

Publicatie

Auteurs: mr. M.S. Houweling & mr. B.T. Tonino
Verschenen in: Vastgoedrecht 2025 afl. 3
Datum: Juni 2025
Titel: Proactief klagen tegen een aanbestedingsvoorwaarde: een grensgeval

Proactief klagen tegen een aanbestedingsvoorwaarde: een grensgeval

Het onderwerp rechtsverwerking speelt met grote regelmaat een rol in aanbestedingsrechtelijke kortgedingprocedures. Een recent voorbeeld daarvan is het vonnis van 11 december 2024 van de rechtbank Den Haag waarin is geoordeeld dat een gegadigde onvoldoende proactief was, hoewel de gegadigde voor de inschrijftermijn meermaals had geklaagd.¹ Wanneer een inschrijver al dan niet op tijd is met het klagen of met het aanhangig maken van een kort geding, is niet in beton gegoten. Voornoemd vonnis van 11 december 2024 lijkt in dit kader een grensgeval en dit lichten wij hier toe. Voordat wij daaraan toekomen, gaan wij eerst in op het *Grossmann*-arrest en nationale jurisprudentie omtrent rechtsverwerking.

Het *Grossmann*-arrest

In het aanbestedingsrecht is de inhoud en reikwijdte van rechtsverwerking neergelegd in het in 2004 gewezen

Grossmann-arrest (van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (HvJ EG)).² Uit dit arrest volgt dat van inschrijvers op aanbestedingen een proactieve houding mag worden verwacht. Die proactieve houding behelst dat inschrijvers duidelijk en in een zo vroeg mogelijk stadium dienen te klagen over eventuele gebreken in de procedure, om te voorkomen dat de belangen van andere gegadigden, alsmede die van de aanbestedende dienst, onnodig worden geschaad.³ Op basis van de redelijkheid en billijkheid is een proactieve houding vereist, zodat eventuele onregelmatigheden kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure, hetgeen zowel de belangen van de aanbestedende dienst als van gegadigden dient.

Nationale jurisprudentie

In het nationale recht is dit *Grossmann*-arrest vele malen toegepast. Daaruit is – grof gezegd – de volgende lijn te

¹ Rb. Den Haag 11 december 2024, ECLI:NL:RBDHA:2024:21503, *JAAV* 2025/35.

² HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02.

³ HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02, punt 37 e.v.

ontwaren, zonder dat wij qua vermelding van jurisprudentie pretenderen volledig te zijn.⁴

In algemene zin geldt het uitgangspunt dat als een gegadigde zich niet kan verenigen met een voorwaarde van de aanbestedingsprocedure, de gegadigde voor inschrijving uitdrukkelijk en onvoorwaardelijk daarover vragen moet stellen, moet klagen en in principe een kortgedingprocedure aanhangig moet maken.⁵ In dit kader is relevant dat in vrijwel iedere leidraad is opgenomen dat door in te schrijven wordt ingestemd met de aanbestedingsvoorwaarden. Onderdeel van dergelijke voorwaarden kan een rechtsverwerkingsclausule zijn, waardoor bij inschrijving ook uitdrukkelijk daarmee wordt ingestemd. Daarbovenop komt dat als een inschrijver inschrijft met een afwijkende voorwaarde (bijv. vanwege het feit dat de inschrijver het met die voorwaarde niet eens is), de inschrijving als een voorwaardelijke inschrijving kan kwalificeren en deze inschrijving om die reden ongeldig kan zijn.

Overigens kan bij de beoordeling van de proactieve houding van een gegadigde relevant worden geacht of de gegadigde vaker aan aanbestedingen deelneemt en/of juridisch bij de aanbesteding is bijgestaan. Als dat het geval is, zou dat in het kader van rechtsverwerking aan de gegadigde kunnen worden tegengeworpen.⁶

