

Nieuws

16 apr 2003

De overheid als supermacht (2)

label: bouwbreed

Volgens mr. R.G.T. Bleeker, advocaat en gespecialiseerd in het aanbestedingsrecht, is het beginsel van contractvrijheid een van de (weinige) dragende beginselen van ons contractrecht. Bij openbare aanbestedingen is van contractvrijheid slechts in beperkte mate sprake, omdat daar in veel gevallen voor de aannemer sprake is van integraal slikken of stikken. Die vaststelling heeft vérgaande consequenties voor de rechterlijke toetsing van die contracten of bestekken.

Als het komt tot conflicten tussen opdrachtgevers en aannemers is een deskundige rechter van groot belang. Daarbij geldt onderscheid tussen uitvoering en aanbestedingsgeschillen. De Raad van Arbitrage is, ook als geschillenbeslechter bij uitvoeringsgeschillen, door alle kritiek van overheidslichamen die in het kader van de parlementaire enquête is gespuid, ten onrechte bij wijze van spreken een aangeschoten zondebok geworden. Door verdachtmakingen in de richting van partijdigheid is de autoriteit van de Raad van Arbitrage in de ogen van de buitenstaander, denk ik, afgenomen. Dat valt zeer te betreuren, vooral omdat het niet terecht is: er valt wellicht wat te verbeteren aan de benoemingsprocedure bij de Raad van Arbitrage; en aan de arbitrageprocedure zelf, maar van structurele benadeling van opdrachtgevers, of van de overheid, is geen sprake (of sprake geweest).

Overheidskritiek op het functioneren van de Raad van Arbitrage in het bijzonder heeft bovendien een pijnlijk precedent: namelijk het zogenoemde Waterstaatsconflict van 1960. Dat conflict ontstond bij de ontgraving door een aannemer van een bouwput voor een zeesluizencomplex voor een provincie. Die constructie bleek onuitvoerbaar. De provincie hield de aannemer daarvoor aansprakelijk, ofschoon het hier ging om een door de provincie zelf voorgeschreven constructie! Volgens de provincie was de aannemer namelijk aansprakelijk voor een goede uitvoering van het werk.

De Raad van Arbitrage stelde de provincie in een bindend advies in het ongelijk. De provincie nam daar geen genoegen mee en legde dat advies voor aan de Rechtbank. Ook de Rechtbank stelde de provincie in het ongelijk. De provincie nam daar weer geen genoegen mee, en zij stelde hoger beroep in bij het Gerechtshof. En ook het Gerechtshof stelde de provincie in het ongelijk. Bij een particuliere opdrachtgever zou op dat moment wellicht de rede of althans enige realiteitszin hebben toegeslagen. De

overheid is in het algemeen echter veel moeilijker van haar ongelijk te overtuigen. In het slechtste geval gaat die overheid onderzoeken of ze niet het spel of de spelregels zelf kan veranderen.

Dat geschiedde in het Waterstaatsconflict, want de provincie had inmiddels steun gekregen van andere overheden, en Rijkswaterstaat besloot voortaan in al zijn bestekken een beperking op te nemen van de bevoegdheid van de Raad van Arbitrage. Daarop ging de gezamenlijke aannemerij over tot een nóg uitzonderlijkere stap: onder aanvoering van de Raad van Bestuur Bouwbedrijf besloot men tot een boycot van dergelijke bestekken. En dergelijke horizontale actie zou op dit moment onderwerp van onderzoek van de NMa worden, maar in die tijd was het een geoorloofd (zij het ongebruikelijk) verdedigingsmiddel. Omdat ook de Raad van Arbitrage juist de volle vrijheid nodig heeft om de overheid als opdrachtgever kritisch te benaderen, is het van groot belang dat op korte termijn de basis van bevoegdheid van de Raad van Arbitrage zo wordt gefundeerd, dat de Nederlandse Overheid daarover zijn volle steun moet uitspreken. Zolang dat niet het geval is, ben ik bang dat arbiters, met name de aannemerarbiters, zich geremd zullen voelen door de intimiderende kritiek van sommige overheden.

