zie ook R.S. Damsma, 'Het accountantstoezicht op de toepassing van aanbestedingsregels – een nuttig controle-instrument', *TA* 2017/6, onder 2.3.

²⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34 426, nr. 3 (MvT Comptabiliteitswet), p. 7; Kamerstukken II 2012/13, 33 670, nr.1, bijlage, p. 1 (Hoofdlijnennotitie Comptabiliteitswet); Damsma *TA* 2017/6, onder 2.3.

zekere mate afhankelijk van de medewerking en de dossiervorming van de overheidsdienst die de accountant inschakelt.²⁹ Daarnaast beschikt de accountant over het algemeen niet over deskundige kennis van het aanbestedingsrecht, omdat het 'toezicht' is geïncorporeerd in de reguliere accountantscontrole. De controle is derhalve pas effectief als de accountant zelf enige kennis heeft van het aanbestedingsrecht of zich laat bijstaan door een deskundige.³⁰ Ook heeft de accountant niet de bevoegdheid om de aanbestedende dienst een boete op te leggen of een schending ambtshalve aan de rechter voor te leggen.³¹ De accountant moet zijn bevindingen in een accountantsverslag noteren, maar wanneer het percentage geconstateerde onrechtmatigheden op grond van het Besluit accountantscontrole decentrale overheden de goedkeuringstolerantie van 3% overschrijdt, kan hij enkel een afkeurende accountantsverklaring afgeven.³²

Nationale ombudsman

De Nationale ombudsman is bevoegd toezicht te houden op de naleving van het aanbestedingsrecht door aanbestedende diensten. Ondernemers kunnen op grond van artikel 9:18 lid 1 Awb bij de ombudsman klagen over het handelen van een overheidsdienst, maar pas nadat zij een klacht bij het interne klachtenloket van de aanbestedende dienst hebben ingediend.³³ Omdat een ondernemer het toezicht door het indienen van een klacht moet activeren, is de ombudsman niet te kwalificeren als een toezichtinstantie. Hoewel de ombudsman ook op eigen initiatief een onderzoek kan instellen, zijn in de afgelopen tien jaar maar zeven klachten over een vermeende schending van de aanbestedingsregelgeving ingediend.³⁴ De ombudsman heeft niet ambtshalve de toepassing van het aanbestedingsrecht onderzocht.³⁵ Dit heeft ongetwijfeld te maken met het feit dat deze instantie niet deskundig is op het gebied van het aanbestedingsrecht en slechts niet-bindende *oordelen* uitbrengt. De ombudsman toetst slechts of de aanbestedende dienst zich al dan niet behoorlijk heeft gedragen in de zin van artikel 9:27 lid 1 Awb.³⁶ De uitgebrachte rapporten vervullen dus hoofdzakelijk een leerfunctie

²⁹ Hebly, *Snijders-bundel* 2016, p. 153; Ardag & Damsma, *Tijdschrift voor Public Governance, Audit & Control*, 2018/4; Damsma *TA* 2017/6, onder 2.3.

³⁰ Damsma *TA* 2017/6, onder 2.3.4.

³¹ Kamerstukken II 2012/13, 33 670, nr.1, bijlage (Hoofdlijnennotitie Comptabiliteitswet), p. 8-9; Hebly, *Snijders-bundel* 2016, p. 153.

³² Damsma *TA* 2017/6, onder 2.3.1.

³³ B. Blaisse-Verkooijen, 'De Nationale Ombudsman in het aanbestedingsrecht', *TBR* 2015/49, p. 316.

³⁴ Kamerstukken II 2017/18, 34 890, nr. 2, p. 31; Kamerstukken II 2016/17, 34 696, nr. 2, p. 35. De volgende rapporten van de Nationale Ombudsman hebben betrekking op het aanbestedingsrecht: nrs. 2015/094, 2015/083, 2015/024, 2014/052, 2012/050, 2011/116 en 2010/205.

³⁵ In 2016 zijn 28 onderzoeken uit eigen beweging gestart, waar het er in 2015 maar 19 waren. Geen van deze onderzoeken had betrekking op problematiek in de aanbestedingspraktijk, zie Kamerstukken II 2016/17, 34 696, nr. 2, p. 35.

