

## Procederen in aanbestedingen

Auteur(s): mr. A. Stellingwerff Beintema - Maasdam Broers Fischer advocaten

Tja, en dan krijg je het bericht dat de inschrijving waar je met zoveel bloed, zweet en tranen aan gewerkt hebt niet als beste uit de bus is gekomen. De aanbesteder wil gunnen aan de concurrent die nog niet eens aan alle geschiktheidseisen voldoet, en die onmogelijk kan waarmaken wat in het Programma van Eisen wordt vereist. Sterker nog, uit de motivering waarom jouw inschrijving is afgewezen blijkt dat de aanbesteder elementen in de beoordeling heeft meegewogen die niet in de gunningscriteria staan. En de handtekening die op het UEA zou ontbreken, en waardoor je inschrijving ook nog eens ongeldig is verklaard, was niet eens vereist.

Dit voelt zo onrechtvaardig dat je het niet over je kant kan laten gaan. Stap 1 is zo snel mogelijk een bezwaarbrieven sturen en op gesprek gaan. Maar wat als dat niet het gewenste resultaat oplevert? Dan rest er maar één kans om de opdracht te verwerven: een kort geding. Een kort geding heeft evenwel pas kans van slagen als de volgende procedurele aandachtspunten in acht worden genomen.

## Rechtens te respecteren belang

De rechter kan een vordering pas toewijzen als je een zogenoemd 'rechtens te respecteren belang' hebt. Dat betekent dat je door de fout van de aanbesteder moet zijn geschaad in je belangen. Of anders gezegd: als de aanbesteder de fout niet zou hebben gemaakt, dan zou jouw inschrijving als beste uit de bus (kunnen) zijn gekomen. Je hebt geen rechtens te respecteren belang als:

- je niet hebt ingeschreven op de aanbesteding, en ook niet op voorhand geklaagd;<sup>1</sup>
- je niet voldoet aan een (ook in jouw ogen) rechtmatig gestelde (geschiktheids)eis (en de nummer 1 wel).<sup>2</sup>

## Bijtijds dagvaarden

Bij een Europese aanbesteding geldt dat binnen een termijn van twintig dagen na elektronische verzending van de afwijzingsbrief een kort geding aanhangig moet zijn gemaakt. Bij een nationale of meervoudig onderhandse aanbesteding geldt een proportionele bezwaartermijn. 'Aanhangig zijn gemaakt' betekent dat de dagvaarding aan het adres van de aanbesteder moet zijn betekend (lees: door de deurwaarder uitgebracht). Te laat leidt tot niet-ontvankelijkheid (en dus afwijzing van je vorderingen).<sup>3</sup>

Aangezien sprake is van een contractuele vervalttermijn (vervaltermijn in de aanbestedingsstukken waarmee door inschrijving akkoord wordt gegaan) en niet van een wettelijke vervalttermijn (de Aanbestedingswet 2012 schrijft niet voor dat sprake is van een vervalttermijn) is de Algemene termijnenwet niet van toepassing. Dit betekent dat indien de termijn in het weekend of op een feestdag valt ervoor en niet erna moet zijn gedagvaard.<sup>4</sup>

## Alle combinanten doen mee

Als je in combinatie hebt ingeschreven moet de dagvaarding namens alle combinanten worden uitgebracht (en dus op de dagvaarding als eiseres worden vermeld). Een combinant die op zijn eigen houtje acteert wordt niet-ontvankelijk in zijn vorderingen verklaard.<sup>5</sup>

In geval van hoofd-onderaanneming geldt dit niet, dan hoeft alleen de hoofdaannemer de dagvaarding uit te laten brengen. Een onderaannemer die zich rechtstreeks tot de rechtbank wendt is daarentegen niet-ontvankelijk.<sup>6</sup> Als je als onderaannemer 'inschrijft' zal je dus de hoofdaannemer bereid moeten vinden een dagvaarding uit te laten brengen, al dan niet bekostigd door jezelf.

## Alle aanbesteders dagvaarden

In sommige gevallen wordt de aanbesteding namens meerdere aanbesteders gehouden, waarbij veelal sprake is van één aanbesteder die als penvoerder optreedt (en zich als 'aangebesteder' profileert). Vergeet dan niet om alle aanbesteders te dagvaarden. Alternatief is dat je met de penvoerende aanbesteder (op schrift) afsprekt dat alleen hij hoeft te worden gedagvaard. Is dit namelijk niet afgesproken en wordt één aanbesteder vergeten, dan leidt dit tot niet-ontvankelijkheid.<sup>7</sup>

## Volledige dagvaarding

De dagvaarding moet volledig zijn. Dat wil zeggen dat de dagvaarding alle gronden (voldoende gedetailleerde feiten en juridische argumenten) moet bevatten waarop je vorderingen gestoeld zijn. Is dit niet het geval dan is de dagvaarding in het ergste geval nietig<sup>8</sup> (met als gevolg dat de rechter het gehele kort geding niet inhoudelijk behandelt en de vorderingen dus afwijst). Aanvullen of wijzigen van de gronden mag, mits dit niet op een dusdanig laat tijdstip gebeurt dat sprake is van strijd met de goede procesorde (in dat geval behandelt de rechter het betreffende bezwaar niet).<sup>9</sup> De aanbesteder moet zich namelijk wel behoorlijk kunnen verweren.

## Bijtijds klagen

Het is vaste jurisprudentie dat van een adequaat handelend inschrijver/gedagigde mag worden verwacht dat hij zich proactief 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 aanbesteder 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 (bijvoorbeeld: wacht tot na ontvangst van de afwijzingsbrief, terwijl hij de bezwaren ook voor inschrijving had kunnen melden) heeft het recht verwerkt om hierover te klagen. Vorderingen die op een dergelijk bezwaar zijn gestoeld worden dan afgewezen. Niet relevant is of een concernmaatschappij wél bijtijds bezwaar heeft gemaakt.<sup>10</sup>

1. Rb. Amsterdam 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:5596.
2. Rb. Den Haag 29 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3252.
3. Rb. Overijssel 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBOVE:2018:4036.
4. Rb. Den Haag 22 februari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL5022. Anders: Rb. Oost-Brabant 6 november 2019, ECLI:NL:RBOBR:2018:5690.
5. Rb. Den Haag 11 oktober 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:12166.
6. Rb. Noord-Nederland 6 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:836.
7. Rb. Noord-Nederland 29 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1420.
8. Artikel 111 lid 2 onder d Rv; Rb. Den Haag 27 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3007.
9. Artikel 130 Rv.
10. Rb. Den Haag 29 maart 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:3252.