

UNIVERSITEIT UTRECHT
AFDELING INTERNATIONAAL EN EUROPEES RECHT

RECHTSBESCHERMING IN HET AANBESTEDINGSRECHT

*wat de Commissie van Aanbestedingsexperts ons leert over
effectiviteit van het Nederlandse rechtsbeschermingsregime
bij aanbestedingsgeschillen*

MARTINUS J.R. MAAS (3265242)

JUNI 2015

BEGELEIDSTER: E.R. (ELISABETTA) MANUNZA

Inhoudsopgave

1 Inleiding.....	6
1.1 Algemeen	6
1.2 Omvang kosten aanbestedingsprocedure.....	6
1.3 Belang van handhaving	8
1.4 Belang van effectieve rechtsbescherming.....	8
1.5 Dit onderzoek	9
1.6 De term rechtsbescherming.....	10
1.7 De rol van de voorzieningenrechter in het aanbestedingsrecht	11
1.8 Afbakening van het begrip aanbesteding	11
1.9 Hoofdvraag en deelvragen.....	12
2 Het supranationale kader van rechtsbescherming	12
2.1 Algemeen	12
2.2 Het Europees verdrag voor de rechten van de mens.....	13
2.2.1 Juridisch kader	13
2.2.2 Procedure bij de voorzieningenrechter	14
2.2.3 Relevantie voor dit onderzoek.....	14
2.3 Het Unierechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming.....	15
2.3.1 De verdragsbeginselen in onderling verband	15
2.3.2 De omvang van het Unierechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming	17
2.3.3 Relevantie voor dit onderzoek.....	19
2.4 De rechtsbeschermingsrichtlijnen	20
2.4.1 Inleiding	20
2.4.2 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.....	21
2.4.3 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren	23
2.4.4 Aanbestedingsrichtlijn concessieovereenkomsten	24
2.5 De drie aanbestedingsbeginselen en het proportionaliteitsbeginsel.....	24
2.6 Relatie tussen de aanbestedingsbeginselen en rechtsbescherming.....	25
2.7 Handhaving door de Europese Commissie.....	26

2.7.1 Algemeen	26
2.7.2 Relevantie voor dit onderzoek.....	26
2.8 Resume	27
3 Nederlands systeem van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht	29
3.1 Algemeen	29
3.2 De implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen.....	29
3.2.1 Inleiding	29
3.2.2 Gronden voor vernietiging.....	30
3.2.3 Effectiviteit en effectieve rechtsbescherming van vernietiging	32
3.2.4 Opschortingstermijn.....	32
3.2.5 Vordering tot schadevergoeding.....	33
3.2.6 Beoordelingsmethode rechter in schadevergoedingsprocedure	36
3.2.7 Toetsing aan het effectiviteitsbeginsel	38
3.2.8 Resumé	40
3.3 Voorlopige voorzieningen.....	40
3.3.1 De procedure in kort geding	40
3.3.2 Waarborgen en het beginsel van effectieve rechtsbescherming	41
3.4 Toetsingskader van de voorzieningenrechter	42
3.4.1 Algemeen	42
3.4.2 Motiveringsverplichting en de aanbestedingsbeginselen	43
3.4.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur	44
3.4.4 Precontractuele redelijkheid en billijkheid	46
3.4.5 Rechtsverwerking	47
3.4.6 Wijze van toetsing (vol of marginaal) door de voorzieningenrechter	48
3.4.7 Marginale toetsing getoetst aan normen van rechtsbescherming	50
3.5 Resumé	51
4 De Commissie van Aanbestedingsexperts	53
4.1 Inleiding en oorsprong CvA	53
4.2 Organisatie.....	54
4.3 Experts.....	54
4.4 Doel.....	55

4.5	Procedure indienen klacht.....	56
4.6	Beslissing om de klacht al dan niet in behandeling te nemen.....	57
4.7	Het onderzoek, advies, snelheid en publicatie.....	58
4.8	Waarde van de adviezen en de onafhankelijkheid van de commissieleden	59
4.9	Resultaat.....	61
4.10	Lijdelijkheid.....	62
4.11	Deskundige versus expert.....	63
4.12	Positie van derden.....	63
4.13	Resumé.....	64
5	Adviezen versus vonnissen	66
5.1	Inleiding.....	66
5.2	Proportionaliteit van aansprakelijkheidclausules en boetebedingen	66
5.3	Het clusterverbod en splitsingsgebod	69
5.4	Motiveringsverplichting van de aanbestedende dienst.....	72
5.5	Proportionaliteit van geschiktheidseisen	74
5.6	A-merk.....	76
5.7	Grensoverschrijdend belang	78
5.8	Rechtsverwerking.....	79
5.9	Herstel eenvoudig gebrek inschrijving.....	79
5.10	EMVI, laagste prijs en maatschappelijke waarde	80
5.11	Resumé en analyse.....	83
6	Conclusies en aanbevelingen	86
6.1	Hoofdvraag en deelvragen.....	86
6.2	Conclusies	86
6.2.1	Algemeen	86
6.2.2	Het Nederlandse systeem van rechtsbescherming.....	87
6.2.3	De Commissie van Aanbestedingsexperts.....	88
6.3	Discussie.....	89
6.4	Aanbevelingen	90
6.4.1	Algemeen	90
6.4.2	Hervorming procedure voorzieningenrechter	91

6.4.3	Vordering tot schadevergoeding.....	93
6.4.4	Vernietigingsgronden	93
6.4.5	De Commissie van Aanbestedingsexperts.....	93
6.4.6	Hof van Justitie.....	95
Bibliografie	96
	Boeken	96
	Artikelen.....	99
	Overige documenten	102
	Jurisprudentie.....	104

1 Inleiding

1.1 Algemeen

Aanbestedingsrecht is het rechtsgebied dat regelt hoe de overheid goederen, diensten en werken inkoop. De regels van het aanbestedingsrecht zijn door de Europese wetgever opgesteld in het kader van het creëren van de interne markt. Ze vormen een direct uitvloeisel van het vrij verkeer van goederen, diensten en kapitaal zoals dat door de Europese verdragen wordt gegarandeerd.¹ De gedachte is dat als overheidsopdrachten op basis van objectieve criteria en via transparante procedures worden gegund, aanbidders meer met elkaar gaan concurreren en de belastingbetaler daardoor meer waar krijgt voor zijn geld. De Europese wetgever heeft voornamelijk tot doel de markt voor overheidsopdrachten transparant en toegankelijk te maken voor ondernemers uit alle lidstaten. Daar achter ligt de overtuiging dat meer concurrentie op de markt voor overheidsopdrachten de interne markt als geheel ten goede komt. Sinds het verdrag van Lissabon is daar een streven naar meer duurzaamheid en innovatie aan toegevoegd.² De Nederlandse wetgever heeft onder andere als doel vastgesteld dat aanbestedende diensten zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de daarmee gemoeide publieke middelen moeten genereren (art. 1.4 lid 2 Aanbestedingswet 2012³, hierna ook: Aanbestedingswet of Aw).⁴ Een ander doel is de toegang tot de markt van overheidsopdrachten voor het mkb te vergemakkelijken.

Procedures die leiden tot gunning van overheidsopdrachten hebben inherent een formeel karakter. Aanbestedende diensten kunnen, waar de aanbestedingsregels en de daarin neergelegde beginselen van toepassing zijn, geen zaken doen op basis van 'goed vertrouwen' of hun 'zakelijke instinct', maar moeten opdrachtnemers selecteren op basis van objectieve gunningscriteria. Nadat de overeenkomst is gegund mag deze niet meer wezenlijk worden gewijzigd, zonder opnieuw aan te besteden. Het moeten opstellen van de omvangrijke documenten waar dit alles van te voren in is vastgelegd, leidt er wel toe dat zowel aanbestedende diensten als inschrijvers behoorlijke bedragen en tijd kwijt zijn aan het organiseren van een aanbesteding.

1.2 Omvang kosten aanbestedingsprocedure

Uit onderzoek in opdracht van de Europese Commissie blijkt dat de kosten die Europese aanbestedende diensten maken gemiddeld €5.500,- per aanbesteding zijn.⁵ Een gemiddelde inschrijving kost een ondernemer €3.800,-. Uitgaande van een gemiddelde van 5,4 inschrijvers per aanbesteding komt men dan uit op een totaal

¹ Van Heeswijck 2013, p. 28

² Essers 2013, p. 26

³ Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012) – Essers 2013, p. 26

⁴ Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012) – SEC(2011) 853 final, p. 126

⁵ SEC(2011) 853 final, p. 126

⁶ SEC(2011) 853 final, p. 126

⁷ Fana & Piga 2013, p. 279-299

⁸ Overweging 2 van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren 2014/18/EU

kostenplaatje van ongeveer €28.000,- per aanbestedingsprocedure. Omdat een aanbesteding meestal één winnaar kent, betekent dit dat iets minder dan €19.000,- van deze kosten (de kosten van de overige 4,4 inschrijvers) worden gedragen door inschrijvers die er uiteindelijk niets voor terug krijgen. Ze kunnen zich slechts troosten met de gedachte dat ze in ieder geval een eerlijke kans hebben gehad om mee te dingen naar de opdracht. ⁶

De waarde van alle aanbestedingsprocedures bij elkaar (5,26 miljard euro) is echter slechts 1,3% van de totale waarde van de overheidsopdrachten die ze vertegenwoordigen. Dat komt niet buitensporig over. Bovendien levert het organiseren van een aanbestedingsprocedure gemiddeld gezien een besparing van 2,5 tot 3,8% voor de aanbestedende dienst. Als het aanbestedingsrecht goed functioneert wordt er dus zelfs geld mee verdiend! De kosten zouden bovendien niet nihil worden in het hypothetische geval dat het aanbestedingsrecht zou worden afgeschaft, aangezien aanbestedende diensten altijd op een bepaalde manier de beste aanbieder proberen te selecteren. Daarbij worden nu eenmaal kosten gemaakt. De kosten van equivalente aankoopprocessen door private ondernemingen waarop het aanbestedingsrecht niet van toepassing is, kosten gemiddeld gezien 0,4 % van de totale opdrachtwaarde. Dergelijke procedures zijn echter nauwelijks transparant. Als aanbestedende diensten teveel vrijheid krijgen, bemoeilijkt dit toezicht en vergemakkelijkt favoritisme, corruptie en ander gebrek aan concurrentie. Dat is uiteindelijk slechter voor de samenleving. ⁷

Voor de onderste helft van alle aanbestedingsprocedures – met een lagere waarde – ligt het percentage van de kosten van de aanbestedingsprocedure afgezet tegen de waarde van de opdracht tussen de 6 en 9%. Hoe lager de waarde van de opdracht hoe hoger dit percentage. Bij opdrachten op de drempel is het percentage zelfs 18 tot wel 29%, zo volgt uit het eerdergenoemde onderzoek. Voor ondernemingen die meedingen naar grote overheidsopdrachten is het aanbestedingsrecht dus inherent voordeliger dan voor de andere veelal kleinere ondernemingen. Voor hen zijn de kosten afgezet tegen de omzet van de onderneming gemiddeld kleiner en de omzet bestaat bovendien hoogstwaarschijnlijk uit meerdere opdrachten. Het verliezen van een opdracht heeft dus een minder grote impact op grotere ondernemingen.

Dit werkt concurrentiebeperkend, omdat kleinere ondernemingen hierdoor minder makkelijk kunnen meedingen. Dit terwijl uit economische studies blijkt dat meedingen naar overheidsopdrachten door het mkb een positief effect heeft op het systeem van aanbesteding en de economie als geheel. ⁸ Een van de doelstellingen van de Nederlandse Aanbestedingswet is dan ook geweest de toegang tot de markt voor overheidsopdrachten voor het mkb te vergroten. Dit is ook één van de belangrijke doelstellingen van de Gids Proportionaliteit. Ook in de nieuwste aanbestedingsrichtlijnen heeft de Europese wetgever zichzelf ten doel gesteld de

⁶ SEC(2011) 853 final, p. 126

⁷ SEC(2011) 853 final, p. 128

⁸ Fana & Piga 2013, p. 279-299

deelneming van het midden- en klein bedrijf te bevorderen.⁹ Ook is het bij de evaluatie van de Aanbestedingswet die op dit moment aan de gang is een belangrijk onderwerp.¹⁰

Indien er echter meer regels van toepassing zijn wordt het proces als geheel natuurlijk weer ingewikkelder, wat de kosten van een aanbestedingsprocedure niet ten goede komt. Ook hiervoor moet worden gewaakt. Kleinere ondernemingen hebben dus om meerdere redenen extra aandacht nodig in het aanbestedingsproces.

1.3 Belang van handhaving

Uit relatief recent onderzoek blijkt dat de aanbestedingsregels steeds beter worden nageleefd, maar de situatie is nog niet ideaal. Er is daarbij een relatie te zien tussen het type aanbestedende dienst en de naleving van de aanbestedingsregels. Hoe kleiner de organisatie hoe minder goed de regels worden nageleefd.¹¹ Vanuit de overheid zijn er diverse initiatieven geweest om de naleving te bevorderen. Zo is vanuit het ministerie van Economische Zaken het PIANOo Expertisecentrum Aanbesteden opgericht.¹² Deze organisatie heeft als doel de kennis bij aanbestedende diensten van het aanbestedingsrecht te bevorderen en zo te zorgen dat het beter wordt nageleefd. Ook is sinds 2004 naleving van de aanbestedingsregels een onderdeel van de accountantsverklaring geworden voor decentrale overheden.¹³ Zulke maatregelen zijn uiteraard heel nuttig, maar voor naleving is meer nodig dan aanmoediging. Het is ook belangrijk dat er een effectief handhavingsmechanisme is. In het Engels wordt dit ook wel aangeduid als de *carrot and stick approach*. Voor naleving is beloning en handhaving vereist. Voor de aanbestedende dienst wordt de beloning gevormd door de kostenbesparing en innovatie die het gevolg is van toegenomen concurrentie. Voor de inschrijvers zit de beloning in het feit dat innovatief denken meer wordt beloond. Deze voordelen vallen echter weg indien de aanbestedingsregels niet goed worden nageleefd.

1.4 Belang van effectieve rechtsbescherming

Nederland kent een systeem van private handhaving. Handhaving geschiedt in beginsel door de ondernemers die onderdeel van het aanbestedingsproces zijn. Zij spannen procedures aan tegen aanbestedende diensten waarvan zij het idee hebben dat die zich niet aan de regels houden in een procedure waar ze belang bij hebben. Zonder een systeem van effectieve rechtsbescherming werkt een systeem van private handhaving niet. Private ondernemers moeten tijd en geld investeren en doen dit alleen als ze het idee hebben dat dit hen iets oplevert. Benadeelde inschrijvers moeten dus toegang hebben tot een effectief systeem van rechtsbescherming dat hen in staat stelt voor hun rechten op te komen, het handelen van een aanbestedende dienst te

⁹ Overweging 2 van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren 2014/18/EU

¹⁰ Kamerbrief 20 januari 2015

¹¹ Essers 2013, p. 591

¹² Essers 2013, p. 604

¹³ *Kamerstukken II*, 2009/2010, 32440, 3, p. 10 e.v.

laten toetsen en indien het handelen onrechtmatig is, dit te laten corrigeren. Voor kleinere ondernemingen geldt dit in het bijzonder, vanwege de hiervoor genoemde redenen. Voor hen kan bijvoorbeeld de kosten om een procedure aan te spannen al een te hoge drempel zijn om handhaving af te dwingen.

Wat betreft de effectiviteit van rechtsbescherming blijkt echter uit onderzoeken van de Europese Commissie dat er grote verschillen bestaan tussen lidstaten op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht en dat er twijfel bestaat over de effectiviteit daarvan.¹⁴ Om de belangen van ondernemingen te beschermen is het belangrijk dat een procedure laagdrempelig is en niet te duur. Bovendien moet zij daadwerkelijke bescherming bieden en liefst nog de uitkomst van een lopende aanbestedingsprocedure kunnen bepalen. Deze drie vereisten staan echter naar hun aard op gespannen voet met elkaar. Een grondige en snelle procedure is per definitie niet goedkoop en een goedkope, snelle procedure zal over het algemeen niet grondig kunnen zijn.

1.5 Dit onderzoek

De vraag hoe het Nederlandse systeem van rechtsbescherming zich verhoudt tot de normen die er op dit gebied gelden is dus zeer relevant. In Nederland worden verreweg de meeste conflicten in het aanbestedingsrecht bij de voorzieningenrechter uitgevochten. In 2014 werden meer dan 200 uitspraken van de voorzieningenrechter gepubliceerd op de website www.rechtspraak.nl. Via een kort geding kan een lopende aanbestedingsprocedure nog worden beïnvloedt, maar een dergelijke procedure is niet goedkoop. Bovendien leeft onder ondernemers en de advocaten die hen bijstaan de overtuiging dat de voorzieningenrechter in een aanbestedingsgeschil vaak niet grondig genoeg toetst. In de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 door de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht is hierover het volgende opgenomen:

*"Rechtsbescherming wordt in Nederland met name geboden in kort geding. Voorzieningenrechters treffen uitsluitend voorlopige ordemaatregelen. Daarvoor is vereist dat met een zekere mate van evidentie kan worden vastgesteld dat in een mogelijke bodprocedure de klagende partij in het gelijk wordt gesteld. Dat maakt voorzieningenrechters in hun beoordeling soms terughoudend, welke terughoudendheid verder kan worden gevoed door de omstandigheid dat zij dikwijls niet deskundig zijn op de terreinen waarop zij worden gediëerd. De vraag rijst of een dergelijke terughoudendheid past bij de door de Rechtsbeschermingrichtlijn verlangde rechtsbescherming waarbij een gegadigde op adequate en doeltreffende wijze beroep moet kunnen instellen tegen de handelwijze van een aanbestedende dienst."*¹⁵

¹⁴ Bijvoorbeeld: COM(2006) 195 en COM(88)375 def

¹⁵ NVvA Evaluatie Aanbestedingswet 2012, 1, p. 6

Dit laatste vormt de belangrijkste focus van dit onderzoek. Bovendien hebben we sinds iets meer dan een jaar in Nederland de Commissie van aanbestedingsexperts, bij wet ingesteld. Ze probeert laagdrempelige toegang te bieden tot objectieve beoordeling van een aanbestedingsprocedure. In het bijzonder kleinere ondernemingen zijn hierbij gebaat. Er zijn al meer dan tweehonderd klachten behandeld, waarvan er nu zo'n 51 zijn gepubliceerd.¹⁶ De gepubliceerde adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts bieden een unieke mogelijkheid om op een praktische manier te kijken hoe een ander orgaan dan de voorzieningenrechter oordeelt over aanbestedingsgeschillen. Door eerst in kaart te brengen welke normen er op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bestaan kan een beeld worden geschetst waar het Nederlandse systeem aan moet voldoen. Vervolgens kan de rol die de voorzieningenrechter in dit systeem vervult hieraan worden getoetst.

Daarna zal een vergelijking worden gemaakt tussen de beoordelingsmethodiek van de Commissie van Aanbestedingsexperts en de voorzieningenrechter in op elkaar lijkende gevallen om te kijken of er een aantoonbaar verschil is in die manier hoe beide een zaak beoordelen. Tot slot kunnen – indien nodig – aanbevelingen worden gedaan ten aanzien van het systeem van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht en de rollen van de Commissie van Aanbestedingsexperts en de voorzieningenrechter daarin. Een dergelijk onderzoek draagt bij aan de kennis over de relatief nieuwe Commissie van Aanbestedingsexperts binnen het Nederlandse systeem van rechtsbescherming, over de staat van het stelsel van rechtsbescherming als geheel en dus over de handhaving van het aanbestedingsrecht.

1.6 De term rechtsbescherming

Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht is gekoppeld aan handhaving, zoals hiervoor uiteengezet. Het is belangrijk deze term van een kader te voorzien. In dit onderzoek wordt onder rechtsbescherming verstaan de regels die een benadeelde inschrijver in staat stellen voor zijn rechten op te komen. Met benadeelde inschrijver wordt ook de benadeelde potentiële inschrijver bedoeld die geen kans op inschrijven heeft gehad, alsmede gegadigden. Tenzij anders vermeldt wordt in dit onderzoek aangesloten bij de definities van de Aanbestedingswet.¹⁷ Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bestaat mijns inziens uit de volgende elementen: (1) de rechtsvorderingen/rechtsmiddelen¹⁸ of klachtprocedures die een benadeelde inschrijver kan inzetten om voor zijn rechten op te komen, (2) de waarborgen en beginselen die gelden in een dergelijke procedure en (3) de grondigheid waarmee de instantie toetst of benadeelde inschrijver het gelijk aan zijn zijde heeft. Het materiele

¹⁶ In dit onderzoek zijn alle adviezen tot en met 1 april verwerkt. Met adviezen van latere datum is geen rekening gehouden.

¹⁷ Zie Hoofdstuk 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 voor de begripsbepalingen

¹⁸ In dit onderzoek wordt met de termen rechtsvordering en rechtsmiddel bedoeld de vordering die een benadeelde inschrijver kan instellen tegen een aanbestedende dienst. In het Unierecht spreekt men in dat kader van een rechtsmiddel, in het Nederlands recht bezigt men de term rechtsvordering. Een rechtsmiddel is naar Nederlands recht voornamelijk de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan tegen een vonnis. Afhankelijk van de context zal de juiste term worden gebruikt.

rechtsbeschermingsrecht bestaat uit open normen in de wet neergelegd, die in de rechtsspraak verder zijn ontwikkeld en op basis waarvan de rechter het handelen van de aanbestedende dienst beoordeelt. Ze vormen dus een invulling van het derde genoemde formele element van rechtsbescherming, omdat ze de toetsingsmethode van de rechter concretiseren.

Het concept rechtsbescherming is geen in het Nederlands recht gecodificeerd algemeen rechtsbeginsel. De Nederlandse Grondwet bevat geen algemeen recht op effectieve rechtsbescherming of toegang tot de rechter.¹⁹ Wie goed zoekt kan er wel elementen van terugvinden, maar het is telkens aan de wetgever om deze uit te werken (nog afgezien van het toetsingsverbod dat in art. 120 van de Grondwet is opgenomen).²⁰ In het bestuursrecht is het begrip wel nader uitgewerkt, maar het Nederlandse aanbestedingsrecht is in beginsel privaatrecht. Die normen kunnen dus niet zomaar worden toegepast. Het vormt dus geen concreet beginsel waaraan kan worden getoetst, maar moet per onderdeel worden gedefinieerd en toegepast. De normen hebben primair een Unierechtelijke oorsprong, dit wordt in het volgende hoofdstuk uiteengezet.

1.7 De rol van de voorzieningenrechter in het aanbestedingsrecht

Dit onderzoek spitst zich in het bijzonder toe op de rol van de voorzieningenrechter in aanbestedingsgeschillen en of de wijze van beoordelen in aanbestedingsgeschillen voldoet aan de normen die daarop van toepassing zijn. Het is echter niet mogelijk om die 'rol' en/of de 'toetsingsintensiteit' in abstractie te beoordelen. Die rol moet eerst binnen het bredere systeem van handhaving, zoals wij dat in Nederland kennen, worden geplaatst. Ook zijn de criteria aan de hand waaraan de toetsingsintensiteit moet worden beoordeeld afhankelijk van de overige mogelijkheden die een benadeelde inschrijver heeft om zijn recht te halen. De focus zal hier echter op de rol van de voorzieningenrechter liggen. In het laatste deel van het onderzoek zal die rol worden vergeleken met die van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

1.8 Afbakening van het begrip aanbesteding

Andere schrijvers kiezen ervoor een brede definitie van het begrip aanbesteding te hanteren. In bepaalde gevallen kunnen daar ook inkoopprocedures van commerciële partijen onder vallen.²¹ Dit onderzoek ziet slechts op de waardering van rechtsbescherming bij aanbestedingen die vallen onder de Aanbestedingswet 2012. Dit zijn dus zowel nationale als Europese aanbestedingsprocedures. Aanbestedingsprocedures die vallen onder de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied vallen buiten dit onderzoek, alsmede concessies op het gebied van openbaar vervoer.²² Procedures over de laatstgenoemde categorie dienen namelijk niet bij de burgerlijke rechter, maar bij de bestuursrechter op basis van de Wet

¹⁹ Barkhuysen, Emmerik en Gerards 2009

²⁰ In het bijzonder: art. 18, 112, 117 en 121

²¹ Bijvoorbeeld: Van Heeswijck 2013, p. 4-5

²² Essers 2013, p. 586 e.v. over defensieopdrachten en p. 555 e.v. over concessies personenvervoer

personenvervoer 2000.²³ De normen die volgen uit de Government Procurement Agreement (GPA) worden ook buiten beschouwing gelaten. Deze normen hebben geen directe werking en vormen *de facto* een afgezwakte versie van het Europese aanbestedingsregime en een afzonderlijke toets hieraan voegt dus niets toe aan dit onderzoek.²⁴ Ondernemers uit verdragsstaten die geen lidstaat zijn van de Europese Unie hebben in Nederland recht op toepassing van de normen uit het Europese aanbestedingsrecht, inclusief de implementatie hiervan in de Nederlandse rechtsorde.²⁵ Toepassing van de GPA is overigens wel relevant voor de andere landen binnen het koninkrijk der Nederlanden, waar de Europese aanbestedingsregels geen toepassing vinden. Dit onderzoek biedt echter niet de ruimte om ook die wetgeving bij het onderzoek te betrekken.

1.9 Hoofdvraag en deelvragen

Samenvattend heeft dit onderzoek dus de volgende hoofdvraag:

Hoe verhoudt de beoordelingsmethode van de voorzieningenrechter in kort geding zich tot die van de Commissie van Aanbestedingsexperts en tot de overige normen op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht?

Deze hoofdvraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

- *Welke supranationale normen gelden er op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht?*
- *Welke nationale normen gelden er op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht?*
- *Hoe verhoudt de rol van de voorzieningenrechter in aanbestedingszaken zich tot supranationale normen op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht?*
- *Hoe verhoudt de beoordelingsmethodiek van de Commissie van Aanbestedingsexperts zich met die van de voorzieningenrechter in aanbestedingsgeschillen en welke conclusies kan men daaraan verbinden?*

2 Het supranationale kader van rechtsbescherming

2.1 Algemeen

De volgende bronnen van supranationaal recht bevatten bepalingen of beginselen die relevant zijn voor rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht: het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna ook: EVRM), het Handvest van de grondrechten

²³ Essers 2013, p. 602

²⁴ Pries & Friton 2012, p. 530, Zhang 2012, p. 490

²⁵ Dit volgt bijvoorbeeld uit considerans 7 bij aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG, de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen bevatten overeenkomstige bepalingen.

van de Europese Unie (hierna ook: het Handvest), het Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna ook: VEU), het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (hierna ook: VWEU), overige beginselen van EU-recht en de rechtsbeschermingsrichtlijnen (89/665/EEG en 92/13/EEG, zoals gewijzigd door richtlijn 2007/66/EG). Hoewel het de bedoeling is om een zo volledig mogelijk overzicht te geven van de hiervoor genoemde onderwerpen, zal dit hoofdstuk bepaalde onderdelen meer of minder belichten al naar gelang ze relevant zijn voor het Nederlandse aanbestedingsrecht. Het doel is om een concreet overzicht te geven.

2.2 Het Europees verdrag voor de rechten van de mens

2.2.1 Juridisch kader

Het EVRM is een verdrag dat zo invloedrijk is dat het geen verdere introductie behoeft. In het bijzonder zijn de artikelen 6 en 13 van belang voor het formele kader van de rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht.

Art. 6 bevat het recht op een eerlijk proces in strafrechtelijke en civiele zaken. In bijzondere gevallen worden onder beide poten ook bestuursrechtelijke zaken geschaard.²⁶ Wat betreft aanbestedingsrecht is slechts de civiele 'poot' relevant. Art. 13 bevat het recht op een effectief rechtsmiddel indien een rechtzoekende van mening is dat zijn rechten uit het verdrag zijn geschonden. Art. 6 geeft onder andere rechtzoekenden die zijn verwickeld in een conflict over de vaststelling van burgerlijke rechten en plichten een recht op toegang tot een rechter en een recht op een eerlijk proces.²⁷ Art. 6 bestaat uit de volgende elementen: (1) het recht op toegang tot een rechter, die (2) onafhankelijk, onpartijdig en bij wet is ingesteld en (3) oordeelt nadat partijen de kans hebben gehad op adequate wijze hun zaak te bepleiten en op de bewijsmiddelen te reageren. Het recht op toegang tot een rechter moet praktisch en effectief zijn. Het is onder omstandigheden mogelijk dat het een recht op rechtsbijstand omvat indien dit voor de effectiviteit van het recht essentieel is. Art. 13 geeft het recht op een effectief rechtsmiddel. Indien er sprake is van een schending van de in het EVRM neergelegde fundamentele rechten moeten particulieren een rechtsmiddel ter beschikking hebben, in het bijzonder houdt dit in dat zij recht hebben op toegang tot de rechter via een procedure die aan de vereisten van art. 6 voldoet.²⁸ Daar wordt aan toegevoegd dat de uitkomst ook daadwerkelijk moet worden geëffectueerd binnen een redelijke termijn.

Hoewel echter art. 6 en 13 EVRM beide een sterk materieel karakter hebben – beide moeten ze immers praktisch en effectief worden geïnterpreteerd – betekent dit niet dat de bescherming van het EVRM zover gaat dat men recht heeft op een eerlijke uitkomst

²⁶ EHRM 23 oktober 1985, NJ 1986, 102 (Bentham)

²⁷ De regels die betrekking hebben op de strafrechtelijke kant van art. 6 kunnen hier verder buiten beschouwing blijven.

²⁸ Committee of Ministers CoE 2013, p. 29

in elke procedure. Zo toetst het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna ook: EHRM) niet, dit zou immers gelijkstaan aan een hoger beroep.²⁹

De nadruk bij art. 6 EVRM ligt op het proces zelf en niet op de uitkomst ervan. Er moet sprake zijn van een procedure die daadwerkelijk genoeg waarborgen biedt. De eisen die het EHRM aan zichzelf stelt en welke normen het aan de nationale rechters oplegt, zijn overigens niet hetzelfde. Wat betreft de wijze van toetsing van de rechter overweegt het EHRM dat een 'loutere' wettigheidstoets van een nationale rechter onvoldoende is. De rechter moet vol toetsen en alle relevante feiten in overweging nemen. Het EHRM kan deze maatstaf echter niet feitelijk controleren, aangezien het zelf geen feitenrechter is. Het is dus vooral van belang dat in ieder geval ergens in het systeem van rechtsbescherming over de volle omvang van het geschil wordt geoordeeld.

2.2.2 Procedure bij de voorzieningenrechter

Art 6 EVRM kan ook van toepassing zijn op een kort geding. Het EHRM is in 2009 teruggekomen van haar standpunt dat '*interim measures*' – in Nederland spreken we van: 'voorlopige voorzieningen' of 'ordemaatregelen' – niet de uitkomst van een geschil kunnen bepalen. Dit hangt nu af van de aard van de procedure en de vraag of deze *de facto* de uitkomst van het geschil bepaalt. Indien dit het geval is, is art. 6 van toepassing. Het is echter mogelijk dat bepaalde waarborgen niet van toepassing zijn op een kort geding, omdat de aard van de procedure dit vereist. Het is in dan aan de nationale overheid om te bewijzen dat het legitiem is dat een dergelijke procedure de vereiste waarborgen ontbeert.³⁰

2.2.3 Relevantie voor dit onderzoek

Artikel 6 EVRM is van toepassing op gerechtelijke procedures indien er 'burgerlijk rechten en verplichtingen' in het geding zijn. Wat betreft aanbestedingszaken heeft het EHRM zich tweemaal uitgesproken over de toepasselijkheid van art. 6 EVRM op aanbestedingszaken. In de zaak *I.T.C. Ltd vs. Malta* overwoog het EHRM dat het aanbestedingsrecht geen burgerlijke rechten en verplichtingen inhield, omdat er geen recht op gunning bestaat:

"The fact that, as claimed by the applicant company, a tenderer had the right to object to an award and to have the objections considered at a public hearing, did not amount to a civil right, but merely to a right of a public nature. Indeed a right to object to an award does not suffice to make Article 6 applicable to proceedings determining the award of a tender, in view of the Adjudication Board's discretion to decide who should be granted the tender (see, mutatis mutandis, Skyradio and others v. Switzerland, (dec.) no. 46841/99, 31 August

²⁹ Het staat ook wel bekend als een *fourth instance* klacht.

³⁰ EHRM 14 juni 2011, 21974/07 (Mercieca e.a./Malta); EHRM 15 oktober 2009, 17056/06 (Micallef/Malta); Parret 2012, p. 165; Council of Europe/ECHR 2014, p. 58; en Council of Europe/ECHR 2013, p. 10

2004)." ³¹

Het was niet relevant dat het in deze procedure ging om een gesteld recht op gunning en dat hieruit een recht op schadevergoeding kon ontstaan. Hierover overwoog het EHRM:

"Moreover, the Court points out that, as confirmed by the remedies it chose to pursue, the applicant company's action was directed at demanding specific performance and not to obtaining compensation. The fact that the contested decision could have possibly given rise to damages resulting from pre-contractual liability does not alter the above finding."

In beginsel zijn art. 6 en 13 dus niet van toepassing op aanbestedingszaken, zolang geen schadevergoeding wordt geëist. Dit betekent echter niet dat ze niet relevant zijn voor andere aanbestedingsprocedures. De relatie tussen het EVRM en het Europees recht is sinds het verdrag van Lissabon gecodificeerd in art. 6 lid 3 VEU. Daarin is bevestigd wat al eerder door het HvJ is aanvaard: de in het EVRM neergelegde mensenrechten zijn als algemene beginselen deel van het Unierecht. ³² Bovendien is in art. 6 VEU vastgelegd dat het Handvest dezelfde juridische waarde heeft als de Verdragen (lid 1). Het handvest bevat met het EVRM overeenkomstige normen, maar deze zijn – in tegenstelling tot het EVRM – wel integraal van toepassing op Europees recht en dus ook het aanbestedingsrecht. Op die wijze vinden de normen die door het EHRM zijn ontwikkeld toch toepassing op de aanbestedingspraktijk. Het is echter het HvJ en niet het EHRM dat hierover vervolgens het laatste woord heeft.

2.3 Het Unierechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming

2.3.1 De verdragsbeginselen in onderling verband

Het effectiviteitsbeginsel is ontstaan als de materiele poot van het formele beginsel van voorrang en directe werking van het Unierecht, dat door het HvJ in de jaren zestig werd erkend in het COSTA/Enel-arrest en het Van Gend & Loos-arrest. ³³ Immers: voorrang en directe werking zijn krachteloze termen indien ze niet het noodzakelijke resultaat bereiken in de nationale rechtsorde. Het effectiviteitsbeginsel is de Unierechtelijke equivalent van art. 13 EVRM. ³⁴ Indien het effectiviteitsbeginsel is geschonden kunnen benadeelden zich onder andere beroepen op het aansprakelijkheidsbeginsel, op basis waarvan lidstaten aansprakelijk zijn voor schendingen van het Unierecht. ³⁵ Dit beginsel is nauw verbonden aan het beginsel van Unietrouw, de maatstaf waaraan het handelen van een lidstaat kan worden

³¹ EHRM 11 december 2007, 2629/06 (I.T.C. Ltd vs. Malta) anders EHRM 10 juli 1998, 62/1997/846/1052-1053 (Tinnely & Sons Ltd e.a. en McElduff e.a. vs. het Verenigd Koninkrijk)

³² Waele & Kieft 2010, p. 170; Nicolau 2013, p. 2; Van Heeswijck 2013, p. 9; HvJ EG 10 april 2003, C-276/01 (Stefensen), r.o. 78; HvJ EG 12 november 1969, C-29/69 (Stauder)

³³ HvJ EG 5 februari 1963 C-26/62 (Van Gend & Loos) en HvJ EG 15 juli 1964 C-6/64 (Costa/ENEL)

³⁴ Prechal & Widdershoven 2011, p. 50

³⁵ HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), p. 33

getoetst (art. 4 lid 3 VEU). Om effectiviteit te kunnen afdwingen hebben partijen recht op effectieve rechtsbescherming³⁶ (*effective judicial protection*).³⁷ Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is de Unierechtelijke equivalent van art. 6 EVRM.³⁸ Beide beginselen staan op gespannen voet met het beginsel van procedurele autonomie. Dit beginsel is een uitwerking van het subsidiariteitsbeginsel zoals dat is neergelegd in art. 5 lid 2 VEU.³⁹ Het wordt ook wel positief gedefinieerd als het beginsel van decentrale handhaving.⁴⁰ Het effectiviteitsbeginsel wordt voornamelijk getoetst vanuit de criteria die zijn ontwikkeld in het arrest *Rewe*.⁴¹ Het beginsel van effectiviteit dient zo te worden uitgelegd dat in het nationale procesrecht rechtsvorderingen op basis van Unierecht niet ongunstiger worden behandeld dan gelijksoortige nationale rechtsvorderingen.⁴² In plaats van effectiviteit wordt in dit kader ook wel gesproken over het gelijkwaardigheidsbeginsel (*equivalence*).⁴³ Wat die nationale rechtsvorderingen zijn moet per geval worden bepaald. Dit houdt overigens niet in dat het meest gunstige systeem moet worden toegepast.⁴⁴ Ten tweede houdt het effectiviteitsbeginsel in dat het niet uiterst moeilijk of onmogelijk mag zijn om een recht gebaseerd op Unierecht te effectueren. De toepassing van deze laatste norm door het HvJ is zeer casuïstisch, maar voor dit onderzoek zeer relevant.⁴⁵ De hiervoor genoemde beginselen laten zich niet gemakkelijk definiëren, dit garandeert een brede toepasselijkheid.⁴⁶ Dit maakt deze norm echter in veel gevallen moeilijk toe te passen.

