

35 Vernietiging van de onrechtmatig gegunde overeenkomst

MR. M. DE WIJS EN MR. P. VAN DER KOOI

Ofschoon opdrachten al sinds het begin van de negentiende eeuw in Nederland worden aanbesteed, is rechtsbescherming van inschrijvers pas de afgelopen twintig jaar echt tot ontwikkeling gekomen. Een recent geïntroduceerd rechtsmiddel is de mogelijkheid tot vernietiging van de gegunde overeenkomst. Sinds de introductie daarvan is inmiddels vijf jaar verstreken. Een mooi moment om de balans op te maken en de vraag te beantwoorden hoe in de praktijk wordt omgegaan met de mogelijkheid om een gegunde overeenkomst te vernietigen. Teneinde de praktijk goed te kunnen plaatsen, wordt eerst kort stilgestaan bij de achtergrond van de vernietiging van de onrechtmatig gegunde overeenkomst.

Bij Koninklijk Besluit van 11 november 1815 zijn in Nederland voor het eerst regels opgesteld voor de aanbesteding van – wat wij tegenwoordig noemen – werken en leveringen. Volgens dat besluit moesten “alle werken en leverancien, wanneer derzelve geldelijk beloop een som van fl. 500 te boven gaat, in het openbaar worden aanbesteed”. Schrijfbehoeften en brandstoffen waren van de aanbestedingsplicht uitgezonderd. Gunning vond plaats op de laagste prijs, de Administrateur was “verantwoord met het billet van den minsten inschrijver”. De “verificatie der deugzaamheid van de leverancie” geschiedde door ondergeschikte ambtenaren van het Departement van Algemeen Bestuur.¹ Beoogd werd een “doelmatig beheer van middelen en de bestrijding van corruptie onder ambtenaren”,² over rechtsbescherming voor inschrijvers werd met geen woord gerept.

Dit veranderde pas in 1989 en 1992 toen de Europese wetgever een tweetal richtlijnen vaststelde.³ Reden voor

het uitvaardigen van de eerste rechtsbeschermingsrichtlijnen was dat slechts één op de vier opdrachten die volgens de toen geldende aanbestedingsrichtlijn (71/305/EEC) hadden moeten worden aanbesteed, daadwerkelijk werd aanbesteed.⁴

De rechtsbescherming voor klassieke sectoren omvatte maar liefst – of beter gezegd: ‘slechts’ – drie inhoudelijke artikelen.⁵ Gelukkig wist het Europese Hof van Justitie EU wel raad met deze artikelen en vulde het de leemten in met de bekende standaardarresten zoals Alcatel, Stadt Halle, Universele Bau en Grossmann.

Introductie standstilltermijn

Voor de ontwikkeling van de mogelijkheid om een onrechtmatig gegunde overeenkomst te vernietigen, is het Alcatel-arrest in 1999 van essentieel belang geweest.⁶ Om te voorkomen dat bezwaar tegen de gunningsbeslissing spreekwoordelijke ‘mosterd na de maaltijd’ was – aangezien de overeenkomst dan vaak al was ondertekend – oordeelde het Hof van Justitie EU dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat door inschrijvers doeltreffend beroep kan worden ingesteld waarbij de nietigheid van de voorgenomen gunningsbeslissing kan worden gevorderd. Het instellen van doeltreffend beroep kost enige tijd en in

1 ‘Rapport der geheime Staatscommissie nopens de toekomstige inrigting en huishouding van den Staat’ aan koning Willem I van 22 maart 1819, p. 29 e.v.

2 Ieke van den Burg, Aandacht voor aanbesteden: goed besteed, 2009.

3 Richtlijn 89/665/EEG van 12 december 1989, houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken Pb EG L 395/33 van 30 december 1989, gewijzigd bij Richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992. (Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn) en Richtlijn 92/13/EEG van 25 februari 1992, tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie, Pb EG L 76/14 van 23 maart 1992 (Rechtsbeschermingsrichtlijn

Nutssectoren).

4 Whitepaper van de Commissie voor de Europese Raad van 14 juni 1985, ‘Completing the internal market’, COM(85) 310, p. 25.

