

Op deze vergadering is aan de orde of de nieuwe aanbestedingswet met zijn verbod van arbitrage voorziet in een afdoende rechtsbescherming.

Arbitrage is verboden. Dat wordt dan dus de gewone rechter. Wil men niet naar de gewone rechter dan zal men moeten omzien naar een minder bindende wijze van geschilbeslechting, waarna alsnog naar de gewone rechter kan worden gegaan. Men kan hier denken aan bindend advies al dan niet via een te vormen commissie of de Raad, en aan mediation of elke andere vorm van bemiddeling. Erg verstandig is dat niet. Aanbesteding schept een veelpartijen verhouding. Bindend advies heeft het nadeel dat het op de zwarte lijst staat en er ook inschrijvers kunnen zijn die zich daarop mogen beroepen. Het gevolg kan zijn dat er over een aanbesteding afzonderlijke procedures gaan lopen bij verschillende instituten. Mediation is vanwege de veelpartijen verhouding helemaal geen oplossing, omdat de kans op succes in een meer partijen verhouding minimaal is.

Voordat men het over rechtsbescherming heeft moet men nadenken over de vraag wie deze nodig heeft. Het aanbestedingsgebeuren is een proces van in beginsel door de overheid te waarborgen vrije concurrentie met gereguleerde uitsluiting. Elke door de overheid gestelde eis sluit die gegadigden uit die daaraan niet voldoen. Daarom moeten de eisen eenduidig en objectief zijn en in redelijke verhouding staan met de aard en omvang van het werk.

De aanbesteders zijn zowel degenen die de uitsluitingsgronden bepalen door het formuleren van eisen als degenen die beoordelen of er al dan niet aan is voldaan. Zij zijn op aanbestedingsgebied dus én de wetgevende macht én de uitvoerende macht. Dit is geen klaagzang over de macht van de aanbesteders, alleen een constatering. Het is eigen aan het fenomeen aanbesteding, die nu eenmaal per definitie van de aanbesteders uitgaat. Aanbesteders hebben dus geen rechtsbescherming nodig. In de praktijk worden er dan ook niet of nauwelijks aanbestedingsgeschillen aanhangig gemaakt door aanbestedende diensten.

Het enige waarvoor aanbesteders rechtsbescherming nodig hebben betreft het verboden vooroverleg. Verboden vooroverleg verstoort het door hen te waarborgen systeem van vrije concurrentie met de verzorger als slachtoffer. De ontbrekende rechtsbescherming is in de nieuwe wet opgelost met een bedreiging, de verplichte uitsluiting bij het niet beschikken over het eerlijkheidskeurmerk. De ontbrekende rechtsbescherming is verder opgelost door de in het aanbestedingsreglement ARW 2005 voorziene omgekeerde bewijslast inzake de niet passende aanbieding, thans genoemd de onaanvaardbare aanbieding. De aanbesteder is gerechtigd de aanbieding onaanvaardbaar te noemen en over te gaan tot een onderhandelingsprocedure als hij over een redelijke directiebegroting beschikt. De inschrijver zal dus de onredelijkheid van die begroting moeten aantonen.

Het verwerpen van arbitrage als middel voor de rechtsbescherming is een gevolg van het feit dat arbitrage door de Raad niet het juiste middel is gebleken om prijsafspraken in de aangeboden prijzen te herkennen. De Kamperkwestie heeft dat aangetoond. Arbitrage is daarvoor inderdaad niet het juiste middel. Beslechting van geschillen door de gewone rechter evenmin. Ik zie de rechter in kort geding niet even op basis van de directiebegroting van 28 mio uitmaken dat de laagste inschrijving van 34 mio kennelijk kunstmatig is opgehoogd. De rechter die dan een deskundigenbericht entameert vraagt daarmee alleen maar om een prijs van een derde die niet verplicht is daarvoor het werk uit te voeren. Gaat een deskundige over tot een serieuze behandeling dan zal ook deze de partijen moeten horen met het nodige tijdverlies. Dat gaat de behandeling in kort geding te buiten. De gevraagde voorziening wordt dus geweigerd.

