

Rechtsbescherming in aanbestedingen: een utopie?

BR 2016/15

I. Inleiding

Deelnemers aan een aanbesteding zijn voor een controle op de juistheid van de uitslag van die aanbesteding in belangrijke mate initieel overgeleverd aan aanbesteders zelf. Op hen rust immers primair de verantwoordelijkheid om zeker te stellen dat de wedstrijd eerlijk wordt gespeeld en dat de biedingen, zeker in geval van een aanbesteding met als gunningscriterium de economisch meest voordelige inschrijving, op objectieve wijze worden getoetst in lijn met de op voorhand bekend gemaakte gunningscriteria.

Als deelnemers twijfelen aan de juistheid van de uitkomst van een aanbesteding, kunnen zij bezwaren indienen bij ofwel de Commissie van Aanbestedingsexperts ("Commissie") ofwel bij (meestal) de voorzieningenrechter in kort geding. De Commissie maakt bij haar beoordeling gebruik van een grondige en inhoudelijke toets die niet alleen door juristen wordt uitgevoerd, maar ten behoeve waarvan ook materie deskundigen worden ingeschakeld. Zoals wij in dit artikel zullen uitwerken, komt de Commissie in een substantieel aantal gevallen tot de conclusie dat klagers terecht bezwaren indienen.²

Voorzieningenrechters in kort geding zijn bij hun beoordeling zeer terughoudend. Uit de hierna te behandelen rode draad in uitspraken, volgt dat voorzieningenrechters steevast tot uitgangspunt nemen dat de aard van een kort geding met zich brengt dat zij marginaal toetsen en alleen dan ingrijpen indien met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat dat in een bodemprocedure tot onrechtmatigheid zal worden geconcludeerd. Dit uitgangspunt, in combinatie met het gegeven dat voorzieningenrechters een rotsvast en haast onwankelbaar vertrouwen stellen in veelvuldig door aanbesteders ingeschakelde beoordelaars, maakt dat het feit dat eisers in kort geding maar in een beperkt aantal gevallen in het gelijk worden gesteld, niet verwonderlijk.³ Het feit dat de uitkomst in het licht van de grondslagen van de beoordeling niet verwonderlijk is, maakt nog niet dat die uitkomst ook aanvaardbaar is.

Uit de uitkomsten van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 blijkt dat problemen met aanbesteden niet voortkomen uit de regelgeving, maar uit de toepassing daarvan

door aanbestedende diensten.⁴ Is gegeven die vaststelling een meer grondige en inhoudelijke toets van de handelwijze van de aanbestedende dienst, zoals de Commissie dat tracht te doen, dan niet des te meer op zijn plaats dan de huidige marginale toets in kort geding?

Is het niet zo dat deelnemers aan een aanbestedingsprocedure recht hebben op daadwerkelijke en effectieve rechtsbescherming?

Wat blijft er van die rechtsbescherming over als de toets altijd een marginale is?

En wat is de toekomst van het aanbestedingsrecht indien voorzieningenrechters – met een beoordeling ten gronde door de Commissie die een klager in het gelijk stelt – al marginaal toetsend tot het oordeel komen dat de bevindingen van die Commissie ook maar een mening zijn, welke mening in elk geval niet leidt tot zelfs maar een verzwaarde motiveringsplicht?⁵

Wordt rechtsbescherming dan geen utopie?

In het navolgende zullen wij eerst stilstaan bij de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Vervolgens zullen wij de daaruit voortvloeiende verplichtingen vergelijken met de wijze waarop voorzieningenrechters in kort geding plegen te toetsen en dit afzetten tegen de wijze waarop de Commissie te werk gaat. Ten slotte zullen wij aan de hand van een aantal voorbeelden laten zien dat de verschillen in aanpak tussen de voorzieningenrechter en de Commissie ook daadwerkelijk leiden tot andere uitkomsten.

De aanvaardbaarheid van het niveau van rechtsbescherming hangt natuurlijk niet af van het percentage zaken waarin klagers in het gelijk wordt gesteld. Centraal moet de vraag staan of deelnemers aan een aanbesteding ergens terecht kunnen met hun klachten, die dan ook echt inhoudelijk worden behandeld. Wij vrezen dat indien de huidige lijn van beoordelen in kort geding ongewijzigd blijft, rechtsbescherming binnen afzienbare termijn zal verworden tot een wassen neus, waarbij de kosten van een procedure niet meer zullen opwegen tegen het te behalen resultaat.

II. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen

Het Europese Hof van Justitie heeft in bestendige jurisprudentie⁶ bepaald dat nationale rechtsbescherming moet voldoen aan de Europese beginselen van effectieve rechtsbescherming, doeltreffendheid en gelijkwaardigheid. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is een algemeen

1 Mr. C.M.C. Wagemakers is werkzaam als advocaat bij CMS en mr. J.J. van Loenen-De Wild als professional support lawyer. Zij danken M.I. Merkus voor haar bijdrage aan dit artikel.

2 Daarbij moet worden aangetekend dat de Commissie van Aanbestedingsexperts relatief jong is en, zeker in relatie tot kort geding uitspraken, een nog maar beperkt aantal zaken heeft behandeld.

3 In 2014 kreeg de aanbestedende dienst in 69% van de zaken gelijk en in 2012 in 67% van de zaken. Rapport *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2012 en 2014* mei 2015, bijlage bij *Kamerstuk 2014/15, 34252, nr. 1*, Tweede Kamer, p. 30.

4 Brief Minister van Economische Zaken over de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 van 8 juli 2015, *Kamerstukken II 2014/15, 34252, nr. 1*. Zie tevens overweging 121 van Richtlijn 2014/24/EU waarin wordt overwogen dat op basis van de uitgevoerde evaluaties nog voldoende ruimte bestaat voor verbetering bij de toepassing van het aanbestedingsrecht.

5 Rb. Rotterdam (vzr.) 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809.

6 Het Hof heeft het beginsel van effectieve rechtsbescherming (of daadwerkelijke rechterlijke bescherming) als algemeen beginsel van Unierecht in 1986 erkend in de zaak Johnston, HvJ EU 15 mei 1986, C-222/84. Zie ook Widdershoven 2011, p.103-104.

beginsel dat voortvloeit uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten. Het is in het Europese recht neergelegd in artikel 6 van het Europese Verdrag voor de Rechten van de Mens ("EVRM"), waarin het recht op een eerlijk proces is vastgelegd en in artikel 13 EVRM, dat recht geeft op een effectief rechtsmiddel. Het beginsel is tevens bevestigd in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.⁷

Bij aanbestedingen worden daarnaast meer specifieke eisen gesteld aan rechtsbescherming in de rechtsbeschermingsrichtlijnen: de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren 89/665/EEG en de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren 92/13/EG,⁸ die beide zijn aangescherpt door de Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG.⁹

Op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming moeten particulieren binnen de nationale rechtsorde de rechten die zij ontleen aan het Unierecht doeltreffend en zo snel mogelijk bij de rechter kunnen afdwingen.¹⁰ Het beginsel valt in een drietal onderdelen uiteen.¹¹ Allereerst geldt dat beroepsgerechtigden toegang tot de rechter moeten hebben. Daarnaast ziet het beginsel van effectieve rechtsbescherming op de behoorlijkheid van de rechtspraak: het recht op een eerlijk proces, binnen een redelijke termijn bij een onpartijdige rechter. Het derde aspect van effectieve rechtsbescherming ziet op de beschikbaarheid van rechterlijke remedies.

