

Aanbesteding



Leendert van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten

Nogmaals de Commissie van Aanbestedings-experts

In het voorjaar van 2013¹ schreef ik in dit blad over de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 en de instelling van de Commissie van Aanbestedingsexperts (de CvAE). De Aanbestedingswet 2012 was net in werking getreden en de CvAE moest nog worden ingesteld. In mijn bijdrage stelde ik dat er meerdere redenen waren om aan te nemen dat de CvAE geen tandeloze tijger zou blijken: (1) de CvAE vormt een welkome aanvulling op het tot dan toe in de rechtsbescherming in aanbestedingszaken centraal staande kort geding, (2) de adviezen van de CvAE kunnen de rechter – indien deze toch moet oordelen – inspireren, (3) de CvAE biedt de mogelijkheid om al vroeg in de aanbesteding onjuistheden aan de orde te stellen, (4) de CvAE hoeft zich niet te beperken tot een louter juridisch oordeel maar kan ook bemiddelen, en (5) van de bemensing van de CvAE mocht het nodige verwacht worden.

Inmiddels is de Aanbestedingswet 2012 alweer meer dan een jaar van kracht en heeft de CvAE haar eerste periodieke rapportage opgesteld.² Ook zijn de eerste adviezen van de CvAE gepubliceerd. Tijd om de door mij verwachte voordelen van de CvAE kritisch tegen het licht te houden.

Welkome aanvulling in de rechtsbescherming?

Voor het bestaan van de CvAE liep de rechtsbescherming in aanbestede-

dingszaken voornamelijk via het kort geding. Hoewel ook schadeprocedures bij de bodemrechter mogelijk waren en voor Europese bestedingen ook een klacht in Brussel kon worden ingediend, was het kort geding feitelijk het meest effectieve middel dat inschrijvers ter hand stond in aanbestedingsgeschillen. Het kort geding kent echter belangrijke beperkingen. Alleen diegenen met een rechtstreeks procesbelang kunnen in kort geding over de uitkomst van een aanbesteding klagen. Een geschil dient verder bij wijze van onverwijld voorziening te kunnen worden afgedaan. Daarnaast heeft de civiele rechtspraak in aanbestedingszaken de zogenaamde 'Grossmann-leer' ontwikkeld³ die, kort gezegd, inhoudt dat inschrijvers zodanig tijdig moeten klagen over vermeende gebreken in aanbestedingsprocedures dat de aanbesteder nog iets kan doen met die klacht. Zeer veel vorderingen van inschrijvers zijn in de afgelopen jaren op deze leer gestrand omdat door de rechter geoordeeld werd dat de klagende inschrijver niet proactief genoeg was geweest en daarom geen vordering in kort geding meer toekwam.

Bij de behandeling van klachten door de CvAE spelen deze beperkingen nauwelijks. Volgens het reglement van de CvAE⁴ kunnen klachten worden ingediend door gegadigden, inschrijvers, onderaannemers en brancheorganisaties maar ook door potentiële gegadigden en inschrijvers en zelfs door aanbesteders zelf. Brancheorganisaties kunnen namens één of meerdere ondernemers optreden, waarbij zij de identiteit van die ondernemer(s) niet hoeven prijs te geven. De kring van mogelijke klagers is daarmee veel breder dan die van mogelijke partijen in een kort geding. Daarnaast behandelt de CvAE ook niet-spoedeisende klachten, waarover hierna meer. Uit de tot nog toe gepubliceerde uitspraken van de CvAE lijkt verder afgeleid te kunnen worden dat de CvAE niet de Grossmann-leer van de rechter heeft overgenomen. Zo worden bijvoorbeeld in Advies 36⁵ uitgebreid klachten onderzocht die niet anders gezien kunnen worden dan een verzoek tot toetsing

van voor een concrete aanbesteding gestelde eisen. Concreet wordt een klacht gegrond verklaard die inhoudt dat een referentie-eis (ongemotiveerd) afwijkt van de eisen uit de Gids Proportionaliteit (die hier overigens via een door de CvAE aangenomen reflexwerking ook voor de speciale sectoren wordt toegepast). Vermoedelijk zou de rechter in kort geding niet aan deze toetsing zijn toegekomen nu de inschrijver zijn bezwaren kennelijk eerst ná aanbesteding geuit heeft, hetgeen door de rechter op grond van de Grossmann-leer doorgaans als te laat wordt aangemerkt. Daarmee gaat de CvAE dus kennelijk verder in haar toetsing van het handelen van de aanbesteder dan de rechter bereid is te doen, hetgeen naar mijn mening de rechtsbescherming ten goede komt.

