



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 17-11-2019 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder .

nr. 8 - augustus 2019 (/docs/articles/2019/augustus[1])

Deel dit artikel [\(https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 8 - augustus 2019%20TBR 2019-106 Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106\)](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 8 - augustus 2019%20TBR 2019-106 Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106)

[\(https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106&title=nr. 8 - augustus 2019%20TBR 2019-106 Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?&source=IBR Tracker\)](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106&title=nr. 8 - augustus 2019%20TBR 2019-106 Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?&source=IBR Tracker)

[\(https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106&t=IBR Tracker%20nr. 8 - augustus 2019%20TBR 2019-106 Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?\)](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106&t=IBR Tracker%20nr. 8 - augustus 2019%20TBR 2019-106 Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?) [\(mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106\)](mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106)

TBR 2019/106

Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?

mr. G.J. Huith, mr. S.B. Groenwold ¹

1. Inleiding

Het stelsel van rechtsbescherming staat onder druk. Steeds vaker zijn signalen waarneembaar van ondernemers en andere belanghebbenden dat de rechtsbescherming tekort schiet. Met name de rechtsgang bij de burgerlijke rechter (in kort geding) moet het daarbij ontgelden. Zo kopte de Cobouw op 25 september 2017:

'Bouwers ongelijk behandeld bij tendergeschillen: 'Onwenselijk en incorrect''. Ook in de Staatcourant verscheen een artikel met de titel: 'Rechtsbescherming in aanbestedingszaken niet op orde'.²

De geuite zorgen gaven de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat begin 2018 aanleiding de rechtsbescherming in het kader van aanbestedingen te evalueren.³ Inmiddels heeft de staatssecretaris aan onderzoeksbureau KWINK groep de opdracht gegeven de rechtsbescherming te onderzoeken. Onderdeel van dit onderzoek is een enquête naar de opvattingen over de rechtsbescherming van inschrijvers. Een enquête onder belanghebbenden met als doel 'de signalen en de problemen rondom rechtsbescherming in kaart te brengen'. De uitkomsten van de enquête en het onderzoek van KWINK groep zijn op 15 juli 2019 door de staatssecretaris aan de Tweede Kamer toegezonden.⁴

In haar vijfde periodieke rapportage, die op 1 maart 2018 verscheen, gooit de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: 'de Commissie') olie op het vuur. In deze rapportage geeft de Commissie de staatssecretaris in overweging de rol en het functioneren van de Commissie te evalueren in de bredere context van enerzijds de actuele systematiek en kwaliteit van rechtsbescherming voor ondernemingen die (willen) deelnemen aan aanbestedingsprocedures en anderzijds de politiek-bestuurlijke wens om met de inzet van een scala aan beleidsmaatregelen tot professionalisering van overheidsaanbestedingen te komen.

Het debat over de rol van de Commissie lijkt (voornamelijk) te zijn ingegeven door signalen van ondernemers over de wijze waarop aanbestedingen in algemene zin verlopen. Het gaat dan met name over onvrede over onnodig clusteren, gunning op laagste prijs en het toepassen door aanbestedende diensten van disproportionele voorwaarden in contracten. Om die reden is op 7 juni 2018 met algemene stemmen een motie aangenomen waarin de staatssecretaris wordt opgedragen bij de evaluatie te bezien of de Commissie een '*meer zwaarwegende rol kan krijgen op het gebied van inhoudelijke toetsing en inhoudelijke adviezen*' om een aantal gesignaleerde misstanden bij aanbestedingen te voorkomen.⁵

Het onderzoek naar de rechtsbescherming bij aanbestedingen valt ook samen met het traject 'Beter Aanbesteden'.⁶ Dit traject stelt zich ten doel om de kwaliteit van aanbestedingen in de praktijk te verbeteren door aanbestedende diensten en ondernemers de dialoog met elkaar te laten aangaan. Daarbij is de verwachting dat (vooral bij kleinere aanbestedende diensten) nog veel te winnen valt. Het resultaat van deze dialoog is de actieagenda Beter Aanbesteden van januari 2018, bestaande uit een lijst met 23 actiepunten verdeeld over 12 thema's.⁷

Al met al staat er met deze drie ontwikkelingen de aankomende tijd veel te gebeuren op het gebied van het aanbestedingsrecht. Dat roept de vraag op of de rechtsbescherming bij aanbestedingen zodanig tekortschiet, dat aanvullende wetgeving nodig is. Is de aanbestedingspraktijk wel gebaat bij aanvullende rechtsbescherming en welke rol kan daarin worden weggelegd voor de Commissie? In dit artikel proberen wij een denkrichting te geven hoe op deze vragen moet worden geantwoord.

2. Rechtsbescherming in vogelvlucht

2.1 Belang van zorgvuldige rechtsbescherming

De overheid is een belangrijke opdrachtgever voor het bedrijfsleven in Nederland. Met een totaal inkoopvolume van circa € 135 miljard ⁸ is het vanzelfsprekend van belang dat deze inkoop zorgvuldig plaatsvindt.

Het voornaamste doel van het aanbestedingsrecht is dat overheidsinkoop door middel van concurrentiestelling op een effectieve manier verloopt, zodat de belastingbetaler de beste prijs-kwaliteitverhouding krijgt. Sinds enkele jaren gaat het bij aanbestedingen echter niet alleen meer om het verkrijgen van '*value for taxpayers money*'. In rap tempo heeft het aanbestedingsrecht in Nederland allerlei nevendoelestellingen gekregen, zoals het stimuleren van innovatie, het streven naar sociale verbetering, het bereiken van duurzaamheidsambities en het verbeteren van de positie van het MKB; doelstellingen die zich niet altijd goed tot elkaar verhouden. De gedachte daarbij is dat overheidsbeleid via overheidsinkoop kan worden gerealiseerd. ⁹ Het verenigen van al die (neven)doelstellingen is daarmee een complexe aangelegenheid geworden waarmee alle aanbestedende diensten - groot en klein - bij hun bedrijfsvoering rekening moeten houden.

Vanzelfsprekend is het voor ondernemers van cruciaal belang dat de inkoop door overheden op een objectieve, transparante, zorgvuldige en proportionele wijze plaatsvindt, zodat alle geschikte ondernemers een gelijke kans hebben op het verkrijgen van de opdracht. De Aanbestedingswet, alsook daarmee samenhangende regelgeving en flankerend beleid, vormt het normatieve kader voor aanbestedende diensten om hun inkoopdoelen te bereiken. ¹⁰ Deels is deze regelgeving procedureel van aard; het regelt niet *wat* maar slechts *hoe* moet worden ingekocht, en welke keuzevrijheid aanbestedende diensten daarbij hebben. ¹¹ Ten aanzien van *wat* aanbestedende diensten inkopen behouden zij (volgens de wet) een behoorlijk ruime keuzevrijheid. Voor een deel bevat het aanbestedingsrecht echter ook gedragsregels en zorgvuldigheidsnormen die moeten waarborgen dat de keuzes van aanbestedende diensten voor derden, in het bijzonder geïnteresseerde ondernemers, navolgbaar zijn. Dit geldt in het bijzonder voor de motiveringsverplichting(en) die op aanbestedende diensten rust(en).

2.2 Formele en informele rechtsbescherming

Geen rechtsdomein kan zonder effectieve rechtsbescherming; ook het aanbestedingsrecht niet. Elke ondernemer moet kunnen beschikken over snelle en doeltreffende rechtsmiddelen wanneer hij zich in een aanbestedingsprocedure benadeeld acht. ¹² De Europese aanbestedingsrichtlijnen laten lidstaten echter grotendeels vrij in de vormgeving van de rechtsbescherming in het kader van aanbestedingen.

De Nederlandse wetgever heeft er uitdrukkelijk voor gekozen het aanbestedingsrecht aan te merken als een privaatrechtelijke aangelegenheid.¹³ De aanbesteding vormt immers een gereguleerde precontractuele fase; zij het in een meerpartijenverhouding.¹⁴ Wanneer een ondernemer een geschil heeft met een aanbestedende dienst over een aanbesteding, dient hij dit in uitgangspunt voor te leggen aan de burgerlijke rechter.

Daarnaast bestaat sinds maart 2013 de (informele) klachtprocedure bij de Commissie. De Commissie ontleent haar bestaansrecht aan artikel 4.27 van de Aanbestedingswet en het Instellingsbesluit van de minister van Economische Zaken van 7 maart 2013.¹⁵ De Commissie is ingesteld om als onafhankelijke en onpartijdige instantie te adviseren en te bemiddelen naar aanleiding van klachten over een onder de Aanbestedingswet vallende aanbesteding. De wetgever heeft er bij de totstandkoming van de Aanbestedingswet uitdrukkelijk *niet* voor gekozen een extra (formele) rechtsgang in het leven te roepen naast de rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter.¹⁶ Een dergelijke extra rechtsgang werd onwenselijk geacht.

Ten slotte hebben veel aanbestedende diensten sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet (interne) klachtenmeldpunten ingericht. Bij deze klachtenmeldpunten kunnen belanghebbenden hun beklag doen over een (voorgenomen) beslissing van een aanbestedende dienst over een aanbesteding, waarna een (interne) onafhankelijke commissie de aanbestedende dienst adviseert of de klacht gegrond of ongegrond is en hoe daarmee te handelen.

Het belangrijkste onderscheid tussen de formele en informele rechtsbescherming is de bindende kracht van het oordeel van de instantie naar aanleiding van een klacht. Bij de burgerlijke rechter is het oordeel - behoudens hoger beroep - bindend; bij de informele rechtsbescherming is sprake van een niet-bindend advies.