In de rechtsbeschermingsrichtlijnen wordt deze laatste algemene eis om te beschikken over rechterlijke remedies nader gespecificeerd. In artikel 2 lid 1 is bepaald dat de rechter de mogelijkheid moet hebben om een voorlopige maatregel te treffen, om onwettige besluiten nietig te (doen) verklaren en om schadevergoeding toe te kennen.¹² De rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn in Nederland in 2010 geïmplementeerd in de nationale Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden ("WIRA").¹³ Met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013 is de WIRA hierin opgegaan.

In de praktijk worden aanbestedingsgeschillen meestal slecht in kort geding door middel van een voorlopige voorziening.¹⁴ Om daadwerkelijk een voorlopige voorziening te

treffen, neemt de voorzieningenrechter tot uitgangspunt dat met een bepaalde mate van zekerheid moet kunnen worden vastgesteld dat klager ook in een bodemprocedure in het gelijk wordt gesteld. Dit heeft tot gevolg dat voorzieningenrechters een geschil terughoudend beoordelen. Daarbij speelt ook mee dat voorzieningenrechters dikwijls naar eigen zeggen niet voldoende deskundigheid hebben om de situatie in zijn volledigheid te beoordelen.¹⁵

De vraag die rijst, is in hoeverre het Nederlandse systeem voldoet aan de vereisten uit de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Een marginale toetsing beperkt zich tot de controle of de aanbestedende dienst de marges van de redelijkheid niet heeft overschreden.¹⁶ Het is, zoals in de inleiding duidelijk werd gemaakt, een tamelijk terughoudende toets. Een marginale toetsing zou vanuit het rechtsbeschermingsoogpunt op bezwaren kunnen stuiten.

In het Europese recht heeft het Hof van Justitie als uitgangspunt genomen dat toetsing niet restrictief mag zijn. In het arrest *Hospital Ingenieure*¹⁷ concludeerde het Hof dat ook in gevallen waarin de aanbestedende dienst over een grote beoordelingsruimte beschikt, de rechter besluiten moet kunnen toetsen en hierbij niet te restrictief te werk moet gaan. Het Hof heeft dit uitgangspunt bevestigd in het arrest *Croce Amica* waar het concludeerde dat de toetsing door de rechter, zoals beoogd in Richtlijn 89/665/EEG, een rechtmatigheidsstoetsing van de besluiten van de aanbestedende diensten, is die niet mag worden beperkt tot het enkele onderzoek of de besluiten van de aanbestedende dienst arbitrair zijn.¹⁸ Het Hof heeft ook ander bepaald dat de instantie die kennisneemt van het beroep, daadwerkelijk toezicht moet uitoefenen wanneer zij controleert of is voldaan aan de voorwaarden van Richtlijn 89/665/EEG.¹⁹

Chen heeft in zijn annotatie bij laatstbedoeld arrest opgemerkt dat "daadwerkelijk toezicht" zich niet lijkt te verdragen met een marginale toetsing van het gunningsbesluit, zodat het naar zijn mening vrij zeker is dat de rechter een volle toetsing zal moeten uitvoeren.²⁰

In lijn met deze uitspraken van het Europese Hof hebben verscheidene commentatoren de marginale wijze van toetsen door de voorzieningenrechter bekritiseerd. Volgens hen toetst de voorzieningenrechter op dit moment zo marginaal, dat deze rechtsgang nauwelijks als effectieve rechtsbescherming kan worden aangemerkt.²¹

Vertaald naar het aanbestedingsrecht werpt dat de vraag op of met de huidige wijze van geschilbeslechting voldoende invulling wordt gegeven aan de verplichting om daadwerkelijke, snelle en effectieve rechtsbescherming te bieden. Anders gezegd: hoe gedegen beoordelen rechters aanbestedingsgeschillen en zijn er verschillende vormen van toetsen mogelijk die ook echt tot een andere uitkomsten leiden.

7 Buijze en Widdershoven 2011, p. 414.

8 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (PB L 395/33) en Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PB L 76/14), beide gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG (PB L 335/31).

9 Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PB L 335/31).

10 Artikel 1 lid 1 Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG.

11 Buijze en Widdershoven 2011, p. 414.

12 Buijze en Widdershoven 2011, p. 419.

13 *Stb.* 2010, 38.

14 Van Heeswijck 2013, p. 169.

15 Rapportage Deelwerkgroep 1 *Noviteiten Aanbestedingswet 2012* 2014, p. 6.

16 Hebly, de Boer en Wilman 2007, p. 63.

17 HvJ EU 18 juni 2002, C-92/00 (*Hospital Ingenieure*).

18 HvJ EU 11 december 2014, C-440/13 (*Croce Amica*), pt. 46.

19 HvJ EU 11 september 2014 C-19/13, pt. 46.

20 T.H. Chen 2014/255.

21 Widdershoven 2011, p. 114; Buijze en Widdershoven 2011, p. 429; Hebly, de Boer en Wilman 2007, p. 67.; Bleeker 2006, p. 282-283.

Om die vraag te beantwoorden is het zinvol de wijze van beoordelen in kort geding af te zetten tegen de wijze van beoordelen door de Commissie.

Kortom, het feit dat aanbestedingsgeschillen in de praktijk in beginsel in kort geding worden beslecht en de voorzieningenrechter een marginale toets hanteert, staat op gespannen voet met het beginsel van effectieve rechtsbescherming.

III. Toets in de praktijk

“4.4.3. Vooropgesteld wordt dat bij de beoordeling van kwalitatieve criteria de voorzieningenrechter slechts een beperkte toetsingsvrijheid toekomt. Aan de beoordelaars moet dienaangaande de nodige vrijheid worden gegund. De voorzieningenrechter zal zich dan ook terughoudend opstellen en de beoordeling van de kwalitatieve criteria marginaal toetsen.”²²

Zoals eerder aangehaald, onderstrepen de meeste voorzieningenrechters aan het begin van de van de beoordeling van het geschil dat zij marginaal toetsen. Voorzieningenrechters toetsen in kort geding marginaal omdat een kort geding zich niet leent voor feitenonderzoek, bewijslevering en waarheidsvinding.²³ Ze lijken er daarbij van uit te gaan dat hun voorlopig oordeel nog nader ter toetsing zal (kunnen) komen in een bodemprocedure, zodat een volle toets niet ook nodig is.

