



# RECHT OP SCHADEVERGOEDING VERWERKT!



## DE ZAAK

De Dienst Wegverkeer (hierna: de "RDW") houdt een Europese aanbesteding voor een nieuw telefonieplatform voor zijn klantcontactcentrum. Inschrijver Frontline eindigt als eerste in de ranking en inschrijver Cloudoe als tweede. Cloudoe stuurt enkele brieven naar de RDW, waarin zij bedenkingen uit over de geboden 'CCaaS-oplossing' van Frontline (die niet zou voldoen aan alle privacy-eisen). Cloudoe stelt ook dat Frontline de opleverdatum van eind mei 2021 niet gaat halen. Cloudoe besluit echter geen kort geding te starten.

Na verificatie doorlopen de RDW en Frontline de concretiseringsfase. Tijdens deze concretiseringsfase stuurt Cloudoe verschillende brieven naar de RDW waarin zij informeert naar de stand van zaken en waarin zij benadrukt dat uitloop van de concretiseringsfase onacceptabel is. Achteraf blijkt dat de Frontline de concretiseringsfase niet vlekkeloos heeft doorlopen en de voorgeschreven opleverdatum inderdaad niet gehaald heeft. Desondanks laat de RDW aan Cloudoe weten dat Frontline de concretiseringsfase succesvol heeft doorlopen en dat de RDW voornemens is de opdracht aan Frontline te gunnen. Cloudoe ziet haar vermoedens daarmee bevestigd worden; namelijk dat de RDW de inschrijving van Frontline ongeldig had moeten verklaren. Door de opdracht toch aan Frontline te gunnen, handelt de RDW in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen en dus onrechtmatig tegenover Cloudoe, aldus Cloudoe. Cloudoe start een juridische (bodem) procedure en eist schadevergoeding.

De RDW meent dat Cloudoe haar recht heeft verwerkt om nog een schadeclaim in te dienen. De aanbestedingsvoorwaarden bepalen immers dat inschrijvers binnen twintig dagen na verzending van de gunningsbeslissing een kort geding aanhangig dienen te maken als zij bezwaren hebben. Doen zij dat niet, dan hebben zij óók hun recht verwerkt in een (bodem)procedure een vordering tot schadevergoeding te stellen, zo bepalen de aanbestedingsvoorwaarden.

**De rechtbank Den Haag** is het eens met de RDW. Cloudoe heeft vooraf kennis kunnen nemen van de aanbestedingsvoorwaarden, met daarin het vervalbeding waar de RDW zich nu op beroept. Cloudoe heeft een inschrijving ingediend, is akkoord gegaan met de aanbestedingsvoorwaarden en is dus gebonden aan het vervalbeding. Dat betekent dat Cloudoe in beginsel haar recht heeft verwerkt nu een vordering tot schadevergoeding tegen de RDW in te stellen. Vervolgens toetst de rechtbank of het beroep van de RDW op het vervalbeding onder de gegeven omstandigheden disproportioneel is. Dat is niet het geval. Cloudoe heeft geen misleidende informatie ontvangen voor of tijdens de vervaltermijn en had binnen deze termijn haar bezwaren naar voren kunnen brengen in een kort geding (en dat heeft Cloudoe niet gedaan). De vorderingen van Cloudoe worden afgewezen.



## JURIDISCH KADER

- Een rechtsverwerkingsclausule die bepaalt dat een inschrijver na het verstrijken van de Alcatel-termijn ook zijn rechten verwerkt bezwaren te uiten tegen de aanbestedingsprocedure én in een bodemprocedure schadevergoeding te vorderen, is in beginsel is – zo volgt uit deze uitspraak – toegestaan. Als een inschrijver vervolgens geen kort geding start en pas op een later moment een schadeclaim indient, kan het zo zijn dat de rechter zijn schadeclaim afwijst op grond van 'rechtsverwerking'. Of de aanbestedende dienst zich in een concreet geval ook kan beroepen op een dergelijke rechtsverwerkingsclausule, hangt af van alle omstandigheden van het geval, waarbij gekeken moet worden naar de gerechtvaardigde belangen van partijen.
- 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: Cloude) zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens (na het verstrijken van de vervaltermijn) geldend maken van zijn recht. Twee vragen zijn in dat verband relevant:
  1. Is bij de wederpartij (hier: de RDW) het gerechtvaardigd vertrouwen gewekt dat de gerechtigde zijn recht niet meer uitoefent (of zal uitoefenen)?
  2. Wordt de positie van de wederpartij (hier: de RDW) onredelijk benadeeld in geval de gerechtigde (hier: Cloude) 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. Grossmann had eerder moeten klagen.
- Uit het arrest **eVigilo** lijkt het Hof van Justitie van de Europese Unie daar een schepje bovenop te doen: lidstaten zijn zelfs verplicht 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 de volledige procedure opnieuw te beginnen om dergelijke inbreuken te herstellen.
- 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

- Voor aanbestedende diensten is het raadzaam hun standaardclausule over rechtsverwerking nog een keer tegen het licht te houden. In onze optiek is het – gelet op deze uitspraak – raadzaam deze clausule uit te breiden. Voeg aan deze clausule toe dat de Alcateltermijn niet alleen als vervaltermijn wordt aangemerkt waar het de gunningsbeslissing betreft, maar ook ten aanzien van de mogelijkheid in een (bodem)procedure een vordering tot schadevergoeding in te stellen.

- Als inschrijver dien je tijdig je belangen veilig te stellen. In deze zaak had de verliezende inschrijver (vanwege het gehanteerde vervalbeding) ofwel (1) tijdig bezwaar moeten maken tegen (de proportionaliteit van) het genoemde vervalbeding, ofwel (2) binnen de Alcatel-termijn een kort geding moeten starten om zijn bezwaren te uiten. Doe je dat niet, dan loop je het risico dat je jouw rechten (óók het recht op het instellen van een vordering tot schadevergoeding) hebt verwerkt. Overweeg dus een kort geding te starten, ook als je enkel het vermoeden hebt dat de winnende inschrijver zijn inschrijving niet kan waarmaken, althans niet aan de gestelde eisen kan voldoen. Daarmee voorkom je discussies over rechtsverwerking, óók indien het gaat over het indienen van een schadevergoedingsclaim nadat de vervaltermijn is verstreken.
- Wees wel erop bedacht dat er een ontwikkeling gaande is om de rechtsbescherming van inschrijvers beter te waarborgen. Onderdeel hiervan is een verplicht onafhankelijk 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**. Ook is op 15 juli 2023 een nieuwe consultatie beschikbaar gesteld over een wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 ter versterking van de rechtsbescherming bij aanbestedingen. Het wetsvoorstel stelt wijzigingen voor in het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden, zodat ondernemers problemen die zij ervaren in aanbestedingsprocedures op een laagdrempelige manier kunnen aankaarten, inhoudelijk kunnen laten beoordelen en kunnen zien dat problemen op professionele wijze worden opgepakt. Klik op [deze link](#) voor meer informatie.

## EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP



VANDOORNE<sup>⊕</sup>

Het **NIC.**

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