

# De ongeldige inschrijver: wél belang, geen vordering

Arthur van Heeswijck<sup>1</sup>

De wetgever heeft ter zake van de implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijn geen maatregelen getroffen.<sup>2</sup> Dit betekent dat rechtsvragen betreffende de rechtsbescherming van gegadigden bij aanbestedingen moeten worden beantwoord aan de hand van het bestaande Nederlandse recht. Daarbij is de rechter overigens wel gehouden het nationale recht zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijn uit te leggen, of te wel richtlijnconform te interpreteren.<sup>3</sup>

In 2007 verscheen in dit tijdschrift een tweetal artikelen dat handelde over het belangvereiste van artikel 3:303 BW, in het bijzonder ten aanzien van de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Naar een inmiddels bestendige lijn in de jurisprudentie wordt een dergelijke inschrijver geacht niet te hebben ingeschreven en wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering. Heemskerk meent dat deze lijn in de jurisprudentie mede in het licht van de Rechtsbeschermingsrichtlijn niet juist is en bepleit een ruimere toegang van inschrijvers tot de rechter om schendingen van het aanbestedingsrecht aan de kaak te stellen.<sup>4</sup> Jansen heeft het pleidooi van Heemskerk ter discussie gesteld en daarbij tevens een criterium geïntroduceerd ter beoordeling van de ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver.<sup>5</sup> Naar mijn mening biedt artikel 3:303 BW geen

grondslag voor beperking van de toegang tot de rechter van de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Een vordering tot heraanbesteding dient echter uitsluitend te worden toegewezen, indien de betrokken inschrijver door de onregelmatigheden is geschaad. De inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan is dus wel ontvankelijk, maar zijn vordering zal in de regel stranden op het causaliteitsvereiste.

## De Rechtsbeschermingsrichtlijn

De Rechtsbeschermingsrichtlijn vormt het vertrekpunt bij de beantwoording van de vraag of de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan ontvankelijk is in zijn vordering tot heraanbesteding. De Rechtsbeschermingsrichtlijn strekt ertoe de naleving van de Europese aanbestedingsregels door de lidstaten te waarborgen. Artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn verplicht lidstaten ervoor zorg te dragen dat beroepsprocedures toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van de betrokken opdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden geschaad. Inmiddels is een nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn in werking getreden.<sup>6</sup> Tot een inhoudelijke wijziging van artikel 1 lid 3 heeft dat echter niet geleid.<sup>7</sup> De vraag

1 A.J. van Heeswijck is advocaat bij PlasBossinade advocaten en notarissen te Groningen.

2 Richtlijn 89/665/EG.

3 Zie onder meer HJEG 10 april 1984, 14-83 (von Colson en Kamann) en HJEG 13 november 1990, c-106/89 (Marleasing).

4 P.F.C. Heemskerk, 'Het lot van de ongeldige inschrijver.

Over belangen en acties', *TA* 2007, p. 116-123.

5 C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver', *TA* 2007, p. 333-340.

6 Richtlijn 2007/66/EG.

7 De bepaling heeft een tekstuele wijziging ondergaan en is daarmee meer in overeenstemming gebracht met de Engelse tekst van de Rechtsbeschermingsrichtlijn.

rijst of deze bepaling a contrario mag worden uitgelegd in die zin dat de toegang tot beroepsprocedures mag worden beperkt tot partijen die belang hebben bij de gunning van de opdracht en die door een beweerde inbreuk worden of dreigen te worden geschaad. Het Europese Hof heeft deze vraag bevestigend beantwoord in de zaak Werner/Hackermüller.<sup>8</sup>

