

Actualiteiten staatssteun- en aanbestedingsrecht -- STIJL advocaten

1. Actualiteiten aanbestedingsrecht

1.1. Eerste Kamer heeft nieuwe aanbestedingswet aangenomen

Op dinsdag 30 oktober 2012 heeft de Eerste Kamer het Wetsvoorstel Nieuwe regels omtrent aanbestedingen (de Aanbestedingswet 2013, nr. 32440, hierna te noemen de **Aanbestedingswet**) aangenomen, inclusief het daarbij behorende Aanbestedingsbesluit.

Reeds in december 2002 is door de toenmalige Parlementaire Enquête Commissie Bouwnijverheid gevraagd om transparantere aanbestedingsregels. Nadat een eerste poging uiteindelijk in 2008 bij de Eerste Kamer sneuvelde, is het de wetgever thans toch gelukt nieuwe aanbestedingsregels in het leven te roepen. Of de wetgever er ook in is geslaagd alle betrokkenen van de nut en noodzaak van (bepaalde) regels te overtuigen, is nog maar de vraag. Zeker over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel (met name middels toepassing van de Gids Proportionaliteit, waarover onderstaand meer) bestaat veel discussie.

Met de komst van de nieuwe Aanbestedingswet hangt samen de komst van een Aanbestedingsbesluit, de zojuist genoemde Gids Proportionaliteit alsmede een “update” van het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (het Aanbestedingsreglement Werken 2012, hierna “**ARW 2012**”).¹

Het ARW 2012 is op grond van artikel 11 van het Aanbestedingsbesluit een “richtsnoer” (zoals bedoeld in artikel 1.22 lid 1 van de Aanbestedingswet). Dit betekent dat alle aanbestedende diensten het ARW 2012 dienen toe te passen bij een nationale aanbestedingsprocedure en de meervoudig onderhandse procedure, tenzij daarvan gemotiveerd wordt afgeweken. Voor een Europese aanbesteding geldt op grond van de Aanbestedingswet voorsnog geen verplichting tot toepassing van het ARW 2012. Een vrijwillige toepassing is natuurlijk wel mogelijk.

Het proportionaliteitsbeginsel heeft een centrale rol gekregen in de Aanbestedingswet. Op grond van artikel 1.10 lid 1 (*Europese aanbesteding*) zijn aanbestedende diensten alsmede speciale-sectorbedrijven bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een overheidsopdracht of een speciale-sectoropdracht verplicht voorwaarden en criteria te hanteren die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de betreffende opdracht. Hetzelfde geldt op grond van artikel 1.13 lid 1 van de Aanbestedingswet voor de *nationale aanbesteding* en op grond van artikel 1.16 lid 1 voor de *meervoudig onderhandse procedure*. Anders dan dus het geval is bij toepassing van het ARW 2012, dient het proportionaliteitsbeginsel door aanbestedende diensten én speciale-sectorbedrijven te worden nageleefd bij toepassing van de Europese aanbesteding, de nationale aanbesteding en de meervoudig onderhandse procedure. Ter uitwerking van het proportionaliteitsbeginsel is de zogenoemde Gids Proportionaliteit opgesteld door een speciaal in het leven geroepen schrijfgroep (niet zijnde de wetgever). Gaandeweg het wetgevingstraject heeft de Gids Proportionaliteit echter een andere status verkregen dan oorspronkelijk bedoeld. Op grond van artikel 10 van het Aanbestedingsbesluit is de Gids Proportionaliteit namelijk gepromoveerd tot een richtsnoer. Hoewel sprake is van “comply or explain” systematiek, blijkt uit alles dat afwijking van de Gids Proportionaliteit een (hoge) uitzondering dient te zijn, niet de regel. De Gids Proportionaliteit hanteert de term “voorschrift”, terwijl de Gids door de Aanbestedingswet een “richtsnoer” wordt genoemd. Dit roept taalkundig de nodige vragen op. Conform de Van Dale betekent een richtsnoer “*datgene waarnaar men iets of zichzelf richt*”. De Gids Proportionaliteit daarentegen spreekt over “*voorschriften*”, hetgeen conform de Van Dale betekent een “*aanwijzing waaraan men zich moet houden*”. Kennelijk hebben de schrijvers van de Gids

¹ https://zoek.officielebekendmakingen.nl/dossier/32440?_page=1&sorttype=1&sortorder=4. Zie bijvoorbeeld ook <http://www.pianoo.nl/regelgeving/aanbestedingswet>

Proportionaliteit zich vrij geacht de vrijheid die de Aanbestedingswet lijkt te bieden, (flink) in te perken.

