TBR 2014/117

Rechtsbescherming bij opdrachten en concessies met een duidelijk grensoverschrijdend belang

Mr. dr. A.J. van Heeswijck[1]

1. Inleiding

Lidstaten zijn op grond van artikel 19 lid 1 VEU verplicht zorg te dragen voor de bescherming van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontlenen.[2] Specifiek op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten zijn twee richtlijnen (hierna: de Rechtsbeschermingsrichtlijnen) vastgesteld die minimumeisen stellen aan de handhaving van Richtlijn 2004/17/EG respectievelijk Richtlijn 2004/18/EG (hierna: de Aanbestedingsrichtlijnen).[3] De aanbestedingsrechtelijke verplichtingen van aanbestedende diensten op grond van het Unierecht gaan echter verder dan de naleving van de voorschriften in de Aanbestedingsrichtlijnen. Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ) heeft namelijk geoordeeld dat opdrachten en concessies waarop de Aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing zijn, niettemin onderworpen zijn aan de fundamentele verdragsregels en de daaruit voortvloeiende rechtsbeginselen, in het bijzonder het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit. Op grond van deze verdragsregels en rechtsbeginselen zijn aanbestedende diensten gehouden een passende mate van openbaarheid te garanderen ten aanzien van overheidsopdrachten en concessies met een duidelijk grensoverschrijdend belang (hierna aangeduid als opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang).[4] Deze bijdrage handelt over de rechtsbescherming die ondernemers daarbij genieten.

In paragraaf 2 komt het juridisch kader aan de orde voor de rechtsbescherming van ondernemers bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang. In de daarop volgende paragrafen komen de specifieke rechtsmiddelen aan bod. Paragraaf 3 behandelt de voorwaarden van precontractuele rechtsmiddelen en paragraaf 4 die van postcontractuele rechtsmiddelen. Paragraaf 5 bevat een korte slotbeschouwing.

De rechtsbescherming bij overheidsopdrachten voor II-B diensten blijft in deze bijdrage buiten beschouwing. Weliswaar kan ook voor deze opdrachten op grond van de verdragsregels en rechtsbeginselen een transparantieverplichting gelden,[5] maar op deze categorie opdrachten zijn de Rechtsbeschermingsrichtlijnen wel van toepassing, althans indien de toepasselijke drempelwaarde wordt overschreden. Hierdoor gelden voor de rechtsbescherming bij II-B diensten toch weer net andere regels dan voor de rechtsbescherming bij andere opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang, het onderwerp van deze bijdrage.

2. Juridisch kader

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen hebben een beperkte werkingssfeer. Zij zijn alleen van toepassing op overheidsopdrachten en concessies die onder de werkingssfeer van één van beide Aanbestedingsrichtlijnen vallen.[6] Op de rechtsbescherming van ondernemers bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang zijn daarom de alge-

1 Arthur van Heeswijck is advocaat bij PlasBossinade advocaten en notarissen in Groningen.
2 Zie A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 8-11.
3 Richtlijn 89/665/EEG (*PbEG* 1989, L 395/33) en Richtlijn 92/13/EG (*PbEG* 1992, L 76/14). Beide richtlijnen zijn laatstelijk gewijzigd bij Richtlijn 2014/23/EU (*PbEU* 2014, L 94/1). In deze bijdrage wordt, tenzij anders aangegeven, onder 'aanbestedende dienst' begrepen alle aanbestedende diensten in de zin van Richtlijn 2004/17/EG (*PbEU* 2004, L 134/1) en Richtlijn 2004/18/EG (*PbEU* 2004, L 134/114).
4 Zie o.a. HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*), r.o. 60-62 voor dienstenconcessies en HvJ EG 18 december 2007, C-220/06 (*Correos*), r.o. 71-75 voor onderdrempelige opdrachten. Deze jurisprudentie is inmiddels gecodificeerd in art. 1.7 sub b Aanbestedingswet 2012.
5 HvJ EG 13 december 2007, C-507/03 (*An Post*). Zie ook art. 2.39 lid 3 Aanbestedingswet 2012.
6 Zie over de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen Van Heeswijck, a.w., p. 28 en p. 38.

mene beginselen van het Unierecht van toepassing.[7] Het gaat in het bijzonder om het beginsel van effectieve rechtsbescherming, het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel.