Betoogd zou kunnen worden dat, nu op grond van de Rechtsbeschermingsrichtlijn op korte termijn daadwerkelijke en effectieve rechtsbescherming noodzakelijk is, deze premisse onjuist is. Immers, veel vonnissen in aanbestedingsrechtelijke kort gedingen fungeren als eindoordeel, omdat alleen in uitzonderlijke gevallen een bodemprocedure volgt.²⁴ Een bodemprocedure is voor een inschrijver weinig aantrekkelijk, omdat de opdracht na een kort geding procedure al gegund is en enkel mogelijk schadevergoeding resteert.²⁵

Zelfs een toets in tweede instantie bij het hof in hoger beroep komt niet vaak voor. De verwachting is dat de animo van inschrijvers om in hoger beroep te gaan ook niet zal toenemen, nu uit jurisprudentie volgt dat appelrechters – zelfs als moet worden aangenomen dat het vonnis in eerste aanleg onjuist is – alleen dan ingrijpen als sprake is van een situatie waarin de procedure- en beoordelingsvoorschriften niet in acht zijn genomen, de feiten niet juist zijn vastgesteld of er sprake is van een kennelijke beoordelingsfout of misbruik van bevoegdheid.²⁶ En (ook) dat wordt nagenoeg nooit aangenomen. Daar komt bij dat in het geval de overeenkomst reeds is gesloten, appelrechters niet geneigd zijn om in een lopende overeenkomst in te grijpen.²⁷

Is een daadwerkelijke en effectieve toets op korte termijn wel realiseerbaar? De Commissie van Aanbestedingsexperts stelt zich een dergelijke toets in elk geval ten doel. De vraag rijst dan ook of de Commissie in dat doel slaagt en in hoeverre het resultaat van die toets afwijkt van de marginale toets bij de voorzieningenrechter. Alvorens die vragen te beantwoorden volgen eerst aan aantal inleidende opmerkingen over de Commissie van Aanbestedingsexperts.

IV. De Commissie: een introductie

Algemeen

In de voorbereiding van de Aanbestedingswet 2012 heeft de Raad van Advies²⁸ de Minister van Economische Zaken gewezen op de behoefte die er bij ondernemers bestond een klacht over een aanbestedingsprocedure laagdrempelig te kunnen laten afhandelen zonder onmiddellijk naar de rechter te gaan. De Raad van Advies adviseerde de minister om een onafhankelijke en gezaghebbende vorm van geschillenbeslechting te realiseren, vooralsnog zonder juridisch bindende status. Via bemiddeling zou dat instituut een groot aantal problemen kunnen voorkomen en *best practices* formuleren ter verbetering van aanbestedingsprocessen in de toekomst.

Het advies van de Raad van Advies heeft geresulteerd in de oprichting van de Commissie van Aanbestedingsexperts. De Commissie heeft haar wettelijke basis²⁹ in artikel 4.27 van Aanbestedingswet 2012:

“Onze Minister bevordert de instelling van een commissie die tot doel heeft onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures.”

De Commissie heeft tot doel om snel, zorgvuldig en laagdrempelige aanbestedingsklachten te behandelen en daarmee bij te dragen aan het oplossen van conflicten/onregelmatigheden/onjuistheden.³⁰ Het teweegbrengen van een leereffect en het professionaliseren van de aanbestedingspraktijk zijn afgeleide doelstellingen.³¹

De instelling van de Commissie was niet alleen een noviteit in Nederland, maar is mondiaal gezien een unicum.³²

Samenstelling

De Commissie bestaat uit een voorzitter, een vicevoorzitter en een commissielid. Aan de Commissie zijn verder ten tijde van het schrijven van dit artikel 82 experts verbonden. Branche experts voorzien de Commissie van kennis over specifieke branches zoals ICT of bouw. Daarnaast zijn zogeheten commissie experts geselecteerd op grond van hun brede ervaring en kennis op het gebied van inkoopproces-

22 Bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028.

23 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 8 januari 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:104; r.o. 4.7.

24 In 2012 6% en in 2014 9%. Rapport *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2012 en 2014* mei 2015, bijlage bij *Kamerstukken II 2014/15, 34252*, nr. 1, p. 6

25 Hebly, de Boer en Wilman 2007, p. 71.

26 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 21 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:823.

27 Hof Den Haag 12 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:16, r.o. 5.

28 Brief van de Raad van Advies aan de Minister van Economische Zaken, Advies inzake nieuwe Aanbestedingswet en flankerend beleid, 28 oktober 2009.

29 Besluit van de Minister van Economische Zaken van 4 maart 2013, *Stcrt.* 2013, 6182.

30 Toelichting op Besluit van de Minister van Economische Zaken van 4 maart 2013, *Stcrt.* 2013, 6182.

31 Evaluatie Commissie van Aanbestedingsexperts, p. 11.

32 *Kamerstukken II 2009/10, 32440*, nr. 3, p. 41 (MvT).

sen en/of het aanbestedingsrecht. Het gebruikmaken van experts heeft tot gevolg dat de Commissie gezaghebbende adviezen kan geven. Aanbestedende diensten kunnen dergelijke adviezen daardoor niet ongemotiveerd naast zich neer leggen.³³

Bevoegdheid

De Commissie kan zich uitspreken over klachten waarop de Aanbestedingswet van toepassing is.³⁴ De Commissie kan geen juridisch bindende adviezen geven. De Commissie is dan ook geen extra rechtsgang, maar de adviezen, zo blijkt uit de wetsgeschiedenis, zijn wel zwaarwegend.³⁵ Een klacht kan bij de Commissie zowel tijdens als na afloop van een aanbestedingsprocedure worden ingediend.³⁶ Het indienen van een klacht bij de Commissie schort de aanbestedingsprocedure in principe niet op. Over het algemeen worden zaken bij de Commissie aangebracht voordat een definitieve gunningsbeslissing is genomen, in tegenstelling tot de voorzieningenrechter, die zich vaak pas na definitieve gunning over het geschil buigt. Als de Commissie eerder wordt geadieerd, heeft de Commissie ook meer ruimte om nog invloed uit te oefenen op de procedure en, op basis van haar aanbevelingen, kunnen tekortkomingen nog hersteld worden. Dan zou een verschil in uitkomst eventueel eerder door het moment van toetsing kunnen worden verklaard dan door de toetsingswijze.

Indien de klacht na de voorlopige gunningsbeslissing bij de Commissie wordt aangebracht, kan de Commissie de aanbestedende dienst verzoeken de inschrijftermijn of de vervaltermijn op te schorten zolang de procedure bij de Commissie nog loopt zodat de Commissie zich nog over de klacht kan buigen. Dit verzoek kan of wordt niet in alle gevallen gehonoreerd door de aanbestedende dienst.³⁷ Verder geldt dat een klager te allen tijde alsnog een procedure bij de burgerlijke rechter aanhangig kan maken, ook al heeft hij reeds een klacht bij de Commissie ingediend. De consequentie is dat de Commissie de behandeling van de klacht staakt.³⁸

Procedure

Ondernemers³⁹, brancheorganisaties en aanbestedende diensten of speciale sectorbedrijven⁴⁰ kunnen een klacht bij de Commissie indienen, via het klachtenformulier op de website van de Commissie. In dit formulier vermeldt de klager zijn naam, de naam van de wederpartij en geeft hij een beschrijving van de klacht met een motivering. Verder kan de klager alle, in zijn ogen relevante, informatie toevoegen en kan hij tevens aangeven op welke wijze de klacht naar zijn mening kan worden verholpen.⁴¹