47

Ook mag duidelijk zijn dat het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming de nationale rechtsorde en de procedurele autonomie onder spanning zetten om het Unierecht op de juiste manier te incorporeren, althans van passende werking te voorzien. Dit vindt onder andere zijn uitwerking in art. 288 VWEU, art. 19 lid 1 VEU en art. 47 van het Handvest. In art. 288 VWEU is neergelegd dat richtlijnen verbindend zijn ten opzichte van het te bereiken resultaat. Richtlijnen moeten dus zo worden geïmplementeerd in de nationale rechtsorde dat het doel van de richtlijn wordt bereikt. Hoe meer vrijheid er aan een lidstaat wordt gelaten hoe moeilijker dit uiteraard te controleren is. Om effectieve implementatie af te kunnen dwingen is onder meer in art. 19 lid 1 VEU opgenomen dat nationale wetgevers de rechtsmiddelen moeten creëren om daadwerkelijke rechtsbescherming voor particulieren te verzekeren. Dit beginsel is vervolgens verder uitgewerkt in art. 47 van

³⁶ Dit vormt dus een onderdeel van wat ik zelf onder rechtsbescherming versta, zie de definitie uit de inleiding.

³⁷ Arnulf 2012, p. 51 en Van Heeswijck 2013, p. 18

³⁸ Prechal & Widdershoven 2011, p. 50

³⁹ Arnulf 2012, p. 70

⁴⁰ Parret 2012, p. 158

⁴¹ HvJ 16 december 1976, C-33/76 (*Rewe*)

⁴² Van Heeswijck 2013, p. 14; HvJ EU 8 juli 2010 C-246/09 (*Bulicke*), p. 25; HvJ EG 16 mei 2000, C-78/98 (*Preston*), p. 31; en HvJ EG 1 december 1998, C-326/96 (*Levez*), p. 18. Prechal & Widdershoven 2011 verwijzen naar: HvJ EG 16 december 1976, C-33/76 (*Rewe*).

⁴³ Van Heeswijck 2013, p. 14

⁴⁴ HvJ EU 8 juli 2010 C-246/09 (*Bulicke*), p. 27; en HvJ EG 29 oktober 2009, C-63/08 (*Pontin*), p. 45

⁴⁵ Arnulf 2012, p. 70

⁴⁶ Pachnou 2000, p. 59

⁴⁷ Van Heeswijck 2013, p. 15

het Handvest, waarin het recht op een doeltreffende voorziening voor een onpartijdig gerecht is neergelegd. De verschillen tussen het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals tot uiting komen in de hiervoor geschetste normen zijn nog niet helemaal uitgekristalliseerd.⁴⁸ Het hier volgende overzicht is een interpretatie van de bestaande literatuur en jurisprudentie.

2.3.2 De omvang van het Unierechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming

Het recht op effectieve rechtsbescherming valt mijns inziens uiteen in meerdere onderdelen. Er kan een onderverdeling worden gemaakt tussen de vereisten die betrekking hebben op (1) de toegang tot een procedure, (2) de waarborgen die de rechter in acht moet nemen en (3) de wijze waarop de rechter over het geschil moet oordelen.

Wat betreft het recht op toegang tot de rechter hebben rechtzoekenden recht op een voorziening in rechte. De toegang moet ruim worden uitgelegd.⁴⁹ Uit het arrest *Unibet* blijkt dat het daarbij zelfs niet uitgesloten is dat een rechter in bijzondere gevallen een procedure moet creëren en zichzelf ontvankelijk verklaren om dit mogelijk te maken.⁵⁰ Dit is mijns inziens recent nog bevestigd in het arrest *Liivimaa Lihaveis MTÜ*.⁵¹ Bovendien kan het in strijd met het beginsel zijn indien nationaal procesrecht het procedureel ingewikkeld maakt voor rechtzoekenden om hun recht te halen doordat ze verschillende procedures naast elkaar aanhangig moeten maken.⁵² Ten tweede dient de procedure binnen een redelijke termijn aanhangig te kunnen worden gemaakt.⁵³ Dit moet van geval tot geval worden beoordeeld. Ten derde kunnen ook de kosten van een procedure het beginsel van effectieve rechtsbescherming in de kern aantasten. Dit kan onder omstandigheden betekenen dat een partij recht heeft op rechtsbijstand.⁵⁴

Wat betreft de waarborgen van de procedure houdt het beginsel van effectieve rechtsbescherming in dat de nationale rechter de bevoegdheid moet hebben voorlopige maatregelen te nemen bij vermoedelijke strijdigheid met het Unierecht, in afwachting van wat het HvJ daarover beslist. Uiteindelijk is het echter alleen het HvJ dat de bevoegdheid heeft te bepalen of nationale wetgeving in strijd is met Unierecht of niet, zoals volgt uit art. 19 lid 1 VEU.⁵⁵ De overheidshandeling die wordt bestreden moet goed zijn gemotiveerd, dit is een eis aan bestuurshandelingen op nationaal niveau. De gedachte hierbij is dat van effectieve rechtsbescherming geen sprake kan

⁴⁸ Prechal & Widdershoven 2011, p. 50

⁴⁹ HvJ EU 8 maart 2011, C-240/09 (*Lesoochranarska zoskupenie VLK*)

⁵⁰ HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (*Unibet*), zie hierover: Parnull 2012, p. 70

⁵¹ HvJ EU 17 september 2014, C-562/12 (*Liivimaa Lihaveis*)

⁵² HvJ EG 15 april 2008, C-286/06 (*Impac*)

⁵³ HvJ EU 15 april 2010, C-542/08 (*F.G. Barth*) en 28 juli 2011, C-69/10 (*Diouf*), zie hierover Parret 2012, p. 163

⁵⁴ HvJ 22 december 2010, C-279/09 en *Gerecht voor ambtenarenzaken* 27 september 2011, F-55/08 (*De Nicola/EIB*), zie hierover Parret 2012, p. 163

⁵⁵ Parret 2012, p. 158; Van Heeswijck 2013, p. 11; en HvJ EG 19 juni 1990, C-213/89 (*Factortame*) en HvJ EG 21 februari 1991, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89 (*Zuckerfabriken*)

zijn indien onduidelijk is op welke gronden een overheidshandeling heeft plaatsgevonden.⁵⁶

Wat betreft de wijze van toetsing zijn de aard en omvang van de toetsing door de rechter belangrijke aspecten waar het beginsel van effectieve rechtsbescherming op rust. Het opstellen van heldere eisen hieromtrent wordt bemoeilijkt door de verschillende meningen die hierover bestaan in nationale rechtssystemen.⁵⁷ Wat in ieder geval duidelijk is, is dat de rechter met volle rechtsmacht van het geschil kennis moet kunnen nemen. Indien de toetsing op overheidshandelen ziet betekent dit echter niet dat deze geen zekere beoordelingsvrijheid heeft. De rechter dient niet op de stoel te gaan zitten van de autoriteit. De term marginale toetsing wordt echter niet gebruikt. In het recente arrest *Croce Amica* gebruikt het HvJ de term rechtmatigheidsstoets.⁵⁸ Het is echter onduidelijk wat deze term exact inhoudt. In ieder geval is duidelijk dat een onderzoek of het handelen van de aanbestedende dienst arbitrair is de toets van het beginsel van effectieve rechtsbescherming niet kan doorstaan. Gekeken moet worden of de concrete toetsing adequaat in feite en in rechte plaatsvindt.⁵⁹ Wat betreft het beginsel van effectieve rechtsbescherming is dit onderdeel veruit het minst uitgekristalliseerd. Caranta noemt de afwezigheid van normen wat betreft de toetsingsintensiteit dan ook een 'gaping black hole'.⁶⁰ Dit bemoeilijkt het toetsen van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingsgeschillen aan deze normen.

Ook de normen die het EHRM hanteert scheppen geen grote duidelijkheid over de wijze waarop een rechter moet toetsen. Het HvJ verwijst echter niet expliciet naar het EVRM of de jurisprudentie van het EHRM in dit kader.⁶¹ Er is echter een groot verschil tussen de maatstaven van het HvJ en het EHRM. Het EHRM erkent dat het voorlopige karakter van voorlopige maatregelen in een kort geding in sommige gevallen een fictie is en dat deze maatregelen effectief het geschil beslechten.⁶² Het HvJ erkent dit expliciet niet en stelt in het arrest *Van Spijker*:

" 56 *Artikel 2, lid 4, van die richtlijn, waarin wordt gepreciseerd dat een besluit om geen voorlopige maatregelen toe te staan de andere rechten die worden opgeëist door degene die om deze maatregelen verzoekt, onoverlet laat, voorziet eveneens in de mogelijkheid van een bodemprocedure die verschilt van de procedure voor de toekenning van voorlopige maatregelen.*

⁵⁶ HvJ EU 17 maart 2011, gevoegde zaken C-372/09 en C-373/09 (Josep Penarroja FA) en HvJ EG 30 april 2009, C-75/08 (Mellor)

⁵⁷ Parret 2012, p. 164

⁵⁸ HvJ EU 11 december 2014, C-440/13 (*Croce Amica*)

⁵⁹ Parret 2012, p. 165

⁶⁰ Caranta 2011, p.

⁶¹ HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 (KME) en HvJ EU 2 december 2011, C-386/10 (Chalkor)

⁶² EHRM 15 oktober 2009, 17056/06, (Micallef/Malta)

- 57 *Derhalve moet worden vastgesteld dat richtlijn 89/665 de lidstaten een discretionaire bevoegdheid laat bij de keuze van de procedurele waarborgen waarin zij voorziet en van de desbetreffende formaliteiten.*
- 58 *Opgemerkt moet worden dat de kenmerken van de kortgedingprocedure waarom het in het hoofdeding gaat, inherent zijn aan procedures die gericht zijn op zo spoedig mogelijke vaststelling van voorlopige maatregelen, zodat zij als zodanig stroken met de voorschriften van de artikelen 1, lid 1, en 2, lid 1, sub a, van richtlijn 89/665.*
- (....)
- 61 *Naar zijn aard legt een voorlopige maatregel de rechtsverhoudingen niet definitief vast. Voorts vloeien de gevolgen van het besluitvormingsproces waarvan die maatregel deel uitmaakt, voort uit de interne rechtsorde van de betrokken staat. Derhalve staat richtlijn 89/665 niet in de weg aan de vaststelling van een dergelijke maatregel."*⁶³

Dit verschil is voor zover mij bekend nog niet eerder in de literatuur aan de orde geweest, ondanks dat dit voor aanbestedingsgeschillen zeer relevant is, zoals nog zal blijken. Tot slot is ook de timing relevant. De interventie van de rechter moet nog rechtsherstel kunnen opleveren. Indien dit slechts achteraf kan, is er geen sprake van doeltreffend rechtsherstel. Het gaat echter te ver om hieruit een algemeen recht op voorlopige voorzieningen op te maken. Dit is afhankelijk van het beginsel van procedurele autonomie en het gelijkwaardigheidsbeginsel. Dit laatste element is tot nu toe echter onderbelicht gebleven in de jurisprudentie, maar het is te verwachten dat het in de toekomst een grotere rol zal gaan spelen.⁶⁴

2.3.3 Relevantie voor dit onderzoek

Het beginsel van effectiviteit en het beginsel van effectieve rechtsbescherming vormt een essentieel instrument om te komen tot effectieve handhaving van het Unierecht (en dus het aanbestedingsrecht). Het is onderdeel van het primaire Unierecht en heeft dus voorrang boven het secundaire Unierecht, zoals bijvoorbeeld de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Ook de relevante nationale regels van procesrecht kunnen aan het beginsel worden getoetst. De nationale rechter is verplicht om het nationale procesrecht zo uit te leggen dat wordt voldaan aan de doelstellingen van het aanbestedingsrecht en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In zijn jurisprudentie heeft het HvJ sinds de invoering van de rechtsbeschermingsrichtlijnen nog niet direct getoetst aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming. In het

⁶³ HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (Van Spijker)

⁶⁴ Parret 2012, p. 166

hiervoor genoemde arrest *Van Spijker* heeft het HvJ die kans aan zich voorbij laten gaan, steller van de prejudiciële vragen heeft er ook niet expliciet naar verwezen, mijns inziens een gemis. In andere rechtsgebieden waar ook normen voor rechtsbescherming zijn opgenomen in secundair Unierecht heeft het HvJ dit wel gedaan.⁶⁵ Bovendien is het beginsel toepasselijk op situaties waar de rechtsbeschermingsrichtlijnen niet op zien, maar er wel sprake is van een overheidsopdracht met een 'duidelijk grensoverschrijdend belang'. Bovendien is het beginsel van toepassing indien een staat wegens schending van aanbestedingsrecht aansprakelijk wordt gesteld in haar hoedanigheid als lidstaat.⁶⁶ Helaas toont het hiervoor geschetste overzicht aan dat de normen die de aard en omvang van de toetsing door de rechter uiteenzetten weinig helder zijn. Gezien de bredere discussie op Unieniveau omtrent procedurele autonomie en de gesteldheid van lidstaten daarop is moeilijk te voorspellen hoe de normen zich in de toekomst gaan ontwikkelen.

2.4 De rechtsbeschermingsrichtlijnen

2.4.1 Inleiding

Uit een witboek uit 1985 van de Europese Commissie bleek dat het aanbestedingsrecht in veel gevallen niet op de juiste manier werd nageleefd.⁶⁷ Het ontbrak de aanbestedingsrichtlijnen aan effectiviteit en de lidstaten boden inschrijvers geen effectieve rechtsbescherming.⁶⁸ In het bijzonder werd geconstateerd dat benadeelde inschrijvers niet altijd toegang hadden tot doeltreffende en snelle procedures om voorlopige maatregelen te nemen en aanbestedingsprocedures of de uitvoering van besluiten op te schorten.⁶⁹ Om dit probleem te verhelpen werden twee richtlijnen opgesteld: de rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren (89/665/EG) en de rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren (92/13/EEG). Deze richtlijnen zijn alleen van toepassing op aanbestedingen die vallen onder de aanbestedingsrichtlijn (nu 2004/18/EG en 2004/17/EG, in de nabije toekomst 2014/24/EU, 2014/25/EU en ook 2014/23/EU).⁷⁰ Ze hebben als doel minimumharmonisatie van de rechtsbeschermingsregels te realiseren, en ze vormen dus slechts ten delen een concretisering van het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Op grond van het beginsel van procedurele autonomie blijft het de lidstaat die zorgdraagt dat het aanbestedingsrecht wordt nageleefd en inschrijvers toegang hebben tot effectieve rechtsbescherming (art. 1 van beide richtlijnen).

⁶⁵ Van Heeswijck 2013, p. 57; HvJ EG 26 september 2000, C-1/99 (Kofisa); en HvJ EG 11 januari 2001, C-229/99

⁶⁶ Van Heeswijck 2013, p. 57-58

⁶⁷ COM(85)310 final, p. 81-83

⁶⁸ Van Heeswijck 2013, p. 26

⁶⁹ Considerans richtlijn 89/665/EEG

⁷⁰ Het rechtsbeschermingsregime zal ook van toepassing zijn op de nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor concessies (overweging 81 considerans 2014/23/EU)

Uit onderzoek in 2006 bleek echter dat ondanks deze rechtsbeschermingsrichtlijnen er nog steeds lacunes resteerden.⁷¹ In het bijzonder trof de Europese Commissie de volgende problemen aan: (1) een gebrek aan afdoende rechtsmiddelen tegen onrechtmatig onderhands gegunde opdrachten, (2) de praktijk dat aanbestedende diensten⁷² zo snel mogelijk overgaan tot sluiten van de overeenkomst om te zorgen dat andere inschrijvers nog slechts schadevergoeding kunnen eisen en (3) de hoge barrières voor inschrijvers om daadwerkelijk schadevergoeding te krijgen.⁷³

Bovendien werden er nog een aantal andere problemen gesignaleerd met betrekking tot enkele lidstaten in het bijzonder, met betrekking tot de wijze waarop de rechter over het geschil oordeelt: (1) de eisen voor het opleggen van voorlopige maatregelen waren te hoog, (2) het beginsel van effectieve rechtsbescherming werd ten onrechte buiten beschouwing gelaten in situaties waar het wel van toepassing was en (3) er werden te gemakkelijk voorlopige maatregelen afgewezen na afweging tegen het openbaar belang. Kortgezegd de toenmalige wetgeving was te zwak om effectieve bescherming te bieden aan inschrijvers. De laatstgenoemde drie problemen worden echter niet door de wijzigingsrichtlijn (2007/66/EG) getackeld. In het bijzonder het eerstgenoemde probleem is daarbij voor dit onderzoek van belang. Het stelsel ziet er derhalve nu als volgt uit.

2.4.2 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren

De rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren is alleen van toepassing op aanbestedingen die vallen onder de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren (nu 2004/17/EG, in de toekomst 2014/24/EU).⁷⁴ Niet voor onderdrempelige opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang, hierop is wel het hiervoor beschreven beginsel van effectieve rechtsbescherming van toepassing.⁷⁵ Beroepsprocedures moeten openstaan voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde overheidsopdracht (art. 1 lid 3). Lidstaten hebben grote vrijheid om bevoegde beroepsinstanties aan te wijzen. Dit kunnen op grond van art. 267 VWEU ook instanties zijn die geen gerecht zijn, indien beslissingen schriftelijk worden gemotiveerd en beroep openstaat bij een instantie dat wel een gerecht is (art. 2 lid 9).

De beroepsprocedures moeten de mogelijkheid bevatten om voorlopige maatregelen in kort geding te vorderen "om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad". Hieronder wordt verstaan de mogelijkheid de aanbestedingsprocedure op te (doen) schorten, maar ook het ongedaan maken van besluiten van de aanbestedende dienst die in strijd zijn met de aanbestedingsregels. Ze zijn er op gericht schendingen te voorkomen of ongedaan

⁷¹ COM(2006)195

⁷² Onder aanbestedende diensten worden in dit hoofdstuk ook nutssectorbedrijven bedoeld.

⁷³ De Koninck & Flamay 2009, p 1-8

⁷⁴ Art. 1 lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, in dit onderzoek zal telkens worden verwezen naar de geconsolideerde versie van de herziene Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren en HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (ASL). De deur voor het alternatieve regime op basis van HvJ EG 7 december 1998, C-324/98 (Teleaustria) lijkt daarmee gesloten, zie Treumer 2011, p 44 e.v.

⁷⁵ Van Heeswijck 2013, p. 28; HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (Azienda Sanitaria Locale di Lecce)

te maken, voordat de aanbestedende dienst de overeenkomst heeft gesloten.⁷⁶ Lidstaten hebben nadrukkelijk het recht om vast te leggen dat na het sluiten van de overeenkomst slechts schadevergoeding kan worden geëist (art. 2 lid 1).

In het *Alcatel*-arrest en het *Alcatel II*-arrest heeft het HvJ bepaald dat tussen de voorlopige en de daadwerkelijke gunning een redelijke termijn moet zitten die andere inschrijvers de mogelijkheid geeft een procedure aanhangig te maken.⁷⁷ In de wijzigingsrichtlijn is deze termijn geconcretiseerd: tien tot vijftien dagen, afhankelijk van de wijze van verzending naar de inschrijvers van de voorlopige gunningsbeslissing (art. 2 bis lid 2). Dat snelheid ten koste van procedurele waarborgen gaat is door het HvJ in het arrest *Van Spijker* geaccepteerd.⁷⁸

In ieder geval moet de kennisgeving van het besluit tot voorlopige gunning de relevante redenen bevatten, zodat een inschrijver een inschatting kan maken of het instellen van een rechtsmiddel zinvol is.⁷⁹ Indien een rechtsmiddel is ingesteld moet de aanbestedende dienst bovendien de beslissing van de beroepsinstantie afwachten (art. 2 lid 3).⁸⁰ Zolang niet aan die eis is voldaan gaat de *Alcatel*-termijn niet lopen en indien de aanbestedende dienst gunt voordat de termijn is verlopen, of anderszins gunt in strijd met de aanbestedingsregels moet de overeenkomst onverbindend kunnen worden verklaard (art. 2 quinquies lid 1 sub b). Het is aan de nationale wetgevers om vast te stellen hoe men concreet invulling geeft aan het begrip onverbindendheid.

Hiervoor gelden wel de aanvullende eisen dat de inschrijver die beroep heeft ingesteld moet zijn verhinderd precontractuele rechtsmiddelen in te stellen, er moet sprake zijn van een inbreuk op de aanbestedingsrichtlijnen en de inbreuk moet de kansen hebben beïnvloed van de inschrijver die beroep heeft ingesteld. Zwaarwegende redenen van algemeen belang kunnen zich evenwel verzetten tegen een beroep op onverbindendheid. Onverbindendheid kan *ex nunc* of *ex tunc* worden opgelegd door de beroepsinstantie. Hiermee kan – aldus dat is het idee – effectief worden opgekomen tegen onrechtmatig onderhands gegunde opdrachten die hadden moeten worden aanbesteed.⁸¹

Art. 2 lid 1 sub b stelt dat beroepsinstanties de mogelijkheid moeten hebben om onwettige besluiten nietig te verklaren. Indien de beroepsinstantie echter de burgerlijke rechter betreft is hoogstwaarschijnlijk voldoende indien onder nationaal procesrecht de mogelijkheid bestaat dat de schending 'ongedaan' kan worden gemaakt door de burgerlijke rechter.

⁷⁶ Treumer 2011, p. 29-31 en Bovis 2014, p. 371-374

⁷⁷ Van Heeswijck 2013, p. 31 verwijzend naar: HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*) en HvJ EG 24 juni 2004, C-212/02 (*Alcatel II*)

⁷⁸ HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (*Van Spijker*)

⁷⁹ Van Heeswijck 2013, p. 41

⁸⁰ Bovis 2014, p. 383-387

⁸¹ Treumer 2011, 32

De derde pijler uit het rechtsbeschermingsregime wordt gevormd door de mogelijkheid om schadevergoeding te eisen van de aanbestedende dienst wegens schending van de aanbestedingsregels (art. 2 lid 1 sub c). Deze bepaling vormt een concretisering van het reeds besproken beginsel van de lidstaataansprakelijkheid.⁸² De aansprakelijkheid zal dan worden gebaseerd op basis van de jurisprudentie van het HvJ daarover: het geschonden voorschrift moet ertoe strekken rechten te verschaffen, er moet sprake zijn van een gekwalificeerde schending, schade en een causaal verband tussen het geschonden voorschrift en de schade.⁸³ Aansprakelijkheid mag niet afhankelijk worden gemaakt van het bestaan van schuld. De omvang wordt vastgesteld aan de hand van nationale regels, behoudens het gelijkwaardigheids- en het effectiviteitsbeginsel. Sterke twijfel bestaat of deze criteria ook kunnen worden toegepast op aanbestedende diensten die niet tot de staat kunnen worden gerekend en hoe zich dit verhoudt met eerdere jurisprudentie, waarin juist de procedurele autonomie werd benadrukt.⁸⁴ Meerdere schrijvers en onderzoeken van de Europese Commissie suggereren sterk dat het veelal uiterst moeilijk is om daadwerkelijk geleden schade vergoed te krijgen.⁸⁵ Dit beperkt de benadeelde inschrijvers in hun mogelijkheden om voor hun rechten op te komen. Dit zal wat betreft Nederland in de komende hoofdstukken nader worden onderzocht.

De inwerkingtreding van de nieuwe richtlijn 2014/24/EU zal het hierboven beschreven regime onverlet laten. Wel introduceert de richtlijn de mogelijkheid dat anderen dan diegene voor wie de beroepsprocedures openstaan, klachten kunnen indienen over aanbestedingsprocedures. De toezichthoudende autoriteit in de lidstaat moet vervolgens de mogelijkheid hebben om schendingen vast te stellen en te signaleren (art. 83 lid 2 2014/24/EU).

2.4.3 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren

De rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren is grotendeels hetzelfde als de rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.⁸⁶ Er zijn echter twee verschillen. Ten eerste schept de richtlijn voor de lidstaten de optie om onderscheid te maken tussen de sancties die een aanbestedende dienst ten deel kunnen vallen. In plaats van het hiervoor besproken regime mag een lidstaat er ook voor kiezen om een 'betalingsopdracht', een geldboete die hoog genoeg is om de aanbestedende dienst ervan te weerhouden een schending te plegen of voort te zetten. Het lijkt in veel opzichten op een dwangsom, omdat de aanbestedende dienst er dus voor kan kiezen om de geldsom te betalen in plaats van de schending ongedaan te maken.⁸⁷ Het tweede verschil is dat de rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren inschrijvers de mogelijkheid biedt schadevergoeding te vorderen voor het opstellen van een offerte of

⁸² HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (Van Spijker)

⁸³ HvJ 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur)

⁸⁴ HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (Strabag); Van Heeswijck 2013, p. 34-38; Treumer 2011, p. 38-43; en Bovis 2014, p. 388-391

⁸⁵ Treumer 2011, p. 38-43; anders Bovis 2014, p. 391

⁸⁶ In de toekomst zal richtlijn 2004/17/EG worden vervangen door richtlijn 2014/25/EU

⁸⁷ HvJ EG 19 mei 1999, C-225/97 (Commissie/Frankrijk)

deelname aan een aanbestedingsprocedure, indien de inschrijver aantoont dat er sprake is van schending van de aanbestedingsregels en dat zonder schending een reële kans op gunning bestond.⁸⁸

2.4.4 Aanbestedingsrichtlijn concessieovereenkomsten

Met de inwerkingtreding van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn concessieovereenkomsten (2014/23/EU) zullen ook opdrachten die vallen onder die richtlijn onder de rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren en de rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren komen te vallen, op basis van de voorwaarden van art. 46 en 47 2014/23/EU.⁸⁹

2.5 De drie aanbestedingsbeginselen en het proportionaliteitsbeginsel

De aanbestedingsrechtelijke beginselen zijn een belangrijke maatstaf voor rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht.⁹⁰ De open normen vormen een maatstaf waarlangs de rechter het handelen van de aanbestedende dienst kan toetsen en met dat doel zijn ze ontwikkeld door het HvJ.⁹¹ Uit de aanbestedingsrichtlijnen volgen drie beginselen: het beginsel van gelijke behandeling, het non-discriminatiebeginsel en het transparantiebeginsel.

Het beginsel van gelijke behandeling is door het HvJ geïntroduceerd in het *Storebaelt*-arrest (Commissie/Denemarken).⁹² De zaak had betrekking op een eis in een Deense aanbestedingsprocedure die inhield dat voor de bouw van een brug materialen van Deense oorsprong moesten worden gebruikt. De Europese Commissie stelde dat dit in strijd was met het beginsel van gelijke behandeling. De Deense regering stelde dat dit beginsel buiten de (destijds) geldende richtlijn viel. Het HvJ stelde dat het volgen van dit beginsel één van de hoofddoelen is van de richtlijn.⁹³ In het *Succhi di Frutta*-arrest vervolgt het HvJ door te stellen dat het beginsel van gelijke behandeling beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen.⁹⁴ Uit de overwegingen van het HvJ is duidelijk de terugkoppeling naar de algemene beginselen van het Unierecht terug te zien – die reeds zijn behandeld – en bovendien de economische vrijheden uit het Unierecht.⁹⁵ In de literatuur wordt het beginsel van gelijke behandeling onderscheiden van het non-discriminatiebeginsel, gebaseerd op art. 2 van de aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren, waar staat: "*Aanbestedende diensten behandelen ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze en betrachten transparantie in hun handelen*". Het is echter mijns inziens onmogelijk met zekerheid vast te stellen wat de twee beginselen nu precies onderscheid. Het gelijkheidsbeginsel

⁸⁸ Van Heeswijck 2013, p. 39 en Treumer 2011, p. 43-44

⁸⁹ Blaisse-Verkooyen, François en Verweij 2014, p. 827

⁹⁰ Anders Van Heeswijck 2013

⁹¹ Pijnacker Hordijk, van der Bend & van Nouhuys 2009, 29-32

⁹² HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89 (*Storebaelt*)

⁹³ R.o. 32-35

⁹⁴ HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*)

⁹⁵ Zie verder over het beginsel: Essers 2014 27-29 en Pijnacker Hordijk, van der Bend & Nouhuys 2009, p. 29-30

lijkt breder dan het non-discriminatiebeginsel en actief geformuleerd in plaats van passief.⁹⁶ Uit dezelfde jurisprudentie is ook het transparantiebeginsel geformuleerd. Het transparantiebeginsel vormt een concretisering van het beginsel van gelijke behandeling. Het heeft ook als doel gelijke kansen te creëren voor alle inschrijvers. Het vereist dat alle relevante eisen en criteria voorafgaand aan de inschrijving aan de deelnemers bekend worden gemaakt.⁹⁷ Ook maakt het beginsel het voor de rechter gemakkelijker om het aanbestedingsproces te controleren.⁹⁸

Tot slot is er nog het proportionaliteitsbeginsel. Dit beginsel is niet gecodificeerd in de aanbestedingsrichtlijnen en ook niet door het HvJ als aanbestedingsbeginsel geïdentificeerd. Toch kan het beginsel wel worden afgeleid uit bijvoorbeeld art. 15 2004/18/EG en considerans 2 van die richtlijn. Algemeen wordt aangenomen dat het proportionaliteitsbeginsel van toepassing is op het aanbestedingsrecht.⁹⁹ Met de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU is de verwarring weggenomen, daarin is het proportionaliteitsbeginsel wel gecodificeerd (art. 18). Ook de andere aanbestedingsrichtlijnen bevatten expliciete verwijzingen naar het proportionaliteitsbeginsel. Lidstaten hebben tot 18 april 2016 om de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen te implementeren (art. 90 lid 1 2014/24/EU).

De beginselen zijn niet beperkt tot Europese aanbestedingen en concessieovereenkomsten. Ze kunnen in bijzondere gevallen ook gelden voor vergunningen. Dit valt echter buiten dit onderzoek.

2.6 Relatie tussen de aanbestedingsbeginselen en rechtsbescherming

De aanbestedingsbeginselen vormen mijns inziens een verduidelijking van het doel van het aanbestedingsrecht: zorgen dat overheidsopdrachten op transparante wijze worden gegund en dat ondernemers uit alle lidstaten eerlijke en gelijke toegang hebben tot deze markt. Doordat de rechter de bevoegdheid heeft om te toetsen aan deze beginselen, wordt de rechtsbescherming vergroot. Niet in alle literatuur wordt dit verband gelegd.¹⁰⁰

⁹⁶ Bijvoorbeeld: Pijnacker Hordijk, van der Bend & van Nouhuys 2009, 29-32, Essers 2014, p. 52

⁹⁷ HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (Commissie/België – Waalse Bussen) en HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta)

⁹⁸ HvJ EG 18 november 1999, C-275/98 (Unitron Scandinavia)

⁹⁹ Jansen & Mutluer 2012, p. 32

¹⁰⁰ Van Heeswijck 2013; of Hebly, de Boer en Wilman 2007

2.7 Handhaving door de Europese Commissie

2.7.1 Algemeen

Buiten de hiervoor geschetste mogelijkheden voor ondernemers om naleving van de aanbestedingsregels te vorderen zijn er op supranationaal niveau nog andere handhavingsinstrumenten: (1) voorlopige voorzieningen opgelegd door het HvJ en (2) handhaving door de Europese Commissie.

Wat betreft de voorlopige voorzieningen heeft het HvJ op basis van art. 279 VWEU de bevoegdheid voorlopige voorzieningen te treffen in verband met zaken die aan het zijn voorgelegd. In het aanbestedingsrecht zijn er weinig voorbeelden waarin het HvJ gebruik heeft gemaakt van deze bevoegdheid en deze voorbeelden stammen allemaal uit de vorige eeuw.¹⁰¹ In de jurisprudentie heeft het HvJ vastgesteld dat er sprake moet zijn van een redelijk vermoeden van schending van de aanbestedingsregels, spoed en noodzakelijkheid om verdere schade te voorkomen. Om te voldoen aan het noodzakelijkheidsvereiste moet de schade onomkeerbaar zijn. De voorlopige voorziening zal worden toegewezen tenzij de aanbestedende dienst aantoonde dat het onomkeerbare schade lijdt ten gevolge van de voorlopige voorziening.¹⁰²

Wat betreft de handhaving door de Europese Commissie kan het zich op twee artikelen beroepen: art. 258 en 260 VWEU. Ze kan uit eigen initiatief of op basis van klachten van particulieren een onderzoek starten en haar bevindingen voorleggen aan het HvJ (art. 258 VWEU). Bovendien kan het landen die door het HvJ zijn gewezen op schendingen en geen adequate maatregelen hebben genomen aanspreken op hun verplichtingen uit het Unierecht (art. 260 VWEU). Het HvJ kan vervolgens een dwangsom aan een lidstaat opleggen. Wat betreft aanbestedingsrecht kan er uit een arrest van het HvJ een plicht volgen tot afbreken van een onrechtmatig onderhands gegunde opdracht.¹⁰³ Dit volgt ook onder meer uit het beginsel van Unietrouw (art. 4 lid 3 VEU).

De hier genoemde bevoegdheden zijn verdergaand dan de correctiemechanismen die in de aanbestedingsrichtlijnen zijn opgenomen (art. 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren en art. 8 rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren).

2.7.2 Relevantie voor dit onderzoek

Hoewel de jurisprudentie die is voortgebracht door de Europese Commissie tot spectaculaire resultaten heeft geleid, zijn ze beperkt in aantal. Een voorbeeld is de zaak *Commissie/Duitsland*. Daar vocht de Europese Commissie een door een Duitse decentrale overheid onrechtmatig onderhands gegunde opdracht succesvol aan.¹⁰⁴ De

¹⁰¹ HvJ EG 22 september 1988, C-45/88 (Dundalk), HvJ EG 27 september 1988, C-194/88 (La spezia) en HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (Commissie/België – Waalse Bussen); Treumer 2011, p. 20

¹⁰² Wauters 2014, p. 353 e.v.

¹⁰³ HvJ EU 18 juli 2007, C-503/04 (Commissie/Duitsland)

¹⁰⁴ HvJ EU 18 juli 2007, C-503/04 (Commissie/Duitsland)

Europese Commissie heeft echter niet de mankracht om effectieve handhaving te garanderen. Tussen het 2000 en 2013 is Nederland onderwerp geweest van drie inbreukprocedures bij HvJ, in een beperkt aantal andere gevallen werd een schikking bereikt.¹⁰⁵ Het handelen draagt dus wel bij aan de rechtsbescherming, maar de Europese Commissie moet het hebben van de dreiging die van haar bevoegdheden uitgaat en minder van het daadwerkelijk door haar verrichtte 'politiewerk'.

2.8 Resume

In dit hoofdstuk is gepoogd om een helder overzicht te geven van de relevante normen op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht. Het algemene beginsel van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming hebben hun oorsprong in de jurisprudentie van het EHRM. Deze zijn als ongeschreven rechtsbeginselen via de jurisprudentie van het HvJ geïntroduceerd in het Unierecht. De twee beginselen vormen de norm waaraan het nationale rechtsbeschermingsregime moet voldoen. In de eerste plaats moeten benadeelde inschrijvers toegang hebben tot een procedure. Dit houdt in dat de kosten niet te hoog mogen zijn, het geschil moet binnen een redelijke termijn aanhangig kunnen worden gemaakt en de procedure mag niet zodanig ingewikkeld zijn dat het recht in de kern wordt aangetast. Wat betreft de waarborgen dient overheidshandelen altijd voldoende te zijn gemotiveerd zodat het gecontroleerd kan worden. Ten tweede moet het rechtssysteem de mogelijkheid bieden om op korte termijn voorlopige maatregelen te vorderen die bescherming bieden tegen schending van het Unierecht. Onrechtmatig onderhands gegunde overheidsopdrachten moeten onverbindend kunnen worden verklaard en benadeelde inschrijvers moeten schadevergoeding kunnen vorderen.

De rechter moet in beginsel vol toetsen, maar mag enige beoordelingsvrijheid aan de aanbestedende dienst laten. In dat kader wordt wel gesproken over een rechtmatigheidstoets.¹⁰⁶ Concreet moet er worden gekeken of toetsing adequaat in feite en in rechte plaatsvindt. Deze eis geldt voor het systeem als geheel en niet voor elk van de elkaar opvolgende procedures an sich. Een marginale toetsing in een kort geding kan dus geoorloofd zijn, indien er een mogelijkheid openstaat om vol te toetsen in een bodemprocedure. Wat betreft de normen omtrent een kortgedingprocedure kiest het HvJ in het arrest *Van Spijker* een uitgangspunt dat door het EHRM reeds is verlaten, door te stellen dat dergelijke procedures naar hun aard niet het geschil definitief kunnen beslissen. Mijns inziens zou het HvJ er goed aan doen dit uitgangspunt te heroverwegen. Wat betreft het aanbestedingsrecht is dit onderscheid tussen een bodemprocedure en een kort geding problematisch, omdat de ordemaatregelen in kort geding over een aanbestedingsprocedure in het gros van de gevallen feitelijk het geschil beslechten. Wat betreft het Nederlandse stelsel zal dit in het volgende hoofdstuk verder aan de orde komen.

¹⁰⁵ Essers 2014, p. 596-597

¹⁰⁶ Zie tevens: HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 en recenter: HvJ 1 december 2014 in zaak C-440/13 (Croce Amica)

Verder is in het aanbestedingsrecht het toetsingskader gekleurd door het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. In een beperkt aantal gevallen doet ook de Europese Commissie aan handhaving, dit leidt tot spectaculaire zaken en jurisprudentie, maar de commissie heeft niet de mankracht om effectieve handhaving te garanderen. Het aantal zaken dat ze onderzoekt is daartoe te beperkt.

3 Nederlands systeem van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht

3.1 Algemeen

Na de supranationale normen op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht in kaart te hebben gebracht is de volgende stap ook de nationale normen te beschrijven en vervolgens het rechtsbeschermingsregime te toetsen. De volgende bronnen bevatten normen die van toepassing zijn op het nationale kader van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht: de Aanbestedingswet, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de precontractuele redelijkheid en billijkheid, het proportionaliteitsbeginsel zoals gecodificeerd in de Aanbestedingswet en de Gids proportionaliteit, het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Uit de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele redelijkheid en billijkheid volgen open normen die het toetsingskader van de rechter bepalen. De overige wetten bevatten specifieke regels die een rechtszoekende in staat stellen zijn recht te krijgen of die voor hem daarvoor onontbeerlijk zijn. De Commissie van Aanbestedingsexperts komt pas in het volgende hoofdstuk aan de orde.

