

University of Groningen

## Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures

van Heeswijck, Arthur Jeffrey

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

van Heeswijck, A. J. (2014). *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## 1 INLEIDING

Het gebrek aan effectieve sancties tegen onwettige onderhandse gunningen en de wedloop naar de ondertekening van de overeenkomst waren de Europese wetgever een doorn in het oog.<sup>1</sup> Dit is voor hem de reden geweest om in 2007 de Rechtsbeschermingsrichtlijnen aan te scherpen door een verplichte opschortingstermijn en de sanctie van ‘onverbindendheid’ te introduceren. In hoofdstuk 2 is de Wijzigingsrichtlijn in algemene zin besproken.<sup>2</sup> In dit hoofdstuk besteed ik aandacht aan de implementatie van deze richtlijn in ons nationale rechtsstelsel.

In paragraaf 2 komt de verplichte opschortingstermijn aan bod. In paragraaf 3 wordt aandacht besteed aan de gronden voor het ‘onverbindend’ verklaren van overeenkomsten. In paragraaf 4 komen de gevolgen van ‘onverbindendheid’ aan de orde en in paragraaf 5 tot slot de termijnen voor het instellen van een rechtsvordering.

De implementatie van de Wijzigingsrichtlijn heeft in eerste instantie plaatsgevonden door middel van de Wira. De Wira is door middel van de Aanbestedingswet 2012 ingetrokken.<sup>3</sup> De bepalingen van de Wira zijn tegelijkertijd verhuisd naar de Aanbestedingswet 2012. De regeling is in hoofdlijnen gelijk gebleven. De verhuizing was dan ook wetssystematisch van aard.<sup>4</sup> Hierdoor blijft de parlementaire geschiedenis van de Wira van belang voor de uitleg van de betrokken bepalingen in de Aanbestedingswet 2012.

De terminologie in dit hoofdstuk sluit aan bij de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en de Aanbestedingswet 2012. ‘Besluit tot gunning’, ‘kennisgeving van besluit tot gunning’ en ‘onverbindendheid’ verwijzen naar begrippen uit de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. De begrippen ‘gunningsbeslissing’ en ‘mededeling van de gunningsbeslissing’ verwijzen naar de Nederlandse implementatiemaatregelen.

Dit hoofdstuk heeft specifiek betrekking op de implementatie van Unierecht. Het is dan ook in de eerste plaats van belang voor aanbestedende diensten en dan nog alleen voor aanbestedingen die onder de werkingssfeer van de

---

1 Zie meer uitgebreid over de achtergronden van de wijzigingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen hoofdstuk 2, § 3.4.1. en Wilman 2008; Bel 2008.

2 Hoofdstuk 2, § 3.4.

3 Art. 4.35 Aanbestedingswet 2012.

4 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 2 en nr. 4, p. 3.

Rechtsbeschermingsrichtlijnen vallen. Enkele beschouwingen in dit hoofdstuk, in het bijzonder die over de motiveringsplicht, zijn ook relevant voor nationale en mogelijk zelfs particuliere aanbestedingen.

## 2 DE VERPLICHTE OPSCHORTINGSTERMIJN

### 2.1 INLEIDING

Het HvJ oordeelde al in *Alcatel* dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij een overeenkomst wil sluiten, beroep moet kunnen worden ingesteld, waarin nietigverklaring van dat besluit kan worden gevorderd.<sup>5</sup> Later oordeelde het HvJ dat de in acht te nemen termijn redelijk moet zijn.<sup>6</sup> De verplichte opschortingstermijn lag dus al besloten in het systeem van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en is niet geheel nieuw. In de Wijzigingsrichtlijn zijn de verplichte opschortingstermijn en de eisen aan de kennisgeving van het besluit tot gunning expliciet benoemd en geconcretiseerd. In deze paragraaf komt de implementatie van deze regeling in het Nederlandse recht aan de orde.

In paragraaf 2.2 besteed ik aandacht aan de lengte en het rechtskarakter van de verplichte opschortingstermijn. In paragraaf 2.3 komen de uitzonderingen op de verplichte opschortingstermijn aan de orde. Paragraaf 2.4 is gewijd aan de eisen die gesteld worden aan de mededeling van de gunningsbeslissing. Ik bespreek alleen de regeling in deel 2 van de Aanbestedingswet 2012. Deze regeling is in artikel 3.75 van de Aanbestedingswet 2012 van overeenkomstige toepassing verklaard op aanbestedingen door speciale-sectorbedrijven, waarop deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is.

### 2.2 DE LENGTE EN HET RECHTSKARAKTER VAN DE VERPLICHTE OPSCHORTINGSTERMIJN

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen bieden lidstaten keuzevrijheid de opschortingstermijn vast te stellen op tien dagen, wanneer het besluit tot gunning per fax of langs elektronische weg wordt verzonden of op vijftien dagen, wanneer gebruik wordt gemaakt van andere communicatiemogelijkheden. In het laatste geval mag de opschortingstermijn nog worden verkort tot tien dagen, wanneer de dag van ontvangst in plaats van de dag van verzending van het gunningsbesluit bepalend is voor de aanvang van de opschortingstermijn.<sup>7</sup>

---

5 HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*), r.o. 43.

6 HvJ EG 24 juni 2004, C-212/02 (*Alcatel II*), r.o. 23.

7 Art. 2 bis lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

In de Wira werd gekozen voor een termijn van ten minste vijftien dagen, die inging op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing was verzonden.<sup>8</sup> Artikel 5 lid 2 van de Wira schreef aanbestedende diensten voor de mededeling van de gunningsbeslissing in ieder geval tevens per fax of langs elektronische weg te verzenden. De Wira ging dus al verder dan de Rechtsbeschermingsrichtlijnen van lidstaten eisen. Beoogd werd de in het Bao en het Bass voorgeschreven termijnen te handhaven.<sup>9</sup> Hoewel eerder een langere termijn dan vijftien dagen nog als (te) bezwarend werd beschouwd voor aanbestedende diensten,<sup>10</sup> is de verplichte opschortingstermijn in de Aanbestedingswet 2012 door een amendement opgerekt tot ten minste twintig dagen.<sup>11</sup> De opschortingstermijn vangt nog steeds aan op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden.<sup>12</sup> Verzending moet nog steeds in ieder geval per fax of langs elektronische weg plaatsvinden.<sup>13</sup>

Bij het vaststellen van de dag waarop de opschortingstermijn is verstreken, moet de aanbestedende dienst rekening houden met Verordening (EEG) 1182/71 en de Algemene termijnenwet.<sup>14</sup> Als de laatste dag van de termijn een zaterdag, zondag of een algemeen erkende feestdag is, dan eindigt de termijn op het laatste uur van de eerstvolgende werkdag.<sup>15</sup>

Wanneer binnen de verplichte opschortingstermijn een onmiddellijke voorziening bij voorraad is verzocht, mag de aanbestedende dienst op grond van artikel 2.131 van de Aanbestedingswet 2012 de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst niet eerder sluiten dan nadat de rechter of, indien arbitrage is overeengekomen, het scheidsgerecht een beslissing heeft genomen over de gevorderde voorlopige voorziening en de opschortingstermijn bovendien is verstreken. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat met “een onmiddellijke voorziening bij voorraad” een in kort geding gevorderde voorlopige maatregel is bedoeld.<sup>16</sup> Een provisionele vordering als bedoeld in art. 223 Rv heeft waarschijnlijk dus geen verlenging van de opschortingstermijn tot gevolg.

De verplichte opschortingstermijn is geen vervaltermijn.<sup>17</sup> Hoewel de Rechtsbeschermingsrichtlijnen lidstaten uitdrukkelijk de mogelijkheid

---

8 Art. 4 lid 2 en lid 3 Wira.

9 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 15. Voor handhaving van de termijn van 15 dagen werd onder andere door IBR en NVvA 2009, p. 66 en Hebly & Wilman 2009, p. 388-389 gepleit.

10 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 16.

11 Art. 2.127 lid 3 Aanbestedingswet 2012. Zie PG Aanbestedingswet 2012, p. 385.

12 Art. 2.127 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

13 Art. 2.130 lid 3 Aanbestedingswet 2012.

14 Verordening (EEG) nr. 1182/71 (*PbEG* 1971, L 124/1). *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 6.

15 Art. 3 lid 4 Verordening (EEG) nr. 1182/71 (*PbEG* 1971, L 124/1). Zie voor de algemeen erkende feestdagen art. 3 lid 1 Algemene termijnenwet.

16 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 18.

17 Hof Den Bosch 12 februari 2013, *JAAN* 2013, 49, m.nt. Berben, r.o. 4.5. Zie ook Rutten 2010, p. 53.

bieden vervaltermijnen vast te stellen,<sup>18</sup> heeft de Nederlandse wetgever daarvan geen gebruik gemaakt. Aanbestedende diensten zijn bevoegd zelf contractuele vervaltermijnen te bedingen.<sup>19</sup>

### 2.3 DE UITZONDERINGEN OP DE VERPLICHTE OPSCHORTINGSTERMIJN

De Aanbestedingswet 2012 maakt in navolging van de Wira een drietal uitzonderingen op de verplichting van aanbestedende diensten om een opschortingstermijn in acht te nemen. De wetgever heeft hiermee de ruimte benut die de Rechtsbeschermingsrichtlijnen lidstaten bieden.<sup>20</sup>

Ten eerste hoeft de aanbestedende dienst op grond van artikel 2.127 lid 4 sub a van de Aanbestedingswet 2012 geen opschortingstermijn in acht te nemen, wanneer er geen verplichting bestaat tot bekendmaking van de aankondiging van de opdracht.<sup>21</sup> Te denken valt aan situaties waarin de aanbestedende dienst op grond van dwingende spoed mag afzien van een bekendmaking van de aankondiging of aan II-B diensten.<sup>22</sup> Artikel 2.127 lid 4 van de Aanbestedingswet 2012 laat de keuze om gebruik te maken van de in dit lid genoemde uitzonderingsgronden over aan de aanbestedende dienst. Wanneer de aanbestedende dienst ervoor kiest een opschortingstermijn in acht te nemen, en daarmee afziet van het gebruik van de uitzonderingsgrond, moet de mededeling van de gunningsbeslissing aan de in artikel 2.130 van de Aanbestedingswet 2012 gestelde eisen voldoen.<sup>23</sup>

Ten tweede hoeft de verplichte opschortingstermijn op grond van artikel 2.127 lid 4 sub b van de Aanbestedingswet 2012 niet in acht te worden genomen, wanneer de inschrijver met wie de aanbestedende dienst de overeenkomst wil sluiten, de enige 'betrokken inschrijver' is en er geen 'betrokken gegadigden' zijn. Artikel 2.128 van de Aanbestedingswet 2012 bevat definities van de begrippen 'betrokken inschrijver' en 'betrokken gegadigde'. Volgens de tekst van artikel 2.128 van de Aanbestedingswet 2012 hebben deze definities specifiek betrekking op de begrippen 'betrokken inschrijver' en 'betrokken gegadigde' in het tweede lid van artikel 2.127 van de Aanbestedingswet 2012 en niet tevens op de gelijkkluidende begrippen in het vierde lid van dit artikel. Uit de toelichting bij artikel 2.127 van de Aanbestedingswet 2012 valt echter af te leiden dat met de begrippen 'betrokken inschrijver' en 'betrokken gegadigde' in de leden 2 en 4 van artikel 2.127 van de Aanbestedingswet 2012

18 Art. 2 quater Rechtsbeschermingsrichtlijnen. De bevoegdheid van lidstaten om vervaltermijnen vast te stellen werd al eerder in de jurisprudentie van het HvJ erkend. Zie hoofdstuk 2, § 3.4.2.

