

Vergaderjaar 2008–2009

32 027

Implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden)

Nr. 3

MEMORIE VAN TOELICHTING

I. ALGEMEEN

1. Aanleiding voor het wetsvoorstel

Dit wetsvoorstel strekt tot implementatie van de eind 2007 vastgestelde Europese richtlijn waarmee de bestaande richtlijnen over beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten zijn gewijzigd (Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU L 335) tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten hierna: de «wijzigingsrichtlijn»). Deze richtlijn moet uiterlijk 20 december 2009 zijn geïmplementeerd.

Met de wijzigingsrichtlijn wordt beoogd de werking van de bestaande richtlijnen te verbeteren en daarin verduidelijkingen aan te brengen die voortkomen uit arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Daartoe voorziet de wijzigingsrichtlijn in een verplicht in acht te nemen termijn waarbinnen betrokken inschrijvers en gegadigden doeltreffend beroep kunnen instellen tegen een gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst vóórdat de aanbestedende dienst overgaat tot het sluiten van een overeenkomst met een beoogde wederpartij. Voorts regelt de wijzigingsrichtlijn dat een overeenkomst die door een aanbestedende dienst is gesloten zonder dat deze termijn in acht is genomen of zonder dat een verplichte voorafgaande bekendmaking van de opdracht heeft plaatsgevonden onverbindend kan worden verklaard. Overeenkomstig de algemeen geldende uitgangspunten bij de implementatie van Europese regelingen zijn in het wetsvoorstel geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn. Met het wetsvoorstel wordt de reeds bestaande rechtsbescherming van het burgerlijk (proces-)recht aangevuld. De burgerlijke rechter is bevoegd geschillen over aanbestedingsovereenkomsten te beslechten, al dan niet bij wijze van voorlopige voorziening. In paragraaf 2 wordt nader ingegaan op de inbedding van dit wetsvoorstel in het systeem van rechtsbescherming bij aanbesteden. Een element van de wijzigingsrichtlijn past niet binnen de opzet van het huidige Nederlandse systeem van rechtsbescherming: het

opleggen van een boete aan de aanbestedende dienst. In het wetsvoorstel is hiervoor een bijzondere regeling opgenomen.

De implementatie van de wijzigingsrichtlijn is opgenomen in een op zich zelf staande wet. De regering heeft overwogen om het wetsvoorstel samen te nemen met nieuwe wetgeving op het gebied van aanbesteden. Een voordeel hiervan zou zijn dat alle wetgeving omtrent aanbesteden direct op een plaats zou zijn vastgelegd.

Er is echter gekozen voor implementatie door middel van een apart wetsvoorstel. Het wetsvoorstel regelt de rechtsbescherming bij aanbestedingen in aanvulling op de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Rechtsvordering. Een aantal bepalingen in de wijzigingsrichtlijn zijn op dit moment opgenomen in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (hierna: Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (hierna: Bass). Deze bepalingen worden in dit wetsvoorstel samengevoegd met enkele nieuwe bepalingen uit de wijzigingsrichtlijn. Het wetsvoorstel vormt een definitieve regeling voor de rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures. Het wetsvoorstel zal uiteindelijk worden samengevoegd met het aangekondigde wetsvoorstel voor een nieuwe Aanbestedingswet. Dit betreft een zuiver wetstechnische aangelegenheid.

De reden om het wetsvoorstel vooruitlopend op nieuwe regelgeving inzake aanbesteden in te dienen, is de wens de rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures niet uit de pas te laten lopen met de rechtsbescherming die ondernemers op grond van de wijzigingsrichtlijn toekomt. Daarnaast zou bij uitgestelde behandeling de implementatietermijn van de wijzigingsrichtlijn niet gehaald worden. Deze aanpak sluit aan bij het kabinetsbeleid om implementatie van Europese richtlijnen te scheiden van nationaal beleid (zie onder meer Kamerstukken II, 2007/08, 29 515 en 29 826, nr. 222).

Het voorliggende wetsvoorstel noopt overigens tot een beperkte aanpassing van het Bao en het Bass, met name doordat enkele bepalingen uit die besluiten in licht gewijzigde vorm in dit wetsvoorstel zijn opgenomen. Op het moment dat dit wetsvoorstel in werking zal treden, zullen het Bao en het Bass worden aangepast zodat deze geen bepalingen meer bevatten die overlappen met de bepalingen van dit wetsvoorstel.

De opbouw van het algemeen deel van deze toelichting is als volgt. In paragraaf 2 wordt de inbedding van dit wetsvoorstel in het meeromvattende stelsel van rechtsbescherming beschreven. In paragraaf 3 wordt ingegaan op de bestaande rechtsbeschermingsrichtlijnen, de door de Europese Commissie geconstateerde zwakke punten in de huidige rechtsbescherming en de ter zake voorgestane verbeteringen. In paragraaf 4 worden de wijzigingsrichtlijn en de implementatie daarvan toegelicht. In paragraaf 5 worden de resultaten van de gehouden consultatie kort toegelicht. In paragraaf 6 wordt ingegaan op administratieve lasten, bedrijfs-effecten en effecten voor de rechterlijke macht, mede als resultaat van de reacties die zijn verkregen naar aanleiding van de consultatie die is gehouden over het wetsvoorstel. Een transponeringstabel waaruit blijkt via welke nationale wettelijke bepalingen de richtlijnartikelen specifiek zijn geïmplementeerd is achter de artikelsgewijze toelichting gevoegd.

2. Plaats van dit wetsvoorstel in het systeem van rechtsbescherming

Dit wetsvoorstel is een onderdeel van een meeromvattend stelsel van rechtsbescherming bij overeenkomsten die gesloten zijn met een aanbestedende dienst. Het wetsvoorstel vult aan hetgeen op grond van de gewijzigde richtlijnen nrs. 89/665/EG¹ en 92/13/EEG² nog niet in het bestaande stelsel was opgenomen. In deze paragraaf wordt beknopt weergegeven welke rechtsbeschermingsmiddelen reeds beschikbaar zijn voor partijen die benadeeld zijn door een gunningsbeslissing.

¹ Richtlijn 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 (PB L 395), zoals deze laatstelijk is gewijzigd bij richtlijn nr. 92/50/EEG van de Raad van 18 juni 1992 (PbEG L 209).

² Richtlijn 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 (PB L 76) zoals deze laatstelijk is gewijzigd bij richtlijn nr. 2006/97/EG van de Raad van 20 november 2006 (PbEG L 363).

De rechtsbeschermingsrichtlijnen nrs. 89/665/EG en 92/13/EEG coördineren de nationale bepalingen over de beroepsmogelijkheden bij schending van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. Zij verplichten lidstaten ervoor te zorgen dat doeltreffende en snelle rechtsmiddelen voor ondernemers ter beschikking staan wanneer zij zich benadeeld achten door een beslissing van een aanbestedende dienst. Daartoe behoort de mogelijkheid dat een voorlopige voorziening getroffen wordt zoals opschorting van een lopende aanbestedingsprocedure, en de mogelijkheid dat aan benadeelden schadevergoeding wordt toegekend. Aangezien de bestaande Nederlandse wetgeving reeds in deze mogelijkheden voorziet, zijn de rechtsbeschermingsrichtlijnen destijds zonder maatregelen geïmplementeerd. Op grond van het bestaande Nederlandse burgerlijk (proces-)recht zijn de bedoelde mogelijkheden immers aanwezig. Het is in Nederland reeds gebruikelijk dat in het kader van een procedure genomen beslissingen van een aanbestedende dienst voor de burgerlijk rechter kunnen worden aangevochten.

Bij aanbestedingsgeschillen is het mogelijk om arbitrage overeen te komen. Dit kan een snel en goedkoop alternatief vormen voor een kort geding of bodemprocedure bij de civiel rechter. Arbitrage moet wel voldoen aan de eisen die de rechtsbeschermingsrichtlijn eraan stelt. Omdat er eerder een zekere spanning was geconstateerd met betrekking tot arbitrage (zie o.m. Kamerstukken II 2005–06 30501, nr. 4, pagina 4–5) is in artikel 20 van dit voorstel een voorziening opgenomen om de spanning weg te nemen.

De richtlijnen nrs. 89/665/EG en 92/13/EEG verlangen van de lidstaat dat de rechter effectief kan ingrijpen in onrechtmatige procedures. Mede op grond van de artikelen 1 en 2 van de reeds bestaande richtlijnen nrs. 89/665/EG en 92/13/EEG, staan de volgende maatregelen ter beschikking aan een belanghebbende.

2.1 Voorlopige voorziening

Op grond van artikel 254 van het Wetboek van Burgerlijk Rechtsvordering is het mogelijk een voorlopig voorziening, uitvoerbaar bij voorraad, te vragen bij de civiele rechter. Hiermee is mede voorzien in de mogelijkheid van een kort geding die artikel 2, eerste lid, eerste gedachtestreepje, van richtlijn nr. 89/665/EG verlangd.

De meeste aanbestedingszaken spelen enkel in kort geding. De beslissing van een rechter in kort geding is per definitie voorlopig van aard. Krachtens artikel 257 van het Wetboek van Rechtsvordering bindt een voorlopige voorziening de bodemrechter juridisch niet; de voorziening heeft geen kracht van gewijsde. In een kort geding kunnen mede daardoor geen declaratoire of constitutieve vonnissen gewezen worden. Dat staat er niet aan in de weg dat de rechter in kort geding soms voorlopige voorzieningen treft waarvan de gevolgen materieel niet meer herstelbaar zijn. Indien spoedeisendheid aanwezig is en de gevraagde voorziening wordt gerechtvaardigd door een billijke afweging van de belangen van partijen, is de voorzieningenrechter hiertoe bevoegd. De voorzieningenrechter kan onder meer tot de volgende uitspraken komen, indien er nog geen overeenkomst is gesloten:

- bevel tot afbreken/gestaakt houden van aanbestedingsprocedure;
- bevel tot heraanbesteding;
- bevel tot aanbesteding (indien ten onrechte onderhands is gegund);
- bevel tot toelating van de klagende partij tot de inschrijving of onderhandelingen;
- bevel tot herbeoordeling van de inschrijving;
- bevel tot gunning aan eiser;
- verbod op gunning aan ander dan eiser;
- verbod op heraanbesteding;
- verbod op gunning aan een derde.

De Nederlandse rechter beschikt over voldoende instrumenten om effectief in te grijpen in onrechtmatige procedures. De voorzieningenrechter beschikt immers over de instrumenten om de effecten van beslissingen te annuleren. Zo kan hij op vordering van een belanghebbende onder meer geclausuleerd bevelen om de aanbesteding over te doen met aangepaste selectie- of gunningscriteria, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de procedure. Indien een overeenkomst al is gesloten of vlak voor de uitspraak van de rechter wordt gesloten, dan kan de voorzieningenrechter ook de volgende vonnissen geven:

- verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst;
- gebod om de overeenkomst op te zeggen dan wel te beëindigen op grond van een wettelijke of contractuele bevoegdheid.

2.2 Schadevergoeding

Naast de mogelijkheid om in kort geding voorzieningen te vorderen verplicht artikel 2, eerste lid, van richtlijn nr. 89/665/EG ook tot de mogelijkheid om de geleden schade te vergoeden. De grondslag voor de schadevergoeding is dan het onrechtmatig of onwetmatig handelen van de aanbestedende dienst. In artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk wetboek is een schadevergoedingsplicht opgenomen in geval schade geleden wordt door onrechtmatig gedrag van een ander.

3. Evaluatie van de bestaande rechtsbeschermingsrichtlijnen

Om te bepalen of de rechtsbeschermingsrichtlijnen in de praktijk voldoende effect sorteerden heeft de Europese Commissie een consultatie onder belanghebbende partijen uitgevoerd. Daarbij zijn twee hoofdproblemen naar voren gekomen.

