

# Rechtsbescherming in aanbestedingszaken niet op orde

Effectieve rechtsbescherming is cruciaal voor een goed functionerende markt voor overheidsopdrachten. Europa heeft dat goed gezien en creëerde zelfs een uitzondering op het beginsel dat de lidstaten vrij zijn in de inrichting van hun nationale procesrecht door in 1989 een eerste rechtsbeschermingsrichtlijn in te voeren en die in 2007 aanzienlijk aan te scherpen.

## ECONOMIE

De grenzen waarbinnen aanbesteders beslissingen mogen nemen, zijn immers ruim, terwijl inschrijvers terughoudend zijn om potentiële opdrachtgevers in rechte aan te spreken. Een onafhankelijke autoriteit die toezicht houdt op het gedrag van aanbesteders, zou een belangrijke aanvulling zijn op de rol van de Autoriteit Consument en Markt (ACM)

die toezicht houdt op het gedrag van inschrijvers. Onze wetgever heeft daar in 2016 bij de implementatie van de laatste aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU echter niet voor willen kiezen. De waarborgen die inschrijvers hebben om zich tegen ongewenste praktijken te verweren, zijn kortom afhankelijk van de effectiviteit van de rechtsbescherming.

Een punt van zorg is dan dat aanbestedingsgeschillen hoofdzakelijk in kort geding worden beslecht. Dit verklaart mogelijk waarom de Nederlandse rechter in bijna vijftig jaar Europese aanbestedingsreggeving slecht vijf keer naar het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft doorverwezen, in tegenstelling tot de honderden prejudiciële vragen op andere terreinen (vele in belastingzaken). Bovendien wordt de beslissingsruimte van aanbesteders door de kortgedingrechter vaak gezien als conform het recht te zijn gebruikt, waardoor beslissingen slechts marginaal worden getoetst. Omdat de kortgedingrechter in eer-

## AANBESTEDINGSRECHT

Chris Jansen is hoogleraar privaatrecht verbonden aan het Centre for Public Contract Law & Governance van de Vrije Universiteit Amsterdam. Elisabetta Manunza is hoogleraar internationaal en Europees aanbestedingsrecht verbonden aan het Public Procurement Research Centre van de Universiteit Utrecht.



ste aanleg in de regel de enige is die inhoudelijk naar de zaak zal kijken, is het de vraag of ons recht daarmee nog wel in overeenstemming is met de rechtsbeschermingsrichtlijn van de Europese Unie: die vereist namelijk dat beslissingen van aanbesteders meer dan marginaal worden getoetst. Ook advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona bij het EU-Hof van Justitie vroeg zich dat in 2016 af in de zaak Connexion Taxi Services.

Wanneer de rechter vervolgens ook

nog eens tot een oordeel komt dat in het nadeel van de inschrijver is – en de statistieken laten zien dat dit vaker wel dan niet het geval is – betekent dit voor de laatste feitelijk het einde van de rechtsgang. De aanbesteder mag vervolgens namelijk overgaan tot het sluiten van een contract met de winnaar van de aanbesteding. Het is dan niet meer mogelijk de uitvoering van dat contract in een spoedappèl te laten stopzetten, vooruitlopend op een vordering tot vernietiging

van het contract in een bodemprocedure. De Hoge Raad heeft eind 2016 namelijk geoordeeld dat de wetgever (!) die mogelijkheid in de Aanbestedingswet heeft afgesneden. Dat is met name zuur in die gevallen waarin de juistheid van het vonnis van de kortgedingrechter in eerste (en enige) aanleg zou kunnen worden betwijfeld, zeker gegeven de kanttekening die wij hierboven hebben geplaatst. Dat de overheid zelf wel in appèl kan gaan tegen een haar onwelgevallig vonnis van de kortgedingrechter, maakt het voorgaande allemaal nog bedenkelijker.

Hopelijk komen deze onderwerpen hoog op de agenda te staan van het onderzoek dat staatssecretaris Keijzer voor 2019 heeft toegezegd naar aanleiding van het algemeen overleg van de vaste Kamercommissie van Economische Zaken en Klimaat op 24 mei van dit jaar.

**Chris Jansen**  
**Elisabetta Manunza**