



INSCHRIJVER HAD KORT GEDING MOETEN STARTEN VÓÓR INSCHRIJVING!



DE ZAAK

De gemeente Den Haag houdt een Europese openbare aanbesteding voor de inzet van extern personeel bij de gemeente voor verschillende specialismen. Inschrijver Progress wil graag meer informatie over het kennisniveau van de beoordelingscommissie en stelt daarover een vraag in de eerste nota van inlichtingen. De gemeente geeft aan dat verschillende onderdelen van elke offerte door verschillende teams worden beoordeeld op basis van expertise. De gemeente acht het niet nodig de achtergrond en de specialisatie van de individuele leden van de beoordelingscommissie te delen met de potentiële inschrijvers. In de tweede nota van inlichtingen stelt Progress hier geen vervolgvraag over.

Progress schrijft in op (drie percelen van) de aanbesteding, maar komt niet voor gunning in aanmerking. Progress start vervolgens een kort geding. Volgens Progress is het transparantiebeginsel geschonden, omdat geen inzage is gegeven in

de grootte, de samenstelling en de specialisatie van (de leden van) de beoordelingscommissie. Daarnaast dient volgens Progress een nieuwe beoordelingscommissie te worden aangesteld, omdat uit vermeende beoordelingsfouten zou blijken dat de leden van die commissie geen materiedeskundigheid hebben.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van Progress af. Op grond van een rechtsverwerkingsclausule in de aanbestedingsstukken diende Progress uiterlijk de dag voor inschrijving een kort geding aanhangig te maken. Nu Progress dat niet gedaan heeft, heeft zij haar rechten verwerkt om in dit stadium nog bezwaar te maken tegen de samenstelling van het beoordelingscommissie en het (vermeende) gebrek aan informatie over de achtergrond/expertise van de leden van de beoordelingscommissie.



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, geen vervolgvraag stelt na een (voor hem) onbevredigend antwoord in de eerste nota van inlichtingen – 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 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 van het Burgerlijk Wetboek).
- Rechtsverwerking vereist dat de gerechtigde (in deze zaak: Progress) zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens (na inschrijving) geldend maken van zijn recht. Twee vragen zijn in dat verband relevant: 1. Is bij de wederpartij (hier: de aanbestedende dienst) het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat de gerechtigde zijn recht niet meer uitoefent (of zal uitoefenen)? 2. Wordt de positie van de wederpartij (hier: de aanbestedende dienst en andere inschrijvers) onredelijk benadeeld in geval de gerechtigde (hier: Progress) zijn recht alsnog uitoefent? Als één van deze vragen positief wordt beantwoord, is mogelijk sprake van rechtsverwerking. Of daarvan sprake is, is altijd afhankelijk van de omstandigheden van het geval.
- In de derde herziening van de Gids Proportionaliteit 2020 is bepaald dat van een adequaat handelende inschrijver mag worden verwacht dat hij zich proactief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van de aanbestedingsprocedure en dat hij zijn bezwaren duidelijk en in een zo vroeg mogelijk stadium kenbaar maakt. Dat betekent dus dat een bezwaar zo snel als redelijkerwijs mogelijk na publicatie kenbaar wordt gemaakt. Het kan zijn dat een inschrijver pas na het voornemen tot gunning een bezwaar indient naar aanleiding van informatie die hij pas na het voornemen tot gunning heeft verkregen. Het kan dan proportioneel zijn dat de aanbestedende dienst deze klacht in behandeling neemt. Een bepaling in de aanbestedingsdocumentatie die de mogelijkheid tot rechtsbescherming dan wel het aanhangig maken van een (bodem)procedure onredelijk beperkt is disproportioneel. Eventueel kan aan de mogelijkheid van rechtsbescherming c.q. aanhangig maken van een (bodem)procedure een redelijke (verval)termijn worden gekoppeld, die voldoende lang is voor een inschrijver om ook daadwerkelijk van die mogelijkheid gebruik te kunnen maken.



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 te doen 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 Europese Unie 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 gevergd 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

- Beschrijf in de aanbestedingsstukken duidelijk gedurende welke periode en op welke wijze ondernemers bezwaren tegen de aanbestedingsstukken kenbaar moeten maken. Maak daarbij ook duidelijk wat de gevolgen zijn als van deze mogelijkheid geen gebruik wordt gemaakt.
- Om proactief handelen door ondernemers te stimuleren (en het 'opsparen' van bezwaren te voorkomen) kan een aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken een rechtsverwerkingsclausule opnemen die bepaalt dat bezwaren ten aanzien van de aanbestedingsstukken alleen in een vroegtijdig stadium (bijvoorbeeld voor het einde van de inschrijftermijn) aan de rechter kunnen worden voorgelegd. Een dergelijke maatregel dient vaak niet alleen de belangen van de aanbestedende dienst, maar ook van (andere) inschrijvers, omdat zij anders (mogelijk) nodeloos kosten maken voor het doen van een inschrijving op basis van steeds veranderende voorwaarden.
- Als inschrijver is het van belang tijdig te klagen over een gebrek in de aanbestedingsstukken. Doe je dat niet, dan loop het risico dat je daar in een latere procedure geen beroep meer op mag doen. Stel dus vragen in de nota van inlichtingen. Als je geen bevredigend antwoord krijgt, geef dat dan aan in de eerstvolgende nota van inlichtingen. Overweeg ook een klacht in te dienen bij een klachtenmeldpunt, de commissie van aanbestedingsexperts of zelfs een kort geding te starten vóór inschrijving. Dat laatste gebeurde bijvoorbeeld in de zaak waar onze vorige JA! op zag: de inschrijver startte met succes een kort geding vóór inschrijving. Daarmee voorkom je discussies over rechtsverwerking.
- Wees erop bedacht dat er een ontwikkeling gaande is om rechtsbescherming van inschrijvers beter te waarborgen. Onderdeel hiervan is een verplicht klachtenpunt bij de aanbestedende dienst en het tegengaan van te verstrekkende toepassing van rechtsverwerkingsclausules. Dat zie je bijvoorbeeld terug in de voornoemde passages uit de Gids Proportionaliteit 2020, en ook in recente rechtspraak.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

**Aeves
Benefit** 

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com