In de eerste plaats wijst de praktijk uit dat aanbestedende diensten dikwijls dermate snel toewerken naar het sluiten van de aanbestedingsovereenkomst, dat ondernemers die zich in de aanbestedingsprocedure benadeeld achten de mogelijkheid wordt ontnomen om doeltreffend rechtsmiddelen aan te wenden vóórdat de overeenkomst gesloten is. Daarbij is van belang dat door het sluiten van de overeenkomst de gevolgen van een betwiste gunningsbeslissing feitelijk vrijwel altijd onomkeerbaar worden. Bij gebrek aan specifieke termijnen en regelingen om de totstandkoming van een aanbestedingsovereenkomst waarvan de gunning wordt betwist tijdig op te schorten, varieert de doeltreffendheid van de beroepsprocedures sterk van lidstaat tot lidstaat. Dit is ook naar voren gekomen in jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. In de arresten *Alcatel Austria* (C-81/1998) en *Commissie/Oostenrijk* (C-212/02) heeft het Hof uitspraak gedaan over de doeltreffendheid van de beroepsmechanismen in de precontractuele fase van aanbestedingsprocedures. In het Oostenrijkse stelsel dat in genoemde zaken ter beoordeling stond, vallen de gunningsbeslissing en de totstandkoming van de overeenkomst tussen aanbestedende dienst en de geselecteerde inschrijver samen. Ook in Nederland was dat tot voor enkele jaren geleden doorgaans het geval. Daarmee was in de praktijk geen afzonderlijk beroep mogelijk tegen de gunningsbeslissing, zodat voor belanghebbenden enkel een vordering van schadevergoeding resteerde. Het Hof oordeelde in de eerstgenoemde zaak dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen de beslissing die voorafgaat aan het sluiten van de overeenkomst waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval beroep kan worden ingesteld. De verzoeker moet dan de nietigverklaring van deze beslissing kunnen vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding

te verkrijgen. Het Hof bepaalde in de zaak Commissie/Oostenrijk vervolgens dat een afgewezen inschrijver de geldigheid van de gunningsbeslissing tijdig moet kunnen onderzoeken. Daaruit volgt dat er een redelijke termijn moet verlopen tussen de mededeling van de gunningsbeslissing aan de afgewezen inschrijvers en het sluiten van de overeenkomst, zodat de mogelijkheid bestaat om voorlopige maatregelen te verzoeken voordat de overeenkomst is gesloten. Het Hof introduceerde hiermee een opschortende termijn (*standstill*) tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst. In de praktijk bleek dat die termijn op verschillende manieren ten uitvoer werd gebracht, en een aantal lidstaten geen of onvoldoende maatregelen heeft genomen waarmee de opschortende termijn doeltreffend voor alle overeenkomsten die vallen onder de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijnen wordt toegepast. Nederland heeft op dit punt indertijd het Bao en het Bass aangepast door in artikel 55, tweede lid, respectievelijk 57, tweede lid, deze opschortende termijn voor te schrijven.

In de tweede plaats kwam naar voren het gebrek aan doeltreffende rechtsmiddelen om onwettig onderhands gegunde overheidsopdrachten tegen te gaan. De mogelijkheid voor een ondernemer om in actie te komen tegen een aanbestedende dienst die in strijd met de aanbestedingsvoorschriften een overheidsopdracht heeft gegund zonder bekendmaking of concurrentiestelling blijft feitelijk vaak beperkt tot een vordering tot schadevergoeding. Er ontstaat dan geen verplichting voor de aanbestedende diensten om de onwettig gegunde opdracht opnieuw en in concurrentie aan te besteden. Een vordering tot schadevergoeding werkt in de praktijk evenwel niet voldoende afschrikwekkend voor aanbestedende diensten, onder meer vanwege de last die rust op de benadeelde ondernemingen om te bewijzen dat zij een serieuze kans maakten om de opdracht in de wacht te slepen.

Gelet op het doel dat de rechtsbeschermingsrichtlijn nastreeft om in doeltreffende en snelle rechtsbescherming, met name door voorlopige maatregelen, te voorzien, heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het arrest Stadt Halle (C-26/03) bepaald dat de lidstaten de mogelijkheid van het instellen van beroep niet afhankelijk mogen stellen van het formeel bereiken van een bepaald stadium in de betrokken aanbestedingsprocedure. In deze zaak was sprake van een onderhands gegunde overheidsopdracht. Het Hof bepaalde dat het ontbreken van een formele aanbestedingsprocedure de rechtsbeschermingsrichtlijnen niet terzijde schuift. De daarmee beoogde beroepsmogelijkheid staat open voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van de betrokken opdracht en die door een beweerde schending is of dreigt te worden geschaad, zodra sprake is van de wilsuiking van de aanbestedende dienst die rechtsgevolgen kan hebben.

Naast deze gesignaleerde hoofdproblemen is door de Europese Commissie vastgesteld dat de in rechtsbeschermingsrichtlijn nr. 92/13/EEG neergelegde vrijwillige verificatieregeling vrijwel niet is gebruikt. Met die regeling konden aanbestedende diensten door middel van regelmatige controles de conformiteit van hun aanbestedingsprocedures laten vaststellen. Deze regeling heeft dan ook niet kunnen bijdragen aan het doel om een aanzienlijk aantal inbreuken op de aanbestedingsrichtlijnen te voorkomen.

Voorts heeft de Europese Commissie geconstateerd dat het in richtlijn nr. 92/13/EEG neergelegde bemiddelingsmechanisme niet op werkelijke belangstelling van ondernemers heeft kunnen rekenen. Met de bemiddelingsprocedure werd beoogd op snelle en eenvoudige wijze geschillen over de naleving van aanbestedingsvoorschriften te beslechten. Hierbij is als problematisch ervaren het ontbreken van de mogelijkheid bindende voorlopige maatregelen te verkrijgen, de bijzonder korte termijnen waarbinnen bemiddeling gerealiseerd zou moeten worden, en de moeilijkheid

om in iedere lidstaat voldoende onafhankelijke bemiddelaars beschikbaar te hebben.

De evaluatie van de bestaande rechtsbeschermingsrichtlijnen heeft de Europese Commissie doen besluiten een voorstel te doen tot wijziging van die richtlijnen. Zodoende kunnen de sterke verschillen tussen de lidstaten op het gebied van de doeltreffendheid van de beroepsmogelijkheden voor ondernemingen worden verkleind en de rechtszekerheid verbeterd. Door beroepsmogelijkheden doeltreffender te maken worden de aanbestedende diensten ertoe aangezet hun opdrachten beter bekend te maken en de concurrentie meer ruimte te bieden, hetgeen alle betrokkenen ten goede komt. Nederland heeft de totstandkoming van die wijziging in algemene zin gesteund.

4. De wijzigingsrichtlijn en de implementatie in nationale wetgeving

De voorschriften van de wijzigingsrichtlijn zijn te onderscheiden in regels die betrekking hebben op de fase waarin een beslissing tot gunning door de aanbestedende is genomen maar nog geen daarmee beoogde overeenkomst is gesloten, en regels die betrekking hebben op de fase nadat een overeenkomst is gesloten. Met behulp van dit onderscheid worden de richtlijnvoorschriften en de implementatie daarvan hieronder toegelicht.

4.1 Precontractuele fase: de opschortende termijn

De wijzigingsrichtlijn vereist dat aanbestedende diensten na een beslissing tot gunning van een overheidsopdracht het sluiten van de daarmee beoogde overeenkomst opschorten met een termijn van minimaal vijftien kalenderdagen vanaf het tijdstip waarop de gunningsbeslissing is meegedeeld aan de betrokken inschrijvers of gegadigden. Ingeval van elektronische verzending van de mededeling kan de minimum termijn tien dagen zijn.

Naar aanleiding van de reacties op het conceptwetsvoorstel in de consultatie, wordt vastgehouden aan een eenduidige termijnstelling van vijftien kalenderdagen. Betrokken inschrijvers en gegadigden, voor zover nog niet afgewezen, wordt zo voldoende tijd geboden om de gunningsbeslissing te onderzoeken en te beoordelen of zij beroep willen instellen tegen de beslissing. Uit de reacties op de consultatie van het conceptwetsvoorstel bleek dat de huidige vijftien kalenderdagen veelal voldoet, mits de gunningsbeslissing elektronisch verzonden wordt. In het wetsvoorstel wordt daarom ook vastgehouden aan de verplichting om de mededeling elektronisch te verzenden.

De termijn van vijftien kalenderdagen komt overeen met de huidige termijn die in artikel 55, tweede lid, van het Bao is opgenomen. De termijn van vijftien kalenderdagen begint te lopen de dag na (elektronische) verzending van de gunningsbeslissing. De termijn eindigt op het einde van het laatste uur van de laatste dag van de termijn. Wanneer de termijn eindigt op een zaterdag, zondag of een door de betreffende Lidstaat, of Instelling van de Gemeenschap, erkende nationale feestdag, dan eindigt de termijn op het laatste uur van de daaropvolgende werkdag. De richtlijn volgt hiermee hetgeen verordening nr. 1182/71/EEG¹ bepaalt aangaande termijnen. Elk jaar publiceert de Europese Commissie in het Publicatieblad van de Europese Unie de geldende nationale feestdagen voor dat jaar. Op het moment dat de betrokken inschrijvers door de aanbestedende dienst in kennis worden gesteld van de gunningsbeslissing, moeten zij ook alle relevante informatie ontvangen om een doeltreffend beroep in te kunnen instellen. Hetzelfde geldt voor gegadigden voor zover de aanbestedende dienst hen niet tijdig de informatie ter beschikking heeft gesteld over de afwijzing van hun inschrijving. De wijzigingsrichtlijn geeft aan dat de kennisgeving van de gunningsbeslissing een samenvattende beschrij-

¹ Verordening (EEG, Euratom) nr. 1182/71 van de Raad van 3 juni 1971 houdende vaststelling van de regels die van toepassing zijn op termijnen, data en aanvangs- en vervaltijden.

ving van de relevante redenen van afwijzing van de inschrijving moet geven, zoals omschreven in artikel 41 van richtlijn nr. 2004/18/EG en in artikel 49 van richtlijn nr. 2004/17/EG. Het toezenden van de *samenvattende* beschrijving van de relevante redenen van de afwijzing zal aan de inschrijver in veel gevallen onvoldoende houvast bieden om te kunnen beoordelen of het aanhangig maken van een juridische procedure zinvol is. Bij twijfel zal de inschrijver vaak ervoor kiezen om een procedure op te starten voor de termijn verstreken is, zodat in ieder geval voorkomen wordt dat de overeenkomst gesloten wordt. Een dergelijke juridisering is onwenselijk en kan voorkomen worden door de gunningsbeslissing transparant te motiveren. In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om daartoe de verplichting te expliciteren. Indien de aanbestedende dienst het criterium «economisch meest voordelige inschrijving» gebruikt, heeft deze voor de beoordeling van de inschrijvingen scores toegekend en op basis van de scores een rangschikking gemaakt. Het ligt dan in de rede dat de scores en relatieve positie ten opzichte van de «winnaar» meegezonden worden als onderbouwing van de gunningsbeslissing. Een precieze invulling hangt veelal af van de omstandigheden van het geval, maar de relevante redenen kunnen onder meer de volgende elementen omvatten:

- bekendmaking van de eindscores zowel van de afgewezen inschrijver als van de geselecteerde ondernemer;
- de scores van de afgewezen inschrijver op specifieke kenmerken, en de reden waarom op dat specifieke kenmerk eventueel niet de maximale score is toegekend;
- verduidelijking van de toepassing van de gehanteerde criteria bij gunning volgens het criterium economisch meest voordelige inschrijving.

