

9 | Samenloop van beroepstermijnen in het aanbestedingsrecht

H.S.J. Albers & J.M. Hebly[■]

1 INLEIDING

In dit artikel wordt onderzocht in hoeverre sprake is van samenloop tussen de verschillende beroepstermijnen in het aanbestedingsrecht. In dit kader zullen eerst de toepasselijke termijnen kort worden toegelicht. Vervolgens wordt besproken in hoeverre de termijnen en procedures met elkaar samenhangen en wat de consequenties zijn van een eventuele samenloop.

De beroepstermijnen waarmee in het aanbestedingsrecht wordt gerekend zijn de Alcatel termijn en een algemene vervaltermijn. De Alcatel termijn is (in Nederland) de termijn van 15 dagen die aanbestedende diensten moeten aanhouden voordat zij tot definitieve gunning mogen overgaan en aldus de termijn waarbinnen de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure een voorlopige voorziening kunnen vragen tegen een voornemen tot gunning. De algemene vervaltermijn is er voor het instellen van een (bodem)procedure tegen een gunningsbesluit. Algemene vervaltermijnen zijn terug te vinden in de wet, maar zijn ook als contractuele voorwaarde in aanbestedingsreglementen opgenomen. Vanzelfsprekend zullen ook de in het voorstel van de Commissie tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG (het 'Wijzigingsvoorstel')¹ opgenomen termijnen worden besproken.

2 DE ALCATEL TERMIJN

De zogenaamde 'Alcatel termijn' is het resultaat van een uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (het 'Hof'). In de zaak *Alcatel*,² die een Oostenrijkse prejudiciële vraag betrof, interpreteerde het Hof

■ H.S.J. Albers is advocaat bij Houthoff Buruma te Brussel. J.M. Hebly is advocaat bij Houthoff Buruma te Rotterdam en bijzonder hoogleraar Bouwrecht, Universiteit Leiden.

1 Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, document COM (2006) 195 def., d.d. 4 mei 2006.

2 HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, NJ 2000, 528 (Alcatel Austria AG).

van Justitie Richtlijn 89/665.³ Oostenrijk had gebruik gemaakt van de in art. 2 lid 6 van die richtlijn geschapen mogelijkheid om de bevoegdheid van de beroepsinstanties ná het sluiten van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht te beperken tot het toekennen van schadevergoeding. Zodra eenmaal een overeenkomst tot stand was gekomen tussen de aanbestedende dienst en de winnaar van de aanbesteding konden partijen die schade hadden geleden door een schending van de aanbestedingsregels niet meer de ontbinding van die overeenkomst eisen. Doordat Oostenrijkse aanbestedende diensten hun gunningsbesluiten in de praktijk niet naar buiten brachten, vielen de gunning en het sluiten van de overeenkomst voor de buitenwacht *de facto* samen. Het resultaat was dat het in de praktijk niet mogelijk was op te komen tegen een gunningsbesluit. Alleen de mogelijkheid een schadevergoeding te vorderen bleef voor gelaedeerden over als actie in rechte.

Het Hof wijst in zijn uitspraak op art. 1 lid 1 van Richtlijn 89/665, dat de lidstaten verplicht ervoor te zorgen dat bij een vermeende schending van het aanbestedingsrecht 'doeltreffend en zo snel mogelijk' beroep kan worden ingesteld. Deze verplichting legt het fundament voor de Alcatel termijn. In zijn redenering verwijst het Hof vervolgens naar de verschillende maatregelen die in Richtlijn 89/665 worden genoemd. Daarin onderscheidt het Hof aan de ene kant de bevoegdheid om in kort geding voorlopige maatregelen te nemen om een beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat belangen verder worden geschaad (genoemd in art. 2 lid 1 sub a), en aan de andere kant de bevoegdheid onwettige besluiten nietig te (doen) verklaren of een schadevergoeding toe te kennen aan eventuele gelaedeerden (genoemd in art. 2 lid 1 sub b en sub c). Het Hof onderscheidt verder een fase vóór het sluiten van de overeenkomst die volgt op de gunning van de opdracht en een fase na het sluiten van die overeenkomst. Vervolgens overweegt het Hof dat het niet zo mag zijn dat het belangrijkste besluit van de aanbestedende dienst, te weten de gunning van de aanbestede opdracht, ontsnapt aan deze in de Richtlijn omschreven maatregelen. Juist in een fase waarin eventuele schendingen nog kunnen worden gecorrigeerd is het volgens het Hof van belang dat is voorzien in de vereiste doeltreffende en snelle procedures van beroep.

Uit de aldus uiteengezette structuur van Richtlijn 89/665 leidt het Hof dan af dat:

'de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer

3 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 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 (ook wel de 'Rechtsbeschermingsrichtlijn' genoemd), *Pb EG* 1989, L 395/33.

aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen.'

Hoewel het Hof niet met zoveel woorden stelt dat deze procedure een procedure in kort geding moet zijn, lijkt dit voor wat betreft de Nederlandse situatie wel als onvermijdelijke conclusie uit de overwegingen van het Hof voort te vloeien.