19 Hoofdstuk 3, § 2.3.4.

20 Art. 2 ter Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

21 Art. 2.127 lid 4 sub a Aanbestedingswet 2012.

22 Art. 2.32 sub c Aanbestedingswet 2012. Zie ook punt 8 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

23 Zie Hof Den Bosch 12 februari 2013, *JAAN* 2013, 49, m.nt. Berben, r.o. 4.5, met betrekking tot II-B diensten. Bovendien zal de overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012 vernietigbaar zijn, wanneer het verstrijken van de opschortingstermijn niet wordt afgewacht; zie *Vzr. Rb. Amsterdam* 1 mei 2013, *LJN* BZ9202, r.o. 4.16.

hetzelfde is bedoeld.<sup>24</sup> Gelet op de samenhang van beide artikelliden is dit logisch. De keuze van de wetgever om in artikel 2.128 van de Aanbestedingswet 2012 voor één specifiek artikellid definities op te nemen voor begrippen die op meerdere plaatsen worden gebruikt,<sup>25</sup> is in mijn ogen ongelukkig. De definities van de begrippen 'betrokken inschrijver' en 'betrokken gegadigde' lijken beter te passen in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012, waarin alle andere definities zijn opgenomen. Beide begrippen worden hierna in paragraaf 2.4.4 besproken.

Ten derde is inachtneming van de opschortingstermijn op grond van artikel 2.127 lid 4 sub c van de Aanbestedingswet 2012 niet verplicht voor het gunnen van opdrachten op basis van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel als bedoeld in Afdeling 2.4.2. van de Aanbestedingswet 2012. De reden voor implementatie van deze facultatieve uitzonderingsgrond is het behoud van het voordeel dat de raamovereenkomst en het dynamisch aankoopstelsel bieden om op korte termijnen opdrachten te kunnen plaatsen.<sup>26</sup> De keerzijde van deze keuze van de Nederlandse wetgever is de verplichte invoering van een aanvullende vernietigingsgrond ter zake van overeenkomsten die zijn gesloten op basis van een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel.<sup>27</sup>

## 2.4 DE EISEN AAN DE MEDEDELING VAN DE GUNNINGSBESLISSING

### 2.4.1 Inleiding

De verplichte opschortingstermijn strekt ertoe afgewezen inschrijvers in staat te stellen het besluit tot gunning aan te vechten, voordat een overeenkomst is gesloten. Dit is alleen goed mogelijk, wanneer de afgewezen inschrijver op het tijdstip dat de opschortingstermijn ingaat, over alle relevante informatie beschikt.<sup>28</sup> Om die reden stellen de Rechtsbeschermingsrichtlijnen eisen aan de kennisgeving van het besluit tot gunning, zowel aan de inhoud als aan de kring van partijen aan wie de kennisgeving moet worden verzonden. De Nederlandse wetgever heeft deze eisen uitgewerkt in de regeling over de 'mededeling van de gunningsbeslissing'. In deze paragraaf komen de eisen die artikel 2.130 van de Aanbestedingswet 2012 stelt aan de mededeling van de gunningsbeslissing aan bod.

Paragraaf 2.4.2 begint met de behandeling van de inhoudelijke eisen aan de mededeling van de gunningsbeslissing. In paragraaf 2.4.3 komt de bevoegdheid van aanbestedende diensten om de motivering van de gunningsbeslissing aan te vullen aan de orde. Paragraaf 2.4.4 is gewijd aan de kring van partijen aan wie de mededeling van de gunningsbeslissing moet worden

24 PG Aanbestedingswet 2012, p. 384-385.

25 Zie voorts art. 4.15 lid 2 sub a en art. 4.16 lid 2 sub c Aanbestedingswet 2012.

26 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 17.

27 Zie hierna § 3.2.

28 HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08 (Commissie/Ierland), r.o. 30-33.

verzonden. In paragraaf 2.4.5 wordt tot slot aandacht besteed aan de beslissing tot intrekking van een aanbesteding.

#### 2.4.2 De inhoudelijke eisen aan de mededeling van de gunningsbeslissing

De mededeling van de gunningsbeslissing moet op grond van artikel 2.130 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 ‘de relevante redenen’ en een nauwkeurige omschrijving van de verplichte opschortingstermijn bevatten. De omschrijving van de verplichte opschortingstermijn lijkt in de praktijk niet tot problemen te leiden.<sup>29</sup> Een beschrijving van de ‘relevante redenen’ bezorgt menig aanbestedende dienst wel hoofdbreken.

Het begrip ‘relevante redenen’ is in artikel 2.130 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 uitgewerkt. Blijkens deze bepaling omvatten relevante redenen “in ieder geval” de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde of begunstigden bij een raamovereenkomst.<sup>30</sup> Het vermelden van de naam van de begunstigde kan geen probleem zijn. De discussie spitst zich in de praktijk vaak toe op de vraag of de mededeling van de gunningsbeslissing de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving bevat. Met andere woorden: of de motivering van de gunningsbeslissing toereikend is. Deze vraag kan met name opkomen, wanneer ‘de economisch meest voordelige inschrijving’ als gunningscriterium is gehanteerd. De motivering van een gunningsbeslissing bij een aanbesteding waarin ‘de laagste prijs’ het gunningscriterium is, zou in de regel geen moeite mogen kosten.<sup>31</sup>

Wat moet worden verstaan onder de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving is in de Aanbestedingswet 2012 niet uitgewerkt. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de minister er moeite mee had heldere criteria te formuleren. In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn is nog het meest uitgebreid ingegaan op de motiveringsplicht van aanbestedende diensten. Uit de memorie van toelichting blijkt dat ‘de relevante redenen’ in ieder geval meer omvatten dan een samenvattende beschrijving van de relevante redenen.<sup>32</sup> De mededeling van de gunningsbeslissing moet alle ‘relevante redenen’ bevatten.<sup>33</sup> De Hoge Raad heeft dit inmiddels in *Staat en Tele2/KPN* bevestigd.<sup>34</sup>

29 De aanbestedende dienst zal daarbij rekening moeten houden met feest- en zondagen. Zie hiervoor § 2.2.

30 Het gebruik van het meervoud ‘partijen’ in art. 2.130 lid 2 Aanbestedingswet 2012 specifiek voor raamovereenkomsten is opvallend. Ook reguliere overheidsopdrachten kunnen immers aan meer dan één partij worden gegund. Vanzelfsprekend zal ook in dat geval de mededeling van de gunningsbeslissing de namen van alle begunstigden moeten bevatten.

31 Dit is mogelijk weer anders, wanneer *total cost of ownership* is gekozen als criterium in plaats van eenvoudigweg de kostprijs.

32 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 7.

33 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 7, p. 3.

34 HR 7 december 2012, *NJ* 2013, 154, (*Staat en Tele2/KPN*) m.nt. Mok, r.o. 3.9.2. Zie ook HR 7 december 2012, *LJN* BW9231. Deze arresten zijn voorts geannoteerd in *TBR* 2013, 33, Blaisse-Verkooijen; *BR* 2013, 48, De Jong; *JAAN* 2013, 6, Mutsaers. Zie voorts Sueters 2013.



De Wira (thans de Aanbestedingswet 2012) ging daarmee verder dan de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.<sup>35</sup>

In de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel voor de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn heeft de minister wel suggesties gedaan voor het uitvoering geven aan de motiveringsplicht. De eisen aan de motivering van een gunningsbeslissing zouden afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, maar de 'relevante redenen' zouden volgens de minister onder meer de volgende elementen kunnen omvatten:<sup>36</sup>

- De eindscores van zowel de afgewezen inschrijver als de geselecteerde inschrijver.
- De scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken (bedoeld is waarschijnlijk criteria en subcriteria) en de reden waarom op die specifieke kenmerken eventueel niet de maximale score is toegekend.
- Een verduidelijking van de toepassing van de gehanteerde criteria.

Verschillende Kamerfracties vonden deze suggesties vrijblijvend en vroegen de minister waarom de elementen van de motivering niet dwingend werden voorgeschreven.<sup>37</sup> De minister antwoordde op deze vragen dat het aan de aanbestedende dienst is om de inschrijvingen te beoordelen. De vrijheid van de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijvingen zou in de weg staan aan het dwingend voorschrijven van elementen van de motivering. Deze vrijheid is volgens de minister niet onbegrensd. De motivering dient zodanig te zijn dat de afgewezen inschrijver een goede afweging kan maken of hij de gunningsbeslissing wil aanvechten.<sup>38</sup>

Aan de ene kant valt voor het standpunt van de minister wel iets te zeggen. Een aanbestedende dienst komt volgens vaste jurisprudentie een zekere mate van beoordelingsvrijheid toe bij de beoordeling van inschrijvingen op basis van het gunningscriterium 'de economisch meest voordelige inschrijving'.<sup>39</sup> De motivering van de gunningsbeslissing ligt in het verlengde van de beoordeling van de inschrijvingen. Wanneer de aanbestedende dienst vrijheid toekomt bij de beoordeling van inschrijvingen, ligt het niet voor de hand de eisen aan de motivering in een keurslijf te persen.

Aan de andere kant bestaat er voor het motiveren van een gunningsbeslissing behoefte aan enig houvast. De motivering van de gunningsbeslissing is immers de hoeksteen van een stelsel van effectieve rechtsbescherming van afgewezen inschrijvers. Bovendien neemt bij een ontoereikende motivering de verplichte opschortingstermijn geen aanvang.<sup>40</sup> Wanneer de aanbestedende dienst een inschattingfout maakt en na eenentwintig dagen na de

---

35 Art. 2 bis lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

36 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 7.

37 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 6, p. 3-4.

38 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 7, p. 3 en p. 7.

39 Zie o.a. Hof Den Haag 21 februari 2008, *LJN* BC5066, r.o. 23; *Vzr. Rb. Arnhem* 13 juni 2012, *LJN* BX3551, r.o. 4.7.

40 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 7 en p. 18, bevestigd in *HR* 7 december 2012, *NJ* 2013, 154 (Staat en Tele2/KPN), r.o. 3.10.



mededeling van de gunningsbeslissing een overeenkomst sluit, kunnen de gevolgen voor de aanbestedende dienst en zijn wederpartij ingrijpend zijn. De overeenkomst is dan immers op grond van artikel 4.15 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 vernietigbaar. Het belang van alle betrokken partijen bij duidelijkheid over de eisen die aan de motivering van de gunningsbeslissing worden gesteld, is daarmee gegeven.