Een van de punten die opvalt indien we kijken naar de inhoud van de Gids Proportionaliteit, is dat deze ook van toepassing is op contractvoorwaarden (voorschrift 3.9C). Tot heden zag het aanbestedingsrecht niet op de inhoud van de overeenkomst, maar op de wijze waarop de overeenkomst tot stand moet komen (indien sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht). Dat uitgangspunt is dus gewijzigd. De Gids Proportionaliteit hanteert bijvoorbeeld als “voorschrift” (voorschrift 3.9 C) dat indien voor bepaalde soorten overeenkomsten contractmodellen of algemene voorwaarden bestaan die paritair zijn opgesteld, de aanbestedende dienst deze modellen en/of voorwaarden integraal toepast. Conform de toelichting op het voorschrift wordt bedoeld op voorwaarden als de UAV 1989 (en naar wij aannemen ook de UAV 2012), alsmede de UAV-GC 2005. Het is ons niet geheel duidelijk of de Gids Proportionaliteit nu voorschrijft dat alle werken moeten worden aanbesteed met integrale toepassing van de UAV 1989/2012 of de UAV-GC 2005, tenzij gemotiveerd kan worden afgeweken? Als de Gids Proportionaliteit daadwerkelijk zo ver reikt, heeft de wetgever de UAV 1989/2012 alsmede de UAV-GC tot pseudowetgeving gebombardeerd. De vraag is of de UAV daarvoor ooit in de wieg zijn gelegd, getuige het feit dat we in Nederland titel 12 van boek 7 BW hebben (de wettelijke regeling omtrent aanneming van werk). Wat is dan rechtens in het geval de aanbestedende dienst voorschrijft dat (bepaalde artikelen van) het BW voorrang heeft (hebben) boven de UAV 2012? Behelst de keuze voor een wettelijke regeling een disproportionele keuze, althans wanneer de uitkomst daarvan is dat wordt afgeweken van de UAV 2012 en/of de UAV-GC? En wat valt te denken van de keuze van een aanbestedende dienst voor de overheidsrechter, in plaats van de Raad van Arbitrage voor de Bouw? Een dergelijke keuze behelst een afwijking van paragraaf 49 UAV 1989/2012 en paragraaf 47 UAV-GC 2005 (de forumkeuze voor de Raad van Arbitrage voor de Bouw). Merkwaardig dat een gang naar de overheidsrechter in beginsel disproportioneel wordt geacht, althans daar waar “paritair” tot stand gekomen voorwaarden de Raad van Arbitrage voor de Bouw aanwijzen. Daar waar overigens de Gids Proportionaliteit de mond vol heeft van “motiveren”, motiveert de Gids niet of zeer matig. Waarom bijvoorbeeld is een referentie eis waarin wordt gevraagd naar een referentieproject met een waarde van maximaal 60% van de aan te besteden opdracht proportioneel? Hoe is het mogelijk een dergelijk percentage voor te schrijven voor alle denkbare opdrachten, en wat is de oorsprong daarvan? De Gids Proportionaliteit hult zich hierover in stilzwijgen.

Ook valt op dat speciale-sectorbedrijven op grond van de Aanbestedingswet gehouden zijn proportioneel te handelen, maar dat de Gids Proportionaliteit niet op de speciale-sectorbedrijven van toepassing is. Naar verluidt hebben de speciale-sectorbedrijven de wetgever ervan kunnen overtuigen dat de Gids Proportionaliteit voor deze groep aanbestedende diensten niet nodig is, omdat speciale sectorbedrijven mogen onderhandelen en gegadigden (dus) aan tafel zitten bij de aanbestedende dienst en op deze wijze de aanbestedende dienst (kunnen) confronteren met disproportionele voorwaarden en criteria. Een vreemde wijze van argumenteren, die overigens beslist niet steekhoudend is. Gezien de motie van de leden Schouten en Ziengs d.d. 11 oktober 2012 (32 440, nr 76) staan wij in dat oordeel niet alleen. Overigens kan naar ons oordeel de vraag worden gesteld of niet sprake is van een pyrrhus-overwinning. Speciale-sectorbedrijven moeten op grond van de Aanbestedingswet immers proportioneel handelen. En waar zal in het concrete geval bij worden aangesloten teneinde te betogen dat een speciale-sectorbedrijf disproportioneel handelt? Het antwoord laat zich raden. De Gids Proportionaliteit immers behelst de door de wetgever geaccordeerde invulling van het proportionaliteitsbeginsel. Via de achterdeur zou de Gids Proportionaliteit dus wel eens voor een ruimere toepassing kunnen zorgen dan op grond van de Aanbestedingswet (taalkundig) wordt aangenomen.

Het voorgaande geeft naar ons oordeel aanleiding tot de conclusie dat onvoldoende is nagedacht over toepassing van het proportionaliteitsbeginsel middels de Gids Proportionaliteit. Dat de Gids

Proportionaliteit “breed gedragen is”, blijkt nergens uit. Verreweg de meeste geluiden die wij horen zijn bijzonder kritisch. De keuze voor de overheidsrechter, of niet, of het verkiezen van een wettelijke regeling boven een algemene voorwaarde, heeft niets van doen met proportionaliteit, laat staan met doelmatig inkopen. Proportioneel handelen, ingevuld door de schrijvers van de Gids Proportionaliteit, lijkt een doel op zich te zijn geworden, in plaats van dat het beginsel dienstbaar is aan een doelmatig inkoopproces. Dat de Gids Proportionaliteit voor meer opdrachten zorgt voor het MKB, zoals wel wordt betoogd (en ook is beoogd), moet nog maar blijken. Eerder is aannemelijk dat nog veel zal worden gediscussieerd - en geprocedeerd - over de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel. Of dat proportioneel is, laten wij graag aan de lezer zelf over.

