



Veelgestelde vragen rechtsbescherming bij aanbesteden

april 2011

De rechtsbeschermingsrichtlijnen die ondernemers in staat stellen beroep te kunnen instellen tegen beslissingen van aanbestedende diensten, zijn ingrijpend gewijzigd. Deze publicatie behandelt beknopt de belangrijkste wijzigingen en beantwoordt enkele tientallen vragen hierover van decentrale overheden.



EUROPA decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

INHOUDSOPGAVE

Bestuurlijke samenvatting
Waarom deze publicatie?
Hoe is deze publicatie opgebouwd?

DEEL I: Inleiding rechtsbescherming bij aanbesteden

- 1.1 Het rechtskader en doel van de rechtsbeschermingsrichtlijnen
- 1.2 De situatie in Nederland onder de oude Rechtsbeschermingsrichtlijnen
- 1.3 De nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn
- 1.4 De Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira)
- 1.5 Wira en Aanbestedingswet

DEEL II: Praktijkvragen

1 Wira

- 1.1 Is de Wira van toepassing op alle overheidsopdrachten?
- 1.2 Vanaf wanneer geldt de Wira?

2 Termijnen

- 2.1 Wat is het doel van de opschortende termijn tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst?
- 2.2 Hoe lang moet de opschortende termijn zijn?
- 2.3 Wanneer begint de opschortende termijn te lopen?
- 2.4 Wanneer verstrijkt de opschortende termijn?
- 2.5 Mag de overeenkomst worden ondertekend als er beroep wordt ingesteld?
- 2.6 Kan na het verstrijken van de opschortende termijn nog beroep worden ingesteld?
- 2.7 Aan wie moet de mededeling van de gunningsbeslissing worden verzonden?
- 2.8 Hoe moet de gunningsbeslissing worden verzonden?
- 2.9 Moet bij de gunningsbeslissing de opschortende termijn voor het instellen van beroep worden vermeld?
- 2.10 Kan beroep tegen de gunningsbeslissing worden ingesteld door partijen die geen betrokken gegadigden of inschrijvers zijn?
- 2.11 Wanneer is beroep tijdig ingesteld?
- 2.12 Wat kunnen partijen die beroep instellen in kort geding vorderen?
- 2.13 Moet de opschortende termijn altijd in acht worden genomen?
- 2.14 Geldt de opschortende termijn ook voor de gunning van IIB-diensten?
- 2.15 Geldt de opschortende termijn ook voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen?

3 Motivering

- 3.1 Is het verplicht om een gunningsbeslissing te motiveren?
- 3.2 Wat houdt de motiveringsplicht op grond van de Wira in en hoe verhoudt deze zich tot de motiveringsplicht in het Bao?
- 3.3 Zijn er gevolgen verbonden aan het onvoldoende motiveren van een gunningsbeslissing?
- 3.4 Geldt er ook een motiveringsplicht voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen?

4 Wet openbaarheid van bestuur

- 4.1 Kan een afgewezen inschrijver een beroep doen op de Wet openbaarheid van bestuur om inzicht te krijgen in documenten die verband houden met een aanbesteding?
- 4.2 Kan een partij die niet heeft ingeschreven op een openbare Europese aanbestedingsprocedure een beroep doen op de Wob?

5 Vernietiging

- 5.1 Als een overeenkomst eenmaal is gesloten, kan deze dan nog worden aangetast als er aanbestedingsregels blijken te zijn overtreden?
- 5.2 Kan een aanbestedende dienst voorkomen dat een overeenkomst wordt vernietigd?
- 5.3 Moet de vordering tot vernietiging binnen een bepaalde termijn worden ingesteld?
- 5.4 Kan een 'onwettig onderhands gegunde' opdracht alsnog worden gerechtvaardigd?
- 5.5 Wat zijn de alternatieve sancties die in plaats van vernietiging van de overeenkomst kunnen worden opgelegd?

Meer informatie

Veelgestelde vragen rechtsbescherming bij aanbesteden

Versie: april 2011

Bestuurlijke samenvatting

Decentrale overheden nemen als aanbestedende diensten binnen Europese aanbestedingsprocedures beslissingen die positief of negatief uitvallen voor ondernemers die deelnemen aan dergelijke procedures. Wanneer ondernemers van mening zijn dat een beslissing in strijd is met de aanbestedingsregels, moeten zij snel en doeltreffend beroep kunnen instellen. Dit bepalen de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Deze richtlijnen zijn ingrijpend gewijzigd waardoor in Nederland nieuwe wetgeving moest worden vastgesteld. De Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira) is daartoe begin 2010 in werking getreden. De gewijzigde Rechtsbeschermingsrichtlijnen, en dus ook de Wira, bevatten nieuwe elementen die voor decentrale overheden van belang zijn.

Zo is het voor aanbestedende diensten verplicht gunningsbeslissingen altijd zodanig te motiveren dat een afgewezen ondernemer kan bepalen of het zin heeft hiertegen beroep in te stellen. Is deze motivering ontoereikend, dan gaat de opschortende termijn, die in acht moet worden genomen tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst, niet lopen. In het geval dat de opschortende termijn niet gaat lopen, zal een ondernemer dus ook buiten deze termijn om nog beroep kunnen instellen tegen een voor hem negatieve en ongemotiveerde gunningsbeslissing. Bovendien kan een benadeelde ondernemer naar de rechter stappen om een overeenkomst te laten vernietigen wanneer een opdracht ten onrechte niet Europees is aanbesteed of wanneer de opschortende termijn niet in acht is genomen.

De mogelijkheid om een overeenkomst achteraf door de rechter te laten vernietigen is door de Europese Commissie expliciet gecreëerd als afschrikwekkende sanctie om te voorkomen dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen niet worden nageleefd. Mocht een overeenkomst vernietigd worden omdat ten onrechte niet Europees is aanbesteed, dan zal een aanbestedende dienst voor de betreffende opdracht immers alsnog een Europese aanbestedingsprocedure moeten organiseren. Daar staat tegenover dat er uitzonderingen zijn die aanbestedende diensten kunnen benutten om de vernietigbaarheid op te heffen of de vernietigingstermijn te verkorten.

Deze publicatie gaat zowel in op de nieuwe, strengere eisen die op het gebied van rechtsbescherming bij aanbesteding gelden op grond van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en de Wira, als op de manieren waarop aanbestedende diensten hiermee kunnen omgaan.

Deze publicatie is bedoeld voor ambtenaren van decentrale overheden die in het kader van een aanbestedingsprocedure geconfronteerd (kunnen) worden met vragen over de toepassing van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en/of de Wira.

Waarom deze publicatie?

Het doel van deze publicatie is tweeledig. Ten eerste is de uitgave bedoeld om decentrale overheden te informeren over de voor hen belangrijkste wijzigingen in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en de Wira. Voor Europese aanbestedingen zijn op EU-niveau specifieke regels vastgesteld die ervoor moeten zorgen dat deelnemers aan Europese aanbestedingsprocedures de rechten die zij ontlenuen aan de [Aanbestedingsrichtlijnen](#) ook daadwerkelijk kunnen uitoefenen. Deze specifieke regels zijn neergelegd in de zogeheten [Rechtsbeschermingsrichtlijnen](#) en brengen voor aanbestedende diensten onder meer een aantal verplichtingen en aandachtspunten mee in verband met aanbestedingsprocedures. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen, die al sinds de jaren tachtig bestaan, zijn in 2007 ingrijpend gewijzigd door [Richtlijn 2007/66/EG](#). De gewijzigde richtlijnen zijn inmiddels omgezet in de [Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden](#) (Wira), die op 19 februari 2010 in werking is getreden. De wijzigingen hebben ook gevolgen voor decentrale overheden.

Daarnaast biedt deze publicatie een overzicht van veelgestelde vragen met antwoorden over de rechtsbeschermingsrichtlijnen die bij de helpdesk van Europa decentraal zijn binnengekomen.

Hoe is deze publicatie opgebouwd?

De publicatie bestaat uit twee delen. Het eerst deel omvat een inleiding die ingaat op het relevante rechtskader voor rechtsbescherming bij aanbesteden, zowel op Europees als op nationaal niveau, en

de wijzigingen die in deze kaders zijn aangebracht door Richtlijn 2007/66/EG. Het tweede deel omvat de vragen over rechtsbescherming bij aanbesteden die voor decentrale overheden als aanbestedende diensten van belang zijn, gevolgd door de antwoorden op deze vragen.

