

**JAAN 2018/206, Rechtbank Amsterdam, 01-08-2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5596,
C/13/650044 / KG ZA 18-661 MvdV/JvS (annotatie)**

Instantie: Voorzieningenrechter Rechtbank Amsterdam
Datum uitspraak: 01-08-2018
Publicatie: JAAN 2018/206 (Sdu Jurisprudentie Aanbesteding), aflevering 7, 2018
Annotator: mr. dr. A.J. van Heeswijck
ECLI: ECLI:NL:RBAMS:2018:5596
Zaaknummer: C/13/650044 / KG ZA 18-661 MvdV/JvS
Overige publicaties: ECLI:NL:RBAMS:2018:5596
Rechtsgebied: Aanbestedingsrecht
Rechters: mr. Van der Veen
Partijen: de naamloze vennootschap [naam N.V.] N.V., gevestigd te [plaats], eiseres bij dagvaarding van 22 juni 2018, advocaat mr. R.A. Wuijster te Ulestraten, tegen de stichting STICHTING HET RIJKSMUSEUM, gevestigd te Amsterdam, gedaagde, advocaat mr. M. van Wanroij te Amsterdam. Partijen zullen hierna [naam N.V.] en Het Rijksmuseum worden genoemd.
Regelgeving:

Inhoudsindicatie

Aanhouding aanbestedingsprocedure bij klacht Commissie van Aanbestedingsexperts, Rechtsverwerking

Ga direct naar

[Samenvatting](#)

[Uitspraak](#)

[Beslissing/besluit](#)

[Noot](#)

Samenvatting

Het Rijksmuseum heeft een Europese aanbesteding in twee percelen uitgeschreven voor busvervoer van leerlingen van de bovenbouw van het lager onderwijs en de onderbouw van het VMBO-onderwijs vanuit het hele land naar het Museumplein. Het Rijksmuseum heeft gekozen voor een niet-openbare procedure. Eiser heeft als potentiële gegadigde voor deze opdracht enkele vragen aan Het Rijksmuseum gesteld, die Het Rijksmuseum heeft beantwoord in de Nota van Inlichtingen. Eiser heeft daarna geen verzoek tot deelneming ingediend en is derhalve niet voor selectie in aanmerking gekomen. Eiser heeft op 1 mei 2018 een klacht ingediend bij Het Rijksmuseum en vervolgens, na beantwoording door Het Rijksmuseum op 3 mei 2018, bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie). De Commissie heeft de klacht van eiser bij advies van 13 juni 2018 gedeeltelijk gegrond verklaard. Bij e-mail van 13 juni 2018 heeft eiser

aan Het Rijksmuseum gevraagd of zij bereid was het advies in de lopende aanbestedingsprocedure te verwerken. Bij brief van 18 juni 2018 heeft Het Rijksmuseum bericht dat zij aan het advies geen consequenties zou verbinden voor wat betreft de lopende aanbestedingsprocedure. Op 16 juli 2018 heeft Het Rijksmuseum bekend gemaakt dat zij het voornemen heeft de opdracht te gunnen aan twee andere partijen.

Eiser vordert het Rijksmuseum te gebieden de aanbestedingsprocedure te staken en het Rijksmuseum te verbieden op basis van de aanbestedingsprocedure een overeenkomst te sluiten of aan een gesloten overeenkomst uitvoering te geven, en te gebieden – voor zover Het Rijksmuseum de overheidsopdracht nog wil gunnen – over te gaan tot heraanbesteding van de overheidsopdracht.

Ter onderbouwing van zijn vordering stelt eiser dat hij proactief, aanhoudend en consequent – op basis van steeds dezelfde argumenten – bezwaar heeft gemaakt bij zowel Het Rijksmuseum als bij de Commissie, zodat hij zijn recht niet heeft verwerkt om in dit stadium van de aanbestedingsprocedure te mogen dagvaarden. Verder stelt eiser dat Het Rijksmuseum onvoldoende heldere en transparante beoordelingscriteria heeft gehanteerd, waardoor zij zich een te grote en oncontroleerbare beoordelingsvrijheid heeft voorbehouden. Dit is in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen, waaronder transparantie, objectiviteit en proportionaliteit.