Het ligt in de verwachting dat de Aanbestedingswet op 1 januari 2013 in werking zal treden.

1.2. *Status Aanbestedingsrichtlijnen*

De Europese Commissie heeft op 20 december 2011 een drietal concept richtlijnen gepubliceerd, dit ter vervanging van de huidige richtlijnen 2004/17 EG en 2004/18 EG.

Het gaat om een concept richtlijn betreffende het gunnen van overheidsopdrachten (COM (2011) 896), een concept richtlijn betreffende het gunnen van opdrachten door aanbestedende diensten werkzaam in de sectoren water, energievoorziening, vervoer en post (COM (2011) 895) en een conceptrichtlijn betreffende de gunning van concessies (COM (2011) 897).

De concept richtlijnen voorzien op punten toch wel in een wijziging ten opzichte van de huidige regelgeving. Niet alleen wordt er gewerkt aan een meer diepgaande regeling voor concessies (waaronder in beginsel ook zal vallen de dienstenconcessie), ook ligt in het verschiep dat het thans gehanteerde onderscheid tussen zogenoemde bijlage A diensten en bijlage B diensten zal komen te vervallen. Decentrale overheden verkrijgen een verlicht aanbestedingsregime en de concurrentiegerichtede dialoog en onderhandelingsprocedure kennen een ruimer toepassingsbereik dan voorheen. Ook worden maatregelen genomen die de kosten voor inschrijvers moeten verlagen (bijvoorbeeld de verplichte elektronische aanbesteding) en wordt het MKB (beter) gefaciliteerd bij deelname aan Europese aanbestedingen.

De Europese Commissie heeft het voornemen geuit de richtlijnen in 2012 vast te stellen. Indien dat daadwerkelijk lukt, zal uiterlijk op 30 juni 2014 implementatie in de nationale rechtsorde dienen plaats te vinden. Het is een feit dat inwerkingtreding van de nieuwe richtlijnen gevolgen heeft voor de (hierboven reeds besproken) Aanbestedingswet. De inkt van de Aanbestedingswet zal dus nog niet zijn opgedroogd alvorens wijzigingen moeten worden doorgevoerd teneinde het Wetsvoorstel aan te passen aan de thans voorliggende Europese (concept) richtlijnen.

1.3. *Toepassing Wira door gerechtshof Den Haag*

Op 17 juli 2012 heeft het gerechtshof te Den Haag haar visie op het beoordelingskader na invoering van de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (“**Wira**”) herhaald.² Naar het oordeel van het gerechtshof heeft invoering van de Wira tot gevolg dat de rechtsbescherming is opgedeeld in twee fasen. De eerste fase betreft de verplicht in acht te nemen redelijke termijn van 15 dagen na bekendmaking van de gunningsbeslissing om gewezen inschrijvers de mogelijkheid te bieden bezwaar te maken bij de voorzieningenrechter. Tot de voorzieningenrechter in eerste aanleg uitspraak heeft gedaan, is het de aanbestedende dienst niet toegestaan een (definitieve) overeenkomst te sluiten met de winnende inschrijver. In het geval de bezwaren in eerste aanleg worden afgewezen, mag de aanbestedende dienst een

² LJN BX0981. Zie eerder Hof Den Haag 17 mei 2011, LJN BQ4365 alsmede BQ5659.

overeenkomst sluiten met de winnende inschrijver. Alsdan treedt fase twee in, zo stelt het gerechtshof (zie r.o. 3.1):

“Wordt deze overeenkomst gesloten, dan treedt daarmee de tweede fase van de in de Wira geregelde rechtsbescherming in: de verliezende inschrijver kan in een bodemgeschil op een van de drie in artikel 8 lid 1 genoemde gronden de vernietiging van de gesloten overeenkomst vorderen. Wanneer na de uitspraak van de voorzieningenrechter in eerste aanleg als resultaat van een gunningsbeslissing een overeenkomst gesloten is, komt in hoger beroep een andere rechtsvraag voor te liggen dan in eerste aanleg voorlag. Ingrijpen in de (voorgenomen) gunningsbeslissing is dan niet meer aan de orde, alleen de vraag of ingegrepen kan en moet worden in de intussen al gesloten overeenkomst behoeft dan beantwoording. In het stelsel van de Wira ligt besloten dat door het hof dan in beginsel, behoudens de hierna te bespreken uitzonderingen, nog slechts een ordemaatregel opgelegd kan worden wanneer de verliezende inschrijver gesteld en aannemelijk gemaakt heeft dat die overeenkomst naar redelijke verwachting op een van de drie genoemde gronden vernietigd zal worden in een bodemgeschil.”

Evenwel handelt de aanbestedende dienst bij het sluiten van een overeenkomst op eigen risico, zo oordeelt het gerechtshof:

“Denkbaar is dat de verliezende inschrijver in hoger beroep al dan niet nieuwe feiten en omstandigheden stelt en aannemelijk maakt op grond waarvan geconcludeerd moet worden dat de aanbestedende dienst met het aangaan van de overeenkomst jegens de verliezende inschrijver onrechtmatig handelt doordat daarbij misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt, hetgeen het geval zal kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst aangaat met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht.”

