

**JAAAN 2018/128, Rechtbank Midden-Nederland, 02-05-2018,
ECLI:NL:RBMNE:2018:1780, C/16/456888 / KG ZA 18-154 (annotatie)**

Instantie: Voorzieningenrechter Rechtbank Midden-Nederland
Datum uitspraak: 02-05-2018
Publicatie: JAAAN 2018/128 (Sdu Jurisprudentie Aanbesteding), aflevering 5, 2018
Annotator: <ul style="list-style-type: none"> • mr. dr. A.J. van Heeswijk
ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:1780
Zaaknummer: C/16/456888 / KG ZA 18-154
Overige publicaties: <ul style="list-style-type: none"> • ECLI:NL:RBMNE:2018:1780
Rechtsgebied: Aanbestedingsrecht
Rechters: <ul style="list-style-type: none"> • mr. Verschoof
Partijen: de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid [partij X] B.V., gevestigd te [vestigingsplaats] , eiseres in de hoofdzaak, verweerster in het incident tot tussenkomst, subsidiair voeging, advocaat mr. drs. M.W.J. Jongmans te 's-Hertogenbosch, tegen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PRORAIL B.V., gevestigd te Utrecht, gedaagde in de hoofdzaak, verweerster in het incident tot tussenkomst, subsidiair voeging, advocaat mr. T.T.A. Oudenhoven te Utrecht. in welke zaak wenst tussen te komen de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid T-SYSTEMS NEDERLAND B.V., gevestigd te Vianen, verzoekster in het incident tot tussenkomst, subsidiair voeging, advocaten mr. C.R.V. Lagendijk en mr. J.F. van Nouhuys. Partijen zullen hierna [partij X] , ProRail en T-Systems worden genoemd.
Regelgeving: <ul style="list-style-type: none"> • ARN 2016

Inhoudsindicatie

Rechtsverwerking

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)
- [Noot](#)

Samenvatting

ProRail B.V. (hierna: Prorail) heeft via een niet-openbare Europese procedure een aanbesteding gehouden voor de levering van datacentercapaciteit en dienstverlening. Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 en het Aanbestedingsreglement Nutssectoren 2016 (ARN 2016) van toepassing.

Partij X en T-Systems Nederland B.V. (hierna: T-Systems) hebben, na door ProRail te zijn geselecteerd, samen met nog twee andere geselecteerde partijen ingeschreven op deze aanbesteding.

ProRail heeft partij X bij brief van 2 februari 2018 meegedeeld dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan T-Systems en dat partij X als tweede in de rangorde is geëindigd.

Partij X voert aan dat T-Systems niet aan de selectiecriteria voldoet en bij de selectiebeslissing van verdere deelname had moeten worden uitgesloten.

Rechtsverwerking

Partij X betwist niet dat zij al op 9 oktober 2017 wist dat T-Systems door ProRail was geselecteerd om deel te nemen aan de gunningsfase. Op die datum heeft ProRail de geselecteerde partijen uitgenodigd om een inschrijving te doen en hen toegang gegeven tot de aanbestedingsdocumenten, waaronder een document genaamd 'Aanvullingen op de leidraad'. In dit document stond vermeld dat T-Systems een van de geselecteerde partijen was. Verder heeft er op 10 oktober 2017 een kick-off bijeenkomst plaatsgevonden, waarbij alle geselecteerde partijen aanwezig waren. Uit het feit dat T-Systems was geselecteerd kon partij X afleiden dat T-Systems volgens ProRail voldeed aan de gestelde geschiktheidseisen, waaronder de eis dat zij een eigen datacenter exploiteert.

Partij X heeft ter zitting verklaard dat zij op 6 februari 2018 bezwaar heeft aangetekend tegen het voornemen om de opdracht aan T-Systems te gunnen, omdat het haar niet bekend was dat T-Systems eigen datacenters in Nederland exploiteert. Zij heeft verder verklaard dat zij, toen het haar bekend werd dat T-Systems was geselecteerd om deel te nemen aan de gunningsfase, zij T-Systems op dat moment niet onmiddellijk herkende als erkende datacenterspeler en dat zij toen al het vermoeden had dat T-Systems niet over een eigen datacenter in Nederland beschikte.