Het beginsel van effectieve rechtsbescherming is in artikel 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie neergelegd en komt tevens tot uitdrukking in de artikelen 6 en 14 van het EVRM. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming waarborgt de toegang van particulieren tot een onafhankelijke en onpartijdige rechter en stelt minimumeisen aan de rechtsstelsels van lidstaten die het recht op een eerlijk proces waarborgen.[8] Het vereist onder meer dat beslissingen worden gemotiveerd.[9] Het beginsel van effectieve rechtsbescherming heeft voorts een belangrijke functie bij de uitleg van nationale procesregels. Het gebiedt de nationale rechter zijn procesrecht uit te leggen op een wijze die bijdraagt aan de verwezenlijking van het Unierecht.[10]

Als in het Unierecht regelgeving ontbreekt, zoals dit het geval is bij de handhaving van de verdragsregels en rechtsbeginselen bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang, is het volgens vaste jurisprudentie van het HvJ een aangelegenheid van de nationale rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels vast te stellen voor rechtsvorderingen die zijn gebaseerd op het Unierecht.[11] De zogeheten procedurele autonomie wordt begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel mogen procedureregels die gelden voor rechtsvorderingen met een Unierechtelijke grondslag niet ongunstiger zijn dan die voor zuiver nationale rechtsvorderingen. Op grond van het effectiviteitsbeginsel mogen nationale procedureregels de uitoefening van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontlenen niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.[12] Het HvJ heeft in het arrest *Wall* bevestigd dat deze beginselen ook van toepassing zijn op de handhaving van de transparantieverplichting ten aanzien van dienstenconcessies.[13] Er is geen reden te bedenken dat het HvJ anders zal oordelen over de rechtsbescherming bij onderdrempelige overheidsopdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

De regels in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn in de ogen van Caranta niet erg gedetailleerd. Volgens hem is daarom verdedigbaar dat lidstaten nauwelijks aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming kunnen voldoen, als zij voor de handhaving van de verdragsregels en rechtsbeginselen voorzien in beperktere en minder krachtige rechtsmiddelen.[14] Caranta lijkt een voorstander te zijn van analoge toepassing van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen op de rechtsbescherming bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang. Ik pleit voor terughoudendheid. De werkingssfeer van de Rechtsbeschermingrichtlijnen is bewust beperkt tot aanbestedingen die onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijnen vallen. Analoge toepassing van de regels van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen op opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang kan als een te zware inbreuk op de procedurele autonomie van lidstaten worden beschouwd.[15] Daarbij dient te worden bedacht dat de op de verdragsregels en rechtsbeginselen gebaseerde transparantieverplichting niet verplicht tot het organiseren van een aanbestedingsprocedure conform de gedetailleerde regels in de Aanbestedingsrichtlijnen.[16] Hoewel de implicaties van de transparantieverplichting nog niet zijn uitgekristalliseerd, lijkt het Unierecht dus in ieder geval minder vergaande eisen te stellen aan de aanbesteding van opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang dan aan opdrachten en concessies die onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijnen vallen.[17] Ook daarom ligt analoge toepassing van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, die verdergaande eisen stellen aan de rechtsbescherming dan de algemene rechtsbeginselen van effectieve rechtsbescherming, gelijkwaardigheid en effectiviteit, op opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang niet in de rede.

7 S. Treumer, 'Basis and conditions for a damages claim for breach of EU public procurement rules', in: D. Fairgrieve & F. Lichère (red.), *Public procurement law. Damages as an effective remedy*, Oregon: Hart Publishing 2011, p. 155; Van Heeswijck, a.w., p. 57-58. Zie ook Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (*PbEU* 2006, C 179/02), par. 2.3.3.
8 A.J. van Heeswijck, a.w., p. 8-11 en p. 18-19.
9 HvJ EG 15 oktober 1987, C-222/86 (*Heylens*), r.o. 15.
10 HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (*Unibet*), r.o. 44. Zie ook de conclusie van A-G Bot voor HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), punt 143 en punt 147.
11 Van Heeswijck, a.w., p. 12. Zie ook de conclusie van A-G Bot voor HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), punt 128-129.
12 Zie meer uitgebreid over de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit Van Heeswijck, a.w., p. 14-18.
13 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 63-65.
14 R. Caranta, 'Many different paths, but are they all leading to effectiveness?', in: S. Treumer & F. Lichère (red.), *Enforcement of the EU public procurement rules*, Kopenhagen: Djøf Publishing 2011, p. 59-60.
15 Aldus ook A-G Bot in zijn conclusie voor HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), punt 141.
16 HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (*Coname*), r.o. 21.
17 Vgl. HvJ EG 15 mei 2008, de gevoegde zaken C-147 en 148/06 (*Secap en Santorso*), r.o. 19-20.

