

Het toenemend belang van het aanbestedingsrecht voor de ondernemingsrechtpraktijk

Inleiding

Het aanbestedingsrecht is zowel Europees als nationaal volop in beweging. Steeds meer sectoren in de samenleving komen hiermee in aanraking. Enige basiskennis van het aanbestedingsrecht blijkt ook voor de ondernemingsrechtpraktijk in toenemende mate van belang te zijn. In deze bijdrage wordt in de eerste plaats kort uiteengezet wat aanbestedingsrecht precies is, voor wie het aanbestedingsrecht verplichtingen in het leven roept, wanneer hiervan sprake is, en welke procedures er in dat geval moeten worden gevolgd. In de tweede plaats wordt aandacht besteed aan een aantal aspecten van het aanbestedingsrecht dat bij de beoordeling van contracten in het kader van bijvoorbeeld een overname, een fusie of een financieringsconstructie voor de ondernemingsrechtadvocaat van eminent belang is.

Deel I: Aanbestedingsrecht

Een algemene definitie van het begrip aanbestedingsrecht is noch in de Europese, noch in de nationale regelgeving te vinden. Een omschrijving zou kunnen zijn:

‘het geheel van rechtsregels dat het optreden van overheidsopdrachtgevers normeert bij het competitief in de markt zetten van opdrachten voor het uitvoeren van werken, het leveren van producten of het verrichten van diensten’.

Het aanbestedingsrecht is vastgelegd in Europese aanbestedingsrichtlijnen, die tot doel hebben de markten in de lidstaten van de Europese Unie voor overheidsopdrachten te openen, zodat nationale overheden ondernemingen uit eigen land niet bevoordelen bij het gunnen van opdrachten. Alle aanbieders uit de Europese Unie moeten een eerlijke kans krijgen om overheidsopdrachten, waarvan de waarde een bepaald drempelbedrag te boven gaat, te verwerven. Met het genereren van competitie wordt tevens beoogd de publieke middelen op een verantwoorde manier te besteden.

De thans vigerende communautaire aanbestedingsrichtlijnen zijn:

- Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten¹ (hierna: de Richtlijn Nutssectoren); en
- Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrach-

1. PbEG 2004, L 134/1.

ten voor werken, leveringen en diensten² (hierna: de Algemene Richtlijn).

Deze aanbestedingsrichtlijnen zijn in de Nederlandse rechtsorde geïmplementeerd door middel van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen³ en twee op die wet gebaseerde AMvB's, te weten het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO)⁴ en het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren (BASS).⁵ Hierin zal overigens binnen afzienbare tijd verandering komen, aangezien het ministerie van Economische Zaken een nieuwe Nederlandse Aanbestedingswet heeft opgesteld. Het wetsvoorstel is op 20 september 2006 door de Tweede Kamer aangenomen en ligt thans voor behandeling bij de Eerste Kamer. Naar verwachting zal de Nieuwe Aanbestedingswet – samen met twee onderliggende AMvB's – in 2009 in werking treden.

Naast de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn ook de rechtsbeschermingsrichtlijnen van belang.⁶ In deze richtlijnen zijn waarborgen vastgelegd voor de handhaving van de voorschriften van de Europese aanbestedingsrichtlijnen en de rechtsbescherming van deelnemers aan aanbestedingsprocedures. Eind vorig jaar hebben het Europese Parlement en de Raad een wijzigingsrichtlijn, Richtlijn 2007/66/EG de Wijzigingsrichtlijn,⁷ aangenomen die genoemde rechtsbeschermingsrichtlijnen op bepaalde onderdelen wijzigt (waarover verderop in dit artikel meer).

Tot slot is ook de rechtspraak van het Hof van Justitie, het Gerecht van Eerste Aanleg en de Nederlandse burgerlijke rechter een belangrijke bron van aanbestedingsrecht, evenals de beleidsdocumenten van de Europese Commissie en van Nederlandse overheden.

De werkingssfeer van het aanbestedingsrecht

De werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen is bepaald in de richtlijnen zelf. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen de subjectieve werkingssfeer (voor welke aanbesteders gelden de richtlijnen) en de objectieve werkingssfeer (voor welke opdrachten gelden de richtlijnen). Alléén wanneer zowel aan de voorwaarden in verband met de subjectieve werkingssfeer als aan de voorwaarden in verband met de objectieve werkingssfeer wordt voldaan, zijn de richtlijnen – en dus in Nederland het BAO en het BASS – van toepassing.