Over de motivering van de gunningsbeslissing is veel jurisprudentie verschenen en is veel geschreven.<sup>41</sup> Helaas is het ondanks het gewenste houvast lastig algemene regels te formuleren. Ik zou met de minister willen aannemen dat de aanbestedende dienst een zekere mate van vrijheid toekomt bij het uitvoering geven aan de motiveringsplicht. Als grondregel zou moeten gelden dat de afgewezen inschrijver op basis van de motivering moet kunnen nagaan, waarom niet hij maar de door de aanbestedende dienst aangewezen inschrijver voor gunning in aanmerking komt. De bekendmaking van alleen een scoretabel is onvoldoende.<sup>42</sup> De aanbestedende dienst zal de scores schriftelijk moeten toelichten, zodat duidelijk is waarom verschillende scores zijn toegekend. Bovendien moeten *alle* scores worden toegelicht, ook de scores op criteria waarop de verschillen tussen de winnaar en de afgewezen inschrijver niet groot zijn of waarop de afgewezen inschrijver zelfs beter heeft gescoord dan de winnaar. De uitkomst van de beoordeling van inschrijvingen op basis van 'de economisch meest voordelige inschrijving' is immers het resultaat van een optelsom van de scores op alle (sub)criteria. Een te lage beoordeling op criteria waarop de afgewezen inschrijver een hogere score heeft behaald dan de winnaar kan de uitkomst in dezelfde mate beïnvloeden als een te lage beoordeling op criteria waarop de winnaar een hogere score heeft behaald. De aanbestedende dienst mag zich dus niet beperken tot een toelichting bij de scores op criteria waarop de winnaar zich duidelijk in positieve zin van de afgewezen inschrijver heeft onderscheiden. Tot slot ligt het voor de hand dat de aanbestedende dienst in ieder geval de scores van de afgewezen inschrijver op de verschillende criteria toelicht, maar naar mijn mening mag een toelichting bij de scores van de winnaar op de criteria ook niet ontbreken.<sup>43</sup> Volgens artikel 2.130 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 omvatten 'de relevante redenen' immers in ieder geval de kenmerken en voordelen van *de uitgekozen* inschrijving. Zonder kennis van de beoordeling van de inschrijving van de winnaar kan de afgewezen inschrijver onmogelijk nagaan, of die beoordeling

---

41 Zie voor literatuur met verwijzing naar jurisprudentie o.a. Van der Velden & Radder 2013, p. 48-49; Lengyel-Verresen 2011, p. 948-951; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 523-531.

42 Van der Velden & Radder 2013, p. 49. In de MvT bij het voorstel voor de Aanbestedingswet 2012 beweert de minister op basis van één enkele uitspraak, waarvan de inhoud ook nog onvolledig wordt weergegeven, het tegendeel; zie PG Aanbestedingswet 2012, p. 192. Deze opmerking moet als *slip of the pen* worden beschouwd.

43 De minister lijkt in de MvT bij het wetsvoorstel voor de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn het tegendeel te suggereren; zie *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 7.

correct is geweest. De aanbestedende dienst moet tegelijkertijd voorkomen dat hij gegevens openbaar maakt die hem vertrouwelijk zijn verstrekt.<sup>44</sup> Voorts mag hij geen gegevens verstrekken voor zover dit in strijd zou zijn met de wet of het openbaar belang, dit de rechtmatige commerciële belangen van ondernemers zou schaden of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers.<sup>45</sup>

### 2.4.3 Aanvulling en toelichting van de motivering

Aanbestedende diensten zien nog al eens aanleiding de motivering van de gunningsbeslissing aan te vullen of toe te lichten, in het bijzonder wanneer een afgewezen inschrijver besluit de gunningsbeslissing aan te vechten. Tot voor kort gaven voorzieningenrechtters aanbestedende diensten ruim baan om aanvullende afwijzingsgronden aan te voeren. Als voorwaarde gold slechts dat nieuwe afwijzingsgronden tijdig voor de mondelinge behandeling van het kort geding werden medegedeeld, zodat de afgewezen inschrijver zich daarop behoorlijk kon voorbereiden.<sup>46</sup> De Hoge Raad heeft de veronderstelde vrijheid van aanbestedende diensten om de motivering van de gunningsbeslissing aan te vullen in *Staat en Tele2/KPN* aan banden gelegd. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat aanvulling van de relevante redenen in beginsel niet mogelijk is. Een uitzondering kan volgens de Hoge Raad gerechtvaardigd zijn “in het geval van door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden”.<sup>47</sup> “Ter voorkoming van misverstand” voegt de Hoge Raad aan zijn overwegingen nog toe dat toelichting van de relevante redenen wel is toegestaan. Die mogelijkheid vindt haar begrenzing daar waar sprake is van het aanvoeren van nieuwe redenen.<sup>48</sup> Daarmee is de cirkel rond.

Het arrest *Staat en Tele2/KPN* heeft veel aandacht getrokken, zowel in de lagere jurisprudentie als in de literatuur.<sup>49</sup> Een voor de praktijk belangrijke vraag is in hoeverre de jurisprudentie van de Hoge Raad ruimte openlaat voor aanbestedende diensten om afgewezen inschrijvers die naar aanleiding van de mededeling van de gunningsbeslissing een kort geding zijn gestart, een niet eerder ontdekt gebrek in de inschrijving tegen te werpen. Ondanks

---

44 Art. 2.57 Aanbestedingswet 2012.

45 Art. (3.71 jo.) 2.104 Aanbestedingswet 2012. Deze bepaling heeft naar de letter genomen uitsluitend betrekking op de ‘mededeling tot uitsluiting en afwijzing’. De beperking van openbaarmaking van gegevens geldt echter ook voor de motivering van de gunningsbeslissing als bedoeld in art. 2.130 Aanbestedingswet 2012; zie art. 41 Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren en art. 49 Aanbestedingsrichtlijn nutssectoren. Met art. (3.71 jo.) 2.104 Aanbestedingswet 2012 is beoogd deze richtlijnbeperkingen te implementeren; zie PG Aanbestedingswet 2012, p. 364.

46 Zie met verwijzing naar jurisprudentie Van der Velden & Radder 2013, p. 51; De Jong in zijn noot onder HR 7 december 2012, *BR* 2013, 48. De in de lagere jurisprudentie gekozen lijn vond steun in de literatuur; zie Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 575.

47 HR 7 december 2012, *NJ* 2013, 154 (*Staat en Tele2/KPN*), r.o. 3.11.

48 HR 7 december 2012, *NJ* 2013, 154 (*Staat en Tele2/KPN*), r.o. 3.12.

49 Zie noten in *NJ* 2013, 154, Mok; *TBR* 2013, 33, Blaisse-Verkooyen; *BR* 2013, 48, De Jong; *JAAN* 2013, 6, Mutsaers. Zie voorts Sueters 2013.

het streven van de Hoge Raad om misverstanden te voorkomen, geeft het arrest op deze vraag geen eenduidig antwoord.

Mutsaers ziet in *Staat en Tele2/KPN* niet of nauwelijks een beperking om een inschrijver na de mededeling van de gunningsbeslissing (nieuwe) gebreken in zijn inschrijving tegen te werpen. Hij ziet in een (dreigende) schending van het beginsel van gelijke behandeling een bijzondere reden om af te wijken van de hoofdregel dat aanvulling van de motivering niet is toegestaan. Dit zou slechts anders zijn, wanneer de aanbestedende dienst bij de initiële beoordeling van de inschrijvingen “schromelijk is tekortgeschoten en op die manier het zorgvuldigheidsbeginsel met voeten heeft getreden”.<sup>50</sup> Mutsaers verwijst voor een voorbeeld van een dergelijke situatie naar een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag.<sup>51</sup> Deze uitspraak betrof een zeer uitzonderlijke situatie; de afgewezen inschrijver werden gebreken tegengeworpen waarvoor de aanbestedende dienst eerder gelegenheid tot herstel had geboden. Een dergelijke situatie zal zich in de praktijk niet snel herhalen.

Ik volg Mutsaers niet in zijn betoog. Indien het aanbestedende diensten wordt toegestaan onder het mom van het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers een klagende partij de voet dwars te zetten, blijft van de door de Hoge Raad uitvoerig gemotiveerde hoofdregel dat de mededeling van de gunningsbeslissing de volledige motivering moet bevatten, weinig over. Dan wordt de uitzondering de regel. Dit kan niet de bedoeling zijn geweest van de Hoge Raad. Bovendien impliceert de door Mutsaers aangenomen uitzondering op het uitgangspunt dat aanvulling van afwijzingsgronden na de mededeling van de gunningsbeslissing niet is toegestaan, verschillende gradaties van schending van het zorgvuldigheidsbeginsel. Aan een schending van dit beginsel zouden pas gevolgen mogen worden verbonden, wanneer er sprake is van “schromelijk tekortschieten” bij de initiële beoordeling. Daarmee miskent Mutsaers in mijn ogen dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur onverkort van toepassing zijn op privaatrechtelijk handelen van overheden.<sup>52</sup> Voor relativisering van die beginselen door gradaties van schendingen te onderscheiden, is dus geen plaats.

Ik sluit mij aan bij de opvatting van De Jong, die meent dat van een de door de Hoge Raad genoemde bijzondere reden of omstandigheid (onder meer) sprake kan zijn, wanneer de aanbestedende dienst na de mededeling van de gunningsbeslissing nieuwe informatie ontvangt die een aanvullende afwijzingsgrond oplevert.<sup>53</sup> Het moet naar mijn mening wel gaan om informatie

---

50 Mutsaers in zijn noot onder HR 7 december 2012, *JAAN*, 6. Daarnaast zou de aanbestedende dienst volgens Mutsaers een goede reden moeten hebben voor aanvulling, bijv. het belang van andere inschrijvers en zou aanvulling bovendien tijdig moeten worden gedaan. Deze voorwaarden zullen in de praktijk nauwelijks een obstakel vormen.

51 V.zr. Rb. Den Haag 19 oktober 2009, *LJN* BK0583.

52 Zie hoofdstuk 3, § 4.2.

53 De Jong in zijn noot onder HR 7 december 2012, *BR* 2013, 48.

waarmee de aanbestedende dienst voorafgaand aan de mededeling van de gunningsbeslissing redelijkerwijs niet bekend kon of behoeft te zijn.<sup>54</sup> Wanneer de aanbestedende dienst ontdekt dat hij bij de initiële beoordeling van de inschrijvingen een fout heeft gemaakt en een afwijzingsgrond over het hoofd heeft gezien, dan rest hem niets anders dan de gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen.<sup>55</sup>

De regel dat de mededeling van de gunningsbeslissing niet mag worden aangevuld lijkt na *Staat en Tele2/KPN* ook in de lagere jurisprudentie te zijn geland.<sup>56</sup> De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag lijkt helaas de deur op een kier te zetten voor aanbestedende diensten om deze fundamentele regel via het belangvereiste te omzeilen.<sup>57</sup> Blijkens een recent arrest van het Gerechtshof Den Haag kan een correctie van een aanvulling worden onderscheiden.<sup>58</sup>

Aan het slot van deze paragraaf wijs ik nog op de mogelijkheid van analoge toepassing van het verbod op aanvulling van de motivering van een gunningsbeslissing op selectiebeslissingen in Europese aanbestedingen en op selectie- en gunningsbeslissingen in nationale aanbestedingen. Weliswaar hangt het door de Hoge Raad geformuleerde verbod sterk samen met de verplichte opschortingstermijn van (thans) artikel 2.127 van de Aanbestedingswet 2012, die alleen van toepassing is op gunningsbeslissingen in Europese aanbestedingen, maar de ratio van het verbod is dat de afgewezen inschrijver op basis van de mededeling van de gunningsbeslissing volledig geïnformeerd een afweging moeten kunnen maken omtrent het instellen van een rechtsmiddel.<sup>59</sup> In geval van selectiebeslissingen in Europese aanbestedingen en selectie- en gunningsbeslissingen in nationale aanbestedingen hebben afgewezen inschrijvers, wanneer een korte termijn is gesteld om een rechtsmiddel in te stellen, net zo goed belang bij een selectie- of gunningsbeslissing die direct deugdelijk is gemotiveerd. De ratio van het verbod op aanvulling van de motivering geldt dus ook voor opschortingstermijnen die bij selectiebeslissingen in Europese aanbestedingen (onverplicht) in acht worden genomen en voor selectie- en gunningsbeslissingen in nationale aanbestedingen. Een verplichting om deze beslissingen van een deugdelijke

---

54 De Jong laat dit in zijn noot onder HR 7 december 2012, *BR* 2013, 48, in het midden.

55 Sueters 2013.

56 Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant 30 januari 2013, *JAAN* 2013, 76, m.nt. Zweers-te Raaij; Vزر. Rb. Midden-Nederland 30 januari 2013, *LJN* BZ0197, r.o. 4.8. In Vزر. Rb. Rotterdam 26 april 2013, *JAAN* 2013, 126, r.o. 4.30, wordt het criterium 'aanvulling' naar mijn mening ten onrechte opgerekt tot 'dermate ongeoorloofde latere aanvulling'.

