

# Beroepstermijnen aanbestedingsrecht en het effectiviteitsbeginsel

Prof. mr. E. Steyger\*

In twee arresten heeft het Hof van Justitie beroepstermijnen opnieuw getoetst aan het beginsel van effectieve rechtsbescherming, en laat voortaan de lidstaten minder beleidsvrijheid dan tot dusver gebruikelijk. De arresten hebben een ruimer bereik dan alleen het aanbestedingsrecht.

- *HvJ EG 28 januari 2010, zaak C-456/08, Uniplex, n.n.g.*
- *HvJ EG 28 januari 2010, zaak C-456/08, Commissie / Ierland, n.n.g.*

In de arresten *Uniplex* en *Commissie / Ierland* van 28 januari 2010 heeft het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie) een nadere invulling gegeven aan de wijze waarop beroepstermijnen in het aanbestedingsrecht moeten worden geïmplementeerd. De arresten geven primair aan hoe er met de zogeheten 'Alcatel' termijn,<sup>1</sup> die in Nederland recentelijk is omgezet in de artikel 4 Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (WIRA)<sup>2</sup> en na inwerking-treding artikel 55 lid 2-4 Bao vervangt, door de aanbestedende diensten en de lidstaten moet worden omgegaan. De arresten hebben echter een ruimere reikwijdte dan alleen het aanbestedingsrecht. Het Hof van Justitie hanteert algemene formuleringen betreffende de beroepstermijnen, die weliswaar de bepalingen uit de rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665 invullen en de door de tekst van de richtlijn toegelaten onzekerheden onmogelijk maken, maar gezien de jurisprudentie over beroepstermijnen in het kader van de effectieve rechtsbescherming mogelijk algemeen toepasbaar zijn. Dientengevolge roepen de arresten vragen op met betrekking tot de wijze waarop de beroepstermijnen in het bestuursrecht gehanteerd worden. Dit betreft bijvoorbeeld de vraag hoe beroepstermijnen gehanteerd moeten worden ten opzichte van belang-

hebbenden bij aan ondernemingen verstrekte subsidies die mogelijk als staatssteun kunnen worden aangemerkt terwijl zij de beschikking niet krijgen toegezonden. Tenslotte past deze jurisprudentie ook in een andere tendens, namelijk de wijze waarop het Hof van Justitie steeds vaker eis van effectieve implementatie toepast.<sup>3</sup>

In dit artikel bespreek ik de arresten in het licht van de vereisten die het Hof van Justitie aan de rechtsbescherming stelt. Voorts bezie ik of de termijn zoals deze in de WIRA is verwoord voldoet aan de nieuwe rechtspraak. Daarna ga ik in op de vraag welke invloed de arresten hebben op beroepstermijnen die in andere rechtsgebieden gehanteerd worden.

## Effectieve rechtsbescherming

Vanaf medio jaren zeventig breekt op communautair niveau het inzicht door dat de leerstukken van rechtstreekse werking en voorrang niet voldoende zijn om een uniforme en effectieve doorwerking van het EG-recht in de lidstaten te waarborgen, maar dat, aangezien de door het EG-recht gegarandeerde rechten moeten worden geëffectueerd met behulp van nationaal procesrecht, ook tot op zekere hoogte moet worden ingegrepen in het procesrecht van de lidstaten.

Deze ingrepen zijn gebaseerd op het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel. Deze beginselen vereisen dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke, zuiver nationale vorderingen gelden (vereiste van non-discriminatie of gelijkwaardigheid) en dat deze regels in geen geval zodanig mogen zijn dat de uitoefening van de aan het EG-recht ontleende rechten die de nationale rechter moet handhaven, praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt (vereiste van effectiviteit of doeltreffendheid). Het gevolg is dat de procedurele nationale autonomie ten aanzien van op het

\* Prof. mr. E. Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en advocaat bij Holla Poelman Van Leeuwen advocaten te 's-Hertogenbosch.

1. HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98, *Alcatel*, *Jur.* 1999, p. I-7671.  
2. *Stb.* 2010, 38.

3. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 10 maart 2009, zaak C-169-07, *Hartlauer*, HvJ EG 6 oktober 2009, zaak C-153/08, *Commissie/Spanje*, HvJ EG 17 november 2009, zaak C-169/08, *Presidente del Consiglio dei Ministri*.

gemeenschapsrecht geïndene vorderingen steeds verder is teruggedrongen.

Het voert te ver om hier de gehele jurisprudentie op dit terrein te bespreken. Onder verwijzing naar enkele standaardarresten volsta ik ermee te stellen dat nationaal procesrecht en nationale rechtsmiddelen getoetst worden aan de bovengenoemde vereisten, en dat, indien deze niet voldoen, de nationale rechters er creatief mee om moeten gaan. Creatie van op het EG-recht gebaseerde rechtsmiddelen wordt daarbij niet geschuwd en het buiten toepassing laten van geldende procesrechtelijke regels evenmin.<sup>4</sup>

De beide beginselen beogen de bescherming van de rechten van particulieren ontleend aan het Unierecht te effectueren. Het is dan ook niet verbazingwekkend dat deze rechtspraak tevens de toegang tot de rechter en dus de toepassing van beroepstermijnen omvat.

## Beroepstermijnen in de praktijk

Beroepstermijnen, ook wanneer zij betrekking hebben op de uitvoering van Europees recht, behoren tot de nationale procesautonomie. Het is aan de lidstaten om te waarborgen dat de burgers toegang hebben tot de rechter en de wijze te kiezen waarop zij deze toegang vormgeven. Dit is vermoedelijk ook de reden waarom bijvoorbeeld de rechtsbeschermingrichtlijn in het aanbestedingsrecht, een van de weinige richtlijnen die daadwerkelijk voorschrijft dat er een beroepstermijn moet worden gehanteerd, niet een expliciete termijn noemt, maar slechts bepaalt dat er 'doeltreffend en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld'.

Het Hof van Justitie oordeelde met betrekking tot de eisen te stellen aan beroepstermijnen primair dat het toepassen van redelijke nationale beroepstermijnen niet in strijd was met het vereiste van effectiviteit, ook al kon dit tot gevolg hebben dat burgers de aan het EG-recht ontleende rechten niet konden uitoefenen omdat zij inmiddels een fatale beroepstermijn hadden overschreden.<sup>5</sup> Slechts in geval de lidstaat een richtlijn niet of niet-correct heeft omgezet, of bij de uitvoering van het Verdrag het Verdrag zelf geschonden is, kan een burger zich erop beroepen dat hem een beroepstermijn niet kan worden tegengeworpen, maar dit is beperkt totdat aan enkele specifieke criteria is voldaan:

- in het geval van omzetting van een richtlijn moet er sprake zijn van niet (correcte) omzetting van een richtlijn;<sup>6</sup>
- als gevolg van de termijnoverschrijding moet een volledige onmogelijkheid bestaan om de rechten uit de richtlijn te doen gelden; redelijke beperkingen van de materiële aanspraken uit de richtlijn door middel van beperking van de terugwerkende kracht van aanvragen,<sup>7</sup> verjaringstermijnen,<sup>8</sup> en vervaltermijnen<sup>9</sup> zijn wel toelaatbaar.
- de termijnoverschrijding moet geweten kunnen worden aan onachtzaam gedrag van de bevoegde autoriteiten.<sup>10</sup>

De vormgeving van de beroepstermijnen werd lange tijd overwegend overgelaten aan de lidstaten. In het reeds genoemde arrest *Alcatel*<sup>11</sup> oordeelde het Hof van Justitie dat de termijn die moet worden gehanteerd om een beroepsprocedure te voeren vooraf moet gaan aan het besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, zodat een beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen. Over de lengte van de termijn liet het Hof van Justitie zich niet uit.