2. PbEG 2004, L 124/114.

3. Wet van 31 maart 1993, Stb. 212.

4. AMvB van 16 juli 2005, Stb. 408, zoals laatstelijk gewijzigd bij AMvB van 7 december 2005, Stb. 650.

5. AMvB van 16 juli 2005, Stb. 409.

6. Richtlijn 89/665/EG van 12 december 1989, PbEG 1989, L 395/33, zoals gewijzigd bij Richtlijn 92/50/EG (hierna: de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn) en Richtlijn 92/13/EG van de Raad van 25 februari 1992, PbEG 1992, L 76/14 (hierna: de Rechtsbeschermingsrichtlijn Nutssectoren).

7. Richtlijn 2007/66/EG, PbEG, L 335/31.

Subjectieve werkingssfeer

Om te bepalen of een overheidsopdracht dient te worden aanbesteed, is in de eerste plaats van belang om te weten of de betreffende aanbestedende dienst kan worden aangemerkt als aanbestedende dienst in de zin van de richtlijnen.

Blijkens artikel 1 sub r van het BAO worden als aanbestedende dienst aangemerkt: de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap, een publiekrechtelijke instelling of een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen. Het toepassingsbereik van de eerste vier subcategorieën leidt in de praktijk zelden tot problemen. Over de subcategorie 'publiekrechtelijke instelling' bestaat daarentegen veelal meer discussie. De definitie van dit begrip (zie art. 1 sub q BAO) luidt als volgt:

'Een instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

1. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, of
2. het beheer onderworpen is aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of
3. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.'

De subjectieve werkingssfeer van het BASS is ruimer dan die van het BAO. In het BAO blijft de subjectieve werkingssfeer beperkt tot aanbestedende diensten, terwijl daar in het BASS nog twee subcategorieën aan worden toegevoegd: 'overheidsbedrijven' en 'bedrijven met bijzondere of uitsluitende rechten'. Voor de definities van beide begrippen zij verwezen naar respectievelijk artikel 1 sub s van het BASS en artikel 1 sub u, sub v van het BASS.

Objectieve werkingssfeer

Naast de hoedanigheid van de aanbestedende dienst is voor de werkingssfeer van het BAO en het BASS van belang wat het voorwerp van de aanbesteding is.

Het BAO en het BASS gelden voor overheidsopdrachten, voor raamovereenkomsten en voor (bepaalde) concessieovereenkomsten. Overheidsopdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten met betrekking tot de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten (zie art. 1 sub h, i en j van het BAO en art. 1 sub h, l en m van het BASS). Voor een omschrijving van de begrippen raamovereenkomst en concessieovereenkomst zij verwezen naar respectievelijk

artikel 1 sub n en artikel 1 sub l en m van het BAO, alsmede artikel 1 sub n en artikel 1 sub l en m van het BASS.

Drempelwaarde

Voor de toepasselijkheid van het BAO en het BASS is verder vereist dat de geraamde waarde van de opdracht, exclusief btw, ten minste gelijk is aan de voor opdrachten van de betrokken categorie vastgestelde drempelwaarde. De vastgestelde drempelbedragen worden iedere twee jaar opnieuw door de Europese Commissie bekeken en vastgesteld aan de hand van de gemiddelde dagwaarde van de euro. De Europese Commissie heeft de nieuwe drempelbedragen voor de periode 2008-2009 gepubliceerd in verordening 1422/2007 van 4 december 2007. De belangrijkste bedragen zijn:

Algemene Richtlijn	
Werken	€ 5.150.000
Leveringen	€ 206.000 ⁸
Diensten	€ 206.000 ⁹
Richtlijn Nutssectoren	
Werken	€ 5.150.000
Leveringen	€ 412.000
Diensten	€ 412.000

Tot slot zij in het kader van de werkingssfeer van het BAO en het BASS opgemerkt dat er specifieke uitzonderingen bestaan die in het BAO en het BASS zelf zijn opgenomen (zie art. 10 t/m 17 van het BAO en art. 15 t/m 25 van het BASS).

Aanbestedingsprocedures

Wanneer een aanbestedende dienst een overheidsopdracht in de markt wenst te zetten waarvan de waarde uitstijgt boven de hiervoor genoemde drempelwaarden, is de aanbestedende dienst verplicht gebruik te maken van een van de in het BAO of het BASS beschreven aanbestedingsprocedures.