3.2 De implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen

3.2.1 Inleiding

Zoals reeds beschreven, verplichten de rechtsbeschermingsrichtlijnen lidstaten om inschrijvers de volgende rechtsvorderingen te bieden: vordering tot schadevergoeding, voorlopige maatregelen om onrechtmatige beslissingen in een aanbestedingsprocedures te corrigeren en een rechtsvordering dat onverbindendheid van onrechtmatig gegunde opdrachten tot gevolg heeft. Voorlopige maatregelen worden in het Nederlands recht aangeduid als voorlopige voorzieningen of ordemaatregelen en als middel om tot onverbindendheid te komen is gekozen voor vernietigbaarheid (*ex tunc* dus). Totdat de rechtsbeschermingsrichtlijnen werden gewijzigd door de wijzigingsrichtlijn (2007/66/EG) vond de wetgever het niet nodig de nationale wetgeving te wijzigen. Op basis van de toets uit het *Rewe*-arrest was de wetgever tot de conclusie gekomen dat het nationale procesrecht voldeed. Met de komst van de wijzigingsrichtlijn ontkwam de wetgever niet meer aan het opstellen van specifieke wetgeving. Deze werd vastgelegd in de Wira (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn aanbesteden), die uiteindelijk integraal is opgenomen in de Aanbestedingswet 2012. Bij het implementeren van de wijzigingsrichtlijn heeft de wetgever zich beperkt tot het strikt noodzakelijke.¹⁰⁷ Naast de rechtsbeschermingsrichtlijnen is het ook nog mogelijk dat verplichtingen ontstaan uit het beginsel van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming. Dit is onder andere in

¹⁰⁷ Kamerstukken II, 2008/09, 32 027, nr 3 (MvT Wira), p. 1 en p. 13

het vorige hoofdstuk aan bod gekomen. Hieronder wordt uiteengezet hoe de rechtsbeschermingsregels in de Nederlandse rechtspraak uitwerken.

3.2.2 Gronden voor vernietiging

De gronden voor vernietiging zijn in art. 4.15 van de Aanbestedingswet opgenomen. Ten eerste kan een overeenkomst worden vernietigd indien de aankondiging van de opdracht in strijd met deel 2 en 3 van de Aanbestedingswet niet in het Publicatieblad van de Europese Unie is gepubliceerd. Deze mogelijkheid staat open in het geval er niet Europees is aanbesteed en indien dit nationaal in plaats van Europees is gebeurd. Ten tweede is een overeenkomst vernietigbaar indien de aanbestedende dienst¹⁰⁸ de opschortingstermijn niet in acht heeft genomen (na de voorlopige gunningsbeslissing in een Europese aanbestedingsprocedure). Ten derde is een overeenkomst vernietigbaar indien in strijd wordt gehandeld met de regels omtrent de minicompentie in het kader van een dynamisch aankoopstelsel. Er moet dan wel sprake zijn van overschrijding van de daarin vermelde drempelwaarde. Verder zijn aan de genoemde gronden geen aanvullende voorwaarden gesteld. De termijn waarbinnen de overeenkomst kan worden vernietigd is zes maanden (art. 4.15 lid 2 sub b).

De termijn kan echter worden verkort, indien een aanbestedende dienst van mening is dat ze niet had hoeven aan te besteden (4.16 Aw). Dit kan het geval zijn indien ze zichzelf geen aanbestedende dienst (meer) acht, bijvoorbeeld doordat de organisatie is geprivatiseerd. Ook kan het zijn dat er gerede twijfel is of de opdracht voldoet aan de definitie van overheidsopdracht uit de Aanbestedingswet. De aanbestedende dienst moet in ieder geval te goeder trouw zijn en daadwerkelijke argumenten hebben dat ze niet aanbestedingsplichtig is.¹⁰⁹ Dit is paradoxaal, omdat uiteindelijk vast zal komen te staan dat dit dus niet het geval is. Ten tweede moet de aanbestedende dienst het voornemen om de overeenkomst te sluiten bekendmaken in het elektronisch stelsel voor aanbesteden in het Publicatieblad van de Europese Unie. Daarin moet de rechtvaardiging voor het niet aanbesteden worden opgenomen. Ten derde moet de aanbestedende dienst 20 dagen wachten voordat wordt overgegaan tot het sluiten van de overeenkomst. Het effect hiervan is dat de overeenkomst niet meer kan worden vernietigd, ook al blijkt later dat de opdracht toch aanbesteed had moeten worden. Een recht op schadevergoeding blijft echter onverlet. Ook voor gunning in strijd met een raamovereenkomst of dynamisch inkoopproces is een dergelijke uitzondering opgenomen (art. 4.16 lid 2). Deze verkorting van de termijn heeft als doel de transparantie van aanbestedende diensten te vergroten en meer rechtszekerheid te creëren voor inschrijvers.

In art. 4.18 heeft de wetgever het mogelijk gemaakt voor de rechter om indien er sprake is van "dwingende redenen van algemeen belang" die "het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft" af te zien van vernietiging. Economische belangen

¹⁰⁸ Met aanbestedende dienst wordt in dit hoofdstuk ook bedoeld speciale sectorbedrijven.

¹⁰⁹ HvJ EU 11 september 2014, C-19/13 (Fastweb); en Van Heeswijck 2013, p. 215

kunnen echter maar in zeer bijzondere situaties als dwingende reden worden aangemerkt. Hiervoor is het vereist dat vernietiging onevenredig grote gevolgen heeft. De economische belangen mogen niet voortkomen uit de kosten wegens vertraging, de kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure, de kosten uit wettelijke plichten die voortvloeien uit de vernietiging of de kosten die moeten worden gemaakt doordat een andere onderneming de opdracht uiteindelijk gaat uitvoeren. Een voorbeeld waarin het niet toegestaan zou kunnen zijn om een overeenkomst te vernietigen is in het geval de overeenkomst de aankoop van schoolboeken betreft en door vernietiging het onderwijs niet meer door kan gaan.¹¹⁰ Vernietiging zou overigens ook partieel kunnen naar Nederlands recht. Dat is relevant indien een overeenkomst aanbestedingsplichtige en niet-aanbestedingsplichtige elementen bevat.¹¹¹

Buiten de in de aanbestedingswet opgenomen gronden voor vernietiging, kunnen aanbestedingsovereenkomsten ook op grond van misbruik van bevoegdheid worden vernietigd. Er is sprake van misbruik van bevoegdheid indien er sprake is van een klaarblijkelijke miskennis van de aanbestedingsbeginselen. Dit kan slechts in uitzonderlijke situaties.¹¹² Of er nog andere gronden zijn om in te grijpen in een gesloten overeenkomst is nog niet uitgekristalliseerd in de jurisprudentie. Formeel is er dan geen sprake van vernietiging, maar in de praktijk is het effect hetzelfde. In het hiernavolgende wordt met vernietiging ook die mogelijkheid bedoeld.

In het bijzonder het Gerechtshof Amsterdam is van mening dat het hierboven genoemde systeem niet limitatief is en dat het in het kader van het beschreven effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming er ook nog op andere gronden kunnen zijn om in te grijpen in een reeds gesloten overeenkomst door middel van een gebod tot opzegging.¹¹³ Met de rechtsbeschermingsrichtlijnen is immers slechts minimumharmonisatie beoogd. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft zich begin 2015 bij deze zienswijze aangesloten.¹¹⁴ Het standpunt van onder andere het Hof Den Haag en enkele schrijvers is echter ook goed te verdedigen dat met implementatie door de wetgever niet is beoogd andere dan de genoemde vernietigingsgronden te creëren.¹¹⁵ Laatstgenoemd standpunt gaat echter mijns inziens uit van een beperkte lezing van de Unierechtelijke verplichtingen. Mijns inziens is het standpunt van het Gerechtshof Amsterdam en het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dan ook juist. Zoals beschreven dient de rechter het nationale procesrecht zo uit te leggen dat effectieve rechtsbescherming wordt geboden. Deze verplichting kan onder omstandigheden zover gaan dat een rechter zelfs een procedure moet

¹¹⁰ Voor een voorbeeld waarbij er alleen economische aspecten speelden: v.zr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3388

¹¹¹ Van Heeswijck 2013, p. 219 en Essers 2013, p. 619 e.v.

¹¹² Van Heeswijck 2012, p. XXX

¹¹³ Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *TBR* 2010, 205, m.nt. Huith & Pinto

¹¹⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122; zoals reeds voorzien door: Van Heeswijck 2013, p. 184

¹¹⁵ Recentelijk: Hof Den Haag 25 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2081; zie voor een goede weergave van de discussie hieromtrent: van Heeswijck 2013, p. 182-186.

creëren en zichzelf ontvankelijk moet verklaren. Ook de mogelijkheid om te gebieden een gesloten overeenkomst op te zeggen moet dus tot de mogelijkheden behoren.

3.2.3 Effectiviteit en effectieve rechtsbescherming van vernietiging

Wat betreft de eisen die volgen uit het rechtsbeschermingsregime zijn er geen aanwijzingen om aan te nemen dat de vordering tot vernietiging hier niet aan voldoet. De termijn van zes maanden om een overeenkomst te vernietigen komt niet onredelijk over en de mogelijkheid deze termijn in te korten door middel van publicatie komt zowel ondernemers als aanbestedende diensten te goede. Beide zijn gebaat bij de transparantie en rechtszekerheid die hieruit voortvloeit. Het enige nadeel van de vordering tot vernietiging is dat dit altijd leidt tot een nieuwe aanbesteding. Terwijl één marktpartij de moeite neemt om een vernietigbare overeenkomst aan te vechten, zijn het alle ondernemers die voor de opdracht in aanmerking komen die daarvan profiteren. Dit is echter logisch gezien het doel van het aanbestedingsrecht en is inherent aan een systeem van private handhaving.¹¹⁶ In ieder geval moge duidelijk zijn dat vernietiging slechts in een beperkt aantal gevallen mogelijk is. Dit beperkt de toepasselijkheid van het rechtsmiddel. In overige gevallen is slechts een beroep op schadevergoeding mogelijk.

3.2.4 Opschortingstermijn

Zoals reeds gesteld dient een aanbestedende dienst een termijn in acht te nemen tussen het moment van voorlopige gunning en het moment van definitieve gunning. Zoals beschreven heeft deze termijn zijn oorsprong in het *Alcatel*-arrest, hij wordt dan ook wel aangeduid als de *Alcatel*termijn of de *standstill*termijn. Het doel hiervan is te voorkomen dat aanbestedende diensten zo snel mogelijk een overeenkomst sluiten en benadeelde inschrijvers hierdoor de uitkomst van de aanbestedingsprocedure niet meer kunnen beïnvloeden via een gerechtelijke procedure. Via amendement is de *Alcatel*termijn in het Nederlandse aanbestedingsrecht opgerekt tot tenminste 20 dagen (art. 2.127 Aw).¹¹⁷ Op de *Alcatel*termijn zijn de Algemene termijnenwet en de Verordening 1182/72/EEG van toepassing. In drie gevallen kan de inachtneming van de *Alcatel*termijn achterwege worden gelaten (lid 4). Ten eerste hoeft de aanbestedende dienst geen opschortingstermijn in acht te nemen indien de wet geen aankondiging van de overheidsopdracht vereist. Dit zijn opdrachten die onder de toepasselijke drempels vallen.¹¹⁸ De tweede uitzondering geldt indien er maar één inschrijver voor de opdracht is. De uitzondering geldt niet in de situatie dat er meerdere inschrijvers zijn, maar slechts één een geldige inschrijving heeft gedaan. De laatste uitzondering heeft als doel de voordelen van een dynamisch inkoopstelsel in stand te houden. De termijn geldt niet voor II-b diensten en andere opdrachten waarvoor geen plicht tot bekendmaking bestaat.¹¹⁹ Indien binnen de opschortingstermijn een rechtsvordering wordt ingesteld moet de aanbestedende

¹¹⁶ Essers 2007

¹¹⁷ Van Heeswijck 2013, p. 199

¹¹⁸ Van der Horst 2013, p. 443

¹¹⁹ Van der Horst 2013, p. 444

dienst wachten totdat de voorzieningenrechter zich over de zaak heeft uitgesproken (art. 2.131). Uit 2.130 blijkt dat de opschortende termijn moet worden meegedeeld aan de in art. 2.128 genoemde personen.

De Nederlandse wetgever heeft geen bepaling opgenomen in de Aanbestedingswet die stelt dat de opschortingstermijn niet verloopt indien de rechtsvordering vernietiging is gevorderd tegen de beslissing direct onrechtmatige onderhandse te gunnen, op grond van het hiervoor uiteengezette.¹²⁰ Art. 2.131 dat de verlenging van de opschortingstermijn voor de gunningsbeslissing in een aanbesteding regelt, ziet slechts op de situatie dat wel is aanbesteed. In het kader van een onrechtmatig onderhandse gunning is er juist niet aanbesteed. Indien een aanbestedende dienst van dit gebrek in de wetgeving gebruik zou maken, kan een benadeelde potentiële inschrijver slechts een beroep kunnen doen op lidstaataansprakelijkheid. Hij moet dan de Nederlandse staat aansprakelijk stellen wegens gebrekkige wetgeving. Dit geval heeft zich nog niet in de praktijk voorgedaan. Richtlijnconforme interpretatie biedt bij een omissie zoals deze geen uitweg. Van Heeswijck stelt dat voor rechtstreekse werking art. 2 lid 3 van de rechtsbeschermingsrichtlijnen onvoldoende nauwkeurig is.¹²¹ De overige eisen uit de rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn wel correct geïmplementeerd. De lengte van de opschortende termijn is zelfs dus langer dan vereist.¹²²

3.2.5 Vordering tot schadevergoeding

De rechtsverhouding tussen inschrijver en aanbestedende dienst geldt als een precontractuele rechtsverhouding, ze gaat de contractuele verhouding van opdrachtgever en opdrachtnemer in beginsel vooraf. Een vordering tot schadevergoeding zal dan dus naar nationaal recht op 6:162 BW – onrechtmatige daad – moeten worden gebaseerd. Het staat de aanbestedende dienst echter vrij om deze rechtsverhouding contractueel te maken, bijvoorbeeld door een bepaling daartoe op te nemen in het aanbestedingsreglement. Dan zou de aansprakelijkheid op 6:74 BW – wanprestatie – moeten worden gestoeld.¹²³ Dit levert geen grotere verschillen op dan die worden vastgelegd in de overeenkomst zelf.¹²⁴ Bovendien wordt sterk getwijfeld of bijvoorbeeld een exoneratiebeding in een dergelijke overeenkomst wel rechtsgeldig zou kunnen zijn.¹²⁵ In de praktijk kan er in twee gevallen schade optreden. In de eerste situatie kiest de aanbestedende dienst de verkeerde procedure of besteed zij helemaal niet aan. In de tweede situatie kiest ze de juiste procedure, maar past deze vervolgens verkeerd toe.

¹²⁰ Van Heeswijck 2013, p. 216

¹²¹ Van Heeswijck 2013, p. 216-217

¹²² Zie verder: Essers 2013, p. 484 e.v.

¹²³ Van Heeswijck 2013, p. 120-121

¹²⁴ Hebly 2010, p. 2

¹²⁵ Van Heeswijck 2013, 119; hierbij kan een vergelijking worden gemaakt met de problematiek omtrent aansprakelijkheidsbeperkingen in aanbestedingsprocedures.

Het leerstuk van de onrechtmatige daad kent vijf vereisten: een onrechtmatige gedraging, toerekenbaarheid, schade, een causaal verband en relativiteit. De genoemde eisen sluiten aan bij wat hierover is overwogen door het HvJ in het *van Spijker* arrest (wat betreft aanbestedende diensten die tot de staat kunnen worden gerekend).¹²⁶ Een vordering tot schadevergoeding zal meestal via een bodemprocedure worden afgehandeld. Het is echter ook mogelijk om via een kort geding een voorschot op de schadevergoeding te krijgen. Het bestaan en de omvang moet in zo'n geval voldoende duidelijk en aannemelijk zijn.¹²⁷ Gezien het navolgende zal het de lezer vervolgens niet verbazen dat dit zelden gebeurt.¹²⁸

Onrechtmatige gedragingen kunnen worden opgedeeld in gedragingen die een inbreuk op een recht maken, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Inbreuk op een recht is niet aan de orde bij het aanbestedingsrecht, aangezien de aanbestedingsregels geen recht op gunning kennen. De andere twee normen zijn wel van toepassing. Onder wettelijke plicht vallen ook de aanbestedingsregels, voor zover deze directe werking hebben. De ongeschreven normen zullen per geval moeten worden gevonden. Hierbij kan worden aangesloten bij de te behandelen precontractuele redelijkheid en billijkheid of de Algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De laatstgenoemde valt alleen onder ongeschreven normen voor zover deze niet zijn gecodificeerd, indien dat wel het geval is vallen ze onder de wettelijke plicht.

¹²⁹

Toerekenbaarheid kan bestaan uit schuld of volgen uit de verkeersopvattingen. Uit het *Strabag*-arrest volgt echter dat de toekenning van een schadevergoeding niet afhankelijk mag worden gemaakt van het bestaan van schuld.¹³⁰ Aangenomen mag worden dat dit ook voor nutssectoren/speciale-sectorbedrijven geldt.¹³¹ Ook wat betreft nationale aanbestedingsprocedures is logisch toerekenbaarheid op grond van de verkeersopvattingen aan te nemen. Het geschil betreft een aanbestedingsprocedure waarbij professionele partijen zijn betrokken die weten waar ze mee bezig zijn, althans dat is de bedoeling. Het aantonen dat er een schending heeft plaatsgevonden is derhalve in beginsel voldoende voor verwijtbaarheid.¹³² In vergelijking met de overige eisen is het aanzienlijk eenvoudiger te voldoen aan het relativiteitsvereiste. Het aanbestedingsrecht (richtlijnen en de Aanbestedingswet) hebben een brede toepassing en strekken ertoe de belangen van gegadigden te beschermen. Een uitzondering is de norm omtrent uitsluiting van abnormaal lage inschrijvingen uit art.

¹²⁶ HvJ 9 december 2010, C-568/08 (Van Spijker)

¹²⁷ Vzr. Rb. Utrecht 29 april 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD0638 en Vzr. Rb. Rotterdam 29 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD2742

¹²⁸ Essers 2013, p. 626

¹²⁹ Van Heeswijck 2013, p. 121

¹³⁰ HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (Strabag)

¹³¹ Van Heeswijck 2013, p. 115

¹³² Zie ook: Van den Berge e.a. 2011, p. 205

2.116. Deze norm strekt tot bescherming van de aanbestedende dienst en een andere inschrijver kan zich daar niet op beroepen.¹³³

Het vaststellen van de hoogte van de schade is evenals de causaliteit een zware opgave.¹³⁴ Vandaar dat in sommige zaken ervoor wordt gekozen om het bepalen van de hoogte van de schade aan bod te laten komen in een schadestaatprocedure (art. 612 Rv.).¹³⁵ Verscheidene schadeposten kunnen in aanmerking komen: gederfde winst, gederfde afschrijvingskosten van materieel, algemene kosten (overhead, onderbezetting en dergelijke). Dit wordt ook wel aangeduid als het positieve contractsbelang. Andere posten kunnen zijn: inschrijvingskosten en procedurekosten (de kosten voor een advocaat, de kosten voor een deskundige en dergelijke). Dit wordt ook wel aangeduid als het negatieve contractsbelang. Procedurekosten worden – los van de algemene proceskosten – nauwelijks gevorderd.¹³⁶ Hoe de hoogte van de schade kan en mag worden vastgesteld, zijn geen normen opgenomen in de rechtsbeschermingsrichtlijnen.¹³⁷ Dit betekent overigens niet dat alle kosten voor vergoeding in aanmerking komen. Dit is afhankelijk van de andere gegadigden en de kans dat de eisende ondernemer de opdracht gegund zou hebben gekregen. Een aanbestedingsprocedure is echter een proces waar meerdere partijen bij betrokken zijn. Dit maakt het extra moeilijk om de schade te begroten, bovendien is de hoogte van de schade sterk afhankelijk van het causale verband. De rechter zal dus vaak een (ruwe) schatting moeten maken, dit kan op grond van art. 6:97 BW. Hij kan er echter voor kiezen om hiervoor een deskundige te benoemen.¹³⁸

Voor het causale verband tussen de schade en de onrechtmatige gedraging is in beginsel een redelijke mate van zekerheid voldoende. De Hoge Raad heeft zich nog niet specifiek uitgesproken hoe schade en het causale verband in aanbestedingszaken moet worden bepaald.¹³⁹ Lagere rechters doen dit op grond van proportionele aansprakelijkheid of de daarop lijkende figuur van de kansschade, indien niet met zekerheid is vast te stellen wat er zou zijn gebeurd als de onrechtmatige gedraging niet had plaatsgevonden.¹⁴⁰ Partijen beroepen zich hetzij op het standpunt dat aan hen had moeten worden gegund in de door de aanbestedende dienst gekozen procedure, of ze beroepen zich op het feit dat hen de kans is ontnomen om mee te dingen naar de opdracht. In het eerste geval gunt de aanbestedende dienst aan een onderneming, terwijl achteraf blijkt dat aan eiser had moeten worden gegund. In het tweede geval is er meestal sprake van een situatie waarin onterecht niet (Europees) is aanbesteed, waardoor bijna niet is vast te stellen hoe de aanbestedingsprocedure er uit had gezien.¹⁴¹

¹³³ Van Heeswijck, p. 118-119 en Van der Horst 2013, p. 414

¹³⁴ Essers 2013, p. 632

¹³⁵ Essers 2013, p. 628; Rb. Amsterdam, 20 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BT1883

¹³⁶ Hebly & Wilman 2010, p. 4

¹³⁷ Essers 2013, p. 632

¹³⁸ Essers 2014, p. 633

¹³⁹ Van Heeswijck 2013, p. 117

¹⁴⁰ HR 23 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (Fortis/Bourgonje); en hierover Van Heeswijck 2013, p. 128-129

¹⁴¹ Hebly & Wilman 2010, p. 3

Overigens is de speciale regeling uit de rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren, die inschrijvers in staat stelt offertekosten vergoed te krijgen niet overgenomen in de Nederlandse wetgeving (art. 2 lid 7). Dit kan echter met richtlijnconforme interpretatie worden 'gerepareerd'.¹⁴² Het zou de rechter/wetgever sieren als ze de mogelijkheid creëren dat inschrijvers in ieder geval hun offertekosten vergoed kunnen krijgen als komt vast te staan dat de aanbestedende dienst onrechtmatig heeft gehandeld en eiser in ieder geval een redelijke kans op gunning had. Dit zou de handhaving ten goede komen en het vertrouwen in het aanbestedingsproces als geheel verbeteren. Nu voldoet de wet niet.

3.2.6 Beoordelingsmethode rechter in schadevergoedingsprocedure

Het hiervoor geschetste is voornamelijk van theoretische aard. De jurisprudentie beperkt zich tot enkele zaken per jaar. Door deze schaarste is het moeilijk om een consequente lijn te ontdekken in de jurisprudentie. Hieronder worden twee voorkomende situaties uiteen gezet waar een ondernemer schadevergoeding vordert.

Indien de schade is ontstaan vanwege een fout tijdens de beoordeling van een verder juiste aanbestedingsprocedure zijn er een aantal hordes die de eiser moet nemen. Hij moet aantonen dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling fouten heeft gemaakt, dan wel de criteria verkeerd heeft toegepast, maar gunning moet nog wel mogelijk zijn (geweest). Indien heraanbesteding had moeten plaatsvinden komt niet vast te staan dat aan eiser zou zijn gegund, omdat niet vaststaat hoe de heraanbesteding zou zijn ingericht en wie er zou hebben gewonnen. Die situatie sluit weer aan bij wat hierna uiteengezet wordt. Indien heraanbesteding niet zou hebben moeten plaatsvinden, moet de inschrijver aantonen dat hij zou hebben gewonnen. Een andere situatie doet zich voor indien de ondernemer niet heeft kunnen meedingen naar de opdracht en hem dus een kans op gunning is ontnomen. Dit kan het geval zijn indien er überhaupt niet is aanbesteed of de verkeerde procedure is toegepast. Verder kan dit ook het geval zijn indien een inschrijver onterecht ongeldig is verklaard en zich dus niet heeft kunnen inschrijven. In dergelijke gevallen lijken een aantal rechters de volgende methode toe te passen.¹⁴³ Als komt vast te staan dat de aanbestedende dienst onrechtmatig heeft gehandeld, moet de benadeelde inschrijver nog het volgende bewijzen: (1) dat hij had meegedongen naar de opdracht indien hij de kans zou hebben gehad, (2) dat hij aan de selectiecriteria had voldaan en (3) hoeveel andere inschrijvers/gedagiden er waren geweest. Het aantal inschrijvers kan ook worden geschat, maar deze inschatting moet wel worden onderbouwd. Vervolgens wordt de schade vastgesteld als de uitkomst van de som: schade gedeeld door het (al dan niet geschatte) aantal inschrijvers. Er wordt in zo'n situatie dus uitgegaan van een gelijke kans voor elke hypothetische inschrijvers. Eiser kan niet volstaan te stellen dat hij een van de grote partijen in de markt is, vooral als uiteindelijk aan een andere dan de

¹⁴² Van Heeswijck 2013, p. 165-168

¹⁴³ Rb. Zutphen 28 december 2011, JAAN 2012/36; Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3456, JAAN 2014/146; Hof Den Haag 19 mei 2009, ECLI:GHSGR:BI4344

genoemde partijen wordt gegund.¹⁴⁴ Het is begrijpelijk dat de rechter niet wil dat het aantal inschrijvers bewust te laag wordt ingeschat door de eisende partij, aangezien deze dan meer schade vergoed zou krijgen dan hij statistisch gezien heeft geleden. Toch zou het goed zijn om deze bewijslast niet alleen door de eisende partij te laten torsen. Dit zou kunnen door bijvoorbeeld met bewijsvermoedens te werken. In het bijzonder in het geval er sprake is van schending van het transparantiebeginsel.¹⁴⁵ In ieder geval lijkt deze werkwijze aan te sluiten bij de genoemde figuren van proportionele schade en kansschade. Essers stelt dat het toepassen van deze methode feitelijk gelijkstaat aan het toepassen van een bewijsvermoeden.¹⁴⁶

Recente jurisprudentie wijst echter in de tegenovergestelde richting. De zaak betreft het hoger beroep van de zaak HLA tegen het Kadaster bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.¹⁴⁷ Het Kadaster had op onrechtmatige wijze HLA een kans op gunning ontzegd. In een tussenvonnis heeft de rechtbank Zutphen vastgesteld dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld jegens HLA. HLA had gespecificeerd wat voor winst zij zou hebben behaald als ze had meegedaan en gewonnen met haar product. HLA kwam daarbij uit op een bedrag van bijna €22 mio. De rechtbank ging mee in het betoog van HLA en stelde de schade *ex aquo et bono* vast op €10 mio.¹⁴⁸ In de jaarlijkse "Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht" wordt de zaak aangeduid als de meest geruchtmakende zaak van 2011.¹⁴⁹ Het hof gaat in hoger beroep niet mee in met het vonnis van de rechtbank Zutphen. Sterker nog het overweegt dat niet vaststaat met welk product HLA zou hebben ingeschreven, laat staan of ze gewonnen zou hebben. De vordering tot schadevergoeding wordt daarom afgewezen. Wat verontrustend is, is dat het hof stelt dat HLA aannemelijk had moeten maken dat hij de aanbesteding zou hebben gewonnen. Het overweegt:

*"3.11 De grieven II en III slagen. Als uitgangspunt geldt dat alleen een vergoedingsplicht bestaat wanneer een gegadigde aannemelijk weet te maken dat hij de opdracht zou hebben verworven indien de opdrachtgever conform de toepasselijke voorschriften zou hebben gehandeld (in dit geval: indien het Kadaster HLA wel zou hebben uitgenodigd deel te nemen aan de onderhandse aanbestedingsprocedure). Het hof is van oordeel dat HLA onvoldoende heeft gesteld om aannemelijk te kunnen achten dat de opdracht aan haar gegund had moeten worden."*¹⁵⁰

Blijkbaar is dus onvoldoende dat HLA bewijst dat zij een redelijke kans had op gunning. Specifieker: ze werpt HLA tegen niet aan te kunnen tonen hoe haar product zich zou hebben verhouden met die van de winnaar, ondanks dat het Kadaster heeft veroorzaakt dat HLA geen inschrijving heeft kunnen doen en dus niet heeft kunnen

¹⁴⁴ Rb. Rotterdam 2 april 2014, JAAN 2014/92, m.nt. S.C. Brackman

¹⁴⁵ Van Heeswijck 2013, p. 146

¹⁴⁶ Essers 2013, p. 631 e.v.

¹⁴⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5475, JAAN 2014/145, m.nt. R.S. Dramsma

¹⁴⁸ Rb. Zutphen 28 december 2011, JAAN 2012/36

¹⁴⁹ Van den Berge e.a. 2012, p. 195

¹⁵⁰ Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5475

meedingen. Dit houdt een verhoging van de bewijslast in ten opzichte van de hiervoor genoemde jurisprudentie. Zo sneuvelde de enige zaak sinds 2009 waar een aanbestedende dienst schadevergoeding heeft moeten uitkeren.¹⁵¹

3.2.7 Toetsing aan het effectiviteitsbeginsel

Gezien het beeld van de hiervoor geschetste jurisprudentie is het mijns inziens begrijpelijk dat de Rechtbank Assen in 2010 de prejudiciële vraag stelde aan het HvJ wat ze moest doen als kwam vast te staan dat het "onmogelijk of uiterst moeilijk blijkt om tot effectivering van aansprakelijkheid te komen" in een aanbestedingsgeschied. Deze vragen hebben tot het arrest *Van Spijker* geleid dat al enkele malen de revue is gepasseerd in dit onderzoek.¹⁵² Helaas kreeg ze slechts als antwoord dat niets erop duidt dat dit het geval is in het hoofdgeding en dat daarom de vraag geen antwoord behoefde. Ook stelde het Hof dat de aansprakelijkheid en hoogte van de schadevergoeding tot de procedurele autonomie van de lidstaat behoren. In de literatuur werd er kritiek geleverd op de keuze om prejudiciële vragen te stellen.¹⁵³ Deze kritiek richt zich echter vooral op de andere vragen en niet op deze laatste vraag. Een schrijver uit het Verenigd Koninkrijk McGowan zag echter wel de dreiging die van de vragen uitging. Hij gaf zijn artikel de tot de verbeelding sprekende titel: "*Remedies revolution avoided*", ("revolutie van het rechtsbeschermingsregime voorkomen").¹⁵⁴ De advocaat-generaal probeert de Nederlandse rechtbank nog tegemoet te komen door een aantal kwesties te benoemen die relevant zijn bij het bepalen van aansprakelijkheid, althans de problematiek uiteen te zetten. Diens overwegingen lijken wat ongelukkig gekozen door te stellen dat:

"de bodemrechter verplicht is om abstracte formules toe te passen die berusten op de aanwijzingen waarover hij beschikt om met een bepaalde mate van aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid te kunnen vaststellen dat de inschrijver die buiten de boot is gevallen uiteindelijk de opdracht in de wacht zou hebben gesleept voor het geval de regels betreffende de opdracht zouden zijn nageleefd."

Na afloop van het arrest wees de rechtbank Assen overigens de vordering van eiser op basis van een soortgelijke motivering af.¹⁵⁵

Mijns inziens is dit criterium onjuist. Het is onduidelijk wat er met de abstracte formules wordt bedoeld en het is een fictie om te denken dat hiermee kan worden vastgesteld of een inschrijver de aanbesteding zou hebben gewonnen. McGowan stelt dan ook dat het logischer zou zijn om uit te gaan van een *loss of chance* en dat dit in de praktijk ook gebeurt als Schots en Engels recht van toepassing is op een

¹⁵¹ Zaken die naar een schadestaatprocedure zijn doorverwezen daargelaten. In dat kader is overigens de zaak Temmink/Raalte zeker noemenswaardig (Rb. Zwolle-Lelystad 31 januari 2007, JAAN 2007/14). Na verwijzing van de zaak naar een schadestaatprocedure is de zaak in 2010 geschikt voor driekwart van de gevorderde schade.

¹⁵² HvJ 9 december 2010, C-568/08 (*Van Spijker*), zie ook de conclusie van de advocaat-generaal bij het arrest.

¹⁵³ Zie voor een overzicht van die kritiek: Van Heeswijck 2013, p. 35

¹⁵⁴ McGowan 2011

¹⁵⁵ Dat vonnis is niet gepubliceerd, maar wordt wel besproken in: Van den Berge e.a. 2012, p. 196

aanbestedingsprocedure. Andere bronnen ondersteunen dit. Zelfs dan is de bewijslast echter nog omvangrijk.¹⁵⁶ Het arrest *van Spijker* lijkt dus op meerdere vlakken gebrekkig te zijn. Het lijkt er op dat het HvJ meer oog heeft gehad voor de spanning die het Unierecht zet op de nationale procedurele autonomie, dan of het Unierecht praktisch en effectief wordt nageleefd. Dit lijkt onpraktische en/of ondoordachte antwoorden tot gevolg te hebben gehad.

Of en wanneer de rechter uit moet gaan van een *loss of chance* of een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid van gunning op basis van abstracte formules of aannemelijkheid van verwerving, is dus nog steeds niet duidelijk. In de literatuur worden rechters al langer aangemoedigd meer gebruik te maken van proportionele aansprakelijkheid of *loss of chance*, in de praktijk blijken rechters echter nog steeds erg huiverig.¹⁵⁷ Daarin worden ze gesteund door de overwegingen van de Hoge Raad in het arrest *Fortis/Bourgonje*.¹⁵⁸ Mijns inziens maakt echter de methode die het hof Arnhem-Leeuwarden hanteert effectuering van een recht op schadevergoeding feitelijk onmogelijk, althans uiterst moeilijk. Door te stellen dat de inschrijver moet aantonen dat hij de inschrijving zou hebben gewonnen is het nog slechts in uitzonderlijke situaties mogelijk om schadevergoeding te eisen. De praktijk toont aan dat dit eigenlijk onmogelijk is en dit heeft een te grote impact op het systeem van (private) handhaving.

Het geringe aantal bodemprocedures over schadevergoeding kan echter ook worden veroorzaakt door andere redenen dan een te hoge bewijslast. Vaak wordt gesteld dat ondernemers niet willen procederen om de relatie met de aanbestedende dienst goed te houden: *don't bite the hand that feeds you*. Ik denk dat er nog twee additionele redenen zijn te bedenken waardoor het systeem van private handhaving op dit vlak wellicht tekortschiet. Nederland kent geen systeem van *punitive damages* als beloning voor private handhaving. Dus is de drempel voor ondernemingen om schadevergoeding te eisen relatief hoog, terwijl de verwachtingswaarde van de schadevergoeding afgezet moet worden tegen de proceskosten. Proceskosten worden immers niet volledig vergoed in het Nederlandse procesrecht. Bovendien kennen we hier een verbod op *no cure no pay*-overeenkomsten in aanbestedingsgeschillen en daardoor zal een mislukte procedure een extra kostenpost vormen voor een inschrijver.¹⁵⁹ Dit betekent mijns inziens overigens niet dat de Nederlandse wetgever een systeem van *punitive damages* of *no cure no pay* zou moeten invoeren in het procesrecht, maar de rechter en de wetgever zouden zich wel goed moeten realiseren dat zolang slechts proceskosten en beperkte schade voor vergoeding in aanmerking komen, er een rem zit op de prikkel voor een ondernemer om een schadevergoedingsprocedure te starten. Immers in een aantal van de genoemde zaken waar geen schadevergoeding werd uitgekeerd, was wel komen vast te staan dat de aanbestedende dienst onrechtmatig had gehandeld. Doordat vervolgens de bewijslast

¹⁵⁶ Trybus 2011, p. 227-228 en Butler 2012, p. 325

¹⁵⁷ Akkermans 1997 en recenter wat betreft aanbestedingsgeschillen Van Heeswijck 2012 p. 142

¹⁵⁸ HR 23 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (*Fortis/Bourgonje*), NJ 2011, 251, m.nt. Tjong Tjin Tai

¹⁵⁹ Hebly, de Boer & Wilman 2007, p. 50

voor de causaliteit en de hoogte van de schade zo hoog is, komt de aanbestedende dienst daar in zulke gevallen dus toch mee weg.

3.2.8 Resumé

Mijns inziens voldoet de vordering tot schadevergoeding op basis van de maatstaf die het hof Arnhem-Leeuwarden hanteert niet aan het effectiviteitsbeginsel. Ook de advocaat-generaal bij het arrest *Spijker* heeft een inschattingsfout gemaakt door te stellen dat moet worden vastgesteld dat de inschrijver moet bewijzen dat hij de aanbesteding zou hebben gewonnen. Beter zou het zijn als rechters een maatstaf op basis van de figuur van de kansschade zou hanteren, zoals door voorzieningenrechters van de rechtbanken van Zutphen, Amsterdam en Den Haag al is gedaan.

Op dit moment is het de voorzieningenrechter die feitelijk de uitkomst van het geschil bepaalt in veruit de meeste gevallen. Immers vernietiging is slechts in bepaalde of bijzondere gevallen mogelijk en schadevergoeding eisen is uiterst moeilijk dan wel onmogelijk. Met deze vaststelling is het standpunt van de HvJ onhoudbaar dat in het kader van rechtsbescherming bij Nederlandse aanbestedingsprocedures ordemaatregelen de rechtsverhoudingen niet definitief vastleggen. De *facto* is dit namelijk weldegelijk het geval. Ook de laatste vraag omtrent de (on)mogelijkheid om aansprakelijkheid te effectueren uit het arrest *Van Spijker* moet mijns inziens dus door het HvJ serieus worden onderzocht.

