



MAVERICK

Competition | Regulation | Litigation

Verbetering van rechtsbescherming *tijdens* de civiele procedure

Leyla Bozkurt

NVvA - 18 juni 2020

Stelling om te beginnen

- Stelling:
 - Er is niets mis met de rechtsbescherming tijdens de civiele procedure in het aanbestedingsrecht.
 - Eens, laten we maar meteen doorgaan naar de borrel.
 - Oneens, er zijn de nodige misstanden die verbeterd moeten worden.

- Achtergrond rechtsbeschermingsrichtlijnen:
daadwerkelijke, snelle en effectieve rechtsbescherming



Agenda

1. Rechtsbeschermingsonderzoek KWINK Groep en de staatssecretaris hierover
2. Cijfers nu
3. Mogelijke oplossingen ter verbetering rechtspositie marktpp:
 - a) verruiming art. 4.15 Aw
 - b) inlassen opschortende termijn bij HB na KG
 - c) andere mogelijke oplossingen



1. Kwink-onderzoek

- Onderzoeksvraag:

“Er zijn signalen dat de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbesteden als onvoldoende wordt ervaren in de praktijk. De vraag is hoe het bestaande systeem functioneert en of het wenselijk is wijzigingen aan te brengen.”

- Vier problemen:

1. Wij/zij-denken
2. Geringe impact van klachtenafhandeling
3. Disbalans in toepassing Grossmann-clausules
4. Beperkte mogelijkheden voor ondernemers voor HB

Bron: [Kamerstukken II, 2018-2019, 34 252, nr. 13 \(Kamerbrief\)](#)



1. Kwink-onderzoek > staatssecretaris

- Zes beleidsmaatregelen:
 1. Verdere professionalisering aanbestedingspraktijk
 2. Klachtafhandeling op lokaal niveau
 3. Hoger beroep in de Aw
 4. Een heldere rol voor de CVAE
 5. Inperken van extreme toepassing rechtsverwerkingsclausules
 6. Verkennen mogelijkheden gebruik Experimentenwet rechtspleging

Bron: [Kamerstukken II, 2018-2019, 34 252, nr. 13 \(Kamerbrief\)](#)