5 De artikelen 4 t/m 6 bevatten administratieve bepalingen zoals evaluatie en ingangsdatum.

6 HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98 (Alcatel Austria).

het arrest Universele Bau is een termijn van 15 dagen als redelijk geoordeeld.⁷ Aldus was de bekende Alcatel-termijn (of: standstilltermijn) van 15 dagen geboren en aansluitend gecodificeerd⁸ in het BAO en het BASS.⁹

Rechtsmiddelen schending standstilltermijn

Sinds het Alcatel-arrest moet dus een opschortende termijn in acht worden genomen. Hiermee openbaarde zich gelijk de vraag of een inschrijver – afgezien van een vordering tot schadevergoeding – onverbindendheid van de overeenkomst kon vorderen als een aanbesteder geen standstilltermijn in acht nam.

In 2005 oordeelde de Hoge Raad dat de enkele schending van aanbestedingsregels er in beginsel niet toe leidt dat de overeenkomst waartoe de onregelmatige aanbestedingsprocedure heeft geleid, nietig is.¹⁰ In de praktijk werden echter andere wegen bewandeld. Zo zag het Gerechtshof Leeuwarden de mogelijkheid om een gebod tot opzegging van de reeds gesloten overeenkomst op te leggen.¹¹

Introductie onverbindendheid in Richtlijn 2007/66/EG

Het was geen verrassing dat de Commissie in 2006 constateerde dat de race naar de ondertekening van de overeenkomst de rechtzoekende de mogelijkheid ontnam om effectieve maatregelen te nemen voordat de overeenkomst onaantastbaar werd.¹² Schadevergoedingsvorderingen hebben immers geen corrigerend effect. Met een nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn (2007/66/EG) beoogde de Europese wetgever dit knelpunt op te lossen. Deze nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn werd op 28 januari 2010 in Nederland geïmplementeerd in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira)¹³ en is vervolgens verwerkt in de Aanbestedingswet 2012 die op 1 april 2013 in werking is getreden.

De Europese wetgever heeft voor een aantal situaties bepaald dat een beroepsinstantie de gesloten overeenkomst onverbindend zal verklaren, waaronder de schending van de hiervoor besproken standstilltermijn.¹⁴ In Nederland heeft men deze onverbindendheid ingevuld met de rechtsfiguur van vernietiging.

7 R.o. 77 van HvJ EG 12 december 2002, zaak C-470/99 (Universele Bau).

8 Aangezien een best practice niet als voldoende implementatie geldt, gaf de Commissie in 2004 aan onder andere Nederland het advies om de wetgeving aan te passen: met redenen omkleed advies van de Europese Commissie aan de Nederlandse regering van 9 juli 2004, SG(2004) D/202967 inzake Alcatel.

9 Art. 55 BAO en 57 BASS.

10 HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 m.nt. M.R. Kok.

11 Gerechtshof Leeuwarden 9 januari 2008, LJN: BC1858.

12 'Impact Assessment Report – Remedies in the field of public procurement', Commission staff working document SEC(2006) 557 van 4 mei 2006.

13 Stb. 2010, 38.

14 Die inmiddels 20 dagen is op grond van de Aanbestedingswet 2012.

Kort samengevat is op grond van de Aanbestedingswet 2012 (artikel 4.15) een overeenkomst vernietigbaar indien (1) de opdracht is gegund zonder verplichte voorafgaande aankondiging, (2) de standstilltermijn niet in acht is genomen, (3) na gunning van een raamovereenkomst nadere overeenkomsten zijn gegund, terwijl geen minicompetitie is gehouden én geen opschortende termijn in acht is genomen.

Uitzondering: de vrijwillige melding met transparantie vooraf

Vernietiging kan niet meer worden gevorderd als er een vrijwillige melding met transparantie vooraf is gedaan en hierbij een standstilltermijn van 20 kalenderdagen in acht is genomen, aldus artikel 4.16 Aanbestedingswet 2012. Echter, in september 2014 bepaalde het Europese Hof¹⁵ dat de vrijwillige transparantieprocedure geen absolute rechtszekerheid biedt. De vrijwillige melding moet ondubbelzinnig de redenen bevatten waarom de opdracht naar mening van de aanbestedende dienst gegund zou mogen worden zonder voorafgaande bekendmaking. De rechter zal vervolgens – ook na het verstrijken van de 20 dagentermijn – moeten beoordelen of de aanbestedende dienst zorgvuldig handelde en van mening kon zijn dat daadwerkelijk aan de voorwaarden van artikel 4.16 Aanbestedingswet 2012 was voldaan.

