



KENNISCENTRUM
EUROPA
DECENTRAAL

KED legt uit: Rechtsbescherming



Samenvatting

In dit deel van **KED legt uit** komen verschillende vragen en antwoorden aan bod over het concept 'rechtsbescherming'. Dit gaat over de gunningsbeslissing en de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen deze beslissing. Daarbij spelen aspecten als de motivering van de beslissing, de opschortende termijn ([Alcatel-termijn](#)), de kort geding-procedure en de mogelijkheid tot vernietiging van de gesloten overeenkomst.

Kernwoorden: rechtsbescherming, Alcatel-termijn, Rechtsbeschermingsrichtlijn, kort geding, motivering.

Introductie

Het doel van [rechtsbescherming](#) binnen het aanbestedingsrecht is het garanderen van een doeltreffende toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen. Wanneer ondernemers vinden dat een aanbestedingsprocedure of gunningsbeslissing in strijd is met het aanbestedingsrecht, moeten zij toegang tot een rechter krijgen om beroep in te stellen.

Ten behoeve van de rechtsbescherming bij aanbestedingen zijn de Europese Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG vastgesteld. In 2007 zijn deze Richtlijnen herzien en is de laatste herziene [Rechtsbeschermingsrichtlijn \(2007/66\)](#) vastgesteld. Normaal gesproken is de Richtlijn van toepassing op opdrachten die volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen moeten worden aanbesteed, oftewel wanneer deze boven de [Europese drempelwaarden](#) liggen. De bepalingen gelden strikt genomen niet voor opdrachten onder de Europese drempel.

In 2010 zijn de herziene Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen geïmplementeerd in de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). Inmiddels is de Wira per 1 april 2013 weer ingetrokken en zijn de bepalingen opgenomen in de [Aanbestedingswet 2012](#).

Rechtsbescherming tijdens de verschillende fases in de aanbestedingsprocedure

De Rechtsbeschermingsrichtlijn en de Aanbestedingswet 2012 maken onderscheid tussen twee fases in de aanbestedingsprocedure:

1. De precontractuele fase (waarin er een beslissing tot gunning is genomen, maar er nog geen overeenkomst is gesloten);
2. De postcontractuele fase (de fase na de sluiting van de overeenkomst).

In de Aanbestedingswet 2012 vinden we de bepalingen over rechtsbescherming in artikel 2.127. Artikel 4.15 en verder en Artikel 2.127 bepalen dat de aanbestedende dienst een opschortende termijn in acht moet nemen van ten minste twintig kalenderdagen alvorens deze een overeenkomst kan sluiten (precontractuele fase). Binnen deze termijn kunnen inschrijvers of andere gegadigden beroep instellen bij de rechter. Daarnaast regelt artikel 4.15 en verder dat de overeenkomsten die zonder inachtneming van de aanbestedingsregels tot stand zijn gekomen (postcontractuele fase) vernietigd kunnen worden.

Tot slot voegt de Aanbestedingswet 2012 een op rechtsbescherming gerichte bepaling toe in artikel 4.27 over de instelling van een klachtencommissie; ook wel de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) genoemd. Meer informatie hierover vindt u op [de website van de CvAE](#).

Termijnen

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

De opschortende termijn (Alcatel-termijn) heeft als doel om ondernemers de kans te geven om doeltreffend beroep in te stellen tegen een gunningsbeslissing (artikel 2 *bis* lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn). Alleen door beroep in te stellen vóórdat de overeenkomst wordt gesloten, kunnen ondernemingen zorgen dat een opdracht alsnog aan hen wordt gegund in plaats van aan de oorspronkelijk winnende onderneming. Is de overeenkomst eenmaal gesloten dan zou er nog wel een 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: Hoe lang moet de opschortende termijn zijn?

De opschortende termijn bedraagt ten minste twintig kalenderdagen (artikel 2.127 lid 3 Aanbestedingswet 2012). Omdat het een minimumtermijn betreft, kan de aanbestedende dienst ook een langere termijn vaststellen. 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* ('voor de vorm', omdat het volgens bepaalde regels moet) kort geding aan te spannen 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.