Er zijn echter drie gevaltypen waarbij een rechtsverwerkingsverweer in beginsel niet slaagt. Het eerste – en meest voorkomende – gevaltype betreft de aanwezigheid van een fundamenteel gebrek. In verschillende gerechtelijke uitspraken is geoordeeld dat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid de aanbestedende dienst geen beroep op rechtsverwerking kan doen als er aan de aanbesteding een fundamenteel gebrek kleeft.⁷ In deze uitspraken ligt daaraan veelal de volgende redenering ten grondslag. Ook in het geval dat een inschrijver zich niet voorafgaand aan inschrijving door middel van een kortgedingprocedure tegen een fundamenteel gebrek heeft verzet, kan de aanbestedende dienst er niet op vertrouwen dat de inschrijver dit

⁴ Zie voor een uitgebreide analyse: N.A. Keus & S.B. Groenwold, 'Grip op rechtsverwerking bij aanbesteden: is er (weer) een bestendige lijn?', *TA* 2022/44, p. 13 e.v.; A.F. de Jong, 'Grossmann-verweer gepasseerd in geval van fundamentele gebreken', *TA* 2024/60, p. 39 e.v.

⁵ Rb. Gelderland 12 november 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:6006, r.o. 4.3; Rb. Den

Haag 20 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3615, r.o. 5.5-5.6.

⁶ Rb. Den Haag 20 april 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:3615, r.o. 5.5-5.6.

⁷ Rb. Midden-Nederland 14 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3165, r.o. 4.9 e.v.; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, r.o. 3.28 e.v.; Rb. Limburg 9 november 2023, ECLI:NL:RBLIM:2023:6561, r.o. 4.9.

(potentiële) gebrek niet meer aan de rechter ter beoordeling mag voorleggen.

Het tweede gevaltype is dat een inschrijver uitdrukkelijk voor de inschrijftermijn heeft geklaagd over een aanbestedingsvoorwaarde, de voorwaarde door de aanbestede dienst niet is aangepast en de inschrijver toch – want commercieel noodzakelijk – een onvoorwaardelijke inschrijving heeft ingediend. In die situatie kan er toch sprake van zijn dat een gegadigde niet zijn rechten heeft verwerkt.⁸

Het derde gevaltype is een uitzonderlijk geval dat de rechter op basis van een belangenafweging oordeelt dat er ondanks een passieve houding, geen sprake is van rechtsverwerking. Dat zou het geval kunnen zijn als de aanbestedingsprocedure geen onnodige vertraging zou oplopen door de behandeling van de vorderingen. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als de aanbestedingsprocedure tijdelijk is opgeschort, althans er andere omstandigheden zijn waardoor de voorlopige- en/of definitieve gunning is uitgesteld.⁹ Bij die stand van zaken slaagt een rechtsverwerkingsverweer in beginsel niet.

⁸ Rb. Midden-Nederland 27 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4581, r.o. 4.19.2; Rb. Midden-Nederland 1 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5093, r.o. 4.6.2-4.6.5;

Vonnis van 11 december 2024

De gegadigde in de kwestie van het vonnis van 11 december 2024 van de rechtbank Den Haag heeft bij nota van inlichtingen tegen een aanbestedingsvoorwaarde een klacht ingediend, inhoudende dat deze voorwaarde *'de mededinging voor andere (systeem)leveranciers belemmert'*. Volgens de gegadigde brengt de voorwaarde met zich dat een bepaald fabricaat of merk is voorgeschreven. Op de klacht is door de aanbestedende dienst gereageerd dat hiervan geen sprake is. Meer dan een maand nadien, twee dagen vóór de inschrijfdatum, heeft de gegadigde een klacht bij de aanbestedende dienst ingediend en geen inschrijving ingediend. Na de inschrijfdeadline heeft de aanbestedende dienst de klacht van gegadigde afgewezen. Na de voorlopige gunningsbeslissing is de gegadigde een kortgedingprocedure gestart.

Deze handelwijze van de gegadigde acht de rechter onvoldoende proactief, waardoor de rechter het rechtsverwerkingsverweer van de aanbestedende dienst honoreert. Wat ons betreft is dit geval een 'grensgeval'. Een geheel neutrale houding heeft de gegadigde immers zeker niet gehanteerd. De gegadigde heeft de

Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, r.o. 3.13-3.16.

