



JAAN 2015/237 Gerechtshof 's-Gravenhage, 03-11-2015, 200.168.300/01, ECLI:NL:GHDHA:2015:2944

Rechtsverwerking, Grossmann, Tijdstip klagen, Maken van bezwaar versus het stellen van vragen

Op 18 september 2014 start Rijkswaterstaat een Europese niet-openbare aanbesteding voor een raamovereenkomst met vijf ondernemers voor de inhuur van IV-personeel (IV staat voor informatievoorziening). In het selectiedocument staat dat de vijf ondernemers die als hoogste eindigen in de rangorde, geselecteerd worden om te worden uitgenodigd tot het doen van een inschrijving. Indien nodig wordt het aantal deelnemers, nadat de ranking van gegadigden is vastgesteld, door loting beperkt om te komen tot een ranking van de eerste vijf ondernemers. Daarnaast vindt er een loting plaats onder de groep ondernemers met een lagere puntenscore (de groep van overgebleven gegadigden) en zullen er op basis van de loting vijf ondernemers worden geselecteerd tot het doen van een inschrijving. Uiteindelijk resultaat van deze selectiefase is dat maximaal tien ondernemers uitgenodigd worden tot het doen van een inschrijving. In paragraaf 4.3.4 van het selectiedocument staat dat indien een ondernemer tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden in de aanbestedingsdocumenten tegenkomt, hij de aanbestedende dienst hiervan terstond op de hoogte dient te stellen, bij gebreke waarvan deze tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden voor eigen risico en rekening van de ondernemer zijn. Eén van de selectiecriteria is 'Match'. Het gaat er de aanbestedende dienst bij dit criterium om dat een ondernemer kan laten zien hoe succesvol hij is in het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van de kernactiviteit (werving, (pre)selectie en beschikbaar stellen van IV specialisten). Dit criterium roept bij de markt veel vragen op. Daarom heeft Rijkswaterstaat het betreffende criterium in drie Nvl's aangepast. In de tweede Nvl stelt IT-Staffing de volgende vraag (vraag 11): 'Wat is de beweegreden voor de aanbestedende dienst om de groep geselecteerden vast te stellen aan de hand van de hoogste puntenscore (5 ondernemers) en daarnaast te loten onder de groep van ondernemers met een lagere puntenscore (5 ondernemers) nu dit kan leiden tot het feit dat een ondernemer met een (zeer) lage puntenscore toch wordt geselecteerd nu deze wellicht niet volledig en optimaal aansluit op de selectiecriteria zoals door de aanbestedende dienst gesteld?' In november 2014 laat Rijkswaterstaat per brief aan IT-Staffing weten dat zij niet wordt uitgenodigd. Als bijlage bij de brief is een tabel opgenomen waaruit blijkt dat IT-Staffing niet als een van de vijf best beoordeelde gegadigden is geëindigd en evenmin door loting alsnog is geselecteerd. IT-Staffing kan zich niet vinden in de selectiebeslissing en dient een klacht in bij Rijkswaterstaat. Omdat deze bij zijn beslissing blijft, start IT-Staffing een kort geding. De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van IT-Staffing af omdat, voor zover in hoger beroep nog relevant, IT-Staffing haar recht heeft verwerkt om nog bezwaren tegen de (inrichting van deze) aanbestedingsprocedure aan te voeren. IT-Staffing stelt hoger beroep in en vordert onder meer het vonnis van de voorzieningenrechter te vernietigen. De grieven 1 tot en met 6 komen op tegen de verschillende overwegingen van de voorzieningenrechter met betrekking tot de vraag of IT-Staffing haar recht om te klagen over de aanbestedingsprocedure heeft verwerkt. IT-Staffing betoogt dat de voorzieningenrechter een onjuiste toepassing heeft gegeven aan de zogenaamde Grossmann-jurisprudentie en het bepaalde in het selectiedocument. De overige grieven (7 tot en met 11) blijven onbesproken of hebben geen zelfstandige betekenis.

Hoger beroep

In hoger beroep liggen nog drie (clusters van) bezwaren van IT-Staffing tegen de (inrichting van de) aanbestedingsprocedure voor, te weten:

1. bezwaren met betrekking tot het selectiecriterium Match;
2. bezwaren met betrekking tot de (wijze van) loting;
3. bezwaren met betrekking tot het feit dat in de aankondiging niet het aantal te selecteren gegadigden was vermeld.

Ten aanzien van (al) die bezwaren ligt de vraag voor of IT-Staffing haar recht heeft verwerkt om die bezwaren in rechte aan de orde te stellen.

Bij beoordeling van de grieven die in dit verband naar voren zijn gebracht, wijst het hof op de relevante overwegingen over rechtsverwerking uit het Grossmann-arrest (HvJ EU 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93). Uit dit arrest volgt onder meer dat het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. In algemene zin dient van een gegadigde te 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. Het hof deelt niet de stelling van IT-Staffing dat uit het arrest Uniplex (HvJ EU 28 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:45) is af te leiden dat eerst nadat een inschrijver de gemotiveerde selectiebeslissing heeft ontvangen, van hem kan worden verwacht zijn bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure kenbaar te maken. In het arrest is immers overwogen (punt 32) dat de termijnen voor het instellen van beroep beginnen te lopen vanaf de datum waarop de verzoeker kennis had of kennis had moeten hebben van de gestelde schending van de bepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Deze overweging is herhaald in het arrest van 12 maart 2015 inzake eVigilo (ECLI:EU:C:2015:166, «JAAN» 2015/60). Het is afhankelijk van de aard van de gestelde schending of dit eerst na motivering van de selectiebeslissing is, of al eerder. Wanneer een deelnemer niet klaagt over een door hem gesteld gebrek in de aanbestedingsprocedure op het tijdstip dat hij dit gebrek kende of behoorde te kennen, maar vervolgens wel inschrijft, kan de conclusie zijn dat hij zijn recht heeft verwerkt om alsnog te klagen over het gestelde gebrek. Bij dit alles dient de gegadigde wel een effectieve en doeltreffende rechtsbescherming te genieten. Het hof stelt vast dat dit stelsel, waarbij van een deelnemer wordt verwacht zo spoedig mogelijk eventuele bezwaren naar voren te brengen, in het selectiedocument tot uitdrukking is gebracht in paragraaf 4.3.4.