Het had gelet hierop op haar weg gelegen om hierover direct al vragen aan ProRail te stellen en – indien dit niet tot een bevredigend antwoord leidde – een klacht in te dienen in plaats van hiermee te wachten tot na de gunningsbeslissing.

Dit geldt temeer, nu in 2.5 van de Selectieleidraad is vermeld dat klachten of bezwaren in het kader van een specifieke aanbestedingsprocedure kunnen worden gericht aan het Klachtenmeldpunt van ProRail. Blijkens onderdeel 3 van de Klachtenregeling Aanbesteden, waarnaar in de Selectieleidraad wordt verwezen, staat onder meer bezwaar open tegen een door ProRail genomen beslissing met betrekking tot de selectie, de transparantie van het proces en de gelijke behandeling. De Klachtenregeling maakt het dus uitdrukkelijk mogelijk om tegen de selectiebeslissing bezwaar aan te tekenen. De mogelijkheid om te klagen over de selectie van andere partijen, wordt daarbij niet uitgesloten.

Partij X heeft geen goede verklaring gegeven voor het feit dat zij niet meteen aan ProRail vragen heeft gesteld en heeft geklaagd over de selectie van T-Systems. Partij X heeft ter zitting gesteld dat zij er rekening mee hield dat T-Systems op een later moment wél over een eigen datacenter zou kunnen beschikken en dat, als zij destijds had geklaagd, zij van ProRail te horen zou hebben gekregen dat zij hiermee te vroeg was. De voorzieningenrechter acht dit laatste echter niet aannemelijk. Blijkens de Selectieleidraad en het document Selectieleidraad dient een gegadigde immers bij de aanmelding via Tendersnet het Uniform Europees Aanbestedingsdocument te uploaden met daarin de verklaring dat zij aan de voorgeschreven selectiecriteria voldoet. Indien de aanmelding door ProRail positief is beoordeeld, moet de gegadigde bewijsmiddelen indienen dat wordt voldaan aan de geschiktheidseisen. Daarna wordt pas de selectiebeslissing genomen. Een gegadigde dient dus bij de aanmelding al aan de geschiktheidseisen te voldoen en er was daarom voor partij X geen reden om de voorlopige gunningsbeslissing af te wachten.

Doordat partij X destijds niet heeft geklaagd over de selectie van T-Systems, mocht ProRail er gerechtvaardigd op vertrouwen dat partij X hiertegen geen bezwaar had. Partij X heeft hierdoor haar recht verwerkt om in deze stand van

de aanbestedingsprocedure nog over de selectiebeslissing te klagen. Anders dan partij X stelt, volgt uit de omstandigheid dat de Selectieleidraad geen speciale rechtsverwerkingsclausule bevat en dat het ARN 2016 geen bepaling kent over rechtsverwerking om te klagen over partijen die ten onrechte blijken te zijn geselecteerd, niet dat ProRail zich jegens partij X in de gegeven omstandigheden niet op rechtsverwerking kan beroepen. Van [partij X] mocht immers op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid en de aanwezigheid van een klachtenregeling een proactieve opstelling worden verwacht. De vorderingen van partij X zullen daarom worden afgewezen.

Uitspraak

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 20 maart 2018
- de producties van de zijde van [partij X]
- de producties van de zijde van ProRail
- de producties van de zijde van T-Systems
- de incidentele conclusie tot tussenkomst, subsidiair voeging van T-Systems
- de mondelinge behandeling van 19 april 2018
- de pleitnota van [partij X]
- de pleitnota van ProRail
- de pleitnota van T-Systems.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2 Het incident

2.1. Ieder die een belang heeft bij een tussen andere partijen aanhangig geding, kan vorderen zich daarin te mogen voegen of daarin te mogen tussenkomen. Het belang van T-Systems is evident, nu ProRail voornemens is de opdracht aan haar te gunnen en [partij X] zich hiertegen verzet. [partij X] en ProRail hebben ter zitting ook geen bezwaar gemaakt tegen deze interventie. De voorzieningenrechter heeft daarom ter zitting beslist dat de interventie is toegestaan.