57 Vزر. Rb. Den Haag 5 februari 2013, *LJN* BZ4192. Zie over het belangvereiste in aanbestedingsgeschillen hoofdstuk 7, § 2.4.

58 Hof Den Haag 25 juni 2013, *ECLI* NL:GHDHA:2013:2081, r.o. 7.

59 HR 7 december 2012, *NJ* 2013, 154 (*Staat en Tele2/KPN*), r.o. 3.10-3.11. Zie ook HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08 (*Uniplex*), r.o. 30-34; HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08 (*Commissie/Ierland*), r.o. 30-33; *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 18, nr. 7, p. 3 en p. 7; Dijkman-Uilders & Tichelaar 2013, p. 106.

motivering te voorzien is uit het transparantiebeginsel af te leiden.<sup>60</sup> Ik zie geen reden aan de kwaliteit van de motivering van selectiebeslissingen in Europese aanbestedingen en selectie- en gunningsbeslissing in nationale aanbestedingen lagere eisen te stellen dan aan de in artikel 2.130 van de Aanbestedingswet 2012 neergelegde motiveringsplicht. In alle gevallen moet het aanbestedende diensten, behoudens “door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden”, worden verboden de motivering van de selectie- en gunningsbeslissingen aan te vullen.

#### 2.4.4 De kring van partijen aan wie de mededeling van de gunningsbeslissing moet worden verzonden

De mededeling van de gunningsbeslissing moet ingevolge artikel 2.127 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 aan de ‘betrokken inschrijvers’ en ‘betrokken gegadigden’ worden verzonden. Artikel 2.128 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt tot welk moment een inschrijver of een gegadigde nog ‘betrokken’ is.<sup>61</sup> Blijkens het eerste lid van deze bepaling is een ‘betrokken inschrijver’ een inschrijver die niet definitief is uitgesloten. Een uitsluiting is definitief, wanneer de inschrijver daarvan in kennis is gesteld en de uitsluiting door de rechter rechtmatig is bevonden, dan wel er niet langer een rechtsmiddel openstaat tegen de uitsluiting. Blijkens het tweede lid van artikel 2.128 van de Aanbestedingswet 2012 is een ‘betrokken gegadigde’ iedere gegadigde aan wie de aanbestedende dienst geen informatie over de afwijzing van zijn verzoek tot deelneming heeft verstrekt, voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van de gunningsbeslissing.

Artikel 2.128 van de Aanbestedingswet 2012 is bijna woordelijk overgenomen uit de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.<sup>62</sup> De wetgever heeft bij de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn helaas onvoldoende oog gehad voor de samenhang tussen de verschillende richtlijnbevestigingen. Dit levert met name problemen op voor de definitie van het begrip ‘betrokken inschrijver’. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen staan lidstaten toe naast de verplichte opschortingstermijn vervaltermijnen vast te stellen.<sup>63</sup> Als de in artikel 2.103 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde beslissing tot uitsluiting een vervaltermijn in werking stelt, is protest tegen die beslissing niet

---

60 HR 7 december 2012, *NJ* 2013, 154 (Staat en Tele2/KPN), r.o. 3.11. Voor de meervoudig onderhandse procedure is die verplichting bovendien in art. 1.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 neergelegd.

61 Deze definities zijn zoals gezegd ook relevant voor het begrip ‘betrokken inschrijvers’ en ‘betrokken gegadigden’ in art. 2.127 lid 4 sub b Aanbestedingswet 2012; zie hiervoor § 2.3.

62 Zie art. 2 bis Rechtsbeschermingsrichtlijnen. In de Aanbestedingswet 2012 zijn de woorden “worden geacht betrokken te zijn bij” geschrapt, omdat dit zou neerkomen op een voor tegenbewijs vatbaar vermoeden; zie PG Aanbestedingswet 2012, p. 386. Dit is onjuist: “geacht worden” duidt op een onweerlegbaar vermoeden. Zie ook hiervoor hoofdstuk 3, § 2.3.3. De tekstuele aanpassing was dus onnodig.

63 Zie art. 2 quater Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zie ook hiervoor hoofdstuk 2, § 3.4.2.

langer mogelijk, wanneer de vervaltermijn ongebruikt is verstreken. In dat geval kan er sprake zijn van de in artikel 2 bis van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen bedoelde situatie dat er niet langer een rechtsmiddel openstaat tegen de uitsluiting. De Nederlandse wetgever heeft de mogelijkheid om vervaltermijnen vast te stellen echter niet benut.<sup>64</sup> Hierdoor kan de in artikel 2.128 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde situatie dat er niet langer een rechtsmiddel openstaat tegen de uitsluiting, zich niet voordoen, tenzij de aanbestedende dienst zelf contractueel een vervaltermijn heeft bedongen.<sup>65</sup>

Wanneer geen contractuele vervaltermijn van toepassing is, is artikel 2.128 lid 1 grotendeels een dode letter. Een inschrijver zou nog als 'definitief uitgesloten' in de zin van artikel 2.128 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 kunnen worden beschouwd, wanneer hij al vóór de mededeling van de gunningsbeslissing een kort geding is gestart tegen zijn uitsluiting en de rechter zijn vordering heeft afgewezen. Deze situatie zal zich echter in de praktijk waarschijnlijk niet vaak voordoen.<sup>66</sup> Als geen contractuele vervaltermijn is overeengekomen, doet de aanbestedende dienst er dus verstandig aan de mededeling van de gunningsbeslissing tevens te verzenden aan inschrijvers die al voorafgaand aan de mededeling van de gunningsbeslissing van hun uitsluiting in kennis zijn gesteld. De sanctie op niet-naleving van verzending van de mededeling van de gunningsbeslissing is immers zwaar, te weten vernietiging van de overeenkomst.<sup>67</sup>

Het tweede lid van artikel 2.128 van de Aanbestedingswet 2012, dat bepaalt tot welk moment een gegadigde 'betrokken' is, is beter toepasbaar. De hoedanigheid van 'betrokken gegadigde' is namelijk niet afhankelijk van het openstaan van een rechtsmiddel tegen de afwijzing van de aanmelding. Opvallend is wel dat de minister de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan als 'betrokken gegadigde' aanmerkt en dus niet als 'betrokken inschrijver'.<sup>68</sup> Deze opvatting valt niet alleen moeilijk te rijmen met de definitie van het begrip 'betrokken gegadigde',<sup>69</sup> maar is tevens in strijd met het spraakgebruik. Zij heeft bovendien tot gevolg dat voor inschrijvers die vanwege een gebrek in hun inschrijving zijn afgewezen

---

64 Art. 2.103 Aanbestedingswet 2012 bepaalt wel dat de aanbestedende dienst de afwijzing van inschrijvers zo spoedig mogelijk schriftelijk mededeelt en op schriftelijk verzoek de redenen daarvoor bekend maakt, maar bepaalt niet binnen welke termijn daartegen beroep moet worden ingesteld.

65 Zie hoofdstuk 3, § 2.3.4.

66 Te denken valt nog aan een concurrentiegerichte dialoog als bedoeld in art. 2.28 Aanbestedingswet 2012 die in meerdere fasen verloopt.

67 Zie hierna § 3.2.

68 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 17.

69 Art. 2.128 lid 2 Aanbestedingswet 2012 luidt: "Een betrokken gegadigde als bedoeld in art. 2.127, tweede lid, is iedere gegadigde aan wie de aanbestedende dienst geen informatie over de afwijzing van zijn verzoek tot deelneming ter beschikking heeft gesteld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van de gunningsbeslissing."



enerzijds en inschrijvers die op andere gronden zijn afgewezen anderzijds verschillende regimes gelden.<sup>70</sup> Op de eerste categorie ‘inschrijvers’ is artikel 2.128 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing, op tweede categorie artikel 2.128 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012. Voor dit onderscheid is geen goede reden te bedenken. De opvatting van de minister doet dus afbreuk aan de coherentie van de Aanbestedingswet 2012 en moet naar mijn mening worden verworpen.

#### 2.4.5 De beslissing tot intrekking van een aanbesteding

Het begrip ‘gunningsbeslissing’ is ruim en omvat blijkens de definitie van dit begrip in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 tevens de keuze om geen overeenkomst te sluiten. Artikel 2.130 van de Aanbestedingswet 2012, dat eisen stelt aan de mededeling van de gunningsbeslissing, is echter toegespitst op de motivering van een beslissing om de opdracht aan een bepaalde inschrijver te gunnen. Met deze bepaling is dan ook beoogd artikel 2 bis lid 2, vierde alinea, eerste gedachtestreepje van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren te implementeren.<sup>71</sup> Hierin is bepaald dat de kennisgeving van het besluit tot gunning vergezeld gaat van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen als bedoeld in artikel 41 lid 2 van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren. Artikel 41 lid 2 van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren heeft kort gezegd betrekking op de motivering van de afwijzing van gegadigden en inschrijvers en de keuze om de opdracht aan een bepaalde inschrijver te gunnen, maar niet tevens op de intrekking van een aanbesteding. Artikel 2.130 van de Aanbestedingswet 2012 is dus niet van toepassing op de beslissing van de aanbestedende dienst om een opdracht niet te gunnen en de aanbesteding in te trekken.

De verplichting van de aanbestedende dienst om inschrijvers gemotiveerd in kennis te stellen van de beslissing om een opdracht niet te gunnen, is in artikel 41 lid 1 van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren neergelegd. De Nederlandse wetgever heeft dit artikel niet volledig geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. De verplichting van de aanbestedende dienst tot motivering van de beslissing om een opdracht te gunnen, is in artikel 2.130 van de Aanbestedingswet 2012 geregeld en de motivering van de beslissing tot uitsluiting en afwijzing van gegadigden en inschrijvers in artikel 2.103 van de Aanbestedingswet 2012. De verplichting om inschrijvers gemotiveerd in kennis te stellen van de beslissing om een opdracht niet te gunnen lijkt bij de totstandkoming van de Aanbestedingswet 2012 tussen het wal en het schip te zijn geraakt.<sup>72</sup>

70 Bijv. vanwege een lagere score op het gunningscriterium.

71 *Kamerstukken II*, 2008/09. 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 6-8 en p. 17-18.

72 In art. 41 lid 1 Bao was art. 41 Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren wel volledig geïmplementeerd.



