

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.

8 | Slotbeschouwing

1 INLEIDING

Het onderzoek naar het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingen is bijna ten einde gekomen. Dit hoofdstuk bevat een slotbeschouwing. Het doel van dit hoofdstuk is niet zozeer om de voorgaande hoofdstukken samen te vatten, maar om op basis van de onderwerpen die in dit onderzoek aan de orde zijn gekomen, antwoorden te vinden op de in de inleiding geformuleerde onderzoeksvragen. Daarbij komen in het bijzonder de geconstateerde knelpunten aan de orde.

In paragraaf 2 wordt aandacht besteed aan de vraag of het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming voldoet aan de door het Unierecht gestelde eisen. Paragraaf 3 is gewijd aan de coherentie van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingen.

2 DE CONFORMITEIT VAN HET NEDERLANDSE STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING BIJ AANBESTEDINGEN MET HET UNIERECHT

2.1 INLEIDING

Het aanbestedingsrecht heeft diepe wortels in het Unierecht. Het Unierecht oefent wezenlijke invloed uit op de nationale rechtsorden van lidstaten, in het bijzonder op het gebied van rechtsbescherming bij aanbestedingen, waarvoor de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn vastgesteld. In deze paragraaf wordt nagegaan in hoeverre de Nederlandse wetgever erin is geslaagd de door het Unierecht gestelde eisen in zijn nationale rechtsstelsel te implementeren.

De volgende onderwerpen komen in deze paragraaf aan de orde: schadevergoeding (paragraaf 2.2), bewijs (paragraaf 2.3), voorlopige maatregelen in kort geding en vernietiging van besluiten (paragraaf 2.4) en de vernietiging van overeenkomsten (paragraaf 2.5).

2.2 SCHADEVERGOEDING

Artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen gebiedt lidstaten ervoor te zorgen dat inschrijvers schadevergoeding kunnen vorderen voor schendingen van de Europese aanbestedingsregels. Deze bepaling was in de

Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren een van de meest vernieuwende elementen.¹ Inmiddels is lidstaataansprakelijkheid een beginsel dat sterk verankerd ligt in het systeem van het VWEU.² De tegenstrijdige jurisprudentie over artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, waardoor onzeker is of de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid bepalend zijn of dat de invulling aan de procedurele autonomie van lidstaten is overgelaten,³ is opvallend, maar voor Nederland weinig relevant. Onrechtmatige daad biedt een deugdelijke grondslag voor een schadevergoedingsvordering. Artikel 6:162 BW stelt minder zware eisen dan de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid, zodat het gelijkwaardigheidsbeginsel de rechter dwingt de aansprakelijkheid van aanbestedende diensten aan de hand van de voorwaarden van artikel 6:162 BW te beoordelen.⁴ Uit *Strabag* volgt dat de aansprakelijkheid van aanbestedende diensten niet afhankelijk mag worden gesteld van schuld.⁵ Dit resultaat kan eenvoudig worden bereikt met behulp van een richtlijnconforme interpretatie van de in artikel 6:162 lid 3 BW bedoelde verkeersopvattingen. Voor toerekening van een onrechtmatige daad op grond van de verkeersopvattingen is schuld in de zin van verwijtbaarheid immers niet nodig.⁶ De Rechtsbeschermingsrichtlijnen bevatten geen regels over de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding. Op de bepaling van de omvang van de schadevergoeding voor schendingen van de aanbestedingsregels door aanbestedende diensten is Titel 10, Afdeling 10 van Boek 6 van het BW van toepassing. Inschrijvers kunnen op basis van deze regeling hun schade volledig vergoed krijgen. Wanneer de schade moeilijk is aan te tonen, doordat onzeker is of de opdracht zonder schending aan de benadeelde inschrijver zou zijn gegund, is er plaats voor vergoeding van het verlies van een kans op gunning.⁷ Het schadevergoedingsrecht is in overeenstemming met het Unierecht. Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren bevat een specifieke regeling voor toekenning van een vergoeding van offertekosten. Deze bepaling is niet in het Nederlandse recht geïmplementeerd. Hoewel het bestaande schadevergoedingsrecht door middel van een richtlijnconforme interpretatie een grondslag lijkt te bieden voor een vordering tot vergoeding van offertekosten, is wetgeving nodig om dit implementatiegebrek te verhelpen.⁸