2.3 Trends in aantallen geschillen

Ondanks het feit dat het aantal gepubliceerde Europese aanbestedingen in de afgelopen jaren een vlucht heeft genomen van 3.745 aanbestedingen in 2013 naar 5.873 aanbestedingen in 2018¹⁷, blijft het aantal keer dat ondernemers rechtsbescherming zoeken min of meer gelijk. Uiteindelijk mondt (slechts) een fractie van de aanbestedingsprocedures uit in een klacht bij de Commissie en/of in een kort geding. Het aantal klachtprocedures is na de 'hausse' van de beginjaren (circa 100 klachten per jaar) teruggelopen tot circa 60 klachten per jaar¹⁸, terwijl het aantal kort gedingen sinds 2013 - ondanks de forse toename van het aantal aanbestedingsprocedures - stevast onder de 200 blijft.¹⁹ Tezamen is dat nog geen 2%. Over het aantal klachten bij klachtloketten zijn geen (landelijke) cijfers bekend.²⁰ Van een groot gedeelte van de klachten staat bovendien buiten kijf dat deze ten onrechte zijn ingediend of in een eerder stadium van de aanbesteding

zijn afgehandeld.²¹ Kortom: het merendeel van deze aanbestedingen verloopt geschillenvrij. Dat is beslist geen sinecure gelet op alle maatschappelijke nevendoelestellingen die de wetgever via overheidsinkoop wenst te realiseren.

Wat kan uit deze cijfers worden geconcludeerd? De positieve benadering is dat de Nederlandse aanbestedingspraktijk in de afgelopen jaren vergaand is geprofessionaliseerd, waardoor de kwaliteit van de aanbestedingsprocedures is toegenomen. Hoewel het altijd (en in sommige gevallen veel) beter kan, zal de behoefte aan rechtsbescherming bij een toenemende professionalisering afnemen, evenals de noodzaak voor de wetgever om maatregelen te nemen voor aanvullende rechtsbescherming. Daarentegen zijn er ook signalen dat ondernemers geen rechtsbescherming zoeken, omdat het geen zin zou hebben een procedure aanhangig te maken, dat procedures te kostbaar zijn of omdat de vrees bestaat dat het zoeken van rechtsbescherming de (toekomstige) relatie met de aanbestedende dienst op het spel zet. Immers: *'don't bite the hand that feeds you'*.

3. Is sprake van een rechtsbeschermingsdeficit?

3.1 Kritiek in de literatuur

Schiet de rechtsbescherming bij de burgerlijke rechter zodanig tekort, dat de wetgever specifiek voor ondernemers die overheidsopdrachten willen verwerven in aanvullende maatregelen moet voorzien? Is mogelijk sprake van een rechtsbeschermingsdeficit dat opvulling behoeft?²²

Degenen die zich kritisch uitlaten over de rechtsbescherming gebruiken veelal de volgende argumenten:

- het aantal gegrond verklaarde klachten bij de Commissie is aanzienlijk hoger dan het aantal toewijzingen van vorderingen in kort geding;²³
- aangebodingsrechtelijke geschillen worden voornamelijk in kort geding (in eerste aanleg) beslecht terwijl er (vervolgens) teveel obstakels zouden zijn om rechtsbescherming in hoger beroep dan wel in een bodemprocedure te krijgen;²⁴ en
- de 'marginale' wijze waarop voorzieningenrechtshouders in kort geding klachten van inschrijvers toetsen, zou in strijd zijn met het Europese aanbestedingsrecht. Dit, terwijl bijvoorbeeld de Commissie 'vollediger' (en doelmatiger) toetst.²⁵

Wij menen dat deze kritiek dient te worden gerelativeerd.

3.2 Cijfers zeggen niet veel

Objectief bezien valt uit de cijfers inderdaad af te leiden dat meer klachten bij de Commissie gegrond worden verklaard dan dat vorderingen in kort geding bij de burgerlijke rechter worden toegewezen. Uit de vijfde periodieke rapportage van de Commissie volgt dat van de in totaal 88 behandelde deelklachten 45,4% gegrond

is verklaard; iets minder dan de helft. Uit een recente inventarisatie van Corvers zou daarentegen volgen dat eisende partijen bij de rechtbank slechts voor 22% in het gelijk worden gesteld.²⁶ De vraag is echter of hieruit kan worden geconcludeerd dat de rechtsbescherming bij de Commissie beter is dan bij de burgerlijke rechter, zoals enkelen menen.²⁷

Met Schotman menen wij dat een vergelijking tussen het aantal gegrondverklaringen en het aantal toewijzingen van vorderingen in kort geding een vergelijking tussen 'een appelboomgaard met een perenboomgaard' is.²⁸ Terecht merkt Schotman op dat de aan de Commissie gegeven opdracht niet te vergelijken is met die van de rechter. Hij wijst erop dat het Reglement van de Commissie geen belemmeringen opwerpt voor klachten ten aanzien van de doelmatigheid van een aanbesteding. Een rechter kan zich daarover niet uitlaten. Daarnaast is het stadium gedurende een aanbestedingsprocedure waarin klachten worden behandeld bij de Commissie veelal vroegtijdiger dan het stadium waarin een kort geding aanhangig wordt gemaakt. In veruit de meeste gevallen wordt de voorzieningenrechter pas opgezocht nadat de gunningsbeslissing is gevallen. De rechter is bovendien niet vrij in de keuze van de remedie; hij is gebonden aan de vordering die doorgaans een ordemaatregel betreft. Die is in veel gevallen drastisch: een verbod op gunning van de opdracht al dan niet gecombineerd met een gebod tot heraanbesteding, aldus - nog steeds - Schotman.²⁹

Ook de oordeelsvorming en motivering van een uitspraak van de rechter verschilt ten opzichte van een advies van de Commissie. Anders dan de Commissie doet, zal een rechter reeds tot toewijzing of afwijzing van een vordering kunnen beslissen, zonder zich over alle gronden van de dagvaarding een oordeel te hoeven vormen of deze in zijn vonnis te behandelen. De rechter behoeft immers niet op ieder aangevoerd punt afzonderlijk in te gaan, zolang hij maar geen argumenten laat liggen die, indien gegrond, tot een andere beslissing zouden leiden.³⁰ De Commissie behandelt in uitgangspunten echter alle klachten, tenzij de klager niet-ontvankelijk is.

Oftewel: de rechter stopt, waar de Commissie doorgaat.

Ten slotte moet niet uit het oog worden verloren dat in de aanloop naar een kort geding de nodige (gunnings)beslissingen worden teruggedraaid, aanbestedingen worden ingetrokken en/of tot heraanbesteding wordt besloten. Dit komt, omdat niet zelden pas voor het eerst bij de voorbereiding van een kort geding alle standpunten en overwegingen van partijen volledig uiteen worden gezet. Kansen op slagen van een stelling of verweer worden - niet zelden na tussenkomst van een advocaat met een zekere afstand tot de aanbestedende dienst - opnieuw gewogen. Met name kansrijk geachte zaken of zaken waarbij het de aanbestedende dienst om het even is welke uitkomst het kort geding heeft, belanden bij de voorzieningenrechter. Zodoende heeft in veel gevallen dus een zekere 'filtering' plaatsgevonden. Dat heeft een positief effect op het percentage van afwijzingen van vorderingen in kort geding.

De enkele omstandigheid dat meer klachten gegrond worden verklaard door de Commissie dan er vorderingen van (potentiële) inschrijvers door de rechter worden toegewezen is derhalve geen valide reden om de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen aan te passen.

3.3 'De facto' afhandeling in kort geding (?)

Ontegenzeggelijk worden de meeste aanbestedingsgeschillen beslecht in kort geding. Uit een inventarisatie van Corvers³¹ volgt dat in 2017 169 vonnissen van voorlopige voorzieningen zijn gepubliceerd op www.rechtspraak.nl. In 2018 waren dat er 158.³² Het aantal bodemprocedures is zeer gering: 4 in 2017 en 6 in 2018.

Met het arrest van de Hoge Raad van 18 november 2016 in de zaak *Xafax/Universiteit Utrecht* zijn de mogelijkheden om in hoger beroep het gunningsresultaat van een aanbesteding ongedaan te maken bovendien aanzienlijk beperkt. Althans, wanneer de opdracht naar aanleiding van een vonnis in kort geding reeds is opgedragen aan de 'winnende inschrijver'.³³ Na opdrachtverlening eindigt immers de precontractuele fase, terwijl gedurende de postcontractuele fase - aldus de Hoge Raad - enkel de gronden van artikel 4.15 van de Aanbestedingswet tot aantasting (lees: vernietiging) van de (inmiddels gesloten) overeenkomst kunnen leiden. Daarbij heeft de Hoge Raad er oog voor gehad, dat de (Europese) wetgever de sanctie van aantasting van een bestaande overeenkomst enkel gerechtvaardigd achtte voor '*zeer ernstige schendingen van het communautaire aanbestedingsrecht*'.³⁴ De (Europese) wetgever heeft deze sanctie bewust niet voorgeschreven voor minder zware overtredingen.