Het is aan de Nederlandse wetgever om artikel 41 lid 1 van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren (opnieuw) te implementeren. In tegenstelling tot de Rechtsbeschermingsrichtlijnen lijkt artikel 41 lid 1 van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren onvoorwaardelijk en voldoende bepaald.<sup>73</sup> Tot het moment waarop het implementatiegebrek in de Aanbestedingswet 2012 is hersteld, kunnen inschrijvers dus een rechtstreeks beroep doen op deze bepaling. Wanneer de aanbestedende dienst een ‘particulier’ is,<sup>74</sup> is rechtstreekse werking echter uitgesloten.<sup>75</sup> In dat geval is een verplichting van de aanbestedende dienst om inschrijvers zo spoedig mogelijk gemotiveerd in kennis te stellen van de beslissing om de aanbesteding in te trekken mogelijk uit het transparantiebeginsel af te leiden. Als de rechter anders oordeelt, rest de benadeelde inschrijver een vordering op de Nederlandse staat op grond van lidstaataansprakelijkheid.<sup>76</sup>

Over de inhoudelijke eisen aan de motivering van de beslissing om een aanbesteding in te trekken valt *in abstracto* weinig te zeggen. De aanbestedende dienst zal tot op zekere hoogte inzicht moeten geven in de overwegingen die ten grondslag liggen aan de beslissing om de opdracht niet te gunnen. Volgens de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem zouden aan de motivering niet al te hoge eisen mogen worden gesteld.<sup>77</sup> Nu artikel 2.130 van de Aanbestedingswet 2012 toepassing mist, is de jurisprudentie van de Hoge Raad over aanvulling van de motivering van de gunningsbeslissing niet, althans niet rechtstreeks, van toepassing.<sup>78</sup>

### 3 DE GRONDEN VOOR Vernietiging

#### 3.1 INLEIDING

In de Rechtsbeschermingsrichtlijnen is een drietal gronden omschreven op basis waarvan een overeenkomst ‘onverbindend’ moet kunnen worden verklaard. De implementatie van deze gronden wordt besproken in paragraaf 3.2. In paragraaf 3.3 komt de vrijwillige voorafgaande publicatie aan

---

73 Vgl. HvJ EG 22 juni 1989, C-103/88 (Fratelli Costanzo), r.o. 32, over art. 29 lid 5 van de oude richtlijn inzake werken; Richtlijn 71/305/EEG (*PbEG* 1971, L 185/5).

74 Zie over het begrip ‘particulier’ hoofdstuk 2, § 3.2.5.4.

75 Zie hoofdstuk 2, § 3.5.5.

76 Hoofdstuk 2, § 2.7.

77 Vzr. Rb. Haarlem 23 november 2007, *LJN* BB9853, r.o. 4.5. Dit is een vervolg op Vzr. Rb. Haarlem 19 juli 2007, *NJF* 2009, 223. Deze uitspraken lijken betrekking te hebben op een concessie voor diensten, die niet onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren valt. In de uitspraken lijkt hieraan geen betekenis te zijn toegekend. Ook in Vzr. Rb. Overijssel 26 juli 2013, *ECLI* NL:RBOVE:2013:1598, r.o. 4.4, werden geen hoge eisen gesteld aan de motivering van de beslissing tot intrekking van de aanbesteding. Zie over de motiveringsplicht voorts HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (Hospital Ingenieure), r.o. 41; Vzr. Rb. Den Haag 22 maart 2012, *LJN* BW0098, r.o. 4.4; Vzr. Rb. Leeuwarden 5 juli 2012, *LJN* BX2163.

78 Vzr. Rb. Midden-Nederland 15 februari 2013, *LJN* BZ1349, r.o. 4.17.4, lijkt wel uit te gaan van een verbod op aanvulling van de motivering.

bod, een voorziening die aanbestedende diensten bij correcte toepassing de mogelijkheid biedt het gevaar voor ‘onverbindendheid’ uit te sluiten en daardoor tegemoet komt aan de gewenste rechtszekerheid.

Lidstaten mogen de gronden op basis waarvan een overeenkomst ‘onverbindend’ kan worden verklaard uitbreiden, maar verplicht is dat niet.<sup>79</sup> Het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever bij de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn was om niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk.<sup>80</sup> Hij heeft geen aanvullende gronden aangewezen voor het ‘onverbindend verklaren’ van overeenkomsten. Hierdoor zijn de arresten *Uneto/De Vliert* en *Gebr. Van der Stroom/Staat* nog steeds relevant voor de rechtspraak.<sup>81</sup> Zij komen in paragraaf 3.4 aan de orde.

### 3.2 DE GRONDEN VOOR Vernietiging

De gronden voor vernietiging van een overeenkomst zijn in artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 opgenomen.<sup>82</sup> Ten eerste is een overeenkomst op grond van artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 vernietigbaar, wanneer de aanbestedende dienst in strijd met deel 2 of deel 3 van de wet heeft verzuimd de bekendmaking van de aankondiging van een opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie te publiceren. Deze vernietigingsgrond is in de eerste plaats bedoeld als sanctie op ‘onwettige onderhandse gunningen’.<sup>83</sup> Zijn reikwijdte is echter ruimer. De vernietigingsgrond is bijvoorbeeld ook van toepassing, wanneer de aanbestedende dienst een opdracht ten onrechte nationaal in plaats van Europees heeft aanbesteed.

Ten tweede is een overeenkomst op grond van artikel 4.15 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 vernietigbaar, wanneer de aanbestedende dienst de verplichte opschortingstermijn als bedoeld in artikel 2.127 lid 1 of 2.131 van de Aanbestedingswet 2012 niet in acht heeft genomen. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen bieden lidstaten de mogelijkheid nadere voorwaarden te verbinden aan een beroep op deze vernietigingsgrond. Lidstaten kunnen in de eerste plaats bepalen dat de inschrijver die een beroep doet op ‘onverbindendheid’ door de schending van de verplichte opschortingstermijn geen rechtsmiddel heeft kunnen instellen. In de tweede plaats kunnen lidstaten bepalen dat er naast de schending van de verplichte opschortingstermijn sprake moet zijn van een inbreuk op de toepasselijke Aanbestedingsrichtlijn, die bovendien de kansen heeft beïnvloed van de inschrijver die een beroep

79 Art. 2 lid 7 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren en art. 2 lid 6 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

80 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 1 en p. 13.

81 HR 22 januari 1999, *NJ* 2000, 305 (*Uneto/De Vliert*); HR 4 november 2005, *NJ* 2006, 204 (*Gebr. Van der Stroom/Staat*), m.nt. Mok.

82 Vernietiging is het leerstuk waarin de Nederlandse wetgever de sanctie van ‘onverbindendheid’ heeft gegoten. Zie over de gevolgen vernietiging hierna § 4.2.

83 Punt 14 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

doet op ‘onverbindendheid’.<sup>84</sup> De Nederlandse wetgever heeft “omwille van de eenvoud” afgezien van implementatie van deze nadere voorwaarden.<sup>85</sup> De schending van de verplichte opschortingstermijn volstaat dus voor toepassing van de vernietigingsgrond van artikel 4.15 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012.

De vraag is of dit een gelukkige keuze is geweest van de wetgever. Op het eerste gezicht komt de regeling sympathiek over. Zij verlicht de bewijslast voor inschrijvers en leidt daarmee tot een verbetering van de rechtsbescherming.<sup>86</sup> Voor een schending van de verplichte opschortingstermijn is echter niet veel nodig. Daarvan kan al sprake zijn, wanneer de motivering van de gunningsbeslissing onvoldoende is of de mededeling van de gunningsbeslissing niet aan alle betrokken inschrijvers en gegadigden is verzonden.<sup>87</sup> Een schending van de verplichte opschortingstermijn is niet noodzakelijk aan kwade opzet of grove onzorgvuldigheid van de aanbestedende dienst te wijten en hoeft zeker niet gepaard gaan met een inbreuk op de aanbestedingsregels die bovendien de kansen van de betrokken inschrijver op gunning heeft beïnvloed. Vernietiging van de overeenkomst kan al snel als een te zware sanctie worden beschouwd.<sup>88</sup> Bedacht moet worden dat bij een overeenkomst ook de belangen zijn betrokken van de wederpartij van de aanbestedende dienst, die mogelijk volledig te goeder trouw is. De wederpartij van de aanbestedende dienst zal de (beperkte) mogelijkheid om schadevergoeding van de aanbestedende dienst te vorderen waarschijnlijk als schrale troost ervaren.<sup>89</sup>

Gelet op de voorgaande bezwaren pleit ik ervoor nadere voorwaarden te verbinden aan de vernietiging van een overeenkomst op grond van een schending van de verplichte opschortingstermijn. Implementatie van de voorwaarde dat de inschrijver die een beroep doet op ‘onverbindendheid’ door de schending van de verplichte opschortingstermijn geen precontractueel rechtsmiddel heeft kunnen instellen, heeft niet mijn voorkeur. De verplichte opschortingstermijn strekt ertoe de afgewezen inschrijver in staat te stellen *volledig geïnformeerd* een afweging te maken omtrent het instellen van een rechtsmiddel. In het licht van de ratio van de verplichte opschortingstermijn is de voorwaarde dat de inschrijver door de schending van de verplichte opschortingstermijn geen rechtsmiddel heeft kunnen instellen, te streng. Implementatie van de voorwaarde dat er naast de schending van de verplichte opschortingstermijn sprake moet zijn van een inbreuk op de aanbestedingsregels, die bovendien de kansen van de inschrijver heeft beïnvloed, is naar mijn mening wel gewenst. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen strekken tot bescherming van inschrijvers.<sup>90</sup> Als de

84 Art. 2 quinquies lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

85 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 19-20.

86 Hebly & Wilman 2009, p. 391.

87 Zie hiervoor § 2.4.2 en § 2.4.4.

88 Zie ook Wilman 2008, p. 127.

89 Zie hierna § 4.4.

90 HvJ EG 15 oktober 2009, C-275/08 (Commissie/Duitsland), r.o. 36. Zie ook hoofdstuk 5, § 3.2.2.

inschrijver die vernietiging van de overeenkomst vordert, niet in zijn belangen is geschaad, is voor een sanctie, die bovendien erg zwaar is, geen plaats. Om aan de bewijslast van benadeelde inschrijvers tegemoet te komen, kan de wetgever bepalen dat de inschrijver slechts *aannemelijk* hoeft te maken dat zijn kansen door de inbreuk op de aanbestedingsregels zijn beïnvloed.<sup>91</sup> Een alternatief is om aansluiting te zoeken bij het criterium voor het vorderen van offertekosten op grond van artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.<sup>92</sup>

Ten derde is een overeenkomst op grond van artikel 4.15 lid 1 sub c van de Aanbestedingswet 2012 vernietigbaar, wanneer de aanbestedende dienst bij de gunning van een opdracht op basis van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel in strijd heeft gehandeld met de regels betreffende de zogenaamde ‘minicompetitie’. Als aanvullende voorwaarde geldt nog dat de geraamde waarde van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan de toepasselijke drempelwaarde. Deze vernietigingsgrond hangt nauw samen met de uitzonderingsgrond op de verplichte opschortingstermijn van artikel 2.127 lid 4 sub c van de Aanbestedingswet 2012. Lidstaten, zoals Nederland,<sup>93</sup> die hebben bepaald dat voor het gunnen van opdrachten op basis van een raamovereenkomst of dynamische aankoopstelsel geen opschortingstermijn in acht hoeft te worden genomen, zijn verplicht inbreuken op de regels betreffende de ‘minicompetitie’ als grond voor ‘onverbindendheid’ vast te stellen.<sup>94</sup>

### 3.3 VRIJWILLIGE PUBLICATIE VOORAF

Vernietiging van een overeenkomst is een zware sanctie met potentieel verstrekende financiële, maatschappelijke en politieke gevolgen. Een rechtsvordering tot vernietiging kan in beginsel tot zes maanden na het sluiten van de overeenkomst worden ingesteld.<sup>95</sup> Gedurende die termijn hangt de sanctie van vernietiging als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de aanbestedende dienst en zijn wederpartij. Ter bevordering van de rechtszekerheid verklaart artikel 4.16 van de Aanbestedingswet 2012 twee van de drie vernietigingsgronden buiten toepassing, wanneer de aanbestedende dienst voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst zijn voornemen daartoe bekend heeft gemaakt.

De uitzondering van artikel 4.16 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 betreft de vernietigingsgrond van artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012. Zij heeft kort gezegd betrekking op ‘onwettige onderhandse gunningen’. De betrokken vernietigingsgrond is niet van toepassing, wanneer aan

91 Aannemelijk maken is een vorm van verlichte bewijslast die bijv. wordt gehanteerd voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van een bestuurder op grond van art. 2:248 BW. Zie HR 30 november 2007, NJ 2008, 91.

