

# 314 Het loopt zo'n vaart (nog) niet...

MR. M.M. FIMERIUS

De Aanbestedingswet 2012, het Aanbestedingsbesluit en de Commissie van Aanbestedingsexperts zijn inmiddels ruim een half jaar in bedrijf. Een goed moment om te inventariseren of de nieuwigheden in deze regelingen al tot interessante uitspraken hebben geleid.

Op 1 april 2013 zijn de Aanbestedingswet 2012 en het Aanbestedingsbesluit in werking getreden. Op diezelfde dag werd ook de Commissie van Aanbestedingsexperts ingesteld. De Aanbestedingswet 2012 heeft enkele belangrijke wijzigingen ingevoerd ten opzichte van het Bao en de Wira. Voorbeelden daarvan zijn de volgende. Aanbestedende diensten zijn sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 verplicht bepaalde keuzes over de (inrichting van de) aanbestedingsprocedure te motiveren.<sup>1</sup> Het proportionaliteitsbeginsel is vergaand uitgewerkt in de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit.<sup>2</sup> Opdrachten mogen niet onnodig worden samengevoegd en moeten – waar mogelijk – worden opgedeeld in percelen.<sup>3</sup> Een aanbestedende dienst moet het vastgestelde model eigen verklaring gebruiken.<sup>4</sup> Het valt te verwachten dat deze nieuwigheden tot de nodige rechtszaken zullen leiden. Hoe oordeelt een rechter bijvoorbeeld over de situatie dat een aanbestedende dienst vergeet te motiveren waarom zij het gunningcriterium laagste prijs toepast in plaats van EMVI terwijl zij voor die keuze wel goede argumenten heeft? Hoe gaat de rechter om met de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit? Welke juridische consequenties heeft het als een aanbestedende dienst het model eigen verklaring niet of niet op de juiste wijze gebruikt? Begin november vindt rechtspraak.nl 19 uitspraken met de zoekterm 'Aanbestedingswet 2012'. Zeven uitspraken

dateren van vóór 1 april 2013, de datum van inwerkingtreding van de nieuwe regelingen. Deze uitspraken geven, zoals verwacht, geen nieuwe inzichten over de nieuwe set regels. In die uitspraken wordt veelal naar de Aanbestedingswet 2012 verwezen om de bestaande regels extra kracht bij te zetten door te vermelden dat die betreffende regeling ook in de Aanbestedingswet 2012 is opgenomen<sup>5</sup> of wordt door de eiser (zonder succes) naar de Aanbestedingswet 2012 verwezen om een standpunt te beargumenteren dat wel in de Aanbestedingswet 2012 is geregeld maar nog niet in de toenmalige regelgeving.<sup>6</sup>

Van de uitspraken die dateren van ná 1 april 2013 betreffen acht uitspraken aanbestedingen waarop de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is.<sup>7</sup> De aanbestedingen waarop die uitspraken betrekking hebben, waren namelijk voor 1 april 2013 aangekondigd. In de vier uitspraken waarbij de Aanbestedingswet 2012 wel op de litigieuze aanbestedingsprocedure van toepassing is, wordt een discussie gevoerd die niet raakt aan een van de nieuwigheden van de Aanbestedingswet 2012.

Op basis van deze verkenning kan dus geconcludeerd worden dat de nieuwigheden in de Aanbestedingswet 2012 begin november nog niet hebben geleid tot gepubliceerde rechtspraak.<sup>8</sup> Mogelijk is de Commissie van Aanbeste-

1 Zie voor een overzicht van deze motiveringsverplichtingen: PIANOo 'Checklist motiveringen in het aanbestedingsproces', <http://www.pianoo.nl/document/8003/checklist-motiveringen-in-aanbestedingsproces>.

2 Art. 1.10, 1.13 en 1.16 Aanbestedingswet 2012.

3 Art. 1.5 Aanbestedingswet 2012.

4 Afdeling 2.3.4. Aanbestedingswet 2012.

5 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 16 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW7424; HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9231; HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233; Vzr. Rb. Rotterdam 12 december 12, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5974; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 5 februari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ4192.

6 Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909; Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1903.

7 Art. 4.30 Aanbestedingswet 2012.

8 Een nieuwe regel uit het ARW 2012 is wel aan de orde geweest in een

dingsexperts wel al om haar oordeel gevraagd over een van de noviteiten.