### Geen belang, geen actie

Zoals reeds opgemerkt heeft de Nederlandse wetgever tot nog toe geen maatregelen getroffen ter zake van de implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijn. Naar mijn mening betekent dat echter niet dat het Nederlandse recht geen 'modaliteiten' als bedoeld in artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn stelt aan de toegang van partijen tot de beroepsprocedures. Voor rechtsbescherming bij aanbestedingsgeschillen dient men zich in de regel te wenden tot de burgerlijke rechter. Het bepaalde in artikel 3:303 BW is onverminderd van toepassing op aanbestedingsgeschillen. De inschrijver die heraanbesteding vordert moet dus voldoende belang hebben bij zijn rechtsvordering. Over het belang van de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan, bestaat inmiddels bestendige jurisprudentie. Volgens deze jurisprudentie wordt de ongeldige inschrijver geacht geen inschrijving te hebben gedaan en wegens gebrek aan belang op grond van artikel 3:303 BW niet-ontvankelijk verklaard in zijn vordering.<sup>9</sup> Voor de beantwoording van de

vraag of artikel 3:303 BW wel grondslag biedt voor een dergelijk verstrekend oordeel, lijkt allereerst een korte algemene beschouwing van deze bepaling aangewezen.

Artikel 3:303 BW bepaalt dat zonder belang niemand een *rechtsvordering* toekomt. Hoewel niet van elkaar te scheiden,<sup>10</sup> dienen voorde- ringsrecht en rechtsvordering wel van elkaar te worden onderscheiden. 'De rechtsvordering is het processuele middel om een vorderingsrecht of ander recht [...] aan het oordeel van de rechter te onderwerpen teneinde daarover een vonnis te verkrijgen.'<sup>11</sup> Met behulp van het bepaalde in artikel 3:303 BW kan onder meer het verrichten van processuele handelingen die als misbruik van bevoegdheid kunnen worden aangemerkt, worden verhinderd. In dit kader kan de regel 'geen belang, geen actie' worden beschouwd als de processuele pendant van het bepaalde in artikel 3:13 BW.<sup>12</sup>

Blijkens de parlementaire geschiedenis mag voor de eiser voldoende belang worden verondersteld.<sup>13</sup> Uit jurisprudentie volgt dat terughoudendheid moet worden betracht bij het ontzeggen van de toegang van een partij tot de rechter.<sup>14</sup> Er zijn minder ingrijpende processuele middelen voorhanden om partijen van nodeloos procederen te weerhouden, zoals bijvoorbeeld een proceskostenveroordeling.<sup>15</sup> Het belangvereiste ziet blijkens de tekst van artikel 3:303 BW uitdrukkelijk op de *rechtsvordering*. Van een inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht of ander recht van de eiser,

8 HJEG 19 juni 2003, C-249/01 r.o. 18; zie voorts HJEG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann Air Service), r.o. 26.

9 Hof Leeuwarden 9 januari 2008, LJN: BC1858; Voorzieningenrechter Rechtbank Middelburg 5 januari 2009, LJN: BG8823; Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam 5 maart 2009, LJN: BH4997.

10 Zie artikel 3:304 BW.

11 Hugenholtz/Heemskerck, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Elsevier juridisch 2006, p. 13.

12 Stein/Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 10.

13 Parl. Gesch. Boek 3, p. 915.

14 HR 17 september 1993, NJ 1994, 118, concl. A-G Vranken, m.nt. H.E. Ras.

15 Parl. Gesch. Boek 3, p. 915.

is in het kader van de toetsing van het belang van de eiser aan het bepaalde in artikel 3:303 BW geen sprake. Bij toepassing van deze regel komt de rechter immers niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht, omdat de eiser daarbij nu juist onvoldoende belang heeft.

De parlementaire geschiedenis verschaft weinig inzicht in de aard van het belang dat vereist is om een procedure te rechtvaardigen. Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad kan evenwel worden afgeleid dat de eiser door toewijzing van de vordering *juridisch* in een betere positie dient te geraken.<sup>16</sup> Het belang bij een rechtsvordering betreft dus een juridisch belang.

