

Aansprakelijkheid bij (ontbreken) overheidsaanbesteding

59

De overheid (het Rijk, gemeenten, provincies, waterschappen en zogenaamde publiekrechtelijke instellingen) is in beginsel gehouden om overeenkomsten die zij met derden wil sluiten aan te besteden. Onder het houden van een aanbesteding wordt verstaan 'het in de gelegenheid stellen van meerdere ondernemingen om een offerte in te dienen voor het vervaardigen of leveren van eenzelfde, althans vergelijkbaar werk, product of vergelijkbare dienst om zodoende in aanmerking te komen voor het sluiten van de overeenkomst'.² Dit in tegenstelling tot enkelvoudig onderhands gunnen (ook wel: één op één gunnen ofwel gunnen uit de hand), waarbij slechts één onderneming in staat wordt gesteld om een aanbesteding te doen.

In dit artikel behandelen we drie verschillende situaties die kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de overheid wegens schending van het aanbestedingsrecht: 1. de situatie waarin niet is aanbesteed; 2. de situatie waarin verkeerd is aanbesteed; en 3. de situatie waarin een aanbesteding is ingetrokken, gevolgd door een heraanbesteding en eventueel het verlengen van het huidige contract. Voordat we dit doen, wordt allereerst het juridisch kader voor overheidsaanbestedingen uiteengezet en zetten wij de verschillende instanties waar benadeelde ondernemingen terecht kunnen voor geschillenbeslechting op een rij.

1. Juridisch kader overheidsaanbestedingen

1.1 Regelgevend kader

Aan de aanbestedingsregelgeving liggen de EU-verdragen³ ten grondslag. Het doel van de EU-verdragen is het scheppen van één interne markt zonder binnengrenzen, waarin het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal is gewaarborgd. Een belangrijk onderdeel van het interne marktbeleid is het Europese aanbestedingsbeleid. De overheid in de Europese Unie besteedt jaarlijks namelijk circa € 2400 miljard aan de aanschaf van goederen en diensten. Dit komt overeen met meer dan 18% van het bruto

binnenlands product van de Europese Unie.⁴ De omvang van de markt voor overheidsopdrachten in Nederland wordt geschat op € 60 miljard.⁵

Momenteel is een tweetal Europese aanbestedingsrichtlijnen van kracht. Allereerst is dit de Algemene Richtlijn, die van toepassing is op het Rijk, provincies, waterschappen en zogenaamde publiekrechtelijke instellingen.⁶ Daarnaast is er de Richtlijn Speciale Sectoren, die van toepassing is op speciale-sectorbedrijven.⁷ Dit zijn – kort gezegd – bedrijven die actief zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten. In dit artikel laten wij de Richtlijn Speciale Sectoren buiten beschouwing.

Hoofddoel van de Europese aanbestedingsrichtlijnen is het garanderen van het vrije verkeer van diensten en de openstelling voor onvervalste mededinging in alle lidstaten. Met andere woorden, het doel is, dat alle bedrijven die gevestigd zijn in de Europese Unie de mogelijkheid hebben om overheidsopdrachten te verwerven. De Europese aanbestedingsrichtlijnen dragen aldus bij aan de totstandkoming van de interne markt, en bewerkstelligen besparingen voor overheidsopdrachtgevers door een meer professioneel inkoopproces. Overheidsopdrachten die onder de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen, mogen dus niet worden voorbehouden aan ondernemingen uit het eigen land, en mogen in de regel niet onderhands worden gegund.⁸

De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn in Nederland in wetgeving geïmplementeerd. Aanvankelijk door middel van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen⁹ en de daarop gebaseerde algemene maatregelen van bestuur: het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten¹⁰ ('Bao') en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren¹¹ ('Bass'). Per 1 april 2013 zijn de Europese aanbestedingsrichtlijnen opnieuw geïmplementeerd door middel van de Aanbestedingswet 2012¹². Die wet vormt ook een hernieuwde implementatie van de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen.¹³ Deel 1 van de Aanbestedingswet

1 Anne Fischer-Braams en Anke Stellingwerff Beintema zijn advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten, een nichekantoor op het gebied van aanbesteding, mededinging en staatssteun.

2 Vgl. Aanbestedingsrecht voor overheden, Naar een verantwoord aanbestedingsbeleid, M.J.J.M. Essers, Reed Business, derde druk, p. 29.

3 Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), tot 1 december 2009 het EG-verdrag.

4 2010 Public Procurement Indicators, 4 november 2011 (http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/public-procurement-indicators-2011_en.pdf).

5 Vgl. Handelingen I 2012/13, 32 440, nr. 4-4-25.

6 Richtlijn 2004/18/EG.

7 Richtlijn 2004/17/EG.

8 Europese Richtlijn voor overheidsopdrachten: Diensten, publicatie in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, p. 5; zie o.a. HvJ EG 11 januari 2005, nr. C-26/03, r.o. 44 (*Stadt Halle en RPL Lochau*).

9 Stb. 1993, 212.

10 Stb. 2005, 408.

11 Stb. 2005, 409.

12 Stb. 2012, 542.

13 Richtlijn 89/665/EEG, als gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG, voor de klassieke sectoren, en Richtlijn 92/13/EEG, voor de speciale sectoren, aanvankelijk in Nederland geïmplementeerd in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (WIRA).

2012 bevat algemene bepalingen en ziet op alle typen opdrachten, zowel boven als onder de toepasselijke drempelwaarde. Deel 2 implementeert de Algemene Richtlijn. Deel 3 implementeert de Richtlijn Speciale Sectoren. En deel 4 bevat overige voorschriften, waaronder rechtsbeschermingsvoorschriften en slot- en overgangsbepalingen. De wet introduceert voor meer beslismomenten dan voorheen motiveringsverplichtingen en verklaart voor veel meer beslispunten het (in oorsprong Unierechtelijke) proportionaliteits- of evenredigheidsbeginsel van toepassing, niet alleen voor beslismomenten bij de voorbereiding van en tijdens de aanbestedingsprocedure, maar tevens – en dat is nieuw – op de voorwaarden van de overeenkomst.

Het Aanbestedingsbesluit¹⁴, dat eveneens op 1 april 2013 in werking is getreden, bevat een nadere uitwerking van bepaalde onderwerpen uit de Aanbestedingswet 2012. Onder meer: de inhoud van de zogenaamde eigen verklaring, de wijze waarop communicatie en verslaglegging dienen plaats te vinden en de delicten waarop de zogenaamde Gedragsverklaring aanbesteden ziet. In het Aanbestedingsbesluit zijn tevens de Gids Proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement Werken 2012, het laatste enkel voor opdrachten onder de drempelwaarde, als wettelijke richtsnoeren aangewezen.¹⁵ De richtsnoeren bevatten het zogenaamde 'comply or explain'-principe. Dit houdt in, dat de in beide richtsnoeren opgenomen voorschriften moeten worden gevolgd en dat er slechts gemotiveerd van afgeweken kan worden.¹⁶ Naast de Gids Proportionaliteit en het ARW 2012 omvat het zogenaamde flankerende beleid nog diverse andere maatregelen, zoals de Richtsnoeren Leveringen en Diensten.¹⁷ Deze richtsnoeren dienen als spoorboekje tijdens het inkoopproces voor leveringen en diensten. Toepassing ervan is niet verplicht. Ze zijn echter niet volkomen vrijblijvend. Als bij gelegenheid van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 over twee jaar de beoogde uniformiteit en naleving in de aanbestedingspraktijk onvoldoende zijn gerealiseerd, wordt het volgen van deze richtsnoeren mogelijk wel verplicht gesteld.

Aanbestedende diensten (hierna kortweg: de overheid) moeten niet alleen rekening houden met de aanbestedingsregelgeving. Ook moeten zij in algemene zin rekening houden met de grondbeginselen van het aanbestedingsrecht, te weten transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie naar nationaliteit. Deze beginselen vloeien voort uit de EU-verdragen en uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie.

1.2 Aanbestedingsplicht voor volledig gereguleerde opdrachten

Opdrachten die door de overheid worden verstrekt, moeten in beginsel Europees worden aanbesteed als de reële geschatte waarde van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan de toepasselijke drempelwaarde.¹⁸

Het begrip 'opdracht' is een breed begrip. Gedacht kan worden aan schoonmaakwerkzaamheden, de levering van printers of de verbouwing van of realisatie van een (nieuw) gemeentehuis. Maar ook kan worden gedacht aan het verlenen van diensten aan derden indien het tot de taak van bijvoorbeeld een gemeente behoort om diensten aan te bieden, zoals het verlenen van thuiszorg – en binnenkort ook jeugdzorg – op grond van de Wet maatschappelijke ondersteuning. Onder het begrip 'opdracht' kunnen, in voorkomend geval, ook subsidieovereenkomsten vallen.¹⁹ Verricht de opdrachtnemer geen werkzaamheden, leveringen of diensten ten behoeve van de overheid, of voert hij niet in opdracht van de overheid een taak van algemeen belang uit, dan is – in beginsel – geen sprake van een opdracht in aanbestedingsrechtelijke zin.

Is sprake van een Europese aanbestedingsplicht, dan heeft de overheid de keuze tussen een openbare procedure en een niet-openbare procedure. Een speciale-sectorbedrijf kan daarnaast ook nog vrij kiezen uit een onderhandelingsprocedure met aankondiging. Al deze procedures beginnen met een aankondiging op TenderNed. Het verschil tussen een openbare en een niet-openbare procedure is, dat ondernemingen bij een openbare procedure meteen een offerte kunnen indienen. Bij een niet-openbare procedure wordt eerst nog een selectiefase gehouden, waarna een beperkt aantal ondernemingen wordt uitgenodigd om een offerte in te dienen. De onderhandelingsprocedure begint op eenzelfde wijze, maar kent nog een onderhandelingsfase. De onderneming die de economisch meest voordelige inschrijving heeft ingediend²⁰, krijgt de opdracht gegund.²¹

1.3 Aanbestedingsplicht voor niet en deels gereguleerde opdrachten

Is geen sprake van een Europese aanbestedingsplicht, dan staat het de betreffende overheid niet per definitie vrij om de opdracht enkelvoudig onderhands (lees: zonder aanbesteding) te verlenen. De overheid is namelijk ingevolge deel 1 van de Aanbestedingswet 2012 verplicht om voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst op objectieve wijze

14 Stb. 2013, 58.

15 Stcrt. 2013, 2075.

16 Ook de Aanbestedingswet 2012 zelf bevat dit principe, zie art. 1.5 lid 2 en lid 3, art. 2.90 lid 3, art. 2.114 lid 2.

17 www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2013/05/13/richtsnoeren-leveringen-en-diensten.html.

18 Drempelwaarden 2012-2013: Werken: € 5.000.000; Leveringen en Diensten: € 130.000 (Rijk), € 200.000 (decentrale overheid), € 400.000 (speciaal-sectorbedrijf).

