

OVERHEIDSAANBESTEDINGEN

Rechtspraak

Kroniek Aanbestedingsrecht 2002

Mr. M.J.J.M. Essers en mr. N. Kolthof

In NTER 2001, 11 is een overzicht gegeven van de belangrijkste gebeurtenissen op het gebied van het aanbestedingsrecht in de periode van begin 1999 tot medio 2001. Deze kroniek neemt de draad op waar het overzicht uit 2001 eindigde en zal voorzien in een overzicht van met name de rechtspraak van het Hof van Justitie vanaf medio 2001 tot en met oktober 2002. In een tweede deel van deze kroniek, dat in een later nummer van NTER zal verschijnen, zal de nadruk liggen op uitspraken van Nederlandse rechters en andere relevante ontwikkelingen op het gebied van het EG-aanbestedingsrecht vanaf medio 2001.

Publiekrechtelijke instelling

Rechtspraak van het Hof van Justitie over het begrip 'publiekrechtelijke instelling' is aan de orde gekomen in de kronieken aanbestedingsrecht die eerder in NTER zijn verschenen.¹ Arresten van het Hof van Justitie over het begrip 'publiekrechtelijke instelling' die daarin zijn besproken zijn de arresten in de zaken *Mannesmann/*

Strohal,² *Gemeente Arnhem/BFI*,³ *University of Cambridge*⁴ en *Commissie/Frankrijk*.⁵ Na de verschijning van de vorige kroniek heeft het Hof van Justitie zich in haar arrest in de gevoegde zaken *Agora Srl-Fiera Internazionale di Milano (Agora)* en *Excelsior-Fiera Internazionale di Milano (Excelsior)*⁶ opnieuw over de uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling uitgelaten.

Met het begrip publiekrechtelijke instelling wordt in de EG-aanbestedingsrichtlijnen een rechtspersoon bedoeld, die is 'opgericht met het specifieke doel om te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard' en waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd, ofwel het beheer is onderworpen aan toezicht door de overheid ofwel de leden van de directie of van de raad van toezicht voor meer dan de helft door de overheid worden benoemd.⁷

De prejudiciële vraag in de zaken *Agora* en *Excelsior* was of de *Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano ('Ente Fiera')* was opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard. Om te bepalen in welk soort behoeften *Ente Fiera* voorzorg, diende eerst naar de activiteiten van *Ente Fiera* te worden gekeken. *Ente Fiera* organiseerde in Milaan jaarbeurzen, tentoonstellingen en congressen. Zij had geen winst-oogmerk, maar werd wel bestuurd op basis van criteria van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit. Net als de jaarbeurzen in Nederland opereerde *Ente Fiera* in een klimaat van concurrentie.

Agora en *Excelsior* waren ondernemingen die diensten verleenden en producten leverden aan beurzen. Beide ondernemingen startten procedures voor de Italiaanse administratieve rechter in verband met de gunning door *Ente Fiera* van opdrachten voor de huur van elementen voor de aankleding van receptieruimtes en informatiebalies en voor de schoonmaak van het beursterrein zonder voorafgaande aanbesteding volgens de voorschriften van de EG-aanbestedingsrichtlijnen. De Italiaanse rechter legde in een prejudiciële procedure aan het Hof van Justitie prejudiciële vragen voor over de kwalificatie van *Ente Fiera* als publiekrechtelijke instelling.

Het Hof van Justitie constateerde in haar prejudiciële beslissing dat de organisatie van jaarbeurzen en tentoonstellingen voorziet in een behoefte van algemeen belang. Als motivering gaf het Hof dat

¹ Kroniek aanbestedingsrecht 1996-1997, NTER 1997, 10, Kroniek aanbestedingsrecht 1997-1998, NTER 1999, 4 en 5 en Kroniek aanbestedingsrecht 1999-2001, NTER 2001, 11.

² Zaak C-44/96, *Mannesmann Anlagenbau Austria AG e.a./Strohal Rotationsdruck GmbH*, Jur. 1998, p. I-73.