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. Dit volgt uit artikel 2 *bis* lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn, geïmplementeerd in artikel 2.127 lid 2 Aanbestedingswet 2012. 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. Daarnaast moet de gunningsbeslissing worden verzonden aan de 'betrokken inschrijvers of gegadigden'. 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 gestart. Dit kan als gevolg hebben dat de overeenkomst door de rechter wordt vernietigd vanwege het niet in acht nemen van de opschortende termijn (artikel 4.15 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012).

4: Wanneer verstrijkt de opschortende termijn?

De opschortende termijn bedraagt ten minste twintig kalenderdagen. Dit is wettelijk vastgelegd in artikel 2.127 lid 2 Aanbestedingswet 2012. Als de opschortende termijn van twintig kalenderdagen afloopt op een zaterdag, zondag of een feestdag, dan wordt de termijn verlengd tot en met de eerstvolgende werkdag overeenkomstig artikel 1 lid 1 van de [Algemene termijnenwet](#).

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 (artikel 2.131 Aanbestedingswet 2012).

6: Moet de opschortende termijn altijd in acht worden genomen?

Nee, er bestaan enkele uitzonderingen, welke zijn opgenomen in artikel 2.127 lid 4 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2 *ter* Rechtsbeschermingsrichtlijn). Zo hoeft allereerst de opschortende termijn niet in acht te worden genomen bij opdrachten waarvoor geen bekendmaking van de aankondiging is vereist (sub a). Dit zijn opdrachten die niet Europees worden aanbesteed, zoals opdrachten onder de drempel en uitgezonderde opdrachten. Ook de [onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking](#) valt bijvoorbeeld onder deze uitzondering. Daarnaast hoeft de opschortende termijn niet in acht te worden genomen wanneer een opdracht wordt gegund aan de enige betrokken inschrijver en er geen andere betrokken gegadigden zijn (sub b). In dat geval kan worden overgegaan tot gunning zonder de opschortende termijn in acht te nemen.

Ook voor opdrachten die worden gegund op basis van een [raamovereenkomst](#) of een dynamisch aankoopstelsel geldt de opschortende termijn niet (sub c). Eén van de redenen om gebruik te maken van deze methoden is 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.



7: Geldt de opschortende termijn ook voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen?

Nee, de opschortende termijn geldt alleen voor gunningsbeslissingen in de zin van artikel 2.127 Aanbestedingswet 2012. 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 de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen dergelijke beslissingen. Dit is in lijn met het uitgangspunt van de Rechtsbeschermingsrichtlijn dat ondernemers doeltreffend beroep moeten kunnen instellen tegen beslissingen van aanbestedende diensten. Het specifieke doel van de opschortende termijn is echter om 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 niet altijd direct aan de orde is.

Gunningsbeslissing

8: 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” (artikel 2.127 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Zij zijn immers degenen die belang hebben of hebben gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk van de aanbestedingsregels worden of dreigen te worden geschaad (artikel 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn). Wie de “betrokken inschrijvers en betrokken gegadigden” zijn, wordt verduidelijkt in artikel 2.128 Aanbestedingswet 2012. 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 er niet langer een rechtsmiddel kan worden aangewend tegen de uitsluiting (artikel 2.128 lid 1 Aanbestedingswet 2012).

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 (artikel 2.128 lid 2 Aanbestedingswet 2012).

Verder moet de mededeling van de gunningsbeslissing ook een nauwkeurige omschrijving bevatten van de opschortende termijn die wordt gehanteerd (artikel 2.130 lid 1 Aanbestedingswet 2012). 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.

Zie in dit verband ook artikel 2 *bis* lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn.

9: Hoe moet de gunningsbeslissing worden verzonden?

De mededeling van de gunningsbeslissing moet in ieder geval elektronisch of per fax worden verstuurd (artikel 2 bis lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn en artikel 2.130 lid 3 Aanbestedingswet 2012). Het voordeel hiervan is dat altijd duidelijk is wanneer een mededeling wordt verzonden en ontvangen, zodat vaststaat wanneer de opschortende termijn begint te lopen. Uiteraard kan een aanbestedende dienst de mededeling ook nog per brief verzenden.