Het Rijksmuseum heeft daartegen aangevoerd dat zij primair van mening is dat eiser te laat is met dit kort geding. Door niet in te schrijven en niet tijdig kenbaar te maken dat hij voornemens was om de geldigheid van deze aanbesteding aan de rechter voor te leggen, heeft eiser zijn rechten verwerkt om nu nog, terwijl de selectiefase al lang voorbij is en zelfs de offertefase inmiddels is afgerond en in een voorlopige gunning heeft geresulteerd, in kort geding tegen deze aanbesteding op te komen.

Het recht om over het verloop van de aanbestedingsprocedure te klagen is in beginsel aan inschrijvers voorbehouden. Dat laat echter onverlet dat onder bepaalde omstandigheden ook niet-inschrijvers kunnen klagen en om een heraanbesteding kunnen vragen indien zij daarbij – tegenover de belangen van de aanbestedende dienst en de andere inschrijvers – een voldoende zwaarwegend belang hebben. De enkele omstandigheid dat niet is ingeschreven leidt dus niet zonder meer tot niet-ontvankelijkheid.

Voor de te maken belangenafweging is het volgende van belang. Eiser kan worden verweten dat hij na afwijzing van zijn bezwaren op 1 mei 2018 niet direct rechtsmaatregelen heeft getroffen teneinde de rechtmatigheid van de aanbesteding te laten beoordelen. Van eiser – die naar eigen zeggen frequent op aanbestedingen inschrijft – mag worden verwacht dat hij ervan op de hoogte is, althans begrijpt dat een spoedige beoordeling door de rechter noodzakelijk is teneinde de belangen van de aanbestedende dienst en de inschrijvende partijen niet te zeer te schaden. Hierbij weegt mee dat Het Rijksmuseum op 7 mei 2018, direct nadat zij via de secretaris van de Commissie van de klacht van eiser vernam en nog vóór het verstrijken van de termijn om een verzoek tot deelneming in te dienen, aan de Commissie heeft meegedeeld dat zij de aanbesteding niet zou opschorten. Dit bericht is diezelfde dag door de secretaris van de Commissie aan eiser doorgestuurd. Gelet op die mededeling had het op dat moment op de weg van eiser gelegen om een keuze te maken: inschrijven of rechtsmaatregelen treffen. Wachten op een (gunstig) oordeel van de Commissie was geen optie.

Het standpunt van eiser dat hij niet heeft ingeschreven omdat dan afstand zou worden gedaan van het recht om zich op gebreken of tegenstrijdigheden in de Selectieleidraad te beroepen, zoals in 2.1.4. van die leidraad staat, kan hem niet baten. Hij had zich immers bij de inschrijving alle rechten kunnen voorbehouden. Een bepaling als 2.1.4. kan er niet aan in de weg staan dat de rechtmatigheid van de aanbesteding wordt getoetst. Indien eiser had ingeschreven had hij binnen de Alcatel-termijn een kort geding procedure tegen de uitsluiting aanhangig kunnen maken waarin hij de bezwaren (en daarmee indirect ook tegen de selectiecriteria) naar voren had kunnen brengen. Eiser heeft er voor gekozen om niets te doen, hetgeen voor zijn risico dient te blijven.

Hier tegenover staan de belangen van Het Rijksmuseum om de aanbesteding met voortvarendheid te kunnen afronden en tijdig met het 'Museum-bussenproject' van start te kunnen gaan en de belangen van de andere inschrijvers, die inmiddels ongetwijfeld veel tijd en geld in de procedure hebben gestoken. Deze belangen wegen in dit geval zwaarder dan het door eiser gestelde belang dat in rechte onderzocht wordt of de onderhavige procedure voldoende transparant, objectief en proportioneel is geweest.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van eiser af.

Uitspraak

1 De procedure

Ter zitting van 18 juli 2018 heeft [naam N.V.] gesteld en gevorderd overeenkomstig de in kopie aan dit vonnis gehechte dagvaarding. Het Rijksmuseum heeft verweer gevoerd met conclusie tot weigering van de gevraagde voorziening. Beide partijen hebben producties en een pleitnota in het geding gebracht. Na verder debat hebben partijen verzocht vonnis te wijzen.