Dit gezegd zijnde, zijn er ook wel minder positieve punten te noemen. Zo zijn inschrijvers pas welkom bij de CvAE nadat zij bij de aanbesteder zelf geklaagd hebben. Daar waar aanbesteders op grond van het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet 2012 in beginsel zelf een klachtenloket dienen te hebben, kan deze voorwaarde leiden tot een verlies van slagvaardigheid. Inschrijvers die klagen bij de aanbesteder zelf dienen eerst af te wachten wat het betreffende loket van hun klacht vindt voordat ze naar de CvAE kunnen. En dan is er nog een belangrijke beperking, in die zin dat de CvAE haar advisering in beginsel opschort als er een kort geding aanhangig wordt gemaakt over de betreffende aanbesteding. Daarmee is de 'window of opportunity' waarbinnen de CvAE kan worden aangezocht over reeds doorlopen aanbestedingen relatief klein. Een ander nadeel is dat de CvAE (slechts) een adviserende stem heeft.

Inspiratie van de rechter

Of dat laatste echt een nadeel is, kan enigszins worden betwijfeld indien wordt uitgegaan van een uitspraak die inmiddels is gedaan door de Rechtbank Gelderland.⁶ De rechtbank oordeelde over een geval waarin eerst advies was uitgebracht door de CvAE. Dat advies werd echter door de aanbesteder niet gevolgd. De klagende inschrijver stelde vervolgens

bij de rechter dat dat ten onrechte was. De rechter oordeelde daarover dat een advies van de CvAE niet maatgevend is voor de rechter en dat de toetsing van een dergelijk advies door de rechter ook niet slechts marginaal is. Tegelijkertijd werd echter geoordeeld dat de rechter betekenis kan toekennen aan de deskundigheid van de leden van de CvAE en van de betrokken experts. Uiteindelijk wordt het oordeel van de CvAE door de rechter gevolgd omdat dit onvoldoende gemotiveerd weerlegd was door de aanbesteder. De adviserende stem werd door de rechter daarmee keurig ingepast in de procesrechtelijke kaders en als zodanig ook gehoord. Vermeld moet worden dat de rechter die dit vonnis wees ruime kennis van het aanbestedingsrecht heeft. Het lijkt mij niet meer dan logisch dat een minder met het aanbestedingsrecht bekende voorzieningenrechter nog meer geneigd zal zijn aanzienlijk belang te hechten aan het oordeel van de CvAE indien dat voorafgaand aan een kort geding al is verkregen. Overigens moet ik daarbij wel vermelden dat een nog recentere uitspraak van dezelfde rechtbank⁷ de positie van de CvAE weer zeer relatieveert. In die kwestie ging een van de partijen zover de rechter te vragen om de behandeling van het betreffende geschil op te schorten en de CvAE te vragen eerst advies uit te brengen. Dat verzoek werd door de rechter niet gehonoreerd onder de – terecht – overweging dat het uiteindelijk de rechtbank zelf is die een geschil beslecht. Bijzonder was daarbij overigens nog dat van de zijde van de aanbesteders twijfel was geuit over de onafhankelijke en onpartijdige houding van de CvAE. De rechter oordeelt niet over deze twijfels maar ziet hierin wel grond zeer terughoudend om te gaan met het verzoek om de CvAE advies te laten uitbrengen. Ook constateert de rechter dat ‘conflicts of interests’ niet zijn geregeld in het reglement van de CvAE.

Betrokkenheid in het voortraject

Uit de eerste periodieke rapportage blijkt dat veel klachten inhoudelijk van aard zijn en zien op het Programma van Eisen dat voor een aanbesteding is gesteld, de selectie- en gunningcriteria en op gebrekkige communicatie door de aanbestedende dienst.

