

46. Wat doet de rechter met de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts?

MR. T.O. VAN HOUTEN

In dit artikel wordt onderzocht wat de rechter doet met de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: 'CvAE'). Het aantal zaken waarover zowel de CvAE als de rechter heeft geoordeeld, is beperkt. Vooralnog houden de meeste adviezen van de CvAE bij de rechter stand.

De Commissie van Aanbestedingsexperts bestaat nu ruim zes jaar. Het lijkt een goed moment om de balans op te maken en eens te kijken wat de rechter doet met de adviezen van de CvAE.

Beantwoording van die vraag is mogelijk niet alleen relevant voor betrokkenen in een aanbestedingsprocedure die juridische stappen overwegen, maar zou ook de gedachtenvorming over de toekomstige rechtsbescherming in aanbestedingszaken kunnen dienen. In opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en Klimaat (EZK) is onderzoek gedaan naar de rechtsbescherming in aanbestedingszaken en in dat kader is ook de CvAE geëvalueerd. Naar aanleiding daarvan zal de komende tijd worden besloten of – en zo ja, welke – aanpassingen zullen worden aangebracht in het systeem van rechtsbescherming in aanbestedingszaken.¹

1. De CvAE en de rechter

De drempel om in het kader van een aanbestedingsprocedure een kort geding aan te spannen is – met name voor het MKB – relatief hoog, vanwege de kosten van het kort geding en de terughoudendheid van ondernemingen om tegen hun potentiële opdrachtgever te gaan procederen.²

Op basis van art. 4.27 Aw 2012 is de CvAE ingesteld en per 1 april 2013 van start gegaan.³ De CvAE is een onafhankelijke en onpartijdige klachteninstantie op het gebied van aanbestedingen. Het primaire doel van de CvAE is door een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten. Dat doet zij door niet-bindende adviezen te geven naar aanleiding van klachten en een enkele keer ook door tussen partijen te bemiddelen. De CvAE tracht daarmee

tevens de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.⁴ Aan het indienen van een klacht bij de CvAE zijn geen kosten verbonden.

De CvAE is niet bedoeld als extra rechtsgang. De adviezen van de CvAE zijn niet bindend, partijen kunnen ook nog naar de rechter.⁵ Wel is de CvAE in het leven geroepen met de gedachte dat daarmee de gang naar de rechter in de meeste gevallen wordt voorkomen.⁶ Van alle zaken waarin de CvAE de afgelopen jaren advies heeft uitgebracht,⁷ zijn er vervolgens maar veertien voor de rechter gebracht.⁸ Dat zou kunnen betekenen dat de doelstelling is behaald dat met de instelling van de CvAE de gang naar de rechter in de meeste gevallen wordt voorkomen. Maar er kunnen ook andere redenen aan ten grondslag liggen. Bijvoorbeeld dat de CvAE in een behoefte aan rechtsbescherming voorziet voor (MKB-)ondernemingen die niet naar de rechter willen of kunnen (al dan niet vanwege de kosten).

Er zijn twee uitspraken waaruit blijkt dat partijen twijfels hebben geuit over de onafhankelijke en onpartijdige houding van de CvAE. In de ene zaak oordeelt de rechter dat er geen reden is aan de onpartijdigheid van de Commis-

1 Zie de Kamerbrief betreffende 'Rapport onderzoek naar rechtsbescherming bij aanbesteden en beleidsconclusies' van 12 juli j.l.

2 *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 3, p. 10-11.

3 Zie ook het Instellingsbesluit van de Minister van Economische Zaken van 7 maart 2013, *Stcrt.* 2013, 6182.

4 Zie art. 2 Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts 1 februari 2016, gepubliceerd op de website van de CvAE (www.commissievanaanbestedingsexperts.nl).

5 Zie het Instellingsbesluit van de CvAE, *Kamerstukken II* 2009/10, 32440, nr. 3, p. 20, *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 9, p. 3, *Kamerstukken I* 2011/12, 32440, C, p. 2, *Kamerstukken II* 2011/12, 32440, nr. 11, p. 22, *Handelingen I* 2012/13, 23 oktober 2012, nr. 4, item 4, p. 27.

6 *Kamerstukken I* 2011/12, 32440, C, p. 3 en het Instellingsbesluit van de CvAE.

7 In de eerste zes jaar heeft de CvAE 276 adviezen uitgebracht (zesde jaarrapportage, gepubliceerd op de website van de CvAE).