Het door het gerechtshof toegepaste juridisch kader is kritisch ontvangen. Bijvoorbeeld in het tijdschrift aanbestedingsrecht van april 2012³ wordt opgemerkt dat *“er onvoldoende aanknopingspunten te vinden zijn in de Europese rechtsbeschermingsrichtlijn (die aan de Wira ten grondslag ligt) en in de memorie van toelichting bij de Wira die pleiten voor deze restrictievere uitleg en dat de Wira slechts ziet op de gronden voor vernietiging van de overeenkomst (hetgeen de andere mogelijkheden om verdere uitvoering van een overeenkomst tegen te gaan onverlet laat)”*.

Ook het gerechtshof Amsterdam lijkt een ander oordeel toegedaan:⁴

[...] volgt uit artikel 8 van de Wira noch uit de wetsgeschiedenis bij de Wira, mede in het licht van artikel 2 quinquies van Richtlijn 2007/66 (hierna: de Richtlijn)⁵, die met de Wira is omgezet in nationale wetgeving, dat de in voornoemd artikel 8 lid 1 sub a tot en met c vermelde vernietigingsgronden (kort gezegd (a) onwettige onderhandse gunning, (b) een overeenkomst gesloten tijdens de zogenaamde Alcateltermijn en (c) het niet in acht nemen van een opschortende termijn binnen een dynamisch aankoopstelsel) in die zin limitatief zijn, dat de rechter in andere gevallen niet tot aantasting van de overeenkomst kan overgaan. Artikel 2 quinquies lid 1 van de Richtlijn (waarvan artikel 8 Wira de omzetting naar Nederlands recht vormt) beoogt slechts in de hierboven onder a-c genoemde gevallen de verplichte - Europese - sanctie van onverbindendheid (naar nationaal recht vernietigbaarheid) op te leggen. Dit laat onverlet dat de Richtlijn ook in andere gevallen dan de onder a-c genoemde van schending van de Europese aanbestedingsregels aan de lidstaten - en derhalve ook de nationale rechter -

³ Van den Berge e.a., kroniek jurisprudentie aanbestedingsrecht, 1 januari – 31 december 2011, TA aflevering 2, april 2012, p. 184.

⁴ Gerechtshof Amsterdam, 17 augustus 2010, LJN BN5585, r.o. 4.3

⁵ De rechtsbeschermingsrichtlijn

opdraagt om effectieve rechtsbescherming, ook in kort geding, te bieden. Dit betekent dat indien een overeenkomst al is gesloten, de rechter in kort geding in eerste aanleg en in hoger beroep nog steeds een uitspraak kan doen die neerkomt op een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst hetzij een gebod om de overeenkomst op te zeggen dan wel te beëindigen op een wettelijke of contractuele grond, als dat noodzakelijk is om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.

Het gerechtshof Leeuwarden gaat nog een stap verder en stelt dat in de rede ligt “aan te nemen dat Richtlijn 2007/66/EG is geschreven ter bescherming van de belangen van de betrokken inschrijvers en bedrijven waaraan de mogelijkheid tot mededinging is ontnomen en niet ter bescherming van de aanbestedende dienst.”⁶

Naar ons oordeel zijn de overwegingen van het gerechtshof Amsterdam en Leeuwarden de juiste. Hoewel ook het gerechtshof Den Haag de deur op een kier lijkt te houden voor het ingrijpen in de reeds lopende rechtsverhouding, ligt de nadruk op beperking van de rechtsbescherming na het sluiten van een overeenkomst. Dat valt op geen enkele wijze te lezen in de (totstandkomings)geschiedenis van de) rechtsbeschermingsrichtlijnen en daaropvolgend de Wira.

1.4. *Inbreukprocedure tegen lidstaat Nederland – sociale en duurzaamheidscriteria*

Op 10 mei 2012 heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna “HvJ EU”) uitspraak gedaan in de inbreukprocedure die de Europese Commissie tegen de lidstaat Nederland heeft aangespannen naar aanleiding van een aanbesteding van de Provincie Noord-Holland.⁷

Het betrof een aanbesteding voor de levering en het beheer van koffieautomaten, en ingrediënten, ter zake waarvan in de offerteaanvraag duurzaamheidseisen waren gesteld. Zo werd in het programma van eisen opgemerkt:

“31. Provincie Noord-Holland maakt voor de koffie- en theeconsumpties gebruik van max Havelaar – en EKO-keurmerk [...]. [__Beoordeling: eis]”

Alsmede:

“35. De ingrediënten dienen indien mogelijk aan het EKO- en/of Max Havelaar-keurmerk te voldoen. [...] [Punten (max.) 15 – Beoordeling: wens]”

In de Nota van inlichtingen is door de aanbestedende dienst in antwoord op een vraag of ten aanzien van de gestelde keurmerken “of vergelijkbaar” zou gelden, geantwoord:

“31. zolang de uitgangspunten maar vergelijkbaar of hetzelfde zijn” alsmede

“35. de ingrediënten mogen van een keurmerk zijn met dezelfde uitgangspunten”

De Europese Commissie is onder andere van oordeel dat de keurmerken EKO en Max Havelaar kwalificeren als technische specificaties zoals bedoeld in artikel 23 van richtlijn 2004/18 (de “aanbestedingsrichtlijn”) en dat de leden 6 en 8 van dat artikel waren geschonden. Voorts zou

⁶ Gerechtshof Leeuwarden d.d. 15 mei 2012, LJN BW6167, r.o. 7

⁷ HvJ EU 10 mei 2012, zaak C-368/10.

artikel 53 van de aanbestedingsrichtlijn zijn geschonden, nu de specificaties geen verband zouden houden met het voorwerp van de opdracht.

Het HvJ EU oordeelt dat de offerteaanvraag door potentiële inschrijvers niet anders kon worden begrepen dan dat zij in het bezit diende te zijn van de in de eis of wens vermelde keurmerken. Voorts benadrukt het HvJ EU dat de nota van inlichtingen slechts kan dienen ter verduidelijking en uit dien hoofde niet de betekenis van de belangrijkste voorwaarden van de opdrachten kan wijzigen (waaronder de technische specificaties en de gunningcriteria). Belanghebbende marktdeelnemers baseren immers hun beslissing om al dan niet mee te doen met de aanbesteding op de informatie verstrekt in de offerteaanvraag. Daarbij is van belang dat de nota van inlichtingen conform artikel 39 van de aanbestedingsrichtlijn ziet op nadere *inlichtingen*, alsmede de korte termijn tussen die inlichtingen en de uiterste datum voor indiening van offertes (zes dagen).

Het Hof van Justitie concludeert dat de EKO eis kwalificeert als een technische specificatie en dat de aanbestedende dienst, door te verwijzen naar een milieukeur (het EKO keurmerk) in plaats van voor die milieukeur vastgelegde gedetailleerde specificaties te gebruiken, heeft gehandeld in strijd met artikel 23 lid 6 en lid 8 van de aanbestedingsrichtlijn. De Max Havelaar eis daarentegen kwalificeert volgens het HvJ EU niet als een technische specificatie nu de eis voornamelijk ziet op de voorwaarden waaronder de leverancier producten van de producent heeft betrokken. De eis van de Europese Commissie wordt op dit punt niet ontvankelijk verklaard.

Volgens het HvJ EU houden de eisen voldoende verband met het voorwerp van de opdracht, zodat geen sprake is van schending van artikel 53 van de aanbestedingsrichtlijn.

Een laatste verwijt dat het HvJ EU deelt met de Europese Commissie is dat de aanbestedende dienst, waar zij in het kader van de keuze van de economisch meest voordelige aanbieder punten wenst toe te kennen voor te leveren producten met bepaalde keurmerken, zonder de uitgangspunten van die keurmerken te hebben opgesomd of te hebben bepaald dat het bewijs dat een product aan die criteria voldeed met elk passend middel kon worden geleverd, een onverenigbaar gunningscriterium behelst.

Conclusie is dat het HvJ EU benadrukt dat in een aanbesteding gebruik mag worden gemaakt van duurzaamheids- en sociale criteria. Het is echter niet toegestaan te verwijzen naar een specifiek keurmerk.⁸ In plaats daarvan dient de aanbestedende dienst de voor een milieukeur vastgelegde gedetailleerde specificaties te gebruiken en op te nemen in de aanbestedingsdocumentatie. Hetzelfde geldt voor een gunningscriterium op grond waarvan punten worden toegekend aan te leveren producten met bepaalde keurmerken, zonder dat de uitgangspunten van het keurmerk worden opgesomd of te bepalen dat het bewijs met elk passend middel kon worden geleverd. Het middels de nota van inlichtingen wijzigen van de belangrijkste voorwaarden van de opdrachten (waaronder de technische specificaties en de gunningcriteria) is niet toegestaan.

1.5. *Grossmann* verweer Rb Amsterdam

Over de toepassing van het zogenoemde "*Grossmann*" verweer worden nog steeds verschillende uitspraken gepubliceerd in Nederland.

Met het *Grossmann* verweer wordt bedoeld dat van inschrijvers een pro-actieve houding mag worden verwacht, inhoudende dat een inschrijver opkomt tegen onduidelijkheden of

⁸ Zie ook de mededeling van de Europese Commissie d.d. 5 mei 2009, COM (2009) 215 definitief, p. 10.

onrechtmatigheden ten aanzien van een aanbesteding in een stadium waarin gebreken nog ongedaan gemaakt kunnen worden, dit onder verwijzing naar het arrest van het HvJ EU d.d. 12 februari 2004, zaak C-230/02 (Grossmann).