³⁶ Blaisse-Verkooijen, *TBR* 2015/49, p. 317.

voor de aanbestedingspraktijk, zonder dat de naleving van het aanbestedingsrecht daadwerkelijk kan worden afgedwongen.³⁷ Een inschrijver die meent dat een aanbestedingsprocedure onrechtmatig is verlopen, zal zich alsnog tot de civiele rechter moeten wenden om zijn gelijk te krijgen.³⁸

Ook de algemene toezichtinstanties, waar alle marktpartijen zich in beginsel toe kunnen wenden, voldoen niet aan de voorwaarden die de Europese wetgever en het Markttoezichthoudersberaad aan het nationale toezicht stellen. Ook bij deze instanties moet het toezicht worden afgedwongen door ondernemers.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Elke onderneming, brancheorganisatie of aanbestedende dienst kan kosteloos een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE). Deze commissie is in 2013 ingesteld om op een snelle, laagdrempelige en zorgvuldige manier aanbestedingsklachten te behandelen, op te lossen door bemiddeling en niet-bindende adviezen uit te brengen.³⁹ De CvAE kan niet op eigen initiatief een schending van het aanbestedingsrecht vaststellen.⁴⁰ De commissie bestaat uit deskundige leden die specialistische kennis van het aanbestedingsrecht hebben. De adviezen zijn daardoor van hoge kwaliteit en ondernemers en aanbestedende diensten worden over het algemeen even vaak in het gelijk gesteld.⁴¹ Toch is de werkwijze van de CvAE niet effectief. De commissie kan de aanbestedingsprocedure tijdens de klachtbehandeling niet opschorten, waardoor het toezicht afhankelijk is van de welwillendheid van de desbetreffende aanbestedende dienst. Uit de jaarrapportages van de CvAE blijkt dat de bereidheid van aanbestedende diensten om aanbestedingsprocedures in afwachting van het advies van de commissie op te schorten of te verlengen, steeds verder afneemt.⁴² De CvAE heeft daardoor moeite om tijdig, dat wil zeggen voor het einde van de standstill-termijn, een advies uit te brengen of te bemiddelen. Het niet-bindende karakter van het advies heeft tevens tot gevolg dat aanbestedende diensten de adviezen naast zich neerleggen en hun aanbestedingspraktijk niet aanpassen.⁴³ Voor ondernemers, in het bijzonder het MKB, bieden de adviezen daardoor hoofdzakelijk een laagdrempelige manier om een inschatting te kunnen maken of al dan niet succesvol schadevergoeding in een

37 *Kamerstukken II 2016/17*, 34 696, nr. 2, p. 35.

38 Blaisse-Verkooijen, *TBR 2015/49*, p.317.

39 Zie *Start.* 2013, 6182 (Instellingsbesluit CvAE); Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/19142142, p. 1.

40 Artikel 2, lid 2, Reglement CvAE, te raadplegen op: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/indienen-klacht/reglement-commissie-van-aanbestedingsexperts>.

41 'Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2016-2018', bijlage bij brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/19210382, p. 21.

42 Vergelijk *Kamerstukken II 2017/18*, 32 440, nr. 104, bijlage, p. 5, 8 en 10. Zie ook J.M. Hebly, 'Ruimte voor klachten in aanbestedingszaken', *TBR 2017/8*, p.792/793.

43 *Kamerstukken II 2017/18*, 32 440, nr. 104, bijlage, p. 5, 10; hierover ook Rechtsbeschermingsonderzoek KWINK Groep *Rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk. Een onderzoek naar ervaren problemen en mogelijke verbeteringen 2019*, p. 39/40.

bodemprocedure bij de civiele rechter kan worden gevorderd.⁴⁴ De inhoud van het advies wordt daarmee enkel bepalend voor het al dan niet aanhangig maken van een tijdrovende en kostbare bodemprocedure. De status van de adviezen van de CvAE bij de civiele rechter is problematisch. De rechter hoeft de rechtszaak namelijk niet op te schorten in afwachting van het CvAE-advies, is niet gehouden een advies in de besluitvorming te betrekken en heeft geen verzwaarde motiveringsplicht als van het advies wordt afgeweken.⁴⁵ Hoewel de civiele rechter de deskundigheid van de commissieleden meeweegt bij de bewijswaardering, blijkt uit het recente rechtspraakonderzoek dat het advies van de CvAE en de bijbehorende onderbouwing lang niet altijd in het rechterlijke oordeel worden overgenomen.⁴⁶ De minister erkent dat de werkwijze van de CvAE niet effectief is en heeft in eerste instantie besloten de rol van de CvAE te beperken tot het evalueren van aanbestedingen.⁴⁷ Dit voornemen stuitte echter op veel verzet van het MKB.⁴⁸ Eind oktober 2019 kwam de minister alsnog tegemoet aan de kritiek, waardoor de werkwijze van de CvAE (voorlopig) onveranderd blijft.⁴⁹

