

## Rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen

(voordracht voor de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, Amsterdam 14 november 2006)<sup>1</sup>

Prof. Mr J.M. Hebly<sup>2</sup>

### 1. *Randvoorwaarden rechtsbescherming*

Specifiek voor aanbestedingsgeschillen bestaan op Europees niveau twee rechtsbeschermingsrichtlijnen. Deze richtlijnen bevatten de belangrijkste Europese vereisten waaraan de nationale rechtssystemen moeten voldoen. Zij vertonen op hoofdpunten grote overeenkomsten. Kernbepalingen zijn de artikelen 1 en 2, waarin de algemene beginselen en enkele specifieke maatregelen zijn vastgelegd.<sup>3</sup> Ik behandel de belangrijkste. Daarbij wordt een onderscheid gemaakt tussen *precontractuele* beroepsmogelijkheden die hoofdzakelijk tot doel hebben inbreuken op het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten tijdig ongedaan te maken, en *postcontractuele* beroepsmogelijkheden die meestal beperkt blijven tot de toekenning van schadevergoeding.

#### *Doeltreffend beroep - zo snel mogelijk beroep*

De eerste kernbepaling van de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn is artikel 1. In dit artikel is het cruciale algemene beginsel vastgelegd dat tegen de door de aanbestedende diensten genomen besluiten doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep moet kunnen worden ingesteld. Bedoeld worden zowel administratieve als gerechtelijke beroepsmogelijkheden tegen inbreuken op voorschriften uit de algemene aanbestedingsrichtlijnen ten aanzien van transparantie en non-discriminatie, in elk stadium van de aanbestedingsprocedure.

#### *Mogelijkheid voorlopige maatregelen, (doen) nietig verklaren onwettige besluiten, toekennen schadevergoeding*

Verdere vereisten zijn opgenomen in artikel 2. Dit artikel geeft drie maatregelen die de beroepsinstantie ter beschikking moeten staan:

- het moet mogelijk zijn om in kort geding voorlopige maatregelen te vragen ter herstel of voorkoming van een schending, onder meer door opschorting van de aanbestedingsprocedure of van de tenuitvoerlegging van besluiten;
- onwettige besluiten moeten nietig kunnen (doen) worden verklaard, inclusief het verwijderen van discriminerende specificaties in de aanbestedingsstukken; en
- er moet schadevergoeding kunnen worden toegekend aan gelaedeerden, waarbij toekenning in beginsel geschiedt naar de regels van nationaal recht.

---

<sup>1</sup> Voor een uitgebreidere behandeling van de hier besproken onderwerpen wordt verwezen naar J.M. Hebly, E.T. de Boer, F.G. Wilman, Rechtsbescherming bij aanbesteding (Rapport in opdracht van het ministerie van economische zaken), november 2006.

<sup>2</sup> Prof. Mr. Jan M. Hebly is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam en bijzonder hoogleraar Bouwrecht aan de Universiteit Leiden.

<sup>3</sup> In deze voordracht komt alleen een selectie van de vereisten uit de richtlijnen aan de orde.

### *Doeltreffende tenuitvoerlegging besluiten beroepsinstanties*

Tenslotte geeft het zevende lid van artikel 2 het algemene beginsel dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de administratieve en gerechtelijke uitspraken in de beroepsprocedures op een doeltreffende wijze ten uitvoer kunnen worden gelegd.

### *Beroepsmogelijkheid vóór sluiten overeenkomst*

In aanvulling op en ter uitwerking van de eisen en beginselen van de richtlijnen, zijn ook in de Europese rechtspraak de nodige randvoorwaarden ontwikkeld. Leidend daarbij is altijd de noodzaak om te waarborgen dat de rechtzoekende snelle en doeltreffende procedures ter beschikking staan. De uitspraak van het Hof van Justitie EG uit 1999 in de zaak Alcatel heeft daarbij de meeste aandacht getrokken.<sup>4</sup> Het Hof bepaalde hierin dat het mogelijk moet zijn beroep in te stellen tegen het besluit om een overheidsopdracht te gunnen. Dit beroep moet kunnen leiden tot nietigverklaring van het bestreden gunningsbesluit en gunning van de opdracht aan een ander dan de oorspronkelijk beoogde opdrachtnemer. De enkele mogelijkheid om na sluiting van de overeenkomst schadevergoeding te vorderen is niet voldoende.

