

praktijkvraag

Versie november 2010

Rechtsbescherming en vernietiging van overeenkomsten

Vraag

Ons waterschap heeft gehoord dat ondernemers zich kunnen beroepen op de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijnen - zoals omgezet in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden ([Wira](#)) - om vernietiging te vorderen van een reeds gesloten overeenkomst. Dit zou onder meer kunnen als een opdracht in strijd met de Europese richtlijnen onderhands is gegund. Klopt dit?

Antwoord

Ja, een reeds gesloten overeenkomst kan door de rechter worden vernietigd wanneer blijkt dat die in strijd met de zogenaamde Rechtsbeschermingsrichtlijnen tot stand is gekomen. Deze Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn in Nederland omgezet in de Wira. De Wira bevat drie gronden op basis waarvan een ondernemer de rechter kan verzoeken een reeds gesloten overeenkomst te vernietigen. Eén daarvan is dat de aanbestedende dienst zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een overeenkomst heeft gesloten voor een overheidsopdracht terwijl een dergelijke bekendmaking wel vereist is op grond van het [Bao](#) of het [Bass](#). Het kan in een dergelijk geval dus gaan om een opdracht die onderhands is gegund terwijl deze eigenlijk Europees aanbesteed had moet worden.

Uitleg

Inleiding

De oorspronkelijke Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn de Richtlijnen [89/665/EEG](#) en [92/13/EEG](#). Deze zijn in 2007 ingrijpend gewijzigd door [Richtlijn 2007/66/EG](#) die in 2010 in werking is getreden en is geïmplementeerd in de Wira. Het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen is om ondernemingen in alle lidstaten gelijkwaardige juridische garanties te bieden wat betreft hun mogelijkheden om beroep in te stellen tegen beslissingen van een aanbestedende dienst. Daarnaast verplichten de richtlijnen lidstaten ertoe snelle en doeltreffende nationale procedures in te voeren voor het instellen van beroep bij schending van de aanbestedingsregels. Deze nationale beroepsprocedures moeten ondernemers in heel Europa een minimumniveau aan rechtsbescherming bieden.

Met Richtlijn 2007/66/EG beoogde de Europese Commissie een aantal problemen op te lossen die zij met betrekking tot de rechtsbescherming bij aanbesteden had geconstateerd. Een van die problemen wordt door de Commissie de “onwettige onderhandse gunning” van overheidsopdrachten genoemd. Het gaat hierbij om opdrachten die worden gegund zonder voorafgaande bekendmakingsprocedure en oproep tot mededinging terwijl naar de mening van de Commissie een dergelijke bekendmaking en oproep wel verplicht zijn op grond van de Aanbestedingsrichtlijnen ([2004/17/EG](#) en [2004/18/EG](#)).

Om iets aan dit probleem te doen is in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, zoals gewijzigd door Richtlijn 2007/66/EG, bepaald (zie meer specifiek artikel 2 quinquies) dat een van de aanbestedende dienst onafhankelijke beroepsinstantie een overeenkomst die onwettig onderhands is gegund “onverbindend” moet verklaren. Dat wil zeggen dat een reeds gesloten overeenkomst achteraf zijn geldigheid moet kunnen verliezen als ten onrechte geen Europese aanbestedingsprocedure is doorlopen. De mogelijkheid dat een overeenkomst achteraf zijn geldigheid verliest is voor aanbestedende diensten namelijk afschrikwekkender dan een eventuele schadeclaim van een ondernemer die meent benadeeld te zijn door de onderhandse gunning. Wordt een overeenkomst achteraf ongeldig verklaard dan zal een aanbestedende dienst de opdracht immers alsnog Europees moeten aanbesteden.