Ter zitting waren aanwezig:

aan de zijde van [naam N.V.] mr. Wuijster en [naam directeur] (directeur);

aan de zijde van Het Rijksmuseum: mr. Van Wanroij en [naam hoofd inkoop en aanbesteding] (hoofd inkoop en aanbesteding).

2 De feiten

2.1. Het Rijksmuseum heeft een Europese aanbesteding in twee percelen uitgeschreven voor busvervoer van leerlingen van de bovenbouw van het lager onderwijs en de onderbouw van het VMBO-onderwijs vanuit het hele land naar het Museumplein. Het Rijksmuseum heeft gekozen voor een niet-openbare procedure. Deze bestaat uit een selectiefase, waarin maximaal vijf partijen voor elk perceel worden geselecteerd, die vervolgens worden uitgenodigd om in de inschrijvingsfase een offerte in te dienen.

2.2. [naam N.V.] heeft als potentiële gegadigde voor deze opdracht enkele vragen aan Het Rijksmuseum gesteld, die Het Rijksmuseum heeft beantwoord in de Nota van Inlichtingen. [naam N.V.] heeft daarna geen verzoek tot deelneming ingediend en is derhalve niet voor selectie in aanmerking gekomen.

2.3. [naam N.V.] heeft op 1 mei 2018 een klacht ingediend bij Het Rijksmuseum en vervolgens, na beantwoording door Het Rijksmuseum op 3 mei 2018, bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: de Commissie).

2.4. Het Rijksmuseum heeft op 7 mei 2017 aan de Commissie meegedeeld dat de aanbestedingsprocedure niet werd opgeschort gedurende de behandeling van de klacht.

2.5. De Commissie heeft de klacht van [naam N.V.] bij advies van 13 juni 2018 gedeeltelijk gegrond verklaard.

2.6. Bij e-mail van 13 juni 2018 heeft [naam N.V.] aan Het Rijksmuseum gevraagd of zij bereid was het advies in de lopende aanbestedingsprocedure te verwerken.

2.7. Bij brief van 18 juni 2018 heeft Het Rijksmuseum bericht dat zij aan het advies geen consequenties zou verbinden voor wat betreft de lopende aanbestedingsprocedure waarna [naam N.V.] het Het Rijksmuseum op 22 juni 2018 in kort geding heeft gedagvaard.

2.8. Op 16 juli 2018 heeft Het Rijksmuseum bekend gemaakt dat zij het voornemen heeft de opdracht te gunnen aan [naam 1] en [naam 2].

3 Het geschil

3.1. [naam N.V.] vordert het volgende:

I. Het Rijksmuseum te gebieden de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden en Het Rijksmuseum te verbieden op basis van de aanbestedingsprocedure een overeenkomst te sluiten of aan een gesloten overeenkomst uitvoering te geven, en te gebieden – voor zover Het Rijksmuseum de overheidsopdracht nog wil gunnen – over te gaan tot heraanbesteding van de overheidsopdracht, op rechtmatige wijze en voor zover van toepassing conform nadere instructie en aanwijzing is het vonnis;

II. Het Rijksmuseum te veroordelen in de kosten van dit geding, de nakosten daaronder begrepen.

3.2. Ter onderbouwing van zijn vordering stelt [naam N.V.] dat hij proactief, aanhoudend en consequent – op basis van steeds dezelfde argumenten – bezwaar heeft gemaakt bij zowel Het Rijksmuseum als bij de Commissie, zodat hij zijn recht niet heeft verwerkt om in dit stadium van de aanbestedingsprocedure te mogen dagvaarden. Uit het [naam arrest]-arrest volgt immers niet dat er onmiddellijk gedagvaard moet worden zodra een gegadigde bezwaar heeft. Het doel van dit arrest is dat eventuele bezwaren zo vroeg en zo duidelijk als mogelijk worden geformuleerd, zodat eventuele onregelmatigheden kunnen worden gecorrigeerd met zo min mogelijk consequenties voor het verdere verloop van de

aanbestedingsprocedure. [naam N.V.] stelt zich op het standpunt dat hij dit heeft gedaan, maar dat Het Rijksmuseum heeft geweigerd haar onrechtmatige handelen te corrigeren.