Het BAO kent vijf verschillende procedures, te weten: de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de concurrentiegerichte dialoog, de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking, en de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (zie art. 28 t/m 31 BAO). Het staat een aanbestedende dienst steeds vrij om gebruik te maken van de openbare of de niet-openbare procedure. Om gebruik te kunnen maken van een van de andere procedures zal de aanbestedende dienst moeten aantonen dat sprake is van een van de bijzondere situaties waarvoor deze procedures in het leven zijn geroepen.¹⁰

8. Voor de centrale overheid is dit bedrag € 133.000.

9. Voor de centrale overheid is dit bedrag € 133.000.

10. HvJ EG inzake Commissie/Italië, C-199/85 en HvJ EG inzake Commissie/Spanje, C-71/92.

Het BASS kent vier verschillende aanbestedingsprocedures (zie art. 37 BASS). De concurrentiegerichte dialoog komt in het BASS niet voor. Dit heeft te maken met het feit dat een aanbestedende dienst voor het gunnen van een aanbestedingsplichtige opdracht waarop het BASS van toepassing is, niet alleen steeds vrij is om gebruik te maken van de openbare of de niet-openbare procedure, maar ook van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. De concurrentiegerichte dialoog – in feite een procedureel nader ingevulde onderhandelingsprocedure, die is bedoeld voor bijzonder complexe opdrachten – wordt om die reden overbodig geacht.

Deel II: Beoordeling bestaande contracten

In het kader van bijvoorbeeld een fusie, een overname of een financieringsconstructie kan de ondernemingsrechtadvocaat te maken krijgen met de beoordeling van overeenkomsten die tot stand zijn gekomen tussen één of meer (voormalige) aanbestedende diensten enerzijds en één of meer ondernemers anderzijds. In het geval het voorwerp van een dergelijke overeenkomst kwalificeert als een overheidsopdracht in de zin van het BAO of het BASS, die de toepasselijke drempelwaarde te boven gaat, is van belang om vast te kunnen stellen of de overeenkomst op juiste wijze tot stand is gekomen en of deze rechtens onaantastbaar is.

In het tweede deel van deze bijdrage wordt in dit verband aandacht besteed aan de volgende onderwerpen:

- nietigverklaring c.q. vernietiging van overeenkomst wegens onregelmatige aanbesteding;
- uitoefening verlengingsoptie;
- eigen schuld private partij.

Nietigverklaring c.q. vernietiging van overeenkomst wegens onregelmatige aanbesteding

Zowel uit de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn¹¹ (artikel 2 lid 6) als uit de Wijzigingsrichtlijn¹² (artikel 2 lid 7) volgt, dat het antwoord op de vraag of schending van voorschriften van aanbestedingsrecht de rechtsgeldigheid van een op grond van een onregelmatig verlopen procedure gesloten overeenkomst aantast, in dier voege dat de overeenkomst nietig of vernietigbaar moet worden geacht, moet worden gezocht in het nationale recht. Binnen de Nederlandse rechtsorde is de sanctie van nietigheid weliswaar niet met zoveel woorden uitgesloten, maar er is (nog) geen regel van nationaal recht die deze sanctie stipuleert.¹³

In 1999 heeft de Hoge Raad bepaald dat noch de Richtlijn Werken noch de Rechtsbeschermingsrichtlijn ertoe strekt dat aan schending van de eerstbedoelde richtlijn de sanctie

van nietigheid wordt verbonden.¹⁴ Het enkele feit dat de aanbestedingsregels niet zijn nageleefd, wettigt volgens deze uitspraak van de Hoge Raad niet de conclusie dat de daaruit voortvloeiende overeenkomst nietig is. Dit betekent echter niet dat degenen die door schending of verkeerde toepassing van een regel van aanbestedingsrecht worden benadeeld, niet over rechtsmiddelen beschikken.

