



Actuele ontwikkelingen aanbestedingsrecht

Onderwijsinstellingen duurder uit

Beleidsmaatregelen van de staatssecretaris op het gebied van rechtsbescherming leiden tot meer rechtsonzekerheid en hogere lasten voor aanbestedende onderwijsinstellingen.

Onderwijsinstellingen die kwalificeren als 'publiekrechtelijke instelling' in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen - en daarmee als 'aangebestede dienst' - zijn onderworpen aan de aanbestedingsregels. Dit betekent dat zij hun 'overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten' in voorkomend geval Europees moeten aanbesteden. De Europese Rechtsbeschermingsrichtlijn schrijft voor dat de EU-lidstaten maatregelen moeten nemen om ervoor te zorgen dat op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld tegen beslissingen van aanbestedende diensten. Deze richtlijnen zijn in Nederland geïmplementeerd via de Aanbestedingswet 2012.

Stelsel rechtsbescherming bij aanbesteden

Eén van de maatregelen die Nederland heeft genomen, is dat de aanbestedende dienst de overeenkomst, die het voorwerp van de aanbestedingsprocedure is, niet mag sluiten voordat een termijn van 20 kalenderdagen is verstreken. Inschrijvers moeten binnen die termijn een onmiddellijke voorziening bij voorraad vragen als zij het niet eens zijn met hun afwijzing. In de praktijk betekent dit dat binnen die termijn een kort geding moet worden aangespannen. Wordt een kort geding aanhangig gemaakt, dan moet de aanbestedende dienst het vonnis van de rechter afwachten, alvorens hij in voorkomend geval tot het sluiten van de overeenkomst mag overgaan. Een andere maatregel is dat overeenkomsten die ten onrechte niet (Europees) zijn aanbesteed, vernietigbaar zijn.



mr. Matthijs Mutsaers is advocaat aanbestedingsrecht bij Nysingh advocaten - notarissen N.V.

Rechtsbescherming inschrijvers onvoldoende?

Een veel gehoorde klacht van ondernemers is dat het geschetste systeem onvoldoende effectieve rechtsbescherming biedt. Dat heeft mede te maken met een arrest van ons hoogste rechtscollege uit 2016 in de zogenaamde Xafax-zaak. Die zaak betrof een Europese aanbesteding van de Universiteit Utrecht voor de levering van multifunctionals. Kort samengevat overwoog de Hoge Raad dat het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken erop neerkomt dat inschrijvers tegen een gunningsbeslissing dienen op te komen voordat de overeenkomst is gesloten. Daarvoor moet de aanbestedende dienst hen op straffe van vernietigbaarheid van de overeenkomst een termijn van 20 kalenderdagen geven. Is die termijn verstreken, of is een verzoek om een onmiddellijke voorziening met betrekking tot de gunningsbeslissing gedaan en is daarop door de voorzieningenrechter in eerste aanleg afwijzend beslist, dan is de nadien tot stand gekomen overeenkomst alleen aantastbaar in enkele bijzondere gevallen. In de praktijk zullen die zich echter vrijwel nooit voordoen. Dit betekent dat het voor ondernemers vrijwel onmogelijk is om in hoger beroep op te komen tegen vermeende schendingen van het aanbestedingsrecht. Daarentegen hebben aanbestedende diensten wél een volwaardige hoger beroepsmogelijkheid. Het aantal hoger beroepen in aanbestedingszaken is de afgelopen jaren flink teruggelopen als gevolg van de Xafax-zaak.

Een recente zaak bevestigt de hiervóór geschetste effecten van het Nederlandse systeem van rechtsbescherming. The Learning Network B.V. (TLN), een distributeur van leermiddelen, was het niets eens met de

wijze waarop Stichting Carmelcollege in Hengelo zijn leermiddelen volgens het zogenaamde Licentie-Folio-concept heeft aanbesteed en spande daarom een kort geding aan. De rechter wees dat kort geding echter af, waarna TLN hoger beroep instelde. Om te voorkomen dat de opdracht hangende het hoger beroep zou worden gegund, vroeg TLN het gerechtshof om Carmelcollege te verbieden door te gaan met de aanbestedingsprocedure. Het hof wees dat verzoek echter af, omdat het stelsel van de Aanbestedingswet 2012 volgens hem meebrengt dat in deze hoger beroepsprocedure niet kan worden opgekomen tegen de gunning van de opdrachten aan ThiemeMeulenhoff, Malmberg en Noordhoff. Goed nieuws dus voor Carmelcollege, maar tegelijkertijd een frustrerende uitkomst voor TLN.

Onderzoek naar rechtsbescherming

TLN staat daarin niet alleen, zo blijkt uit een recent rapport van KWINK (het adviesbureau voor maatschappelijke vraagstukken - red.) in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat. Het onderzoek van KWINK wijst uit dat ondernemers het functioneren van klachtenafhandeling en de rechtsbescherming voor inschrijvers in sommige gevallen als onvoldoende ervaren. Ook experts – juristen, adviseurs en wetenschappers – hebben een kritische houding tegenover het functioneren van de klachtenafhandeling en de rechtsbescherming. Om voor de hand liggende redenen zijn aanbestedende diensten veel positiever; over het geheel genomen zijn zij van mening dat de rechtsbescherming voldoende is geregeld.

