

51. Effectieve rechtsbescherming: tot welke prijs?

Over het wankele evenwicht tussen rechtsbescherming en rechtszekerheid

MR. G.J. HUITH

In de zaak tussen *NS Stations* en *JCDecaux* heeft Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden de vorderingen van *JCDecaux* toegewezen. In dit artikel¹ bespreekt G.J. Huith de sancties die het gerechtshof aan zijn oordelen verbindt. Hoe verhouden deze zich met de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen en de ontwikkelingen die zich daarbij voordoen?

1. Aanleiding

Sinds 9 december 2019 vertonen de reclameborden op treinstations een troosteloze aanblik. Alle advertenties zijn uit de bebording gehaald. Als we recente persberichten mogen geloven, blijft dit ook nog een tijdje zo.²

De situatie is het gevolg van een bodemgeschil over twee door *NS Stations B.V.* ('*NS Stations*') aan *Exterion Media B.V.* ('*Exterion*') en aan *Ngage Media B.V.* ('*Ngage*') in 2011 respectievelijk 2015 verleende dienstenconcessies voor het exploiteren van reclameobjecten op circa driehonderd van haar stations binnen heel Nederland. *JCDecaux Nederland B.V.* ('*JCDecaux*') – concurrent van *Exterion* en *Ngage* – meende dat zij een faire kans moest krijgen om mee te dingen naar deze concessies. Omdat zij die kans niet kreeg, vorderde zij in 2016 in rechte schadevergoeding en een verbod jegens *NS Stations* verdere uitvoering te geven aan de twee concessieovereenkomsten.

Waar de rechtbank de vorderingen van *JCDecaux* afwees³, vernietigt het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden dit vonnis en wijst de vorderingen van *JCDecaux* toe.⁴

Het arrest van het gerechtshof is om verschillende redenen interessant. In de eerste plaats diende het gerechtshof zich uit te laten over de vraag of *NS Stations* een aanbestedende dienst is in de zin van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten ('*Bao*') en de Aanbestedingswet

2012 ('*AanbW*'), hetgeen door *NS Stations* werd betwist. Net als de rechtbank⁵ luidt het oordeel van het gerechtshof bevestigend.⁶ Vervolgens diende het gerechtshof te oordelen over de vraag of de beide overeenkomsten, waarvan tussen partijen *in confesso* is dat deze als dienstenconcessies zijn aan te merken, een zodanig duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen dat *NS Stations* gehouden was een passende mate van openbaarheid te geven aan de gunning ervan. Daarin wijken de oordelen van de rechtbank en het gerechtshof af. Anders dan in eerste aanleg⁷ slaagde *JCDecaux* er in hoger beroep in het gerechtshof ervan te overtuigen dat sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang en dat deze concessies niet onderhands mochten worden gegund. Nu *JCDecaux* niet in de gelegenheid was gesteld mee te dingen naar de opdracht, oordeelde het gerechtshof dat *NS Stations* de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht heeft geschonden en zodoende onrechtmatig jegens *JCDecaux* heeft gehandeld.⁸ Het gerechtshof verbindt aan deze onrechtmatige onderhandse verlening van concessies twee sancties. In de eerste plaats acht het gerechtshof *NS Stations* aansprakelijk voor de schade die *JCDecaux* heeft geleden als gevolg van de uitvoering van de twee concessies tot dan toe.⁹ *JCDecaux* wordt toegestaan haar schade in een schadestaatprocedure aan te tonen. Ter nadere bepaling van de omvang van de schade wordt *NS Stations* op grond van art. 843a Rv veroordeeld aan *JCDecaux* inzage te geven in de overeenkomsten die zij met *Exterion* en *Ngage* had gesloten. In de tweede plaats verbiedt het gerechtshof *NS Stations* op vordering van *JCDecaux* uitvoering te geven aan de twee gesloten concessieovereenkomsten, althans om de uitvoe-

1 Dit artikel is een lichte bewerking van de openingsnoot in «JAAN» 2020 afl. 1.

2 J. Verbeek, FD. NS verliest strijd om reclamezuilen, 15 oktober 2019, <https://fd.nl/ondernemen/1320154/ns-delft-onderspit-in-strijd-om-reclamezuilen-op-stations> en W. Zuil, NU.nl. Waarschijnlijk nog maanden geen reclame op borden NS, 3 januari 2020, <https://www.nu.nl/economie/6021528/waarschijnlijk-nog-maanden-geen-reclame-op-borden-n.html>.

3 Rb. Midden-Nederland 18 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5218 (hierna: Tussenvonnis) en 7 november 2018 ECLI:NL:RBMNE:2018:6488 (Eindvonnis).

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 1 oktober 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:7958 (hierna: Arrest).

5 Tussenvonnis r.o. 4.8-4.24.

6 Arrest r.o. 3.7-3.22.

7 Tussenvonnis r.o. 4.27-4.36.

8 Arrest r.o. 3.27-3.47.

9 Arrest r.o. 3.54-3.55.

ring daarvan binnen twee maanden na het gewezen arrest te staken.¹⁰

Over zowel de kwalificatie van *NS Stations* als aanbestedende dienst alsook over het oordeel dat bij beide concessies sprake was van een duidelijk grensoverschrijdend belang valt het nodige op te merken. Ik beperk mij in deze annotatie echter tot de sancties die het gerechtshof aan zijn oordelen daarover verbindt. Hoe verhouden deze sancties zich met de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen en de ontwikkelingen die zich daarbij voordoen?