Ad 1. Met betrekking tot de door IT-Staffing naar voren gebrachte bezwaren tegen de loting binnen de groep van gegadigden, die niet als vijf hoogste in de rangorde zijn geëindigd, overweegt het hof dat IT-Staffing er terecht op heeft gewezen dat haar vragen 10 en 11, die in de tweede Nvl zijn beantwoord, betrekking hadden op die loting. Uit die vragen blijkt naar het oordeel van het hof evenwel niet dat IT-Staffing zich verzet tegen de gehanteerde methodiek. Integendeel, haar vragen hebben betrekking op de gang van zaken en de beweegredenen van Rijkswaterstaat. Uit het feit dat zij daarbij heeft gewezen op het mogelijke effect van deze loting, namelijk dat een laag scorende partij toch kan worden geselecteerd, blijkt niet dat zij zich tegen de methodiek als zodanig heeft verzet. Het hof is van oordeel dat dit, juist nu IT-Staffing op dat moment al onderkende welke gevolgen de systematiek kon hebben, wel van haar kon worden verwacht. Het hof tekent daarbij aan dat het maken van bezwaar tegen een bepaalde systematiek iets anders is dan het stellen van vragen daarover. IT-Staffing voert terecht aan dat van haar niet kan worden verlangd vragen te stellen die door een andere gegadigde reeds zijn gesteld. Daarentegen kan wel van haar worden verwacht dat zij, wanneer zij meent dat de aanbesteding zodanig gebrekkig is dat deze niet zou moeten worden voortgezet en zij bereid is haar standpunt in rechte af te dwingen, dat aan de aanbestedende dienst zelfstandig kenbaar maakt zodat deze desgewenst daarnaar kan handelen. Met betrekking tot de loting onderschrijft het hof aldus het oordeel van de voorzieningenrechter dat IT-Staffing haar recht heeft verwerkt om daarover nog te klagen.

Ad 2. Met betrekking tot het criterium Match stelt het hof vast dat dit criterium nog in de derde Nvl van 14 oktober 2014 is aangepast. Hoewel de aanmelding van IT-Staffing relatief kort daarna, namelijk op 21 oktober 2014, moest zijn ingediend, was er in de tussentijd wel gelegenheid om bezwaar te maken tegen de wijziging van het selectiecriterium die, naar IT-Staffing thans stelt, ontoelaatbaar is. Dit geldt in het bijzonder nu IT-Staffing over dit criterium eerder vragen heeft gesteld. Het feit dat er na de derde Nvl geen gelegenheid tot het stellen van vragen meer is geboden, laat de mogelijkheid tot het maken van bezwaar onverlet, reeds omdat het maken van bezwaar iets anders is dan het stellen van vragen. IT-Staffing heeft geen bezwaar gemaakt, maar heeft wel haar aanmelding ingediend en haar bezwaar pas daarna naar voren gebracht. Die handelwijze is in strijd met de van haar te verwachten proactieve houding. Dat betekent niet dat IT-Staffing een voorwaardelijke inschrijving had moeten doen, maar wel dat zij haar bezwaar kenbaar had moeten maken. Dat geldt ook voor haar stelling dat het selectiecriterium niet duidelijk, precies en ondubbelzinnig was. Ook ten aanzien van het selectiecriterium Match heeft IT-Staffing aldus haar rechten verwerkt.

Ad 3. Met betrekking tot de stelling van IT-Staffing dat de aankondiging van de aanbesteding gebrekkig was, omdat daarin niet het aantal deelnemers was vermeld dat zou worden uitgenodigd, heeft in ieder geval te gelden dat IT-Staffing daardoor niet in haar belangen is geschaad omdat het selectiedocument van gelijke datum alle benodigde informatie bevatte en gesteld noch gebleken is dat IT-Staffing aldus niet tijdig over de betreffende informatie beschikte. Bovendien had zij dit gebrek reeds op het moment van de aankondiging kunnen kennen en had zij daarover kunnen klagen op een moment waarin dit beweerde gebrek nog uiterst

eenvoudig te herstellen was.

Het bovenstaande brengt mee dat de grieven 1 tot en met 6 falen. Het hof ziet geen aanleiding prejudiciële vragen te stellen over de onderwerpen die de grieven aan de orde stellen.

Het geding

1. Bij exploitatie van 7 april 2015 met producties, hersteld bij exploitatie van 10 april 2015, heeft IT-Staffing hoger beroep ingesteld tegen een tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 9 maart 2015. In de appelexploitatie heeft zij elf grieven tegen het bestreden vonnis aangevoerd en toegelicht. Rijkswaterstaat heeft de grieven bij memorie van antwoord met producties bestreden. Partijen hebben de zaak op 1 oktober 2015 doen bepleiten door hun advocaten, die zich daarbij hebben bediend van pleitnotities die aan het hof zijn overgelegd. IT-Staffing heeft ten behoeve van het pleidooi nog twee producties ingediend. Ten slotte is arrest bepaald.

Beoordeling van het hoger beroep

2. Het hof gaat uit van de volgende feiten.

a. Op 18 september 2014 heeft Rijkswaterstaat een Europese niet openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd teneinde een raamovereenkomst te sluiten met vijf ondernemers voor de inhuur van IV-personeel (IV staat voor informatievoorziening).

b. In het "Selectiedocument, Niet-openbare Europese aanbesteding Raamovereenkomst Inhuur IV Specialisten" van 18 september 2014 (hierna: het Selectiedocument), waarbij de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is verklaard, staat, voor zover nu relevant, het volgende vermeld:

"(...)

3.7.4 Stap 4: Selectiecriteria

(...)

De selectiecriteria staan nader beschreven in hoofdstuk 5.

De 5 (vijf) ondernemers die als hoogste eindigen in de rangorde worden geselecteerd om uitgenodigd te worden tot het doen van een inschrijving.

Indien nodig wordt het aantal deelnemers, nadat de ranking van gegadigden is vastgesteld, door loting beperkt om te komen tot een ranking van de eerste 5 (vijf) ondernemers. Loten wordt dan gedaan tussen die gegadigden die hetzelfde aantal punten hebben gescoord, maar niet allemaal kunnen worden geselecteerd omdat in dat geval het aantal ondernemers van 5 wordt overschreden.

Tevens zullen er 5 (vijf) ondernemers van de overgebleven gegadigden door middel van loten geselecteerd worden om uitgenodigd te worden tot het doen van een inschrijving.

Uiteindelijk resultaat van deze selectiefase is dat maximaal 10 (tien) ondernemers uitgenodigd worden tot het doen van een inschrijving.

(...)

4.3.4 Tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden

De aanbestedingsdocumenten, met bijbehorende bijlagen, worden met zorg samengesteld. Mocht een ondernemer desondanks tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden tegenkomen, dan dient de aanbestedende dienst hiervan terstond door de ondernemer op de hoogte te worden gesteld. Indien op enig moment blijkt dat de aanbestedingsdocumenten tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden bevat en de ondernemer deze redelijkerwijs had kunnen en/of moeten ontdekken, maar de ondernemer de aanbestedende dienst hiervan echter niet schriftelijk op de hoogte heeft gebracht, zijn deze tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden voor eigen risico en rekening van de ondernemer.