19 Dit is het geval als de overheid in feite een op haar rustende taak aan een marktpartij uitbesteedt.

20 Voor Europese aanbestedingen moet het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving (ook wel: emvi) worden gehanteerd. In geval van toepassing van het criterium van de laagste prijs moet dit worden gemotiveerd (zie art. 2.114 en 3.74 Aanbestedingswet 2012). De EU-aanbestedingsrichtlijnen laten de overheid een vrije keuze uit beide gunningscriteria (art. 53 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG en art. 55 lid 1 Richtlijn 2004/17/EG).

21 Deel 2 en Deel 3 Aanbestedingswet 2012.

een keuze te maken voor a. de te volgen procedure; en b. de ondernemer(s) die tot die aanbestedingsprocedure worden toegelaten. Deze verplichtingen gelden voor elk type opdracht en concessie, ongeacht de waarde. Zij gelden dus ook voor overeenkomsten waarop deel 2 en deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 geen betrekking hebben, zoals opdrachten onder de toepasselijke drempelwaarde, opdrachten voor zogenaamde 2B-diensten en concessieovereenkomsten voor diensten.

Bij de keuze voor de te volgen procedure moet allereerst worden bepaald of de overeenkomst van 'duidelijk grensoverschrijdend belang' is, met andere woorden, of ondernemingen in een van de lidstaten van de Europese Unie potentieel geïnteresseerd zijn in de overeenkomst.²² Elementen die een rol spelen bij de beoordeling zijn onder meer de aard, de waarde en de plaats van uitvoering van de overeenkomst.²³ Is sprake van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang', dan is de betreffende overheid gehouden een passende mate van openbaarheid te betrachten. In feite komt dit neer op het houden van een aanbesteding die wordt gestart met een aankondiging. Met andere woorden: een meervoudig onderhandse aanbesteding of een gunning uit de hand zijn dan rechtens niet toegestaan. Wordt daarentegen geconcludeerd, dat geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, dan moet de betreffende overheid op objectieve wijze een keuze maken voor: een nationale openbare of niet-openbare aanbesteding, een onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, een meervoudig onderhandse procedure of een enkelvoudig onderhandse procedure. Objectieve criteria zijn: de waarde van de opdracht, de baten en lasten die een bepaalde procedure met zich brengt, de kenmerken van de sector in kwestie en de plaats van uitvoering.²⁴

Ook de ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure moeten op objectieve wijze worden gekozen. De objectivering van deze keuze speelt met name een rol wanneer een meervoudig of enkelvoudig onderhandse procedure wordt gevolgd. Objectieve criteria zijn: ervaring in de sector, omvang en infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden.²⁵

De ondernemers die tot de aanbestedingsprocedure zijn toegelaten, mogen – al dan niet na voorafgaande selectie – een offerte indienen. Gunning vindt plaats op basis van het criterium laagste prijs (waarbij alleen het element prijs een rol speelt) of de economisch meest voordelige inschrij-

ving (waarbij naast prijs ook kwalitatieve elementen een rol spelen).²⁶

2. Geschillenbeslechting

Geschillenbeslechting met betrekking tot niet of niet correct gehouden aanbestedingsprocedures kan plaatsvinden op twee niveaus, te weten op 'Europees niveau' en op 'nationaal niveau'.

2.1 Europees niveau

Ondernemingen die klachten hebben over een (niet gehouden) aanbestedingsprocedure van een instelling of een orgaan van de Europese Unie kunnen terecht bij de Europese ombudsman.²⁷ Van deze mogelijkheid wordt over het algemeen geen gebruik gemaakt, en wij zullen deze dus niet behandelen.

De Europese Commissie heeft verschillende instrumenten om de naleving van de aanbestedingsrichtlijnen te controleren en te handhaven. De Commissie kan zowel ambtshalve als na een klacht optreden. De Commissie is hiertoe evenwel niet verplicht. Wij zullen de instrumenten die de Europese Commissie ter beschikking staan hierna kort op een rij zetten.

2.1.1 Correctiemechanisme

De Europese Commissie kan ambtshalve of na een klacht een preventieve maatregel toepassen. Dit wordt het correctiemechanisme genoemd.²⁸ Voor toepassing van het correctiemechanisme moet voldaan zijn aan twee voorwaarden: a. er moet sprake zijn van een duidelijke en kennelijke schending van de communautaire wetgeving inzake overheidsopdrachten; en b. de Commissie moet ageren vóór de sluiting van een overeenkomst.

De Commissie zendt bij toepassing van dit mechanisme een kennisgeving, zowel aan het adres van de betrokken lidstaat als aan het adres van de betrokken aanbestedende dienst. Binnen 21 dagen moet de lidstaat aan de Commissie bevestigen ofwel a. dat de inbreuk ongedaan is gemaakt; ofwel b. dat en waarom geen corrigerende actie is ondernomen; ofwel c. dat de aanbestedingsprocedure is opgeschort. In de praktijk combineert de Commissie de procedure van het correctiemechanisme met de inbreukprocedure (zie hierna onder 2.1.2), in het bijzonder in het geval de overeenkomst al is gesloten voordat de kennisgeving de lidstaat bereikt.

2.1.2 Inbreukprocedure

Het belangrijkste instrument dat de Commissie kan toepassen, is het starten van een inbreukprocedure op grond van artikel 258 VWEU. Dit kan zowel op eigen initiatief als naar

22 HvJ 19 december 2012, nr. C-159/11 (*Azienda Sanitaria Locale di Lecce*); HvJ 15 mei 2008, gevoegde nr. C-147/06 en C-148/06 (*SECAP en Santorso*); HvJ 13 november 2007, nr. C-507/03 (*Commissie/Ierland*).

23 Interpretatieve Mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, 2006/C179/02.

24 *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 11, p. 15.

25 *Kamerstukken II* 2010/11, 32440, nr. 11, p. 15.

26 Bij opdrachten, waarvoor geen verplichting bestaat een Europese aanbesteding te volgen, kan de overheid op grond van de Aanbestedingswet 2012 vrij kiezen uit de gunningscriteria laagste prijs en economisch meest voordelige inschrijving.

27 www.ombudsman.europa.eu/nl/.

28 Art. 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG.

aanleiding van een klacht. De Commissie is niet verplicht naar aanleiding van een klacht een inbreukprocedure te starten.

Allereerst doet de Commissie een verzoek om inlichtingen aan de betreffende lidstaat. Komen die inlichtingen de Commissie ongenoegzaam voor en is de Commissie van oordeel dat de lidstaat een van de krachtens de EU-verdragen op hem rustende verplichtingen niet is nagekomen, dan volgt een schriftelijke aanmaning. Daarbij wordt aan de lidstaat gelegenheid geboden commentaar te leveren op de visie van de Commissie. Weigert de lidstaat aan de inbreuk een einde te maken en blijft de Commissie bij haar aanvankelijk oordeel, dan bepaalt de Commissie haar definitieve standpunt in een met redenen omkleed advies. In dit advies wordt de betrokken lidstaat verzocht binnen een door de Commissie aangegeven termijn de noodzakelijke, soms *in concreto* vermelde, maatregelen te nemen om het verzuim te herstellen. Wordt het advies niet binnen de door de Commissie vastgestelde termijn opgevolgd, dan kan de Commissie de zaak aanhangig maken bij het Hof van Justitie.

Het arrest van het Hof van Justitie is bindend. Dit betekent, dat de lidstaat de maatregelen moet nemen die noodzakelijk zijn om het arrest van het Hof van Justitie uit te voeren. Laat de betreffende lidstaat dit na, dan kan het Hof van Justitie op voorstel van de Commissie aan de lidstaat een forfaitair bedrag of dwangsom (ook wel: boete) opleggen. Dit wordt de herhaalde inbreukprocedure genoemd.²⁹

Wordt een boete opgelegd, dan kan de betrokken minister deze verhalen op de betreffende overheid. De minister heeft deze mogelijkheid slechts wanneer de betalingsverplichting het gevolg is van een verzuim van de betreffende overheid.³⁰ Bewuste ontduiking van de Europese aanbestedingsregels wordt, naar wij aannemen, aangemerkt als een verzuim.

De Commissie is meerdere malen een inbreukprocedure tegen de lidstaat Nederland gestart wegens het niet-naleven van de Europese aanbestedingsregels. Over het algemeen werden de zaken in de administratieve fase beëindigd.³¹ Drie keer heeft dit geleid tot een procedure bij het Hof van Justitie.³²

2.1.3 Europees kort geding

De inbreukprocedure neemt al snel twee tot vier jaar in beslag. Acht de Europese Commissie het noodzakelijk dat er snel adequate maatregelen worden getroffen, en kan een procedure bij het Hof van Justitie niet worden afgewacht, dan kan de Commissie een voorlopige voorziening vragen

aan de president van het Hof van Justitie.³³ Anders dan het civiele kort geding naar Nederlands recht, is het Europese kort geding strikt accessoir van aard: het dient verband te houden met een reeds bij het Hof aanhangige hoofdzaak.³⁴ De Commissie kan bijvoorbeeld een bevel tot opschorting van de aanbestedingsprocedure of van het gunningsbesluit vragen tot de datum waarop het Hof zijn eindarrest in de hoofdzaak heeft gewezen. Het Hof gaat zeer terughoudend om met het toewijzen van voorlopige voorzieningen. Afwijzing ligt in de rede als de Commissie niet die ijver aan de dag legt, waartoe een partij die zich op de spoedeisendheid van voorlopige maatregelen beroept, verplicht is.³⁵

2.2 Nationaal niveau

Bij gemeenten, provincies en waterschappen vindt jaarlijks een controle plaats door een externe accountantsdienst. Onderdeel van deze controle is een toets op de naleving van de (Europese) aanbestedingsregels. De accountant kan bij onregelmatigheden weigeren een rechtmatigheidsverklaring te geven over de jaarrekening.³⁶

Er is geen nationale 'aanbestedingsautoriteit', die ambtshalve of na een klacht de overheid aanspreekt over het niet of niet op de juiste wijze nakomen van de Europese aanbestedingsregels. Het instellen van een dergelijke toezichthouder kwam aan de orde bij de parlementaire behandeling van de Aanbestedingswet 2012. De minister geeft op vragen hierover vanuit de Tweede Kamer aan dat hij een dergelijke ingrijpende stelselwijziging niet wenselijk acht, aangezien binnen het bestaande systeem voldoende mogelijkheden zijn om de door ondernemers gewenste verbeteringen te bewerkstelligen. De minister zet in op het voorkomen dat er iets fout gaat, door het professionaliseren van het aanbesteden (door kennisoverdracht en aanvullend beleid).³⁷

Wel kan de verantwoordelijke minister een overheidslichaam een aanwijzing geven indien hij van mening is dat het betreffende overheidslichaam niet of niet naar behoren voldoet aan de Europese aanbestedingsregels. Als deze aanwijzing niet wordt opgevolgd, kan de minister namens en op kosten van het betreffende overheidslichaam datgene doen wat nodig is om de tekortkoming op te heffen.³⁸

De handhaving van de (Europese) aanbestedingsregels wordt dus primair overgelaten aan belanghebbende ondernemers. Ondernemingen die klachten hebben over een (niet gehouden) aanbestedingsprocedure kunnen, naast de hierna beschreven instanties, ook terecht bij de nationale

29 Art. 260 lid 2 en 3 VWEU.

30 Art. 7 Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (Wet NERpe). Zie ook C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid wegens schendingen van Europees recht* (diss. UL), Apeldoorn/Antwerpen 2012.