Sinds de Kamperkwestie zijn de aanbestedingsreglementen ingrijpend gewijzigd, beginnend met het UAR 2001. Het AWR 2005 borduurt daarop voort. De bewijslast inzake de niet passende aanbieding is omgedraaid. De aannemer moet gaten schieten in de directiebegroting. Hier nu is de gang naar de gewone rechter voor de aanbesteder veel gun-

stiger dan die naar de Raad. Dat gat kan in kort geding niet worden vastgesteld . De rechter kan zich niet aanmatigen daarover een oordeel te kunnen vellen zonder deskundigenbericht. Het gat kan hooguit worden vastgesteld in een gewone procedure, maar komt dan te laat. Een kort geding heeft voor de betreffende inschrijver geen zin, want de gevraagde voorziening wordt steevast geweigerd .

Kortom men is erin geslaagd een effectieve regeling te verzorgen tegen bouwfraude. De directiebegroting beslist zonder toetsing daarvan. Doet een inschrijver dan achteraf moeilijk, dan heeft hij het zwaar. Bij hem is immers de bewijslast gelegd. Daar komt bij dat een aanbesteder die meent dat geen passende aanbiedingen zijn gedaan ook niet vaststelt of en wie van de inschrijvers voldoet aan de eisen, laat staan de aanbiedingen toetst aan het gunningscriterium Daar komt voorts bij dat hij de kans loopt te moeten optrekken tegen een directiebegroting die achteraf is gemanipuleerd In het identificeren van de directiebegroting vooraf voorziet het AWR niet. Dat wordt dus een grote inspanning voor het onzekere resultaat van het vergoed krijgen van het aangekochte bestek.

In de nodige rechtsbescherming van de aanbesteders is aldus ruim en afdoende voorzien.

De ondernemers hebben wél rechtsbescherming nodig want zij zijn degenen die zijn overgeleverd aan een kleine groep opdrachtgevers die de uitsluitingen zowel bepalen als toepassen. De aanbesteders beperken met hun uitsluitingen de vrije concurrentie eventueel ontoelaatbaar. Of zij passen eenmaal gestelde redelijke uitsluitingsgronden opeens niet meer toe, waardoor zij de toegelaten concurrentie eerst na de inschrijving verruimen. De aannemers rest geen andere weg dan de gang naar de rechter, waar zij moeten opkomen tegen nu eens de door de aanbesteders gestelde regels en dan weer tegen de toepassing daarvan.

De rechter moet ervoor waken dat de wijze waarop wordt aanbesteed geen niet toegestane uitsluitingen oplevert en dat wel toegestane uitsluitingen niet ten nadele van andere inschrijvers opeens niet meer worden toegepast. Daarin was voorheen al prima voorzien in de gebruikelijke aanbestedingsreglementen en de gang naar arbitrage, respectievelijk nu dan de gewone rechter. De gebruikelijke aanbestedingsreglementen leveren een systeem op van door één der partijen bepaalde regels die ter handhaving van het evenwicht aan rechterlijke toetsing kunnen worden onderworpen. Dat betreft dus niet alleen de toepassing maar ook de regelgeving, de door de aanbesteders bedachte uitsluitingsgronden.

De bepaling dat aanbestedingsgeschillen niet voor arbitrage in aanmerking komen betekent in feite dat men naar de gewone rechter moet. Dat is een fait accompli, waarmee u het nu moet doen. Ik heb geen enkele reden aan te nemen dat de gewone rechter niet in staat zal zijn de eventuele schending van de algemene beginselen in het merendeel van de gevallen te onderkennen en daar tegen op te treden.

Het geschilgebied kenmerkt zich door voornemens tot gunning op korte termijn in een veelpartijen rechtsverhouding. Dat stelt eisen aan de wijze van de behandeling en afdoening en het is de vraag of de gewone rechter daaraan kan en wil voldoen. Die specifieke eisen zijn:

- A Een snelle beslissing
- B Een ruime mogelijkheid om tussen te komen
- C Verlaten van de leer van de partijautonomie
- D Een centrale plaats
- E Een adequate beslissing
- F Geen marginale toetsing