Deze terughoudendheid van het Hof van Justitie is recentelijk afgenomen. In het arrest *Pontin*<sup>12</sup> was de lengte van een termijn, waarin tegen een ontslag dat gegeven was tijdens een zwangerschap die nog niet medisch was vastgesteld, en waarvan de werkgever op het moment van het ontslag niet op de hoogte is, in het geding. De Franse wet biedt de werkneemster in die situatie een termijn van twee weken na de opzegging van de arbeidsovereenkomst om een verzoekschrift in te dienen om het ontslag nietig te verklaren. Het Hof van Justitie oordeelt dat de richtlijn ter verbetering van de veiligheid en gezondheid van werkneemsters tijdens de zwangerschap en de lactatie<sup>13</sup> zich niet tegen een zodanige termijn verzet, mits deze voldoet aan de bovengenoemde voorwaarde van effectiviteit. Het Hof van Justitie overweegt echter in r.o. 67 expliciet dat de desbetreffende termijn in deze specifieke omstandigheden, namelijk de strenge uitleg die door nationale rechters aan de termijn wordt gegeven, niet te lijkt te voldoen aan het doeltreffendheidsbeginsel. Deze niet mis te verstane aanwijzing over de lengte van de termijn aan de nationale rechter, zonder dat het Hof van Justitie zich expliciet uitspreekt, vloeit voort uit het feit dat het niet aan het Hof is om te oordelen over een nationale rechts-

4. HvJ EG 15 mei 1986, zaak 222/84, *Johnston*, Jur. 1986, p. 1663; HvJ EG 15 oktober 1987, zaak 222/86, *Heylens*, Jur. 1987, p. 1651; HvJ EG 3 december 1992, zaak C-97/91, *Borelli*, Jur. 1992, p. I-6313; HvJ EG 10 april 1984, zaak 14/83, *Van Colson en Kamann*, Jur. 1984, p. 1891; HvJ EG 21 februari 1991, gevoegde zaken C143/88 en C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, Jur. 1991, p. I-534; HvJ EG 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, *Franovich en Bonifaci*, Jur. 1991, p. I-5357; HvJ EG 19 juni 1990, zaak C-213/89, *Factortame*, Jur. 1990, p. I-2433.

5. HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Rewe*, Jur. 1976, p. 1989 en HvJ EG 16 december 1976, zaak 45/76, *Comet*, Jur. 1976, p. 2043.

6. HvJ EG 25 juli 1991, zaak C-208/90, *E Emmott*, Jur. 1991, p. I-4269.

7. HvJ EG 27 oktober 1993, zaak C-338/91, *Steenhorst Neerings*, Jur. 1993, p. I-5435; HvJ EG 6 december 1994, zaak C-410-92, *Johnson*, Jur. 1994, p. I-5483.

8. HvJ EG 2 december 1997, zaak C-188/95, *Fantask*, Jur. 1997 p. I-6783.

9. HvJ EG 15 september 1998, zaak C-231/96, *EDIS*, Jur. 1998, p. 4951.

10. HvJ EG 15 september 1998, zaak C-231/96, *EDIS*, Jur. 1998, p. 4951; HvJ EG 11 oktober 2007, zaak C-241/06, *Lammerzahl*, Jur., 2007, p. I-8415.

11. Zie noot 1.

12. HvJ EG 29 oktober 2009, zaak C-63/08, *Pontin*, Jur. 2009, n.n.g.

13. Richtlijn 92/85/EG, Pb. EG 1992, L 348.

regel als zodanig, maar is bepaald minder terughoudend dan het Hof in eerdere arresten is geweest.

In *Uniplex* en *Commissie/Ierland* waren verschillende vragen aan de orde betreffende de in de het Verenigd Koninkrijk en Ierland gehanteerde en toegepaste termijn in het aanbestedingsrecht. *Uniplex* betrof een aanbesteding van de National Health Service (NHS) voor hemostatica, waarin de inschrijver het niet eens was met de beoordeling van de offerte. In de procedure die volgde kwamen enige onduidelijkheden aan het licht over de aanvangsdatum van de termijn en de bevoegdheden van de rechter tot toepassing daarvan. In het VK wordt de termijn als volgt geformuleerd: ‘Beroep krachtens deze Regulation is slechts mogelijk, indien [...] dit beroep onverwijld en in elk geval binnen drie maanden vanaf het tijdstip waarop de gronden hiervoor zijn opgekomen aanhangig is gemaakt, tenzij het High Court van oordeel is dat er goede redenen zijn om de hiervoor geldende termijn te verlengen.’