3.3 Voorlopige voorzieningen

3.3.1 De procedure in kort geding

De voorzieningenrechter kan op verschillende wijzen ingrijpen in een lopende aanbesteding. (Benadeelde) inschrijvers moeten het handelen van de aanbestedende dienst door de rechter kunnen laten toetsen voordat de aanbestedende dienst de opdracht definitief gunt. De rechtsbeschermingsrichtlijnen eisen dat de nationale wetgever of (1) de mogelijkheid creëert beslissingen van de aanbestedende dienst te schorsen in afwachting van een definitief oordeel of (2) dat op verkorte termijn een definitief oordeel kan worden verkregen (art. 1 lid 1 sub a en b Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren). De Nederlandse voorzieningenrechter kan ten aanzien van de aanbestedende dienst de volgende ordemaatregelen opleggen of een combinatie daarvan:

- a) een gebod tot aanbesteden,
- b) een gebod tot heraanbesteden,
- c) een gebod tot herbeoordeling/toelating van de inschrijver(s) al dan niet in combinatie met een verandering van de gunningscriteria/selectiecriteria,
- d) een gebod tot doorzetten aanbesteding (verbod af te breken),

- e) een gebod tot inzage in gegevens van de aanbestedende dienst,
- f) een gebod tot nadere motivering van het gunningsvoornemen,
- g) een verbod tot tenuitvoerlegging van de overeenkomst,
- h) een gebod/verbod tot gunning aan eiser of een verbod tot gunning aan een ander dan eiser
- i) een gebod tot opzegging of anderszins beëindiging van de overeenkomst
- j) vernietiging van de overeenkomst en
- k) een voorschot op een schadevergoeding.¹⁶⁰

Het kort geding in het aanbestedingsrecht onderscheid zich verder niet van een 'normaal' kort geding. Er moet dus sprake zijn van een spoedeisend belang (art. 254 Rv) en de rechter heeft een grote mate van beoordelingsvrijheid. Wat betreft een kortgedingvonnis gelden dezelfde motiveringsverplichting en grondbeginselen van goede procesorde als voor een 'normaal' vonnis, maar deze kunnen onder omstandigheden een minder zwaar karakter hebben.¹⁶¹ Tegen het vonnis van de voorzieningenrechter staat hoger beroep open. De beschreven opschortingstermijn geldt echter slechts tot en met het vonnis van de voorzieningenrechter. Indien de eisende ondernemer dus in het ongelijk wordt gesteld kan de aanbestedende dienst tot definitieve gunning overgaan. Er staat dan nog slechts een beroep op schadevergoeding of de hierboven genoemde vernietigingsgronden open.¹⁶² Een gebod tot gunning aan een bepaalde inschrijver of tot doorzetten van de aanbestedingsprocedure zal in beginsel in strijd zijn met de contractsvrijheid, maar is niet uitgesloten.¹⁶³

3.3.2 Waarborgen en het beginsel van effectieve rechtsbescherming

Het Nederlandse kort geding voldoet formeel gezien alleen aan de eerste mogelijkheid genoemd in 3.3.1. Het geeft geen definitief oordeel over de rechtsverhouding tussen partijen en een vonnis van de voorzieningenrechter heeft geen gezag van gewijsde. In sommige gevallen zullen de geboden/verboden van de voorzieningenrechter echter wel onomkeerbare gevolgen hebben. Bijvoorbeeld in het geval er verboden wordt aan een bepaalde inschrijver te gunnen. Dit is een *de facto* vernietiging van het besluit van de aanbestedende dienst daartoe. De bevoegdheid om onwettig genomen besluiten te kunnen vernietigen volgt uit art. 2 lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Het hiervoor geschetste stelsel stemt overeen met de normen die hiervoor zijn neergelegd in de rechtsbeschermingsrichtlijnen.

In het arrest *Van Spijker* heeft het HvJ expliciet uitgemaakt dat de rechtsbeschermingsrichtlijnen zich niet verzetten tegen een stelsel waarin op korte

¹⁶⁰ Zie: Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2010, p. 41

¹⁶¹ Blaauw 2002, p. 197

¹⁶² Zie ook Essers p. 621 e.v.

¹⁶³ Essers 2013, p. 621

termijn een rechterlijke beslissing beschikbaar is "die erdoor wordt gekenmerkt dat zij is gericht op een snelle ordemaatregel, er geen recht is op uitwisseling van conclusies door advocaten, er in de regel geen ander bewijs is dan door geschrift, de wettelijke bewijsregels niet van toepassing zijn en het vonnis niet leidt tot een definitieve vastlegging van de rechtsverhouding en ook geen onderdeel is van een besluitvormingsproces dat tot een dergelijk gewijsde leidt." Bovendien maakt het niet uit dat de bodemrechter later de ordemaatregel alsnog als onjuist kan aanmerken.¹⁶⁴ Ook een kort geding is omgeven met genoeg waarborgen om tot effectiviteit te komen. Immers in een bodemprocedures ziet de rechter ook vaak af van een tweede schriftelijke ronde of een recht op pleidooi. Sterker nog dit is één van de speerpunten van het Wetsvoorstel tot wijziging van Burgerlijke Rechtsvordering en de Algemene wet bestuursrecht in verband met vereenvoudiging en digitalisering van het procesrecht.¹⁶⁵ Een sterkere regiefunctie voor de rechter komt de snelheid van het proces ten goede, zonder dat de kwaliteit daar onder hoeft te lijden. Hierover is ook geen kritiek te vinden in de literatuur. De vraag is of in de praktijk de voorzieningenrechter zich deze functie in voldoende mate toe-eigent, respectievelijk in staat is op de juiste wijze over het geschil te oordelen. Procedureel gezien zijn er mijns inziens dus geen hindernissen die de beoordelingsvrijheid beperken. In dat opzicht is het oordeel van het HvJ dus correct.

3.4 Toetsingskader van de voorzieningenrechter

3.4.1 Algemeen

In aanbestedingszaken zal de rechter zich over de hierboven uiteengezette vorderingen moeten buigen. Dit doet hij vanuit een bepaald kader. Enerzijds wordt dit kader bepaald door de procedurele kant: de regels omtrent het kort geding in het algemeen. Wat betreft de procedurele kant kan worden volstaan met wat hiervoor uiteen is gezet. Verder wordt dit kader ingekleurd door eisen omtrent motivering, de doelen van het aanbestedingsrecht (aanbestedingsbeginselen), de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele redelijkheid en billijkheid. De omvang van het kader wordt bepaald door de eisen uit nationale en internationale bronnen inzake de mate van toetsing van selectie- en gunningscriteria. Samen vormt dit het toetsingskader van de rechter. De regels omtrent het kort geding in het algemeen zijn summier en gekoppeld aan de aard van de procedure en het geval. Aan de voorzieningenrechter is in het kader van de spoedeisendheid een grote beoordelingsvrijheid gegeven om een geschil voorlopig te beslechten. Dit heeft tot gevolg dat een voorzieningenrechter in het algemeen summierder zal toetsen. Hij blijft echter gebonden aan dezelfde beginselen van goede procesorde en motiveringseisen als de bodemrechter, zoals beschreven.¹⁶⁶ Mijns inziens is afgezien van de toets aan het *Van Spijker*-arrest een toets aan die regels overbodig. Door een overzicht te geven

¹⁶⁴ HvJ 9 december 2010, C-568/08 (van spijker)

¹⁶⁵ Kamerstukken II 2014/14, 34 059, nr. 1-3

¹⁶⁶ HR 4 juni 1993, NJ 1993, 659 (DWFV) en hierover Blaauw 2002, p. 197

van hoe de rechter in de praktijk met het materiele kader omgaat wordt duidelijk in hoeverre de aard van de procedure zich daar volgens hem tegen verzet. De toets aan beide kanten van het toetsingskader ziet dus concreet op hetzelfde. Dit vormt één van de kernpunten van dit onderzoek.

3.4.2 Motiveringsverplichting en de aanbestedingsbeginselen

Om te zorgen dat inschrijvers een reële inschatting kunnen maken van de kans op succes bij een rechterlijke procedure, moet de voorlopige gunningsbeslissing voldoende worden gemotiveerd. Uit art. 2.130 volgt dat de relevante redenen daarin nauwkeurig moeten worden omschreven. Hieronder worden verstaan: "de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde of begunstigten bij een raamovereenkomst". Indien de aanbestedende dienst heeft gekozen voor het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving ontstaat hier vaak discussie over. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat alle relevante redenen moeten worden vermeldt en niet slechts een samenvatting daarvan, dus ook een overzicht van de gescoorde punten is onvoldoende (*Staat en Tele2/KPN*).¹⁶⁷ De aanbestedende dienst moet de kenmerken en relatieve voordelen openbaar maken.¹⁶⁸ Bij een ontoereikende motivering vangt de opschortingstermijn niet aan.¹⁶⁹ Ondanks de vele jurisprudentie over dit onderwerp is het nog steeds moeilijk om algemene normen hierover te formuleren. Het verschilt per geval wat nu precies de uitkomst heeft bepaald. Uitgangspunt is echter telkens dat de verliezende inschrijvers hun kansen om de beslissing aan te vechten goed moeten kunnen inschatten. Het is mogelijk dat aanbestedende diensten de gunningsbeslissing toelichten, maar ze mogen deze niet aanvullen, ook dit volgt uit het arrest *Staat en Tele2/KPN*. De Hoge Raad stelt wel dat onder bijzondere omstandigheden van deze reden mag worden afgeweken ten gunste van de aanbestedende dienst. Sommige lagere rechters, zoals de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag, lijken minder strikt om te gaan met de regel.¹⁷⁰ Hoe de recente praktijk zich in deze heeft ontwikkelt is een onderwerp dat in de volgende hoofdstukken uitgebreid aan de orde komt. De kring aan wie de gunningsbeslissing moet worden medegedeeld volgt uit art. 2.128 Aw. Elke inschrijver is betrokken tenzij hij definitief is uitgesloten. Uitsluiting moet dan door de rechter zijn goedgekeurd of er moet geen rechtsmiddel¹⁷¹ meer tegen openstaan.

De eis die aan de motivering van de aanbestedende dienst wordt gesteld, draagt sterk bij aan de rechtsbescherming. Het stelt de andere inschrijvers in staat om hun kansen in te schatten bij een eventuele procedure bij de rechter en het stelt de rechter in staat het handelen van de aanbestedende dienst te controleren. Dit sluit aan bij wat er met het transparantiebeginsel wordt beoogd. Het transparantiebeginsel vertoont daarmee duidelijke overlap met het beginsel van hoor en wederhoor. De aanbestedende dienst

¹⁶⁷ HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (*Staat en Tele2/KPN*)

¹⁶⁸ Essers 2013, p. 507

¹⁶⁹ HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (*Staat en Tele2/KPN*)

¹⁷⁰ Van Heeswijck 2013, p. 207; V.zr. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBSGR:BZ4192

¹⁷¹ Hier wordt wel bedoeld een rechtsmiddel in de zin van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, oftewel een mogelijkheid om in hoger beroep te gaan.

zal daarbij een afweging moeten maken tussen de bedrijfsgevoelige informatie die door de winnende inschrijver aan de aanbestedende dienst is geopenbaard en de beginselen van effectieve rechtsbescherming, transparantie en hoor en wederhoor (art. 2.138 jo 2.57 Aw). Het doel is daarbij dat zoveel mogelijk wordt geopenbaard, maar het is mogelijk dat bepaalde bedrijfsgeheimen die wel een rol hebben gespeeld in de beslissing van een aanbestedende dienst, niet bekend kunnen worden gemaakt. Of dit rechtmatig is zal de rechter moeten beoordelen aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval.¹⁷²

Wat betreft de verdere toepassing van de aanbestedingsbeginselen is het moeilijk vast te stellen hoe deze in de praktijk door de rechter worden gehanteerd. Enerzijds zijn er rechters die kiezen voor een strikte toepassing van de beginselen, anderzijds zijn er rechters die kiezen voor een praktische en flexibele benadering. Dit schept een grote rechtsonzekerheid.¹⁷³ In het volgende hoofdstuk zal dieper op dit onderwerp worden ingegaan.

Het proportionaliteitsbeginsel is tot nu toe niet expliciet vastgelegd in de aanbestedingsrichtlijnen. In de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen is dit wel het geval.¹⁷⁴ In de Nederlandse Aanbestedingswet is dit beginsel wel gecodificeerd. Alle behandelde beginselen zijn ook van toepassing op nationale aanbestedingsprocedures (zie Hoofdstuk 1.2. van de Aanbestedingswet). Het proportionaliteitsbeginsel is verder uitgewerkt in de Gids proportionaliteit (hierna ook: GP). Het gaat uit van het principe: *comply or explain* (art. 1.10 lid 4 Aw). Dit houdt in dat de aanbestedende dienst mag afwijken van de regels die volgen uit de Gids proportionaliteit, maar dat zij dit wel moet motiveren. De Gids heeft op grond van art. 1.22 Aw de status van AmvB. In het bijzonder heeft de wetgever hiermee als doel gehad om het voor kleinere ondernemingen makkelijker te maken mee te doen met aanbestedingen.

De aanbestedingsbeginselen vormen een breed handvat dat het gemakkelijker zou moeten maken voor de rechter om het handelen van een aanbestedende dienst te beoordelen, maar het is de vraag of de (voorzieningen)rechter hier in de praktijk voldoende gebruik van maakt.

3.4.3 Algemene beginselen van behoorlijk bestuur

In het arrest *provincie Zeeland/Hoondert* heeft de Hoge Raad expliciet erkend dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ook kunnen gelden voor aanbestedende diensten in het kader van een aanbestedingsprocedure.¹⁷⁵ De beginselen zijn echter niet op alle aanbestedingsprocedures van toepassing. Een aanbesteding is een privaatrechtelijke aangelegenheid en wordt georganiseerd door een rechtspersoon, terwijl bij het bestuursrecht het bestuursorgaan het rechtssubject is. Om te weten hoe

¹⁷² Essers 2013, p. 612-613

¹⁷³ Essers 2013, p. 51-67

¹⁷⁴ Zie bijvoorbeeld: art. 18 2014/24/EU

¹⁷⁵ HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Provincie Zeeland/Hoondert)

ver de toepassing van de algemene beginselen rijken moet een onderscheid worden gemaakt tussen a- en b-bestuursorganen (art. 1:1 Awb).¹⁷⁶ A-bestuursorganen zijn organen die onderdeel vormen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, dit zijn bijvoorbeeld de staat, de gemeenten, de provinciën en de waterschappen. B-bestuursorganen zijn personen of colleges met enig openbaar gezag bekleed (art. 1:1 Awb). Instellingen met B-bestuursorganen vallen slechts onder deze normen indien zij handelen in het kader van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Een simpel voorbeeld hiervan is een garage die in het kader van de Wegenverkeerswet 1994 een apk-keuring uit mag voeren. Als een garage dat doet handelt ze in het kader van een publiekrechtelijke bevoegdheid. In haar overige hoedanigheden wordt ze geacht te handelen als een gewone private partij. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zien daardoor slechts op het publiekrechtelijk handelen van de b-bestuursorganen van zulke rechtspersonen. De aanschaf van goederen, diensten en werken gebeurt slechts in zeer uitzonderlijke gevallen in het kader van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Dus zullen – behoudens die uitzonderlijke situaties – de beginselen slechts van toepassing zijn op die aanbestedende diensten die door krachtens publiekrecht ingestelde rechtspersonen worden georganiseerd. Het maakt daarbij niet uit of het om een Europese, nationale of een vrijwillige aanbestedingsprocedure gaat. Hoewel het aanbestedingsrecht geen bestuursrecht is, zijn er duidelijke overeenkomsten tussen de twee rechtsgebieden. Beide zien immers op het eenzijdig opstellen van eisen en criteria waaraan plannen van particulieren worden getoetst. Toetsen aan de beginselen – indien van toepassing – is dan een logische vervolgstap. In de praktijk wordt er in aanbestedingszaken geregeld een beroep gedaan op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Echter slechts in enkele gevallen wordt een beroep op (één van) de beginselen gehonoreerd.¹⁷⁷

Zo oordeelde de voorzieningenrechter van de rechtbank Maastricht dat een aanbestedende dienst in strijd met het vertrouwensbeginsel had gehandeld door verklaringen af te geven en zich vervolgens niet aan die verklaringen te houden. De aanbestedende dienst had geen normen uit het aanbestedingsrecht geschonden. Door haar verklaringen had ze wel enkele inschrijvers op het verkeerde been gezet, waardoor zij formeel hun recht om te klagen hadden verwerkt. Dit werd in strijd met het vertrouwensbeginsel geacht.¹⁷⁸ De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelde dat in bijzondere gevallen de beginselen van het aanbestedingsrecht zelfs moeten wijken voor de Algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁷⁹ Enkele jaren later oordeelde ze bovendien dat een aanbestedende dienst bij een voorselectie van een vrijwillige aanbesteding gebonden was aan het beginsel van een zorgvuldige voorbereiding. Wederom was er geen sprake van schending van de aanbestedingsregels.¹⁸⁰ De voorzieningenrechter van de rechtbank Zeeland-West-Brabant volgt eenzelfde redenering door recentelijk te oordelen dat het waterschap

¹⁷⁶ Uiteraard zijn de algemene beginselen van bestuur niet van toepassing indien een private partij een aanbesteding organiseert.

¹⁷⁷ Van Heeswijck 2013, p. 108

¹⁷⁸ V.zr. Rb. Maastricht 11 augustus 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR7091

¹⁷⁹ V.zr. Rb. Den Haag 19 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK0583

¹⁸⁰ V.zr. Rb. Den Haag 31 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY8867

Scheldestromen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur handelde door bij een meervoudige onderhandse procedure direct te gunnen en andere inschrijvers niet de mogelijkheid te bieden om hier iets tegen te ondernemen.¹⁸¹ Een jaar eerder deed hij dat ook al.¹⁸² De voorzieningenrechter breidt hiermee het recht op een opschortende termijn uit tot nationale aanbestedingsprocedures, ondanks dat de Aanbestedingswet hier niet in voorziet (art. 2.127 lid 4 Aw). In de Richtsnoeren Leveringen en Diensten wordt hier wel op aangedrongen (richtsnoer 37). De voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam oordeelde in een gelijksoortige zaak anders.¹⁸³ Toch tonen de hiervoor genoemde zaken aan dat op basis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur het rechtsbeschermingsregime in het aanbestedingsrecht kan worden uitgebreid.

3.4.4 Precontractuele redelijkheid en billijkheid

Net als wat betreft de algemene beginselen van behoorlijk bestuur heeft de Hoge Raad ook geoordeeld dat de precontractuele redelijkheid en billijkheid van toepassing zijn op aanbestedingen.¹⁸⁴ Bijvoorbeeld private aanbesteders zijn niet gebonden aan de aanbestedingsbeginselen als ze een vrijwillige aanbesteding organiseren, tenzij ze de indruk hebben gewekt hierdoor gebonden te zijn.¹⁸⁵ Dit gebeurt dan op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid, vanwege het opgewekte vertrouwen.¹⁸⁶ Uit dit vertrouwensbeginsel kan ook een schadevergoedingsplicht ontstaan in het kader van afgebroken onderhandelingen. In bijzondere gevallen kan hieruit een plicht ontstaan tot het sluiten van een overeenkomst of tot het vergoeden van de schade van de wederpartij, als de onderhandelingen in een zodanig ver stadium zijn gevorderd dat de wederpartij niet meer behoeft te verwachten dat de onderhandelingen afgebroken zullen worden.¹⁸⁷ Ook een aanbestedingsprocedure is een precontractuele rechtsverhouding. Een aanbesteding is een proces dat in de regel leidt tot een uiteindelijke gunning, een overeenkomst. Uit een aanbestedingsprocedure ontstaat echter geen recht op gunning, zoals blijkt uit het arrest van het HvJ *Hospital Ingenieure*.¹⁸⁸ De toepassing van dit leerstuk lijkt echter beperkt, omdat tijdens een aanbestedingsprocedure het vertrouwensbeginsel in beginsel moet wijken voor het gelijkheidsbeginsel.¹⁸⁹ In recente rechtspraak wordt dit al als vaste jurisprudentie aangeduid.¹⁹⁰ De toepassing lijkt dan ook beperkt tot de situatie waar een inschrijver een aanbesteding heeft gewonnen, maar dat de aanbestedende dienst alsnog weigert

¹⁸¹ Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, *JAAN* 2014/65 m.nt. M.G. Ruaws

¹⁸² Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 28 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ6534, *JAAN* 2013/107 m.nt. M.J. Mutsaers

¹⁸³ Vzr. Rb. Amsterdam 14 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY0490

¹⁸⁴ HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (provincie Zeeland/Hoondert)

¹⁸⁵ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (KLM/CCC) en recent Rb. Den Haag, 26 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:707

¹⁸⁶ Essers 2014, p. 59

¹⁸⁷ HR 19 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg)

¹⁸⁸ HvJ EG 18 juni 2002, C-92/100 (*Hospital Ingenieure*)

¹⁸⁹ Zie evenzeer zo: Pijnacker Hordijk, van der Bend, & van Nouhuys 2009, p. 645-646

¹⁹⁰ Vzr. Rb Den Haag 25 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6204; Vzr. Rb Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1711; en Vzr. Rb. Amsterdam 7 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR3084.

te gunnen.¹⁹¹ Ook in het omgekeerde situatie ontstaat dan schadeplichtigheid.¹⁹² De impact van de precontractuele redelijkheid en billijkheid is dus beperkt tot die situaties waar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de aanbestedingsbeginselen niet van toepassing zijn, maar dit wel redelijk zou zijn. In overige gevallen lijkt de invloed van de precontractuele redelijkheid en billijkheid zeer beperkt te zijn in het kader van rechtsbescherming.¹⁹³

3.4.5 Rechtsverwerking

Het arrest *Grossmann* zag op de situatie waar een gegadigde pas na afloop van de aanbestedingsprocedure met een klacht kwam.¹⁹⁴ Dit kan onder omstandigheden de aanbestedende dienst de mogelijkheid onrechtmatigheden recht te zetten ontnemen, volgens het HvJ. In het kader van snelheid en doeltreffendheid mag een lidstaat de regel hanteren dat inschrijver hierdoor haar recht om te klagen verliest. Een aanbestedende dienst moet een inschrijver de mogelijkheid bieden om klachten in te kunnen dienen, liefst tijdens de procedure. Indien die mogelijkheid er is, mag vervolgens de mogelijkheid worden ontnomen om later nog nieuwe klachten in te dienen. De Hoge Raad heeft evenwel in het arrest *Gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers* geoordeeld dat het *Grossmann*-arrest geen directe verplichtingen kan opleggen aan een particulier bij een nationale aanbesteding.¹⁹⁵ Later heeft de Hoge Raad dit standpunt herhaald in een zaak betreffende een 2B-dienst met een grensoverschrijdend belang. Toch wordt het *Grossmann*-verweer wel vaak geaccepteerd in de praktijk. Niet helder is of de Hoge Raad van mening is dat de figuur helemaal geen toepassing vindt.¹⁹⁶ In sommige gevallen wordt de figuur ook gelijkgetrokken met het Nederlandse leerstuk van rechtsverwerking.¹⁹⁷ Dit is echter niet correct. Rechtsverwerking vindt naar nationaal recht plaats op basis van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹⁹⁸ Hiervoor is vereist dat er sprake is van een bijzondere omstandigheid waardoor het gerechtvaardigde vertrouwen wordt gewekt dat afstand is gedaan van een recht om te klagen. Het verloop van tijd is hiervoor onvoldoende en terughoudendheid is op z'n plaats.¹⁹⁹ Toch wordt in de lagere jurisprudentie regelmatig een beroep op rechtsverwerking gehonoreerd.²⁰⁰ Wel is het mogelijk dat een aanbestedende dienst een zogenaamde *Grossmann*-clausule opneemt in het bestek. Inschrijvers zijn dan vanwege het bestek gebonden aan de hiervoor geschetste regel. Een dergelijke clausule werkt beperkend voor een inschrijver, maar is wel transparant. Mijns inziens is het verweer in overige gevallen echter een te grote beperking van de rechtsbescherming van een inschrijver, behoudens uitzonderlijke situaties.

¹⁹¹ Van Heeswijck 2013, p. 101 en Esser 2013, p. 626 e.v.

¹⁹² Rb. Dordrecht 14 november 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY3500

¹⁹³ Zie voor een actueel overzicht Essers 2014, p. 58 e.v.

¹⁹⁴ HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*)

¹⁹⁵ HR 26 juni 2009, *TBR* 2009, m.nt. Jansen, p. 862-872

¹⁹⁶ Zie voor een recent overzicht hierover: Lombert 2014 en Ellian 2012

¹⁹⁷ Zie bijvoorbeeld de noot bij: HR 18 januari 2013, *JAAN* 2013/44 m.nt. Kuypers

¹⁹⁸ Van Heeswijck 2013, p. 239

¹⁹⁹ HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406

²⁰⁰ Essers 2013, p. 623 en Lomber 2014

3.4.6 Wijze van toetsing (vol of marginaal) door de voorzieningenrechter

Uit het hierboven geschetste kader volgt dat lagere rechters niet in alle gevallen hetzelfde oordelen over de hiervoor genoemde onderwerpen, althans beoordelingsmethodieken zijn kennelijk nog niet uitgekristalliseerd. Ook de intensiteit van toetsing is niet altijd gelijk. Wel biedt het kader genoeg mogelijkheden voor de rechter om het handelen van een aanbestedende dienst onder de loep te nemen. In het bijzonder de beoordeling door de aanbestedende dienst van de gunningscriteria wordt vaak slechts marginaal getoetst door de voorzieningenrechter, althans Essers.²⁰¹ Pijnacker Hordijk, van der Bend en Nouhuys zijn het er niet mee eens en stellen – zij het in 2009 – dat er steeds meer een coherent beeld ontstaat op basis waarvan de rechter oordeelt. Onder andere zien ze de volgende lijn(en) in de jurisprudentie. Ten eerste stellen ze dat het transparantiebeginsel vereist dat duidelijke, precieze en ondubbelzinnige gunningscriteria worden gehanteerd. Hierdoor is de rechter gedwongen om met diepgang te toetsen. Ten tweede stellen ze dat indien het gewoon is in een markt om abstracte gunningscriteria te gebruiken, de aanbestedende dienst een grote beoordelingsvrijheid toekomt bij de beoordeling of daaraan is voldaan. Indien de aanbestedende dienst zelf maatregelen heeft genomen ter bevorderen van de objectiviteit en de zorgvuldigheid kan de rechter volstaan met een meer restrictieve (marginale) toetsing. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien beoordeling in het kader van bepaalde gunningscriteria aan een deskundige jury wordt overgelaten. Tot slot stellen ze dat de aard van de kortgedingprocedure eraan in de weg staat dat de voorzieningenrechter vol toetst. Het standpunt dat voorzieningenrechters consistent toetsen lijkt echter in de minderheid. Voornamelijk in de periode in aanloop naar de Wira is er veel over dit onderwerp gepubliceerd. In 2006 vond een symposium plaats met de titel 'Aanbestedingsgeschillen: over de beperkingen van de gewone rechter'. Naar aanleiding hiervan publiceerde Rob Bleeker een artikel. Hij stelt daarin – in niet mis te verstane bewoordingen – dat de rechtbanken te vaak inconsistent en te marginaal toetsten.²⁰² Ondanks dat ontwikkelingen in aanbestedingsland razendsnel gaan, wordt er nog steeds in recente literatuur naar het artikel verwezen.²⁰³

In 2007 kwamen Hebly, de Boer en Wilman in een grootschalig onderzoek in opdracht van het ministerie van Economische Zaken tot een overeenkomstige conclusie.²⁰⁴ Zij voegen daar aan toe dat het zich moeilijk laat beoordelen, maar dat een te marginale toetsing waarschijnlijk in strijd is met de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Mijns inziens hadden ze daar in één adem het beginsel van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming bij kunnen noemen. Op internationaal niveau is over het gebrek aan normen wat betreft de toetsingsintensiteit in het aanbestedingsrecht ook al geschreven.²⁰⁵ Twee jaar na het onderzoek door Hebly, de Boer en Wilman is door Price Waterhouse Cooper een tweede grootschalig onderzoek gedaan naar

²⁰¹ Essers 2013, p. 648-649

²⁰² Bleeker 2006, p. 280-284

²⁰³ Essers 2013, p. 603

²⁰⁴ Hebly, de Boer en Wilman 2007, p. 63-67

²⁰⁵ zoals beschreven in Hoofdstuk 2

aanbestedingszaken in combinatie met het advocatenkantoor Van Doorne. In totaal zijn 599 aanbestedingszaken geanalyseerd uit de periode 2004-2009. Uit het onderzoek blijkt dat in kort geding de aanbestedende dienst gemiddeld meer dan twee maal zovaak gelijk krijgt als de inschrijver. Bovendien is er een duidelijk verband te zien tussen de mate van toetsing en de uitkomst van de procedure. Indien er sprake is van een marginale toetsing krijgt de ondernemer slechts in 11% van de gevallen gelijk. Indien er meer inhoudelijk dan marginaal wordt getoetst stijgt dit percentage naar 43%.²⁰⁶ Het onderzoek stamt nog van voor de invoering van de Wira. Bovendien zijn 22% van de zaken uit het onderzoek afkomstig van de Raad van Arbitrage. Tegenwoordig wordt bij aanbestedingen nog slechts zeer zelden gebruik gemaakt van arbitrage.²⁰⁷ Het is dus moeilijk om vast te stellen hoe deze cijfers zich meten met de praktijk van de afgelopen twee jaar, sinds de invoering van de Aanbestedingswet. Voorzieningenrechters in Nederland stellen echter nog steeds dat hen slechts een marginale beoordelingsvrijheid toekomt. Zo overwoog de voorzieningenrechter van de rechtbank Oost-Brabant in januari van dit jaar nog:

*"De voorzieningenrechter stelt voorop dat het de taak en de verantwoordelijkheid is van de aanbestedende dienst om te toetsen en te beoordelen of de inschrijvers aan de gestelde eisen voldoen. Het is niet de bedoeling dat de voorzieningenrechter op de stoel van de aanbestedende dienst gaat zitten. Aan de voorzieningenrechter komt slechts een beperkte toetsingsvrijheid toe (marginale toetsing)."*²⁰⁸

Het is makkelijk vele overeenkomstige zaken te vinden waarin de rechter overeenkomstige overwegingen opneemt.²⁰⁹ In andere vonnissen wordt niet expliciet gesproken over een marginale beoordelingsvrijheid, maar bijvoorbeeld over terughoudendheid²¹⁰ van de rechter of een grote vrijheid (discretionaire bevoegdheid) van de aanbestedende dienst.²¹¹ Essers stelt dat er vooral marginaal wordt getoetst indien wordt gekozen voor het gunningscriterium economisch voordeligste aanbidding. De marginale toetsing ziet dan vooral op de gunningscriteria.²¹² Marginale toetsing is eigenlijk een figuur dat vooral bekend is van het bestuursrecht.²¹³ Hoe marginaal er precies wordt getoetst zal verder naar voren komen in het volgende hoofdstuk. Voor nu is het voldoende vast te stellen dat het plaatsvindt.

²⁰⁶ Hoe dit verder is beoordeeld, wordt helaas niet gespecificeerd in het onderzoek.

²⁰⁷ Zie over de historische rol van arbitrage in het aanbestedingsrecht: Pijnacker Hordijk, van der Bend en Nouhuys 2009, p. 579

²⁰⁸ V.zr. Rb. Oost Brabant 16 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:279

²⁰⁹ De volgende zaken zijn voorbeelden waarin de rechter expliciet stelt dat hem een slechts een marginale toetsingsmaatstaf toekomt: V.zr. Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360; V.zr. Rb. Den Haag 11 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5808;

²¹⁰ Zie bijvoorbeeld: V.zr. Rb. Rotterdam 25 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1283

²¹¹ V.zr. Rb. Noord-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7367

²¹² Essers 2013, p. 649

²¹³ Barkuysen e.a. 2014, p. 5

3.4.7 Marginale toetsing getoetst aan normen van rechtsbescherming

Zowel het EVRM als het Unierechtelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming lijken mijns inziens meer van de rechter te eisen dan een louter marginale toetsing, al kan in een kort geding marginale toetsing onder omstandigheden geoorloofd zijn. Op basis van beide rechtsbronnen mag de voorzieningenrechter niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten. Het HvJ spreekt in dat kader zoals besproken ook wel over een rechtmatigheidstoets. Uit het vorige hoofdstuk is gebleken dat onduidelijk is wat beide concepten precies onderscheid. De Hoge Raad lijkt deze mening te delen en heeft recent prejudiciële vragen gesteld aan het HvJ die hiervoor relevant zijn.²¹⁴ De Hoge Raad heeft onder andere de volgende vraag aan het HvJ voorgelegd:

*“Indien het antwoord op vraag 1.a ontkennend luidt: verzet het Unierecht zich ertegen dat de nationale rechter de beoordeling aan de hand van het evenredigheidsbeginsel zoals die door een aanbestedende dienst in het concrete geval is verricht, niet ‘vol’ toetst, maar volstaat met de (‘marginale’) toets of de aanbestedende dienst in redelijkheid heeft kunnen komen tot de beslissing om een inschrijver die een ernstige beroepsfout in de zin van art. 45 lid 2, eerste alinea, van de Richtlijn heeft begaan, desalniettemin niet uit te sluiten?”*²¹⁵

Helaas kan het antwoord op deze vraag wat betreft dit onderzoek niet worden afgewacht. Dit onderzoek zal zich dan ook beperken tot een overzicht van de theorie om vervolgens zo precies mogelijk de rechtspraktijk in kaart te brengen en te onderzoeken of toetsing grondiger zou kunnen en of welke middelen daar nodig voor zijn.

De visie uit het arrest *Van Spijker* dat de voorzieningenrechter slechts een voorlopig oordeel zou vellen is daarbij niet echt overtuigend. Het EHRM heeft al geoordeeld dat dit geen reden mag zijn om particulieren de bescherming te ontfemen waar zij op basis van het EVRM recht op hebben.²¹⁶ Het HvJ stelt echter dat in aanbestedingsgeschillen snelheid belangrijker is dan procedurele waarborgen. Ze stelt dat het daardoor niet onbegrijpelijk is dat de wettelijke bewijsregels niet van toepassing zijn, er geen uitwisseling van conclusies plaatsvindt en geen ander bewijs dan door geschrift wordt toegelaten. Dat bewijs slechts schriftelijk kan worden geleverd hoeft echter geen probleem te zijn. Immers, in het kader van een aanbestedingsprocedure is de meeste relevante informatie al op schrift gesteld. Wat betreft de overige procedurele waarborgen is reeds vastgesteld dat ook deze geen belemmering hoeven te zijn. Bovendien dragen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, de precontractuele redelijkheid en billijkheid, de aanbestedingsbeginselen, de motiveringsplicht allemaal bij aan de mogelijkheid die de

²¹⁴ HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, JAAN 2015, 89

²¹⁵ HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, JAAN 2015, 89

²¹⁶ Zoals reeds besproken in hoofdstuk 2

rechter heeft om grondig te toetsen. Wat betreft de figuur van de rechtsverwerking is al vastgesteld dat dit eigenlijk niet zo vaak van toepassing zou moeten zijn op aanbestedingsgeschillen. De procedurele waarborgen van een Nederlands kort geding zouden dus mijns inziens geen beperking hoeven op te leveren om grondig(er) te toetsen. Tot slot stelt het HvJ dat de beoordelingswijze tot de procedurele autonomie van de lidstaat behoort. Dit ontslaat de lidstaat echter niet van de verplichtingen op basis van het beginsel van effectieve rechtsbescherming en effectiviteit. Het EHRM laat zich er in ieder geval ook niet door beperken. Tot slot zou het zo kunnen zijn dat het rechters in bepaalde gevallen aan deskundigheid ontbreekt of dat tijdsgebrek voorzieningenrechters parten speelt. Dit suggereerden Hebly, de Boer en Wilman ook al in hun studie.²¹⁷ Dit aspect zal in het volgende hoofdstukken mede aan de orde worden gesteld, omdat dit beter is vast te stellen na vergelijking met de CvA. Deskundigheid kan daarbij zowel betrekking hebben op de kennis van een branche of kennis van het aanbestedingsrecht.

3.5 Resumé

In dit hoofdstuk zijn de nationale normen die gelden in het kader van rechtsbescherming bij aanbestedingsgeschillen uiteengezet. De regels omtrent vernietiging zijn in de Aanbestedingswet opgenomen en voldoen aan de eisen die daaraan door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen worden gesteld. Helaas is nog niet in de jurisprudentie uitgekristalliseerd of er naast de in de Aanbestedingswet genoemde gronden en naast de figuur misbruik van bevoegdheid nog andere gronden kunnen bestaan voor vernietiging. Vernietiging is in ieder geval dus slechts in een beperkt aantal gevallen mogelijk. Wat betreft de opschortingstermijn kent de Aanbestedingswet een langere opschortingstermijn tussen voorlopige en definitieve gunning dan op grond van de rechtsbeschermingsrichtlijnen is vereist. Wat betreft rechtsvorderingen ingesteld tegen een onrechtmatig onderhands gegunde opdracht, heeft de Nederlandse wetgever geen opschortingstermijn opgenomen in de wet. Hierdoor kan de termijn van vernietigbaarheid verlopen nadat een rechtsvordering is ingesteld. Dit gebrek heeft overigens nog niet tot problemen in de praktijk geleid. Wat betreft de vordering tot schadevergoeding is komen vast te staan dat het in de praktijk vrijwel onmogelijk is om schade vergoed te krijgen. Hierdoor ontstaat gerede twijfel of deze rechtsvordering wel voldoet aan de eisen die daaraan op basis van het effectiviteitsbeginsel worden gesteld. Dit heeft tot gevolg dat *de facto* de voorzieningenrechter in kort geding aanbestedingsgeschillen definitief beslecht. Het toetsingskader wordt onder andere bepaald door de aanbestedingsbeginselen, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de precontractuele redelijkheid en billijkheid. Dit biedt de rechter vele mogelijkheden om het handelen van de aanbestedende dienst grondig te toetsen. De figuur van de rechtsverwerking zou eigenlijk niet moeten worden toegepast op de manier hoe dit gebeurt en tast de effectiviteit van de rechtsbescherming aan. Vanwege de ineffectiviteit van de schadevergoedingsvordering in aanbestedingsgeschillen ontstaat twijfel of marginale

²¹⁷ Hebly, de Boer en Wilman 2007, p. 70-73

toetsing die wordt toegepast door de voorzieningenrechter de toets van het beginsel van effectieve rechtsbescherming kan doorstaan. Het HvJ heeft hierover nog geen uitspraak gedaan en bovendien nog niet meegewogen dat de vordering tot schadevergoeding nauwelijks tot schadeplichtigheid leidt. Het is dus niet ondenkbaar dat het Nederlandse systeem niet aan de eisen van effectiviteit en/of effectieve rechtsbescherming voldoet. Mijns inziens is marginale toetsing onvoldoende indien dit feitelijk het geschil beslecht. Hoe terughoudend de voorzieningenrechter toetst kan echter pas worden vastgesteld na vergelijking met de Commissie van Aanbestedingsexperts. Vervolgens kan ook worden vastgesteld of het redelijkerwijs mogelijk is om in gelijke zaken grondiger te toetsen.