10: Wie kan er beroep instellen tegen de gunningsbeslissing?

Iedereen 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, kan beroep instellen tegen de gunningsbeslissing (artikel 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn). Dit zijn de betrokken inschrijvers en/of gegadigden, 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 Hof van Justitie van de EU, 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 vervolgens 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.

Kort geding

II: Wat kunnen partijen die beroep instellen in kort geding vorderen?

In een kort geding kan de voorzieningenrechter voorlopige maatregelen treffen. De maatregelen die een voorzieningenrechter kan treffen, zijn onder andere:

- 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, en;
- verbod op gunning aan een derde.

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.

In een kort geding-procedure kan een overeenkomst niet vernietigd worden. De rechter kan deze maatregelen alleen in de bodemprocedure, de normale, uitgebreide hoofdprocedure bij de rechtbank, nemen.

Motivering

12: Is het verplicht om een gunningsbeslissing te motiveren?

Ja, op grond van artikel 2.130 lid 1 Aanbestedingswet 2012 is de aanbestedende dienst gehouden de relevante redenen voor een beslissing tot gunning te vermelden. Deze bepaling implementeert artikel 2 *bis* lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn. In artikel 2.130 lid 2 Aanbestedingswet 2012 is, op basis van artikel 55 Richtlijn 2014/24, omschreven wat onder de relevante redenen wordt verstaan. Dit betreft in ieder geval de kenmerken en voordelen ten opzichte van andere inschrijvingen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst. Uit artikel 2.138 Aanbestedingswet 2012 volgt dat bepaalde gegevens betreffende de gunning echter niet bekend mogen worden gemaakt wanneer dit bijvoorbeeld in strijd zou zijn met een wettelijk voorschrift of het openbaar belang. Ook informatie die aan de aanbestedende

dienst is verstrekt en die als vertrouwelijk moet worden gezien, mag niet openbaar worden gemaakt door de aanbestedende dienst. Dit blijkt uit artikel 2.57 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

13: Geldt er ook een motiveringsplicht voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen?

De motiveringsplicht van artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 geldt specifiek voor gunningsbeslissingen. 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 de motiveringsplicht van artikel 2.103 Aanbestedingswet 2012. Het belangrijkste verschil met de motiveringsplicht uit artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 is dat de redenen voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen slechts op verzoek hoeven worden vermeld, terwijl de motiveringsplicht van gunningsbeslissingen automatisch geldt.

Vernietiging

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

Ja, een gesloten overeenkomst kan door de rechter worden vernietigd wanneer blijkt dat deze in strijd met artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 tot stand is gekomen. Vernietiging heeft naar Nederlands recht terugwerkende kracht (artikel 3:53 lid 1 BW). Het gevolg hiervan is dat de over en weer uitgevoerde verplichtingen van

de overeenkomst ongedaan gemaakt moeten worden (artikel 6:203 BW). Is dat vanwege de aard van de verplichting niet mogelijk, dan moet de waarde van de prestatie vergoed worden. (artikel 6:210 BW).

Vernietiging van een overeenkomst kan niet door de voorzieningenrechter worden uitgesproken. 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 4.15 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2 *quinquies* lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn) bevat drie gronden voor vernietiging van een gesloten overeenkomst:

1. De eerste grond (lid 1 sub a) 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 deel 2 of deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 een dergelijke bekendmaking wel vereist. Dit wordt door de Europese Commissie "onwettige onderhandse gunning" genoemd. Onder onwettig onderhandse gunning wordt verstaan: de gunning van overheidsopdrachten zonder voorafgaande

bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de EU, waarbij het niet vooraf bekendmaken van de opdracht niet is toegestaan op grond van Richtlijn 2014/24 of Richtlijn 2014/25. 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.