De civiele rechter

Marktpartijen kunnen ook een kortgeding of een bodemprocedure aanhangig maken bij de civiele rechter. De burgerlijke rechter is in Nederland de enige instantie die, op verzoek van partijen, een bindend oordeel kan geven over de vermeende onrechtmatigheid van een aanbestedingsprocedure.⁵⁰ De naleving van het aanbestedingsrecht kan weliswaar worden afgedwongen via de uitspraak, maar de rechter kan niet proactief optreden tegen vermeende schendingen. Daarnaast is een rechterlijke procedure kostbaar voor ondernemingen, voornamelijk voor het MKB, die het vaakst naar de rechter stappen.⁵¹ Er moeten namelijk griffierechten worden betaald. Uit het onderzoek 'Aanbestedingsrechtspraak in Nederland' blijkt daarnaast dat de civiele rechter de aanbestedende diensten in het merendeel van de

44 M.J.J.M. Essers & C.A.M. Lombart, *Aanbestedingsrecht voor overheden; naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Deventer, Vakmedianet 2017, p. 714.

45 *Kamerstukken II 2017/18*, 34 252, nr.8, bijlage, p. 8; Rb Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, r.o. 4.5- 4.6; Essers & Lombart, *Aanbestedingsrecht voor overheden; naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid 2017*, p. 713.

46 'Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2016-2018', bijlage bij brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/19210382, p. 13.

47 Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/190085965, pag. 4, 8.

48 Zie <https://www.mkb.nl/nieuws/blij-met-stok-achter-deur-bij-klachten-aanbestedingen>.

49 Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 29 oktober 2019, 'Beantwoording Kamervragen over het bericht 'Bouwer staat 3:1 achter bij Tendergeschil: 'Bizar dat politiek ingrijpen uit blijft'', 2019Z16154, p.2-7.

50 R.G.T. Bleeker, 'De gewone rechter in aanbestedingszaken', *TA 2006/06*, p. 279.

51 'Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2016-2018' bijlage bij brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/19210382p.6.

rechtzaken in het gelijk stelt.⁵² Ook de marginale toetsing van een gunningsbeslissing in een kortgedingprocedure stuit op veel kritiek.⁵³ Een dergelijke procedure is voor inschrijvers de enige en laatste kans om het sluiten van een aanbestedingsovereenkomst tegen te houden en de opdracht alsnog te kunnen bemachtigen. De Nederlandse kortgedingrechter legt een belangenafweging aan zijn beoordeling ten grondslag, maar de motivering van het gunningsbesluit wordt over het algemeen onvoldoende diepgaand getoetst.⁵⁴ In de meeste gevallen wordt slechts nagegaan of de aanbestedende dienst in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen. Deze toetsing volstaat volgens AG Campos Sánchez-Bordona niet in een situatie dat de uitspraak van de kortgedingrechter de enige en laatste uitspraak in de zaak is.⁵⁵ In de praktijk wordt weliswaar een lichtere beoordelingsmaatstaf gehanteerd omdat de belanghebbende zijn klacht slechts aannemelijk hoeft te maken,⁵⁶ maar de civiele kortgedingrechter voldoet daarmee in een groot deel van de gevallen niet aan de gestelde voorwaarden voor het toezicht.

Toezicht op inschrijvers

Autoriteit Consument en Markt (ACM)

Het toezicht op ondernemers in aanbestedingszaken is anders vormgegeven en kenmerkt zich door een proactieve toezichthouder met een boetebevoegdheid. De ACM controleert op grond van artikel 2 Mededingingswet namelijk of de inschrijvers van een aanbestedingsprocedure de concurrentie bij publieke aanbestedingen vervalsen door onderlinge (prijs)afspraken. Een dergelijke schending van het mededingingsrecht kan zowel ambtshalve als naar aanleiding van een klacht door de toezichthouder worden onderzocht. Eenieder kan vermoedelijke cover

52 Aanbestedende diensten werden in de onderzoeksperiode 2016-2018 in 78% van de aanhangig gemaakte rechtzaken in het gelijk gesteld. Dit percentage is gestegen in vergelijking met eerdere onderzoeken, zie 'Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2016-2018' bijlage bij brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/19210382, p.11-12.