Bij de verschafte informatie dient de aanbestedende dienst ook aan te geven over welke termijn de inschrijvers en gegadigden daadwerkelijk beschikken om een beroepsprocedure in te stellen. Deze termijn gaat lopen op de dag na de verzending van de mededeling en bedraagt minimaal vijftien kalenderdagen. Een langere termijn dan vijftien dagen is in ieder geval mogelijk, en in bepaalde gevallen zeer wenselijk. In geval van complexe projecten is het goed gebruik dat er voldoende tijd geboden wordt om kennis te nemen van de gunningsbeslissing en de gelegenheid te bieden om nadere motivering te vragen. Een mogelijkheid is dat de aanbestedende dienst eerst een voorlopige gunningsbeslissing verzendt met de mogelijkheid tot het vragen om nadere inlichtingen en motivering binnen een bepaalde termijn. In dat geval, wanneer de ondernemers binnen die termijn om nadere informatie verzoeken, begint de opschortende termijn pas te lopen op het moment dat die informatie is verstrekt. Niet alleen dient iedere betrokken inschrijver een kennisgeving van de gunningsbeslissing te ontvangen, in bepaalde gevallen ook iedere betrokken gegadigde. Dit is enkel het geval wanneer de gegadigde geen informatie heeft ontvangen van de aanbestedende dienst over de afwijzing van zijn verzoek tot inschrijving (ruim) voordat aan inschrijvers de gunningsbeslissing wordt verzonden. Wanneer de betrokken gegadigde reeds de afwijzing heeft ontvangen, dan hoeft de aanbestedende dienst de gunningsbeslissing niet meer aan gegadigden te sturen. De gedachte is dat een ondernemer die bij de aanbestedende dienst kenbaar heeft gemaakt te willen inschrijven op een opdracht, altijd gemotiveerd verneemt van de aanbestedende dienst of hij daarvoor wordt uitgenodigd of niet.

De opschortende termijn is niet vereist indien overeenkomstig richtlijn nr. 2004/17/EG of richtlijn nr. 2004/18/EG geen voorafgaande bekendmaking van de aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie is vereist. In die gevallen volstaat het voorzien in doeltreffende beroepsprocedures na de sluiting van de overeenkomst. De opschortende termijn is ook niet vereist indien enkel de inschrijver aan wie de opdracht wordt gegund betrokken is en er geen gegadigden zijn. In

dat geval zijn er in de inschrijvingsprocedure geen andere betrokkenen meer die belang hebben bij het ontvangen van de kennisgeving en bij het gebruikmaken van een opschortende termijn die een doeltreffend beroep mogelijk maakt. Tenslotte is de opschortende termijn ook niet vereist indien overeenkomstig de gevallen als bedoeld in artikel 32 van richtlijn nr. 2004/18/EG voor opdrachten op grond van een raamovereenkomst geen voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie is vereist, of in gevallen als bedoeld in artikel 33 van richtlijn nr. 2004/18/EG of artikel 15 van richtlijn nr. 2004/17/EG voor opdrachten op grond van een dynamisch aankoopstelsel geen voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie is vereist. In het verlengde van de opschortende termijn die geldt na de gunning van een overheidsopdracht, voorziet de wijzigingsrichtlijn erin dat indien daadwerkelijk beroep bij de rechter wordt ingesteld binnen de termijn, het sluiten van de overeenkomst verdergaand moet worden opgeschort, namelijk totdat de beroepsinstantie een besluit op het beroep heeft genomen. Dit belet de beroepsinstantie niet eerst na te gaan of het beroep als dusdanig ontvankelijk is. De wijzigingsrichtlijn laat het aan de lidstaten om te bepalen of deze periode eindigt hetzij wanneer de beroepsinstantie een besluit heeft genomen over een verzoek tot voorlopige maatregelen, inclusief een besluit over een verdere opschorting van de sluiting van de overeenkomst, hetzij wanneer de beroepsinstantie een besluit ten gronde over de zaak heeft genomen, met name over het verzoek tot vernietiging van een onwettig genomen besluit. In het wetsvoorstel is de keuze gemaakt om opschorting te beperken tot de situatie waarin de rechter is verzocht om een voorlopige voorziening te treffen. Het aanbrenge van een zaak ten gronde schort de termijn niet op. Daarmee wordt enerzijds een reële termijn gewaarborgd om effectief tegen een gunningsbeslissing op te komen, en wordt anderzijds vermeden dat het sluiten van een overeenkomst door het enkel instellen van een zaak ten gronde voor lange tijd kan worden geblokkeerd. Door deze laatste mogelijkheid uit te sluiten, wordt voorkomen dat een ontevreden inschrijver de aanbestedende dienst *de facto* dwingt tot het nogmaals aanbesteden van de opdracht zonder dat een rechter het verloop van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure heeft kunnen beoordelen.

4.2 *Postcontractuele fase: sancties bij onwettige gunning van opdrachten*

4.2.1 Onverbindendheid en beroepstermijnen

In een beperkt aantal gevallen verplicht de wijzigingsrichtlijn dat een door de aanbestedende dienst onwettig gesloten overeenkomst onverbindend wordt verklaard. Om redenen van rechtszekerheid voor zowel de aanbestedende dienst die een overeenkomst heeft gesloten als de ondernemer die de opdracht gegund heeft gekregen, bepaalt de wijzigingsrichtlijn dat de onverbindendheid van een overeenkomst slechts gedurende een bepaalde termijn door benadeelde partijen kan worden ingeroepen. De lidstaten dienen een redelijke minimale termijn vast te stellen binnen welke tijd het beroep dat beoogt de overeenkomst onverbindend te laten verklaren, moet worden ingesteld. De wijzigingsrichtlijn gaat daarbij als hoofdregel uit van een termijn van minimaal zes maanden na het sluiten van de overeenkomst.

De wijzigingsrichtlijn geeft lidstaten de mogelijkheid de termijn van minimaal zes maanden te beperken tot een termijn van minimaal 30 dagen in geval van twee uitzonderingen:

1. wanneer de aanbestedende dienst de aankondiging van de gegunde opdracht algemeen bekend maakt overeenkomstig artikel 35, lid 4, en artikel 36 en 37 van richtlijn nr. 2004/18/EG, en artikelen 43 en 44 van richtlijn nr. 2004/17/EG, op voorwaarde dat deze aankondiging onder

meer ook de rechtvaardiging van de beslissing van de aanbestedende dienst bevat om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie;

2. wanneer de aanbestedende dienst de betrokken inschrijvers en gegadigden in kennis stelde van de sluiting van de overeenkomst op voorwaarde dat de kennisgeving vergezeld gaat van een samenvattende beschrijving van de relevante redenen bedoeld in artikel 41, lid 2, van richtlijn nr. 2004/18/EG (onder voorbehoud van lid 3 van dat artikel) en artikel 49, lid 2, van richtlijn nr. 2004/17/EG.

Gelet op de reacties op de consultatie, zijn in het wetsvoorstel de twee mogelijkheden tot het verkorten van de beroepstermijn opgenomen. Vrijwel alle reagerende partijen gaven aan dat voor hen op dit punt de voordelen van transparantie en het daaraan gekoppelde eerder intreden van rechtszekerheid zwaar wegen. Doordat de aanbestedende dienst op deze wijze transparant handelt, is voor geïnteresseerde ondernemers kenbaar dat de aanbestedende dienst een opdracht heeft gegund. Voor de aanbestedende dienst bestaat het voordeel erin dat rechtszekerheid over de overeenkomst eerder intreedt.

4.2.2 Gronden voor onverbindendheid

De eerste grond voor onverbindendverklaring van een overeenkomst vormt de situatie waarin de overeenkomst is gesloten op basis van een onwettig onderhandse gunning. Onder onwettig onderhandse gunning wordt verstaan de gunning van overheidsopdrachten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie zonder dat dit op grond van richtlijn nr. 2004/18/EG of richtlijn nr. 2004/17/EG is toegestaan. De wijzigingsrichtlijn staat in een beperkt aantal gevallen onderhandse gunning van opdrachten toe. Onderhandse gunning kan gerechtvaardigd zijn op basis van:

- a) de uitzonderingen in de artikelen 10 tot en met 18 van richtlijn nr. 2004/18/EG;
- b) de toepassing van de artikelen 31, 61 of 68 van richtlijn nr. 2004/18/EG;
- c) de gunning van een opdracht voor diensten overeenkomstig artikel 21 van richtlijn nr. 2004/18/EG; of
- d) een wettige «interne» gunning van een opdracht zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen.

Dit geldt ook voor opdrachten op basis van richtlijn nr. 2004/17/EG die voldoen aan de voorwaarden voor uitsluiting of bijzondere regelingen overeenkomstig artikel 5, lid 2, de artikelen 18 tot en met 26, de artikelen 29 en 30, of artikel 62 van die richtlijn, voor gevallen waarin artikel 40, lid 3 van richtlijn nr. 2004/17/EG van toepassing is of voor de gunning van opdrachten voor diensten overeenkomstig artikel 32 van richtlijn nr. 2004/17/EG.

De tweede grond voor onverbindendverklaring van een overeenkomst wordt gevormd door de situatie waarin de overeenkomst is gesloten zonder inachtneming van de verplichte opschortende termijn van vijftien kalenderdagen.

De wijzigingsrichtlijn laat het aan de lidstaten over welke gevolgen onverbindendverklaring van een overeenkomst heeft. In Nederland is artikel 53 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek daarvoor relevant. Afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval kan de onverbindendverklaring zich al dan niet enkel uitstrekken over verbintenissen die nog uitgevoerd moeten worden. De wijzigingsrichtlijn verplicht ertoe dat effectieve sancties worden getroffen indien de verbintenissen die uit een overeenkomst voortvloeien in stand blijven omdat deze reeds volledig of nagenoeg volledig zijn uitgevoerd. Indien sancties worden

opgelegd wordt rekening gehouden met de mate waarin een overeenkomst van kracht blijft.

De wijzigingsrichtlijn schrijft voor dat vanuit overwegingen van rechtszekerheid onder bepaalde voorwaarden onverbindendverklaring niet van toepassing is in de situatie waarin een overeenkomst is gesloten met gebruikmaking van een onwettige onderhandse gunning. Het moet dan gaan om situaties waarin de aanbestedende dienst feitelijk wel een aankondiging van het voornemen om tot sluiting van een overeenkomst over te gaan heeft bekend gemaakt in het Publicatieblad van de Europese Unie en een opschortende minimumtermijn heeft toegepast die een doeltreffende beroepsprocedure mogelijk maakt.

4.2.3 Vernietiging van de overeenkomst

Bij de implementatie van de wijzigingsrichtlijn zijn verschillende vormen van onverbindendheid overwogen. Het civiele recht kent de volgende vormen van onverbindendheid: nietigheid, ontbinding, opschorting en vernietigbaarheid. In deze paragraaf wordt toegelicht welke bezwaren kleven aan nietigheid, ontbinding en opschorting, en wordt de keuze voor vernietiging door de rechter nader toegelicht.

Zowel het Europese recht als het Nederlandse recht verplicht niet tot nietigheid van een overeenkomst die in strijd met het aanbestedingsrecht gesloten is. De aanbestedingsregelgeving heeft ook niet de strekking de inhoud of de geldigheid van de overeenkomst zelf aan te tasten. Een rechtshandeling die strijdig is met een wettelijk voorschrift zonder de strekking te hebben de geldigheid van de rechtshandeling aan te tasten, kan ook niet op grond van alleen die strijdigheid door inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of openbare orde worden geacht (vgl. HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 (Van der Stroom/Vaart) en HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 (Uneto/ De Vliert)). Veelmeer strekt het aanbestedingsrecht ertoe de totstandkoming van bepaalde overeenkomsten te regelen. De wijzigingsrichtlijn dwingt evenmin tot een nietigheid van rechtswege. In overweging 13 wordt gesteld: «Een overeenkomst behoort niet automatisch onverbindend te worden, doch dient door een onafhankelijke beroepsinstantie onverbindend te worden verklaard, of het gevolg te zijn van een besluit van de onafhankelijke beroepsinstantie». Van rechtswege nietigheid wordt van oudsher gebruikt om de rechten van een van de bij de rechtshandeling betrokken partijen te beschermen. In aanbestedingsgeschillen zijn het juist de belangen van derden die beschermd dienen te worden. Er is niet voor gekozen om overeenkomsten die in strijd met het wetsvoorstel gesloten worden van rechtswege nietig te laten zijn. In dat geval zou de overeenkomst achteraf nooit bestaan hebben, ook zonder een beroep op nietigheid van een belanghebbende of een partij. Nietigheid van rechtswege volgt op grond van artikel 40 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek uit het in strijd handelen met een dwingende wetsbepaling die strekt tot de bescherming van de goede zeden of de openbare orde. Het wetsvoorstel heeft niet die strekking. Tevens geldt dat het om genoemde redenen onwenselijk zou zijn rechtshandelingen ook buiten de rechter om nietig te verklaren.

