

Parlement en de Raad van 26 februari 2014, moeten aldus worden uitgelegd dat een inschrijver die van een procedure voor de aanbesteding van een overheidsopdracht is uitgesloten in een stadium vóór het stadium waarin de opdracht wordt gegund, en wiens verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het besluit waarbij hij van deze procedure werd uitgesloten, is verworpen, in zijn gelijktijdig ingediende verzoek tot opschorting van de tenuitvoerlegging van het besluit waarbij de offerte van een andere inschrijver werd toegelaten, alle middelen kan aanvoeren die betrekking hebben op schending van het Unierecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet, met inbegrip van middelen die geen verband houden met de onregelmatigheden op grond waarvan zijn offerte is uitgesloten. Aan deze mogelijkheid wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat het bestuurlijke beroep dat deze inschrijver krachtens het nationale recht vooraf bij een onafhankelijke nationale instantie moet instellen tegen het besluit tot uitsluiting, is afgewezen, mits die afwijzing nog geen kracht van gewijsde heeft verkregen.

NOOT

Ongeldige inschrijving en procesbelang

In de Nederlandse lagere rechtspraak was tot 2013 de heersende rechtsopvatting dat een ondernemer die een ongeldige inschrijving heeft gedaan, geen belang heeft bij een vordering die strekt tot uitsluiting van een concurrent. Aan die rechtsopvatting lag de fictie ten grondslag dat de ondernemer die een ongeldige inschrijving heeft gedaan, geacht wordt niet te hebben ingeschreven.¹ Uit het in 2013 gewezen *Fastweb*-arrest volgt echter dat het in 3:303 BW vervatte belang vereiste niet zo beperkt mag worden opgevat.² Een ongeldige inschrijver heeft een legitiem belang bij uitsluiting van de inschrijving van zijn concurrent. Dit kan er namelijk toe leiden dat de

aanbestedende dienst geen geldige inschrijvingen heeft ontvangen en daardoor de opdracht niet kan gunnen.³

Het *Fastweb*-arrest betrof de situatie waarin slechts twee ondernemers een inschrijving hebben ingediend. In dat geval is het belang van de afgewezen inschrijver vrij evident. Als de aanbestedende dienst geen geldige inschrijvingen heeft ontvangen, rest hem immers niets anders dan de opdracht opnieuw aan te besteden, waardoor de afgewezen inschrijver een (reële) kans op gunning van de opdracht behoudt. Uit latere rechtspraak van het HvJ EU volgt echter dat het aantal deelnemers aan de aanbestedingsprocedure niet ter zake doet, evenmin als het aantal deelnemers dat de gunningsbeslissing aanvecht en het feit dat zij uiteenlopende gronden aanvoeren. Niet uitgesloten is namelijk dat een bepaalde onregelmatigheid die de uitsluiting rechtvaardigt van zowel de inschrijving van de gekozen inschrijver als de afgewezen inschrijver, ook andere inschrijvingen treft, wat ertoe zou kunnen leiden dat een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden gestart.⁴

In het *Lombardi*-arrest gaat het HvJ EU nog een stap verder. Zelfs de omstandigheid dat de aanbestedende dienst na uitsluiting van de inschrijvingen van de afgewezen inschrijver en de voorlopige winnaar geldige inschrijvingen overhoudt, ontnemt de afwezige inschrijver geen procesbelang. De aanbestedende dienst zou namelijk kunnen besluiten de aanbestedingsprocedure in te trekken en de opdracht opnieuw aan te besteden, omdat de overige regelmatige inschrijvingen niet aan de verwachtingen van de aanbestedende dienst beantwoorden. De afgewezen inschrijver hoeft niet aan te tonen dat alle inschrijvingen die lager zijn gerangschikt dan die van hemzelf ongeldig zijn.⁵

- 1 Hof Leeuwarden 9 januari 2008, ECLI:NL:GHEE:2008:BC1858, r.o. 12.
- 2 De rechter dient art. 3:303 BW richtlijnconform te interpreteren en daarom de rechtspraak van het HvJ EU in acht te nemen.

3 HvJ EU 4 juli 2013, zaak C-100/12, ECLI:EU:C:2013:448 (*Fastweb*), r.o. 33. Zie over de rechtspraak van het HvJ EU ook A.J. van Heeswijk, *Praktijkboek. Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht bij de civiele rechter*, Den Haag: IBR 2020, p. 30-31.