De vragen worden beantwoord op basis van het rechtskader zoals dat nu, na de totstandkoming van de Wira, bestaat. Ook worden vragen beantwoord die verband houden met de wijzigingen die het gevolg zijn van Richtlijn 2007/66/EG en de Wira. De vragen betreffen de volgende terreinen: werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en de Wira, termijnen voor het instellen van beroep, motivering van (gunnings)beslissingen en in het verlengde daarvan de mogelijkheid voor ondernemers om met betrekking tot aanbestedingsprocedures een beroep te doen op de [Wet openbaarheid van bestuur](#) (Wob) om een betere motivering te eisen, en vernietiging van reeds gesloten overeenkomsten.

Hebt u zelf nog aanvullende of nieuwe vragen over de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijnen? U wordt van harte uitgenodigd deze te stellen via de gratis [helpdesk](#) van Europa decentraal.

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.

DEEL I: Inleiding rechtsbescherming bij aanbesteden

1.1 Het rechtskader en doel van de rechtsbeschermingsrichtlijnen

Het relevante rechtskader voor de beoordeling van rechtsbeschermingsvraagstukken bij aanbesteden wordt gevormd door de Europese Aanbestedingsrichtlijnen enerzijds en de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijnen anderzijds. Sinds 2010 is de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijn geïmplementeerd in Nederland via de nationale wet Wira.

De Aanbestedingsrichtlijnen zijn de richtlijnen [2004/18/EG](#) voor overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en [2004/17/EG](#) voor de 'speciale sectoren', water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten. De richtlijnen zijn in Nederland omgezet in het [Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten](#) (Bao) en het [Besluit aanbestedingen speciale sectoren](#) (Bass). Omdat de meeste vragen over rechtsbescherming bij aanbesteden die Europa decentraal van decentrale overheden heeft ontvangen betrekking hebben op opdrachten waarop Richtlijn 2004/18/EG en het Bao van toepassing zijn, blijven Richtlijn 2004/17/EG en het Bass in deze publicatie verder grotendeels buiten beschouwing.

De oorspronkelijke Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn de Richtlijnen [89/665/EEG](#) en [92/13/EEG](#). Deze zijn in 2007 gewijzigd door Richtlijn 2007/66/EG, die in 2010 in Nederland is geïmplementeerd via de nationale Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (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 een minimumniveau aan rechtsbescherming bieden. Belangrijk daarbij is dat er in ieder geval mogelijkheden moeten bestaan voor ondernemingen om in kort geding voorlopige maatregelen te eisen om het sluiten van de overeenkomst te voorkomen, om onwettige besluiten in aanbestedingsprocedures (waaronder discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving) nietig te (laten) verklaren en om schadevergoeding te eisen.

1.2 De situatie in Nederland onder de oude Rechtsbeschermingsrichtlijnen

Aanvankelijk was de Nederlandse wetgever van mening dat uit de Rechtsbeschermingsrichtlijnen geen verplichting voortvloeide om nieuwe nationale wetgeving aan te nemen of bestaande wetgeving te wijzigen omdat de bestaande gerechtelijke procedures voldeden aan het voorgeschreven minimumbeschermingsniveau. Ondernemingen konden immers in een aanbestedingsprocedure naar de civiele rechter stappen om een kort geding aan te spannen of om in een bodemprocedure schadevergoeding te eisen. Ook de destijds veel gebruikte arbitrageprocedure bij de Raad van Arbitrage kende rechtsbeschermingsmogelijkheden. Ook via procedures bij de bestuursrechter kunnen in aanbestedingsgeschillen bestuursrechtelijke besluiten worden aangevochten.

De Nederlandse wetgever moest het standpunt dat er geen wijzigingen nodig waren echter herzien na de arresten van het Europees Hof van Justitie in de zaken Alcatel Austria ([C-81/98](#)) en Commissie/Oostenrijk ([C-212/02](#)). In die zaken werd kort gezegd bepaald dat uit de Rechtsbeschermingsrichtlijnen volgde dat een afgewezen inschrijver in de gelegenheid moest worden gesteld doeltreffend beroep in te stellen tegen een besluit om een opdracht te gunnen vóórdat de betreffende overeenkomst werd gesloten. De enkele mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst nog schadevergoeding te eisen bood volgens het Hof onvoldoende rechtsbescherming.

Omdat een eenmaal gesloten overeenkomst naar Nederlands recht, in beginsel, niet kon worden aangetast als een aanbestedende dienst in strijd met de Europese aanbestedingsregels had gehandeld, kon ook in Nederland de situatie ontstaan dat een afgewezen inschrijver alleen nog schadevergoeding kon eisen vanaf het moment dat de aanbestedende dienst de overeenkomst met de winnaar gesloten had. Om dit probleem op te lossen werd in artikel 55 lid 2 van het Bao een opschortende termijn ingevoerd tussen de bekendmaking van de voorgenomen gunning, ofwel het voorlopige gunningsbesluit, en het sluiten van de overeenkomst, ook wel het definitieve gunningsbesluit genoemd. Deze termijn, die bekend is geworden als de Alcatel-termijn of standstillbepaling, is bedoeld om ondernemers de mogelijkheid te bieden tijdig beroep in te stellen tegen een voorgenomen gunning.

Overigens wordt in artikel 4 van de Wira niet langer gesproken van voorlopige en definitieve

gunningsbesluiten en stand-stilltermijn, maar van de 'gunningsbeslissing' (zoals gedefinieerd in artikel 1 sub f Wira) die na inachtneming van een 'opschortende termijn' resulteert in het 'sluiten van een overeenkomst'. In de rest van deze publicatie wordt deze terminologie gehanteerd.

1.3 De nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn

Zoals gezegd, zijn de Rechtsbeschermingsrichtlijnen in 2007 ingrijpend gewijzigd door Richtlijn 2007/66/EG. Met deze richtlijn beoogde de Europese Commissie een tweetal problemen op te lossen die zij met betrekking tot de rechtsbescherming bij aanbesteden had geconstateerd.

Het eerste probleem betreft de fase voor een overeenkomst is gesloten (de zogenaamde precontractuele fase) en hield in dat de verschillende lidstaten in reactie op het Alcatel-arrest uiteenlopende maatregelen hadden getroffen die naar de mening van de Commissie echter niet altijd voldoende bescherming boden. Richtlijn 2007/66/EG harmoniseert nu de opschortende termijn op Europees niveau. Daarnaast wordt in de richtlijn bepaald dat een gunningsbeslissing gemotiveerd moet worden. Een onderneming kan immers pas bepalen of het zin heeft om beroep in te stellen tegen een beslissing als voldoende duidelijk wordt gemaakt waarom deze beslissing zo is genomen. Het eerste probleem kwam (voordat de nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijnen waren vastgesteld) in Nederlandse regelgeving aan bod in artikel 55 van het Bao, het tweede in artikel 41.

Het tweede probleem wordt door de Commissie de 'onwettige onderhandse gunning' van overheidsopdrachten genoemd en speelt na het sluiten van de overeenkomst (de zogenaamde postcontractuele fase). Hierbij gaat het om opdrachten die worden gegund zonder voorafgaande bekendmakingsprocedure en een oproep tot mededinging terwijl naar de mening van de Commissie een dergelijke bekendmaking en oproep wel verplicht zijn op grond van de Aanbestedingsrichtlijnen. Over de vraag welke opdrachten wel en niet onder het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijn vallen is overigens veel discussie; zie voor meer informatie onder meer het [dossier Aanbesteden](#) van Europa decentraal.

In Richtlijn 2007/66/EG is bepaald 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. 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 mogelijkheid dat een overeenkomst achteraf zijn geldigheid verliest is voor aanbestedende diensten afschrikwekkender dan het eventueel moeten betalen van schadevergoeding zie hierover ook pagina 5 van de MvT bij de Wira) omdat na de vernietiging de betreffende opdracht dan immers alsnog Europees zal moeten worden aanbesteed.

Zie over de onwettig onderhandse gunning ook vraag 5.1 van deze publicatie.

1.4 De Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira)

In Nederland zijn de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zoals die door Richtlijn 2007/66/EG zijn gewijzigd omgezet in de Wira. De bepalingen van deze wet zijn van toepassing op alle overheidsopdrachten die onder de reikwijdte van het Bao en het Bass vallen (zie vraag 1.1). Ook in de Wira is duidelijk het onderscheid terug te zien tussen de pre- en de postcontractuele fase. De artikelen 4 t/m 7 van de Wira betreffen de eerste en de artikelen 8 t/m 20 de tweede fase.