Ontbinding van een overeenkomst op grond van artikel 261 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek bevrijdt de partijen voor de toekomst. De rechtsgrond blijft echter in stand. Gebruikelijk is dat het recht op ontbinding ontstaat wanneer de wederpartij tekortschiet in zijn verplichtingen. Derden kunnen niet met succes de ontbinding van een overeenkomst inroepen. Het leerstuk van de ontbinding is ook regelend recht dat bij overeenkomst kan worden beperkt of uitgesloten. Het ligt daarom minder voor de hand om aan te sluiten bij deze vorm van onverbindendheid. Door opschorting van de verplichtingen door de rechter, eventueel voor onbepaalde tijd, wordt de uitvoering van de overeenkomst effectief geblokkeerd. Een opschorting van de uitvoering van de overeenkomst kan

bij voorlopige voorziening worden uitgesproken. Deze opschorting is echter per definitie een «voorlopige» maatregel en kan in een bodemprocedure worden opgeheven. Daardoor levert de opschorting geen definitieve uitspraak op over het lot van de overeenkomst en blijft onduidelijkheid bestaan. Zo is de ondernemer die partij is bij de overeenkomst niet automatisch betrokken bij de gedingen omtrent de overeenkomst. De uitspraak aangaande de opschorting treft hem dan ook niet. De aanbestedende dienst die een dergelijke uitspraak heeft ontvangen, moet na een dergelijke uitspraak nog maatregelen nemen om van de overeenkomst met de derde partij af te komen. Wanneer voor implementatie van de wijzigingsrichtlijn slechts aangehaakt zou worden bij deze vorm van onverbindendheid, dan zou er na een dergelijke uitspraak een rechts-onzekere situatie optreden. Dat laatste is goed te vermijden door de voorlopige opschorting door de voorzieningenrechter te complementeren met een vernietigbaarheid door de rechter in een bodemprocedure. Vernietiging door de rechter leidt tot het ontnemen van de rechtsgrond van de overeenkomst. In het algemeen kan de rechtshandeling vernietigd worden als een aan die handeling klevend gebrek aan het licht komt. De vernietiging heeft terugwerkende kracht (*ex tunc*) op grond van artikel 53, eerste lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek. De over en weer uitgevoerde verplichtingen van de overeenkomst moeten op grond van artikel 203 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek ongedaan gemaakt worden. Indien de aard van de prestatie ongedaanmaking uitsluit, dan volgt een plicht tot waardevergoeding (artikel 210 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek). Het is gebruikelijk dat vernietiging slechts kan worden ingeroepen indien de wet de strekking heeft een belang van de (bij de rechtshandeling betrokken) partijen te beschermen. In het wetsvoorstel is expliciet bepaald dat in de gevallen waar het wetsvoorstel op ziet, ook een belanghebbende die geen partij bij een overeenkomst is vernietiging van die overeenkomst kan vorderen. Dit komt overeen met de strekking van de wijzigingsrichtlijn. Met deze specificatie voldoet het instrument van vernietiging aan de vereiste karakteristieken van de onverbindendverklaring zoals deze door de wijzigingsrichtlijn wordt gegeven. De implementatie van de wijzigingsrichtlijn vergt niet de buiten rechte inroepbare vernietiging van een overeenkomst. Om rechtsonzekerheid tot een minimum te beperken, is het buiten rechte inroepen van een vernietiging ten overstaan van een aanbestedende dienst is niet wenselijk. In het wetsvoorstel kan daarom alleen vernietiging bij de rechter worden gevorderd. Indien de vernietiging gevorderd wordt op grond van artikel 8 van het wetsvoorstel, moeten alle bij deze rechtshandeling betrokken partijen in het geding worden betrokken. Op grond van artikel 51, tweede lid, van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek moet de vordering ook worden ingesteld tegen hen die partij zijn bij de rechtshandeling. Bij gebreke hiervan heeft de vernietiging geen effect in de rechtsverhouding tussen de aanbestedende dienst en diens wederpartij. De wederpartij zou dan alsnog zijn rechten uit de overeenkomst kunnen effectueren. Dat zou niet overeenkomen met de strekking van de wijzigingsrichtlijn. Welke rechten de wederpartij van de aanbestedende dienst wel geldend kan maken, wordt in het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Rechtsvordering bepaald. Meer specifiek, hangt dit af van de omstandigheden van het geval. Bij de vraag of een ondernemer aanspraak kan maken op schadevergoeding op grond van artikel 162 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek (onrechtmatige daad), kan het een rol spelen of de ondernemer te goeder trouw was, dat wil zeggen of hij er zonder meer vanuit mocht gaan dat de aanbestedende dienst de overeenkomst met hem kon aangaan gelet op de bepalingen in het voorliggende wetsvoorstel. Ook de verplichting schade zo beperkt mogelijk te houden kan een rol spelen. In het geval van een grote direct ondershands gegunde overheidsopdracht, waarop de aanbestedingsregels kenbaar wel van toepassing zijn, is het maar de vraag of de ondernemer die op een aanbod van een aanbestedende

dende dienst in gaat, aanspraak kan maken op schadevergoeding op het moment dat een andere ondernemer de rechter succesvol heeft verzocht de overeenkomst te vernietigen op grond van het wetsvoorstel.

4.2.4 Dwingende redenen van algemeen belang

De wijzigingsrichtlijn maakt mogelijk dat de rechter de vernietiging van de overeenkomst om dwingende redenen van algemeen belang geheel of ten dele achterwege laat. Uit de reacties van partijen op de consultatie is bijna unaniem de wens geuit tot implementatie van deze mogelijkheid. De wijzigingsrichtlijn stelt wel duidelijke grenzen aan de toepassing van dwingende redenen van algemeen belang. Economische belangen worden alleen als dwingende redenen beschouwd indien vernietiging in uitzonderlijke omstandigheden onevenredig grote gevolgen zou hebben. Expliciet zijn de economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst geen dwingende redenen van algemeen belang. Deze belangen omvatten onder andere de kosten die voortvloeien uit vertraging bij de uitvoering van de overeenkomst, de kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure, de kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de overeenkomst uitvoert, en de kosten van de wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de vernietiging. Dit soort aspecten vormt geen grond om vernietiging achterwege te laten.

In een aantal gevallen zou de vernietiging van een overeenkomst bijzonder onwenselijke gevolgen kunnen hebben. Zo valt te denken aan de overeenkomsten met betrekking tot de levering van schoolboeken. Als een school bijvoorbeeld fouten zou maken bij een aanbesteding en bij de vernietiging van de overeenkomst de leerlingen daardoor enige tijd zonder schoolboeken zouden komen te zitten, zou er sprake kunnen zijn van dwingende redenen van algemeen belang. Volgens de jurisprudentie van het Hof van Justitie omvat het begrip dwingende reden van algemeen belang in ieder geval de volgende gronden: openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, als bedoeld in de artikelen 46 en 55 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap; handhaving van de maatschappelijke orde; doelstellingen van het sociaal beleid; bescherming van afnemers van diensten; consumentenbescherming; bescherming van werknemers, met inbegrip van de sociale bescherming van werknemers; dierenwelzijn; handhaving van het financieel evenwicht van het sociaalezekerheidsstelsel; voorkoming van fraude; voorkoming van oneerlijke concurrentie; bescherming van het milieu en het stedelijk milieu, met inbegrip van stedelijke en rurale ruimtelijke ordening; bescherming van schuldeisers; waarborging van een deugdelijke rechtsbedeling; verkeersveiligheid; bescherming van intellectuele eigendom; culturele beleidsdoelen, met inbegrip van het waarborgen van de vrijheid van meningsuiting, in het bijzonder ten aanzien van de sociale, culturele, religieuze en filosofische waarden van de maatschappij; de noodzaak om een hoog niveau van onderwijs te waarborgen, behoud van de diversiteit van de pers en bevordering van de nationale taal; behoud van het nationaal historisch en artistiek erfgoed en veterinair beleid. Het begrip openbare orde, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, omvat de bescherming tegen een werkelijke en voldoende ernstige bedreiging van een fundamenteel belang van de samenleving, en kan met name onderwerpen in verband met de menselijke waardigheid, de bescherming van minderjarigen en kwetsbare volwassenen, alsook dierenwelzijn, omvatten. Evenzo omvat het begrip openbare veiligheid vraagstukken in verband met de staatsveiligheid. Uit de reacties op de consultatie blijkt dat de partijen bijna unaniem de wens te kennen hebben gegeven dat een overeenkomst in stand kan worden gelaten met een beroep op dwingende redenen van algemeen

belang. In dat geval krijgt de aanbestedende dienst wel een alternatieve sanctie opgelegd.

4.2.5. Alternatieve sancties

In het geval dat de rechter een overeenkomst om dwingende redenen van algemeen belang in stand laat, dan verplicht de wijzigingsrichtlijn tot oplegging van een alternatieve sanctie. Hetzelfde geldt voor de situatie waarin de rechter de overeenkomst geheel vernietigd, maar de werking hiervan beperkt.

De op te leggen alternatieve sanctie moet doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zijn. De alternatieve sanctie kan bestaan uit het verkorten van de looptijd van een overeenkomst of het opleggen van een boete aan de aanbestedende dienst, of een combinatie hiervan. De wijzigingsrichtlijn sluit expliciet andere alternatieve sancties uit.

Op grond van artikel 12 van dit wetsvoorstel wordt in de afweging door de rechter de verkorting van de looptijd zo nodig ambtshalve betrokken. De verkorting van de looptijd verdient in beginsel als alternatieve sanctie de voorkeur boven de oplegging van een boete. Benadeelde partijen en andere geïnteresseerden wordt daarmee de kans geboden om op de resterende opdracht, die opnieuw moet worden aanbesteed, in te schrijven.

In het geval de rechter effectief de looptijd van de overeenkomst heeft verkort, doet de vraag zich voor of de verkorting van de looptijd van de overeenkomst een voldoende afschrikwekkende sanctie is. Dit moet worden bezien in het licht van de omstandigheden van het geval.

Omwille van de proceseconomie is bezien of het mogelijk was de boete door de burgerlijk rechter op te leggen. Dat is echter niet goed denkbaar, aangezien de rechter niet goed toegerust is om een boete op te leggen anders dan een overeengekomen contractuele boete. In geval van contractuele boete, legt de rechter niet ambtshalve de boete op, maar matigt hij ambtshalve de overeengekomen boete. Het ambtshalve opleggen van een boete zou betekenen dat de rechter *ultra petitem* een straf oplegt aan een aanbestedende dienst. Dat verhoudt zich niet met de gebruikelijke lijdelijkheid van de rechter in het burgerlijke procesrecht. Een klagende partij zou wel een boete kunnen vorderen wanneer de boete in zijn vermogen zou vloeien. Daarmee zou de boete binnen de vordering gebracht kunnen worden. Een dergelijk keuze zou overeenkomen met een systeem van *punitive damages* naar Amerikaans recht. Dit systeem is vreemd aan het Nederlandse rechtstelsel. Het uitgangspunt bij dit implementatiewetsvoorstel is niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk. Een nieuwe rechtsfiguur als *punitive damages* introduceren past niet goed in dat uitgangspunt. Daarnaast is het de vraag of een introductie van een «premie op procederen» wenselijk is gelet op de mogelijke gevolgen voor de procespraktijk.

De bovengenoemde overwegingen hebben ertoe geleid dat in dit wetsvoorstel niet gekozen is om de alternatieve sanctie van de boete ook in hetzelfde geding af te handelen. In plaats daarvan is in dit wetsvoorstel gekozen voor de vormgeving van een bestuursrechtelijke boete. De boete wordt opgelegd door een van de aanbestedende dienst onafhankelijke instelling, de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa). In het wetsvoorstel is voorzien dat in alle gevallen waarin de overeenkomst (deels) in stand gelaten wordt, een sanctiebeschikking moet worden genomen. De maximale hoogte van de boete is vijftien procent van de waarde van de opdracht. Bij het vaststellen van de boete wordt rekening wordt gehouden met de ernst van de inbreuk, het gedrag van de aanbestedende dienst en de mate waarin de overeenkomst in stand blijft. De verkorting van de looptijd samengenomen met de boete moet echter een doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sanctie vormen. Het is dus denkbaar dat in een specifieke situatie de hoogte van

de boete op nihil wordt vastgesteld, als gelet op de bovenstaande factoren, de samengenomen maatregelen evenredig aan de inbreuk en voldoende afschrikwekkend zijn.

