

# DE INVLOED VAN DE Wira OP AANBES

ALLE PARTIJEN BIJ EEN GEBIEDSONTWIKKELING  
ZOULDEN BEKEND MOETEN ZIJN MET DE  
RECHTSBESCHERMING VAN DE Wira BIJ EUROPEES  
AANBESTEDINGSPLICHTIGE OVERHEIDSOPDRACHTEN.  
WAT BIEDT DE Wira IN VERGELIJKING MET DE HUIDIGE  
RECHTSBESCHERMING VAN HET Bao?

mr. Annefleur Blokker<sup>1</sup>

## INLEIDING

De laatste jaren is duidelijk geworden dat de doorwerking van het Europese aanbestedingsrecht bij gebiedsontwikkeling steeds groter wordt. Opdrachten zoals de inrichting van de openbare ruimte of het bouw- en woonrijp maken werden reeds gekwalificeerd als overheidsopdrachten in de zin van de Europese aanbestedingsrichtlijnen<sup>2</sup>, maar in bepaalde omstandigheden kan nu ook de realisatie van vastgoed als aanbestedingsplichtige overheidsopdracht worden aangemerkt.<sup>3</sup> Het is daarom van belang dat ook alle betrokken partijen bij een gebiedsontwikkeling bekend zijn met de rechtsbescherming die de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira) biedt bij Europees aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten.

In dit artikel wordt de Wira besproken, de precontractuele rechtsbescherming en de postcontractuele rechtsbescherming op basis van de Wira. Daarbij komen ook de verschillen met de huidige rechtsbescherming op basis van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) aan de orde.

## Wira

De Wira is op 19 februari 2010 in werking getreden en implementeert de Europese rechtsbeschermingsrichtlijn 2007/66/EG in het Nederlandse recht.<sup>4</sup> Deze richtlijn heeft ten doel om de zwakke punten in de rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures weg te nemen. Een van de zwakke punten is de ontbrekende of niet doeltreffende rechtsbescherming in geval een aanbestedende dienst snel overgaat tot het sluiten van de overeenkomst. Een ander zwak punt betreft de (on-)mogelijkheid om tegen het onderhands gunnen van een opdracht te ageren. Met onderhands gunnen wordt hier bedoeld dat de opdracht in strijd met het Bao niet van tevoren aangekondigd is waardoor niet elke geïnteresseerde marktpartij kennis heeft kunnen nemen van de opdracht. De richtlijn beoogt doeltreffende precontractuele en postcontractuele rechtsbescherming te introduceren in de lidstaten. De Wira is van toepassing op Europese aanbestedingen en niet op nationale aanbestedingen.

Naar alle waarschijnlijkheid zal met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet<sup>5</sup> de Wira worden ingetrokken. Het wetsvoorstel voor de

Aanbestedingswet dat in juni 2010 naar de Tweede Kamer is gezonden bevat vrijwel identieke rechtsbeschermingsbepalingen.<sup>6</sup> De vroegste datum waarop de Aanbestedingswet in werking zal treden is 1 juli 2011. Tot die tijd is de Wira van kracht.

## RECHTSBESCHERMING VOORDAT DE OVEREENKOMST IS GESLOTEN

### Opschortende termijn

De Wira biedt marktpartijen rechtsbescherming voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst en na het sluiten van de overeenkomst. De rechtsbescherming voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst wordt als volgt ingericht. De Wira schrijft voor dat de aanbestedende dienst na het bekendmaken van de gunningsbeslissing aan de inschrijvers vijftien kalenderdagen in acht moet nemen alvorens de overeenkomst met de winnende marktpartij te sluiten (art. 4 Wira).<sup>7</sup> Dit is de zogenaamde opschortende termijn. Het Bao voorzag reeds in deze mogelijkheid als gevolg van Europese jurisprudentie.<sup>8</sup> De Wira biedt de aanbestedende dienst niet – zoals wel in het Bao was opgenomen – de mogelijkheid om vanwege dringende reden de opschortende termijn te verkorten.