2. Dienstenconcessies in het verleden en nu

Oorspronkelijk vielen dienstenconcessies buiten het toepassingsbereik van de klassieke aanbestedingsrichtlijnen.¹¹ Vanaf het begin van deze eeuw ontwikkelde zich jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU') waaruit volgde dat bij het verlenen van dienstenconcessies 'met een duidelijk grensoverschrijdend belang' niettemin de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht dienden te worden geëerbiedigd.¹² Dit, om discriminatie op grond van nationaliteit te vermijden. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJ EU houden deze fundamentele beginselen een transparantieplichting in op grond waarvan aan het verlenen van een concessie een passende mate van openbaarheid dient te worden gegeven, zodat de markt voor mededinging wordt opengesteld en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst.¹³

Bij de totstandkoming van de AanbW (oud) 2012 is de jurisprudentie van het HvJ EU gecodificeerd.¹⁴ In art. 1.7 aanhef onder c AanbW (oud) 2012 is opgenomen dat bij het verlenen van dienstenconcessies 'met een duidelijk grensoverschrijdend belang' de bepalingen van afdeling 1.2.2 AanbW 2012 van toepassing zijn, waaronder het transparantiebeginsel, het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel. De invulling van het criterium 'duidelijk grensoverschrijdend belang' heeft de wetgever aan de jurisprudentie overgelaten.¹⁵ Deze jurisprudentie is er ook gekomen, onder meer in het *Tecnoedi*-arrest van het HvJ EU en de twee arresten van de Hoge Raad van 18 mei 2018, in welke laatste arresten *JCDecaux* de hoofdrol speelde.¹⁶ Met de invoering van Richtlijn (EU) nr. 2014/23 van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten, *PbEU* 2014, L94/1 heeft de Europese regelgever een zoge-

naamd licht aanbestedingsregime ingevoerd voor dienstenconcessies.¹⁷ Deze richtlijn is op 1 juli 2016 in deel 2A van de AanbW 2012 geïmplementeerd. Het lichte regime geldt niet voor alle dienstenconcessies, maar slechts voor concessies met een geraamde waarde boven de (Europese) drempelwaarde van – momenteel – € 5,5 miljoen.¹⁸ Voor dienstenconcessies met een lagere geraamde waarde gelden ingevolge art. 1.7 aanhef onder b AanbW 2012 daarentegen nog onverkort de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht indien bij die concessies sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang.¹⁹

De dienstenconcessies die onderwerp waren van het geschil waarover het gerechtshof diende te oordelen, kenden beide een geraamde waarde die de Europese drempel ruimschoots overschreed. Bij het aangaan van de overeenkomst met *Exterion* in 2011 gold de AanbW echter nog niet, terwijl de overeenkomst met *Ngage* diende te worden beoordeeld aan de hand van de oude aanbestedingsregels. Het gerechtshof diende derhalve te oordelen over de toepassing van het oude recht.

In zoverre is de precedentwerking van het oordeel van het gerechtshof over het criterium duidelijk grensoverschrijdend belang voor toekomstige dienstenconcessies relatief gering. Sinds de wijziging van de AanbW is dit criterium slechts nog relevant voor concessies met een geringere waarde. De relevantie van het arrest voor de rechtspraak is met name gelegen in het antwoord op de vraag welke rechtsbescherming een ondernemer krijgt bij opdrachten die weliswaar buiten de toepassing van delen 2, 2A en 3 AanbW 2012 vallen, maar waarop deel 1 onverminderd van toepassing is. Denk bijvoorbeeld aan alle overheidsopdrachten onder de drempel, sociale diensten en andere van de richtlijn uitgezonderde opdrachten. Dit is nog steeds een aanmerkelijk deel van de door overheden te verstrekken opdrachten.

In die context loont het om de rechtsbescherming voor dienstenconcessies nog eens op een rij te zetten.

3. Rechtsbescherming bij dienstenconcessies

3.1 Vernietiging bij 'ernstige schendingen'

Met de inwerkingtreding van de Richtlijn (EU) nr. 2014/23, *PbEU* 2014, L94/1 betreffende het plaatsen van dienstenconcessies is ook de rechtsbescherming bij concessies met 'gewone' overheidsopdrachten gelijkgetrokken.²⁰ Dienstenconcessies met een geraamde waarde boven de (Europese) drempel vallen onder het toepassingsbereik van de (Europese) rechtsbeschermingsrichtlijn ('Rechtsbeschermingsrichtlijn').²¹

10 Arrest r.o. 3.55.

11 In het bijzonder Richtlijn (EEG) nr. 92/50, *PbEG* 1992, L209 (diensten). Zie ook HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*).

12 HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*), HvJ EG 21 juli 2006, C-231/05 (*Coname*), HvJ EU 21 februari 2008, C-412/04 (*Commissie/Italië*) en overige jurisprudentie genoemd in het Arrest (r.o. 3.27).

13 HvJ EG 7 december 2000, C-324/98 (*Telaustria*) r.o. 62.

14 Art. 1.4 AanbW 2012, p. 49 (MvT); art. 1.4 is uiteindelijk omgenummerd tot art. 1.7.

15 Art. 1.4 AanbW 2012, p. 50 (MvT).

16 HvJ EU 6 oktober 2016, C-318/15, (*Tecnoedi*); HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:720 (*JCDecaux/SEM c.s.*) en HR 18 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:722 (*JCDecaux/RET c.s.*).

17 Richtlijn (EU) nr. 2014/23, *PbEU* 2014, L94/1.

18 Art. 8 Richtlijn (EU) nr. 2014/23, *PbEU* 2014, L94/1.

19 HvJ EG 3 december 2001, C-59/00 (*Vestegaard*) voor dienstenconcessies onder de drempel. Zie daarover ook C.A.M. Lombert, *JCDecaux-NS Stations*. Over grensoverschrijdend belang en het ontbreken van een functionele ondernemingstoets, *TA* 2018/90, p. 16-18.