1 Hoofdstuk 2, § 3.2.5.4.

2 Hoofdstuk 2, § 2.7.

3 Hoofdstuk 2, § 3.2.5.4.

4 Hoofdstuk 4, § 2.2.

5 HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*), r.o. 34.

6 Hoofdstuk 4, § 2.3.3.

7 Hoofdstuk 4, § 3.4.3.

8 Hoofdstuk 4, § 5.3.

2.3 BEWIJS

Bewijs is een kwestie die binnen de randvoorwaarden van effectieve rechtsbescherming, gelijkwaardigheid en effectiviteit aan de procedurele autonomie van lidstaten is overgelaten.⁹ De Nederlandse regeling lijkt in overeenstemming te zijn met het Unierecht. Weliswaar is het leveren van bewijs in aanbestedingsgeschillen in de regel geen eenvoudige opgave, maar dit komt doordat de bewijslast op grond van de toepasselijke regels nu eenmaal vaak op de benadeelde inschrijver rust. Bovendien worden de instrumenten die rechters ten dienste staan om tegemoet te komen aan de bewijslast van benadeelde inschrijver niet benut. Het gaat met name om het aannemen van een verzwaarde motiveringsplicht voor de aanbestedende dienst en het gebruik van rechterlijke vermoedens.¹⁰

Voorts zou de rechter vaker gebruik kunnen maken van het rechterlijk bevel van artikel 22 Rv. Het effectiviteitsbeginsel dwingt de rechter namelijk de inschrijver die in bewijsnood verkeert te hulp te schieten, door alle procedurele middelen te benutten die hem ten dienste te staan om de feiten boven water te krijgen die van belang zijn voor de beslechting van het geschil.¹¹ Het HvJ heeft de nationale rechter in *Varec* voor een lastig dilemma gesteld. Enerzijds moet de nationale rechter kunnen beschikken over alle informatie die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen, waaronder de vertrouwelijke informatie.¹² De rechter kan dit bereiken door artikel 22 Rv toe te passen en een beroep op 'dwingende redenen' te passeren. Anderzijds moet de rechter voorkomen dat vertrouwelijke informatie uit inschrijvingen ter kennis van derden wordt gebracht. Artikel 22 Rv biedt weliswaar de mogelijkheid van beperkte kennisneming van informatie, maar hiervoor is volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad de uitdrukkelijke toestemming van partijen nodig.¹³ Het HvJ heeft erkend dat beperkte kennisneming mogelijk in strijd is met het beginsel van hoor en wederhoor, zoals onder meer neergelegd in artikel 6 EVRM, maar heeft het vervolgens aan de nationale rechter overgelaten om de verschillende belangen af te wegen. Een oordeel van het EHRM over dit dilemma is wenselijk.

2.4 VOORLOPIGE MAATREGELEN IN KORT GEDING EN Vernietiging van BESLUITEN

Voorlopige maatregelen in kort geding zijn cruciaal voor de effectieve rechtsbescherming van inschrijvers. Het besluit waarbij de inschrijver wordt aangewezen met wie de aanbestedende dienst een overeenkomst wil sluiten, moet voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst kunnen

9 Hoofdstuk 4, § 4.1.

10 Hoofdstuk 4, § 4.2.1.

11 Hoofdstuk 4, § 4.3.2.

12 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 53.

13 Hoofdstuk 4, § 4.3.2.

worden vernietigd. De voorwaarden voor het treffen van een voorlopige maatregel en de vernietiging van besluiten zijn binnen de randvoorwaarden van effectieve rechtsbescherming, gelijkwaardigheid en effectiviteit aan de procedurele autonomie van lidstaten overgelaten. Het rechterlijk bevel en verbod zijn in combinatie met het civiele kort geding een effectief middel om ongedaanmaking van gunningsbeslissingen te bewerkstelligen.¹⁴ De burgerlijke rechter kan niet zelf beslissingen van aanbestedende diensten ‘vernietigen’, maar wel aanbestedende diensten dwingen op beslissingen terug te komen. Aannemelijk is dat dit systeem de toets aan artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen kan doorstaan.¹⁵

2.5 VERNIETIGING VAN OVEREENKOMSTEN

De Wijzigingsrichtlijn dwong de Nederlandse wetgever in actie te komen door wetgeving vast te stellen. De implementatiemaatregelen zijn uiteindelijk in de Aanbestedingswet 2012 terecht gekomen. In hoofdlijnen voldoen zij aan de door de Wijzigingsrichtlijn gestelde eisen. Er zijn twee knelpunten aan te wijzen.