53 Zie onder meer de conclusie van AG Campos Sánchez-Bordona bij het Connexion Taxi Services-arrest (C-171/75) waarin zij zich expliciet uitlaat over de vraag of de rechterlijke toetsing in Nederlandse aanbestedingsgeschillen voldoet aan de verplichtingen die uit de rechtsbeschermingsrichtlijnen voortvloeien en tot de conclusie komt dat dit mogelijk niet het geval is in kortgedingprocedures over aanbestedingsgeschillen, r.o. 69. Zie verder nog Bleeker, TA 2006/06, p.281; Essers & Lombart, *Aanbestedingsrecht voor overheden; naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid* 2017, p.747.

54 C.M.C. Wagemakers & J.J. van Loenen-de Wild, 'Rechtsbescherming in aanbestedingen: een utopie?', BR 2016/5, p.89.

55 Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona bij zaak C-171/75, r.o. 77-80.

56 Zie bijvoorbeeld Rb Midden-Nederland 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, r.o. 3.15-3.16.

pricing al dan niet anoniem bij de ACM melden, omdat geen betrokkenheidsver-eiste wordt gehanteerd.⁵⁷ De toezichthouder kan daarna besluiten om de vermeende schending te onderzoeken, waarbij op grond van artikel 50 lid 1 Mw alle benodigde informatie en gegevens bij de betrokken onderneming(en) mogen worden opgevraagd of gevorderd tijdens een onaangekondigde inval.⁵⁸ Het lopende onderzoek naar schendingen bij aanbestedingen in de GWW-sector in Amsterdam, dat naar aanleiding van ingediende tips is gestart, illustreert dat deze werkwijze effectief is.⁵⁹ Als uit het onderzoek blijkt dat in strijd met het mededingingsrecht is gehandeld, mag de ACM deze onderneming op grond van de artikelen 56 lid 1 en 57 lid 1 Mw een bestuurlijke boete van maximaal 10% van de jaaromzet opleggen.⁶⁰ Er kan tegen de boete beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter. Het toezicht door de ACM kenmerkt zich daarnaast door de adviesfunctie.⁶¹ De toezichthouder kan uit eigen beweging onderzoek doen naar oorzaken van de problemen die marktpartijen bij de naleving van het mededingingsrecht ondervinden, waarna oplossingen en aanbevelingen worden aangedragen. Hiermee worden toekomstige schendingen zoveel mogelijk voorkomen.⁶² Hoewel het toezicht zich momenteel beperkt tot één zijde van de markt en gericht is op naleving van de Mededingingswet, voldoet de ACM dankzij deze bevoegdheden aan de gestelde voorwaarden voor toezicht.

Instelling van een aanbestedingsautoriteit

De werkwijze en de bevoegdheden van de Nederlandse instanties die (volgens de wetgever) bij aanbestedingen toezicht houden, zijn in onze visie niet in overeenstemming met de gestelde voorwaarden van de Europese wetgever en het Markt-

57 ACM, *Folder Aanbesteden: betaal niet teveel ... Ziet u afspraken tussen bedrijven bij aanbestedingen? Meld ze bij ACM*, mei 2014.

58 Zie ook Rb. Den Haag 22 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:14150, r.o. 4.1.

59 Zie ACM 3 mei 2019, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-onderzoekt-aanbestedingen-grond-weg-en-waterbouwgemeente-amsterdam>.

60 Zo zijn al boetes opgelegd aan sloopondernemingen en thuiszorginstellingen vanwege een overtreding van het kartelverbod bij aanbestedingen, zie Mededeling ACM 4 december 2017, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-bevestigt-kartelonderzoek-naar-aanbestedingen>; <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/16854/uitspraak-CBb-over-kartelover-treding-thuiszorginstellingenFriesland-en-de-uitspraken-CBb-11-januari-2017>, ECLI:NL:CBB:2017:1 en Rb Rotterdam 30 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2912; CBb 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:325 en Rb Rotterdam 26 november 2015, ECLI:NL:CBB:2015:8610.