2.2. Of het om een tussenkomst of voeging gaat is aan de rechter om te beoordelen. Niet de kwalificatie die de interveniërende partij zelf aan haar processuele hoedanigheid heeft gegeven (voeging of tussenkomst), maar de beoordeling van haar processuele positie door de rechter aan de hand van haar opstelling in het geding is beslissend voor haar processuele hoedanigheid (HR 22 juni 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW9067](#)).

Een gevoegde partij heeft overigens het recht om zelfstandig in hoger beroep te komen van de uitspraak (HR 9 april 2010, [ECLI:NL:HR:2010:BK4549](#)). In zoverre behoeft een interveniënt zich niet te laten weerhouden van de keuze voor voeging in plaats van tussenkomst.

2.3. T-Systems vordert tussenkomst, subsidiair voeging aan de zijde van ProRail. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is materieel sprake van een gewenste voeging. Hieraan doet niet af dat T-Systems een eigen vordering heeft ingesteld. Uit de vordering, de gedingstukken en het verhandelde ter zitting blijkt dat T-Systems hetzelfde verlangt als ProRail, namelijk gestanddoening van het oorspronkelijke gunningsvoornemen. T-Systems wordt daarom als voegende en niet als tussenkomende partij aangemerkt en toegelaten. De proceskosten zullen tussen

partijen worden gecompenseerd, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt.

3 De feiten

3.1. ProRail heeft via een niet-openbare Europese procedure een aanbesteding gehouden voor de levering van datacentercapaciteit en dienstverlening. Op de aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 en het Aanbestedingsreglement Nutssectoren 2016 (ARN 2016) van toepassing.

3.2. ProRail heeft ten behoeve van de selectiefase een Selectieleidraad en een document Selectiecriteria uitgebracht. In het document Selectiecriteria wordt bij 'Eis 6: Technische en organisatorische bekwaamheid: Ervaringseis 1' onder meer vermeld:

"Gegadigde exploiteert een eigen datacenter dat gebruikt wordt door meerdere externe klanten. "

3.3. [partij X] en T-Systems hebben, na door ProRail te zijn geselecteerd, samen met nog twee andere geselecteerde partijen ingeschreven op deze aanbesteding.

3.4. ProRail heeft [partij X] bij brief van 2 februari 2018 meegedeeld dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan T-Systems en dat [partij X] als tweede in de rangorde is geëindigd.

3.5. [partij X] heeft bij email van 6 februari 2018 bezwaar gemaakt tegen het gunningsvoornemen. ProRail heeft naar aanleiding hiervan op 20 februari 2018 een zienswijze uitgebracht, waarbij de bezwaren van [partij X] gedeeltelijk niet-ontvankelijk, gedeeltelijk gegrond en gedeeltelijk ongegrond zijn verklaard. De gedeeltelijke gegrondverklaring van een van de bezwaren van [partij X] heeft ertoe geleid dat ProRail op 20 februari 2018 een nieuwe gunningsbeslissing heeft genomen waarbij het voornemen tot gunning aan T-Systems met een nadere motivering is gehandhaafd.

3.6. [partij X] heeft op 26 februari 2018 een tweede bezwaarschrift ingediend. ProRail heeft hierin echter geen aanleiding gezien om terug te komen op haar voornemen om de opdracht aan T-Systems te gunnen.

4 Het geschil en de beoordeling daarvan

De vorderingen van [partij X]

4.1. [partij X] vordert - kort samengevat - bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. zowel primair als subsidiair: ProRail te veroordelen om het gunningsvoornemen van 2/20 februari 2018 aan T-Systems binnen vijf dagen na datum vonnis in te trekken;

II. indien ProRail nog tot gunning van de opdracht wenst over te gaan;

primair: ProRail te gebieden om binnen tien dagen na datum vonnis de opdracht op basis van de onderhavige aanbestedingsprocedure definitief te gunnen aan [partij X] ; althans ProRail te gebieden binnen dezelfde termijn aan alle inschrijvers een nieuw gunningsvoornemen te zenden, waarbij [partij X] als voorlopige winnaar wordt aangemerkt, onder vaststelling van een nieuwe rechtsmiddelentermijn;

subsidiair: ProRail te gebieden binnen tien dagen na datum vonnis een herbeoordeling van de overgebleven twee inschrijvingen uit te voeren en een nieuw gunningsvoornemen bekend te maken;

zowel primair als subsidiair:

op straffe van een dwangsom en met veroordeling van ProRail in de proceskosten en de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente.