*Commissie/Ierland* betrof een infractieprocedure, waar het Hof van Justitie een aanbesteding van de National Roads Authority (NRA) in Dundalk te beoordelen kreeg. Een inschrijver die geen afwijzing ontvangen had, werd overschrijding van de termijn tegengeworpen door het Ierse High Court, waarna de inschrijver een klacht indiende bij de Commissie. De Ierse aanbestedingswetgeving hanteert voor de beroepstermijn bijna aan de Britse formulering gelijklopende bewoordingen, te weten: ‘Een beroep tegen een gunningsbesluit of tegen het plaatsen van een overheidsopdracht moet zo snel mogelijk en in ieder geval binnen drie maanden na het intreden van de gronden voor dit beroep, worden ingesteld, tenzij de rechter een verlenging van deze termijn gerechtvaardigd acht.’

De Britse formulering leidde bij de nationale rechter tot de volgende vragen. Primair was niet duidelijk wanneer de termijn een aanvang zou nemen. Was dit op het moment dat het bericht van voorlopige gunning was gedaan, of op het moment dat de afgewezen inschrijver bekend was of had moeten zijn met de redenen waarom niet aan hem gegund was. Daarnaast was niet duidelijk wat het criterium ‘onverwijld’ betekende en of een niet-ontvankelijkheidsverklaring van de vordering uitsluitend op het ‘niet onverwijld’ instellen van een beroep zou kunnen berusten. De derde vraag had betrekking op de wijze waarop de nationale rechter met de discretionaire bevoegdheid om beroepstermijn te verlengen moet omgaan.

*Commissie/Ierland* adresseerde voor een deel dezelfde issues. Ook hier kwamen vragen betreffende de toepassing van de regeling aan de orde zoals de vraag of de rechter de bepaling zo mag toepassen dat de beroepstermijn gaat lopen wanneer er tussentijdse besluiten worden genomen, terwijl de regeling hier niets over zegt. En tenslotte kwam ook hier de vraag aan de orde of de termijn voldoende duidelijk is gedefinieerd.

Op de eerste vraag inzake *Uniplex* antwoordt het Hof van Justitie dat de termijn pas gaat lopen op het moment dat de afgewezen inschrijver van de redenen tot afwijzing kennis had of had moeten hebben, aangezien hij anders niet effectief beroep kan instellen.

Voorts oordeelt het Hof van Justitie dat een termijn die bestaat uit twee onderdelen, te weten ‘onverwijld’ en ‘in elk geval binnen drie maanden’ niet duidelijk is, omdat de term ‘onverwijld’ de rechter een discretionair criterium geeft om de termijn vervallen te verklaren voor de drie maanden zijn verstreken. En tenslotte oordeelt het Hof van Justitie dat de rechtsbeschermingrichtlijn de nationale rechter in het voorkomende geval gebiedt zijn discretionaire bevoegdheid te gebruiken om de beroepstermijn te verlengen op een wijze die verzekert dat de afgewezen inschrijver beschikt over een termijn die gelijkwaardig is aan die waarover hij zou hebben beschikt als de in de nationale regeling voorgeschreven termijn zou zijn toegepast vanaf het moment waarop de redenen van de afwijzing bekend zouden zijn.

In *Commissie/Ierland* oordeelt het Hof van Justitie dat Ierland zijn verplichtingen niet is nagekomen omdat de NRA de inschrijver niet op de hoogte had gesteld van haar besluit tot gunning, door het handhaven van een regeling die onduidelijkheid creëert met betrekking tot de besluiten waartegen beroep kan worden ingesteld, en met betrekking tot de termijn van het beroep.

Uit de bovenstaande arresten blijkt dat het Hof van Justitie aanmerkelijk verder gaat dan in het verleden met het voorschrijven van lidstaten van de termijn die zij voor een beroep moeten hanteren. Weliswaar schrijft het Hof van Justitie geen termijn voor, maar de vrijheid van de overheid of dit nu in haar capaciteit als overheid, als werkgever of als aanbestedende dienst is om beroepstermijnen te hanteren die in de lidstaat gebruikelijk zijn, wordt ingeperkt door het vereiste van duidelijkheid. Discretionaire bevoegdheden van rechters om termijnen te verkorten of te verlengen zonder dat daaraan kenbare criteria ten grondslag liggen worden niet meer geaccepteerd.