Aanbesteding

Zowel de parlementaire enquêtecommissie als de regering (in de brief van 24 maart jl.) lijkt de Raad van Arbitrage bij het aanbestedingsproces definitief te hebben afgeserveerd, zodat hier als het ware sprake is van een afgeschoten zondebok. Ook hier is ten onrechte kritiek uitgeoefend op de uitspraken van de Raad van Arbitrage. Inhoudelijk staan die uitspraken, in vergelijking met de uitspraken van de gewone Rechter, in het algemeen nog steeds op een hoger peil: er wordt beter rekening gehouden met het Europese Recht, de rechtspraak is consistent, de uitspraken zijn beter gemotiveerd, en wat het allerbelangrijkste is: in die uitspraken worden de technische geschilpunten beoordeeld.

Het parlement en de regering hebben een voorkeur uitgesproken voor de gewone rechter, vooralsnog (voor zover mij bekend) zonder daarvoor een nieuw college voor te stellen. Dat betekent dat men opteert voor de voorzieningenrechter bij de diverse Rechtbanken. Dat is betreurenswaardig: die Presidenten tonen (over het algemeen) een te geringe kennis van het aanbestedingsrecht (al zal dat bij doorzetten van de plannen van lieverlee natuurlijk afnemen); en de rechtspraak is niet erg consistent (al heeft dat natuurlijk ook zijn aardige kanten). Het belangrijkste is echter: de meeste aanbestedingsgeschillen hebben een belangrijke of essentiële technische component, in

het bijzonder wanneer het gaat om vergelijking van offertes, dus bij de beoordeling van de gunningbeslissing. Maar bijvoorbeeld ook bij het beoordelen van ervaringswerken. Die technische geschillen kunnen door technische mensen, zoals arbiters bij de Raad van Arbitrage, wel beoordeeld worden, maar door de President van de Rechtbank niet. Die President zal zich dus, bij gebreke van voldoende deskundigheid op dit punt behelpen met een marginale toetsing.

En het motto is: hoe minder bekendheid met de materie: hoe meer marginale toetsing. Dat betekent per saldo: minder rechtsbescherming. Voor een goede rechtsbescherming is het dus nodig, dat aanbestedingsgeschillen beslecht worden door een college, dat niet alleen uit juristen, maar ook uit technici bestaat. Voor de bouw betekent dat dus bijvoorbeeld een aannemer en een opdrachtgever; of een ingenieur die meestal opdrachtgevers bijstaat. Juist die discussie tussen die beiden leidt namelijk ook tot extra diepgang.

De Raad van Arbitrage zou dan ook een wettelijke basis moeten krijgen, zodat hij in alle gevallen in staat is prejudiciële vragen te stellen over de Europese aanbestedingen, aan het Hof van Justitie van de EG. Wanneer dit allemaal een gepasseerd station blijkt, dan verdient een aparte aanbestedingskamer, met een samenstelling à la de Raad van Arbitrage de voorkeur. Dat lijkt dan een beetje op de Ondernemingskamer bij het Gerechtshof in Amsterdam, of op de Vergabekammer zoals die bestaan in Duitsland. In ieder geval zou de wetgever niet zonder nader onderzoek naar dit rechtbeschermings aspect over moeten gaan tot ontneming van rechtsmacht aan de Raad van Arbitrage. Een dergelijk onderzoek (bijvoorbeeld door enkele wetenschappers en mensen uit de rechtspraak) hoeft niet langer dan een of twee maanden te duren, en kan ernstige onbedoelde gevolgen voorkomen. Bovenstaand is het tweede en laatste deel van een samenvatting van de bijdrage van de heer Bleeker aan de Studiedag van het Instituut voor Bouwrecht over de uitkomsten van de parlementaire enquête bouwnijverheid. Inperking bevoegdheid Raad van Arbitrage leidde al eens tot boycot bestekken

Eerste publicatie door **Van een onzer verslaggevers** op 16 apr 2003
Laatste update: 16 apr 2003