

Aan welke randvoorwaarden moet een goede en adequate rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht voldoen.

Als voorzieningenrechter in het civiele kort geding is mij deze vraag voorgelegd. Verder is gevraagd bij de beantwoording tevens aan de orde te laten komen de Alcatel termijn, de diepgang en reikwijdte van de rechterlijke toetsing, of het kort geding in dit verband wel de geëigende rechtsingang is en de voor en nadelen van de civiele rechtspraak versus de arbitrale rechtspraak. En dat alles in het tijdsbestek van 25 minuten.

Laat ik voorop stellen dat ik niet met U de jurisprudentie zal gaan bespreken. Dat laat ik graag over aan de twee sprekers na mij. Ik zal in het navolgende een aantal door mij ervaren knelpunten aan U voorleggen en spreek overigens geheel op persoonlijke titel. Prof Wedekind memoreerde vorig jaar in zijn afscheidsoratie dat in onze rechtszalen een voortdurende strijd aan de gang is tussen wat wel genoemd wordt de 'rekkelijken en de preciezen'. Ik vermoed dat ik als rechter in aanbestedingszaken, behoort tot de preciezen.

Vanaf begin 2005 ben ik met enige regelmaat geconfronteerd met aanbestedingsgeschillen. In 2004 zijn in Den Haag in kort geding 16 vonnissen geweest, in 2005 waren het er 28 en in 2006 gaat het tot op heden om 61 aangebrachte geschillen, waarvan 41 zijn uitgemond in een vonnis, 11 (vlak) voor de zitting zijn ingetrokken en 9 zaken vooralsnog dit jaar gepland staan. Het betreft hier overigens een handmatige telling.

In Den Haag worden de zittingen in beginsel aan het eind van de ochtend gepland en wordt voor de behandeling standaard twee uur uitgetrokken. Over het algemeen lijkt dat voldoende; uitloop tot verder in de middag is overigens mogelijk en komt ook voor. In de praktijk constateer ik een stijging van de verzoeken tot tussenkomst of voeging. In de regel worden deze verzoeken toegewezen waarbij zowel de eiser als gedaagde zich meestal refereren. In een beperkt aantal zaken leidt dit tot een langere behandelingstijd omdat deze partij een eigen verweer tegen eiser formuleert en tevens een vordering tegen de aanbestedende dienst instelt. Zeer recent heeft de eisende partij zich tegen toewijzing van het verzoek tot tussenkomst verzet omdat de zij van oordeel was dat bij de behandeling voor haar bedrijfsgevoelige informatie aan de orde zou komen. In het kader daarvan werd ook verzocht de behandeling achter gesloten deuren te doen plaatsvinden. Aangezien naar mijn oordeel een verzoek tot tussenkomst alleen kan worden afgewezen als geen sprake is van een belang om benadeling of verlies van een rechtens te respecteren belang te voorkomen (dat is er al snel) en/of het verzoek in de weg staat aan het met de vereiste spoed kunnen afwikkelen van de zaak, is het verzoek tot voeging toegewezen. Daaraan gekoppeld is het verzoek tot behandeling achter gesloten deuren afgewezen nu het ertoe strekt een procespartij van kennisneming van bepaalde processtukken en de discussie daarover uit te sluiten.

Een nieuw fenomeen dat mogelijk (ingeval van alternatieve, innovatieve inschrijvingen) vaker kan gaan spelen en waar binnen ons procesrecht geen kant en klare oplossing voor handen lijkt te zijn.

Wat is nodig voor een goede en adequate rechtsbescherming:  
m.i. directe toegang tot een instantie die onafhankelijk is van de betrokken partijen (integer en onpartijdig) en die snel en met kennis van zaken (voorlopig) kan oordelen over de geschilpunten en daarnaast de mogelijkheid openlaat om deze geschilpunten ook ten gronde uit te vechten met mogelijk een gang naar het Europese Hof.