Het HvJEG leidde deze verplichting af uit de systematiek en het doel van de richtlijn. Uit de beslissing volgt dat een *stand still* periode moet worden aangehouden tussen het bekendmaken van de gunningsbeslissing (het gunningsvoornemen) en het daadwerkelijk sluiten van de overeenkomst.

## **2. Alcatel follow up**

### *Redelijke lengte Alcatel termijn*

Het Alcatel arrest heeft een aantal vervolgvragen opgeroepen. Een van de vervolgvragen is hoe lang de Alcatel-termijn moet zijn. In het arrest Commissie/Oostenrijk<sup>5</sup> is opgenomen dat dit een redelijke termijn moet zijn. Wat een redelijke termijn is, hangt uiteindelijk af van de omstandigheden van het geval. In de zaak Universale Bau heeft het Hof overwogen dat een termijn van 15 dagen in beginsel als redelijk moet worden beschouwd<sup>6</sup>.

### *Stand still als vervaltermijn*

Inmiddels is een Alcatel-termijn opgenomen in het Bao en het Bass.<sup>7</sup> De betreffende bepaling houdt in dat aanbestedende diensten een termijn van (tenminste) 15 dagen moeten aanhouden voordat zij een overeenkomst mogen sluiten. Deze termijn vangt aan met de verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing.

De Alcatel-termijn uit het Bao en Bass is geformuleerd als een *stand still* termijn voor aanbestedende diensten: vóór het verstrijken van deze termijn mag geen overeenkomst worden gesloten. In de Nederlandse praktijk wordt de Alcatel-termijn echter vaak ook gebruikt als vervaltermijn voor ondernemers voor het instel-

---

<sup>4</sup> HvJ EG zaak C-81/98 (*Alcatel Austria*).

<sup>5</sup> HvJ EG zaak C-212/02 (*Commissie/Oostenrijk*).

<sup>6</sup> HvJ EG zaak C-470/99 (*Universale Bau*).

<sup>7</sup> Artikel 55 Bao en artikel 57 Bass.

len van een beroep in rechte. De formulering als vervaltermijn wordt in de praktijk dan opgenomen in de aanbestedingsstukken.

Algemeen wordt aangenomen dat het hanteren van een vervaltermijn voor het nemen van rechtsmaatregelen, of deze nu samenvalt met de *stand still* periode of niet, in beginsel toelaatbaar is. De Europese rechter heeft dit bevestigd in het arrest *Universale Bau*. Ook in de Nederlandse jurisprudentie wordt aangenomen dat hiertegen in beginsel geen bezwaar bestaat.<sup>8</sup> In het verlengde hiervan geldt dat, wanneer de *stand still* termijn ook als vervaltermijn wordt gehanteerd, voldoende duidelijk moet zijn dat overschrijding van de termijn wordt gesanctioneerd met niet-ontvankelijkheid. De enkele formulering van een *stand still* termijn die geldt voor de aanbestedende dienst, is daarvoor niet zonder meer voldoende.<sup>9</sup>

#### *Beroep tijdens stand still*

De tekst van de *stand still* bepalingen in Bao en Bass staat niet zonder meer in de weg aan het sluiten van de overeenkomst terwijl de zaak nog onder de rechter is.<sup>10</sup> In de literatuur is opgemerkt dat het de vraag is, of het sluiten van de overeenkomst in afwachting van het (kort geding)vonnis in een tijdig aanhangig gemaakt geding wel te rijmen is met de strekking van het Alcatel-arrest.<sup>11</sup> Het feit dat Nederlandse aanbestedende diensten zich in dergelijke situaties in de regel onthouden van definitieve gunning van de opdracht, doet daar niet aan af, omdat een *best practice* nu eenmaal niet als voldoende implementatie geldt.