(...)

5.4 Selectiecriteria

De aanbestedende dienst heeft selectiecriteria vastgesteld, waarmee de ondernemer zijn meerwaarde kan aantonen voor wat betreft technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid.

Als selectie criterium hanteert de aanbestedende dienst de mate waarin de ondernemer aantoonbaar aan het betreffende selectie criterium te kunnen voldoen. Leidend bij de beoordeling hiervan is de relevantie voor de

onderhavige opdracht. Beoordeling vindt plaats op basis van expert opinion.

De aanbestedende dienst hanteert de in de tabel hieronder vermelde selectiecriteria de volgende weegfactoren:

Nr.	Selectie criterium	In te dienen informatie	Weging
1	Kennis van IV	beschrijving	30%
2	Matchingsproces	beschrijving	30%
3	Match	opgave aantallen	35%
4	Inlenersaansprakelijkheid	beschrijving	5%

Voor de toekenning van de score wordt voor het **selectie criterium 1, 2 en 4** onderstaande schaal gehanteerd.

Beoordeling	Score
De uitwerking is van een matige kwaliteit	1
De uitwerking is van een goede kwaliteit	2
De uitwerking is van een zeer goede kwaliteit	3
Er is niet of nauwelijks uitgewerkt of de uitwerking bevat niet of nauwelijks relevante tekst	0

(...)

Selectie criterium 3: Match

De bij geschiktheidseis "Match" ingediende getallen worden beoordeeld volgens de in deze paragraaf aangegeven methodiek

Bij de beoordeling geldt:

- De gegadigde met de hoogste score voor het selectie criterium **Match** krijgt 350 punten
- Voor de overige gegadigden wordt het aantal punten als volgt berekend:

$350 \times (\text{score selectie criterium betreffende gegadigde}) / (\text{hoogste score selectie criterium})$

Op 2 oktober 2014 is de eerste Nota van Inlichtingen gepubliceerd (hierna: Nvl-1). Voor zover nu relevant staat hierin vermeld:

"(...)

Nr	Verwijzing	Vraag	Antwoord
1	Selectiedocument: 5.4 Selectiecriteria	(...)	De aanbestedende dienst laat dit selectie criterium niet vervallen, maar past de tekst van dit geschiktheidseis/selectie criterium als volgt aan: "Match: Ondernemer toont aan dat van alle bij ondernemer werkelijk binnengekomen/ontvangen inhuuraanvragen in één kwartaal dan wel 3 aaneengesloten maanden vanaf 1 juli 2013 tot 1 juli 2014 van iedere 10 (tien) inhuuraanvragen voor IV specialisten minimaal 1 (één) match (hit) heeft geleid tot een opdracht." (...)
(...)	(...)	(...)	(...)

Op 9 oktober 2014 is de tweede Nota van Inlichtingen gepubliceerd (hierna: Nvl-2). Voor zover nu relevant staat hierin vermeld:

"(...)

Aanbestedende dienst ziet aanleiding het onderstaande te verduidelijken / aan te passen:

Onderwerp	Verduidelijking/aanpassing
Match	<p>Aanbestedende dienst wijzigt de geschiktheidseis 'Match' als volgt (de tekst op pagina 29 van het selectiedocument m.b.t. 'Match' en het antwoord op vraag 1 uit de 1e Nvl komen hiermee te vervallen):</p> <p>NB: gewezen wordt op punt 3.5 van de Eigen Verklaring.</p> <p>Eis:</p> <p>Ondernemer geeft bij zijn aanmelding op hoeveel inhuur-aanvragen voor IV specialisten daadwerkelijk in drie achtereenvolgende maanden (in de periode 1 juli 2013 tot 1 juli 2014) ontvangen zijn en hoeveel daarvan hebben geleid tot een opdracht. De match (hit) dient minimaal 10% te zijn.</p> <p>Eis:</p> <p>Ondernemer verklaart bij zijn aanmelding dat hij op een daartoe strekkend verzoek van de aanbestedende dienst een verklaring van een accountant of de instantie die zijn kwaliteitsmanagementsysteem gecertificeerd heeft, zal overleggen, inhoudende:</p> <ul style="list-style-type: none"> - kwaliteitsmanagementsysteem van ondernemer waarborgt qua opzet en werking dat steeds de daadwerkelijk ontvangen inhuuraanvragen voor IV specialisten geregistreerd worden; - de juistheid van de bij aanmelding door ondernemer opgegeven aantallen. <p>Noot: aan de in paragraaf 4.2.5 genoemde bewijsstukken wordt toegevoegd:</p> <p>8. Verklaring van accountant of certificerende instantie</p>

In de Nvl-2 is als vraag 11 de volgende vraag opgenomen (blijkens punt 96 van de memorie van grieven werd deze vraag gesteld door IT-Staffing): "Wat is de beweegreden voor de aanbestedende dienst om de groep geselecteerden vast te stellen aan de hand van de hoogste puntenscore (5 ondernemers) en daarnaast te loten onder de groep van ondernemers met een lagere puntenscore (5 ondernemers) nu dit kan leiden tot het feit dat een ondernemer met een (zeer) lage puntenscore toch wordt geselecteerd nu deze wellicht niet volledig en optimaal aansluit op de selectiecriteria zoals door de aanbestedende dienst gesteld?"

Op 14 oktober 2014 is de derde Nota van Inlichtingen gepubliceerd (hierna: Nvl-3). Voor zover nu relevant staat hierin vermeld:

"(...)

De vragen zijn gesteld na de uiterlijke datum voor het indienen van vragen, echter de aanbestedende dienst achtte het van belang gegadigden antwoord hierop te geven.

Door de publicatie van deze 3e Nvl zal de uiterste datum voor het indienen van aanmeldingen met één dag worden opgeschoven tot **21 oktober 2014 om 14.00 uur**.

(...)

Aanbestedende dienst ziet aanleiding het onderstaande te verduidelijken/aan te passen:

Het is aanbestedende dienst gebleken dat de geschiktheidseis en het selectie criterium 'Match' bij de markt veel vragen oproept.