De Commissie laat het aan de lidstaten zelf over welke vorm van onverbindendheid zij kiezen, zolang het gevolg ervan maar is dat een overeenkomst na sluiting nog kan worden aangetast. De Nederlandse wetgever heeft als vorm van onverbindendheid gekozen voor vernietigbaarheid. Dit

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.

praktijkvraag

betekent dat een overeenkomst op verzoek van een benadeelde partij door de rechter kan worden vernietigd. Vernietiging heeft naar Nederlands recht terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 Burgerlijk wetboek (BW)). Het gevolg hiervan is dat de over en weer uitgevoerde verplichtingen van de overeenkomst ongedaan gemaakt moeten worden (art. 6:203 BW). Is dat vanwege de aard van de verplichting niet mogelijk, dan ontstaat een plicht tot waardevergoeding (6:210 BW).

Wira

Artikel 8 lid 1 sub a Wira bevat de vernietigingsgrond die voor deze vraag relevant is. Deze houdt in dat een overeenkomst vernietigbaar is als de aanbestedende dienst zonder voorafgaande bekendmaking in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een overeenkomst heeft gesloten voor een overheidsopdracht terwijl een dergelijke bekendmaking wel vereist is op grond van het Bao of het Bass. Het gaat dus om een opdracht die Europees aanbesteed had moeten worden maar desondanks onderhands is gegund. Een dergelijke “onwettige onderhandse gunning” is in strijd met het transparantiebeginsel. Het wordt ondernemers door een dergelijke gunning immers onmogelijk gemaakt om naar een opdracht mee te dingen.

Overigens is niet iedere onderhandse gunning automatisch onwettig. Onderhands gunnen kan zijn toegestaan in de volgende gevallen:

- de opdracht valt onder een van de uitzonderingen in de artikelen 10 tot en met 18 van Richtlijn 2004/18/EG;
- op de opdracht zijn de artikelen 31, 61 of 68 van Richtlijn 2004/18/EG van toepassing;
- het gaat om een opdracht voor diensten overeenkomstig artikel 21 van Richtlijn 2004/18/EG (IIB-diensten);
- er is sprake van wettige “interne gunning” (inbesteding) van een opdracht zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie.

Het onderhands gunnen van opdrachten waarop Richtlijn 2004/17/EG van toepassing is kan om vergelijkbare redenen zijn toegestaan.

Uitzondering

De Wira biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om te voorkomen dat een overeenkomst die in strijd met de aanbestedingsregels onderhands is gesloten door de rechter wordt vernietigd. In artikel 9 lid 1 Wira is namelijk een uitzondering opgenomen op de hierboven besproken vernietigingsgrond. Deze houdt in dat de vernietigingsgrond niet van toepassing is als de aanbestedende dienst zich ‘vrijwillig transparant’ opstelt. Als een aanbestedende dienst – wellicht ten onrechte – van mening is dat een bepaalde opdracht niet van tevoren in het Publicatieblad hoeft te worden gepubliceerd en er wordt besloten tot onderhandse gunning dan kan hij in het Publicatieblad wel direct zijn voornemen tot gunning bekendmaken. Indien na publicatie van dit voornemen de opschortende termijn van minimaal vijftien kalenderdagen uit artikel 4 Wira (de voormalige Alcatel-termijn) in acht wordt genomen, dan kan de overeenkomst na sluiting niet meer worden vernietigd. Het idee achter deze uitzondering is dat belanghebbenden door deze geboden (‘vrijwillige’) transparantie de kans hebben gehad om vóór het sluiten van de overeenkomst beroep in te stellen zodat de betreffende overeenkomst na sluiting niet langer vernietigbaar hoeft te zijn ([Memorie van Toelichting](#), blz. 20).

Meer informatie

[Dossier aanbestedingen en rechtsbescherming](#)

[Factsheet VNG Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden \(Wira\)](#)

[Website PIANOo, Expertisecentrum aanbesteden \(Regelgeving, Wira\)](#)

Reacties en disclaimer:

Van de informatie in dit document mag onbepaald gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op info@europadecentraal.nl. Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.