De herzieningsvoorstellen van de Commissie bevatten een bepaling die meer duidelijkheid zal scheppen. Uit het voorstel volgt dat het instellen van beroep in de weg kan staan aan het sluiten van de overeenkomst.<sup>12</sup> In deze fase geldt een *stand still* gedurende een door de lidstaten te bepalen termijn, die niet minder dan vijf werkdagen mag bedragen. Vervolgens kan de beroepsinstantie de termijn verlengen of beëindigen.

Een vervolgvraag is of een aanbestedende dienst, als de gunningsbeslissing in eerste instantie in stand wordt gelaten door de rechter, gehouden is om een eventueel hoger beroep af te wachten. Het Hof Leeuwarden heeft geoordeeld dat dit niet het geval is, omdat noch in de rechtsbeschermingsrichtlijnen noch in de Alcatel-rechtspraak een dergelijke eis wordt gesteld.<sup>13</sup> Gelet op de belangen van de aanbestedende dienst en de beoogde opdrachtnemer bij een spoedige beslissing lijkt dit standpunt van het Hof Leeuwarden mij juist. Na de beslissing resteren immers nog andere vorderingen, zoals het beëindigen of ontbinden van de overeenkomst danwel schadevergoeding.

In feite valt deze situatie ook onder het eerder genoemde artikel van het herzieningsvoorstel. Lidstaten kunnen bepalen dat de *stand still* zodanig lang is, dat tegen het vonnis in eerste aanleg hoger beroep of zelfs cassatie mogelijk is. Ook zou de rechter in eerste aanleg de *stand still* kunnen verlengen. Een dergelijke verlenging lijkt mij echter niet wenselijk.

#### *Motivering en aanvang stand still*

<sup>8</sup> Zie bijvoorbeeld Vزر Rb Arnhem 4 november 2004, 118278/KG ZA 04-621 (*Compass/Gemeente Arnhem*).

<sup>9</sup> Vgl. Vزر. Rb Haarlem 14 juli 2006, rolnr. KG ZA 06-238 (*Rederij Naco/Prov. Noord-Holland*).

<sup>10</sup> Vgl. artikel 2.30.3 ARW 2005, waar wél expliciet is bepaald dat in afwachting van het vonnis van de voorzieningenrechter niet gkund mag worden, tenzij een zwaarwegend belang onverwijld gunning gebiedt.

<sup>11</sup> D.C. Orobio de Castro en D. Schipper, 'Implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (1): het Bao', *BR 2006* (2), p. 21.

<sup>12</sup> Artikel 2 lid 3 bis Wijzigingsvoorstel, COM (2006) 195, 4 mei 2006.

<sup>13</sup> Gerechtshof Leeuwarden 19 april 2006, LJN AW4179 (*Avenance/Gemeente Groningen*).

Een laatste vervolgvraag is hoe de *stand still* termijn zich verhoudt tot de motiveringsverplichtingen van aanbestedende diensten. Beide verplichtingen kunnen niet los van elkaar worden gezien. Daarna zou de *stand still*-termijn pas moeten ingaan als de aanbestedende dienst heeft voldaan aan zijn motiveringsverplichtingen op grond van het Bao en Bass.

Deze uitleg leidt tot een logisch en coherent resultaat en waarborgt een optimale rechtsbescherming. De *stand still* termijn verstrijkt dan altijd op een moment dat is gelegen ná het verstrijken van de uiterste termijn van 15 dagen voor het verstrekken van de vereiste motivering.

Deze uitleg sluit ook aan bij de Nota van Toelichting dat de aan de *stand still* termijn gekoppelde motiveringsverplichting noodzakelijk is om te waarborgen dat ondernemers die een rechtsmiddel willen aanwenden, daarvoor daadwerkelijk 15 dagen de tijd hebben. Het is niet de bedoeling dat zij een deel van deze termijn kwijt zijn aan het achterhalen van de gronden van de gunningsbeslissing.

### **3. Wijzigingsvoorstel richtlijn 89/665/EEG**

#### *Opnemen stand still-termijn - Voorafgaande bekendmaking besluit onderhandse gunning - Overeenkomsten tijdens stand still zonder gevolgen*

In mei 2006 presenteerde de Commissie haar voorstel tot wijziging van de beide bestaande rechtsbeschermingsrichtlijnen. De voorgestelde wijzigingen hebben vooral betrekking op twee belangrijke aanbestedingsrechtelijke problemen, waarvoor de huidige richtlijnen geen oplossing bieden:

- de wedloop naar ondertekening van de overeenkomst; en
- onwettige onderhandse gunning.