Op zichzelf lijkt het kort geding aan deze voorwaarden te kunnen voldoen: op (zeer) korte termijn kan een onafhankelijk en onpartijdig voorlopig oordeel worden verkregen dat zowel

in hoger beroep als ten gronde kan worden getoetst waarbij ook de mogelijkheid bestaat om aan het Europese Hof van Justitie prejudiciële vragen te stellen.

Het probleem lijkt liggen in de aanwezigheid ofwel het ontbreken van voldoende "kennis van zaken".

Volgens de deelnemers aan het symposium aan de VU van 27 april jl is bij de civiele rechters rechtsprekend in kort geding (maar mogelijk ook in de eventuele bodemzaak) sprake van

- gebrek aan materiedeskundigheid
  - onvoldoende affiniteit met de gang van zaken tijdens een aanbestedingsproces
  - onvoldoende inzicht in de sociaal-economische verhoudingen tussen de deelnemers in het proces alsmede de achterliggende directe en indirecte belangen
- en wordt er in het algemeen onvoldoende kwaliteit geboden .

Terecht wordt gesteld dat materiedeskundigheid ontbreekt. Praktische kennis hoe het eraan toegaat bij een aanbesteding (zelf aan een dergelijk proces hebben deelgenomen) ontbreekt over het algemeen natuurlijk evenzeer. Dit heeft echter voor veel van de zaken die aan de civiele rechter worden voorgelegd, te gelden en tot op heden is dat geen obstakel geweest om tot een afgewogen oordeel te kunnen komen.

Voorop gesteld kan worden dat de algemene beginselen aan de hand waarvan geoordeeld moet worden helder zijn:

- transparantie
- gelijke behandeling
- non discriminatie
- proportionaliteit

Onder toepassing van deze beginselen dient de civiele rechter een tegenwicht te bieden aan aanbestedende diensten die een ondoorzichtig aanbestedingsbeleid hanteren of blijk lijken te geven van willekeur of zelfs favoritisme. Dat lijkt, zeker als de zaken door deskundige raadslieden worden gepresenteerd (wat meestal het geval is) nog wel te doen. Ook de wijze van toetsing is vooralsnog niet echt een probleem

Kort door de bocht: bij de toepassing van selectie-eisen geen beleidsvrijheid: ten volle toetsen (zijn ze objectief en eenduidig/staan ze in redelijke verhouding tot de aard en omvang van het aan te besteden werk/de gevraagde dienst of levering).

Bij de gunningscriteria:

- laagste prijs: geen beleidsvrijheid
- laagste gewogen prijs: beperkte beoordelingsvrijheid
- economisch meest voordelige aanbidding: beleidsvrijheid.

Waar zit nu het probleem?

Naar mijn mening is sprake van de navolgende knelpunten:

- a. de ontoegankelijke en versnipperde regelgeving op het gebied van het aanbestedingsrecht
- b. De wijze waarop de aanbestedende diensten de aanbestedingswetgeving en Europese regelgeving uitwerken in de concrete aanbestedingsprocedures
- c. Het gebrek aan communicatie/dialogo gedurende het gehele proces van aanbesteding
- d. De grotere bereidheid/gretigheid aan de zijde van de afgevalen inschrijver om een procedure te entameren
- e. De niet eenduidige interpretatie door de nationale rechter en de zeer casuïstische rechtspraak.

Ik zal deze knelpunten hierna kort de revue laten passeren.

a. de regelgeving

De regelgeving is, gegeven ook de sterk casuïstische jurisprudentie van de nationale en de Europese rechter, dermate ontoegankelijk aan het worden dat inkopers, projectleiders, technici en managers steeds meer "jurist" lijken te moeten worden om het proces tot een goed einde te kunnen brengen.