⁹ Vgl.: Rb. Amsterdam 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5596, r.o. 4.3 en 4.5.

aanbestedingsvoorwaarde in kwestie op niet mis te verstane wijze geproblematiseerd bij nota van inlichtingen, en vervolgens nogmaals geklaagd, nota bene voordat de uiterste inschrijfdatum was verstreken. Het is hiermee helder geweest dat de gegadigde zich niet met de aanbestedingsvoorwaarde kon verenigen. Omdat het – gelet op de hiervoor aangehaalde jurisprudentie – niet te allen tijde van een gegadigde mag worden verwacht dat er een kort geding wordt aangespannen voorafgaand aan de inschrijfdeadline, zou kunnen worden geconcludeerd dat het handelen van deze gegadigde – al met al – voldoende proactief was.¹⁰

Aan de andere kant zijn er vele andere voorbeelden in de jurisprudentie te vinden, waarin een vergelijkbare handelwijze c.q. timing als onvoldoende proactief is vastgesteld (zij het dat dit veelal wat oudere rechtspraak betreft).¹¹ De gegadigde heeft dan ook meer dan een maand geen enkele actie ondernomen na een voor hem negatieve beantwoording van vragen. Er zou gesteld kunnen worden dat juist een dergelijke periode zich bij uitstek leent voor het formaliseren van een bezwaar,

zodat de aanbestedende dienst dat bezwaar kan beoordelen en zo nodig de voorwaarden van de aanbesteding kan aanpassen.

Gelet op het voorgaande, had de beoordeling omtrent het rechtsverwerkingsverweer in deze zaak ook anders kunnen uitvallen, zeker als rechters meer oordelen ten gunste van de rechtsbescherming van gegadigden. In ieder geval zal deze zaak anders uitpakken als in de toekomst het 'Wetsvoorstel betere rechtsbescherming aanbesteden' in werking zou treden. Zoals wij in 2023 in dit tijdschrift schreven, wijzigt dit wetsvoorstel – dat momenteel bij de Raad van State ligt – op rigoureuze wijze de klachtafhandeling voorafgaand aan de inschrijfdeadline en de rechtsbescherming.¹² Deze potentiële wetswijziging omvat dat klachten tegen een aanbestedingsvoorwaarde in principe de inschrijftermijn opschort totdat de interne klachtafhandeling, althans de klachtafhandeling van de Commissie van Aanbestedingsexperts, is voltooid. Vervolgens staat op basis van het wetsvoorstel na de klachtafhandeling een wettelijke termijn open van vijf dagen om alsnog een kortgedingprocedure te starten. Kortom, met dit wetsvoorstel

¹⁰ Rb. Midden-Nederland 1 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5093, r.o. 4.6.2-4.6.5; Hof Arnhem-Leeuwarden 15 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:1150, r.o. 3.13-3.16.

¹¹ Rb. Oost-Brabant 10 januari 2013, ECLI:NL:ROBR:2013:BY9055. Vgl.: CvAE Advies 466 d.d. 11 april 2018, punt 5.2.

¹² M.S. Houweling & B.T. Tonino, 'Consultatie Wetsvoorstel rechtsbescherming bij aanbesteden', *VGR* 2023, afl. 5, p. 179 e.v.

was de indiening van de klacht van de gegadigde in dit grensgeval op tijd geweest en zou de inschrijfdeadline daarmee zijn opgeschort. Van rechtsverwerking zou in die situatie pas sprake kunnen zijn als de kortgedingprocedure zou worden gestart na de inschrijfdeadline.

Slot en aanbeveling

Zover is het echter nog niet en geldt het huidige juridisch kader. In de kern strekt dat kader ertoe – en is het marktpartijen aan te bevelen – om eventuele klachten ondubbelzinnig en herhaaldelijk, zonder verloop van onnodig veel tijd, bij de aanbestedende dienst kenbaar te maken en indien een reactie is gegeven, uitvoerig op de reactie in te gaan. In een uiterst geval dient een marktpartij over te gaan tot het aanspannen van een gerechtelijke procedure, in principe vóór de inschrijfdeadline. Als deze escalatieladder niet zorgvuldig wordt gevolgd, ligt rechtsverwerking op de loer.