Aan marktpartijen wordt gedurende de opschortende termijn de mogelijkheid geboden om de rechtsgeldigheid van de gunningsbeslissing in een voorlopige voorzieningenprocedure ter discussie te stellen. Op het moment dat er een verzoek om voorlopige voorziening door een van de betrokken partijen is ingediend kan de aanbestedende dienst de overeenkomst niet sluiten totdat er een vonnis door de voorlopige voorzieningenrechter is gewezen (art. 7 Wira). Met de inwerkingtreding van de Wira is het voor de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver juridisch dus niet mogelijk om de overeenkomst tijdens de opschortende termijn te sluiten en hierdoor een doeltreffende rechtsbescherming aan andere betrokken partijen te ontnemen.

### Relevante redenen

Voor de inwerkingtreding van de Wira werden marktpartijen regelmatig geconfronteerd met een gunningsbeslissing en een afwijzingsbrief waarin onvoldoende duidelijk werd op welke gronden de betrokken partij was afgewezen. Uiteraard werd aan de afgewezen partijen de mogelijkheid geboden om nadere uitleg op te vragen, maar de opschortende termijn begon reeds te lopen op de dag na de gunningsbeslissing. Het gevolg was dat afgewezen partijen binnen vijftien dagen nadere informatie moesten opvragen op basis waarvan ze een inschatting konden maken of het instellen van een voorlopige voorziening voor hen zinvol was. De termijn om een goede afweging te maken was derhalve vaak te kort. Met wellicht een onnodige kort gedingprocedure tot gevolg om hun eventuele rechten zeker te stellen.

Op basis van het Bao was de aanbestedende dienst namelijk pas verplicht om de redenen van afwijzing bekend te maken nadat de betrokken inschrijver daarom verzocht. De Wira heeft tot gevolg dat aanbestedende diensten hun gunningsbeslissing goed en voldoende moeten motiveren. Dit houdt in dat in de afwijzingsbrief de relevante redenen van de beslissing moeten zijn vermeld en niet pas op verzoek van de betrokken partij worden gegeven. De relevante redenen van de gun-

# REDENEN EN GEBIEDSONTWIKKELING

ningsbeslissing zijn in ieder geval de argumenten waarom de opdracht aan de betreffende onderneming wordt gegund en de argumenten waarom de inschrijving van de betrokken inschrijver lager scoort en niet voor gunning in aanmerking komt.

Het opvragen van nadere informatie om een goede afweging te maken omtrent de juistheid van de gunningsbeslissing zou met de komst van de Wira niet meer nodig moeten zijn. Is dit wel het geval dan gaat de opschortende termijn pas lopen nadat de betrokken inschrijver voldoende is geïnformeerd over de relevante redenen van de gunningsbeslissing. Bevat de gunningsbeslissing niet de relevante redenen dan vangt de opschortende termijn op basis van de Wira namelijk niet aan. Ook in het geval de aanbestedende dienst aan een van de betrokken partijen vergeet de gunningsbeslissing te zenden dan begint de opschortende termijn pas te lopen nadat dit gebrek is hersteld.

Zowel voor de winnende inschrijver als voor de aanbestedende dienst is het van belang om de overeenkomst niet eerder te sluiten dan nadat de opschortende termijn is verstreken.<sup>9</sup> Het niet in acht nemen van de opschortende termijn is namelijk een van de drie gronden op basis waarvan de overeenkomst kan worden vernietigd. Hierover meer in de volgende paragraaf.