Caranta ziet in het arrest *Wall* - in mijn ogen terecht - een verwerping door het HvJ van zijn betoog.[18] Het HvJ oordeelde in dit arrest namelijk dat op een rechtsvordering tot beëindiging van een overeenkomst voor een dienstenconcessie die in strijd met de op de verdragsregels en rechtsbeginselen gebaseerde transparantieverplichting niet bekend was gemaakt, de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit van toepassing zijn.[19] Het HvJ weigerde de sanctie van 'onverbindendheid' in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen analoog toe te passen. Volgens Caranta valt het arrest *Wall* moeilijk te rijmen met het arrest *Commissie/Duitsland*,[20] waarin het HvJ verklaarde dat de Bondsrepubliek Duitsland haar verplichtingen uit een eerder arrest van het HvJ niet was nagekomen door een overeenkomst voor het verwerken van afval die in strijd met Richtlijn 92/50/EEG niet was aanbesteed,[21] in stand te laten.[22] De uitkomst van beide arresten is inderdaad wezenlijk verschillend. Dit verschil is echter te verklaren door de aard van de procedures. In het arrest *Wall* beantwoordde het HvJ prejudiciële vragen over de handhaving van Unierecht door de nationale rechter, terwijl het arrest *Commissie/Duitsland* een inbreukprocedure als bedoeld in artikel 226 EG (thans art. 258 VWEU) betrof. Op de verhouding tussen lidstaten en de Unie is een ander regime van toepassing.[23] Lidstaten zijn op grond van artikel 260 lid 1 VWEU gehouden de door het HvJ in een inbreukprocedure vastgestelde verdragsschendingen ongedaan te maken. Zij kunnen niet met een beroep op enige bepaling in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen aan deze verplichting ontkomen.[24]

3. Precontractuele rechtsmiddelen

Zolang de aanbestedende dienst nog geen overeenkomst heeft gesloten, zijn de gevolgen en kosten van het ongedaan maken van schendingen van de aanbestedingsregels in de regel relatief beperkt. In voorkomend geval is een aanbesteding of een voornemen tot gunning immers nog in te trekken. Voor opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang geldt echter geen verplichting om voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst een opschortende termijn als bedoeld in artikel 2 bis lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen in acht te nemen. Voorts lijken veel klachten over opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang betrekking te hebben op de niet-nakoming van de verplichting om een passende mate van openbaarheid te geven aan de opdracht of de concessie.[25] Bij de rechtsbescherming bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang is daardoor - anders dan bij de handhaving van de Aanbestedingsrichtlijnen - een minder prominente rol weggelegd voor precontractuele rechtsmiddelen.[26]

De aanwending van precontractuele rechtsmiddelen bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang is natuurlijk niet uitgesloten. Te denken valt aan de situatie waarin de aanbestedende dienst een dergelijke opdracht bekendmaakt en een ondernemer in een vroeg stadium van de aanbesteding een klacht uit over een geschiktheidseis. Naar Nederlands recht kan in dat geval de op artikel 3:296 BW gebaseerde bevels- en verbodsactie dienst doen om de aanbestedende dienst er in rechte toe te dwingen de geschiktheidseis aan te passen. De verdragsregels, de rechtsbeginselen en de bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 zijn rechtsplichten waarvan nakoming kan worden gevorderd.[27] Aan de verdragsregels en rechtsbeginselen waarop het HvJ de transparantieverplichting baseert voor opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang komt rechtstreekse werking toe, ook in horizontale verhoudingen.[28] De eventuele hoedanigheid van de betrokken aanbestedende dienst van 'particulier' vormt dus geen obstakel voor de handhaving van het Unierecht.[29] Nu de verplichtingen van aanbestedende diensten bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang in de Aanbestedingswet 2012 zijn neergelegd,[30] lijkt deze kwestie in Nederland alleen