De Hoge Raad heeft dan ook terecht in aanmerking genomen dat het ingrijpen in een reeds gesloten overeenkomst niet strookt met het door de (Europese) wetgever '*beoogde evenwicht tussen de verschillende bij een aanbesteding betrokken belangen en de bedoeling om, in verband daarmee, ten behoeve van de aanbestedende dienst en degene aan wie deze de opdracht gunt, te waarborgen dat geen te grote of te langdurige onzekerheid ontstaat over de vraag of de overeenkomst gesloten en uitgevoerd kan worden*'.³⁵ De Hoge Raad oordeelt dat ook vorderingen waarmee wordt beoogd een tot stand gekomen overeenkomst te beëindigen of de uitvoering daarvan te verhinderen, alleen kunnen worden toegewezen in de gevallen als genoemd in artikel 4.15 van de Aanbestedingswet.³⁶ Deze lijn is met laatstgenoemd argument verder doorgetrokken door het gerechtshof 's-Hertogenbosch in een bodemprocedure die volgde op een kortgeding (in twee instanties).³⁷

Het *Xafax*-arrest is door sommige schrijvers bekritiseerd.³⁸ Naar onze opvatting onterecht. Een andersluidend oordeel van de Hoge Raad had immers tot het bijzondere resultaat geleid dat de rechtsbescherming voor minder ernstige schendingen van het aanbestedingsrecht verderstrekkend zou zijn dan in het geval van een 'zeer ernstige schending' zoals bedoeld door de (Europese) wetgever.³⁹ Bovendien valt

niet in te zien waarom - voor één specifiek rechtsgebied - aan een hoger beroep schorsende werking zou moeten toekomen ten faveure van de inschrijver die in eerste aanleg niet duidelijk heeft kunnen maken dat de gunningsbeslissing in strijd met het aanbestedingsrecht is genomen.⁴⁰

Schiet de rechtsbescherming daarmee tekort? Nee: de rechtsbescherming in kort geding bij aanbestedingsgeschillen blijft daarmee in de pas met de rechtsbescherming voor *business to business* situaties, waar vorderingen tot het opleggen van een verbod tot uitvoering van een overeenkomst ongekend zijn. In *business to business* situaties zijn ook tal van voorbeelden te vinden waarbij een eerste aanleg van een kortgeding het enige en laatste rechtsmiddel kan zijn om een recht te reserveren en waarbij aan een hoger beroep evenmin schorsende werking toekomt. Te denken valt aan de (weigering tot) opheffing van een beslag of het verbod op uitoefening van een retentierecht. Blijkt de voorzieningenrechter achteraf een onjuist oordeel te hebben gegeven, rest slechts een vordering uit hoofde van onrechtmatige daad.⁴¹

Ook zien wij niet in waarom sprake zou zijn van ongelijkheid tussen aanbestedende diensten en inschrijvers enkel vanwege de omstandigheid dat aanbestedende diensten wel in hoger beroep kunnen en gepasseerde inschrijvers niet.⁴² Hun positie is immers anders. In het geval een vonnis in kort geding achteraf onjuist blijkt te zijn, behoudt de gepasseerde inschrijver het recht op grond van onrechtmatige daad schadevergoeding te vorderen. Andersom heeft een aanbestedende dienst geen titel tot schadevergoeding vanwege de omstandigheid dat een inschrijver (ten onrechte) rechtsbescherming heeft gezocht.

Kortom: zolang geen sprake is van een 'ernstige schending' van het aanbestedingsrecht vormt het moment van sluiten van de overeenkomst zowel volgens het Unierecht als het Nederlandse Burgerlijke procesrecht het '*temporele en functionele omslagpunt*' van de mogelijkheid een vordering tot ongedaanmaking van de (gunnings)beslissing in te stellen.⁴³ De Rechtsbeschermingsrichtlijn bevat (uitdrukkelijk) geen verplichting in de postcontractuele fase dezelfde effectieve rechtsbescherming te bieden tegen schendingen van het aanbestedingsrecht als in de precontractuele fase. Integendeel: lidstaten zijn juist bevoegd in de postcontractuele fase de rechtsbescherming te beperken tot toekennen van schadevergoeding aan de benadeelde(n).⁴⁴

3.4 Obstakels voor (financiële) genoegdoening(?)

Het is een feit dat in de praktijk nauwelijks gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid in een bodemprocedure schadevergoeding te vorderen.⁴⁵ Dat betekent echter niet dat deze weg niet openstaat en daarmee geen rechtsbescherming kan worden geboden waar ondernemers recht op hebben, zoals de Rechtsbeschermingsrichtlijn in artikel 2, lid 1, sub c voorschrijft. Dat betekent evenmin, dat het Nederlandse systeem van rechtsbescherming teveel obstakels opwerpt om een veroordeling tot schadevergoeding te krijgen.

Die obstakels zijn er immers niet, anders dan de gebruikelijke obstakels die gelden voor elke rechtsgang en voor elke particulier, mkb-er of grootbedrijf die/dat (financiële) genoegdoening zoekt voor andermans (onrechtmatige) daad of wanprestatie.

Vermoedelijk wordt slechts beperkt van de mogelijkheid gebruik gemaakt een bodemprocedure te voeren, omdat de verwachtingen ten aanzien van de uitkomst van een dergelijke procedure (lees: een recht op schadevergoeding) niet al te hoog zijn.⁴⁶ Met de (beperkte) mogelijkheden om financiële genoegdoening te krijgen, wijkt ons rechtssysteem echter niet af van hetgeen de Europese wetgever heeft beoogd te bieden. De Europese wetgever heeft immers niet beoogd deelnemers aan aanbestedingen ruimere mogelijkheden te bieden tot schadevergoeding dan private ondernemingen onderling hebben. Het HvJ EU heeft in zijn arrest *Spijker Infrabouw* dan ook bevestigd en benadrukt dat alleen recht bestaat op schadevergoeding indien (i) het geschonden voorschrift van Unierecht ertoe strekt ondernemers rechten toe te kennen, (ii) sprake is van een 'voldoende gekwalificeerde schending' van een aanbestedingsrechtelijk voorschrift en (iii) er een rechtstreeks causaal verband moet bestaan tussen de schending en de geleden schade.⁴⁷ Volgens deze norm vestigt dus niet elke schending van het aanbestedingsrecht automatisch een recht op schadevergoeding. Deze moet voldoende gekwalificeerd zijn.

Met name in de arresten *Brasserie du pêcheur* en *Factortame* heeft het HvJ EU uiteengezet wanneer een schending voldoende gekwalificeerd is.⁴⁸ Toekenning van dat recht is afhankelijk van de vraag of sprake is van een 'kennelijke en ernstige miskennis van de grenzen van de discretionaire bevoegdheid' van een aanbestedende dienst. Indien de door het HvJ EU geformuleerde gezichtspunten in aanmerking worden genomen, vallen veel situaties af waarin schadevergoeding kan worden gevorderd.⁴⁹

Van de gevallen waar wél een recht op schadevergoeding ontstaat, zal slechts in enkele gevallen een vergoeding van het positieve contractbelang op zijn plaats zijn.⁵⁰ In veruit de meeste gevallen zal hooguit een aanspraak op vergoeding van tenderkosten - en veelal niet meer dan een beperkt deel daarvan - gerechtvaardigd worden geacht.⁵¹ Gelet daarop zal het voor ondernemers niet vaak lonen een kostbare bodemprocedure te voeren. Ook daarin verschilt de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen overigens niet van geschillen in *business-to-business* situaties, waar geschillen over de precontractuele fase sporadisch voorkomen.

Dat roept tevens de vraag op of het wenselijk is (potentiële) inschrijvers op een aanbesteding ruimere mogelijkheden te bieden schadevergoeding te vorderen dan andere partijen in *business-to-business* situaties. Daar valt het nodige tegenin te brengen. Het voert immers te ver om voor elke omissie in (de voorbereiding van) een aanbestedingsprocedure schadevergoeding toe kennen. Overigens is - mede in het kader van het traject Beter Aanbesteden - inmiddels een Handreiking Tenderkostenvergoeding tot stand gekomen waarmee de

staatssecretaris aanbestedende diensten aanmoedigt in bepaalde situaties (gefixeerde) tenderkostenvergoedingen toe te kennen en deze niet op voorhand uit te sluiten, zodat verzoeken tot rechtsbescherming kunnen worden voorkomen.⁵²

3.5 Bezwaren tegen 'marginale' toetsing in kort geding

Een eveneens veel gehoord bezwaar ten aanzien van de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen is de zogenoemde 'marginale' toetsing in kort geding. Zo stelde CDA-parlementariër Van den Berg in haar blog in de Cobouw van 24 mei 2018 dat 'de rechter alleen procesmatig toetst of er iets is ingevuld onder het kopje 'motivatie'.⁵³ Zij roept om die reden de staatssecretaris op een aanbestedingskamer in het leven te roepen, in de verwachting dat daarmee verbetering kan worden teweeggebracht.

De term 'marginaal' heeft een negatieve connotatie. Van de toetsing door rechters moet echter geen karikatuur worden gemaakt. In de praktijk valt juist te zien dat rechters er allerminst voor terugdeinzen aanbestedende diensten terug te fluiten indien de motivering van een genomen (gunnings)beslissing te summier is of de genomen beslissing niet kan dragen.⁵⁴ Waar precies het kantelpunt ligt, is natuurlijk moeilijk van tevoren te bepalen en is sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Daarbij moet tevens rekening worden gehouden met de inherente beperkingen van een procedure in een (concurrerende) meerpartijenaangelegenheid waarbij relevante informatie (zoals bijvoorbeeld de inschrijving van de winnende inschrijver) vaak niet voor de rechter beschikbaar is vanwege de bedrijfsvertrouwelijkheid ervan. Van louter een 'procesmatige toets' is ons inziens echter geen sprake.

