

LEGAL UPDATE

Rechtsbescherming bij aanbestedingen op de schop?

Datum: 25 maart 2019

Aanbesteden is een *hot topic* in de landelijke [politiek](#). Zo zijn in het kader van de [Actieagenda Beter Aanbesteden](#) uit februari 2018 inmiddels [diverse moties](#) aangenomen, waaronder een motie betreffende het onderzoek naar optimalisatie van de rechtsbescherming bij aanbesteden. In reactie hierop laat het ministerie van Economische Zaken en Klimaat een enquête houden onder ondernemers, aanbestedende diensten, brancheorganisaties en experts om de rechtsbescherming te onderzoeken. De enquête kan nog tot 7 april worden ingevuld. Bij dit onderzoek wordt een evaluatie van de Commissie van Aanbestedingsexperts betrokken. Staatssecretaris Keijzer heeft [toegezegd](#) de resultaten van het onderzoek medio 2019 aan de Kamer toe te sturen.

Achtergrond van deze ontwikkelingen is de gedachte dat het huidige systeem van rechtsbescherming een ongelijke rechtspositie van aanbestedende diensten tegenover ondernemers zou kunnen veroorzaken. In het huidige systeem loopt de opschortende termijn (de Alcateltermijn) door totdat de voorzieningenrechter zijn oordeel heeft gegeven (artikel 2.131 Aanbestedingswet). Pas als de voorzieningenrechter de bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure of de voorlopige uitslag daarvan heeft afgewezen, mag de aanbestedende dienst de overeenkomst met de winnende inschrijver sluiten. Men zou kunnen zeggen dat de rechtsbescherming voor een inschrijver eigenlijk maar tot dat moment reikt, want gedurende de periode dat een inschrijver in hoger beroep kan gaan tegen het oordeel van de voorzieningenrechter (vier weken), kan de opdracht al definitief gegund worden. De rechter in hoger beroep zou anders kunnen oordelen dan de voorzieningenrechter, maar kan slechts in een heel beperkt aantal gevallen ingrijpen in een inmiddels gesloten overeenkomst. Deze overeenkomst blijft in de meeste situaties onaantastbaar. De achterliggende gedachte van deze vorm van rechtsbescherming is dat er voor aanbestedende diensten en de opdrachtnemer met wie een overeenkomst is gesloten geen te grote of lang durende onzekerheid zou moeten bestaan over de vraag of een overeenkomst gesloten kan worden en dat de overeenkomst vervolgens vlot genoeg uitgevoerd kan worden. De verliezende inschrijver kan hiervan nadeel ondervinden: het instellen van hoger beroep lijkt soms een lege huls. Dit is een van de punten waarover in de politiek [discussie](#) speelt.

Een ander discussiepunt is de (on)geschiktheid van de reguliere rechter in aanbestedingszaken, omdat hij de inhoud van een geschil onvoldoende diepgaand toetst. De huidige 'processuele' en marginale toets kan nadelig uitpakken voor procederende ondernemers. De Commissie van Aanbestedingsexperts daarentegen kan wel inhoudelijk toetsen. Deze Commissie is in 2013 opgericht om enerzijds de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en anderzijds om op een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige manier aanbestedingsklachten te behandelen. Ondernemers, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven kunnen klachten indienen. De Commissie kan echter geen bindende uitspraken doen. Ook is het in de praktijk vaak te laat voor het inschakelen van de Commissie, omdat die niet altijd in staat is om voor het verstrijken van de Alcateltermijn tot een oordeel te komen. Verder blijkt dat partijen adviezen van de Commissie vaak naast zich neerleggen. Over wat de rol van de Commissie nu precies is of kan zijn, zijn ook door de Commissie zelf vragen gesteld en in een [oproep](#) hebben zij de aanbestedingswereld gevraagd hierover mee te denken.

In deze discussie over de geschiktheid van de reguliere rechter om aanbestedingsgeschillen op te lossen wordt ook gesproken over het instellen van aparte aanbestedingskamer bij de rechtbank. Hierin zouden rechters met inhoudelijke kennis kunnen plaatsnemen, die het geschil daardoor ook meer inhoudelijk zouden kunnen toetsen.

Aardig wat zaken om over na te denken dus. We zullen in de gaten houden hoe dit debat zich ontwikkelt.

Dit is een Legal Update van Anne Kusters.

Voor meer informatie:

Anne Kusters
+31 30 25 95 572
annekusters@vbk.nl