Ad A Een snelle beslissing

Aanbesteding leidt tot voornemens om op meestal korte termijn te gunnen. Partijen hebben daarom beide behoefte aan een snelle beslissing, zodat zij tijdig weten hoe zij verder moeten. Snelle beslissingen bij de gewone rechter zijn feitelijk alleen mogelijk in kort geding. Een kort geding is m.i. minder geschikt voor aanbestedingsgeschillen. Dat komt door de mogelijkheid om in kort geding een gevraagde voorziening te weigeren, omdat zo gauw niet kan worden uitgemaakt dat het verweer geen hout snijdt. Er is dan niet echt beslist. In een bodemprocedure is een dergelijke afdoening niet mogelijk. Bij de Raad is voor aanbestedingsgeschillen voorzien in een spoedbodemprocedure.

#### Ad B Een ruime mogelijkheid om tussen te komen

Omdat aanbesteding een meer partijen verhouding creëert moet de mogelijkheid aanwezig zijn om tussen te komen. In een kort geding tussenkomen is niet uitgesloten, maar het moet ook feitelijk kunnen. De Raad vereist aanmelding op uiterlijk de dag voorafgaande aan die van de mondelinge behandeling. De gewone rechter zal wat dat betreft niet minder tolerant mogen zijn. De kans dat een en ander uitloopt op de hiervoor bedoelde weigeringen is groot, want de tussenkomst van nummer 3 en eventueel ook de nummers 4 en 5, die beweren dat alle voorgaande nummers niet voldoen aan enige andere eis maakt de zaak onoverzichtelijk en niet meer serieus afdoenbaar in een geplande korte mondelinge behandeling van een of twee uur. De Raad pleegt voor mondelinge behandeling de hele dag te reserveren. Ik heb behandeling van aanbestedingsgeschillen meegemaakt tot ver in de avond. Diverse gerechtsgebouwen sluiten om 5 uur. Wie er dan nog is krijgt te doen met de veiligheidsdienst.

#### Ad C Verlaten van de leer van de partijautonomie

Aanbesteding is voor wat betreft de formulering van uitsluitingen uitwerking van dwingendrechtelijke Europese regelgeving. De uitsluitingsgronden moeten voldoen aan deze richtlijnen. Dat betekent dat wanneer partijen steggelen over de vraag of de inschrijver voldoet aan een eis, die helemaal niet gesteld mag worden, bijvoorbeeld omdat hij niet objectief is, de rechter de eis terzijde moet stellen. Het kan niet zo zijn dat in enige uitspraak een eis als in strijd met het recht terzijde wordt gesteld en dan in een volgende procedure het al dan niet voldoen aan die eis beslissend wordt geacht voor de uitslag. Is bijvoorbeeld de eis gesteld dat de inschrijver lid moet zijn van enige vereniging en stelt de inschrijver alleen dat hij dat ook is, doch helaas zijn aanmelding blijkt daar niet te zijn aangekomen, dan kan deze inschrijver toch niet worden gepasseerd, ook al heeft hij helemaal niet gesteld dat een dergelijke eis niet toelaatbaar is. Dat betekent dat de rechter goed op de hoogte moet zijn van de in en outs van de regelgeving en de jurisprudentie en niet zonder meer kan afgaan op alleen eis en antwoord. Het betekent voorts dat hij in zijn beleid moet bijdragen aan het vormen van eenduidige oplossingen niet geldende voor alleen dat ene toevallige geschil. Hij werkt met zijn uitspraken mee aan de verfijning van de regelgeving. Daarom moet hij goed kunnen inzien wat zijn beslissing in enig geval impliceert voor andere gevallen.

#### Ad D Een centrale plaats

De daarvoor nodige consistentie in de jurisprudentie is naar mijn mening alleen mogelijk wanneer gekozen wordt voor een vaste rechtbank voor het hele land met liefst ook nog een zo min mogelijk wijzigende bezetting. Voorkomen moet worden dat aanbestedingsgeschillen moeten worden afgedaan door rechters die er ook eens een in het jaar krijgen en dat er verschillen ontstaan naar gelang van de plaats van de afdoening. Dwingend recht mag in Amsterdam niet anders zijn dan in Den Haag.

