

Los weeffouten Aanbestedingswet praktisch op

Ee, D. van

maandag 06 mei 2013, 00:00

[inShare0](#)

Meer over dit onderwerp

[Krant-20130506 -0-009-050.pdf](#)

Trefwoorden:

[Nederland](#) ,

[recht en wetgeving](#) ,

[rechtszaken](#) ,

[tussentijdse mededelingen](#)

Nieuwe wet is in strijd met beginsel dat iedereen toegang moet hebben tot een bij wet ingesteld gerecht

David van Ee

De nieuwe Aanbestedingswet die op 1 april in werking is getreden, bevat drie weeffouten waardoor de effectiviteit van de wet in gevaar kan komen. De kersverse klachtencommissie voor aanbestedingsgeschillen moet, zodra zij hierover een klacht voorgelegd krijgt, de nieuwe wet zo toepassen dat zij deze weeffouten repareert. Zij wijkt daarmee af van de letter, maar zeker niet van de geest van de nieuwe wet.

De eerste en meest fundamentele weeffout is dat overheden zich op grond van de nieuwe wet in veel gevallen niet meer tot de civiele rechter mogen wenden. Dat is in strijd is met het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM).

Tot 1 april van dit jaar mocht een overheid bij een aanbesteding zelf de contractuele voorwaarden bepalen. Sinds de invoering van de Aanbestedingswet moet een overheid zoveel mogelijk gebruik maken van standaardvoorwaarden. Die bepalen veelal dat geschillen door een arbiter worden beslecht en niet door de rechter. Afwijking hiervan is volgens de toelichting op de Aanbestedingswet alleen toegestaan als gevolg van projectspecifieke omstandigheden. De afwijking van een arbitraal beding is niet projectspecifiek en mag dus niet.

Op grond van het EVRM heeft iedereen, dus ook de overheid, recht op toegang tot een gerecht dat bij de wet is ingesteld. De regeling in de nieuwe Aanbestedingswet is

hiermee in strijd. Opvallend is dat beide kamers dit bij de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel over het hoofd hebben gezien. Waarschijnlijk omdat deze bepaling pas op het laatste moment in de wet is terecht gekomen en de gevolgen van verwijzing naar algemene voorwaarden niet in één oogopslag zichtbaar zijn.

Hiervoor is een pragmatische oplossing. De klachtencommissie kan bij de behandeling van de eerste klacht hierover de toelichting op dit punt naast zich neerleggen en afwijking van het arbitraal beding toestaan.

Een tweede weeffout in de wet is dat een overheid de behandeling van een klacht door de klachtencommissie zeer eenvoudig kan frustreren. De wetgever heeft in de nieuwe wet een klachtencommissie ingesteld, die op verzoek (niet-bindend) advies uitbrengt bij aanbestedingsgeschillen.

Maar als een ondernemer een klacht indient, behoeft de overheid de aanbesteding niet op te schorten. Tegen de tijd dat de klachtencommissie heeft beslist, kan de opdracht al vergeven zijn. Dat werkt dus niet.

Een doeltreffende remedie is dat de klachtencommissie aan de overheid adviseert om wél te wachten met de aanbesteding als er een serieuze klacht van een onderneming is binnengekomen. Een gemeente of provincie zal zo'n advies - ook al is het niet bindend - niet snel naast zich neerleggen: probleem opgelost.

Een derde weeffout zit niet zozeer in de wet zelf als in de samenstelling van de klachtencommissie. De voorzitter en de vicevoorzitter zijn zelf beide jurist. Van de leden is 80 % jurist. Inkopers zijn schromelijk ondervertegenwoordigd. Dat is jammer, want het zijn juist de inkopers die het beste kunnen adviseren over de vraag hoe je moet inkopen. **Jan Telgen, hoogleraar inkoopmanagement aan de Universiteit Twente**, heeft daar al meerdere malen terecht op gewezen. De klachtencommissie doet er dus verstandig aan meer inkopers als lid op te nemen.

Op deze drie punten ligt er een schone taak voor de klachtencommissie. Mocht zij deze handschoen niet oppakken of mocht haar advies gepasseerd worden door gemeenten en provincies, dan is het woord aan de wetgever. Het zou wel zo praktisch zijn als de klachtencommissie er voor zorgt dat dit zware middel in de kast kan blijven.

David van Ee is advocaat bij NautaDutilh in Amsterdam.