³ Zaak C-360/96, *Gemeenten Arnhem en Rheden/BFI Holding B.V.*, Jur. 1998, p. I-8035.

⁴ Zaak C-380/98, *The University of Cambridge*, Jur. 2000, p. I-8035.

⁵ Zaak C-237/99, *Commissie/Frankrijk*, Jur. 2001, p. I-939.

⁶ Zaken C-223/99, *Agora* en *Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano* en C-260/99, *Excelsior* en *Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano* van 10 mei 2001.

⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 1 van de Richtlijn 92/50 van 18 juni 1992 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor dienstverlening.

van de informatieverschaffing via beurzen en tentoonstellingen aan consumenten een impuls uitgaat voor de handel. Vervolgens diende het Hof van Justitie, gezien de definitie van een publiekrechtelijke instelling, te bepalen of het hier ging om een behoefte van commerciële aard. Daartoe stelde het Hof om te beginnen vast dat de organisatie van jaarbeurzen en dergelijke een economische activiteit is, die op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit uitgeoefend wordt, zonder dat eventuele financiële verliezen van Ente Fiera gecompenseerd worden. Verder overwoog het Hof dat Ente Fiera in een klimaat van concurrentie opereerde. Op basis van deze kenmerken van de activiteiten van Ente Fiera kwam het Hof tot de conclusie dat Ente Fiera geen publiekrechtelijke instelling was en derhalve niet aanbestedingsplichtig was.

Uit de uitspraak kan worden afgeleid dat een rechter bij de uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling zowel moet letten op de activiteit van een instelling (betreft het een economische activiteit?), als op de wijze waarop een instelling opereert (op basis van rendement, doelmatigheid en rentabiliteit, zonder dat verliezen worden gecompenseerd?) en de omgeving waarin zij actief is ('klimaat van concurrentie?'). Het ligt voor de hand dat voor een kwalificatie als behoefte van algemeen belang van commerciële aard niet aan al deze criteria hoeft te worden voldaan. Het lijkt hier, gezien de bewoordingen van dit arrest en van eerdere arresten van het Hof van Justitie, meer om aanwijzingen te gaan die in onderlinge samenhang bezien moeten worden dan om cumulatieve eisen.

Vastgesteld kan in elk geval worden op basis van de rechtspraak van het Hof van Justitie dat de verzelfstandigde afvalinzamelaar van de gemeenten Arnhem en Rheden ('ARA') niet in behoeften van commerciële aard voorzag (en derhalve kwalificeerde als aanbestedende dienst) terwijl de Ente Fiera wel in behoeften van commerciële aard voorzag. De reden voor het verschil in kwalificatie tussen ARA en Ente Fiera laat zich raden. Allicht speelt een rol dat de verliezen van ARA door de gemeenten werden gecompenseerd (terwijl bij Ente Fiera geen sprake was van compensatie van verliezen door een overheid) en dat het klimaat van concurrentie voor ARA anders was dan voor Ente Fiera (omdat ARA over een alleenrecht beschikte voor de inzameling van huishoudelijk afval in beide gemeenten en Ente Fiera niet over een dergelijk alleenrecht beschikte).

Het valt toe te juichen dat het Hof van Justitie in haar arresten in de zaken *Commissie/Frankrijk en Agora en Excelsior* met een niet al te ruime uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling de werkingsfeer van de EG-aanbestedingsrichtlijnen lijkt te beperken. Van instellingen waarvan het inkoopbeleid niet door de overheid beïnvloed wordt en/of waarvan de activiteiten concurreren met die van andere ondernemingen, mag verwacht worden dat hun inkoopbeleid zich niet onderscheidt van dat van particuliere ondernemingen die niet onder de werkingsfeer van de EG-aanbestedingsrichtlijnen vallen. Er blijven ondanks deze arresten in Nederland echter nog veel instellingen over waarvan vooralsnog niet met volledige zekerheid kan worden vastgesteld of zij al dan niet kwalificeren als aanbestedende dienst (dit geldt bijvoorbeeld voor zorginstellingen en woningbouwverenigingen). De verwachting dat de rubriek 'publiekrechtelijke instelling' ook in een volgende kroniek aanbestedingsrecht zal terugkeren is geen gewaagde voorspelling.