## RECHTSBESCHERMING NADAT DE OVEREENKOMST IS GESLOTEN

Voordat de Wira in werking trad was het voor marktpartijen niet eenvoudig om een reeds gesloten overeenkomst aan te vechten bij de rechter en te laten vernietigen wegens schending van de Europese aanbestedingsrichtlijn.<sup>10</sup> Voor belanghebbenden stond slechts een vordering tot schadevergoeding in bodemprocedure open.<sup>11</sup>

### Vernietigen van de overeenkomst

De Wira biedt betrokken marktpartijen in een aantal gevallen wel de mogelijkheid om de gesloten overeenkomst in rechte te laten vernietigen (art. 8 Wira). Een verzoek tot vernietiging van de overeenkomst is mogelijk op de volgende drie gronden:

1. de overeenkomst is gesloten zonder dat de opschortende termijn van ten minste vijftien kalenderdagen in acht is genomen;
2. de opdracht is onderhands gegund zonder voorafgaande aankondiging, terwijl het Bao wel een voorafgaande aankondiging voorschrijft; en
3. in een specifiek geval dat een opdracht op basis van een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel niet conform het Bao is gegund.<sup>12</sup>

Buiten deze gevallen zal een verzoek tot vernietiging van de overeenkomst wegens schending van de Europese aanbestedingsrichtlijn – gezien de rechtspraak voorafgaand aan de Wira – waarschijnlijk niet slagen. In dat geval rest slechts een vordering tot schadevergoeding.

### Termijnen

De termijn voor het indienen van een verzoek tot vernietiging van de overeenkomst is dertig dagen nadat aan betrokken partijen de gunningsbeslissing bekend is gemaakt of dertig dagen nadat de gegunde opdracht is gepubliceerd<sup>13</sup> (art. 8 lid 2 sub a Wira). In het geval de gegunde opdracht niet is gepubliceerd, geldt een termijn van zes maanden na het sluiten van de overeenkomst. Dit is bijvoorbeeld het

geval als het een opdracht betreft die via een nationale aanbesteding is gegund en ten onrechte niet als een Europees aanbestedingsplichtige overheidsopdracht is aangemerkt. Marktpartijen die een opdracht onderhands gegund hebben gekregen, terwijl het Bao een voorafgaande mededeling van de aankondiging van de opdracht voorschrijft, zijn derhalve maximaal zes maanden niet zeker van het in stand blijven van de overeenkomst.

Indien de rechter de overeenkomst vernietigt, zal er een nieuwe aanbesteding moeten worden gehouden om de opdracht alsnog gegund te krijgen. Voor potentiële opdrachtnemers lijkt dit derhalve een veel effectievere rechtsbescherming dan het instellen van een schadevordering.

## ALTERNATIEVE SANCTIE

De rechter kan wegens dwingende redenen van algemeen belang de overeenkomst in stand laten, ondanks dat de vordering gegrond is.<sup>14</sup> In dat geval schrijft de Wira voor dat er een alternatieve sanctie wordt opgelegd. Dit is een door de Nma opgelegde boete aan de aanbestedende dienst van maximaal 15% van de opdrachtsom al dan niet in combinatie met het verkorten van de looptijd van de overeenkomst.<sup>15</sup>

## UITZONDERING OP DE Vernietigingsgrond

Indien de aanbestedende dienst van mening is dat er gegronde redenen zijn om de opdracht niet vooraf bekend te maken, kan de aanbestedende dienst ervoor kiezen om haar voornemen om de overeenkomst met een marktpartij te sluiten in het Publicatieblad van de Europese Unie bekend te maken. In die publicatie dient de aanbestedende dienst de rechtvaardiging van het ontbreken van een aankondiging van de opdracht te vermelden, alsmede een opschortende termijn van vijftien dagen in acht te nemen na de publicatie alvorens de overeenkomst te sluiten.<sup>16</sup>

Vernietiging van de overeenkomst is in dat geval niet meer mogelijk nadat de vijftiendagetermijn is verstreken. Gedurende deze termijn hebben belanghebbenden de mogelijkheid gehad om bij de rechter bijvoorbeeld te verzoeken om het sluiten van de overeenkomst op te schorten.<sup>17</sup>

Niet alleen voor aanbestedende diensten, maar ook voor marktpartijen heeft het publiceren van het voornemen om een overeenkomst met een marktpartij te sluiten voordelen. De marktpartij die van mening is dat de opdracht ten onrechte niet vooraf is aangekondigd, kan namelijk in een kort gedingprocedure de rechter een oordeel vragen over de rechtmatigheid hiervan met het verzoek om een heraanbesteding. Dit lijkt vele malen effectiever dan de mogelijkheid om binnen de dertigdagetermijn respectievelijk zesmaandetermijn in een bodemprocedure vernietiging van de overeenkomst te verzoeken.