4 HvJ EU 5 april 2016, zaak C-689/13, ECLI:EU:C:2016:199 (*PFE*), r.o. 28-29.

5 HvJ EU 5 september 2019, zaak C-333/18, ECLI:EU:C:2019:675 (*Lombardi*), r.o. 28.

Een inschrijver verliest echter procesbelang bij een vordering die strekt tot uitsluiting van de inschrijving van zijn concurrent, wanneer hij definitief is uitgesloten in de zin van artikel 2 *bis* lid 2 tweede alinea van de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn en dientengevolge niet langer gemacht wordt betrokken te zijn bij de aanbestedingsprocedure,⁶ aldus het HvJ EU in *BTGCO*-arrest.⁷ De uitsluiting is definitief, wanneer de betrokken inschrijver daarvan in kennis is gesteld en de uitsluiting wettig is bevonden door een onafhankelijke beroepsinstantie, dan wel er niet langer beroep tegen de uitsluiting kan worden ingesteld. Daarvan is echter geen sprake als de afwijzingsbeslissing en de gunningsbeslissing gelijktijdig zijn genomen. In het laatste geval heeft de afgewezen inschrijver dus wel voldoende procesbelang.⁸

In de hierboven opgenomen uitspraak bevestigt het HvJ EU in de eerste plaats dat de in de rechtspraak ontwikkelde regels voor de beoordeling van het procesbelang van de ongeldige inschrijver, die tot stand zijn gekomen in het kader van de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn, zijn toe te passen op de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbestedingen waarop de Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren van toepassing is (r.o. 32).⁹ Dit oordeel is niet verrassend,

want de relevante bepalingen van beide richtlijnen komen in vergaande mate met elkaar overeen.

In de tweede plaats preciseert het HvJ EU de regels over de beoordeling van het procesbelang van de ongeldige inschrijver, in het bijzonder de voorwaarden die een lidstaat mag stellen aan het stadium van de aanbestedingsprocedure waarin de ongeldige inschrijver de geldigheid van de inschrijving van een concurrent aan de orde kan stellen.

Het HvJ EU overweegt dat een afgewezen inschrijver in elk stadium beroep kan instellen tegen het besluit van de aanbestedende dienst waarbij de offerte van een van zijn concurrenten werd toegelaten, ongeacht het stadium van de aanbestedingsprocedure waarin dit besluit is genomen. Het HvJ EU expliciteert dat op dit beroep de besproken regels over het procesbelang van toepassing zijn. Lidstaten mogen aan het instellen van beroep niet de voorwaarde stellen dat de aanbestedingsprocedure een bepaald stadium heeft bereikt en de afgewezen inschrijver hoeft niet te wachten totdat de aanbestedende dienst de opdracht heeft gegund (r.o. 36-38).

Ook deze overwegingen zijn weinig verrassend. Het HvJ EU heeft immers al in het *Stadt Halle*-arrest bepaald dat lidstaten de mogelijkheid van het instellen van beroep niet afhankelijk mogen stellen van het formeel bereiken van een bepaald stadium in de betrokken aanbestedingsprocedure.¹⁰ De overwegingen van het HvJ EU zijn niettemin van groot belang. Zou het instellen van beroep tegen het besluit tot toelating van de inschrijving van een concurrent wel afhankelijk kunnen worden gesteld van het bereiken van een bepaald stadium, bijvoorbeeld de gunning van de opdracht, dan zou de aanbestedende dienst de ongeldige inschrijver eenvoudig de pas kunnen afsnijden door eerst een besluit tot afwijzing te nemen en het besluit over de gunning van de opdracht uit te stellen totdat het besluit tot afwijzing onherroepelijk is geworden.

6 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 (PbEG 1989, L 395/33), ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG (PbEU 2007, L 335/31).

7 HvJ EU 21 december 2016, zaak C-355/15, ECLI:EU:C:2016:988 (Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich), r.o. 35.

8 HvJ EU 11 mei 2017, zaak C-131/16, ECLI:EU:C:2017:358 (Archus en Gama), r.o. 57-58.

9 Richtlijn 92/13/EEG van de Raad van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (PbEG 1992, L 76/14), ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG (PbEU 2007, L 335/31).