De Commissie besluit binnen 7 tot 9 kalenderdagen of zij de klacht in behandeling neemt.⁴² In het Reglement zijn een aantal gronden genoemd op basis waarvan de Commissie een klacht niet in behandeling neemt. Zo neemt de Commissie de klacht niet in behandeling wanneer de klager de klacht(en) niet eerst aan de wederpartij kenbaar heeft gemaakt en de wederpartij in de gelegenheid heeft gesteld binnen een redelijke termijn te reageren op de klacht. Ook wanneer een klacht onvoldoende gemotiveerd en gedocumenteerd is, er reeds een gerechtelijke procedure aanhangig is gemaakt ten aanzien van de klacht(en) of de rechter inmiddels uitspraak heeft gedaan, blijft de klacht buiten behandeling.⁴³ De Commissie neemt voorts enkel klachten in behandeling waarop de Aanbestedingswet van toepassing is. Indien de Commissie de klacht in behandeling neemt, maakt de Commissie onderscheid tussen klachten met een niet-kritieke termijn en klachten met een kritieke termijn. Bij klachten met een kritieke termijn gaat het om een advies dat het verloop van de aanbestedingsprocedure nog kan beïnvloeden. De Commissie geeft daarom voorrang aan zulke klachten.⁴⁴

Naast de behandeling van de klacht door de voorzitter, de vice-voorzitter of het derde commissielid, kan de Commissie besluiten een expert bij de behandeling van de zaak te betrekken. Wanneer er een expert wordt ingezet, deelt de Commissie dit mee aan beide partijen. De Commissie vraagt een beklagde altijd om een inhoudelijke reactie op de klacht.

In het advies spreekt de Commissie zich uit over de gegrondheid van de klacht en doet zij, waar mogelijk, een aanbeveling tot verbetering van de procedure.

Indien het advies gepubliceerd wordt, wordt het advies samengevat en geanonimiseerd op de website van de Commissie geplaatst. Sinds de instelling van de CvAE op 1 april 2013 tot 1 januari 2015 zijn er 163 klachten ingediend.⁴⁵

33 *Kamerstukken II 2010/11, 32440, nr. 10 (NV).*

34 Dit betekent dat de Commissie ook klachten van een private aanbestedende kan beoordelen, als deze aanbestedende ervoor kiest dat de Aanbestedingswet van toepassing is. CvAE 9 oktober 2014, Advies 147.

35 *Kamerstukken II 2011/12, 32440, nr. 81(NV); Kamerstukken II 2010/11, 32440, nr. 11 (NvW)*

36 Zie Periodieke Rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts, d.d. 22 mei 2015. Op dat moment waren er 54 klachten ingediend in fasen van de aanbestedingsprocedure waarbij het advies van de Commissie nog invloed zou kunnen hebben op het verdere verloop van de procedure.

37 De Commissie heeft de aanbestedende dienst in 44 gevallen verzocht de procedure lopende de klachtprocedure op te schorten en dat dit verzoek in 18 gevallen werd gehonoreerd. In 11 gevallen werd het verzoek afgewezen en in 15 gevallen bleek het verzoek niet nodig of zinvol omdat de procedure reeds was afgerond. Verder geeft 42% van de Respondenten aan dat de aanbestedende dienst niet bereid was om de wettelijke minimumtermijnen te verlengen in afwachting van het advies van de Commissie. (*Evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts 2015*, p. 38, 39).

38 Reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts (2013), artikel 11 lid 7.

39 Hieronder vallen onder andere (potentiële) gegadigden, (potentiële) inschrijvers en de onderaannemers van (potentiële) inschrijvers.

40 Tot op heden heeft er nog geen aanbestedende dienst of speciale sectorbedrijf een klacht bij de Commissie ingediend. *Evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts 2015*, p. 55.

41 Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts (2013), artikel 9 lid 1.

42 *Evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts 2015*, p. 28.

43 Reglement van de Commissie van Aanbestedingsexperts (2013), artikel 8; Rb. Gelderland (vzr.) 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868.

44 *Evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts 2015*, p. 19, 23.

45 *Evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts 2015*, p. 32.

Evaluatie

In het Instellingsbesluit van de Commissie is opgenomen dat na twee jaar een evaluatie van de Commissie plaatsvindt. Dat onderzoek is inmiddels uitgevoerd en hierin hebben de onderzoekers gekeken naar de doeltreffendheid en naar de doelmatigheid van de Commissie.

De conclusie uit de Evaluatie komt er in de kern op neer dat zowel aanbestedende diensten als ondernemers positief oordelen over de deskundigheid van de Commissie. Van de respondenten die betrokken zijn geweest bij de behandeling van een klacht door de Commissie, oordeelt 72% positief.⁴⁶ De inhoud van de adviezen wordt ook als positief ervaren. Zo vindt 67% van de respondenten de adviezen goed onderbouwd en zijn ze content met de praktische toepasbaarheid. Meer dan de helft van de respondenten geeft aan dat de adviezen een aanvulling zijn op de jurisprudentie voor de toepassing van aanbestedingsregels. De adviezen van de Commissie hebben de respondenten geholpen bij het interpreteren van de Aanbestedingswet. De Commissie is in haar oordeel volgens hen uitgebreider dan de rechter. Zij vinden dan ook dat de Commissie een aantal zaken, zoals het samenvoegen en clusteren van opdrachten goed heeft verduidelijkt.⁴⁷ Kortom, uit de Evaluatie blijkt dat klagers de adviezen van de Commissie positief beoordelen en als een waardevolle aanvulling beschouwen voor de uitleg en toepassing van aanbestedingsregels. Een uitkomst die in het kader van het nalevingsonderzoek als onderdeel van de Evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 belangrijk is, omdat het aan een juiste naleving van de Aanbestedingswet 2012 door aanbestedende diensten nogal eens bleek te schorten.⁴⁸

V. Adviezen versus vonnissen

Zoals gezegd leidt de marginale toets in kort geding in relatief weinig zaken tot een succes voor inschrijvers. In de meerderheid van de gevallen wordt de aanbestedder in het gelijk gesteld.⁴⁹ Niet zelden op basis van een (zeer) marginale toets, waarin de voorzieningenrechtters uiteenzetten dat zij in het licht van de terughoudendheid van toetsing⁵⁰, het ontbreken van deskundigheid⁵¹ of de complexiteit van de materie, zich niet bij machte voelen in te grijpen. Een dergelijk vonnis is voor rechtzoekenden om begrijpelijke redenen onbevredigend.

Dit doet de vraag rijzen of, als wel inhoudelijk en vol wordt getoetst – zoals de Commissie dat tracht te doen – er in grotere mate sprake is van een effectieve en daadwerkelijke rechtsbescherming. Om die vraag te beantwoorden zullen wij in het navolgende een vergelijking maken tussen von-

nissen van voorzieningenrechtters en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts aan de hand van drie onderwerpen.