Om tegemoet te komen aan de vragen uit de markt vereenvoudigt de aanbestedende dienst de geschiktheidseis en het selectie criterium 'Match' als volgt:

Hiermee vervalt het onderdeel 'Match' bovenaan de 2e Nvl

Onderwerp	Verduidelijking/aanpassing
	Match

Geschiktheidseis Match	<p><i>Het gaat de aanbestedende dienst er om dat een ondernemer kan laten zien hoe succesvol een ondernemer is in het bij elkaar brengen van vraag en aanbod van de kernactiviteit (werving, (pre)selectie en beschikbaar stellen van IV specialisten). Resultaat van een goed verlopen matchingproces is een daadwerkelijke match (hit), welke leidt tot een opdracht.</i></p> <p>Eis: Ondernemer dient door middel van een beschrijving (max 2x A4) aan te tonen dat ondernemer hieraan voldoet. In deze beschrijving staan minimaal de onderdelen vermeld zoals bij het selectie criterium 'match' staan aangegeven (zie hieronder),</p>
Selectie criterium 3: Match	<p><i>De bij geschiktheidseis "Match" ingediende beschrijving wordt beoordeeld.</i></p> <p><i>De volgende elementen worden in de beoordeling betrokken:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Welke percentage match behaalt ondernemer, eventueel bij benadering op basis van eigen inschatting - Hoe heeft ondernemer dit percentage berekend, bepaald of ingeschat (incl. onderbouwing e/o toelichting) - Is dit cijfer verifieerbaar en hoe is het cijfer verifieerbaar - Hoe wordt hier vervolgens mee omgegaan in het matchingsproces (opvolging) - Voorziet het kwaliteitsmanagementsysteem van ondernemer in de borging van het administratieproces om te komen tot het percentage match. <p><i>Bij de beoordeling geldt:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Voor dit selectie criterium wordt een score bepaald door het gewogen gemiddelde te berekenen van de scores die het beoordelingsteam aan het betreffende criterium heeft gegeven. - De gegadigde met de hoogste score voor het selectie criterium Match krijgt 350 punten - Voor de overige gegadigden wordt het aantal punten als volgt berekend: $350 \times (\text{score selectie criterium betreffende gegadigde}) / (\text{hoogste score selectie criterium})$ <p>(...)</p>
(...)	(...)

Voorts is in Nvl-3 aangekondigd dat ook paragraaf 5.4 van het Selectiedocument wordt gewijzigd, in die zin dat de aldaar opgenomen tabel voor de toekenning van de score niet uitsluitend voor selectiecriteria 1, 2 en 4 geldt, maar ook voor selectie criterium 3 en dat voor alle selectiecriteria een score moet worden behaald van minimaal 1 om voor selectie in aanmerking te komen.

Bij brief van 6 november 2014 heeft Rijkswaterstaat aan IT-Staffing zijn selectiebeslissing bekend gemaakt, inhoudende dat IT-Staffing niet in aanmerking komt voor de uitnodiging tot het doen van een inschrijving, omdat IT-Staffing niet is ingeloot. Als bijlage 1 bij de brief is een tabel opgenomen waaruit de score van alle gegadigden blijkt. Uit die tabel blijkt dat IT-Staffing niet als een van de vijf best beoordeelde gegadigden is geëindigd en evenmin door loting alsnog is geselecteerd.

Op 13 november 2014 heeft een gesprek tussen IT-Staffing en Rijkswaterstaat plaatsgevonden.

Bij brief van 14 november 2014 heeft IT-Staffing bij het klachtenmeldpunt van Rijkswaterstaat een klacht ingediend over de selectiebeslissing.

In verband met klachten van twee andere gegadigden is bij brief van Rijkswaterstaat van 19 november 2014 de selectiebeslissing van 6 november 2014 ingetrokken en is een nieuwe selectiebeslissing gegeven. De toets van de klachten heeft geen gevolg gehad voor de beoordeling en de selectiebeslissing is inhoudelijk ongewijzigd gebleven.

Op 9 april 2015 zijn gunningsbeslissingen verzonden en op 1 juli 2015 is met vijf inschrijvers een raamovereenkomst gesloten.

3. IT Staffing heeft in eerste aanleg primair gevorderd dat Rijkswaterstaat op straffe van een dwangsom wordt gelast IT-Staffing toe te laten tot de gunningsfase. Subsidiar heeft zij gevorderd dat Rijkswaterstaat op straffe

van een dwangsom wordt gelast de aanbesteding te staken en gestaakt te houden en een nieuwe aanbestedingsprocedure te starten. Meer subsidiair heeft zij gevorderd dat Rijkswaterstaat op straffe van een dwangsom wordt gelast de afwijzing van de aanmelding van IT-Staffing te motiveren en meest subsidiair dat de maatregel wordt getroffen die in goede justitie redelijk is en recht doet aan de belangen van IT-Staffing. Zij heeft tot slot veroordeling van Rijkswaterstaat in de kosten van het geding gevorderd. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van IT-Staffing afgewezen omdat, voor zover in hoger beroep nog relevant, IT-Staffing haar recht heeft verwerkt om nog bezwaren tegen de (inrichting van deze) aanbestedingsprocedure aan te voeren.

4. IT-Staffing vordert in hoger beroep, behalve de vernietiging van het vonnis van 9 maart 2015, (i) dat Rijkswaterstaat wordt gelast de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden en een nieuwe aanbestedingsprocedure te starten, (ii) dat Rijkswaterstaat wordt verboden een raamovereenkomst met één of meer inschrijvers te sluiten, althans Rijkswaterstaat te gebieden, voor zover al een of meer raamovereenkomsten zouden zijn gesloten, de nakoming of uitvoering daarvan op te schorten en geen nieuwe offerteaanvragen te doen aan de raamcontractanten en, (iii) de selectiebeslissing van 19 november 2014 deugdelijk, dragend, duidelijk en begrijpelijk te motiveren, terwijl zij tot slot de veroordeling van Rijkswaterstaat en Between in de kosten van het geding vordert. De vorderingen (i) en (iii) heeft IT-Staffing ter zitting ingetrokken.

5. De grieven 1 tot en met 6 komen op tegen de verschillende overwegingen van de voorzieningenrechter met betrekking tot de vraag of IT-Staffing haar recht om te klagen over de aanbestedingsprocedure heeft verwerkt. IT-Staffing betoogt dat de voorzieningenrechter een onjuiste toepassing heeft gegeven aan de zogenaamde Grossmann-jurisprudentie en het bepaalde in paragraaf 4.3.4 van het Selectiedocument. De grieven 7 en 8 zijn gericht tegen het oordeel van de voorzieningenrechter met betrekking tot de vraag of de selectiebeslissing voldoende is gemotiveerd. De grieven 9, 10 en 11 zijn gericht tegen de afwijzing van de vorderingen en de beslissing over de proceskosten.

6. In hoger beroep liggen, na de vermindering van eis ter zitting, nog drie (clusters van) bezwaren van IT-Staffing tegen de (inrichting van de) aanbestedingsprocedure voor, te weten:

1. bezwaren met betrekking tot het selectie criterium Match;
2. bezwaren met betrekking tot de (wijze van) loting;
3. bezwaren met betrekking tot het feit dat in de aankondiging niet het aantal te selecteren gegadigden was vermeld.