31 Bijv. de zaken 'gebiedsontwikkeling Ede' (IP/10/1233 en IP/11/600) en 'Brandverzekeringen' (IP/10/1233 en IP/11/600).

32 HvJ EU 10 mei 2012, nr. C-368/10 (*Koffiezaak*), zie noot A.C.M. Fischer-Braams in *NTER* 2013, nr. 3; HvJ EG 24 januari 1995, nr. C-359/93 (*Unix*); 11 april 2013, nr. C-576/10 (concl. A-G Wathelet) (*Doornakkers*).

33 Art. 279 VWEU.

34 Vgl. het connexiteitsvereiste in het Nederlandse bestuursprocesrecht in art. 8:81 Awb.

35 HvJ EG (pres.) 22 april 1994, nr. C-87/94R (*Waalse bussen*); vgl. kort geding tegen een gunningsbeslissing van de Commissie: Pres. Gerecht 15 juli 2008, nr. T-195/08 (*Antwerpse Bouwwerken*), randnr. 48.

36 Art. 213 Gemeentewet, art. 217 Provinciewet, en art. 109 Waterschapswet. Dit toezicht is uitgewerkt in het Besluit accountantscontrole provincies en gemeenten (Stb. 2003, 362) respectievelijk hfdst. 5 van het Waterschapsbesluit (Stb. 2007, 497).

37 Kamerstukken II 2010/11, 32 440, nr. 10, p. 29.

38 Art. 2 jo. art. 5 Wet NERpe.

ombudsman³⁹ of, in geval van een gemeente of provincie, het bestuursorgaan dat met toezicht is belast. Van deze mogelijkheden wordt over het algemeen geen gebruik gemaakt, en wij zullen deze dus niet behandelen.

2.2.1 Klacht bij het klachtenloket van de brancheorganisatie

Diverse brancheorganisaties hebben klachtenloketten in het leven geroepen waar ondernemingen een klacht kunnen indienen, bijvoorbeeld Stichting Aanbestedingsinstituut Bouw en Infra (Stabi) van Bouwend Nederland, Meldpunt Architectenselectie (BNA), ACA GWW, Meldpunt ICT-aanbestedingen (Nederland ICT). Deze klacht kan anoniem worden behandeld. Brancheorganisaties kunnen namelijk op eigen naam klachten indienen bij de aanbesteder of bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (zie hierna).

2.2.2 Klacht bij het klachtenloket van de aanbesteder

Een onderneming die een klacht over een onrechtmatige onderhandse gunning of over een ondeugdelijke aanbesteding heeft, kan een klacht indienen bij de betreffende (niet-) aanbestedende overheid. Elk overheidslichaam is, door middel van zogenaamd 'flankerend beleid', per 1 april 2013 'verplicht' om een intern onafhankelijk klachtenmeldpunt in te stellen. Dit meldpunt moet worden bemenst door personen die verstand hebben van inkoop en aanbesteden en niet betrokken zijn bij de concrete aanbesteding waar de klacht op ziet.

Een overheidslichaam is tevens 'verplicht' in zijn aanbestedingsbeleid een beschrijving op te nemen van de klachtenprocedure. Bij iedere aanbesteding 'moet' hij in de aanbestedingsstukken aangeven waar ondernemers een klacht kunnen indienen en hoe de klachtenprocedure zal verlopen. Het indienen van een klacht schort de aanbestedingsprocedure niet op.

Overheidslichamen kunnen voor het inrichten van hun klachtprocedure aanhaken bij deel 1 van het advies Klachtafhandeling bij aanbesteden.⁴⁰ Hierin is een standaard voor klachtafhandeling bij aanbestedingen opgenomen. Op basis van vrijwilligheid kan deze standaard worden gebruikt voor het opstellen van een interne regeling die door aanbesteders wordt gehanteerd. Ook wordt ingegaan op de mogelijkheid voor overheidslichamen om klachten over ondernemers aan de orde te stellen.

2.2.3 Klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts

Ondernemingen kunnen sinds 1 april 2013 niet-anoniem een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts over aanbestedingsprocedures die zijn gestart na

1 april 2013, of over opdrachten die zonder voorafgaande aanbesteding zijn verstrekt na 1 april 2013.⁴¹ De werkwijze en de inrichting van de Commissie is neergelegd in deel 2 van het advies Klachtafhandeling bij aanbesteden. De Commissie neemt de klacht pas in behandeling als de onderneming eerst heeft geklaagd bij het betreffende overheidslichaam. De Commissie kan bemiddelen of een advies geven. De adviezen zijn niet bindend, maar worden wel geacht zwaarwegende adviezen te zijn waar, naar wordt verwacht, in rechte niet zomaar aan voorbij zal worden gegaan. Het advies van de Commissie wordt geanonimiseerd openbaar gemaakt op het moment dat de aanbesteding is afgerond en de opdracht definitief is gegund.

Het indienen van een klacht bij de Commissie schort de aanbestedingsprocedure niet op. Tevens sluit het indienen van een klacht bij de Commissie van Aanbestedingsexperts niet de mogelijkheid uit om een gang naar de rechter te maken. Partijen moeten het direct aan de Commissie melden als zij gebruik maken van deze mogelijkheid. In dat geval zal de Commissie haar werkzaamheden opschorten. Aanbesteders schrijven over het algemeen in hun aanbestedingsstukken voor, dat ondernemingen, die het niet eens zijn met het voornemen om de opdracht aan een ander te gunnen, op straffe van het verval van recht een kort geding aanhangig moeten maken binnen een opschortende termijn van minimaal 20⁴² kalenderdagen tussen de mededeling van de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst⁴³ (de zogenaamde 'Alcateltermijn'). Of het dan nog zinvol is om eerst een klacht in te dienen, vragen wij ons af. Wij verwachten dan ook dat het zwaartepunt van de klachten zal gaan over vermeende onregelmatigheden in de aanbestedingsstukken en over gunningsbeslissingen waarbij het kostenaspect van een kort geding (met altijd de kans van afwijzing van de vorderingen) niet opweegt tegen het verlies wegens het niet gegund krijgen van de opdracht.

Tot 12 juni 2013 heeft de Commissie nog geen adviezen uitgebracht en drie klachten ontvangen. Geen van de klachten is ontvankelijk verklaard. Eén klacht zag op een aanbestedingsprocedure van voor 1 april 2013. De andere twee klachten waren onvoldoende gemotiveerd.

2.2.4 Bestuursrechter

De bestuursrechter is in beginsel niet bevoegd om aanbestedingsgeschillen te beslechten. Besluiten die door een overheidslichaam worden genomen voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst zijn besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling. Hiertegen staat geen beroep open bij de bestuursrechter.⁴⁴ Dit is slechts an-

39 www.nationaleombudsman.nl; zie rapport 2006/375 inzake een klacht over RWS.

40 www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/regelingen/2013/03/07/klachtafhandeling-bij-aanbesteden.html. Het advies maakt deel uit van het flankerend beleid bij de Aanbestedingswet 2012. Een schrijfgroep met vertegenwoordigers van overheidszijde en ondernemers stelde het advies op.

41 www.commissievanaanbestedingsexperts.nl, art. 4.27 Aanbestedingswet 2012, Instellingsbesluit, Stcrt. 2013, 6182.

42 Tot 1 april 2013 was dit een termijn van minimaal 15 kalenderdagen.

43 Art. 2.127 Aanbestedingswet 2012 schrijft voor dat aanbesteders een opschortende termijn in acht moeten nemen van 20 kalenderdagen. Echter, op grond van de Aanbestedingswet 2012 is dit geen vervaltermijn, zodat, als aanbesteders deze termijn als vervaltermijn willen laten gelden, zij dit moeten voorschrijven in de aanbestedingsstukken.

44 Art. 8:3 Awb.

ders als een overheidslichaam besluit om de publiekrechtelijke weg te kiezen (zoals het verlenen van een uitsluitend recht⁴⁵ op basis waarvan opdrachten voor dienstverlening worden gegund) of wanneer de wet het volgen van een publiekrechtelijke weg dwingend voorschrijft (zoals het geval is bij het verlenen van concessies op grond van de Wet personenvervoer 2000).

2.2.5 Kort geding bij de civiele rechter

Het voeren van een kort geding bij de civiele rechter is tot op heden het meest geëigende middel voor ondernemingen om aanbestedingsgeschillen te laten beslechten. Dit komt allereerst omdat aan een onderneming die het niet eens is met de wijze waarop de aanbesteding is verlopen beduidend meer vorderingen tot haar beschikking staan (zie hierna paragraaf 4) als de overeenkomst nog niet is gesloten. In de tweede plaats omdat, zoals wij hiervoor reeds aangaven, ondernemingen over het algemeen op grond van de aanbestedingsstukken gehouden zijn om binnen de opschortende termijn een kort geding aanhangig te maken⁴⁶ op straffe van verval van recht.

Indien tijdens de opschortende termijn een kort geding aanhangig wordt gemaakt, is het de betreffende aanbestedende dienst niet toegestaan om een overeenkomst te sluiten totdat in kort geding een uitspraak is gedaan.⁴⁷ De betreffende aanbestedende dienst hoeft niet het eventuele hoger beroep of een bodemprocedure af te wachten.⁴⁸

Uit een rapport van juni 2010 blijkt dat in de vijf jaren ervoor de overheid bij aanzienlijk meer gerechtelijke procedures betrokken is geweest dan in de periode daarvoor. Met name in de periode 2004-2008 steeg het aantal aanbestedingsgeschillen significant. In de 599 onderzochte zaken werden in totaal 687 aanbestedende diensten gedaagd. Van die gedaagden is 49% een gemeente, 11% een kerndepartement van de Rijksoverheid, 8% een agentschap of zbo, en ruim 4% een provincie. In 65% van de onderzochte aanbestedingsuitspraken won de aanbestedende dienst. In 32% van de gevallen was de eisende ondernemer succesvol. In 3% van de zaken kregen beide partijen deels (on)gelijk en is geen duidelijke winnaar aan te wijzen.⁴⁹ De meeste aanbestedingsgeschillen worden in kort geding beslecht. Slechts in een gering aantal gevallen wordt in (spoed)appel gegaan. En in een nog geringer aantal wordt een bodemprocedure gestart.

45 Art. 2.24 onder a Aanbestedingswet 2012. Rb. 's-Gravenhage 29 februari 2012, LjN BW5722 (AVR/gemeente Westland).

46 Door middel van de betekening van de dagvaarding bij de aanbestedende dienst. Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem (vzr.) 23 juni 2011, LjN BR0127 (Headfirst B.V./Alliander N.V.).

