

Het Alcatel-arrest

IOEA nieuwsbrief 27, januari 2003

1. Inleiding

Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof) heeft in het zogenaamde Alcatel-arrest¹ uitgesproken dat *“de lidstaten er voor moeten zorgen dat tegen een aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaand besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval een beroep kan worden ingesteld waarin de nietigverklaring² van dit besluit gevorderd kan worden (...) los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te krijgen ...”* Dit volgt naar het oordeel van het Hof uit de rechtsbeschermingsrichtlijn³.

De meningen (binnen en tussen de lidstaten) verschillen over hoe dit arrest moet worden geïnterpreteerd en of als gevolg van dit arrest de regelgeving in de lidstaten moet worden aangepast. Tot nu toe hebben alleen Duitsland en Oostenrijk hun regelgeving aangepast. Frankrijk heeft daarentegen alleen een circulaire gepubliceerd met het verzoek aan aanbestedende diensten om, waar mogelijk, een standstill termijn in acht te nemen. Gelet op deze verschillen van inzicht en in afwachting van meer duidelijkheid omtrent de strekking van het Alcatel-arrest ziet de Nederlandse overheid vooralsnog af van het wettelijk voorschrijven van een standstill termijn.

Afhankelijk van de ontwikkelingen (nog volgende jurisprudentie of mogelijke wijziging van de rechtsbeschermingsrichtlijn) zal te zijner tijd worden bezien in hoeverre wijziging van de nationale regelgeving noodzakelijk is. Ook al wordt wijziging van de regelgeving op dit moment niet nodig geacht, niettemin moeten aanbestedende diensten de aanbestedingsregels toepassen conform dit arrest van het Hof. Om een uniforme uitleg en toepassing door de Nederlandse aanbestedende diensten na deze Hofuitspraak te bevorderen wordt in deze nieuwsbrief – rekening houdend met de Nederlandse rechtssituatie –

een zogenaamde ‘best practice’ benadering aanbevolen. Uitgangspunt is daarbij dat voortaan gegund wordt onder de hierna geformuleerde opschortende voorwaarde. Een aantal aanbestedende diensten in Nederland werkt al op die wijze. Een aantal aanbestedende diensten werkt met een bericht tot voornemen van gunning gekoppeld aan een standstill termijn. Hoewel deze variant niet de eerste voorkeur van het IOEA heeft, kan hiermee evenwel het hetzelfde materiële effect worden bereikt als met de voorgestelde best practice benadering.

2. Alcatel-arrest

De Oostenrijkse aanbestedende dienst had verzuimd om de aanbieders aan wie de opdracht niet verleend zou worden (verder verliezers te noemen) te informeren omtrent de uitslag van de aanbestedingsprocedure (ofwel de gunningsbeslissing). Via de krant vernamen de verliezers dat er inmiddels een overeenkomst was gesloten met de uiteindelijke opdrachtnemer. De klagende verliezer kreeg van de rechter te horen dat deze onbevoegd was om de aanbestedende dienst op te dragen de uitvoering van de gesloten overeenkomst op te schorten. De klager kon alleen schadevergoeding krijgen. Volgens het Hof wordt met deze uitspraak afbreuk gedaan aan het doel van de rechtsbeschermingsrichtlijn, namelijk voorzien in een doeltreffende en snelle procedure van beroep⁴ tegen onwettige besluiten van de aanbestedende dienst in een fase waarin schendingen nog kunnen worden gecorrigeerd. Ook is het Hof van mening dat met de uitspraak van de Oostenrijkse rechter de daadwerkelijke naleving van de aanbestedingsrichtlijnen niet kan worden gewaarborgd: er kan immers geen beroep tot nietigverklaring tegen het gunningsbesluit worden ingesteld.

Deze Hofuitspraak maakt duidelijk dat het onvoldoende is, wanneer de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen in een lidstaat in de fase na de gunning beperkt is tot de mogelijkheid om een schadevergoedingsac-

tie in te stellen. Het moet daarnaast mogelijk zijn om een rechtsmiddel tot nietigverklaring tegen het gunningsbesluit in te stellen. Voorts maakt deze uitspraak duidelijk dat het resultaat van een dergelijke procedure moet kunnen zijn dat de keuze voor een bepaald aanbod, die in strijd met de voorschriften van de richtlijnen is gemaakt, wordt teruggedraaid (materieel ongedaan wordt gemaakt). Aan welke eisen ‘een beroep tot nietigverklaring van het gunningsbesluit’ precies moet voldoen is daarentegen niet duidelijk. Vanwege de specifieke Oostenrijkse situatie komt het Hof niet toe aan een concrete invulling hiervan. Wel valt uit de overwegingen van het Hof een nadere invulling af te leiden maar het is vooralsnog onduidelijk of het Hof ook inderdaad bedoeld heeft om die nadere invulling te geven. Vooralsnog gaat het IOEA ervan uit dat de lidstaten vrij zijn om te bepalen welk karakter een rechtsmiddel tot nietigverklaring moet hebben, zolang de gevolgen van een dergelijke procedure maar zijn dat het gunningsbesluit inhoudelijk kan worden getoetst en dat een keuze voor een bepaald aanbod kan worden teruggedraaid. Dat de lidstaten hierin vrij zijn, is in lijn met de uitgangspunten van de rechtsmiddelen- en aanbestedingsrichtlijnen, die mede vanwege het verschil van karakter van het aanbestedingsrecht in de lidstaten (soms civielrechtelijk en soms administratiefrechtelijk van karakter) evenmin iets regelen omtrent het karakter van de door de lidstaten te treffen voorzieningen.