2. De volgende grond (lid 1 sub b) is dat de overeenkomst is gesloten zonder de opschortende termijn uit artikel 2.127 lid 1, respectievelijk artikel 2.131 Aanbestedingswet 2012 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 (artikel 2.127 lid 2 Aanbestedingswet 2012) en voldoende is gemotiveerd (artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012). Bovendien wordt de termijn verlengd tot aan de uitspraak van de voorzieningenrechter in kort geding wanneer een ondernemer tijdig beroep instelt (artikel 2.131 Aanbestedingswet 2012). Wordt er 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.

3. De laatste grond (lid 1 sub c) voor vernietiging is dat de opschortende termijn niet in acht is genomen, terwijl dit op grond van de specifieke regels voor de plaatsing van opdrachten in het kader van de raamovereenkomst of het dynamisch aankoopstelsel wel had moeten. In feite is vernietiging in dit geval een sanctie voor aanbestedende diensten die onrecht gebruik maken van de uitzondering op de opschortende termijn die is vastgelegd in artikel 2.127 lid 4 sub c Aanbestedingswet 2012.

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.



15: 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 vooraf' te betrachten. Dit volgt uit artikel 4.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2 *quinquies* lid 4 Rechtsbeschermingsrichtlijn). De aanbestedende dienst moet voldoen aan de drie cumulatieve voorwaarden uit sub a t/m sub c. Dit houdt in dat de betrokkenen bij de aanbestedende dienst van mening moeten zijn dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bevestiging van een aankondiging van de opdracht op [TenderNed](#) is toegestaan (sub a). De aanbestedende dienst kan daarna direct zijn voornemen tot gunning bekendmaken in het Publicatieblad van de EU (sub b). Als vervolgens de opschortende termijn van minimaal twintig kalenderdagen in acht wordt genomen voor het sluiten van de overeenkomst (sub c), dan is de overeenkomst niet meer vernietigbaar na het sluiten.

Artikel 2 *quinquies* lid 5 Rechtsbeschermingsrichtlijn (geïmplementeerd in artikel 4.16 lid 2 Aanbestedingswet 2012) ziet op de uitsluiting van vernietigbaarheid van de overeenkomst in het geval van een raamovereenkomst of een opdracht op grond van een dynamisch aankoopstelsel. Vernietiging van de overeenkomst kan onder voorwaarden voorkomen worden. Hiervoor moet het gunningsbesluit met de redenen daarvoor aan de betrokken

inschrijver gezonden worden en moet de opschortende termijn van minimaal twintig kalenderdagen in acht genomen worden. Daarna kan de overeenkomst gesloten worden.

Er zit een verschil tussen deze minimale termijn van twintig kalenderdagen zoals benoemd in de Aanbestedingswet 2012 en de termijnen die in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen gehanteerd worden. Daar wordt namelijk gesproken over een termijn van ten minste tien kalenderdagen en indien andere communicatiemiddelen zijn gebruikt dan benoemd, over een termijn van ten minste vijftien kalenderdagen. In de Memorie van Toelichting bij de Implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira) (Kamerstukken II 2009/10, [32 027 nr. 3](#)) wordt in de toelichting bij artikel 4 over de termijnen hierover het volgende benoemd: “De richtlijnen staan toe ook een langere termijn te hanteren, de termijn van tien of vijftien kalenderdagen wordt als minimum genoemd. Een wettelijk vastgelegde langere termijn dan vijftien kalenderdagen moet echter worden gezien als bijzonder bezwarend voor aanbestedende diensten”.

16: Moet de vordering tot vernietiging door een ondernemer 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 (artikel 4.15 lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012). 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 artikelen 2.134 tot en met 2.138 Aanbestedingswet 2012 (artikel 4.15 lid 2 sub a eerste streepje Aanbestedingswet 2012). Voorwaarde is dan wel dat de aanbestedende dienst in de aankondiging rechtvaardigt waarom de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking is gegund. De vernietigingstermijn begint in dit geval te lopen op de dag na de publicatie van de aankondiging van de gegunde opdracht (artikel 2 *septies* lid 1, sub a, eerste streepje Rechtsbeschermingsrichtlijn en artikel 4.15 lid 2, sub a, eerste streepje Aanbestedingswet 2012).

