

# Reactie

Nr. 36

## Het Grossmann-verweer verwerkt: een gevaarlijke conclusie

door mr. P.F.C. Heemskerk en mr. M. Semmekrot<sup>1</sup>

### Inleiding

In het novembernummer van dit tijdschrift is het artikel 'Het Grossmann-verweer verwerkt' van mr. G. 't Hart verschenen. In dit artikel concludeert 't Hart dat de Hoge Raad met zijn uitspraak van 26 juni 2009<sup>2</sup> een streep heeft gehaald door de

gangbare lijn in de lagere rechtspraak dat inschrijvers die voor het indienen van hun inschrijving niet hebben geklaagd over gebreken in een aanbestedingsprocedure om die enkele reden niet niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen.

1. Mr. P.F.A. Heemskerk en mr. M. Semmekrot zijn advocaten bij CMS Derks Star Busmann te Utrecht.
2. HR 26 juni 2009, *LJN* B10476.

't Hart is van mening dat niet het *Grossmann*-arrest<sup>3</sup> van het Hof van Justitie en de daaraan ten grondslag liggende Rechtsbeschermingsrichtlijn<sup>4</sup> als maatstaf moeten worden gebruikt, maar uitsluitend het nationale Nederlandse recht met betrekking tot rechtsverwerking, op grond waarvan het enkele feit dat inschrijvers voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure niet hebben geklaagd onvoldoende is om rechtsverwerking te kunnen aannemen. Een gevaarlijke conclusie menen wij.

### Hoge Raad 26 juni 2009

De Hoge Raad oordeelt in zijn arrest van 26 juni 2009, onder meer, dat:<sup>5</sup>

- (i) de Rechtsbeschermingsrichtlijn niet rechtstreeks verplichtingen aan particulieren kan opleggen;
- (ii) de Rechtsbeschermingsrichtlijn niet van toepassing is op nationale aanbestedingsprocedures (als de onderhavige);
- (iii) het feit dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn niet rechtstreeks verplichtingen aan particulieren kan opleggen en het feit dat deze richtlijn niet van toepassing is op nationale aanbestedingsprocedures onverlet laat dat op grond van een richtlijnconforme uitleg van nationale aanbestedingsregels de verplichting aan particulieren zou kunnen worden opgelegd dat zij in een vroeg stadium van de aanbestedingsprocedure hun bezwaren aan de aanbestedende dienst kenbaar moet maken op straffe van verval van recht;<sup>6</sup> en
- (iv) nu het *Grossmann*-arrest uitgaat van de toepasselijkheid van de Rechtsbeschermingsrichtlijn dit niet met zich brengt dat verweerster reeds uit hoofde van de Rechtsbeschermingsrichtlijn haar vorderingen moeten worden ontzegd.<sup>7</sup>

Uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt niet dat er in het kader van een Europese aanbestedingsprocedure geen verplichting (meer) zou

rusten op een inschrijver om bezwaren tijdig naar voren te brengen, zoals uit de *Grossmann*-jurisprudentie sinds lange tijd wordt afgeleid. De Hoge Raad oordeelt enkel dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn en het *Grossmann*-arrest niet van toepassing zijn op nationale aanbestedingsprocedures en dat of er in het kader van een nationale aanbesteding sprake is van rechtsverwerking moet worden beoordeeld aan de hand van het nationale Nederlandse recht. De Hoge Raad geeft geen inhoudelijk oordeel over de reikwijdte van de verplichtingen die het *Grossmann*-arrest en de daaraan ten grondslag liggende Rechtsbeschermingsrichtlijn met zich brengen voor inschrijvers die deelnemen aan een Europese aanbestedingsprocedure.

't Hart komt echter aan de hand van een uitvoerige analyse van de *Rewe/Comet*-rechtspraak van het Hof van Justitie tot de conclusie dat op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel bij een beroep door een aanbestedende dienst op rechtsverwerking in het kader van een Europese aanbesteding dezelfde maatstaf moet worden aangehouden als voor nationale aanbestedingen. Dit betekent volgens 't Hart dat zwijgzame inschrijvers op zowel Europese als nationale aanbestedingen in beginsel ontvankelijk zijn in hun vorderingen, tenzij zij hun rechten (naar maatstaven van nationaal Nederlands recht) hebben verwerkt. Het enkele feit dat inschrijvers voorafgaand aan de aanbestedingsprocedure niet hebben geklaagd is onvoldoende om naar nationaal Nederlands recht rechtsverwerking te kunnen aannemen.

Wat er ook zij van de precieze reikwijdte van de *Rewe/Comet*-rechtspraak van het Hof van Justitie, deze conclusie van 't Hart vindt naar onze mening geen steun in de uitspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad gaat niet in op de verplichtingen die in het kader van een Europese

3. HvJ EG 12 februari 2004, nr. C-230/02 (*Grossmann*). Naar aanleiding van dit arrest is in de Nederlandse rechtspraktijk gebruikelijk geworden een inschrijver niet-ontvankelijk te verklaren in zijn vorderingen indien hij zich onvoldoende proactief opstelt en na een geconstateerde schending van het aanbestedingsrecht zich niet tot de aanbestedende dienst wendt om over de schending te klagen.
4. Richtlijn 89/665/EG van de Raad van 21 december 1989, houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, *PbEG* 1989, L 395/33. Deze richtlijn is onlangs vervangen door Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijn 89/665/EEG en 92/13/EEG, *PbEU* 2007, L 335/31.
5. R.o. 3.5.3.
6. Het Hof Den Bosch heeft in zijn arrest van 17 juli 2007 (*LJN* BB1674) niet op grond van een richtlijnconforme interpretatie aangenomen dat op particulieren de verplichting rust in een vroeg stadium van de aanbestedingsprocedure hun bezwaren aan de aanbestedende dienst kenbaar te maken. Het cassatiemiddel stelt de mogelijke verplichting van een richtlijnconforme interpretatie niet aan de orde, als gevolg waarvan de Hoge Raad niet op het al dan niet bestaan van deze verplichting ingaat.
7. Ten aanzien van het beroep op rechtsverwerking oordeelt de Hoge Raad dat de verwerping van het hof te Den Bosch van de gemeente op rechtsverwerking niet onbegrijpelijk is en toereikend is gemotiveerd. Het hof had te onderzoeken of de handelwijze van verweerster van dien aard was dat het geldend maken van haar vorderingsrecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Enkel stilzitten is onvoldoende om een beroep op rechtsverwerking te kunnen aannemen (r.o. 3.5.5).