Voor Nederland betekenen de arresten in elk geval dat de aanbestedende diensten, om de 15-dagen termijn te laten ingaan, hun afwijzingsbesluit volledig moeten motiveren, als ware het een bestuursrechtelijke beschikking. Wordt volstaan met een summiere afwijzing, dan gaat de termijn pas in nadat een nadere motivering, schriftelijk of tijdens een gesprek, is gegeven. Voor zowel aanbestedende diensten als inschrijvers betekent dit, dat, wanneer voor een gesprek wordt gekozen, het opstellen van een gespreksverslag erg belangrijk wordt. Het gaat hier overigens wel om een geobjectiveerd criterium: het ‘kennis had moeten hebben’ impliceert een eigen verantwoordelijkheid van de afgewezen inschrijver. Het subjectieve onbegrip van de redengeving van een inschrijver is dus niet voldoende.

Voor het overige hebben de arresten voor het aanbestedingsrecht relatief weinig betekenis, hoewel beargumenteed zou kunnen worden dat er onduidelijkheid bestaat over de vraag of er na een niet-openbare procedure waarin eerst een selectie plaatsvindt, uitgesloten inschrijvers meteen na de selectie moeten dagvaarden, of dat zij dat ook nog na de voorlopige gunning mogen doen. Op basis van deze arresten valt te betogen dat, indien de aanbestedingsdocumenten hier niets over voorschrijven, uitgesloten inschrijvers ook na de voorlopige gunning nog een beroep kunnen instellen.

In het Nederlandse aanbestedingsrecht is het vooral van belang of de nieuwe Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (WIRA)<sup>14</sup> in overeenstemming met deze arresten kan worden geacht. Artikel 4 van de WIRA bepaalt dat de aanbestedende dienst een termijn hanteert voordat zij de met de gunningbeslissing beoogde overeenkomst sluit. Deze termijn bedraagt ten minste vijftien dagen en vangt aan op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningbeslissing is verzonden aan de betrokken inschrijvers en betrokken gegadigden. Een gegadigde is iemand die is uitgenodigd is deel te nemen aan een niet-openbare procedure. Voorts regelt het artikel wanneer de termijn niet hoeft te worden toegepast. Artikel 5 regelt dat inschrijvers bij de procedure betrokken worden geacht te zijn, zolang zij niet definitief zijn uitgesloten. De uitsluiting is definitief wanneer de betrokken inschrijvers daarvan in kennis zijn gesteld en er geen rechtsmiddel meer openstaat tegen de uitsluiting. Het tweede lid bepaalt dat gegadigden bij de procedure geacht worden betrokken te zijn indien de aanbestedende dienst geen informatie over de afwijzing ter beschikking heeft gesteld voordat de betrokken inschrijvers in kennis werden gesteld van de gunningbeslissing. Artikel 6 ten slotte bepaalt dat iedere gunningbeslissing de relevante redenen bevat voor de beslissing, alsmede een nauwkeurige omschrijving van de termijn als bedoeld in artikel 4 lid 1. De mededeling wordt in elk geval elektronisch of per fax aan de betrokken inschrijvers verzonden.

Het is saillant dat de WIRA is vastgesteld op dezelfde dag dat de arresten *Uniplex* en *Commissie/Ierland* werden gewezen. De wet bevat namelijk niet de door het Hof vereiste duidelijkheid. Hoewel aanbestedende diensten verplicht worden om de gunningbeslissing van de relevante redenen te voorzien, is niet expliciet geregeld dat dit een voorwaarde is om de beroepstermijn te laten ingaan. Dat ligt wel voor de hand, zeker nu de ingang van de termijn in de beslissing omschreven moet zijn, maar voor de inschrijvers zal het gissen blijven, wat nu precies een voldoende redengeving is in het licht van de eis van het Hof van Justitie dat de afgewezen inschrijver bekend was of had moeten zijn met de redenen voor de afwijzing. Weliswaar verplicht de richtlijn 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; dit laatste criterium ontbreekt in de wet. En is het wel mogelijk om de afgewezen inschrijvers van alle relevante redenen, zoals de MvT stelt, te voorzien, nu in aanbiedingen mogelijk concurrentiegevoelige gegevens zijn opgenomen? Kortom, het is niet zeker of de gewenste duidelijkheid van het Hof van Justitie bereikt is, hoewel de WIRA zeker een verbetering ten opzichte van het Bao inhoudt. Maar het blijft mogelijk dat er, net als nu, regelmatig onnodig gedagvaard zal blijven worden, omdat partijen niet het risico willen nemen dat de overschrijding van de termijn wordt tegengeworpen.