8 Deze zaken zullen hierna worden besproken. Overigens zijn er ook veertien zaken waarin de CvAE de klachtprocedure heeft beëindigd, omdat er ook een kortgedingprocedure aanhangig werd gemaakt (zie hierna). In die zaken heeft de CvAE de gang naar de rechter niet kunnen voorkomen.

sieleden en de ingeschakelde experts te twijfelen,⁹ in de andere gaat de rechter niet inhoudelijk op de bezwaren in.¹⁰

Er zijn niet veel zaken waar- over zowel de CvAE als de rechter zich heeft gebogen

Ondernemers krijgen verhoudingsgewijs opvallend vaker gelijk bij de CvAE dan bij de rechter. In de eerste vijf jaar van de CvAE (dit betreft de periode april 2013 tot en met februari 2018) is in 65% van de uitgebrachte adviezen de klacht van de ondernemer geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard.¹¹ In kort geding won de inschrijver over de periode 2013 tot november 2018 slechts in 23% van de zaken.¹² In het zesde jaar van de CvAE hebben ondernemingen minder vaak gelijk gekregen dan in de eerdere jaren. In 42% van de adviezen heeft de CvAE de klacht geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard. Daarmee is dat percentage nog steeds hoger dan bij de rechter.¹³

Overigens heeft een voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam in 2015 geoordeeld dat op een aanbestedende dienst geen verzwaarde motiveringsplicht rust indien hij een advies van de CvAE niet opvolgt.¹⁴ Dit is niet in lijn met wat de wetgever voor ogen stond bij de instelling van de CvAE. Minister Verhagen heeft destijds diverse keren aangegeven dat de adviezen van de CvAE gezaghebbend zouden zijn en dat aanbestedende diensten deze niet onge motiveerd naast zich neer zouden kunnen leggen.¹⁵

2. Dezelfde zaak bij de CvAE en de rechter?

Er zijn niet veel zaken waarover zowel de CvAE als de rechter zich heeft gebogen. Op basis van haar Reglement neemt de CvAE een klacht niet in behandeling als deze een aanbestedingsprocedure betreft waarover reeds een gerechtelijke procedure aanhangig is of waarover de rechter reeds een uitspraak heeft gedaan.¹⁶ Indien een gerechtelijke procedure aanhangig wordt gemaakt nadat de CvAE een klacht

in behandeling heeft genomen en beide procedures betrekking hebben op dezelfde aanbestedingsprocedure, houdt de CvAE de behandeling van de klacht aan totdat de rechter uitspraak heeft gedaan.¹⁷ Indien de rechter uitspraak heeft gedaan over het voorwerp van de klacht of de gerechtelijke procedure heeft geleid tot beëindiging van de aanbestedingsprocedure, beëindigt de CvAE de klachtprocedure. Dat is in de eerste zes jaar veertien keer voorgekomen.¹⁸

Art. 10 lid 12 Reglement van de CvAE biedt de CvAE de mogelijkheid om in afwijking hiervan te besluiten de behandeling van de klacht te hervatten in het geval daartoe een verzoek wordt gedaan door de rechter naar aanleiding van een verzoek aan hem van een van beide of beide partijen gezamenlijk, mits de rechter in dat geval de behandeling van de zaak aanhoudt. Ondanks het feit dat ondernemers al enkele keren in rechte om inschakeling van de CvAE hebben verzocht, heeft de CvAE een dergelijk verzoek nog niet van een rechter ontvangen.¹⁹ Denkbaar is dat de vertraging die inschakeling van de CvAE tijdens een kort geding met zich zal brengen, een rechter van die stap weerhoudt. Net zoals de voorzieningenrechter in kort geding geen ruimte pleegt te bieden voor het raadplegen van andere deskundigen. Aanbestedende diensten hebben immers een spoedeisend belang. Zij zijn op basis van art. 2.131 Aw 2012 gehouden de aanbestedingsprocedure tijdens de procedure in kort geding op te schorten en inschakeling van de CvAE zou die gerechtelijke procedure vertragen en daarmee de opschortingsplicht verlengen.

Dan blijven over de zaken waarin de CvAE als eerste is ingeschakeld en er na het uitbrengen van het advies door de CvAE een gerechtelijke procedure aanhangig is gemaakt. Dat is slechts zinvol indien er nog geen fatale termijn, zoals de Alcatel-termijn, is verstreken. Een vonnis van de voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam vormt daarvan een goede illustratie.²⁰ In deze zaak was de aanbestedende dienst niet bereid de aanbestedingsprocedure tijdens de klachtprocedure bij de CvAE op te schorten. De termijn voor het indienen van een verzoek tot deelneming verstrekte gedurende de procedure bij de CvAE en de ondernemer

9 Vrz. Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, *BR* 2014/59 m.nt. E.L.H. Snijders-van Erp en «JAAN» 2014/56 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.6.