92 Zie hierover hoofdstuk 4, § 5.

93 Zie hiervoor § 2.3.

94 Art. 2 ter sub c Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

95 Zie hierna § 5.2.

drie cumulatieve voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de aanbestedende dienst van mening zijn dat gunning van de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van de aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie is toegestaan. De argumenten voor deze mening kunnen uiteenlopen. Dit kan bijvoorbeeld te maken hebben met de kwalificatie van de overeenkomst; de aanbestedende dienst meent dat de overeenkomst niet kwalificeert als een 'overheidsopdracht'. De aanbestedende dienst kan ook menen een beroep te kunnen doen op een uitzonderingsgrond.<sup>96</sup> Aangenomen moet worden dat de aanbestedende dienst te goeder trouw moet zijn. Een beroep op artikel 4.16 van de Aanbestedingswet 2012 is uitgesloten, wanneer de aanbestedende dienst wist of behoorde te weten dat bekendmaking van de aankondiging van de opdracht noodzakelijk was.<sup>97</sup> Ten tweede moet de aanbestedende dienst zijn voornemen tot het sluiten van de overeenkomst door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen in het Publicatieblad van de Europese Unie bekend hebben gemaakt. Artikel 4.17 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 schrijft de inhoud van deze aankondiging voor. Blijkens deze bepaling moet de aankondiging onder meer de rechtvaardiging bevatten van de beslissing van de aanbestedende dienst om de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging te gunnen. Ten derde moet de aanbestedende dienst met het sluiten van de overeenkomst wachten, totdat een termijn van vijftien dagen is verstreken na de bekendmaking van het voornemen. Deze termijn neemt een aanvang op de dag na de datum waarop het voornemen bekend is gemaakt. Aangenomen moet worden dat de termijn geen aanvang neemt, wanneer de aankondiging van het voornemen niet de in artikel 4.17 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde rechtvaardiging bevat van de beslissing om de opdracht niet aan te besteden. De rechtvaardiging houdt mede een motivering in. De motivering is van wezenlijk belang voor geïnteresseerde ondernemers om de beslissing van de aanbestedende dienst te kunnen toetsen en geïnformeerd een afweging te kunnen maken omtrent het instellen van een rechtsmiddel.<sup>98</sup>

De uitzondering van artikel 4.16 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 betreft de vernietigingsgrond van artikel 4.15 lid sub c van de Aanbestedingswet 2012. Zij heeft kort gezegd betrekking op de gunning van opdrachten op basis van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel. Net als de hiervoor besproken uitzonderingsgrond mist deze vernietigingsgrond toepassing, wanneer aan drie cumulatieve voorwaarden is voldaan. Ten eerste moet de aanbestedende dienst van mening zijn dat hij

---

96 Zie bijv. art. 2.32 en art. 2.33 Aanbestedingswet 2012. Zie ook punt 15 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

97 Voor zover dit niet rechtstreeks uit de tekst van art. 4.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012 en de Rechtsbeschermingsrichtlijnen volgt - de woorden "van mening zijn" duidt op een bepaald bewustzijn - kan dit resultaat worden bereikt door toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid op grond van art. 6:2 lid 2 BW.

98 Vgl. HR 7 december 2012, NJ 2013, 154 (Staat en Tele2/KPN); HvJ EU 28 januari 2010, C-406/08 (Uniplex), r.o. 30-34.

in overeenstemming heeft gehandeld met de bepalingen betreffende de ‘minicompetitie’ voor het gunnen van een opdracht op basis van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel. Ten tweede moet de gunningsbeslissing zijn voorzien van een motivering en aan de ‘betrokken inschrijvers’ worden verzonden.<sup>99</sup> Ten derde mag de aanbestedende dienst de overeenkomst niet sluiten voor het verstrijken van een termijn van vijftien dagen, die ingaat op de dag na de datum waarop de gunningsbeslissing aan de betrokken inschrijvers is verzonden. Aangenomen moet worden dat ook deze termijn geen aanvang neemt, wanneer mededeling aan de betrokken inschrijvers geen motivering bevat.

De opschortende termijnen van artikel 4.16 van de Aanbestedingswet 2012 zijn ervoor bedoeld ondernemers die bezwaren hebben tegen de onderhandse gunning van een opdracht of de wijze waarop toepassing is gegeven aan de regels voor het gunnen van een opdracht op basis van een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel, in staat te stellen een rechtsmiddel in te stellen, voordat een overeenkomst is gesloten. Deze opschortende termijnen zouden van hun effectiviteit worden beroofd, wanneer de aanbestedende dienst na het verstrijken van de termijn van vijftien dagen een overeenkomst zou sluiten, terwijl een ondernemer tijdig een rechtsmiddel heeft ingesteld. Artikel 2 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen verplichten lidstaten daarom te bepalen dat de aanbestedende dienst in voorkomend geval met het sluiten van een overeenkomst moeten wachten, totdat de bevoegde beroepsinstantie uitspraak heeft gedaan op het verzoek van een ondernemer om een voorlopige maatregel. De Nederlandse wetgever heeft verzuimd deze voorschriften te implementeren. Artikel 2.131 van de Aanbestedingswet 2012, waarin verlenging van de opschortingstermijn is geregeld, heeft uitsluitend betrekking op de na de mededeling van de gunningsbeslissing verplicht in acht te nemen opschortingstermijn van artikel 2.127 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012. Dit geldt ook voor de vernietigingsgrond van artikel 4.15 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012. Een pendant voor de vrijwillige publicatie ontbreekt.<sup>100</sup>

Het is aan de wetgever om dit implementatiegebrek te herstellen.<sup>101</sup> Richtlijnconforme interpretatie biedt naar mijn mening geen oplossing om de periode tot de noodzakelijke aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 te overbruggen. Een wettelijke bepaling ontbreekt namelijk, zodat er

---

99 Zie over het begrip ‘betrokken inschrijvers’ hiervoor § 2.4.4.

100 Voor de uitzonderingsgrond van art. 4.16 lid 2 Aanbestedingswet 2012, die betrekking heeft op de gunning van opdrachten op basis van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel, hoeft dit niet tot problemen te leiden. Het gebruik van de uitzonderingsgrond van art. 4.16 lid 2 Aanbestedingswet 2012 kan namelijk worden beschouwd als het afzien van het gebruik van de in art. 2.127 lid 4 sub c geregelde facultatieve uitzonderingsgrond op de verplichte opschortingstermijn, mits de aanbestedende dienst een opschortingstermijn van 20 in acht neemt in plaats van de in art. 4.16 lid sub c voorgeschreven termijn van 15 dagen. In dat geval is art. 2.131 Aanbestedingswet 2012 ‘gewoon’ van toepassing.

101 Zie hoofdstuk 2, § 3.5.3.

niets richtlijnconform valt te interpreteren.<sup>102</sup> Aan artikel 2 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen komt onder de gegeven omstandigheden evenmin rechtstreekse werking toe. De richtlijnbevestigingen zijn niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig. Zij bieden lidstaten de nodige keuzevrijheid om invulling te geven aan zowel de verlenging van de in acht te nemen termijn als aan de sanctie van 'onverbindendheid'.<sup>103</sup> Anders dan bijvoorbeeld het geval was in de zaak *Koppensteiner*,<sup>104</sup> kan objectieve rechtmatigheidstoetsing, waarbij een met de richtlijn strijdige nationale bepaling buiten toepassing wordt gelaten, de gevolgen van het implementatiegebrek in de Aanbestedingswet 2012 niet tenietdoen.<sup>105</sup> Indien de rechter niet bereid is op vordering van een benadeelde ondernemer de aanbestedende dienst te bevelen de gesloten overeenkomst te beëindigen,<sup>106</sup> rest de benadeelde ondernemer niets anders dan een vordering uit hoofde van lidstaataansprakelijkheid.<sup>107</sup>

#### 3.4 DE BETEKENIS VAN *UNETO/DE VLIERT EN GEBR. VAN DER STROOM/STAAT*

Ingevolge artikel 3:40 lid 2 BW leidt strijd met een dwingende wetbepaling in beginsel tot nietigheid van de rechtshandeling. Het derde lid van artikel 3:40 BW maakt op deze hoofdregel een uitzondering voor rechtshandelingen die strijdig zijn met wetbepalingen die niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. Een eenduidig en helder criterium voor de beoordeling van de strekking van een wetbepaling ontbreekt.<sup>108</sup> De Hoge Raad heeft in *Uneto/De Vliert* het oordeel van het Gerechtshof Den Bosch,<sup>109</sup> dat de Europese aanbestedingsregels niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, in stand gelaten.<sup>110</sup> In *Gebr. Van der Stroom/Staat* is deze uitspraak nog eens bevestigd.<sup>111</sup> Het Gerechtshof Den Bosch baseerde zijn oordeel op het ontbreken van een nietigheidssanctie in de toepasselijke wetgeving en op artikel 2 lid 6 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, op grond waarvan het nationale recht de gevolgen bepaalt van voorlopige maatregelen voor een na gunning gesloten

102 Zie ook hoofdstuk 2, § 3.5.4.

103 Zie ook hierna § 4.1.

104 HvJ EG 2 juni 2005, C-15/04 (*Koppensteiner*). Zie ook HvJ EG 11 oktober 2007, C-241/06 (*Lämmerzahl*), r.o. 63.

105 Zie over rechtstreekse werking en objectieve rechtmatigheidstoetsing in het bijzonder hoofdstuk 2, § 3.5.5.

106 Zie over de mogelijkheden voor benadeelde ondernemers om een reeds gesloten overeenkomst aan te tasten hoofdstuk 5, § 3.4.3.

107 Zie hoofdstuk 2, § 2.7.

108 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 322-323. Zie ook Parl. Gesch. Boek 3, p. 191-192.

109 Zie over deze uitspraak Tucker 1997.

110 HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 (*Uneto/De Vliert*), BR 1999, p. 985, m.nt. Van Wassenaer van Catwijck, r.o. 3.3.3.

111 HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 (*Gebr. Van der Stroom/Staat*), r.o. 4.1.2.



overeenkomst. Met uitzondering van de bij de Wijzigingsrichtlijn geïntroduceerde en in de Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerde gronden voor onverbindendheid is er op dit terrein niets gewijzigd.<sup>112</sup> Bij de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn heeft de minister bovendien benadrukt dat aanbestedingsregels niet de strekking hebben de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten.<sup>113</sup> Niet te verwachten valt dus dat de Hoge Raad op zijn jurisprudentie zal terugkomen.

De rol van artikel 3:40 BW in het aanbestedingsrecht is dus bescheiden, maar niet volledig uitgespeeld.<sup>114</sup> Een rechtshandeling die in strijd is met een aanbestedingsregel die niet de strekking heeft de geldigheid van de rechtshandeling aan te tasten, kan namelijk onder bepaalde omstandigheden op grond van artikel 3:40 lid 1 BW nietig zijn vanwege strijd met de openbare orde of goede zeden. Daarvoor is de enkele strijd met een dwingende wetbepaling onvoldoende.<sup>115</sup> De Hoge Raad heeft in *Esmilo/Medic* een aantal gezichtspunten benoemd die de rechter in zijn oordeel moet betrekken bij toetsing van een rechtshandeling aan artikel 3:40 lid 1 BW.<sup>116</sup>

## 4 DE GEVOLGEN VAN Vernietiging EN ALTERNATIEVE SANCTIES

### 4.1 INLEIDING

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen bepalen dat overeenkomsten in een aantal specifiek genoemde gevallen door een onafhankelijke beroepsinstantie ‘onverbindend’ moeten kunnen worden verklaard of dat de ‘onverbindendheid’ van de overeenkomst het gevolg is van een besluit van een onafhankelijke beroepsinstantie.<sup>117</sup> De Rechtsbeschermingsrichtlijnen laten de uitwerking van de sanctie van ‘onverbindendheid’ over aan lidstaten.<sup>118</sup> Zij geven lidstaten nog mee dat ‘onverbindendheid’ van een overeenkomst niet automatisch mag intreden.<sup>119</sup> Lidstaten genieten hierdoor keuzevrijheid bij de implementatie van de gevolgen van ‘onverbindendheid’. De wijze waarop de Nederlandse wetgever de gevolgen van ‘onverbindendheid’ heeft uitgewerkt, komt in paragraaf 4.2 aan de orde.