18 Caranta 2011, a.w., p. 60.
19 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 63-65.
20 HvJ EG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*).
21 Richtlijn 92/50/EEG (*PbEU* 1992, L 209/1).
22 HvJ EG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 42.
23 HvJ EG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 35.
24 HvJ EG 18 juli 2007, C-503/04 (*Commissie/Duitsland*), r.o. 34.
25 Zie bijv. HvJ EG 18 december 2007, C-220/06 (*Correos*); HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*); HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*).
26 Van Heeswijck, a.w., p. 119.
27 Zie ook Van Heeswijck, a.w., p. 173-176.
28 Zie over rechtstreekse werking van verdragsregels R. Barents & L.J. Brinkhorst, *Grondslagen van Europees recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 84-87.
29 Het begrip 'particulier' wordt hier gebruikt als tegenhanger van het begrip 'staat'. Zie over dit begrippenpaar M. Freudenthal & R.H. van Ooik, 'Optimale handhaving van het Europese recht in het Nederlandse privaatrecht: invloed op regels van procesrecht en ambtshalve toepassing', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht. Serie onderneming en recht deel 42-I*, Deventer: Kluwer 2007, p. 46; Van Heeswijck, a.w., p. 36.
30 Art. 1.7 sub b Aanbestedingswet 2012.

nog van theoretisch belang te zijn. De Aanbestedingswet 2012 kan immers in ieder geval tegenover elke aanbestedende dienst en elk speciale-sectorbedrijf worden ingeroepen.

4. Postcontractuele rechtsmiddelen

4.1 Schadevergoeding

Bij de handhaving van de regels die gelden voor opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang lijkt de nadruk te liggen op postcontractuele rechtsmiddelen. Hierbij valt in de eerste plaats te denken aan schadevergoeding.

Bij aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht moet onderscheid worden gemaakt tussen aanbestedende diensten die tot staat kunnen worden gerekend en aanbestedende diensten waarvoor dit niet geldt.[31] Onder het Unierechtelijke begrip 'staat' valt elke organisatie en elk lichaam dat onder toezicht of gezag staat van een overheidsinstantie of de staat of over bijzondere, verdergaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.[32] Het begrip 'staat' valt niet samen met het begrip 'aanbestedende dienst'. Met name bij aanbestedende diensten in de categorie 'publiekrechtelijke instelling' en bij speciale-sectorbedrijven dient de hoedanigheid van de entiteit nauwkeurig aan de hand van het genoemde criterium te worden onderzocht voor het vaststellen van de toepasselijke regels voor de beoordeling van zijn aansprakelijkheid.[33]

De aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht van aanbestedende diensten die tot de staat kunnen worden gerekend dient in beginsel aan de hand van het beginsel van lidstaataansprakelijkheid te worden beoordeeld.[34] De voorwaarden van lidstaataansprakelijkheid zijn in de jurisprudentie van het HvJ ontwikkeld. Ten eerste dient de geschonden regel ertoe te strekken rechten toe te kennen aan particulieren. Dit wordt in de regel snel aangenomen door het HvJ, die exclusief bevoegd is tot de uitleg van het Unierecht. De door aanbestedende diensten in acht te nemen verdragsregels en rechtsbeginselen bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang hebben zoals gezegd rechtstreekse werking.[35] Hoewel dit niet zonder meer betekent dat aan het vereiste van 'het toekennen van rechten aan particulieren' is voldaan,[36] kan er gelet op de bewoordingen in de jurisprudentie van het HvJ over de strekking van de transparantieverplichting weinig twijfel over bestaan dat de verdragsregels en rechtsbeginselen in ieder geval beogen rechten toe te kennen aan ondernemers die interesse hebben in de betrokken opdracht of concessie.[37] In de eerste voorwaarde voor lidstaataansprakelijkheid schuilt tevens een relativiteitseis,[38] zodat tevens onderzocht moet worden *wie* de geschonden regel beoogt te beschermen. Uit het recente arrest *Belgacom* blijkt dat het beschermingsbereik van de uit de verdragsregels en rechtsbeginselen voortvloeiende transparantieverplichting ruim is. Het HvJ oordeelde in dit arrest dat zelfs ondernemers die in dezelfde lidstaat als de aanbestedende dienst zijn gevestigd, naleving van de transparantieverplichting kunnen vorderen.[39] Gelet op het voorgaande is aan de eerste voorwaarde voor lidstaataansprakelijkheid snel voldaan bij aansprakelijkstelling van een aanbestedende dienst voor een schending van het Unierecht bij een opdrachtof een concessie met een grensoverschrijdend belang.