Een groot winstpunt van de CvAE ligt wat mij betreft in de mogelijkheid dergelijke onderwerpen al gedurende een aanbesteding inhoudelijk te kunnen laten toetsen. Voor inschrijvers hangt er enerzijds veel af van de manier waarop eisen en voorwaarden gesteld zijn maar anderzijds zijn zij niet snel geneigd om tijdens een lopende aanbesteding hierover te procederen. In haar rapportage stelt de CvAE zelf dat zij bericht had ontvangen dat zij ook vaak als ‘boeman’ gebruikt wordt. Inschrijvers dreigen dan met een gang naar de CvAE om klachten serieus behandeld te krijgen door aanbesteders. Daar waar de CvAE laagdrempelig is en er minder formele beperkingen gelden dan in kort geding (zie hierboven), zal deze dreiging door aanbesteders serieuzer genomen worden dan de dreiging met een kort geding. Dat zal naar mijn mening in positieve zin kunnen bijdragen aan de transparantie van het aanbestedingsproces.

Niet louter een juridisch oordeel

Volgens artikel 12 Reglement CvAE adviseert de commissie – indien mogelijk – partijen hoe zij een klacht kunnen oplossen. Een dergelijke oplossing hoeft niet noodzakelijkerwijze juridisch te zijn. Daar waar de voorzieningenrechter gevangen zit in de beoordeling van de aan hem voorgelegde vorderingen, kan de CvAE los van de vorderingen en stellingen van partijen een praktisch advies geven. In haar rapportage noemt de CvAE echter wel – onder de kop ‘verbeterpunten’ – als punt van zorg de juridisering van de adviezen. Vooral daar waar zij nog niet eerder uitgelegde regelgeving moet toepassen, zou de CvAE zich – volgens de rapportage – soms genoodzaakt zien tot diepergaande juridische bespiegelingen. De leesbaarheid van de adviezen zou verder snel minder worden naarmate partijen (en hun raadslieden) de CvAE juridischer benaderen.

De tot nog toe gepubliceerde adviezen laten vooral een praktische benadering zien, waarbij klachten niet louter vanuit formele vereisten en kaders worden benaderd. In die zin lijkt de opzet van de wetgever (tot nog toe) geslaagd. De vraag kan echter wel gesteld worden of het relatieve succes van de CvAE (volgens de rap-

portage heeft zij meer zaken dan de burgerlijke rechter in dezelfde periode) niet tegen haar kan gaan werken in die zin dat een grotere aanloop bij de commissie van door juristen bijgestane partijen wellicht tot een verdergaande juridisering van het proces zal leiden. Iets dat de ooit als laagdrempelig en voor de burger zelf toegankelijke bestuursrechtelijke bezwaarschriftcommissies in zekere zin ook hebben doorgemaakt.

Bemensing

Over dit punt kan ik kort zijn nu de CvAE inmiddels beschikt over 90 experts, waarbij de commissie zelf echter maar twee leden telt en alle adviezen onder de naam van die twee leden worden uitgebracht. Aan de tot nog toe gepubliceerde adviezen lijkt soms wel afgelezen te kunnen worden wat de achtergrond van de expert kan zijn geweest nu het ene advies duidelijk juridischer (en minder puntig) is dan het andere. Over het algemeen kan echter – in lijn met de rapportage – worden gesteld dat de CvAE erin slaagt om puntige en heldere en vooral ook deskundige adviezen te geven.

Tot slot

Zoals ook door andere schrijvers⁸ al is gesteld biedt de CvAE een welkome aanvulling op de rechtsbescherming in aanbestedingszaken. Met adviezen van de CvAE zal door de rechter zonder meer rekening gehouden worden in eventuele nadere civiele procedures. Een tandeloze tijger zal de CvAE daarmee niet zijn. De hiervoor aangehaalde meest recente uitspraak van de Rechtbank Gelderland van 26 maart 2014 laat echter ook zien dat de rechter deze tijger wel streng in de gaten houdt.

1. VGR 2013, afl. 3, p. 86.
2. Periodieke rapportage CvAE, 28 maart 2014 te raadplegen op: www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.
3. Vernoemd naar het *Grossmann*-arrest, HvJ 12 februari 2004, C-230/02.
4. Artikel 7 Reglement CvAE.
5. Advies 36 van 5 december 2013.
6. Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454.
7. Rb. Gelderland (locatie Arnhem) 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868.
8. Bijvoorbeeld J. Fijneman, *Cobouw* 27 februari 2014 en W.M. Ritsema van Eck, *JAAN* 10 februari 2014.