Ten eerste valt te wijzen op de definitie van ‘betrokken inschrijver’ in artikel 2.128 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012. De Aanbestedingswet 2012 bevat geen vervaltermijnen voor het instellen van een rechtsmiddel tegen de beslissing tot uitsluiting als bedoeld in artikel 2.103 van de Aanbestedingswet 2012. De in artikel 2.128 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde situatie waarin niet langer een rechtsmiddel openstaat, kan zich alleen voordoen, wanneer de aanbestedende dienst zelf een vervaltermijn heeft bedongen of wanneer de inschrijver al in een eerder stadium, dus voor de mededeling van de gunningsbeslissing, zonder succes een rechtsmiddel heeft aangewend tegen zijn uitsluiting.¹⁶

Ten tweede is de Nederlandse wetgever vergeten artikel 2 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen volledig te implementeren. Artikel 2.131 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat wanneer binnen de verplichte opschortingstermijn als bedoeld in artikel 2.127 lid 1 van de wet een onmiddellijke voorziening bij voorraad is gevraagd, de aanbestedende dienst de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst niet mag sluiten, voordat de rechter uitspraak heeft gedaan. Een pendant van artikel 2.131 van de Aanbestedingswet 2012 voor de in acht te nemen opschortingstermijn in geval van vrijwillige publicatie van een onderhandse gunning en de gunning van opdrachten op basis van een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel ontbreekt. Dit implementatiegebrek kan alleen door wetgeving worden hersteld.¹⁷

14 Hoofdstuk 5, § 3.2 en § 3.3.

15 Hoofdstuk 2, § 3.2.5.3.

16 Hoofdstuk 6, § 2.4.4.

17 Hoofdstuk 6, § 3.3

In dit verband moet tot slot worden gewezen op de gebrekkige implementatie van artikel 41 lid 1 van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren.¹⁸ De verplichting van de aanbestedende dienst om inschrijvers gemotiveerd in kennis te stellen van de beslissing om de opdracht niet te gunnen is bij de totstandkoming van de Aanbestedingswet 2012 - waarschijnlijk onbedoeld - vervallen. Dit implementatiegebrek moet worden hersteld.¹⁹

3 DE COHERENTIE VAN HET NEDERLANDSE STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING BIJ AANBESTEDINGEN

3.1 INLEIDING

Richtlijnen zijn verbindend ten aanzien van het resultaat, maar laten de keuze voor de vorm en de middelen over aan lidstaten.²⁰ De Rechtsbeschermingsrichtlijnen stellen lidstaten bij de implementatie van de daarin voorgeschreven maatregelen voor de uitdaging de coherentie van hun recht te bewaken. In deze paragraaf wordt nagegaan in hoeverre de Nederlandse wetgever erin is geslaagd een coherent stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingen tot stand te brengen. Daarbij komt zowel de 'externe' (paragraaf 3.2) als de 'interne' dimensie (paragraaf 3.3) van coherentie aan bod.

3.2 DE 'EXTERNE' DIMENSIE VAN EEN COHERENT STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING BIJ AANBESTEDINGEN

De 'externe' dimensie van coherentie ziet op de inpasbaarheid in ons nationale recht van de door het Unierecht voorgeschreven instrumenten die ondernemers ten dienste staan om naleving van de aanbestedingsregels af te dwingen.²¹ De potentiële dreiging die van het Unierecht, in het bijzonder het effectiviteitsbeginsel, uitgaat voor de coherentie van nationaal recht is door Barkhuysen uiteengezet.²² Op het terrein van rechtsbescherming bij aanbestedingen is deze dreiging nog groter, doordat de Rechtsbeschermingsrichtlijnen specifieke eisen stellen aan de rechtssystemen van lidstaten, die aanmerkelijk verder gaan dan de algemene beginselen van effectieve rechtsbescherming, gelijkwaardigheid en effectiviteit. Bij de beoordeling van de invloed van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen op de coherentie van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming kan onderscheid worden gemaakt tussen de situatie voor en na de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn.