Vernietiging in de praktijk

Sinds de introductie van de Wira is inmiddels meer dan vijf jaar verstreken. Tijd om te bezien hoe in de praktijk wordt omgegaan met de mogelijkheid om een gegunde overeenkomst te vernietigen. Hiervoor onderzochten wij alle Nederlandse uitspraken sinds de implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG. De hieruit gedistilleerde rode lijn wordt hierna besproken. Nu de Aanbestedingswet 2012, de Wira en Richtlijn 2007/66/EG zo verknocht zijn, wordt – om verwarring te voorkomen – hierna zoveel mogelijk verwezen naar het betreffende artikel uit de Aanbestedingswet 2012.

Een formeel punt vooraf: de vordering tot vernietiging moet worden ingesteld tegen alle bij de overeenkomst betrokken partijen. Wordt slechts de aanbestedende dienst gedagvaard, dan heeft de vernietiging geen effect.¹⁶ Tijdens een korte aanhouding kunnen de ontbrekende partijen dan worden gedagvaard.¹⁷ Verder is van belang dat aanbestedende diensten geen beroep kunnen doen op de vernietiging ex artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012, omdat deze bepaling ter bescherming van de potentieel gegadigden dient.¹⁸

15 HvJ EU, 11 september 2014, zaak C-19/13.

16 Kamerstukken II 2008/09, 32027, nr. 3, paragraaf 4.2.3.

17 Rb. Amsterdam, 1 mei 2013, LJN BZ9202, r.o. 4.32.

18 Gerechtshof Leeuwarden, 15 februari 2012, LJN BW6167, r.o. 7.

Vordering tijdig ingesteld?

Allereerst moet de vordering tijdig zijn ingesteld. Dit houdt in dat de dagvaarding in alle gevallen binnen zes maanden nadat de overeenkomst is gesloten moet worden betekend, en zelfs binnen 30 dagen indien de gunning is gepubliceerd of aan inschrijvers is toegezonden onder vermelding van de rechtvaardiging.¹⁹ In de eerste te behandelen uitspraak van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch werd de vordering tot vernietiging afgewezen simpelweg omdat de vervalt termijn was verstreken.²⁰

Bij twijfel over de vraag welke termijn van toepassing is – de zes maanden- of 30 dagentermijn – geldt dat de 30 dagentermijn een uitzondering is die strikt moet worden toegepast.²¹ De Rechtbank Oost-Nederland licht dit toe:

“De bekorting van de termijn tot 30 dagen is alleen acceptabel indien sprake is van een kennisgeving aan de betrokkenen die aan alle formele vereisten voldoet, zodat er geen misverstand over kan bestaan dat een termijn van 30 dagen is gaan lopen om vernietiging te kunnen vorderen.”²²

Gunningsbeslissing?

Een andere voorwaarde waaraan voldaan moet zijn voor het succesvol vernietigen van een overeenkomst,²³ is dat deze overeenkomst het resultaat moet zijn van een ‘gunningsbeslissing’. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden oordeelde op 8 april 2014 dat ook in geval van een niet aanbestede (oftewel: onderhands gegunde) overeenkomst, voldaan wordt aan het vereiste dat ‘de overeenkomst het resultaat is van een gunningsbeslissing’.²⁴ De opdracht was dus gegund in strijd met de aanbestedingsregels en in die uitspraak werd de overeenkomst dan ook vernietigd.

Eerbiediging standstilltermijn

In diverse uitspraken werd een beroep op vernietiging gedaan wegens het niet in acht nemen van de standstill-termijn. De lijn hierin is helder: niet-inachtneming leidt tot vernietiging.²⁵

In het eerste Wira-vonnis waarin een beroep op vernietiging werd gedaan, stond de vraag centraal of de standstilltermijn was aangevangen of dat de aanvang door een motiveringsgebrek was opgeschort.²⁶ Belangrijke overweging in deze

uitspraak was dat geen sprake is van een motiveringsgebrek indien een inschrijver voldoende aanknopingspunten heeft om gerichte vragen daarover te stellen. De motivering van een gunningsbeslissing is onvoldoende “indien uit de motivering van de gunningsbeslissing niet kan worden opgemaakt op welk onderdeel of welke onderdelen de verliezende inschrijver het heeft afgelegd tegen de winnende inschrijver”, aldus de Rechtbank Breda.²⁷

Vooruitlopen in kort geding?

