

### **Adviezen CvAE: niet bindend, maar ook niet vrijblijvend**

Helpt het als een inschrijver met een voor hem gunstig advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) op zak naar de voorzieningenrechter stapt? Adviezen van de commissie zijn voor de rechter niet bindend, maar rechters kijken wel steeds serieuzer naar de adviezen van de CvAE.

Sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet in 2012 kunnen ondernemers een klacht over een aanbestedingsprocedure indienen bij de CvAE. De CvAE heeft als doel bij te dragen aan de oplossing van aanbestedingsklachten, de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en een leereffect teweeg te brengen bij ondernemingen en aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven. Dat doet de CvAE door te voorzien in een snelle, zorgvuldige en laagdrempelige behandeling van klachten. Adviezen van de CvAE zijn alleen niet bindend, maar wel heel waardevol en vaak ook duidelijk en goed gemotiveerd. Mag een aanbestedende dienst een advies zonder nadere motivering naast zich neerleggen? De afgelopen jaren heeft de rechter daar een aantal keren iets over gezegd.

Zo betoogde eind 2015 een inschrijver bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam dat een aanbestedende dienst een verzwaarde motiveringsplicht zou hebben als ze ervoor kiest een advies van de CvAE niet op te volgen. Helaas oordeelde de rechter toen nog streng dat dit niet het geval was. Adviezen van de CvAE zijn niet bindend en veroorzaken ook geen verzwaarde motiveringsplicht, oordeelde de rechter toen. Ook de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland oordeelde in 2014 en daarna nog een keer in 2017 dat een advies van de CvAE niet bindend is. Een advies had ook niet tot gevolg dat de rechter nog maar marginaal naar de zaak zou hoeven te kijken. Dat zou neerkomen op een inperking van het recht een geschil in volle omvang aan de rechter voor te leggen. Het advies mocht wel als bewijs dienen. Daarbij vond de rechter dat hij betekenis mocht toekennen aan de deskundigheid van de leden van de Commissie en de daarbij betrokken experts. Wat de Gelderse rechter in deze zaken dan ook deed.

In december van het afgelopen jaar ging de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag nog een stapje verder. Het ging om een aanbestedingsprocedure van de Politie, die op zoek was naar een 'Intermediair voor Trainingsacteurs'. De bedoeling was dat de te selecteren opdrachtnemer zou fungeren als 'loket' voor het aannemen en afhandelen van de aanvragen voor de inzet van deze trainingsacteurs. Daarnaast zou de intermediair zorgdragen voor het verzorgen van evaluaties en het facturatieproces waaronder ook de uitbetaling van de acteurs. Een van de inschrijvers vond echter dat sprake was van disproportionele eisen. Zo waren het opleggen van een korting en de betaling van de opdrachtnemer afhankelijk van allerlei voorwaarden en omstandigheden waar de (te selecteren) intermediair geen enkele invloed op had.

De inschrijver diende daarom een klacht in bij de CvAE. Die oordeelde de klachten deels gegrond. Doordat de Politie risico's neerlegde bij de intermediair die niet tot diens invloedssfeer behoorden, was sprake van een disproportionele risicoverdeling.

Wat deed de Politie vervolgens met het advies? Nou, niets. Dat vond de voorzieningenrechter iets te kort door de bocht. De voorzieningenrechter oordeelde dat hoewel adviezen van de CvAE niet bindend zijn, het onzorgvuldig is "om na een dergelijk advies, waarin meerdere bezwaren gegrond zijn verklaard, zonder nadere toelichting en/of zonder verlenging van de inschrijftermijn de aanbestedingsprocedure voort te zetten."

Gelijk (denken te) hebben en gelijk krijgen, is bij aanbestedingsgeschillen zoals bekend geen eenvoudige zaak. Zodra het aankomt op de ruimte die aanbestedende diensten hebben bij het formuleren en toepassen van gunningscriteria, stelt de rechter zich veelal (zeer) terughoudend op. Met een gunstig advies op zak kunnen de kansen voor een inschrijver die in een kort geding wil opkomen tegen een gunningsvoornemen een stuk positiever komen te liggen, zeker nu de rechter vindt dat adviezen niet zomaar terzijde mogen worden gelegd.

Edwin van Dijk, advocaat bij Construct Advocaten

[e.dijk@constructadvocaten.nl](mailto:e.dijk@constructadvocaten.nl)

06 22449612