Daarnaast regelt de wet niet zo duidelijk als het Hof van Justitie eist, wanneer de termijn gaat lopen voor uitgesloten gegadigden in een niet-openbare procedure. Er valt uit de wet af te leiden dat het moment waarop de uitsluiting definitief is, het begin van de looptijd inhoudt, maar dat staat nergens. En zou er niet aangegeven moeten worden of er een termijn gaat lopen op het moment dat besloten wordt tot uitsluiting? Voor een wet die bedoeld is om rechtsbescherming te bieden voor een aanbestedingstelsel dat beoogt het eenvoudiger te maken voor gegadigden uit andere EG-lidstaten is dit een omissie. Een wat strakkere regeling zou hier behulpzaam geweest zijn.

De belangrijkste vraag is echter of de arresten *Uniplex* en *Commissie/Ierland* zich beperken tot het aanbestedingsrecht. Zij zijn weliswaar gebaseerd op de rechtsbeschermingsrichtlijn inzake aanbestedingen, maar ze zouden voor het Nederlandse bestuursrecht eveneens relevant kunnen zijn.

## Gevolgen voor het Nederlandse recht

Als er uit de arresten *Uniplex* en *Commissie/Ierland* één ding duidelijk is geworden, is het dat burgers een effectief recht van beroep moeten hebben waarvan de termijn voor een ieder begrijpelijk is, en dat kan worden ingesteld op basis van een motivering van een bestuursorgaan voor het besluit.

De Nederlandse bestuursrechtelijke termijnen worden geregeld in de Algemene wet bestuursrecht. Deze lijkt voor wat betreft de lengte van de termijn volstrekt duidelijk: bezwaar- en beroepstermijnen bedragen zes weken vanaf de dag na die waarop het besluit op de voorgeschreven wijze bekend is gemaakt. Bekendmaking geschiedt volgens de Awb door toezending of uitreiking aan de belanghebbenden, onder wie begrepen de aanvrager (art. 3:41 Awb). Indien de bekendmaking van het besluit niet kan geschieden op de wijze als voorzien in het eerste lid van artikel 3:41 Awb, dan geschiedt zij op een andere geschikte wijze.

In de meeste gevallen zal met inachtneming van deze bepalingen de termijn kunnen worden gehanteerd. Immers, in het algemeen is bekend wie de aanvrager is en wie de andere mogelijke belanghebbenden zijn. Is er een algemene bekendmaking van de beschikking omdat de belanghebbenden niet bekend zijn, dan zal deze in het algemeen voldoen aan de criteria van het Hof van Justitie zoals hiervoor beschreven. Het besluit is dan op de voorgeschreven wijze bekendgemaakt en belanghebbenden hadden van het besluit zelf en de redenen die eraan ten grondslag liggen kennis kunnen nemen.

Dit gaat echter wel eens mis, en dan kunnen bestuursorganen soms de neiging niet weerstaan om de rechtszekerheid van de geadresseerde, door middel van het inroepen van de overschreden beroepstermijn tegen de andere belanghebbenden, te laten prevaleren boven de belangen van de derde, als deze te laat zijn bezwaren