Precontractuele fase

De opschortende termijn tussen de mededeling van de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst is terug te vinden in artikel 4 Wira en is vastgesteld op ten minste 15 kalenderdagen. Dit komt overeen met de termijn die de wetgever in artikel 55 Bao had opgenomen naar aanleiding van het Alcatel-arrest. Artikel 55 leden 2 t/m 4 Bao zijn inmiddels met de inwerkingtreding van de Wira vervallen (bij Besluit van 10 februari 2010 houdende wijziging van Bao en Bass in verband met de Wira, Staatsblad 2010, 67). De lengte van de termijn is echter niet veranderd na de inwerkingtreding van de Wira.

De termijn begint te lopen op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden aan de betrokken inschrijvers en de betrokken gegadigden. In artikel 5 Wira is bepaald wie dat precies zijn. Er is een drietal uitzonderingsgevallen waarin de opschortende termijn niet in acht hoeft te worden genomen. Deze uitzonderingen worden in het vragenoverzicht nader toegelicht (zie vraag 2.13).

Artikel 7 Wira bepaalt dat de opschortende termijn voortduurt als er een kort geding tegen de gunningsbeslissing wordt aangespannen (zie onder meer vraag 2.6 over de toepassing van de opschortende termijn). De aanbestedende dienst moet dan in ieder geval wachten met het sluiten van de overeenkomst tot de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan. Daarbij moet worden opgemerkt dat de termijn niet begint te lopen als een gunningsbeslissing onvoldoende wordt gemotiveerd. De motiveringsplicht is opgenomen in artikel 6 Wira en houdt in dat een aanbestedende dienst bij een gunningsbeslissing de 'relevante redenen' voor die beslissing vermeldt. Hiermee wordt aansluiting gezocht bij de motiveringseisen van artikel 41 Bao. Wel moet worden aangetekend dat in dat artikel is bepaald dat de informatie *op verzoek* wordt verstrekt, terwijl de motiveringsplicht van artikel 6 Wira automatisch geldt. Naast de relevante redenen moet op grond van artikel 6 Wira in de mededeling van de gunningsbeslissing expliciet de opschortende termijn worden vermeld die de aanbestedende dienst hanteert. Tot slot moet worden opgemerkt dat de bepalingen over de precontractuele fase in de Wira tot een wijziging van het Bao hebben geleid: de leden 2 t/m 4 van artikel 55 Bao zijn vervallen waardoor nu dus de Wira moet worden toegepast. Op de gevolgen van deze wijziging wordt ingegaan in het vragenoverzicht (zie vraag 3.2).

Postcontractuele fase

Artikel 8 Wira is de belangrijkste bepaling over de postcontractuele fase. Hierin is bepaald wanneer een gesloten overeenkomst 'onverbindend' moet worden verklaard. Er zijn verschillende vormen van onverbindendheid, zoals nietigheid, ontbinding en opschorting. De Nederlandse wetgever heeft echter met de Wira gekozen voor vernietiging van een gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst door de rechter. Vernietiging heeft naar Nederlands recht terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 Burgerlijk Wetboek (BW)). Dit heeft tot gevolg 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 (art. 6:210 BW).

Artikel 8 Wira kent drie vernietigingsgronden die onder voorwaarden van toepassing zijn als er geen voorafgaande publicatie van een aankondiging van de opdracht in het *Publicatieblad van de Europese Unie* heeft plaatsgevonden of als de overeenkomst is gesloten zonder de opschortende termijn uit artikel 4 Wira in acht te nemen. Deze drie gronden worden in vraag 5.1 behandeld.

Een vordering tot vernietiging van een overeenkomst moet binnen zes maanden na sluiting van de overeenkomst worden ingesteld door een ondernemer die zich benadeeld acht. De aanbestedende dienst kan deze termijn echter verkorten tot dertig kalenderdagen (zie vraag 5.3). Artikel 9 Wira omvat een tweetal uitzonderingen op de vernietigingsgronden uit artikel 8 Wira, die een aanbestedende dienst kan gebruiken om te voorkomen dat een overeenkomst wordt vernietigd. In het hierna volgende vragenoverzicht wordt verder ingegaan op de vernietigingsgronden en de uitzonderingen daarop, alsmede op de verkorting van de vernietigingstermijn (zie de vragen 5.1-5.3).

Op grond van artikel 11 Wira kan een rechter die wordt geconfronteerd met een verzoek om vernietiging ook als één van de vernietigingsgronden van toepassing is besluiten om de overeenkomst (gedeeltelijk) in stand te laten. Dit kan als de aanbestedende dienst zich kan beroepen op zogeheten 'dwingende redenen van algemeen belang' zoals openbare orde en veiligheid en volksgezondheid (zie vraag 5.4). Wel zullen er in dat geval alternatieve sancties worden opgelegd (zie vraag 5.5): het verkorten van de looptijd van de overeenkomst (art. 12 Wira) of het opleggen van een bestuurlijke boete (art. 14 Wira) of een combinatie hiervan (zie pag. 13 MvT Wira). De boete bedraagt maximaal 15 procent van de geraamde waarde van de betreffende overheidsopdracht.

1.5 Wira en Aanbestedingswet

Het is de bedoeling dat de bepalingen van de Wira uiteindelijk onderdeel gaan uitmaken van de nieuwe Aanbestedingswet. Het nieuwe voorstel voor de Aanbestedingswet is in juli 2010 aan de Tweede Kamer verzonden, nadat een eerder voorstel in 2008 in de Eerste Kamer was gestrand. De artikelen van de Wira zijn in het nieuwe wetsvoorstel opgenomen in de artikelen 2.126 t/m 2.130 en de artikelen 4.15 t/m 4.26. Zodra de nieuwe Aanbestedingswet in werking treedt, wordt de Wira ingetrokken ([Memorie van Toelichting](#) (MvT) Aanbestedingswet, blz. 49 en [MvT Wira](#), blz. 2).

DEEL II: Praktijkvragen

Hieronder treft u enkele tientallen –uiteraard geanonimiseerde- vragen die door decentrale overheden aan de helpdesk van Europa decentraal zijn gesteld over rechtsbescherming bij aanbesteden. De vragen zijn per thema gerubriceerd.

Werkings sfeer

1.1 Is de Wira van toepassing op alle overheidsopdrachten?

De Wira geldt voor opdrachten waarop het Bao en het Bass van toepassing zijn (art. 2 Wira). Het gaat dus om opdrachten die Europees moeten worden aanbesteed op grond van de Aanbestedingsrichtlijnen. Dit betekent dat de bepalingen van de Wira dus niet gelden voor opdrachten onder de drempelwaarden en uitgezonderde opdrachten (art. 10-18 Richtlijn 2004/18/EG en Bao).

1.2 Vanaf wanneer geldt de Wira?

De Wira is op 19 februari 2010 in werking getreden en moet dus vanaf die datum worden toegepast op aanbestedingsprocedures die onder de werkingssfeer vallen. In artikel 21 Wira is bepaald dat de wet geen terugwerkende kracht heeft. Een overeenkomst die is gesloten voor de inwerkingtreding van de Wira kan dan ook niet op grond van artikel 8 Wira worden vernietigd.

Termijnen

2.1 Wat is het doel van de opschortende termijn tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst?

De opschortende termijn heeft tot doel ondernemers de kans te geven doeltreffend beroep in te stellen tegen een gunningsbeslissing. Het is belangrijk dat zij deze kans krijgen omdat zij er alleen door beroep in te stellen vóórdat de overeenkomst wordt gesloten voor kunnen zorgen dat een opdracht alsnog aan hen zou kunnen worden gegund in plaats van aan de concurrent die als winnaar uit de bus is gekomen. Is de overeenkomst eenmaal gesloten dan zou er nog wel schadevergoeding kunnen worden geëist. In de praktijk is dit echter niet zo eenvoudig omdat de betreffende ondernemer dan moet bewijzen dat als de aanbestedende dienst wel volgens de regels had gehandeld, de opdracht aan hem zou zijn gegund.