18 Zie ook art. 49 lid 1 Aanbestedingsrichtlijn nutssectoren.

19 Hoofdstuk 6, § 2.4.5.

20 Hoofdstuk 2, § 3.5.3.

21 Hoofdstuk 1, § 2.

22 Barkhuysen 2006, p. 12 e.v.

De mate waarin de oorspronkelijke bepalingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen afbreuk doen aan de coherentie van het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming is beperkt. Nederlandse rechters moeten bij de toepassing van hun nationale (proces)recht rekening houden met de uitleg die het HvJ in zijn jurisprudentie aan de Rechtsbeschermingsrichtlijnen heeft gegeven. Dit kan er onder omstandigheden toe leiden dat de rechter met behulp van een richtlijnconforme interpretatie de regels van het BW op een andere dan de gebruikelijke wijze moet interpreteren. Een voorbeeld hiervan is het belangvereiste van artikel 3:303 BW. Wanneer een samenwerkingsverband van ondernemers op een aanbesteding heeft ingeschreven, wordt een afzonderlijk lid van dit samenwerkingsverband dat zelfstandig een kort geding aanspant tegen de aanbestedende dienst niet-ontvankelijk verklaard. Voor een schadevergoedingsvordering is deze beperking van de toegang tot de bevoegde beroepsinstantie echter niet geoorloofd.²³ Naar Nederlands recht bestaat er geen grond voor dit principiële onderscheid. De beperkte inbreuk van de oorspronkelijke bepalingen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen op de coherentie van ons nationale recht is verklaarbaar door de terughoudende opstelling van de Nederlandse wetgever bij het vaststellen van nieuwe, specifieke wetgeving voor de implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.²⁴ Wanneer specifieke wetgeving voor rechtsbescherming bij (Europese) aanbestedingen ontbreekt, is de nationale rechter aangewezen op het bestaande recht. Dan geschiedt de inpassing van de door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen voorgeschreven maatregelen op natuurlijke wijze.

Voor de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn was vaststelling van nieuwe wetgeving een absolute noodzaak. De nationale rechter kon niet terugvallen op bestaande instrumenten. Het gevolg hiervan is dat specifiek op het gebied van de aanbesteding van overheidsopdrachten die onder de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen vallen, een verplichte opschortingstermijn van ten minste tien of vijftien dagen en de sanctie van 'onverbindendheid' moesten worden geïntroduceerd.²⁵ Vanuit het oogpunt van coherentie zijn bij de introductie van deze regels voor een specifiek terrein kanttekeningen te plaatsen, maar het Unierecht liet lidstaten geen andere keuze.²⁶ Bovendien zijn de introductie van de verplichte opschortingstermijn en de sanctie van 'onverbindendheid' verklaarbaar vanuit de specifieke context van een aanbestedingsprocedure, waarin in het bijzonder behoefte bestaat aan precontractuele rechtsmiddelen.²⁷ Indien buiten de

23 Hoofdstuk 7, § 2.4.

24 Hoofdstuk 3, § 1.

25 Strikt genomen volgt de verplichting om een 'standstill-termijn' in acht te nemen al uit de oorspronkelijke Rechtsbeschermingsrichtlijnen, maar in de Wijzigingsrichtlijn is deze verplichting uitgewerkt.

26 Lidstaten lijken bovendien de vaststelling van de Wijzigingsrichtlijn over zichzelf te hebben afgeroepen door niet op te treden tegen 'onwettige onderhandse gunningen' en de 'wedloop naar ondertekening van overeenkomsten'; zie hoofdstuk 2, § 3.4.1.