Tot slot moet de boete betaald worden aan een instantie die onafhankelijk is van de aanbestedende dienst. In dit wetsvoorstel is voorzien dat de middelen in de algemene middelen van de Staat vloeien. De middelen zijn dan niet meer voor de begroting van de betreffende aanbestedende dienst beschikbaar.

4.3 Overige bepalingen in de wijzigingsrichtlijn

De rechtsbeschermingsrichtlijnen voorzien reeds in een zogenaamd correctiemechanisme waarmee de Europese Commissie kan optreden wanneer zij, voor het sluiten van een overeenkomst, van oordeel is dat een inbreuk is gepleegd op de communautaire voorschriften inzake overheidsopdrachten. Deze procedure is erop gericht om met passende middelen tijdig een dergelijke inbreuk ongedaan te maken. In de wijzigingsrichtlijn zijn enkele wijzigingen in deze procedure van meer technische aard opgenomen.

Zoals in paragraaf 3 reeds is aangegeven heeft de evaluatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen uitgewezen dat zowel de in richtlijn nr. 92/13/EEG neergelegde vrijwillige verificatieregeling als de daarin opgenomen bemiddelingsprocedure geen merkbaar nuttig effect heeft gehad voor de naleving van de aanbestedingsrichtlijnen. Daarom zijn beide voorzieningen door de wijzigingsrichtlijn geschrapt.

Tenslotte zijn in de wijzigingsrichtlijn enkele bepalingen opgenomen met betrekking tot de mogelijkheid voor de Europese Commissie om lidstaten te verzoeken informatie over de werking van de nationale beroepsprocedures te verstrekken, alsmede over het reeds bestaande Raadgevend Comité inzake overheidsopdrachten dat moet worden betrokken bij de vaststelling van de aard en de omvang van die informatie. Die informatie dient ertoe om na een voldoende lange toepassingsperiode de gevolgen van de door de wijzigingsrichtlijn ingevoerde veranderingen te beoordelen.

Het wetsvoorstel voorziet op voet van de wijzigingsrichtlijn erin dat vonnissen waarin vernietiging achterwege is gebleven met een beroep op het algemeen belang worden toegezonden aan de Europese Commissie.

5. Consultatie

Dit wetsvoorstel is begin 2009 geconsulteerd. Daarbij zijn een drietal vragen centraal aan de orde gesteld. De eerste vraag had betrekking op de lengte van de opschortende termijn. In de consultatie bleek dat de belangen van de aanbestedende diensten en de ondernemers met betrekking tot deze termijn lijnrecht tegenover elkaar staan. De meeste aanbestedende diensten geven aan een kortere termijn te willen, terwijl de ondernemers aangeven een voorkeur te hebben voor langere termijn. De gekozen termijn van vijftien dagen lijkt op steun en begrip te kunnen rekenen bij beide partijen; de termijn is net lang genoeg de ondernemers in de gelegenheid te stellen een kort geding aanhangig te maken, zonder dat de opschortende termijn het proces ernstig vertraagt.

De tweede vraag bij de consultatie had betrekking op de mogelijkheid om bij vrijwillige transparantie vooraf een kortere vervaltijd te kunnen hanteren bij vernietigingsvorderingen. Zoals al eerder aangegeven, bleek dat zowel ondernemers als aanbestedende diensten daar behoefte aan hadden. In dit wetsvoorstel is daarom ook voorzien in deze mogelijkheid. De derde vraag had betrekking op de mogelijkheid om de overeenkomst, ondanks de gebreken, in stand te laten met een beroep op het algemeen belang. Daarover gaven alle aanbestedende diensten en de meeste ondernemers aan dat daaraan behoefte bestond. Het wetsvoorstel is naar

aanleiding van de opmerkingen in het kader van deze consultatie op onderdelen aangepast.

6. Administratieve lasten en bedrijfseffecten

Er komen geen extra informatieverplichtingen voor bedrijven voort uit de wijziging van de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Overigens zal het opleggen van de boete tot een beperkte toename van de uitvoeringskosten leiden bij de NMa.

Het voorgaande kwalificeert niet als administratieve lasten onder het standaardkostenmodel. Er worden geen eenmalige lasten voorzien. Burgers worden niet geraakt door deze wet, die zich met name richt tot aanbestedende diensten en speciale sector bedrijven.

7. Gevolgen voor de rechtspraak

De Raad voor de Rechtspraak heeft over dit wetsvoorstel advies uitgebracht.¹ Daarin constateert de Raad dat in de fase tussen gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst geen wijzigingen teweeg worden gebracht voor wat betreft de rechtsbescherming bij de voorzieningenrechter.

De Raad verwacht dat de nieuwe mogelijkheid om in bodemprocedure de overeenkomst te vernietigen, in de praktijk weinig gebruikt zal worden. De Raad voert aan dat voor een ondernemer het voeren van een rechtszaak nauwelijks interessanter geworden is, omdat een definitieve uitspraak in een geschil drie jaar op zich laat wachten. De opdracht is dan al uitgevoerd. Op basis van het bovenstaande verwacht de Raad slechts een verwaarloosbare toename in bodemprocedures en daarmee samenhangende opgelegde boetes. De Raad tekent aan dat de afschrikwekkende werking van de boetes gerelativeerd moet worden, gegeven de doorlooptijd van een civiele procedure. Voor wat betreft de werklast van de civiele rechters verwacht de Raad voor de Rechtspraak geen toename als gevolg van dit wetsvoorstel.

II. ARTIKELEN

Artikel 1

De in dit artikel opgenomen begripsbepalingen komen voor het merendeel inhoudelijk overeen met de begripsbepalingen zoals die zijn gehanteerd in het Bao en Bass. Enkele onderdelen komen in die besluiten niet voor, en worden hieronder apart toegelicht.

Onderdeel d bevat een dynamische verwijzing naar de drempelbedragen die in de richtlijnen worden vastgesteld. Deze drempelbedragen wijzigen eens in de twee jaar.

De drempelbedragen die thans gelden worden in onderstaande tabel weergegeven.

overheidsopdrachten

| | | |
|---|-------------------|------------------------|
| <i>staat</i> | werken | € 5 150 000 |
| | leveringen | € 133 000 |
| | diensten | € 133 000 ¹ |
| <i>provincie, gemeente, waterschap, publiekrechtelijke instelling</i> | werken | € 5 150 000 |
| | leveringen | € 206 000 |
| | diensten | € 206 000 |

¹ Ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

| | | |
|---|---|-----------|
| concessieovereenkomst voor openbare werken | € | 5 150 000 |
| prijsvragen | | |
| <i>centrale overheid</i> | € | 133 000 |
| <i>medeoverheden</i> | € | 206 000 |

¹ uitzonderingen waarbij de drempelwaarde voor de centrale overheid wel € 206 000 is:

1. Onderzoeks- en ontwikkelingswerk (categorie 8 van bijlage IIA van richtlijn nr. 2004/18/EG)
2. Telecommunicatiediensten (categorie 5 van bijlage IIA van richtlijn nr. 2004/18/EG met de CPC-codes 7524, 7525 en 7526)
3. Diensten vallend onder bijlage IIB van richtlijn nr. 2004/18/EG

Onderdeel h bevat een definitie van de mededeling van de gunningsbeslissing.

Onderdeel k bevat een omschrijving van een procedure in brede zin.

Onder procedure wordt mede verstaan de procedure voor onderhandelen zonder voorafgaande aankondiging ofwel het onderhands een-op-een gunnen van een opdracht.

In onderdeel m is de raad gedefinieerd als de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.

Onderdeel n bevat een definitie van de relevante redenen. Deze definitie is afkomstig uit artikel 2 bis, tweede lid, vierde alinea, eerste gedachte-streepje van de wijzigingsrichtlijn, zie ook paragraaf 4.1 en de toelichting op artikel 6.

Artikel 2

In dit artikel wordt de reikwijdte van het wetsvoorstel bepaald. Dit wetsvoorstel is slechts van toepassing op opdrachten waarvoor op grond van het Bao of het Bass een aankondiging gepubliceerd moet worden in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Artikel 3

Ingevolge dit artikel zijn de verplichtingen uit de wet tevens van toepassing indien de aanbestedende dienst gebruik maakt van een aankoopcentrale. Bij naleving van de verplichtingen van dit wetsvoorstel door de aankoopcentrale wordt de aanbestedende dienst geacht zijn verplichtingen te hebben nageleefd.

Artikel 4

Dit artikel betreft een van de kernbepalingen van het wetsvoorstel. De aanbestedende dienst neemt een termijn van vijftien kalenderdagen in acht na de beslissing om de opdracht aan een bepaalde inschrijver of gegadigde te gunnen, alvorens hij een overeenkomst met deze partij aangaat. Deze opschortende termijn is naar aanleiding van de Alcatel-uitspraak reeds opgenomen geweest in artikel 55, tweede lid, van het Bao en artikel 57, tweede lid, van het Bass. In die beide besluiten was reeds sprake van een termijn van vijftien kalenderdagen.

De richtlijnen staan een verkorting van de termijn (tot tien dagen) toe, indien er, kort gezegd, gebruik gemaakt wordt van elektronische communicatiemiddelen. Gezien de reeds gebruikelijke termijn van vijftien kalenderdagen, de reeds geldende verplichting om de mededeling elektronisch te communiceren, en omwille van de eenduidigheid, is ervan afgezien dit onderscheid te blijven maken. De richtlijnen staan toe ook een langere termijn te hanteren, de termijn van tien of vijftien kalenderdagen wordt als minimum genoemd. Een wettelijk vastgelegde langere termijn dan vijftien kalenderdagen moet echter worden gezien als bijzonder bezwarend voor aanbestedende diensten. Dit laat onverlet dat het voor het soepel verlopen van de aanbesteding, verstandig kan zijn als een aanbestedende dienst bij een complexe aanbesteding van een langere

termijn gebruik maakt. Dat kan voorkomen dat een inschrijver na onrijp beraad een juridische procedure opstart, omdat de opschortende termijn dreigt te verlopen.

De richtlijnen staan ook toe een termijn van tien dagen te gebruiken te rekenen vanaf het moment dat de mededeling van de gunningsbeslissing is ontvangen door de betrokkenen. Deze ontvangsttheorie kent echter als nadeel dat het voor de aanbestedende dienst lastiger is om deze datum te kennen. Dit leidt tot rechtsonzekerheid bij de aanbestedende dienst.

Daarom is niet voor deze variant gekozen.

De termijn van vijftien kalenderdagen begint te lopen de dag na de datum waarop de mededeling is verzonden. De mededeling wordt verzonden aan alle betrokken inschrijvers of gegadigden. In artikel 5 wordt bepaald wanneer inschrijvers en gegadigden betrokken worden geacht te zijn. Wordt verzuimd de mededeling aan alle partijen te verzenden, dan begint de termijn van vijftien kalenderdagen niet te lopen, totdat dat verzuim is hersteld.

Het tweede lid van artikel 4 noemt limitatief de drie uitzonderingen op de in het eerste lid van dat artikel genoemde opschortende termijn. In de genoemde uitzonderingsgevallen kan de opschortende termijn achterwege blijven en mag de aanbestedende dienst de overeenkomst sluiten met de door haar beoogde wederpartij zonder vijftien kalenderdagen te wachten.

Wanneer het Bao of het Bass geen voorafgaande bekendmaking vereisen in het Publicatieblad, is ook de opschortende termijn niet van toepassing. Dit geldt in de eerste plaats voor opdrachten die onder de in die besluiten genoemde drempels vallen. Wanneer een opdracht een lagere waarde heeft dan de toepasselijke drempel, vereisen het Bao of het Bass geen voorafgaande bekendmaking. Ook de overige uitzonderingen, bijv. voor oorlogsmateriaal waarvoor een voorafgaande bekendmaking niet vereist is, leiden ertoe dat de aanbestedende dienst een overeenkomst kan sluiten, zonder een opschortende termijn in acht te nemen.