20 Richtlijn (EU) nr. 2014/23, *PbEU* 2014, L94/1, considerans onder 81.

21 Richtlijn (EG) nr. 2007/66, *PbEG* 2007, L335/31.

Dit houdt in dat lidstaten ervoor dienen te zorgen dat doeltreffende en snelle rechtsmiddelen ter beschikking staan tegen de besluiten van de aanbestedende diensten over de vraag of een bepaalde opdracht binnen de personele of materiële werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen valt. Eén van de sancties om dit te bewerkstelligen is opgenomen in art. 2 quinquies lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn. Op grond van dit artikel moeten lidstaten ervoor zorgdragen dat een overeenkomst onverbindend kan worden verklaard, indien deze in strijd met de toepasselijke aanbestedingsrichtlijnen zonder voorafgaande bekendmaking is gegund. Een dergelijke onderhandse gunning wordt, net als een gunning binnen de opschortingstermijn en het gunnen van opdrachten binnen een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel zonder voorafgaande offerte-uitvraag, beschouwd als ‘zeer ernstige schending’ van het aanbestedingsrecht.²² In het geval van andere – dus minder ernstige – inbreuken op formele vereisten, staat het lidstaat vrij te oordelen dat het niet passend is de sanctie van onverbindendheid toe te passen.²³

Bij de totstandkoming van de Rechtsbeschermingsrichtlijn is echter een duidelijke belangenafweging gemaakt tussen enerzijds de bescherming van de belangen van de ondernemer tegen onrechtmatige gunningen waarvoor de sanctie van onverbindendheid geldt en anderzijds ‘de noodzaak de rechtszekerheid van door de aanbestedende diensten genomen besluiten in de tijd te verzekeren’.²⁴ Gelet op deze belangenafweging dienen lidstaten, ingevolge art. 2 septies, te voorzien in een ‘redelijke minimale verjaringsstermijn’ voor vorderingen die beogen vast te stellen dat de overeenkomst onverbindend is. Deze (verjarings)termijn dient ten minste zes maanden te bedragen.²⁵

Zodoende bestaat een evenwicht tussen de belangen van zowel (potentiële) inschrijvers enerzijds en ondernemers met wie een overeenkomst is gesloten anderzijds

Art. 2 quinquies en septies zijn door de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in art. 4.15 AanbW 2012. Op grond van deze bepaling kan een ondernemer, indien hij van oordeel is dat voorafgaande bekendmaking van de aankondiging van een overheidsopdracht ten onrechte achterwege is gebleven, binnen zes maanden na het sluiten van een

overeenkomst in een bodemprocedure de vernietiging van die overeenkomst vorderen. Gelet op de formulering en de strekking van art. 4.15 AanbW 2012 moet deze bepaling als een processuele vervaltermijn worden aangemerkt die niet kan worden gestuit.²⁶ Deze zesmaandentermijn is bewust gekoppeld aan het moment van aangaan van de litigieuze overeenkomst. Ook heeft de wetgever de termijn van zes maanden bewust niet langer gemaakt, terwijl de richtlijn daartoe wel ruimte biedt.²⁷ Blijkens de memorie van toelichting is deze bewuste keuze ingegeven door de behoefte aan rechtszekerheid.²⁸

Zodoende bestaat een evenwicht tussen de belangen van zowel (potentiële) inschrijvers enerzijds en ondernemers met wie een overeenkomst is gesloten anderzijds.²⁹ Aanbestedende diensten en ondernemers die met elkaar een overeenkomst zijn aangegaan moeten er immers op enig moment op kunnen vertrouwen dat zij de overeenkomst daadwerkelijk volledig kunnen uitvoeren, zonder dat de uitvoering wordt bedreigd door andere belanghebbenden.

3.2 Ontwikkeling in de jurisprudentie

Inmiddels heeft de reikwijdte van art. 4.15 AanbW 2012 tot de nodige jurisprudentie geleid. De discussie spitte zich daarbij met name toe op de vraag of het gerechtelijke instanties – veelal gerechtshoven – nog vrijstond bij wijze van een ordemaatregel (art. 254 Rv) aanbestedende diensten te verbieden verdere uitvoering te geven aan een gesloten overeenkomst, wanneer een vernietigingsactie van art. 4.15 AanbW 2012 niet meer openstaat. Deze situatie diende zich met name aan, in het geval een aanbestedende dienst na een gewezen vonnis in kort geding een opdracht aan de ‘winnende’ inschrijver opdroeg, terwijl de gepasseerde aannemer van het vonnis in hoger beroep wilde. In dat kader ontwikkelde zich in de jurisprudentie een ‘ruime benadering’ en een ‘strikte benadering’.³⁰

De ‘ruime benadering’ hield in dat de in art. 4.15 lid 1 AanbW 2012 genoemde vernietigingsgronden niet limitatief zijn en dat ook kan worden ingegrepen in een na het vonnis van de voorzieningenrechter gesloten overeenkomst, wanneer sprake is van andere schendingen van beginselen en regels van aanbestedingsrecht dan die welke in art. 4.15 lid 1 AanbW 2012 worden bedoeld. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden – dat ook over de onderhavige zaak oordeelde – heeft daarbij expliciet de ‘ruime benadering’ gekozen.³¹ Bij de ‘strikte benadering’ was ingrijpen in de (voorgenomen) gunningsbeslissing na het sluiten van de

22 Zie Richtlijn (EG) nr. 2007/66, *PbEG* 2007, L335/31, considerans onder 13.

23 Zie Richtlijn (EG) nr. 2007/66, *PbEG* 2007, L335/31, considerans onder 19.

24 Zie Richtlijn (EG) nr. 2007/66, *PbEG* 2007, L335/31, considerans onder 25.

25 Richtlijn (EG) nr. 2007/66, *PbEG* 2007, L335/31, art. 2 septies aanhef onder b.

26 Dat sprake is van een processuele vervaltermijn volgt ook uit art. 2 septies Rechtsbeschermingsrichtlijn, dat regelt dat een ‘*beroep moet worden ingesteld*’ in elk geval vóór het verstrijken van een periode van ten minste zes maanden, ingaande op de dag na de datum waarop de overeenkomst is gesloten.

27 De Richtlijn voorziet immers in een minimale termijn van zes weken.

28 *Kamerstukken II* 2008/09, 32027, nr. 3, p. 8 (MvT).