Voor aanbestedende diensten zal het vooraf publiceren van het voornemen een overeenkomst te sluiten interessant zijn in geval bijvoorbeeld gebruik is gemaakt van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking<sup>18</sup> of in geval de opdracht een zB dienst<sup>19</sup> is zonder grensoverschrijdend belang. Deze mogelijkheid is echter ook interessant in het geval de aanbestedende dienst van mening is dat de opdracht nationaal kan (en derhalve niet Europees moet) worden aan-

besteed. Bijvoorbeeld bij opdrachten onder het Europese drempelbedrag<sup>20</sup> en bij opdrachten die buiten de werkingssfeer van het Bao vallen. Denk aan de actuele discussie rondom aanbesteden en gebiedsontwikkeling.

### TOT SLOT

Bij gebiedsontwikkeling neemt het aanbestedingsvraagstuk een steeds belangrijker plaats in. De laatste (Europese) jurisprudentie en de recent verschenen literatuur biedt houvast en duidelijkheid omtrent het aanbesteden bij gebiedsontwikkeling. Echter, er bestaat nog altijd een grijs gebied waar men wordt geadviseerd 'veilig te reizen'. Kiest de aanbestedende dienst er niet voor om 'veilig te reizen' (lees: Europees aan te besteden of te voorkomen dat de opdracht Europees aanbestedingsplichtig kan zijn) dan kan op basis van de Wira de overeenkomst die ten onrechte niet Europees is aanbesteed worden vernietigd. De onzekerheid waarmee de contractspartijen gedurende maximaal zes maanden na het sluiten van de overeenkomst geconfronteerd worden, is – zeker in een markt waarin concurrenten elkaar goed kennen en in de gaten houden – ongewenst.

Dit kan een reden zijn voor de aanbestedende diensten om gebruik te maken van de mogelijkheid die de Wira biedt om meer bekendheid te geven aan onderhands gegunde opdrachten. Marktpartijen die zich benadeeld voelen kunnen hierdoor voordat de overeenkomst wordt gesloten de rechtmatigheid van de onderhandse gunning aan de rechter voor leggen. Een goede afweging vooraf omtrent een eventuele Europese aanbestedingsplicht is derhalve door de inwerkingtreding van de Wira nog belangrijker geworden.

Hoewel de Wira alleen betrekking heeft op Europese aanbestedingen is niet uitgesloten dat de Wira een positieve werking heeft op nationale aanbestedingsprocedures. Het komt een effectieve rechtsbescherming voor marktpartijen ten goede als ook in een nationale aanbestedingsprocedure de opschortende termijn aanvangt nadat alle relevante redenen van de gunningsbeslissing bekend zijn gemaakt.

- 1 Mr. A.D. Blokker is als adviseur aanbesteden & bouw werkzaam bij PurpleBlue.
- 2 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten. In dit artikel verwijs ik in het vervolg alleen naar Richtlijn 2004/18/EG.
- 3 Zie onder andere het artikel van mr. M. Fokkema, 'Gevolgen Müller-arrest voor Reiswijzer en praktijk van Nederlandse gebiedsontwikkeling', Grondzaken in de Praktijk nr. 3 juni 2010, p. 9-11.
- 4 De richtlijn dient ter vervanging van de oude rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EG en 92/13/EG, die van de lidstaten verwachtten dat aan ondernemer doeltreffende en snelle rechtsmiddelen ter beschikking stonden in geval van schending van de Europese rechtsbeschermingsrichtlijn. Het Nederlandse recht voorziet hier reeds in met de mogelijkheid tot het instellen van een voorlopige voorziening (art. 254 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) en schadeverdringen (art. 6:162 BW).
- 5 Wetsvoorstel Aanbestedingswet, Kamerstukken II 2009-2010, 32440.
- 6 Het wetsvoorstel beoogt er tevens voor te zorgen dat er een uniforme klachtenregeling wordt opgesteld en er wordt bekeken of er voor ondernemers een aanbestedingsloket kan worden opgesteld dat als adviescentrum dient waar ondernemers