4.2. [partij X] stelt zich ter onderbouwing van haar vorderingen op het standpunt dat

T-Systems niet aan Eis 6, ervaringseis 1, van het document Selectiecriteria voldoet en bij de selectiebeslissing van verdere deelname had moeten worden uitgesloten. Volgens [partij X] wordt onder een eigen datacenter in de markt verstaan dat de aanbieder eigenaar is van de technische infrastructuur en de gebouwgebonden installaties van het datacenter en dus niet huurt of leaset van een derde partij. [partij X] stelt het datacenter [.], waarmee T-Systems als eigen datacenter heeft ingeschreven, eigendom is van [...] en niet van T-Systems en dus niet als een eigen datacenter van T-Systems kan worden aangemerkt.

4.3. ProRail en T-Systems voeren verweer. Zij concluderen tot niet-ontvankelijkverklaring van [partij X] in haar vorderingen althans deze vorderingen af te wijzen, met veroordeling van [partij X] in de kosten van deze procedure. T-Systems vordert daarnaast nog vergoeding door [partij X] van de nakosten en de wettelijke rente over de proceskosten en de nakosten.

4.4. ProRail en T-Systems stellen zich primair op het standpunt dat [partij X] niet-ontvankelijk in haar vorderingen moet worden verklaard. [partij X] wist al vanaf 9 oktober 2017 dan wel 10 oktober 2017 dat T-Systems was geselecteerd om mee te doen met de gunningsfase, maar heeft destijds nagelaten om tegen de selectiebeslissing bezwaar aan te tekenen. Gelet hierop is er volgens ProRail en T-Systems sprake van rechtsverwerking. Zij verwijzen in dit kader naar de jurisprudentie gebaseerd op het zogenoemde 'Grossmann-arrest' (HvJEG 12 februari 2004, C-230/02). ProRail en T-Systems stellen subsidiair dat

T-Systems wel degelijk beschikt over een eigen datacenter en dus terecht door ProRail is geselecteerd.

4.5. De spoedeisendheid van de zaak is uit het gestelde en gevorderde voldoende aannemelijk geworden.

4.6. Uit het Grossmann-arrest en de daarop gebaseerde jurisprudentie volgt dat van een adequaat handelend inschrijver/gedagigde mag worden verwacht dat hij zich pro-actief opstelt bij het naar voren brengen van bezwaren in het kader van een aanbestedingsprocedure. De eisen van redelijkheid en billijkheid die de inschrijver/gedagigde jegens de aanbestedende dienst in acht heeft te nemen, brengen mee dat hij zijn bezwaren duidelijk naar voren brengt en in een zo vroeg mogelijk stadium aan de orde stelt, zodat eventuele onregelmatigheden desgewenst kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure. Een inschrijver/gedagigde die bezwaren heeft maar er (te lang) mee wacht om die te melden, handelt in strijd met het hiervoor genoemde arrest en heeft het recht verwerkt om hierover te klagen.

4.7. [partij X] betwist niet dat zij al op 9 oktober 2017 wist dat T-Systems door ProRail was geselecteerd om deel te nemen aan de gunningsfase. Op die datum heeft ProRail de geselecteerde partijen uitgenodigd om een inschrijving te doen en hen toegang gegeven tot de aanbestedingsdocumenten, waaronder een document genaamd 'Aanvullingen op de leidraad'. In dit document stond vermeld dat T-Systems een van de geselecteerde partijen was. Verder heeft er op 10 oktober 2017 een kick-off bijeenkomst plaatsgevonden, waarbij alle geselecteerde partijen aanwezig waren. Uit het feit dat T-Systems was geselecteerd kon [partij X] afleiden dat T-Systems volgens ProRail voldeed aan de gestelde geschiktheidseisen, waaronder de eis dat zij een eigen datacenter exploiteert.