De uitzonderingsgrond onder b is van toepassing indien één van de aanbestedingsprocedures is gevolgd, maar daarop slechts één enkele inschrijving is binnengekomen. Wanneer in dat geval er evenmin andere gegadigden zijn, die een inschrijving hebben willen indienen, kan de opschortende termijn achterwege blijven. In dat geval gaan de rechtsbeschermingsrichtlijnen er van uit dat er geen belanghebbenden zijn die een eventuele actie in zouden willen stellen tegen deze gunning. Een andere situatie is die waarin een aanbestedende dienst op een opdracht meerdere inzendingen ontvangt, maar slechts een daarvan voldoet aan de gestelde eisen. De aanbestedende dienst heeft dan één inschrijving ontvangen, maar totdat de gegadigden definitief zijn afgevallen en daarvan op de hoogte zijn gesteld, moet de aanbestedende dienst de betrokken gegadigden de kans geven om een actie in te stellen tegen de gunningsbeslissing. In dat geval is de uitzondering niet van toepassing, omdat op grond van artikel 5, er nog bij de procedure betrokken gegadigden zijn.

De uitzonderingsgrond onder c is in het leven geroepen om bepaalde voordelen van een dynamisch aankoopstelsel of een raamovereenkomst in stand te houden. Het gunnen van een specifieke opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsel of raamovereenkomst heeft meestal het voordeel dat de termijnen korter kunnen zijn. Voor de aanbestedende dienst is een niet onbelangrijk voordeel dat de gewenste overeenkomst sneller tot stand kan komen. Om dat gunstige effect te behouden, hoeft de aanbestedende dienst niet te wachten met het sluiten van een opdracht binnen een staand dynamisch aankoopstelsel of een afgesloten raamovereenkomst. De aanbestedende dienst die gebruik maakt van de mogelijkheid om binnen een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel zonder opschortende termijn de overeenkomst te sluiten loopt wel het

risico dat deze overeenkomst wordt vernietigd op grond van artikel 8, eerste lid, onder c.

Artikel 5

De tekst van dit artikel is afkomstig uit artikel 2 bis, tweede lid, van de wijzigingsrichtlijn. In dit artikel wordt geregeld dat alle partijen met een gerechtvaardigd belang, als betrokkenen bij de procedure worden behandeld. Een inschrijver die in kennis is gesteld van zijn uitsluiting blijft betrokken bij de procedure zolang er nog een rechtsmiddel openstaat tegen de uitsluiting, dan wel totdat een rechter zich in eerste instantie heeft uitgesproken over de rechtmatigheid van de uitsluiting.

Artikel 6

In artikel 6 worden eisen gesteld aan de inhoud van de gunningsbeslissing. De aanbestedende dienst dient bij de gunningsbeslissing mee te delen om welke redenen een bepaalde ondernemer gekozen is en om welke redenen de overige ondernemers niet gekozen zijn. De wijzigingsrichtlijn verwijst naar de verplichting van artikel 49, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/17/EG en artikel 41, tweede lid, van richtlijn nr. 2004/18/EG. Deze verplichting is geïmplementeerd in artikel 41, derde lid van het Bao en artikel 41 van het Bass. Op grond van deze artikelen worden de redenen van de gunning slechts op verzoek van een betrokkene meegedeeld. De benadeelde ondernemer kreeg niet automatisch te horen om welke redenen hij niet gekozen was. Dit betekende een behoorlijke informatie-achterstand, die naar het oordeel van de Europese Commissie ertoe leidde dat men minder kansen had om een zaak aanhangig te maken. Daarom verplicht de wijzigingsrichtlijn ertoe een samenvattende beschrijving van de relevante redenen mee te zenden die een ondernemer in staat stelt om een beoordeling te maken over de kans op succes wanneer de benadeelde ondernemer een zaak aanhangig maakt bij de rechter. In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om niet slechts een samenvattende beschrijving van de relevante redenen mee te zenden, maar alle relevante redenen. Dit sluit ook beter aan bij wat op dit moment gebruikelijk is op grond van artikel 55, derde lid, van het Bao of artikel 57, derde lid, van het Bass. Wanneer de aanbestedende dienst nalaat om de relevante redenen mee te zenden, dan voldoet de gunningsbeslissing niet aan de eisen van artikel 4 jo. artikel 6 van dit wetsvoorstel. Het gevolg daarvan is dat de opschortende termijn nog niet begint te lopen. Naast de relevante redenen moet ook een omschrijving van de opschortende termijn, bedoeld in artikel 4, eerste lid, opgenomen worden. De ondernemer moet helderheid krijgen over op welke dag de opschortende termijn verloopt en hoeveel tijd hij heeft om een kort geding aanhangig te maken.

Artikel 7

Artikel 2, derde lid, van de wijzigingsrichtlijn verplicht ertoe de in artikel 2 van de wijzigingsrichtlijn bedoelde termijn op te schorten indien er een zaak aanhangig wordt gemaakt bij een rechter. De wijzigingsrichtlijn verplicht ertoe deze opschorting te laten duren tot de rechter in eerste aanleg een uitspraak heeft gedaan over voorlopige maatregelen of ten principale. Aangezien vaak sprake is van een spoedeisend belang bij de benadeelde ondernemer, wordt in de praktijk veelal om een voorlopige voorziening verzocht. In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om aan het aanhangig maken van een kort geding de opschortende werking te verlenen totdat de rechter een uitspraak heeft gedaan over de voorlopige maatregelen. Wordt tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter

hoger beroep aangetekend, dan heeft dit alleen opschortende werking indien dit in het vonnis is bepaald.

In dit wetsvoorstel is ervoor gekozen om geen schorsende werking toe te kennen aan een bodemprocedure. In een bodemprocedure duurt het gemiddeld achttien maanden tot een uitspraak in eerste aanleg. Het toekennen van schorsende werking zou daardoor een aantal nadelen kennen. Het zou leiden tot een onwenselijk lange opschorting van de overeenkomst. De rechtsonzekerheid omtrent de aanbesteding zou enkele maanden duren. Een en ander strookt niet met de gewenste snelheid van de procedure. Daarbij is er een risico dat van deze mogelijkheid misbruik wordt gemaakt. Gekozen is om geen opschortende werking toe te kennen aan een procedure waarin niet om voorlopige maatregelen wordt gevraagd. In die gevallen mag immers worden aangenomen dat er geen spoedeisend belang is. Door de opschortende werking te beperken tot het kort geding wordt voorkomen dat kwaadwillenden een aanbesteding gedurende lange tijd kunnen stuiten zonder dat er een toets bij een rechter is aangaande de belangen over en weer.

Een kort geding in een aanbestedingszaak duurt gemiddeld zes tot acht weken. Gedurende deze termijn kan de beoogde overeenkomst niet worden gesloten. In het onwaarschijnlijke geval dat de rechter nog voor het verstrijken van de opschortende termijn tot een uitspraak komt, moet het aflopen van deze termijn ook afgewacht worden. Met andere woorden, de klok tikt door gedurende de looptijd van het kort geding. Indien de rechterlijke uitspraak gedaan wordt na het verstrijken van de termijn bedoeld in artikel 4, hoeft de aanbestedende dienst na die uitspraak niet langer te wachten met het sluiten van de overeenkomst.

Artikel 8

De artikelen 8 tot en met 12 van dit wetsvoorstel hebben betrekking op de fase nadat een overeenkomst is gesloten, de postcontractuele fase. De wijzigingsrichtlijn voorziet voor deze fase in onverbindendverklaring van overheidsopdrachten die op grond van de gewijzigde rechtsbeschermingsrichtlijn onwettig zijn gegund.

In artikel 8 worden de drie gronden genoemd waarop een rechter de overeenkomst kan vernietigen.

De eerste grond (onderdeel a) betreft het onderhands gunnen van een opdracht, in strijd met het Bao of het Bass. In overweging 13 van de wijzigingsrichtlijn wordt gesteld dat de onwettige onderhandse gunning van opdrachten door het Hof van Justitie EG als een zeer ernstige schending van het communautaire aanbestedingsrecht wordt gekwalificeerd. De tweede grond (onderdeel b) voor vernietiging van de overeenkomst betreft het schenden van de in deze wet genoemde opschortende termijnen. De wijzigingsrichtlijn maakt in artikelen 2 quinquies, eerste lid, onderdeel b en artikel 2 sexies, eerste lid, een onderscheid tussen schendingen van de opschortende termijn die gepaard gaan met een schending van de aanbestedingsrichtlijnen nrs. 2004/17/EG en 2004/18/EG, en schendingen van de opschortende termijn die niet daarmee gepaard gaan. Artikel 2 quinquies, eerste lid, onderdeel b, bevat een gekwalificeerde schending van de opschortende termijn, namelijk: de schending moet de mogelijkheid om beroep aan te tekenen hebben beperkt. Daarnaast moet de schending van de opschortende termijn gepaard gaan met een andere overtreding van de aanbestedingsrichtlijnen die de kansen van de ondernemer hebben beïnvloed. Deze kwalificaties zijn voor een betrokkene lastiger te bewijzen en voor een rechter lastiger te beoordelen. Artikel 2 sexies, eerste lid, bevat de schending van de opschortende termijn die niet aan alle kwalificaties van artikel 2 quinquies, eerste lid, onderdeel b, voldoet. In artikel 2 sexies gaat het dus om de enkele schending van de opschortende termijn.

Het onderscheid dat de wijzigingsrichtlijn maakt, heeft geen gevolgen

voor vernietiging of de eventueel op te leggen alternatieve sancties. Hoewel de gekwalificeerde schending van artikel 2 quinquies, eerste lid, onderdeel b, als ernstiger moet worden beschouwd, staat de wijzigingsrichtlijn niet toe aan de niet-gekwalificeerde schending van artikel 2 sexies, eerste lid, minder vergaande rechtsgevolgen te verbinden. Omwille van de eenvoud is er in dit wetsvoorstel voor gekozen om de schending van de opschortende termijn op zich als voldoende grond voor vernietiging te kwalificeren.

De derde grond (onderdeel c) voor vernietiging is gelegen in keuze van de aanbestedende dienst om geen gebruik te maken van de opschortende termijn, bedoeld in artikel 4, eerste lid. Op grond van artikel 33, elfde tot en met veertiende lid, van het Bao dient de aanbestedende dienst bij een specifieke opdracht binnen een dynamisch aankoopstelsel een oproep tot mededinging te doen. Indien hij dat ten onrechte nagelaten heeft, maar de specifieke opdracht zelfstandig een waarde heeft van boven de Europese drempels, moet de aanbestedende dienst de opschortende termijn in acht nemen op straffe van mogelijke vernietiging van de overeenkomst. Op grond van artikel 32, tiende lid, onderdeel b, dient een aanbestedende dienst bij het plaatsen van een opdracht binnen het kader van een raamovereenkomst met meerdere ondernemers ook een oproep tot mededinging uit doen gaan, wanneer in de raamovereenkomst niet alle voorwaarden bepaald zijn. Bij een nadere invulling van de voorwaarden van een opdracht bij een raamovereenkomst moet de aanbestedende dienst volgens de in artikel 32, tiende lid, beschreven procedure de partijen opnieuw tot mededinging oproepen. Indien hij dat ten onrechte heeft nagelaten, en de opdracht zelfstandig een waarde heeft boven de Europese drempels, moet de aanbestedende dienst, evenals bij het dynamisch aankoopstelsel, de opschortende termijn in acht nemen, op straffe van mogelijke vernietiging van de nadere overeenkomst.

Artikel 9

In artikel 2 quinquies, vierde en vijfde lid, van de wijzigingsrichtlijn, wordt een uitzondering gemaakt op de vernietigingsgronden. Deze uitzondering houdt in dat de aanbestedende dienst voor het sluiten van de overeenkomst vrijwillige transparantie betracht heeft.