10 HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (Stadt Halle en RPL Lochau), r.o. 38.

Dit arrest van het HvJ EU heeft ook praktisch belang voor de Nederlandse rechtspraak. Artikel 2 *bis* lid 2 tweede alinea van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen is geïmplementeerd in artikel 2.128 lid 1 Aw 2012. Volgens deze bepaling is een "betrokken inschrijver" iedere inschrijver die niet definitief is uitgesloten. De uitsluiting is definitief wanneer de betrokken inschrijver daarvan in kennis is gesteld en de uitsluiting rechtmatig is bevonden door een rechter, dan wel er niet langer een rechtsmiddel kan worden aangewend tegen de uitsluiting. De Aw 2012 bevat geen vervaltermijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel tegen uitsluiting van een aanbestedingsprocedure, maar aangenomen wordt dat de aanbestedende dienst bevoegd is een vervaltermijn te bepalen. Wanneer een inschrijver van deelneming aan een aanbestedingsprocedure is uitgesloten en de vervaltermijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel tegen deze beslissing ongebruikt is verstreken of de uitsluiting door de voorzieningenrechter rechtmatig is bevonden, dan kan hij niet meer over de geldigheid van de inschrijving van een concurrent klagen. Hij kan (en moet) binnen de toepasselijke vervaltermijn voor het aanwenden van een rechtsmiddel tegen zijn uitsluiting of afwijzing een kort geding aanspannen en in die procedure zijn bezwaren aanvoeren tegen de beslissing van de aanbestedende dienst om de inschrijving van een concurrent in beschouwing te nemen. Bovenstaand arrest leert ons dat de aanbestedende dienst niet kan bepalen dat bezwaren van deze aard pas na de mededeling van de gunningsbeslissing aan de orde kunnen worden gesteld. Dit is met name van belang voor procedures die in opvolgende fasen verlopen, zoals de mededingingsprocedure met onderhandeling en de procedure van de concurrentietegerrichte dialoog.

In de Nederlandse lagere rechtspraak lijkt inmiddels te worden erkend dat de ongeldige inschrijver belang heeft bij een vordering die strekt tot een verbod tot gunning aan een concurrent, tenminste in situaties waarin de aanbestedende dienst slechts twee inschrijvingen heeft ontvangen.¹¹

In situaties waarin de aanbestedende dienst meer dan twee inschrijvingen heeft ontvangen, wordt het belang van de ongeldige inschrijver niet zonder meer erkend. Het Hof Den Haag meent dat de ongeldige inschrijver in een dergelijk geval geen belang heeft bij de beoordeling van de geldigheid van de winnende inschrijving, omdat die beoordeling er in geen geval toe zou kunnen leiden dat de opdracht aan hem wordt gegund. Dit zou slechts anders kunnen zijn als de ongeldige inschrijver tevens heraanbesteding vordert en voor deze vordering deugdelijke gronden voert.¹² Dit oordeel berust, blijkens de hiervoor besproken rechtspraak van het HvJ EU, op een onjuiste rechtsopvatting. Uit die rechtspraak volgt namelijk dat een ongeldige inschrijver wel belang heeft bij uitsluiting van de inschrijving van een concurrent, zelfs als de aanbestedende dienst na uitsluiting van de inschrijvingen van de afgewezen ondernemer en de voorlopige winnaar geldige inschrijvingen zou overhouden. Dat de kans dat de ongeldige inschrijver de opdracht onder de gegeven omstandigheden gegund krijgt, mogelijk erg klein is (waardoor de redenering van het HvJ EU mogelijk wat vergezocht voorkomt), doet volgens het HvJ EU niet ter zake. Voorts is het instellen van een vordering tot heraanbesteding niet nodig om belang te creëren bij een vordering die strekt tot uitsluiting van de inschrijving van een concurrent.

Verder is een arrest van het gerechtshof Den Bosch van 19 februari 2019 een vermelding waard. Het gerechtshof toont hierin een vooruitziende blik. Het gerechtshof overweegt in lijn met bovenstaand arrest van het HvJ EU:¹³

"(...), wet noch recht (noch de aanbestedingsdocumenten) verbieden een inschrijver om een kort geding tegen de aanbestedende dienst aanhangig te maken op enig moment in de aanbestedingsprocedure, bijvoorbeeld als haar inschrijving ongeldig wordt verklaard of als zij meent

ECLI:NL:RBOBR:2018:4243, r.o. 4.3;
Vzr. Rb. Noord-Nederland 9 maart 2018,
ECLI:NL:RBNNE:2018:836, r.o. 7.10.