4.8. [partij X] heeft ter zitting verklaard dat zij op 6 februari 2018 bezwaar heeft aangetekend tegen het voornemen om de opdracht aan T-Systems te gunnen, omdat het haar niet bekend was dat T-Systems eigen datacenters in Nederland exploiteert. Zij heeft verder verklaard dat zij, toen het haar bekend werd dat T-Systems was geselecteerd om deel te nemen aan de gunningsfase, zij T-Systems op dat moment niet onmiddellijk herkende als erkende datacenterspeler en dat zij toen al het vermoeden had dat T-Systems niet over een eigen datacenter in Nederland beschikte.

Het had gelet hierop op haar weg gelegen om hierover direct al vragen aan ProRail te stellen en - indien dit niet tot een bevredigend antwoord leidde - een klacht in te dienen in plaats van hiermee te wachten tot na de gunningsbeslissing.

4.9. Dit geldt temeer, nu in 2.5 van de Selectieleidraad is vermeld dat klachten of bezwaren in het kader van een specifieke aanbestedingsprocedure kunnen worden gericht aan het Klachtenmeldpunt van ProRail. Blijkens onderdeel 3 van de Klachtenregeling Aanbesteden, waarnaar in de Selectieleidraad wordt verwezen, staat onder meer bezwaar open tegen een door ProRail genomen beslissing met betrekking tot de selectie, de transparantie van het proces en de gelijke behandeling. De Klachtenregeling maakt het dus uitdrukkelijk mogelijk om tegen de selectiebeslissing bezwaar

aan te tekenen. De mogelijkheid om te klagen over de selectie van andere partijen, wordt daarbij niet uitgesloten.

4.10. [partij X] heeft geen goede verklaring gegeven voor het feit dat zij niet meteen aan ProRail vragen heeft gesteld en heeft geklaagd over de selectie van T-Systems. [partij X] heeft ter zitting gesteld dat zij er rekening mee hield dat T-Systems op een later moment wél over een eigen datacenter zou kunnen beschikken en dat, als zij destijds had geklaagd, zij van ProRail te horen zou hebben gekregen dat zij hiermee te vroeg was. De voorzieningenrechter acht dit laatste echter niet aannemelijk. Blijkens de Selectieleidraad en het document Selectieleidraad dient een gegadigde immers bij de aanmelding via Tendersnet het Uniform Europees Aanbestedingsdocument te uploaden met daarin de verklaring dat zij aan de voorgeschreven selectiecriteria voldoet. Indien de aanmelding door ProRail positief is beoordeeld, moet de gegadigde bewijsmiddelen indienen dat wordt voldaan aan de geschiktheidseisen. Daarna wordt pas de selectiebeslissing genomen. Een gegadigde dient dus bij de aanmelding al aan de geschiktheidseisen te voldoen en er was daarom voor [partij X] geen reden om de voorlopige gunningsbeslissing af te wachten.

4.11. Doordat [partij X] destijds niet heeft geklaagd over de selectie van T-Systems, mocht ProRail er gerechtvaardigd op vertrouwen dat [partij X] hiertegen geen bezwaar had. [partij X] heeft hierdoor haar recht verwerkt om in deze stand van de aanbestedingsprocedure nog over de selectiebeslissing te klagen. Anders dan [partij X] stelt, volgt uit de omstandigheid dat de Selectieleidraad geen speciale rechtsverwerkingsclausule bevat en dat het ARN 2016 geen bepaling kent over rechtsverwerking om te klagen over partijen die ten onrechte blijken te zijn geselecteerd, niet dat ProRail zich jegens [partij X] in de gegeven omstandigheden niet op rechtsverwerking kan beroepen. Van [partij X] mocht immers op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid en de aanwezigheid van een klachtenregeling een proactieve opstelling worden verwacht. De vorderingen van [partij X] zullen daarom worden afgewezen.