3. Het Nederlandse rechtssysteem

Een gunningsbesluit kan worden aangevochten voor de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA) en door een civiele actie bij de burgerlijk rechter in te stellen met een beroep op onrechtmatige daad (in geval RvA ook met beroep op ‘toerekenbare tekortkoming’). Een gunningsbesluit kan niet via de bestuursrechter worden aangevochten (artikel 8:3 van de Algemene wet bestuursrecht). Via een civielrechtelijke procedure⁵ kan wor-

den bereikt dat een gunningsbesluit – ook al is de overeenkomst al gesloten – materieel ongedaan wordt gemaakt (zie noot 2). In een kort geding procedure⁶ (of spoedprocedure bij RvA) kunnen verschillende voorzieningen getroffen worden ter voorkoming van onrechtmatig handelen of tot opheffing van een onrechtmatige toestand, zoals: schorsing van de uitvoering van een overeenkomst of besluit, een bevel tot (her)aanbesteding, een bevel tot toelating tot inschrijving, en een verbod van gunning (aan een ander dan eiser of een met naam genoemde derde). De voorzieningenrechter (en RvA) kan deze voorzieningen treffen in de fase waarin nog geen overeenkomst tot stand is gekomen tussen de aanbestedende dienst en een aanbieder alsook in de fase waarin zo'n overeenkomst reeds tot stand gekomen is. In het laatste geval zal de aanbestedende dienst (ter uitvoering van de getroffen voorziening) veelal een reeds gesloten overeenkomst moeten ontbinden of de uitvoering ervan moeten opschorten. Het Nederlandse rechtssysteem voldoet daarmee aan de eisen zoals die voortvloeien uit de rechtsbeschermingsrichtlijn en de uitspraak van het Hof in het Alcatel-arrest.

Doordat in beginsel⁷ de overeenkomst met de enkele mededeling aan de winnaar tot stand komt, doet de situatie dat een verliezer vóór de totstandkoming van de overeenkomst in staat is om tegen de gunningsbeslissing een vordering uit onrechtmatige daad in te stellen zich in de praktijk weinig voor.

Gelet op het bovenstaande wordt de volgende handelwijze, ofwel 'best practice' aanbevolen aan aanbestedende diensten, opdat de aanbieder optimaal gebruik kan maken van de bestaande rechtsmiddelen. Het is daartoe van belang dat aanbestedende diensten de verliezers zo spoedig mogelijk informeren over de uitkomst van een aanbestedingsprocedure⁸. Deze kunnen dan zo snel mogelijk nadat zij in kennis zijn gesteld van het gunningsbesluit in kort geding opschorting van de uitvoering van de overeenkomst vorderen bij de rechter (resp. een spoedprocedure starten bij de RvA). Daarnaast kan de verliezer een bodemprocedure beginnen waarin hij bijvoorbeeld hernieuwde aanbesteding of schadevergoeding vordert.

Indien een kort geding aanhangig is gemaakt, adviseert het IOEA de aanbestedende dienst in afwachting van de uitspraak in kort geding/ spoedprocedure (resp. daaropvolgend hoger beroep) de uitvoering van de overeenkomst tijdelijk op te schorten.

4. Aanbevolen handelwijze voor aanbestedende diensten als 'best practice'

Gunning van een overeenkomst onder opschortende voorwaarde

1. In de aanbestedingsdocumentatie geeft een aanbestedende dienst aan dat met de aanbieder van de beste offerte een overeenkomst zal worden gesloten onder de opschortende voorwaarde dat gedurende een bepaalde termijn (zie punt 3) door belanghebbenden geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid rechtsmiddelen aan te wenden tegen het gunningsbesluit. Hiermee wordt bereikt dat de overeenkomst die tot stand komt door mededeling aan de winnende aanbieder vooralsnog geen werking heeft en die winnaar – in afwachting van eventuele procedures – nog geen nakoming kan vorderen.