4 De Commissie van Aanbestedingsexperts

4.1 Inleiding en oorsprong CvA

In hoofdstuk 2 zijn de supranationale normen die van toepassing zijn op rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht uiteengezet. Daarbij is geconstateerd dat deze normen casuïstisch zijn en niet goed toepasbaar op de grondigheid van toetsing van de rechter. In hoofdstuk 3 is uiteengezet hoe het systeem van rechtsbescherming op nationaal niveau zich verhoudt met de supranationale normen. Daarbij is geconstateerd dat er twijfel bestaat of het systeem voldoet aan de normen die er op van toepassing zijn. In het bijzonder is gebleken dat er twijfel bestaat of de voorzieningenrechter wel grondig genoeg toetst. In dit hoofdstuk wordt de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna ook: CvA) uiteengezet en vergeleken met de rol van de voorzieningenrechter. Het is de bedoeling om een overzicht te geven van de organisatie, doel, werkwijze en resultaten van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Zo kan uiteen worden gezet hoe de CvA het Nederlandse systeem van rechtsbescherming complementeert. In hoofdstuk 5 zullen de adviezen van de CvA worden vergeleken met vonnissen van voorzieningenrechters in vergelijkbare zaken.

In de inleiding werd duidelijk dat in het bijzonder kleinere ondernemingen meer behoefte hebben aan effectieve rechtsbescherming. Hierbij is het onder andere belangrijk dat een procedure toegankelijk is. Ook uit het onderzoek van Hebly, de Boer en Wilman in 2007 werd duidelijk dat in de praktijk behoefte was aan een laagdrempelige klacht- en adviesinstantie.²¹⁸ De Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet bevat een overeenkomstige constatering. De drempel om een kort geding aan te spannen is relatief hoog en een adviestraject wordt als minder beschadigend gezien voor de relatie tussen de ondernemer en de aanbestedende dienst.²¹⁹ Dit is dan ook de reden dat in art. 4.27 van de Aanbestedingswet de wettelijke grondslag voor de CvA is neergelegd:

"Artikel 4.27

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

En zo geschiedde het dat door de Minister van Economische Zaken door middel van een besluit op 4 maart 2013 de Commissie van Aanbestedingsexperts in het leven riep (hierna: het besluit of Ib).²²⁰ De organisatie, doel en werkwijze van de CvA zijn verder gespecificeerd in het Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: het reglement of R). De wettelijke basis hiervoor volgt uit art. 6 Ib.

²¹⁸ Hebly, de Boer en Wilman 2007, p. 15

²¹⁹ *Kamerstukken II*, 2009-2010, 32 440, nr. 3

²²⁰ *Stcr.* 2013 nr. 6182

4.2 Organisatie

De Commissie van Aanbestedingsexperts bestaat minimaal uit een voorzitter en een vicevoorzitter. De leden zijn onafhankelijk, onpartijdig en deskundig.²²¹ Ze worden door de minister benoemd. (art. 3 Ib en art. 3 R). De voorzitter is op dit moment J.G.J. (Joop) Janssen, destijds partner bij het advocatenkantoor Stibbe. De vicevoorzitter is C.E.C. (Chris) Jansen, tevens hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en hoogleraar privaatrechtelijk bouwrecht aan de Universiteit van Tilburg. Begin 2015 was er vanwege de toenemende populariteit van de CvA – een vacature voor een derde lid.²²² Uit de meest recente periodieke rapportage van de CvA is gebleken dat de heer mr. drs. T.H. Chen is benoemd als derde lid van de CvA.

²²³

De CvA wordt ondersteund door een secretariaat dat wordt belegd bij PIANOo (art. 5 Ib en art. 5 R).²²⁴ De CvA kan worden bijgestaan door een of meerdere experts. Alle adviezen worden gepubliceerd op de website van de CvA: "www.commissievanaanbestedingsexperts.nl".

4.3 Experts

De voorzitter heeft een coördinerende rol wat betreft de inzet van experts. Een actuele lijst van experts die aan de CvA zijn verbonden staat op de website van de CvA (art. 4 Ib en 4 R).²²⁵ Onder hen zijn wetenschappers, (oud)rechters/(oud)advocaten met een specialisme in aanbestedingszaken en deskundigen met een brede kennis van een bepaalde branche.²²⁶ De lijst bevat ten tijde van schrijven 86 verschillende experts, op 28 maart 2014 waren dit er 90.²²⁷ Iets meer dan de helft van hen zijn zogenaamde branche experts. Zij voorzien de CvA van extra kennis over specifieke branches indien een advies dit vereist. De overige experts zijn commissie experts. Zij voorzien de CvA van extra kennis op het gebied van inkoopprocessen en/of de aanbestedingspraktijk. Een commissie expert behandelt feitelijk de klacht in haar geheel, in opdracht van de commissie en onder diens verantwoordelijkheid. De commissie experts hebben dus in de eerste plaats tot doel verlagings van de werkdruk voor de commissieleden. Een opvallend groot aantal experts is gespecialiseerd in de bouw (23), gevolgd door ICT (11). Overige branches hebben een of enkele experts. Het is begrijpelijk dat de branches bouw en ICT meer experts hebben dan de overige. Alle aanbestedingen van werken zien uiteraard op de bouwbranche en in dit digitale tijdperk vinden ook belangrijke vernieuwingen plaats op het gebied van digitale infrastructuur bij aanbestedende diensten. In beide gevallen is er veel specialistische kennis vereist om te doorgronden waar een eventueel geschil nu echt om draait. Verder valt op dat er

²²¹ Het besluit en reglement bevatten geen bepalingen hoe om te gaan met *conflicts of interests*.

²²² Zie: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/publicaties/2014/12/18/gezocht-derde-lid-van-de-commissie-van-aanbestedingsexperts.html> (laatst bezocht op 25 februari 2015).

²²³ Tweede periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 25-05-2015, 4

²²⁴ Str. 2013 nr. 6182

²²⁵ Zie: Website van de Commissie van Aanbestedingsexperts, kopje: "Experts"

²²⁶ Str. 2013 nr. 6182

²²⁷ Eerste periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 28-03-2014, onder C en Tweede periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 25-05-2015, 1

een branche expert op het gebied van defensie is, ondanks dat aanbestedingen in deze branche deels onder de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied zullen vallen en dus buiten het bereik van de CvA. Tot slot is het goed om nog te benoemen dat er geen expert op de lijst voorkomt met als specialisme EU-recht. Gezien de kruisbestuiving tussen het aanbestedingsrecht, het mededingingsrecht, het staatssteunrecht en andere Unierechtelijke regels – zoals de vier vrijheden – zou het mijns inziens een goede toevoeging zijn indien de CvA op zoek zou gaan naar een expert op dit gebied.

Experts dienen zich te houden aan de "Gedragsregels voor Experts verbonden aan de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvA)" (hierna GE), die op de website zijn gepubliceerd (art. 6 lid 2 R jo art. 1 GE). Experts worden op voorstel van de voorzitter aangesteld in het kader van de behandeling van een aanhangig gemaakte klacht (art. 2 lid 1 GE). De voorzitter behoudt tijdens het proces de regie over de behandeling van de klacht. In de eerste periodieke rapportage staat dat de CvA vaker gebruik wil maken van experts en waarschijnlijk meer tijd kwijt zal zijn aan het instrueren en "sparren" met de experts. Uit de tweede periodieke rapportage blijkt dat dit nog steeds een belangrijk punt van aandacht is voor de commissie en dat ze relatief veel tijd kwijt zijn aan het zorgen dat adviezen waar commissie experts aan (mee)schrijven.

Net als de leden van de CvA mag een expert geen belang hebben of geacht worden te hebben bij de te behandelen klacht (art. 3 GE). Er mag ook geen schijn van belangenverstremgeling ontstaan vanwege bijvoorbeeld een zakelijke relatie die de expert, of één van de ondernemingen waarin deze werkzaam is, heeft met één der partijen die om klachtbehandeling hebben verzocht (lid 2 en 3). De expert dient zich onafhankelijk en onpartijdig op te stellen en mag zich dus niet tijdens het proces uitlaten over het geschil (lid 4 en 5). Ook na afloop is de expert tot geheimhouding verplicht. Indien er sprake is van een voorgaande zakelijke band tussen de expert en één of beide partijen worden deze daarover ingelicht. Ze kunnen dan de aanstelling van een expert blokkeren (lid 3). Onbekend is of dit in de praktijk is voorgevallen. Het zou interessant zijn als de CvA in haar volgende periodieke rapportage hier op in zou gaan.

4.4 Doel

De CvA heeft als taak om te bemiddelen en niet-bindende adviezen te geven naar aanleiding van klachten van inschrijvers en aanbestedende diensten (art. 2 Ib). Het doel is om bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten op een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige wijze. Zo probeert de CvA professionaliteit te bevorderen en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemers en aanbestedende diensten, aldus de toelichting bij het instellingsbesluit (art. 2 R). In de eerste periodieke rapportage (1 april 2013 tot 28 maart 2014) staat dat tweemaal succesvol is bemiddeld.²²⁸ In de tweede periode waar de tweede periodieke rapportage op ziet is

²²⁸ Eerste periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 28-03-2014, onder E

dit echter niet meer voorgekomen.²²⁹ De nadruk lijkt dus vooral op de adviespraktijk te liggen. Een ander doel is om te zorgen dat adviezen praktisch en leesbaar zijn.²³⁰ Dit mandaat zorgt ervoor dat de CvA meer vrijheid heeft in haar oordeel dan de voorzieningenrechter in kort geding. Waar de voorzieningenrechter slechts over de vordering kan oordelen, kan de CvA ook ter lering advies geven. Een voorbeeld daarvan is het recent gepubliceerde advies 82. De commissie stelt vast dat ze niet kan vaststellen of klager zijn inschrijving tijdig heeft ingediend. Daar had de klacht betrekking op. Wel stelt de commissie vast dat de beklaagde/aanbestedende dienst onzorgvuldig heeft gehandeld. Vandaar dat de commissie tot de volgende algemene aanbeveling kwam:

*"indien een aanbestedende dienst als wijze van indiening van inschrijvingen toestaat dat die worden gedeponereerd in een aanbestedingsbus, dient zij dit tevoren in de aanbestedingsstukken kenbaar te ma-ken en dient zij die bus na het verstrijken van het tijdstip waarop de inschrijvingen uiterlijk dienen te worden ingediend, af te sluiten, te verwijderen of anderszins te waarborgen dat daarin nadien geen inschrijvingen meer kunnen worden gedeponereerd."*²³¹

Het is overigens noemenswaardig dat de CvA niet expliciet tot doel heeft bij te dragen aan de rechtseenheid of de rechtsvorming in het aanbestedingsrecht, ook al heeft ze wel in bepaalde gevallen standpunten moeten innemen in procedures waarover in de rechtspraak nog niet was geoordeeld.²³² In haar eerste periodieke rapportage stelt de CvA dat er een dreigende werking van de commissie uitgaat. Ondernemers zouden dikwijls dreigen naar de commissie te stappen als er een conflict ontstaat. Aanbestedende diensten zouden trachten te voorkomen om via een (gepubliceerd) advies op de vingers te worden getikt, ofschoon een advies geen bindende werking heeft. Echter worden aanbestedende diensten en klagers in adviezen niet bij naam genoemd. Dit zou kunnen bevorderen dat partijen er na een advies samen uit kunnen komen. In de bespreking van de adviezen in het tweede deel van het hoofdstuk zal mede worden gekeken hoe de adviezen zich met de onderkende doelen verhouden.

4.5 Procedure indienen klacht

De procedure bij de CvA vangt aan met een klacht. De klacht moet betrekking hebben op een aanbestedingsprocedure die valt binnen de werking van de Aanbestedingswet 2012. Het indienen van een klacht is kosteloos. De klacht mag niet slechts betrekking hebben op het aanbestedingsbeleid in het algemeen (art. 8 lid 4 R). Zowel aanbestedende diensten, speciale-sectorbedrijven, ondernemers als onderaannemers kunnen een klacht indienen en brancheorganisaties kunnen een klacht indienen namens één of meer ondernemers. Een ondernemer is een (potentiële) gegadigde of inschrijvers. Een onderaannemer werkt in opdracht van zo'n ondernemer. Een klacht

²²⁹ Tweede periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 25-05-2015, 3, onder A

²³⁰ Eerste periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 28-03-2014, onder E

²³¹ Advies 82, 8

²³² Van der Velden & Van der Woerd 2014

van een onderaannemer kan niet betrekking hebben op de relatie met de hoofdaannemer. Anoniem klagen is niet mogelijk (art. 7 lid 3 R). Voordat een klacht in behandeling wordt genomen moet de klacht kenbaar zijn gemaakt aan de wederpartij en deze moet de mogelijkheid hebben gehad om binnen een redelijke termijn hierop te reageren (art. 8 lid 1 R). Onder bijzondere omstandigheden kan hier van worden afgeweken. Wat bovendien noemenswaardig is, is dat de CvA een klager verplicht een suggestie tot verhelpen van de klacht aan te dragen in de klacht, dit is in zekere zin het equivalent van de vordering in een kort geding. Suggestie en uiteindelijke aanbeveling hoeven echter niet op elkaar aan te sluiten, zoals advies 82 aantoont. De klacht dient via elektronische wijze te worden ingediend, gemotiveerd en voorzien van alle relevante informatie die voor behandeling zijn vereist. (art. 9 lid 1). De CvA loopt hierin dus voor op de rechterlijke macht. Voor hen is pas in 2018 als doel is gesteld via het project KEI de rechtspraak te digitaliseren en het procesrecht te moderniseren.²³³

Geen klacht kan worden ingediend indien reeds een gerechtelijke procedure is ingesteld. Een gang naar de rechter sluit een gang naar de CvA volledig uit. Partijen dienen terstond te melden als ze een procedure bij de rechter aanspannen. Indien tijdens een klachtenprocedure een gerechtelijke procedure wordt gestart, schort de CvA haar behandeling op. Uit de tweede periodieke rapportage blijkt dat dit in de periode 1 maart 2014 tot 1 maart 2015 driemaal is gebeurd.²³⁴ Indien tijdens de behandeling een gerechtelijke uitspraak volgt, staakt de CvA de behandeling van de klacht. Een procedure bij de CvA schort een lopende aanbestedingsprocedure niet op. Hierover zullen de ondernemer en de aanbestedende dienst afspraken moeten maken (art.9 lid 3). Deze regels zijn ook geïntegreerd in het digitale klachtformulier op de site. Stap voor stap wordt daarbij de noodzakelijk informatie gevraagd: namen van aanbestedende dienst en inschrijver, omvang opdracht, soort procedure, reactie wederpartij etc. De klager hoeft zich niet te laten bijstaan door een advocaat en kan in eigen bewoordingen de klacht omschrijven.

4.6 Beslissing om de klacht al dan niet in behandeling te nemen

Zodra de klacht is ontvangen door de CvA zal deze eerst beslissen of de klacht in behandeling wordt genomen. Het besluit om de klacht niet in behandeling te nemen wordt gemotiveerd medegedeeld aan de betrokken partijen. De CvA heeft hierbij een grote discretionaire bevoegdheid, ze hoeft alleen die klachten in behandeling te nemen die bijdragen aan de doelen die heeft. Ook de werklust kan een reden zijn om klachten af te wijzen. In de praktijk lijken de commissieleden er echter veel aan te doen om alle relevante klachten in behandeling te nemen en waar nodig zich door experts te laten bijstaan.²³⁵ Hier tekent zich een verschil af met de voorzieningenrechter die immers geen vrijheid heeft om een zaak al dan niet in behandeling te nemen. Uiteraard kan een vordering wel niet-ontvankelijk zijn. Helaas

²³³ Zie daarover bijvoorbeeld: Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 11 maart 2013, 394323

²³⁴ Tweede periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 25-05-2015, 3, onder A

²³⁵ Eerste periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 28-03-2014, onder C

is in de tweede periode rapportage niet opgenomen welke redenen de CvA had om klachten niet in behandeling te nemen.

Dit doet in zekere zin het aanzien van de CvA geen goed. Als klager ben je juridisch gezien immers overgeleverd aan de willekeur van de CvA. Hoewel feitelijk gezien dit probleem zich niet voor lijkt te doen, doet deze discretionaire bevoegdheid van de CvA wel afbreuk aan de rechtszekerheid van de klager.

4.7 Het onderzoek, advies, snelheid en publicatie

Indien een klacht in behandeling wordt genomen worden de partijen allereerst ingelicht hoe de procedure er verder uit gaat zien en óf en zo ja welke experts de commissie zullen bijstaan. Aangewezen experts zullen zich daarbij uiteraard aan de gedragsregels moeten houden. Indien de CvA daartoe mogelijkheden ziet, kan zij proberen om te bemiddelen in het conflict. Te allen tijde kan de CvA om aanvullende informatie van de partijen vragen. Wat betreft de advisering laat ze zich daarbij leiden door de bepalingen van de Aanbestedingswet, maar ook door wat er in de goede inkooppraktijk gebruikelijk is. Dit wijkt af van de toetsingsmaatstaf van de rechter die slechts toetst aan de Aanbestedingswet en de in hoofdstuk 2 genoemde normen. De goede inkooppraktijk vormt daarbij geen onderdeel van bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid of een van de andere in hoofdstuk 2 genoemde normen. De CvA toetst dus aan een breder pallet aan normen. Er is echter geen expliciete toetsing aan deze normen terug te vinden in de gepubliceerde adviezen. De impact van de afzonderlijke kleuren van het pallet lijkt daarmee moeilijk na te gaan.

Wat betreft de doorlooptijd van de klacht geeft de CvA geen garanties. In de eerste periodieke rapportage staat dat de doorlooptijd van een klacht afhangt van verschillende factoren. Indien de klacht niet in behandeling wordt genomen duurde de afhandeling volgende de eerste periodieke rapportage gemiddeld 5 dagen. Indien er sprake was van een kritieke termijn is de doorlooptijd gemiddeld 30 dagen en indien er geen kritieke termijn is, was de doorlooptijd gemiddeld 72 dagen. De voorzieningenrechter doet in de regel twee weken na de zitting uitspraak.²³⁶ Uit de tweede periodieke rapportage blijkt dat deze termijnen in de periode 1 maart 2014 tot 1 maart 2015 deels zijn af- en toegenomen. Afhandeling van een klacht waar sprake is van een kritieke termijn duurde dit in die periode gemiddelde 40 dagen. Indien er geen sprake was van een kritieke termijn duurde dit 64 dagen. De CvA wijt dit verschil aan de toename van inzet van experts, in het bijzonder commissie experts.

Na het uitbrengen van het advies kan de commissie beslissen om het advies te publiceren. Ze kan er voor kiezen publicatie in te korten of hiervan af te zien indien ze te weinig leereffect voorziet. Partijen kunnen beslissen dat ze niet bij naam willen worden genoemd in het advies. Indien de commissie bijstand heeft gekregen van een expert wordt dit in het advies aangegeven. In drie gepubliceerde adviezen wordt

²³⁶ Eerste periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 28-03-2014, onder C, 3

daarbij de naam van de expert niet genoemd.²³⁷ Ook experts kunnen er blijkbaar voor kiezen niet bij naam te worden genoemd in het advies. Er kan slechts worden gegist wat hun redenen daarvoor zijn. In ieder geval is hierover geen regel opgenomen in het reglement of de gedragsregels.

4.8 Waarde van de adviezen en de onafhankelijkheid van de commissieleden

De adviezen van de CvA zijn dus in beginsel niet bindend (art. 12 lid 2 R of art. 2 lid 2 sub b Ib). De aanbestedende dienst heeft dus alle vrijheid het advies op te volgen of niet. Het kan echter wel zijn dat klager en beklaagde onderling afspreken zich wel of niet aan het advies te houden. Echter reeds in twee zaken is een adviestraject opgevolgd met een gerechtelijke procedure. De rechter moest vervolgens een oordeel uitspreken over de waarde van het advies van de CvA. In de eerste zaak moest de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland zich uitspreken over de waarde van Advies 33 dat was uitgebracht naar aanleiding van een conflict tussen bouwbedrijf BAM en de gemeente Zevenaar. In de aanbestedingsprocedure had de gemeente formeel het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving gebruikt, in de praktijk was eigenlijk alleen de prijs relevant. Daarom kwam de CvA tot de conclusie dat er sprake was van strijd met de aanbestedingsregels, omdat de keuze voor laagste prijs niet was gemotiveerd zoals op grond van de Aanbestedingswet is vereist (art. 2.114 Aw). De gemeente Zevenaar nam het advies echter niet over en daarom spande BAM een kort geding aan. De rechter overweegt vervolgens:

"4.5 In zijn algemeenheid is het, anders dan BAM heeft gesteld, niet zo dat een door de Commissie gegeven advies in een procedure voor de civiele rechter maatgevend is en dat dat advies slechts marginaal kan worden getoetst. Het advies van de Commissie is niet bindend. Een opvatting die erop neerkomt dat een oordeel van de Commissie slechts marginaal kan worden getoetst, levert een inperking op van het recht van de partijen hun geschil in volle omvang aan de rechter voor te leggen in een procedure die met voldoende waarborgen is omkleed. Voor een dergelijke inperking is geen (wettelijke) grond. Het advies van de Commissie is een geschrift waaraan in deze procedure vrije bewijskracht toekomt en waarmee de rechter bij de waardering van eventueel te leveren bewijs rekening kan houden. Dat laat overigens onverlet dat daarbij betekenis kan toekomen aan de deskundigheid van de leden van de Commissie en de daarbij betrokken experts."²³⁸

Gezien de deskundigheid van de CvA komt de voorzieningenrechter vervolgens tot de conclusie dat het op de weg van de gemeente had gelegen om het advies gemotiveerd al dan niet met hulp van een deskundige te bestrijden. Nu dit niet is gebeurd ziet de rechter geen reden af te wijken van het deskundige advies van de

²³⁷ advies 22-1, 59 en 94

²³⁸ V.zr. Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, JAAN 2014/56, m.nt. Ritsema van Eck

commissie. Een andere voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland komt echter tot een andere conclusie. Die zaak had betrekking op afvalverwerking in een aantal gemeenten. Sita (eiser) stelt dat de overeenkomst had moeten worden aanbesteed. Vanwege het verlopen van de termijn om op te komen tegen onderhandse gunning start Sita een procedure. De CvA schort vervolgens de advisering op. Sita verzoekt de rechter het advies van de CvA af te wachten. De rechter overweegt vervolgens:

"5.4. Naar het oordeel van de rechtbank voert het dan ook te ver om de zaak aan te houden en het advies van de Commissie af te wachten. Dit geldt te meer nu zowel Regio Noord-Veluwe en de gemeenten als Afoalsturing Friesland - al dan niet terecht - twijfels hebben geuit over de onafhankelijke en onpartijdige houding van de Commissie. Regio Noord-Veluwe en de gemeenten verwijzen daarbij naar correspondentie (productie 10 van Sita), waaruit volgens hen blijkt dat de Commissie al met de advocaat van Sita heeft overlegd over wat de positie van Sita is en heeft meegedacht met Sita over de 'beste aanvliegroute'. Afoalsturing Friesland wijst erop dat de voorzitter van de Commissie, [naam], een kantoorgenoot is van de advocaten van Sita en dat het niet acceptabel zou zijn als [naam] direct of indirect betrokken zou zijn bij de totstandkoming van het advies. Het Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts zegt echter niets over de mogelijke 'conflicts of interests' en hoe daarmee om te gaan. Wat hiervan verder ook zij, in ieder geval betekent een en ander naar het oordeel van de rechtbank dat met het verzoek van Sita zeer terughoudend moet worden omgegaan." ²³⁹

Begrijpelijk is dat de rechter het advies niet wil afwachten. Onduidelijk is ook op welke grond dit zou kunnen, mede omdat het reglement van de CvA hier niet in voorziet. ²⁴⁰ Wat betreft het overige komt de rechter tot de overeenkomstige conclusie dat het advies niet bindend is en dat de voorzieningenrechter een grote vrijheid heeft bewijs te waarderen. In afwijking van het eerste vonnis trekt de voorzieningenrechter hier de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de CvA in twijfel. Het reglement bevat inderdaad geen regels die zien op een *conflict of interest* tussen de commissieleden en een der partijen. Uit de tweede periodieke rapportage blijkt echter wel dat tussen 1 maart 2014 en 1 maart 2015 de commissie tweemaal een klacht niet in behandeling heeft genomen, omdat beide leden van de commissie een conflicterend belang hadden. ²⁴¹ Wellicht dat nu er een derde lid is aangesteld, de CvA hier in de toekomst minder vaak mee te maken zal krijgen. Hoewel niet duidelijk is wat het conflicterend belang in die twee gevallen inhield is duidelijk dat de CvA de boodschap van de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland ter harte heeft genomen.

²³⁹ V.zr. Rb. Gelderland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868, JAAN 2014/91 m.nt. Ritsema van Eck

²⁴⁰ Wel zou het wellicht een mogelijkheid kunnen zijn om de CvA als deskundige in het kort geding te benoemen. Deze mogelijkheid zal in de aanbevelingen nog worden besproken.

²⁴¹ Tweede periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 25-05-2015, 4

4.9 Resultaat

In het eerste jaar werden er 70 klachten ingediend, waarvan 60 door midden- en kleinbedrijven en vier door brancheorganisaties namens mkb-bedrijven. Ondertussen is dit aantal ruim verdubbeld. In haar eerste periodieke rapportage stelt de CvA dat ze in het eerste jaar zes maal door een expert is bijgestaan. Tweemaal door een branche expert (eenmaal een ict-branche expert en eenmaal een bouwbranche expert) en viermaal door een commissie expert.²⁴² De CvA voorzag dat ze in het komende jaar meer gebruik van experts zouden gaan maken.²⁴³ In de periode waar de tweede periodieke rapportage op ziet, ligt dit percentage op 40% (16 uit 40). In totaal werden 17 experts ingeschakeld. In één advies werd dus zowel een branche expert als een commissie expert ingeschakeld. In drie gevallen betrof het een branche expert en in de overige gevallen commissie experts (veertien). In het bijzonder is mr. T.H. Chen vaak – in totaal vijf maal bij een gepubliceerd advies²⁴⁴ – als expert betrokken en is de enige die meer dan eens als expert betrokken is bij een advies dat vervolgens is gepubliceerd.²⁴⁵ In de periode waar de eerste periodieke rapportage op ziet is het aantal kort gedingen dat is aangespannen significant afgenomen (met 25 zaken).²⁴⁶ In het afgelopen jaar is het aantal kort gedingen dat betrekking heeft op aanbestedingen weer gestegen. Toch is niet ondenkbaar dat een deel van de daling het gevolg is geweest van het instellen van de CvA, zoals de CvA zelf ook suggereert. Voorzieningenrechtters en de CvA liggen dus in elkaars vaarwater, het is echter maar de vraag of ze daadwerkelijk last van elkaar ondervinden. In ieder geval toont het aantal afgehandelde klachten aan dat er behoefte is aan de adviespraktijk van de CvA.

Op het moment van schrijven zijn er 51 adviezen gepubliceerd. In maar liefst 36 van die adviezen krijgt de klager in ieder geval gedeeltelijk gelijk. In alle adviezen betrof het tot nu toe ondernemers die klaagden of brancheorganisaties die klaagden namens ondernemers. Ondernemers krijgen dus in 70% van de gevallen (deels) gelijk bij de CvA, op basis van de adviezen die nu zijn gepubliceerd. Dit percentage stemt overeen de statistieken die staan genoemd in de tweede periodieke rapportage wat betreft alle in die periode uitgebrachte adviezen.²⁴⁷ Dit percentage is fors hoger dan bij de voorzieningenrechter, waar ondernemers in het merendeel van de gevallen het onderspit delven. Als er een expert betrokken is bij het advies neemt dit percentage niet af of toe. De betrokkenheid van de experts lijkt dus geen invloed te hebben op de uitkomst van het advies. Of de betrokkenheid van branche experts invloed heeft op de uitkomst van het advies kan helaas niet worden vastgesteld. In alle drie de gevallen waar een branche expert betrokken was bij een advies dat vervolgens is gepubliceerd kreeg de inschrijver (deels) gelijk. Vanwege het geringe aantal kan hier echter geen conclusie uit worden getrokken.²⁴⁸ Bovendien moet rekening worden gehouden met

²⁴² Branche experts: adviezen 98 en 82; commissie experts: adviezen 70, 79, 81, 83, 84, 86, 94, 105, 124 en 155.

²⁴³ Zie eerste periodieke rapportage

²⁴⁴ T.H. Chen was betrokken bij adviezen 33, 70, 81, 105 en 124.

²⁴⁵ De twee onbekende experts daarbij buiten beschouwing gelaten.

²⁴⁶ Gebaseerd op de zaken die op rechtspraak.nl zijn gepubliceerd

²⁴⁷ Tweede periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 25-05-2015, 3

²⁴⁸ Immers die kans is gelijk aan: $0,70^3 = 0,34$, oftewel ongeveer 34%.

het feit dat het een vergelijking van (gepubliceerde) adviezen en gepubliceerd vonnissen betreft.

4.10 Lijdelijkheid

De rechter gedraagt zich in een civiele procedure in beginsel lijdelijk. Dit houdt in dat de rechter een zekere afwachtende rol dient aan te nemen. Het zijn de partijen die over en weer feiten en omstandigheden aandragen die hun stellingen en vorderingen ondersteunen. Uit de lijdelijkheid vloeit voort dat de rechter voor waar aanneemt wat niet gemotiveerd is betwist door de wederpartij. Ten principale geldt dat wie stelt moet bewijzen. Diegene die zich op de rechtsgevolgen van een feit of recht beroept draagt de bewijslast daartoe. De CvA heeft een andere aanpak. Ten eerste stelt de CvA naar aanleiding van een klacht schriftelijke vragen aan partijen naar aanleiding van de inhoud van de klacht. Ze communiceert actief met partijen, ook in het kader van een mogelijke bemiddeling. De voorzieningenrechter stelt vragen tijdens de comparitie, maar heeft voorhands geen inhoudelijk contact met partijen. In sommige gevallen gaat de CvA nog verder. Na afwijzing van de klacht constateert ze in advies 105 een andere waarschijnlijke schending van de aanbestedingsregels:

"6.9 De Commissie merkt tot slot – en eveneens ten overvloede – nog het volgende op. De in punt 1.4 beschreven wijziging van het boetebeding lijkt haar een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de opdracht te zijn. Denkbaar is immers dat potentiële inschrijvers hun belangstelling voor de aanbesteding hebben verloren na kennisname van het oorspronkelijke boetebeding. Dan kan zich hier een situatie hebben voorgedaan die vergelijkbaar is met de casus van het arrest HoJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (Commissie/Nederland), waar het Hof in r.o. 55 overweegt dat in de Nota van Inlichtingen niet de belangrijkste voorwaarden van de opdracht gewijzigd mogen worden. Aangenomen dat niet alleen voor klager, maar ook voor andere potentiële inschrijvers, het boetebeding een belangrijke voorwaarde is, zou beklagde dan een rectificatie of een nieuwe aankondiging hebben moeten plaatsen in TenderNed waarbij de minimale termijn van 45 dagen in acht wordt genomen."

Op basis van deze constatering doet de commissie vervolgens een aanbeveling over iets waarover klager niet heeft geklaagd. Ze treedt daarmee dus buiten de rechtsstrijd!

"De Commissie doet de volgende aanbeveling. Beklaagde doet er naar het oordeel van de Commissie verstandig aan om de mogelijke aanbestedingsrechtelijke consequenties van (de wijziging van) het boetebeding nog eens goed te doordenken, alvorens tot een afronding van de aanbestedingsprocedure te komen. Die consequenties zijn drieledig. In de eerste plaats: wanneer er in de niet aan de Commissie ver-strekte aanbestedingsstukken geen duidelijke definitie van het begrip "leveringsbe-trouwbaarheid" staat, valt niet uit te sluiten dat de inschrijvers dat begrip ieder afzonderlijk verschillend interpreteren en dat die interpretatieverschillen doorwerken in de (vergelijkbaarheid van de) ontvangen

inschrijvingen. In de tweede plaats: ook wanneer die interpretatieverschillen niet bestaan, valt niet uit te sluiten dat het beding de toets van art. 1.10 lid 1 sub h Aw 2012 niet kan doorstaan. Voor een definitief oordeel daarover is gelet op het voorgaande meer informatie nodig. In de derde plaats wijst de Commissie er op dat de wijziging van het boetebeding mogelijk een wezenlijk karakter heeft."

In advies 97 en 121 bevatten soortgelijke aanbevelingen. In advies 81 komt de commissie met een aanbeveling, ondanks dat ze de klacht ongegrond verklaart. De aanbeveling ziet echter wel op een aspect van de aanbestedingsprocedure waarover is geklaagd, de schending is echter niet van die orde dat de klacht gegrond moet worden verklaard. Het is eerder een klein verbeterpuntje.

4.11 Deskundige versus expert

Ten tweede heeft de CvA toegang tot een breed netwerk van experts die haar kunnen bijstaan in de advisering. Dit komt de deskundigheid van de commissie ten goede. In kort geding heeft de voorzieningenrechter weliswaar ook de mogelijkheid zich te laten bijstaan door een deskundige die een voorlopig deskundigenbericht uitbrengt. In de praktijk gebeurt dit echter uiterst zelden.²⁴⁹ In beginsel is het de bedoeling dat partijen een deskundige aandragen en de rechter deze benoemt. Indien partijen niet met een eensluidend voorstel komen, kan de rechter zelf een deskundige benoemen. Dit hoeft niet te worden gemotiveerd. Het is mogelijk dat de rechter op voorhand een deskundige benoemt en dat partijen na afloop van de benoeming aan de griffier kunnen laten weten wat zij van de keuze van de rechter vinden. Dit is echter de uitzondering.²⁵⁰ Het gebruik van commissie experts door de CvA en deskundigen in kort geding is wezenlijk anders. Een deskundige brengt verslag uit over een specifiek onderdeel van het geschil. Hetgene waarover de deskundige is gevraagd te oordelen wordt ook in de uitspraak vermeldt (art. 194 lid 1 Rv.). De CvA neemt zelf het initiatief om zich te laten bijstaan door een expert en vermeldt alleen dat ze zich heeft laten bijstaan en niet wat de bijdrage van de expert is. In twee gevallen wordt de naam van de expert in het gepubliceerde advies niet eens genoemd.²⁵¹ Slechts in een beperkt aantal gevallen laat de CvA zich bijstaan door een branche expert (vier maal). In de meeste gevallen waren het commissie experts – experts op het gebied van het aanbestedingsrecht – die de CvA bijstonden. Deze stonden de commissie bij de afhandeling van de hele klacht bij, in tegenstelling tot een deskundige aan wie specifieke vragen worden gesteld door de rechter.²⁵²

4.12 Positie van derden

In voorgaande hoofdstukken is slechts de relatie tussen een benadeelde inschrijver en aanbestedende dienst aan bod gekomen. In het kader van de vergelijking met de CvA is het goed nog op te merken dat bij een adviesprocedure de rol van derden in de

²⁴⁹ De Groot 2012, p. 12

²⁵⁰ De Groot 2012, p. 13 e.v.

²⁵¹ Dit is het geval bij adviezen 94 en 22-1

²⁵² Zie: De Groot 2002, p. 91 e.v.

procedure beperkt is. In tegenstelling tot een aanbestedingsgeschil kunnen ze zich niet voegen of tussenkomen met een eigen klacht. Ook is er geen derdenverzet mogelijk.²⁵³ De impact hiervan is echter beperkt aangezien het advies geen bindende werking heeft. Aangezien niemand formeel aan het advies is gebonden, kan het advies de positie van derden ook niet aantasten. Indien een aanbestedende dienst echter aanbevelingen uit een advies uitvoert kan het zijn dat hierdoor de positie van derden wel wordt aangetast. Het zou bijvoorbeeld kunnen dat de CvA adviseert om een bepaald gunningscriterium te schrappen en dat hierdoor klager een betere score behaalt dan een derde. Dit kan vervolgens weer een volgend conflict opleveren. Wel is het zo dat in sommige gevallen meerdere ondernemers een klacht indienen die ziet op dezelfde aanbestedingsprocedure. Deze worden vervolgens tezamen behandeld. Een voorbeeld daarvan zijn adviezen 83 en 84. Indien adviezen vaker gaan leiden tot handelen van de aanbestedende dienst ter uitvoering van de daarin neergelegde aanbevelingen zou het mijns inziens een goed idee zijn als de CvA serieus zou overwegen derden die belang hebben bij de uitkomst van een advies zich ook uit te laten over een kwestie waarover een klacht is ingediend.