In bedoeld arrest is door het HvJ EU bepaald dat moet worden vastgesteld (r.o. 37 en 38):

"37. dat wanneer een persoon geen beroep instelt tegen een besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van een oproep tot inschrijving, ofschoon hij zich daardoor gediscrimineerd acht omdat zij hem beletten op zinvolle wijze deel te nemen aan de betrokken aanbestedingsprocedure, en de kennisgeving van het besluit tot gunning van de opdracht afwacht vooraleer deze juist op grond van de discriminerende aard van genoemde specificaties aan te vechten voor de verantwoordelijke instantie, zulks niet beantwoordt aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van richtlijn 89/665.

38. Een dergelijke handelwijze belemmert immers de daadwerkelijke toepassing van de communautaire richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, omdat zij de instelling van beroepsprocedures, waarvoor de lidstaten ingevolge richtlijn 89/665 moeten zorgen, zonder objectieve reden kan vertragen."

Aanbestedende diensten betogen vaak, onder verwijzing naar de Grossmann uitspraak, dat inschrijvers die onvoldoende pro/actief handelen hun rechten hebben verwerkt. Vaak is in de aanbestedingsdocumentatie aanvullend bepaald dat inschrijvers in het geval van ontdekking van een gebrek direct moeten klagen, zulks onder dwang van verval van recht. Het komt vaak voor dat een Voorzieningenrechter een dergelijk verweer van aanbestedende diensten zonder veel omhaal honoreert.⁹

De Voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam toont zich in haar uitspraak van 24 mei 2012 kritisch ten aanzien van een dergelijk beroep op rechtsverwerking (LJN BX3388, r.o. 4.3 e.v.):

"4.3 De Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen, die via de Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden (WIRA) in het nationale recht zijn geïmplementeerd, bevatten minimumharmonisatie. Dit betekent dat als het nationale recht meer bescherming biedt dan het communautaire recht, het nationale recht – ingevolge het gelijkwaardigheidsbeginsel – dient te worden toegepast. Ter zake van rechtsverwerking geldt dat het nationale recht – zoals hierna zal worden verduidelijkt – meer bescherming biedt aan burgers dan het Europese recht zoals verwoord in het Grossmann-arrest. Uit het voorgaande volgt dat de voorzieningenrechter gehouden is het nationale recht toe te passen.

4.4. Naar nationaal recht is voor het aannemen van rechtsverwerking enkel tijdsverloop of enkel stilzitten onvoldoende. Vereist is de aanwezigheid van een bijzondere omstandigheid als gevolg waarvan hetzij het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat Icova haar aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de andere betrokken partijen onredelijk zouden worden benadeeld in geval Icova haar aanspraak alsnog geldend zou maken.

De Voorzieningenrechter oordeelt aldus aan de hand van concrete feiten en omstandigheden of een dergelijk gerechtvaardigd vertrouwen bij de aanbestedende dienst is gewekt. Ook toetst de Voorzieningenrechter of sprake is van benadeling in het geval de inschrijver haar vermeende aanspraak (alsnog) geldig maakt.

Hoewel de Voorzieningenrechter daaraan geen aandacht schenkt, is in dit kader mogelijk van

⁹ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem, 7 augustus 2012, LJN 4609, r.o. 4.11.

belang hetgeen het HvJ EU in zijn uitspraak C-368/10 d.d. 10 mei 2012 (de inbreukprocedure tegen Nederland inzake het gebruik van EKO en Max Havelaar keurmerk) onder r.o. 66 opmerkt. De lidstaat Nederlands heeft zich tegenover het HvJ EU, met zoveel woorden, beroepen op het feit dat een normaal zorgvuldig inschrijver vragen had kunnen stellen aan de aanbestedende dienst. Het HvJ EU veegt dat argument van tafel:

“Voor het overige zij in herinnering gebracht dat ofschoon, zoals het Koninkrijk der Nederlanden betoogt, de aanbestedende dienst van de belanghebbende marktdeelnemers mag verwachten dat zij redelijk geïnformeerd zijn en de normale zorgvuldigheid betrachten, een dergelijk gewettigd vertrouwen evenwel veronderstelt dat de aanbestedende dienst zijn eisen zelf duidelijk heeft geformuleerd (zie in die zin arrest van 22 april 2010, Commissie/Spanje, C-423/07, Jurispr. blz. I-3429, punt 58). A fortiori kan dat vertrouwen door de aanbestedende dienst niet worden ingeroepen om zich te onttrekken aan de verplichtingen die richtlijn 2004/18 hem oplegt.”

Het HvJ EU stelt aldus dat een eventueel gewekt vertrouwen bij de aanbestedende dienst niet kan worden ingeroepen teneinde schendingen van het aanbestedingsrecht te maskeren. Met dit oordeel lijkt niet goed verenigbaar de lijn in de Nederlandse rechtspraak van (voornamelijk) Voorzieningenrechtshouders dat een aanbestedende dienst zich lichtvaardig op rechtsverwerking kan beroepen ter voorkoming van een inhoudelijk oordeel over (gepretendeerde) schendingen van het aanbestedingsrecht. Zo bezien is het oordeel van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam (op dit punt) toch zo gek nog niet.