4.12. [partij X] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van ProRail en T-Systems worden veroordeeld. Deze kosten worden voor elk van deze partijen begroot op:

- griffierecht € 626,00

- salaris advocaat 816,00

Totaal € 1.442,00

4.13. De door T-Systems gevorderde wettelijke rente over de proceskosten en de gevorderde nakosten, vermeerderd met wettelijke rente, zullen op de in de beslissing weergegeven wijze worden toegewezen.

De vordering van T-Systems

4.14. T-Systems vordert - kort samengevat - primair dat ProRail de opdracht aan haar gunt en dat [partij X] dit duldt, en subsidiair dat ProRail de opdracht opnieuw aanbesteedt.

4.15. Nu ProRail nog steeds voornemens is de opdracht aan T-Systems te gunnen, zal

T-Systems wegens gebrek aan belang niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vordering. De kosten tussen T-Systems en ProRail zullen worden gecompenseerd, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

In het incident

5.1. wijst de vordering tot voeging toe;

5.2. compenseert de proceskosten in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;

In de hoofdzaak

5.3. wijst de vorderingen van [partij X] af;

5.4. veroordeelt [partij X] in de proceskosten van ProRail en T-Systems die voor elk van hen tot op heden worden begroot op € 1.442,00, voor T-Systems te vermeerderen met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 van het Burgerlijk Wetboek over dit bedrag met ingang van de vijftiende dag na de datum van dit vonnis tot de dag van volledige betaling;

5.5. veroordeelt [partij X] , onder de voorwaarde dat zij niet binnen 14 dagen na aanschrijving door T-Systems volledig aan dit vonnis voldoet, in de na dit vonnis ontstane kosten van T-Systems, begroot op:

- € 131,00 aan salaris advocaat, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na aanschrijving,

- te vermeerderen, indien betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00 aan salaris advocaat en de exploitkosten van betekening van het vonnis, vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van de vijftiende dag na betekening;

5.6. verklaart T-Systems niet-ontvankelijk in haar vordering tegen ProRail;

5.7. compenseert de proceskosten tussen ProRail en T-Systems, in die zin dat elke partij de eigen kosten draagt;

5.8. verklaart dit vonnis wat betreft de kostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Tardief bezwaar tegen selectiebeslissing en grondslag Grossmann-verweer

Ondernemers die nalaten hun bezwaren tijdig kenbaar te maken, lopen het risico het recht om te klagen over beweerde schendingen van de aanbestedingsregels te verwerken. De ratio van de 'Grossmann-doctrine' is dat de gevolgen van het corrigeren van onregelmatigheden voor het verdere verloop van de aanbestedingsprocedure zoveel mogelijk moeten worden beperkt.¹ Dit is in het belang van zowel de aanbesteder als gegadigden en inschrijvers.² Het risico op vertraging doet zich bij iedere procedure voor, maar bij procedures die in opeenvolgende fasen verlopen, zoals niet-openbare procedures, zijn de nadelige gevolgen van niet-tijdig klagen in potentie het grootst. Bovenstaande uitspraak, waarin de selectiebeslissing van een speciale-sectorbedrijf in een Europese niet-openbare procedure het voorwerp van geschil vormde, is hiervoor illustratief.

De klagende inschrijver betoogde dat de partij aan wie de opdracht voorlopig was gegund, niet voldeed aan de gestelde geschiktheidseisen en daarom niet voor deelneming aan de inschrijvingsfase had mogen worden uitgenodigd. Zij had dit bezwaar pas na de mededeling van de gunningsbeslissing kenbaar gemaakt. Als een dergelijk bezwaar gegrond wordt bevonden, is de schending niet zonder meer ongedaan te maken door de oorspronkelijke gunningsbeslissing in te trekken en een nieuwe gunningsbeslissing te nemen. De aanbesteder zou in principe de selectiebeslissing moeten herzien en de inschrijvingsfase opnieuw moeten doorlopen.³ Dit kan vertraging van meerdere maanden opleveren. Bovendien zijn kosten voor het doorlopen van de initiële inschrijvingsfase dan onnodig gemaakt. Evident is dat de aanbesteder en inschrijvers er belang bij hebben dat geschillen over de selectie van gegadigden voor deelneming aan de inschrijvingsfase niet pas na de mededeling van de gunningsbeslissing worden beslecht.