1. Proportionaliteit en geschiktheidseisen

Eén van de maatregelen die de wetgever heeft genomen om het voor het midden- en kleinbedrijf gemakkelijker te maken op opdrachten in te schrijven, is het expliciet opnemen van het proportionaliteitsbeginsel in de Aanbestedingswet 2012. Met het proportionaliteitsbeginsel tracht de wetgever te voorkomen dat aanbestedende diensten onnodig hoge eisen, criteria en voorwaarden stellen. Het proportionaliteitsbeginsel heeft tevens door de Gids Proportionaliteit een belangrijkere rol gekregen in het aanbestedingsrecht. In de Gids zijn goede voorbeelden uit de praktijk opgenomen die een handvat kunnen bieden aan aanbestedende diensten. Aanbestedende diensten moeten de Gids toepassen op een aanbesteding en, indien ze er vanaf willen wijken, uitleggen waarom ze dat doen ('comply or explain').

In de Gids Proportionaliteit is bijvoorbeeld bepaald dat de aanbestedende dienst alleen kerncompetenties mag vaststellen die overeenkomen met de gewenste ervaring op essentiële punten van de opdracht (Voorschrift 3.5F). Verder mag er maar één referentie per kerncompetentie gevraagd worden en heeft het referentieproject maximaal 60% van de geraamde waarde van de opdracht (Voorschrift 3.5G). De Commissie toetst vol of de aanbestedende dienst conform de Gids heeft gehandeld. Zo concludeerde de Commissie in Advies 131 dat de genoemde kerncompetentie naar het oordeel van de Commissie geen verband houdt met essentiële punten van de opdracht.⁵²

Daarnaast blijkt dat de Commissie strikt toetst of de aanbestedende dienst de kerncompetenties conform de Gids heeft uitgevraagd. Het stellen van een eis die er de facto op neerkomt dat van klager verlangd wordt een mogelijk groot en niet concreet gemaximeerd aantal referenties in te dienen, is niet proportioneel. De Commissie geeft aan dat door een concreet maximum (bijvoorbeeld vijf referenties) te eisen, het voor klager eerder dan nu het geval was, duidelijk zou zijn geweest of zij daar aan zou kunnen voldoen.⁵³

De voorzieningenrechter hanteert een marginale toets waarbij de aanbestedende dienst een grote mate van vrijheid wordt gegund. De verplichting om de gestelde eisen te motiveren is beperkt.⁵⁴

Dit verschil in wijze van toetsing tussen de voorzieningenrechter en de Commissie blijkt ook duidelijk uit een recente aanbesteding van het uitzenden en detacheren van tijdelijke arbeidskrachten van een groot aantal gemeenten.⁵⁵ In deze zaak heeft de Commissie advies uitgebracht en de klacht gegrond verklaard.⁵⁶

46 Evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts 2015, p. 14.
 47 Evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts 2015, p. 44.
 48 Brief Minister van Economische Zaken over de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 van 8 juli 2015, Kamerstukken II 2014/15, 34252, nr. 1.
 49 In 67% van de zaken in 2014, zie noot 3.
 50 Zoals o.a. Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028.
 51 Zoals o.a. Rb. Den Haag (vzr.) 9 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2523.

52 CvAE Advies 131, par. 6.2.5; zie ook CvAE 20 januari 2014, Advies 56; CvAE 5 december 2013, Advies 36.
 53 CvAE 11 december 2014, Advies 180. Zie ook CvAE 25 oktober 2013, Advies 28.
 54 Hof 's-Hertogenbosch 5 februari 2013, JAAN 2013/48.
 55 Rb. Rotterdam (vzr.) 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802.
 56 CvAE Advies 265, niet gepubliceerd maar geciteerd in Rb. Rotterdam (vzr.) 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802.

Het ligt vervolgens in lijn der verwachting dat de aanbestedende dienst zich rekenschap zou geven van de bevindingen van de Commissie en tot herziening van de procedure zou overgaan. Het tegendeel gebeurt echter. De aanbestedende dienst houdt voet bij stuk zonder dat besluit te motiveren. De klager spande daarop een kort geding aan. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam kwam tot een tegenovergestelde conclusie en verklaarde de vorderingen van klager, ondanks het advies van de Commissie, ongegrond.

De aanbestedende dienst eiste dat de inschrijver via referenties aantoonde dat hij op 75% van de genoemde vakgebieden arbeidskrachten in de (gemeentelijke) salarisschalen 9 tot en met 12 heeft gedetacheerd bij Nederlandse overheidsinstanties.

Eén van de klachten ziet op de eis dat de ervaring 'bij een Nederlandse overheidsinstelling' moet zijn opgedaan terwijl hier ook functies worden uitgevraagd die niet exclusief tot het domein van de overheid behoren. Deze eis maakt daarmee een ongeoorloofd discriminatoir onderscheid tussen de potentiële inschrijvers.

De Commissie overweegt dat tot de essentiële punten van de opdracht in de eerste plaats behoort het werven en selecteren van arbeidskrachten met een bepaalde ervaring. Die ervaring kan, zoals klager terecht stelt, ook blijken uit het werven en selecteren van arbeidskrachten met competenties op gebieden die vergelijkbaar zijn met de door beklagde genoemde vakgebieden. Onder de door beklagde genoemde vakgebieden bevinden zich daarnaast inderdaad typische overheidstaken, maar door bij het omschrijven van de geëiste ervaring die taken te vermengen met niet specifieke overheidstaken is de eis van 75% naar het oordeel van de Commissie in dit geval niet meer proportioneel.⁵⁷

De voorzieningenrechter heeft daarmee geen probleem en onderschrijft het standpunt van gedaagden dat het werken voor de overheid een karakter heeft dat afwijkt van het werk in de private sector en dat, bijvoorbeeld, de functie van inkoper in het bedrijfsleven een andere deskundigheid en expertise vergt dan diezelfde functie bij de overheid (zoals ten aanzien van aanbestedingsrechtelijke aspecten). De voorzieningenrechter acht voldoende aannemelijk dat dit verschil ook van invloed is op de vaardigheid die nodig is voor een uitzendbureau om dergelijk personeel te selecteren en in te zetten.⁵⁸

Zoals uit het voorgaande blijkt, gaat de burgerlijke rechter uit van de beleidsvrijheid van de aanbestedende dienst bij het opstellen van de geschiktheidseisen waarbij diens vrijheid niet noemenswaardig wordt beperkt door de Gids Proportionaliteit en hij evenmin behoeft deze eisen te motiveren, iets wat haaks staat op de beoordelingswijze van de Commissie. Een groter verschil in uitkomst is niet denkbaar.

2. Clusteren

Het onnodig samenvoegen of 'clusteren' van opdrachten is verboden. De wetgever heeft deze bepaling expliciet in de Aanbestedingswet opgenomen met als doel de toegang van het midden- en kleinbedrijf tot opdrachten te verbeteren. Wat het 'samenvoegen van opdrachten' precies inhoudt, is in de Memorie van Toelichting verder niet uitgewerkt. Om te bepalen of er sprake is van het onnodig samenvoegen van opdrachten, hanteert de Commissie een stappenplan aan de hand van artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012.

Allereerst stelt de Commissie vast of er sprake is van één opdracht dan wel samenvoeging van meerdere opdrachten. Indien er sprake is van één opdracht is het clusterverbod verder niet meer van toepassing.