Ten tweede dient sprake te zijn van een 'voldoende gekwalificeerde schending'.[40] Van belang in dit verband is of de geschonden regel beoordelingsvrijheid toekent aan de lidstaat. Als dit niet het geval is, volstaat de inbreuk voor de vaststelling van een 'voldoende gekwalificeerde schending'.[41] Als er wel beoordelingsvrijheid bestaat, moet worden nagegaan of de grenzen daarvan kennelijk en ernstig zijn miskend. Dit moet worden onderzocht aan de hand van verschillende gezichtspunten, zoals de omvang van de beoordelingsvrijheid, de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel en

31 Van Heeswijck, a.w., p. 57-58.
32 HvJ EG 12 juli 1990, C-188/89 (*Foster*), r.o. 18. Zie voorts met literatuurverwijzingen Van Heeswijck, a.w., p. 36.
33 Van Heeswijck, a.w., p. 36. Zie voor een uitspraak waarin het beroep op rechtstreekse werking tegenover een aanbestedende dienst in de zin van Richtlijn 2004/17/EG uitgebreid aan de orde kwam HvJ EU 12 december 2013, C-425/12 (*Portgas*).
34 Treumer, a.w., p. 161.
35 Barents & Brinkhorst, a.w., p. 84-87. Zie ook HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 68.
36 Deze indruk wordt gewekt in HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur*), r.o. 22-23; Zie over de kanttekeningen die hierbij worden geplaatst J.H. Jans, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 349; R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht. De invloed van het Europese recht op het nationale stelsel van overheidsaansprakelijkheden* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2007, p. 95-105.
37 Zie bijv. HvJ EG 18 december 2007, C-220/06 (Correos), r.o. 75.
38 Van Heeswijck, a.w., p. 20;
39 HvJ EU 14 november 2013, C-221/12 (*Belgacom*), r.o. 32.
40 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur*), r.o. 55. Zie ook Van Heeswijck, a.w., p. 21.
41 Zie bijv. HvJ EG 4 juli 2000, C-352/98 P (*Bergaderm*), r.o. 44.

verwijtbaarheid.[42] Aanbestedende diensten lijken bij de gunning van opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang over een zekere mate van beoordelingsvrijheid te beschikken. De verdragsregels en rechtsbeginselen geven immers geen pasklaar antwoord op de vraag wanneer een opdracht of concessie die niet onder de werkingssfeer van een van de Aanbestedingsrichtlijnen valt, bekend moet worden gemaakt. Aanbestedende diensten dienen te onderzoeken of ondernemers uit andere lidstaten interesse hebben in de opdracht of concessie en dus of er een duidelijk grensoverschrijdend belang aanwezig is.[43] Als de aanbestedende dienst daarin een inschattingsfout maakt, lijkt de enkele inbreuk op de transparantieverplichting niet te volstaan voor het aannemen van een 'voldoende gekwalificeerde schending'. De rechter zal aan de hand van de besproken gezichtspunten moeten onderzoeken of de aanbestedende dienst de grenzen van zijn beoordelingsbevoegdheid kennelijk en ernstig heeft miskend.

Ten derde dient er een causaal verband te bestaan tussen de schending van het Unierecht en de geleden schade. Deze voor hand liggende regel geldt ook voor aansprakelijkheid voor schending van de verdragsregels en rechtsbeginselen bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang.

De door het HvJ geformuleerde voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid zijn minimumvoorwaarden. Op grond van het in paragraaf 2 besproken gelijkwaardigheidsbeginsel dient het nationale recht te worden toegepast, als op grond daarvan gunstigere voorwaarden gelden.[44] De tweede voorwaarde voor lidstaataansprakelijkheid, een 'voldoende gekwalificeerde schending', lijkt de lat voor aansprakelijkheid hoger te leggen dan artikel 6:162 BW.[45] Daarom valt een beroep op artikel 6:162 BW te verkiezen boven lidstaataansprakelijkheid als grondslag voor aansprakelijkheid. Zo volstaat een inbreuk op het Unierecht voor het aannemen van een onrechtmatige daad en behoort toerekening van deze onrechtmatige daad aan de aanbestedende dienst krachtens verkeersopvattingen tot de mogelijkheden.[46] Om na te gaan of er sprake is van een 'kennelijke en ernstige miskenning van de beoordelingsvrijheid' in het kader van lidstaataansprakelijkheid speelt verwijtbaar in ieder geval wel een rol en is bovendien de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel van belang, gezichtspunten die de weegschaal niet in het voordeel van de benadeelde ondernemer doen uitslaan. Wanneer de benadeelde ondernemer een schending van de relevante bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 aan zijn vordering tot schadevergoeding ten grondslag legt, is hij zonder meer aangewezen op artikel 6:162 BW.