Uit het voorgaande blijkt dat het bepaalde in artikel 3:303 BW niet een al te groot struikelblok vormt voor partijen om toegang tot de rechter te verkrijgen. Ik kan mij daar goed in vinden. Naar mijn mening dient een inhoudelijke beoordeling van het gepretendeerde recht als uitgangspunt te gelden. Slechts in geval de eiser geen enkel rechtens te respecteren juridisch belang heeft bij toewijzing van zijn vordering, dient hij niet-ontvankelijk te worden verklaard in zijn vordering.

### Ten aanzien van het standpunt van Heemskerk

Heemskerk stelt zich primair op het standpunt dat iedere partij met een op het oog op artikel 3:303 BW rechtens te respecteren belang ontvankelijk is in zijn vordering tot heraanbesteding.<sup>17</sup> Voor het geval desondanks moet worden aangenomen dat niet iedere partij ontvankelijk is, dient naar het oordeel van Heemskerk in

het licht van de Rechtsbeschermingsrichtlijn te worden getoetst of de inschrijver:

- belang heeft of gehad bij de gunning van de betreffende opdracht; en
- door de beweerde schending is of dreigt te worden gelaedeerd.<sup>18</sup>

Heemskerk meent dat de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan aan beide criteria voldoet en dus ontvankelijk is zijn vordering.<sup>19</sup> Mijn kritiek op het (subsidiare) standpunt van Heemskerk is niet zozeer gericht op de uitkomst van de beoordeling van de ontvankelijk van de ongeldige inschrijver, als wel op de criteria die Heemskerk ter zake hanteert. Het tweede criterium van Heemskerk, inhoudende dat de eiser is of dreigt te worden gelaedeerd door de beweerde schending, impliceert een inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht. Er dient immers te worden getoetst of causaal verband aanwezig is tussen de beweerde onregelmatigheden en de schade die de inschrijver als gevolg daarvan zou lijden, doordat hij niet voor gunning van de betrokken opdracht in aanmerking komt. Zoals hiervoor besproken ziet het belangvereiste op de *rechtsvordering*. Voor een inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht van de eiser biedt het bepaalde in artikel 3:303 BW geen grondslag. Voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van de inschrijver doet dus niet ter zake of hij door de beweerde schending is geschaad. Om deze reden meen ik dat de door Heemskerk geformuleerde criteria niet als maatstaf kunnen dienen voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan.

16 Vgl. Stein/Rueb, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 166.

17 P.F.C. Heemskerk, 'Het lot van de ongeldige inschrijver. Over belangen en acties', *TA* 2007, p. 119-120.

18 P.F.C. Heemskerk, 'Het lot van de ongeldige inschrijver. Over belangen en acties', *TA* 2007, p. 120.

19 P.F.C. Heemskerk, 'Het lot van de ongeldige inschrijver. Over belangen en acties', *TA* 2007, p. 120.

## Ten aanzien van het standpunt van Jansen

Jansen heeft het pleidooi van Heemskerk voor een ruime toegang van partijen tot beroepsprocedures ter discussie gesteld. De redenering die aan het standpunt van Heemskerk ten grondslag ligt, zou als logisch gevolg hebben dat ook de inschrijver die wél een geldige inschrijving heeft gedaan, maar die niet als beste uit de bus is gekomen, heraanbesteding zou kunnen vorderen. Dat kan volgens Jansen niet de bedoeling zijn.<sup>20</sup>

Naar het oordeel van Jansen dient van geval tot geval te worden nagegaan of de onregelmatigheden die de aanbesteder mogelijk heeft begaan, in het concrete geval tevens een schending inhoudt van het directe belang van de betreffende inschrijver. Het directe belang van de inschrijver omvat volgens Jansen de faire kans die hem wordt geboden op het verwerven van de aanbestede opdracht. De inschrijver die ongeldig heeft ingeschreven dient alleen dan ontvankelijk te worden verklaard in zijn vordering, indien de onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure tevens een inbreuk op laatstbedoeld belang impliceert.<sup>21</sup>

Het criterium dat Jansen introduceert ter beoordeling van de ontvankelijkheid van de inschrijver houdt, evenals de maatstaf die Heemskerk ter zake hanteert, een materiële toetsing in van het vorderingsrecht van de eiser. Getoetst moet immers worden of de eis waaraan de inschrijving van de klagende partij niet voldoet, om welke reden dan ook onrechtmatig is.<sup>22</sup> Voor een dergelijke inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht biedt artikel 3:303 BW zoals gezegd geen grondslag.