Beleidsreactie staatssecretaris

In een brief van 12 juli jongstleden aan de Tweede Kamer heeft staatssecretaris Keijzer op het KWINK-rapport gereageerd. In die brief kondigt zij een zestal beleidsmaatregelen aan. Daarmee streeft zij naar een situatie, waarin de betrokken belangen van aanbesteders en inschrijvers in balans zijn en waarin de rolverdeling tussen aanbestedende diensten, klachtenloketten en de rechterlijke macht op de verschillende momenten in een aanbestedingsprocedure duidelijk is. Ik pik de volgende drie maatregelen eruit. Met beleidsmaatregel nr. 3 wil de staatssecretaris in hoofdstuk 4 van de Aanbestedingswet 2012 een bepaling opnemen over hoe om te gaan met een bodemprocedure en hoger beroep na een kort geding. In geval van “grove schendingen van het aanbestedingsrecht” moet het mogelijk worden om in een gerechtelijke procedure te eisen dat een reeds gesloten overeenkomst wordt aangetast. Op deze wijze wil de staatssecretaris meer ruimte creëren voor ondernemers om te kunnen doorprocederen in een bodemprocedure en hoger beroep. De staatssecretaris maakt vooralsnog echter niet duidelijk in welke gevallen precies sprake is van dergelijke grove schendingen. Met beleidsmaatregel nr. 5 wil de staatssecretaris “de extreme toepassing van rechtsverwerkingsclausules”

inperken. De staatssecretaris gaat de adviescommissie Gids Proportionaliteit om advies vragen over de wijze waarop in de Gids Proportionaliteit beperkingen kunnen worden opgenomen ten aanzien van rechtsbeschermingsclausules van aanbestedende diensten. Te strikte formuleringen die zouden moeten leiden tot rechtsverwerking van klagende ondernemers in situaties waarin dat niet redelijk is, zijn dan niet langer toegestaan. In het kader van beleidsmaatregel nr. 6 kondigt de staatssecretaris aan dat zij de mogelijkheden gaat verkennen om gebruik te maken van de Experimentenwet rechtspleging. Daarbij kan worden gedacht aan een ruimere toetsing door rechters van aanbestedingsklachten en het opvoeren van bedrijfsvertrouwelijke informatie in de procedure. De Algemene wet bestuursrecht kent die mogelijkheid al.

Effect beleidsmaatregelen

Hoewel de beleidsmaatregelen nog zullen moeten worden uitgewerkt, lijken met name de hiervoor genoemde de meeste impact teweeg te kunnen brengen. De rechtspositie van ondernemers zal daarmee inderdaad worden versterkt. Overigens liet een elftal brancheorganisaties direct al weten dat met de beleidsvoornemens van de staatssecretaris onvoldoende tegemoet wordt gekomen aan hun belangen. De andere kant van de medaille is dat genoemde maatregelen tot meer rechtsonzekerheid bij en tot hogere administratieve lasten en kosten voor aanbestedende diensten zullen leiden. Dit toont aan dat het geen sinecure is om een zorgvuldige balans aan te brengen tussen de belangen van alle partijen die bij een aanbesteding betrokken zijn. Afhankelijk van de manier waarop de staatssecretaris de aangekondigde beleidsmaatregelen nader uitwerkt, zal hopelijk duidelijk(er) worden in wiens voordeel die balans zal uitslaan: van de aanbestedende dienst of de inschrijver. Voor onderwijsinstellingen die onder het toepassingsbereik van de aanbestedingsregels vallen, is het dan ook van belang om dit voor de praktijk belangrijke onderwerp te blijven volgen.

Noten

- 1 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.
- 2 Zie de presentatie *Facts en figures aanbestedingsrecht* van Corvers d.d. 22 november 2018, die te vinden is op: www.aanbestedingsrecht.org/bijeenkomsten/wetenschappelijke-vergaderingen/
- 3 Hof Den Haag 19 maart 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:531.
- 4 www.rijksoverheid.nl/documenten/rapporten/2019/06/12/rechtsbescherming-in-de-aanbestedingspraktijk
- 5 www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2019/07/15/kamerbrief-over-onderzoek-naar-rechtsbescherming-bij-aanbesteden-en-beleidsconclusies
- 6 www.piano.nl/nl/actueel/nieuws/ondernemers-dringen-bij-tweede-kamer-aan-op-betere-rechtsbescherming
- 7 Zie in dit verband ook het nieuwe Voorschrift 3.8B dat in de Gids Proportionaliteit zal worden opgenomen. Op basis daarvan mogen aanbestedende diensten iedere vergoeding van inschrijfkosten in geval van een “laattijdige intrekking” van de aanbesteding in principe niet meer bij voorbaat geheel uitsluiten.