29 *Kamerstukken II* 2009/10, 32027, nr. 7, p. 5-6.

30 Conclusie A-G Keus d.d. 31 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:487, onder 3.19; Hof Amsterdam 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5585, *TBR* 2010/205, m.nt. Pinto en Huith.

31 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, «JAAN» 2015/35 m.nt. Chen.

overeenkomst in uitgangspunt niet meer aan de orde.³² Het Gerechtshof Den Haag – dat daarin door het Gerechtshof Amsterdam werd gevolgd – oordeelde dat in hoger beroep in kort geding slechts in een beperkt aantal gevallen in de gesloten aanbestedingsovereenkomst kon worden ingegrepen, te weten wanneer (i) de gesloten overeenkomst naar redelijke verwachting op een van de drie in art. 4.15 AanbW 2012 genoemde gronden in een bodemgeskil zou worden vernietigd, of (ii) het aannemelijk is dat de aanbestedende dienst met het aangaan van de overeenkomst jegens de verliezende inschrijver onrechtmatig handelt doordat daarbij misbruik van bevoegdheid wordt gemaakt, of (iii) het aangaan van de overeenkomst voorshands nietigheid op grond van art. 3:40 BW leek op te leveren.

Naar aanleiding van een door A-G Keus ingestelde cassatie in belang der wet, heeft de Hoge Raad in het zogenoemde XAFAX-arrest een nog striktere benadering gekozen dan eerder door het Gerechtshof Den Haag was geformuleerd. De Hoge Raad legde de AanbW zo uit, dat een overeenkomst, nadat deze is gesloten, alleen nog kan worden aangetaast indien: (i) de overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 AanbW 2012 vernietigbaar is, (ii) sprake is van een wilsgebrek, dan wel (iii) sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid ex art. 3.40 BW.³³ De ‘ruime benadering’ is daarmee door de Hoge Raad als rechtens onjuist beoordeeld, met als gevolg dat de mogelijkheden om een eenmaal gesloten overeenkomst in hoger beroep in kort geding aan te tasten aanzienlijk zijn beperkt.

Het arrest van de Hoge Raad brengt evenzeer met zich dat een vordering strekkende tot een verbod op verdere uitvoering van een gesloten overeenkomst niet (meer) voor toewijzing in aanmerking komt, indien de in art. 4.15 AanbW 2012 opgenomen zesmaandentermijn voor het aanhangig maken van een vernietigingsprocedure is verstreken.

Het arrest vindt inmiddels ook in ruimere zin toepassing.³⁴ Het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch oordeelde – mijns inziens terecht – dat evenmin nog plaats is voor de sanctie van vernietiging, indien een aanbestedende dienst de termijn van art. 4.15 AanbW 2012 aanvankelijk wél in acht heeft genomen en de uitspraak van de rechter in een tegen de gunningsbeslissing aangespannen kort geding heeft afgewacht, maar achteraf – in de bodemprocedure – toch anders wordt geoordeeld.³⁵ In dat geval behoort

mijns inziens de noodzaak tot rechtszekerheid op verdere uitvoering van de overeenkomst te prevaleren ten opzichte van de wens tot het geven van rechtsbescherming aan een gepasseerde inschrijver met als doel via een verbodsactie de verdere uitvoering van de gesloten overeenkomst te kunnen blokkeren. De gepasseerde inschrijver kan alsdan alsnog proberen zijn schade te verhalen, voor zover deze in een redelijk causaal verband staat met de beweerdte onrechtmatige aanbesteding.³⁶

3.3 Evaluatie rechtsbescherming

Het XAFAX-arrest heeft in de literatuur tot kritiek geleid. De kritiek richt zich principieel op het ontbreken van een mogelijkheid van beoordeling van klachten van inschrijvers over een gunningsbeslissing in twee (feitelijke) instanties.³⁷ Mijns inziens dient deze kritiek te worden genuanceerd.³⁸

Volgens de staatssecretaris ziet deze beleidsmaatregel slechts op de ‘zwaardere’ gevallen van schending van het aanbestedingsrecht, zonder te duiden wat onder ‘zwaardere’ gevallen moet worden verstaan

De kritiek heeft er niettemin toe geleid dat de Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat, naar aanleiding van een gehouden evaluatie van de rechtsbescherming bij aanbestedingen, in de zomer van 2019 beleidsmaatregelen heeft aangekondigd om ondernemers meer rechtsbescherming te bieden.³⁹ Een van deze beleidsmaatregelen betreft het creëren van mogelijkheden in hoofdstuk 4 AanbW 2012 om in een bodemprocedure of hoger beroep na een kort geding ‘in geval van grove schendingen van het aanbestedingsrecht’ te eisen dat een reeds gesloten overeenkomst wordt aangetast. Hoewel de staatssecretaris oog houdt voor het belang van rechtszekerheid, meent zij situaties te moeten vermijden waarin ‘iedereen constateert dat de

32 Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4365, r.o. 2.6.1 (*Ricoh/Staat*) en 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY8708, r.o. 12 (*Facilicom/Staat*), Hof Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:812, «JAAN» 2015/93 m.nt. Van den Borne.

33 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.7.1-3.7.2.

34 Hof ‘s-Hertogenbosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974 (*Transvision*) «JAAN» 2019/88 m.nt. Van den Beuken.

35 In de zaak *Transvision* (zie noot 34) ging het om een bodemprocedure waarin achteraf werd vastgesteld dat de oorspronkelijke gunningsbeslissing onvoldoende was gemotiveerd, hetgeen er in het algemeen toe leidt dat een nieuwe gunningsbeslissing moet worden genomen. Als die nieuwe beslissing wordt genomen gaat strikt genomen opnieuw een opschortende termijn lopen als bedoeld in art. 2.127 jo. 4.15 lid 1 aanhef onder sub b AanbW 2012. Als die nieuwe gunningsbeslissing achterwege blijft, vanwege het uitblijven van een ordemaatregel in kort geding, acht ik deze redenering overigens enigszins gekunsteld.