Selectie- en gunningcriteria

Het Hof van Justitie heeft zich in het arrest van 17 september 2002 in de zaak *Concordia Bus Finland e.a.* uitgelaten over het toepassen van

milieucriteria als criteria voor de gunning van een opdracht aan een inschrijver met de economisch meest voordelige aanbieding. Een aanbestedende dienst mag volgens het Hof rekening houden met milieucriteria, voorzover deze criteria:

- 1 verband houden met het voorwerp van de opdracht;
- 2 de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid geven;
- 3 uitdrukkelijk vermeld zijn in het bestek of in de aankondiging van de opdracht; en
- 4 alle fundamentele beginselen van gemeenschapsrecht, met name het discriminatieverbod, eerbiedigen.

Uit artikel 36 lid 1 sub a van de Richtlijn Diensten kan volgens het Hof worden afgeleid dat gunningcriteria niet noodzakelijk van zuiver economische aard hoeven te zijn. Hoewel een aanbestedende dienst op grond van deze bepaling vrij is in de keuze welke gunningcriteria hij zal toepassen, is hij gebonden aan de genoemde vier voorwaarden die in de jurisprudentie ontwikkeld zijn.

Saillant detail in deze zaak is dat de winnende inschrijver het vervoerbedrijf van de aanbestedende dienst (de Stad Helsinki) was en dat dit volgens *Concordia* het enige vervoerbedrijf was dat aan de milieucriteria kon voldoen. Men kan zich afvragen of er in zo'n situatie wel van een eerlijke aanbesteding gesproken kan worden. Het ligt immers voor de hand dat de Stad Helsinki geneigd zal zijn om in de aanbestedingsprocedure haar eigen vervoerbedrijf te bevoorstellen. Het zou ons inziens beter zijn als in een dergelijke situatie het opstellen van het bestek en de uitvoering van de aanbesteding door een van de Stad Helsinki onafhankelijke instelling gedaan zou worden.⁸ Wanneer dat niet mogelijk is, zou het stedelijk vervoerbedrijf wellicht van deelname aan de aanbesteding uitgesloten moeten worden om (de schijn van) belangenverstrengeling te voorkomen.

Het Hof van Justitie had met de gang van zaken blijkbaar geen probleem. Het gelijkheidsbeginsel verzet zich volgens het Hof niet tegen het hanteren van milieucriteria, louter omdat het eigen vervoerbedrijf van de stad Helsinki een van de weinige ondernemingen is die aan de criteria kon voldoen. Het Hof constateerde dat de criteria objectief waren en zonder onderscheid voor alle aanbiedingen golden, waardoor geen sprake kon zijn van een inbreuk op het beginsel van gelijke behandeling.

Een andere zaak waarin gunningcriteria aan de orde kwamen, was de zaak *SIAC Construction Ltd tegen County Council of the County of Mayo* ('SIAC'). Op 18 oktober 2001 heeft het Hof van Justitie in de zaak *SIAC*⁹ antwoord gegeven op de vraag of een aanbestedende dienst een gunningcriterium (voor de economisch meest voordelige aanbieding) mag hanteren waarbij de gegevens waarop dit criterium betrekking heeft eerst achteraf toetsbaar zijn. Op basis van de conclusie van een kostendeskundige dat de aanbidding van Mulclair een aanbidding had ingediend die goedkoper zou kunnen

⁸ Om discriminatie door een havenbeheerder bij de verlening van concessies voor havendiensten ten gunste van een onderneming of instantie waarin de havenbeheerder een belang heeft te voorkomen, is bijvoorbeeld door de Raad in een recent ontwerp voor een richtlijn voor liberalisering van havendiensten voorzien dat concessies voor havendiensten in een dergelijk geval niet door een havenbeheerder aanbesteed mogen worden. De lidstaten dienen dan een andere, onafhankelijke, instantie aan te wijzen voor de selectieprocedure.