1.6. Herstellen van fouten in de inschrijving

Het gerechtshof Arnhem heeft op 7 augustus 2012¹⁰ arrest gewezen over de vraag of het een aanbestedende dienst is toegestaan een inschrijver gelegenheid te bieden fouten in de inschrijving te herstellen. Herstel heeft plaatsgevonden door bepaalde inschrijvers gelegenheid te bieden het inschrijfbiljet opnieuw in te dienen.

Het gerechtshof gaat uit van het navolgend juridisch kader (r.o. 4.5):

“Algemeen uitgangspunt is verder dat de aanbestedende dienst bij de beoordeling van de inschrijving(en) moet uitgaan van de inschrijving(en) zoals die bij het sluiten van de inschrijvingstermijn is (zijn) ontvangen. De [...] beginselen van gelijke behandeling en transparantie verzetten zich in beginsel tegen de mogelijkheid dat een inschrijver zijn inschrijving nadien nog wijzigt of aanvult. Volgens vaste rechtspraak (recentelijk HvJ EU 29 maart 2012, zaak C-599/10 (SAG)) kan in uitzonderlijke gevallen evenwel een uitzondering op het voormelde uitgangspunt worden gemaakt en kunnen inschrijvingen worden verbeterd of aangevuld, met name omdat deze klaarblijkelijk een eenvoudige precisering behoeven, of om kennelijke materiële fouten recht te zetten, mits deze wijziging er niet toe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld.”

Aan bepaalde inschrijvers is gelegenheid geboden het aantal te leveren producten te wijzigen, waarbij rekening wordt gehouden met het feit dat de aanbestedingsdocumentatie kennelijk niet geheel eenduidig was (al bleek uit de derde nota van inlichtingen het juiste aantal). Bovendien is gelegenheid geboden de prijs voor een pak papier (dat was berekend voor 500 vellen) te vermenigvuldigen met vijf, omdat moest worden ingeschreven met de prijs voor een pak papier van 2500 vellen. De betreffende inschrijver heeft verklaard dat de prijzen inhoudelijk niet zijn gewijzigd maar simpelweg zijn aangepast aan andere (juiste) aantallen. Het gerechtshof kwalificeert de fouten in de inschrijving als “kennelijke” fouten en heeft correctie daarvan toegestaan.

¹⁰ Hof Arnhem, 7 augustus 2012, LJN BX4609.

De uitspraak van het gerechtshof lijkt te passen in de roep van met name inschrijvende partijen voor een meer proportionele benadering. Hoewel het gerechtshof een betrekkelijk duidelijk juridisch kader hanteert waarbinnen het inschrijvers kan worden toegestaan kennelijke fouten te herstellen, kan in het voorkomende geval gemakkelijk discussie ontstaan over de vraag wanneer gesproken kan worden van een kennelijke fout,¹¹ of van een nieuwe inschrijving.

2. Actualiteiten staatssteun

2.1. *Inbreukprocedure Leidschendam*

Op 25 januari 2012 heeft de Europese Commissie bekend gemaakt een inbreukprocedure conform artikel 108 lid 2 VwEU te starten tegen de lidstaat Nederland inzake de vermeende steunmaatregel zoals verleend door de gemeente Leidschendam. Op 23 maart 2012 heeft de Europese Commissie belanghebbenden uitgenodigd eventuele opmerkingen kenbaar te maken.¹²

De steunmaatregel betreft de verkoop van grond door een publiek-privaat partnerschap (hierna “**PPP**”), opgezet door de gemeente Leidschendam en de combinatie Schouten-de Jong /Bouwfonds (hierna “**SJB**”). Het PPP maakt grond bouwrijp en verkoopt deze vervolgens aan particuliere partijen, waaronder SJB.

In 2004 is door het PPP grond verkocht aan SJB, waarbij tegelijkertijd afspraken zijn gemaakt over een grondexploitatiebijdrage en kwaliteitsvergoeding. Ten gevolge van gewijzigde marktomstandigheden, zo stelt de gemeente Leidschendam, wordt de in 2004 overeengekomen koopsom in 2009 met meer dan 50% verlaagd. Ook werd overeengekomen dat de grondexploitatiebijdrage en de kwaliteitsvergoeding werden kwijtgescholden.

In totaal betreft het “voordeel” voor SJB, zoals dat blijkt uit de publicatie van de Europese Commissie, ongeveer EUR 4.200.000,--. Het “nadeel” daarentegen wordt gedragen door het PPP, waarin de gemeente Leidschendam voor 50% participeert. Derhalve wordt 50% van het voordeel voldaan uit staatsmiddelen, zo stelt de Europese Commissie.

De Europese Commissie toetst of de prijsverlaging met terugwerkende kracht in overeenstemming is met het beginsel van de particuliere investeerder in een markteconomie, volgens welk beginsel de staat als een particuliere investeerder handelt. De Europese Commissie concludeert dat een private investeerder niet akkoord zou zijn gegaan met de prijsverlaging. De Europese Commissie motiveert dit oordeel met de stelling dat voor een private investeerder geen reden bestaat in te stemmen met verlaging van een reeds overeengekomen koopprijs in het geval de koper moeite heeft het huis dat hij van plan was te bouwen, te verkopen. Van belang is dat de gemeente kenbaar heeft gemaakt uitsluitend bij de grondexploitatie betrokken te zijn en niet bij de opstalexploitatie. Door echter een korting op de koopsom te accepteren participeert de gemeente indirect in de opstalexploitatie, zo lijkt de Europese Commissie te redeneren.