---

112 Art. 2 lid 7 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren; art. 2 lid 6 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

113 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 10.

114 Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *TBR* 2010, 205, m.nt. Huith & Pinto, r.o. 4.3.

115 HR 22 januari 1999, *NJ* 2000, 305 (Uneto/De Vliert), r.o. 3.3.4; Parl. Gesch. Boek 3, p. 192.

116 HR 1 juni 2012, *NJ* 2013, 172 (Esmilio/Medic), m.nt. Tjong Tjin Tai, r.o. 4.4. Zie over dit arrest meer uitgebreid Hebly & De Hoogh 2013. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 332 e.v.

117 Art. 2 quinquies lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

118 Art. 2 quinquies lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zie voorts punt 21 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

119 Punt 13 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

Lidstaten mogen de bevoegde beroepsinstantie de bevoegdheid toekennen om van het ‘onverbindend’ verklaren van de overeenkomst af te zien.<sup>120</sup> In dat geval moeten alternatieve sancties worden opgelegd. De voorwaarden waaronder van het ‘onverbindend’ verklaren van een overeenkomst mag worden afgezien en de alternatieve sanctie komen in paragraaf 4.3 aan bod. In paragraaf 4.4 besteed ik tot slot aandacht aan de positie van de wederpartij van de aanbestedende dienst bij een overeenkomst die op één van de in de Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden is vernietigd.

#### 4.2 DE GEVOLGEN VAN (PARTIËLE) Vernietiging van de overeenkomst

De wetgever heeft bij de uitwerking van de sanctie van onverbindendheid verschillende opties overwogen: nietigheid, ontbinding, opschorting en vernietiging.<sup>121</sup> Nietigheid was geen optie, omdat de Rechtsbeschermingsrichtlijnen de tussenkomst van een onafhankelijke beroepsinstantie voorschrijven.<sup>122</sup> Het leerstuk van ontbinding zou volgens de wetgever vanwege zijn karakter van regelend recht minder voor de hand liggen.<sup>123</sup> Opschorting leidt slechts tot uitstel van de nakoming van de verbintenissen en niet tot verval en is daardoor ongeschikt om het door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen beoogde effect van ‘onverbindendheid’ te bereiken. Toen bleef alleen nog het leerstuk van vernietiging over om de sanctie van ‘onverbindendheid’ vorm te geven. De keuze van de wetgever voor dit leerstuk is niet erg verrassend.

Op de vernietiging van overeenkomsten op één van de in artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden is Titel 2 van Boek 3 van het BW van toepassing.<sup>124</sup> Ingevolge artikel 3:53 BW werkt vernietiging terug tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht. Na vernietiging wordt de rechtshandeling in beginsel geacht vanaf haar ontstaan nietig te zijn.<sup>125</sup> Verbintenissen die nog niet zijn uitgevoerd, komen te vervallen. Voor reeds verrichte prestaties ontbreekt een titel. Zij zijn onverschuldigd verricht en moeten op grond van artikel 6:203 BW ongedaan worden gemaakt.<sup>126</sup> Op deze ongedaanmakingsverbintenissen is Titel 1, Afdeling 9 van Boek 6 van het BW (art. 74 e.v. BW) van toepassing, voor zover daarvan in Titel 4, Afdeling 2 van Boek 6 van het BW (art. 6:203 e.v. BW) niet is afgeweken.<sup>127</sup>

120 Art. 2 quinquies lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

121 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 10-11.

122 Art. 2 quinquies lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zie ook punt 13 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn. Om deze reden is anders dan Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 576 menen, buitengerechtigde vernietiging op grond van art. 3:50 BW geen optie.

123 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 10.

124 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 10. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 617.

125 Parl. Gesch. Boek 3, p. 200 en p. 239; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 636.

126 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 637.

127 Parl. Gesch. Boek 6, p. 805.

Het komt in de praktijk met regelmaat voor dat reeds verrichte prestaties niet ongedaan kunnen worden gemaakt. Hierbij kunnen twee gevallen worden onderscheiden.<sup>128</sup> Ten eerste kan de prestatie *naar haar aard* onvatbaar zijn voor restitutie. Te denken valt aan het verschaffen van huurgenot, het verrichten van een dienst of zelfs de uitvoering van een werk. Bij prestaties die naar hun aard niet ongedaan kunnen worden gemaakt, gaat het namelijk niet slechts om onmogelijkheid in strikte zin, maar ook om gevallen waarin ongedaanmaking niet op economisch zinvolle wijze tegemoet komt aan de belangen van degene die de prestatie heeft verricht.<sup>129</sup> In deze gevallen treedt, voor zover dit redelijk is, op grond van artikel 6:210 lid 2 BW vergoeding van de waarde van de prestatie op het moment van ontvangst in de plaats, indien de ontvanger door de prestatie is verrijkt, indien het aan hem is toe te rekenen dat de prestatie is verricht, of indien hij erin had toegestemd een tegenprestatie te verrichten.<sup>130</sup>

Ten tweede kan de prestatie onder omstandigheden *feitelijk* niet meer ongedaan worden gemaakt. Daarbij valt te denken aan een geleverde zaak die teniet is gegaan, is verwerkt of aan een derde is doorverkocht. Op deze gevallen is artikel 6:74 BW van toepassing. Degene die de prestatie heeft ontvangen is de ander schadevergoeding verschuldigd, indien de oorzaak van de onmogelijkheid hem valt toe te rekenen.<sup>131</sup> Artikel 6:204 BW bevat een bijzondere regeling voor toerekening.<sup>132</sup> Wanneer de tekortkoming de ontvanger van de prestatie niet kan worden toegerekend, biedt ongerechtvaardigde verrijking mogelijk een grondslag voor een schadevergoedingsplicht.<sup>133</sup>

#### 4.3 DWINGENDE REDENEN VAN ALGEMEEN BELANG OM VAN Vernietiging AF TE ZIEN EN ALTERNATIEVE SANCTIES

Ingevolge artikel 4.18 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 kan de rechter besluiten van vernietiging van de overeenkomst af te zien, indien instandhouding van de overeenkomst op grond van dwingende redenen van algemeen belang noodzakelijk is. De rechter moet bij zijn beslissing rekening houden met 'alle relevante aspecten'. Onder deze aspecten vallen in ieder geval de ernst van de overtreding, het gedrag van de aanbestedende dienst en de mogelijkheid om de werking van de vernietiging te beperken. Deze aspecten zijn opgenomen in artikel 4.19 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012, dat betrekking heeft op de mogelijkheid om de looptijd van de overeenkomst te verkorten, wanneer de rechter toepassing geeft aan artikel 4.18 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 en de overeenkomst dus in stand laat. Gelet op

128 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 638 en nr. 703; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 437.

129 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 703.

130 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 11. Zie meer uitgebreid over art. 6:210 BW Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 447-448.

131 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 638.

132 Parl. Gesch. Boek 6, p. 805.

133 Parl. Gesch. Boek 6, p. 811.

artikel 2 sexies van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen moet worden aangenomen dat deze aspecten al een rol spelen bij de daaraan voorafgaande beslissing of op grond van dwingende redenen van algemeen belang van vernietiging van de overeenkomst moet worden afgezien. De woorden “alle relevante aspecten” in artikel 4.18 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bieden ruimte voor deze interpretatie.

Bij dwingende redenen van algemeen belang valt onder meer te denken aan het in de parlementaire geschiedenis van de Wira genoemde voorbeeld van een overeenkomst tot de levering van schoolboeken.<sup>134</sup> Jurisprudentie op dit gebied is schaars.<sup>135</sup> Terughoudendheid bij de toepassing van de in artikel 4.18 lid 1 BW gecreëerde bevoegdheid lijkt op haar plaats.<sup>136</sup> Het tweede lid van artikel 4.18 van de Aanbestedingswet 2012 beperkt de rechter in ieder geval aanzienlijk in zijn bevoegdheid om economische belangen bij zijn beoordeling te betrekken. Dit mag alleen “indien vernietiging in uitzonderlijke omstandigheden onevenredige gevolgen zou hebben”. Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de overeenkomst, waartoe in ieder geval de specifiek in dit lid genoemde kosten worden gerekend, mogen zelfs helemaal niet in beschouwing worden genomen.<sup>137</sup>

Vernietiging of instandhouding van een overeenkomst die op één van de in artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden vernietigbaar is, is niet per se een kwestie van alles of niets. Hoewel de Aanbestedingswet 2012 dit niet expliciet bepaalt, kan de rechter aan vernietiging gedeeltelijke werking ontzeggen.<sup>138</sup> Artikel 3:53 lid 2 BW biedt daarvoor een grondslag.<sup>139</sup> Op grond van deze bepaling kan aan vernietiging gehele of gedeeltelijke werking worden ontzegd, wanneer dit is verzocht en de reeds ingetreden gevolgen bovendien *bezwaarlijk* ongedaan kunnen worden gemaakt. ‘Bezwaarlijk’ moet uitdrukkelijk worden onderscheiden van ‘onmogelijk’, waarvoor artikel 6:210 BW en artikel 6:74 BW regels bevatten.<sup>140</sup>

Een interessante vraag is in hoeverre de Rechtsbeschermingsrichtlijnen in de weg staan aan toepassing van artikel 3:53 lid 2 BW, wanneer de rechter op grond van deze bepaling aan vernietiging terugwerkende kracht wil ontzeggen. Ik meen dat de Rechtsbeschermingsrichtlijnen hem geen strobreed in de weg leggen. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen laten de uitwerking van de sanctie van ‘onverbindendheid’ over aan het nationale recht. Zij staan lidstaten toe de werking van onverbindendheid te beperken tot verbintenissen die nog uitgevoerd moeten worden (werking *ex nunc*).

134 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 12.

135 V.zr. Rb. Amsterdam 24 mei 2012, *LJN* BX3388, r.o. 4.16.

136 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 21.

137 Zie ook hoofdstuk 2, § 3.4.3.

138 Deze bevoegdheid volgt impliciet uit art. 4.19 lid 2 en art. 4.20 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

139 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 9.

140 Parl. Gesch. Boek 3, p. 239; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 638-639. Zie over ‘onmogelijkheid’ hiervoor § 4.2. Art. 3:53 lid 2 BW en art. 6:74 BW kunnen uiteindelijk wel tot gelijke resultaten leiden; zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 639.

