



## Wet Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijnen Aanbesteden (WIRA)

### Motivering gunningsbeslissing – Artikel 6

Hoewel veel gemeenten vaak al alle betrokken partijen automatisch in de gunningsbeslissing op de hoogte stellen van de relevante redenen van de beslissing, was dit nog niet verplicht (tenzij een afgewezen partij hierom verzocht). De WIRA introduceert deze verplichting. Een afgewezen partij kan dan beoordelen of hij tegen de gunningsbeslissing wil opkomen bij de rechter. In de toelichting bij de wet staat dat als het gunningscriterium van de 'economisch meest voordelige inschrijving' wordt gebruikt, het in de rede ligt dat de scores van en relatieve positie ten opzichte van de 'winnaar' meegezonden worden als onderbouwing van de gunningsbeslissing. De relevante redenen kunnen volgens de toelichting onder meer de volgende elementen bevatten:

- bekendmaking van de eindscores van zowel 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.

De mededeling van de gunningsbeslissing moet in ieder geval elektronisch of per fax worden verzonden.

### Opschortende termijn – Artikel 4

Tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst moet een opschortende termijn van minimaal 15 dagen in acht worden genomen. Het is aan te raden om zowel in de aankondiging van de opdracht als in de mededeling van de gunningsbeslissing de termijn op te nemen die inschrijvers hebben om een kort geding aanhangig te maken.

Indien de gunningsbeslissing onvoldoende wordt gemotiveerd, dan begint de opschortende termijn niet te lopen. Dit heeft als consequentie dat een ondernemer ook na een termijn van 15 dagen bij de rechter kan opkomen tegen de overeenkomst.

### ***Uitzonderingen***

Er hoeft geen opschortende termijn te worden gehanteerd in de volgende drie gevallen:

- b indien het Bao of Bass geen voorafgaande bekendmaking van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie voorschrijven;
- c indien er maar slechts één betrokken inschrijver is aan wie de opdracht wordt gegund en verder geen gegadigden een inschrijving hebben willen indienen;
- d indien het gaat om opdrachten op grond van een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel.

### ***Gevolgen kort geding***

Als er binnen de opschortende termijn een kort geding aanhangig wordt gemaakt, dan mag er geen overeenkomst worden gesloten totdat de kortgedingrechter een uitspraak heeft gedaan. Wordt tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld, dan heeft het hoger beroep alleen opschortende werking als de kortgedingrechter dat bepaalt.

### **Vernietiging overeenkomst – Artikel 8**

In de huidige praktijk maakt een benadeelde ondernemer vaak enkel kans op een schadevergoeding als een overheidsopdracht is gesloten in strijd met de aanbestedingsvoorschriften. Een belangrijke wijziging die de WIRA met zich meebrengt is dat deze wet expliciet de vernietigingsgronden noemt waarop de rechter een overeenkomst kan vernietigen. Vernietiging is mogelijk:

- a indien de overeenkomst is gesloten, in strijd met het Bao of Bass, zonder voorafgaande bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie;
- b indien de opschortende termijn van minimaal 15 dagen niet in acht is genomen;
- c indien een raamovereenkomst of dynamisch aankoopstelsel is gesloten zonder het hanteren van een opschortende termijn, maar er in strijd met artikel 32 resp. artikel 33 Bao geen oproep tot mededinging is gedaan bij een opdracht met een waarde boven de Europese drempels. In dit geval is de keuze om geen opschortende termijn te hanteren -zoals hierboven genoemd- niet mogelijk.

Als de gemeente nog steeds de wens heeft de opdracht te laten uitvoeren, heeft de vernietiging als consequentie dat de opdracht alsnog in overeenstemming met het Bao of Bass zal moeten worden aanbesteed of opnieuw in concurrentie moet worden gebracht.

### ***Beroepstermijn***

Om redenen van rechtszekerheid van zowel de aanbestedende dienst als de ondernemer waarmee de overeenkomst is gesloten, moet een vordering tot vernietiging van

de overeenkomst binnen 6 maanden worden ingesteld. Hoewel er binnen deze termijn wel uitvoering kan worden gegeven aan de overeenkomst, bestaat er nog wel de kans dat de overeenkomst kan worden vernietigd wanneer één van de drie bovenstaande vernietigingsgronden van toepassing blijkt te zijn. De termijn van 6 maanden kan worden verkort tot 30 dagen.

De gemeente dient daarvoor:

- de aankondiging van de gegunde opdracht algemeen bekend te maken zoals voorgeschreven in het Bao of Bass. Deze aankondiging moet onder meer de rechtvaardiging van de aanbestedende dienst bevatten waarom de opdracht niet vooraf in het Publicatieblad is bekendgemaakt, of;
- de betrokken inschrijvers en gegadigden in kennis te stellen van de gesloten overeenkomst en in de kennisgeving de relevante redenen voor de gunningsbeslissing op te nemen.

### ***Schadevergoeding?***

Vernietiging van de overeenkomst tussen de gemeente en de wederpartij betekent dat over en weer uitgevoerde verplichtingen ongedaan gemaakt moeten worden. Als dat niet mogelijk is, dan is er een plicht tot waardevergoeding van het reeds uitgevoerde. In hoeverre de wederpartij ook recht heeft op schadevergoeding -bijvoorbeeld vanwege gemaakte kosten of gederfde winst- indien de gemeente onrechtmatig heeft gehandeld, hangt af van de omstandigheden van het geval. Hierbij speelt een rol of de wederpartij wist of behoorde te weten dat de overeenkomst met de gemeente in strijd met het aanbestedingsrecht was gesloten.