#### Ad E Een adequate beslissing

Er is niet voor niets haast bij de beslissing. Het werk aan het groenbestek moet voort Partijen moeten dan met de beslissing uit de voeten kunnen. Wanneer een eis is gesteld die niet door de beugel kan is de verleiding groot om te beslissen dat de aanbesteding over moet. De rest van het geschil valt dan weg. De reden die daarvoor pleegt te worden aangevoerd is dat andere aannemers door de ontoelaatbare eis niet hebben meegedaan aan de aanbesteding. Daar is dan niemand mee gebaat. De opdrachtgever van het

groenbestek moet opnieuw en te laat gaan heraanbesteden en niemand van de inschrijvers krijgt de beoogde vrucht van zijn inschrijving, terwijl zij part noch deel hebben aan de vastgestelde onregelmatigheid. Integendeel zullen zij straks met extra concurrentie worden geconfronteerd met het al op straat liggen van hun prijzen. Het in de aanbestedingsreglementen verankerde beginsel van de gelijktijdigheid van de aanbiedingen wordt fiks doorbroken. In de aanbestedingswet zie ik dit beginsel overigens ten onrechte op eens niet terug. De Raad loste dergelijke geschillen vrijwel altijd op met het ecarteren van de niet toegelaten eisen. Dat kan ook best. Met de belangen van niet-eisers hoeft geen rekening te worden gehouden. Die hadden immers de kans hetzij ook mee te doen, hetzij de gestelde eis vooraf te laten verbieden. Heraanbesteding heeft het onaantvaardbare gevolg dat de aanbieder van de laagste prijs die ten onrechte van de aanbesteding is uitgesloten vanwege het niet voldoen aan een ontoelaatbare eis niet alsnog de opdracht krijgt, maar alleen de mogelijkheid om opnieuw mee te dingen, waarbij hij dan alleen nog kans op de opdracht heeft door zijn prijs te verlagen beneden de zijn concurrenten inmiddels bekende aanbieding. Het beroep op de rechten van niet-inschrijvers is m.i. misplaatst, want wanneer een gunning plaats heeft zonder dat een wel-inschrijver heeft geklaagd over de ontoelaatbare eis, bijvoorbeeld omdat deze er aan voldoen, komen de niet inschrijvers er ook niet meer aan te pas  
Op zich juiste beslissingen met niet adequate oplossingen zullen tot onvrede leiden.

#### Ad F Geen marginale toetsing

Bij een systeem van uitsluitingen is niet bepalend of de aanbesteder in redelijkheid kan menen dat een inschrijver niet voldoet, doch of de inschrijver kon of moest begrijpen dat hij is uitgesloten. Het enige waarin de aanbesteder vrij is in zijn keuze van de uitsluitingsgronden, zolang die maar voldoen aan de daarvoor geldende eisen. Marginale toetsing past niet bij eisen die in beginsel objectief en eenduidig moeten zijn en dus niet voor meerdere uitleg vatbaar, laat staan dat eisen open mogen staan voor subjectieve toepassing al naar gelang de inschrijver al dan niet als opdrachtnemer wordt gewenst. De enige vraag is of de inschrijver op basis van de gestelde eis kon of moest begrijpen dat hij is uitgesloten en wanneer dat onduidelijk is, is dat niet het geval.

We zullen moeten afwachten of de gewone rechter er in slaagt om in aanbestedingsgeschillen niet te gaan grossieren in weigeringen van de gevraagde voorziening wegens de onmogelijkheid om in een kort geding het verweer van de aanbesteder af te schieten. en/of een beroep te gaan doen op de belangen van niet in de procedure betrokken inschrijvers met de daaruit voortvloeiende enige remedie van heraanbesteding of te vervallen in marginale toetsing.

Veel hangt af van de capaciteit die voor de behandeling wordt vrijgemaakt en het min of meer centraliseren van de organisatie. Een voorziene mondelinge behandeling van een uur of twee is rampzalig bij de melding van een tussenkomst op de vorige dag. Het toestaan van eisen in den Haag die in Amsterdam worden verboden is minstens zo rampzalig.