Opgemerkt moet overigens worden dat Jansen in zijn betoog met betrekking tot de ontvankelijkheid van de partijen, anders dan Heemskerk, niet uitdrukkelijk verwijst naar artikel 3:303 BW. Gegeven het feit dat zijn betoog een reactie vormt op de bijdrage van Heemskerk, ga ik ervan uit dat deze bepaling de grondslag vormt voor het door hem geïntroduceerde criterium. Bovendien kan ik mij in dit kader geen andere juridische obstakels bedenken die aan de *ontvankelijkheid* van de partijen in de weg zouden kunnen staan.

## Mijn standpunt

Ik ben van mening dat de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan voldoende belang heeft bij zijn rechtsvordering en dus ontvankelijk is in zijn vordering tot heraanbesteding. Indien zijn vordering tot heraanbesteding wordt toegewezen, maakt hij immers alsnog kans op het verwerven van de betrokken opdracht. De uitleg die in de lagere rechtspraak bij aanbestedingsgeschillen wordt gegeven aan artikel 3:303 BW strookt niet met de algemene lijn in de rechtspraak betreffende het belangvereiste. Betrogd zou zelfs kunnen worden dat deze specifiek op aanbestedingsgeschillen toegesneden uitleg van artikel 3:303 BW op gespannen voet met het gelijkwaardigheidsbeginsel. Op grond van dit beginsel mogen de regels van nationaal procesrecht die gelden voor vorderingen op grond van Europees aanbestedingsrecht, niet ongunstiger zijn dan de regels voor vergelijkbare vorderingen op grond van nationaal recht.<sup>23</sup> De dam die artikel 3:303 BW opwerpt voor de toegang tot de rechter van inschrijvers op overheidsopdrachten lijkt wel erg hoog in

20 C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver', *TA* 2007, p. 340.

21 C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver', *TA* 2007, p. 340.

22 C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver', *TA* 2007, p. 338.

23 J.M. Hebly, E.T. de Boer & F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 24.

vergelijking tot 'zuiver Nederlandse' gevallen waarin dit artikel wordt toegepast.

De wetgever is aan zet om maatregelen te treffen, indien hij meent dat de toegang tot de rechter bij aanbestedingsgeschillen moet worden beperkt tot partijen die door de vermeende schending zijn of dreigen te worden geschaad. Het arrest Werner/Hackermüller wijst uit dat het stellen van een dergelijke voorwaarde in beginsel geoorloofd is. Op het moment van schrijven van dit artikel is een wet die strekt tot implementatie van de nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn in voorbereiding.<sup>24</sup> Deze wet, die de naam Wet implementatie rechtsbescherming aanbesteden (Wira) zal gaan dragen, zal gelet op de implementatietermijn eind 2009 in werking moeten treden. In het conceptwetsvoorstel wordt geen aandacht besteed aan de vraag of de toegang tot de rechter nader zou moeten worden beperkt tot partijen die door een vermeende schending is geschaad. Dit betekent dat de ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver die heraanbesteding vordert ook in de nabije toekomst onbegrensd blijft.

### Het causaliteitsvereiste

Evenals Heemskerk bepleit ik dus een ruime toegang van partijen tot de rechter teneinde vermeende onregelmatigheden in een aanbestedingsprocedure aan de kaak te stellen. Dat betekent echter niet dat een vordering tot heraanbesteding zonder meer toewijsbaar is,

in geval de rechter oordeelt dat zich gedurende de aanbestedingsprocedure onregelmatigheden hebben voorgedaan. Na de toetsing van het belang van de eiser bij toewijzing van zijn vordering (het belang als bedoeld in artikel 3:303 BW), volgt immers een de inhoudelijke beoordeling van het *vorderingsrecht*.