2.2 Hoe lang moet de opschortende termijn zijn?

De opschortende termijn bedraagt ten minste vijftien kalenderdagen (art. 4 lid 3 Wira). Omdat het een minimumtermijn betreft, kan de aanbestedende dienst ook een langere termijn vaststellen (zie ook pag. 16/17 van de MvT Wira). Met name bij complexe projecten wordt door aanbestedende diensten nog wel eens een langere termijn gehanteerd. Zo kan worden voorkomen dat ondernemers besluiten een 'pro forma' kort geding aanhangig te maken omdat anders de termijn dreigt te verstrijken zonder dat zij de gunningsbeslissing volledig hebben kunnen laten analyseren door een jurist. In de praktijk zullen aanbestedende diensten moeten zoeken naar een evenwicht tussen de voortgang van het eigen aanbestedingsproces en een voldoende rechtvaardige termijn voor ondernemers om actie te ondernemen tegen een gunningsbeslissing.

Het is belangrijk op te merken dat de Wira niet voorziet in het door aanbestedende diensten kunnen hanteren van een kortere termijn dan vijftien kalenderdagen. Artikel 55 lid 4 Bao, dat voorzag in de mogelijkheid de opschortende termijn te verkorten wegens dwingende spoed, is namelijk vervallen. De nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijn staat een verkorting van de termijn tot 10 dagen toe indien er sprake is van elektronische verzending van de mededeling. De redenen waarom deze mogelijkheid tot verkorting van de termijn niet in de Wira is overgenomen staat uitgelegd op pagina's 6 en 16 van de MvT van de Wira. Ingevolge de Wira bedraagt de minimaal in acht te nemen termijn dus 15 kalenderdagen, waarbij de Wira wel uitgaat van een verplichting om de mededeling elektronisch te verzenden. In Nederland is dus niet gekozen voor de mogelijkheid tot verkorting van de termijn tot 10 dagen.

De oude Bao mogelijkheid (artikel 55 lid 4) tot verkorting van de opschortende termijn wegens dwingende spoed is zoals gezegd vervallen. Wanneer nu in een lopende aanbesteding sprake is van dwingende spoed in de zin van artikel 31 lid 1 onder c van richtlijn 2004/18 dan is de zuivere manier van handelen: lopende aanbesteding intrekken, en op basis van dwingende spoed na een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging gunnen. Het besluit om niet te gunnen is ook een gunningsbeslissing in de zin van artikel 1 sub f van de Wira. Voor dit besluit geldt dus ook een

opschortende termijn van 15 dagen (zie ook vraag 2.15).

Na gunning van de opdracht als gevolg van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging moet in verband met artikel 9 lid 1 onder a van de Wira (wanneer gunning van opdracht zonder voorafgaande bekendmaking is toegestaan volgens Bao is dit een uitzondering op de Wira-vernietigbaarheid uit artikel 8 lid 1), nog wel een publicatie van de gunningsbeslissing plaatsvinden ingevolge artikel 9 lid 1 sub b met een toelichting waarom de dwingende spoed als reden mocht gelden. Ook hier geldt ingevolge artikel 9 lid 1 sub c een 15 kalenderdagen termijn.

2.3 Wanneer begint de opschortende termijn te lopen?

De termijn begint te lopen op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden. Wordt de gunningsbeslissing op de eerste dag van de maand verzonden, dan begint de termijn dus te lopen op de tweede dag. Hierbij moet worden opgemerkt dat de termijn alleen begint te lopen als is voldaan aan de motiveringsplicht van artikel 6 Wira (zie ook vraag 3.3). Daarnaast moet de gunningsbeslissing worden verzonden aan de 'betrokken inschrijvers of gegadigden' (zie vraag 2.7). Worden deze voorwaarden niet in acht genomen, dan begint de termijn pas te lopen na herstel van dit verzuim. Het is voor aanbestedende diensten dus zaak om gunningsbeslissingen voldoende te motiveren en naar alle betrokken partijen te verzenden. Doen zij dit niet dan bestaat het gevaar dat een overeenkomst wordt gesloten nog vóór de opschortende termijn is gaan lopen. Dit kan ernstige gevolgen hebben, want op grond van de Wira is het mogelijk een overeenkomst door de rechter te laten vernietigen als de opschortende termijn niet in acht is genomen (art. 8 lid 1 sub b Wira; zie ook vraag 5.1)

2.4 Wanneer verstrijkt de opschortende termijn?

Als de termijn is vastgesteld op het minimum van vijftien dagen en de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden op de eerste dag van de maand, verstrijkt de termijn aan het einde van het laatste uur van de zestiende dag van de maand. Als dit een zaterdag, zondag of feestdag is, wordt de termijn verlengd tot en met het laatste uur van de eerstvolgende werkdag overeenkomstig artikel 1 lid 1 van de Algemene termijnenwet.

2.5 Mag de overeenkomst worden ondertekend als er beroep wordt ingesteld?

Nee, als er een kort geding aanhangig wordt gemaakt bij de voorzieningenrechter, wordt de opschortende termijn verlengd tot en met de uitspraak in kort geding (art. 7 Wira). Wordt daarna een bodemprocedure gestart dan schort dit de termijn in beginsel niet op, tenzij in het vonnis van de voorzieningenrechter anders is bepaald (MvT Wira, blz. 19).

2.6 Kan na het verstrijken van de opschortende termijn nog beroep worden ingesteld?

Ja, er kan beroep worden ingesteld zolang de overeenkomst nog niet is gesloten, ook al is de opschortende termijn verstreken. De Nederlandse wetgever heeft er namelijk voor gekozen de termijn te formuleren als opschortende termijn en niet als vervaltermijn. Dit heeft tot gevolg dat een beroep ook na het verstrijken van de termijn van minimaal 15 dagen ontvankelijk blijft wanneer de overeenkomst nog niet is gesloten. Hoewel de wettelijke termijn uit artikel 6 Wira dus geen vervaltermijn is, moet er op worden gewezen dat een aanbestedende dienst er wel voor kan kiezen een vervaltermijn op te nemen in de aanbestedingsstukken. In dat geval moet voor een ondernemer echter wel voldoende duidelijk zijn dat overschrijding van de vervaltermijn het gevolg heeft dat het beroep niet-ontvankelijk zal worden verklaard (Vzr. Rb. Haarlem, 14 juli 2006 LJN AY3951).

2.7 Aan wie moet de mededeling van de gunningsbeslissing worden verzonden?

De mededeling van de gunningsbeslissing moet worden verzonden aan de 'betrokken inschrijvers en betrokken gegadigden' (art. 4 lid 2 Wira). Zij zijn immers degenen die belang hebben of hebben gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk worden of dreigen te worden geschaad (art. 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijnen). Wie de 'betrokken inschrijvers en betrokken gegadigden' zijn wordt verduidelijkt in artikel 5 Wira. Voor inschrijvers geldt dat zij bij een openbare aanbestedingsprocedure betrokken zijn zolang zij niet definitief zijn uitgesloten. Een uitsluiting is definitief als de betreffende inschrijver van zijn uitsluiting op de hoogte is gesteld en de rechter heeft geoordeeld dat dit rechtmatig was of de termijn om beroep in te stellen tegen de uitsluiting is verstreken (art. 5 lid 1 Wira). In bepaalde gevallen moet de gunningsbeslissing ook worden medegedeeld aan gegadigden die in het kader van een niet-openbare procedure, een onderhandelingsprocedure of een concurrentiegericht dialog niet zijn uitgenodigd om in te schrijven. Dit is alleen het geval als een aanbestedende dienst de gegadigde nog niet heeft laten weten dat zijn verzoek tot inschrijving is afgewezen (ruim) voordat de gunningsbeslissing aan de inschrijvers is medegedeeld (art. 5 lid 2 Wira).

2.8 Hoe moet de gunningsbeslissing worden verzonden?

De mededeling van de gunningsbeslissing moet in ieder geval elektronisch of per fax worden verstuurd (art. 6 lid 2 Wira). Het voordeel hiervan is dat altijd duidelijk is wanneer een mededeling wordt verzonden en ontvangen, zodat vaststaat wanneer de termijn begint te lopen. Uiteraard kan een aanbestedende dienst de mededeling ook nog per brief verzenden.

2.9 Moet bij de gunningsbeslissing de opschortende termijn voor het instellen van beroep worden vermeld?

Ja, de mededeling van de gunningsbeslissing moet een nauwkeurige omschrijving bevatten van de opschortende termijn die wordt gehanteerd (art. 6 lid 1 Wira). Het moet voor inschrijvers en gegadigden duidelijk zijn wanneer de termijn verstrijkt zodat zij weten hoeveel tijd zij hebben om een kort geding aanhangig te maken.

2.10 Kan beroep tegen de gunningsbeslissing worden ingesteld door partijen die geen betrokken gegadigden of inschrijvers zijn?