Uit *Alcatel* volgt aldus dat er in beginsel een bepaalde periode moet zijn tussen het bekendmaken van het besluit tot gunning van de opdracht en het sluiten van de overeenkomst waarbij de opdracht daadwerkelijk wordt vergeven (de zogenaamde '*stand still*' termijn). In een aantal vervolgzaken heeft het Hof deze termijn verder 'aangekleed'. Zo heeft het Hof in het arrest *Commissie/Oostenrijk*⁴ verduidelijkt dat de Alcatel periode een redelijke termijn moet zijn, terwijl in *Universale Bau*⁵ is bepaald dat een termijn van twee weken (15 dagen) als redelijk kan gelden. De Alcatel termijn is in 2005 ook in het Bao⁶ en het Bass⁷ opgenomen. De betreffende bepalingen maken een onderscheid tussen het besluit tot voorlopige gunning en de definitieve gunning (ofwel het daadwerkelijk sluiten van de overeenkomst). Tussen deze momenten moet een termijn zitten van tenminste 15 dagen. Deze termijn begint te lopen vanaf het moment van verzending van de mededeling van het voorlopige gunningsbesluit.⁸

2.1 Wie kan een Alcatel procedure aanspannen?

De personen die gedurende de Alcatel termijn een procedure kunnen starten bij de Voorzieningenrechter zijn diegenen die bij de aanbesteding betrokken zijn geweest (de gegadigden en inschrijvers). Ook zij die zich hadden willen inschrijven, maar dit om één of andere reden niet hebben gedaan, kunnen beroep aantekenen. Als voorwaarde voor ontvankelijkheid zal in dit geval wel gelden dat de onregelmatigheid die zij willen aanvechten samenhangt met de reden waarom zij zich niet hebben ingeschreven. Wanneer een aanbestedende dienst de verplichte aankondiging niet op de juiste manier heeft gepubliceerd, of in de aanbestedingsstukken discriminatoire specificaties heeft opgenomen, zal ook iemand die daardoor de aanbesteding heeft gemist of

4 HvJ 24 juni 2004, zaak C-212/02 (Commissie/Oostenrijk).

5 HvJ 12 december 2002, zaak C-470/99 (Universale Bau).

6 Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunning van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten) ('Bao').

7 Besluit van 16 juli 2005, houdende regels betreffende de procedures voor het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Besluit aanbestedingen speciale sectoren) ('Bass').

8 Zie respectievelijk art. 55 lid 2 Bao en art. 57 lid 2 Bass.

daaraan niet heeft deelgenomen – maar dat anders wel had kunnen doen – in beroep moeten kunnen gaan tegen het gunningsbesluit.

Partijen mogen eventuele bezwaren niet ‘opsparen’ tot de Alcatel termijn.⁹ Dit geldt net als voor partijen die zich hebben ingeschreven ook voor partijen die zich niet hebben ingeschreven. Ook zij moeten zo snel mogelijk na kennisgeving van de aanbestedingsprocedure en de onregelmatigheid waardoor zij geen kans hadden om daaraan deel te nemen bezwaar maken. De Alcatel termijn is er immers niet alleen om de (potentiële) inschrijvers te beschermen, maar zij dient ook om de aanbestedende dienst zekerheid te geven met betrekking tot de definitieve gunning en het daadwerkelijk sluiten van de overeenkomst.¹⁰ Uit de nuttige werking van Richtlijn 89/665, de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid en de daaruit voortvloeiende eis dat de inschrijvende partijen de mogelijkheid moeten hebben om beroep aan te tekenen in een fase waarin schendingen nog kunnen worden gecorrigeerd, volgt immers ook een impliciet en spiegelbeeldig ‘recht’ voor de aanbestedende dienst¹¹ op een kans eventuele fouten te herstellen op een moment waarop dit nog kan met zo min mogelijk consequenties voor de aanbestedingsprocedure.¹²

2.2 Eisen in de Alcatel procedure

In de Alcatel procedure kan hetzij (i) een vernietiging van het voorlopige gunningsbesluit, hetzij (ii) een (voorschot tot) schadevergoeding worden geëist. Een eis tot schadevergoeding past minder goed in de Alcatel bezwaarprocedure. Het doel van de procedure die kan worden aangespannen gedurende de Alcatel termijn is immers het corrigeren van een schending. Een schadevergoeding komt in principe alleen in aanmerking indien en voor zover correctie van de schending niet (meer) mogelijk is. Dat zal normaal gesproken alleen het geval zijn wanneer de overeenkomst definitief is gesloten, wat in de regel gedurende de Alcatel *stand still* periode niet mag.

Omdat de Alcatel termijn in principe na 15 dagen afloopt, zal als voorlopige voorziening ook aan de beroepsinstantie gevraagd kunnen worden de *stand still* verplichting te laten voortduren. Overigens is het in Nederland gebruikelijk dat aanbestedende diensten niet overgaan tot een definitieve gunning van de opdracht gedurende een kort geding en wel tot en met de datum van uitspraak in eerste aanleg. Dit lijkt ons in overeenstemming met de geest van de Alcatel

9 Zaak C-230/02, *Grossman*, arrest van het Hof van Justitie van 12 februari 2004.

10 Zie ook Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2nd ed. (2005), p. 1425.

11 Overigens wijst E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2004, p. 498, er in dit kader terecht op dat richtlijnbevestigingen niet rechtstreeks aan een private persoon kunnen worden tegengeworpen.

12 Vgl. HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02 (*Grossman*).

termijn, die immers tot doel heeft de correctie van een eventuele schending mogelijk te maken.

2.3 Vervolg

Na de procedure in eerste aanleg is hoger beroep mogelijk en eventueel nog cassatie. Volgens het Gerechtshof te Leeuwarden behoeft een aanbestedende dienst gedurende het hoger beroep niet meer te wachten met de daadwerkelijke gunning van de opdracht.¹³ In dit geval, na een voor de aanbestedende dienst positief uitgevallen uitspraak in eerste aanleg, geeft het belang van de aanbestedende dienst bij een snelle en doeltreffende aanbestedingsprocedure in principe de doorslag. De definitieve gunning zal alsdan evenwel plaatsvinden op eigen risico van de aanbestedende dienst. Een beëindiging of ontbinding van de definitieve gunningsovereenkomst in rechte blijft immers nog mogelijk.