In beide gevallen geldt dat zonder nadere maatregelen de gesloten overeenkomst vrijwel altijd onomkeerbaar wordt. De benadeelde ondernemer rest dan meestal alleen nog de mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen.

De voorgestelde wijzigingen zijn bedoeld om de mogelijkheden van doeltreffende 'precontractuele' beroepsprocedures (d.w.z. in een stadium waarin de overeenkomst nog niet is gesloten) te vergroten en hierdoor de rechtsbescherming van ondernemers te verbeteren. In concreto doet de Commissie drie belangrijke voorstellen om dit te bereiken.

Ten eerste stelt de Commissie een verplichting tot het hanteren van een *stand still termijn* van tien kalenderdagen voor (de Alcatel-termijn).

Ten tweede wordt een verplichting voorgesteld om het besluit tot onderhandse gunning van een opdracht met een waarde groter dan de drempelwaarde, vooraf bekend te maken.<sup>14</sup> Ook in deze gevallen moet een *stand still* periode van tien dagen worden aangehouden, ingaande op de dag van de bekendmaking van het gunningsbesluit. Deze koppeling van een opschortende minimumtermijn aan een verplichting tot transparantie dient om onwettige onderhandse verlening van opdrachten doeltreffend te bestrijden.

Een derde belangrijke innovatie ziet op mogelijke sancties op overtreding van beide eerdergenoemde voorschriften.<sup>15</sup> Als de opschortende termijnen niet worden gerespecteerd, wordt de betrokken overeenkomst beschouwd als zonder gevolgen te zijn. Een soort nietigheid dus. Dit aspect van het voorstel kan ingrijpende gevolgen hebben, zowel voor de betrokken aanbestedende dienst en de begunstigde ondernemer, als wat betreft de inbreuk op de autonomie van de lidstaten. De Commissie onderbouwt haar voorstel door erop te

---

<sup>14</sup> Artikel 2 sexies Wijzigingsvoorstel

<sup>15</sup> Artikel 2 septies Wijzigingsvoorstel.

wijzen dat onwettig onderhands gunnen door het Hof als een ernstige schending van het Gemeenschapsrecht is gekwalificeerd.

#### *Automatische verlenging stand still bij instellen beroep - Minimumlengte eventuele vervaltermijn*

De voorstellen die de Commissie heeft gedaan hebben daarnaast betrekking op een groot aantal andere artikelen uit de richtlijnen. Een belangrijke aanpassing is dat een beroepsinstantie die een beroep van een ondernemer heeft ontvangen, de betrokken aanbestedende dienst onverwijld moet meedelen dat hij niet mag overgaan tot het sluiten van de overeenkomst gedurende een door de lidstaten te bepalen termijn van tenminste vijf werkdagen.<sup>16</sup> De beroepsinstantie mag na onderzoek de opschorting op ieder tijdstip opheffen, als zij meent dat geen reden bestaat voor verlenging.

Deze opschortingstermijn van vijf werkdagen moet ervoor zorgen dat de beroepsinstantie in ieder geval over de minimaal benodigde tijd beschikt om in te grijpen, vóórdat de overeenkomst wordt gesloten.

Overigens worden ook uitzonderingen toegelaten op het uitgangspunt dat overeenkomsten die zijn gesloten in strijd met de geldende opschortende termijnen geen gevolgen hebben. Zo kunnen lidstaten bepalen dat dergelijke overeenkomsten toch “bepaalde gevolgen” hebben, zodra een verjaringstermijn voor het invoeren van de ‘nietigheid’ is verstreken. Deze vervaltermijn mag echter niet korter zijn dan zes maanden na het moment van sluiten van de overeenkomst.