12 Hof Den Haag 17 april 2018,
ECLI:NL:GHDHA:2018:751, r.o. 19.

13 Hof Den Bosch 19 februari 2019,
ECLI:NL:GHSHE:2019:565, r.o. 6.12.

11 Vzr. Rb. Den Haag 12 maart 2019,
ECLI:NL:RBDHA:2019:8369, r.o. 5.4;
Vzr. Rb. Oost-Brabant 13 augustus 2018,

dat een andere inschrijver moet worden uitgesloten.”

Conclusie

Het HvJ EU heeft het vereiste van procesbelang in relatie tot de ongeldige inschrijver in de loop der jaren ver opgerekt. Zelfs wanneer de aanbestedende dienst na uitsluiting van de inschrijver van zowel de afgewezen inschrijver als de voorlopige winnaar geldige inschrijvingen overhoudt, een situatie waarin gunning van de opdracht voor de afgewezen ondernemer ver uit het zicht lijkt, heeft de ongeldige inschrijver voldoende belang bij uitsluiting van de inschrijving van zijn concurrent. Het procesbelang van de ongeldige inschrijver gaat echter verloren, wanneer hij definitief is uitgesloten in de zin van artikel 2.128 lid 2 Aw 2012. De aanbestedende dienst doet er verstandig aan een vervalltermijn in de aanbestedingsstukken op te nemen voor het aanvechten van de beslissing tot uitsluiting of afwijzing, omdat de Aw 2012 niet in een vervalltermijn voorziet. De ongeldige inschrijver zal dan uiterlijk gelijktijdig met de beslissing tot uitsluiting/afwijzing van zijn inschrijving de beslissing van de aanbestedende dienst om de inschrijving van een concurrent in beschouwing te nemen moeten aanvechten. Uit bovenstaand arrest volgt dat de aanbestedende dienst de ongeldige inschrijver niet de pas kan afsnijden door in de aanbestedingsstukken te bepalen dat dergelijke bezwaren pas in een later stadium, bijvoorbeeld na de mededeling van de gunningsbeslissing, naar voren kunnen worden gebracht.

mr. dr. A.J. van Heeswijck
advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat

Kwalificatie van de overeenkomst en onderhandse gunning

Hof van Justitie EU

22 april 2021, Nr. C-537/19,

ECLI:EU:C:2021:319

(E. Regan, M. Ilešič, E. Juhász, C. Lycourgos, I. Jarukaitis)

Noot mr. dr. P. Heijnsbroek

Aanbestedingsplicht. Enkelvoudige onderhandse gunning. Geen aanbesteding. Mededingingsrecht. Overeenkomst. Overheidsopdracht. Unierecht.

[Richtlijn 2004/18/EU art. 1, art. 2, art. 16, art. 28 en art. 35; VEU art. 4; VWEU art. 258]

Naar aanleiding van een in de loop van 2015 ontvangen klacht en na informele contacten met de autoriteiten van de Republiek Oostenrijk, heeft de Commissie op 25 juli 2016 een aanmaningsbrief aan de Republiek Oostenrijk gestuurd (niet-nakomingsprocedure nr. 2016/4074), waarin zij aanvoerde dat er inbreuk was gemaakt op de art. 2, 28 en 35 Richtlijn 2004/18/EU wegens de onderhandse gunning door B op 25 mei 2012, zonder openbare aanbestedingsprocedure of aankondiging van een opdracht overeenkomstig deze richtlijn, van een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd voor kantoorgebouw X.

Volgens de bewoordingen van deze overeenkomst was de verhuurder, die op het tijdstip van sluiting van die overeenkomst eigenaar was van dit perceel, voornemens om op die grond het kantoorgebouw X te bouwen. De huurovereenkomst is gesloten voor onbepaalde tijd. Aanvankelijk was bepaald dat B de overeenkomst pas 15 jaar na aanvang van de verhuur op gewone wijze kon opzeggen, en vervolgens om de tien jaar.

Daar de verweten niet-nakoming voortduurde, heeft de Commissie bij brief van 18 mei 2018 aan de Republiek Oostenrijk een met redenen omkleed advies gezonden, waarin zij haar verzocht om binnen twee maanden na ontvangst ervan de nodige maatregelen te nemen om aan dit advies te voldoen. de Republiek Oostenrijk heeft op dit