10 Vrz. Rb. Gelderland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868, «JAAN» 2014/91 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 5.4.

11 Zie de jaarrapportages van de CvAE van de eerste vijf jaren, gepubliceerd op de website van de CvAE (www.commissievanaanbestedingsexperts.nl). In 155 van de 238 uitgebrachte adviezen is de klacht geheel of gedeeltelijk gegrond verklaard.

12 Zie https://www.aanbestedingsrecht.org/local/userfiles/pdf-oud/NVvA_presentatie_nov_2018_Van_Sloten.pdf.

13 Zie de zesde jaarrapportage die op de website van de CvAE is gepubliceerd.

14 Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802, «JAAN» 2016/56 m.nt. J.W. Fanoy en D.B. Tanja en *JG* 2016/2 m.nt. M.E. Biezenaar.

15 *Kamerstukken I* 2011/12, 32440, C, p. 3, 8 en 13, *Handelingen I* 2012/13, 23 oktober 2012, nr. 4, item 4, p. 41.

16 Art. 9 lid 1 sub g van het Reglement van de CvAE, gepubliceerd op de website van de CvAE.

17 Art. 10 lid 12 Reglement van de CvAE.

18 Zie de jaarrapportages van de CvAE van de eerste zes jaren.

19 Zie vzr. Rb. Den Haag 23 november 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:15833, r.o. 2.5 en 2.6 en vzr. Rb. Midden-Nederland 8 januari 2016,

ECLI:NL:RBMNE:2016:104, r.o. 94. In de zaak die heeft geleid tot vzr. Rb. Den Haag 23 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:7312 kwam de rechter niet aan deze subsidiaire vordering toe, omdat de primaire vordering reeds werd toegewezen. Ook was de rechter ten onrechte in de veronderstelling dat toewijzing van de vordering zou betekenen dat hij zijn beslissingsbevoegdheid zou overdragen aan de CvAE (r.o. 4.6).

In de zaak die heeft geleid tot vzr. Rb. Gelderland 26 maart 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:2868, «JAAN» 2014/91 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, werd de vordering van de ondernemer ook afgewezen, onder meer omdat dat een bodemprocedure betrof waarin ook ruimte was voor het inschakelen van deskundigen.

20 Rb. Amsterdam 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5596, «JAAN» 2018/206 m.nt. A.J. van Heeswijck, betreffende busvervoer van leerlingen naar het Rijksmuseum.

had besloten geen verzoek tot deelneming in te dienen. De CvAE oordeelde de klacht in Advies 471 op meerdere punten gegrond.²¹ Vervolgens is de aanbestedende dienst verder gegaan met de aanbestedingsprocedure en is de ondernemer een kort geding gestart. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van de ondernemer afgewezen op grond van een belangenafweging. De voorzieningenrechter oordeelt dat de ondernemer eerder een kort geding aanhangig had moeten maken of (onder voorbehoud) een verzoek tot deelneming had moeten indienen en binnen de Alcateltermijn rechtsmaatregelen had moeten nemen.

Ook indien de CvAE de klacht van de ondernemer *ongegrond* heeft verklaard, kan die zijn geluk nog bij de voorzieningenrechter beproeven

Daarmee is in slechts een klein deel van de zaken waarin de CvAE advies heeft uitgebracht, een kort geding nadien nog zinvol. En vervolgens is het aantal zaken waarin dat ook daadwerkelijk is gebeurd, zeer beperkt.²² Het is altijd de ondernemer die het kort geding aanhangig maakt. Maar ook indien de CvAE de klacht van de ondernemer *ongegrond* heeft verklaard, kan de ondernemer zijn geluk nog bij de voorzieningenrechter beproeven. Indien de CvAE de klacht van de ondernemer *gegrond* heeft verklaard, hoeft de aanbestedende dienst daar niet naar te handelen. De adviezen van de CvAE zijn immers niet bindend. Wel stond de wetgever voor ogen dat aanbestedende diensten adviezen van de CvAE niet ongemotiveerd naast zich neer mogen leggen.²³ Indien de aanbestedende dienst het advies van de CvAE naast zich neerlegt, zal de ondernemer dus alsnog een kort geding aanhangig moeten maken om te proberen ook in rechte zijn gelijk te halen.