#### **4. Civiele (kort geding) rechter**

##### *In Nederland gebruikelijke weg*

In Nederland is de standaardrechtsgang in aanbestedingszaken de burgerlijke rechter, meer specifiek de kort gedingrechter. In de rechtsbeschermingsrichtlijnen wordt geen expliciete voorkeur uitgesproken voor een bepaald type rechtsgang. Het gebruik in de richtlijnen van de termen “nietigverklaring”, “besluit” en “beroep” maakt dit niet anders. Deze woorden hebben in Nederland een bestuursrechtelijke connotatie. Algemeen wordt echter aangenomen dat dit niet betekent dat geschilbeslechting persé door een bestuursrechter moet geschieden.

De Commissie en het Hof hebben zich in het verleden ook nooit op dit standpunt gesteld. Integendeel, uit de totstandkomingsgeschiedenis van de rechtsbeschermingsrichtlijnen blijkt dat de communautaire wetgever zowel administratieve als civielrechtelijke beroepsmogelijkheden in gedachten had<sup>17</sup>. Gezegd kan zelfs worden dat de communautaire wetgever een zekere voorkeur voor de civiele rechter had. Bij de totstandkoming van deze richtlijnen werd namelijk als belangrijk aandachtspunt gezien, hoe te zorgen dat de waarborgen die de civiele rechtsgang biedt ook bij een bestuursrechtelijke rechtsgang verzekerd zijn. Men vreesde dat bij administratieve rechtspraak de onafhankelijkheid van de beroepsinstantie onvoldoende zou zijn gewaarborgd.

Nederland staat in Europees verband niet alleen met zijn keuze voor civielrechtelijke handhaving. Ook Engeland en Noorwegen kennen een dergelijk systeem. Vele andere Europese landen kennen echter een systeem dat op bestuursrechtelijke handhaving is gebaseerd. Daarbij geldt overigens steeds dat vorderingen tot schadevergoeding bij de civiele rechter moeten worden ingesteld.

---

<sup>16</sup> Artikel 2 lid 3 bis Wijzigingsvoorstel.

<sup>17</sup> Zie de toelichting in COM (88) 733, p. 13

In zijn algemeenheid is er geen reden om aan te nemen dat de civiele rechter geschikter of minder geschikt zou zijn om aanbestedingsgeschillen te beslechten.

### *Nietigverklaren = buiten werking stellen*

De rechtsbeschermingsrichtlijnen vereisen dat in kort geding voorlopige maatregelen genomen kunnen worden om de beweerde schending “ongedaan te maken” of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad. Daar is aan toegevoegd dat het oordeel over de voorlopige maatregelen de andere rechten van de rechtzoekende ondernemer onverlet laat. Een van deze andere rechten is de mogelijkheid de rechter te verzoeken onwettige besluiten “nietig te verklaren of nietig te doen verklaren”.

In het *Alcatel*-arrest heeft het Hof onderstreept dat geen afbreuk mag worden gedaan aan het doel van de rechtsbeschermingsrichtlijnen, namelijk het voorzien in doeltreffende en snelle procedures van beroep tegen onwettige gunningsbesluiten “in een fase waarin de schendingen nog kunnen worden gecorrigeerd”. Hieruit concludeert het Hof dat tegen het gunningsbesluit dat vooraf gaat aan het sluiten van de overeenkomst, in elk geval beroep moet kunnen worden ingesteld waarin de verzoeker de “nietigverklaring” van dit besluit kan vorderen.

Als het voorgaande naar de huidige Nederlandse verhoudingen wordt vertaald, kan eigenlijk geen andere rechtsgang worden bedoeld dan een kort gedingprocedure. Een bodemprocedure zou vanwege de vereiste snelheid onvoldoende zijn. Over aanbestedingsgeschillen wordt dan ook vrijwel uitsluitend geprocedeerd in kort geding.