2. De aanbestedende dienst stuurt direct na de keuze en gelijktijdig met de gunningsbrief (onder opschortende voorwaarde) aan iedere afgewezen inschrijver standaard (en niet pas nadat daartoe een schriftelijk verzoek is ontvangen zoals de richtlijn vermeldt) een afwijzingsbrief waarin opgenomen een korte motivering voor de reden van afwijzing, de kenmerkende en relatieve voordelen van de uitgekozen offerte en de naam van de begunstigde. Hierdoor is de afgewezen inschrijver in staat te beoordelen of het voor hem zinvol is om een rechtsmiddel in te stellen zonder dat hij daartoe eerst een schriftelijk verzoek moet indienen. Voorts verzoekt de aanbestedende dienst betrokkenen om binnen deze termijn (zie punt 3) schriftelijk mede te delen of zij actie tegen deze beslissing zullen ondernemen, en zo ja om een kopie van de inleidende dagvaarding mee te zenden.

3. De onder punt 1 en 2 vermelde termijn moet redelijk zijn. In beginsel bepaalt een aanbestedende dienst zelf wat redelijk is. Naar de mening van het IOEA zou een dergelijke termijn tot ten minste 15 dagen na dagtekening van de schriftelijke mededeling

moeten lopen. Afhankelijk van de opdracht (inhoud, aantal of de bekendheid van de inschrijvers of al reeds gerezen problemen tijdens de procedure), de gevolgde aanbestedingsprocedure (openbaar, onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging vanwege dringende spoed) of de gekozen geschillenbeslechtsingsprocedure (bijv. spoedprocedure bij de RvA etc.) kan de aanbestedende dienst voor een langere of kortere termijn kiezen.

4. Binnen de – in de brief vermelde – termijn kan een verliezer, al dan niet na navraag bij de aanbestedende dienst waarom de opdracht niet aan hem werd gegund, een kort geding of een spoedprocedure tegen die beslissing aanspannen. In het geval er (gerechtelijke) stappen worden ondernomen adviseert het IOEA in ieder geval de uitspraak in kort geding of spoedprocedure af te wachten (tenzij zeer dringende omstandigheden zich hiertegen verzetten). Vervolgens moet de aanbestedende dienst naar bevind van zaken handelen omdat niet in alle gevallen gevegd kan worden dat een aanbestedende dienst ook de uitspraak in hoger beroep (kort geding) of de bodemprocedure afwacht. Indien een aanbestedende dienst ondanks een in gang gezette (gerechtelijke) actie de uitvoering van de aanbestedingsprocedure of van het contract voortzet moet hij overigens wel rekening houden met een eventueel risico van schadeclaims.

Op de EZ website www.europeseaanbestedingsrichtlijnen.nl wordt op korte termijn een nadere uitwerking opgenomen van deze best practice, zoals voorbeeldformuleringen in het aanbestedingsdocument, in de brief voor mededeling van het gunningsbesluit en in het contract.

NB. Aan deze interpretatie kunnen geen rechten worden ontleend. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen zal – mocht het tot een uitspraak komen – uiteindelijk bepalen of de hier vermelde interpretatie van de richtlijnen en van het arrest juist is.

¹ Alcatel Austria A.G (zaak C-81/98) op 28 oktober 1999.

² Onder vernietiging in de zin van richtlijn 89/665/EEG moet worden verstaan het materieel ongedaan maken van de gunning.

³ Artikel 2 van 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 diensten, leveringen en voor de uitvoering van werken.

⁴ Waar het Hof in het arrest spreekt van beroep moet hieronder rechtsmiddel worden verstaan. Ook de term "onwettige besluiten" dient niet als formele besluiten (in de zin van de AWB) te worden geïnterpreteerd maar op het materiële effect van het handelen van de aanbestedende dienst te worden beoordeeld.

⁵ In procedures voor de RvA kunnen in beginsel dezelfde voorzieningen worden verkregen als voor de burgerlijke rechter.

⁶ In bodemprocedures kan de civiele rechter een verklaring voor recht geven, bijvoorbeeld inhoudende dat de laagste inschrijver niet aan de geschiktheidseisen voldoet (de RvA kan dit ook in kort geding), of oordelen dat door de aanbestedende dienst schadevergoeding moet worden betaald.

⁷ Titel 5 van boek 6 van het Burgerlijk Wetboek is zgn. 'regelend recht'. Van een uitzondering op het uitgangspunt dat een overeenkomst tot stand komt door een aanbod en de aanvaarding daarvan is bijv. sprake indien de Algemene Rijks Inkoopvoorwaarden (ARIV) van toepassing zijn verklaard, omdat daarin is bepaald dat eerst sprake is van een overeenkomst op het moment dat de schriftelijke overeenkomst is gesloten.

⁸ De verplichting hiertoe bestaat reeds in de huidige richtlijnen (bijv. in art. 12, tweede lid richtlijn diensten) en in geval van een schriftelijk verzoek (eerste lid) met opgave van de reden van afwijzing, de kenmerkende en relatieve voordelen van de uitgekozen offerte en de naam van de begunstigde.