Of de toetsing in kort geding zodanig marginaal is dat daarmee de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen tekortschiet, is bij wijze van prejudiciële vraag aan het HvJ EU voorgelegd in het geschil tussen Connexxion en de Staat der Nederlanden. Het HvJ EU is niet aan de beantwoording van die vraag toegekomen.⁵⁵ In zijn conclusie bij het arrest gaat A-G Campos Sánchez-Bordona wel op dit onderwerp in. Terecht stelt de A-G dat een rechterlijke toetsing die beperkt blijft tot het enkel beoordelen van de 'redelijkheid' van het gunningsbesluit niet voldoet aan artikel 2 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn.⁵⁶ De A-G overweegt:

'De toetsing van de rechter kan niet halt houden bij de eenvoudige beoordeling van de „redelijkheid' van de betwiste besluiten, te minder waar deze moeten voldoen aan een gedetailleerde regeling die formele en materiële aspecten omvat. De rechter die kennis neemt van een vordering op dit gebied moet beoordelen of de aanbestedingsregels bij de litigieuze gunning in acht zijn genomen en of de offerte van de gekozen inschrijver de toets van de door zijn concurrenten in het beroep naar voren gebrachte kritiek kan doorstaan. Voor die beoordeling moeten in veel gevallen de bepalende feiten (die door de overheid mogelijk onjuist zijn vastgesteld) en de overgelegde bewijzen betreffende de grotere of geringere verdiensten van bepaalde offertes ten opzichte van andere worden geverifieerd. Ook moet worden beoordeeld of de

bestuurshandeling naar behoren is gemotiveerd en beantwoordt aan of afwijkt van de beoogde doelstellingen (met andere woorden, of er aanwijzingen voor misbruik van bevoegdheid zijn) en aan de overige ervoor geldende wettelijke voorschriften. De waardering van al die beoordelingsfactoren, ik herhaal het, gaat verder dan de loutere beoordeling van de „redelijkheid’ van de betwiste handeling en strekt zich uit tot juridisch en feitelijk meer „technische’ en doorgaans complexere niveaus, een beoordeling die elke rechter pleegt te verrichten wanneer hij overheidshandelingen toetst.’⁵⁷

Niettemin constateert de A-G dat de toetsing in de zaak *Connexion* door de voorzieningenrechter en het Hof aanmerkelijk verder ging dan een loutere toetsing van de redelijkheid van de litigieuze beslissing en dus niet marginaal was. Daarmee kwalificeerde de A-G de prejudiciële vraag naar de verenigbaarheid van een marginale toetsing door de voorzieningenrechter met de Rechtsbeschermingsrichtlijn als ‘*louter hypothetisch*’. Vanzelfsprekend verschillen vonnissen in de mate waarin zij worden gemotiveerd. De rechterlijke toetsing in de zaak *Connexion* vormde echter bepaald geen uitzondering op de gebruikelijke wijze van toetsing door voorzieningenrechters.

De enkele omstandigheid dat een bodemprocedure zich beter leent voor een uitputtend feitenonderzoek, bewijslevering en uitvoeriger waarheidsvinding, betekent niet dat de rechterlijke toetsing in kort geding beperkt blijft tot het beoordelen van de redelijkheid van het gunningsbesluit.⁵⁸ Integendeel: moeilijk kan worden ontkend dat vonnissen van voorzieningenrechters in het algemeen gepaard gaan met een uitvoerige toets aan de ‘positieve voor de aanbesteding van overheidsopdrachten geldende regels’ (lees: het geldende aanbestedingsrecht). Ook worden onmiskenbaar feiten en voorgelegde bewijzen op hun merites beoordeeld, zoals door de A-G in de zaak *Connexion* bedoeld.

Ook Schotman relativeert de kritiek over de vermeende marginale toetsing in kortgeding.⁵⁹ Hij beschrijft treffend het onderscheid tussen enerzijds de rechtmatigheidstoets die een rechter kan uitvoeren en anderzijds de beoordelings- en/of beleidsruimte die een aanbestedende dienst heeft, die door de rechter moet worden gerespecteerd (doelmatigheid van bestuur). Wat een rechter niet doet (of moet doen), is oordelen tot onrechtmatigheid op de grond dat hij de betrokken feiten en belangen anders zou hebben beoordeeld of gewogen dan de aanbestedende dienst in de betreffende situatie heeft gedaan. Wij volgen Schotman daarin. Zou de rechter dat wel doen, dan gaat hij op de stoel van de aanbestedende dienst zitten. Daarvoor ontbreekt in zijn algemeenheid een legitimatie. Hierin wijkt ons rechtstelsel overigens niet af van de Rechtsbeschermingsrichtlijn.⁶⁰

Bovenstaande neemt niet weg dat het kort geding ook beperkingen kent. Onder meer beschikt de voorzieningenrechter niet altijd over voldoende technische kennis om (motiveringen van) gunningsbeslissingen *in extenso* te toetsen. De inschakeling van een deskundige valt moeilijk in te passen in een kortgedingprocedure

en lijkt - binnen het huidige stelsel van burgerlijke rechtsvordering - enkel mogelijk in een bodemprocedure (die slechts zelden aanhangig wordt gemaakt). Daarnaast beschikken voorzieningenrechtvaarders omwille van bedrijfsvertrouwelijkheid van (inschrijf)documenten niet altijd over het volledige dossier om beweringen van één van partijen te kunnen staven.⁶¹ In de zaak Varec/Belgische Staat heeft het HvJ EG daarin echter geen belemmering gezien voor de effectiviteit van de rechtsbescherming.⁶² Het HvJ EG heeft juist het evenwicht benadrukt tussen enerzijds het recht van de ene partij om overlegging van en toegang tot relevante bewijsstukken te eisen en anderzijds het recht van de andere om te verlangen dat bepaalde bewijselementen vertrouwelijk worden behandeld ten opzichte van concurrenten. Zonder deze beperkingen kan een voorzieningenrechter vanzelfsprekend een diepgaander onderzoek instellen naar de juistheid van de gegeven motivering en daarmee de rechtmatigheid van een genomen (gunnings)beslissing. Het voert echter te ver op basis van deze beperkingen te concluderen tot een rechtsbeschermings*deficit*.⁶³

4. Versterking van de positie van de Commissie (?)

4.1 Huidige taakinfilling door de Commissie

Dat brengt ons op de vraag of de Commissie in aanvulling op de burgerlijke rechter een belangrijker rol kan vervullen in de rechtsbescherming bij aanbestedingen. Om die vraag te beantwoorden is het nuttig te bezien op welke wijze de Commissie de aan haar toebedeelde taak tot nu toe heeft ingevuld.

Het doel van de Commissie is door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van (gefundeerde) klachten bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. Tevens beoogt de Commissie bij te dragen aan de verdere verbetering van de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk en het teweegbrengen van een leereffect bij ondernemingen en aanbestedende diensten. Deze doelen beoogt zij te bereiken door het bemiddelen tussen de klager en de beklagde en het geven van niet-bindende adviezen.⁶⁴ Zoals eerder opgemerkt, kunnen klachten blijkens artikel 1 van het Reglement overigens betrekking hebben op een zeer breed spectrum aan onderwerpen.⁶⁵

Anders dan bij de totstandkoming van het Reglement was ingeschat, maakt de Commissie weinig gebruik van haar bemiddelende rol.⁶⁶ Gedurende haar bestaan heeft de Commissie slechts vier klachten 'geschikt' bevonden voor bemiddeling. In haar derde periodieke rapportage merkt de Commissie daarover op:

'Het aanbestedingsrecht kent strikte bepalingen waar het gaat om bilateraal contact tussen de aanbestedende dienst en één van de inschrijvers en de uitkomst van een mediationtraject is dan ook niet bindend voor andere inschrijvers. Voorts is gebleken dat bemiddeling in de meeste gevallen leidt tot een verzwaring van de taakuitoefening van de Commissie: klager en/of beklagde stellen er meestal (toch) prijs op dat de Commissie een schriftelijk advies uitbrengt, ook in gevallen

waarin de bemiddeling geslaagd kan worden genoemd. Bemiddeling is een nuttig instrument gebleken in gevallen waarin emoties een rol spelen - bijvoorbeeld als de klager het gevoel heeft dat hem (groot) onrecht wordt aangedaan.' ⁶⁷

Uit de rapportages van de Commissie kan worden afgeleid dat tot en met 2014 vier bemiddelingspogingen zijn gedaan en na 2014 in het geheel niet meer. Daarmee heeft de Commissie zich bij de uitoefening van haar taak voornamelijk gericht op het geven van adviezen.

Ten aanzien van haar adviserende taak, regelt artikel 11 lid 1 van haar Reglement hoe de Commissie een klacht moet behandelen. Indien de Commissie oordeelt dat een klacht gegrond is, dient zij ingevolge deze bepaling - in alle gevallen waarin zij daar mogelijkheden toe ziet - een praktische aanbeveling te geven aan de aanbestedende dienst hoe zij een gegrond verklaarde klacht kan oplossen dan wel '*respectievelijk in de toekomst kan voorkomen*'. In artikel 11 lid 1 van het Reglement ligt derhalve uitdrukkelijk de opdracht besloten om via concrete aanbevelingen de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk te verbeteren en zodoende een leereffect bij aanbestedende diensten en ondernemers teweeg te brengen.

Van de 238 adviezen die de Commissie gedurende haar vijfjarige bestaan heeft uitgebracht, zijn - ondanks verzoek daartoe vanuit de markt - slechts 59 adviezen daadwerkelijk voorzien van een concrete aanbeveling.

⁶⁸ In haar derde (herziene) periodieke rapportage merkt de Commissie hierover op:

'Bij het doen van een aanbeveling staat voorop dat de aanbeveling zinvol moet zijn en passend binnen de grenzen van de aanbestedingsregelgeving. De Commissie kan uiteraard niet op de stoel van de aanbestedende dienst gaan zitten en kan de beleidsvrijheid van een aanbestedende dienst om - bijvoorbeeld - al dan niet tot een heraanbesteding te besluiten, niet beperken. Daarnaast kan een aanbeveling geen betrekking op het aanbestedingsbeleid van de aanbestedende dienst hebben.' ⁶⁹

Anders gezegd: de Commissie ziet slechts in een kwart van de gevallen aanleiding een concrete en praktische aanbeveling te doen waar een specifieke aanbestedende dienst dan wel de aanbestedingspraktijk in zijn algemeenheid zijn voordeel mee kan doen.