De nieuwe aanbestedingswet biedt op dit punt in ieder geval vooralsnog weinig soelaas aangezien ook daarin (weer) sprake is van een raamwet die nader zal worden ingevuld door AMVB's (een aangepast Bao en Bass) en ministeriële regelgeving. De veel gevraagde vereenvoudiging van de procedures en met name de nadere uitwerking en verduidelijking van de criteria waaraan moet worden voldaan/getoetst is daarin vooralsnog niet te vinden. Sterker nog: als inderdaad de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht ook (onverkort) van toepassing zijn op ongereguleerde aanbestedingen (bv onder de drempelwaarde) zal dit weer leiden tot een veelvoud van procedures. Opvallend is ook dat noch de onderbouwing van deze keuze noch uitwerking van dit uitgangspunt in de nieuwe wet is te vinden. De ambitie van de Commissie in dit verband lijkt onverkort te worden gevolgd, terwijl daar toch wel op valt af te dingen. Het is te hopen dat regering en kamer oog en oor hebben voor de kritiek vanuit het veld op deze regelgeving en daar ook daadwerkelijk iets mee doen.

b. de uitwerking van de regelgeving in de praktijk

Aanbesteden is m.i. gewoon een inkoopproces waarbij de overheid optreedt als inkoper van goederen of diensten of werken. Voorheen verliep dit veel via de oude vertrouwde huisleverancier. Thans moeten alle geïnteresseerde spelers toegang hebben tot het speelveld. Aanbesteden houdt echter meer in dan alleen maar het stroomlijnen en volgen van een bepaalde procedure en het (laten) invullen van standaarddocumenten. De aanbestedende dienst moet zich vanaf aanvang afvragen en ook kritisch blijven bevragen wat hij wil en of hetgeen hij wil ook duidelijk, eenduidig en consequent is geformuleerd in de aanbestedingsstukken. Een goede regie is noodzakelijk: tijdig ingrijpen en nader verduidelijken (binnen de grenzen daaraan gesteld in de jurisprudentie) voorkomt veel problemen. Kennis van de relevante regelgeving en uitleg daarvan is daarom een must. Dit vraagt ook van de kant van de aanbestedende dienst verdere professionalisering. Of dit dient te gebeuren door het tussenschuiven van een extra laag (van gespecialiseerde adviseurs en juristen) is wat mij betreft de vraag. Dit levert immers weer het risico op van communicatieproblemen en het niet goed (kunnen) maken van een (juiste) vertaalslag naar de mensen in het veld. Hierbij speelt mee dat, naar mijn ervaring, de kerndepartementen inmiddels beter zijn ingespeeld op het op de juiste wijze toepassen van de regels. Aan de kant van de lagere overheden (met name de gemeenten) maar ook bv de onderwijsinstellingen wordt wel nog vaak (en veel) gehandeld in strijd met de a.b.a. (bv als selectievereiste vestiging in de gemeente verlangen/de verkeerde documenten voorschrijven of meesturen). Belangrijk is dus het opdoen van ervaring. Je zou daarom mogen verwachten dat het op termijn wel beter zal gaan. Fouten zullen overigens altijd gemaakt worden: zeer recent is een aanbesteding 'over de kop gegaan' omdat een van de folders die de inschrijvers als proeve van bekwaamheid zo dicht mogelijk dienden te benaderen van één van de inschrijvers zelf afkomstig bleek te zijn. Dit bleek overigens pas na doorvragen op de zitting. Het hoeft geen betoog dat het vonnis vervolgens zeer kort was.

Ad c en d. een goede communicatie/dialogoog is van belang voor de fase voor de gunning maar werkt door in de fase daarna:

Met communicatie doel ik op twee aspecten: informatie enerzijds en verduidelijking en motivering van een beslissing anderzijds.

Op zichzelf is begrijpelijk dat een aanbestedende dienst, aangezien de hele procedure in beginsel schriftelijk wordt afgehandeld, zoveel mogelijk informatie van een inschrijver wil verkrijgen. Dit vertaalt zich echter in veel gevallen in een woud van sub gunningscriteria en sub sub criteria waar later weer over geprocedeerd kan worden. Ook geven de ingewikkelde beoordelingsmethodieken (puntenmatrixen en wegingsfactoren) aanleiding tot veel discussie in de rechtzaal.