36 In de zaak *Transvision* stuitte de daarop gerichte vordering af op de ondeugdelijke onderbouwing van die schade. In dit verband is wel interessant te vermelden dat het HvJ-EVA in twee zaken met betrekking tot het Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) – welk verdrag eveneens onder het toepassingsbereik van de Rechtsbeschermingsrichtlijn valt – de vraag of een recht op toekenning van schadevergoeding van een gepasseerde inschrijver afhankelijk is van een ernstige of kennelijke fout van een aanbestedende dienst, negatief heeft beantwoord. Zie arresten EVA-Hof 31 oktober 2017, E-16/16 (*Føsen*) en 1 augustus 2019, zE-7/18 (*Føsen II*).

37 Zie o.a. C.E.C. Jansen, annotatie bij HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638; H.D. van Romburgh, ‘De rechtstatelijkheid in de knel?’, Over de beoordeling in twee instanties in het aanbestedingsrecht’, *TBR* 2019/123; C.E.C. Jansen & E. Manunza, ‘Rechtsbescherming in aanbestedingszaken niet op orde’, *Stct.* 2018, 10; R.G.T. Bleeker, ‘Alleen de aanbesteder mag appelleren’, *TBR* 2018/57.

38 G.J. Huith & S.B. Groenwold, ‘Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?’, *TBR* 2019/106.

39 Rapport onderzoek naar rechtsbescherming bij aanbesteden en beleidsdiscussies (Brief Staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 12 juli 2019), *Kamerstukken II* 2018/19, 34252, nr. 13.

aanbesteding niet goed is verlopen, maar het contract toch in stand blijft. Volgens de staatssecretaris ziet deze beleidsmaatregel slechts op de ‘zwaardere’ gevallen van schending van het aanbestedingsrecht, zonder te duiden wat onder ‘zwaardere’ gevallen moet worden verstaan, anders dan de ‘zeer ernstige schendingen’ zoals waarin reeds was voorzien in de Rechtsbeschermingsrichtlijn. In de beleidsmaatregel blijft voorts onbesproken welke rol cassatieberoep in dit kader nog heeft. Als een partij hoger beroep niet mag worden ontnomen, geldt dat dan voor cassatieberoep niet evenzo?

Al met al zet de staatssecretaris de deur open voor allerlei bodemprocedures en hoger beroepen waarin zal worden bepleit hoe zwaar een schending van het aanbestedingsrecht was. Het is twijfelachtig of dat de rechtszekerheid en de doelmatige besteding van overheidsmiddelen ten goede komt.⁴⁰ Voor een rechtsgebied in ontwikkeling, wat het aanbestedingsrecht is, is die twijfel onwenselijk. De focus van aanbesteders zal steeds meer komen te liggen op de rechtmatigheid van aanbestedingen in plaats van het bereiken van de (neven)doelstellingen die met het aanbestedingsrecht worden beoogd.⁴¹ Door het Europees Comité voor de Regio's is deze tendens als actueel probleem benoemd dat niet uit het oog moet worden verloren.⁴²

4. Rechtsbescherming bij concessies ‘onder de drempel’

4.1 Gelijkwaardige en effectieve rechtsbescherming(?)

Op de hierboven omschreven rechtsbescherming kan geen beroep worden gedaan in het geval dat een concessies buiten de (materiële) reikwijdte van deel 2A valt. Volgens de rechtspraak van het HvJ EU is het, bij het ontbreken van een regeling op communautair niveau, een aangelegenheid van de interne rechtsorde van elke lidstaat om rechtsmiddelen vast te stellen die ertoe strekken de rechten te beschermen die ondernemers aan het recht van de Unie ontnemen.⁴³ Dit geldt derhalve ook in geval van schending van het gelijkheidsbeginsel en het daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. Deze nationale autonomie is evenwel begrensd, met dien verstande dat deze op het Unierecht gebaseerde rechtsmiddelen bij nationale uitwerking niet ongunstiger mogen zijn dan soortgelijke nationale rechtsmiddelen (gelijkwaardigheidsbeginsel). Ook mag de uitoefening van de door de rechtsorde van de Unie verleende rechten niet op nationaal niveau praktisch onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt (effectiviteitsbeginsel).⁴⁴

Uit het zogenoemde *Wall*-arrest vloeit echter voort dat het gelijkheids- en transparantiebeginsel niet gebieden dat aanbestedende diensten een overeenkomst opzeggen of dat nationale rechters daartoe een bevel uitvaardigen.⁴⁵

Dat roept de vraag op welke rechtsmiddelen naar nationaal recht ter beschikking staan bij schendingen van de fundamentele beginselen van het Unieverdrag waarop de Rechtsbeschermingsrichtlijn niet van toepassing is. In dat kader moet onderscheid worden gemaakt tussen de precontractuele fase en de postcontractuele fase.

In de precontractuele fase kan een belanghebbende de gebruikelijke op art. 3:296 BW gebaseerde bevels- en gebodsacties aanwenden om de aanbestedende dienst er via een kort geding toe te dwingen de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht na te komen.⁴⁶ Bijvoorbeeld het vorderen van een bevel om een passende mate van openbaarheid te geven aan een voornemen tot het verlenen van een dienstenconcessie met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

De precontractuele fase voltrekt zich in veel gevallen echter zonder enige mate van openbaarheid en buiten het zicht van ondernemers. Ondernemers zullen dan zijn aangewezen op postcontractuele rechtsmiddelen. In de postcontractuele fase resteert weinig meer dan een actie uit onrechtmatige daad op de voet van art. 6:162 BW. Daarbij geldt in uitgangspunt dat het handelen van een aanbestedende dienst in strijd met het Unieverdrag als onrechtmatig heeft te gelden jegens een ondernemer die geïnteresseerd was in de betreffende overeenkomst. Handelen in strijd met deel 1 AanbW 2012 is daarentegen niet eenvoudig als onrechtmatig aan te merken.