Met betrekking tot de kwijtschelding van de grondexploitatiebijdrage alsmede de kwaliteitsvergoeding wordt evenzo door de Europese Commissie geoordeeld dat een private investeerder de kosten niet zonder enige tegenprestatie zou hebben kwijtgescholden.

¹¹ Zie bijvoorbeeld meer kritisch Voorzieningenrechter rechtbank Zwolle-Lelystad d.d. 20 februari 2012, LJN BV6393, alsmede Voorzieningenrechter rechtbank 's-Gravenhage d.d. 1 december 2011, LJN BU6716.

¹² Steunmaatreel SA. 24123 – Vermeende verkoop van grond onder de marktprijs door de gemeente Leidschendam.

Hoewel het oordeel van het HvJ EU moet worden afgewacht, kan worden geconcludeerd dat een overheid zich op glad eis begeeft wanneer zij overeenkomsten openbreekt en – achteraf – een voordeel toekent aan een marktpartij. Dit lijkt alleen te kunnen indien kan worden aangetoond dat een particuliere investeerder op gelijke wijze zou hebben gehandeld.

2.2. *Staatssteun als verweer tegen vordering tot nakoming of Hoger Beroep inzake Montagne*

Bij vonnis van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Groningen van 10 juni 2011¹³ is – kort gezegd – aannemelijk geoordeeld dat de (grondexploitatie en ontwikkelings-)overeenkomst tussen de gemeente Winsum en projectontwikkelaar Montagne II B.V. mede elementen bevat van onverenigbare staatssteun en dat de overeenkomst uit dien hoofde nietig moet worden geacht. De vordering tot nakoming zoals ingesteld door Montagne II B.V. werd afgewezen.

Op 15 mei 2012¹⁴ heeft het gerechtshof Leeuwarden in hoger beroep het vonnis van de Voorzieningenrechter van de rechtbank Groningen vernietigd en de vordering tot nakoming alsnog in het voordeel van Montagne II B.V. toegewezen. Hoewel ook het gerechtshof erkent dat een overheid zich tegen een vordering tot nakoming kan verweren met een beroep op staatssteun, merkt het gerechtshof op dat een dergelijk verweer van een deugdelijke motivering moet worden voorzien. Meer specifiek stelt het gerechtshof dat de gemeente had behoren te motiveren dat aan alle vereisten van artikel 107 lid 1 VwEU was voldaan, omdat enkel dan een verplichting geldt de maatregel te melden bij de Europese Commissie op de voet van artikel 108 lid 3 VwEU.

Naast overheden kunnen ook concurrenten een beroep doen op de rechter om te betogen dat sprake is van een maatregel die strijdig is met het in artikel 107 lid 1 VwEU opgenomen verbod (tot verstrekken van staatssteun), dit ter voorkoming dat (verder) uitvoering wordt gegeven aan de betreffende overeenkomst. Bijvoorbeeld in een aanbesteding voor een openbaar vervoer concessie (busvervoer) conform de Wp 2000, heeft een inschrijvende partij gevorderd dat de aanbestedende dienst maatregelen neemt voor herstel van het level playing field. Volgens de inschrijver zou staatssteun zijn verleend ten tijde van de privatisering aan de huidige concessiehouder. De concessiehouder zou namelijk financiële middelen hebben verkregen ter compensatie van de uitvoering van een functioneel leeftijdsontslag regeling, terwijl de opvolgend concessiehouder geen financiële compensatie ontvangt. Het betoog van de inschrijver vangt bot bij de rechter¹⁵ nu de inschrijver verweten wordt slechts te hebben gesteld dat sprake is van staatssteun, zonder enige motivering.

In de praktijk blijkt dat steeds vaker een beroep wordt gedaan op staatssteun ter voorkoming van de (verdere) uitvoering van overeenkomsten. Ook in bestuursrechtelijke procedures, bijvoorbeeld bij de toets of een bestemmingsplan economisch uitvoerbaar moet worden geacht, worden argumenten ontleend aan het staatssteunrecht gehanteerd. Bijvoorbeeld kan worden betoogd dat de economische uitvoerbaarheid van het bestemmingsplan is komen te ontvallen omdat de door de gemeente gemaakte afspraken ter uitvoering van (een deel van) het bestemmingsplan kwalificeren als onrechtmatige staatssteun en uit dien hoofde nietig moeten worden geacht. De kans van slagen van een dergelijke vordering zal met name afhangen van de mate waarin gemotiveerd kan worden gesteld dat sprake is van een maatregel in strijd met het verbod zoals neergelegd in artikel 107 lid 1 VwEU.

¹³ Voorzieningenrechter rechtbank Groningen d.d. 10 juni 2011, LJN BQ8211

¹⁴ Zie voetnoot 6.

¹⁵ Voorzieningenrechter rechtbank Rotterdam d.d. 7 februari 2012, LJN BV3091