47 Art. 2.131 Aanbestedingswet 2012.

48 MvA, Kamerstukken I 2011/12, 32 440, C, p. 15-16.

49 Aanbestedingsrechtspraak in Nederland. Onderzoek naar aanbestedingsrechtspraak verricht in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken. www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/aanbesteden/documenten-en-publicaties/rapporten/2010/10/15/jurisprentie-eindrapport.html [sic].

2.2.6 Bodemprocedure bij de civiele rechter

Een bodemprocedure bij de burgerlijke rechter, eventueel op verkorte termijn, is over het algemeen primair gericht op schadevergoeding. Het spoedeisend karakter staat bij een aanbestedingsgeschil niet ter discussie, zodat dit geen reden is om een bodemprocedure in plaats van een kort geding aanhangig te maken.

2.2.7 (Spoed)arbitrage

Het uitgangspunt is dat een onderneming zich moet wenden tot de civiele rechter. Het kan echter zo zijn dat in de aanbestedingsstukken een arbitrageclausule is opgenomen.⁵⁰ In het UAR (een voorloper van het ARW 2012) was een arbitrageclausule opgenomen op grond waarvan geschillen onder het UAR werden beslecht door de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland. Deze arbitrageclausule is met het ARW 2004 (een jongere voorloper van het ARW 2012) komen te vervallen. Eén van de redenen was, dat er twijfel is of arbitrage toelaatbaar is in het licht van de in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen opgenomen eis dat van een beslissing van een niet-rechterlijke instantie beroep mogelijk moet zijn bij een rechter of bij een andere instantie die een gerecht is in de zin van artikel 267 VWEU.⁵¹ Het ontbreken van de arbitrageclausule in het ARW 2004 en de daaropvolgende aanbestedingsreglementen, te weten het ARW 2005 en thans het ARW 2012, heeft ertoe geleid dat aanbestedingsgeschillen nauwelijks meer worden voorgelegd in arbitrage.

3. Aansprakelijkheid wegens ontbreken aanbesteding

De overheid handelt onrechtmatig door niet aan te besteden waar dit wel verplicht is. Een onderneming kan ervan op de hoogte raken dat een opdracht onrechtmatig, zonder voorafgaande bekendmaking, onderhands is verleend terwijl het gaat om een opdracht die Europees had moeten worden aanbesteed. Welke acties staan ter beschikking?⁵²

3.1 Nietigheid overeenkomst?

Een beroep op nietigheid is niet zinvol. De EU-aanbestedingsrichtlijnen en de Rechtsbeschermingsrichtlijnen hebben niet de strekking om aan schending van de aanbestedingsregels de sanctie van nietigheid te verbinden. Van nietigheid van een overeenkomst wegens schending van de Europese aanbestedingsregels is naar Nederlands recht in beginsel geen sprake.⁵³

3.2 Vernietigbaarheid overeenkomst

In drie gevallen, waaronder het geval van een onrechtmatige onderhandse gunning, kan in een bodemprocedure bij de civiele rechter vernietiging worden gevorderd van een

50 Art. 4.26 Aanbestedingswet 2012.

51 Raad van State, Stcrt. 11 oktober 2005, 197; Kamerstukken II 2005/06, 30 501, nr. 4, p. 4-5.

52 Vgl. A.C.M. Braams, Acties en sancties bij inbreuken op de Europese aanbestedingsrichtlijnen, *Bouwrecht* 1996, p. 972 e.v.

53 HR 22 januari 1999, NJ 2000/305, en HR 4 november 2005, LjN AU2806.

reeds gesloten overeenkomst. De onderneming zal daartoe alle bij de rechtshandeling betrokken partijen moeten dagvaarden, dus behalve de aanbestedende dienst ook diens wederpartij(en).⁵⁴

Hoofdstuk 4.3 Aanbestedingswet 2012 bevat bepalingen over de vernietigbaarheid van een overeenkomst die is gesloten 1. in strijd met deel 2 of deel 3 van de wet zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht; 2. binnen de zogenaamde opschortende termijn voor rechtsbescherming⁵⁵ van ten minste 20 kalenderdagen, die moet verlopen tussen de verzending van de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst; of 3. in strijd met de voorschriften inzake raamovereenkomsten of de voorschriften voor een dynamisch aankoopstelsel. In de laatste twee gevallen is er wel een aanbesteding gehouden, maar is sprake van onrechtmatig handelen tijdens de Alcatel-termijn of in het kader van de aanbesteding van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel.

Als hoofdregel geldt een termijn van 6 maanden voor het instellen van een vordering tot vernietiging op de genoemde drie gronden.⁵⁶ De termijn vangt aan de dag na de datum waarop de overeenkomst is gesloten. Slechts in twee situaties is een bekorting tot 30 dagen mogelijk. Ten eerste als de gunning van de opdracht via TenderNed, met een motivering waarom onderhandse gunning gerechtvaardigd is, bekend wordt gemaakt. Ten tweede als aan de betrokken inschrijvers en gegadigden een kennisgeving wordt gezonden van het sluiten van de overeenkomst met vermelding van de relevante redenen voor de gunningsbeslissing.⁵⁷ Verder geldt dat de overeenkomst niet meer vernietigbaar is op één van de drie hiervoor genoemde gronden als voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst een van bepaalde gegevens voorziene aankondiging via TenderNed bekend is gemaakt en er vervolgens ten minste 15 dagen is gewacht met het sluiten van de overeenkomst.⁵⁸

3.3 *In stand laten onrechtmatig gesloten overeenkomst/belangenafweging*

De rechter kan op grond van een belangenafweging besluiten een overeenkomst niet te vernietigen. Dat zal hij doen indien, alle relevante aspecten in aanmerking genomen, dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft. Economische belangen mogen alleen als een dwingende reden worden beschouwd als vernietiging in uitzonderlijke omstandigheden onevenredig grote gevolgen zou hebben. Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst mogen geen dwingende reden in voornbedoelde zin vormen. Dit zijn bijvoorbeeld: kosten die voortvloeien uit vertraging bij de uitvoering van de over-

eenkomst, kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure, meerkosten vanwege uitvoering door een andere onderneming en kosten van wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit vernietiging.⁵⁹

Als de rechter de overeenkomst in stand laat, kan hij op verzoek van een belanghebbende of ambtshalve de looptijd van de overeenkomst verkorten. De rechter houdt in ieder geval rekening met de ernst van de overtreding, het gedrag van de aanbestedende dienst, de aard van de overeenkomst en, in voorkomend geval, met de mogelijkheid om de werking van een vernietiging te beperken.⁶⁰

3.4 *Bestuurlijke boete van maximaal 15% opdrachtwaarde*

Als de rechter de overeenkomst 1. niet vernietigt; of 2. aan de vernietiging de werking geheel of gedeeltelijk ontzegt, zendt de griffie van de rechtbank een afschrift van de uitspraak aan de Minister van Economische Zaken en aan de raad van bestuur van de NMa.⁶¹ De NMa is sinds 1 april 2013 samen met de OPTA en de Consumentenautoriteit opgegaan in de Autoriteit Consument en Markt (ACM). De raad van bestuur van de ACM legt in deze twee gevallen een bestuurlijke boete op aan de aanbestedende dienst van maximaal 15% van de geraamde waarde van de betrokken opdracht. De boete moet, in samenhang met de eventueel door de rechter verkorte looptijd van de overeenkomst, afschrikwekkend, evenredig en doeltreffend zijn. Bij het bepalen van de hoogte van de boete moet rekening worden gehouden met de relevante omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de overtreding.⁶²

De Minister van Economische Zaken heeft op 19 april 2013 richtsnoeren vastgesteld voor het opleggen van onder meer 'bestuurlijke boetes aanbesteden'. Ingeval ten onrechte geen voorafgaande aankondiging van opdracht bekend is gemaakt, bedraagt het boetepercentage in beginsel 15%. Indien de overeenkomst is gesloten tijdens de opschortende termijn (Alcatel-termijn) bedraagt het boetepercentage in beginsel 10%. Het boetepercentage wordt in ieder geval verlaagd als uit een onherroepelijk rechterlijk vonnis blijkt dat er sprake is van verzachtende omstandigheden voor het ontbreken van een voorafgaande aankondiging of het niet in acht nemen van de opschortende termijn.⁶³

De Europese Commissie beschouwt niet-naleving van de bekendmakingsprocedures en -verplichtingen als een 'onregelmatigheid' van de ergste soort. Daarvoor passen de Commissie en de controle instanties van de lidstaten de

54 MvA I, Aanbestedingswet 2012, p. 16.

55 Meestal genoemd: Alcatel-termijn, naar het Alcatel-arrest (HvJ EG 28 oktober 1999, nr. C-81/98).

56 Art. 4.15 lid 2 onder b Aanbestedingswet 2012.

57 Art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

58 Art. 4.16 en 4.17 Aanbestedingswet 2012.

59 Art. 4.18 Aanbestedingswet 2012.

60 Art. 4.19 Aanbestedingswet 2012.

61 Art. 4.20 Aanbestedingswet 2012.

62 Art. 4.21 Aanbestedingswet 2012.

63 Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM, Stcrt. 24 april 2013, 11214, hfdst. 1 en 5.

naar verhouding zwaarste 'boete' toe in de vorm van een financiële correctie op de uitgaven.⁶⁴

3.5 Limitatief stelsel van vernietigingsgronden?

Een belangrijke vraag is of het stelsel van vernietigingsgronden van artikel 8 WIRA (thans artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012) wel of niet limitatief is. Het Hof Amsterdam en het Hof Den Haag oordelen daarover verschillend. De Hoge Raad heeft zich er nog niet over uitgesproken.

Het Amsterdamse hof beschouwt de drie in artikel 8 WIRA genoemde gronden niet in die zin als limitatief 'dat de rechter in andere gevallen niet tot aantasting van de overeenkomst kan overgaan'. Dit betekent volgens het Amsterdamse hof

"dat indien een overeenkomst al is gesloten, de rechter in kort geding in eerste aanleg en in hoger beroep nog steeds een uitspraak kan doen die neerkomt op een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst hetzij een gebod om de overeenkomst op te zeggen dan wel te beëindigen op een wettelijke of contractuele grond, als dat noodzakelijk is om de beweerd inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad."⁶⁵

Het Haagse hof is van oordeel dat in het stelsel van de WIRA (thans Afd. 4.3.1 Aanbestedingswet 2012) besloten ligt dat – als de overeenkomst eenmaal gesloten is na een voor de aanbestedende dienst gunstig kortgedingvonnis – in beginsel, behoudens de hierna te bespreken uitzonderingen, slechts een ordemaatregel opgelegd kan worden wanneer de verliezende inschrijver gesteld en aannemelijk gemaakt heeft dat die overeenkomst naar redelijke verwachting op een van de drie genoemde gronden vernietigd zal worden in een bodemgeschil. Een uitzondering kan zich volgens het hof voordoen als de aanbestedende dienst bij het aangaan van de overeenkomst onrechtmatig handelt jegens de verliezende inschrijver doordat hij daarbij misbruik maakt van bevoegdheid. Dat zal volgens het hof het geval 'kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst aangaat met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht'. Ook acht het hof denkbaar 'dat het aangaan van de overeenkomst op grond van omstandigheden, die de verliezende inschrijver zal moeten stellen en aannemelijk zal moeten maken en die niet zien op schending van beginselen van het aanbestedingsrecht, voorshands nietigheid op grond van artikel 3:40

BW lijkt op te leveren'.⁶⁶ In beginsel dus limitatief met in twee uitzonderlijke situaties een extra grond voor het treffen van een voorlopige voorziening in hoger beroep als de overeenkomst al gesloten is.