14. Wet van 28 januari 2010, *Stb.* 2010, 38 in werking getreden op 19 februari 2010.



indient. Dit is in het nationale recht al een gevaarlijke weg,<sup>15</sup> maar als het gaat om beschikkingen met een Europeesrechtelijke component is dit al helemaal onaanvaardbaar. Hier valt met name te denken aan besluiten die mogelijk aan te merken zijn als (verboden) staatssteun, zoals subsidiebesluiten. Als het gaat om besluiten waarin overheidsbijdragen worden verstrekt aan entiteiten die als onderneming kunnen worden aangemerkt, volgt uit het Europese staatssteunrecht<sup>16</sup> dat alle concurrerende organisaties een belang hebben om tegen een zodanig besluit op te komen. Dit impliceert dat zij op de hoogte moeten zijn van het besluit tot toekenning van die overheidsbijdrage. Een algemene bekendmaking van subsidies aan organisaties die als onderneming moeten worden aangemerkt zou dus in de rede liggen. Dit geldt eveneens voor de gevallen waarin het ondernemingskarakter van de gesubsidieerde entiteit niet zeker is.

Deze bekendmaking aan concurrenten is er echter meestal niet. Soms zijn er algemene regelingen die het kader omschrijven volgens hetwelk subsidie wordt toegekend, maar de verleningbeschikking wordt in het algemeen niet bekend gemaakt of medegedeeld aan derden en slechts toegezonden aan de desbetreffende organisatie. Eventuele concurrenten moeten dus maar gissen of en zo ja wanneer er subsidie is toegekend. Desalniettemin wordt, wanneer eventuele concurrenten tegen het besluit opkomen omdat het mogelijk verboden staatssteun zou kunnen bevatten, de gebruikelijke beroepstermijn wel tegengeworpen.

Mij lijkt dat de arresten *Uniplex* en *Commissie/Ierland*, ook al hebben zij betrekking op aanbestedingsrecht, in dit soort situaties een rol kunnen gaan spelen. Het Hof van Justitie heeft immers al eerder in staatssteunzaken nationale rechters geboden binnen het kader van hun bevoegdheden zoveel mogelijk te doen om particulieren hun rechten te kunnen laten verwezenlijken.<sup>17</sup>

## Conclusie

Hoewel de arresten *Uniplex* en *Commissie/Ierland* op zichzelf niet spectaculair zijn, geven zij, zowel binnen het kader van het aanbestedingsrecht als, in combinatie met het arrest *Pontin* daarbuiten, een duidelijke stap weer in de gevestigde jurisprudentie van het Hof in de toepassing van het effectiviteitsbeginsel in het nationale procesrecht. Op zich is deze stap niet nieuw. Al sedert het arrest *Van Colson en Kamann*<sup>18</sup> heeft het Hof van Justitie weinig genade gehad met praktisch fictieve schadevergoedingen en sancties gecreëerd door onwillige wetgevers en toegepast door onwillige bestuursorganen die de verwezenlijking van rechten ontleend aan, misschien niet zo gewenst, communautair recht moeilijk of onmogelijk maken. Dat het Hof van Justitie wel degelijk oog heeft gehad voor reële

belemmeringen die in het kader van de rechtszekerheid en een goede procesorde noodzakelijk zijn, doet daar niet aan af.

Niettemin gaan de onderhavige uitspraken toch nog wat verder en passen ze goed in de trend van de laatste jaren die in de materieelrechtelijke rechtspraak te signaleren is. Het betreft hier het vereiste dat de lidstaat door nationale wetgeving zodanig wordt vormgegeven dat de verwezenlijking van de aangevoerde doelstelling op coherente en systematische wijze wordt nagestreefd.<sup>19</sup> De besproken uitspraken sluiten hierop naadloos aan. In die zin is niet uit te sluiten dat deze arresten een begin markeren van het naar elkaar toegroeien van het Europese bestuursrecht en het Europese materiële recht.

15. Zie o.m. CbB 29 augustus 1995, AB 1995, 600, mt nt. JHvdV.

16. HvJ EG 13 januari 2005, zaak C-174/02, *Streekgewest Westelijk Noord-Brabant*, Jur. 2005, p. I-85.

17. HvJ EG 7 september 2006, zaak C-526/04, *Laboratoires Boiron*, Jur. 2006, p. I-7529.

18. Zie noot 4.

19. Voor een overzicht van deze jurisprudentie zie E. Steyger, N. Saanen, M.R. Botman en E. Hilbrink, 'Kroniek materieel Europees recht,' *NJB* 2010, p. 954-962.