Aan het doen van een aanbeveling staat, volgens de Commissie, in de weg dat zij niet op de stoel van de aanbestedende dienst wil gaan zitten. Dat bevreemdt. Bij het doen van een (niet-bindende) aanbeveling waarmee en leereffect wordt beoogd teweeg te brengen voor toekomstige aanbestedingen bestaat, in onze beleving, juist een uitgelezen mogelijkheid zowel rechtmatigheids- als doelmatigheidsaspecten aan de orde te stellen, al dan niet met behulp van de door de Commissie ingeschakelde (branche) experts of gebaseerd op ervaringen bij andere aanbestedingen.

Het voorgaande betekent dat de Commissie haar eigen taak voornamelijk ziet in het gegrond of ongegrond verklaren van klachten. Oftewel: een *quasi-aanbestedingsrechter* naast de rechtsbescherming waarin het burgerlijk procesrecht reeds voorziet.

4.2 Enkele punten van kritiek

Vooropgesteld: de niet-bindende adviezen die de Commissie geeft, worden alom van hoog niveau geacht. Mede omdat de Commissie is samengesteld uit gerenommeerde aanbestedingsdeskundigen en wordt bijgestaan door goede juristen, zijn de adviezen grondig en uitvoerig gemotiveerd en voorzien van vele verwijzingen naar rechtspraak, literatuur en wetgeschiedenis. De bijdrage van (technische) experts wordt als waardevol beschouwd. Ook blijkt uit de praktijk dat de adviezen van de Commissie bijdragen aan de rechtsontwikkeling in het aanbestedingsrecht. Tijdens vele aanbestedingscursussen, -seminars en -congressen die in het land worden georganiseerd, alsook in vakliteratuur wordt veelvuldig aandacht aan deze adviezen besteed.

De door ons geïnterviewde aanbestedende diensten geven bovendien aan dat de adviezen ook daadwerkelijk bijdragen aan de professionalisering van hun aanbestedingspraktijk en dat het met name de interne klachtenmeldpunten 'scherp' houdt. Ondernemers die bereid zijn een klacht in te dienen bij een intern klachtenmeldpunt zullen immers geen drempel (meer) zien een klacht in te dienen bij de Commissie indien zij zich niet kunnen verenigen met de ongegrondheid van hun klacht door het interne klachtenmeldpunt. In die zin wordt dus voldaan aan een belangrijke doelstelling van artikel 4.27 van de Aanbestedingswet dat de klachtprocedure laagdrempelig moet zijn.

Wij signaleren ook enkele punten van kritiek. Aanbestedende diensten menen dat de Commissie als quasi-aanbestedingsrechter de grens opzoekt tussen rechtmatigheidstoetsing en doelmatigheidstoetsing en deze ook overschrijdt. Naar het oordeel van aanbestedende diensten gaat de Commissie (te) vaak op de stoel van de aanbestedende dienst zitten. Dit doet zich met name gevoelen als gebruik wordt gemaakt van een discretionaire bevoegdheid die de Aanbestedingswet biedt alsook bij afwijkingen van de Gids Proportionaliteit op basis van het principe '*comply or explain*'.⁷⁰ Deze (afwijkings)bevoegdheid wordt bij uitstek gebruikt in het kader van de doelmatigheid van het inkoopproces. Als de Commissie daarover een oordeel heeft, bijvoorbeeld in de vorm van een aanbeveling, menen aanbestedende diensten daaraan geen doorslaggevende waarde te hoeven toekennen.⁷¹ Indien echter een zwaarder gewicht aan de adviezen zou worden toegekend, achten aanbestedende diensten bezwaarlijker dat daarin ook (ver)oordelen worden opgenomen over de doelmatigheid van de aanbesteding.

Ook wordt als kritiekpunt aangevoerd dat de Commissie en de burgerlijke rechter de Aanbestedingswet en/of de Gids Proportionaliteit verschillend interpreteren dan wel de toepassing ervan op een andere wijze beoordelen. Een treffend voorbeeld daarvan is de toepassing van het clusterverbod van artikel 1.5 Aanbestedingswet. De Commissie oordeelt dat een klacht gegrond is, indien uit een motivering van een

beslissing om opdracht te clusteren niet 'het sluitende bewijs' volgt dat de aanbestedende dienst op alle aspecten van artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet acht heeft geslagen en heeft voorzien van een dragende motivering.⁷² Voor voorzieningenrechtvaarders zal het daarentegen moeilijk zijn reeds op die grond tot onrechtmatigheid te concluderen. Zoals de voorzieningenrechter Oost-Brabant het verwoordde: 'Men kan in het leven ergens acht op slaan en er niets mee doen.'⁷³

Het is dan ook niet verwonderlijk dat aanbestedende diensten, bij de beoordeling of een klacht van een onderneming moet leiden tot aanpassing dan wel stopzetten van een lopende aanbesteding, primair de jurisprudentie van de burgerlijke rechter zullen volgen in plaats van de adviezen van de Commissie. Ook zullen zij geneigd zijn het maatschappelijk belang bij een spoedige voltooiing van de aanbesteding te laten prevaleren ten opzichte van het belang van een individuele inschrijver bij heraanbesteding of herbeoordeling en dus een advies van de Commissie niet af te wachten.

Aanbestedende diensten signaleren voorts dat tijdens de klachtprocedure een aantal essentiële processuele waarborgen ontbreekt om de Commissie als een volwaardige geschillenbeslechter te zien. Een aantal voorbeelden voortkomend uit de gesprekken die wij met aanbestedende diensten hebben gevoerd zijn:

1. De klachtprocedure bij de Commissie verloopt in nagenoeg alle gevallen (louter) schriftelijk. Er is voorafgaand aan de totstandkoming van het advies zelden gelegenheid voor een mondelinge toelichting, zoals dat bij de burgerlijke rechter of in arbitrage het geval is. Daardoor is onduidelijk of standpunten over en weer voldoende zijn gehoord en voor het voetlicht zijn gekomen.
2. De tijd om de zienswijze van de aanbestedende dienst naar voren te brengen is beperkt tot slechts enkele dagen (in de regel vijf werkdagen). Het laagdrempelige karakter van de procedure en de daarbij behorende beperkte mogelijkheid tot hoor en wederhoor, verhoudt zich niet altijd met de grondigheid waarmee over klachten wordt geoordeeld.
3. Over het advies valt niet te corresponderen. Het advies wordt niet eerst in concept aan partijen toegezonden en partijen worden evenmin in de gelegenheid gesteld hun zienswijze op het advies of de eventuele inbreng van de ingeschakelde materiedeskundigen met de Commissie te delen. Daarmee diskwalificeert een advies als deskundigenbericht in een procedure bij de rechtbank waaraan een rechter enkel nog marginaal zou mogen toetsen.⁷⁴
4. Voor derde-belanghebbenden is geen ruimte in de klachtprocedure te interveniëren. De klachtbehandeling is daarmee enkel gericht op de relatie tussen de klager en de aanbestedende dienst. Dit, terwijl het aanbestedingsrecht een meerpartijenaangelegenheid is, waarbij de onderlinge concurrentieverhouding tussen inschrijvers van eminent belang is voor het (strategisch) gedrag van partijen. Dat is met name van belang wanneer de rechtmatigheid van een gunningsbeslissing wordt aangevochten.⁷⁵ Echter, ook in tal van andere beslissingen van een aanbestedende dienst kan het belang van concurrenten van de klager relevant zijn voor de beoordeling van een klacht.⁷⁶

Gelet op het ontbreken van deze processuele waarborgen oordelen rechters - terecht - dat de standpunten van partijen en de adviezen van de Commissie, hoewel waardevol, door de burgerlijke rechter opnieuw volledig mogen worden gewogen.⁷⁷ Dit geldt met name ten aanzien van de toepassing van het recht, hetgeen in een procedure bij de burgerlijke rechter aan de rechter is voorbehouden.

Ten slotte menen aanbestedende diensten dat de doorlooptijd van klachtprocedures (te) lang is en daarmee de lopende aanbestedingsprocedure onnodig ophoudt. Uit de vijfde periodieke rapportage van de Commissie volgt dat de doorlooptijd van klachtprocedures waarin kritieke termijnen spelen weliswaar is gedaald, maar nog steeds 35 dagen bedraagt, terwijl de doorlooptijd van klachten zonder kritieke termijn is gestegen naar 134 dagen. Daarbij moet worden bedacht dat aanbestedende diensten bij hun planning niet enkel rekening kunnen houden met deze klachtbehandeling. Na de behandeling van de klacht door de Commissie kan immers - zowel door de klager als door een andere (potentiële) inschrijver - nog steeds een kort geding aanhangig worden gemaakt. De Commissie onderkent dat een toename van het aantal klachten met kritieke termijnen vermoedelijk een negatief effect zal hebben op de doorlooptijd van de klachtprocedure.⁷⁸

Al deze redenen tezamen dragen niet positief bij aan de bereidheid van aanbestedende diensten om de adviezen van de Commissie af te wachten en/of op te volgen, zoals de Commissie in haar rapportage terecht constateert. Uit de rapportage volgt dat slechts 15% van de aanbestedende diensten zich in het laatste rapportagejaar bereid heeft verklaard een kritieke termijn in de aanbestedingsprocedure op verzoek van de Commissie te verlengen of de aanbestedingsprocedure op te schorten, hetgeen een (forse) daling is ten opzichte van eerdere rapportagejaren.⁷⁹ Omdat aan de klachtprocedure ook geen automatische schorsende werking toekomt, is het gevolg van het voorgaande dat de effectiviteit van de klachtprocedure (verder) afneemt.