Wij menen dat de zienswijze van het Hof Den Haag de juiste is. Het in beginsel limitatieve stelsel van vernietigingsgronden staat niet in de weg aan een vordering, als de overeenkomst al is gesloten, van een verbod om de overeenkomst (verder) uit te voeren of – als de overeenkomst daartoe de ruimte biedt – van een gebod om deze op te zeggen.⁶⁷ Ook in een bodemgeschil kan verdere rechtsbescherming worden gezocht.⁶⁸

Aan het Amsterdamse hof moet worden toegegeven dat vorderingen die strekken tot ongedaanmaking van het effect van een gesloten overeenkomst voor toewijzing in aanmerking kunnen komen. Regelmatig wordt in kort geding een bevel tot (her)aanbesteding toegewezen, ook nadat een overeenkomst is gesloten. Het is dan aan de aanbestedende dienst hoe zij zich ontdoet van de gesloten overeenkomst. Afhankelijk van hetgeen is overeengekomen, kan dit door ontbinding of opzegging. De Europese Commissie kan een lidstaat verplichten om, nadat in een inbreukprocedure bij het Hof van Justitie is vastgesteld dat de lidstaat haar verplichtingen niet is nagekomen, overeenkomsten, gesloten in strijd met het Unierecht, te ontbinden.⁶⁹

3.6 Kort geding vooruitlopend op bodemprocedure vernietiging

Voor een verbod in kort geding in eerste aanleg van (verdere) uitvoering van een overeenkomst in afwachting van de uitkomst van een bodemprocedure tot vernietiging wijzen wij op een vonnis van de Arnhemse voorzieningenrechter van 15 februari 2013. Het ging om een onderhands gesloten, aanbestedingsplichtige overeenkomst voor de levering van software. De rechter beschouwde dit als een ernstige schending van het gemeenschapsrecht. De aanbestedende dienst erkende de onderhandse gunning en verweerde zich vergeefs met de stelling dat de termijn voor het instellen van een vordering tot vernietiging reeds was verstreken. De rechter overwoog dat de termijn van 6 maanden na het sluiten van de overeenkomst strikt moet worden geïnterpreteerd en dat deze in dit geval nog niet was verstreken. Hij wees ook het verweer af dat eiseres geen belang zou hebben bij haar vorderingen omdat zij niet aan de gestelde eisen aan

64 Richtsnoeren van de Europese Commissie voor het vaststellen van financiële correcties voor door de Structuurfondsen en het Cohesiefonds medegefinancierde uitgaven, in geval van niet-naleving van de regels inzake overheidsopdrachten, 29 november 2007, COCOF 07/0037/03-NL.

65 Hof Amsterdam 17 augustus 2010, LJN BN5585 (Wallaard Groen B.V./Prorail B.V. en B.K.C. B.V.), r.o. 4.3.

66 Hof 's-Gravenhage 17 mei 2011, LJN BQ4365 (Ricoh Nederland B.V./Staat en Xerox Nederland B.V.), r.o. 2.6.1, en Hof 's-Gravenhage 17 juli 2012, LJN BX0981 (CAF/HTM Personenvervoer N.V. en Siemens Nederland N.V.), r.o. 3.1. In iets andere bewoordingen dan het arrest van dezelfde datum: Hof 's-Gravenhage 17 mei 2011, LJN BQ5659 (Océ-Nederland B.V./Albeda College en Ricoh Nederland B.V.), r.o. 6.4.

67 Hof Den Haag 21 mei 2013, LJN CA0901 (Zorgvervoercentrale Nederland B.V./X en BAR-gemeenten), r.o. 8 en 9.

68 Hof 's-Gravenhage 17 juli 2012, LJN BX0981 (CAF/HTM Personenvervoer N.V. en Siemens Nederland N.V.), r.o. 3.2.

69 HvJ EG 18 juli 2007, nr. C-503/04 (Commissie/Duitsland). De Wet NErpe biedt alleen mogelijkheden voor verhaal ten laste van publieke entiteiten van in Unieverband aan de Nederlandse Staat opgelegde betalingsverplichtingen.

de software zou kunnen voldoen. Of eiseres daaraan kan voldoen, moet volgens de rechter nu juist blijken uit haar eventuele inschrijving in een aanbestedingsprocedure met bekendgemaakte eisen. Aan het verbod tot (verdere) uitvoering van de overeenkomst in afwachting van de uitkomst van een procedure tot vernietiging werd de voorwaarde verbonden dat eiseres binnen vier weken een bodemprocedure zou instellen tot vernietiging van de overeenkomst.⁷⁰

3.7 Schadevergoeding

In een bodemprocedure bij de civiele rechter kan een verklaring voor recht worden gevorderd dat onrechtmatig is gehandeld en kan schadevergoeding worden gevorderd. In kort geding kan geen schadevergoeding worden gevorderd. Incidenteel wordt in kort geding wel een voorschot op schadevergoeding gevorderd, maar de rechter is daarmee zeer terughoudend.⁷¹

Wil een gegadigde voor vergoeding van het positief contractbelang in aanmerking komen, dan zal hij moeten aantonen dat de opdracht hem had moeten worden gegund. Na verkrijging van een verklaring voor recht in de bodemprocedure dat onrechtmatig is gehandeld en sprake is van causaal verband tussen onrechtmatig handelen en gestelde schade, kan de zaak voor verdere bewijslevering over onder meer de hoogte van de schade worden verwezen naar de schadestaatprocedure.⁷² In een geval waarin de gemeente de opdracht voor de levering van natuursteen gunde aan een inschrijver wiens inschrijving fundamenteel afweek van de bestekseisen, werd jaren geprocedeerd over de hoogte van de schade en moest de gederfde winst worden berekend door een deskundige. Per saldo werd een schadevergoeding toegewezen van bijna een half miljoen euro.⁷³

In het geval een gepasseerde gegadigde voor een opdracht kan aantonen dat hij een kans zou hebben gehad op de opdracht, komt hij – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – in aanmerking voor schadevergoeding naar rato van het aantal potentiële gegadigden, bijvoorbeeld naar rato van een kans van 1 op 2 of 1 op 6.⁷⁴

In een bodemprocedure over de uitgifte van grond in erfpacht voor een kantoorgebouw en een parkeergarage werd gesteld dat sprake was van een aanbestedingsplichtige opdracht voor werken. De rechter ging ervan uit dat eiseres c.s. nimmer aan een aanbestedingsprocedure als deze heeft deelgenomen en zal deelnemen en dat zij ook als de

gemeente, na vernietiging, de uitgifte van grond alsnog zou aanbesteden geen bieding zou (kunnen) doen. Daarom werd haar belang ontzegd bij vernietiging op grond van de aanbestedingsregels en werd ook de stelling verworpen dat schade was geleden doordat een kans op gunning was ontnomen.⁷⁵ Ook bij kansschade geldt het vereiste van causaal verband.⁷⁶

4. Aansprakelijkheid wegens verkeerde aanbesteding

Als er wel een aanbesteding wordt gehouden, is de overheid aansprakelijk voor fouten die zij daarbij maakt. Aanbestedende diensten trachten hun verantwoordelijkheid voor een zorgvuldige informatievoorziening en rechtmatige eisen en voorwaarden veelal af te wentelen op de gegadigden door in de aanbestedingsstukken een waarschuwingsplicht op te nemen voor de gegadigden. Meestal wordt een bepaling opgenomen met de strekking dat voor een bepaalde datum of in elk geval voor inschrijving bezwaar moet worden gemaakt tegen eisen en voorwaarden of om opheldering moet worden gevraagd over onduidelijkheden, op straffe van verval van recht om er achteraf over te klagen. Door inschrijving wordt men dan geacht met deze rechtsverwerkingsclausule (exoneratieclausule) in te stemmen. Het Hof van Justitie legt evenwel primair de verantwoordelijkheid bij de aanbestedende dienst door te benadrukken dat het voorwerp en de gunningscriteria van overheidsopdrachten vanaf het begin van de aanbestedingsprocedure duidelijk moeten worden omschreven. De aanbestedende dienst mag weliswaar verwachten van de belanghebbende marktdeelnemers dat zij redelijk geïnformeerd zijn en de normale zorgvuldigheid betrachten, maar dit gewettigde vertrouwen veronderstelt evenwel dat de aanbestedende dienst zijn eisen zelf duidelijk heeft geformuleerd. Dat vertrouwen kan a fortiori door de aanbestedende dienst niet worden ingeroepen om zich te onttrekken aan de verplichtingen die de aanbestedingsrichtlijn hem oplegt.⁷⁷

4.1 Meest gemaakte fouten

Feit is dat een aanbesteding zelden of nooit vlekkeloos verloopt. De meeste fouten worden gemaakt bij het formuleren en toepassen van selectie- en gunningscriteria en bij de wegings- en beoordelingssystematiek.⁷⁸

De richtsnoeren van de Commissie voor het vaststellen van financiële correcties, in geval van niet-naleving van de aanbestedingsverplichtingen terwijl sprake is van door een van de structuurfondsen toegekende steun, bevatten, buiten de meest ernstige 'onregelmatigheid' van niet-naleving van procedures of verplichtingen op het gebied van voorafgaan-

70 Rb. Arnhem (vzr.) 15 februari 2013, LjN BZ3890 (*Complan Valens B.V./Stichting Katholieke Universiteit en Netpoint Group B.V. c.s.*).

71 Vgl. Rb. Alkmaar (vzr.) 13 oktober 2011, LjN BT7532; Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 2 maart 2009, LjN BH4957.

72 Rb. Zwolle-Lelystad 31 januari 2007, LjN AZ7506 (*Temmink Infra B.V./Gemeente Raalte*).

73 Hof Arnhem 30 oktober 2007, nr. 2004/632 (*Gemeente Almere/Van Camp N.V.*), n.n.g., en Hof Arnhem 8 november 2005, TA 2006/11 (*Gemeente Almere/Van Camp N.V.*).

74 Rb. Utrecht 4 juli 2001, BR 2002, p. 91; Hof 's-Gravenhage 19 mei 2009, LjN BI4344, TBR 2009/223, p. 1127 e.v., m.nt. A.C.M. Fischer-Braams (*Biedprocedure winkelpand*); J.M. Hebly en F.G. Wilman, 'Schadevergoeding wegens schending van het aanbestedingsrecht', TBR 2010/59, p. 330.