61 Zie <https://www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visie-strategie/onze-toezichtsstijl>.

62 <https://www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visie-strategie/onze-toezichtsstijl>. De ACM heeft recent aanbevelingen gedaan om het gelijke speelveld bij regionale aanbestedingen op het spoor te kunnen waarborgen; zie ACM 16 mei 2019, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/acm-sugge-reert-enkele-aanvullende-maatregelen-voorgelijk-speelveld-bij-aanbestedingen-regionaal-spoor-vervoer> en <https://www.acm.nl/nl/organisatie/missie-visiestrategie/onze-toezichtsstijl>.

toezichthoudersberaad. De ondernemer moet daardoor zelf het toezicht afdwingen. Verschillende auteurs, politici en brancheorganisaties pleiten dan ook voor de instelling van een aanbestedingsautoriteit.⁶³ De Nederlandse wetgever stelt zich echter op het standpunt dat een dergelijke toezichthouder geen toegevoegde waarde heeft, omdat de huidige instanties voldoende rechtsbescherming zouden bieden.⁶⁴ De analyse in het voorgaande toont aan dat dit standpunt niet juist is. Een onafhankelijke autoriteit die proactief de naleving van het aanbestedingsrecht controleert, kan het toezicht op nationaal niveau in onze visie wel degelijk ten goede komen.

De Zweedse aanbestedingsautoriteit

Het Nederlandse rechtstelsel kan zich bijvoorbeeld laten inspireren door de wijze waarop Zweden het toezicht op de naleving van het aanbestedingsrecht heeft vormgegeven. In deze Europese lidstaat is één instantie met het toezicht op de naleving van het aanbestedingsrecht belast. Uit bestudering van het Zweedse toezichtmodel blijkt dat de instelling van een aanbestedingsautoriteit de effectiviteit van het toezicht aanzienlijk verbetert.

De Zweedse aanbestedingsautoriteit is onderdeel van de *Konkurrensverket*, de nationale mededingingsautoriteit. Deze *Konkurrensverket* houdt niet alleen toezicht op het marktgedrag van de inschrijvers, maar ook op de naleving van het aanbestedingsrecht door aanbestedende diensten.⁶⁵ Een ieder die meent dat de aanbestedingsregelgeving is geschonden, kan zich tot de toezichthouder wenden. Er kan zowel ambtshalve als naar aanleiding van een klacht worden onderzocht of een aanbestedende dienst het aanbestedingsrecht heeft nageleefd.⁶⁶ De *Konkurrensverket* beschikt daarbij over vergaande onderzoeksbevoegdheden. In het kader van het onderzoek mag de toezichthouder informatie opvragen bij de desbetreffende aanbestedende dienst, die de opgevraagde informatie in beginsel moet verstrekken.⁶⁷ In spoedeisende gevallen mag de informatie zelfs bij een bezoek aan of een inval bij de aanbestedende diensten worden gevorderd. Als uit het

63 Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/190085965, p.3; Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding* 2007, p.125-126; E. Manunza & J. Telgen, 'Aanbestedingsautoriteit voorkomt misstanden', 14 januari 2016, te raadplegen op <https://www.cobouw.nl/bouwbreed/nieuws/2016/01/aanbesteding-autoriteit-voorkomt-misstanden-1012079393>; MKB Infra, MKB-pleidooi voor Aanbestedingsautoriteit, <https://www.mkb-infra.nl/nieuws/298-mkb-pleidooi-voor-aanbestedingsautoriteit>.

64 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, nr. 3, p. 157-158, 181; *Handelingen II* 2015/16 62, nr. 10, p. 6; Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/190085965, pag. 3.

65 Hoofdstuk 22, eerste deel Zweedse Aanbestedingswet; de Zweedse aanbestedingswet is te vinden onder nummer 2016: 1145 LOU en is in Engelse vertaling te raadplegen op <http://www.konkurrensverket.se/en/publications-and-decisions/swedish-public-procurement-act/>; zie ook Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding* 2007, p. 125.