Men heeft mij gevraagd ook aandacht te besteden aan de vijftien dagen termijn, die is opgenomen in de AWR 2005 maar ook voordien al opgang deed, zij het dat deze dan niet automatisch was gekoppeld aan de dag van de gunningbeslissing, maar vaak aan een bericht van de opdrachtgever na discussie. Deze termijn heeft evenzeer te doen met rechtsbescherming. Het lijkt een bescherming voor de aannemer. Die wordt niet aantsonds met een onomkeerbare situatie geconfronteerd, mits hij zelf niet talmt. Feitelijk is het een bescherming van de aanbesteder, want als de aannemer niet binnen de termijn gaat procederen krijgt hij die termijn tegengeworpen. In het AWR is niet omschreven wat de gevolgen zijn als de aannemer dat niet doet, zodat de rechter wat dat betreft alle kanten uitkan al naar gelang de feitelijke situatie.

Het lijkt mij niet goed dat deze bepaling op de autopiloot zo wordt uitgelegd dat een aannemer die het niet eens is met de gunningsbeslissing steeds zijn rechten verliest als hij geen kort geding aanspant. Dan krijgt deze aan het adres van de aanbesteder gericht-

te bepaling het fatale karakter van een vervaltermijn gekoppeld aan een kort geding. Als je kan voorzien dat de rechter in kort geding het verweer van de aanbesteder niet zal kunnen beoordelen is een kort geding wel een dure methode om je rechten te reserveren.

Er is nog gevraagd aandacht te besteden aan de vraag of de keuze voor de gewone rechter terecht is.

Ik denk dat de grootschaligheid van de bouwfraude in combinatie met de jurisprudentie van de Raad deze keus heeft veroorzaakt. Men moest bouwfraude keren. De rechtsbescherming uit het strafrecht was niet voldoende. Men moest zich dus civielrechtelijk zelf helpen. Dat is gevonden in de omkering van de bewijslast. Tot de keuze voor een ander forum behoefde het daarvoor niet te komen. Het mag voor de Raad onmogelijk zijn uit te maken dat een prijs te hoog is, voor een te lage begroting geldt dat niet. Wie drie uur moet metselen kan roepen dat niet zeker is of het die dag niet regent, maar wie minder rekent dan 3 uur heeft het zeker mis.

Ik verzuim niet aandacht te besteden aan een ander aspect te weten het bezwaar tegen de veronderstelde afdoening door de beroepsgroep. Ik kan begrijpen dat men het ontbreken van arbiters benoemd door het opdrachtgeverschap als bezwaar heeft ervaren bij de grootschaligheid van de fraude in de beroepsgroep en respecteer daarom ons verlies. Met enige trots kan ik melden dat een side-effect van het verlies een winst is. De Staat en de VNG nemen thans deel aan de Raad De bouwfraude heeft dus twee gevolgen gehad voor de Raad, een positieve en een negatieve. Het verlies van de aanbestedingsgeschillen is verlies. Het meedoen van de Staat en de VNG aan de Raad daarentegen pure winst.

Ik kreeg voor de voorbereiding afschrift van de parlementaire behandeling van de aanbestedingswet. Ik las daar twijfel over de effectiviteit van de rechtsbescherming door de gewone rechter en het daarom inschakelen van andere circuits voorafgaande aan de rechterlijke tussenkomst zoals mediation. Ik begrijp niet waarom men niet heeft gekozen voor afdoening door de Raad onder de bepaling dat arbitrage alleen is toegestaan mits is voorzien in hoger beroep bij de gewone rechter. Dan had men ongeveer dat gehad wat in de mijmeringen van de parlementariërs is opgekomen, namelijk een rechtsgang voor deskundigen onder volle controle van de gewone rechter met de mogelijkheid van prejudiciële vragen zonder de nadelen die kleven aan een voorafgaand bindend advies of een verplichte voorafgaande bemiddeling.

Is of ontstaat er onvrede over de effectiviteit van de rechtsbescherming door de gewone rechter dan ligt dat aan het gekozen systeem, want wie dan de volgende spreekster, mevrouw van Rens, is beter geschikt om aanbestedingsgeschillen af te doen. Dat deed zij al bij de Raad en nu dan buiten de Raad. Aan de kwaliteiten van de heren en dames rechters zal het echt niet liggen.