Ja, in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen is bepaald dat beroep moet kunnen worden ingesteld door een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad (art. 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijnen). Dit zijn de betrokken inschrijvers en/of gegadigden (zie vraag 2.7) maar de kring belanghebbenden kan ook breder worden geïnterpreteerd. Zo kan het voorkomen dat een ondernemer besluit niet aan een aanbestedingsprocedure deel te nemen of besluit de deelname te beëindigen omdat hij bezwaar heeft tegen de te volgen procedure. In dergelijke gevallen kan een beroep tegen de gunningsbeslissing niet-ontvankelijk worden verklaard. Dit volgt uit het Grossmann-arrest ([C-230/02](#)) van het Europees Hof van Justitie, waarin is bepaald dat een ondernemer beroep moet aantekenen in een stadium van de procedure waarin onrechtmatigheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Met andere woorden, ondernemers dienen zich proactief op te stellen. Dat is in principe niet het geval als niet wordt deelgenomen aan de procedure en pas in de fase van de gunningsbeslissing beroep wordt ingesteld. Dit zou, aldus het Grossmann-arrest, alleen anders kunnen zijn als uit de feiten en omstandigheden van het geval zou blijken dat zonder de beweerde schending onvermijdelijk een heraanbesteding had moeten volgen.

Het Grossmann arrest is een bron van vele vervolg-jurisprudentie, veelal ook op nationaal niveau en van nationale rechterlijke instanties. Voor een actueel overzicht van Grossmann jurisprudentie van deze instanties kunt u onder meer www.rechtspraak.nl raadplegen.

2.11 Wanneer is beroep tijdig ingesteld?

Er is tijdig beroep ingesteld als de advocaat van een ondernemer voor het verstrijken van de opschortende termijn een conceptdagvaarding verzendt aan de bevoegde voorzieningenrechter en een datum aanvraagt voor de mondelinge behandeling in kort geding. Bovendien moet er schriftelijk mededeling worden gedaan van de aanhangigmaking van het kort geding aan de aanbestedende dienst (Vzr. Rb. Zwolle, 15 september 2005 LJN BA9660).

2.12 Wat kunnen partijen die beroep instellen in kort geding vorderen?

In kort geding beslist de rechter in principe over voorlopige maatregelen. Toch kan de rechter in kort geding ook voorzieningen treffen met gevolgen die in feite niet meer zijn te herstellen. Mogelijke uitspraken die een voorzieningenrechter in kort geding kan doen zijn onder meer een:

- bevel tot afbreken/gestaakt houden van aanbestedingsprocedure;
- bevel tot heraanbesteding;
- bevel tot aanbesteding (in geval van onwettige onderhandse gunning);
- bevel tot toelating van de klagende partij tot de inschrijving of onderhandelingen;
- bevel tot herbeoordeling van de inschrijving;
- bevel tot gunning aan de eiser;
- verbod op gunning aan een ander dan de eiser;
- verbod op heraanbesteding;
- verbod op gunning aan een derde.

Daarnaast kan een voorzieningenrechter bevelen een aanbesteding over te doen met aangepaste selectie- of gunningcriteria (zie hierover ook pag. 3 en 4 van de MvT). Mocht een overeenkomst voor de rechtszitting of voor de uitspraak van de rechter wel al zijn gesloten, dan kan hij een van de volgende vonnissen wijzen:

- een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst;
- een gebod om de overeenkomst op te zeggen dan wel te beëindigen op grond van een wettelijke of contractuele bevoegdheid.

Dat het Nederlandse stelsel voor geschillenbeslechting bij aanbesteding overigens in orde is bevonden is bepaald bij uitspraak C-568/08 van 9 december 2010 van het Hof van Justitie EU ([zaak Combinatie Spijker](#) Infrabouw- De Jonge Konstruktie tegen de provincie Drenthe). In deze zaak stelde de rechtbank Assen het EU-Hof prejudiciële vragen over het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken (onder de voormalige rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EG, zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50). Er was in kort geding bij de voorzieningenrechter Assen uitspraak gedaan in een aanbestedingszaak. In een daarop volgende bodemprocedure bij de rechtbank bleek dat de kortgedingrechter een verkeerde uitleg van het Unierecht had gegeven. Het EU Hof bepaalde dat de procedure van een kort geding als snelle manier om onregelmatigheden in een aanbestedingsprocedure te bestrijden, Europeesrechtelijk door de beugel kan, zelfs wanneer zoals in dit geval de foute uitleg van de kortgedingrechter later door de gewone rechter als onjuist wordt aangemerkt. Of hierdoor schade-aansprakelijkheid van de overheid ontstaat moet per geval worden beoordeeld.

2.13 Moet de opschortende termijn altijd in acht worden genomen?

Nee, er bestaan enkele uitzonderingen, die zijn opgenomen in artikel 4 Wira.

Ten eerste gaat het om opdrachten waarvoor op grond van het Bao geen voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad is vereist. Dit zijn met andere woorden opdrachten die niet Europees worden aanbesteed, zoals opdrachten onder de drempel en uitgezonderde opdrachten (art. 4 lid 4 sub a Wira). Ook de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking valt bijvoorbeeld onder deze uitzondering. Verder kan deze uitzondering van toepassing zijn op zogeheten IIB-diensten (zie vraag 2.14).

Ten tweede kan het zo zijn dat een opdracht wordt gegund aan de enige betrokken inschrijver, terwijl er ook geen betrokken gegadigden zijn. In dat geval kan worden overgegaan tot gunning zonder de opschortende termijn in acht te nemen (art. 4 lid 4 sub b Wira).

Ten derde geldt de termijn niet voor opdrachten die worden gegund op basis van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel (art. 4 lid 4 sub c Wira). Een van de redenen om gebruik te maken van deze methoden is namelijk dat termijnen korter kunnen zijn en gewenste overeenkomsten sneller tot stand kunnen komen. Dit voordeel zou teniet worden gedaan als de opschortende termijn ook in deze gevallen van toepassing zou zijn. Wel moet erop worden gewezen dat bij gunning binnen een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel de opschortende termijn alleen achterwege kan blijven als is voldaan aan bepaalde voorwaarden. Is daaraan niet voldaan dan bestaat het risico dat de overeenkomst op verzoek van een benadeelde partij door de rechter wordt vernietigd (art. 8 lid 1 sub c; zie vraag 5.1).

2.14 Geldt de opschortende termijn ook voor de gunning van IIB-diensten?

Nee, in principe hoeft een aanbestedende dienst de opschortende termijn niet in acht te nemen alvorens een opdracht voor een [IIB-dienst](#) te gunnen, mits er niet enkelvoudig onderhands wordt gegund. Op grond van de artikelen 21 jo. 35 Bao is voor IIB-diensten namelijk slechts bekendmaking *achteraf* vereist zodat de uitzondering van artikel 4 lid 4 sub a Wira van toepassing is. Deze uitzondering geldt immers wanneer het Bao geen bekendmaking *vooraf* vereist.

De situatie kan echter anders zijn als er met de betreffende IIB-dienst een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' is gemoeid. Het Europees Hof van Justitie heeft namelijk (o.a. in het An Post-arrest, [C-507/03](#)) bepaald dat wanneer er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang het transparantiebeginsel vereist dat er ook bij IIB-diensten van te voren een aankondiging van de opdracht wordt gepubliceerd en de richtlijn wordt toegepast. De vraag of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang moet door de betreffende aanbestedende dienst zelf worden beantwoord. Mocht er een dergelijk belang bestaan dan is publicatie vooraf vereist, wordt de Aanbestedingsrichtlijn toegepast en zal dus ook de opschortende termijn in acht moeten worden genomen. Overigens is in het voorstel voor de nieuwe aanbestedingswet wel expliciet bepaald dat aanbestedende diensten verplicht zijn voor opdrachten voor IIB-diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang een 'passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht' te garanderen (art. 2.39 lid 3 voorstel Aanbestedingswet). In dergelijke gevallen

kan de Aanbestedingsrichtlijn en daarmee het Bao van toepassing zijn en moet dus ook de opschortende termijn in acht worden genomen.