Het hierboven besproken oordeel van het Gerechtshof te Leeuwarden zou overigens wel eens anders kunnen uitvallen wanneer een verliezende klager onmiddellijk na het kort geding vonnis in eerste aanleg, en vóór de daadwerkelijke gunning, aankondigt spoedappel aan te tekenen en dat ook daadwerkelijk en met voortvarendheid instelt. In dat geval weet de aanbestedende dienst immers dat de klager nog een rechtsmiddel heeft en van plan is daarvan gebruik te maken. De klager doet er daarbij ons inziens goed aan zowel in zijn aankondiging, als in appel een verdere *stand still* verplichting te verlangen, in ieder geval tot en met de uitspraak in het spoedappel.

Anderzijds zal het niet zo kunnen zijn dat een aanbestedende dienst na het winnen van een kort geding in eerste aanleg een maand zal moeten wachten alvorens over te (kunnen) gaan tot definitieve gunning, enkel en alleen om de klager de gelegenheid te geven (spoed)appel aan te tekenen. Een verplichting de *stand still* periode 'ambtshalve' voort te zetten lijkt ons evenmin geboden wanneer de verliezende klager gewoon appel aantekent of aankondigt dat te zullen doen. Daarvoor vormt de duur van een dergelijke procedure, die al snel een jaar of meer bedraagt, naar onze mening een (te) zware last op het belang dat de aanbestedende dienst heeft bij het laten uitvoeren van de opdracht.

Overigens zal ook de aard van de opdracht in aanmerking moeten worden genomen bij de afweging of een op de goede trouw rustende verplichting bestaat de *stand still* periode te laten voortduren gedurende de appeltermijn. Als het gaat om een éénmalige opdracht met een beperkte uitvoeringsduur kan het bestaan van een dergelijke plicht met meer kracht worden betoogd, dan wanneer het gaat om een herhaalde of langdurige opdracht. In dit laatste geval kan van een (gedeeltelijk) terugdraaien van een definitieve gunning na

13 Hof Leeuwarden 19 april 2006, L/JN AW4179 (Avenance/Gemeente Groningen).

het volgen van een appelprocedure immers zonnodig nog sprake zijn. Overigens kan (dringende) spoed een gerechtvaardigde reden vormen om een *stand still* verplichting te doorbreken.¹⁴

2.4 De Alcatel termijn als vervaltermijn

In het hierboven uiteengezette stelsel van rechten en plichten met betrekking tot een Alcatel procedure tegen een schending van de aanbestedingsregels past de regel dat de Alcatel termijn tevens geldt als vervaltermijn voor het nemen van rechtsmaatregelen. Dit is overigens niet automatisch het geval en volgt ook niet uit het Bao en het Bass, waar in de respectieve artikelen 55 en 57 alleen een tijdelijk verbod van definitieve gunning is opgenomen. Om als vervaltermijn te kunnen gelden, stelt de rechter dan ook als voorwaarde dat duidelijk in de aanbestedingsstukken moet zijn opgenomen dat de Alcatel termijn mede geldt als vervaltermijn. Is dit het geval, dan zullen partijen die te laat klagen over een voorlopig gunningsbesluit in principe niet meer ontvankelijk zijn.¹⁵

2.5 Het voorstel tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG

In het Wijzigingsvoorstel verduidelijkt de Commissie een aantal van de in de praktijk gegroeide regels. Om te beginnen stelt de Commissie voor de Alcatel termijn op minimaal 10 dagen te stellen.¹⁶ Het Wijzigingsvoorstel opent verder uitdrukkelijk de mogelijkheid om de Alcatel termijn als vervaltermijn van tenminste 10 dagen te laten gelden.¹⁷ De Commissie verduidelijkt verder dat bij de kennisgeving van het gunningsbesluit een samenvattende beschrijving van de relevante redenen waarop het gunningsbesluit steunt zoals bedoeld in art. 41 lid 2 van Richtlijn 2004/18/EG¹⁸ moet worden gevoegd.¹⁹ De uitgebreide motivering wordt, overeenkomstig laatstgenoemd artikel, op verzoek aan een betrokken partij meegedeeld. Dit stelt de partij die eventueel bezwaar wil aantekenen in staat om gebruik te maken van de volledige 10

14 Vgl. art. 55 Bao en art. 57 Bass.

15 Vgl. Vزر. Rb. Haarlem 14 juli 2006, KG ZA 06-238, L/JN AY3951 (Rederij Naco/Provincie Noord-Holland)

16 Art. 2 *bis* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

17 Art. 2 *quater* Wijzigingsbesluit.

18 Deze bepaling komt overeen met art. 41 leden 2, 3 en 4 Bao.

19 Art. 2 *bis* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

dagen om met kennis van alle omstandigheden over zijn bezwaar te beslissen.²⁰

Nederland kent in art. 55 lid 3 Bao²¹ al een plicht 'de gronden' van het gunningsbesluit bij dat besluit te voegen. Het is op dit moment echter onduidelijk hoe deze motiveringsplicht zich verhoudt tot de motiveringsplicht van art. 41 Bao.²² Betoogd wordt wel dat het Bao twee motiveringsplichten kent: een summiere, onder art. 55, die de Alcatel termijn in werking zet; en een aanvullende, onder art. 41.²³ Het huidige Wijzigingsvoorstel brengt in deze kwestie verduidelijking door te stellen dat de motivering die bij het voorlopige gunningsbesluit wordt gevoegd een samenvatting vormt van de motivering die wordt bedoeld onder art. 41 van de Richtlijn. Dit impliceert één motivering (en dus ook één motiveringsverplichting), die echter in twee stappen kan worden bekend gemaakt. Dit impliceert bovendien dat de redenen (intern) volledig uitgewerkt moeten zijn op het moment dat het voorlopige gunningsbesluit wordt genomen. Zonder dat éérs de uitgebreide redenen zijn opgesteld kan daarvan immers geen 'samenvatting' worden gemaakt.²⁴ Bij aanvaarding van het Wijzigingsvoorstel zal het Bao naar onze mening dan ook zo moeten worden gelezen dat met 'de gronden' onder art. 55 Bao wordt bedoeld op de samenvatting van de redenen zoals bedoeld onder art. 41 Bao. In dit kader ondersteunen wij verder de opvatting dat het ontbreken van 'de gronden', of 'de samenvatting' onder art. 55 Bao, tot gevolg heeft dat de Alcatel termijn niet begint.²⁵ Zonder deze 'gronden' of 'samenvatting' komt geen rechtsgeldige kennisgeving tot stand die als startpunt kan dienen voor de Alcatel termijn.