Naar Nederlands recht kan de burgerlijke rechter (in kort geding of in een bodemprocedure) een beslissing van een aanbestedende dienst strikt genomen niet vernietigen. Niet aannemelijk is echter dat het gebruik van het begrip “nietigverklaring” betekent dat alleen de rechtsgang bij de bestuursrechter voldoet aan de vereisten van de richtlijn. Aansluiting kan worden gezocht bij de opmerking van de advocaat generaal (“AG”) in de zaak *Commissie/Spanje*. In de optiek van de AG moeten lidstaten op grond van de rechtsbeschermingsrichtlijnen een regeling invoeren “die voorziet in de vaststelling van alle soorten spoedmaatregelen, met inbegrip van positieve maatregelen, strekkende tot zowel het vermijden en ongedaan maken als het herstellen van door de aanbestedende dienst begane onwettige handelingen, gedurende de hele aanbestedingsprocedure.”<sup>18</sup> Kort gezegd: de bestreden beslissing moet van tafel kunnen. Hoe dit precies gebeurt, wordt aan de hand van het nationale recht bepaald.

De mogelijkheden van de voorzieningenrechter zijn niet zo beperkt als zij op het eerste gezicht lijken. In de praktijk komt de voorzieningenrechter een tamelijk grote vrijheid toe, zolang hij niet verder gaat dan met het oog op een eventuele bodemprocedure nodig en verantwoord is. In aanbestedingszaken betekent dit dat de burgerlijke rechter – óók in kort geding – een onwettige beslissing van een aanbestedende dienst buiten werking kan stellen. Hiertoe kan hij overgaan door het opleggen van geboden of verboden, zonodig op straffe van een dwangsom.

Kortom, aannemelijk is dat de rechtsbeschermingsrichtlijnen niet vereisen dat een onwettig besluit van een aanbestedende dienst kan worden vernietigd in bestuursrechtelijke zin. De burgerlijke (kort geding)rechter kan in de praktijk maatregelen treffen die op zich als afdoende moeten worden aangemerkt.

### *Rechterlijke toetsing*

---

<sup>18</sup> Conclusie AG Léger zaak C-214/00 (*Commissie/Spanje*), ov. 112.

Het Hof is een aantal keren ingegaan op de wijze van toetsing door een nationale beroepsinstantie. In de zaak GAT<sup>19</sup> wordt bepaald dat de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn niet in de weg staat aan de bevoegdheid van een beroepsinstantie om de aanbestedingsprocedure ambtshalve te toetsen op eventuele gebreken.

Verder oordeelde het Hof in het arrest Hospital Ingenieure<sup>20</sup> dat de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn zich ertegen verzet dat een nationale regeling de rechterlijke toetsing beperkt tot de enkele vraag of het betrokken besluit al dan niet arbitrair is. Voor een restrictieve uitleg is geen plaats, ook niet in gevallen waarin de aanbestedende dienst over een grote beoordelingsruimte beschikt. In de visie van het Hof volgt deze conclusie uit het door deze richtlijn nagestreefde doel en het ontbreken van aanwijzingen in tegengestelde zin.

Het is onzeker of een toets die zich beperkt tot de vraag of een beslissing al dan niet arbitrair is, zonder meer gelijk kan worden gesteld aan de marginaliteitstoets zoals wij die kennen in Nederland. Het oordeel of sprake is van een arbitraire beslissing, komt overeen met een toets of sprake is van willekeur. Een marginaliteitstoets gaat in de regel verder dan een enkele toetsing op willekeur.

Hoe dit ook zij, uiteindelijk hangt de verkregen rechtsbescherming niet zozeer af van de benaming die in een nationaal rechtsstelsel wordt gehanteerd, alswel van de daadwerkelijke bereidheid van de rechter om de voorliggende beslissing van de aanbestedende dienst te toetsen. Het arrest Hospital Ingenieure geeft in dit kader het uitgangspunt, namelijk dat deze toetsing niet restrictief mag zijn.

## 5. Arbitrage in aanbestedingszaken?

Over de voor- en nadelen van geschilbeslechting door arbitrage is de laatste jaren uitgebreid gediscussieerd.

### *Arbitrage snel en deskundig*

Arbitrage in aanbestedingszaken kent verscheidene voordelen. Een van de belangrijkste is dat dit een buitengewoon snelle wijze van geschilbeslechting kan zijn. In arbitrage kan binnen korte tijd een uitspraak ten gronde worden verkregen. Dit is een verschil met de civiele kort gedingrechter die alleen een voorlopig oordeel velt. Het verkrijgen van een civiel bodemvonnis vergt (veel) meer tijd.