75 Rb. Utrecht 15 mei 2013, LjN CA0341 (*DOF Development Fund CV c.s./Gemeente Utrecht en AM B.V.*).

76 HR 17 september 2010, LjN BM9646 (concl. A-G Wissink) (*X/Provincie Limburg*).

77 HvJ EU 10 mei 2012, nr. C-368/10, nr. 56, 65-66 (*Commissie/Nederland*).

78 Vgl. I.J. van den Berge e.a., *Kroniek Jurisprudentie Aanbestedingsrecht 2005-2011*, Sdu 2012.

de bekendmaking, een catalogus aan fouten die tijdens een aanbesteding kunnen worden gemaakt. Genoemd worden: onvolledige vermelding van de selectie- en gunningscriteria in bestek of in de aankondiging van opdracht, toepassing van onrechtmatige gunningscriteria, vaststellen van onrechtmatige selectie- en/of gunningscriteria, gebrekkige of discriminerende omschrijving van het voorwerp van de opdracht, voeren van onderhandelingen tijdens een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure, wijzigen van de opdracht, verkeerde toepassing van (niet-essentiële) neven-elementen (zoals de publicatie van de gunning van de opdracht) en schending van het beginsel van gelijke behandeling.⁷⁹ Deze komen ook in de Nederlandse rechtspraak voor.

4.2 Objectivering keuze procedure en toegelaten ondernemers

Op grond van artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012 moet de aanbestedende dienst altijd de keuze van de procedure en de keuze voor de ondernemer of ondernemers die zij toelaat tot de procedure op basis van objectieve criteria bepalen en op verzoek kunnen motiveren. De vormgeving van de aanbestedingsprocedure en de keuze van de daarbij toe te laten ondernemers kunnen inderdaad een bron van geschillen vormen.

4.2.1 Zaak Noordwijk

Dit komt naar voren in de spraakmakende zaak inzake een ontwikkelingscompetitie van de gemeente Noordwijk voor realisering van een gezondheidscentrum en sociale woningbouw op grond van de gemeente. De gemeente koos ervoor aan haar facilitering en grondverkoop de vorm te geven van een onderhandse aanbesteding, waarbij zij door een voorselectie drie woningbouwcorporaties heeft uitgenodigd en drie ontwikkelende aannemers uit een groep van acht gegadigde aannemers, waaronder de klagende onderneming. Het Haagse hof stelt voorop dat de gemeente zich bij haar taakvervulling moet houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het hof overweegt dat bij de selectie van bedrijven die tot de onderhandse aanbesteding worden toegelaten de in het aanbestedingsrecht geldende beginselen van gelijke behandeling, objectiviteit en transparantie moeten worden nageleefd. Door met bepaalde gegadigden vooroverleg te plegen en met de betrokken onderneming geen enkel contact te zoeken, heeft de gemeente het beginsel van gelijke behandeling geschonden. Door niet de voor het selectiebesluit redelijkerwijs nodige kennis te vergaren, heeft de gemeente de beginselen van transparantie en zorgvuldige voorbereiding geschonden. Al met al heeft de gemeente onrechtmatig jegens de betrokken onderneming gehandeld. Het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter. Deze verbood verdere uitwerking of uitvoering te geven aan de gemaakte afspraken en overeenkomsten inzake het project en gebod tot aanbesteding over te gaan, indien en voor zover de gemeente het project nog in de markt wenste te zetten. Het hof achtte een voorwaarde-

lijk gebod tot aanbesteding niet disproportioneel omdat het – volgens het hof – ontoelaatbaar zou zijn als de gemeente, nadat zij de woningbouwcorporatie NWS in een onrechtmatig aanbestedingstraject had geselecteerd, op basis van de reeds gepleegde voorbereiding zonder heraanbesteding ter realisatie van hetzelfde project alsnog rechtstreeks een nieuwe overeenkomst met NWS sluit. Het was de gemeente echter niet verboden om buiten het bereik van het project met NWS samen te werken.⁸⁰

4.2.2 Zaak Kadaster

Een andere zaak die veel stof heeft doen opwaaien, is die van het Kadaster. Het Kadaster vordert in een bodemprocedure betaling van HLA wegens geleverde diensten. HLA stelt in reconventie de wijze van aanbesteding aan de kaak en vordert schadevergoeding wegens gederfde winst, onder meer bestaand uit gemiste licentievergoedingen door afnemers in de markt, tot een bedrag van bijna € 22 miljoen. Het Kadaster had ervoor gekozen de ontwikkeling van software, waarmee kennis kan worden verkregen over de ligging van ondergrondse kabels en leidingen (de KLIC-viewer) aan te besteden, hoewel de waarde onder de drempelwaarde voor een aanbestedingsplicht viel. De rechtbank overwoog dat het Kadaster zich daarom diende te gedragen overeenkomstig de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit bracht mee dat het Kadaster gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen. Het Kadaster was ervan op de hoogte dat HLA actief was op de markt waarop de aanbesteding betrekking zou hebben. Door na te laten de uitvraag ook te verzenden aan HLA heeft het Kadaster, aldus de Zutphense rechtbank, gehandeld in strijd met het beginsel dat potentiële inschrijvers gelijk moeten worden behandeld en onrechtmatig gehandeld jegens HLA.⁸¹ In het eindvonnis stelt de rechtbank vast dat als het Kadaster HLA van de aanbesteding op de hoogte zou hebben gesteld, dit zou hebben geleid tot deelname aan de aanbesteding door HLA. De rechtbank gaat er, bij gebrek aan een gemotiveerde betwisting door het Kadaster vanuit, dat HLA zou hebben ingeschreven voor een bedrag van € 50.000, dat zij op ieder van de beoordelingspunten beter zou hebben gescoord dan Arcadis (aan wie de opdracht is gegund), en dat zij de aanbesteding zou hebben gewonnen. De rechtbank stelt de schade ex aequo et bono vast op een per datum vonnis gekapitaliseerd bedrag van € 10 miljoen. De rechtbank verklaart voor recht dat het Kadaster onrechtmatig jegens HLA heeft gehandeld door na te laten HLA op de hoogte te stellen van de aanbesteding met betrekking tot de KLIC-viewer en dat het Kadaster aansprakelijk is voor de schade die HLA daardoor heeft geleden en lijdt. Het Kadaster wordt veroordeeld tot betaling van de schade begroot op € 10 mil-

⁷⁹ Zie tabellen bij Richtsnoeren van 29 november 2007, COCOF 07/0037/03-NL.

⁸⁰ Hof 's-Gravenhage 29 oktober 2010, LJN BO2080 (*Gemeente Noordwijk/X*); Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 24 september 2008, LJN BF4232 (*De Raad Bouw B.V./Gemeente Noordwijk*).

⁸¹ Tussenvonnis Rb. Zutphen 4 mei 2011, LJN BV0541 (*Kadaster B.V. en Dienst voor het kadaster en de openbare registers/Het Logistiek Adviesbureau HLA B.V.*).

joen, uitvoerbaar bij voorraad.⁸² Bekend is dat het Kadaster hoger beroep heeft ingesteld.

4.3 Geboden/verboden

In kort geding zijn vele vorderingen mogelijk, bijvoorbeeld een verbod tot gunning aan de beoogde winnaar en aan een ander dan eiser,⁸³ een gebod tot opzegging van een tijdelijke overeenkomst⁸⁴, een gebod tot herbeoordeling van de inschrijvingen⁸⁵, een gebod tot het nemen van een nieuwe gunningsbeslissing, een gebod tot het verstrekken van een motivering van de gunningsbeslissing, een gebod tot het staken van de aanbestedingsprocedure, een verbod tot het verlenen van een opdracht aan een derde zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure, of een gebod tot heraanbesteding.

Wordt een – meestal subsidiair gevorderd – gebod tot heraanbesteding toegewezen, dan kan dat uitwerken als een ongedaanmaking van een reeds gesloten overeenkomst. Als de overeenkomst al is gesloten, zal de aanbestedende dienst deze moeten ontbinden of opzeggen.

Een incidentele vordering tot het in het geding brengen van de gesloten overeenkomst ex artikel 843a Rv is niet succesvol als de eisende partij niet voldoende concreet kan toelichten welk rechtmatig belang zij heeft bij overlegging van de verlangde stukken en de stukken onvoldoende concreet omschrijft.⁸⁶

4.4 Vordering heraanbesteding

Het wijzen op gebreken in de aanbestedingsprocedure kan voor inschrijvers een succesvolle strategie zijn om via een heraanbesteding een nieuwe kans op de opdracht af te dwingen. Maar niet iedere willekeurige fout in een aanbesteding zal leiden tot het 'over de kop gaan' van de aanbesteding. Bovendien gaat het er ook om dat een inschrijver fouten in een aanbesteding op een adequaat moment aan de orde stelt, met het risico van niet-ontvankelijkheid als hij daarin tekortschiet.⁸⁷ Als een afgewezen inschrijver er niet in slaagt meer dan twijfel op te roepen aan de zorgvuldigheid van de aanbestedende dienst bij de afwikkeling van de aanbesteding, overweegt de rechter dat 'niet met de vereiste mate van aannemelijkheid (kan) worden vastgesteld dat de aanbestedingsprocedure zodanig gebrekkig is verlopen dat het resultaat ervan niet in stand kan blijven'.⁸⁸ Als de fouten daarentegen aannemelijk en aanzienlijk zijn (in dat geval ontbreken van duidelijke gunningcriteria en wegingsfactoren) wordt overwogen:

“de gebreken in de door (...) gevolgde aanbesteding zijn van zodanig gewicht dat het resultaat daarvan niet in stand kan blijven.”⁸⁹

In een ander geval levert de geconstateerde onregelmatigheid (omschrijving omzeteis in leidraad wijkt af van omschrijving in aankondiging, gerectificeerde aankondiging en vragenlijst) geen overtreding op van de aanbestedingsvoorschriften:

“Het hof heeft immers uitdrukkelijk vastgesteld dat het voor gegadigden duidelijk moet zijn geweest dat uitgegaan moest worden van de vermelde omzet per jaar en niet van een gemiddelde omzet per jaar. Daaruit volgt dat naar het oordeel van het hof geen sprake is geweest van overtreding van de aanbestedingsvoorschriften en dus ook niet van een beoordeling van het hof van de ernst van de overtreding van deze regels.”⁹⁰

Of de rechter oordeelt dat de gemaakte fout (onvolkomenheden in beoordeling behaalde scores) niet in verhouding staat tot de gevorderde heraanbesteding met toepassing van een belangenafweging:

“Nu Welzorg bij elke mogelijke scorematrix op de vierde plaats eindigt, staat het haar bieden van een (derde) kans om als laagste in te schrijven met alle wetenschap die zij thans heeft van de inschrijvingen van haar concurrenten – nog los van alle kosten die een heraanbesteding met zich brengt – niet in verhouding tot de door de Regioraad gemaakte fout.”⁹¹

Wil het resultaat van een aanbesteding aangetast kunnen worden, dan moet het gaan om een duidelijke fout, anders gezegd een gekwalificeerde schending van het aanbestedingsrecht.⁹² Daarvan is bijvoorbeeld sprake als een aanbestedende dienst een uitdrukkelijk in het bestek omschreven test niet als (sub)gunningcriterium laat meewegen in het kader van de beoordeling van de inschrijvingen. In dat geval luidt het oordeel dat de aanbestedende dienst de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht op een zodanige wijze heeft geschonden dat de enige conclusie kan zijn dat, indien hij de opdracht alsnog wenst te gunnen, heraanbesteding dient plaats te vinden.⁹³

82 Rb. Zutphen 28 december 2011, L/JN BU9991 (*Kadaster B.V. en Dienst voor het kadaster en de openbare registers/Het Logistiek Adviesbureau HLA B.V.*).