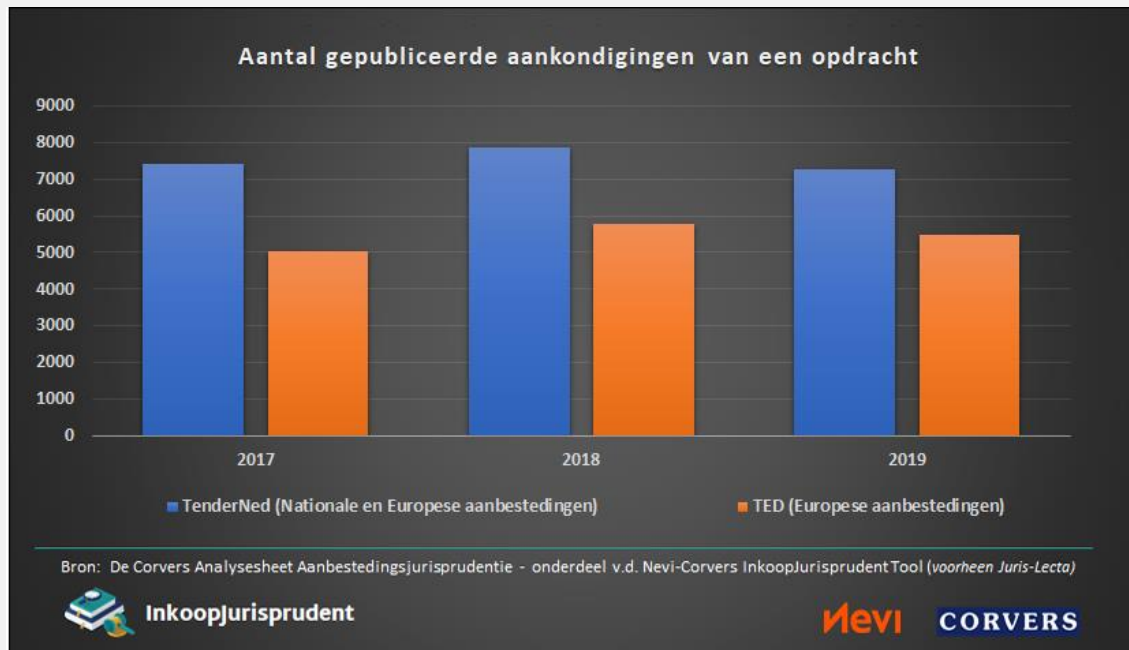


1. Kwink-onderzoek > staatssecretaris

- Rechtsbescherming ***tijdens*** gerechtelijke civiele procedure - beleidsmaatregelen:
 1. Verdere professionalisering aanbestedingspraktijk
 2. Klachtafhandeling op lokaal niveau
 3. **Hoger beroep in de Aw**
 - > meer ruimte voor aantasting van reeds gesloten ovk bij *grove* schendingen van het abs-recht
 4. Een heldere rol voor de CVAE
 5. **Inperken van extreme toepassing rechtsverwerkingsclausules**
 - > verbod op onredelijke rechtsverwerkingsclausules c.q. niet toepassen
 6. **Verkennen mogelijkheden gebruik Experimentenwet rechtspleging**
 - > ruimere toetsing door rechters
 - > opvoeren van bedrijfsvertrouwelijke informatie in de procedure

2. Cijfers nu

- M.b.t. hoger beroep in de Aw, hoe *erg* is het?
 - > Advocaten en hun procesadviezen aan aanbesteders vs. inschrijvers
 - > Stand van zaken in cijfers:



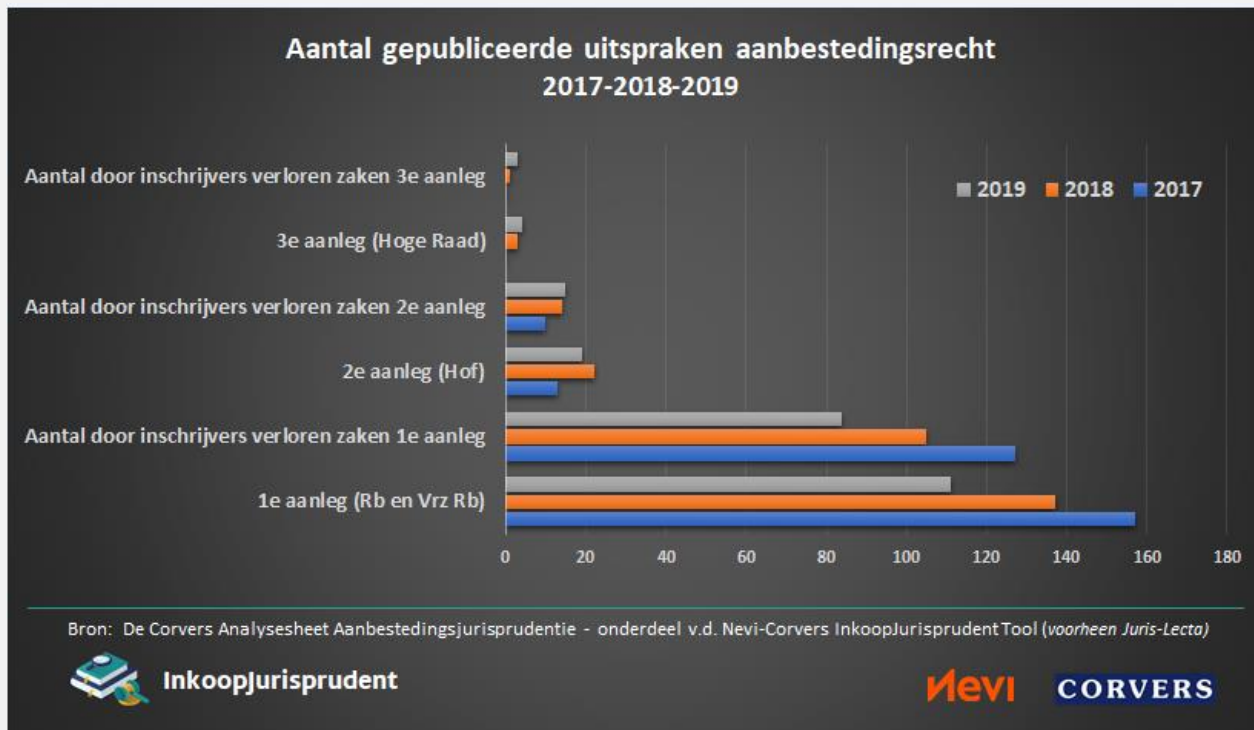


2. Cijfers nu

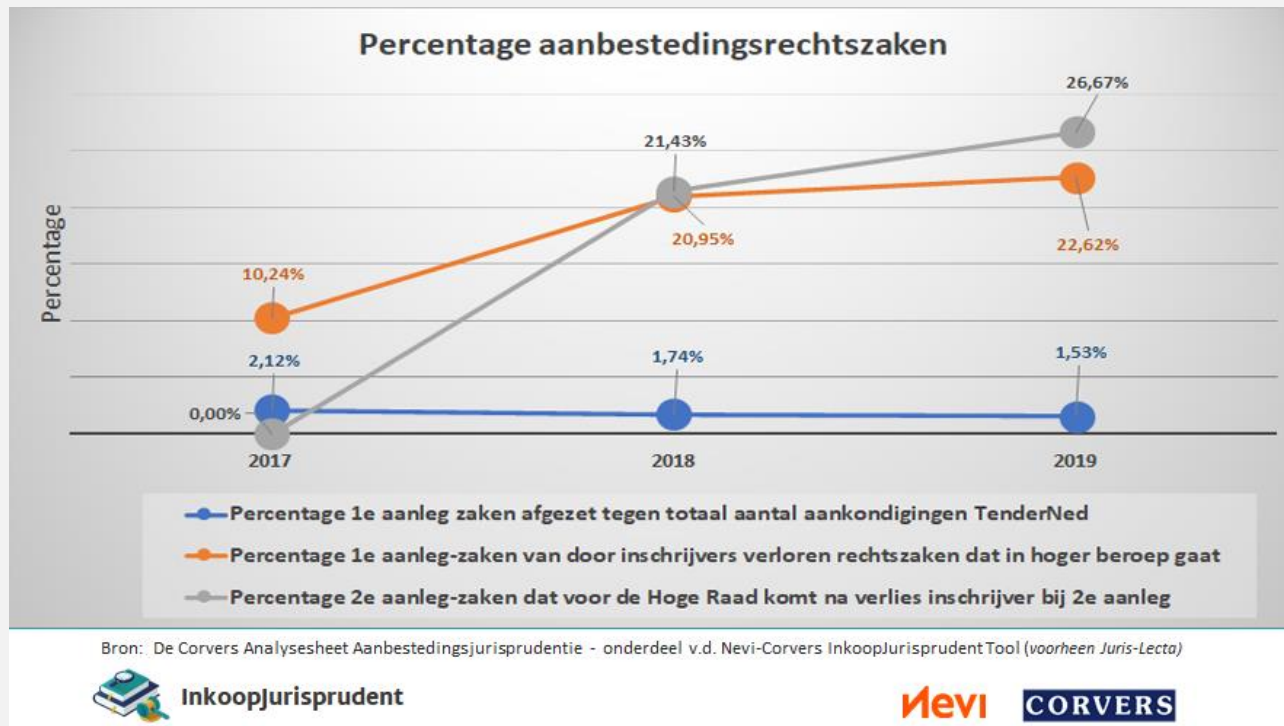
Disclaimer...