Staat de aansprakelijkheid echter eenmaal vast, dan dient de schade in uitgangspunt in geld te worden voldaan. Is de onrechtmatigheid gegrond op het achterwege blijven van elke mate van openbaarheid van de kant van de aanbestedende dienst, zoals in de zaak van *JCDecaux*, dan kan de (geldelijke) schade worden bepaald aan de hand van de kans dat een ondernemer voor gunning in aanmerking was gekomen (gemiste kans).⁴⁷

Het aantal uitspraken waarin daadwerkelijk schadevergoeding is toegekend aan een benadeelde ondernemer, is overigens zeer gering.⁴⁸ Het oordeel van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in de zaak van *JCDecaux* is daarentegen een goed voorbeeld dat een tot schadevergoeding strekkende vordering niet bij voorbaat kansloos is. Het gerechtshof wijst de op schadevergoeding gerichte vordering immers toe.⁴⁹ Het komt mij voor dat het gerechtshof,

40 Vergelijk J. Telgen, ‘Doelmatigheid versus rechtmatigheid’, *Tendernieuwsbrief* 2015 nr. 5, p. 1 e.v. Anders: C.E.C. Jansen, ‘Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop’, *TA* 2018/61.

41 G.J. Huith en S.B. Groenwold, Nog meer rechtsbescherming: oplossing of obstakel?, *TBR* 2019/106.

42 Zie ‘Adviesrapport Europees Comité voor de Regio's’, 21 oktober 2019, COR-2019-01136-00-00-AC-TRA (NL).

43 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, (*Wall AG*), r.o. 63-65.

44 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, (*Wall AG*), r.o. 64, zie ook: A.J. van Heeswijck, ‘Rechtsbescherming bij opdrachten en concessies met een duidelijk grensoverschrijdend belang’, *TBR* 2014/117, p. 631.

45 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, (*Wall AG*), r.o. 65.

46 Vergelijk A.J. van Heeswijck, ‘Rechtsbescherming bij opdrachten en concessies met een duidelijk grensoverschrijdend belang’, *TBR* 2014/117, p. 632.

47 A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 140 e.v. voor jurisprudentie en o.a. Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466 en Rb. Den Haag 15 mei 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:4916.

48 Zie voor een overzicht: M.J.J.M. Essers en C.A.M. Lombert, *Aanbestedingsrecht voor overheden, Vakmedianet*, Deventer, 2017, p. 735 e.v.

49 Arrest r.o. 3.54.

hoewel de omvang van de schade nog moet worden vastgesteld, met die toewijzing effectieve rechtsbescherming heeft geboden, zoals in de Rechtsbeschermingsrichtlijn bedoeld.

4.2 Art. 6:103 BW: ‘cash is not always king’

Onder het mom: ‘cash is not always king’ zullen ondernemers echter vaak meer belang hebben bij het krijgen van een kans op verwerving van een opdracht dan bij een schadevergoeding.⁵⁰ Zo ook *JCDecaux*.⁵¹ Dat roept de vraag op of postcontractueel kan worden afgedwongen dat een in strijd met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht (onderhands) gesloten overeenkomst – althans de uitvoering daarvan – in rechte wordt beëindigd.⁵² Bij het beantwoorden van die vraag dreigt (wederom) in de jurisprudentie van gerechtshoven verdeeldheid te ontstaan tussen een strikte en een ruime benadering.

Het Gerechtshof Den Haag lijkt daarbij voor de ruime benadering te kiezen.⁵³ In de procedure tussen *JCDecaux* en *RET c.s.*, die eveneens handelde over het verlenen van een dienstenconcessie zonder voorafgaande bekendmaking door *RET*, verwierp het gerechtshof het verweer van *RET* dat het gevorderde verbod op verdere uitvoering van de overeenkomst niet voor toewijzing in aanmerking kwam omdat deze vordering was ingesteld na het verstrijken van de zesmaandentermijn van art. 4.15 AanbW 2012 waarbinnen vernietiging van een aanbestedingsplichtige opdracht kan worden gevorderd. Omdat art. 4.15 AanbW 2012 in het zich voordoende geval niet van toepassing was, achtte het gerechtshof zich bevoegd een verbod op verdere uitvoering uit te spreken op basis van het (voorlopige) oordeel dat een rechter in een bodemprocedure een dergelijke vordering zou toewijzen. Dit oordeel is mogelijk ingegeven door de belangenafweging die het gerechtshof in die zaak heeft gemaakt. In deze zaak was de concessie feitelijk nog niet in uitvoering genomen, terwijl de vordering bovendien slechts enkele dagen na het verstrijken van de zesmaandentermijn was ingesteld.⁵⁴

Ook het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden kiest voor de ruime benadering. In de zaak tussen *JCDecaux* en *NS Stations*, waarbij de rechtsvordering enkele jaren na het aangaan van de concessieovereenkomsten is ingesteld, wijst het gerechtshof het gevorderde verbod eveneens toe. Het gerechtshof motiveert dit oordeel echter uiterst summier met de stelling dat uit de jurisprudentie van het HvJ EU

zou volgen dat een ‘in een dergelijk geval verlangde effectieve sanctionering (...) als uitgangspunt dient te gelden dat die schending zo spoedig mogelijk ongedaan dient te worden gemaakt door het uitspreken van het gevorderde verbod aan NS Stations om nog langer uitvoering te geven aan de in 2011 en 2015 gesloten overeenkomsten.’⁵⁵ Op welke jurisprudentie van het HvJ EU het gerechtshof doelt, valt echter niet uit het arrest op te maken. Dit maakt het oordeel moeilijk te begrijpen.