Ten slotte moet worden bedacht dat in zaken waarin na een advies van de CvAE een procedure bij de voorzieningenrechter volgt, de zaak bij de CvAE en die bij de voorzieningenrechter nooit volledig identiek zijn aan elkaar en daarmee ook niet volledig vergelijkbaar. Na het advies van de Commissie kunnen zich immers nieuwe ontwikkelingen in de zaak voordoen. Ook afgezien daarvan kunnen partijen in de procedure bij de rechter nieuwe standpunten innemen, nieuwe feiten aandragen en kunnen derde partijen zich voegen of tussenkomen. Verder is bij vergelijking van de adviezen van de CvAE en de uitspraken van de rechter uiteraard slechts gekeken naar de klachten en vorderingen die hetzelfde onderwerp betreffen.

21 CvAE 13 juni 2018, «JAAN» 2018/210.

22 Het betreft twaalf zaken die hierna zullen worden besproken. Plus twee zaken waarin naar het oordeel van de CvAE een motiveringsplicht was geschonden en een procedure volgt over de nieuwe motivering, respectievelijk over de intrekking van de aanbestedingsprocedure. Ook die zaken worden hierna besproken.

23 Zie voetnoot 17 hiervoor.

3. Wat doet de rechter met de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts?

De voorzieningenrechter acht zich niet gebonden aan de adviezen van de CvAE en van een marginale toetsing van de adviezen van de CvAE is ook geen sprake.²⁴ Dat is ook logisch, aangezien de adviezen van de CvAE *niet-bindend* zijn. Zij binden partijen, noch de rechter. Ook overweegt de voorzieningenrechter wel dat betekenis kan toekomen aan de deskundigheid van de leden van de CvAE en de daarbij betrokken experts.²⁵ Dit doet een voorzieningenrechter tot nu toe in zaken waarin hij tot dezelfde uitkomst komt als de CvAE.

3.1 Ander oordeel rechter

Er is één vonnis waarin de rechter tot een volledig andere uitkomst komt dan de CvAE. In een vonnis van de Rechtbank Rotterdam²⁶ komt de voorzieningenrechter ten aanzien van alle drie de klachtonderdelen tot een ander oordeel dan de CvAE in Advies 265.²⁷ De CvAE had alle klachten *gegrond* geoordeeld. De klachten zagen op de proportionaliteit en transparantie van bepaalde referentie-eisen.

Verder is er één vonnis waarin de rechter weliswaar tot dezelfde uitkomst komt, maar expliciet aangeeft het oordeel van de CvAE niet geheel te delen. De CvAE had in Advies 271 ten aanzien van het derde klachtonderdeel geoordeeld dat de aanbestedende dienst bij Europese aanbestedingen verplicht is de opdracht te gunnen op basis van een vergelijkende toets en de gunningsbeslissing niet mag baseren op een loting. De CvAE oordeelde het klachtonderdeel *gegrond*.²⁸ De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag deelde het oordeel van de CvAE niet en was van oordeel dat de opdracht niet *enkel* mag worden gebaseerd op loting. Nu er geen sprake bleek te zijn geweest van een vergelijkende toets en de gunningsbeslissing enkel was gebaseerd op een loting, wees de voorzieningenrechter de vordering toch toe.²⁹

Er is ook een vonnis waarin de rechter weliswaar tot dezelfde uitkomst komt, maar de onderbouwing daarvan

24 Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, BR 2014/59 m.nt. E.L.H. Snijders-van Erp en «JAAN» 2014/56 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.5; Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802, «JAAN» 2016/56 m.nt. J.W. Fanoy en D.B. Tanja en JG 2016/2 m.nt. M.E. Biezenaar, r.o. 4.4; Rb. Gelderland 28 februari 2017 ECLI:NL:RBGEL:2017:1501, r.o. 4.7.

25 Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, BR 2014/59 m.nt. E.L.H. Snijders-van Erp en «JAAN» 2014/56 m.nt. W.M. Ritsema van Eck, r.o. 4.5; Rb. Gelderland 28 februari 2017 ECLI:NL:RBGEL:2017:1501, r.o. 4.7.

26 Rb. Rotterdam 30 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9802, «JAAN» 2016/56 m.nt. J.W. Fanoy en D.B. Tanja en JG 2016/2 m.nt. M.E. Biezenaar.