27 Hoofdstuk 2, § 3.5.2; hoofdstuk 5, § 1.

rechtsbescherming bij aanbestedingen niet, althans niet in dezelfde mate, behoefte bestaat aan vergelijkbare voorzieningen, is een specifieke regeling voor rechtsbescherming bij aanbestedingen te rechtvaardigen. Verdedigbaar is dat van een inbreuk op de coherentie van recht geen sprake is.²⁸

Op één specifiek onderdeel maken de implementatiemaatregelen ten behoeve van de Wijzigingsrichtlijn onnodig inbreuk op de coherentie van ons nationale recht. Het gaat om artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012, dat bepaalt dat de mededeling van de gunningsbeslissing geen aanvaarding inhoudt van het aanbod van een ondernemer. Artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 en artikel 6:217 lid 1 BW, dat bepaalt dat een overeenkomst tot stand komt door aanbod en aanvaarding, kunnen onder omstandigheden tot tegenstrijdige resultaten leiden.²⁹ Artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 is overbodig. Een noodzaak om voor de totstandkoming van overeenkomsten die overheidsopdrachten zijn, afwijkende regels vast te stellen, ontbreekt.³⁰

3.3 DE 'INTERNE' DIMENSIE VAN EEN COHERENT STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING BIJ AANBESTEDINGEN

De 'interne' dimensie van coherentie ziet op de samenhang tussen rechtsbescherming bij Europese aanbestedingen enerzijds en rechtsbescherming bij nationale (en particuliere) aanbestedingen anderzijds.³¹ Bij de 'interne' coherentie van rechtsbescherming bij aanbestedingen zijn de nodige kanttekeningen te plaatsen.

Ten eerste valt te wijzen op de in de vorige paragraaf besproken gevolgen van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen voor de 'externe' coherentie van ons nationale recht. Een richtlijnconforme interpretatie kan tevens gevolgen hebben voor de 'interne' coherentie van rechtsbescherming bij Europese aanbestedingen enerzijds en nationale en particuliere aanbestedingen anderzijds.³² In geschillen over nationale of particuliere aanbestedingen is een richtlijnconforme interpretatie immers niet aan de orde.

Ten tweede valt te wijzen op de regeling voor vergoeding van offertekosten in artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren. Onverklaarbaar is dat deze bepaling geen pendant heeft in de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Er is dan ook al eens gepleit voor analoge toepassing van artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen nutssectoren.³³ Ik heb betoogd dat artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren implementatie behoeft in het Nederlandse recht.³⁴ De wetgever zou ter gelegenheid daarvan ten minste in overweging moeten

28 Hoofdstuk 1, § 2.

29 Hoofdstuk 3, § 2.2.

30 Hoofdstuk 3, § 2.2.

31 Hoofdstuk 1, § 2.

32 Hoofdstuk 7, § 2.4.

33 Caranta 2011b, p. 171.

34 Hoofdstuk 4, § 5.3.

nemen om de werkingssfeer van de regeling voor vergoeding van offertekosten uit te breiden tot aanbestedingen die onder de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren vallen. De werkingssfeer van de regeling zou zelfs tot nationale aanbestedingen kunnen worden uitgebreid. Denkbaar is tot slot de werkingssfeer te beperken tot aanbestedingen die onder de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren vallen. Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren is namelijk een merkwaardige, paradoxale bepaling.³⁵ Misschien is het beter de werkingssfeer daarvan zoveel mogelijk te beperken. Er zijn kortom verschillende opties. Waar het om gaat is dat de wetgever bewuste keuzes maakt.

Ten derde valt te wijzen op de verplichte opschortingstermijn van artikel 2.127 en de vernietigbaarheid van overeenkomsten op grond van artikel 4.15 en de daarmee verband houdende bepalingen in de Aanbestedingswet 2012. De werkingssfeer van deze voorzieningen is beperkt tot aanbestedingen die onder de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen vallen. Hoewel die beperkte werkingssfeer tot aanmerkelijke verschillen leidt tussen rechtsbescherming bij Europese aanbestedingen enerzijds en nationale aanbestedingen anderzijds, is hij in mijn ogen wel te rechtvaardigen. De in de Wijzigingsrichtlijnen geïntroduceerde voorzieningen kunnen ingrijpende gevolgen hebben voor gesloten overeenkomsten, zowel voor aanbestedende diensten als hun wederpartijen.³⁶ Toepassing van die voorzieningen op opdrachten beneden de drempelwaarde zou als disproportioneel kunnen worden beschouwd.