4.3 Scenario's voor verbetering van de klachtprocedure

Mede met het oog op de geringe effectiviteit van haar adviezen, stelt de Commissie zich in haar vijfde periodieke rapportage terecht de vraag welke rol zij in de toekomst zal moeten vervullen. De Commissie ziet zelf een tweetal scenario's voor zich:

1. ofwel de Commissie zou met meer bevoegdheden moeten worden toegerust om daadwerkelijk een effectieve rol in lopende aanbestedingsprocedures te kunnen vervullen, in aanvulling op het huidige rechtsbeschermingssysteem;
2. ofwel de Commissie moet afstand nemen van haar rol als 'quasi-aanbestedingsrechter' en zich minder oordelend uitspreken over de vraag wat in een concrete aanbestedingsprocedure niet goed is gegaan, en zich meer gaan bezighouden met de vraag welke lessen aanbestedende diensten kunnen trekken uit de feiten en omstandigheden die zich in een concrete aanbestedingsprocedure hebben voorgedaan.

Voorstelbaar is dat de adviezen van de Commissie (pas) effectief worden wanneer deze bindend worden voor de aanbestedende dienst, dan wel aanbestedende diensten gedwongen worden de adviezen af te wachten alvorens de aanbestedingsprocedure voort te zetten. Ja, eens, zie hierboven. Ook de Werkgroep 'Clusteren' van het Traject Beter Aanbesteden heeft een suggestie in die richting gedaan in haar advies aan de Staatssecretaris d.d. 26 juni 2018.⁸⁰

Vooraleerst lijkt het ons onwenselijk indien twee verschillende rechtsprekende instanties naast elkaar de bevoegdheid krijgen zich (bindend) over dezelfde aanbesteding te kunnen uitspreken, gezien het risico op afwijkende of zelfs strijdige oordelen. In dat kader moet worden bedacht dat de omstandigheid dat de ene partij een klacht indient bij Commissie, een andere belanghebbende partij niet de bevoegdheid ontnemt in kort geding een ordemaatregel te vorderen noch de voorzieningenrechter de bevoegdheid ontnemt daarover te oordelen.⁸¹

Het bindend maken van adviezen van de Commissie lijkt bovendien, zonder (ingrijpende) wetswijziging, niet inpasbaar in het huidige systeem van burgerlijke rechtsvordering en daarmee het huidige systeem van rechtsbescherming. Gelet op dit stelsel is ingrijpen in een privaatrechtelijke rechtsverhouding - waaronder dus ook een aanbesteding moet worden geschaard - immers voorbehouden aan de burgerlijke rechter of een arbitraal scheidsgerecht. Deze regel lijdt slechts uitzondering in het geval partijen vrijwillig en ondubbelzinnig voor bindend advies kiezen.⁸² De Commissie kwalificeert niet als arbitraal scheidsgerecht in de zin van titel 4 Burgerlijke Rechtsvordering, terwijl (vrijwillige) onderwerping aan een advies van de Commissie weliswaar in uitzonderingsgevallen ad hoc mogelijk is, maar niet als regel zal plaatsvinden. Omdat meer partijen dan alleen de klager en de beklagde bij een aanbesteding betrokken zijn, ligt bovendien niet voor de hand een advies een bindend karakter te geven. Het advies beïnvloedt immers onwillekeurig ook de belangen van alle andere betrokken partijen die vaak niet parallel lopen met de belangen van de klager. Zoals aangegeven ontbeert de klachtprocedure bovendien essentiële (processuele) waarborgen ter bescherming van de belangen van de aanbestedende dienst alsook de belangen van de andere betrokken partijen. Ten slotte menen wij dat de wetgever zich zal moeten afvragen welke instantie de bevoegdheid toekomt de Aanbestedingswet uit te leggen. Anders dan de burgerlijke rechter, beschikt de Commissie niet over de mogelijkheid prejudiciële vragen te stellen; noch aan de Hoge Raad, noch aan het HvJ EU, terwijl verschillende interpretaties van de Aanbestedingswet eerder verwarring zullen zaaien dan dat deze duidelijkheid scheppen.

Kortom: het toekennen van meer bevoegdheden aan de Commissie teneinde haar adviezen effectiever te laten zijn, lijkt voorshands een moeilijk begaanbare weg met vele kuilen en hobbels. De wetgever moet zich afvragen of het wenselijk is om die weg in te slaan.

Het tweede door de Commissie geschetste scenario is niet alleen veel makkelijker te realiseren, maar lijkt ons ook effectiever. Uiteindelijk zijn aanbestedende diensten immers gebaat bij een zo spoedig mogelijke klachtafhandeling en een rechtmatig verloop van de aanbestedingsprocedure. Daarnaast bestaat bij aanbestedende diensten de behoefte de overheidsinkoop doelmatiger te maken en steeds verder te professionaliseren. Enerzijds leidt dat ertoe dat aanbestedende diensten graag willen worden gewezen op evidente fouten waarmee de voortgang van aanbestedingen kan worden bedreigd. Geen gedetailleerde toets meer door de Commissie die lang op zich laat wachten, maar de Commissie als 'zeef' voor evidente en risicovolle onvolkomenheden. Oftewel: wanneer kan iets echt niet door de beugel en waarop zal een procedure bij de burgerlijke rechter geheid stranden? Het verstrekken van minder uitvoerige (niet-bindende) adviezen kan daarbij helpen, mits deze adviezen snel kunnen worden gegeven en het verloop van de aanbestedingsprocedure niet negatief beïnvloeden. De klachtbehandeling zal zich daarbij kunnen beperken tot de opzet van de aanbesteding en de daarin opgenomen (proces)eisen, maar niet langer over de (motivering van de) gunningsbeslissing zelf. Daarover zal de burgerlijke rechter zich moeten buigen.

Daarnaast kunnen juist concrete handelingsperspectieven en praktische aanbevelingen bijdragen aan de verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk. Deze concrete handelingsperspectieven kunnen bij uitstek een leereffect teweegbrengen voor toekomstige aanbestedingen. De adviezen van de Commissie kunnen daardoor aan slagvaardigheid winnen. De adviezen krijgen zodoende een minder veroordelend karakter, waarmee wellicht ook eerder de bereidheid ontstaat het aanbestedingsbeleid aan de adviezen aan te passen.

5. Tot slot

Met het voorgaande hebben wij beoogd de kritiek op de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen te nuanceren. De rechtsbescherming in Nederland voorziet in een evenwicht tussen enerzijds het recht van een individuele belanghebbende om een kans te behouden op gunning van een opdracht, en anderzijds het maatschappelijke belang bij een spoedige definitieve opdrachtverlening en het belang van de partij aan wie een opdracht is gegund op vertrouwelijkheid en rechtszekerheid. Als dit evenwicht wordt verstoord, doordat langdurige procedures partijen (te) lang in onzekerheid te houden over de gevolgen van een genomen (gunnings)beslissing, kan dat wezenlijke maatschappelijke gevolgen hebben voor de doelmatige besteding van overheidsmiddelen.⁸³

Het evenwicht vergt dus een snelle en doeltreffende procedure waarmee klachten van gepasseerde inschrijvers kunnen worden beoordeeld en rechten kunnen worden geconserveerd. De kortgedingprocedure zoals wij die in Nederland kennen voorziet daar in. De praktijk laat immers zien dat de wijze waarop voorzieningenrechtters vorderingen van gepasseerde inschrijvers beoordelen zodanig uitvoerig en zorgvuldig is dat van een 'marginale' toetsing feitelijk geen sprake is. Blijkt in kort geding onvoldoende dat sprake is van een onrechtmatige

beslissing, dan kan - net zoals in *business to business* situaties - geen aanspraak meer gemaakt worden op uitvoering van een opdracht. In dat geval resteert het vorderen van financiële genoegdoening in een bodemprocedure.

De maatschappij is gebaat bij (steeds) professionelere overheidsinkoop. Adviezen van de Commissie kunnen zonder meer helpen bij deze (verdere) professionalisering. Om de effectiviteit van die adviezen te vergroten, lijkt een voorwaarde te zijn dat deze snel(ler) worden gegeven en worden voorzien van concrete handelingsperspectieven. Daarvoor is niet noodzakelijk dat de Commissie zich steeds veroordelend uitspreekt. Voor een zwaardere rol van de Commissie als quasi-aanbestedingsrechter zien wij bovendien binnen ons stelsel van burgerlijke rechtsvordering weinig ruimte.

Bij de evaluatie van de rechtsbescherming zou de wetgever zich bovendien af moeten vragen of het creëren van aanvullende mogelijkheden voor ondernemers om rechtsbescherming te krijgen daadwerkelijk maatschappelijke meerwaarde biedt. Het risico bestaat immers dat aanbestedingsprocedures onevenredig lang worden beheerst door de vele discussies die bij de interpretatie van de aanbestedingswet, het flankerend beleid, de aanbestedingsstukken en de naar aanleiding daarvan opgestelde motiveringen kunnen ontstaan.

⁸⁴ Inkopers moeten zich dan (nog) meer focussen op het rechtmatige verloop van een aanbestedingsprocedure, waardoor de doelmatigheid van de inkoop ondergesneeuwd kan raken. Een (nog verder gaande) juridificering van het aanbestedingsproces ligt dan op de loer. ⁸⁵ Niet moet uit het oog worden verloren dat het aanbestedingsrecht een meerpartijenaangelegenheid is. Dat impliceert dat concurrenten elkaar proberen uit te schakelen. Geïnteresseerde ondernemers hebben daarom per definitie tegenstrijdige belangen. Met het oog op het verkrijgen van de opdracht zullen zij daarom met een andere bril het aanbestedingsproces percipiëren en de aanbestedingsstukken anders interpreteren dan inkopers; inkopers die in het algemeen met de beste bedoelingen oog hebben gehad voor het te bereiken maatschappelijk doel. Niet voor niets luidt het aforisme: elke engel is ergens een boeman (en andersom).