27 CvAE 25 september 2015, «JAAN» 2016/106 (het zaaknummer is niet vermeld in JAAN).

28 CvAE 8 oktober 2015, «JAAN» 2016/107, m.nt. C.J. Wolswinkel (het zaaknummer is niet vermeld in «JAAN»).

29 Rb. Den Haag 16 december 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:14662, «JAAN» 2016/53, m.nt. C.J. Wolswinkel.

wel afwijkt van de onderbouwing van de CvAE. Dit betreft Advies 255 waarin de CvAE de klacht wegens schending van de aanbestedingsplicht door de ministeries in het kader van de oprichting van de Rijksschoonmaakorganisatie *ongegron*d acht.³⁰ In het vonnis van de Rechtbank Den Haag in de bodemzaak wijst de rechter de vorderingen ook af, maar, zoals gezegd, op andere gronden.³¹

Ten slotte is er één vonnis waarin de rechter gedeeltelijk tot een andere en gedeeltelijk tot dezelfde uitkomst komt. In een vonnis van de Rechtbank Den Haag³² komt de voorzieningenrechter voor een deel tot een andere uitkomst dan de CvAE in Advies 379.³³ De CvAE had de klacht *gegron*d geoordeeld voor zover was geklaagd dat er geen sprake was geweest van een voldoende *level playing field* bij de aanbesteding van leermiddelen omdat de consumentenprijs van het leermiddel *Biologie voor jou* op het moment van inschrijving nog niet bekend was en de uitgever die de consumentenprijs bepaalde zelf ook inschreef op de aanbesteding. De rechter komt vervolgens tot het oordeel dat een *level playing field* niet ontbrak. De rechter baseert dit oordeel op de inbreng van de uitgever, die in de procedure bij de CvAE niet betrokken was. De rechter baseert zijn oordeel dus op nieuwe informatie.

3.2 Dezelfde uitkomst bij de rechter

In acht vonnissen komt de rechter tot dezelfde uitkomst als de CvAE. Een vonnis van de Rechtbank Gelderland³⁴ betrof de eerste uitspraak na een advies van de CvAE. In Advies 33 had de CvAE de klacht *gegron*d geoordeeld dat de facto het gunningscriterium van de laagste prijs was gehanteerd en dat de keuze voor dit gunningscriterium in strijd met art. 2.114 lid 2 Aw 2012 niet in de aanbestedingsstukken was gemotiveerd.³⁵ De CvAE had twee experts ingeschakeld bij de beoordeling van de klacht. De voorzieningenrechter volgt expliciet het oordeel van de CvAE en oordeelt dat dit oordeel onvoldoende gemotiveerd door de aanbestedende dienst is bestreden. Voor zover de aanbestedende dienst in de procedure bij de rechter alsnog een motivering geeft, kan deze naar het oordeel van de rechter de beslissing om te gunnen op laagste prijs niet dragen.

In Advies 140 had de CvAE beide klachtonderdelen *gegron*d geacht.³⁶ Het betrof een aanbesteding voor de levering van ondergrondse containers. Het gunningscrite-

rium ‘mate van gelijkheid aan bestaande inwerpsuil’ achtte de CvAE in strijd met het beginsel van gelijke behandeling omdat de zittende leverancier daarmee in het voordeel was. Het gunningscriterium ‘vormgeving en gebruiksgemak’ oordeelde CvAE in strijd met het transparantiebeginsel. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag kwam vervolgens tot dezelfde oordelen.³⁷

De voorzieningenrechter acht zich niet gebonden aan de adviezen van de CvAE en dat is logisch: die adviezen zijn niet-bindend

Adviezen 211, 212 en 213 betreffen een overheidsopdracht voor de levering van leermiddelen.³⁸ Voorwaarde voor ontvangst van de aanbestedingsstukken is de ondertekening van een geheimhoudingsverklaring met boetebeding. De CvAE acht de daartegen gerichte klacht *gegron*d. Naar het oordeel van de CvAE kan de aanbestedende dienst geen beroep doen op een uitzondering op de verplichting om vrije en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken te geven, aangezien de vertrouwelijkheid van de informatie waar hij zich op beroept geen verband houdt met essentiële veiligheidsbelangen van Nederland. In het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant bevestigt de voorzieningenrechter in een overweging ten overvloede expliciet een deel van het oordeel van de CvAE.³⁹

Van de zeven klachtonderdelen in Advies 301 van de CvAE, kwam alleen klachtonderdeel 7 voor de rechter. De CvAE had de klacht *ongegron*d geoordeeld dat de aanbestedende dienst een concerngarantie had moeten vragen bij de geschiktheidseisen in plaats van die garantie als contractvoorwaarde te stellen.⁴⁰ In het daaropvolgende vonnis van de Rechtbank Den Haag sluit de voorzieningenrechter expliciet bij dit oordeel van de CvAE aan.⁴¹