Het Wijzigingsvoorstel bevat verder de regel dat de *stand still* in principe voortduurt wanneer een beroep wordt ingesteld bij een onafhankelijke beroeps-

20 De termijn van 15 dagen die art. 41 lid 2 Bao stelt voor de kennisgeving van de (volledige) redenen van het voorlopige gunningsbesluit zal wellicht moeten worden aangepast indien Nederland er voor kiest om de Alcatel *stand still* periode in te korten tot 10 dagen.

21 En art. 47 lid 3 Bass.

22 En art. 50 Bass.

23 Zie o.a. J.M. Hebly, E.T. de Boer & F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Zutphen: Paris 2007, p 84; die deze variant overigens verwerpen.

24 Een verkorting van de termijn van 15 dagen voor kennisgeving van de volledige redenen zoals bedoeld in art. 41 Bao, lijkt onder toepassing van deze praktijk dan ook weinig bezwaarlijk te kunnen zijn.

25 Zie Hebly e.a. 2007, p. 83 en 84. De rechtspraak is op dit punt niet eenduidig, aldus Van den Berge, Mutsaers en Zeelenberg, 'Kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht, deel 1', *Tijdschrift Aanbestedingsrecht* 2007, p. 99: zij halen een uitspraak aan van het Hof van 's-Gravenhage 13 oktober 2005, KG ZA 05-100 (De Vier Gewesten/Gemeente Gorinchem e.a. en De Jong Tours Holding BV) (nog niet gepubliceerd), dat een motivering niet beschouwt als een eis voor het beginnen van de Alcatel termijn, en vergelijken deze met Vzr. Rb. Haarlem 18 november 2005, 117348/KG ZA 05-537, TA 2006, 63 (Caremate Nederland BV/Gemeente Zaanstad e.a. en Harting-Bank BV), waarin de voorzieningenrechter van mening is dat de Alcatel termijn pas begint op de dag dat het voorlopige gunningsbesluit is gemotiveerd.

instantie in eerste aanleg totdat deze heeft besloten over het beroep of een verzoek tot voorlopige maatregelen.²⁶ Eventuele verdere beroepsprocedures behoeven niet een automatische opschortende werking te hebben.²⁷

Met betrekking tot de nietigheid van een tijdens de *stand still* (Alcatel) periode gesloten overeenkomst verduidelijkt het Wijzigingsvoorstel dat deze overeenkomst 'onverbindend wordt verklaard'.²⁸ Hoewel het Wijzigingsvoorstel dit niet expliciet stelt lijkt het ons voor de hand te liggen dat deze sanctiemogelijkheid blijft gelden in het geval de *stand still* termijn is verlengd door een beroepsinstantie.

De lidstaten mogen met betrekking tot deze sanctie een verjaringstermijn instellen van tenminste 6 maanden, zodat een overeenkomst die is gesloten in strijd met een *stand still* verplichting na deze 6 maandentermijn gevolgen kan hebben tussen de partijen en jegens derden. Deze termijn begint te lopen vanaf de datum van het sluiten van de overeenkomst.²⁹ De lidstaten kunnen tevens kiezen voor een kortere termijn van tenminste 30 kalenderdagen vanaf de dag dat de aanbestedende dienst de inschrijvers en gegadigden in kennis stelt van het sluiten van de overeenkomst, mits bij die kennisgeving een samenvatting van de relevante redenen als bedoeld in art. 41 lid 2 van Richtlijn 2004/18/EG wordt gevoegd.³⁰ Ook kan een van de aanbestedende dienst onafhankelijke beroepsinstantie grenzen stellen aan de onverbindendheid van een overeenkomst die is gesloten in strijd met een *stand still* verplichting indien dringende of dwingende eisen van niet-economisch algemeen belang dit nodig maken.³¹ Volgens het Wijzigingsvoorstel worden de gevolgen van de onverbindendheid van een overeenkomst bepaald door het nationale recht. De nietigheid kan derhalve *ex tunc*, maar ook *ex nunc* worden uitgesproken.³²

Ten aanzien van de eis van onverbindendheid gelden in principe de termijnen van (tenminste) 30 dagen of (tenminste) 6 maanden als vervaltermij-

26 Art. 2 lid 3 Wijzigingsvoorstel. Zie in dit verband ook art. 1 lid 5 Wijzigingsvoorstel, met betrekking tot de mogelijkheid dat beroep eerst moet worden ingesteld bij de aanbestedende dienst. In dit laatste geval bedraagt de automatische opschorting tenminste 10 kalenderdagen.

27 Art. 2 lid 3 *bis* Wijzigingsvoorstel.

28 Art. 2 *sexies* lid 1 sub b Wijzigingsvoorstel; alsmede art. 2 *septies* lid 1 Wijzigingsvoorstel, dat naast onverbindendheid ook de mogelijkheid van alternatieve sancties introduceert. De onderlinge verhouding tussen deze twee bepalingen laat naar onze mening nog ruimte voor verdere verduidelijking.

29 Art. 2 *octies* lid 1 sub b Wijzigingsvoorstel; ten aanzien van inbreuken in de zin van art. 2 *septies* lid 1 Wijzigingsvoorstel bepaalt art. 2 *octies* lid 2 Wijzigingsvoorstel dat de termijnen voor het instellen van beroep volgens het nationaal recht worden bepaald.