Een schending van een voorschrift van aanbestedingsrecht zal in de regel namelijk kunnen worden gekwalificeerd als een onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) – een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht – van de aanbesteder tegenover de door die schending benadeeld (potentiële) gegadigden en inschrijvers. Deze zullen derhalve op grond van die bepaling in rechte aanspraak kunnen maken op voorzieningen strekkend tot opheffing van de onrechtmatige toestand en/of schadevergoeding.¹⁵ Een rechter kan derhalve op vordering van een marktpartij gebieden om een overeenkomst te beëindigen, respectievelijk een verbod uitspreken gevolg te geven aan de overeenkomst, omdat bij de totstandkoming van die overeenkomst in strijd is gehandeld met de aanbestedingsregels.¹⁶

Een dergelijke vordering wordt, naar de stand van het huidige recht, niet snel toegewezen. Voor toewijzing van deze vordering is namelijk niet voldoende dat de eisende partij de rechter ervan kan overtuigen dat deze het recht aan haar zijde heeft. Tevens zal de rechter een belangenafweging moeten maken tussen de belangen van de eisende partij, van de aanbestedende dienst en van de partij die de opdracht inmiddels verleend heeft gekregen. Bij die belangenafweging zal worden bekeken in welke mate de opdrachtnemer reeds is gevorderd in de uitvoering van de opdracht. Naarmate de uitvoering van de opdracht verder gevorderd is, wordt de kans dat een vordering tot beëindiging van overeenkomst wordt toegewezen, kleiner.

Voor de toekomst geldt dat rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat rechters, als gevolg van de inwerkingtreding van de Wijzigingsrichtlijn,¹⁷ sneller zullen ingrijpen in bestaande rechtsverhoudingen, wanneer de aanbestedingsregels niet of niet juist zijn nageleefd. De Wijzigingsrichtlijn bevat namelijk maatregelen die erop gericht zijn om onderhandse gunning, zonder dat de aanbestedingsregels dit toestaan, tegen te gaan. De Europese wetgever tracht dit doel te bereiken door – kort gezegd – het invoeren van een zware sanctie op deze ernstige overtreding: ‘onverbindendheid van de overeenkomst’ (art. 2 quinquies lid 1 sub a Rechtsbeschermingsrichtlijn). De Europese wetgever ziet dit in beginsel als een doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sanctie en als een goede

11. Zie voetnoot 6.

12. Zie voetnoot 7.

13. E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, Handboek van het Europese en Nederlandse Aanbestedingsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2004, p. 510.

14. Zie HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 (Uneto/De Vliet).

15. Pijnacker Hordijk e.a., Den Haag: Sdu Uitgevers, 2004, p. 511.

16. Zie bijv. Pres. Rb. Almelo 22 april 1994, BR 1995 p. 160 en Hof Amsterdam 3 oktober 2002, BR 2004, p. 551.

17. Zie voetnoot 7.

manier om de mededinging te herstellen en nieuwe zakelijke kansen te creëren voor benadeelde ondernemers (Considerans 13 en 14 van de Wijzigingsrichtlijn).

Wat de term 'onverbindend' in dit verband inhoudt, moet naar nationaal recht worden bepaald. Gedacht kan worden aan vernietiging met terugwerkende kracht van alle contractuele verbintenissen of aan een beperking van de werking van de nietigverklaring tot de verbintenissen die nog moeten worden uitgevoerd. In dat laatste geval moet ook in alternatieve sancties worden voorzien (art. 2 quinquies lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn). Er zij op gewezen dat vernietiging terugwerkt tot het tijdstip waarop de rechtshandeling is verricht, hetgeen in beginsel met zich meebrengt dat de reeds ingetreden gevolgen van de rechtshandeling ongedaan zullen moeten worden gemaakt. Op grond van artikel 3:53 lid 2 BW is de rechter echter bevoegd aan de vernietiging geheel of ten dele terugwerkende kracht te ontzeggen. Hij kan aan een partij die daardoor onbillijk wordt beoordeeld, de verplichting opleggen tot een uitkering in geld aan de partij die wordt benadeeld.

De lidstaten hebben tot 20 december 2009 de tijd gekregen om dit voorschrift in hun nationale wetgeving te implementeren. Het is daarbij overigens niet zo dat de onverbindendheid automatisch zal intreden: een overeenkomst dient onverbindend te worden verklaard door een rechter.

Uitoefening verlengingsoptie

Een ander aandachtspunt bij de beoordeling van overeenkomsten tussen één of meer aanbestedende diensten enerzijds en één of meer ondernemers anderzijds betreft de verlengingsoptie. Voor de beoordeling van de waarde van een overeenkomst is van belang om vast te stellen of partijen bij de overeenkomst zonder meer van een dergelijke verlengingsoptie gebruik kunnen maken (zeker als het een groot aantal jaren betreft), of dat wellicht eerst (opnieuw) een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden doorlopen. In dat laatste geval bestaat het risico dat niet de oorspronkelijke contractspartij, maar een derde de verlengingsopdracht gegund krijgt.