- met vragen en klachten over aanbestedingen terecht kunnen (Wetsvoorstel Aanbestedingswet, Kamerstukken II 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 20).
- 7 De Wira bevat een aantal uitzonderingen waarin de opschortende termijn niet in acht hoeft te worden genomen (artikel 4 lid 4). Dit is in het geval dat voorafgaande bekendmaking van de opdracht op basis van het Bao of Bass niet is vereist, als een opdracht op basis van een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel wordt gegund of als de enige inschrijver de opdracht gegund krijgt.
- 8 In het Alcatel arrest (Hv) EG 28 oktober 1999, zaak C-81/89, Jur. 1999, p. I-7671) en Commissie / Oostenrijk (Hv) EG 24 juni 2004, zaak C-212/02) heeft het Europese Hof geoordeeld dat er beroep mogelijk moet zijn tegen de gunningsbeslissing. De gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst mogen dus niet samenvallen. Tevens dient de geldigheid van de gunningsbeslissing tijdig te kunnen worden onderzocht en dient aan ondernemers een 'redelijke termijn' te worden geboden om de geldigheid van de gunningsbeslissing te onderzoeken. Een en ander was neergelegd in artikel 55 Bao.
- 9 En in geval een voorlopige voorziening aanhangig is gemaakt kan de overeenkomst niet eerder worden gesloten dan nadat vonnis is gewezen.
- 10 Zie HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 (Uneto/De Vliert) en ook E.H. Pijnacker-Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys 2009, *Aanbestedingsrecht Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009, par. 27.2.3.2.
- 11 Zie voor een bespreking van de schadevordering bij aanbesteden het artikel van J.M. Hebly, F.G. Wilman, 'Schadevergoeding wegens schending van het aanbestedingsrecht', TBR 2010, nr. 59.
- 12 Dit is in het geval de raamcontractanten niet zijn opgeroepen om in te schrijven op een opdracht, de betreffende opdracht een waarde heeft boven de Europese drempelbedragen en de opschortende termijn niet in acht is genomen.
- 13 Voor alle overheidsopdrachten die gegund zijn op basis van het Bao dient een mededeling te worden gepubliceerd dat de opdrachten zijn gegund. De dertigdagentermijn nadat de gegunde opdracht is gepubliceerd, is met name van belang voor marktpartijen die niet bekend waren of konden zijn met het feit dat de aanbestedende dienst de opdracht in de markt wenste weg te zetten.
- 14 De rechter kan in geval van dwingende redenen van algemeen belang ervoor kiezen om bijvoorbeeld het reeds uitgevoerde (de MvT spreekt van 'vervulde') deel van de overeenkomst in stand te laten (Wetsvoorstel Aanbestedingswet, Kamerstukken II 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 21).
- 15 Zie voor een bespreking van de boete op basis van de Wira het artikel van D. van Tilborg, 'De bestuurlijke boete in de Wira', BR 2010, nr. 84.
- 16 Zie voor de voorwaarden en eisen die aan de bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie worden gesteld artikel 10 Wira.
- 17 Wetsvoorstel Aanbestedingswet, Kamerstukken II 2009-2010, 32440, nr. 3, p. 20.
- 18 Artikel 31 Bao.
- 19 Een 2B dienst is een dienst die staat vermeld op bijlage II van de Europese aanbestedingsrichtlijn, bijvoorbeeld juridische dienstverlening. Voor 2B diensten geldt een minder streng aanbestedingsregime (artikel 21Bao).
- 20 De drempelbedragen voor overheidsopdrachten van decentrale overheden voor 2010-2011 zijn voor werken vastgesteld op 4.845.000 euro en voor diensten en leveringen op 193.000 euro. Voor de centrale overheid en de speciale sectoren gelden andere drempelbedragen.