30 Art. 2 *octies* lid 1 sub a Wijzigingsvoorstel.

31 Art. 2 *sexies* lid 3 Wijzigingsvoorstel. De lidstaten moeten in dit geval wel voorzien in alternatieve sancties in de zin van art. 2 *septies* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

32 Art. 2 *sexies* lid 2 Wijzigingsvoorstel. In het geval nietigheid *ex nunc* wordt uitgesproken voorzien de lidstaten in alternatieve sancties in de zin van art. 2 *septies* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

nen.³³ Een eis tot schadevergoeding wordt naar onze mening door deze vervaltermijn echter niet uitgesloten. Dat kan anders zijn wanneer een aanbestedingsreglement van toepassing is.³⁴ Dit roept de vraag op in hoeverre de optie schadevergoeding *in natura* te eisen, in de zin van art. 6:103 BW, kan worden verenigd met de doelstelling van deze nieuw te introduceren vervaltermijn. Een eis tot opzegging of ontbinding van de overeenkomst per heden, een gebod de uitvoering van de overeenkomst te beëindigen, of een verbod deze nog verder uit te voeren komen *de facto* immers op hetzelfde neer als de nietigheid van de overeenkomst. Ook wordt als schadevergoeding *in natura* genoemd de eis 'de opdracht alsnog te gunnen aan eiseres.' De toewijzing van al dergelijke vorderingen zal als gevolg hebben dat de ten onrechte gesloten overeenkomst wordt opgebroken.³⁵

Omdat het doel van de voorgestelde vervaltermijn nu juist lijkt te zijn duidelijkheid te creëren omtrent de geldigheid van een (overigens op grond van een voor alle partijen duidelijke schending van het aanbestedingsrecht gesloten) overeenkomst, doet de mogelijkheid een vordering tot schadevergoeding *in natura* in te stellen hieraan toch weer enige afbreuk. De schadevergoeding *in natura* zal echter gelden *ex nunc*. Daarmee lijkt zij toch los van de vervaltermijn voor onverbindendheid van de overeenkomst te kunnen bestaan.³⁶ Enerzijds is het immers niet onredelijk dat zelfs een in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten overeenkomst enige rechtskracht heeft tussen partijen en met name jegens derden als zij reeds gedurende een langere periode is uitgevoerd, omdat nietigheid na een langere periode vele ongewenste consequenties met zich kan brengen. Anderzijds is het evenmin onredelijk dat de partijen bij een dergelijke overeenkomst de hete adem van het recht voor de gehele duur van de overeenkomst in hun nek blijven voelen.³⁷

33 Althans in geval van een beroep in de zin van art. 2 *sexies* lid 1 sub b Wijzigingsvoorstel. In het geval van een beroep in de zin van art. 2 *septies* lid 1 Wijzigingsvoorstel gelden de termijnen die in het nationale recht worden bepaald onder art. 2 *octies* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

34 Zie Hebly e.a. 2007, p. 77, voetnoot 273.

35 Zie de noot van A.G.J. van Wassenauer van Catwijck bij Uneto/De Vliert, BR 1999, 985. Zie ook Hebly e.a. 2007, p. 14, 56 en 57.

36 Dit zal na aanvaarding van het huidige Wijzigingsvoorstel niet anders zijn. Weliswaar moet naar onze mening de term 'schadevergoeding' in art. 2 lid 6 Wijzigingsvoorstel worden gelezen als schadevergoeding *in geld* (een andere opvatting zou in strijd zijn met het systeem van rechtsbescherming dat Richtlijn 89/665 beoogt op te zetten – zie ook hieronder in de hoofdtekst), maar tevens wordt de in dit artikel neergelegde bevoegdheid van de lidstaten de vorderingsactie van een klager bij een schending van de aanbestedingsregels te beperken tot een schadevergoeding beperkt tot de situatie waarin de definitieve gunning is gedaan met inachtneming van de Alcatel *stand still* termijn.

37 Volgens ons is er in het geval dat een overeenkomst wordt 'opgebroken' en *de facto* en *ex nunc* onverbindend blijkt te zijn op grond van een schadevergoedingsactie na de verjaringstermijn, geen rechtsgrond voor het opleggen van de alternatieve sanctie in de zin van art. 2 *septies* lid 2 Wijzigingsvoorstel, omdat strikt gesproken geen beroep op de onverbindendheid is gedaan in de zin van art. 2 *sexies* Wijzigingsvoorstel en bovendien

3 DE ALGEMENE VERVALTERMIJN

De basis voor een vordering in een bodemprocedure wordt gevormd door een vermeende schending van de aanbestedingsregels. Een dergelijk schending vormt in principe een onrechtmatige daad. Indien echter op de aanbesteding het ARW 2005 of een ander aanbestedingsreglement van toepassing is geldt een schending als een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie). Immers, 'algemeen wordt aangenomen dat door de inschrijving op een aanbesteding waarop [een aanbestedingsreglement] van toepassing is verklaard, tussen de inschrijvers ieder voor zich en de aanbesteder een overeenkomst ontstaat om de aanbesteding te doen verlopen volgens de regels van [dat aanbestedingsreglement]. Zulk een aanbesteding als precontractuele aanloop tot een eventueel later te sluiten aannemingscontract heeft zelf de status van een volwaardige overeenkomst.'³⁸

De algemene verjaringstermijn voor een rechtsvordering bedraagt twintig jaar, tenzij de wet anders bepaalt, aldus art. 3:306 BW. Op grond van art. 3:310 BW verjaart een vordering tot schadevergoeding na verloop van een termijn van 5 jaar na de dag waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, maar in elk geval twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt.

