



# HET IS 'WEER' ONSTUIMIG: EEN RECHTSZAAK OVER RECHTSVERWERKING



## DE ZAAK

Het Koninklijk Nederlands Meteorologisch Instituut (KNMI) houdt een Europese niet-openbare aanbesteding voor de ontwikkeling en het beheer van de KNMI-App. Het KNMI handelt een kwaliteitsmanagementeis (ISO 9001-certificering of gelijkwaardig) als knock-outcriterium. Na de selectiefase worden vijf gegadigden uitgenodigd voor een informatiebijeenkomst. Alle geselecteerde gegadigden zijn aanwezig tijdens deze informatiebijeenkomst. Onder meer Webbio en de Combinatie schrijven vervolgens in op de aanbesteding.

Het KNMI is voornemens de opdracht te gunnen aan de Combinatie. Webbio stelt vervolgens enkele vragen aan het KNMI, omdat Webbio van mening is dat de Combinatie niet kan voldoen aan de gestelde kwaliteitsmanagementeis (ISO 9001-certificering of gelijkwaardig). Het KNMI beantwoordt deze vragen, maar niet naar tevredenheid van Webbio. Webbio start vervolgens een kort geding.

Het KNMI betoogt dat sprake is van rechtsverwerking. Zowel

Webbio als de Combinatie waren aanwezig tijdens de informatiebijeenkomst en Webbio wist toen dus al dat de Combinatie zou deelnemen aan deze aanbesteding. Als Webbio van mening is dat de Combinatie niet kan voldoen aan de gestelde kwaliteitsmanagementeis, had Webbio daar eerder over moeten klagen, aldus het KNMI. Webbio is het daar niet mee eens. Webbio wist naar eigen zeggen niet eens dat de Combinatie aanwezig was tijdens deze informatiebijeenkomst.

**De voorzieningenrechter** oordeelt dat het exacte verloop van de informatieavond niet achterhaald kan worden (met name: of de namen van alle geselecteerde gegadigden wel of niet genoemd zijn tijdens deze bespreking) en verwerpt het beroep op rechtsverwerking. De voorzieningenrechter beoordeelt de zaak vervolgens op inhoudelijke gronden. Volgens de voorzieningenrechter heeft het KNMI op juiste gronden geoordeeld dat de Combinatie wel degelijk kan voldoen aan de gestelde kwaliteitsmanagementeis. De vorderingen van Webbio worden afgewezen.



## JURIDISCH KADER

- Van een potentiële inschrijver mag verwacht worden dat hij tijdig klaagt over een gebrek in een aanbestedingsprocedure. Als een potentiële inschrijver niet klaagt – of, zoals in deze zaak, niet tijdig aanklaagt dat een andere gegadigde niet zou kunnen voldoen aan de gestelde eisen – en wel inschrijft, kan de conclusie zijn dat hij zijn recht heeft verwerkt om alsnog te klagen over het gestelde gebrek. Dat geldt zeker wanneer de aanbestedingsleidraad voorschrijft dat de potentiële inschrijver in dat geval vóór inschrijving een kort geding aanhangig dient te maken. Als de inschrijver daarna een juridische procedure start, kan het zo zijn dat de rechter zijn vorderingen afwijst op grond van 'rechtsverwerking'.
- Onder welke omstandigheden sprake is van rechtsverwerking, is volgens de Hoge Raad in beginsel een vraag van nationaal recht. In Nederland is rechtsverwerking gebaseerd op de werking van de redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 lid 2 en artikel 6:248 BW). Of sprake is van rechtsverwerking, is altijd afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Zie in dat verband ook onze [eerdere nieuwsbrief](#) over dit onderwerp.



## RECHTERS AAN HET WOORD

- Het **Grossmann-arrest** van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen betreft een overheidsopdracht voor 'occasionele vluchten' voor de Oostenrijkse regering en haar delegaties. Grossmann vraagt de aanbestedingsstukken op en komt tot de conclusie dat de aanbesteding is toegeschreven naar één partij (Lauda Air) en dat de aanbestedingsvoorwaarden dus discriminerend zijn. Grossmann besluit evenwel geen inschrijving in te dienen en stapt, pas nadat Grossmann met het gunningsbesluit bekend is geworden, naar de rechter. Onder deze omstandigheden acht het Hof het toegestaan dat een inschrijver wordt geacht "geen belang te hebben bij de gunning van de betrokken opdracht" (en dat dus sprake is van rechtsverwerking). Grossmann had eerder moeten klagen.

- Uit het arrest **eVigilo** lijkt het Hof van Justitie van de EU daar een schepje bovenop te doen. Het is zelfs een verplichting van de lidstaten een beroep op rechtsverwerking door de aanbestedende dienst mogelijk te maken. Het is niet de bedoeling dat het inschrijvers vrijstaat op ieder moment van de aanbestedingsprocedure inbreuken op de regels voor het plaatsen van opdrachten op te werpen, waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen.
- Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin kan van een gegadigde worden verwacht dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt zo spoedig mogelijk nadat hij kennis had of had behoren te hebben van de gestelde gebreken in de procedure, aldus het **Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden**.
- In de nationale rechtspraak wordt vaak wisselend geoordeeld over rechtsverwerkingsvraagstukken. Zo oordeelde het **Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden** dat geen sprake was van rechtsverwerking omdat de eiser de betreffende onderwerpen door het stellen van vragen aan de orde had gesteld. Dit terwijl het **Gerechtshof Leeuwarden** eerder oordeelde dat van gegadigden een proactieve houding mag worden verwacht "die verder gaat dan het uitsluitend stellen van vragen".
- Volgens het **Gerechtshof Den Haag** hangt het af van de aard en de omvang van de opdracht of een rechtsbeschermingsclausule proportioneel is. Bij een aanbesteding die betrekking heeft op een opdracht met een beperkte waarde waarop wordt ingeschreven door inschrijvers die behoren tot het midden- en kleinbedrijf, zal in de regel niet gevegd kunnen worden dat zij al vóór inschrijving hun bezwaren tegen een aanbesteding aan de rechter in kort geding voorleggen. Bij een grote opdracht waarop wordt ingeschreven door bedrijven met een zekere omvang zal een dergelijke eis echter eerder te rechtvaardigen zijn.

## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Veel aanbestedende diensten organiseren een 'startbijeenkomst' in de beginfase van een aanbestedingsprocedure (of, zoals in deze zaak, een informatiebijeenkomst na selectie van een aantal gegadigden). Tijdens een dergelijke (start) bijeenkomst geven aanbestedende diensten een korte toelichting/presentatie over de opdracht en de belangrijkste procedurele en formele aspecten van de aanbesteding. Meestal is er ook voldoende gelegenheid om vragen te stellen over de in deze startbijeenkomst gegeven toelichting. Daarna is er normaal gesproken ook nog ruimte om schriftelijke vragen in te dienen in het kader van de nota('s) van inlichtingen.
- Of het wenselijk is een **plenaire** informatiebijeenkomst te organiseren, waarbij alle (geselecteerde) gegadigden tegelijkertijd aanwezig zijn, daar wordt verschillend over gedacht. Aan de ene kant biedt het organiseren van een dergelijke gezamenlijke informatiebijeenkomst evidente voordelen. Het is efficiënt, omdat de aanbestedende dienst maar één informatiebijeenkomst hoeft te organiseren. Bovendien is het, met het oog op het gelijkheidsbeginsel, een voordeel dat alle gegadigden beschikken over dezelfde informatie. Voor een aanbestedende dienst die weinig tijd/mankracht heeft, is het dus het overwegen waard een gezamenlijke informatiebijeenkomst te organiseren.
- Toch zijn wij er – in algemene zin – geen voorstander van een plenaire startbijeenkomst te organiseren voor alle gegadigden tegelijk. In onze optiek mag van een aanbestedende dienst verwacht worden dat hij er alles aan doet iedere vorm van concurrentievervalsing zoveel mogelijk te voorkomen. Het tegelijkertijd uitnodigen van alle gegadigden in een gezamenlijke bespreking, past daar in onze optiek niet bij. Het risico ligt namelijk op de loer dat uitgenodigde partijen na de bespreking samenkomen/contact onderhouden en verboden afspraken met elkaar maken. Een dergelijk risico ('de kat op het spek binden') dien je als aanbestedende dienst – in onze optiek – te voorkomen.
- Let als aanbestedende dienst wel op het volgende, als je ervoor kiest individuele (start)bijeenkomsten te organiseren. Als tijdens een individuele startbijeenkomst informatie ter sprake gebracht wordt die naar jouw oordeel een 'algemeen' karakter heeft en die relevant is voor alle gegadigden, deel deze informatie dan schriftelijk (en geanonimiseerd) met alle andere gegadigden. Dat kan bijvoorbeeld in een nota van inlichtingen. Daarmee zorg je ervoor dat een gelijk speelveld ('level playing field') gewaarborgd blijft.

## EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

  
Aeves  
Benefit

VANDOORNE<sup>⊕</sup>

Het **NIC.**

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)