Zoals al veel is bepleit in de literatuur, ben ook ik een voorstander van het vergroten in dit verband van de dialoogruimte tussen aanbestedende dienst en de inschrijvers. Er mag niet onderhandeld worden over fundamentele punten waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen maar besprekingen met gegadigden of inschrijvers met het oog op verduidelijking over en weer tijdens de procedure moet mogelijk zijn en daar zou veel meer van gebruik gemaakt kunnen worden. Dit laatste natuurlijk alleen voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt en een en ander transparant is voor alle betrokkenen.

Daarnaast valt op dat veel beslissingen waarbij een inschrijver het werk niet gegund zal worden, niet of nauwelijks zijn gemotiveerd. Weliswaar vermeldt de MvT op artikel 55 Bao dat deze mededeling tenminste de gronden van de gunningsbeslissing moet bevatten maar in artikel 55 Bao wordt dit niet expliciet bepaald. Tot op heden ontbreekt het ook aan formele en materiële eisen/voorwaarden waaraan de motivering van een selectie- of gunningsbeslissing dient te voldoen. Iedereen is er inmiddels wel van overtuigd dat een enkel briefje met "U bent het niet geworden" niet meer voldoende is, maar dan houdt het ook op. Gelukkig komt na deze mededeling wel een dialoog tussen de aanbestedende dienst en de bezwaarde inschrijver op gang maar gegeven de korte "Alcatel termijn", is de aanzegging voor het kort geding dan al de deur uit. Op zichzelf valt best te leven met de Alcateltermijn mits die gekoppeld wordt aan een deugdelijke onderbouwing van de gunningsbeslissing richting de afgewezen inschrijver. Mijn verwachting is dat verzwaring van de motiveringsplicht voor de aanbestedende dienst zal leiden tot duidelijkheid en daarmee indien al niet tot minder procedures dan toch in ieder geval tot een meer concreet en uitgekristalliseerd geschil dat aan de rechter wordt voorgelegd.

Zoals reeds aangegeven komt het de laatste maanden in mijn praktijk vaker voor dat procedures voor de dienende dag worden ingetrokken. De reden is helaas niet bekend maar een nadere motivering die leidt tot het inzicht dat een procedure weinig kans van slagen heeft, zal daarbij ongetwijfeld een rol spelen.

Een goede communicatie(mogelijkheid) kan ook het 'procedeerenthousiasme' indammen.

De gepasseerde inschrijver lijkt steeds vaker de gunningsbeslissing aan een rechterlijke instantie ter beoordeling voor te willen leggen. In de zittingszaal bekruipt mij meer dan eens het gevoel dat nadat de onwelgevallige beslissing is genomen, de advocaat aan de zijde van de inschrijver met de stofkam door de aanbestedingsdocumenten gaat en tal van onvolkomenheden en onduidelijkheden opwerpt in de hoop/verwachting dat een of combinatie van deze punten zal leiden tot het oordeel dat sprake is van een onjuiste beslissing tot gunning cq afwijzing van de betreffende inschrijver. De vraag die steeds vaker voorligt is : 'wanneer moet je klagen'. Deze problematiek wordt thans met name bestreken door het Grossmann-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap. Dat een bedrijf dat zich niet aanmeldt als geïnteresseerde aan het eind van de rit bezwaar maakt tegen de gunningsbeslissing de deksel op de neus krijgt zal niemand verbazen. Maar hoe nu te oordelen