aanbestedingsprocedure voortvloeien uit de Rechtsbeschermingsrichtlijn en het daarop gebaseerde *Grossmann*-arrest. Dit betekent dat uit dit arrest niet zonder meer de conclusie kan worden getrokken dat naar aanleiding van dit arrest op inschrijvers op een Europese aanbestedingsprocedure geen verplichting meer rust om tijdig hun bezwaren kenbaar te maken aan een aanbestedende dienst. De suggestie die 't Hart minst genomen doet, is een 'gevaarlijke', in zoverre dat in recente jurisprudentie de 'Grossmann-lijn' onverkort overeind lijkt te blijven.

In een van deze uitspraken – de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de rechtbank te Assen<sup>8</sup> – wordt zelfs met zoveel woorden verwezen naar het arrest van de Hoge Raad. Deze voorzieningenrechter oordeelde dienaangaande dat uit het arrest van de Hoge Raad niet voortvloeit dat inschrijvers geen beroep meer toekomt op het *Grossmann*-arrest en dat de Hoge Raad de vaste lijn in de jurisprudentie niet heeft verlaten.<sup>9</sup>

Ook in andere uitspraken van (lagere) Nederlandse rechters die zijn gewezen na de datum van het arrest van de Hoge Raad is een beroep op het

*Grossmann*-arrest gehonoreerd en zijn inschrijvers niet-ontvankelijk verklaard in hun verzoeken.<sup>10</sup>

## Conclusie

Wij zijn van mening dat 't Hart in zijn, overigens juridisch doorwrochten, artikel 'Het Grossmann-verweer verwerkt' ten onrechte bij inschrijvers de indruk wekt dat tijdig klagen over gebreken in de aanbestedingsprocedure niet meer nodig is. Op basis van de jurisprudentie die door (lagere) Nederlandse rechters is gewezen na het arrest van de Hoge Raad, blijkt dat het arrest van de Hoge Raad voor de praktijk feitelijk vooralsnog (te) recht of ten onrechte) weinig gevolgen heeft. Wij raden inschrijvers op een Europese aanbesteding dan ook ten eerste aan om uitgebreid vragen te stellen over onduidelijkheden en onrechtmatigheden in de aanbestedingsdocumentatie. Wanneer inschrijvers de conclusie van 't Hart volgen – dat het niet noodzakelijk is om tijdig vragen te stellen – dan lopen zij namelijk nog altijd het risico dat in rechte wordt geoordeeld dat zij hun rechten hebben verwerkt alsnog te klagen.

8. Rb. Assen (vzr.) 18 augustus 2009, *LJN* BJ9400.

9. Rb. Assen (vzr.) 18 augustus 2009, *LJN* BJ9400, r.o. 4.4. (deze zaak betrof een Europese aanbestedingsprocedure met betrekking tot leveringen ten behoeve van de inrichting en revitalisatie van het provinciehuis van de provincie Drenthe).

10. Rb. Utrecht (vzr.) 24 juli 2009, *LJN* BJ3325, r.o. 4.5 (deze zaak betrof een Europese aanbesteding voor de reconstructie van de Baambrugse Zuwe te Vinkenveen); Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 30 juli 2009, *LJN* BJ6147, r.o. 4.8 (deze zaak betrof een Europese aanbesteding voor de levering van WMO-hulpmiddelen); Rb. Amsterdam (vzr.) 27 augustus 2009, *LJN* BJ8781, r.o. 4.2 (deze zaak betrof een aanbestedingsprocedure met betrekking tot de inzet van straatcoaches (2B-diensten)); Rb. Leeuwarden (vzr.) 23 september 2009, *LJN* BJ8525, r.o. 6.4 (deze zaak betrof een Europese aanbesteding voor het leveren en plaatsen van onderwijs- en kantoormeubilair); Rb. Arnhem (vzr.) 24 september 2009, *LJN* BK1092, r.o. 4.8 en 4.9 (deze zaak betrof een Europese aanbesteding voor het leveren, plaatsen en onderhouden van hekwerken); Rb. Arnhem (vzr.) 14 oktober 2010, *LJN* BK1878, r.o. 4.7 en 4.8 (deze zaak betrof een Europese aanbesteding met betrekking tot werktuigbouwkundige werken met betrekking tot de rwzi Geldermalsem); Hof Arnhem 27 oktober 2009, *LJN* BK1406, r.o. 16 (deze zaak betrof een nationale ontwikkelcompetitie voor een buurtwinkel in Almere); Rb. Leeuwarden (vzr.) 18 november 2009, *LJN* BK3744, r.o. 5.3; (deze zaak betrof een Europese aanbesteding voor het leveren en plaatsen van onderwijs- en kantoormeubilair); Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 7 december 2009, *LJN* BK8468, r.o. 4.5 (deze zaak betrof een Europese aanbestedingsprocedure met betrekking tot de selectie van een reisagent voor het verzorgen van (internationale) reis- en verblijfsactiviteiten).