7. Ten aanzien van (al) die bezwaren ligt de vraag voor of IT-Staffing haar recht heeft verwerkt om die bezwaren in rechte aan de orde te stellen. Bij beoordeling van de grieven die in dit verband naar voren zijn gebracht, stelt het hof het volgende voorop. Uit het Grossmann-arrest (HvJ EG 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93) moet worden afgeleid dat van een deelnemer aan een aanbesteding een proactieve houding mag worden verwacht. Daarmee wordt voorkomen dat aanbestedingsprocedures onnodig worden vertraagd en daarmee wordt bewerkstelligd dat eventuele omissies in de procedure zodanig tijdig aan de orde worden gesteld dat zij nog (eenvoudig) kunnen worden hersteld. Daarmee is niet alleen het belang van de aanbestedende dienst gediend, maar ook het belang van de (andere) deelnemers omdat voorkomen wordt dat kosten worden gemaakt voor een procedure die niet aan eisen voldoet. Het tijdstip waarop over een bepaald aspect van een aanbestedingsprocedure moet worden geklaagd, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In algemene zin dient van een gegadigde te 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. Het hof deelt niet de stelling van IT-Staffing dat uit het arrest Uniplex (HvJ EU 28 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:45) is af te leiden dat eerst nadat een inschrijver de gemotiveerde selectiebeslissing heeft ontvangen, van hem kan worden verwacht zijn bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure kenbaar te maken. In het arrest is immers overwogen (punt 32) dat de termijnen voor het instellen van beroep beginnen te lopen vanaf de datum waarop de verzoeker kennis had of kennis had moeten hebben van de gestelde schending van de bepalingen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. Deze overweging is herhaald in het arrest van 12 maart 2015 inzake eVigilo (ECLI:EU:C:2015:166). Het is afhankelijk van de aard van de gestelde schending of dit eerst na motivering van de selectiebeslissing is, of al eerder. Wanneer een deelnemer niet klaagt over een door hem gesteld gebrek in de aanbestedingsprocedure op het tijdstip dat hij dit gebrek kende of behoorde te kennen, maar vervolgens wel inschrijft, kan de conclusie zijn dat hij zijn recht heeft verwerkt om alsnog te klagen over het gestelde gebrek. Bij dit alles dient de gegadigde wel een effectieve en doeltreffende rechtsbescherming te genieten.

8. Dit stelsel, waarbij van een deelnemer wordt verwacht zo spoedig mogelijk eventuele bezwaren naar voren

te brengen, is in het Selectiedocument tot uitdrukking gebracht in paragraaf 4.3.4. De daarin gebruikte terminologie "tegenstrijdigheden en/of onvolkomenheden" moet door een normaal oplettende en redelijk geïnformeerde deelnemer in ieder geval ook aldus worden begrepen dat daaronder (ook) bezwaren vallen die wegens gestelde strijdigheid met het Europese en nationale wettelijk kader leiden tot de noodzaak de aanbesteding af te breken. Voor een normaal oplettende en redelijk geïnformeerde deelnemer moet duidelijk zijn dat de aanbestedende dienst met een dergelijke passage beoogt te voorkomen dat een deelnemer in afwachting van de uitkomst van de aanbesteding "zijn kruit droog houdt" en pas in een stadium waarin de gebreken niet meer (eenvoudig) kunnen worden geheeld, daartegen zijn bezwaren kenbaar maakt en kenbaar maakt dat hij tegen een gesteld gebrek in de aanbesteding in rechte zal opkomen. De gebruikte bewoordingen "voor eigen risico en rekening" moeten ook in dat licht worden begrepen.

9. Met betrekking tot de door IT-Staffing naar voren gebrachte bezwaren tegen de loting binnen de groep van gegadigden, die niet als vijf hoogste in de rangorde zijn geëindigd, heeft binnen dit kader het volgende te gelden. IT-Staffing heeft er terecht op gewezen dat haar vragen 10 en 11, die in Nvl-2 zijn beantwoord, betrekking hadden op die loting. Uit die vragen blijkt evenwel niet dat IT-Staffing zich verzet tegen de gehanteerde methodiek. Integendeel, haar vragen hebben betrekking op de gang van zaken en de beweegredenen van Rijkswaterstaat. Uit het feit dat zij daarbij heeft gewezen op het mogelijke effect van deze loting, namelijk dat een laag scorende partij toch kan worden geselecteerd, blijkt niet dat zij zich tegen de methodiek als zodanig heeft verzet. Het hof is van oordeel dat dit, juist nu IT-Staffing op dat moment al onderkende welke gevolgen de systematiek kon hebben, wel van haar kon worden verwacht. Het hof tekent daarbij aan dat het maken van bezwaar tegen een bepaalde systematiek iets anders is dan het stellen van vragen daarover. IT-Staffing voert terecht aan dat van haar niet kan worden verlangd vragen te stellen die door een andere gegadigde reeds zijn gesteld. Daarentegen kan wel van haar worden verwacht dat zij, wanneer zij meent dat de aanbesteding zodanig gebrekkig is dat deze niet zou moeten worden voortgezet en zij bereid is haar standpunt in rechte af te dwingen, dat aan de aanbestedende dienst zelfstandig kenbaar maakt zodat deze desgewenst daarnaar kan handelen.

10. Het hof verwerpt het betoog van IT-Staffing dat zij eerst na de selectiebeslissing van 19 november 2014 bezwaar had moeten maken tegen de methodiek van loting omdat pas toen voor haar duidelijk werd dat zij was uitgeloot. Aangezien IT-Staffing stelt dat de door Rijkswaterstaat gehanteerde systematiek niet deugdelijk was, was dit voor IT-Staffing direct na ontvangst van het Selectiedocument duidelijk en had zij daartegen dus direct bezwaar moeten maken. De uitkomst van de loting was voor die (in haar ogen gebrekkige) systematiek immers niet relevant. Rijkswaterstaat heeft er bovendien op gewezen dat de uitslag van de loting al op 3 november 2014 bekend was en dat IT-Staffing ook niet direct daarna heeft geklaagd over de systematiek van loting als zodanig.

11. Het hof volgt IT-Staffing evenmin in haar betoog dat de systematiek van loting is gewijzigd. Reeds in het Selectiedocument is vermeld dat van de overgebleven gegadigden er vijf ondernemers door middel van loting zullen worden geselecteerd. Dat het daarbij ook om loting tussen deelnemers met ongelijke scores kan gaan, is inherent aan die keuze en had door IT-Staffing als redelijk oplettend en normaal geïnformeerde inschrijver ook zo begrepen dienen te worden en is blijkens de inhoud van vraag 11 in de Nvl-2 ook zo door IT-Staffing begrepen.

12. Met betrekking tot de loting onderschrijft het hof aldus het oordeel van de voorzieningenrechter dat IT-Staffing haar recht heeft verwerkt om daarover nog te klagen.