4.13 Resumé

De procedure bij de CvA is in veel opzichten het tegenovergestelde van een kort geding bij de voorzieningenrechter. De CvA bestaat bestond uit twee personen (nu drie) en er zijn geen regels hoe met belangenconflicten moet worden omgegaan, al houdt de CvA daar in de praktijk wel rekening mee. Ze kan naar believen klachten wel of niet in behandeling nemen. De CvA stelt vragen en in veel gevallen neemt ze zelf initiatief om onderzoek te laten doen door een expert of om schriftelijke vragen stellen aan partijen. Een recht op hoor en wederhoor is niet absoluut (art. 11 lid 5 R). De CvA laat zich in veel gevallen bijstaan door experts uit de praktijk, in tegenstelling tot de voorzieningenrechter neemt ze zelfstandig hiertoe het initiatief. Ook hanteert de CvA geen vaste termijnen waarbinnen ze adviseert. Dit leidt tot wisselende resultaten. Indien ze met het advies komt is het mogelijk dat er aanbevelingen in zijn opgenomen die niet zien op de originele klacht. Ook het beoordelingskader verschilt enigszins. De CvA legt de nadruk op het leereffect en professionalisering van de aanbestedingspraktijk. De CvA kan zich bijvoorbeeld ook laten leiden door de inkooppraktijk. De voorzieningenrechter voert een toets aan het recht uit. Dit suggereert dat de CvA doelmatig zal toetsen, althans meer op de stoel van de aanbestedende dienst durft te zitten en na te kijken of deze de juiste beslissing heeft genomen.

Kortom, procedureel gezien valt er behoorlijk wat aan te merken op de Commissie van Aanbestedingsexperts. De procedure is met weinig waarborgen omkleed. Hier zijn zeker verbetermogelijkheden te vinden in het kader van de herzieningen van de Aanbestedingswet. De CvA is echter geen gerecht en de adviezen zijn niet bindend, dus ze hoeft ook niet aan daaraan verbonden eisen te voldoen. In het kader van de

²⁵³ Zie hierover: van Heeswijck 2013, p. 185-195; en Essers 2013, p. 636-640

geloofwaardigheid van haar adviezen is dit echter wel aan te raden. Dit doet echter geen afbreuk aan het feit dat er veel kennis aanwezig is bij de CvA en de daaraan verbonden experts. Het is daarom absoluut relevant om te kijken hoe de adviezen van de CvA zich verhouden met vonnissen van de voorzieningenrechter in gelijke zaken.

5 Adviezen versus vonnissen

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de adviezen van de CvA vergeleken met vonnissen over vergelijkbare zaken van de voorzieningenrechter. Zoals gezegd zijn er op het moment meer dan 150 adviezen uitgebracht en 51 adviezen gepubliceerd. In 32 gepubliceerde adviezen werd de klager in ieder geval deels in het gelijk gesteld. Het heeft even geduurd voordat men in de literatuur ging schrijven over de adviezen van de CvA. De eerste noten bij een advies van de CvA verschenen in de eerste aflevering van het tijdschrift JAAN (Jurisprudentie AANbestedingsrecht) van 2014. Overigens hebben bijna alle annotaties betrekking op adviezen waar de aanbestedende dienst in het ongelijk wordt gesteld. De andere adviezen moeten het helaas meestal zonder annotatie stellen. Er zijn ook al enkele artikelen over de CvA gepubliceerd.²⁵⁴ Een integrale vergelijking tussen de CvA en de voorzieningenrechter is echter nog niet gepubliceerd. In dit onderzoek worden de adviezen ingedeeld aan de hand van een aantal thema's uit de aanbestedingspraktijk. Vervolgens worden de adviezen van de CvA vergeleken met vonnissen van de voorzieningenrechter. Enerzijds hebben deze thema's betrekking op de wijze waarop de aanbestedende dienst de inschrijving beoordeelt. Denk hierbij aan de gunningscriteria, kerncompetenties, referenties, de motiveringsbeslissing en de mogelijkheid een gebrek in de aanbestedingsprocedure aan te vullen. Anderzijds hebben ze betrekking op hoe de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure heeft ingericht. Denk hierbij aan het splitsingsverbod, het clusterverbod en het grensoverschrijdend belang van een overheidsopdracht. De vraag hier is niet: hoe zit het precies met die problematiek? De vraag is eerder: hoe gaan de CvA en de voorzieningenrechter in de praktijk om met deze geschilpunten? De meeste thema's sluiten aan bij wat er in het vorige hoofdstuk al aan de orde is geweest. Overigens zijn wel alle adviezen onderzocht, maar worden ze niet allemaal behandeld.²⁵⁵ In een aantal adviezen is de klacht vrij duidelijk ongegrond en in andere gevallen neemt de CvA een identiek standpunt in als de voorzieningenrechter. In totaal passeren ongeveer tweederde van de gepubliceerde adviezen de revue.

5.2 Proportionaliteit van aansprakelijkheidclausules en boetebedingen

Een aanbestedende dienst neemt in het bestek vaak eisen op die zien op de aansprakelijkheid van een inschrijver voor schade die het gevolg is van het uitvoeren van de opdracht. Vaak moet de aansprakelijkheid deels of volledig worden gedragen door de winnende inschrijver. In bepaalde gevallen kan een dergelijke eis disproportioneel zijn op grond van 3.9 A GP. Daarin is vastgesteld dat het risico moet worden gedragen door de partij die het het beste kan beheersen of beïnvloeden. In hoeverre het risico verzekeraar is, speelt daarbij een belangrijke rol. Bovendien stelt 3.9 C van de Gids Proportionaliteit dat indien er in de branche contractmodellen of algemene voorwaarden zijn die de inkooppraktijk weergeven, de aanbestedende

²⁵⁴ Bijvoorbeeld: Van der Velden & Van der Woerd 2014; en Van Leeuwen & Tichelaar 2014

²⁵⁵ Althans adviezen die zijn gepubliceerd voor 1 april 2015

dienst deze in beginsel integraal moet toepassen. In ieder geval verlangt de aanbestedende dienst geen ongelimiteerde aansprakelijkheid van de inschrijver (3.9 D lid GP), ze dient bovendien bij de limitering acht te slaan op het risico dat de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt en de gebruikelijke aansprakelijkheidseisen in de betreffende branche. Disproportionaliteit wordt vastgesteld aan de hand van het beginsel *comply or explain*, zoals reeds uiteen is gezet in het vorige hoofdstuk. Adviezen 13, 40, 42, 97, 105, 121 en 154 hebben betrekking op klachten omtrent proportionaliteit van aansprakelijkheidsclausules en boetebedingen. Adviezen 40 en 42 zijn overigens identiek. Wat betreft boetebedingen is niets in de Gids proportionaliteit opgenomen, hiervoor moet worden teruggevallen op de algemene regel van 1.10 lid 2 sub h Aw (proportionaliteit voorwaarden van de overeenkomst).

Het proportionaliteitsbeginsel is eigenlijk pas relevant geworden sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet op 1 april 2013 in combinatie met de bijbehorende Gids Proportionaliteit. Ook daarvoor hebben inschrijvers wel eens een beroep gedaan op disproportionaliteit van een aansprakelijkheidsclausule. De voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht achtte in 2007 echter een ongelimiteerde aansprakelijkheid gerechtvaardigd op basis van de contractsvrijheid en het feit dat aanbestedingen zien op publieke voorzieningen.²⁵⁶ De voorzieningenrechter van de rechtbank Haarlem voegt daar nog aan toe dat op aanbestedende diensten geen verplichting rust de mededinging te bevorderen, ook het proportionaliteitsbeginsel wordt niet expliciet erkend.²⁵⁷ De plicht tot openstellen voor mededinging bestaat overigens wel en is bevestigd door het HvJ in het arrest EVN/Wienstrom in 2003.²⁵⁸ Beide uitspraken laten met verwijzing naar het Burgerlijk Wetboek weinig ruimte voor een toets aan het proportionaliteitsbeginsel.

In ieder geval is het onderwerp in de nationale jurisprudentie hierna nauwelijks nog aan bod gekomen. Het is de CvA die het onderwerp in haar adviezen nieuw leven heeft ingeblazen. Eerst in advies 13, waar ze stelt dat aansprakelijkheid disproportioneel is indien de omvang van de aansprakelijkheid te sterk afwijkt van de in de branche gebruikelijke aansprakelijkheidsregelingen. Ze doet de aanbeveling dat partijen – conform 3.9 B – aansluiten bij de in de branche gebruikelijke algemene voorwaarden. In adviezen 40 en 42 adviseert ze dat de aansprakelijkheidsregeling proportioneel is indien de aansprakelijkheid niet ongelimiteerd is en het risico verzekeraar. In advies 97 voegt de CvA hieraan toe dat potentiële schadeposten die een redelijkerwijs voorzienbaar risico en geringe of voorzienbare effecten hebben aan de inschrijver kunnen worden toegedeeld. Van de inschrijver mag worden verwacht dat die in zo'n situatie in staat is het risico te beprijzen en te verdisconteren in de aanbieding. Het is echter mogelijk dat de eis disproportioneel was omdat was afgeweken van de in de branche gebruikelijke algemene voorwaarden (in casu de UAV-GC 2005). Hierover was niet geklaagd. In advies 105 merkt de CvA op dat gekozen boetebedingen waarschijnlijk disproportioneel is, maar dat daarover in dit

²⁵⁶ V.zr. Rb. Utrecht 21 maart 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA2053

²⁵⁷ V.zr. Rb. Haarlem 5 december 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AZ1072

²⁵⁸ HvJ EG 4 december 2003, C-448/01

stadium niet meer kan worden geklaagd. Wel beveelt zij de aanbestedende dienst aan het boetebeding gelet op art. 1.10 lid 2 sub h Aw te herbeoordelen, suggererend dat het waarschijnlijk de proportionaliteitstoets niet kan doorstaan. In advies 121 vervolgt de CvA haar analyse door te stellen dat een aansprakelijkheidsregeling disproportioneel is indien de kans op verwezenlijking van een bepaald risico klein is, maar de gevolgen zodanig dat de continuïteit van de onderneming in het geding zou komen bij verwezenlijking (dit zou gelijk staan aan een soort Russisch roulette). In zo'n geval is het risico ook niet meer te verdisconteren. In de overige gevallen mag wederom worden verwacht dat de inschrijver in beginsel in staat moet zijn het risico te verdisconteren in zijn aanbieding. Wederom is niet geklaagd over afwijking van de in de branche gebruikelijke voorwaarden noch over niet transparante eisen. In tegenstelling tot wat 't Hart in zijn noot stelt, sluit de maatstaf van advies 121 mijns inziens wel aan bij 3.9 A GP.²⁵⁹ Tot slot overweegt de CvA in advies 154 dat het, gelet op 3.9 D GP aan de aanbestedende dienst is aan te tonen dat hij wat betreft de limitering van de aansprakelijkheid acht heeft geslagen op de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt en wat gebruikelijk is in de branche. Bijzonder is dat de CvA geen verbinding legt tussen het proportionaliteitsbeginsel en toegang van het mkb tot de markt voor overheidsopdrachten.

Na afloop van advies 154 heeft de aanbestedende dienst zijn eis heroverwogen en is tot de conclusie gekomen dat de eis niet hoefde te worden aangepast. Klager heeft vervolgens een kort geding aangespannen tegen de aanbestedende dienst.²⁶⁰ Vervolgens moest de voorzieningenrechter zich dus buigen over geschil. Ten eerste stelt de voorzieningenrechter – overeenkomstig de CvA – dat de aansprakelijkheid niet is gelimiteerd, omdat niet is afgeweken van het Burgerlijk Wetboek (in het bijzonder art. 6:98, 6:101: causaliteit en eigen schuld). Ten tweede stelt de voorzieningenrechter dat de aanbestedende dienst heeft voldaan aan de eis van 3.9 D lid 2 GP. Wat betreft de risico's die de aanbestedende dienst daadwerkelijk loopt, overweegt de voorzieningenrechter dat eiser onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de genoemde risico's nagenoeg zijn uitgesloten. Wat betreft de gebruikelijkheid van exoneratiebedingen door leveranciers in de branche is kennelijk als voldoende geacht dat de aanbestedende dienst stelt dat de bedingen in aard en omvang verschillen. Mingels en Damsma komen in hun noot echter terecht tot de conclusie dat hieraan niet afdoet dat exoneratiebedingen blijkbaar wel gebruikelijk zijn in de markt. Het lijkt er dus op dat de aanbestedende dienst ondanks de positieve formulering van 3.9 D GP het voordeel van de twijfel krijgt van de rechter.

Wat betreft boetebedingen volgt de rechter een overeenkomstige voordelige beoordelingsmethode. De CvA raadt in advies 105 de aanbestedende dienst aan de consequenties van het boetebeding verder te beoordelen. De voorzieningenrechter stelt slechts dat voorshands niet kan worden vastgesteld of het boetebeding disproportioneel is. Hij geeft de aanbesteder vervolgens groen licht en geeft de

²⁵⁹ CvA 20 augustus 2014, Advies 121, JAAN 2015/26, m.nt. 't Hart

²⁶⁰ V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7530, JAAN 2015/15, m.nt. Mingels en Damsma

inschrijver slechts mee dat achteraf altijd matiging kan worden gevorderd bij de rechter, indien de te verbeuren boetes in wanverhouding staan tot de ernst van de tekortkoming. Duidelijk mag zijn dat de CvA – gelet op advies 105 – hoogstwaarschijnlijk een andere beoordelingsmethode had toegepast.

Concluderend lijkt de CvA aansprakelijkheidseisen en boetebedingen grondiger te toetsen aan het proportionaliteitsbeginsel. Door grondiger te toetsen en de aanbestedende dienst te adviseren bepaalde eisen beter te onderzoeken, is goed terug te zien hoe de CvA aanstuurt op professionalisering en het veroorzaken van een leereffect in de aanbestedingspraktijk. De voorzieningenrechter gaat dit mijns inziens juist uit de weg door bijvoorbeeld niet goed te kijken naar gebruikelijke exoneratiebedingen in de markt. Bovendien neemt de CvA principiële standpunten in over situaties die in de jurisprudentie niet of nauwelijks aan bod zijn gekomen. Dit alles zou kunnen verklaren waarom dit onderwerp al vaker is behandeld door de CvA dan door de voorzieningenrechter.

5.3 Het clusterverbod en splitsingsgebod

Het clusterverbod en splitsingsgebod zijn tot nu toe nog niet expliciet aan de orde geweest in dit onderzoek. Het clusterverbod en het splitsingsgebod zijn geïntroduceerd in de Aanbestedingswet.²⁶¹ Beide regels zijn neergelegd in art. 1.5 en 1.10 lid 2 sub a Aw. Het clusterverbod houdt in dat aanbestedende diensten opdrachten niet onnodig mag samenvoegen. Clusteren kan zien op opdrachten van verschillende of dezelfde aanbestedende diensten, gelijksoortige of ongelijksoortige opdrachten en gelijktijdige of volgtijdige opdrachten. Hij dient daarbij rekening te houden met (1) de samenstelling van de markt en de invloed van samenvoeging op toegang voor het mkb, (2) organisatorische gevolgen en risico's voor de aanbestedende dienst en (3) de mate van samenhang tussen de opdrachten. Samenvoeging dient te worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken. Het splitsingsgebod ziet op de verplichting opdrachten op te delen in percelen "tenzij de aanbestedende dienst dit niet passend acht". Ook de keuze om al dan niet te splitsen in percelen moet worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken. In 3.3.1 en 3.3.2 van de Gids Proportionaliteit zijn het clusterverbod en het splitsingsgebod verder uitgewerkt. Het clusterverbod en het splitsingsgebod komen aan bod in adviezen 43, 53, 94, 117, 125, 142, 159 en 182.

In advies 43 stelt de CvA dat het leveren van 'multifunctionals' – gecombineerde printerscanners – en bijbehorende betaalsysteem voor gebruikers twee ongelijksoortige opdrachten zijn. Het enkele feit dat de aanbestedende dienst volledig ontzorgd wil worden is niet voldoende om aan te nemen dat is voldaan aan de drie hiervoor genoemde criteria waarop hij acht dient te slaan. Er moet een duidelijke belangenafweging plaatsvinden tussen de belangen van de markt en de aanbestedende dienst. Indien het clusteren van een opdracht afdoende is gemotiveerd

²⁶¹ Art. 9 lid 8 onder b Aw is eigenlijk een splitsingsverbod om onder de aanbestedingsregels uit te komen en ziet op een ander probleem.

zal in de regel ook voldaan zijn aan de motiveringsplicht ten aanzien van het splitsingsgebod.²⁶² Advies 53 nuanceert dit door te stellen dat deze laatste regel slechts geldt bij samenvoeging van ongelijksoortige opdrachten. Indien gelijksoortige opdrachten worden samengevoegd, dient een aparte motivering in de aanbestedingsstukken te worden opgenomen waarin wordt gemotiveerd waarom de opdracht al dan niet opgedeeld is in percelen. Ondanks dat die motivering mist, wordt de klacht echter ongegrond verklaard. Uit de stukken blijkt dat de opdracht al voldoende toegankelijk was voor het mkb.²⁶³ In Advies 94 breidt de CvA de uitleg van de bepalingen uit door te stellen dat voor de vraag of een organisatie uit één of meerdere aanbestedende diensten bestaat relevant is of de organisatie voldoet aan vier cumulatieve eisen: (1) de aanbestedende dienst heeft inkoopseenheden binnen de organisatie daadwerkelijk gedecentraliseerd, (2) budgetten zijn gedecentraliseerd en aanschaffingsverantwoordelijkheid is gedelegeerd naar de individuele eenheden, (3) de eenheden voorzien in eigen behoeften en (4) de "moeder" bemoeit zich niet met de inkoop door de "dochter".²⁶⁴ In advies 117 komt de CvA de aanbestedende dienst tegemoet door te stellen dat de wens van een totaaloplossing een legitieme reden kan zijn om ongelijksoortige opdrachten te clusteren als op andere wijze tegemoet wordt gekomen aan de mogelijkheden van het mkb om toegang tot de opdrachten te krijgen. In casu gebeurde dit door het makkelijker te maken voor kleinere bedrijven om in combinatie in te schrijven. Dat partijen in een dergelijke combinatie hoofdelijk aansprakelijkheid zijn voor het geheel was een acceptabele belemmering.²⁶⁵ Adviezen 125, 142 en 159 bevatten mijns inziens geen nadere nuancering van de beoordelingsmethode van de CvA. Uit advies 182 blijkt nogmaals dat ook de motivering die de aanbestedende dienst aanvoert ter splitsing of samenvoeging van een opdracht niet aan een marginale toetsing wordt onderworpen. Ze overweegt:

"3.1.4. De in het beschrijvend document (par. 1.3.1.) opgenomen 'logische reden' voor het gezamenlijk aanbesteden van de twee vervoersstromen, snijdt geen hout. Het gaat bij deze twee vervoersstromen namelijk niet om dezelfde doelgroepen. Daarnaast vormen de wijze van planning en uitvoering van het vervoer elkaars tegenpolen. Bij het CAV kiezen de reizigers (waaronder ouderen en gehandicapten) zelf óf, wanneer én naar welke bestemming zij wensen te reizen. Bij het Wsw gaat het om werknemers van de Sociale Werkvoorzieningen die op vaste tijden, 's morgens en 's middags reizen van hun huisadres naar de werklocatie en vice versa. Voor een deel van de werknemers geldt daarenboven dat in het kader van de vereiste structuurvorming het niet mogelijk is hun vervoer (met vaste planning en vaste chauffeur) te combineren met andere reizigers, zoals de CAV doelgroep. Zie in dit kader tevens de in het beschrijvend document (par. 1.2.) opgenomen

²⁶² Zie ook de bijbehorende annotatie: CvA 23 januari 2014, advies 43, JAAN 2014/79 m.nt. 't Hart

²⁶³ Zie ook de bijbehorende annotatie: CvA 24 januari 2014, advies 53, JAAN 2014/80 m.nt. 't Hart

²⁶⁴ Zie ook de bijbehorende annotatie: CvA 17 juni 2014, advies 93, JAAN 2014/207 m.nt. van Hulsteijn en van Bohemen

²⁶⁵ Zie ook de bijbehorende annotatie: CvA 8 juli 2014, advies 117, JAAN 2014/206 m.nt. 't Hart

beschrijvingen van de doelgroepen.

3.1.5. Het vorenstaande maakt dat de twee vervoersstromen onmogelijk kunnen worden geïntegreerd tot één opdracht. Beide vervoersstromen hadden afzonderlijk moeten worden aanbesteed, overeenkomstig de wijze waarop dat tot nu toe altijd is gebeurd."

Wederom is de jurisprudentie van de voorzieningenrechter beperkt. Slechts in twee zaken heeft de voorzieningenrechter zich uitgesproken over de hiervoor geschetste problematiek. In de eerste zaak daterend van voor de invoering van de Aanbestedingswet stelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag in algemene bewoordingen dat de aanbestedende dienst een grote vrijheid heeft de opdracht in te richten hoe hij dit wenst. Vervolgens stelt hij dat de aanbestedende dienst de keuze om de opdracht niet onnodig samen te voegen afdoende heeft gemotiveerd.²⁶⁶ In de tweede zaak stelt de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht dat een overheidsopdracht voor de lease van multifunctionals en bijbehorend betaalsysteem voor gebruikers één en dezelfde opdracht betreft. Nu in de markt de gewenste totaaloplossing wordt aangeboden, mag de aanbestedende dienst dit als één opdracht aanmerken.²⁶⁷ Aan toetsing aan het clusterverbod komt de rechter derhalve niet toe. In een zaak die bijna identiek is aan advies 43 komt de voorzieningenrechter dus tot een geheel andere conclusie dan de CvA. Op het vonnis van de rechtbank is terecht de nodige kritiek gekomen.²⁶⁸ Het lijkt namelijk gestoeld te zijn op de redenering dat omdat er partijen zijn die de totaaloplossing aanbieden de aanbestedende dienst dit als één opdracht mag aanmerken. Bovendien hoeft de aanbestedende dienst de opdracht niet te splitsen als hij dat niet wenst. De voorzieningenrechter ontslaat de aanbestedende dienst zo vrijwel geheel van haar motiveringsplicht.²⁶⁹

Het hof Arnhem-Leeuwarden komt de voorzieningenrechter van de rechtbank Utrecht echter te hulp door op 13 januari 2015 het vonnis van de voorzieningenrechter in hoger beroep te bekrachtigen. Helaas komt het hof niet tot een expliciete vergelijking tussen de adviezen van de CvA en de voorzieningenrechter. Het hof begint met te stellen dat de Aanbestedingswet en de richtlijn beide geen materiele afbakening van een overheidsopdracht bevatten. Vandaar dat het hof aansluiting zoekt bij de definitie van werk uit art. 1 lid 2 sub b van de Richtlijn en komt daarbij tot de volgende definitie: een overheidsopdracht die ziet op een product dat "als zodanig een economische of technische functie vervult". Dit verschilt van de CvA die de opdracht afbakt aan de hand van hoe de producten in de markt worden

²⁶⁶ Vzr. Rb. Den Haag 13 februari 2013, C/09/432793 / KG ZA 12-1381, n.n.g.. Het betreft dus een niet-gepubliceerde uitspraak. Voor dit onderzoek baseer ik mij op de beschrijving uit: Van den Berge e.a. 2014, p. 56

²⁶⁷ Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763.

²⁶⁸ Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763, JAAN 2014/24 m.nt. Chen; Van der Velden & Van der Woerd 2014, p. 2; en Van den Berge e.a. 2014, p. 56

²⁶⁹ Zie voor een uitgebreide analyse de noot bij het arrest van Chen: Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763, JAAN 2014/24 m.nt. Chen

aangeboden. Het hof redeneert dus vanuit de gebruiker en de CvA heeft meer oog voor de producent van het product. Het hof geeft de aanbestedende dienst vanuit deze visie de vrijheid via één overheidsopdracht te eisen dat meerdere functies geïntegreerd worden in één product. Een dergelijke eis stimuleert volgens het hof juist de marktwerking die met het aanbestedingsrecht is gewenst. Zolang de aanbestedende dienst de mogelijkheid biedt aan kleinere ondernemers om zich als combinatie in te schrijven is genoeg tegemoet gekomen aan de belangen van het mkb. Er is dus geen sprake van samenvoeging van opdrachten. De overwegingen van het hof zijn niet ver verwijderd van wat de CvA overweegt in advies 117. Beiden stellen immers dat combinatievorming in beginsel genoeg is om toegang voor het mkb te verzekeren. Het cruciale verschil is echter dat de CvA van oordeel is dat er sprake is van samenvoeging en er dus een motiveringsverplichting op de aanbestedende dienst rust. Vervolgens besteedt ze een paragraaf aan de toetsing van die motivering en de afweging tussen de belangen van het mkb en de aanbestedende dienst. Op basis van de redenering van het hof hoeft de aanbestedende dienst haar keuze niet te motiveren in de aanbestedingsstukken.

De belangen van inschrijvers zijn het best beschermd via de beoordelingsmethode van de CvA. De uitleg die de CvA geeft aan het clusterverbod en het splitsingsverbod leidt tot meer transparantie en tot een doelmatigere inkoop, omdat de aanbestedende dienst beter de omvang van de opdracht moet motiveren en bovendien moet koppelen aan de markt en toegang voor het mkb. De voorzieningenrechter toetst in de twee vonnissen marginaal. Ook de beoordelingsmethode van het hof is marginaal, nu het de vrijheid aan de aanbestedende dienst laat om de overheidsopdracht naar wens te definiëren, zolang het product maar een economische of technische functie vervult. Deze marginale beoordeling is echter niet gekoppeld aan de aard van de procedure of de rol van de rechter, maar aan de gebrekkige definitie van het begrip overheidsopdracht in de aanbestedingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet. De door het hof gegeven interpretatie sluit mijns inziens echter niet aan bij het doel van het aanbestedingsrecht, namelijk om op een transparante wijze zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren (art. 1.4 lid 2 Aw). Overheidsopdrachten moeten daarvoor aansluiten bij de markt, zodat partijen daadwerkelijk kunnen meedingen. Door het zwaartepunt bij de behoefte van de aanbestedende dienst te leggen, wordt dit doel uit het oog verloren.²⁷⁰ Door de aanbestedende dienst uit zijn motiveringsverplichting te ontslaan komt het transparantiebeginsel in het geding.

5.4 Motiveringsverplichting van de aanbestedende dienst

De rol van de motiveringsverplichting is in het vorige hoofdstuk al uitgebreid aan bod gekomen. Ook het feit dat lagere rechters minder strikt lijken om te gaan met de verplichting de voorlopige gunningsbeslissing afdoende te motiveren is in hoofdstuk 2 aan de orde geweest, althans voor de invoering van de Aanbestedingswet.²⁷¹ De CvA besteedt in vijf adviezen aandacht aan deze problematiek: adviezen 30, 50, 66, 86

²⁷⁰ Zie overeenkomstig: Van Leeuwen & Tichelaar 2014, p. 6

²⁷¹ De genoemde bronnen stammen immers uit 2013

en 147. In advies 30 betoogt de CvA dat het onvoldoende is om slechts een scoretabel te overleggen met daarin een geanonimiseerd overzicht van het aantal punten dat de verschillende inschrijvers hebben gescoord. De CvA kijkt hiervoor in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet. Overigens had de CvA ook gewoon naar het reeds besproken arrest *Staat en Tele2/Kpn* kunnen verwijzen. Bovendien is het in beginsel niet mogelijk om een voorlopige gunningsbeslissing in een later stadium aan te vullen.²⁷² Uit advies 50 volgt dat de motivering van het voorlopige gunningsbesluit niet mag afwijken van wat hierover in de aanbestedingsstukken is opgenomen. In advies 66 voegt de CvA toe dat dat inschrijvers ervan uit mogen gaan dat de voorlopige gunningsbeslissing alle relevante gronden bevat. In advies 86 stelt de commissie dat een aanbestedende dienst inderdaad belang moet hechten aan de commerciële belangen van de andere inschrijvers, maar dat het in gros van de gevallen mogelijk moet zijn om de voorlopige gunningsbeslissing voldoende te motiveren zonder deze belangen te schaden. Tot slot voegt de CvA in advies 147 toe dat inschrijvers ook bij gelijke score recht hebben op uitleg waarom geen maximale score is behaald (mocht dit het geval zijn).

Wat betreft de deugdelijkheid van de motiveringsverplichting is veel meer jurisprudentie te vinden dan over de voorgaande onderwerpen. Dit is begrijpelijk. Nadat een inschrijver alle moeite heeft gedaan om zo goed mogelijke inschrijving te doen, is het voor hen zeer frustrerend om een gebrekkig gemotiveerde afwijzingsbrief te krijgen waaruit blijkt dat alle moeite voor niets is geweest. Hierover zijn inschrijvers sneller geneigd te procederen dan het geval is bij de voorgaande onderwerpen. In annotaties bij de adviezen van de CvA en jurisprudentie van de voorzieningenrechter wordt gespeculeerd hoe de norm uit *Staat en Tele2/KPN*-arrest in de praktijk uitwerkt. De voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam omschrijft zijn taak als volgt:

*"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. Aan de aangewezen beoordelaars komt dan ook de nodige vrijheid toe, te meer nu zij geacht mogen worden te zijn aangewezen vanwege hun specifieke deskundigheid. Bij de weging van de beoordeling – welk cijfer wordt toegekend – is de beoordelingscommissie vrij. Slechts indien sprake zou zijn van procedurele dan wel inhoudelijke onjuistheden dan wel onduidelijkheden die zouden kunnen meebrengen dat de (voorlopige) gunningsbeslissing niet deugt, is plaats voor ingrijpen door de rechter."*²⁷³

²⁷² HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233

²⁷³ V.zr. Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809, JAAN 2015/22 m.nt. Van der Velden

In een vonnis van de Haagse voorzieningenrechter van 3 maart 2014 had de aanbestedende dienst slechts een scoretabel overlegd. De voorzieningenrechter stelde dat dit in strijd was met de motiveringsverplichting.²⁷⁴ In een recenter vonnis oordeelde de Haagse voorzieningenrechter dat een onderdeel van een scoretabel in ieder geval moet zijn voorzien van een uitgebreidere motivering dan louter "loze kreten". Ook op andere punten was er sprake van een onvolledige of ondeugdelijke motivering, doordat duidelijk was dat bepaalde onderdelen van het door inschrijver ingediende plan kennelijk buiten beschouwing waren gebleven.²⁷⁵ De voorzieningenrechter stond de aanbestedende dienst echter wel toe op andere punten de motivering ter zitting aan te vullen. Tot zeer recent zijn er zaken te vinden waar de rechter de aanbestedende dienst toestaat op een later moment de onduidelijke motivering nader te motiveren op basis van nieuwe gronden in plaats van toe te lichten.²⁷⁶ Deze rechters houden zich dus niet aan de jurisprudentie van de Hoge Raad. Terecht merken De Ruiter en Van der Velden echter op in hun noot dat het probleem zit in de sanctie. Een gebod tot herbeoordeling leidt tot een herhaling van zetten, vandaar dat voorzieningenrechters uit efficiëntie te late aanvulling van de motivering vaak toch toestaan.²⁷⁷ Bijzonder is dat in de genoemde adviezen ook geen aanbeveling is opgenomen, nadat schending van de motiveringsverplichting is aangenomen. Chen stelt in één van zijn annotaties dat voorzieningenrechters een voorbeeld zouden kunnen nemen aan het Gerecht van eerste aanleg EU dat in 2011 een gunningsbeslissing vernietigde omdat deze onvoldoende was gemotiveerd.²⁷⁸ Het lijkt mij aannemelijk dat een strengere aanpak van de voorzieningenrechter op de langere termijn de rechtsbescherming ten goede zou komen. Bovendien zou de rechterlijke macht zich op die manier conformeren aan het Unierecht en de jurisprudentie van de Hoge Raad. De CvA lijkt overigens evenmin te weten hoe ze hieromtrent moet aanbevelen. Door in ieder geval wel aan te geven dat een motivering niet mag worden aangevuld met nieuwe gronden passen ze in ieder geval de aanbestedingsregels correct toe. Hier gaat een sterker signaal vanuit en dit komt de rechtsbescherming van de inschrijver ten goede. De gunning zal bij strengere straffen waarschijnlijk transparanter en beter overwogen worden.

5.5 Proportionaliteit van geschiktheidseisen

Het volgende onderwerp dat een aantal maal aan bod is gekomen in de adviezen van de CvA is de geschiktheidseisen. Geschiktheidseisen zijn de minimumeisen waaraan een inschrijver moet voldoen om mee te kunnen dingen naar een overheidsopdracht. Vaak zijn geschiktheidseisen geformuleerd als kerncompetenties die moeten blijken uit referenties. Op basis van het proportionaliteitsbeginsel is de relatie hiertussen uiteengezet in 3.5 F en 3.5 G GP. Uit dit voorschrift blijkt wat wordt afgeraden: "Teveel

²⁷⁴ Vzr. Rb. Den Haag 3 maart 2014, C/09/457446/KGZA13-1485, JAAN 2014/101 m.nt De Ruiter en Van der Velden

²⁷⁵ Vzr. Rb. Den Haag 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579

²⁷⁶ Bijvoorbeeld: Vzr. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450, JAAN 2015/16

²⁷⁷ Vzr. Rb. Den Haag 3 maart 2014, C/09/457446/KGZA13-1485, JAAN 2014/101 m.nt De Ruiter en Van der Velden

²⁷⁸ Vzr. Rb. Gelderland 10 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4344, JAAN 2014/154 m.nt. Chen; GEA EU 20 oktober 2011, T-57/09, ECLI:EU:T:2011:609

en te specifieke kerncompetenties definiëren én daarbij vragen naar referenties per kerncompetentie zou wel eens zoeken naar een schaap met vijf poten kunnen worden." Bovendien vraagt een aanbestedende dienst in beginsel één referentie per benoemde kerncompetentie van maximaal 60% van de geraamde waarde van de opdracht. Tenminste viermaal is hierover een klacht ingediend bij de CvA. Dit heeft geleid tot de adviezen: 28, 34, 36 en 56.

In advies 28 stelt de CvA dat een geschiktheidseis altijd vergezeld moet zijn van een kerncompetentie. Een aanbestedende dienst kan niet volstaan met verwijzing naar specifieke referentieprojecten, waarin impliciet een kerncompetentie zit verborgen. Bovendien was de vraag naar drie referenties ongemotiveerd, in strijd met 3.5 G GP jo 1.10 lid 4 Aw. In advies 36 voegt de CvA hieraan toe dat ook het vragen van één afzonderlijke referentie per kerncompetentie disproportioneel kan zijn. Hierdoor kunnen ondernemers in bepaalde gevallen niet aan de geschiktheidseis voldoen, omdat ze geen afzonderlijke projecten voor alle kerncompetenties kunnen aandragen, terwijl ze bijvoorbeeld de gevraagde kerncompetenties wel binnen een bepaald project gezamenlijk in de praktijk hebben gebracht. In advies 56 is het omgekeerde aan de orde en blijkt dat ook het vragen naar een referentie waarin alle voorgaande kerncompetenties worden gecombineerd disproportioneel kan zijn. In advies 34 wijst de CvA de klacht op andere gronden af, waardoor ze niet tot een inhoudelijke beoordeling komt. In de overige adviezen toetst de CvA vol aan de Gids Proportionaliteit. Of een referentie voldoet aan de eisen die daaraan worden gesteld, toetst de CvA in de genoemde adviezen aan de hand van de zogenaamde cao-norm en legt de eisen uit aan de hand van de gehele tekst.²⁷⁹

In de annotatie bij advies 56 stelt Knoups dat een toetsing van kerncompetenties en referenties door de voorzieningenrechter in beginsel marginaal zal gebeuren. Zij verwijst daarvoor naar een aantal uitspraken van voor de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet.²⁸⁰ Het arrest van het hof Den Bosch stemt inderdaad weinig vrolijk door te stellen:

"4.12. De vraag of de Gemeente terecht een dergelijke eis heeft gesteld en of deze niet disproportioneel was in relatie tot de uit te voeren werkzaamheden, kan in het kader van een kort geding noodzakelijkerwijze slechts vrij marginaal worden beoordeeld. Aan de Gemeente komt een bepaalde mate van beleidsvrijheid toe bij het stellen van dergelijke eisen. [appellante] betitelt het werk als van vrij eenvoudige aard, en op het eerste gezicht lijkt dat een juiste inschatting. De overlast die daarmee echter naar zijn aard gepaard kan gaan, de belangen van omwonenden en andere betrokkenen, en de potentiële schade, kunnen onder omstandigheden aanzienlijk zijn en stellen dus eisen aan planning, het onderhouden van contact met alle betrokkenen, het inspelen op gewijzigde situaties en het reageren op vragen en klachten welke wel eens

²⁷⁹ CvA 5 december 2013, advies 36, JAAN 2014/59 m.nt. Zeelenberg

²⁸⁰ CvA 20 januari 2014, advies 56, JAAN 2014/201 m.nt. Knoups

gecompliceerder kunnen zijn dan bij een klus welke uit technisch oogpunt veel complexer is.

Tegen die achtergrond kan, in het kader van een afweging in kort geding, niet gezegd worden dat de Gemeente hiermee een disproportionele eis heeft gesteld."

281

Het lijkt of het hof hiermee wil aangeven dat eiser eigenlijk gelijk lijkt te hebben, maar het niet aandurft die conclusie te nemen. Als lichtpuntje noemt ze een recentere uitspraak waar de rechter niet terughoudend toetst of inschrijver terecht ongelukkig is verklaard.²⁸² De rechter legt in die zaak weliswaar de referentie-eis uit, maar toetst deze niet. Er zijn inderdaad genoeg vonnissen te vinden waarin de rechter vol toetst of een inschrijver aan een referentie-eis voldoet, de genoemde 'cao-norm' geeft hen hiervoor ook de mogelijkheid.²⁸³ Helaas is de proportionaliteit sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet nog niet aan de orde geweest, althans niet bij mijn weten.²⁸⁴ Nu de beschikbare jurisprudentie van voor de inwerkingtreding van de aanbestedingswet is, kan niet met zekerheid worden gezegd hoe een rechter nu een dergelijke eis zou beoordelen. Afgaande op de jurisprudentie die nu bekend is, lijkt het er echter op dat de rechter het voorbeeld van de CvA niet zou volgen.