Ook particulieren ontkomen niet aan aansprakelijkheid voor schendingen van het Unierecht. Lidstaten zijn gehouden regels vast te stellen voor de toekenning van schadevergoeding aan personen die door schendingen van het Unierecht door particulieren zijn benadeeld. Dit leerstuk is op het gebied van het mededingingsrecht tot ontwikkeling gekomen.[47] De voorwaarden voor aansprakelijkheid van particulieren voor schendingen van het Unierecht zijn binnen de grenzen van de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit overgelaten aan de procedurele autonomie van lidstaten.[48] Voor aanbestedende diensten in de zin van de Aanbestedingsrichtlijnen die niet tot de staat kunnen worden gerekend, dient de aansprakelijkheid dus te worden beoordeeld aan de hand van de criteria van artikel 6:162 BW. Voor deze aanbestedende diensten doet niet ter zake of schadevergoedingsvordering is gebaseerd op een schending van het Unierecht of de Aanbestedingswet 2012.

4.2 Beëindiging van de overeenkomst

Ondernemers hechten vaak meer waarde aan een kans op het verwerven van een opdracht dan aan schadevergoeding in de vorm van de betaling van een geldsom.[49] Een overeenkomst voor een opdracht of concessie met een grensoverschrijdend belang die in strijd met de verdragsregels en rechtsbeginselen zonder enige vorm van openbaarheid is gesloten, is echter niet (zonder meer) nietig of vernietigbaar.[50] Voorts zijn aanbestedende diensten niet verplicht een opschortende termijn in acht te nemen bij de gunning van een opdracht of concessie met een grensoverschrijdend belang. In het arrest *Wall* oordeelde het HvJ dat de verdragsregels en rechtsbeginselen de nationale autoriteiten niet dwingen

42 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du pêcheur*), r.o. 56.
43 Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (*PbEU* 2006, C 179/02), par. 1.3.
44 Zie Van Heeswijck, a.w., p. 22 met verwijzingen naar andere literatuur.
45 Zie ook Meijer, a.w., p. 166.
46 Vgl. Van Heeswijck, a.w., p. 114-116.
47 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (*Courage/Crehan*), r.o. 26.
48 HvJ EG 20 september 2001, C-453/99 (*Courage/Crehan*), r.o. 29; HvJ EG 13 juli 2006, de gevoegde zaken C-295-298/04 (*Manfredi*), r.o. 62; HvJ EU 6 juni 2013, C-536/11 (*Donau*), r.o. 23-27.
49 J.M. Hebly, E.T. de Boer & F.G. Wilman, *Rechtsbescherming bij aanbesteding*, Zutphen: Paris 2007, p. 145-146.
50 Vgl. HR 22 januari 1999, *NJ* 2000, 305 (*Uneto/De Vliert*), r.o. 3.3.3; HR 4 november 2005, *NJ* 2006, 204 (*Gebr. Van der Stroom/Staat*), r.o. 4.1.2. Zie ook Van Heeswijck, a.w., p. 217-218.

een overeenkomst voor een dienstenconcessie op te zeggen, wanneer de transparantieverplichting is geschonden. De nationale rechter is evenmin gehouden op vordering van een ondernemer een daartoe strekkend bevel uit te vaardigen.[51] Het is volgens het HvJ aan de lidstaten om in deze situaties te voorzien in rechtsmiddelen die de bescherming verzekeren van de rechten die ondernemers aan het Unierecht, in het bijzonder aan de transparantieverplichting, ontlenen. Daarbij moeten de lidstaten de bekende beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit in acht nemen.[52] Dit geldt niet alleen voor concessies, maar ook voor onderdrempelige opdrachten.

Naar Nederlands recht biedt artikel 6:162 BW in samenhang met artikel 6:103 BW een grondslag voor beëindiging van een overeenkomst voor een opdracht of concessie met een grensoverschrijdend belang in geval van een schending van het Unierecht of de Aanbestedingswet 2012. Een inbreuk op het Unierecht of een bepaling in de Aanbestedingswet 2012 kwalificeert als een 'doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht' in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW en is dus onrechtmatig. Indien ook de overige voorwaarden van artikel 6:162 BW zijn vervuld, heeft de ondernemer recht op schadevergoeding, die op basis van Titel 10, afdeling 10 van het BW moet worden vastgesteld. Artikel 6:103 BW biedt de rechter vervolgens de mogelijkheid schadevergoeding toe te kennen in een andere vorm dan betaling van een geldsom. Een veroordeling kan zowel het verrichten van feitelijke als rechtshandelingen omvatten. Een combinatie behoort ook tot de mogelijkheden.[53] Geldelijke schadevergoeding geldt als uitgangspunt. Er moet een bijzondere reden zijn om van dit uitgangspunt af te wijken. De schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom dient passend en mogelijk te zijn om de rechtstoestand te herstellen. Een bevel tot beëindiging van een overeenkomst en heraanbesteding van de opdracht of concessie voldoet in beginsel aan deze criteria. De rechter dient wel rekening te houden met de wettelijke en contractuele mogelijkheden van de aanbestedende dient om de overeenkomst met zijn wederpartij te beëindigen. Als deze mogelijkheden ontbreken en de aanbestedende dienst gedwongen zou zijn wanprestatie te plegen, zou de rechter kunnen oordelen dat een bevel tot beëindiging van de overeenkomst en heraanbesteding van de opdracht of concessie niet mogelijk of niet passend is.[54]