⁹ Zaak C-19/00, *SIAC Construction Ltd en County Council of the County of Mayo* van 18 oktober 2001.

uitvallen, werd de opdracht niet aan de laagste inschrijver, SIAC, gegund maar aan Mulclair.

Het Hof bepaalde dat een aanbestedende dienst in beginsel een criterium mag hanteren dat betrekking heeft op een gegeven dat pas in de toekomst zal blijken. Het beginsel van gelijke behandeling brengt volgens het Hof wel mee dat een dergelijk criterium van tevoren in het bestek of in de aankondiging van de opdracht moet zijn vermeld. Daarnaast omvat het beginsel van gelijke behandeling een verplichting tot transparantie, die volgens het Hof inhoudt dat de gunningcriteria zodanig moeten zijn geformuleerd, dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn deze criteria op dezelfde wijze te interpreteren. De verplichting tot transparantie impliceert eveneens dat de aanbestedende dienst de gunningcriteria gedurende de gehele procedure op dezelfde wijze moet uitleggen. Ten slotte moeten de gunningcriteria naar het oordeel van het Hof op objectieve en uniforme wijze worden toegepast op alle inschrijvers.¹⁰

Deze overwegingen van het Hof bieden nuttige aanwijzingen bij het opstellen van gunningcriteria door aanbestedende diensten. Hoewel de overwegingen op het eerste gezicht vanzelfsprekend lijken, blijkt uit de praktijk dat in veel gevallen de formulering en toepassing van gunningcriteria door een aanbestedende dienst een toetsing aan de beginselen van gelijke behandeling en transparantie niet kan doorstaan.

Rechtsbescherming

Rechtsbescherming was in de periode van deze kroniek het onderwerp van een arrest en van een conclusie van advocaat-generaal Geelhoed van het Hof van Justitie. Aanleiding voor het arrest en de conclusie vormden prejudiciële vragen door Oostenrijkse rechters.

In de zaak *GAT-Ösag*¹¹ stond de vergoeding van schade aan deelnemers aan een aanbestedingsprocedure centraal. Het recht op vergoeding van schade die voor een deelnemer aan een aanbestedingsprocedure voortvloeit uit een inbreuk op het EG-aanbestedingsrecht door een aanbestedende dienst is geregeld in de beide rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zo bepaalt artikel 2 van Richtlijn 89/665 dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat in een beroep voor de nationale instanties schadevergoeding moet worden toegekend aan degenen die zijn gelaedeerd door een inbreuk op het aanbestedingsrecht. In de Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren, Richtlijn 92/13, wordt daar voor nutsbedrijven aan toegevoegd dat het voor toewijzing van een vordering tot vergoeding van kosten voor het opstellen van een offerte of van de deelneming aan een aanbestedingsprocedure volstaat om aan te tonen dat sprake is van een schending van het aanbestedingsrecht en dat de deelnemer reële kansen had om een opdracht in de wacht te slepen.

Door het verwijzende Oostenrijkse Bundesvergabeamt werd aan het Hof van Justitie gevraagd of een inschrijver alleen dan recht

op schadevergoeding heeft bij de vaststelling van een onrechtmatig gunningcriterium door een aanbestedende dienst indien hij concreet kan bewijzen dat hij zonder dat onrechtmatig gunningcriterium de beste inschrijver zou zijn. Advocaat-generaal Geelhoed gaf in zijn conclusie in deze zaak aan dat het antwoord op deze vraag wordt beheerst door het nationale recht, met inachtneming van de beginselen van het gemeenschapsrecht, waaronder het gelijkwaardigheidsbeginsel en het doeltreffendheidsbeginsel. De doelstelling van de Rechtsbeschermingsrichtlijn brengt volgens Geelhoed met zich mee dat de kosten die een inschrijver vergeefs heeft gemaakt voor deelneming aan een onregelmatig verlopen aanbestedingsprocedure niet alleen dan vergoed kunnen worden wanneer de inschrijver kan aantonen dat hij zonder het onrechtmatige gunningcriterium de opdracht zou hebben verkregen. Omdat in de praktijk vaak moeilijk is te bepalen hoe een aanbieder er zou hebben uitgezien wanneer een onrechtmatig criterium er niet was geweest, is een ruimere uitleg van artikel 2 van Richtlijn 89/665 in een dergelijke situatie wenselijk. Ook andere elementen moeten een vergoedingsplicht kunnen meebrengen omdat het nationale procesrecht volgens Geelhoed op het punt van schadevergoeding niet zodanig beperkend moet zijn dat potentiële gegadigden bij een aanbesteding ervan weerhouden worden om deel te nemen.