83 Rb. Oost-Nederland (vzr.) 13 februari 2013, L/JN BZ22236.

84 Eveneens: Rb. Oost-Nederland (vzr.) 13 februari 2013, L/JN BZ22236.

85 Rb. Den Haag (vzr.) 5 februari 2013, L/JN BZ4192. De vordering tot herbeoordeling werd afgewezen wegens gebrek aan belang omdat bij herbeoordeling zou blijken dat eiser op andere gronden ongeldig had ingeschreven.

86 Vgl. Rb. Den Haag 27 februari 2013, L/JN BZ3895 (*CAF/HTM Personenvervoer N.V. en Siemens Nederland N.V.*).

87 Het zgn. *Grossmann*-verweer van een aanbestedende (ontleend aan het arrest HvJ EU 12 februari 2004, nr. C-230/02).

88 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 15 april 2008 (*Pallas Athena Holding/Staat*), L/JN BD3216, r.o. 3.3. (herstel onbedoelde rekenfout).

89 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 11 mei 2005, L/JN BD1768 (*Van Dalen Communicatie B.V./Hoogheemraadschap Rijnland*), r.o. 3.8.

90 HR 27 maart 2009, L/JN BH1194 (*X/Gemeente Boxmeer*), r.o. 3.3 (omschrijving omzetvereiste in leidraad week af van omzetvereiste in aankondiging; vermelding in aankondiging beslissend). Zie met name de in de concl. van A-G Keus aangehaalde overwegingen 4.4 - 4.8 van Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2007 en de punten 4.5 en 4.7 van de concl. van de A-G.

91 Hof Leeuwarden 12 mei 2009, L/JN B15096, (*Welzorg Revalidatie Techniek B.V./Regioraad Noord Groningen*), r.o. 34.

92 Vgl. de beperkte toetsing door de Europese rechter bij schending van de aanbestedingsregels door Europese instellingen, bijv. in *Gerecht EU 27 september 2002, nr. T-211/02 (Tideland Signal/Commissie)*, r.o. 3.3.

93 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 8 februari 2008, L/JN BD3211 (*Cogent Inc./KLPD*), r.o. 3.4 en 3.5 (achteraf laten vallen (sub)gunningcriterium).

Illustratief is de ongeldig bevonden aanbesteding van twee waterschappen van een opdracht voor het transport van vloeibaar zuiveringsslib. De waterschappen hadden achteraf, na sluiting van de inschrijvingstermijn, een verbod op combinatievorming geëcarteerd omdat dit verbod (bij nader inzien) in strijd was met artikel 4 lid 3 Bao. Zij wensten niettemin tot gunning aan Slibtransport over te gaan. Het Hof Leeuwarden beschouwt de schrapping als een tussentijdse wijziging van de inschrijvingsvoorwaarden en stelt deze – onder verwijzing naar de arresten *Succhi di Frutta en Wienstrom* – op één lijn met het schrappen van een selectie criterium, een geschiktheidseis of een gunningcriterium. In alle gevallen gaat het immers om een wijziging achteraf in de voorwaarden die vooraf in de aanbestedingsstukken aan de inschrijving zijn gesteld en dat is met het oog op de beginselen van gelijke behandeling en transparantie onaanvaardbaar. De waterschappen putten zich in de procedure voor het hof uit in formele verweren (o.m. geen vragen gesteld, ongeldige inschrijving). Het hof verwerpt de verweren en acht appellant ontvankelijk in zijn vorderingen tot staking van de aanbesteding en tot het verbieden van de gunning aan Slibtransport.

Het hof is van oordeel:

“dat appellant, aan wie door het combinatieverbod de mogelijkheid is ontnomen om middels een inschrijving als combinatie aan de VCA*-eis te voldoen, wel degelijk belang heeft om in deze procedure op te komen tegen het ecarteren van het combinatieverbod. Zijn belang is daarin immers juist gelegen. In het geval haar deze mogelijkheid zou worden ontegenzeggend juist om reden dat zij niet voldoet aan de VCA*-eis, zou de rechtsbescherming tekort schieten. Immers, nu er in dit geval slechts twee inschrijvers waren, zou dat tot het – uit het oogpunt van de in het aanbestedingsrecht geldende algemene beginselen van transparantie en gelijkheid – onaanvaardbare resultaat leiden dat de Waterschappen zouden kunnen overgaan tot definitieve gunning van het werk aan de enig overgebleven inschrijver Slibtransport, terwijl die volgens de regels van het aanbestedingsrecht op grond van de voorwaarden voor de thans gevolgde aanbestedingsprocedure (lees: het combinatieverbod) net zo min voor gunning in aanmerking komt als [appellant].”

De schending in dit geval van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht – die ook dienen ter bescherming van de belangen van potentiële inschrijvers die nu mogelijk van inschrijving hebben afgezien wegens het combinatieverbod – brengt het hof tot het oordeel dat de aanbestedingsprocedure moet worden gestaakt. Het is aan de waterschappen te beslissen of zij in verband hiermee zullen overgaan tot heraanbesteding van de opdracht.⁹⁴

94 Vgl. Hof Leeuwarden 16 december 2008, LjN BG9924 (*Handels- en Loonbedrijf X B.V./Waterschappen Noorderzijlvest en Hunze en Aa's e.a.*).

4.5 Aanvullen motivering?

Gaandeweg ontstond de praktijk dat aanbestedende diensten in een later stadium met (aanvullende) redenen kwamen waarom een afgewezen inschrijver niet in aanmerking kwam voor de opdracht, vooral als deze rechtsbescherming zocht tegen de afwijzing van zijn inschrijving. Hiermee werd in feite een effectieve rechtsbescherming ondergraven.

In een vonnis van 19 oktober 2009 overweegt de voorzieningenrechter dat de inschrijver die bezwaar maakt tegen een voornemen tot gunning niet moet worden verrast met nieuwe bezwaren en voldoende gelegenheid moet hebben tot verweer.⁹⁵ Deze overweging biedt ruimte voor de aanbestedende dienst om met nieuwe bezwaren te komen, mits voldoende tijdig voor de zitting zodat eiser in kort geding daartegen verweer kan voeren.

In zijn arrest van 12 april 2011 overweegt het Haagse hof:

“7.2 In de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira) is geregeld dat op het moment waarop de betrokken inschrijvers door de aanbestedende dienst in kennis gesteld worden van de gunningsbeslissing, zij ook alle relevante informatie ontvangen om een doeltreffend beroep te kunnen instellen. Een samenvattende beschrijving van de relevante redenen is daartoe onvoldoende. De gunningsbeslissing dient transparant te worden gemotiveerd. In artikel 6 van de Wira is dit aldus tot uitdrukking gebracht dat de mededeling van een gunningsbeslissing aan iedere inschrijver of gegadigde de relevante redenen bevat voor die beslissing. Dit brengt mee dat het een aanbestedende dienst in beginsel niet geoorloofd is om na de in artikel 6 bedoelde mededeling (alsnog) te komen met (een) andere (relevante) reden(en) voor de gunningsbeslissing. (...)”⁹⁶

De Hoge Raad bekrachtigt het oordeel van het hof en overweegt:

“dat art. 6 lid 1 Wira aldus dient te worden uitgelegd dat een latere aanvulling van de daarin bedoelde relevante redenen in beginsel niet mogelijk is. Een uitzondering kan echter gerechtvaardigd zijn in het geval van door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden. (...)”

Een nadere toelichting is wel toegestaan:

“Ter voorkoming van misverstand wordt opgemerkt dat art. 6 lid 1 Wira zich niet ertegen verzet dat in de gunningsbeslissing vermelde redenen door de aanbestedende dienst later nader worden toegelicht. Deze mogelijk-

95 Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 19 oktober 2009, LjN BK0583 (*Kruidenier Food Services B.V./Staat*).

96 Hof 's-Gravenhage 12 april 2011, LjN BQ0942 (*Staat/KPN B.V. en Tele2 Nederland B.V./KPN B.V.*).

heid vindt haar begrenzing daar, waar in feite sprake is van het aanvoeren van nieuwe redenen.⁹⁷

Ook het Gerecht van de EU stelt als grens dat de aanvankelijke motivering niet door een volledig nieuwe mag worden vervangen.⁹⁸

5. Aansprakelijkheid wegens afbreken aanbesteding, opnieuw aanbesteden en verlengen huidige contract

Bij het sluiten van overeenkomsten is contractvrijheid het uitgangspunt. Dit is ook het geval bij het sluiten van overeenkomsten aangaande overheidsopdrachten. Dit betekent dat het de overheid in beginsel vrij staat om een overeenkomst te sluiten (of niet te sluiten). Als de overheid echter een aanbestedingsprocedure heeft georganiseerd en een of meerdere ondernemingen hebben daarop ingeschreven en komen voor gunning in aanmerking, dan staat het de betreffende overheid niet zonder objectieve rechtvaardiging meer vrij om deze aanbestedingsprocedure af te breken en tot een heraanbesteding van dezelfde opdracht over te gaan. De vrijheid van de betreffende overheid is in die situatie beperkt. Daarbij speelt een rol dat de overheid aan publiekrechtelijke beginselen (evenredigheidsbeginsel, zorgvuldigheidsbeginsel en verbod op willekeur), civielrechtelijke beginselen (de precontractuele redelijkheid en billijkheid) en aan Europese beginselen (non-discriminatie naar nationaliteit, transparantie en gelijke behandeling) gebonden is.⁹⁹ Op grond van Europese jurisprudentie moet het besluit om de opdracht niet te gunnen ter beoordeling aan de rechter kunnen worden voorgelegd.¹⁰⁰ Dit om te voorkomen dat de overheid, om maar niet met een bepaalde onderneming in zee te hoeven gaan, misbruik maakt van het recht om de aanbesteding in te trekken.¹⁰¹

5.1 Aansprakelijkheid wegens intrekking

Een overheid die een aanbestedingsprocedure intrekt kan, uit hoofde van onrechtmatige daad of wegens handelen in strijd met precontractuele verplichtingen, aansprakelijk zijn jegens de (potentiële) inschrijvers voor de door de inschrijvers gemaakte kosten, het negatief contractsbelang.¹⁰²