Voor het aanhangig maken van aanbestedingsgeschillen worden in de reglementen veelal kortere vervaltermijnen gesteld. Zo is de vervaltermijn voor het aanhangig maken van geschillen die wordt genoemd in het ARW 2005 met 90 dagen beduidend korter dan vijf jaar.³⁹ Deze termijn zal echter alleen kunnen worden tegengeworpen aan degenen die zich als betrokkene hebben kenbaar gemaakt aan de aanbesteder in het kader van een aanbesteding⁴⁰ dan wel aan daadwerkelijke indieners van een aanbieding in een aanbestedingsprocedure waarop een aanbestedingsreglement van toepassing is verklaard. Alleen met die gegadigden of inschrijvers kan immers de ('voor')overeenkomst tot stand komen de aanbesteding te doen verlopen volgens de regels van het betreffende aanbestedingsreglement waarop in de hiervoor aangehaalde rechtspraak wordt gedoeld. Voor andere belanghebbenden moet worden teruggevallen op de termijnen van 5 jaar en 20 jaar die worden genoemd in artikel 3:310 BW. Omdat de schadevergoedingsactie bedoeld in artikel 3:310

de verjaringstermijn is verlopen.

38 Zie Rb. Rotterdam 3 november 2004, zaak 169072/HA ZA 02/13, BR 2006, 65 (BRF/Gemeente Rotterdam), r.o. 5.5. In deze rechtsoverweging wordt verwezen naar het UAR-EG 1991. Zie ook Pijnacker Hordijk e.a. 2004, p. 508.

39 Art. 2.33.2 ARW 2005. Ook de andere aanbestedingsreglementen bevatten vergelijkbaar korte termijnen voor het aanhangig maken van geschillen. Het UAR 1986 bevat een termijn van drie maanden in art. 41 lid 3; ook art. 67 lid 3 UAR-EG 1991 bevat een termijn van drie maanden; en hetzelfde geldt voor het UAR-EG 2001 in art. 44 lid 3; en het ARW 2004 in art. 2.39.2. Ook art. 69 van het ARvD-EG 2000 bevat een termijn van drie maanden.

40 Zie Raad van Arbitrage voor de Bouw 18 maart 2005, BR 2005, 1034.

BW onder andere de vorderingen betreft die voortvloeien uit wanprestatie en onrechtmatige daad,⁴¹ maakt het voor deze belanghebbenden immers niet uit of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen tussen de eventuele inschrijvers en de aanbestedende dienst, dan wel hoe gedetailleerd deze overeenkomst is. Indien een vordering tot nakoming wordt gedaan, om alsnog het sluiten van een overeenkomst af te dwingen onder een toepasselijk aanbestedingsreglement, bedraagt de verjaringstermijn eveneens vijf jaar, na de dag volgend op de dag waarop de vordering opeisbaar is geworden, aldus artikel 3:307, lid 1, BW.

3.1 Wie kan een bodemprocedure aanhangig maken?

Wie zijn de personen die een geding ten gronde aanhangig kunnen maken? Allereerst zijn dit de betrokkenen in de aanbestedingsprocedure, te weten de aanbestedende dienst, de gegadigden en de inschrijvers. Daarnaast kunnen ook andere belanghebbenden een vordering instellen. De belanghebbende die behoort tot deze laatste categorie zal moeten aantonen dat hij voldoet aan de toepasselijke geschiktheids- of inschrijvingsvoorwaarden. Als hij daaraan niet voldoet is hij in principe niet-ontvankelijk, omdat hij onvoldoende belang heeft.⁴² Hij behoort dan niet tot de kring van daadwerkelijke en potentiële inschrijvers. Echter wanneer het geding juist de rechtmatigheid van de eisen en criteria betreft die er de oorzaak van waren dat deze belanghebbende niet aan de aanbesteding kon deelnemen, zal de betrokkene wel ontvankelijk zijn.

3.2 Eisen in de bodemprocedure

In een procedure ten gronde, die gewoonlijk zal aanvangen na het sluiten van de overeenkomst met betrekking tot de aanbestede opdracht, kan: (i) een schadevergoeding; en/of (ii) de nietigheid van de gesloten overeenkomst worden geëist. Echter, de Hoge Raad heeft bepaald in *Uneto/De Vliert*⁴³ dat overeenkomsten die zijn gesloten na een aanbestedingsprocedure waarin het aanbestedingsrecht is geschonden, in beginsel niet aantastbaar zijn. De nietigheid of vernietiging van een dergelijke overeenkomst kan derhalve alleen worden geëist als sprake is van uitzonderlijke omstandigheden. In de literatuur wordt bepleit dat het feit dat een overeenkomst is gesloten tijdens de *stand still* periode zou moeten gelden als een bijzondere omstandigheid in de zin

41 Zie *T&C Vermogensrecht* (2007), art. 3:310, aant. 1 (Stolker).

42 Zie art. 3:303 BW.

43 HR 22 januari 1999, *NJ* 2000, 305 (*Uneto/De Vliert*); zie ook, meer recent, HR 4 november 2005, *NJ* 2006, 204 (*Meubelfabriek Gebroeders Van der Stroom/Ministerie van Financiën en Nederlands Inkoopcentrum*).

van *Uneto/De Vliert*.⁴⁴ Voor zover ons bekend is deze vraag tot op heden echter nog niet aan de rechter voorgelegd.

De schier onaantastbare status die de Hoge Raad in *Uneto/De Vliert* verleent aan de overeenkomst wordt overigens nog wat verder gerelativeerd. Een eis tot nietigheid kan worden verpakt als een eis tot schadevergoeding *in natura* in de zin van artikel 6:103 BW. Overigens zal de aard van de overeenkomst en de eventuele spoed waarmee de opdracht moet worden uitgevoerd ook in de bodemprocedure invloed hebben op de vraag of nietigheid of ontbinding mogelijk is.