Verder stelt [naam N.V.] dat Het Rijksmuseum onvoldoende heldere en transparante beoordelingscriteria heeft gehanteerd, waardoor zij zich een te grote en oncontroleerbare beoordelingsvrijheid heeft voorbehouden. Dit is in strijd met de aanbestedingsrechtelijke beginselen, waaronder transparantie, objectiviteit en proportionaliteit.

3.3. Het Rijksmuseum heeft daartegen aangevoerd dat zij primair van mening is dat [naam N.V.] te laat is met dit kort geding. Door niet in te schrijven en niet tijdig kenbaar te maken dat hij voornemens was om de geldigheid van deze aanbesteding aan de rechter voor te leggen, heeft [naam N.V.] zijn rechten verwerkt om nu nog, terwijl de selectiefase al lang voorbij is en zelfs de offertefase inmiddels is afgerond en in een voorlopige gunning heeft geresulteerd, in kort geding tegen deze aanbesteding op te komen. In ieder geval heeft [naam N.V.] daar volgens Het Rijksmuseum thans geen voldoende zwaarwegend rechtens te respecteren belang bij.

Subsidiair is Het Rijksmuseum van mening dat deze aanbesteding niet onrechtmatig is verlopen en dat de minimumeisen en selectiecriteria niet strijdig zijn met de aanbestedingsrechtelijke beginselen van proportionaliteit en transparantie.

Meer subsidiair is Het Rijksmuseum van mening dat [naam N.V.] zich ten onrechte op het standpunt stelt dat deelname aan de aanbesteding voor hem onmogelijk was. Uit zijn eigen stellingen in de dagvaarding blijkt immers het tegendeel.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4 De beoordeling

4.1. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst de beginselen van gelijke behandeling en transparantie dient te respecteren. Het beginsel van gelijke behandeling beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan een aanbesteding deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offertes gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel heeft in essentie ten doel te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen. Het impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze opdat, enerzijds, alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde manier interpreteren, en anderzijds, de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria welke op de betrokken opdracht van toepassing zijn.

Ontvankelijkheid

4.2. Het meest verstrekkende verweer van Het Rijksmuseum betreft de niet-ontvankelijkheid van [naam N.V.] omdat hij niet heeft ingeschreven en dus zijn rechten heeft verwerkt. Overwogen wordt als volgt.

4.3. Het recht om over het verloop van de aanbestedingsprocedure te klagen is in beginsel aan inschrijvers voorbehouden. Dat laat echter onverlet dat onder bepaalde omstandigheden ook niet-inschrijvers kunnen klagen en om een heraanbesteding kunnen vragen indien zij daarbij - tegenover de belangen van de aanbestedende dienst en de andere inschrijvers - een voldoende zwaarwegend belang hebben. De enkele omstandigheid dat niet is ingeschreven leidt dus niet zonder meer tot niet-ontvankelijkheid. Het is een vraag van nationaal recht onder welke omstandigheden sprake kan zijn van rechtsverwerking. De belangen van alle betrokken dienen te worden afgewogen.

Belangenafweging

4.4. Het Rijksmuseum heeft betoogd dat een belangenafweging leidt tot een afwijzing van de vorderingen van [naam N.V.] . Het Rijksmuseum heeft daarvoor de volgende omstandigheden naar voren gebracht:

- de inhoudelijke bezwaren van [naam N.V.] zijn reeds op 1 mei 2018 (de datum waarop de klacht bij Het Rijksmuseum werd ingediend) ontstaan en er bestond derhalve geen reden om (ruim) twee maanden – nadat die bezwaren bij brief van 3 mei 2018 door Het Rijksmuseum werden afgewezen – te wachten met het aanhangig maken van een kort geding;
- er is nimmer toegezegd of het vertrouwen gewekt dat de aanbestedingsprocedure – naar aanleiding van de door [naam N.V.] bij de Commissie ingediende klacht – opgeschort zou worden;
- [naam N.V.] heeft geen verzoek tot deelneming aan de aanbestedingsprocedure ingediend;