Wanneer het Hof van Justitie in zijn arrest de overwegingen van Geelhoed zou volgen, dan zal een aanbestedende dienst bij afblazen van een aanbestedingsprocedure wegens onregelmatigheden in aanbestedingsdocumenten niet zonder meer vorderingen tot vergoeding van kosten van deelname kunnen afwijzen. Een ruime werking van de nationale regels inzake schadevergoeding bij een inbreuk op het aanbestedingsrecht werd ook aangenomen door de Rechtbank Utrecht in een vonnis van 4 juli 2001.¹² Nadat de rechtbank had vastgesteld dat ten onrechte gebruik was gemaakt van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking, oordeelde de rechtbank dat een onderneming die niet was uitgenodigd tot het doen van een aanbieding schadevergoeding wegens verlies van kans van gunning toekwam. Bij de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding ging de rechtbank uit van een schatting van het aantal deelnemers aan een hypothetische openbare aanbesteding van de opdracht. De hoogte van het als schadevergoeding toewijsbare positieve contractsbelang werd bepaald aan de hand van het deel van de winst dat evenredig is aan het aantal deelnemers aan de aanbesteding. Niet elke onderneming kan bij uitblijven van een Europese aanbesteding, waar dit wel vereist is, aankloppen voor vergoeding van een deel van het positieve contractsbelang. Voor toewijzing is vereist dat een eiser aannemelijk kan maken dat hij zou hebben voldaan aan de redelijkerwijs te stellen selectiecriteria en dat hij geen onregelmatige, onaanvaardbare of niet passende aanbieding zou hebben gedaan.

Het recht om een aanbestedingsprocedure tussentijds in te trekken en de gevolgen daarvan voor de deelnemers aan de procedure kwamen ook aan de orde in de andere vanuit Oostenrijk aan het Hof van Justitie voorgelegde zaak, de zaak *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsGesellschaft* ('*Hospital Ingenieure*').¹³ Het Weense Landesvergabegesetz voorziet in de mogelijkheid om een aanbestedingsprocedure na het verstrijken van de termijn voor de indiening van de offertes in te trekken wanneer daarvoor dwingende redenen bestaan. Van dwingende redenen is sprake wanneer zich omstandigheden voordoen die, indien zij vroeger bekend waren geweest, een aanbesteding hadden uitgesloten of tot een inhoudelijk wezenlijk verschillende aanbesteding aanleiding hadden gegeven.

¹⁰ Zie over de beoordelingsvrijheid van de aanbestedende dienst bij gunning ook een bijdrage van W. Wedekind in de Tender Nieuwsbrief nr.6 2002.

¹¹ Zaak C-315, *GAT Gesellschaft - Österreichische Autobahnen und Schnellstrassen AG*, conclusie A-G Geelhoed van 10 oktober 2002.

¹² Deze uitspraak is beschreven door A. Stellingwerff Beintema in de Tender Nieuwsbrief van maart 2002.

¹³ Zaak C-92/00, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH en Stadt Wien*, arrest van 18 juni 2002.

De Stad Wenen heeft van deze mogelijkheid tot intrekking gebruikgemaakt bij de aanbesteding van een opdracht tot de levering van maaltijden in de vestigingen van de Wiener Krankenanstaltverbund. Nadat de offertes, waaronder die van *Hospital Ingenieure*, waren ingediend, trok de Stad Wenen de aanbesteding binnen de voor de gunning bepaalde termijn in. De reden was dat het oorspronkelijke masterplan was gewijzigd en dat het niet meer nodig was om een externe projectleider aan te stellen.