In de praktijk plegen aanbestedende diensten bij nationale aanbestedingen onverplicht een opschortingstermijn in acht te nemen.³⁷ Die opschortingstermijn heeft net als de verplichte opschortingstermijn van artikel 2.127 van de Aanbestedingswet 2012 tot doel inschrijvers gelegenheid te bieden een rechtsmiddel aan te wenden, voordat een overeenkomst wordt gesloten. Het ligt in voorkomend geval in de rede de motiveringsplicht van artikel 2.130 van de Aanbestedingswet 2012 en het verbod op aanvulling van de motivering van de gunningsbeslissing analoog toe te passen.³⁸ Dit bevordert de coherentie van rechtsbescherming bij Europese en nationale aanbestedingen.

Ten vierde is (forse) kritiek mogelijk op de regeling van artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012, die betrekking heeft op de vertrouwelijkheid van informatie. Informatie die in nationale aanbestedingen door inschrijvers is verstrekt, verdient een gelijk niveau van bescherming als informatie die in

35 Hoofdstuk 4, § 5.1.

36 Hoofdstuk 6.

37 Wanneer het ARW 2012 op grond van art. 1.22 Aanbestedingswet 2012 verplicht van toepassing is verklaard, is de aanbestedende dienst in veel procedures in beginsel verplicht een opschortingstermijn in acht te nemen; zie o.a. art. 2.27.2 en art. 3.30.2 ARW 2012. In de regeling van de onderhandse procedure in hoofdstuk 7 ARW 2012 ontbreekt een opschortingstermijn.

38 Hoofdstuk 6, § 2.4.

Europese aanbestedingen is verstrekt. De regeling van artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 hoort dus thuis in deel 1 van de wet.³⁹ Het door de wetgever gemaakte onderscheid doet onnodig afbreuk aan de coherentie van rechtsbescherming bij aanbestedingen.

Ten vijfde doet zich een bijzondere situatie voor ten aanzien van de toepasselijkheid van algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Veel, maar niet alle aanbestedende diensten zijn overheden. Van die overheden zijn bovendien alleen aanbestedende diensten waarvan de bestuursorganen zogenaamde a-bestuursorganen zijn, bij aanbestedingen gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.⁴⁰ Hierdoor gelden afhankelijk van het karakter van de aanbestedende dienst verschillende regels voor de rechtsbescherming bij aanbestedingen. Dit verschil staat los van het onderscheid tussen Europese en nationale aanbestedingen en wordt mede veroorzaakt door de definitie van het begrip ‘aangebestedende dienst’, dat afwijkt van het Nederlandse begrip bestuursorgaan. De beperkte reikwijdte van algemene beginselen van behoorlijk bestuur berust op een bewuste keuze van de wetgever, die te rechtvaardigen is.⁴¹ Van een gebrek aan coherentie is dus geen sprake, maar het komt de uniformiteit van de rechtsbescherming bij aanbestedingen niet ten goede.

Het onderscheid tussen a-bestuursorganen en b-bestuursorganen is tevens relevant voor de toepassing van de Wob in relatie tot aanbestedingen. Op b-bestuursorganen is de Wob slechts van toepassing, voor zover sprake is van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid.⁴² Het houden van een aanbesteding is geen uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid,⁴³ zodat een verzoek om informatie met betrekking tot een aanbesteding in beginsel niet aan een b-bestuursorgaan kan worden gericht. Voor verzoeken aan a-bestuursorganen geldt deze beperking niet.⁴⁴

39 Hoofdstuk 4, § 4.3.4.5.

40 Hoofdstuk 3, § 4.3.

41 Hoofdstuk 3, § 4.3.

42 Daalder 2011, p. 119 en p. 130. Zie over het onderscheid tussen a- en b-bestuursorganen hoofdstuk 3, § 4.3.

43 HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/Comformed), r.o. 3.4.2; zie tevens hoofdstuk 3, § 4.3.

44 Hoofdstuk 4, § 4.3.4.2.