- [naam N.V.] heeft in de periode van 4 mei tot 13 juni 2018 geen contact met Het Rijksmuseum opgenomen, zodat er geen aanleiding bestond om van de oorspronkelijke tijdsplanning af te wijken;
- [naam N.V.] heeft nimmer kenbaar gemaakt dat hij een kort geding aanhangig zou gaan maken;
- [naam N.V.] was bekend met de planning van de aanbestedingsprocedure en hij is pas tot dagvaarding overgegaan nadat de termijn waarbinnen tegen het selectiebesluit kon worden opgekomen was verstreken;
- [naam N.V.] is sinds 13 juni 2018 bijgestaan door een advocaat.

4.5. Voor de te maken belangenafweging is het volgende van belang. [naam N.V.] kan worden verweten dat hij na afwijzing van zijn bezwaren op 1 mei 2018 niet direct rechtsmaatregelen heeft getroffen teneinde de rechtmatigheid van de aanbesteding te laten beoordelen. Van [naam N.V.] – die naar eigen zeggen frequent op aanbestedingen inschrijft – mag worden verwacht dat hij ervan op de hoogte is, althans begrijpt dat een spoedige beoordeling door de rechter noodzakelijk is teneinde de belangen van de aanbestedende dienst en de inschrijvende partijen niet te zeer te schaden. Uitgangspunt is dat alle betrokkenen voortvarendheid in acht nemen. De aanbestedingsprocedure is na 1 mei 2018 voortgezet zonder dat de betrokken ermee rekening behoeften te houden dat nog vertraging of erger: stopzetting van de aanbestedingsprocedure zou kunnen volgen. Uit het indienen van een klacht bij de Commissie had Het Rijksmuseum niet hoeven afleiden dat rechtsmaatregelen getroffen zouden worden. De Commissie kan slechts een niet-bindend advies geven.

Hierbij weegt mee dat Het Rijksmuseum op 7 mei 2018, direct nadat zij via de secretaris van de Commissie van de klacht van [naam N.V.] vernam en nog vóór het verstrijken van de termijn om een verzoek tot deelneming in te dienen, aan de Commissie heeft meegedeeld dat zij de aanbesteding niet zou opschorten. Dit bericht is diezelfde dag door de secretaris van de Commissie aan [naam N.V.] doorgestuurd. Gelet op die mededeling had het op dat moment op de weg van [naam N.V.] gelegen om een keuze te maken: inschrijven of rechtsmaatregelen treffen. Wachten op een (gunstig) oordeel van de Commissie was geen optie.

Het standpunt van [naam N.V.] dat hij niet heeft ingeschreven omdat dan afstand zou worden gedaan van het recht om zich op gebreken of tegenstrijdigheden in de Selectieleidraad te beroepen, zoals in 2.1.4. van die leidraad staat, kan hem niet baten. Hij had zich immers bij de inschrijving alle rechten kunnen voorbehouden. Een bepaling als 2.1.4. kan er niet aan in de weg staan dat de rechtmatigheid van de aanbesteding wordt getoetst. Indien [naam N.V.] had ingeschreven had hij binnen de Alcatel-termijn een kort geding procedure tegen de uitsluiting aanhangig kunnen maken waarin hij de bezwaren (en daarmee indirect ook tegen de selectiecriteria) naar voren had kunnen brengen. [naam N.V.] heeft er voor gekozen om niets te doen, hetgeen voor zijn risico dient te blijven.

Hier tegenover staan de belangen van Het Rijksmuseum om de aanbesteding met voortvarendheid te kunnen afronden en tijdig met het 'Museum-bussenproject' van start te kunnen gaan en de belangen van de andere inschrijvers, die inmiddels ongetwijfeld veel tijd en geld in de procedure hebben gestoken. Deze belangen wegen in dit geval zwaarder dan het door [naam N.V.] gestelde belang dat in rechte onderzocht wordt of de onderhavige procedure voldoende transparant, objectief en proportioneel is geweest. Dit alles leidt tot de conclusie dat de vorderingen van [naam N.V.] voorshands dienen te worden afgewezen.