Een vordering tot vernietiging vereist een constitutief vonnis zodat vernietiging niet in kort geding kan worden uitgesproken. Wel wordt in kort geding regelmatig vooruitgelopen op de uitkomst van de bodemprocedure. Zo verbood de Rechtbank Oost-Nederland om uitvoering te geven aan een gegunde overeenkomst, omdat aannemelijk was dat de gunning van de overeenkomst in strijd was met artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012.²⁸ De rechter verbodde aan dit verbod de voorwaarde dat binnen vier weken de vordering tot vernietiging werd ingesteld. Als de uitkomst in de bodemprocedure te onzeker is – bijvoorbeeld omdat nader onderzoek noodzakelijk is – dan wordt een verbod tot tenuitvoerlegging afgewezen.²⁹

Wat echter als partijen in kort geding in eerste aanleg procederen over de voorgenomen gunningsbeslissing en de aanbestedende dienst – in lijn met artikel 2.131 Aanbestedingswet 2012 – de overeenkomst sluit nádat vonnis is gewezen? Kan in hoger beroep door het hof dan nog worden ingegrepen in de bestaande rechtsverhouding? Het Gerechtshof Amsterdam heeft bevestigend geoordeeld.³⁰ Met de invoering van de richtlijn waarin artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 haar oorsprong heeft, is niet beoogd de rechtsbeschermingsmogelijkheden tot de in dat artikel genoemde gronden te beperken. Ook in andere gevallen – en ook in kort geding – moet een effectieve rechtsbescherming mogelijk zijn en dus kunnen worden ingegrepen in een bestaande rechtsverhouding.³¹ Dit geldt onverkort in hoger beroep. Welke mogelijkheden zijn dit?

De vernietigingsgronden (ex artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012) doen zich in dat geval in ieder geval niet voor, aldus het Gerechtshof Den Haag.³² Resteert de mogelijkheid dat vooruit wordt gelopen op een ingrijpen in de bodemprocedure wegens onrechtmatig handelen of misbruik van bevoegdheid.³³

Alternatieve vordering?

Hoewel het te ver gaat om in dit verband uitgebreid

19 Art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012; art. 8 lid 2 Wira; art. 2 septies Richtlijn 2007/66/EG.

20 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 11 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:281, r.o. 4.9.

21 Rb. Oost-Nederland 15 februari 2013, ELCI:NLRBONE:2013:BZ3890, r.o. 4.2.

22 Rb. Oost-Nederland 15 februari 2013, ELCI:NLRBONE:2013:BZ3890, r.o. 4.2.

23 Art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012, art. 8 Wira lid 1; art. Richtlijn 2007/66/EG.

24 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 8 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:2878, r.o. 4.17 ev.

25 Rb. Amsterdam, 1 mei 2013, LJN BZ9202, r.o. 4.16. Bij inachtneming van de standstilltermijn wordt de vordering uiteraard afgewezen, aldus Rb. Breda, 30 maart 2011, LJN BP9751.

26 Rb. Breda, 30 maart 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP9751.

27 R.o. 3.16, Rb. Breda, 30 maart 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BP9751.

28 Rb. Oost-Nederland 15 februari 2013, ELCI:NLRBONE:2013:BZ3890 r.o. 4.4.

29 Gerechtshof Den Haag 17 juli 2012, LJN BX0981, r.o.3.7.

30 Gerechtshof Amsterdam 17 augustus 2010, LJN BN5585.

31 Gerechtshof Amsterdam 17 augustus 2010, LJN BN5585, r.o. 4.3.

32 Gerechtshof Den Haag, 27 november 2012, LJN BY8708, r.o. 12 en eerder Gerechtshof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4365, r.o. 2.6.1.

33 Aldus wederom het Gerechtshof Den Haag, 27 november 2012, LJN BY8708, r.o. 12.

in te gaan op de jurisprudentie over andere mogelijke vorderingen om tot aantasting te komen van een overeenkomst, staan we daar toch kort bij stil. Afgezien van de hiervoor besproken aantastingsgronden in artikel 4.15 Aanbestedingswet, kan de overeenkomst ook worden aangetast als met het aangaan van de overeenkomst onrechtmatig wordt gehandeld doordat daarbij misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt, of als in strijd wordt gehandeld met artikel 3:40 BW.

Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden gebood in september 2013 een gemeente een gesloten overeenkomst op te zeggen in een kwestie waar artikel 4.15 Aanbestedingswet (toen nog artikel 8 Wira) niet van toepassing werd geoordeeld.³⁴ De reden voor het gebod tot opzegging was dat de gemeente misbruik van bevoegdheid had gemaakt door de overeenkomst te gunnen. De misbruik was erin gelegen dat de gemeente de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht had geschonden door een overeenkomst met een gegadigde aan te gaan, terwijl de voorzieningenrechter eerder had geoordeeld dat deze gunning in strijd zou zijn met het aanbestedingsrecht. Van belang is op te merken dat deze jurisprudentie slechts geldt indien sprake is van een Europese aanbestedingsprocedure. Bij (bijvoorbeeld) een nationale aanbestedingsprocedure gelden – aldus het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in november 2014 – (immers) niet de (rechtsbeschermings)bepalingen uit hoofdstuk 4 van de Aanbestedingswet.³⁵

Het Hof Den Bosch heeft op 17 februari 2015 in gelijke zin geoordeeld dat er geen bepaling is die zich verzet tegen het nemen van een ordemaatregel – zoals schorsing van de uitvoering van de overeenkomst – indien sprake is van andere schendingen van beginselen en regels van aanbestedingsrecht dan die van artikel 4:15 lid 1 Aw 2012 (waarin de gronden voor vernietiging zijn opgenomen). Deze gronden zijn dus niet limitatief, aldus het hof. Vereist is wel dat een effectieve rechtsbescherming een ordemaatregel vereist.³⁶

De toekomst

Tot slot een vooruitblik. Uiterlijk 18 april 2016 moeten de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zijn geïmplementeerd.³⁷ Deze nieuwe richtlijnen vervangen niet de huidige Rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG die onverkort blijft gelden. Wel bevatten deze richtlijnen een aanvullende bepaling die de aanbestedende dienst de mogelijkheid geeft

om vernietiging van de overeenkomst door de rechter niet af te hoeven wachten.

Op grond van de nieuwe richtlijnen moeten lidstaten de mogelijkheid creëren dat aanbestedende diensten een overeenkomst beëindigen op de grond dat (i) de opdracht ingrijpend is gewijzigd gedurende de looptijd en daarom had moeten worden aanbesteed, (ii) op de inschrijver uitsluitingsgronden van toepassing waren zodat deze had moeten worden uitgesloten van deelname, en (iii) de opdracht niet gegund had mogen worden en de lidstaat door de Commissie op de vingers is getikt (ex artikel 258 VWEU).³⁸ Op welke wijze de Nederlandse wetgever hier invulling aan gaat geven is vooralsnog onduidelijk. Of het ontbinding, vernietiging of opzegging wordt, de aanbestedende dienst hoeft de vernietiging door de rechter dan niet meer af te wachten en kan zelf de overeenkomst beëindigen.

Nabeschouwing

In 200 jaar is het nodige veranderd. Inmiddels kán – zo blijkt uit het voorgaande – in behoorlijke mate worden opgekomen tegen onrechtmatig gegunde overeenkomsten.³⁹

In 1815 was dat bepaald anders. Er was geen voorzieningenrechter of Commissie die zich over de rechtmatigheid van een gunning boog. Onvrede over de bestaande praktijk was er wel. De geheime Staatscommissie was haar tijd in sommige opzichten duidelijk ver vooruit. Die pleitte in haar rapport al voor de instelling van een Commissie van Aanbestedingsexperts *avant la lettre*:

“Een Collegie waaraan dat gewichtig deel der publieke administratie zoude worden opgedragen en toevertrouwd (...), zamengesteld uit mannen van beproefde kunde, rechtschapenheid en openlijke achting, niet karig bezoldigd, met behoorlijk gezag bekleed, gebonden aan weldoordachte en juistelijk bepaalde voorschriften, en gebragt onder hooge verplichting en verantwoordelijkheid.”⁴⁰

Over de auteur

Menno de Wijs en Per van der Kooi zijn advocaten bij De CLERCQ Advocaten Notarissen te Leiden en Den Haag.⁴¹

34 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 17 september 2013, ECLI:NL:2013:6838, r.o.4.16.

35 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 18 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8893, r.o. 4.6.

36 Hof's-Hertogenbosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:479, r.o. 4.7.4.

37 Klassieke overheid (2014/24/EU), Water, energievoorziening, vervoer en post: Het gunnen van opdrachten door de aanbestedende diensten werkzaam in de sectoren water, energievoorziening, vervoer en post (2014/25/EU) en Concessies: De gunning van concessies (2014/23/EU).

38 Zie bijvoorbeeld art. 73 Richtlijn 2014/24/EU (klassiek).

39 Van deze mogelijkheid wordt overigens nog beperkt gebruikgemaakt.

40 ‘Rapport der geheime Staatscommissie nopens de toekomstige inrigting en huishouding van den Staat’ aan koning Willem I van 22 maart 1819, p. 26.

41 Dank gaat uit naar student-stagiaire Shahiena Khudabux voor het bundelen van de jurisprudentie.