Hospital Ingenieure diende een beroep tot nietigverklaring van het besluit tot intrekking in. De Oostenrijkse Vergabekontrollsenat legde het Hof van Justitie als prejudiciële vragen voor:

- 1 of artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn¹⁴ verlangt dat het besluit van een aanbestedende dienst om een aanbesteding in te trekken in een beroepsprocedure kan worden getoetst en eventueel nietig kan worden verklaard;
- 2 indien dit antwoord bevestigend is, of de Rechtsbeschermingsrichtlijn of de richtlijn Diensten eraan in de weg staat dat een toetsing enkel is beperkt tot de vraag of de intrekking van de aanbesteding arbitrair of fictief heeft plaatsgevonden; en
- 3 welk tijdstip beslissend is voor de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit van de aanbestedende dienst om de aanbesteding in te trekken.

Het Hof van Justitie stelde in de eerste plaats vast dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst tot intrekking van een openbare procedure voor dienstverlening beroep moet openstaan.¹⁵ Het Hof bepaalde dat onder meer de doelstelling en het nuttig effect van de richtlijnen in het gedrang worden gebracht wanneer het de aanbestedende dienst vrijstaat een openbare aanbesteding in te trekken zonder een mogelijkheid van rechterlijke toetsing aan de materiële bepalingen uit de richtlijnen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen. Een besluit tot intrekking van een openbare procedure kan volgens het Hof nietig worden verklaard wegens schending van het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of van de desbetreffende nationale regelgeving. De aanbestedende dienst is op grond van de richtlijn Diensten verplicht om de redenen voor zijn besluit om de aanbesteding in te trekken aan de gegadigden en de inschrijvers mee te delen.¹⁶

Vervolgens bekeek het Hof de strekking van een rechterlijke toetsing door een nationale rechterlijke instantie. Het Hof concludeerde dat uit de Rechtsbeschermingsrichtlijn niet kan worden afgeleid dat de lidstaten de wettigheidstoetsing van het besluit tot intrekking van een aanbesteding mogen beperken tot een onderzoek of het besluit al dan niet arbitrair (of fictief) is. Ten slotte bepaalde het Hof dat het communautaire recht geen enkele bepaling bevat met betrekking tot een beslissend tijdstip voor de beoordeling van de wettigheid van het intrekkingbesluit. Het Hof stelde dan ook vast dat een dergelijk tijdstip bepaald dient te worden door het nationale recht.

Zowel de rechtspositie van deelnemers aan een aanbestedingsprocedure bij intrekking van de procedure door een aanbestedende dienst als hun rechtspositie bij intrekking van een gunningsbesluit en gunning van de opdracht aan een andere inschrijver zijn uit oogpunt van rechtsbescherming van groot belang. Uit het Alcatel-arrest van het Hof van Justitie van 28 oktober 1999 kan worden afgeleid dat uit de Rechtsbeschermingsrichtlijn voortvloeit dat een toetsing en vervolgens ongedaanmaking door een nationale rechter van een gunningsbesluit mogelijk moet zijn.

In de vorige kroniek is de vraag opgeworpen wat de gevolgen van het Alcatel-arrest voor Nederlandse aanbestedingsprocedures

zijn. Daarbij is erop gewezen dat in Nederland de gunning en het sluiten van een contract meestal samenvallen. Doordat contracten niet van rechtswege nietig zijn door schending van het aanbestedingsrecht,¹⁷ worden benadeelde inschrijvers door het sluiten van het contract voor een voldongen feit geplaatst. De auteur stelde dat het Alcatel-arrest zo uitgelegd kan worden dat door een aanbestedende dienst een bepaalde periode tussen gunning van een opdracht en het sluiten van een contract in acht genomen moet worden om inschrijvers de gelegenheid te bieden om het gunningsbesluit nietig te laten verklaren.¹⁸