- *De cijfers geven een globaal beeld en een globale indicatie aangezien niet alle rechtszakenuitspraken worden gepubliceerd. Daarnaast is het zo dat 2^e en 3^e aanleg zaken niet zelden zich afspelen in een ander jaar dan de 1^e aanleg zaak. Ook hiermee moet rekening gehouden worden wat betreft de beeldvorming van de cijfers door de jaren heen.*

2. Cijfers nu

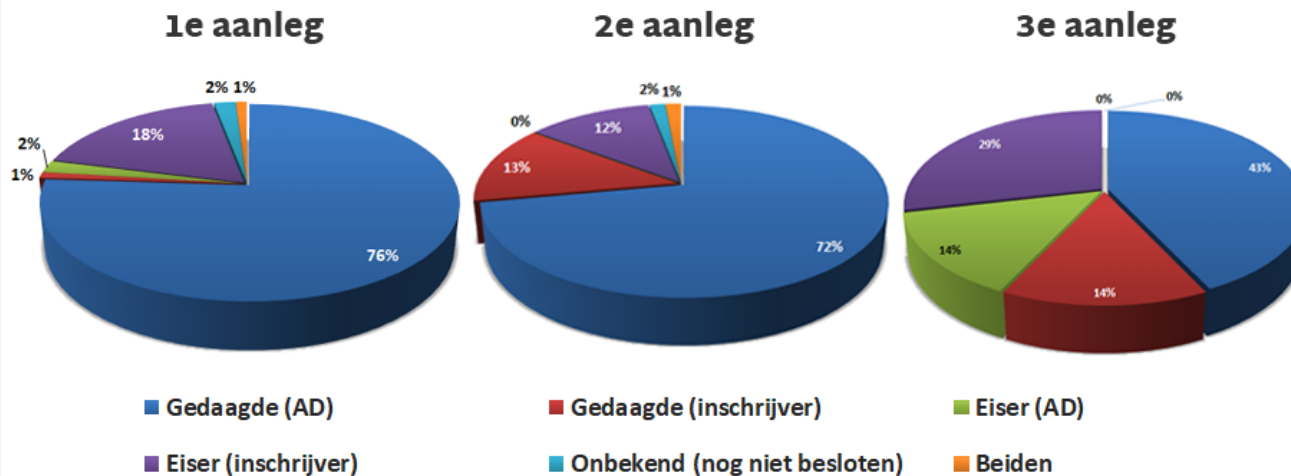


2. Cijfers nu



2. Cijfers nu

Winnende partij aanbestedingsrechtszaken (totaal 2017 t/m 2019)



Bron: De Corvers Analysesheet Aanbestedingsjurisprudentie - onderdeel v.d. Nevi-Corvers InkoopJurisprudentTool (voorheen Juris-Lecta)



Inkoopjurisprudent



Stelling n.a.v. de cijfers

- Conclusie m.b.t. marktpartijen:
 - Relatief weinig gerechtelijke procedures 1^e aanleg
 - Nog minder HB

- Stelling:

De cijfers zijn herkenbaar c.q. laten verwachte aantallen zien

 - Eens
 - Oneens



3. Mogelijke oplossingen

- Mogelijke oplossingen voor ondernemers in HB (of: na KG in HB of in bodemprocedure):
 - a) verruiming art. 4.15 Aw
 - b) inlassen opschortende termijn na KG
 - c) andere mogelijke oplossingen?