De uitzondering van het eerste lid van artikel 9 heeft betrekking op de vernietiging op grond van artikel 8, eerste lid, onderdeel a. Een aanbestedende dienst die (mogelijk ten onrechte) van mening is dat enige bekendmaking niet verplicht is, wil onderhands een opdracht gunnen. Hij publiceert echter wel het voornemen om een overeenkomst te sluiten in het publicatieblad van de Europese Unie. De aanbestedende dienst houdt daarna een termijn van ten minste vijftien kalenderdagen aan alvorens de overeenkomst te sluiten. In dat geval kan de vernietiging van de overeenkomst niet langer op grond van artikel 8, eerste lid, onderdeel a, ingeroepen worden. Het is immers zo dat belanghebbenden bij de overeenkomst daarvan kennis hebben kunnen nemen en de tijd hebben om te reageren bij de aanbestedende dienst of de rechter. Omdat er zo de mogelijkheid is desnoods aan de rechter te verzoeken om het sluiten van de overeenkomst op te schorten, wordt van de belanghebbenden verwacht dat zij nog tijdens de precontractuele fase in actie komen. In de wijzigingsrichtlijn wordt er daarom van uit gegaan dat er geen gerechtvaardigde behoefte meer bestaat aan de postcontractuele actie van vernietiging van een overeenkomst. De termijn van vijftien kalenderdagen in het eerste lid is gekozen om aan te sluiten bij de eenduidige termijn van artikel 4 van dit wetsvoorstel. In de wijzigingsrichtlijn is sprake van een termijn van tien dagen.

Het tweede lid bevat ook de voorwaarden waaronder de transparantie vooraf de behoefte aan de vernietiging op grond van artikel 6, onderdeel c, grotendeels weggenomen heeft. De gunningsbeslissing en een samen-

vattende beschrijving van de redenen wordt naar de betrokken inschrijvers gezonden. Daarna neemt de aanbestedende dienst ook een termijn van ten minste vijftien kalenderdagen in acht voordat zij de overeenkomst aangaat.

Artikel 10

In dit artikel is beschreven welke elementen moeten zijn vervat in de bekendmaking in de situatie dat de aanbestedende dienst vrijwillig bekendmaakt dat hij een opdracht heeft gegund of voornemens is te gunnen. In het bijzonder is eerste lid, onderdeel c, van belang dat bepaald dat wordt gemotiveerd dat de opdracht terecht wordt gegund zonder voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad voor de Europese Unie.

Artikel 11

Artikel 2 quinquies, derde lid, van de wijzigingsrichtlijn staat toe dat een rechter met een beroep op een dwingende reden van algemeen belang de overeenkomst of een deel daarvan in stand laat. In dat geval moet een alternatieve sanctie opgelegd worden. Deze sancties staan genoemd in artikel 12 en 14. De wijzigingsrichtlijn heeft de keuze aan de lidstaten gelaten of zij van deze mogelijkheid van instandhouding gebruik willen maken. Er is gekozen om dat in Nederland wel te doen, om een gedwongen formalistische benadering van de vernietiging van de overeenkomst door de rechter te voorkomen. Door de mogelijkheid van instandhouding in het wetsvoorstel op te nemen, heeft de rechter de ruimte om rekening te houden met de omstandigheden van het geval. De rechter heeft onder meer de mogelijkheid om het reeds vervulde deel van de overeenkomst in stand te laten. Hij moet dan alle relevante aspecten onderzoeken teneinde vast te stellen of dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst verbindend blijft. Dat mag niet lichtvaardig worden aangenomen. In de wijzigingsrichtlijn is in artikel 2 quinquies, derde lid, tweede en derde alinea, de uitleg van het algemeen belang beperkt. Economische belangen kunnen slechts onder bepaalde omstandigheden dwingende redenen van algemeen belang inhouden. Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst kunnen in geen geval als dwingende eisen worden aangemerkt. Deze beperkingen zijn in dit wetsvoorstel opgenomen in het tweede lid van dit artikel.

Artikel 12

Artikel 2 quinquies, derde lid, eerste alinea, en artikel 2 sexies, eerste lid, van de wijzigingsrichtlijn verplichten ertoe om een alternatieve sanctie op te leggen, wanneer de rechter op grond van artikel 11, eerste lid, de overeenkomst niet geheel vernietigt. Deze alternatieve sancties kunnen bestaan uit (een combinatie van) het opleggen van een boete aan de aanbestedende dienst en uit het verkorten van de looptijd van de overeenkomst. Artikel 12 biedt de rechter de mogelijkheid om looptijd verkorting (op vordering of ambtshalve) mee te nemen in zijn uitspraak over de geldigheid van de overeenkomst. Een bij het geding betrokken partij kan om de verkorting van de looptijd verzoeken. Omdat het een sanctie betreft moet de ernst van de overtreding en de gedragingen van de aanbestedende dienst door de rechter meegewogen worden.

Artikel 13

Artikel 4, tweede lid, van de wijzigingsrichtlijn verplicht de lidstaat ertoe om de Europese Commissie jaarlijks alle besluiten toe te zenden, die op grond van artikel 11 van dit wetsvoorstel zijn genomen. De Minister van

Economische Zaken heeft deze verplichting op zich genomen. Het is echter noodzakelijk dat deze uitspraken ook ter kennis worden gebracht van de Minister van Economische Zaken en aan de raad van bestuur van de NMa. Daarom is in het eerste lid een verplichting opgenomen voor de griffie van de rechtbank die de uitspraak heeft gedaan. Deze verplichting houdt in dat hij een afschrift van de volledige uitspraak kosteloos en onverwijld zendt aan de Minister van Economische Zaken en aan de raad.

Artikelen 14 en 15

De wijzigingsrichtlijn bepaalt in artikel 2 sexies, tweede lid, dat het totale pakket aan alternatieve sancties doeltreffend, afschrikwekkend en evenredig moet zijn. Het is niet goed denkbaar dat enkel een verkorting van de looptijd van de overeenkomst aan dit vereiste zal voldoen. De richtlijn verplicht immers ook bij een *ex nunc* onverbindendheid van de overeenkomst dat alternatieve sancties opgelegd worden. De verkorting van de looptijd van de overeenkomst kan dan niet meer aan de orde zijn. De richtlijn verplicht dus in deze gevallen ook al tot het opleggen van een boete.

Daarnaast kan het voorkomen dat de looptijd van een overeenkomst niet verkort kan worden. Wanneer de verbintenissen uit de overeenkomst over en weer al vervuld zijn, is effectieve verkorting van de looptijd niet meer aan de orde. Daarnaast kan de rechter in gevallen waar het algemeen belang dat vereist, ervoor kiezen om de overeenkomst volledig in stand te laten en geen verkorting van de looptijd op te leggen.

Het gevolg is dat, in situaties waarin een overeenkomst niet geheel door de rechter wordt vernietigd op grond van dwingende redenen van het algemeen belang, een boete aan de aanbestedende dienst moet worden opgelegd, al dan niet in aanvulling op een verkorting van de looptijd van de overeenkomst. Dit volgt uit de plicht tot het opleggen van een doeltreffende, afschrikwekkende en evenredige sanctie. Door de maximumhoogte van de boete op vijftien procent van de totale geraamde waarde van de opdracht te stellen, is aan deze eis voldaan. Bij het vaststellen van de hoogte van een boete zal onder andere een eventuele verkorting van de looptijd van de overeenkomst meegewogen worden. Het evenredigheidsbeginsel kan ook tot gevolg hebben dat de boete een significant lager bedrag is dan vijftien procent, of in een uitzonderlijk geval zelfs € 0,-. Het opleggen van de boete gebeurt door de raad van bestuur van de NMa. Artikel 2, negende lid, van de wijzigingsrichtlijn geeft lidstaten de mogelijkheid de beroepsprocedure bij een instantie die geen rechtelijke instantie is te beleggen. De wijzigingsrichtlijn stelt de eis dat tegen een beslissing van deze instantie beroep bij een rechterlijke instantie mogelijk is. In het geval de NMa een boete oplegt, moet daartegen dus beroep bij de rechterlijke instantie mogelijk zijn. Aan deze beroepsinstantie worden de volgende eisen gesteld. De instantie is een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 van het EG-verdrag en is onafhankelijk van de aanbestedende dienst en de NMa. In Nederland is dit de bestuursrechter. De bestuursrechter voldoet tevens aan de eisen die de tweede alinea van het negende lid stelt. In deze alinea wordt deze instantie «de onafhankelijke instantie» genoemd. Met deze aanduiding wordt dus niet de NMa bedoeld. Artikel 2, negende lid, tweede alinea, bevat voorschriften omtrent de benoeming en de beëindiging van het mandaat van de leden van de instantie die beslist op het beroep tegen de beslissingen van de NMa. De alinea schrijft voor dat de voorwaarden die gelden gelijk zijn aan de voorwaarden die voor rechters gelden en dat de voorzitter van de «onafhankelijke instantie» met een rechter vergelijkbare kwalificaties heeft. Tot slot schrijft de tweede alinea voor dat de procedure op tegenspraak gebeurt en de uitspraak juridisch bindend is. Omdat in Nederland deze «onafhankelijke instantie» de bestuursrechter is, wordt aan deze voorwaarden voldaan.

De boete komt niet toe aan de ondernemer die de zaak aanhangig heeft gemaakt bij de rechter, maar aan de Staat. Ook in het geval dat de boete wordt opgelegd aan een orgaan van de Staat is dan sprake van een maatregel die afschrikwekkend werkt. Een verschuldigde boete wordt immers niet automatisch en direct gecompenseerd uit 's Rijks schatkist.

Artikel 16

De NMa zal voor de boete enig onderzoek moeten verrichten aan de overeenkomst. In veel gevallen zal de civiele rechter in rechte de waarde van de overeenkomst hebben vastgesteld, maar dat neemt de noodzaak om onderzoek te kunnen doen niet weg. De NMa kan daartoe ambtenaren aanstellen die belast zijn met dat onderzoek en de bevoegdheden aan hen toekennen die zij nodig hebben voor de uitoefening van hun taak.

Artikel 17

In artikel 17 is een voorziening opgenomen om te voorkomen dat de raad van bestuur van de NMa gedwongen wordt in voorkomend geval een boete aan zichzelf op te leggen. In het zeer uitzonderlijke geval dat de NMa geconfronteerd wordt met een rechterlijke uitspraak waarbij een vernietigbare overeenkomst niet geheel vernietigd wordt, worden de aan de raad toegekende bevoegdheden uitgeoefend door de Minister van Economische Zaken. De Minister past bij het bepalen van die boete de beleidsregels toe die gebruikt worden door de NMa voor het vaststellen van deze boetes.

Artikelen 18 en 19

Deze artikelen betreffen de concentratie van beroep en hoger beroep bij de rechtbank te Rotterdam, respectievelijk het College voor beroep van het bedrijfsleven. Dit is overeenkomstig de voor de NMa gebruikelijke praktijk bij mededingingszaken. De NMa heeft hier in de uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets ook op gewezen.

Artikel 20

Het advies van de Raad van State heeft aanleiding gegeven om ten aanzien van arbitrage enkele bepalingen op te nemen. Arbitrage kan overeengekomen worden aangaande aanbestedingsgeschillen. Het was echter mogelijk dat er strijdigheid ontstond met artikel 2, negende lid, van richtlijn nr. 89/665/EG, met name voor wat betreft de beroepseisen aan die gelden voor de voorzitter van een arbitragecommissie en de eis dat beroep op de rechter dient open te staan na arbitrage. Met deze aanvulling is die strijdigheid opgelost.

Artikel 21

Aan dit wetsvoorstel komt in beginsel geen terugwerkende kracht toe, dat wil zeggen dat een overeenkomst die gesloten is voor de inwerkingtreding van deze wet niet alsnog aan de in dit wetsvoorstel geregelde vernietiging kan worden onderworpen. Deze bepaling houdt evenwel rekening met de uiterste implementatiedatum van de wijzigingsrichtlijn.