De Commissie toetst wederom vol en beoordeelt zelf of er sprake is van één opdracht of juist van meerdere opdrachten. In de meerderheid van de gevallen concludeert zij dat er sprake is van een samenvoeging van opdrachten omdat er volgens haar een wezenlijk verschil zit in de aard van de opdrachten.⁵⁹ Vaak wordt er ook tussen partijen niet betwist dat er sprake was van een samengevoegde opdracht.⁶⁰

De vraag die bij de tweede stap voorligt, is of er in de aanbestedingsstukken voldoende is gemotiveerd waarom er geen sprake is van onnodig samenvoegen. Hierbij moet de aanbestedende dienst voldoende acht hebben geslagen op de drie vereisten uit artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012:⁶¹

- (a) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het MKB;
- (b) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdracht voor de aanbestedende dienst en de ondernemer;
- (c) de mate van samenhang tussen de opdrachten.

Als derde stap moet er ook nog worden bepaald of het splitsingsgebod uit het derde lid van artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 niet passend moet worden geacht. De Commissie maakt daarin het volgende onderscheid: Wanneer het gaat om het samenvoegen van verschillende ongelijksoortige opdrachten,⁶² die volgtijdelijk worden uitgevoerd, stelt de Commissie dat de motivering waarom het niet passend is de opdracht in percelen op te delen al ligt in de motivering bij stap 2: waarom de samenvoeging niet nodig is.

Wanneer het echter gaat om gelijksoortige opdrachten⁶³ die tegelijkertijd op verschillende locaties kunnen worden uitgevoerd geldt dat de motiveringsplicht van artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012 in dat geval tot doel heeft die (andere) goede redenen inzichtelijk te maken. Volgens de Commissie kunnen er goede redenen bestaan om over te gaan tot het samenvoegen van opdrachten in één aanbestedingsprocedure, maar daarmee is nog niet gezegd dat er vervol-

57 CvAE Advies 265, par. 5.3.4, geciteerd in Rb. Rotterdam (vzr.) 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802.

58 Rb. Rotterdam (vzr.) 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802, r.o. 4.6.

59 CvAE 23 januari 2014, Advies 43; CvAE 24 januari 2014, Advies 53; CvAE 22 juli 2014, Advies 125; CvAE 12 januari 2015, Advies 182.

60 CvAE 8 juli 2014, Advies 117; CvAE 3 december 2014, Advies 159.

61 CvAE 8 juli 2014, Advies 117 en CvAE 22 juli 2014, Advies 125.

62 CvAE 23 januari 2014, Advies 43; CvAE 8 juli 2014 Advies 117; CvAE 22 juli 2014, Advies 125; CvAE 3 december 2014, Advies 159.

63 CvAE 24 januari 2014, Advies 53; CvAE 30 januari 2015, Advies 174.

gens geen (andere) goede redenen zouden kunnen bestaan om binnen die ene aanbestedingsprocedure de samengevoegde opdracht alsnog in meerdere percelen op te delen.⁶⁴

Er is een aantal uitspraken van voorzieningenrechtshof en het hof waaruit kan worden afgeleid dat de burgerlijke rechter toetst aan de hand van andere uitgangspunten. Zo stelde voorzieningenrechter Midden-Nederland in haar eerste vonnis over clusteren dat het uitgangspunt bij de beoordeling of er sprake was van één enkele opdracht dan wel het (onnodig) samenvoegen van twee afzonderlijke opdrachten, is dat een aanbestedende dienst in beginsel het recht heeft om haar opdracht zo in te richten dat aan haar behoefte tegemoet wordt gekomen.⁶⁵ In hoger beroep tegen dit vonnis toetste het hof aan de hand van de definitie van een 'werk' zoals gedefinieerd in artikel 1, lid 2, sub b van de Richtlijn 2004/18/EG:

“Het product van een geheel van bouwkundige, of civiel-technische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.”

Naar oordeel van het hof kwam dit criterium ook betekenis toe bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van één of meer overheidsopdrachten voor leveringen, die het grootste deel van de onderhavige opdracht vervulden. Het hof oordeelt op basis van dit criterium:

“Het behoort naar het oordeel van het hof tot de vrijheid van de Universiteit als aanbestedende dienst om de door haar gewenste functionaliteiten van de aan te besteden Multifunctionals te formuleren en haar behoeftes aan verschillende functionaliteiten te willen bundelen in één aan te besteden apparaat, de Multifunctional. Die verschillende functionaliteiten van de gevraagde Multifunctional maken, anders dan Xafax betoogt, niet dat er in dit geval geen sprake meer zou zijn van “één overheidsopdracht”. De wens van de Universiteit om haar oudere Multifunctionals te vervangen door apparaten die naast de basisfuncties een aantal meer geavanceerde functies zoals een betaalfunctie en een follow-me functie heeft, maakt niet dat er geen sprake meer is van “één overheidsopdracht voor leveringen”. Het is aan de Universiteit als aanbestedende dienst om de eigenschappen van het door haar gewenste apparaat te kiezen. Dat is naar het oordeel van het hof alleen anders indien de door de Universiteit gestelde eisen ertoe zouden leiden dat het gevraagde product niet meer een “technische of economische functie” vervult.”⁶⁶

Ook hier gaat het hof dus uit van de vrijheid van de aanbestedende dienst om zelf te bepalen of het de functionaliteiten als één of meerdere opdrachten wil formuleren.

Als de burgerlijke rechter al tot de conclusie komt dat er sprake zou zijn van samengevoegde opdrachten neemt sneller genoegen met de motivering voor het samenvoegen dan de Commissie. De toets van de burgerlijke rechter lijkt aldus terughoudender dan de toets die de Commissie hanteert. Uit de uitspraken van voorzieningenrechtshof en het hof waaruit kan worden afgeleid dat de burgerlijke rechter minder snel tot de conclusie komt dat er sprake is van een samengevoegde opdracht⁶⁷, met als gevolg dat de aanbestedende dienst bij de burgerlijke rechter in de meeste gevallen in het gelijk wordt gesteld.

3. Motiveren gunningsbeslissing

Uit de Evaluatie van de Commissie blijkt dat er relatief veel klachten (50) door inschrijvers worden ingediend over de motivering van de ‘relevante redenen’ bevatten op grond waarvan een bepaalde ondernemer is gekozen en de de gunningsbeslissing.⁶⁸ De gunningsbeslissing moet op basis van artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 overige ondernemers niet. Onder ‘relevante redenen’ wordt in ieder geval verstaan de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving.

De Hoge Raad heeft in het arrest KPN/Staat⁶⁹ bepaald dat het in beginsel niet is toegestaan om na de initiële gunningsbeslissing de motivering nog aan te vullen met nieuwe argumenten. Wel is een nadere toelichting op reeds aangevoerde gronden toegestaan. De Commissie past de motiveringsvoorschriften strikt toe. Het is voor haar – in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie⁷⁰ – onvoldoende om slechts een scoretabel te overleggen waarin enkel een geanonimiseerd overzicht van het aantal punten is opgenomen zonder bijbehorende beschrijving.⁷¹ De Commissie verwijst hierbij naar de Memorie van Toelichting op de Aanbestedingswet:

“Evenals in de Wira is er in dit wetsvoorstel voor gekozen om met betrekking tot de motivering niet te volstaan met een samenvatting van de relevante redenen, maar alle relevante redenen op te nemen.”⁷²

Het overleggen van een matrix kan weliswaar helpen bij het voldoen aan het transparantiebeginsel, maar kan nooit in de plaats van de motivering treden.