Het ander voordeel van geschilbeslechting door middel van arbitrage is dat arbiters over een mate van (technische) deskundigheid beschikken die bij de civiele rechter ontbreekt. Dit hangt samen met de samenstelling van een arbitraal college: hierin hebben voor het merendeel deskundigen zitting. Deze deskundigheid wordt van aanzienlijk belang geacht bij de beslechting van aanbestedingsgeschillen, althans voor zover het aanbestedingsgeschillen in specifieke sectoren, zoals ICT en bouw, betreft.

Dankzij de flexibiliteit die arbitrage biedt – arbitrale colleges worden steeds per geschil ad hoc samengesteld – kunnen vele uiteenlopende specialisten als arbiter optreden. Vooral vanwege deze deskundigheid zouden arbiters beduidend minder restrictief toetsen en zich actiever opstellen dan de burgerlijke rechter.

### *Arbiter als 'rechterlijke instantie' moet buiten discussie staan*

---

<sup>19</sup> HvJ EG zaak C-315/01 (GAT/ÖSAG).

<sup>20</sup> HvJ EG zaak C-92/00 (Hospital Ingenieure Krankenhausstechnik).

Aangenomen kan worden dat geschilbeslechting door arbitrage op zich in overeenstemming kan zijn met de rechtsbeschermingsrichtlijnen. De vereisten die op grond van de richtlijnen gelden voor beroepsinstanties sluiten arbitrage niet uit.

Kort gezegd volgt uit de richtlijnen dat als het beslechten van aanbestedingsgeschillen is opgedragen aan een "rechterlijke instantie" als bedoeld in artikel 234 EG, dit zonder meer in overeenstemming met de richtlijnen is. In dat geval gelden geen verdere eisen. Rechterlijke instanties als bedoeld in artikel 234 EG kunnen prejudiciële vragen stellen aan het Hof. Inmiddels lijkt consensus te bestaan over de zienswijze dat een scheidsgerecht alleen kan gelden als een rechterlijke instantie als sprake is van verplichte rechtsmacht. Dit is onder meer aan de orde indien de bevoegdheid van het scheidsgerecht berust op de verplichte toepassing van een reglement waarin dat scheidsgerecht als uitsluitende geschilbeslechter wordt aangewezen.

In geval van onverplichte rechtsmacht moet worden aangenomen dat een scheidsgerecht niet geldt als een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG.<sup>21</sup> In dat geval geldt op grond van de richtlijnen een aantal specifieke vereisten.<sup>22</sup> Het gaat dan vooral om processuele waarborgen, zoals het bestaan van een procedure op tegenspraak, de mogelijkheid van hoger beroep op een rechterlijke instantie, de onafhankelijkheid van het arbitrale college, en dergelijke. De ratio van deze regeling is dat op deze wijze wordt gewaarborgd dat, zij het in tweede instantie, in ieder geval prejudiciële vragen kunnen worden gesteld.

Essentieel is dus de vraag of met een specifieke vorm van arbitrage al dan niet aan de vereisten van de richtlijnen wordt voldaan. Over een fundamenteel punt of het aangewezen forum als zodanig al dan niet in overeenstemming is met de rechtsbeschermingsrichtlijnen, behoort geen enkele twijfel te bestaan. Verder dient de mogelijkheid om prejudiciële vragen te stellen in alle gevallen te zijn gewaarborgd. Voordat arbitrage als een geschikte geschilbeslechting kan worden aangemerkt, moet dan ook worden verzekerd dat de arbitrale instantie zonder meer voldoet aan de vereisten van de rechtsbeschermingsrichtlijn.

Maar op het moment dat aan dat vereiste wordt voldaan, moet de mogelijkheid van arbitrage wel openstaan. Ik zie dan ook geen reden om arbitrage in aanbestedingszaken bij wet (feitelijk) onmogelijk te maken.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> Vgl. Pijnacker Hordijk c.s., *Aanbestedingsrecht* (2004), p. 500.

<sup>22</sup> Zie artikel 2 lid 8 Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn en artikel 2 lid 9 Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren.

<sup>23</sup> Zie artikel 22 Gewijzigd voorstel van wet, Kamerstukken I 2006-2007, 30501-A.