Met Van de Meent menen wij dat wellicht meer winst te behalen is bij het verbeteren van het civiele kort geding.

⁸⁶ Te denken valt onder meer aan het bieden van de mogelijkheid tot vroegtijdige inschakeling van deskundigen door de voorzieningenrechter of het faciliteren van de mogelijkheid dat - in aansluiting op artikel 8.29 Awb - alleen de voorzieningenrechter stukken ter inzage krijgt die als bedrijfsvertrouwelijke informatie moeten worden aangemerkt. Wellicht biedt de Experimentenwet Rechtspleging - zodra deze in werking is getreden - een mogelijkheid met dergelijke aanpassingen te experimenteren, alvorens verdergaande maatregelen worden getroffen die mogelijk niet het beoogde effect bereiken. ⁸⁷

- 1 Georg Huith en Sanne Groenwold zijn beiden advocaat bij Croon advocaten in Den Haag. Dit artikel is op 15 juli 2019 gesloten. Gelet op de afrondingsdatum van dit artikel zijn de bevindingen uit het onderzoek van KWINK groep en de aanbevelingen van de staatssecretaris die op 15 juli 2019 aan de Tweede Kamer zijn gestuurd niet in dit artikel meegenomen.
- 2 C.E.C. Jansen en E. Manunza, 'Rechtsbescherming in aanbestedingszaken niet op orde', *Staatscourant* 12 juni 2018, nr. 10.
- 3 Kamerstukken II 2017/18, 24 036, nr. 428.
- 4 Brief van de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, d.d. 12 juli 2019, kenmerk CE-MC / 19085965.
- 5 *Kamerstukken II* 2017/2018, 32 440, nr. 108 (Motie van de leden Van den Berg (CDA) en Graus (PVV) d.d. 7 juni 2018).
- 6 *Kamerstukken II* 2017/2018, 34 252, nrs. 1, 2 en 3 (Evaluatie Aanbestedingswet 2012).
- 7 Actieagenda Beter Aanbesteden d.d. 16 januari 2018.
- 8 Bedrag niet getoetst, maar ontleend aan C.E.C. Jansen en E. Manunza, 'Beter aanbesteden? Niet polderen maar ordenen!', *Staatscourant* 20 maart 2018.
- 9 De zogenaamde 'kopersmacht' voor overheden. Vergelijk: Groenboek betreffende modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, COM (2011) 15, pag. 37 en 38.
- 10 Onder het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet 2012 vallen onder meer de Gids Proportionaliteit, het Aanbestedingsreglement Werken en het advies Klachtafhandeling bij aanbesteden.
- 11 Vergelijk C.E.C. Jansen, 'Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop', *TA* 2018/4.
- 12 Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG, zoals eerst verankerd in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijn aanbesteden, maar thans in de Aanbestedingswet 2012.
- 13 Met uitzondering van aanbestedingen waarbij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (het CBb) als bevoegde instantie dient te oordelen over aanbestedingen, zoals bij aanbestedingen van concessies onder de Wet personenvervoer 2000.
- 14 Hoewel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur via artikel 3:14 BW onverminderd op dit privaatrechtelijk handelen van toepassing zijn, vallen besluiten van aanbestedende diensten die tevens bestuursorgaan zijn in de zin van artikel 1.1 Awb, in uitgangspunt buiten de reikwijdte van de Awb.
- 15 *Staatscourant* 2013, nr. 6182 (Besluit van de Minister van Economische Zaken van 4 maart 2013, nr. WJZ/3008668, tot instelling van de Commissie van Aanbestedingsexperts).
- 16 *Kamerstukken II* 2009/2010, 32 440, nr. 3 (Memorie van Toelichting bij de Aanbestedingswet 2012), p. 20.

- 17 Zie Nalevingsmeting 2012 en 2014 van Significant d.d. 11 maart 2015 in opdracht van het ministerie van Economische Zaken voor het jaar 2013 en Tender Nieuwsbrief 2019/1 voor het jaar 2018. Uit onderzoek van Corvers in 2018 volgt dat in het jaar 2017 ruim 6.300 aanbestedingen zijn aangekondigd ten opzichte van circa 4.800 aanbestedingen in 2013.
- 18 Vijfde periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts (periode 01-03-2017 tot 01-03-2018) d.d. 14 mei 2018, p. 10.
- 19 Zie Corvers, 'Facts en figures aanbestedingsrecht', zoals gepresenteerd tijdens de najaarsvergadering van de NVvA d.d. 22 november 2018, sheet 7. Ook volgt uit de database van Corvers dat er in het jaar 2013 184 kort gedingen aanhangig zijn gemaakt en in het jaar 2018 maar 158. Dit komt ook overeen met onze eigen inventarisatie over het jaar 2018.
- 20 Van de aanbestedende diensten die door ons zijn geïnterviewd begrepen wij dat het aantal klachten per jaar beperkt blijft tot 3-5 per jaar.
- 21 In de nota's van inlichtingen worden natuurlijk ook vaak onduidelijkheden/onvolkomenheden gecorrigeerd.
- 22 Van de Meent spreekt in zijn inaugurale rede over een 'handhavingsdeficit'. Zie: G.W.A. van de Meent, *Zoeken naar El Dorado – Enkele punten van aandacht bij een zich snel ontwikkelend rechtsgebied* (inaugurale rede, UvA d.d. 16 november 2007).
- 23 R.G.T Bleeker en E.R. Manunza, 'Enkele kanttekeningen naar aanleiding van de evaluatie van de Commissie van aanbestedingsexperts', TBR 2016/37 (/tbr/2016-37).
- 24 E. Manunza en C.E.C. Jansen, 'Rechtsbescherming in aanbestedingszaken niet op orde', *Staatscourant* 12 juni 2018, nr. 10.
- 25 C.M.C. Wagemakers en J.J. van Loenen-de Wild, 'Rechtsbescherming in aanbestedingen: een Utopie?', *BR* 2016/15.
- 26 Corvers, 'Facts en figures aanbestedingsrecht', zoals gepresenteerd tijdens de najaarsvergadering van de NVvA d.d. 22 november 2018, sheet 20.
- 27 R.G.T Bleeker en E.R. Manunza, 'Enkele kanttekeningen naar aanleiding van de evaluatie van de Commissie van aanbestedingsexperts', TBR 2016/37 (/tbr/2016-37) en E.R. Manunza en C.E.C. Jansen, 'Rechtsbescherming in aanbestedingszaken niet op orde', *Staatscourant* 12 juni 2018, nr. 10.
- 28 A.H. Schotman, 'Hoe kan de kortgedingrechter haar rol als rechtsbeschermmer in aanbestedingsgeschillen effectiever invullen?', *TA* 2018/63.
- 29 A.H. Schotman, tap. pag. 41.
- 30 Zie voor voorbeelden Asser/Veegens/Korthals Altes & Groen 7, 2015/188.
- 31 Corvers, 'Facts en figures aanbestedingsrecht', zoals gepresenteerd tijdens de najaarsvergadering van de NVvA d.d. 22 november 2018.
- 32 Database Corvers en eigen inventarisatie.

- 33 HR 16 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:2638>).
- 34 Richtlijn 2007/66/EG, considerans onder 13. Deze ernstige schendingen zijn vervat in artikel 4.15 Aanbestedingswet.
- 35 HR 16 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:2638>), r.o. 3.7.3.
- 36 HR 16 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:2638>), r.o. 3.7.5.
- 37 Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2019:974>) (Transvision). Het Hof stelde (anders dan beide instanties in kort geding) vast dat de door de betreffende aanbestedende dienst genomen gunningsbeslissing onvoldoende was gemotiveerd, waarmee – strikt genomen volgens het arrest van de Hoge Raad in de zaak Staat/KPN – de termijn van artikel 4.15 Aw niet is gaan lopen. Niettemin wees het Hof de daarop gebaseerde vordering strekkende tot vernietiging van de inmiddels gesloten overeenkomst, althans het verbieden van verdere uitvoering daarvan, af. Het Hof oordeelde dat geen plaats meer is voor de sanctie van vernietiging, indien een aanbestedende dienst de termijn van artikel 4.15 Aw wél in acht heeft genomen en de uitspraak van de rechter in een tegen de gunningsbeslissing aangespannen kort geding heeft afgewacht, maar achteraf – in de bodemprocedure – toch anders wordt geoordeeld.
- 38 O.a. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2016:2638>), *NJ* 2018/210, m.nt. C.E.C. Jansen, R.G.T. Bleeker, 'Alleen de aanbesteder mag appelleren', TBR 2018/57 (*/tbr/2018-57*).
- 39 Hof Amsterdam 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5585 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5585>), TBR 2010/205 (*/tbr/2010-205*), m.nt. M.C. Pinto en G.J. Huith.
- 40 Dit was overigens niet anders in de periode dat aanbestedingsgeschillen nog werden beslecht door de Raad van Arbitrage.
- 41 Vergelijk HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8440 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2003:AL8440>) (*Rabobank/Fleuren c.s.*);
- 42 R.G.T. Bleeker, 'Alleen de aanbesteder mag appelleren', TBR 2018/57 (*/tbr/2018-57*).
- 43 Conclusie A-G Cruz Villalón 14 september 2010, zaak C-568/08 (*Spijker Infrabouw/Provincie Drenthe*), ov. 69.
- 44 Toelichting bij COM(2006)195 – Wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten.
- 45 Slechts 4 bodemprocedures in 2017 en 6 in 2018.