3a. Verruiming art. 4.15 Aw

- Art. 4.15 Aw:
 1. Overeenkomst is vernietigbaar indien:
 - a) in strijd met abs-plicht H2 of H3 Aw geen aankondiging
 - b) opschortende termijn niet in acht is genomen
 - c) verlenen van opdrachten onder raamovk of DAS in strijd met toepasselijke med.bepalingen
 2. Termijnen hierbij:
 - a) 30 kalenderdagen bij aankondiging of kennisgeving
 - b) anders 6 maanden na sluiten ovk
- NB: niet m.b.t. schadevorderingen
- Hoge Raad op 18 nov. 2016 in Xafax-uitspraak (HR:2016:2638):
Vernietiging o.b.v.:
 - gronden art. 4.15 lid 1 Aw
 - wilsgebreken BW
 - strijd met de openbare orde of de goede zenden, art. 3:40 BW



3a. Verruiming art. 4.15 Aw

Relevante bepalingen hierbij:

- Art. 4.18 Aw:
 1. *De rechter kan besluiten een overeenkomst niet te vernietigen indien, alle relevante aspecten in aanmerking genomen, dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft.*
 2. (...)

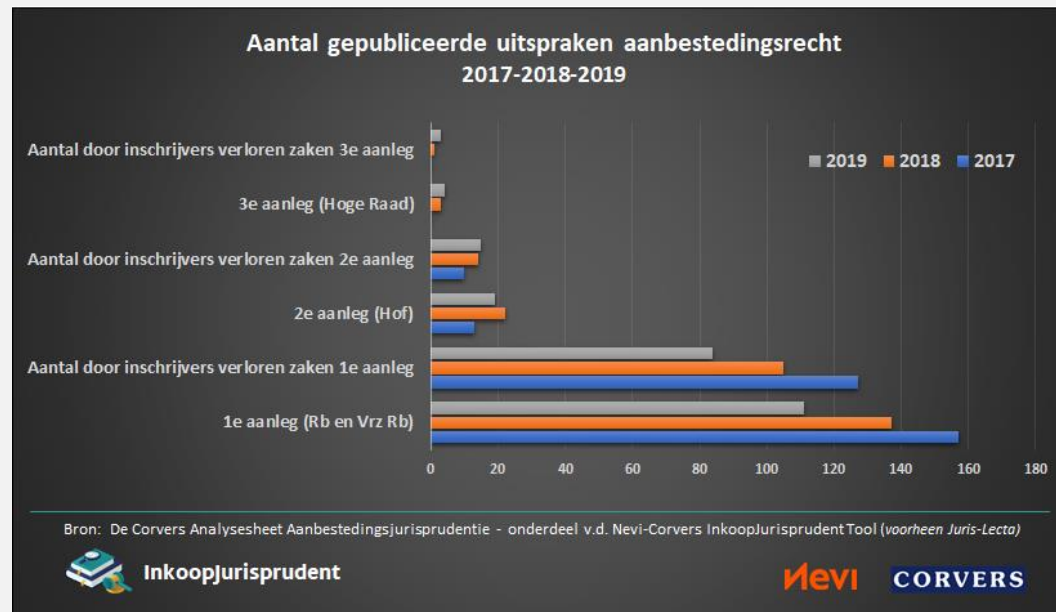
- Art. 4.19 Aw:
 1. *Indien de rechter toepassing geeft aan artikel 4.18, eerste lid, kan de rechter op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve de looptijd van de overeenkomst verkorten.*
 2. *De rechter houdt in ieder geval rekening met de ernst van de overtreding, het gedrag van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, de aard van de overeenkomst en, in voorkomend geval, met de mogelijkheid om de werking van een vernietiging te beperken.*
(Zie tevens art. 3:53 lid 2 BW voor dit laatste)

- Art. 4.21 Aw:
 1. Bij toepassing van art. 4.18 lid 1 Aw legt ACM een bestuurlijke boete op aan betreffende AD.
 2. (...)