Ook in situaties waarin de uitvoering van de opdracht of concessie in een vergevorderd stadium is, kan de rechter oordelen dat schadevergoeding in de vorm van beëindiging van de overeenkomst en heraanbesteding van (het restant van) de opdracht of concessie niet passend is.[55] Om dit voor te zijn doet de benadeelde ondernemer er verstandig aan in kort geding een voorlopige voorziening te vorderen.[56] Een kort gedingprocedure kent echter zijn beperkingen. Zo is er geen plaats voor een uitgebreide conclusiewisseling en mist het bewijsrecht toepassing. Voorts is een belangenafweging inherent aan het kort geding. Een belangenafweging kan ertoe leiden dat de voorlopige voorziening ondanks de constatering van een inbreuk op aanbestedingsregels wordt afgewezen. Bij de te maken belangenafweging kan een groot aantal omstandigheden een rol spelen, waaronder de belangen van derden. Het beginsel van effectieve rechtsbescherming dwingt de nationale rechter zijn recht uit te leggen op een wijze die bijdraagt aan de verwezenlijking van het Unierecht.[57] Verdedigbaar is dat de rechter op grond van dit beginsel gehouden is veel gewicht toe te kennen aan het belang van de benadeelde ondernemer om nog een kans te maken op het verwerven van de betrokken opdracht of concessie.[58] Bedacht moet worden dat een schadevergoedingsvordering vaak geen reëel alternatief is voor een bevel tot beëindiging van de opdracht of concessie, met name niet wanneer er veel belangstellende ondernemers zijn voor de opdracht of concessie, waardoor het lastig is schade aan te tonen.[59]

Vermeldenswaardig in dit verband zijn twee uitspraken van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant.[60] Beide uitspraken betreffen weliswaar een meervoudig onderhandse procedure,

51 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 65.
52 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 64.
53 Van Heeswijck, a.w., p. 135.
54 Vgl. Van Heeswijck, a.w., p. 188.
55 Vgl. Rb. Amsterdam 18 juni 2008, *NJF* 2009, 200, r.o. 5.1. Zie ook J.M. Hebly & F.G. Wilman, 'Schadevergoeding wegens schending van het aanbestedingsrecht', *TBR* 2010, p. 326.
56 Een provisionele vordering als bedoeld in art. 223 Rv in een bodemprocedure zou een alternatief voor een kort gedingprocedure kunnen zijn.
57 Zie hiervoor par. 2.
58 Zie ook de conclusie van A-G Bot voor HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), punt 147.
59 Illustratief in dit verband is een recente uitspraak van Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622, r.o. 4.19-4.20, waarin de betrokken ondernemer volgens de rechtbank de aanwezigheid van schade onvoldoende aannemelijk had gemaakt om tot een schadestaatprocedure te worden toegelaten.
60 Vzgnr. Rb. Zeeland-West-Brabant 28 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ6534 en Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2014, *JAAN* 2014, 65, m.nt. Rauws. Zie over de eerste uitspraak ook Mutsaers in zijn noot onder Hof Den Haag 5 februari 2013, *JAAN* 2013, 89.

maar zijn ook relevant voor de rechtsbescherming bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang. In beide zaken had de aanbestedende dienst de opdracht direct definitief gegund, dus zonder een opschortende termijn in acht nemen. De voorzieningenrechter oordeelde dat een effectieve rechtsbescherming hierdoor onmogelijk was gemaakt. Volgens de voorzieningenrechter was dit in strijd met het fair-playbeginsel, een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.[61] De uitkomst in beide zaken valt in mijn ogen te rechtvaardigen, maar bij het pad dat de voorzieningenrechter bewandelt plaats ik kanttekeningen.