Het Gerechtshof ‘s-Hertogenbosch lijkt daarentegen een striktere benadering te verkiezen. In de zaak over de Maas-trichtse kerstevementen op het Vrijthof overwoog het gerechtshof in een *obiter dictum* dat het recht niet de mogelijkheid biedt dat een derde ingrijpt in de rechtsverhouding van contractpartijen of dat een contractpartij kan worden gedwongen van een beëindigingsbevoegdheid gebruik te maken; ook niet indien de voortzetting van de overeenkomst onrechtmatig zou zijn jegens die derde.⁵⁶

De strikte benadering spreekt mij meer aan dan de ruime. Zoals hiervoor reeds aan de orde kwam, gebiedt het door het gerechtshof genoemde effectiviteitsbeginsel vanuit Europeesrechtelijk perspectief bezien immers niet dat een aanbestedende dienst een in strijd met het Unieverdrag gesloten overeenkomst moet beëindigen.⁵⁷ Bovendien miskent de overweging van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden⁵⁸ mijns inziens het temporele aspect van de sanctie (zes maanden) bij aanbestedingsplichtige opdrachten in verband met de ‘noodzaak de rechtszekerheid van door de aanbestedende diensten genomen besluiten in de tijd te verzekeren’. Niet in te zien valt waarom de noodzaak van rechtszekerheid bij overeenkomsten buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen zou ontbreken.

De grondslag voor een verbod op verdere uitvoering van een reeds in uitvoering genomen overeenkomst is mij ook niet duidelijk. Een in strijd met de algemene beginselen van het Unieverdrag gesloten overeenkomst is immers niet nietig en evenmin vernietigbaar.⁵⁹ Hoewel de wijze waarop een overeenkomst tot stand is gekomen in strijd met de AanbW kan worden geoordeeld en daarmee als onrechtmatige handeling jegens een geïnteresseerde ondernemer, is de uitvoering van een overeenkomst als zodanig niet per se onrechtmatig.

Daarin verschilt de precontractuele verbodsactie op grond van art. 3:296 BW van de postcontractuele verbodsactie

50 Titel is ontleend aan S. De Rey, ‘Schadevergoeding anders dan in geld: cash is not always king’, *NTBR* 2019/31.

51 *JCDecaux* vorderde naast schadevergoeding voor het deel van de concessies voor dat reeds was uitgevoerd een verbod op verdere uitvoering voor het deel dat nog niet was uitgevoerd.

52 Het *Xafax*-arrest wordt al wel analoog toegepast in situaties waarbij wel is aanbesteed, maar in kort geding ten onrechte tegen een gunningsbeslissing is opgekomen. Zie o.a. Hof Amsterdam 14 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4698; Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094.

53 Hof Den Haag 25 oktober 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3169 (*JCDecaux/RET c.s.*) r.o. 24-26.

54 Uit het nadien gewezen arrest van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2018:722 (*JCDecaux/RET c.s.*)) maak ik op dat tegen dit oordeel geen cassatiemiddelen zijn ingesteld.

55 Arrest, r.o. 3.55.

56 Hof ‘s-Hertogenbosch 18 oktober 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4294, «JAAN» 2019/4 m.nt. Westenberg, r.o. 3.8.

57 HvJ EU 13 april 2010, C-91/08, (*Wall AG*), r.o. 63-65.

58 Het *Xafax*-arrest wordt al wel analoog toegepast in situaties waarbij wel is aanbesteed, maar in kort geding ten onrechte tegen een gunningsbeslissing is opgekomen. Zie o.a. Hof Amsterdam 14 november 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:4698; Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094.

59 HR 4 november 2005, NJ 2006/204 (*Van der Stroom/Vaart*) en HR 22 januari 1999, NJ 2000/305 (*Uneto/De Vliert*). Zie ook: *Kamerstukken II* 2008/09, 32027, nr. 3, par. 4.2.3 (MvT).

die vaak op art. 6:103 BW wordt gebaseerd.⁶⁰ Een verbodsactie op grond van art. 3:296 BW kan worden gevorderd ter voorkoming of het voortduren van een onrechtmatige daad. Een gerechtelijk bevel moet daarbij in verhouding staan tot de rechtsplicht van degene jegens wie het bevel wordt uitgesproken.⁶¹ Precontractueel bestaat mogelijk een rechtsplicht tot het naleven van algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Postcontractueel niet meer.

Een in strijd met de algemene beginselen van het Unieverdrag gesloten overeenkomst is immers niet nietig en evenmin vernietigbaar

Anders dan art. 3:296 BW, voorziet art. 6:103 BW in een alternatieve vorm van schadevergoeding. Art. 6:103 BW bepaalt dat schadevergoeding wordt voldaan in geld, tenzij de rechter de schadevergoeding in een andere vorm dan een geldsom toekent. In het algemeen wordt aangenomen dat een veroordeling tot het verrichten van één of meer rechtshandelingen tot de mogelijkheid behoort.⁶² Uit de parlementaire geschiedenis vloeit echter voort dat slechts om bijzondere redenen kan worden afgeweken van de hoofdregel dat schadevergoeding in geld wordt voldaan.⁶³ Van afwijking zal geen sprake zijn indien ten aanzien van de uitvoering van een veroordeling tot een andere prestatie weer nieuwe problemen kunnen ontstaan.⁶⁴ Wanneer een overeenkomst inmiddels in uitvoering is genomen, is evident dat nieuwe problemen ontstaan. Niet alleen moet de lopende overeenkomst worden beëindigd. In veel gevallen zullen bovendien alle overeenkomsten in de keten van uitvoering moeten worden beëindigd, met alle consequenties van dien. De schade voor de aanbestedende dienst en/of de ondernemer aan wie de opdracht was gegund, kan derhalve veel groter zijn dan de schade die de gepasseerde inschrijver in geld toegewezen kan krijgen. Een verbod op verdere uitvoering bij wijze van schadevergoeding in natura zou daarmee een punitieve werking krijgen die niet aan het schadevergoedingsrecht ten grondslag ligt.⁶⁵ De mogelijk-

heid een punitieve sanctie op te leggen, heeft de wetgever enkel voorzien voor schendingen die onder het materiële toepassingsbereik vallen van artikel delen 2, 2A en deel 3 AanbW.⁶⁶

Ten slotte kan nog worden overwogen of de Rechtsbeschermingsrichtlijn analoog zou moeten worden toegepast op overheidsopdrachten, in het bijzonder concessies, buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen. In de literatuur wordt daarover verschillend gedacht.⁶⁷ Van Heeswijck bepleit daarbij terughoudendheid. Hij signaleert dat het Unierecht minder strikte regels stelt ten aanzien van gelijkheid en transparantie dan de aanbestedingsrichtlijnen, hetgeen de analoge toepassing van de rechtsbeschermingsrichtlijnen niet rechtvaardigt. Ik ben het met hem eens. Het accepteren van de ruime benadering, zoals door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden toegepast, zou bovendien inhouden dat ondernemers bij concessies en overheidsopdracht die buiten het toepassingsbereik van delen 2, 2A en 3 AanbW 2012 vallen, per saldo meer rechtsbescherming genieten dan bij opdrachten die daar wel onder vallen.⁶⁸ Dat ligt niet voor de hand.⁶⁹ Wat daarvan zij: in ieder geval zou bij die ruimere benadering enige reflexwerking moeten uitgaan van de in art. 4.15 lid 2 aanhef onder b AanbW 2012 opgenomen zesmaandentermijn. De noodzaak tot rechtszekerheid na het sluiten van een overeenkomst is voor opdrachten en concessies buiten het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen immers niet minder groot dan bij opdrachten en concessies die binnen het toepassingsbereik vallen.

Het gerechtshof had ook een andere sanctie kunnen toepassen, namelijk het toekennen van schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW

Kortom: op het bevel van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden jegens *NS Stations* de uitvoering van de gesloten concessieovereenkomsten met *Exterion* en *Ngage* te beëindigen, is het nodige aan te merken. Zeker gelet op het moment waarop *JCDecaux* haar verbodsactie heeft ingesteld. Bovendien had het gerechtshof ook een andere sanctie kunnen toepassen, namelijk het toekennen van schadevergoeding op grond van art. 6:162 BW. Onduidelijk is of de Hoge Raad zich over dit punt in de inmiddels aanhangig gemaakte cassatieprocedure zal uitlaten, nu – zo lees ik het arrest⁷⁰ – *NS Stations* zich in hoger beroep niet heeft verweerd tegen het door *JCDecaux* gevorderde verbod op verdere uitvoering. Kennelijk heeft *NS Stations*

60 J.M. Hebly en F.G. Wilman, 'Schadevergoeding wegens schending van het aanbestedingsrecht', *TBR* 2010/59, A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Wolters Kluwer 2013, p. 135, A.J. van Heeswijck, 'Rechtsbescherming bij opdrachten en concessies met een duidelijk grensoverschrijdend belang', *NTBR* 2014/117, p. 635.

61 Zie daarover o.a. W.Th. Nuninga, 'Recht, plicht, bevel, verbod', *NTBR* 2018/21. Tegenover de rechtsplicht een passende mate van openbaarheid te geven, past precontractueel een verbodsactie om onderhands te gunnen.

62 Overveen & Frenk, *T&C Burgerlijk Wetboek*, art. 6:103 BW, aant. 2.

63 Een dergelijk bijzondere reden deed zich voor in de zaak HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:309 (*Gemeente Heusden/verweerders*). In die zaak relateerde de Hoge Raad de schadevergoeding in natura expliciet aan de bedoelingen van de wetgever.

64 Zie ook: Rb. Noord-Holland 24 januari 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:512, r.o. 4.14; Rb. Rotterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:9336, r.o. 5.5.

65 S.D. Lindenbergh, *Groene Serie privaatrecht*, 'Schadevergoeding, algemeen', aantekening 4.

66 Zie art. 4.21-4.24 AanbW 2012 voor de boetereregeling.

67 A.J. van Heeswijck, 'Rechtsbescherming bij opdrachten en concessies met een duidelijk grensoverschrijdend belang', *TBR* 2014/117, p. 631.

68 Uit zijn artikel A.G.A. Nijmeijer, 'De rechtstatelijkheid in de knel?', *TBR* 2019/123 maak ik op dat Van Romburgh dat inmiddels zo beschouwd. Ik deel zijn mening hierin dus niet.

69 Zie ook: P.H.L.M. Kuypers, 'Redactioneel artikel', «JAAN» 2016/906.

70 Arrest r.o. 3.55.

haar verweer geplaatst in de sleutel van de rechtsverwerking en de Grossman-doctrine waarin *NS Stations* door het gerechtshof niet is gevolgd.⁷¹

5. Slotopmerking

De rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen staat al tijden onder hoge druk. Waar de wetgever aanvankelijk bij 'zeer ernstige schendingen' van het aanbestedingsrecht een evenwicht had gevonden tussen enerzijds de rechtsbescherming voor ondernemers die een opdracht misliepen en anderzijds de noodzaak tot rechtszekerheid voor aanbestedende diensten en de ondernemers die een opdracht gegund hadden gekregen, blijkt dat evenwicht op de helling te staan.

Inmiddels dreigt in de jurisprudentie en de literatuur (ook) verdeeldheid te ontstaan over de vraag welke rechtsbescherming ondernemers genieten bij onderhandse gunning van concessies en opdrachten die buiten het toepassingsbereik van de rechtsbescherming deel 4 AanbW 2012 vallen. Deze verdeeldheid is mijns inziens onwenselijk en komt de rechtszekerheid bij de uitvoering van een overheidsopdracht niet ten goede. Zowel ondernemers als aanbestedende diensten hebben behoefte aan duidelijkheid. Het is tijd dat ofwel de wetgever ofwel de Hoge Raad die duidelijkheid verschaft.

Over de auteur

Mr. G.J. (Georg) Huith

Advocaat/partner bij Croon advocaten te Den Haag.

71 Arrest r.o. 3.3-3.6.