De Commissie stelt voorts dat inschrijvers ook bij een gelijke score recht hebben op een uitleg waarom zij niet de maximale score hebben gehaald.⁷³ Verder meent de Commissie dat aanbesteders zich niet mogen verschuilen achter de stelling dat motiveren de rechtmatige commerciële belangen van de winnaar zou schaden of het prijsgeven van die informatie een eerlijke heraanbesteding onmogelijk zou maken.⁷⁴

64 Zie ook CvAE 12 januari 2015, Advies 183.

65 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763; Zie ook Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028.

66 Hof Arnhem Leeuwarden 13 januari 2015 ECLI:NL:GHARL:2015:122: r.o. 3.13.

67 R. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028, rov. 4.3.4; Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015: r.o. 4.5.3.-4.5.4.

68 *Evaluatie Commissie van Aanbestedingsexperts* 2015, p. 35.

69 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231 (KPN/Staat).

70 HvJ EU 17 september 2015, T-691/13 (Ricoh).

71 CvAE 25 oktober 2013, Advies 30.

72 CvAE 25 oktober 2013, Advies 30, par. 6.1.5.

73 CvAE 9 oktober 2014, Advies 147.

74 CvAE 3 april 2014, Advies 86.

Anders dan de Commissie accordeert de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag dat het enkel overleggen van een matrix met scores voldoende is. Er werd zelfs nog toegestaan dat de tabel later nog door de aanbestedende dienst werd toegelicht.⁷⁵ De voorzieningenrechter komt helaas niet toe aan hoe het oordeel zich verhoudt tot Advies 30 van de Commissie.

De tegenstelling tussen de geschilbeslechting in kort geding en bij de Commissie van Aanbestedingsexperts blijkt ook uit Advies 147, wat wordt vergeleken met het oordeel van de voorzieningenrechter Rotterdam die concludeert dat als de beoordelingssystematiek rekenkundig en objectief is, het enkel vermelden van de scores van de winnaar en verliezer met de toevoeging van containerbegrippen zoals “voldoende” of “goed” voldoende is omdat de verliezer dan zelf bij benadering kan narekenen hoe de winnende inschrijver op onderdelen zal hebben ingeschreven en waarom hij dus zelf slechter heeft gescoord.⁷⁶

Hoe verschillend er getoetst wordt, maakt deze conclusie van de voorzieningenrechter Rotterdam duidelijk:

“De voorzieningenrechter mag niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten bij het beoordelen van een inschrijving; hij dient slechts marginaal te toetsen of de door de aanbesteder uitgevoerde beoordeling – de puntenscore plus motivering – van de inschrijving voldoende grondslag vindt in de aanbestedingsstukken. Het is niet aan de voorzieningenrechter om kwalificaties als “goed” of “zeer goed” aan onderdelen van de inschrijving te hechten.”⁷⁷

Hoe een inschrijver (of een rechter) op basis van dit soort algemeenheden moet verifiëren of de score terecht is toegerekend blijft hier onbesproken.

Tussenconclusie

Uit het voorgaande blijkt ons inziens een duidelijk onderscheid in de beoordelingswijze van de Commissie en van de burgerlijke rechter. De voorzieningenrechter toetst marginaal en terughoudend of het aannemelijk is dat de aanbestedende dienst in redelijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen. De voorzieningenrechter meent zich terughoudend te moeten opstellen vanwege de aard van de procedure waarin de aanbestedende dienst een grote beoordelingsvrijheid heeft, en verder vanwege het gebrek aan (technische) kennis en de complexiteit van de materie. De Commissie toetst naar aanleiding van een klacht van een ondernemer ‘vol’ of een aanbestedende dienst conform alle verplichtingen uit de Aanbestedingswet heeft gehandeld. De Commissie beschikt over experts die de deskundigheid bezitten die bij een burgerlijke rechter naar eigen zeggen ontbreekt en de Commissie kan dus ook in complexe zaken ‘vol’ toetsen.

75 Rb. Den Haag (vzr.), 3 maart 2014, JAAN 2014/101.

76 Rb. Den Haag (vzr.) 24 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13059, rov. 4.2.

77 Rb. Rotterdam (vzr.) 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809:rov. 4.5.

Uit analyse van de aanbestedingsrechtspraak uit 2012 en 2014 blijkt ook dat de aangelegde toets verschil maakt voor het resultaat van de procedure. Bij een inhoudelijke toetsing door de rechter wordt de aanbestedende dienst slechts in 44% van de gevallen in het gelijk gesteld, en in 56% van de gevallen de ondernemer. Dit percentage komt redelijk overeen met het percentage waarin ondernemers bij de Commissie in het gelijk worden gesteld. In 2013/2014 werd 51% van de klachtonderdelen door de Commissie gegrond verklaard.⁷⁸

Waar de voorzieningenrechter echter een ‘meer marginale dan inhoudelijke toets’ hanteert, wint de aanbestedende dienst in 81% van de gevallen en waar een volledig marginale toets wordt gehanteerd, is dat 79% van de gevallen.⁷⁹

Uit bovengenoemde statistieken kan de conclusie worden getrokken dat de toets wel degelijk gevolgen heeft voor het resultaat van de procedure en dat het er voorts op lijkt dat in de rechtsbescherming van een inschrijver beter wordt voorzien wanneer er vol op de inhoud wordt getoetst in plaats van enkel marginaal.

VI. Status adviezen Commissie

Parlementaire Geschiedenis

Tijdens de behandeling van de instelling van de Commissie zijn er de nodige vragen gesteld over de verhouding tussen de reguliere rechtspraak en de uitspraken van de Commissie en hoe kan worden bewerkstelligd dat de Commissie zoveel gezag krijgt dat er geen sprake is van vrijblijvende adviezen.⁸⁰

In de parlementaire geschiedenis komt duidelijk naar voren dat de wetgever de Commissie heeft ingesteld om te zorgen voor een leereffect en verdere professionalisering van aanbestedende diensten. De wetgever heeft daarbij aangegeven dat de adviezen van de Commissie als gezaghebbend moeten worden gezien en benadrukt dat aanbestedende diensten deze adviezen niet ongemotiveerd naast zich neer kunnen leggen. Teneinde de deskundigheid en het gezag van de Commissie en het gewicht van de adviezen te vergroten, heeft de wetgever er voor gekozen om aan de commissie experts te laten deelnemen, die hun sporen in de aanbestedingspraktijk hebben verdiend.⁸¹

Hierbij heeft de minister aangegeven dat de adviezen van de Commissie, hoewel niet bindend, een belangrijke rol gaan spelen in een juridische procedure bij een (voorzieningen) rechter:

78 Berekening op basis van cijfers omtrent klachten zoals blijkt uit de Periodieke Rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts d.d. 22 mei 2015 en Periodieke Rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts d.d. 28 maart 2014.

79 *Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2012 en 2014* 2015, p. 36, figuur 26b: uitkomst gerechtelijke procedures per wijze van toetsing, 2014.