5.6 A-merk

Het tweede en derde advies die door de CvA zijn gepubliceerd hebben allebei betrekking op de waarden van merken in een aanbestedingsprocedure (adviezen 17 en 22-1). In het bijzonder 22-1 is interessant, omdat de CvA de vraag krijgt voorgelegd of een bepaald product in de ict-markt als a-merk moet worden aangeduid. De aanbestedende dienst stelt van niet, inschrijver van wel. De CvA ziet zich genoodzaakt zich te laten bijstaan door een branche expert. Uiteindelijk overweegt ze als volgt:

"6.5 Gelet op de wijze waarop een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver bij een aanbesteding als de onderhavige de in de definitie van het begrip "A-Merk" gebruikte kwalificaties "hoge naamsbekendheid" en "toonaangevend" dient te begrijpen, is de Commissie van oordeel dat het merk Z. aan deze kwalificaties beantwoordt en in het kader van de onderhavige aanbesteding als een A-merk dient te worden beschouwd. Z. is een wereldwijd opererende leverancier van netwerkkapparatuur die zich primair richt op de zakelijke, professionele markt, maar ook producten maakt voor thuisgebruik en kleinbedrijf. In Nederland is Z. misschien iets minder bekend, maar

²⁸¹ Hof 's Hertogenbosch 5 februari 2013, JAAN 2013/48

²⁸² V.zr. Rb. Noord-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4220, JAAN 2014/191 m.nt. Knoups

²⁸³ V.zr. Rb. Oost-Brabant 16 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:279; V.zr. Rb. Amsterdam 19 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2014:681; en V.zr. Rb. Rotterdam 28 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9989.

²⁸⁴ Zie overeenkomstig: Van der Velden & Van der Woerd 2014, p. 5

internationaal gezien is het zeker een bekend merk. De producten van Z. worden algemeen erkend als professioneel en van goede tot zeer goede kwaliteit. Z. komt uit T. en staat al een tiental jaren in de top 20 van wereldwijd opererende bedrijven uit T. Z. haalt regelmatig goede pers met nieuwe producten, die meegaan in de laatste ontwikkelingen. Binnen de internationale markt van professionele netwerkapparatuur is Z. een bekende en gerespecteerde naam."

De Haagse voorzieningenrechter kreeg vorig jaar augustus (2014) een overeenkomstige vraag voorgelegd. Ook diens analyse is uitgebreid. Op twee punten is de analyse echter beperkter dan die van de CvA. De rechter moet zich beperken tot wat partijen in het geding hebben gebracht, de CvA kon zich mede baseren op wat de branche expert over het merk had gezegd. De CvA lijkt daarmee de enge definitie die de aanbestedende dienst aan de term a-merk heeft verbonden deels los te laten door te stellen dat het uiteindelijk gaat om een eis die als doel heeft te zorgen dat producten van inferieure kwaliteit afgewezen kunnen worden. Vandaar dat de aanbestedende dienst terughoudend moet toetsen aan de definitie a-merk die ze hanteert. De Rechter kiest een andere weg:

"4.2. Reeds gelet op het voorgaande is de voorzieningenrechter van oordeel dat DJI op goede gronden heeft kunnen oordelen dat het merk Balans niet als A-merk kan worden aangemerkt, aangezien onvoldoende gebleken is dat dit merk bekendheid geniet door reclame die rechtstreeks op de consument is gericht. De verwijzing door Balans naar een uitspraak van de Commissie van Aanbestedingsexperts, waarin wordt geconcludeerd dat een aanbestedende dienst terughoudend dient te zijn om een merk niet als A-merk te classificeren, maakt het voorgaande niet anders. DJI heeft immers in de onderhavige zaak een voldoende concrete definitie gegeven aan de hand waarvan beoordeeld moet worden wat een A-merk is. Derhalve is het oordeel dat een inschrijving niet als A-merk kan worden aangemerkt in dit geval – anders dan Balans heeft betoogd – niet beperkt tot gevallen waarin sprake is van inferieure kwaliteit van het te leveren product. De vorderingen worden gelet op het voorgaande afgewezen."

285

In conclusie lijkt de CvA iets meer boven de stof te staan omdat ze zich op basis van wat de expert daarover zegt een eigen mening heeft kunnen vormen over het geschil. Terecht merkt de CvA mijns inziens op dat de definitie van de term a-merk niet helemaal aansluit bij het doel van de eis. De Haagse voorzieningenrechter had gemakkelijk tot een overeenkomstige conclusie kunnen komen. De definitie die de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken had opgenomen luidde: *"Een product dat algemeen verkrijgbaar is en bekendheid geniet door reclame die direct op de consument is gericht."* Eerder in de aanbestedingsstukken staat echter:

²⁸⁵ Vzr. Rb. Den Haag 21 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10788

"Gezien het feit dat deze medewerkers hun gehele dienst deze kleding dragen, gedurende deze dienst zelf fysiek een grote variatie aan sporten en activiteiten beoefenen en zich ten behoeve hiervan meerdere keren per dag willen omkleden wordt door DJI aan de artikelen in dit pakket hoge kwaliteitseisen gesteld. Doordat de instructeurs continue sportkleding dragen wassen zij zeer frequent hun kleding op werklocatie in (consumenten) wasmachines. Daarom zijn wij voor deze groep dragers op zoek naar sportkledingartikelen van een A-merk die gebruikt worden in de professionele topsport, bijvoorbeeld eredivisie voetbal, hoofdklasse hockey, het kader van afvaardiging namens een nationale olympische organisatie, of hieraan vergelijkbaar."

Ook hier draait het dus om de eis dat het product van een goede kwaliteit moet zijn. Het feit dat professionele teams het merk gebruiken is eigenlijk een soort referentie-eis. De gekozen definitie "algemeen verkrijgbaar" en "bekendheid door reclame gericht op de consument" sluit hier mijns inziens niet echt op aan. Door aan deze definitie zoveel waarde te hechten komt de motivering van de voorzieningenrechter minder overtuigend over. Hoewel het er niet op lijkt dat de voorzieningenrechter een verkeerd oordeel heeft gegeven, toont de vergelijking aan dat toegang tot een netwerk van branche experts de overtuigingskracht van een advies/vonnis kan verhogen. Bovendien is de toets van de CvA doelmatiger, doordat het beter aansluit bij wat de achterliggende eis tot doel heeft.

5.7 Grensoverschrijdend belang

In advies 31 moest de CvA zich buigen over de vraag of met een bepaalde opdracht een grensoverschrijdend belang was gemoeid. Als er sprake is van een II-B dienst met een grensoverschrijdend belang, moet de aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid betrachten bij de gunning (art. 2.29 lid 3 jo 1.18 Aw). Zowel de waarde als de plaats van uitvoering van de opdracht zijn daarvoor relevant. Op basis van deze criteria is volgens de CvA onbegrijpelijk dat de aanbestedende dienst tot de conclusie is gekomen dat met de opdracht geen grensoverschrijdend belang zou zijn gemoeid. In hun annotatie merken Yilmaz en Heemskerk op dat in de nationale jurisprudentie onterecht daar stevast aan wordt toegevoegd dat er daadwerkelijke belangstelling moet zijn uit het buitenland, voordat er sprake kan zijn van een grensoverschrijdend belang.²⁸⁶ Deze eis is echter in het geheel niet terug te vinden in de Unierechtelijke jurisprudentie.²⁸⁷ Bovendien maakt niet uit of een buitenlandse of een binnenlandse partij zich op het belang beroept. Van den Velden en Woerdt komen tot een overeenkomstige conclusie.²⁸⁸ Het lijkt er dus op dat de nationale

²⁸⁶ Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714, JAAN 2013/49; Vzr. Rb. Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBL EE:2012:BY5837; Vzr. Rb. Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031; en HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543 JAAN 2013/44

²⁸⁷ Cva 15 oktober 2013, advies 31, JAAN 2014/118 m.nt. Yilmaz en Heemskerk; HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (Belgacom), JAAN 2014/3; HvJ EU 14 november 2013, C-388/12, JAAN 2014/2; en GEA EU 29 mei 2013, T-384/10, JAAN 2013/195

²⁸⁸ Van den Velden & Van der Woerdt 2014, p. 4

jurisprudentie niet in lijn is met de jurisprudentie uit Luxemburg. De CvA passen de aanbestedingsregels op dit vlak wel correct toe.

5.8 Rechtsverwerking

In het vorige hoofdstuk is rechtsverwerking aan bod gekomen en het zogenaamde Grossmann-verweer. De conclusie wat betreft dit onderwerp luidt dat het verweer te vaak wordt erkend in de jurisprudentie en dit een te grote beperking is van de rechtsbescherming. In vier adviezen van de CvA komt dit onderwerp aan bod: 34, 62, 105 en 147. In haar noot bij advies 62 is Knoups nog hoopvol door te stellen dat wat betreft een van de klachtonderdelen de klager niet wordt afgestraft voor het niet tijdig kenbaar maken van zijn bezwaren.²⁸⁹ De voorzieningenrechter had dit haars inziens wel gedaan. In de andere drie adviezen is de commissie echter glashelder. Zo overweegt ze in advies 105:

"6.4 Klager heeft naar het oordeel van de Commissie de in 6.3 bedoelde verplichting niet nageleefd door pas op 8 mei 2014 – tien kalenderdagen na het verschijnen van de Nota van Inlichtingen en vier dagen voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn – haar bezwaren met betrekking tot het in de Nota van Inlichtingen gewijzigde boetebeding naar voren te brengen. Deze handelwijze van klager staat er aan in de weg dat zij in dit stadium nog tegen het mogelijk disproportionele karakter van het gewijzigde boetebeding kan opkomen."

De andere adviezen bevatten overeenkomstige overwegingen. Bijzonder is overigens dat de CvA niet verwijst naar het *Grossmann*-arrest, nationale jurisprudentie of de term rechtsverwerking. Mijns inziens heeft Knoups het dus helaas bij het verkeerde eind en is advies 62 de uitzondering die de regel bevestigt dat ook de CvA verwacht dat inschrijvers tijdig klagen over onrechtmatigheden in het bestek. De CvA wijkt in dit opzicht dus niet af van de beoordelingsmethode van de voorzieningenrechter.

5.9 Herstel eenvoudig gebrek inschrijving

Ook wat betreft de beoordelingswijze ten aanzien van herstel van eenvoudige gebreken in de inschrijving is de CvA niet vrij van kritiek. Een voorbeeld is advies 38 dat betrekking heeft op de mogelijkheid een eenvoudig gebrek in de inschrijving te herstellen. Dit is in beginsel niet toegestaan, tenzij er sprake is van een gebrek dat zich voor eenvoudig herstel leent en herstel niet leidt tot een *de facto* nieuwe inschrijving. In advies 38 pas de CvA echter een andere maatstaf toe door te stellen dat het wel mogelijk zou moeten zijn, omdat de ARW 2012 (Aanbestedingsreglement Werken 2012) in meer gevallen hiervoor de mogelijkheid biedt. Dit oordeel lijkt niet in overeenstemming met de Europese jurisprudentie.²⁹⁰ In advies 62 doet de CvA vervolgens het omgekeerde door juist heel streng te oordelen dat herstel niet mogelijk

²⁸⁹ CvA 7 februari 2014, advies 62, JAAN 2014/82 m.nt. Knoups

²⁹⁰ HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG) en HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova)

is, omdat in de Selectieleidraad is opgenomen dat het ontbrekende stuk op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt. Het betrof slechts een afvinkformulier, waar verder geen informatie op stond. In overeenkomstige zaken overweegt de voorzieningenrechter anders:

*"Het gaat hier om documenten die geen enkele informatiefunctie hebben maar uitsluitend dienen ter begeleiding van afzonderlijke bijlagen die wel informatie bevatten. Gelet op de hiervoor door Stadsdeel Centrum geformuleerde doelen is het naar het voorhands oordeel vaan de voorzieningenrechter in strijd met de goede trouwe die de precontractuele verhouding tussen [X v.o.f.] (als deelnemer aan een aanbesteding en Amsterdam (als aanbesteder) beheersen en strijdig met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur indien Stadsdeel Centrum aan het enkele ontbreken van deze begeleidende documenten de consequentie verbindt dat de inschrijving van [X v.o.f.] ongeldig is."*²⁹¹

De CvA stelt echter:

"6.2.2 Vooropgesteld moet worden dat een aanbestedende dienst op grond van HvJ EU 10 oktober 2013, zaak C-336/12 (Manova), rov. 38 en 39, een gegadigde kan verzoeken om de gegevens van een dossier dat moet worden ingediend in de fase van voorafgaande selectie van gegadigden in een niet-openbare procedure gericht te verbeteren of aan te vullen, voor zover dat verzoek betrekking heeft op gegevens waarvan objectief kan worden vastgesteld dat zij dateren van voor het einde van de termijn om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure. In rov. 40 van het genoemde arrest is door het HvJ EU echter overwogen: 'dat dit anders zou zijn indien volgens de aanbestedingsstukken het ontbrekende stuk of de ontbrekende informatie op straffe van uitsluiting moet worden verstrekt. Een aanbestedende dienst dient immers nauwgezet de door hemzelf vastgestelde criteria in acht te nemen (zie in die zin arrest van 29 april 2004, Commissie/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, Jurispr. blz. I-3801, punt 115)."

In beide adviezen gaat de CvA mijns inziens uit van een te letterlijke lezing van de arresten van het HvJ.²⁹²

5.10 EMVI, laagste prijs en maatschappelijke waarde

Indien een opdracht in de markt wordt gezet moet de aanbestedende dienst aangeven of er gegund zal worden op basis van de laagste prijs of aan de 'economisch meest voordelige inschrijving'. Indien wordt gekozen voor een gunning op basis van de laagste prijs, moet deze keuze worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken (art.

²⁹¹ Vzr. Rb. Amsterdam 1 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP5160, zie ook de annotatie bij het advies: CvA 7 februari 2014, advies 62, JAAN 2014/82 m.nt. L. Knoups

²⁹² Zie ook nog: Vzr. Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NLRBDHA:2014:1711, JAAN 2014/70 en Van den Velden & Van der Woerd 2014, p. 4

2.114 Aw). De vraag hoe deze twee zich daadwerkelijk verhouden tot elkaar komt aan bod in advies 33 en 48. De klacht in advies 33 luidde dat formeel is gekozen voor het criterium economisch meest voordelige inschrijving, maar dat feitelijk alleen de prijs relevant was. Advies 48 bevat een overeenkomstig klachtonderdeel. Overeenkomstig de kwestie omtrent het a-merk laat de CvA zich weer bijstaan door een expert. De expert rekent uit dat het prijsverschil relatief klein moet zijn wil de beoordeling van de kwaliteit een impact op de uitslag kunnen maken. Kwaliteit werd in casu veel minder zwaar gewogen dan prijs. De kans dat een inschrijver, die een hogere prijs heeft geboden, wint op basis van een kwalitatief beter ontwerp was ongeveer 10%. De voorspelling was gebaseerd op een inschatting van verschillende mogelijke inschrijvingen. Op basis daarvan concludeert de CvA dat de aanbestedende dienst de facto heeft gekozen voor het gunningscriterium laagste prijs en derhalve niet aan diens motiveringsverplichting daartoe op grond van 2.114 Aw heeft voldaan. Het moge duidelijk zijn dat de CvA zelfstandig niet in staat zou zijn om een dergelijke berekening uit te voeren. Uiteindelijk heeft het advies niet geleid tot een einde van het conflict en heeft de inschrijver een kort geding aangespannen tegen de aanbestedende dienst. Dit vonnis is reeds besproken en daarin neemt de voorzieningenrechter het advies van de CvA over. Advies 48 bevat een overeenkomstig klachtonderdeel (1), ook deze wordt gegrond verklaard. De jurisprudentie en de adviezen stemmen op dit punt dus overeen. De overwegingen omtrent klachtonderdeel 2 zijn echter minstens zo interessant. De CvA gaat in dit onderdeel in op de eis die volgt uit art. 1.4 Aw lid 2: "*De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.*" Art. 1.4 lid 2 Aw is het gevolg van een ingediend amendement, waarmee kamerlid Koppejan (CDA) wilde laten vastleggen wat het doel was van het aanbestedingsrecht.²⁹³ Het gaat daarbij niet alleen om zoveel mogelijk kwaliteit te behalen voor zo min mogelijk geld. Ook *social return* kan een onderdeel van maatschappelijke waarde vormen. Art. 1.4 lijkt dus te suggereren dat het breder is dan art. 2.114 Aw, dat de gunning onder EMVI of laagste prijs regelt. De CvA overweegt hierover:

"6.2.4 Dat een aanbestedende dienst in strijd heeft gehandeld met art. 2.114 Aw 2012, betekent naar het oordeel van de Commissie echter niet dat hij daarmee per definitie ook in strijd handelt met diens zorgplicht van art. 1.4, tweede lid, Aw 2012. Voor de onderbouwing van het oordeel dat een aanbestedende dienst in strijd heeft gehandeld met art. 2.114 Aw 2012, kan immers worden volstaan met de vaststelling dat hij – zonder dat te motiveren – heeft gekozen voor het gunningscriterium van de laagste prijs. Voor de onderbouwing van het oordeel dat een aanbestedende dienst in strijd heeft gehandeld met art. 1.4, tweede lid, Aw 2012, is echter noodzakelijk dat wordt vastgesteld dat hij – gelet op de wijze waarop hij het proces van het aangaan van een overeenkomst heeft ingericht – niet

²⁹³ Zie Kamerstukken II 2011/12, 32440, 46

voldoet aan diens zorgplicht om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen te leveren."

De CvA stelt dus dat art. 1.4 en 2.118 Aw verschillende – zij het overlappende – criteria zijn. De voorzieningenrechter ziet dit echter anders:

"Daarbij stelt de voorzieningenrechter het volgende voorop. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 1.4 lid 2 AW 2012, zoals door de Drentse gemeenten aangehaald, komt naar voren dat voormelde bepaling ertoe strekt dat aanbestedende diensten streven naar een zo goed mogelijke c.q. de beste prijs-kwaliteitverhouding binnen het beschikbare (en veelal beperkte overheids-) budget. Alsdan wordt zo veel mogelijk maatschappelijke waarde gecreëerd. In zoverre correspondeert deze bepaling met artikel 2.114 Aw 2012, waarin is vastgelegd dat de aanbestedende dienst een overheidsopdracht gunt op grond van de naar het oordeel van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving. Aan een aanbestedende dienst die bij haar gunning het criterium van de economisch meest voordelige aanbidding hanteert, komt een ruime vrijheid toe bij de vaststelling van de gunningscriteria en daarbij past een terughoudende toetsing door de rechter.

*Die terughoudende toetsing geldt naar het oordeel van de voorzieningenrechter ook voor de vraag of - in voldoende mate- is voldaan aan het bepaalde in artikel 1.4 lid 2 Aw 2012."*²⁹⁴

In twee andere vonnissen overweegt de voorzieningenrechter overeenkomstig.²⁹⁵ De voorzieningenrechter ziet dus feitelijk geen verschil tussen de twee eisen. Van Heeswijck koppelt de verwarring aan de wetsgeschiedenis van art. 1.4 lid 2 Aw. Volgens hem is onduidelijk wat de wetgever met art. 1.4 lid 2 Aw precies bedoelt.²⁹⁶ Van Leeuwen en Tichelaar hebben hun voorkeur al uitgesproken voor de interpretatie van de CvA. In de zeer recent gepubliceerde adviezen 83 en 84 lijkt de CvA het oordeel uit advies 48 te nuanceren:

"6.1.5 Het is vaste rechtspraak dat, hoewel aan een aanbestedende dienst een ruime vrijheid toekomt bij de keuze van de nadere criteria, hij enkel criteria kan kiezen die ertoe strekken de economisch meest voordelige inschrijving te kiezen. Dit wordt bevestigd door de Parlementaire Geschiedenis van art. 2.114 Aw 2012 (Memorie van Toelichting, 6 juli 2010, Kamerstukken II 2009/2010, 32 440, nr. 3, p. 90-91). Tevens is vereist dat de aanbestedende dienst zich baseert op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven, uitdrukkelijk vermeld zijn in het bestek of de aankondiging van de

²⁹⁴ Vzr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100, JAAN 2014, 13, m.nt. Verweij

²⁹⁵ Vzr. Rb. Noord-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7367, JAAN 2014, 26 en Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965, JAAN 2014, 73, m.nt. Chen

²⁹⁶ Van Heeswijck 2015

opdracht en alle fundamentele beginselen van het Unierecht eerbiedigen (zie o.a. arrest Hof van Justitie EU in zaak C-513/99 (Concordia Bus Finland), r.o. 59-64).

6.1.6 *In aanvulling op het voorgaande is de Commissie van oordeel dat aanbestedende diensten, die kiezen voor de toepassing van het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving, in dat kader voor een gunningssystematiek moeten kiezen die hen in staat stelt na te gaan welke inschrijving de beste prijs/kwaliteitverhouding biedt. Door dat te doen, handelen zij bovendien in overeenstemming met art. 1.4 lid 2 Aw 2012 en dragen zij zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen (zie Memorie van Antwoord, 1 juni 2012, Kamerstukken I 2011/2012, 32 440, C p. 9 – 10 en Vzr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100, r.o. 4.3). Hoewel de economisch meest voordelige inschrijving niet altijd de inschrijving is met de laagste prijs, moet een nader criterium dat ziet op de prijs leiden tot een economisch voordeligere inschrijving. Een goedkopere inschrijving is in dat geval noodzakelijkerwijs, vanuit economisch oogpunt, voordeliger dan een duurder inschrijving. Een gunningssystematiek die ertoe leidt dat de opdracht wordt gegund aan een duurder inschrijving, is niet in overeenstemming met het criterium van de economisch meest voordelige inschrijving. (Zie opnieuw Gerecht van Eerste Aanleg EU van 16 september 2013 in zaak T-402/06 (Spanje/Commissie) r.o. 76 en 77 en ook Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2965, r.o. 4.10)."*

De CvA lijkt dus de toets aan art. 2.114 en 1.4 lid 2 Aw te combineren door te stellen dat de aanbestedende dienst moet gunnen aan de economisch meest voordelige inschrijving die tevens de inschrijving is met de beste prijs/kwaliteitsverhouding. De nuancering neemt de verwarring overigens niet weg. Onduidelijk blijft of wel afzonderlijk aan art. 1.4 lid 2 Aw kan worden getoetst indien is gekozen voor het gunningscriterium 'laagste prijs', bijvoorbeeld door andere eisen uit het bestek tegen het licht te houden. Ook is niet helemaal duidelijk hoe eisen omtrent *social return* zich verhouden met de hier voorgestelde systematiek. Eisen omtrent *social return* dragen immers in strikte zin niet bij aan de prijs/kwaliteitsverhouding van de opdracht. Wat wel duidelijk is, is dat de CvA zichzelf in staat acht om grondiger en doelmatiger te toetsen dan de voorzieningenrechter. Ze stelt dat uiteraard de aanbestedende dienst een ruime vrijheid toekomt, maar dat ze enkel criteria kan kiezen die ertoe strekken de economisch meest voordelige inschrijving te selecteren. Haar keuzevrijheid is dus niet onbeperkt en kan worden getoetst door de CvA.

5.11 Resumé en analyse

In dit hoofdstuk is de rol van de Commissie van Aanbestedingsexperts uiteengezet en vergeleken met de voorzieningenrechter in aanbestedingsgeschillen. De adviezen van de commissie zijn ingedeeld in verschillende categorieën en vergeleken met vonnissen

van voorzieningenrechtters uit dezelfde periode. Daaruit is gebleken dat de toetsing van de CvA in veel gevallen grondiger en doelmatiger is dan de wijze waarop de voorzieningenrechter toetst. Het laatst besproken advies 48 is daarbij bijzonder illustratief. Het toont aan dat de CvA en de voorzieningenrechter de vrijheid die de aanbestedende dienst toekomt anders interpreteren. De CvA heeft meer oog voor de andere (nieuwe) doelen die met de Aanbestedingswet zijn geïntroduceerd: uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel in de GP, toegang van het mkb tot de markt van overheidsopdrachten en doelmatige inkoop in het algemeen. De behandelde adviezen tonen dit duidelijk aan. De voorzieningenrechtters lijken voornamelijk slechts te toetsen aan het transparantie- en het gelijkheidsbeginsel en laten de rest van de doelen grotendeels ter interpretatie van de aanbestedende dienst. De plicht zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren is geen zelfstandige plicht waaraan een voorzieningenrechter kan toetsen. Hierdoor toetst de voorzieningenrechter meer marginaal en minder doelmatig dan de CvA. Wel toetst de CvA mijns inziens onnodig streng wat betreft de mogelijkheid tot herstel van gebreken in de inschrijving. Wat betreft het *Grossmann*-verweer/rechtsverwerking past de CvA mijns inziens de foute maatstaf toe, gelijk de voorzieningenrechter.

Dit alles werpt nieuw licht op de discussie omtrent de normen van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming, zoals die in het tweede hoofdstuk zijn beschreven. Zoals uiteen is gezet suggereert het HvJ in het arrest *Van Spijker* dat het inherent is aan het Nederlandse kort geding dat vanwege gebrek aan procedurele waarborgen en een noodzaak snel een voorlopig oordeel te geven de voorzieningenrechter minder grondig kan toetsen. Het HvJ toetst hierbij impliciet aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming en expliciet aan de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Het zou inherent aan een kort geding zijn dat het de situatie slechts voorlopig vastlegt. Deze drie punten zijn in de afgelopen drie hoofdstukken weerlegt. Een Nederlands kort geding is met voldoende waarborgen omkleed om grondiger te kunnen toetsen in een aanbestedingsgeschil, dit is beschreven in hoofdstuk drie. De CvA toont aan dat het mogelijk is om binnen ongeveer gelijke tijdsspanne vanuit een overeenkomende positie grondiger en doelmatiger te oordelen. Dit volgt uit dit en het vorige hoofdstuk. Tot slot is aangetoond in hoofdstuk drie dat in veruit de meeste gevallen de voorzieningenrechter een aanbestedingsgeschil definitief beslecht, omdat het uiterst moeilijk tot feitelijk onmogelijk is om een schadevergoedingsvordering toegewezen te krijgen en vernietiging slechts in een beperkt aantal gevallen mogelijk is. Dit alles heeft tot gevolg dat met verwijzing naar het beginsel van effectieve rechtsbescherming – zoals in het tweede hoofdstuk is beschreven – van een voorzieningenrechter zou moeten worden verwacht dat hij grondiger en doelmatiger toetst. Immers het betreft in veruit de meeste gevallen een *de facto* definitief oordeel. In haar beoordeling hierover zou het HvJ het oordeel van het EHRM moeten volgen dat in een situatie waar een voorzieningenrechter het geschil feitelijk definitief beslecht, hij vol moet toetsen voor zover de aard van de procedure zich daar niet tegen verzet. Althans het feit dat het een kort geding betreft zou *an sich* geen rechtvaardiging moeten zijn om af te wijken van de normen die daarop op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming van toepassing zijn. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming

schrijft immers voor dat een inschrijver recht heeft op een procedure die met voldoende waarborgen is omkleed en waar de rechter met volle rechtsmacht kennis neemt van het geschil. In het geval van Nederland is dat dus in de meeste gevallen de voorzieningenrechter.

Dit onderzoek toont aan dat voorzieningenrechtters grondiger zouden kunnen toetsen dan zij nu doen. De CvA weet immers in een vergelijkbare positie wel een grondige toets uit te voeren. Dit vormt mijns inziens een belangrijke aanwijzing dat de huidige wijze van toetsing van de voorzieningenrechter niet voldoet aan de eisen die daarop op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming – zoals dat in het tweede hoofdstuk is beschreven – van toepassing zijn. Wat de rechtmatigheidstoets vervolgens precies inhoudt moet nog verder worden uitgekristalliseerd.

6 Conclusies en aanbevelingen

6.1 Hoofdvraag en deelvragen

Dit onderzoek is gedaan aan de hand van de volgende hoofdvraag:

Hoe verhoudt de beoordelingsmethode van de voorzieningenrechter in kort geding zich tot die van de Commissie van Aanbestedingsexperts en tot de overige normen op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht?

Deze hoofdvraag valt uiteen in de volgende deelvragen:

- *Welke supranationale normen gelden er op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht?*
- *Welke nationale normen gelden er op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht?*
- *Hoe verhoudt de rol van de voorzieningenrechter in aanbestedingszaken zich tot supranationale normen op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht?*
- *Hoe verhoudt de beoordelingsmethodiek van de Commissie van Aanbestedingsexperts zich met die van de voorzieningenrechter in aanbestedingsgeschillen en welke conclusies kan men daaraan verbinden?*

Op basis hiervan kom ik tot de volgende conclusies, discussie en aanbevelingen. De conclusies zijn opgedeeld in een deel dat betrekking heeft op de normen op het gebied van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht en de vergelijking met de Commissie van Aanbestedingsexperts.

6.2 Conclusies

6.2.1 Algemeen

In de inleiding is het doel van het aanbestedingsrecht uiteengezet. De Europese wetgever heeft ten eerste als doel gehad het inkoopbeleid van nationale aanbestedende diensten transparanter te maken en discriminatie tussen nationale en buitenlandse ondernemers te voorkomen. Later zijn daaraan een streven naar duurzaamheid en innovatie toegevoegd. De Nederlandse wetgever heeft als extra doelen in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen dat aanbestedende diensten zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen moeten creëren en dienen te zorgen dat de markt voor overheidsopdrachten voldoende toegankelijk is voor het mkb. Ook in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zijn deze doelstellingen opgenomen. Duidelijk is dan ook dat het aanbestedingsrecht erop is gericht om de vrijheid van een overheidsorganisatie wat betreft haar inkoopbeleid te beperken en te stroomlijnen. Immers: indien aanbestedende diensten zelf al doelmatig, efficiënt,

transparant en zorgvuldig zouden inkopen zou het hele aanbestedingsregime niet nodig zijn. Handhaving leidt tot naleving en naleving tot bereiken van de doelstellingen. Rechtsbescherming is hierin van een essentiële betekenis.

6.2.2 Het Nederlandse systeem van rechtsbescherming

In de eerste twee hoofdstukken zijn de normen op het gebied van rechtsbescherming in kaart gebracht, vervolgens is het Nederlandse systeem van rechtsbescherming hieraan getoetst. Ter beantwoording van de eerste drie deelvragen en het eerste deel van de hoofdvraag ben ik tot de volgende conclusie gekomen.

De normen waar het Nederlandse systeem van rechtsbescherming aan moet voldoen, worden voornamelijk gevormd door het effectiviteitsbeginsel en het beginsel van effectieve rechtsbescherming. Deze zijn ten dele neergelegd in de rechtsbeschermingsrichtlijnen (89/665/EEG en 92/13/EEG, zoals gewijzigd door richtlijn 2007/66/EG). Deze twee beginselen zijn de Unierechtelijke equivalenten van art. 6 en 13 EVRM. Deze artikelen zijn echter niet van toepassing op aanbestedingsgeschillen. De rechtsbeschermingsrichtlijnen geven inschrijvers voornamelijk recht op een opschortingstermijn (*Alcatel*-termijn), vordering tot schadevergoeding, vordering tot 'onverbindendheid' en voorlopige voorzieningen. Als middel om tot onverbindendheid te komen heeft de Nederlandse wetgever gekozen voor de vordering tot vernietiging. Bij toetsing van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming aan de rechtsbeschermingsrichtlijnen blijkt dat de normen daaruit vrijwel geheel correct zijn geïmplementeerd. De wetgever heeft echter geen bepaling opgenomen in de Aanbestedingswet die er in voorziet dat het instellen van een vordering tegen een voornemen tot onderhandse gunning dat is gepubliceerd conform 4.16 Aw opschortende werking heeft. Dit had op grond van art. 2 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen gemoeten. Bovendien is de wetgever vergeten art. 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren te implementeren. Hier is de mogelijkheid opgenomen voor inschrijvers om de offertekosten vergoed te krijgen indien de aanbestedende dienst onrechtmatig heeft gehandeld in het kader van een aanbestedingsprocedure. Richtlijnconforme interpretatie biedt alleen voor de tweede omissie respijt. Het eerste gebrek kan alleen via nieuwe wetgeving worden verholpen.

Vervolgens is de uitwerking van het Nederlandse systeem van rechtsbescherming getoetst aan de beginselen van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming. Wat betreft de vordering tot vernietiging blijkt dat onduidelijkheid bestaat of in hoger beroep onrechtmatig gegunde overeenkomsten ook op andere dan de in de wet genoemde gronden ingegrepen kan worden in reeds gesloten overeenkomsten. Het Hof Den Haag staat hier tegenover de Hoven Amsterdam en Arnhem-Leeuwarden. Wat betreft de vordering tot schadevergoeding voldoet de door het Hof Arnhem-Leeuwarden en andere rechters gehanteerde maatstaf mijns inziens niet aan het effectiviteitsbeginsel. In de praktijk is het uiterst moeilijk of eigenlijk onmogelijk om aanbestedende diensten aansprakelijk te stellen voor onrechtmatig handelen. Eiser moet aantonen dat hij de aanbesteding zou hebben gewonnen indien de

onrechtmatige daad van de aanbestedende dienst niet had plaatsgevonden. Dit lukt een benadeelde (potentiële) inschrijver praktisch nooit. Andere lagere rechters hanteren een betere maatstaf. Echter ook in dat geval blijft de bewijslast voor benadeelde inschrijvers enorm. Het HvJ heeft in het arrest *Van Spijker* mijns inziens onvoldoende erkend dat dit tot gevolg heeft dat de voorzieningenrechter in bijna alle gevallen het geschil definitief beslecht. Ook vernietiging is immers maar in een beperkt aantal situaties mogelijk.

In beginsel biedt een procedure bij de voorzieningenrechter genoeg waarborgen om te voldoen aan de eisen van effectieve rechtsbescherming. Waar echter twijfel over bestaat is of de mate van toetsing door de voorzieningenrechter wel voldoet aan de maatstaf die daarop op grond van het beginsel van effectieve rechtsbescherming en effectiviteit van toepassing is. De rechter moet onder andere met volle rechtsmacht kunnen toetsen, in het bijzonder indien hij het geschil feitelijk definitief beslecht. Er moet een concrete toetsing plaatsvinden in feite en in rechte. In de praktijk stellen rechters vaak dat hen slechts een marginale beoordelingsvrijheid toekomt. Niet incorrect is dat aanbestedende diensten inderdaad een grote vrijheid hebben om een aanbestedingsprocedure naar wens in te richten. Echter de doelen die de wetgever met het aanbestedingsrecht probeert te bereiken, mogen niet het uit oog worden verloren. Het is helaas niet duidelijk hoe deze normen zich precies tot elkaar verhouden. De Hoge Raad lijkt recent onder andere om dezelfde reden prejudiciële vragen aan het HvJ te hebben gesteld. Om te kunnen beoordelen hoe de beoordelingsmaatstaf in de praktijk uitwerkt is in het laatste deel van het onderzoek een vergelijking met de Commissie van Aanbestedingsexperts gemaakt.

6.2.3 De Commissie van Aanbestedingsexperts

De Commissie van Aanbestedingsexperts complementeert het Nederlandse systeem van rechtsbescherming. Ter beantwoording van de laatste deelvraag en het tweede deel van de hoofdvraag ben ik tot de volgende conclusie gekomen. De adviezen die ze geeft hebben geen bindende werking. Haar doelen zien op het professionaliseren van de aanbestedingspraktijk en het bieden van een laagdrempelige klachtprocedure, in het bijzonder voor het mkb. De klachtprocedure bij de CvA brengt weinig zekerheid. Het indienen van een klacht heeft geen opschortende werking. De CvA kan naar believen kiezen een klacht wel of niet in behandeling te nemen, het recht op hoor en wederhoor is niet absoluut en in haar adviezen kan de CvA buiten de rechtsstrijd treden. Bovendien is het advies in een kort geding een geschrift als ieder ander waar vrije bewijskracht aan toekomt.

Toch zijn de reacties op de gepubliceerde adviezen positief. De CvA heeft al meer dan 200 klachten ontvangen en al meer dan 50 adviezen gepubliceerd. De CvA neemt een actieve rol in de procedure in en doet actief aan waarheidsvinding. De CvA probeert, indien ze de mogelijkheid ziet, tussen partijen te bemiddelen. Bovendien zijn aan de commissie 86 experts verbonden met veel kennis over de aanbestedingspraktijk en branches waarbinnen aanbestedingsprocedures plaatsvinden. De CvA is in staat om

gemiddeld binnen 40 dagen een klacht inhoudelijk te behandelen, terwijl de commissieleden een aanstelling hebben van slechts 10 uur per week. Dit zijn respectabele resultaten.

Na vergelijking van adviezen en vonnissen is gebleken dat de mate van toetsing van de CvA indringender is dan die van de voorzieningenrechter. Duidelijk blijkt dat de voorzieningenrechter meer vrijheid geeft aan de aanbestedende dienst dan de CvA. De voorzieningenrechter toetst voornamelijk aan het transparantiebeginsel en het gelijkheidsbeginsel, minder aan het proportionaliteitsbeginsel en niet aan de doelstelling om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren en/of de economisch meest voordelige inschrijving te kiezen. De CvA doet dit alles adequater en haar adviezen sluiten beter aan bij de praktijk.

Wat dit mijns inziens aantoont is dat grondigere en doelmatige toetsing weldegelijk mogelijk is in een setting die *de facto* weinig anders is dan de situatie waar de voorzieningenrechter zich in bevindt.

6.3 Discussie

Wat de vergelijking uit hoofdstukken 4 en 5 leert, is dat de CvA in bepaalde gevallen een uitgesprokener mening heeft dan de voorzieningenrechter. Ze is vaker bereid inhoudelijk te toetsen en toetst bovendien doelmatiger. Door te kijken naar de algemene werkwijze van de CvA en deze te vergelijken met de voorzieningenrechter kan een verklaring hiervoor worden gezocht. Het verschil lijkt niet te kunnen worden verklaard vanwege de aan de CvA verbonden experts, althans niet vanwege de inzet van branche experts. Slechts in drie van de gepubliceerde adviezen (viermaal in totaal) maakt de CvA gebruik van branche experts. In de meeste gevallen blijkt de CvA in staat grondiger te toetsen zonder hiervoor een beroep te hoeven doen op een branche expert. Ze maakt inderdaad vaker gebruik van commissie experts, maar dit zijn juristen net als de voorzieningenrechter en de commissieleden. De inzet van de commissie experts heeft voornamelijk tot doel de werklast van de commissieleden te verminderen. Hoewel het uiteraard positief is dat de commissieleden kunnen 'sparren' met commissie experts, zou dit het verschil niet moeten kunnen verklaren. Dit zou immers betekenen dat rechters blijkbaar in hun eentje niet grondig zouden kunnen toetsen. Bovendien overleggen rechters ook met collegae en hun griffier. Tot slot geeft de CvA aan in de tweede periodieke rapportage dat ze willen dat commissie experts zelfstandiger gaan werken in de toekomst, omdat de commissieleden teveel tijd kwijt zijn aan het instrueren van de commissie experts.²⁹⁷ Het grootste deel van de adviezen – zo niet alle – wordt nog steeds door de commissieleden zelf geschreven.