2.15 Geldt de opschortende termijn ook voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen?

Nee, de opschortende termijn zoals die is opgenomen in de Wira geldt uitsluitend voor gunningsbeslissingen in de zin van artikel 1 sub f Wira. Een aanbestedende dienst kan in de loop van een aanbestedingsprocedure echter ook andere beslissingen nemen waar een inschrijver of gegadigde het niet mee eens is. Denk bijvoorbeeld aan de beslissing om een gegadigde niet te selecteren voor een niet-openbare procedure of om een inschrijver uit te sluiten. Hoewel de opschortende termijn formeel niet geldt voor dergelijke beslissingen staat het aanbestedende diensten wel vrij om bijvoorbeeld vanuit het oogmerk van een zorgvuldige behandeling van belanghebbenden in de aanbestedingsprocedure een opschortende termijn te hanteren en ondernemers te wijzen op een mogelijkheid beroep in te stellen tegen dergelijke beslissingen. Dit is immers in lijn met het uitgangspunt van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen dat ondernemers doeltreffend beroep moeten kunnen instellen tegen beslissingen van aanbestedende diensten. Het specifieke doel van de opschortende termijn is echter te voorkomen dat aanbestedende diensten door het sluiten van een overeenkomst ondernemers de mogelijkheid ontnemen om de opdracht alsnog gegund te krijgen. Dit risico bestaat bij andere beslissingen dan de gunningsbeslissing uiteraard niet of in veel mindere mate omdat het sluiten van de overeenkomst in dergelijke gevallen nog niet altijd direct aan de orde is. Er zijn wel voorbeelden van aanbestedende diensten die na de selectiefase in een niet-openbare aanbestedingsprocedure een beroepstermijn van minimaal 15 dagen hanteren om niet geselecteerde ondernemers in staat te stellen beroep in te stellen tegen de selectiebeslissing.

Motivering

3.1 Is het verplicht om een gunningsbeslissing te motiveren?

Ja, een gunningsbeslissing dient altijd te worden gemotiveerd op basis van artikel 6 Wira (= inclusief artikel 41 Bao, zie ook definitie van 'relevante redenen' hierna in art. 1 sub n Wira (vraag 3.2)). Belanghebbenden die vinden dat zij benadeeld zijn, kunnen immers alleen inschatten of het zin heeft beroep in te stellen als zij ook weten waarom een opdracht niet aan hen wordt gegund maar aan een concurrent.

3.2 Wat houdt de motiveringsplicht op grond van de Wira in en hoe verhoudt deze zich tot de motiveringsplicht in het Bao?

Op grond van artikel 6 Wira is een aanbestedende dienst verplicht bij de mededeling van een gunningsbeslissing de 'relevante redenen' voor die beslissing te vermelden. Uit de definitie van dit begrip (artikel 1 sub n Wira) blijkt dat hiermee wordt verwezen naar de beschrijving van de redenen, zoals bedoeld in artikel 41 lid 2 t/m 5 van het Bao. Deze motiveringsplicht vervangt de omschrijving van de motivering die was opgenomen in het inmiddels vervallen lid 2 van artikel 55 Bao op basis waarvan 'de gronden van de gunningsbeslissing' moesten worden vermeld. Artikel 41 lid 4 Bao bepaalt dat een aanbestedende dienst een afgewezen inschrijver in kennis moet stellen van de kenmerken en voordelen van de uitgekozen inschrijving. Daarnaast moet de naam van de winnaar of van de partijen bij een raamovereenkomst worden medegedeeld. De jurisprudentie over de motiveringsplicht van artikel 41 laat een gemengd beeld zien wat betreft de mate van detail waarin de kenmerken en relatieve voordelen van een inschrijving moeten worden omschreven. Aanvankelijk werd een vrij summier motivering voldoende geacht. Dit werd afgeleid uit een aantal arresten van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen, waarnaar in de Nota van Toelichting bij artikel 41 Bao ook wordt verwezen. Hoewel de summier motiveringsplicht in diverse nationale uitspraken is gevolgd is deze in de literatuur bekritiseerd. Het probleem is namelijk dat Nederlandse aanbestedende diensten ook bestuursorganen kunnen zijn in de zin van artikel 1:1 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Dit betekent dat zij de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het motiveringsbeginsel (artikel 3:46 Awb), in acht moeten nemen, hetgeen onverenigbaar zou zijn met een summier motiveringsplicht.

In de Memorie van Toelichting bij de Wira (blz. 7) zegt de wetgever nu dat ervoor is gekozen om de motiveringsverplichting te expliciteren om te voorkomen dat ondernemers bij twijfel een juridische procedure starten.

Wordt gegund op basis van het criterium 'economisch meest voordelig inschrijving' dan ligt het volgens de Nederlandse wetgever in de rede om de toegekende scores en de relatieve positie ten opzichte van de winnaar mee te zenden als motivering van de beslissing. Afhankelijk van de

omstandigheden van het geval kunnen de relevante redenen onder meer de volgende elementen omvatten:

- bekendmaking van de eindscores zowel van de afgewezen inschrijver als van de geselecteerde ondernemer;
- de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken, en de reden waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximale score is toegekend;
- verduidelijking van de toepassing van de gehanteerde criteria bij gunning volgens het criterium economisch meest voordelige inschrijving. (MvT Wira, blz. 7)

Omdat de rechter uiteindelijk het laatste woord heeft bij de uitleg van de Wira, zal uit de toekomstige rechtspraak over de motiveringsplicht van artikel 6 Wira moeten blijken wat deze in de praktijk precies gaat inhouden. Aan de hand van die rechtspraak zal duidelijk worden of de invulling van het begrip 'relevante redenen' van artikel 6 Wira verschilt van de 'gronden' uit het vervallen lid 2 van artikel 55 Bao. Zie voor uitspraken over de motiveringsplicht die inmiddels onder de Wira zijn geweest o.a. de volgende zaken: Vrz. Rb. Zwolle 22 april 2010 LJN BM1998, Vrz. CBb 15 april 2010 LJN BM1341, Vrz. Rb. Zwolle, 2 juni 2010 LJN BM6522, Vrz. CBb, 1 juli 2010 LJN BN0301. Voorbeelden van nationale uitspraken over gunning op laagste prijs en bekendmaking zijn onder meer Vrz. Arnhem, 24 november 2010 LJN BO9051 en Vrz. Arnhem, 11 februari 2011 LJN BP6095.

3.3 Zijn er gevolgen verbonden aan het onvoldoende motiveren van een gunningsbeslissing?

Ja, het onvoldoende motiveren van een gunningsbeslissing kan grote gevolgen hebben. Een onvoldoende gemotiveerde gunningsbeslissing leidt er immers toe dat de opschortende termijn niet begint te lopen (zie ook vraag 2.3). Artikel 4 lid 2 van de Wira stelt namelijk dat de 15 dagen termijn begint te lopen op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden. Artikel 6 lid 1 stelt dat de dat de mededeling van de gunningsbeslissing de relevante redenen (motivatie) omvat. Wordt ondanks een onvoldoende gemotiveerde gunningsbeslissing een overeenkomst gesloten, dan kan deze door de rechter worden vernietigd omdat de aanbestedingsregels niet zijn nageleefd (art. 8 lid 1 sub b Wira).

3.4 Geldt er ook een motiveringsplicht voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen?

Ja, de motiveringsplicht van artikel 6 Wira geldt weliswaar specifiek voor gunningsbeslissingen. Maar voor andere beslissingen, zoals de beslissing om een gegadigde niet te selecteren voor een niet-openbare procedure of om een inschrijver uit te sluiten, geldt altijd nog de motiveringsplicht van artikel 41 Bao. Het belangrijkste verschil met de motiveringsplicht uit artikel 6 Wira is dat de redenen voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen op grond van artikel 41 Bao slechts op verzoek hoeven worden vermeld terwijl de motiveringsplicht van artikel 6 Wira automatisch geldt.

Wet openbaarheid van bestuur

4.1 Kan een afgewezen inschrijver een beroep doen op de Wet openbaarheid van bestuur om inzicht te krijgen in documenten die verband houden met een aanbesteding?

Ja, maar een aanbestedende dienst is niet altijd verplicht dit inzicht daadwerkelijk te verschaffen.

Het komt voor dat een inschrijver van mening is dat een aanbestedende dienst een nadelige beslissing onvoldoende heeft gemotiveerd. Soms wordt dan in aanvulling op de motiveringsplicht in de Wira (voor gunningsbeslissingen) en het Bao (voor overige beslissingen) een beroep gedaan op de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) om bepaalde informatie boven tafel te krijgen.