66 Hoofdstuk 22, tweede ondertitel Zweedse Aanbestedingswet; zie ook <http://www.konkurrensverket.se/en/publicprocurement/supervision-and-sanctions/supervisory-efforts/>; Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding* 2007, p. 125, 178.

daadwerkelijk onderzoek blijkt dat het aanbestedingsrecht is geschonden, kan de *Konkurrensverket* de rechter verzoeken om de inbreukmakende aanbestedende dienst een voorwaardelijke boete op te leggen.⁶⁸

Het toezicht door de *Konkurrensverket* is tweeledig en is allereerst gericht op het zoveel mogelijk voorkomen van inbreuken op het aanbestedingsrecht. De toezichthouder adviseert aanbestedende diensten en inschrijvers en kan op eigen initiatief en/of op verzoek aangeven in hoeverre de marktgedragingen van partijen in overeenstemming zijn met de aanbestedingsregelgeving. Uit de jaarverslagen en rapportages van de *Konkurrensverket* blijkt dat de aanbestedende diensten vaker een schending ongedaan maken als zij daar door de toezichtinstantie eerst op zijn geattendeerd.⁶⁹ Daarnaast heeft de boetebevoegdheid van de aanbestedingsautoriteit een preventieve werking. De dreiging van de boete weerhoudt aanbestedende diensten over het algemeen van het maken van een inbreuk op de aanbestedingsregelgeving.⁷⁰

De *Konkurrensverket* kan echter ook ingrijpen als de marktwerking wordt verstoord door een (dreigende) schending van het aanbestedingsrecht. De aanbestedingsautoriteit zal een aanbestedende dienst altijd eerst terechtwijzen, maar als de onrechtmatigheid niet uit eigen beweging wordt opgeheven kan bij de rechter de naleving worden afgedwongen.⁷¹ De *Konkurrensverket* is bevoegd om tot de hoogste Zweedse rechter te procederen, die op verzoek van de autoriteit zelfs prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie kan stellen.⁷² Het toezicht door de aanbestedingsautoriteit is daardoor niet alleen proactief, maar ook in het algemeen belang. De *Konkurrensverket* kan enerzijds de adviespraktijk verbeteren door de problemen die de marktpartijen bij de naleving van de regelgeving ondervinden aan het Hof voor te leggen. Anderzijds voert de aanbestedingsautoriteit de procedure tegen een inbreukmaker in het belang van de gehele markt. De instantie fungeert zodoende als een openbaar aanklager in zaken waarin een aanbestedende dienst de aanbestedingsregelgeving schendt.⁷³

67 Hoofdstuk 22, tweede en derde ondertitel Zweedse Aanbestedingswet; zie ook <http://www.konkurrensverket.se/en/publicprocurement/supervision-and-sanctions/supervisory-efforts/>.

68 <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/en/publicprocurement/sanctions/>; Hoofdstuk 3, vijfde ondertitel Zweedse Mededingingswet; de Zweedse mededingingswet is te vinden onder nummer 2008: 579 LOU en is in Engelse vertaling te raadplegen op <http://www.konkurrensverket.se/en/Competition/Aboutthecompetitionrules/>.

69 *Konkurrensverket, The Swedish Competition Authority: Annual Report 2015*, p. 12; Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding* 2007, p. 126.

70 *Konkurrensverket, Prioritisation Policy for Enforcement*, 21 May 2018, 177/2018, p. 4; *Konkurrensverket Annual Report 2015*, p. 11.

71 Hoofdstuk 22, vijfde ondertitel Zweedse Aanbestedingswet.

72 Zo blijkt uit de uitspraak van het HvJ EU van 28 februari 2019 dat op verzoek van de Zweedse aanbestedingsautoriteit prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie zijn gesteld in een zaak tegen een overheidsdienst die ten onrechte geen aanbestedingsprocedure zou hebben gevolgd bij de gunning van een overheidsopdracht voor schoonmaakdiensten, zie HvJ EU 28 februari 2019, ECLI:EU:C:2019:161, zaak C-388/17 (*Konkurrensverket/SJ AB*), r.o. 17-22.

Overigens maakt de *Konkurrensverket* alleen van haar bevoegdheden gebruik als de autoriteit zichzelf de meest geschikte instantie acht om de klacht te onderzoeken en/of het marktprobleem op te lossen.⁷⁴ De ingediende klacht krijgt geen prioriteit als een andere toezichtinstantie over doeltreffender en efficiëntere hulpmiddelen beschikt.⁷⁵ Hierdoor wordt voorkomen dat de aanbestedingsautoriteit veelvuldig intervenueert en daardoor de marktwerking verstoort.