13. Met betrekking tot het criterium Match stelt het hof vast dat dit criterium nog in de Nvl-3 van 14 oktober 2014 is aangepast. Hoewel de aanmelding van IT-Staffing relatief kort daarna, namelijk op 21 oktober 2014, moest zijn ingediend, was er in de tussentijd wel gelegenheid om bezwaar te maken tegen de wijziging van het selectiecriterium die, naar IT-Staffing thans stelt, ontoelaatbaar is. Dit geldt in het bijzonder nu IT-Staffing over dit criterium eerder vragen heeft gesteld. Het feit dat er na de Nvl-3 geen gelegenheid tot het stellen van vragen meer is geboden, laat de mogelijkheid tot het maken van bezwaar onverlet, reeds omdat het maken van bezwaar iets anders is dan het stellen van vragen. IT-Staffing heeft geen bezwaar gemaakt, maar heeft wel haar aanmelding ingediend en haar bezwaar pas daarna naar voren gebracht. Die handelwijze is in strijd met de van haar te verwachten proactieve houding. Dat betekent niet dat IT-Staffing een voorwaardelijke inschrijving had moeten doen, maar wel dat zij haar bezwaar kenbaar had moeten maken. Dat geldt ook voor haar stelling dat het selectiecriterium niet duidelijk, precies en ondubbelzinnig was. Ook ten aanzien van het selectiecriterium Match heeft IT-Staffing aldus haar rechten verwerkt.

14. Het hof passeert het betoog van IT-Staffing dat zij met haar klacht van 14 november 2014 tijdig heeft geklaagd. Niet alleen was op dat moment een maand verstreken sinds de Nvl-3 en was de selectiebeslissing

door IT-Staffing afgewacht, maar ook wordt in de klacht slechts in algemene zin gesproken over “wijzigingen in de procedure”, zonder dat duidelijk is (i) op welke wijzigingen IT-Staffing het oog heeft en (ii) dat zij zich tegen die wijzigingen verzet.

15. Met betrekking tot de stelling van IT-Staffing dat de aankondiging van de aanbesteding gebrekkig was, omdat daarin niet het aantal deelnemers was vermeld dat zou worden uitgenodigd, heeft in ieder geval te gelden dat IT-Staffing daardoor niet in haar belangen is geschaad omdat het Selectiedocument van gelijke datum alle benodigde informatie bevatte en gesteld noch gebleken is dat IT-Staffing aldus niet tijdig over de betreffende informatie beschikte. Bovendien had zij dit gebrek reeds op het moment van de aankondiging kunnen kennen en had zij daarover kunnen klagen op een moment waarin dit beweerde gebrek nog uiterst eenvoudig te herstellen was.

16. Het bovenstaande brengt mee dat de grieven 1 tot en met 6 falen. Het hof ziet geen aanleiding prejudiciële vragen te stellen over de onderwerpen die de grieven aan de orde stellen.

17. De grieven 7 en 8 hebben betrekking op de motivering van de selectiebeslissing. Nu de daarmee verband houdende vordering ter zitting is ingetrokken, kunnen die grieven onbesproken blijven.

18. De grieven 9 en 11 hebben geen zelfstandige betekenis. Grief 10 richt zich tegen de proceskosten in eerste aanleg. Nu de (andere) grieven falen, moet het bestreden vonnis worden bekrachtigd. Grief 10 faalt daarom ook. Ook het in hoger beroep meer of anders gevorderde, dient te worden afgewezen.

19. Het bewijsaanbod is niet gespecificeerd en zal dus reeds om die reden worden gepasseerd.

20. IT-Staffing dient als de in het ongelijk gestelde partij te worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep aan de zijde van Rijkswaterstaat en Between.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 9 maart 2015;

- wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde;

- veroordeelt IT-Staffing in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Rijkswaterstaat tot op heden begroot op € 711,- aan griffierecht en € 2.682,- aan salaris advocaat en aan de zijde van Between op nihil, en bepaalt dat de bedragen binnen veertien dagen na de dag van deze uitspraak aan Rijkswaterstaat moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW verschuldigd is vanaf het einde van voormelde termijn tot aan de dag der algehele voldoening;

- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

[1]

De toepasselijkheid van deze bepalingen is niet beperkt tot rechtshandelingen. Krachtens de schakelbepaling van art 3:59 BW kunnen zij zelfs buiten het vermogensrecht toepassing vinden, voor zover de aard van de rechtshandeling of rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet.

[2]

Van Cassel-van Zeeland (Verbintenissenrecht I), art. 6:89 BW, aant. 5.

[3]

Zie bijv. HR 11 juni 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL8297, *NJ* 2010/331, r.o. 3.5.

[4]

Art. 6:2 BW.

[5]

Zie naast bovenstaande uitspraak r.o. 7 recent Vzv. Rb. Den Haag 19 oktober 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:12830; Vzv. Rb. Oost-Brabant 29 juni 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:3931, «JAAN» 2015/188.

[6]

HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*), r.o. 39.

[7]

HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), dictum sub 1 en r.o. 39-40.

[8]

Richtlijn 89/665/EEG 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 (PB L 395/33), ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 (PB L 335/31).

[9]

HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*), r.o. 39.

De criteria voor de toepassing van het leerstuk rechtsverwerking in aanbestedingsgeschillen zijn inmiddels redelijk uitgekristalliseerd in de Nederlandse rechtspraak. De algemene overwegingen die het Hof Den Haag in bovenstaande uitspraak wijdt aan dit leerstuk komen voor de lezers van dit tijdschrift waarschijnlijk niet als een verrassing (r.o. 7). Toch is de uitspraak van het Hof Den Haag het bespreken waard. Het hof maakt hierin namelijk duidelijk dat het stellen van vragen over bepaalde aspecten van een aanbestedingsprocedure niet voldoende is om het recht om daarover in een later stadium te kunnen klagen veilig te stellen.

In deze zaak speelden in hoger beroep nog drie geschilpunten. Een gegadigde die geen uitnodiging had ontvangen voor de gunningsfase had bezwaren tegen de wijze waarop de loting was georganiseerd, tegen een selectie criterium en tegen het ontbreken in de aankondiging van de vermelding van het aantal gegadigden dat tot de gunningsfase zou worden toegelaten. Met het laatste bezwaar is het hof snel klaar. Het selectiedocument, dat van gelijke datum was als de aankondiging, bevatte alle benodigde informatie. De klagende gegadigde is door het ontbreken van dezelfde informatie in de aankondiging dus niet in zijn belangen geschaad. Bovendien lijkt het ontbreken van informatie over het aantal uit te nodigen gegadigden in de aankondiging in het geheel niet aan de orde te zijn gesteld, op grond waarvan het hof tevens rechtsverwerking lijkt aan te nemen (r.o. 7 en r.o. 15).