In bovenstaande uitspraak wordt het Grossmann-verweer ook gehonoreerd. Vaststond dat de klagende inschrijver al

circa vier maanden op de hoogte was van het feit dat de inschrijver aan wie de opdracht voorlopig was gegund door het speciale-sectorbedrijf was uitgenodigd voor deelneming aan de inschrijvingsfase. De klagende inschrijver vermoedde toen al dat de betrokken inschrijver niet voldeed aan de gestelde geschiktheidseisen, maar liet desondanks na hierover vragen te stellen. Mede gelet op de aanwezigheid van een klachtenregeling had de klagende inschrijver geen reden de gunningsbeslissing af te wachten. De voorzieningenrechter oordeelt dat de inschrijver onder de gegeven omstandigheden het recht om te klagen heeft verwerkt (r.o. 4.7.-4.11.).⁴

Op deze plaats verdient de grondslag van het Grossmann-verweer nog aandacht. De aanbestedingsstukken bevatten geen clausules die inschrijvers verplichtten onregelmatigheden op straffe van verval van recht of rechtsverwerking zo spoedig mogelijk aan de orde te stellen, maar deze omstandigheid staat honorering van het Grossmann-verweer niet in de weg. De voorzieningenrechter overweegt dat op grond van de door inschrijvers in acht te nemen redelijkheid en billijkheid en de aanwezigheid van een klachtenregeling een proactieve opstelling mocht worden verwacht (r.o. 4.11.). De voorzieningenrechter plaatst het Grossmann-verweer daarmee terecht in de sleutel van rechtsverwerking, dat een toepassing is van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁵ De aanwezigheid van rechtsverwerkingsclausule in de aanbestedingsstukken is een omstandigheid die een rol kan spelen bij de beoordeling van een Grossmann-verweer, zo blijkt uit rechtspraak,⁶ maar van doorslaggevende betekenis is zij dus niet.⁷

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

Voetnoten

1

De 'doctrine' is gebaseerd op HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93 (Grossmann Air Service).

2

Hof Den Haag 3 november 2015, [ECLI:NL:GHDHA:2015:2944](#), [«JAAN» 2015/237](#), m.nt. Van Heeswijck, r.o. 7.

3

Dit zou in mijn ogen anders zijn, als alle gegadigden die een verzoek tot deelneming hebben ingediend, zijn uitgenodigd voor deelneming aan de inschrijvingsfase. In dat geval zijn er immers geen gegadigden die achteraf gezien ten onrechte niet zijn uitgenodigd voor deelneming aan de inschrijvingsfase.

4

Anders: Vزر. Rb. Oost-Brabant 29 juni 2015, [ECLI:NL:RBOBR:2015:3931](#), [«JAAN» 2015/188](#), r.o. 4.3. In deze vergelijkbare zaak waren tien van de achttien gegadigden die een verzoek tot deelneming hadden ingediend, door middel van loting geselecteerd voor de inschrijvingsfase. De voorzieningenrechter overwoog dat van inschrijvers niet mocht worden verwacht dat zij al in de selectiefase van alle tien geselecteerde gegadigden zouden nagaan of zij voldeden aan de geschiktheidseisen. Bij de beoordeling van het Grossmann-verweer wordt in mijn ogen voorbijgegaan aan de verstrekende gevolgen van gegrondbevinding van een bezwaar tegen de selectie van gegadigden voor de aanbestedingsprocedure, als het bezwaar pas na de mededeling van de gunningsbeslissing kenbaar wordt gemaakt (opnieuw doorlopen inschrijvingsfase).

5

Art. 6:2 BW.

6

Zie bijv. Vزر. Rb. Overijssel 22 maart 2018, [ECLI:NL:RBOVE:2018:1236](#), [«JAAN» 2018/99](#) r.o. 4.4.

7

Aldus ook Vزر. Rb. Overijssel 27 september 2017, [ECLI:NL:RBOVE:2017:3632](#), [«JAAN» 2017/238](#), r.o. 4.9.