80 Rapportage Deelwerkgroep 1 *Noviteiten Aanbestedingswet 2012* 2014 p. 107.

81 *Kamerstukken II 2010/11*, 32 440, nr. 10 (NV); *Kamerstukken I 2011/12*, 32 440, C, p.2-3, 8 en 13, (MvA); *Kamerstukken II 2011/12*, 32 440, nr. 81(NV); *Kamerstukken II 2010/2011*, 32 440, nr. 11 (NvW).

“Wel verwacht ik dat rechters een advies van de commissie van aanbestedingsexperts in hun afweging zullen gaan betrekken.”⁸²

Kortom, uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de adviezen van de Commissie door de deelname van de experts een bepaald gewicht hebben dat de burgerlijke rechter mee dient te wegen in zijn oordeel. Dit blijkt in de praktijk bepaald niet het geval.

Jurisprudentie

Een aantal voorzieningenrechters heeft zich direct over de waarde van een advies van de Commissie uitgesproken. Een aantal voorzieningenrechters kwam al relatief snel na de instelling van de Commissie tot het oordeel dat aan haar adviezen in principe slechts vrije bewijskracht toekomt:

“Een vooraf door de Commissie gegeven advies voegt daar in dat kader niets aan toe. Immers, het is in zijn algemeenheid niet zo dat een dergelijk advies in een procedure voor de civiele rechter maatgevend is, terwijl het advies ook niet bindend is. Het advies van de Commissie is (slechts) een geschrift waaraan in een civiele procedure vrije bewijskracht toekomt en waarmee de rechter bij de waardering van eventueel te leveren bewijs rekening kan houden.”⁸³

Deze besprekingen laten zich slecht rijmen met datgene wat de wetgever met de introductie van de Commissie heeft beoogd. Niettemin staat deze uitspraak niet op zichzelf:

“Zoals hiervoor overwogen hebben de scholen het advies van de CvA zonder deugdelijke redenen naast zich neer gelegd. Op zichzelf is dat toegestaan omdat een dergelijk advies niet bindend is.”⁸⁴

De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam komt tot eenzelfde conclusie:

“Volgens HR heeft een aanbestedende dienst een verzwaarde motiveringsplicht indien enig advies van de CvA niet wordt opgevolgd. De voorzieningenrechter onderschrijft dit niet. Geen rechtsregel noopt daartoe. De CvA geeft op basis van juridische argumenten een advies, dat niet bindend is, noch voor partijen, noch voor de rechter. Voor zover een partij zich beroept op een advies van de CvA is sprake van een beroep op de juridische argumenten in dat advies, welke argumenten op hun merites moeten worden beoordeeld. Een verzwaarde motiveringsplicht levert dit echter niet op. Dit heeft des te meer te gelden indien een geschil betrekking heeft op rechtsnormen als “transparantie” en “proportionaliteit”. Dit zijn open normen, die een bepaalde weging vergen

en toegepast moeten worden met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. Een verschil in appreciatie van een dergelijke norm zal zich niet (altijd) eenvoudig laten motiveren.

Voorts is gesteld dat aan de adviezen van de CvA vrije bewijskracht toekomt. De vraag of een advies van de CvA bewijskracht toekomt, is echter pas aan de orde als de CvA feiten zou vaststellen. Bewijskracht speelt geen rol bij de beoordeling van juridische argumenten. De weging van juridische argumenten is geen bewijskwesitie, maar een kwesitie van toepassing van het recht.”⁸⁵

Voor de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam geldt het advies van de Commissie enkel als ‘een mening’ en kan een aanbestedende dienst, net als de kort gedingrechter zelf, een dergelijk advies ongemotiveerd naast zich neerleggen.

Waar de wetgever bij de behandeling van de Aanbestedingswet consequent heeft aangegeven dat de adviezen van de Commissie zwaar wegen in het oordeel van de rechter en dat de aanbestedende dienst of de rechter dit niet ongemotiveerd kan passeren, blijkt in de praktijk het tegenovergestelde, namelijk dat voorzieningenrechters de adviezen van de Commissie in de meeste gevallen naast zich neerleggen en dat ze aanbestedende diensten niet terechtwijzen wanneer deze de adviezen ongemotiveerd naast zich neerleggen.

VII. Conclusie

Rechtsbescherming in aanbestedingszaken is een onontbeerlijk onderdeel van het inkoopproces. Dat proces wordt gereguleerd door open normen als transparantie en proportionaliteit. Eigen aan die open normen is dat er een zekere vrijheid is voor aanbesteders. Die vrijheid behoort niet als consequentie te hebben dat hun handelen feitelijk nog maar nauwelijks wordt getoetst. En al helemaal niet indien het achterwege blijven van die toets wordt gerechtvaardigd door de stelling dat een volle toets lastig of zelfs onmogelijk zou zijn. Een aantal adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts leert ons niet alleen dat een volle toets op de inhoud binnen relatief korte tijd mogelijk is, maar een vergelijking met uitspraken in kort geding leert ook dat bij een volle toets aanbesteders vaker op de vingers worden getikt. Effectieve rechtsbescherming in aanbestedingszaken hoeft dus zeker geen utopie te zijn. Het veronderstelt wel dat geschillen meer dan nu met minder schroom worden beoordeeld en daadwerkelijk, indachtig datgene wat blijkens de rechtsbeschermingsrichtlijnen, de oprichting van de Commissie van Aanbestedingsexperts en de introductie van de Gids Proportionaliteit door de wetgever is beoogd, meer dan marginaal wordt getoetst, zoals dat overigens ook nu al door andere instanties in aanbestedingen of daarop

82 Kamerstukken II 2010/11, 32440, nr. 10 (NV).

83 Rb. Gelderland (vzr.) 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868, r.o. 5.2; Rb. Gelderland (vzr.) 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, r.o. 4.5.

84 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951, r.o. 4.12-4.13.

85 Rb. Rotterdam (vzr.) 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802, rov. 4.4-4.5.

gelijkende procedures wordt gedaan.⁸⁶ Het krijgen van beoordelingsvrijheid brengt voor aanbesteders met zich dat zij zich daarvoor verantwoorden en voor de rechterlijke instanties dat zij waar nodig aanbesteders ook echt ter verantwoording zullen roepen.

VIII Bibliografie

Buijze en Widdershoven 2011

A.W.G.J. Buijze en R.J.G.M. Widdershoven, "Rechtsbescherming bij de competitieve verdeling van schaarse publieke rechten in het licht van het Unierecht", in F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Utrecht: Bju 2011, pp. 411-432.

Bleeker 2006

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

Chen 2014

T.H. Chen "het einde van de vrijwillige transparantie vooraf". *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2014 (5)255.

Hebly, de Boer en Wilman 2007

J.M. Hebly, E.T. de Boer & F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007.

Heeswijck 2013

A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedure*, Deventer: Wolters Kluwer 2013.

Widdershoven 2011

R.J.G.M. Widdershoven, "het beginsel van effectieve rechtsbescherming" in: A. van den Brink, S.A. de Vries & M.P.A. de Koninck (red.), *Beginselen bouwen Burgerschap*, Boom Juridische Uitgevers 2011, p. 103-114.

⁸⁶ Zoals o.a. RvS 15 juli 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2258; CBB 25 juli 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX3086.