In de TenderNieuwsbrief van 3 oktober 2013 staat dat begin oktober 21 klachten waren ontvangen door de Commissie van Aanbestedingsexperts. Acht daarvan konden niet in behandeling worden genomen omdat de klager niet eerst had geklaagd bij de aanbestedende dienst. Twee klachten betroffen een aanbesteding van voor 1 april 2013. Vijf klachten hebben tot een inhoudelijk advies geleid, waarvan één advies is gepubliceerd op 17 september 2013. De overige zes klachten waren begin oktober nog in behandeling. Met slechts één gepubliceerd advies is ook hier dus nog niet veel bijzonders te melden.

Wat wel opvalt, is dat in de negentien uitspraken op rechtspraak.nl waarin de Aanbestedingswet 2012 wordt genoemd, in bijna de helft van de gevallen het onderwerp 'proportionaliteit' aan de orde is.<sup>9</sup> Ondanks het feit dat in ieder van die uitspraken de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit níét op de betreffende aanbestedingsprocedure van toepassing waren, baseren de strijdende partijen zich in hun stellingen op de gedachte van proportionaliteit, al dan niet onder verwijzing naar de (nog niet in werking getreden) Gids Proportionaliteit. Jammer genoeg wordt in geen van deze uitspraken door de rechter een concrete uitspraak gedaan over de vraag of een bepaalde eis proportioneel is. Daar waar de ene rechter voorbijgaat aan het proportionaliteitsargument omdat de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit op de betreffende aanbestedingsprocedure niet van toepassing

zijn,<sup>10</sup> knoopt een andere rechter daar wel al bij aan.<sup>11</sup> Op basis van dit onderzoek kan in ieder geval worden geconstateerd dat proportionaliteit erg in de belangstelling staat. Dit wordt wellicht veroorzaakt door de nadruk die in de Aanbestedingswet 2012 op het beginsel van proportionaliteit wordt gelegd.

Ook het gepubliceerde advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts betreft het proportionaliteitsbeginsel: in dit geval de proportionaliteit van het aansprakelijkheidsartikel in de inkoopvoorwaarden van een aanbestedende dienst. De commissie komt tot het oordeel dat in deze aanbesteding de door de aanbestedende dienst gehanteerde aansprakelijkheidsregeling disproportioneel is, en adviseert de aanbestedende dienst de aansprakelijkheid te regelen in overeenstemming met de in de branche gebruikelijke voorwaarden. Daarbij verwijst de commissie naar voorschrift 3.9 D lid 2 uit de Gids Proportionaliteit. De Commissie van Aanbestedingsexperts past in haar advies de voorschriften uit de Gids Proportionaliteit aldus strikt toe.

Vooralsnog hebben de belangrijkste wijzigingen uit de Aanbestedingswet 2012 en het Aanbestedingsbesluit (jammer genoeg) nog niet tot interessante (gepubliceerde) rechtspraak geleid. Het eerste gepubliceerde advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is daarentegen zeker relevant omdat het bevestigt dat de Gids Proportionaliteit geen vrijblijvend document is.

Ook na 1 december 2005, toen het Bao in werking trad, duurde het een hele poos voordat rechtspraak ontstond over bijvoorbeeld de nieuwe procedure van de concurrentiegerichte dialoog. Tot welke interessante juridische discussies de nieuwe regels uit de Aanbestedingswet 2012 nog zullen leiden, zal moeten worden afgewacht. Ons tijdschrift zal dit in ieder geval met belangstelling volgen!

---

uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland (Vzr. Rb. Noord-Holland 30 augustus 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:8245). Het betreft de regel dat wanneer gekozen wordt voor het gunningcriterium van de laagste prijs, die keuze moet worden gemotiveerd in het bestek (art. 7.2.1. ARW 2012). Deze regel is vergelijkbaar met art. 2.114 Aanbestedingswet 2012. Voor een inschrijver die over het ontbreken van de motivering wenst te klagen, is dit eerste vonnis echter weinig hoopgevend. Aan het ontbreken van de motivering verbindt de rechtbank namelijk geen nadelige consequenties voor de aanbestedende dienst.

9 Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909; Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1903; Vzr. Rb. 's-Gravenhage 17 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ7736; Vzr. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535; Vzr. Rb. Noord-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:CA3005; Vzr. Rb. Rotterdam 15 augustus 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:7381; Vzr. Rb. Oost-Brabant 15 oktober 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:5745; Hof Den Bosch 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:4799.

#### Over de auteur

Greetje Fimerius is advocaat bij Houthoff Buruma en redacteur van dit tijdschrift

---

10 Vzr. Rb. Noord-Nederland 12 juni 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013; Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909; Vzr. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1903.

11 Vzr. Rb. Rotterdam 26 april 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2535.