4.6. [naam N.V.] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Het Rijksmuseum worden begroot op:

- griffierecht € 626,00

- salaris advocaat € 980,00

----- +

Totaal € 1.606,00

4.7. De door Het Rijksmuseum gevorderde nakosten zullen worden toegewezen op de wijze zoals in de beslissing vermeld.

5 De beslissing

De voorzieningenrechter

- 5.1. weigert de gevraagde voorzieningen,
- 5.2. veroordeelt [naam N.V.] in de kosten van het geding gevallen aan de zijde van Het Rijksmuseum en tot op heden begroot op € 1.606,00,
- 5.3. veroordeelt [naam N.V.] in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 157,00 aan salaris advocaat, te vermeerderen met € 82,00 en de kosten van het betekenings-exploot ingeval betekening van dit vonnis plaatsvindt,
- 5.4. verklaart dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

Vermijden van rechtsverwerking

Een ondernemer die belangstelling heeft voor een opdracht, maar bezwaar heeft tegen de gestelde voorwaarden of die voorwaarden onduidelijk vindt, moet proactief handelen om te voorkomen dat hij zijn recht om te klagen verwerkt. Over de vraag of de klagende ondernemer voldoende proactief heeft gehandeld, ontstaat vaak discussie in aanbestedingsgeschillen. In deze noot worden handvatten aangereikt om het risico op rechtsverwerking te verkleinen.

Inlichtingenronde

Een ondernemer die het niet eens is met de gestelde voorwaarden of die voorwaarden onduidelijk vindt, zal om te beginnen gebruik moeten maken van de inlichtingenronde om vragen te stellen en zijn bezwaren kenbaar te maken. In het geheel geen vragen stellen of bezwaren kenbaar maken leidt in veruit de meeste gevallen tot rechtsverwerking.¹ Uit een recent advies van de CvAE blijkt voorts dat het wachten met het stellen van vragen tot kort voor de termijn voor inschrijving risicovol is.²

Voorts geldt dat het stellen van vragen niet gelijk te stellen is aan het maken van bezwaar. Als een ondernemer bezwaar heeft tegen bepaalde voorwaarden, zal hij dit op niet mis te verstane wijze moeten uiten. De aanbestedende dienst dient uit de mededeling van de ondernemer te kunnen opmaken dat de aanbestedingsprocedure naar zijn mening zodanig gebrekkig is dat deze niet ongewijzigd kan worden voortgezet en dat hij bereid is zijn standpunt in rechte af te dwingen.³ Bij onduidelijkheden in de aanbestedingsstukken ligt het in de rede eerst vragen te stellen, maar als die vragen niet tot de gewenste verduidelijking leiden, zal de ondernemer alsnog bezwaar moeten maken.

Nadere actie

Als de aanbestedende dienst in de inlichtingenronde voet bij stuk houdt en de procedure ongewijzigd voortzet of, in geval van onduidelijkheden, geen verduidelijking verschaft, doet een ondernemer er verstandig aan nadere actie te ondernemen. Aan het indienen van een inschrijving (of een verzoek tot deelneming) zou de aanbestedende dienst namelijk het vertrouwen kunnen ontnemen dat eventuele onduidelijkheden zijn weggenomen of de betrokken inschrijver zich bij het standpunt van de aanbestedende dienst heeft neergelegd.⁴ De ondernemer moet zich niet laten weerhouden door het feit dat de aanbestedende dienst na de (laatste) nota van inlichtingen geen gelegenheid meer biedt tot het stellen van nadere vragen.⁵ Door de bezwaren in een afzonderlijk schrijven na de (laatste) nota van inlichtingen nog eens onder de aandacht van de aanbestedende dienst te brengen, krijgt deze bovendien nog een extra gelegenheid de (vermeende) schending zonder grote gevolgen voor het vervolg van de aanbestedingsprocedure ongedaan te maken, wat in positieve zin kan worden meegewogen bij het oordeel of de ondernemer voldoende proactief heeft gehandeld.⁶