Uitgangspunt van de Wob is de openbaarheid van documenten die burgers en ondernemers in staat moet stellen bestuurlijke besluitvormingsprocessen van bestuursorganen te volgen of doorzien. De Wob is van toepassing op decentrale overheden omdat dit bestuursorganen zijn in de zin van artikel 1:1 lid 1 Awb (art. 1a lid 1 sub b Wob). De specifieke motiveringsbepalingen uit de Wira en het Bao staan niet in de weg aan een beroep op de Wob omdat het niet gaat om uitputtende regelingen maar om de implementatie van een minimumstandaard (ABRvS 14 april 2010 LJN BM1054). Afgewezen inschrijvers kunnen dus een beroep doen op de Wob.

Toch betekent dit niet dat een aanbestedende dienst altijd verplicht is de gevraagde informatie te verstrekken. De Wob kent namelijk verschillende uitzonderingsgronden. Voor aanbestedingsgeschillen is de belangrijkste uitzondering te vinden in artikel 10 lid 1 sub c Wob. Op grond van deze bepaling hoeven aanbestedende diensten geen informatie te verstrekken als die betrekking heeft op bedrijfs-

en fabricagegegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld. In de rechtspraak is bepaald dat informatie slechts als bedrijfs- en fabricagegegevens kan worden aangemerkt als er wetenswaardigheden in staan of uit kunnen worden afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces dan wel met betrekking tot de afzet van producten of de kring van afnemers en leveranciers. In de praktijk zijn beroepen op de Wob tot nu toe weinig succesvol gebleken.

Voorbeelden van jurisprudentie waarin het verband tussen Wob en aanbesteding aan de orde wordt gesteld betreft onder meer BR 1999, pag. 69 (verstrekking gunningsadvies en verslag nader prijsonderzoek geweigerd met beroep op art. 10 lid 1 WOB) en Rechtbank Alkmaar, 29 juni 2006, LJN AY4152 (2006) (geheimhouding van gedetailleerde prijsinformatie geoorloofd op grond van feit dat dit positie van gemeente bij op handen zijnde aanbesteding zou kunnen schaden) en de Afdeling Bestuursrechtspraak RvS, 14 april 2010, LJN BM1054 en 20 oktober 2010, LJN BO1165.

4.2 Kan een partij die niet heeft ingeschreven op een openbare Europese aanbestedingsprocedure een beroep doen op de Wob?

Ja, in artikel 3 Wob is bepaald dat 'een ieder' een verzoek om informatie kan richten tot een bestuursorgaan. De verzoeker hoeft niet te stellen dat hij belang heeft bij een dergelijk verzoek. Dit betekent dat naast concurrenten die niet hebben ingeschreven op een aanbesteding ook bijvoorbeeld de media een Wob-verzoek kunnen doen.

Vernietiging

5.1 Als een overeenkomst eenmaal is gesloten, kan deze dan nog worden aangetast als er aanbestedingsregels blijken te zijn overtreden?

Ja, een reeds gesloten overeenkomst kan door de rechter worden vernietigd wanneer blijkt dat die in strijd met artikel 8 Wira tot stand is gekomen. Vernietiging heeft naar Nederlands recht terugwerkende kracht (art. 3:53 lid 1 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). Vernietiging van een overeenkomst kan niet door de voorzieningenrechter worden uitgesproken en een belanghebbende zal hiervoor dus een bodemprocedure moeten starten. Wel kan een belanghebbende in kort geding opschorting van de overeenkomst vorderen, vooruitlopend op eventuele vernietiging door de rechter in de bodemprocedure. Een belanghebbende dient zowel de aanbestedende dienst als zijn wederpartij te dagvaarden omdat de vernietiging anders zonder effect blijft in de rechtsverhouding tussen hen.

Artikel 8 Wira bevat drie gronden voor vernietiging van een gesloten overeenkomst.

De eerste grond is dat de aanbestedende dienst zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een overeenkomst heeft gesloten voor een overheidsopdracht terwijl het Bao een dergelijke bekendmaking wel vereist. Dit wordt door de Commissie 'onwettige onderhandse gunning' genoemd (zie hierover eerder al pagina 4 van deze publicatie).

Onder onwettig onderhandse gunning wordt verstaan: de gunning van overheidsopdrachten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie zonder dat dit op grond van Richtlijn 2004/18 of 2004/17 is toegestaan. Deze onwettig 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 moet worden opgemerkt onderhandse gunning gerechtvaardigd kan zijn op basis van de volgende gronden (zie ook pag. 9 van de MvT):

- 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 (onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking), 61 (werkenconcessie) of 68 (prijsvragen) 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 Gemeenschappen.

De tweede grond is dat de overeenkomst is gesloten zonder de opschortende termijn uit artikel 4 Wira in acht te nemen. Het enkele feit dat er geen of een te korte termijn is gehanteerd is voldoende om een overeenkomst te laten vernietigen. Aanbestedende diensten moeten er hierbij op letten dat de termijn pas begint te lopen als de mededeling van de gunningsbeslissing aan alle belanghebbenden is verzonden (art. 4 lid 2 Wira) en voldoende is gemotiveerd (art. 6 Wira). Bovendien wordt de termijn verlengd tot aan de uitspraak van de voorzieningenrechter in kort geding wanneer een ondernemer tijdig beroep instelt (art. 7 Wira). Wordt geen rekening gehouden met deze voorwaarden, dan loopt een aanbestedende dienst het risico dat een overeenkomst te snel wordt gesloten en een belanghebbende om die reden de rechter verzoekt de overeenkomst te vernietigen.

De derde grond voor vernietiging is dat de opschortende termijn niet in acht genomen is terwijl dit op grond van de specifieke regels voor de plaatsing van opdrachten in het kader van de raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel wel had moeten. In feite is vernietiging in dit geval een sanctie voor aanbestedende diensten die onterecht gebruik maken van de uitzondering op de opschortende termijn die is vastgelegd in artikel 4 lid 4 sub c Wira. Deze uitzondering geldt namelijk niet indien er op grond van artikel 32 of 33 van het Bao een oproep tot mededinging moet worden gedaan en opdrachten zelfstandig een waarde boven de Europese drempels hebben. In die gevallen moet de aanbestedende dienst wel degelijk een opschortende termijn hanteren op straffe van vernietigbaarheid van de overeenkomst die uiteindelijk wordt gesloten.

Tot slot kan worden opgemerkt dat uit rechtspraak blijkt dat de drie vernietigingsgronden niet limitatief zijn in die zin dat een reeds gesloten overeenkomst in andere gevallen niet door de rechter zou kunnen worden aangetast. Ook onder de Wira kan de rechter nog steeds gevraagd worden een uitspraak te doen die neerkomt op bijvoorbeeld een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst, hetzij een gebod om de overeenkomst op te zeggen dan wel te beëindigen op een wettelijke of contractuele grond, als dat noodzakelijk is om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad (Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam, 17 augustus 2010, LJV BN5585).

5.2 Kan een aanbestedende dienst voorkomen dat een overeenkomst wordt vernietigd?

Ja, een aanbestedende dienst kan voorkomen dat een overeenkomst die in strijd met de aanbestedingsregels is gesloten door de rechter wordt vernietigd door 'vrijwillige transparantie' te betrachten (MvT Wira, blz. 20). Het gaat om een tweetal uitzonderingen, namelijk op de eerste en de derde in de vorige vraag besproken vernietigingsgronden (art. 8 lid 1 sub a en sub c Wira). Als een aanbestedende dienst – mogelijk 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 direct zijn voornemen tot gunning bekendmaken. Als nu na publicatie de opschortende termijn van minimaal vijftien kalenderdagen in acht wordt genomen, kan de overeenkomst na sluiting niet meer worden vernietigd (art. 9 lid 1 Wira).

De uitzondering op de derde vernietigingsgrond is van toepassing als de aanbestedende dienst van mening is dat hij handelt volgens de regels die gelden voor opdrachten die worden gegund binnen een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel. In dit geval stelt de aanbestedende dienst zich vrijwillig transparant op door de betrokken inschrijvers of gegadigden op de hoogte te stellen van de voorgenomen gunning en daarbij de relevante redenen voor de beslissing te vermelden. Ook de opschortende termijn moet uiteraard weer in acht worden genomen (art. 9 lid 2 Wira).

Het idee achter beide uitzonderingen is dat belanghebbenden door de geboden transparantie de kans hebben gehad om in de precontractuele fase, namelijk tijdens de opschortende termijn, actie te ondernemen zodat de betreffende overeenkomst in de postcontractuele fase niet langer vernietigbaar hoeft te zijn (MvT Wira, blz. 20).