Net als in Advies 33, ziet Advies 344 van de CvAE op de vraag of de facto wordt gegund op basis van de gunningscriterium laagste prijs. Naar het oordeel van de CvAE was daarvan in de laatste zaak geen sprake en zij oordeelde het klachtonderdeel daarom *ongegron*d.⁴² De voorzieningenrechter van de Rechtbank Midden-Nederland hecht

30 CvAE 17 december 2015, «JAAN» 2016/65, m.nt. G. Verberne en P.W. Juttmann (het zaaknummer is niet vermeld in «JAAN»).

31 Rb. Den Haag 24 januari 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:316.

32 Rb. Den Haag 17 januari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:2217, «JAAN» 2017/118, m.nt. H.J. van der Horst.

33 CvAE 18 oktober 2016, «JAAN» 2017/131 (het zaaknummer is niet vermeld in «JAAN»).

34 Rb. Gelderland 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454, BR 2014/59, m.nt. E.L.H. Snijders-van Erp en «JAAN» 2014/56, m.nt. W.M. Ritsema van Eck.

35 CvAE 11 november 2013, «JAAN» 2014/199, m.nt. W.M. Ritsema van Eck (het zaaknummer is niet vermeld in «JAAN»).

36 CvAE 12 september 2014, «JAAN» 2015/124, m.nt. C.C.M. van Gisbergen en M.W. Speksnijder.

37 Rb. Den Haag 4 december 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:16374.

38 CvAE 23 maart 2015, «JAAN» 2015/170. Omdat de adviezen identiek zijn, is alleen advies 211 op de website van de CvAE en in «JAAN» gepubliceerd.

39 Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951, «JAAN» 2015/155 m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooijen.

40 CvAE 22 januari 2016, «JAAN» 2017/97 (het zaaknummer is niet vermeld in «JAAN»).

41 Rb. Den Haag 13 april 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:3999, «JAAN» 2016/120 m.nt. G. 't Hart, r.o. 5.2.2.

42 CvAE 21 april 2016, «JAAN» 2016/269 (het zaaknummer is niet vermeld in «JAAN»).

waarde aan het oordeel van de CvAE en komt tot hetzelfde oordeel.⁴³

Advies 391 van de CvAE betrof een functie- en kwaliteits-test tijdens de aanbestedingsprocedure. De ondernemer was uitgesloten van verdere deelname aan de aanbesteding omdat het niet was gelukt een werkende verbinding tot stand te brengen tussen zijn apparatuur en de apparatuur van de aanbestedende dienst. De CvAE oordeelde de klacht *gegrond*.⁴⁴ De CvAE was van oordeel dat de aanbestedende dienst de ondernemer niet tijdig de informatie had verschaft die hij nodig had om aan de functietest te kunnen deelnemen en niet constructief met de ondernemer in overleg was getreden bij de door de ondernemer ondervonden problemen. De CvAE had een expert ingeschakeld bij de beoordeling van de klacht. In het vonnis van de Rechtbank Gelderland komt de voorzieningenrechter tot hetzelfde oordeel.⁴⁵

Advies 431 ziet op de vraag of de opdracht in een nieuwe aanbestedingsprocedure wezenlijk moet worden gewijzigd. Nadat de ondernemer in 2006 na een Europese aanbestedingsprocedure een overheidsopdracht voor architectendiensten heeft gekregen, is deze overeenkomst uiteindelijk in 2017 ontbonden. Overeenkomstig art. 33 lid 2 DNR 2005 wordt overeengekomen dat de aanbestedende dienst 10% van het resterende deel van de advieskosten aan de ondernemer zal betalen. Daarop volgt een nieuwe aanbestedingsprocedure. Naar aanleiding daarvan klaagt de ondernemer dat de overheidsopdracht niet wezenlijk is gewijzigd. De CvAE oordeelt de klacht *ongegrond*.⁴⁶ In dat kader acht de CvAE van belang dat de eerdere aanbestedingsprocedure niet voortijdig was beëindigd, dat de aanbestedende dienst gebruik had gemaakt van zijn bevoegdheid de overeenkomst op te zeggen en een contractueel overeengekomen vergoeding van het positief contractbelang aan de ondernemer had betaald. In het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland neemt de voorzieningenrechter het oordeel van de CvAE expliciet over.⁴⁷