Wel of niet inschrijven

Als een ondernemer ondanks zijn bezwaren tegen de gestelde voorwaarden beslist een inschrijving in te dienen, kan hij in zijn inschrijving een voorbehoud opnemen om kenbaar te maken dat hij zijn eerder geuite bezwaren handhaaft. In bovenstaande uitspraak wijst de voorzieningenrechter op deze mogelijkheid. In dat geval kan een clause in de aanbestedingsstukken op grond waarvan een ondernemer door het indienen van een inschrijving wordt geacht met de voorwaarden te hebben ingestemd, niet aan de ondernemer worden tegengeworpen, aldus de voorzieningenrechter (r.o. 4.5).⁷

Bij het formuleren van een voorbehoud is wel voorzichtigheid geboden. Een inschrijving onder voorbehoud is riskant, omdat een voorbehoud als een voorwaarde kan worden opgevat en voorwaardelijke inschrijvingen ongeldig zijn. Het is daarom raadzaam zich bij inschrijving niet in algemene zin 'alle rechten' voor te behouden, welke suggestie door de voorzieningenrechter wordt gedaan. De ondernemer kan beter de bezwaren tegen de gestelde voorwaarden specifiek benoemen, al dan niet door verwijzing naar de nota(s) van inlichtingen, en aangeven dat hij zich het recht voorbehoudt de gewraakte voorwaarden in rechte aan te vechten.

In sommige situaties is het raadzaam nog voor het verstrijken van de termijn voor inschrijving een kort geding aanhangig te maken, met name als in de aanbestedingstukken een specifieke vervaltermijn is opgenomen voor het maken van bezwaar na het verschijnen van de laatste nota van inlichtingen,⁸ of als de bezwaren van fundamentele aard zijn, bijvoorbeeld doordat zinvol inschrijven door de (vermeende) schending niet mogelijk is.⁹

In bovenstaande uitspraak overweegt de voorzieningenrechter dat het recht om over het verloop van de aanbestedingsprocedure te klagen in beginsel aan inschrijvers is voorbehouden (r.o. 4.3), maar dit uitgangspunt vindt geen steun in het Nederlandse recht. Lidstaten kunnen (onder voorwaarden) bepalen dat deelname aan een aanbestedingsprocedure in beginsel een voorwaarde is voor het aannemen van voldoende procesbelang in de zin van artikel 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn,¹⁰ maar de Nederlandse wetgever heeft dit niet gedaan. Wat hier verder ook van zij: als een ondernemer belangstelling heeft voor een opdracht, maar afziet van inschrijving vanwege (in zijn ogen) onrechtmatige voorwaarden, dan heeft hij – uitzonderlijke situaties nagelaten – zonder meer voldoende procesbelang.¹¹

Vuistregels voor de praktijk

De rechtspraak over rechtsverwerking is niet eenduidig. Bij de beoordeling van een beroep op rechtsverwerking zijn bovendien de omstandigheden van het geval bepalend. Bij inachtneming van de volgende vuistregels voor inschrijvers kan het risico op een succesvol beroep op rechtsverwerking niettemin worden verkleind:

- Maak gebruik van de inlichtingenronde om bezwaar te maken tegen (vermeend) onrechtmatige voorwaarden. Doe dit in niet mis te verstane bewoordingen.
- Vraag om verduidelijking van onduidelijke voorwaarden en maak bezwaar, als die verduidelijking uitblijft.
- Stel bezwaren na de inlichtingenronde maar voor inschrijving nogmaals aan de orde, ook als de aanbestedende dienst geen gelegenheid geeft tot het stellen van nadere vragen.
- Neem in de inschrijving een specifiek voorbehoud op om de gewraakte voorwaarden in rechte aan te vechten. Zie echter af van het indienen van een inschrijving en span al voor het sluiten van de termijn voor het indienen van een inschrijving een kort geding aan, als in de aanbestedingstukken een vervaltermijn is opgenomen voor het maken van bezwaar na het verschijnen van de laatste nota van inlichtingen of als de bezwaren van fundamentele aard zijn.

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

Voetnoten

1

Zie recent Vzv. Rb. Den Haag 4 april 2018, [ECLI:NL:RBDHA:2018:9119](#), r.o. 4.4; Vzv. Rb. Overijssel 22 maart 2018, [ECLI:NL:RBOVE:2018:1244](#), r.o. 4.5.