3a. Verruiming art. 4.15 Aw

- Lid 1 toevoegen: “d. *grove* schendingen van het aanbestedingsrecht?”
- Mogelijke voordelen:
 1. Rechter kunnen door deze verruiming op meerdere gronden overeenkomsten vernietigen
= betere rechtsbescherming van marktpartijen in HB c.q. *gelijkere* rechtsbescherming in HB;
- Mogelijke nadelen:
 1. Artt. 4.18-4.19 Aw bieden erg veel ruimte om bij belangenafweging toch niet over te gaan tot vernietiging, grote kans dat zelfde praktijk doorzet via die bepalingen;
- Vraagtekens:
 1. Wat zijn *grove* schendingen van het aanbestedingsrecht?
> Procedurefouten tijdens abs? Fouten in geschiktheid-, selectie- of gunningscriteria? Onjuiste beoordeling?
 2. Waarom niet andersom? > uitgangspunt nu = niet vernietigen van de ovk, tenzij...
wat als dat wordt: vernietigen van de ovk, tenzij....
> rechtszekerheid AD + oorspr. gegunde partij?
 3. Wat zijn de gevolgen voor de initiële opdrachtnemer? Contractuele overheveling van het risico door AD?

3b. Inlassen opschortende termijn na KG i.g.v. hoger beroep



- Met andere woorden:
 - AD in het ongelijk? > positief procesadvies
 - Eisende inschrijver in het ongelijk? > negatief procesadvies



3b. Inlassen opschortende termijn na KG i.g.v. hoger beroep

- Mogelijke voordelen:
 1. HB biedt ook voor eisende inschrijver daadwerkelijk hetgeen waarvoor HB bedoeld is, een feitelijke instantie die de zaak opnieuw beoordeelt en daar daadwerkelijk gevolgen aan kan verbinden;

- Mogelijke nadelen:
 1. Nog langer onzekerheid voor AD en oorspronkelijke nr.1;
 2. Extra reden voor de zittende leverancier/dienstverlener om bij het verliezen van de opdracht te procederen en in hoger beroep te gaan;

- Vraagtekens:
 1. Bovenstaande nadelen “oplossen” door tijdig aan te besteden?



3c. Andere mogelijkheden

Ligt de achterstand in de rechtsbescherming van inschrijvers nou aan de *teksten van de Aw* of aan rechters die het al dan niet *durven* toe passen wetende dat AD hoogstwaarschijnlijk in HB zal gaan?

(“Afwijzen vorderingen als veilige route”)



3c. Andere mogelijkheden

- Out-of-the box durven te denken met mogelijke oplossingen in brede zin

- Meer concreet:
 - Een rechter die *durft à la CVAE*
 - bijv. clusterverbod, motiveringsplicht, proportionaliteit, inhoudelijke toetsing bezwaren...
 - > basis is dezelfde wet- en regelgeving

- Invoering “aanbestedingskamer”?!



3c. Andere mogelijkheden

- Als we kijken naar de problemen die mogelijkheden 3a en 3b op zouden “lossen”, is dit dan breder aan te pakken:
 - Wezenlijke wijziging ten onrechte niet aanbesteed? = art. 4.15 lid 1 sub a Aw?
 - Gunningsbeslissing onvoldoende gemotiveerd? = niet ingaan opschortende termijn = art. 4.15 lid 1 sub b Aw?
 - Opschortende termijn na 1^e aanleg? = mogelijk via dictum rechter?
 - Grossmann te ver doorgevoerd? = Proportionaliteit en i.s.m. rechtsbeschermingsrichtlijnen?
 - Informatie-achterstand eisende inschrijver + marginale toetsing? = via volledig aanbestedingsdossier vertrouwelijk bij de rechter, conform CBB-procedures?

Stelling om te eindigen

- Stelling:
De aanbestedingskamer...
 - Misschien toch niet zo een gek idee!
 - Slecht idee, ik was eigenlijk ook al aan het borrelen..
- Achtergrond rechtsbeschermingsrichtlijnen:
daadwerkelijke, snelle en effectieve rechtsbescherming

Vragen?



Leyla Bozkurt
leyla.bozkurt@maverick-law.com
T 020 238 20 01 / M 06 53 45 30 21
www.maverick-law.com