Advies 455 betreft een overheidsopdracht voor de inhuur van uitzendkrachten. Klachtonderdeel 2 betreft een referentie-eis. Naar het oordeel van de CvAE wordt niet gevraagd naar een referentie die gelijk is aan de uitgevraagde opdracht en is geen sprake van stapeling van kerncompetenties. Ook klachtonderdeel 1 betreffende de vraag of de keuze voor gunning op laagste prijs in het licht van art. 2.114 Aw 2012 voldoende is gemotiveerd, acht de CvAE *ongegrond*.⁴⁸ In het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland komt de

voorzieningenrechter ten aanzien van alle vorderingen tot dezelfde uitkomst, waarbij de rechter een aantal maal expliciet naar het oordeel van de CvAE verwijst.⁴⁹

Het komt ook voor dat een rechter naar een advies van de CvAE verwijst ter onderbouwing van het eigen oordeel

Ten slotte is er één vonnis waarin de rechter gedeeltelijk tot een andere en gedeeltelijk tot dezelfde uitkomst komt (zie ook hiervoor). In dit vonnis van de Rechtbank Den Haag⁵⁰ komt de voorzieningenrechter voor een deel tot dezelfde uitkomst als de CvAE in Advies 379.⁵¹ Dit deel van de klacht was gericht tegen de verdeling van de levering van leermiddelen in percelen per uitgever. Geklaagd was dat de aanbestedende dienst met de inrichting van de aanbesteding de mededinging op kunstmatige wijze had beperkt en de andere potentiële inschrijvers geen gelijke kans op het verwerven van de opdracht hadden gekregen als de uitgevers van de uitgekozen lesmethoden, aangezien zij de hoogste kortingspercentages kunnen bieden. De CvAE had de klacht *ongegrond* geoordeeld. De rechter komt tot hetzelfde oordeel.

4. Consequenties schending motiveringsplicht

In Advies 154 had de CvAE het eerste klachtonderdeel *gegrond* geoordeeld, omdat de aanbestedende dienst er onvoldoende blijk van had gegeven bij het opstellen van de contractuele aansprakelijkheidsregeling rekening te hebben gehouden met Voorschrift 3.9 D lid 2 Gids Proportionaliteit. De CvAE beval de aanbestedende dienst aan de aansprakelijkheidsregeling alsnog te beoordelen in het licht van voornoemd voorschrift uit de Gids Proportionaliteit.⁵² Vervolgens heeft de aanbestedende dienst een nieuwe motivering gegeven, die in het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant stand hield.⁵³

In de Adviezen 303⁵⁴ en 317⁵⁵ heeft de CvAE de klachten *gegrond* geoordeeld dat de gegeven motivering voor het samenvoegen van de opdrachten deze beslissing in het licht van art. 1.5 Aw 2012 onvoldoende kon dragen. Daarop heeft de aanbestedende dienst besloten de aanbestedingsprocedure te beëindigen en tot heraanbesteding over te gaan. Tegen die beslissing is een kort geding aanhangig gemaakt.

43 Rb. Midden-Nederland 30 juni 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:3518, «JAAN» 2016/206 m.nt. G. Verberne en T. Ruers.

44 CvAE 21 december 2016, «JAAN» 2017/133 (het zaaknummer is niet vermeld in «JAAN»).

45 Rb. Gelderland 28 februari 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:1501.

46 CvAE 2 februari 2018, «JAAN» 2018/134. Zie ook de noot van M.J. Verbaaken en S. Engels in «JAAN» 2018/125.

47 Rb. Noord-Nederland 20 april 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:1464.

48 CvAE 13 februari 2018, «JAAN» 2018/109. Zie ook de noot van G. 't Hart in «JAAN» 2018/905.

49 Rb. Midden-Nederland 4 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1963.

50 Rb. Den Haag 17 januari 2017, zie voetnoot 34 hiervoor.

51 CvAE 18 oktober 2016, zie voetnoot 35 hiervoor.

52 CvAE 9 oktober 2014, «JAAN» 2015/56, m.nt. A.T.H.J. Mingels en R.S. Damsma.

53 Rb. Zwolle 6 november 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:7530, «JAAN» 2015/15 m.nt. A.T.H.J. Mingels en R.S. Damsma.

54 CvAE 19 januari 2016, «JAAN» 2016/267, m.nt. P.B.J. van den Oord (het zaaknummer is niet vermeld in «JAAN»).

55 CvAE 16 december 2015, https://www.commissievanaanbestedings-experts.nl/sites/commissievanaanbestedings-experts.nl/files/adviezen/151216_-_advies_317_-_pdf.