### ***Voorkomen van vernietiging***

De vernietigingsgronden zijn niet van toepassing als een aanbestedende dienst vrijwillige transparantie heeft betracht. De gemeente kan vernietiging van de overeenkomst voorkomen door het voornemen tot sluiting van de overeenkomst wel in het Publicatieblad te publiceren, ook al is zij (mogelijk ten onrechte) van mening dat enige bekendmaking niet verplicht is en daarom de opdracht onderhands wil gunnen. Daarna moet een termijn van minimaal 15 dagen worden aangehouden voordat de overeenkomst wordt gesloten. In dit geval kan een belanghebbende zich niet op vernietigingsgrond a) beroepen bij de rechter. Er wordt van de belanghebbende namelijk verwacht dat hij nog tijdens de precontractuele fase in actie komt en niet pas daarna.

Vernietigingsgrond c) kan niet door een belanghebbende worden ingeroepen, als de gemeente in dit geval de gunningsbeslissing samen met de relevante redenen naar de

betrokken inschrijvers stuurt en ook hier een termijn van minimaal 15 dagen aanhoudt voordat zij de overeenkomst sluit.

### **Dwingende redenen van algemeen belang – Artikel 11**

Met een beroep door de gemeente op dwingende redenen van algemeen belang kan de rechter, rekening houdend met de omstandigheden van het geval, besluiten om de overeenkomst (deels) in stand te laten. Hieronder vallen bijvoorbeeld de openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, voorkoming van oneerlijke concurrentie etc.<sup>1</sup> Economische belangen kunnen alleen als een dwingende reden gelden, indien vernietiging van de overeenkomst in uitzonderlijke omstandigheden onevenredig grote gevolgen zou hebben. Hier zou volgens de toelichting bij de wet bijvoorbeeld sprake van kunnen zijn als een school een fout maakt bij de aanbesteding van schoolboeken en – vanwege vernietiging van de overeenkomst – leerlingen daardoor enige tijd zonder schoolboeken komen zitten. De WIRA stelt expliciet dat economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst, geen dwingende reden van algemeen belang zijn. Hieronder vallen 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. Deze aspecten zijn geen dwingende redenen van algemeen belang en daarom geen grond om de overeenkomst niet te vernietigen.

### **Alternatieve sancties – Artikel 12 en 14**

Als de rechter besluit de overeenkomst (deels) in stand te laten vanwege dwingende redenen van algemeen belang, moeten er alternatieve sancties aan de gemeente worden opgelegd: het verkorten van de looptijd van de overeenkomst of het opleggen van een boete. Het is mogelijk om één van de twee sancties op te leggen of een combinatie hiervan. Andere alternatieve sancties zijn niet mogelijk.

#### ***Verkorting looptijd overeenkomst***

De rechter kan op verzoek van een belanghebbende of op eigen initiatief de looptijd van de overeenkomst verkorten. De rechter dient bij het opleggen van de sanctie in ieder geval rekening houden met de ernst van de overtre-

ding, het gedrag van de aanbestedende dienst en de aard van de overeenkomst.

#### ***Bestuurlijke boete***

De rechter stuurt een afschrift van de uitspraak aan de raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). De raad heeft de bevoegdheid om een bestuurlijke boete op te leggen. Zij neemt hiertoe een sanctiebeschikking. Tegen deze beschikking kan beroep worden ingesteld bij de bestuursrechter te Rotterdam en hoger beroep bij het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBb). De maximale hoogte van de boete is vijftien procent van de waarde van de opdracht. De boete komt niet toe aan de ondernemer die de zaak aanhangig heeft gemaakt bij de rechter, maar vloeit in de algemene middelen van de Staat. De gedachte achter de sancties is dat zij een doeltreffende, evenredige en afschrikwekkende sanctie vormen voor de aanbestedende dienst. Het is daarom mogelijk dat de boete een significant lager bedrag is dan vijftien procent of in een uitzonderlijk geval op nihil wordt vastgesteld.

### **Wijziging Bao en Bass**

Met de inwerkingtreding van de WIRA komen de leden 2 t/m 4 van te vervallen van zowel artikel 55 Bao als artikel 57 Bass. Het tweede lid van beide artikelen had betrekking op de opschortende termijn, wat nu is opgenomen in artikel 4 WIRA. Het derde lid betrof de inhoud van de gunningsbeslissing, wat nu is terug te vinden in artikel 6 WIRA. Het vierde lid bood de mogelijkheid om af te wijken van de opschortende termijn wegens dwingende spoed. Deze expliciete afwijkingsgrond is niet opgenomen in de WIRA. Het blijft echter wel mogelijk om op grond van (te rechtvaardigen) dwingende spoed de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toe te passen en daardoor kan op grond van artikel 4 (lid 4 sub a) WIRA worden afgezien van het hantieren van een opschortende termijn.

### **Advies VNG**

Indien het Bao of Bass voorafgaande bekendmaking vereist, dan adviseert de VNG op basis van het bovenstaande (voor zover niet al staande praktijk) kort samengevat het volgende:

- 1 Stel alle betrokken partijen op de hoogte van alle relevante redenen van de gunningsbeslissing;
- 2 Hanteer een opschortende termijn van minimaal 15 dagen tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst.
- 3 Vermeld in zowel de aankondiging als in de mededeling van de gunningsbeslissing de termijn die een ondernemer heeft om een kort geding aanhangig te maken.

<sup>1</sup> Zie voor de verschillende gronden de Memorie van Toelichting bij artikel 11 WIRA.