Met Jansen ben ik van mening dat het aanbestedingsrecht gegadigden te hulp dient te schieten, wanneer gegadigden als gevolg van onregelmatigheden *de faire kans op het verwerven van de opdracht* wordt ontnomen.<sup>25</sup> Aanbesteden is een middel om een overeenkomst te sluiten.<sup>26</sup> Het aanbestedingsrecht schiet naar mijn mening zijn doel voorbij, wanneer iedere teleurgestelde inschrijver die zich niet met de uitkomst van de aanbesteding kan verenigen een vorderingsrecht zou worden toegekend. Hoewel Nederland geen maatregelen heeft getroffen ter zake van de implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijn, biedt het Nederlandse recht voldoende mogelijkheden om een dam op te werpen tegen opportunistisch procederende inschrijvers.

Over de grondslag van de vordering tot heraanbesteding bestaat geen eenstemmigheid in de literatuur. Een aanbesteder die handelt in strijd met het Bao of de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, handelt in strijd met een wettelijke plicht. Naar mijn mening komt onrechtmatige daad dan ook in de eerste plaats in aanmerking als grondslag voor de vordering tot heraanbesteding.<sup>27</sup> Vele auteurs betogen echter dat de inschrijver wiens rechten worden ge-

24 Voorstel van wet houdende de implementatie van de gewijzigde rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wet implementatie rechtsbescherming aanbesteden), te downloaden vanaf de website van het Ministerie van Economische Zaken ([www.ez.nl](http://www.ez.nl)).

25 C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver', *TA* 2007, p. 340.

26 Vgl. R.H.J. Cox & H.C. Lejeune, 'Hot, hot, hot! Milieu en aanbesteding', *BR* 2009, p. 205.

27 Evenzo E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend & J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004, p. 508; J.M. Hebly, E.T. de Boer & F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2007, p. 49.

schonden een actie uit wanprestatie toekomt.<sup>28</sup> Hoewel een interessant onderwerp voor onderzoek, heeft deze discussie voor de onderhavige kwestie geen betekenis. Zowel voor een actie uit onrechtmatige daad als uit wanprestatie is causaal verband vereist. Uitsluitend wanneer de eiser door de (al dan niet contractuele) geschonden norm is geschaad, komt een vordering uit onrechtmatige daad c.q. wanprestatie voor toewijzing in aanmerking.

Ook bij aanbestedingsgeschillen dient te worden getoetst of wordt voldaan aan het causaliteitsvereiste.<sup>29</sup> De rechter zal moeten beoordelen of de betrokken inschrijver door de geschonden norm is of dreigt te worden geschaad. Naar mijn mening is het door Jansen geïntroduceerde criterium niet geschikt voor de beoordeling van de ontvankelijkheid van partijen. Het criterium kan echter wel dienst doen bij de toetsing aan het causaliteitsvereiste. Wanneer de rechter oordeelt dat aanbestedingsrechtelijke normen zijn geschonden, dient een vordering tot heraanbesteding uitsluitend te worden toegewezen in geval de betrokken inschrijver kan aantonen dat hem als gevolg van deze schending de faire kans op het verwerven van de opdracht is ontnomen.

Voor de inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan, brengt het causaliteitsvereiste mee dat hij zal moeten aantonen dat de bestekseis waaraan zijn inschrijving niet voldoet, een schending van het aanbestedingsrecht inhoudt. Indien hij daar niet in slaagt, dient zijn vordering tot heraanbesteding wegens gebrek aan causaal verband te worden afgewezen. De aanbesteder mocht de aanbieding van de betrokken inschrijver immers ter zijde stellen, zodat eventuele onregelmatigheden hem niet de

kans op het verwerven van de opdracht hebben ontnomen.