als bezwaren die voordien al kenbaar hadden kunnen worden gemaakt, eerst kenbaar worden gemaakt na de gunningsbeslissing maar binnen de Alcatel-termijn? Heeft de inschrijver dan zijn rechten verspeeld? Ook hier ontbreekt nadere regelgeving. Mij komt voor dat ingeval sprake is van vooraf geconstateerde ernstige inbreuken op de wettelijke voorschriften, de inschrijver hierover nader uitleg had dienen te vragen en zijn bezwaren kenbaar had dienen te maken. Zo zwart/wit ligt de zaak echter meestal niet. Bij een nietig gunningscriterium loopt de aanbesteder verder tegen het Wienstrom-arrest van het Europees Hof van Justitie aan waarin is geoordeeld dat dit moet leiden tot intrekking van de aanbestedings-procedure en (eventuele) heraanbesteding.

Duidelijk is wat mij betreft wel dat de aanbestedende dienst dit probleem niet kan ondervangen door als aanbestedingsvoorwaarde op te nemen dat de inschrijver onvoorwaardelijk akkoord dient te gaan met het bestek. Eventuele fouten in het bestek komen daarmee na inschrijving nog niet geheel voor rekening en risico van de inschrijver. Wel zal een discussie over een interpretatie van een bepaald subgunningscriterium eerder in zijn nadeel uitvallen als hij, hoewel in de gelegenheid, daaromtrent geen nadere vragen heeft gesteld. Weliswaar is de inschrijver niet de hoeder van de aanbesteder maar ook hij heeft een verplichting in het kader van het verzekeren van een effectieve toepassing van de aanbestedingsregelingen. Dat houdt onder meer in dat (zoals bepaald in het Grossmann-arrest) opgekomen wordt tegen onregelmatigheden op het moment dat die nog ongedaan gemaakt kunnen worden. Onder omstandigheden kan dit leiden tot een eerder klagen dan in de procedure die binnen de Alcatel-termijn is geëntameerd. Tot op heden zijn er nog weinig uitspraken waarin expliciet is geoordeeld dat de inschrijver zijn recht heeft verwerkt om te klagen. Impliciet wordt hij echter wel met enige regelmaat afgerekend op de omstandigheid dat hij tijdens de aanbestedingsprocedure geen nadere vragen heeft gesteld.

ad e. interpretatie door de nationale rechter

Als persrechter heb ik geleerd dat je hetgeen geschreven wordt altijd met een korrel zout moet nemen. Als iets maar vaak geponeerd wordt, wordt het vanzelf als waarheid ervaren. Vandaar dat ik niet zonder meer wil aannemen de civiele kort geding rechter niet in staat zou zijn zich de materie van het aanbestedingsrecht zodanig eigen te maken dat 'met kennis van zaken' kan worden geoordeeld en dat het ook in de toekomst slecht gesteld zal zijn met de kwaliteit van de uitspraken in kort geding.

Ontegenzeggelijk is sprake van een materie waarin je niet een-twee-drie thuis bent en een aanbestedingsgeschil is op zijn zachts gezegd bewerkelijk als je maar een beperkt aantal geschillen op jaarbasis te behandelen krijgt. Nodig is ook hier een verdere professionalisering in die zin dat geïnvesteerd wordt in een gedegen opbouw van kennis van het aanbestedingsrecht en ook het bijhouden en verder ontwikkelen daarvan. Dit pleit ervoor de beslechting van dit soort geschillen specifiek op te dragen aan een of twee rechtbanken. Ik ben daar een voorstander van. Aldus wordt bereikt dat binnen de rechterlijke macht een specialistische kennis wordt opgebouwd en worden, als een kleine groep rechters zich hiermee bezig houdt, tegenstrijdige uitspraken vermeden. In de slipstream daarvan zal ook het betreffende gerechtshof zich gaan specialiseren. Verder zou de mogelijkheid onderzocht moeten worden om de procedure in hoger beroep sneller af te kunnen wikkelen. Zelfs de behandeling van een spoedappèl laat relatief lang op zich wachten.