Over de mogelijkheid tot toetsing en ongedaanmaking van een gunningsbesluit heeft het Hof van Justitie zich sinds de vorige kroniek niet meer uitgesproken. Wel zijn er twee uitspraken van het Hof Amsterdam die verband houden met deze problematiek en die vermeldenswaard zijn. In de zaak *RSA-Gemeente Lopik e.a.* hadden vijf gemeenten op 1 september 1999 een gunningsbesluit ten gunste van RSA en Meyra genomen. Kort na dit gunningsbesluit had RSR zich in kort geding tot de President van de Rechtbank Utrecht gewend. Ingevolge het vonnis van de President van 2 maart 2000 en een arrest van het Hof Amsterdam van 11 januari 2001 hebben de gemeenten een herevaluatie uitgevoerd. De gemeenten hebben vervolgens op basis van de herevaluatie hun keuze laten vallen op Welzorg en RSR.

De vraag die het Hof moest beantwoorden was of het gunningsbesluit van 1 september 1999 een overeenkomst had opgeleverd met RSA en Meyra. Onder verwijzing naar de bewoordingen en de bedoeling van het bestek oordeelde het Hof dat het gunningsbesluit in deze zaak niet kon worden gelijkgesteld met een aanvaarding van offertes als bedoeld in artikel 6:217 BW. De bewoordingen van het bestek maakten volgens het Hof duidelijk dat na het gunningsbesluit nog een overlegfase zou volgen teneinde tot een definitieve overeenkomst te komen. Het Alcatel-arrest brengt volgens het Hof met zich mee dat het de gemeenten ten opzichte van RSA en Meyra vrijstond om aan naleving van de Richtlijn Diensten voorrang te geven boven nakoming van de verbintenis jegens RSA en Meyra om uitvoering te geven aan de intentie op grond van het gunningsbesluit om met hen een overeenkomst aan te gaan. Het recht om nakoming te verlangen van deze verbintenis die uit het gunningsbesluit voortvloeit werd aan RSA en Meyra in het arrest van het Hof Amsterdam van 2 mei 2002 aan RSA en Meyra ontzegd.¹⁹

De omstandigheden van het geval (bewoordingen en doelstel-

¹⁴ 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. Artikel 2 lid 1 sub b bepaalt dat de lidstaten ervoor zorg dragen dat in een nationale beroepsprocedure de bevoegdheid bestaat onwettige besluiten nietig te verklaren c.q. nietig te doen verklaren.

¹⁵ Een besluit tot intrekking van de aanbesteding kan aangemerkt worden als een besluit in de zin van artikel 1 lid 1 van Richtlijn 89/665/EEG.

¹⁶ Zie artikel 12 lid 2 Richtlijn diensten.

¹⁷ Zie hierover de bespreking van het arrest van het Gerechtshof te 's-Hertogenbosch van 6 mei 1997 in de zaak *Uneto/De Vliert* in NTER 1997, 9.

¹⁸ NTER 2001, 11, p. 286.

¹⁹ Gerechtshof Amsterdam, 2 mei 2002, RSA en Meyra tegen de gemeenten Lopik, IJsselstein, Houten, Nieuwegein, Vianen en RSR, rolnummer 839/01KG.