3.3 Het voorstel tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG

Voor wat betreft de regeling van de algemene vervaltermijn verwijst het Wijzigingsvoorstel naar het nationale recht.⁴⁵

4 SAMENLOOP

Wij signaleren drie verschillende vormen of niveaus van mogelijke samenloop met betrekking tot de Alcatel termijn en de algemene vervaltermijn. Om te beginnen kunnen de (verlengde) Alcateltermijn enerzijds en de contractuele vervaltermijn van de aanbestedingsreglementen en/of de 30 dagen/6 maanden vervaltermijn van het Wijzigingsvoorstel anderzijds in de tijd samenvallen. Dit roept vragen op met betrekking tot het tijdstip waarop bepaalde procedures moeten worden gestart. Ten tweede is er de vraag naar de onderlinge samenhang tussen de kort geding procedure en de bodemprocedure in aanbestedingszaken. Tenslotte is er een samenloop van eisen in kort geding en de bodemprocedure.

4.1 Eerste niveau

De vervaltermijn voor het starten van een bodemprocedure kan samenlopen met de Alcatel termijn als *stand still* periode. Het is immers goed mogelijk dat een algemene vervaltermijn afloopt terwijl nog steeds een verlengde *stand still* termijn loopt. Dit zal met name het geval kunnen zijn in procedures waar een aanbestedingsreglement van toepassing is verklaard. Een kort geding procedure met hoger beroep en cassatie kan al snel drie jaar duren, terwijl de vervalperiode in de aanbestedingsreglementen slechts 90 dagen, of 3 maanden bedraagt. Ook de in het Wijzigingsvoorstel voorgestelde vervalperiode voor onverbin-

44 Zie bijv. Hebly e.a. 2007, p. 94 en 95.

45 Art. 2 *octies* lid 2 Wijzigingsvoorstel.

dendverklaring van overeenkomsten die tijdens de *stand still* zijn gesloten bedraagt (tenminste) slechts 30 dagen indien zij met, en (tenminste) 6 maanden indien zij zonder kennisgeving zijn gesloten.

Eisers zullen derhalve bedacht moeten zijn op het verlopen van een algemene vervaltermijn gedurende de Alcatel kort geding procedure of het vervolg daarop. Het instellen van een Alcatel procedure heeft immers geen opschortende werking met betrekking tot de verschillende vervaltermijnen. Zoals ook de Rechtbank Rotterdam in de zaak *De Heer* stelt kunnen vervaltermijnen, behoudens uitzonderingen in de wet, niet worden gestuit.⁴⁶ Wij menen dan ook dat het aanhangig maken van een Alcatel procedure geen stuitende werking heeft voor de vervaltermijnen voor het aanhangig maken van een bodemprocedure, net zo min als het op een andere manier kenbaar maken van bezwaren, zoals aan de orde in *De Heer*, kon leiden tot stuiting van een vervaltermijn. Ook de Nederlandse aanbestedingsreglementen of het Wijzigingsvoorstel noemen het starten van een Alcatel kort geding procedure niet als stuitingsgrond. Overigens zal de in het Wijzigingsvoorstel opgenomen minimum vervaltermijn na implementatie in de Nederlandse wet ons inziens in de weg staan aan het inroepen van de dan mogelijk kortere vervaltermijnen in de aanbestedingsreglementen, althans wat betreft de eis dat een bepaalde overeenkomst onverbindend is. Deze reglementen kunnen immers geen afbreuk doen aan een publiekrechtelijke bepaling.

4.2 Tweede niveau

Bij het instellen van een Alcatel kort geding kan de vraag worden gesteld of daarvoor vereist is dat ook een bodemprocedure moet worden gestart. Het antwoord daarop is ontkennend. Het Hof van Justitie heeft in de zaak *Commissie/Spanje*⁴⁷ bepaald dat in de context van het aanbestedingsrecht geen connexiteitsvereiste geldt. Het Hof verwijst in dit kader naar de eisen van doelmatigheid en snelheid die volgen uit Richtlijn 89/665. Een verzoek om een voorlopige voorziening in kort geding mag derhalve niet afhankelijk worden gesteld van de vraag of een beroep ten gronde is ingesteld. Het doet er daarbij niet toe, aldus nog steeds het Hof, dat het instellen van het beroep ten gronde slechts geldt als een formaliteit en niet behoeft te worden onderbouwd.

Omgekeerd geldt bij het instellen van een beroep ten gronde in het kader van een schadevergoedingsactie evenmin de eis dat reeds een kort geding procedure is aangespannen om er blijk van te geven dat er alles aan is gedaan om een gemiste gunning aan te vechten, als uitvloeisel van de plicht die rust op de eiser van schadevergoeding om de schade zoveel mogelijk te beperken.

46 Rb. Rotterdam 6 september 2006, zaak 242197 HA ZA 05-1997 (*De Heer Transport/Gemeente Rotterdam*) (nog niet gepubliceerd), r.o. 5.1.

47 HvJ EG 15 mei 2003, zaak C-214/00 (*Commissie/Spanje*).

Volgens het Gerechtshof te 's-Gravenhage bestaat geen rechtsregel die de dienstverlener verplicht een kort geding aan te spannen tegen een voorgenomen gunningsbeslissing teneinde een recht op schadevergoeding te behouden.⁴⁸

Hierbij moet echter worden aangetekend dat nog niet duidelijk is of hetzelfde geldt ten aanzien van een eventuele ontbindingseis. Ons lijkt dit niet het geval. Een ontbindingseis beoogt immers (alsnog) te leiden tot gunning van de opdracht aan de klager. Het achterwege laten van een voorlopige voorziening tijdens de Alcatel termijn behoort ons inziens dan aan de klager te kunnen worden tegengeworpen. In vergelijkbare zin overwoog ook het Gerechtshof van Amsterdam in *IHD Airport Services/Schiphol* toen het stelde dat gezien de aard van de aanbestedingsprocedure van betrokkenen mocht worden verwacht dat zij snel en doeltreffend in actie zouden komen indien zij bezwaar wensten te maken tegen een gunningsbesluit of de uitvoering daarvan, en dat zij bij gebreke daarvan die mogelijkheid zouden verliezen.⁴⁹ Dit geldt naar onze mening temeer indien de wetgever gebruik heeft gemaakt van de in artikel 2, lid 6, van Richtlijn 89/665 genoemde mogelijkheid om de vorderingsactie van een klager te beperken tot schadevergoeding. Wij zijn van mening dat in dit laatste geval ook een vordering tot schadevergoeding *in natura* niet meer mogelijk is. Een andere interpretatie zou immers leiden tot strijdigheid met de bedoeling van artikel 2, lid 6, van Richtlijn 89/665. De term schadevergoeding onder artikel 2, lid 6, van de Richtlijn moet volgens ons derhalve worden gelezen als 'schadevergoeding in geld.'