2

CvAE 11 april 2018, advies 466, ov. 5.2.3. Zie ook Vzv. Rb. Oost-Brabant 21 juli 2014, [ECLI:NL:RBOBR:2014:4154](#), r.o. 4.4, waarin de voorzieningenrechter zich kritisch uitlaat over het maken van bezwaar een dag voor het sluiten van de inschrijvingstermijn.

3

Hof Den Haag 3 november 2015, [ECLI:NL:GHDHA:2015:2944](#), «JAAN» [2015/237](#), m.nt. Van **Heeswijck**, r.o. 9; Vzv. Rb. Midden-Nederland 13 september 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:4660](#), r.o. 5.6; Vzv. Rb. Midden-Nederland 12 februari 2016, [ECLI:NL:RBMNE:2016:1480](#), r.o. 4.5.

4

Vzr. Rb. Den Haag 21 december 2017, [ECLI:NL:RBDHA:2017:15464](#), r.o. 5.3; Vzr. Rb. Rotterdam 13 augustus 2014, [ECLI:NL:RBROT:2014:6822](#), r.o. 4.3; Hof Arnhem-Leeuwarden 5 juni 2012, [ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7551](#), r.o. 8; Vzr. Rb. Den Haag 12 april 2010, [ECLI:NL:RBSGR:2010:BM1156](#), r.o. 3.3; Vzr. Rb. Den Haag 20 mei 2009, [ECLI:NL:RBSGR:2009:BJ4197](#), r.o. 4.2. Anders: Vzr. Rb. Den Haag 22 april 2011, [ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ2457](#), r.o. 3.9.

5

Hof Den Haag 3 november 2015, [ECLI:NL:GHDHA:2015:2944](#), [«JAAN» 2015/237](#), m.nt. Van Heeswijck, r.o. 13.

6

Vzr. Rb. Gelderland, 24 januari 2014, [ECLI:NL:RBGEL:2014:454](#), [«JAAN» 2014/56](#), m.nt. Ritsema van Eck, r.o. 4.1.

7

Zie ook Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 29 juli 2015, [ECLI:NL:RBZWB:2015:5028](#), [«JAAN» 2015/196](#), m.nt. Zeelenberg, r.o. 4.2.4; Vzr. Rb. Groningen 12 oktober 2012, [ECLI:NL:RBGRO:2012:BY3312](#), r.o. 4.4.

8

Vzr. Rb. Den Haag 26 juli 2017, [ECLI:NL:RBDHA:2017:8414](#), r.o. 5.3-5.9. Kritisch over dergelijke vervaltermijnen (i.v.m. proportionaliteit) CvAE 27 oktober 2017, advies 426, ov. 5.3.7; CvAE 24 april, advies 396, ov. 5.3-5.7.

9

Vzr. Rb. Midden-Nederland 13 september 2017, [ECLI:NL:RBMNE:2017:4660](#), r.o. 5.12. In deze zaak over een aanbesteding van een ICT-opdracht betoogde de klagende ondernemer dat de eisen aan de te realiseren koppelvlakken onvoldoende bepaald waren om een prijs te kunnen bepalen. Zie ook Vzr. Rb. Midden-Nederland 12 juli 2018, [ECLI:NL:RBMNE:2018:3625](#), r.o. 4.3, waarin het fundamentele bezwaar de keuze van de procedure betrof (gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging).

10

HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02 (Grossmann Air Service), r.o. 27. Met de rechtsbeschermingsrichtlijn is bedoeld 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 1989, L 395/33, ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, Pb 2007, L 335/31.

11

HvJ EG 12 februari 2004, zaak C-230/02 (Grossmann Air Service), r.o. 28-30. Zie voor een uitzonderlijke situatie waarin voldoende procesbelang ontbrak Hof Amsterdam 30 juli 2013, [ECLI:NL:GHAMS:2013:2318](#), r.o. 3.7-3.9. De klagende ondernemer had verklaard bij heraanbesteding af te zullen zien van inschrijving, omdat het door de aanbestedende dienst beoogde samenwerkingsmodel, waarvan de rechtmatigheid niet ter discussie stond, voor hem onacceptabel was.