De minister van Economische Zaken,
M. J. A. van der Hoeven

Transponeringstabel behorende bij Richtlijn 2007/66/EG tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEG L 335/31).

| Richtlijn 2007/66, zoals deze de richtlijn 92/13 wijzigd | Bepaling in implementatie-regeling of in bestaande regelgeving; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte |
|---|---|---|---|
| Artikel 1, eerste lid, eerste en tweede alinea Artikel 1, eerste lid, derde alinea Artikel 1, tweede lid Artikel 1, derde lid Artikel 1, vierde lid | Artikel 2 inspanningsverplichting voor de lidstaat die geen implementatie behoeft Reeds geïmplementeerd Reeds geïmplementeerd Van optie wordt geen gebruik gemaakt | Mogelijkheid om ondernemer te verplichten bij de aanbestedende dienst te melden dat hij voornemens is beroep in te stellen Mogelijkheid om ondernemer te verplichten beroep in te stellen bij aanbestedende dienst | Deze optie voegt in het Nederlandse systeem niets toe. |
| Artikel 1, vijfde lid, eerste alinea | Van optie wordt geen gebruik gemaakt | Mogelijkheid om ondernemer te verplichten beroep in te stellen bij aanbestedende dienst | Deze optie past bij een administratief-rechtelijk systeem. In het civiele systeem is dit niet goed denkbaar. |
| Artikel 1, vijfde lid, tweede alinea | Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea | Met welke middelen wordt beroep ingesteld | |
| Artikel 1, vijfde lid, derde alinea | Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea | | |
| Artikel 2, tweede lid, Artikel 2, derde lid, | behoeft naar zijn aard geen implementatie Artikel 7 | (opschorting alleen bij KG) | Artikelsgewijze toelichting bij artikel 7 |
| Artikel 2, vierde lid, eerste alinea Artikel 2, vierde lid, tweede alinea Artikel 2, zesde lid, alinea | Artikel 11, eerste lid en artikel 12, tweede lid Behoeft naar zijn aard geen implementatie Behoeft naar zijn aard geen implementatie | | |
| Artikel 2, zesde lid, tweede alinea Artikel 2, negende lid, eerste alinea Artikel 2bis, eerste lid Artikel 2bis, tweede lid, eerste alinea Artikel 2bis, tweede lid, tweede en derde alinea Artikel 2bis, tweede lid, vierde alinea Artikel 2ter, eerste alinea | Van deze optie is geen gebruik gemaakt Behoeft naar zijn aard geen implementatie Artikel 4, eerste lid Artikel 4, eerste en derde lid Artikel 5, eerste en tweede lid Artikel 6 Artikel 4, vierde lid | Optie om civiele rechter zich enkel over schadevergoeding uit te laten | De rechter kan zich ook over de overeenkomst uitspreken. |
| Artikel 2ter, tweede alinea Artikel 2quater, eerste zin | Artikel 8, eerste lid, aanhef en onder c van optie is geen gebruik gemaakt | Keuze voor de duur van opschortende termijn | Toegelicht in o.m. paragraaf 4.1 |
| Artikel 2quater, tweede zin Artikel 2quinquies, eerste lid, Artikel 2quinquies, tweede lid, Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 1, eerste zin | van optie is geen gebruik gemaakt Artikel 8, eerste lid jo. Artikel 3:51 BW Behoeft naar zijn aard geen implementatie Artikel 11, eerste lid | Deze mogelijkheid is opgenomen Mogelijkheid om vervaltermijn voor een kort geding in te stellen Laat gevolgen van vernietiging aan nationale recht, vernietiging kent in Nederland terugwerkende kracht. Mogelijkheid om overeenkomst in stand te laten met beroep op algemeenbelang | artikelsgewijze toelichting bij artikel 4 Deze optie beperkt de mogelijkheden van ondernemers om op te komen tegen een onwelgevallige beslissing. toegelicht in paragraaf 4.2.4 |

| Richtlijn 2007/66, zoals deze de richtlijn 92/13 wijzigt | Bepaling in implementatie-regeling of in bestaande regelgeving; toelichting indien niet geïmplementeerd of uit zijn aard geen implementatie behoeft | Omschrijving beleidsruimte | Toelichting op de keuze(n) bij de invulling van beleidsruimte |
|--|---|--|--|
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 1, tweede zin Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 2 Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 3 Artikel 2quinquies, vierde lid Artikel 2quinquies, vijfde lid artikel 2 sexies, eerste lid | Artikel 14, eerste lid Artikel 11, tweede lid Artikel 11, tweede lid Artikel 9, eerste lid Artikel 9, tweede lid Artikel 8, eerste lid, aanhef en onder b, jo. artikelen 11 tot en met 13 Artikel 14, derde lid | Mogelijkheid om overeenkomst in stand te laten met beroep op relevante aspecten | toegelicht in paragraaf 4.2.4 |
| Artikel 2 sexies, tweede lid, eerste zin Artikel 2 sexies, tweede lid, tweede en derde zin artikel 2 septies, eerste lid, aanhef en onder a Artikel 2 septies, eerste lid, aanhef en onder b Artikel 2 septies, tweede lid | Artikel 11 en 12, eerste leden Artikel 8, tweede lid, aanhef en onder a Artikel 8, tweede lid, aanhef en onder b Behoeft naar zijn aard geen implementatie | Keuze om termijn van 30 dagen toe te passen Termijnen voor het instellen van beroep wordt aan nationaal recht gelaten | toegelicht in paragraaf 4.2.1 |
| Artikel 3 bis Artikel 3 ter | Artikel 10 Behoeft geen implementatie; richt zich tot de Europese Commissie | | |
| Artikel 8 | Behoeft geen implementatie; richt zich tot de Europese Commissie | | |
| Artikel 12 eerste lid Artikel 12, tweede lid | Behoeft geen implementatie Artikel 13, tweede lid | | |
| <hr/> | | | |
| Richtlijn 2007/66, zoals deze de richtlijn 89/665 wijzigt | | | |
| Artikel 1, eerste lid, eerste en tweede alinea Artikel 1, eerste lid, derde alinea | Artikel 2 inspanningsverplichting voor de lidstaat die geen implementatie behoeft | | |
| Artikel 1, tweede lid Artikel 1, derde lid Artikel 1, vierde lid | Reeds geïmplementeerd Reeds geïmplementeerd Van optie wordt geen gebruik gemaakt | Mogelijkheid om ondernemer te verplichten bij de aanbestedende dienst te melden dat hij voornemens is beroep in te stellen | Deze optie voegt in het Nederlandse systeem niets toe. |
| Artikel 1, vijfde lid, eerste alinea | Van optie wordt geen gebruik gemaakt | Mogelijkheid om ondernemer te verplichten beroep in te stellen bij aanbestedende dienst | Deze optie past bij een administratief-rechtelijk systeem. In het civiele systeem is dit niet goed denkbaar. |
| Artikel 1, vijfde lid, tweede alinea | Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea | Met welke middelen wordt beroep ingesteld | |
| Artikel 1, vijfde lid, derde alinea | Behoeft geen implementatie, optionele bepaling ingeval gekozen wordt voor een systeem als in de eerste alinea | | |
| Artikel 2, eerste lid, onder a, | Reeds geïmplementeerd in o.m. art 254 Rv | | |
| Artikel 2, eerste lid, onder b, | Reeds geïmplementeerd in systeem BW en Rv | | |
| Artikel 2, eerste lid, onder c, | Reeds geïmplementeerd (o.a. 6:162 BW) | | |

| | | | |
|---|--|---|---|
| Artikel 2, tweede lid, | behoeft naar zijn aard geen implementatie; | Verschillende onderdelen van de beroepsprocedure worden aan verschillende instanties toegekend. (opschorting alleen bij KG) | Artikelsgewijze toelichting bij artikel 7 |
| Artikel 2, derde lid, | Artikel 7 | opschortende werking is beperkt tot bepaalde gevallen | Artikelsgewijze toelichting bij art 7 |
| Artikel 2, vierde lid | behoeft naar zijn aard geen implementatie; | | |
| Artikel 2, vijfde lid, eerste alinea | Artikel 11, eerste lid en artikel 12, tweede lid | | |
| Artikel 2, vijfde lid, tweede alinea | Is reeds geïmplementeerd in systeem van voorlopige voorziening | | |
| Artikel 2, zesde lid, | Van optie wordt geen gebruik gemaakt | nietigheid van gunningsbeslissing nodig voor schadevergoeding | In artikel 6:162 is onrechtmatigheid ook zonder nietige beslissing aantoonbaar. Er is geen noodzaak dat te beperken |
| Artikel 2, zevende lid, eerste alinea | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | Laat effecten van overeenkomst aan Nationaal recht | |
| Artikel 2, zevende lid, tweede alinea | Van optie wordt geen gebruik gemaakt. | Optie om civiele rechter zich enkel over schadevergoeding uit te laten | De rechter kan zich ook over de overeenkomst uitspreken. |
| Artikel 2, achtste lid, | Reeds geïmplementeerd in systeem BW en Rv doordat uitvoerbaarheid bij voorraad gevraagd kan worden | | |
| Artikel 2, negende lid, | Van optie wordt geen gebruik gemaakt | beroepsinstanties moeten bepaalde kwalificaties hebben wanneer zij geen rechter zijn | beroepsinstanties zijn rechter, m.u.v NMa die geen beroepsinstantie is in de zin van de richtlijn |
| Artikel 2bis, eerste lid | Artikel 4, eerste lid | | |
| Artikel 2bis, tweede lid, eerste alinea | Artikel 4, eerste en derde lid | Keuze voor de duur van opschortende termijn | Toegelicht in o.m. paragraaf 4.1 |
| Artikel 2bis, tweede lid, tweede en derde alinea | Artikel 5, eerste en tweede lid | | |
| Artikel 2bis, tweede lid, vierde alinea | Artikel 6 | | |
| Artikel 2ter, eerste alinea | Artikel 4, vierde lid | Deze mogelijkheid is opgenomen | artikelsgewijze toelichting bij artikel 4 |
| Artikel 2ter, tweede alinea | Artikel 8, eerste lid, aanhef en onder c | | |
| Artikel 2quater, eerste zin | van optie is geen gebruik gemaakt | Mogelijkheid om vervaltermijn voor een kort geding in te stellen | Deze optie beperkt de mogelijkheden van ondernemers om op te komen tegen een onwelgevallige beslissing. |
| Artikel 2quater, tweede zin | van optie is geen gebruik gemaakt | | |
| Artikel 2quinquies eerste lid, | Artikel 8, eerste lid jo. Artikel 3:51 BW | | |
| Artikel 2quinquies, tweede lid, | Behoeft naar zijn aard geen implementatie | Laat gevolgen van vernietiging aan nationale recht, vernietiging kent in Nederland terugwerkende kracht. | |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 1, eerste zin | Artikel 11, eerste lid | Mogelijkheid om overeenkomst in stand te laten met beroep op algemeenbelang | toegelicht in paragraaf 4,2,4 |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 1, tweede zin | Artikel 14, eerste lid | | |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 2 | Artikel 11, tweede lid | | |
| Artikel 2quinquies, derde lid, alinea 3 | Artikel 11, tweede lid | | |
| Artikel 2quinquies, vierde lid | Artikel 9, eerste lid | | |
| Artikel 2quinquies, vijfde lid artikel 2 sexies, eerste lid | Artikel 9, tweede lid Artikel 8, eerste lid, aanhef en onder b, jo. artikelen 11 tot en met 13 | Mogelijkheid om overeenkomst in stand te laten met beroep op relevante aspecten | toegelicht in paragraaf 4.2.4 |
| Artikel 2 sexies, tweede lid, eerste zin | Artikel 14, derde lid | | |
| Artikel 2 sexies, tweede lid, tweede en derde zin | Artikel 11 en 12, eerste leden | | |
| artikel 2 septies, eerste lid, aanhef en onder a | Artikel 8, tweede lid, aanhef en onder a | Keuze om termijn van 30 dagen toe te passen | toegelicht in paragraaf 4.2.1 |
| Artikel 2 septies, eerste lid, aanhef en onder b | Artikel 8, tweede lid, aanhef en onder b | | |

Richtlijn 2007/66, zoals deze
de richtlijn 89/665 wijzigt

| | | |
|--|---|---|
| Artikel 2 septies, tweede lid | Behoeft naar zijn aard geen implementatie, | Termijnen voor het instellen van beroep wordt aan nationaal recht gelaten |
| Artikel 3 bis Artikel 3 ter | Artikel 10 Behoeft geen implementatie; richt zich tot de Europese Commissie | |
| Artikel 8 | Behoeft geen implementatie; richt zich tot de Europese Commissie | |
| Artikel 12, eerste lid Artikel 12, tweede lid | Behoeft geen implementatie Artikel 13, tweede lid | |