5.3 Moet de vordering tot vernietiging binnen een bepaalde termijn worden ingesteld?

Om redenen van rechtszekerheid moet een vordering tot vernietiging worden ingesteld binnen zes maanden na ondertekening van de betwiste overeenkomst (art. 8 lid 2 sub b). De termijn begint te lopen op de dag na de ondertekening van de overeenkomst. Na het verstrijken van deze termijn van zes maanden kan de overeenkomst niet meer worden aangetast en weet de aanbestedende dienst dus zeker dat de overeenkomst in stand blijft ook al had er wel Europees moeten worden aanbesteed of was de opschortende termijn niet in acht genomen.

Een aanbestedende dienst wordt in dergelijke gevallen wel geconfronteerd met een langdurige periode van onzekerheid. Deze periode kan echter worden verkort tot dertig kalenderdagen door na gunning een aankondiging van de gegunde opdracht bekend te maken overeenkomstig artikel 35 lid 12 t/m 17 en de artikelen 36 en 37 Bao (art. 8 lid 2 sub a eerste streepje). Voorwaarde is dan wel dat de aanbestedende dienst in de aankondiging rechtvaardigt waarom de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking is gegund (MvT Wira, blz. 8-9). De vernietigingstermijn begint in dit geval te lopen op de dag na de publicatie van de aankondiging van de gegunde opdracht.

Ook als er sprake is van andere betrokken inschrijvers of gegadigden kan de vernietigingstermijn verkort worden tot dertig kalenderdagen. In dat geval moet de aanbestedende dienst hen in kennis stellen van de sluiting van de overeenkomst (art. 8 lid 2 sub a tweede streepje) en geldt als voorwaarde dat deze kennisgeving vergezeld gaat van de relevante redenen voor de gunningsbeslissing overeenkomstig artikel 41 lid 2 Bao (MvT Wira, blz. 9).

5.4 Kan een 'onwettig onderhands gegunde' opdracht alsnog worden gerechtvaardigd?

Ja, een aanbestedende dienst kan zich beroepen op zogenaamde dwingende redenen van algemeen belang (art. 11 Wira). Dit begrip is door het Europees Hof van Justitie ontwikkeld in zijn rechtspraak over diverse bepalingen uit het EG-Verdrag waarin dit begrip voorkomt. Te denken valt aan rechtvaardigingsgronden als openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, zoals uitgelegd door het Hof, maar ook aan consumentenbescherming, dierenwelzijn en de voorkoming van fraude.

In de Memorie van Toelichting bij de Wira (blz. 12) wordt het voorbeeld gegeven van de aanbesteding van schoolboeken. Als een school fouten zou maken bij de aanbesteding van schoolboeken, bijvoorbeeld door onderhands te gunnen terwijl dat niet is toegestaan, dan zou er zich een vernietigingsgrond kunnen voordoen. Mocht een benadeelde belanghebbende daarop met succes een beroep doen, dan zou dit tot gevolg kunnen hebben dat scholieren zonder boeken komen te zitten aangezien de beoogde leverancier die niet mag leveren. De levering door een volgende leverancier loopt echter vertraging op omdat er eerst nog een aanbestedingsprocedure moet worden doorlopen. In een dergelijk geval moet de rechter afwegen of de overeenkomst gelet op het algemeen belang toch niet in stand moet blijven. Als de rechter van mening is dat een algemeen belang ernstig wordt geschaad door vernietiging van de overeenkomst en de opdracht opnieuw moet worden aanbesteed, kan hij besluiten de overeenkomst geheel of gedeeltelijk in stand te laten. Er moeten dan wel alternatieve sancties worden opgelegd (art. 12 en 14 Wira).

5.5 Wat zijn de alternatieve sancties die in plaats van vernietiging van de overeenkomst kunnen worden opgelegd?

Indien een rechter besluit een overeenkomst die is gesloten na een onwettig onderhandse gunning geheel of gedeeltelijk in stand te laten moet er een alternatieve sanctie worden opgelegd. De aanbestedende dienst heeft immers in strijd met de aanbestedingsregels gehandeld. De Wira voorziet in twee alternatieve sancties die afzonderlijk of in combinatie kunnen worden opgelegd: het verkorten van de looptijd van een overeenkomst en het opleggen van een bestuurlijke boete.

Een rechter die tot de conclusie komt dat de looptijd van een overeenkomst verkort moet worden, kan dit ambtshalve doen of op verzoek van een belanghebbende. Bij de verkorting dient de rechter in ieder geval rekening te houden met de ernst van de overtreding, het gedrag van de aanbestedende dienst en de aard van de overeenkomst (art. 12 Wira). Het voordeel van verkorting van de looptijd boven een boete is dat benadeelde partijen en andere geïnteresseerden de kans krijgen om op de resterende opdracht in te schrijven (MvT Wira, blz. 13).

Het kan voorkomen dat de looptijd van een overeenkomst niet verkort kan worden. Ook kan de rechter in gevallen waar het algemene belang dat vereist, ervoor kiezen om de overeenkomst volledig in stand te laten en geen verkorting van de looptijd op te leggen. Het gevolg is dat een boete aan de aanbestedende dienst moet worden opgelegd, al dan niet in aanvulling op een verkorting van de looptijd van de overeenkomst (zie pag. 22 MvT). De raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit dient deze bestuurlijke boete op te leggen. De maximale hoogte van de boete is 15 procent van de waarde van de opdracht (art. 14 lid 4 Wira). Bij het vaststellen van de hoogte van de boete wordt rekening gehouden met de ernst van de overtreding, het gedrag van de aanbestedende dienst en de mate waarin de overeenkomst in stand blijft.

Het uitgangspunt is dat de combinatie van alternatieve sancties doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moet zijn (art. 14 lid 3 Wira, zie ook pag. 13 MvT). Dit kan in theorie betekenen dat

de boete op nul euro wordt vastgesteld als de genomen maatregelen evenredig aan de inbreuk en voldoende afschrikwekkend zijn.

De boete moet ingevolge artikel 14 lid 5 van de Wira worden betaald aan een instantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst (aan de Staat). Deze middelen vloeien in de algemene middelen van de Staat.

Meer informatie

Wetgeving

[Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66](#)

[Wira](#)

[MvT Wira](#)

[Aanpassingen Bao en Bass n.a.v. de Wira](#)

[Aanbestedingswet](#)

[MvT Aanbestedingswet](#)

Websites

[Europa decentraal, dossier aanbestedingen en rechtsbescherming](#)

[Europa decentraal Factsheet veelgestelde vragen Bao](#)

[Website Rijksoverheid \(Onderwerpen, Aanbesteden\)](#)

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

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

[PIANOo visie 1 Omgaan met termijnen](#)

[PIANOo visie 6 Afwijzingsberichten en motiveringsplicht](#)

[Presentatie PIANOo lunchlezing: Wira](#)

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

Literatuur

C. Bartels, 'Is het niet de WIRA, dan ook maar de WOB?' *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* nr. 3, 2010, blz. 171-173.

A. Blokker, 'De invloed van de Wira op aanbesteden en gebiedsontwikkeling' *Grondzaken in de praktijk* aflevering 5, 2010, blz. 16-18.

M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden: naar een verantwoord aanbestedingsbeleid* Amsterdam: Reed Business, 3de druk, 2009, blz. 579 e.v.

J.M. Hebly e.a., *Rechtsbescherming bij aanbesteden* Zutphen: Uitgeverij Paris, 2007.

J.M. Hebly en F.G. Wilman, 'Schadevergoeding wegens schending van het aanbestedingsrecht' *Tijdschrift voor Bouwrecht* nr. 4, 2010, blz. 326-334.

E. Pietermaat en J. Muller, 'De WOB in het aanbestedingsrecht' *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* aflevering 5, 2010, blz. 341-357.

E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht: handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht* Den Haag: Sdu Uitgevers, 4de druk, 2009, blz. 572 e.v.

In het *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, aflevering 2, april 2010, blz. 93 e.v. vindt u in de 'Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht' (I. Van den Berge e.a.) onder meer een overzicht van jurisprudentie op het gebied van de motivering van gunningsbeslissingen en rechtsbescherming.

In het *Tijdschrift voor Bouwrecht*, nrs. 7 en 8, juli en augustus 2010, vindt u in de 'Kroniek van het Europese aanbestedingsrecht' (J.G.J. Janssen en D.C. Orobio de Castro) onder meer een overzicht van uitspraken van het Europees Hof van Justitie over de Alcatel-termijn, de implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijn en de motivering van afwijzingen.