Ook als er sprake is van andere betrokken inschrijvers of gegadigden kan de vernietigingstermijn worden verkort tot dertig kalenderdagen. In dat geval moet de aanbestedende dienst hen op de hoogte brengen van de sluiting van de overeenkomst (artikel 4.15 lid 2 sub a tweede streepje Aanbestedingswet 2012) en geldt als voorwaarde dat deze kennisgeving vergezeld gaat van de relevante redenen voor de gunningsbeslissing.

De bepaling omtrent bovenstaande termijnen volgt uit artikel 2 *septies* van de Rechtsbeschermingsrichtlijn.

17: Kan een “onwettig onderhands gegunde” opdracht alsnog worden gerechtvaardigd?

Ja, een aanbestedende dienst kan zich beroepen op zogenaamde “dwingende redenen van algemeen belang” (artikel 2 *quinquies* lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn en artikel 4.18 lid 1 Aanbestedingswet 2012). Dit begrip is door het Hof van Justitie van de EU ontwikkeld in zijn rechtspraak over diverse bepalingen uit het destijds geldende EG-Verdrag (nu VWEU) waarin dit begrip voorkomt. Te denken valt aan rechtvaardigingsgronden als openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie, maar ook aan consumentenbescherming, dierenwelzijn en de voorkoming van fraude.

Als voorbeeld kan gedacht worden aan 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; denk hierbij aan een bestuurlijke boete (artikel 4.21 en verder Aanbestedingswet 2012).



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

Indien een rechter besluit om 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 Aanbestedingswet 2012 voorziet in twee alternatieve sancties die afzonderlijk of in combinatie kunnen worden opgelegd: het verkorten van de looptijd van een overeenkomst (artikel 4.19 Aanbestedingswet 2012) en het opleggen van een bestuurlijke boete (artikel 4.21 en verder Aanbestedingswet 2012.). Dit volgt uit artikel 2 *sexies* lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn.

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 (artikel 4.19 lid 1 Aanbestedingswet 2012). 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 (lid 2).

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. De Autoriteit Consument en Markt legt deze bestuurlijke boete op (artikel 4.21 lid 1 Aanbestedingswet 2012). De maximale hoogte van de boete is 15% van de waarde van de opdracht (artikel 4.21 lid 4 Aanbestedingswet 2012). Bij het vaststellen van de hoogte van de boete wordt rekening gehouden met de relevante omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de overtreding, maar ook het gedrag van de aanbestedende dienst en de mate waarin de overeenkomst in stand blijft. Dit is te lezen in de Memorie van Toelichting bij de Implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira) (Kamerstukken II 2009/10, [32 027 nr. 3](#), par. 4.2.5).

Het opleggen van een boete in combinatie met het verkorten van de looptijd van een overeenkomst op grond van artikel 4.19 Aanbestedingswet 2012, moet "afschrikwekkend, evenredig en doeltreffend" zijn. Dit kan dus betekenen dat de boete op € 0,- wordt vastgesteld als de genomen maatregelen evenredig aan de inbreuk en voldoende afschrikwekkend zijn; zie hiervoor ook de Memorie van Toelichting bij de Wira (Kamerstukken II 2009/10, [32 027 nr. 3](#), par. 4.2.5).



KENNISCENTRUM
EUROPA
DECENTRAAL

Contact met Europa Decentraal

info@europadecentraal.nl

www.europadecentraal.nl

De dienstverlening van Kenniscentrum Europa Decentraal beperkt zich tot het verlenen van eerstelijns advies. Wij kunnen geen bindende en gedetailleerde uitspraak doen. Wel kunnen we proberen u aan de hand van relevante informatie verder op weg te helpen. Als u toch behoefte heeft aan een volledig juridisch advies om meer zekerheid en duiding te verkrijgen voor uw specifieke situatie kunt u overwegen een juridisch adviesbureau in te schakelen.