De overheid moet dan ook allereerst gemotiveerd kunnen onderbouwen waarom zij de aanbesteding intrekt. Intrekking is objectief gerechtvaardigd, als er een verandering is opgetreden in de behoefte van de betreffende overheid, waardoor de opdracht, zoals deze was aanbesteed, niet

meer voorziet in haar behoefte.¹⁰³ Intrekking is ook objectief gerechtvaardigd als er procedurele gebreken kleven aan de gevolgde aanbestedingsprocedure, die van dien aard zijn dat zij niet binnen de procedure te herstellen zijn, en die maken dat een rechtmatige gunning niet mogelijk is.¹⁰⁴ Een 'onregelmatigheid', zoals een afwijkende omschrijving van een omzetvereiste in de aanbestedingsleidraad ten opzichte van de omschrijving in aankondiging, rectificatie en vragenlijst, terwijl het voor gegadigden duidelijk moet zijn geweest dat uitgegaan moest worden van de vermelde omzet per jaar en niet van een gemiddelde omzet per jaar, vormt geen overtreding van de aanbestedingsvoorschriften en rechtvaardigt geen nieuwe aanbestedingsprocedure.¹⁰⁵

De overheid is verplicht de redenen voor intrekking aan de deelnemers van de aanbesteding mede te delen.¹⁰⁶ Wil een inschrijver schade op de overheid kunnen verhalen, dan moet hij van zijn kant kunnen aantonen dat de overheid met opzet of bewust roekeloos handelde. Dit is bijvoorbeeld het geval als de verandering in behoefte bij de aanvang van de aanbesteding te voorzien was, of als het procedurele gebrek evident was.¹⁰⁷ Tevens zal hij moeten aantonen dat daardoor schade is veroorzaakt. Zonder causaal verband is er geen plicht tot vergoeding van schade.¹⁰⁸

Veelal is in de aanbestedingsstukken een clause opgenomen die inhoudt dat de aanbesteding te allen tijde mag worden ingetrokken en dat de aanbesteder in dat geval niet gehouden is tot enige vergoeding van de dientengevolge geleden schade. Door inschrijving gaat een inschrijver akkoord met deze inschrijvingsvoorwaarde. Bij intrekking van de aanbesteding na inschrijving ligt toewijzing van een vordering tot schadevergoeding daardoor minder snel voor de hand.¹⁰⁹

5.2 Aansprakelijkheid wegens heraanbesteding

Een overheid die een aanbestedingsprocedure zonder 'objectieve redenen' heeft ingetrokken, is in beginsel aansprakelijk jegens de beoogde winnaar van de aanbesteding als hij dezelfde opdracht opnieuw aanbesteedt. Dit uit hoofde van strijd met de in de precontractuele fase geldende maat-

97 HR 7 december 2012, LjN BW9233 (*Staat en Tele2 Nederland B.V./KPN B.V.*). Art. 6 lid 1 WIRA is thans vervat in art. 2.130 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

98 Vgl. Gerecht, nr. T-19/95 (*Adia Interim*; nr. T-183/00 (*Strabag*) en nr. T-4/01 (*Renco*).

99 Rb. Amsterdam (vzr.) 22 januari 2013, LjN BZ0664 (*Zorgvervoercentrale Nederland B.V./Gemeente Amstelveen*).

100 HvJ EG 2 juni 2005, nr. C-15/04 (*Koppensteiner*); HvJ EG 11 januari 2005, nr. C-26/03 (*Stadt Halle*).

101 Zie meer over dit onderwerp: M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor Overheden*, Reed Business, 2013, par. 3.13 en 3.14.

102 Rb. Maastricht (vzr.) 27 augustus 2003, LjN AI1604.

103 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 15 februari 2013, LjN BZ1349 (*Xerox (Nederland) B.V./Gemeente Utrecht*); Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 3 oktober 2011, LjN BT6717 (*Stichting Kleding inzameling charitatieve instellingen/Gemeente Zoetermeer*).

104 Rb. Amsterdam (vzr.) 22 januari 2013, LjN BZ0664 (*Zorgvervoercentrale Nederland B.V./Gemeente Amstelveen*); Rb. Amsterdam (vzr.) 5 juni 2012, LjN BX3731 (*TTIF Company B.V./UWV*).

105 HR 27 maart 2009, LjN BH1194, nr. 4.4, r.o. 3.3 (concl. A-G Keus) (*X/Gemeente Boxmeer*).

106 Art. 41 lid 1 Richtlijn 2004/18/EG.

107 Rb. Groningen (vzr.) 11 januari 2013, LjN BY8197 (*B&C B.V./Gemeente Groningen*); Rb. 's-Hertogenbosch (vzr.) 5 november 2008, nr. HAZA 07-1736 (*Van der Horst/Waterschap De Dommel*), www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl; A. de Kreuk, *Schadevergoeding bij intrekken aanbesteding*, *Tender Nieuwsbrief*, 2009, nr. 3.

108 Zie over de verschillende methoden voor het bepalen van causaal verband en het onderscheid tussen de methode van het verlies van een kans en de methode van de proportionele aansprakelijkheid: L. Rammeloo, *Bewijs van causaal verband*, *Adv.bl.* 2013-4, p. 42 e.v.

109 Rb. Groningen (vzr.) 11 januari 2013, LjN BY8197 (*B&C B.V./Gemeente Groningen*).

staven van redelijkheid en billijkheid, het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel. De beoogde winnaar komt dan niet alleen in aanmerking voor de gemaakte kosten (het negatief contractsbelang), maar ook voor de gedeelde winst (het positief contractsbelang).

Hiervoor is uiteengezet wat 'objectieve redenen' kunnen zijn. De overheid is bijvoorbeeld niet aansprakelijk als de reden van intrekking van de oorspronkelijke aanbesteding is gelegen in het feit dat er gebreken aan de procedure kleven, die in de heraanbesteding ongedaan zijn gemaakt.¹¹⁰ Is dit niet de reden van intrekking geweest, dan is de overheid slechts niet aansprakelijk als sprake is van een wezenlijke wijziging¹¹¹ van de opdracht die bijvoorbeeld het gevolg is van een veranderde behoefte van de overheid.¹¹² Voor de 'wezenlijke wijziging' moet wel een rechtvaardiging zijn, wil de overheid niet aansprakelijk zijn.

Heraanbesteding van dezelfde, niet-gewijzigde opdracht, terwijl er ook geen sprake was van ernstige procedurele fouten, leidt slechts niet tot aansprakelijkheid, indien in de oorspronkelijke aanbesteding slechts onregelmatige, onaanvaardbare of geen inschrijvingen zijn gedaan.

5.3 Aansprakelijkheid wegens verlenging huidige opdracht

Regelmatig komt het voor dat de lopende overeenkomst expireert tijdens de heraanbesteding, terwijl de heraanbesteding nog niet heeft geleid tot een nieuwe overeenkomst. In dat geval is het de vraag of de overheid onrechtmatig handelt als zij de huidige overeenkomst voortzet c.q. verlengt.

Van onrechtmatig handelen is geen sprake als de betreffende overheid (ruim) voor de einddatum van de huidige overeenkomst heeft geprobeerd om tot een nieuwe aanbesteding te komen, én vaart heeft gemaakt met de heraanbesteding.¹¹³ Is dit niet het geval, dan is de betreffende overheid aansprakelijk en kan een gepasseerde onderneming in beginsel aanspraak maken op de gedeelde winst (het positief contractsbelang). Een onderneming komt hiervoor slechts in aanmerking als hij kan aantonen dat hij de opdracht, als deze zou zijn aanbesteed, zou hebben gewonnen en althans enige winst zou hebben gemaakt. In het geval hij kan aantonen dat hij een kans zou hebben gehad op de opdracht, komt hij – afhankelijk van de omstandigheden van het geval – in aanmerking voor schadevergoeding naar rato

van het aantal potentiële gegadigden, bijvoorbeeld naar rato van een kans van 1 op 2 of 1 op 6.¹¹⁴

6. Conclusie

Met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013 is, op een sterke uitbreiding van motiveringsverplichtingen en samenhangende risico's op aansprakelijkheid na, vrij weinig veranderd als het gaat om 'bronnen' van overheidsaansprakelijkheid. De meest vernieuwende wijziging, want deze zou moeten leiden tot minder voor de rechter uitgevochten aanbestedingsgeschillen, is de instelling door de Minister van Economische Zaken van een Commissie van Aanbestedingsexperts. Een ondernemer die deelneemt aan een aanbestedingsprocedure en vindt dat de aanbestedingsregels niet goed zijn toegepast of dat hij onheus is behandeld, kan daarover een klacht indienen bij deze Commissie. Omgekeerd kunnen aanbestedende organisaties klagen over het gedrag van deelnemende ondernemingen. Rechtspraak over aanbestedingen waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, is op het moment van schrijven van dit artikel niet voorhanden.

Momenteel worden de voorstellen tot wijziging van de Europese aanbestedingsrichtlijnen¹¹⁵ behandeld. Deze zullen, naar verluidt, dit najaar worden vastgesteld. De lidstaten moeten de richtlijnen dan in het voorjaar van 2015 hebben omgezet in nationale wetgeving. Dit betekent dat er op relatief korte termijn een grote wijziging van de Aanbestedingswet 2012 op stapel staat. Zoals het er nu naar uit ziet, zullen echter de wijze waarop de geschillenbeslechting plaatsvindt, en de mogelijkheden die een onderneming heeft om een aanbestedende dienst aan te spreken op het niet-nakomen van de Europese aanbestedingsregels niet significant wijzigen.

110 Rb. Groningen (vzr.) 11 januari 2013, LjN BY8197 (B&C B.V./Gemeente Groningen).

111 HvJ EG 19 juni 2008, nr. C-454/06 (Pressetext).

112 Rb. Amsterdam (vzr.) 22 januari 2013, LjN BZ0664 (Zorgvervoercentrale Nederland B.V./Gemeente Amstelveen); Rb. Midden-Nederland (vzr.) 15 februari 2013, LjN BZ1349 (Xerox (Nederland) B.V./Gemeente Utrecht); Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 6 september 2012, LjN BX9783 (D. van der Steen B.V./Gemeente Leidschendam-Voorburg).

113 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 15 februari 2013, LjN BZ1349 (Xerox (Nederland) B.V./Gemeente Utrecht).

114 Rb. Utrecht 4 juli 2001, BR 2002, p. 91; Hof 's-Gravenhage 19 mei 2009, LjN BI4344, m.nt. A.C.M. Fischer-Braams; TBR 2009/223, p. 1127 e.v. (Biedprocedure winkelpand); J.M. Hebly en F.G. Wilman, 'Schadevergoeding wegens schending van het aanbestedingsrecht', TBR 2010/59, p. 330.

115 COM (2011) 895 def., 896 def. en 897 def. d.d. 20 december 2011.