Weliswaar moeten in voorkomend geval alternatieve sancties worden opgelegd, maar de Rechtsbeschermingsrichtlijnen stellen toekenning van werking *ex nunc* niet afhankelijk aan nadere voorwaarden.<sup>141</sup> Wanneer de rechter op grond van artikel 3:53 lid 2 BW aan de vernietiging gedeeltelijke werking wil ontzeggen door de vernietiging te beperken tot nog niet reeds verrichte verbintenissen, dan is hij dus niet gehouden (op basis van een richtlijnconforme interpretatie) zijn beslissing afhankelijk te stellen van het bestaan van dwingende redenen van algemeen belang als bedoeld in artikel 2 quinquies lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Als de rechter op andere wijze gedeeltelijke werking aan de vernietiging wil ontzeggen, dan is artikel 4.18 van de Aanbestedingswet 2012 onverkort van toepassing en moeten er dus wel dwingende redenen van algemeen belang aanwezig zijn. Of de rechter snel geneigd zal zijn op grond van artikel 3:53 lid 2 BW aan vernietiging van de overeenkomst gedeeltelijke werking te ontzeggen, valt nog te bezien. Terugwerkende kracht van vernietiging is naar Nederlands het uitgangspunt. De rechter zou artikel 3:53 lid 2 BW slechts bij uitzondering mogen toepassen, namelijk wanneer de gewone regels omtrent de gevolgen van vernietiging niet tot een redelijk resultaat leiden.<sup>142</sup>

De Aanbestedingswet 2012 onderscheidt in navolging van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen twee alternatieve sancties: verkorting van de looptijd van de overeenkomst en de geldboete. De bevoegdheid tot verkorting van de looptijd,<sup>143</sup> die zowel op verzoek van een belanghebbende als ambtshalve kan worden uitgeoefend, is in handen van de rechter. Een boete kan alleen worden opgelegd door de Autoriteit Consument en Markt, tenzij de overeenkomst (mede) ten bate van de Autoriteit Consument en Markt is gesloten, in welk geval de Minister van Economische Zaken de bevoegde instantie is. Verkorting van de looptijd geniet als alternatieve sanctie de voorkeur boven het opleggen van een boete. Door verkorting van de looptijd van de overeenkomst krijgen benadeelde partijen namelijk nog een kans op verwerving van het restant van de opdracht.<sup>144</sup>

Lang niet iedere opdracht leent zich voor verkorting van de looptijd. Veel overeenkomsten hebben betrekking op het verrichten van een eenmalige prestatie en hebben geen looptijd. Te denken valt aan de uitvoering van een werk of de eenmalige levering van een partij kantoormeubilair. Toepassing van de alternatieve sanctie van verkorting van de looptijd is waarschijnlijk

---

141 Zie art. 2 quinquies lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen tegen de achtergrond van punt 21 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn. Het criterium van 'dwingende redenen van algemeen belang' geldt alleen, wanneer van 'onverbindendheid' wordt afgezien; zie art. 2 quinquies lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijnen tegen de achtergrond van punt 22 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

142 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boeken 3, 5 en 6), p. 1168. Die gewone regels zijn zojuist in § 4.2 besproken.

143 Art. 4.19 Aanbestedingswet 2012.

144 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 13.

beperkt tot duurovereenkomsten, zoals raamovereenkomsten en raamcontracten. Verkorting van de looptijd van de overeenkomst kan niet meer aan de orde zijn, indien en voor zover de prestaties al zijn verricht.<sup>145</sup>

#### 4.4 DE POSITIE VAN DE WEDERPARTIJ VAN DE AANBESTEDENDE DIENST IN GEVAL VAN Vernietiging van de Overeenkomst

De Aanbestedingswet 2012 normeert het gedrag van aanbestedende diensten. Dit geldt in het bijzonder voor de vernietigingsgronden van artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012. Toch wordt de wederpartij van de aanbestedende dienst even hard getroffen door de vernietiging van de overeenkomst als de aanbestedende dienst zelf. Bij de behandeling van het wetsvoorstel voor de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn heeft de minister aangegeven dat de rechtspositie van de wederpartij van de aanbestedende dienst wordt bepaald door het BW.<sup>146</sup> Het BW bevat een aantal regels die de pijn kan verzachten.

Door vernietiging van de overeenkomst komen op partijen ongedaanmakingsverbintenissen te rusten. De wederpartij van de aanbestedende dienst kan van die ongedaanmakingsverbintenis nakoming vorderen. Een prestatie die bestaat uit de betaling van een geldsom is eenvoudig ongedaan te maken. In de regel, zo niet altijd, bestaat de prestatie van de wederpartij van de aanbestedende dienst uit iets anders dan de betaling van een geldsom. Ongedaanmaking van een verbintenis tot de uitvoering van een werk, een levering of een dienst kan op problemen stuiten. Wanneer nakoming onmogelijk is, is de aanbestedende dienst, afhankelijk van de aard van de onmogelijkheid, op grond van artikel 6:74 BW schadevergoeding verschuldigd of treedt op grond van artikel 6:210 lid 2 BW vergoeding van de waarde van de prestatie in de plaats van de verrichte prestatie.<sup>147</sup> Wanneer de rechter artikel 3:53 lid 2 BW toepast door aan de vernietiging gedeeltelijke werking te ontzeggen, kan hij aan de partij die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld een verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die wordt benadeeld.

De hiervoor besproken regels hebben tot doel de rechtsverhouding tussen partijen te herstellen in de staat waarin deze verkeerde voor het aangaan van de overeenkomst dan wel onbillijke bevoordeling te voorkomen.<sup>148</sup> De vraag is of de wederpartij van de aanbestedende dienst daarnaast schadevergoeding kan vorderen. De minister heeft deze vraag bevestigend beantwoord en acht onder omstandigheden zelfs vergoeding van het positief contractsbelang niet uitgesloten.<sup>149</sup> Wanneer de wederpartij wist of behoorde te weten dat de aanbestedende dienst in strijd handelde met een vernietigingsgrond,

145 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 22.

146 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 11.

147 Zie hiervoor § 4.2.

148 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 637.

149 *Kamerstukken II*, 2008/09, nr. 3 (MvT Wira), p. 11-12 en nr. 7, p. 5-6.

zou schadeverhaal beperkt zijn of zelfs uitgesloten.<sup>150</sup> Ik plaats kanttekeningen bij de opvatting van de minister. Ik sluit niet uit dat een aanbestedende dienst jegens zijn wederpartij in strijd kan handelen met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, wanneer de overeenkomst wordt vernietigd,<sup>151</sup> maar ik betwijfel of de wederpartij na afwikkeling van de ongedaanmakingsverbintenissen schade lijdt. Ik meen dat het positief contractsbelang in ieder geval niet voor vergoeding in aanmerking komt. De rechter begroot de schade door een vergelijking te maken tussen de werkelijke toestand en de hypothetische toestand waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis niet heeft plaatsgevonden.<sup>152</sup> In geval van vernietiging van een overeenkomst op één van de in artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden, is in die hypothetische situatie geen overeenkomst gesloten.<sup>153</sup> De wederpartij van de aanbestedende dienst zou dus hooguit aanspraak kunnen maken op vergoeding van het negatief contractsbelang.<sup>154</sup> Deze schade is echter al grotendeels verdisconteerd in de ongedaanmakingsverbintenissen en de in artikel 3:53 lid 2 BW genoemde vergoeding. De betekenis van artikel 6:162 BW is in veel situaties beperkt.

## 5 DE TERMIJNEN VOOR HET INSTELLEN VAN EEN RECHTSVORDERING TOT VERNIETIGING

### 5.1 INLEIDING

De mogelijkheid om vernietiging van een overeenkomst te vorderen verbetert de rechtsbescherming van ondernemers. Voor aanbestedende diensten en hun wederpartijen creëert deze sanctie rechtsonzekerheid. De rechtzekerheid eist termijnen waarbinnen een rechtsvordering tot vernietiging aanhangig moet worden gemaakt. In deze paragraaf besteed ik aandacht aan de in de Aanbestedingswet 2012 vastgestelde termijnen.

### 5.2 TERMIJNEN VOOR HET INSTELLEN VAN EEN RECHTSVORDERING TOT VERNIETIGING VAN EEN OVEREENKOMST

De Aanbestedingswet 2012 onderscheidt in navolging van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen twee verschillende termijnen voor het instellen van een rechtsvordering tot vernietiging van een overeenkomst. Ten eerste een

---

150 *Kamerstukken II*, 2008/09, nr. 3 (MvT Wira), p. 11-12 en nr. 7, p. 5.

151 Hierbij valt met name te denken aan het geval dat de overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012 wordt vernietigd vanwege een ontoereikende motivering van de gunningsbeslissing. Aan deze schending heeft de partij aan wie de opdracht is gegund part noch deel. Goed voorstelbaar is dat hij niet van de schending op de hoogte was en dat ook niet hoefde te zijn.

152 Hartlief 2012, p. 242 en p. 254; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 31. Zie tevens hoofdstuk 4, § 3.3.2.

153 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 26.

154 Zie over dit begrip hoofdstuk 4, § 3.3.2.



termijn van dertig dagen die ingaat op de dag na de datum waarop de aanbestedende dienst op de voorgeschreven wijze een aankondiging van de gegunde opdracht bekend heeft gemaakt, of aan de ‘betrokken inschrijvers en gegadigden’ een kennisgeving van het sluiten van de overeenkomst zond.<sup>155</sup> In het eerste geval moet de aankondiging een rechtvaardiging bevatten van de beslissing om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht.<sup>156</sup> In het tweede geval moet de kennisgeving een motivering bevatten van de gunningsbeslissing.<sup>157</sup> Volgens de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem is de termijn van dertig dagen een uitzondering op de hierna te bespreken termijn van zes maanden, die strikt moeten worden geïnterpreteerd.<sup>158</sup> Naar mijn mening valt dit niet uit de Rechtsbeschermingsrichtlijnen of de Aanbestedingswet 2012 af te leiden. Aan de termijn van zes maanden lijkt eerder het karakter van restcategorie toe te komen. Dit laat onverlet dat de termijn van dertig dagen geen aanvang neemt, wanneer niet aan de in artikel 4.15 lid 2 sub a van de Aanbestedingswet 2012 genoemde voorwaarden is voldaan. Ten tweede onderscheidt de Aanbestedingswet 2012 een termijn van zes maanden, die ingaat op de dag na de datum waarop de overeenkomst is gesloten en die geldt in andere gevallen dan bedoeld in artikel 4.15 lid 2 sub a van de Aanbestedingswet 2012.<sup>159</sup> Niet ondenkbaar is dat een benadeelde ondernemer de vernietigingsgrond pas na het verstrijken van de termijn van zes maanden ontdekt. Dit kan met name bij onwettige onderhandse gunningen het geval zijn. Onder omstandigheden kan een beroep op de termijn van zes maanden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn. Te denken valt aan de situatie waarin de aanbestedende dienst de datum van het sluiten van de overeenkomst verzwijgt voor een benadeelde ondernemer die bij de aanbestedende dienst opheldering heeft gevraagd over de gang van zaken. In voorkomend geval behoort tevens een beroep (naar analogie) op de jurisprudentie van het HvJ over vervaltermijnen tot de mogelijkheden.<sup>160</sup> Zowel de termijn van dertig kalenderdagen als de termijn van zes maanden is een vervaltermijn.<sup>161</sup> Stuiting is dus niet mogelijk.

---

155 Art. 4.15 lid 2 sub a Aanbestedingswet 2012.

156 Deze bepaling heeft blijkens haar redactie uitsluitend betrekking op de vernietigingsgrond van art. 4.15 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012.

157 Deze bepaling heeft blijkens haar redactie betrekking op de vernietigingsgronden van art. 4.15 lid 1 sub b en c Aanbestedingswet 2012.

158 Vزر. Rb. Oost-Nederland 15 februari 2013, *LJN* BZ3890, r.o. 4.2.

159 Art. 4.15 lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012.

160 HvJ EG 27 februari 2003, C-327/00 (*Santex*), r.o. 57-59. Zie hoofdstuk 2, § 3.4.2.

161 Rutten 2010, p. 56. Art. 2 septies van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen staat het vaststellen van vervaltermijnen toe. Opvallend is wel het gebruik van het woord “verjaringstermijn” in punt 25 van de considerans van de Wijzigingsrichtlijn.