Is aldus voldoende ondervangen dat rechters 'geen mensen uit de praktijk zijn'? Zoals ik al heb gesteld, geldt dat voor veel zaken die aan ons worden voorgelegd. Daarnaast bestaat ook in het kader van een kort gedingprocedure de mogelijkheid op korte termijn een deskundige te raadplegen; zelfs op de zitting zou dit kunnen gebeuren. Tot op heden werd mij (en dat geldt ook voor mijn collega's) het probleem na doorvragen bij de in de zaal aanwezige deskundigen

voldoende inzichtelijk om een voorlopig oordeel te kunnen geven. Of dat in alle gevallen een juist oordeel is geweest, is natuurlijk de vraag.

Wel voorzie ik problemen als een (voorlopig) oordeel moet worden gegeven over het al dan niet passend zijn van een inschrijving waarin een alternatief wordt aangeboden dat uitgaat van een innovatieve, nieuwe methode/aanpak en discussie ontstaat over de haalbaarheid daarvan danwel de bereidheid van de aanbestedende diensten om risico's te nemen. Nog los van de vraag wie daarover 'deskundig' kan oordelen, zal het schrikbeeld van (vele) juridische procedures voor de aanbestedende dienst in dit verband remmend werken.

Wat nu te doen met de Raad van Arbitrage?

Als jurist lid betrokken bij de Raad, weet ik uit ervaring dat terzake kundig en voor zover mij bekend ook onpartijdig recht wordt gesproken. Het volstrekt ecarteren van de Raad als beslisinstantie in aanbestedingsgeschillen naar aanleiding van de bouwfraude heb ik als te kort door de bocht ervaren. De materiedeskundigheid mbt de bouwzaken is bij de Raad zonder meer aanwezig. Het punt van kritiek van de Raad van State (in het advies bij de nieuwe aanbestedingswet) dient echter wat mij betreft zwaar te wegen. De toegang tot de civiele rechter en ook de toegang tot Europese Hof van Justitie is met de keuze voor de Raad van Arbitrage geblokkeerd. Hier speelt ook mee dat het niet stellen van préjudiciële vragen onder omstandigheden kan leiden tot een onrechtmatige overheidsdaad.

Verder heeft te gelden dat alleen de bouwzaken bij de Raad afgedaan kunnen worden. Voor de overige aanbestedingszaken (diensten en leveringen) blijft de civiele (kg) rechter de aangewezen instantie.

Ik kom tot een afronding:

Voor een goede en adequate rechtsbescherming is meer nodig dan alleen een op zijn taak berekende (rechterlijke) instantie waaraan geschillen kunnen worden voorgelegd. Nadere concretisering en uitwerking van de a.b.a. in wet- en regelgeving, verdere professionalisering van de marktpartijen en de rechtsprekende instanties is noodzakelijk. Daarbij dienen keuzes gemaakt te worden, in eerste instantie door de wetgever. Het lijkt er op dat deze de eerste mogelijkheid daartoe vooralsnog onbenut voorbij laat gaan. Doen de andere betrokken partijen dat ook? Langzaam maar zeker lijkt bij hen en bij ons het inzicht te groeien dat deze problematiek vraagt om nadere specialisering. Bij de haagse rechtbank heeft dat er in eerste instantie toe geleid dat wij op zoek zijn naar een secretaris die zich met name in dit rechtsgebied verder zal verdiepen. Om in bouwtermen te spreken: wij zien enigszins de contouren van een gewenst bouwwerk maar zijn nog bezig met de discussie waar en hoe de fundamenten gelegd kunnen worden en moeten nog op zoek naar de financiers.

Er is voor eenieder nog een lange weg te gaan maar ik ben niet somber gestemd want velen houden zich er inmiddels mee bezig. Wat wel echt voorkomen moet worden is dat, zonder afbreuk te doen aan de wezenlijke functie van de advocaten in deze, het aanbestedingsrecht verwordt tot een lawyers paradise.