### Het belang van de discussie

Naar mijn mening komt de vraag of de inschrijver door de vermeende inbreuk op het aanbestedingsrecht is of dreigt te worden geschaad pas aan de orde in het kader van de beoordeling van de causaliteit tussen de vermeende schending en de geleden schade. Op deze wijze vindt een inhoudelijke beoordeling plaats van het vorderingsrecht van de betrokken inschrijver. Daarmee komt men, in ieder geval gedeeltelijk, tegemoet aan het bezwaar van Heemskerk tegen de huidige lijn in de jurisprudentie.

Bovendien wordt tegemoet gekomen aan de bezwaren van Jansen tegen het pleidooi van Heemskerk. Door de aandacht te vestigen op het causaliteitsvereiste wordt voorkomen dat de inschrijver die wél een geldige inschrijving heeft gedaan, maar die niet als beste uit de bus zijn gekomen, eveneens heraanbesteding zou kunnen vorderen.<sup>30</sup> Ook deze inschrijver zal immers moeten aantonen dat hij door de vermeende schending is geschaad.

Door de gevolgen van een ongeldige inschrijving te bepalen aan de hand van het causaliteitsvereiste in plaats van het belangvereiste wordt tot slot beter aansluiting gevonden in het systeem van de wet. Niet alleen omdat een inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht van de inschrijver zich niet verdraagt met toetsing aan het belangvereiste van artikel 3:303 BW, maar ook omdat het criterium dat Jansen ter zake hanteert een dubbele causaliteitstoets meebrengt. Nadat in het kader van de beoordeling van de ontvankelijkheid van de inschrijver

28 Bijv. C.E.C. Jansen, 'Uitleg' in aanbestedingsgeschillen, *TBR* 2008, p. 1022; in voetnoot 6 wordt verwezen naar auteurs die dezelfde mening zijn toegedaan.

29 Anders: Hof Den Haag 19 februari 1996, BR 1996, p. 531.

30 C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver', *TA* 2007, p. 340.

wordt getoetst of de inschrijver door de vermeende schending is geschaad, vindt in het kader van de inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht wederom een causaliteitstoets plaats.<sup>31</sup> Vanuit dogmatisch oogpunt is dat naar mijn mening minder fraai.

### Conclusie

Nederland heeft tot nog toe geen maatregelen getroffen ter implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijn. Daarmee heeft de wetgever de mogelijkheid om de toegang tot de rechter te beperken tot partijen die door een vermeende schending zijn geschaad ongebruikt gelaten. Een dergelijk vereiste kan onmogelijk worden gedestilleerd uit het bepaalde in artikel 3:303 BW, dat geen grondslag biedt voor een inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht van de inschrijver. De inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan heeft voldoende belang bij zijn rechtsovereenkomst en is dus ontvankelijk in zijn vordering tot heraanbesteding.

De Wira zal geen verandering brengen in de onbegrensde ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver. Deze wet strekt immers slechts tot implementatie van de wijzigingen die de nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn met zich brengen, terwijl de nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn op het onderdeel in kwestie inhoudelijk niet is gewijzigd. De ontvankelijkheid van de ongeldige inschrijver die heraanbesteding vordert zal dus ook na inwerkingtreding van de Wira aan de hand van het bepaalde in artikel 3:303 BW moeten worden beoordeeld.

Daarmee is het verhaal echter nog niet ten einde. Onregelmatigheden in een aanbestedingsprocedure dienen uitsluitend tot toewijzing van een vordering tot heraanbesteding te leiden, wanneer de klagende inschrijver door deze onregelmatigheden de kans op het verwerven van de betrokken opdracht is ontnomen. De vordering tot heraanbesteding van een inschrijver die uitsluitend als gevolg van een door hem zelf gemaakte fout terecht van deelname aan de aanbesteding is uitgesloten, strandt dus op het causaliteitsvereiste.

---

31 Het is overigens onwaarschijnlijk dat de tweede causaliteitstoets in een andere uitkomst resulteert.