In het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant acht de voorzieningenrechter de beslissing om de aanbestedingsprocedure te staken en over te gaan tot heraanbesteding in strijd met het verbod van willekeur en het transparantiebeginsel.⁵⁶ De CvAE had namelijk niet geoordeeld dat clusteren niet mag. De voorzieningenrechter acht het kennelijk mogelijk dat alsnog een goede motivering wordt gegeven.

5. Beroep op adviezen CvAE in de rechtspraak

In zaken die niet vooraf zijn gegaan door een advies van de CvAE komt het overigens ook voor dat een rechter naar een advies van de CvAE verwijst ter onderbouwing van het eigen oordeel.⁵⁷ Ook doen partijen een beroep op adviezen van de CvAE ter onderbouwing van hun standpunt.⁵⁸

6. Conclusie

Gezien de beperkte aantallen is het de vraag in hoeverre uit de hiervoor geanalyseerde jurisprudentie conclusies kunnen worden getrokken. In vier zaken hield het advies van de CvAE bij de rechter (waarvan in één zaak ten dele) geen stand, waarbij de rechter in twee zaken overigens wel tot dezelfde uitkomst als de CvAE komt. In al deze zaken worden de desbetreffende vorderingen door de rechter afgewezen. In negen zaken (in één zaak ten dele) komt de

rechter tot dezelfde uitkomst als de CvAE, waarbij de rechter regelmatig expliciet aansluit bij het advies van de CvAE. In vijf van deze zaken had de CvAE de klacht ongegrond geoordeeld, in vier zaken gegrond. Vooralnog houden de meeste adviezen van de CvAE dus bij de rechter stand. Verder is het nog niet voorgekomen dat een ondernemer bij de rechter heeft gewonnen nadat de CvAE zijn klacht ongegrond heeft geoordeeld. Dit is misschien niet zo verrassend gelet op het lagere percentage zaken waarin de ondernemer in een procedure bij de rechter wint ten opzichte van de procedure bij de CvAE. Indien de CvAE de klacht gegrond heeft geoordeeld, zijn zijn kansen bij de rechter hoger. Indien een aanbestedende dienst naar het oordeel van de CvAE een motiveringsplicht heeft geschonden, zal hij echter alsnog een nieuwe motivering kunnen geven die bij de rechter standhoudt. Ook in andere zaken is, na een gewonnen procedure bij de CvAE, de procedure bij de rechter voor een ondernemer nog geen gelopen race. Toch is het percentage zaken in het voordeel van de ondernemer bij de rechter na een positief advies van de CvAE aanzienlijk hoger, dan zonder zo'n advies.⁵⁹

Over de auteur

Mr. T.O. (Tineke) van Houten

Secretaris/coördinerend adviseur van de Commissie van Aanbestedingsexperts. Dit artikel is op persoonlijke titel geschreven.

56 Rb. Zwolle 22 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1666, JG 2016/32 m.nt. M.E. Biezenaar.

57 Vزر. Rb. Den Haag 5 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11869, «JAAN» 2016/254 m.nt. G. 't Hart, r.o. 5.12 verwijst naar Advies 331 betreffende Voorschrift 3.9D Gids Proportionaliteit; vزر. Rb. Rotterdam 24 oktober 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:8489, r.o. 4.19 verwijst naar Advies 216 (overigens zonder te vermelden dat het een advies van de CvAE betreft) betreffende een beperking van de mogelijkheid om onderaannemers in te schakelen en vزر. Rb. Den Haag, 27 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:13949, «JAAN» 2019/43 m.nt. M.J. Vidal, r.o. 5.3.2 verwijst naar Advies 379 betreffende de verdeling van de levering van leermiddelen in percelen per uitgever (zie ook hiervoor).

58 Voorbeelden van uitspraken waarin daarvan melding wordt gemaakt: vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant 29 juli 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:5028, r.o. 3.1 en 4.3.1 en in hoger beroep Hof Den Bosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974, r.o. 6.1; Rb. Noord-Holland 17 november 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9334, «JAAN» 2017/52 m.nt. L. Knoups, r.o. 5.2; vزر. Rb. Noord-Nederland 25 mei 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:2442, r.o. 4.7 en vزر. Rb. Den Haag 21 augustus 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:10788, r.o. 4.2.

59 In vijf van de zeven zaken waarin de CvAE de klacht gegrond achtte, behaalde de ondernemer bij de rechter dezelfde uitkomst. Dat komt neer op een percentage van 71%.