Om in het geval van verlenging van een bestaand contract c.q. een bestaande overheidsopdracht aan een nieuwe aanbesteding te 'ontkomen', moet in ieder geval aan twee voorwaarden worden voldaan:

1. De oorspronkelijke opdracht moet, mits deze de drempelwaarde overschreed, Europees zijn aanbesteed.
2. In de (aankondiging van de) oorspronkelijke opdracht moet expliciet duidelijk zijn gemaakt dat het contract een clause of optie tot (stilzwijgende) verlenging bevatte.

Indien aan deze voorwaarden niet wordt voldaan, moet rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat derden zich tegen uitoefening van de verlengingsoptie, zonder voorafgaande aanbesteding, in rechte zullen (kunnen) verzetten.

In het geval aan beide voorwaarden wel wordt voldaan, maar de verlengingsoptie de mogelijkheid biedt het oorspronkelijke contract met een bijzonder groot aantal jaren te verlengen, is eveneens oplettendheid geboden. Ten aanzien van het algemene vraagstuk van de looptijd van contracten geldt in beginsel dat contractsvrijheid het uitgangspunt is: een aanbestedende dienst bepaalt in de regel zelf hoelang hij een contract wenst aan te gaan. Het BAO en het BASS bevatten – met uitzondering van een artikel waarin de looptijd van raamovereenkomsten wordt beperkt tot vier jaar – geen bepalingen ten aanzien van de duur van contracten.

Echter, de Europese Commissie heeft ten aanzien van langlopende contracten het standpunt ingenomen dat deze bepaalde risico's op het gebied van concurrentie meebrengen, daar zij kunnen leiden tot versterkte situaties en tot uitsluiting van bepaalde firma's.¹⁸ Meer in het bijzonder ten aanzien van concessieovereenkomsten heeft de Europese Commissie het standpunt ingenomen dat de duur van de concessieovereenkomst zodanig moet worden gekozen dat de vrije mededinging niet verder wordt beperkt dan nodig is voor de afschrijvingen op investeringen en een redelijke vergoeding voor het geïnvesteerde kapitaal.¹⁹

De Europese Commissie lijkt van mening te zijn dat de duur van een overeenkomst in het algemeen te verantwoorden zal moeten zijn met objectieve, economische of strategische elementen. Van belang daarbij is in hoeverre de keuze voor een bepaalde looptijd de marktwerking zou kunnen verstoren, doordat de toegang tot deze opdracht een (geruime) tijd van de markt wordt gehouden. Ook de gemiddelde economische levensduur van een werk, een levering of een dienst kan in dit verband een rol spelen. Voor de goede orde zij er echter op gewezen dat deze mededelingen van de Europese Commissie niet tot gevolg hebben dat overeenkomsten van lange duur in strijd met het recht zouden zijn.

Eigen schuld private partij

Tot slot nog een ander aspect van het aanbestedingsrecht, waarmee bij de advisering van private ondernemingen rekening moet worden gehouden. Het aanbestedingsrecht bevat normen voor aanbestedende diensten (en in de nutssector ook voor overheidsbedrijven en voor bedrijven met bijzondere of uitsluitende rechten). Wanneer schending van deze normen tot gevolg heeft dat een bestaande overeenkomst op vordering van een rechter moet worden beëindigd, zal de aanbestedende dienst in beginsel schadeplichtig worden jegens de gelaedeerde contractspartij.

Daarbij mag de gelaedeerde contractspartij er echter niet van uitgaan dat deze steeds de volledige schade, die zij als gevolg van de beëindiging van de overeenkomst lijdt, ver-

18. COM(98)143 def, Overheidsopdrachten in de EG, p. 8.

19. PbEG 2000, C 121/2, Interpretatieve mededeling over concessieovereenkomsten in het communautaire recht.

goed zal kunnen krijgen. De kans bestaat dat wanneer een aanbestedende dienst een beroep doet op artikel 6:101 BW ('eigen schuld benadeelde'), een rechter tot het oordeel komt dat een gedeelte van de schade voor risico van de contractspartij komt. Dit, omdat een grote, professionele contractspartij zich mogelijk net als de aanbestedende dienst rekenschap had moeten geven van de mogelijke toepasselijkheid van de beginselen van het aanbestedingsrecht.

*Mr. B. Blaisse-Verkooyen
Stibbe*

Dit artikel uit Vennootschap & Onderneming is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker