

Rechtsverwerking in aanbestedingsprocedures

Het aanbestedingsrecht staat onverminderd in de belangstelling. Nog altijd is sprake van een toename in het aantal aanbestedingsgeschillen. Inzet van deze geschillen is veelal de gehanteerde selectie- en gunningssystematiek en, meer in het bijzonder, beweerde onduidelijkheden daarin. Oorspronkelijk werd veelal tot uitgangspunt genomen dat de aanbestedende dienst verantwoordelijk is voor het aanbestedingsdocument en – daarmee – ook voor daarin voorkomende onduidelijkheden. Het moment waarop de inschrijver zijn bezwaren naar voren bracht, werd kennelijk niet als relevante factor onderkend.¹

Langzamerhand is een kentering in deze jurisprudentie waarneembaar. Van de Meent wees daar eerder op in zijn bijdrage voor ditzelfde tijdschrift.² Deze kentering houdt in dat een onduidelijkheid niet zonder meer uitsluitend voor rekening van de aanbestedder komt, omdat onder omstandigheden een inschrijver kan worden tegengeworpen dat hij niet tijdig vóór inschrijving de beweerde onduidelijkheid (bijvoorbeeld in de inlichtingenronde) aan de orde heeft gesteld.

Voornoemde ontwikkeling lijkt primair te zijn geënt op de zaak Grossmann³. In deze zaak oordeelde het Hof dat van inschrijvers met het oog op de Rechtsbeschermingsrichtlijn een proactieve houding mag worden verwacht. Als een inschrijver niet pro-actief handelt, kan dat naar het oordeel van het Hof onder omstandigheden tot verval van aanspraken leiden. Daarnaast heeft het Hof in de arresten SIAC⁴ en Succhi di Frutta⁵ aangenomen dat gunningscriteria zodanig moeten zijn geformuleerd dat iedere redelijk geïnformeerde en normaal oplettende of zorgvuldig handelende inschrijver de reikwijdte daarvan kan doorgronden. Aangenomen mag worden dat dit criterium gelijkelijk geldt ten aanzien van selectiecriteria. De vraag rijst of op basis van voornoemde uitspraken tezamen moet worden aangenomen dat van een redelijk geïnformeerde en normaal oplettende en zorgvuldig handelende inschrijver mag worden verlangd dat hij voorafgaand aan de inschrijving zijn bezwaren tegen de gehanteerde selectie- en gunningssystematiek kenbaar maakt, op straffe van verval van recht dat later, bijvoorbeeld op het moment dat hem kenbaar wordt dat hij niet als winnaar 'uit de bus is gekomen', alsnog te doen.

Een inventarisatie van recente uitspraken leert dat voorzieningenrechtters klagende inschrijvers in toenemende mate tegenwerpen dat zij hun bezwaren niet eerder kenbaar hebben gemaakt.⁶

Zo overwoog de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Bosch dat het in strijd met 'de redelijkheid en billijkheid' is om bezwaren niet voorafgaand aan de inschrijving maar pas bij bekendmaking van het gunningsvoornemen kenbaar te maken. De voorzieningenrechter achtte in dat verband van belang dat, zo pas na inschrijving wordt geklaagd over beweerde onduidelijkheden, de enige remedie een heraanbesteding is. Die remedie is tijdrovend en kostbaar.⁷ Wordt de balans opgemaakt van deze inventarisatie van uitspraken, dan moet worden geconstateerd dat in ongeveer de helft van de gevallen waarin door een aanbestedder een beroep wordt gedaan op 'rechtsverwerking' de bezwaren van de inschrijvers daadwerkelijk worden afgewezen omdat niet tijdig is geklaagd.⁸

Wij vragen ons af of deze ontwikkeling rechtens juist is. Uitgangspunt zou naar onze mening moeten zijn dat de primaire verantwoordelijkheid voor een aanbestedingsdocument bij de aanbestedende dienst rust. Deze heeft immers de pen gevoerd en heeft (in verhouding tot inschrijvende partijen) ruimschoots de tijd om over opzet en formulering van de selectie- en gunningssystematiek na te denken. Niet zelden zal een aanbestedder zich laten bijstaan door terzake kundige adviseurs. Een inschrijver dient in een aanzienlijk korter tijdsbestek een inschrijving te maken. In eerste instantie zal de inspanning van de inschrijver erop zijn gericht een optimale en concurrerende aanbieding te maken. Pas als kan worden betoogd dat de inschrijver niet handelt zoals van een redelijk geïnformeerd en normaal oplettende en zorgvuldig handelende inschrijver mag worden verwacht, kan worden betoogd dat deze inschrijver zijn beurt voorbij heeft laten gaan om in rechte de aanbesteding aan te vechten. Minimumvoorwaarde lijkt ons in dat verband te zijn, dat in de aanbestedingsdocumentatie inschrij-

vers met zoveel woorden worden gewezen op de verplichting verduidelijkingen te vragen. Het aanbestedingsdocument zal daarbij uitdrukkelijk moeten aangeven dat, zo inschrijvers nalaten tijdig te klagen, zij hun recht hebben verwerkt dat later alsnog te doen. Als het bestek niet een dergelijke uitdrukkelijke bepaling kent, zal naar ons oordeel niet snel mogen worden aangenomen dat een inschrijver, die niet vóór inschrijving aan de bel trekt, niettemin toch in strijd met de hiervoor bedoelde zorgvuldigheidsverplichting handelt. Ons lijkt daarnaast dat een inschrijver altijd ontvankelijk in zijn bezwaren dient te zijn indien de ontstane onduidelijkheid het gevolg is van informatie die na sluiting van de termijn, waarbinnen vragen kunnen worden gesteld, of zelfs inschrijving, bekend wordt. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien de onduidelijkheid het gevolg is van bij nota van inlichtingen gegeven antwoorden (althans indien vervolgens geen gelegenheid meer wordt gegeven vragen te stellen) of als de motivering door de aanbestedder van de gunningsbeslissing aanleiding geeft tot onduidelijkheden. In die gevallen had een inschrijver immers geen mogelijkheden om eerder vragen te stellen of zijn bezwaren tot uiting te brengen.

Onduidelijkheden in een aanbesteding hebben altijd vergaande consequenties. Als de onduidelijkheid voor rekening van de aanbestedder komt, is heraanbesteding onontkoombaar. Als de onduidelijkheid voor rekening van een inschrijver komt, zal die vervolgens genoeg moeten nemen met de minst genomen theoretische mogelijkheid dat de wijze waarop de winnaar is gekozen, niet in overeenstemming is met het aanbestedingsrecht. Waar de onduidelijkheid in alle gevallen begint met het opstellen van het aanbestedingsdocument door de aanbestedder, zou wellicht terughoudend moeten worden omgegaan met het verplaatsen van die verantwoordelijkheid naar de inschrijver.

mr. P.F.C. Heemskerk en E.L. Zwiers
CMS Derks Star Busmann

Noten

- 1 Onder meer: V.zr. Rechtbank Arnhem 1 juni 2006, LJN: AY0430, Voorzieningenrechter Rechtbank Breda 15 september 2006, LJN: AY9722.
- 2 G.W.A. van de Meent: Zwijgen is zilver, spreken is goud, *Tender Nieuwsbrief* 2006-3.

lees verder op pagina 6 >

Vervolg van pagina 5 >

- 3 HvJEG, arrest van 12 februari 2004, zaak C-230/02, Grossmann Air Services tegen Oostenrijk.
- 4 HvJEG, arrest van 18 oktober 2001, zaak C-19/00, SIAC.
- 5 HvJEG, arrest van 29 april 2004, zaak C-496/99, Succhi di Frutta.
- 6 Onder meer: Vزر. Rechtbank Breda 21 december 2007, LJN:BC2367, Vزر. Rechtbank Arnhem 7 december 2007, LJN:BC1189, Vزر. Rechtbank 's-Gravenhage 8 augustus 2007, LJN:BB3805, Vزر. Rechtbank Arnhem 16 maart 2007, LJN:BA2057, Vزر. Rechtbank Arnhem 21 februari 2007, LJN:BA1482, Vزر. Rechtbank Arnhem 26 februari 2007, LJN:BA1484, Rechtbank Haarlem 10 november 2006, LJN:AZ2581, Vزر. Rechtbank Amsterdam 27 april 2006, LJN:AX2485.
- 7 Vزر. Rechtbank 's-Hertogenbosch 11 mei 2007, LJN:BA5307.
- 8 Inventarisatie op basis van kleine steekproef van beschikbare uitspraken op rechtspraak.nl vanaf 1 november 2006 tot einde 2007.