Ten eerste maakt directe gunning een effectieve rechtsbescherming niet onmogelijk. Artikel 6:162 BW juncto 6:103 BW biedt immers een grondslag om de aanbestedende dienst te bevelen de overeenkomst te beëindigen en de opdracht opnieuw aan te besteden. De voorzieningenrechter past deze rechtsgrond - wellicht onbewust - nota bene zelf toe.

Ten tweede is een schending van fair-playbeginsel in mijn ogen zwaar aangezet. De opschortende termijn geldt alleen voor aanbestedingen waarop deel 2 of deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. Dit lijkt op een bewuste keuze van de wetgever te berusten.[62] Het enkel niet in acht nemen van een opschortende termijn in een situatie waarin dit niet verplicht is, is onvoldoende om een schending van het fair-playbeginsel aan te nemen. Daarvoor is naar mijn mening meer nodig, bijvoorbeeld opzet van de aanbestedende dienst op het frustreren van de rechten van de ondernemer.[63] Uit de besproken vonnissen blijkt niet dat daarvan sprake was. Het beroep op het fair-playbeginsel kan mij daarom niet overtuigen. Toepassing van dit beginsel is ook niet noodzakelijk om betekenis toe te kennen aan het feit dat de aanbestedende dienst de opdracht zonder inachtneming van een opschortende termijn heeft gegund, of het nu gaat om een meervoudig onderhandse procedure of een aanbesteding van een opdracht of concessie met een grensoverschrijdend belang. De voorzieningenrechter kan deze omstandigheid in het nadeel van de aanbestedende dienst meewegen in zijn belangenafweging door geen, althans relatief weinig, gewicht toe te kennen aan het belang van de aanbestedende dienst bij instandhouding van de overeenkomst en de eventuele schade die gedwongen beëindiging van de overeenkomst voor hem kan meebrengen. Deze oplossing biedt in mijn ogen meer ruimte voor afweging van de omstandigheden van het geval. Zij is bovenal galanter. Beschuldigingen van 'vals spel' kunnen immers achterwege blijven, waardoor verhoudingen niet onnodig worden geschaad. Dat is ook iets waard, als de ondernemer kans wil behouden op het verwerven van de opdracht.

5. Tot besluit

Voor de rechtsbescherming van ondernemers bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang gelden andere Unierechtelijke regels dan voor de rechtsbescherming bij opdrachten en concessies waarop de Aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn. Voor analoge toepassing van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen op de rechtsbescherming bij opdrachten en concessies met een grensoverschrijdend belang is niet zonder meer plaats. Uiteindelijk vallen de verschillen voor de Nederlandse rechtspraktijk mee. Ten behoeve van de implementatie van de gewijzigde Rechtsbeschermingsrichtlijnen is een beperkt aantal regels in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen.[64] Een overeenkomst voor een opdracht of concessie met een grensoverschrijdend belang is niet vernietigbaar, maar de ondernemer beschikt wel over precontractuele en postcontractuele rechtsmiddelen. Hierop zijn in belangrijke mate dezelfde nationale regels van toepassing als op de precontractuele en postcontractuele rechtsmiddelen die ondernemers ten dienste staan bij opdrachten en concessies waarop de Rechtsbeschermingsrichtlijnen van toepassing zijn.[65]

61 Vzgnr. Rb. Zeeland-West-Brabant 28 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ6534, r.o. 4.13 en Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 4 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1007, r.o. 4.9.

62 De wetgever is immers volgens eigen zeggen bij de implementatie van Richtlijn 2007/66/EG niet verder gegaan dan strikt noodzakelijk en heeft de werkingssfeer van implementatiewetgeving kennelijk niet willen uitbreiden tot aanbestedingen die niet onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijnen vallen. Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 1 en p. 13.

63 Een schending van het fair-playbeginsel, dat een morele lading heeft, wordt niet snel aangenomen; R.J.N. Schössels & S.E. Zijlstra, *De Haan-Drupsteen-Fernhout. Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Deventer: Kluwer 2010, p. 398-399.

64 (Art. 3.75 jo.) art. 2.127-2.131 Aanbestedingswet 2012 en art. 4.15-4.24 Aanbestedingswet 2012.

65 Zie voor de precontractuele en postcontractuele rechtsmiddelen bij aanbestedingen waarop de Rechtsbeschermingsrichtlijnen van toepassing zijn Van Heeswijck, a.w., p. 108-196.