De klagende gegadigde had de wijze waarop de loting was georganiseerd wel tijdens de aanbestedingsprocedure aan de orde gesteld, namelijk in de gebruikelijke inlichtingenronde. Dit blijkt voor hem bij de beoordeling van het beroep op rechtsverwerking echter juist nadelig uit te pakken. Het hof overweegt dat de vragen van gegadigde betrekking hadden op de gang van zaken bij de loting en de beweegredenen van de aanbesteder voor de gekozen methodiek. Het stellen van vragen is echter niet hetzelfde als het maken van bezwaar en uit de gestelde vragen bleek volgens het hof niet dat gegadigde zich verzette tegen het systeem. Daaruit viel wel af te leiden dat gegadigde de gevolgen van dit systeem onderkende. Juist daarom mocht volgens het hof van gegadigde worden verwacht dat hij zijn bezwaar kenbaar maakte. Uit het slot van r.o. 9 is af te leiden wat het hof verstaat onder het kenbaar maken van een bezwaar:

'Daarentegen kan wel van haar worden verwacht dat zij, wanneer zij meent dat de aanbesteding zodanig gebrekkig is dat deze niet zou moeten worden voortgezet en zij bereid is haar standpunt in rechte af te dwingen, dat aan de aanbestedende dienst zelfstandig kenbaar maakt zodat deze desgewenst daarnaar kan handelen.'

Het hof lijkt daarmee hoge eisen te stellen aan het maken van bezwaar. Van de gegadigde (of inschrijver) lijkt immers te worden verwacht dat hij de aanbesteder concreet met een procedure dreigt. Dit gaat in mijn ogen te ver. Naar mijn mening kunnen art. 3:33 en art. 3:35 BW als maatstaf dienen bij de beoordeling of een mededeling als bezwaar is aan te merken. [noot:1] Het komt derhalve kort gezegd aan op de zin die de aanbesteder onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs aan de mededeling van een gegadigde of inschrijver moet toekennen. Daarbij moet overigens rekening worden gehouden met de aanbestedingsrechtelijke context. De communicatie tussen gegadigden en aanbesteders zal in het algemeen schriftelijk verlopen. Uitgaande van de maatstaf van art. 3:33 en art. 3:35 BW zal uit de (schriftelijke) mededeling van de gegadigde of inschrijver moeten zijn af te leiden, dat de betrokkene zich verzet tegen de gestelde eisen en vanzelfsprekend om welke eisen het gaat. Op basis van die informatie moet de aanbesteder in staat worden geacht een beslissing te kunnen nemen over het al dan niet aanpassen van de gestelde eisen en het voortzetten van de aanbestedingsprocedure. De mededeling van een gegadigde of inschrijver hoeft dus geen dreigement met een procedure in te houden om als bezwaar te kunnen worden aanmerkt. Overigens zou

tevens de rechtspraak over de klachtplicht ex art. 6:89 BW, die een uitwerking vormt van het leerstuk rechtsverwerking, [noot:2] aanknopingspunten kunnen bieden om te beoordelen of een gegadigde of inschrijver in voldoende mate kenbaar heeft gemaakt dat hij bezwaren heeft tegen de gestelde eisen. [noot:3]

Ook het bestreden selectie criterium was door gegadigde aan de orde gesteld in de inlichtingenronde. Opnieuw pakt dit eerder nadelig dan voordelig voor hem uit. Het selectie criterium was in de derde nota van inlichtingen gewijzigd. Daar klaagde gegadigde achteraf, na het indienen van zijn aanmelding, over. De nota van inlichtingen was precies één week voor het verstrijken van de termijn voor het indienen van een aanmelding verschenen. Hoewel dit een relatief korte periode was, was er naar het oordeel van het hof voldoende gelegenheid om bezwaar te maken. Dit geldt volgens het hof in het bijzonder omdat gegadigde over het selectie criterium vragen had gesteld. Waarom het hof betekenis toekent aan het feit dat de gegadigde zelf vragen had gesteld over het bestreden selectie criterium, blijkt niet uit het arrest. Mogelijk meent het hof dat op basis daarvan een grotere alertheid van gegadigde mocht worden verwacht. Hoe dan ook, als gegadigde geen vragen had gesteld over het betreffende selectie criterium, had hem dit waarschijnlijk niet geholpen. Gegadigden en inschrijvers worden immers geacht de gehele nota van inlichtingen te bestuderen, niet alleen de antwoorden op de door henzelf gestelde vragen.

Dat er na de derde nota van inlichtingen geen gelegenheid meer was geboden tot het stellen van vragen kon gegadigde niet baten. Dit weerhield hem er namelijk niet van bezwaar te maken, omdat, aldus het hof, het maken van bezwaar iets anders is dan stellen van vragen. Opnieuw maakt het hof dus een onderscheid tussen het stellen van vragen en het maken van bezwaar. Het hof oordeelt dat gegadigde in strijd met de van hem te verwachten proactieve houding heeft gehandeld door geen bezwaar te maken, een aanmelding in te dienen en pas achteraf zijn bezwaar naar voren te brengen. Daarbij tekent het hof nog aan dat gegadigde geen voorwaardelijke inschrijving (bedoeld zal zijn aanmelding) hoefde te doen, maar wel dat hij voor aanmelding zijn bezwaar kenbaar had moeten maken. Gelet op de hiervoor besproken overwegingen van het hof met betrekking tot het bezwaar tegen de wijze van loting, had gegadigde om zijn recht om te klagen veilig te stellen kennelijk de aanbesteding moeten berichten dat wijziging van het selectie criterium ontoelaatbaar was en dat de aanbestedingsprocedure op grond daarvan niet kon worden voortgezet. Gegadigde had zijn standpunt bovendien kracht moeten bijzetten met een dreigement met een procedure, althans wij de overwegingen van het hof letterlijk moeten nemen.

Gegadigde had overigens nog wel na het indienen van een aanmelding een klacht ingediend bij de aanbesteding, maar die klacht kwam als mosterd na de maaltijd. Bovendien bleek uit die klacht niet waarop het bezwaar van gegadigde betrekking had. Het hof passeert naar mijn mening terecht het betoog van gegadigde, dat hij door het indienen van de klacht tijdig heeft geklaagd (r.o. 14).