Naar een Nederlandse aanbestedingsautoriteit

Het toezicht door de *Konkurrensverket* is dus zeer effectief en voldoet aan de gestelde Europese voorwaarden. De Nederlandse instanties beschikken daarentegen niet over deze essentiële bevoegdheden, terwijl de aanbestedingspraktijk daar juist behoefte aan heeft.⁷⁶ Het nationale toezicht is door de instelling van een aanbestedingsautoriteit niet meer afhankelijk van inschrijvers die op basis van hun individuele belangen al dan niet een rechtszaak aanhangig maken of een klacht indienen.⁷⁷ Veel ondernemers zijn namelijk terughoudend om een juridische procedure tegen een overheidsdienst te beginnen.⁷⁸ Een rechtszaak is kostbaar en ondernemers vrezen dat de relatie met de aanbestedende dienst verslechtert, waardoor men toekomstige opdrachten misloopt.⁷⁹ Een ondernemer onderneemt daarom pas juridische stappen als de opdracht voor hem van wezenlijk belang is. De beroepsmogelijkheid van een aanbestedingsautoriteit biedt uitkomst, omdat ondernemers dan niet zelf hoeven te procederen en zichzelf een hoop kosten en moeite besparen. Een aanbestedingsautoriteit kan door haar toezichtsbevoegdheden en het inzicht in de ontwikkelingen in de gehele markt tevens beter achterhalen welke structurele problemen de marktpartijen bij de naleving van het aanbestedingsrecht ondervinden.⁸⁰ Hoewel de minister betoogt dat de uitkomst van de rechtsbeschermingsonderzoeken niet tot een ingrijpende wijziging van het huidige stelsel hoeft te leiden, onderkent zij daarmee dat een aanbestedingsauto-

73 Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding* 2007, p. 125.

74 *Konkurrensverket Prioritisation Policy*, p. 1.

75 *Konkurrensverket Prioritisation Policy*, p. 3, 5.

76 Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/190085965, pag. 3; *Kamerstukken II* 2015/16, 34 239, nr. 5, p. 16; *Kamerstukken II*, 2015/16, 34 329, nr. 6, p. 31-32; *Handelingen II* 2015/16 62, nr. 10, p. 6; zie ook J. Jonoski, 'Toezichthouder naleving aanbestedingsrichtlijnen ontbreekt', *Aanbestedingscafe* 15 februari 2019, <https://www.aanbestedingscafe.nl/toezichthouder-naleving-aanbestedingsrichtlijnen-ontbreekt/>; M. Rengers & C. Houtekamer, 'Klokkenluiders kunnen bij misstanden aanbestedingen nergens terecht', *NRC* 12 februari 2019, <https://www.nrc.nl/nieuws/2019/02/12/roep-om-aanbestedingsautoriteit-43653857/>.

77 Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding* 2007, p. 125.

78 Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding* 2007, p. 126; E. Manunza & C. Jansen, *Rechtsbescherming in aanbestedingszaken niet op orde*, *SOnline* 19 juni 2018, <https://www.sonline.nl/artikel/rechtsbescherming-aanbestedingszaken-niet-op-orde/>.

79 Hebly, De Boer & Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding* 2007, p. 125-126.

80 *Konkurrensverket Prioritisation Policy*, p. 1.

riteit de effectiviteit en efficiëntie van het toezicht bevordert.⁸¹ Een aanbestedingsautoriteit is als enige toezichtinstantie in staat om daadwerkelijk een *level playing field* te waarborgen, waarin een goede balans bestaat tussen de belangen van de overheid en die van de ondernemers.⁸²