- 46 Vergelijk Hof 's-Hertogenbosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:GHSHE:2019:974>) (*Transvision*), waarin een gepasseerde inschrijver ondanks gegrondverklaring van zijn klacht geen recht had op schadevergoeding.
- 47 HvJ EU 9 december 2010, zaak C-568/08 (*Spijker Infrabouw/Provincie Drenthe*), r.o. 87.
- 48 HvJ EG 5 maart 1996, zaken C139764592846/93 en C139764592848/93 (*Brasserie du pêcheur/Bondsrepubliek Duitsland* en *Factortame/Bondsrepubliek Duitsland*).
- 49 Zie ov. 56.
- 50 Slechts wanneer een inschrijver erop mocht vertrouwen dat de overeenkomst met hem daadwerkelijk tot stand zou komen, kan (ook) sprake zijn van een verplichting tot vergoeding van het positieve contractbelang (vergoeding van de gedeelde winst).
- 51 GvEA 17 december 1998, zaak T-203/96 (*Embassy Limousines & Services/EP*): "...wanneer een inschrijver vóór de gunning van de betrokken opdracht aan de winnaar door de aanbestedende instelling wordt aangemoedigd om vooruitlopend daarop onomkeerbare investeringen te doen en dus om grotere risico's aan te gaan dan inherent zijn aan de betrokken activiteiten van het doen van een aanbieding."
- 52 Handreiking Tenderkostenvergoeding d.d. oktober 2018.
- 53 <<https://www.cobouw.nl/bouwbreed/blog/2018/05/maak-aparte-aanbestedingskamer-bouwer-moet-gunning-kunnen-aanvechten-101261255> (<https://www.cobouw.nl/bouwbreed/blog/2018/05/maak-aparte-aanbestedingskamer-bouwer-moet-gunning-kunnen-aanvechten-101261255>)>.
- 54 Vergelijk bijvoorbeeld de recente uitspraken Vزر. Rb Amsterdam 9 mei 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:4206 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2019:4206>) en Vزر. Rb Midden-Nederland van 30 januari 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:312 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBMNE:2019:312>).
- 55 HvJ EU 14 december 2015, zaak C-171/15 (*Connexion Taxi Services/Staat der Nederlanden*).
- 56 Conclusie A-G Campos Sánchez-Bordona 30 juni 2016, zaak C-171/15 (*Connexion Taxi Services/Staat der Nederlanden*).
- 57 Zie ov. 73.
- 58 Anders C.M.C. Wagemakers en J.J. van Loenen-de Wild, 'Rechtsbescherming in aanbestedingen: een Utopie?', *BR* 2016/15.
- 59 A.H. Schotman, 'Hoe kan de kortgedingrechter haar rol als rechtsbeschermer in aanbestedingsgeschillen effectiever invullen?', *TA* 2018/63.
- 60 HvJ EU 11 december 2014, zaak C-440/13 (*Croce Amica*), r.o. 44.

- 61 Vergelijk Vزر. Rb. Amsterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBAMS:2013:BZ1986>) waarin de voorzieningenrechter oordeelde dat vertrouwelijk kennisnemen door een rechter van gegevens die niet kenbaar worden gemaakt aan één of meer partijen in een geding, hoezeer ook het belang van degene die deze gegevens ter beschikking wil stellen met die kennisneming gebaat kan zijn, zich niet verstaat met het karakter van het civiele proces.
- 62 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06, ECLI:EU:C:2008:91 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:EU:C:2008:91>), NJ 2008/271, mnt. M.R. Mok, TBR 2008/168 (/tbr/2008-168) mnt. G.J. Huith (*Varec/Belgische Staat*).
- 63 Overigens voorziet een civiele bodemprocedure – anders dan artikel 8.29 Abw – niet (expliciet) in de mogelijkheid stukken uitsluitend aan de rechter voor te leggen zonder dat de wederpartij daarvan kennis kan nemen.
- 64 Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts, artikel 2.
- 65 Artikel 1 Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts definieert een klacht als *“elke uiting van ongenoegen van een partij over handelen of nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.”*
- 66 Vergelijk de definitieve rapportage van de schrijfgroep ‘Klachtenafhandeling bij aanbesteden’, pag. 12, te vinden op <https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/klachtenafhandeling-definitief1_0.pdf (<https://www.pianoo.nl/sites/default/files/documents/documents/klachtenafhandeling-definitief1_0.pdf)>.
- 67 Derde (herziene) periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts (periode 01-03-2015 tot 01-03-2016) d.d. 23 september 2016.
- 68 Deze (eigen) inventarisatie heeft betrekking op alle gepubliceerde adviezen tot en met 2018.
- 69 Derde (herziene) periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts (periode 1 maart 2015 tot 1 maart 2016) d.d. 23 september 2016.
- 70 Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. Midden Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBMNE:2013:5763>) (*Xafax /Universiteit van Utrecht*), waarin de rechter m.b.t. clusteren tot een andere conclusie kwam dan de Commissie in advies 43 d.d. 23 januari 2014 of Vزر. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBROT:2015:9802>), waarin de rechter m.b.t. een geschiktheidseis tot een andere conclusie kwam dan de Commissie in advies 265 d.d. 25 september 2015.
- 71 Zie voor een treffend voorbeeld advies 307 van de Commissie d.d. 14 oktober 2016 ten aanzien van een aanbesteding waarbij de aanbestedende dienst had gekozen voor een maatwerkcontract i.p.v. (ongewijzigde) toepassing van de UAV-gc.
- 72 Zie bijvoorbeeld Advies 183 d.d. 12 januari 2015, overweging 5.8.2 en 5.8.4

- 73 Vزر. Rb Oost-Brabant ECLI:NL:RBOBR:2018:3593 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBOBR:2018:3593>)
- 74 Zie artikel 194 e.v. Rv inzake de procedure omtrent het gerechtelijke deskundigenbericht.
- 75 R.G.T Bleeker en E.R. Manunza, 'Enkele kanttekeningen naar aanleiding van de evaluatie van de Commissie van aanbestedingsexperts', TBR 2016/37 (/tbr/2016-37).
- 76 Zie bijvoorbeeld Vزر. Rb. Midden Nederland 22 november 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:5763 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBMNE:2013:5763>) (*Xafax /Universiteit van Utrecht*), waarin Xerox en Ricoh tussenkwamen.
- 77 Zie onder meer Vزر. Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBGEL:2014:454>), Vزر. Rb. Gelderland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBGEL:2014:2868>), Vزر. Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBROT:2015:9802>) en Vزر. Rb. Gelderland 28 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1501 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBGEL:2017:1501>).
- 78 Vijfde periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts (periode 01-03-2017 tot 01-03-2018) d.d. 14 mei 2018, p. 5.
- 79 Vijfde periodieke rapportage Commissie van Aanbestedingsexperts (periode 01-03-2017 tot 01-03-2018) d.d. 14 mei 2018, p. 5.
- 80 Brief van de Werkgroep 'Clusteren' van het Traject Beter Aanbesteden aan de Staatssecretaris d.d. 28 juni 2018, waarin de werkgroep verslag doet van haar bevindingen (zie voetnoot 33).
- 81 Artikel 254 Rv; vergelijk in dat verband ook artikel 1022a Rv waarin de rechtsmacht van de voorzieningenrechter is opgenomen ondanks dat partijen een arbitragebeding zijn overeengekomen.
- 82 HR 9 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2752 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2001:AB2752>) (*Bartels/Stichting Hogeschool Brabant*), HR 31 mei 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2085 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:1996:ZC2085>) (*Amghane/Departement*), m.nt. P.A. Stein.
- 83 Ofwel opdrachten worden in afwachting van een hoger beroep (of cassatie) later verstrekt, ofwel in uitvoering genomen opdrachten moeten naar aanleiding van een hoger beroep of cassatie tussentijds worden afgebroken met alle (maatschappelijke) kosten van dien.
- 84 Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2017/2018, 32 440, nr. 107 (Motie van de leden Van den Berg (CDA) en Graus (PVV) d.d. 7 juni 2018) waarin de staatssecretaris wordt opgeroepen de functie van het hoger beroep te 'optimaliseren' voor gevallen waarin definitieve gunning 'volstrekt onrechtmatig' is, hetgeen rechters weer voor het probleem plaats de grens te bepalen tussen 'volstrekt onrechtmatige en gewoon onrechtmatige gunningen.

- 85 J. Telgen, 'Doelmatigheid versus rechtmatigheid', *Tendernieuwsbrief* 2015 nr. 5, pag. 1 e.v. Anders: C.E.C. Jansen, 'Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop', *TA* 2018, nr. 27 e.v.
- 86 G.W.A. van de Meent, *Zoeken naar El Dorado – Enkele punten van aandacht bij een zich snel ontwikkelend rechtsgebied* (inaugurele rede, UvA d.d. 16 november 2007).
- 87 Het conceptwetsvoorstel Experimentenwet Rechtspleging ligt momenteel ter consultatie voor en biedt een wettelijke grondslag voor experimenten met innovatieve gerechtelijke procedures. Bij algemene maatregel kan bij wijze van experiment gedurende maximaal 3 jaar worden afgeweken van de wetgeving over procederen bij de burgerlijke rechter.

Deel dit artikel  (https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 8 - augustus 2019%20TBR 2019-106 Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel? &via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106) 

 (<https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106&title=nr. 8 - augustus 2019%20TBR 2019-106 Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?&source=IBR Tracker>) 

 (<https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106&t=IBR Tracker%20nr. 8 - augustus 2019%20TBR 2019-106 Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?>)  (mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0A<http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2019/augustus/tbr-2019-106>)