ling van het bestek) maakten dat in de zaak *RSA-Gemeenten Lopik e.a.* met het gunningsbesluit geen overeenkomst tot stand was gekomen. Kort na dit arrest, heeft hetzelfde Hof zich uitgesproken over de toepassing van het Alcatel-arrest in een situatie waarin wel een contract tot stand was gekomen. In dit arrest van 3 oktober 2002 in de zaak *Doge Collection tegen Achmea e.a.*, stelde het Hof eerst vast dat Achmea een opdracht ten onrechte aan Sowecare en Fitform had gegund en dat met Sowecare en Fitform overeenkomsten waren gesloten. In het arrest werd door het Hof aan Achmea verboden om verder uitvoering te geven aan de resultaten van de aanbestedingsprocedure. Het Hof liet daarbij in het midden op welke wijze Achmea de leveringen, die het onderwerp waren van de aanbestedingsprocedure, zou kunnen realiseren. Het was volgens het Hof aan Achmea om te bezien op welke wijze zij de gebreken in de gevolgde aanbestedingsprocedure herstelt, hetzij door een herbeoordeling van de offertes uit te voeren met inachtneming van het arrest, hetzij door een nieuwe aanbestedingsprocedure te starten. Een andere opvatting zou volgens het Hof in strijd zijn met de Richtlijn Leveringen en de Rechtsbeschermingsrichtlijn, zoals uitgelegd in het Alcatel-arrest, aangezien Doge Collection tijdig tegen de gevolgde gunningsprocedure en de uitkomst daarvan bezwaar had aangetekend en er geen andere effectieve remedie was tegen schending van haar

rechten. Sowecare en Fitform konden volgens het Hof hun schade zo nodig op Achmea verhalen.

Met deze beide arresten heeft het Hof Amsterdam invulling gegeven aan haar verplichting op grond van artikel 10 EG-Verdrag, de algemene beginselen van EG-recht en de Rechtsbeschermingsrichtlijnen om de volle werking van het EG-aanbestedingsrecht te waarborgen. Door de positieve houding van de Amsterdamse en Luxemburgse rechters ten opzichte van vorderingen die strekken tot ongedaanmaking van de gevolgen van overeenkomsten die in strijd met het EG-aanbestedingsrecht zijn gesloten en van vorderingen die strekken tot vergoeding van schade in gevallen waarin het causale verband tussen de inbreuk en het mislopen van de opdracht niet kan worden aangetoond, worden potentiële gegadigden gestimuleerd om aan Europese aanbestedingen deel te nemen en om schendingen van de EG-aanbestedingsregels in rechte aan de kaak te stellen. Omdat de Europese Commissie over een beperkte capaciteit beschikt om op de naleving van de Europese aanbestedingsregels toe te zien en omdat de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht niet altijd duidelijk is, is een dergelijke stimulans van particuliere handhaving een goede zaak voor de naleving van de aanbestedingsregels.

advertentie

Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Rechtvaardigheid

Auteurs: J.W. de Zwaan, A.J. Bultena

ISBN: 90 1209 698 7

Prijs: € 55,-



Alles over het Justitie- en Binnenlandse Zaken-beleid van de Europese Unie in één gezaghebbend naslagwerk!

Justitie- en Binnenlandse Zaken-samenwerking (JBZ) staat hoog op de politieke, juridische en sociale agenda van de Europese Unie. Doelstelling is de ontwikkeling van één ruimte van vrijheid, veiligheid en rechtvaardigheid op Europees niveau.

Wilt u op de hoogte zijn van de stand van zaken, goed voorbereid zijn op toekomstige ontwikkelingen en hierop kunnen anticiperen? Dan biedt de uitgave *Ruimte van Vrijheid, Veiligheid en Rechtvaardigheid* u alle noodzakelijke informatie.

Dit naslagwerk geeft een compleet overzicht van verleden, heden en toekomst van het JBZ-beleid en daarmee samenhangende grensoverschrijdende juridische onderwerpen, zoals het Europees arrestatiebevel, internationaal terrorisme, mensensmokkel, drugs en fraude. Het bevat uitgebreide registers en verwijzingen naar nationale en internationale wet- en regelgeving en jurisprudentie. Dit 'handboek JBZ-samenwerking' is dan ook geschikt voor toepassing in de dagelijkse rechtspraak en bij beleidsuitvoering.

JBZ-samenwerking blijft ook de komende jaren prioriteit voor de Europese Unie.

Servicecentrum Uitgevers

Telefoon: (070) 378 98 80

Fax: (070) 378 97 83

E-mail: sdu@sdu.nl

Prijs is inclusief BTW en exclusief verzendkosten.
Prijswijzigingen voorbehouden.
Ook verkrijgbaar via de boekhandel.

Sdu Uitgevers



bron van informatie voor beslis-