Het grootste bezwaar van de Nederlandse wetgever is dat de instelling van een aanbestedingsautoriteit tot een te grote stelselwijziging leidt.⁸³ Het aanbestedingsrecht is in Nederland namelijk privaatrechtelijk gereguleerd, terwijl de boetebevoegdheid van de toezichthouder bestuursrechtelijk van aard is.⁸⁴ Ondanks het feit dat de toezichtautoriteit snel zou kunnen ingrijpen bij schendingen, zou de instelling van een dergelijke autoriteit daardoor praktisch niet goed uitvoerbaar zijn en te hoge kosten met zich brengen.⁸⁵ De werkwijze en de bevoegdheden van de *Konkurrensverket* vertonen echter veel overeenkomsten met de wijze waarop de ACM toezicht houdt op het marktgedrag van inschrijvers bij aanbestedingsprocedures. In navolging van het Zweedse toezichtmodel kan een aanbestedingsautoriteit in Nederland bij de Mededingingsautoriteit worden ondergebracht, waarmee de reikwijdte van het toezicht door deze instantie wordt uitgebreid naar de *Aanbestedingswet* 2012. In deze wet bestaat overigens al een bevoegdheidsgrondslag voor het toezicht door de ACM.⁸⁶ De ACM moet aanbestedende diensten op grond van artikel 4.21 AW 2012 namelijk een bestuurlijke boete opleggen als de rechter een gesloten aanbestedingsovereenkomst wegens dwingende redenen van algemeen belang niet vernietigt. Deze boete moet, net als in mededingingszaken, afschrikwekkend, evenredig en doeltreffend zijn en bedraagt een bepaald percentage van de geraamde waarde van de overheidsopdracht. Aanbestedende diensten kunnen op dezelfde wijze tegen deze boete beroep instellen als ondernemingen in mededingingszaken, waardoor ook voldoende rechtsbescherming wordt geboden.⁸⁷ Daarnaast moet de toezichthouder op grond van artikel 4.20 lid 1 AW 2012 worden geïnformeerd als een aanbestedingsovereenkomst niet wordt vernietigd, ondanks dat een schending is vastgesteld. Ook zou een aanbestedingsautoriteit het toezichtrapport als bedoeld in artikel 4.12a AW 2012 kunnen opstellen, omdat deze toezichthouder de gehele markt controleert en zodoende goed inzicht heeft in de

81 Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/190085965, pag. 9.

82 Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/190085965, pag. 1; *Konkurrensverket Prioritisation Policy*, p. 1.

83 Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/190085965, pag. 9; *Handelingen II* 2015/16 62, no.10, p. 6.

84 *Handelingen II* 2015/16 62, nr. 10, p. 6.

85 Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/190085965, pag. 10; *Handelingen II* 2015/16 62, nr. 10, p. 6.

86 Hebly, *Snijders-bundel* 2016, p. 154.

87 Hiermee wordt tevens het argument van de minister weerlegd dat het hoogst ongebruikelijk is dat bestuursorganen elkaar bestuurlijke boetes opleggen en dat een boetebevoegdheid op problemen in de rechtsbescherming zou stuiten, zie Brief van de Staatssecretaris van Economische zaken en Klimaat van 12 juli 2019, CE-MC/190085965, pag. 10.

structurele problemen. Ongetwijfeld zijn kosten gemoed met de instelling van een aanbestedingsautoriteit, maar de vrees voor een (veel te) dure stelselwijziging lijkt ongegrond.

Conclusie

De effectiviteit van het toezicht op de naleving van het aanbestedingsrecht en de rechtsbeschermingsmogelijkheden liggen inmiddels onder een vergrootglas. In deze bijdrage is inzichtelijk gemaakt dat zowel het Europese toezicht als het toezicht op nationaal niveau ten aanzien van enkele essentiële aspecten tekortschieten. Hierbij is voornamelijk problematisch dat het Europese toezicht te lang duurt en ondernemers daarom het toezicht zelf moeten afdwingen bij nationale instanties. De Nederlandse toezichtinstanties voldoen echter niet aan de Europese richtlijnvoorwaarden en hanteren een betrokkenheidsvereiste, waardoor in feite dus niet kan worden gesproken van 'toezicht' zoals de Europese wetgever het bedoelde. Het rechtsbeschermingsonderzoek leek een goede steun in de rug de richtlijnverplichtingen alsnog te implementeren en maatregelen te nemen om het toezicht te verbeteren, maar de minister heeft deze kans laten liggen. Sterker nog, door de beoogde beperking van de taakuitoefening van de CvAE zou de rechtspositie van het MKB nog zwakker worden. Inmiddels is dit voornemen teruggedraaid, maar dit is slechts een doekje voor het bloeden. Het brengt immers geen oplossing voor het gebrek aan effectief toezicht. Een bespreking van de werkwijze van de Zweedse *Konkurrensverket* wijst uit dat de instelling van een aanbestedingsautoriteit de tekortkomingen van het huidige Nederlandse toezicht kan ondervangen, kan bijdragen aan effectiever toezicht en ervoor kan zorgen dat het nationaal toezicht aan de Europese voorwaarden voldoet. Er hoeft zelfs geen nieuwe toezichtinstantie te worden opgericht: de ACM kan deze taak van aanbestedingsautoriteit op zich nemen, omdat deze instantie al een boetebevoegdheid in de Aanbestedingswet heeft. Een gelijk speelveld in het Nederlandse aanbestedingsrecht is dan niet langer een illusie, maar wordt werkelijkheid.