4.3 Derde niveau

Tenslotte is een zekere samenloop van eisen in kort geding en in de bodemprocedure mogelijk. Immers zowel in het Alcatel kort geding, indien dat wordt begonnen na het tot stand komen van een overeenkomst in strijd met de *stand still* periode, als in de bodemprocedure die wordt begonnen na het sluiten van de overeenkomst, kunnen schadevergoeding en nietigheid worden gevorderd. Dat komt omdat de Nederlandse wetgever (vooralsnog) geen gebruik heeft gemaakt van de hierboven al genoemde bevoegdheid van artikel 2, lid 6, van Richtlijn 89/665 te bepalen dat bij overeenkomsten die tot stand zijn gekomen na een schending van de aanbestedingsregels slechts een schadevergoeding kan worden toegekend.

Een eiser kan, met andere woorden, ook na het sluiten van de overeenkomst nog steeds proberen zelf de opdracht te verwerven. Zoals hierboven

48 Hof 's-Gravenhage 14 september 2006, zaak 05/241 HA ZA 02-13, BR 2007, 344 (Gemeente Rotterdam/BRF).

49 Hof Amsterdam 15 december 2005, zaak 1947/05 SKG, LJN AV3114 (IHD Airport Services BV/Schiphol Nederland BV), r.o. 4.6.

is uiteengezet zullen zijn kansen op succes echter afhangen van de aard van de opdracht, alsook van de voortvarendheid waarmee hij procedeert. Het spreekt derhalve voor zich dat de kansen om alsnog gunning af te dwingen aanzienlijk kleiner zijn in een bodemprocedure na het sluiten van de overeenkomst, dan in een kort geding procedure voor het sluiten van de overeenkomst.

5 TOT SLOT

Met betrekking tot de mogelijkheden voor een eiser die nog wil proberen de opdracht te verwerven of schadevergoeding vordert brengt de bovenstaande analyse ons tot vier te onderscheiden situaties, afhankelijk van de twee vragen of de overeenkomst al is gesloten (*i.e.* definitief gegund), en of dat is gebeurd overeenkomstig de *stand still* verplichting.

- *De opdracht is nog niet definitief gegund, de stand still periode is nog van kracht:* de eiser kan toewijzing van de opdracht aan zichzelf vorderen en/of een (voorschot tot) schadevergoeding. De meest aangewezen route is een Alcatel kort geding (zolang althans de initiële, niet verlengde Alcatel termijn niet is verstreken). Een bodemprocedure is in principe mogelijk, maar ligt gezien het tijdsbeslag niet in de rede. Zolang de opdracht niet definitief is gegund is een nietigheidsvordering niet aan de orde.
- *De opdracht is nog niet definitief gegund, maar de (al dan niet verlengde) stand still periode is verlopen:* de eiser is niet meer ontvankelijk in een Alcatel kort geding, althans indien deze termijn ook als vervaltermijn is opgenomen in de aanbestedingsvoorschriften. Als echter in de periode voor definitieve gunning nieuwe feiten bekend worden zal hij toch nog een kort geding kunnen of zelfs moeten starten en daarin toewijzing aan zichzelf vorderen. Hij zal snel moeten reageren. Als hij met deze eis wacht tot na de definitieve gunning kan hij het laten verlopen van deze gelegenheid tegengeworpen krijgen bij zijn vordering tot ontbinding. Het eisen van een schadevergoeding is nog steeds mogelijk in een bodemprocedure.
- *De opdracht is definitief gegund in strijd met de stand still verplichting die nog van kracht is:* op voorwaarde dat geen algemene vervaltermijnen zijn verlopen kan de eiser ontbinding vorderen en toewijzing aan zichzelf en/of een schadevergoeding. De meest aangewezen route lijkt een kort geding (zolang althans de initiële, niet verlengde Alcatel termijn niet is verstreken), maar ook het starten van een bodemprocedure is mogelijk.
- *De opdracht is definitief gegund terwijl geen (al dan niet verlengde) stand still verplichting meer geldt:* op voorwaarde dat geen algemene vervaltermijnen zijn verlopen kan de eiser ontbinding vorderen en toewijzing aan zichzelf en/of een schadevergoeding. Een Alcatel kort geding is niet meer mogelijk, maar het starten van een bodemprocedure in principe nog wel.

Uit deze afsluitende opmerkingen blijkt dat een eiser bijzonder alert moet zijn op de verschillende vervaltermijnen voor het instellen van zijn beroepsprocedure en het formuleren van zijn eisen. Dit geldt met name met betrekking tot de eis tot onverbindend verklaring of nietigheid, waar de mogelijkheden bovendien sterk afhankelijk zullen zijn van de aard van de opdracht en de overige omstandigheden van het geval. De mogelijkheden voor het eisen van een schadevergoeding blijken robuuster.

Een eventuele klager zal rekening moeten houden met de mogelijkheid van samenloop of samenhang van de verschillende procedures en vorderingen. De noodzaak de te volgen processtrategie van te voren goed te plannen zal na de implementatie van het huidige Wijzigingsvoorstel alleen nog maar toenemen.