Een andere mogelijke verklaring is dat de oorzaak van de terughoudendheid van voorzieningenrechter wordt veroorzaakt door een grotere tijdsdruk bij voorzieningenrechters in vergelijking tot de CvA. Berichten over zware tijdsdruk bij

²⁹⁷ Tweede periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 25-05-2015, 5

rechters komen geregeld in het nieuws.²⁹⁸ De commissieleden deden er echter in het eerste boekjaar slechts twee weken langer over het uitbrengen van een advies indien er sprake is van een kritieke termijn, ondanks dat ze een aanstelling hebben van slechts tien uur per week. In het tweede 'boekjaar' is dit vanwege tijd die men kwijt was aan het instrueren van commissie experts opgelopen tot ongeveer tien dagen langer. De tijd die partijen kwijt zijn aan wachten totdat ze zittingsdatum is echter niet meegerekend in deze vergelijking, ondanks dat dit in de regel meer dan een maand is. Uit dit onderzoek blijkt niet of de CvA meer 'manuren' besteed aan een advies dan een voorzieningenrechter aan een vonnis. Helaas is het niet gelukt deze informatie te bemachtigen en kan niet worden vastgesteld of dit het verschil (deels) verklaard.

De meest logische verklaring is echter mijns inziens dat de voorzieningenrechters weldegelijk grondiger kunnen toetsen dan zij in de huidige praktijk doen. Ook uit het proefschrift van Van Harten blijkt dat Nederlandse rechters vaak terughoudend omspringen met Unierechtelijke normen en hun motivering vaak gecamoufleerd verwoorden.²⁹⁹ Ook zou het zo kunnen zijn dat voorzieningenrechters wellicht ook uitgaan van de fictie dat ze het geschil niet definitief beslechten. De ontwikkeling in het aanbestedingsrecht gaan ook zeer snel. Het is zeker voor te stellen dat voorzieningenrechters hierdoor geneigd zijn terughoudender te oordelen in vergelijking tot een CvA met leden die zijn gekozen vanwege hun specialistische kennis van het aanbestedingsrecht.

6.4 Aanbevelingen

6.4.1 Algemeen

De resultaten van dit onderzoek bevestigen eigenlijk wat al veel langer in de literatuur wordt gesuggereerd, maar nog niet echt is geconcretiseerd: de toetsing door de voorzieningenrechter in aanbestedingsgeschillen is minder grondig dan zou moeten, althans zou kunnen. De eerste en meest belangrijke conclusie van dit onderzoek is dan ook dat voorzieningenrechters grondiger en doelmatiger het handelen van aanbestedende diensten moeten gaan toetsen. In bijzonder dienen ze mijns inziens zich meer te laten leiden door de plicht zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te creëren (doelmatig aan te besteden). Bovendien zouden ze niet meer zo gemakkelijk een beroep op rechtsverwerking moeten toestaan. Dit zou een belangrijke en nodige bijdrage aan de rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht kunnen leveren.

Zoals blijkt uit de discussie hierboven heeft dit onderzoek helaas niet met zekerheid kunnen vaststellen wat de exacte reden is dat voorzieningenrechters minder grondig en doelmatig toetsen dan de CvA. Dit bemoeilijkt dan ook het doen van aanbevelingen. De hiernavolgende aanbevelingen zijn dan ook deels aanbevelingen

²⁹⁸ Bijvoorbeeld: NRC.nl 30 januari 2014, 'Rechters en OM vrezen 'fouten en dwalingen' door werkdruk', <http://www.nrc.nl/nieuws/2014/01/30/rechters-en-om-vrezen-fouten-en-dwalingen-door-werkdruk/#> (laatst bezocht op 25 maart 2015)

²⁹⁹ Van Harten 2012, p. 122

die op bepaalde aanname(s) zijn gebaseerd. Die aannames zullen dan expliciet worden benoemd. Daarnaast wordt ingegaan op aanbevelingen die reeds door anderen in de literatuur zijn gedaan en hoe die zich tot de resultaten van dit onderzoek verhouden.

6.4.2 Hervorming procedure voorzieningenrechter

De meest verstrekkende oplossing zou zijn om een onafhankelijke aanbestedingsautoriteit in te stellen, bijvoorbeeld omdat daar meer specialistische kennis zou kunnen worden geconcentreerd. Nader onderzoek zou kunnen vaststellen dat dit de reden is dat de CvA grondiger en doelmatiger kan toetsen dan de voorzieningenrechter. Een dergelijke autoriteit zou bijvoorbeeld ondergebracht kunnen worden bij de Autoriteit Consument en Markt (ACM) en op basis van klachten of eigen initiatief onderzoeken kunnen starten naar het inkoopbeleid van aanbestedende diensten.³⁰⁰ Dit is wat de NVvA zelf ook suggereert in haar rapport in het kader van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012. Dit brengt echter significante kosten met zich mee om te zorgen dat de autoriteit effectief toezicht kan houden. Essers stelt dat deze kunnen worden gedekt met boetes, net als nu gebeurt in het kader van handhaving in het mededingingsrecht door de ACM. In het aanbestedingsrecht zouden de boetes echter grotendeels afkomstig zijn uit publieke middelen, waardoor de overheid handhaving indirect alsnog zelf zou financieren. Bovendien zou de wetgever met de instelling van een aanbestedingsautoriteit afstappen van het systeem van private handhaving dat wordt aangedreven door de markt zelf. Dit onderzoek heeft echter geenszins aangetoond dat een systeem van private handhaving niet zou kunnen werken. Sterker nog het onderzoek heeft ruimte voor verbetering ontwaart en dit suggereert mijns inziens dat een minder vergaande oplossing waarschijnlijk de situatie voldoende zou kunnen verbeteren. Bovendien verzetten mijns inziens de doelen van het aanbestedingsrecht zich tegen publieke handhaving. Aanbestedingsrecht heeft immers tot doel om de overheid doelmatig in te laten kopen door de markt te activeren, innovatie en duurzaamheid te bevorderen en toegang voor het mkb te verbeteren teneinde zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te realiseren voor de publieke middelen die aanbestedende diensten tot hun beschikking hebben. Mijns inziens kan handhaving beter worden aangedreven door de krachten van de markt daartoe in staat te stellen door hen voldoende rechtsbescherming te bieden. Dit sluit beter aan bij dat doel dan om de overheid hier verantwoordelijk voor te maken.

Mijns inziens zou het in zo'n geval beter zijn als er een speciale rechtbankkamer zou komen voor aanbestedingszaken. Rechters met bijzondere specialistische kennis over het aanbestedingsrecht zullen in zo'n geval grondig kunnen oordelen over aanbestedingsgeschillen. Wederom zou aan een dergelijke oplossing de aanname ten grondslag liggen dat het voorzieningenrecht aan kennis ontbreekt om over complexe aanbestedingsgeschillen doelmatig en grondig te kunnen oordelen. In zo'n

³⁰⁰ Zoals bijvoorbeeld: Essers 2007

geval zou handhaving voornamelijk een private aangelegenheid blijven. De praktijk van de afgelopen jaren heeft bewezen dat er voldoende animo is vanuit de markt om te procederen tegen aanbestedende diensten. Dergelijke gespecialiseerde rechters zullen waarschijnlijk grondiger, efficiënter en doelmatiger toetsen dan een "normale" voorzieningenrechter. Het aanbestedingsrecht zou hierdoor ook uniformer worden toegepast. Een dergelijke kamer kan worden geacht ook beter in staat te zijn in te schatten wanneer het nodig is om een prejudiciële vraag te stellen aan het HvJ. Dit voorkomt situaties als het arrest *Van Spijker* en verhoogt de wederkerigheid tussen nationale en Unierechtelijke normen. Bovendien zou een dergelijke kamer zich gemakkelijker kunnen laten bijstaan door deskundigen met kennis over een specifieke branche zoals de bouw of de ict-sector. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 3 is er geen regel die een voorzieningenrechter verbiedt een deskundige aan te stellen in een kort geding, in tegenstelling tot wat velen denken. Een dergelijke aanbestedingskamer kan een protocol hanteren om snel een deskundige te benoemen, zonder dat de procedure hierdoor onnodig wordt vertraagd. In dit opzicht zou de wetgever bij het optuigen van een dergelijk systeem een voorbeeld kunnen nemen aan de Commissie van Aanbestedingsexperts. De Commissie van Aanbestedingsexperts zou hier zelfs mee kunnen worden samengevoegd. Het idee van een dergelijke speciale rechter is al vaker geopperd in de literatuur.³⁰¹

Mijns inziens is er echter een behoorlijke kans dat voorzieningenrechters zich niet bewust zijn van de beschreven lacunes in de rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht. Vanuit hun rol als voorzieningenrechters denken zij dat de toetsing die zij uitvoeren voldoet aan de daaraan gestelde normen. De CvA toont mijns inziens aan dat een kleine slagvaardige commissie zonder vaak gebruik te maken van branche experts al grondiger en doelmatig kan toetsen. Sterker nog door coördinatieproblemen met commissie experts ging een deel van die slagkracht zelfs verloren. Meer mankracht verhoogt dus niet perse de prestaties. Het is niet ondenkbaar dat voorzieningenrechters slechts een goed voorbeeld en een zetje in de goede richting nodig hebben. Het groeiende *corpus* van consistente, grondige en doelmatige adviezen van de CvA zouden voorzieningenrechters kunnen helpen zelf ook in gelijke gevallen kritischer naar het handelen van de aanbestedende dienst te gaan kijken. De belangrijkste aanbeveling die volgt uit de resultaten is dan ook dat voorzieningenrechters zich in het huidige systeem meer bewust moeten worden van de belangrijke rol die zij vervullen in het systeem van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht en de noodzaak inzien van grondigere en doelmatigere toetsing in aanbestedingsgeschillen. Indien dat niet tot het gewenste resultaat leidt kan vervolgens naar de hiervoor beschreven verdergaande oplossingen worden gekeken.

³⁰¹ Zoals bijvoorbeeld: Bleeker 2006, p. 288. Wellicht zou zelfs kunnen worden onderzocht of er in dat kader een kamer "markt en overheid" kan worden opgetuigd, waar men ook terecht kan voor geschillen omtrent andere uit "Brussel" afkomstige rechtsgebieden zoals: mededingingsrecht en staatssteun. Die rechtsgebieden delen immers de doelstelling dat ze zien op een efficiënte en doelmatige verstandhouding tussen de markt en de overheid. Bovendien is in al deze rechtsgebieden een bepaalde economische vakkennis vereist. Andere landen zoals Duitsland kennen een dergelijk systeem al. Of wat betreft de overige rechtsgebieden deze behoefte bestaat is niet onderzocht. In de lijn van dit onderzoek zou het echter interessant zijn om een dergelijke oplossing verder te onderzoeken.

6.4.3 Vordering tot schadevergoeding

De tweede aanbeveling ziet op de vordering tot schadevergoeding. Mijns inziens zouden er drie verschillende mogelijkheden moeten zijn om voor schadevergoeding in aanmerking te komen als benadeelde inschrijver. Ten eerste moet een inschrijver de mogelijkheid hebben om zijn negatieve contractsbelang vergoed te krijgen, indien hij aannemelijk maakt dat de aanbestedingsprocedure onrechtmatig is verlopen en hij een redelijke kans op gunning zou hebben gehad. In die situaties hoeft de inschrijver dus niet aan te tonen wat de gederfde winst precies zou zijn. Dit zou bijvoorbeeld nuttig kunnen zijn indien een inschrijver zijn materiaal en mankracht grotendeels ergens anders heeft kunnen inzetten. Een benadeelde inschrijver is overigens sowieso zelf verplicht om de schade zoveel mogelijk te beperken. Deze uitzondering zou niet alleen moeten gelden voor aanbestedingen door speciale-sectorbedrijven, maar ook andere aanbestedingsprocedures. Ten tweede moet een inschrijver een proportioneel gedeelte van zijn positieve contractsbelang vergoed kunnen krijgen indien hij aantoonbaar dat hem een redelijke kans op gunning is ontnomen wegens onrechtmatig handelen van een aanbestedende dienst. Dit kan op basis van de reeds gebruikte criteria die zijn geformuleerd door lagere rechters en zijn beschreven in hoofdstuk 2. Ten derde zou een inschrijver het gehele positieve contractsbelang vergoed moeten krijgen in het uitzonderlijke geval dat hij weet aan te tonen dat hij de inschrijving zou hebben gewonnen indien de aanbestedende dienst niet onrechtmatig zou hebben gehandeld. Dit zou er mijns inziens voor zorgen dat de vordering de toets van het effectiviteitsbeginsel kan doorstaan. In het algemeen volgt nog het advies dat de bodemrechter zich bewust is van het feit dat uiterst moeilijk is om de precieze omvang van de schade vast te stellen. In zo'n geval zou de rechter met behulp van bewijsvermoedens de bewijslast van de benadeelde inschrijver kunnen verminderen.

6.4.4 Vernietigingsgronden

Ten derde zou het Hof Den Haag mijns inziens het standpunt van het Hof Amsterdam en Hof Arnhem-Leeuwarden moeten overnemen omtrent ingrijpen in reeds gesloten overeenkomsten op basis van de Aanbestedingswet. De interpretatie van laatstgenoemden sluit beter aan bij de jurisprudentie van het HvJ en draagt bovendien bij aan de rechtsbescherming van ondernemers.

6.4.5 De Commissie van Aanbestedingsexperts

Uit het onderzoek is gebleken dat de CvA een duidelijke bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van het aanbestedingsrecht. De adviezen zijn van hoog niveau en toetsing vindt in veel gevallen op grondigere en doelmatigere wijze plaats dan bij de voorzieningenrechter in gelijke gevallen. Voor de betrokken organisaties draagt dit bij aan de professionalisering van de aanbestedingspraktijk en daarmee aan de doelen die daarmee worden nagestreefd. Dit is in ons aller belang. De organisatie is elegant en weet op sterke wijze kennis te bundelen. Zelfs indien voorzieningenrechters grondiger zouden gaan toetsen blijft er mijns inziens een belangrijke rol voor de CvA

te vervullen. Een klachtprocedure blijft laagdrempeliger dan een kort geding en daarmee toegankelijker voor het mkb. Ten tweede kunnen brancheorganisaties klachten indienen en zo aanbestedende diensten door de CvA op de vingers laten tikken. Omdat een advies niet bindend is en aanbestedende diensten niet bij naam worden genoemd in gepubliceerde adviezen is een klachtprocedure minder schadelijk voor de relatie tussen de inschrijver en de aanbestedende dienst. De afgelopen twee jaren heeft mijns inziens aangetoond dat inschrijvers en aanbestedende diensten deze manier van afhandelen van klachten waarderen. Het is dan ook de hoop van de schrijver dat de wetgever dit bij de hierziening van de aanbestedingswet inziet. De CvA zou haar taak mijns inziens nog wel kunnen uitbreiden op de volgende wijze.

Ten eerste zou ze 'opinions' kunnen gaan publiceren. De in het vorige hoofdstuk beschreven thema's tonen mijns inziens aan dat hiervoor reeds voldoende adviezen beschikbaar zijn. Het bundelen van de kennis in gepubliceerde opiniestukken kan voorzieningenrechtvaardigen en anderen die met de aanbestedingspraktijk te maken hebben helpen.³⁰² Dit zou goed aansluiten bij de neveloelen van de commissie 'professionalisering van de inkooppraktijk' en het 'leereffect' dat ze teweeg wil brengen. Ten tweede zou het goed zijn als de commissie haar standpunt omtrent *conflicts of interests* nog expliciet vastlegt in haar reglement. Zoals is gebleken hecht ze waarde aan haar onafhankelijkheid en neemt ze klachten niet in behandeling als er sprake is van een mogelijk *conflict of interest*. Niet duidelijk volgt uit het reglement echter hoe dit gebeurt, behalve dat de CvA zichzelf een algemeen recht voorbehoudt klachten al dan niet in behandeling te nemen. Bovendien zou ze kunnen vastleggen in het reglement of en hoe derden met een duidelijk belang bij een aanbestedingsprocedure zich naast de aanbestedende dienst en de klager ook over de klacht mogen uitlaten. Ten derde zou de CvA in haar reglement kunnen opnemen dat ze als deskundige in een aanbestedingsgeschil kan worden benoemd. Uit de praktijk is gebleken dat in veel gevallen de aanbestedende dienst niet bereid is de *alcatel*-termijn te verlengen, waardoor klager genoodzaakt is een kort geding aan te spannen zodat de een voorlopige voorziening de uitkomst van de aanbestedingsprocedure nog kan beïnvloeden. Normaal zou de CvA vervolgens haar onderzoek opschorten. Het onderzoek dat de CvA op dat moment al heeft verricht is dan voor niets geweest. Mijns inziens zou de CvA zich dienstbaar voor de rechtspraak kunnen opstellen door in de reglementen op te nemen dat zij kunnen worden benoemd als deskundige in een kort geding en zo de voorzieningenrechter kunnen bijstaan en haar advies alsnog kan afmaken. Mijns inziens past dit prima in het takenpakket van de commissie om "onafhankelijk advies te geven over klachten met betrekking tot aanbestedingsprocedures".

Tot slot zou de CvA mijns inziens haar standpunt omtrent herstel van gebreken in een inschrijving en omtrent rechtsverwerking moeten herzien.

³⁰² De schrijver realiseert zich dat hij niet de eerste is die met dit idee komt en dat de CvA hier zelf ook al over nadenkt op het moment van schrijver. Helaas heeft de schrijver geen literatuur gevonden waarnaar kan worden verwezen om de eer te laten toekomen aan diegene die dit idee als eerste heeft geopperd.

6.4.6 Hof van Justitie

Dit onderzoek toont aan dat het HvJ er goed aan zou doen een aantal overwegingen uit het arrest *Van Spijker* te heroverwegen en het Nederlandse systeem van rechtsbescherming in het aanbestedingsgeschillen te toetsen aan de beginselen van effectiviteit en effectieve rechtsbescherming. Ten eerste omdat het hof miskent dat aanbestedingsgeschillen in feite definitief door de voorzieningenrechter worden beslecht. Beter zou het zijn als het hof expliciet het standpunt van het EHRM zou overnemen dat in zo'n geval de procedure aan dezelfde eisen moet voldoen als een bodemprocedure, althans dat de nationale overheid moet aantonen dat de aard van de procedure zich verzet tegen (bijvoorbeeld) grondigere toetsing.

Ten tweede verdient het de aanbeveling dat het HvJ zou stellen dat nationale rechters effectivering van aansprakelijkheid niet uiterst moeilijk of feitelijk onmogelijk mogen maken door als criterium te hanteren dat eiser moet aantonen dat hij de aanbestedingsprocedure zou hebben gewonnen. Een criterium dat aansluit bij de kansschade, proportionele schadevergoeding ofwel *loss of chance* zou mijns inziens wel aan het effectiviteitsbeginsel voldoen. Dit zou de rechtsbescherming ten goede komen.

Uiteraard is bovenstaande overweging met betrekking tot het HvJ slechts van betekenis voor zover de Nederlandse wetgever en de rechtspraak stil blijft zitten, dat is uiteraard niet te hopen. Zoals ook in overweging 122 van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren staat opgenomen hebben alle burgers belang hebben bij deugdelijke aanbestedingsprocedures.

Bibliografie

Boeken

Akkermans 1997

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid*, Zwolle: W.E.J.Tjeenk Willink 1997

Anderson & Arrowsmith 2012

R.D. Anderson & S. Arrowsmith, 'The WTO regime on government procurement: past present and future', in: S. Arrowsmith & R.D. Anderson, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press 2012

Barkhuysen, Emmerik en Gerards 2009

T. Barkhuysen, M.L. Emmerink en J.H. Gerards, *De toegang tot de rechter en een eerlijk proces in de grondwet? Behoefte de Nederlandse Grondwet aanvulling met een recht op toegang tot de rechter en een eerlijk proces?*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2009

Barkhuysen e.a. 2014

T. Barkhuysen e.a., *Adequate rechtsbescherming bij grondrechtenbeperkend overheidsingrijpen: studie naar aanleiding van de agenda voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2014

Blaauw 2002

J.H. Blaauw, *Het kort geding, A. Algemeen Deel*, Deventer: Kluwer 2002

Bovis 2014

C. Bovis, 'Remedies', in: M. Trybus, R. Caranta en G. Edelstam, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Brussel: Bruylant 2014

Butler 2012

L.R.A. Butler, 'Below the Threshold and Annex IIB Service Contracts in the United Kingdom: A Common Law Approach', in: S. Treumer & F. Lichère, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen: Djøf Publishing 2012

Caranta 2012

R. Caranta, 'Many different paths, but are they all leading to effectiveness', in: S. Treumer & F. Lichère, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Copenhagen: Djøf Publishing 2012

Committee of Ministers CoE 2013

Committee of Ministers CoE, *Guide to good practice in respect of domestic remedies*, Straatsburg: Council of Europe 2013

Council of Europe/ECHR 2013

Council of Europe/European Court of Human Rights, *Guide on article 6, right to a fair trial (civil limb)*, Straatsburg: Council of Europe 2013

Council of Europe/ECHR 2014

Council of Europe/European Court of Human Rights, *Practical Guide on Admissibility Criteria*, Straatsburg: Council of Europe 2014

Essers 2013

M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden, naar een maatschappelijk verantwoord aanbestedingsbeleid*, Amsterdam: Reed Business Education 2013

Fana & Piga 2013

M. Fana & G. Piga, 'SME's and public contracts: an EU based perspective', in: G. Piga & S. Treumer, *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, London: Routledge 2013

De Groot 2002

G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2002

De Groot 2012

G. de Groot, *Civiel Deskundigebewijs*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012

Hebly, de Boer en Wilman 2007

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

Heeswijck 2013

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

Van der Horst 2013

H.J. van der Horst, *Aanbestedingswet 2012*, Amsterdam: Berhauser Pont Publishing 2013

De Koninck & Flamey 2009

C. De Koninck & P. Flamey, *European Public Procurement Law: part II – remedies*, Deventer: Kluwer 2009

Nicolau 2013

G. Nicolau, *The Strasbourg View on the Charter of Fundamental Rights*, Brugge: European Legal Studies 2013

OECD 2011

OECD, *Government at a Glance 2011*, Parijs: OECD Publishing 2011, p. 147-157

Pennarts 2008

H.F.T. Pennarts, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Apeldoorn: Maklu 2008

Pijnacker Hordijk, van der Bend & Nouhuys 2009

E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhus, *Aanbestedingsrecht, handboek van het Europees en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, Den Haag: SDU uitgevers 2009

Pries & Friton 2012

H-J Pries & P. Friton, 'Designing effective challenge procedures: the EU's experience with remedies', in: S. Arrowsmith & R.D. Anderson, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press 2012

Treumer 2011

S. Treumer, 'The State of Law and Current Issues', in: S. Treumer & F. Lichère, *Enforcement of the EU Public Procurement Rules*, Kopenhagen: Djøf Publishing 2011

Trybus 2011

M. Trybys, *An Overview of the United Kingdom Public Procurement Review and Remedies system with an Emphasis on Engeland and Wales*, in M. Trybus, R. Caranta en G. Edelstam, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Brussel: Bruylant 2014

Wauters 2014

K. Wauters, 'Review Bodies (including Antifraud Measures)', in: M. Trybus, R. Caranta en G. Edelstam, *EU Public Contract Law: Public Procurement and Beyond*, Brussel: Bruylant 2014

Zhang 2012

X. Zhang, 'Constructin a system of challenge procedures to comply with the Agreement on Government Procurement', in: S. Arrowsmith & R.D. Anderson, *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press 2012

Artikelen**Arnull 2012**

A. Arnull, 'The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse?', *European Law Review* 2011, 36(1), p. 51-70

Arrowsmith 2002

S. Arrowsmith, 'The Character and Role of National Challenge Procedures under the Government Procurement Agreement', *Public Procurement Law Review*, Cambridge: Andover: Sweet and Maxwell 2002, 11, p. 235-260

Van den Berge e.a. 2011

I. van den Berge e.a., 'Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht', *TA* 2011, 3, p. 158-209

Van den Berge e.a. 2012

I. van den Berge e.a., 'Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht, 1 januari – 31 december 2011', *TA* 2012, 2, p. 142-200

Van den Berge e.a. 2014

I. van den Berge e.a., 'Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht 2013', *TA* 2014, 2, p. 54-96

Bleeker 2006

R. Bleeker, 'De gewone rechter in aanbestedingszaken', *TA* 2006, 12, p. 279-288

Blaisse-Verkooyen, François en Verweij 2014

B. Blaisse-Verkooyen, F. François en E. Verweij, 'De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 2) De Richtlijn Nutssectoren – wijzigingen ten opzichte van richtlijn 2004/17/EG – en de nieuwe Richtlijn Concessies', *TBR* 2014, 145, p. 827-835

Blauberger & Krämer 2012

M. Blauberger & R.U. Krämer, 'European Competition vs. Global Competiveness Transferring EU Rules on State Aid and Public Procurement Beyond Europa', *Journal of Industry Competition and Trade* 2013, 13, 1

Ellian 2012

U. Ellian, 'Ontwikkelingen met betrekking tot het Grossmann-verweer: moet een inschrijver de aanbestedder vóór de gunning al in rechte betrekken?', *TA* 2012-5, p. 517-530

Essers 2007

M.J.J.M. Essers, 'Publieke handhaving van het Europese aanbestedingsrecht', *TA* 2007, 12, p. 449-457

Hebly & Wilman 2010

J.M. Hebly & F.G. Wilman, 'Schadevergoeding wegens schending van het aanbestedingsrecht', *TBR* 2010, 4, 59

Van Harten 2012

H.J. van Harten, 'Wat doet de Nederlandse rechter met het Europees recht?', *TREMA* 2013/4, p. 121-127

Van Heeswijck 2015

A.J. van Heeswijck, 'De verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' voor de publieke middelen', in *TBR* 2015, 1, 22

Jansen & Manunza 2006

C.E.C. Jansen & E.R. Manunza, '(On)gewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht?', *NJB*, 2006, nr. 19, p. 1038-1043

Jansen & Mutluer 2012

C. Jansen & S. Mutluer, 'Enkele kanttekeningen bij de Gids proportionaliteit', *TA* 2012, 2, p. 30-42

Janssen 2012

W.A. Janssen, 'Maatschappelijk verantwoord aanbesteden; van een procedurele naar een instrumentele benadering van het aanbestedingsrecht', *TA* 2012/2

Lombert 2014

A. Lombert, 'Het Grossmann-verweer in de Nederlandse aanbestedingspraktijk', *TA* 2014, 3, 140

Möhlmann 2012

W.R. Möhlmann, 'Een Europees buitenlands aanbestedingsbeleid? Het voorstel van de Commissie voor een verordening inzake de toegang van derde landen tot de Europese aanbestedingsmarkt', *NtER* 2012, p. 293-200

McGowan 2011

D. McGowan, 'Remedies revolution avoided', *Public Procurement Law Review* 2011, 3 p. 64-69

Prechal & Widdershoven 2011

S. Prechal & R. Widdershoven, 'Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective judicial protection', *Review of European Administrative Law* 2011, 4, 2, p. 31-50

Pachnou 2000

D. Pachnou, 'Enforcement of the EC procurement rules: the standards required of national review systems under EC law in the context of the principle of effectiveness', *Public Procurement Law Review*, 2000, 2, p. 55-74

Parret 2012

L.Y.M. Parret, 'Effectieve rechtbescherming: eindeloos potentieel, ongeleid projectiel?', *NtER* 2012, 5, p. 157-167

Van Leeuwen & Tichelaar 2014

M.P. van Leeuwen & S.G. Tichelaar, 'Eerste ervaringen met de Commissie van Aanbestedingsexperts', *TBR* 2014, 77

Van der Velden & Van der Woerd 2014

M.G.J. van der Velden & K.H.M. van der Woerd, 'De Commissie van Aanbestedingsexperts: draagt zij bij aan de rechtsontwikkeling of doen haar adviezen afbreuk aan de rechtseenheid?', *TA* 2014, 11, 4, 231

De Waele & Kieft 2010

H. de Waele & I. Kieft, 'De doorwerking van richtlijnen en algemene beginselen van EU-recht', *NtER*, 2010, 5, p. 170-178

Overige documenten

Europese Unie:

COM(85)310 final

White Paper from the Commission to the European Council 28-29 juni 1985, 'Completing the Internal Market', COM(85)310 final

COM(86)375 def

Mededeling van de Commissie 14 juni 1985, 'Overheidsopdrachten in de Gemeenschap', COM(86)375 def

COM(2006) 195

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC CEE with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts {SEC(2006)557}

SEC(2011) 853 final

Commission Staff Working Paper, Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation

Rijksoverheid en Staten Generaal:

Aanbestedingsrechtspraak in Nederland 2010

PWC en Van Doorne in opdracht van het ministerie van EZ, 'Aanbestedingsrechtspraak in Nederland, 1 september 2004-31 augustus 2009', eindrapport juni 2010

Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 11 maart 2013, 394323

Kamerbrief 20 januari 2015

Kamerbrief, 'betreffende: Beantwoording vragen kostenefficiëntie en lastenluwe toepassing van aanbestedingsregels', 20 januari 2015, DGETM-MC/14208841

Kamerstukken II, 2008/09, 32 027, nr 3 (MvT Wira)

Kamerstukken II 2014/14, 34 059, nr. 1-3

Kamerstukken II, 2009-2010, 32 440, nr. 3

Stcr. 2013 nr. 6182

Overig:

NVvA, Evaluatie Aanbestedingswet 2012, 1

Werkgroep Evaluatie Aanbestedingswet 2012, Rapportage deelwerkgroep 1
Noviteiten AW 2012, Definitieve versie d.d. 30 november 2014

<http://www.aanbestedingsrecht.org/bijeenkomsten-en-activiteiten/werkgroepen>
(laatst bezocht op 24 maart 2015)

Eerste periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 28-03-2014

<http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/periodieke-rapportages> (laatst bezocht 15 juni 2015)

Tweede periodieke rapportage van de Commissie van Aanbestedingsexperts 25-05-2015

<http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/periodieke-rapportages> (laatst bezocht 15 juni 2015)

Richtsnoeren leveringen en diensten

<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2013/05/13/richtsnoeren-leveringen-en-diensten.html> (laatst bezocht op 15 juni 2025)

Jurisprudentie**EHRM**

EHRM 23 oktober 1985, *NJ* 1986, 102 (Benthem)

EHRM 14 juni 2011, 21974/07 (Mercieca e.a./Malta)

EHRM 15 oktober 2009, 17056/06 (Micallef/Malta)

EHRM 10 juli 1998, 62/1997/846/1052-1053 (Tinnely & Sons Ltd e.a. en McElduff e.a. vs. het Verenigd Koninkrijk)

HvJ EG/EU

HvJ EG 5 februari 1963 C-26/62 (Van Gend & Loos)

HvJ EG 15 juli 1964 C-6/64 (Costa/ENEL)

HvJ EG 12 november 1969, C-29/69 (Stauder)

HvJ EG 16 december 1976, C-33/76 (Rewe)

HvJ EG 22 september 1988, C-45/88 (Dundalk)

HvJ EG 27 september 1988, C-194/88 (La spezia)

HvJ EG 21 februari 1991, gevoegde zaken C-143/88 en C-92/89 (Zuckerfabriken)

HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich)

HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89 (Storebaelt)

HvJ EG 5 maart 1996, gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Percheur)

HvJ EG 25 april 1996, C-87/94 (Commissie/België – Waalse Bussen)

HvJ EG 1 december 1998, C-326/96 (Levez)

HvJ EG 7 december 1998, C-324/98 (Teleaustria)

HvJ EG 19 mei 1999, C-225/97 (Commissie/Frankrijk)

HvJ EG 18 november 1999, C-275/98 (Unitron Scandinavia)

HvJ EG 16 mei 2000, C-78/98 (Preston)

HvJ EG 18 juni 2002, C-92/100 (Hospital Ingenieure)

HvJ EG 10 april 2003, C-276/01 (Stefensen)

HvJ EG 4 december 2003, C-448/01

HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann)

HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 (Succhi di Frutta)

HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (Unibet)

HvJ EG 18 juli 2007, C-503/04 (Commissie/Duitsland)

HvJ EG 30 april 2009, C-75/08 (Mellor)

HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (Strabag)

HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (Van Spijker)

HvJ EU 8 maart 2011, C-240/09 (Lesoochranarska zoskupenie VLK)

HvJ EU 17 maart 2011, gevoegde zaken C-372/09 en C-373/09 (Josep Penarroja FA)

HvJ EU 2 december 2011, C-386/10 (Chalkor)

HvJ EU 8 december 2011, C-272/09 (KME)

HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (SAG)

HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (Azienda Sanitaria Locale di Lecce)

HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (Manova)

HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (Belgacom)

HvJ EU 14 november 2013, C-388/12
 HvJ EU 11 september 2014, C-19/13 (Fastweb)
 HvJ EU 17 september 2014, C-562/12 (Liivimaa Lihaveis)
 HvJ EU 11 december 2014, C-440/13 (Croce Amica)

GEA EU

GEA EU 29 mei 2013, T-384/10

Hoge Raad

HR 19 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg)
 HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (Provincie Zeeland/Hoondert)
 HR 4 juni 1993, *NJ* 1993, 659 (DWFV)
 HR 20 mei 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS4406
 HR 26 juni 2009, *TBR* 2009
 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 (KLM/CCC)
 HR 23 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (Fortis/Bourgonje)
 HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (Staat en Tele2/KPN)
 HR 18 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY0543
 HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757, *JAAN* 2015, 89

Hoven

Hof Den Haag 19 mei 2009, ECLI:GHSGR:BI4344
 Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *TBR* 2010, 205
 Hof Den Bosch 5 februari 2013, *JAAN* 2013/48
 Hof Den Bosch 12 februari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ1714
 Hof Den Haag 25 juni 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2081
 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5475
 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122

Rechtbanken

Vzr. Rb. Haarlem 5 december 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AZ1072
 Vzr. Rb. Utrecht 21 maart 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BA2053
 Vzr. Rb. Rotterdam 29 mei 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD2742
 Vzr. Rb. Utrecht 29 april 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BD0638
 Vzr. Rb. Maastricht 8 oktober 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BF7031
 Vzr. Rb. Den Haag 19 oktober 2009, ECLI:NL:RBSGR:2009:BK0583
 Vzr. Rb. Amsterdam 1 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP5160
 Vzr. Rb. Amsterdam 7 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BR3084
 Rb. Amsterdam, 20 juli 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BT1883
 Vzr. Rb. Maastricht 11 augustus 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BR7091
 Rb. Zutphen 28 december 2011, *JAAN* 2012/36
 Vzr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX3388
 Vzr. Rb. Amsterdam 14 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BY0490
 Vzr. Rb. Den Haag 31 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY8867
 Rb. Dordrecht 14 november 2012, ECLI:NL:RBDOR:2012:BY3500

Vzr. Rb. Den Haag 11 december 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY5808
 Vzr. Rb. Leeuwarden 12 december 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BY5837
 Vzr. Rb. Den Haag 5 februari 2013, ECLI:NL:RBSGR:BZ4192
 Vzr. Rb. Den Haag 13 februari 2013, C/09/432793 / KG ZA 12-1381, n.n.g.
 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 28 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ6534
 Vzr. Rb. Noord-Nederland 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100
 Vzr. Rb. Midden-Nederland, locatie Utrecht 22 november 2013,
 ECLI:NL:RBMNE:2013:5763
 Vzr. Rb. Noord-Nederland 29 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7367
 Vzr. Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454
 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007
 Vzr. Rb. Den Haag 12 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:1711
 Vzr. Rb. Den Haag 25 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2965
 Vzr. Rb. Den Haag 3 maart 2014, C/09/457446/KGZA13-1485
 Vzr. Rb. Noord-Nederland 19 maart 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:1360
 Vzr. Rb. Gelderland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868
 Rb. Rotterdam 2 april 2014, JAAN 2014/92
 Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3456
 Vzr. Rb. Den Haag 25 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6204
 Vzr. Rb. Gelderland 10 juni 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:4344
 Vzr. Rb. Den Haag 21 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10788
 Vzr. Rb. Noord-Nederland 27 augustus 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:4220
 Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 6 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7530
 Vzr. Rb. Rotterdam 10 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9450
 Vzr. Rb. Den Haag 27 november 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16579
 Vzr. Rb. Rotterdam 28 november 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9989
 Vzr. Rb. Rotterdam 3 december 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9809
 Vzr. Rb. Oost Brabant 16 januari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:279
 Rb. Den Haag, 26 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:707
 Vzr. Rb. Amsterdam 19 februari 2015, ECLI:NL:RBAMS:2014:681
 Vzr. Rb. Rotterdam 25 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1283

Annotaties bij adviezen CvA

CvA 15 oktober 2013, advies 31, JAAN 2014/118 m.nt. Yilmaz en Heemskerk
 CvA 5 december 2013, advies 36, JAAN 2014/59 m.nt. Zeelenberg
 CvA 20 januari 2014, advies 56, JAAN 2014/201 m.nt. Knoups
 CvA 23 januari 2014, advies 43, JAAN 2014/79 m.nt. 't Hart
 CvA 24 januari 2014, advies 53, JAAN 2014/80 m.nt. 't Hart
 CvA 7 februari 2014, advies 62, JAAN 2014/82 m.nt. Knoups
 CvA 17 juni 2014, advies 93, JAAN 2014/207 m.nt. van Hulsteijn en van Bohemen
 CvA 8 juli 2014, advies 117, JAAN 2014/206 m.nt. 't Hart
 CvA 20 augustus 2014, Advies 121, JAAN 2015/26, m.nt. 't Hart