Het besproken arrest betreft het hoger beroep van een in kort geding gewezen vonnis. Een interessante vraag, die losstaat van dit arrest, is of een beroep op rechtsverwerking anders zou moeten worden beoordeeld in een bodemprocedure waarin schadevergoeding wordt gevorderd. Rechtsverwerking is een toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. [noot:4] Toepassing van dit leerstuk is niet beperkt tot rechterlijke verboden en bevelen. Een recht op schadevergoeding kan ook worden verwerkt. Waarschijnlijk is het verweer van de aanbestedende dienst in een bodemprocedure minder kansrijk. Eén van de omstandigheden die vaak aan een beroep op rechtsverwerking ten grondslag wordt gelegd, is dat de aanbestedingsprocedure onnodig wordt vertraagd en dat nodeloos kosten worden gemaakt, doordat de gegadigde of inschrijver klaagt op een tijdstip waarop de vermeende schending niet meer zonder heraanbesteding ongedaan valt te maken. [noot:5] In een bodemprocedure gaat dit argument niet op, want toekenning van schadevergoeding heeft geen gevolgen voor de aanbestedingsprocedure en de daarop volgende uitvoering van de opdracht. Dit zou alleen anders zijn, indien de benadeelde gegadigde of inschrijver bij wijze van schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom beëindiging van de overeenkomst en heraanbesteding vordert. Aan de andere kant verliest de aanbesteding niet noodzakelijk al zijn argumenten. Zo zal hij onder omstandigheden ook in een bodemprocedure kunnen aanvoeren dat hij is benadeeld, doordat niet tijdig is geklaagd over de schending van de aanbestedingsregels. De aanbesteding had immers, indien hij eerder op de hoogte was gesteld van die schending, deze ongedaan kunnen maken en daarmee onredelijke benadeling, die voorkomt uit schadelijkheid, kunnen vermijden. Daarbij kan overigens niet zonder meer van een gegadigde of inschrijver worden gevegd, dat hij eerst door middel van een

kort geding een poging waagt ongedaanmaking van de schending van de aanbestedingsregels te bewerkstelligen. Van een ondernemer mag worden verwacht dat hij zijn bezwaren kenbaar maakt. Als de aanbestedende dienst vervolgens toch op de ingeslagen weg verder gaat en door schending van aanbestedingsregels schadeplichtig wordt, dan is dat te wijten aan het feit dat hij het bezwaar van de gegadigde of inschrijver naast zich neer heeft gelegd, niet aan onvoldoende proactief handelen van de gegadigde of inschrijver. Een ruimere toepassing van het leerstuk van rechtsverwerking zou bovendien op gespannen voet staan met de Rechtsbeschermingsrichtlijn. In het *Strabag*-arrest overwoog het HvJ EU uitdrukkelijk dat het 'beroep tot schadevergoeding' als 'procedureel alternatief' is te beschouwen. [noot:6] Daarvan zou geen sprake zijn, indien een ondernemer door toepassing van het leerstuk rechtsverwerking het recht op schadevergoeding wordt ontzegd, enkel omdat hij niet eerst een kort geding aanhangig heeft gemaakt. Het 'beroep tot schadevergoeding' zou, in strijd met de Rechtsbeschermingsrichtlijn, een subsidiair karakter krijgen in plaats van een procedureel alternatief.

Bij toepassing van het leerstuk rechtsverwerking op schadevergoedingsvorderingen past (nog) een kanttekening vanuit Europeesrechtelijk perspectief. Gelet op de overwegingen van het HvJ EU in het *Grossmann*-arrest lijkt de Rechtsbeschermingsrichtlijn niet principieel in de weg te staan aan toepassing van het leerstuk rechtsverwerking in aanbestedingsgeschillen die onder de reikwijdte van deze richtlijn vallen. De overwegingen van het HvJ EU in dit arrest zijn bovendien ruim geformuleerd. Zo spreekt het HvJ EU zowel in zijn dictum als in zijn overwegingen in algemene zin van 'beroepsprocedures als bedoeld in genoemde richtlijn'. [noot:7] Verdedigbaar is daarom dat het leerstuk rechtsverwerking tevens toepasbaar is op schadevergoedingsvorderingen. Het *Grossmann*-arrest betrof echter specifiek de toegang van een ondernemer tot een 'beroep tot nietigverklaring van onwettige besluiten' in de zin van art. 2 lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijn. [noot:8] Mede gelet op het hiervoor aangehaalde *Strabag*-arrest, waarin het HvJ EU het 'beroep tot schadevergoeding' als procedureel alternatief karakteriseerde, [noot:9] valt niet uit te sluiten dat het HvJ EU desverzocht zal oordelen dat de toegang tot 'beroepsprocedures tot toekenning van schadevergoeding' in de zin van art. 2 lid 1 sub c Rechtsbeschermingsrichtlijn niet op gelijke wijze mag worden beperkt. Hoewel in bodemprocedures waarin schadevergoeding werd gevorderd, meerdere malen een beroep op rechtsverwerking is gedaan, is dit specifieke punt, voor zover mij bekend, nog niet aan de orde geweest in de Nederlandse rechtspraak. Persoonlijk zie ik overigens geen reden voor het maken van een principieel onderscheid tussen het 'beroep tot nietigverklaring van onwettige besluiten' en het 'beroep tot schadevergoeding' voor de toepasbaarheid van het leerstuk rechtsverwerking. Dit leerstuk heeft zoals gezegd een ruime toepassings sfeer. De aard van de procedure en de vordering is een omstandigheid waarmee rekening kan worden gehouden bij de inhoudelijke beoordeling van het beroep op rechtsverwerking, dat zoals gezegd waarschijnlijk kansrijker is, indien toewijzing van de vordering gevolgen zou hebben voor de aanbestedingsprocedure of de uitvoering van de opdracht.

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Het stellen van vragen en protesteren zijn twee verschillende zaken. De gegadigde of inschrijver die zijn recht om te klagen veilig wil stellen, doet er verstandig aan zijn bezwaren in niet mis te verstane bewoordingen kenbaar te maken. Het moet de aanbestedende dienst duidelijk zijn dat de betrokkene zich tegen bepaalde eisen verzet. Het stellen van vragen is onvoldoende. Als er gelet op het stadium van de aanbestedingsprocedure geen gelegenheid meer wordt geboden voor het stellen van vragen of het maken van opmerkingen, levert dit geen verontschuldiging op voor gegadigden of inschrijvers om af te zien van het kenbaar maken van bezwaren. Legt de aanbestedende dienst vervolgens de bezwaren naast zich neer, dan hoeft de gegadigde of inschrijver niet reeds voor aanmelding of inschrijving een kort geding te starten. Voorts hoeft een gegadigde of inschrijver niet eerst een kort geding aanhangig te hebben gemaakt om in een bodemprocedure schadevergoeding te kunnen vorderen. De van gegadigden en inschrijvers te verwachten proactieve houding kent grenzen.

mr. dr. A.J. van Heeswijck, Zelfstandig advocaat te Groningen en tevens verbonden als docent aan de Rijksuniversiteit Groningen