

# Rechtsbescherming NVVA 14 november 2006

Mr. C.J.G.M. Bartels LL.M

Bartels Sueters Fischer aanbestedingsadvocaten te 's-Hertogenbosch

## 1. Inleiding

In 2000 was het eerste lustrum van de NVvA volledig gewijd aan rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht. Insteek van die dag was welke rechter het meest capabel was uitvoering te geven aan rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht. Vanuit verschillende invalshoeken werd gepleit voor de administratieve rechter, de Raad van Arbitrage voor de Bouw, een nieuw op te richten aanbestedingsautoriteit dan wel de civiele rechter. Een eenduidige conclusie kon er vanzelfsprekend niet worden getrokken.

We zijn inmiddels zes jaar verder. De ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht zijn enorm, zelfs voor vakidioten nauwelijks bij te benen, laat staan voor de gemiddelde inkoper bij de overheid: zo zijn nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen in werking getreden, nieuwe Nederlandse implementatiewetgeving in de vorm van Bao en Bass, een ARW 2005, een voorstel-Aanbestedingswet ligt bij de Eerste Kamer (op 20 september in de Tweede Kamer aangenomen), nieuwe Europese voorstellen voor Rechtsbeschermingsrichtlijnen en mede ten gevolge van de parlementaire bouwenquête een veel beperktere rol van de Raad van Arbitrage in aanbestedingsgeschillen.

Een andere belangrijke constatering is dat de hoeveelheid uitspraken van de civiele rechter in de afgelopen jaren bovenmatig is gegroeid. Uit een klein onderzoekje aan de hand van ons eigen know-how systeem blijkt dat het aantal uitspraken tussen 2000 en 2004 bijna is verdubbeld, maar ook dat het aantal uitspraken tussen 2004 en 2005 is verdubbeld. Bovendien is het aantal uitspraken dat op dit moment is geweest (eind oktober 2006) al gelijk aan het totaal aantal uitspraken in 2005.

Een groot manco blijft echter dat relatief veel uitspraken niet gepubliceerd worden, hetgeen de rechtszekerheid niet ten goede komt. Uit dit onderzoek blijkt ook dat rechters steeds meer genegen zijn de eisende partij, in zijn algemeenheid de benadeelde inschrijver, in het gelijk te stellen. Ook schromen rechters niet om met betrekking tot eenzelfde opdracht tot tweemaal toe een vordering tot heraanbesteding toe te wijzen. Zoals bijvoorbeeld recentelijk is gebeurd bij een aanbesteding van schoonmaakdiensten van de gemeenten Leidschendam, Voorburg en Wassenaar.<sup>1</sup>

De vraag die rijst bij het zien van deze enorme groei van aanbestedingsgeschillen is wat de achtergrond is van deze ontwikkeling. Naar antwoorden kan ik alleen maar gissen. Het kan liggen aan verschepte concurrentie en het vereiste, wellicht mede gelet op onvoldoende gevulde ordeportefeuilles, tot het uiterste te gaan om opdrachten binnen te halen. Het kan ook liggen aan het feit dat de markt zich er inmiddels bewust van is dat aan inschrijven op aanbestedingen als wijze van opdrachtverwerving bij de overheid inmiddels niet meer valt te ontkomen en dat het dus van belang is ervoor te zorgen dat aanbestedende diensten correct met de regelgeving omgaan om de eigen bestaanspositie te verzekeren.

---

<sup>1</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 2 juni 2006 City Service Nederland b.v./gemeente Leidschendam-Voorburg en Wassenaar, LJN:AY7515 en Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 2006, GOM Schoonhouden b.v./gemeenten Leidschendam-Voorburg en Wassenaar en CSU Total Care b.v., KG 06/1081 n.n.g..

Het kan ook komen door betere kwaliteit van de vonnissen van civiele rechters in aanbestedingsgeschillen. Langzaam maar zeker lijken rechters meer feeling te krijgen met het rechtsgebied en daardoor ook betere uitspraken te doen. Dat neemt overigens niet weg dat er nog steeds te veel voorbeelden van rechterlijke misslagen zijn te noemen. Persoonlijk denk ik dat ook de Alcateltermijn een rol speelt bij de toename van het aantal geschillen. Kon voor het bestaan van die standstill termijn van 15 dagen eerst nog eens rustig in contact worden getreden met de aanbestedende dienst en over en weer uitgebreid informatie en argumenten worden uitgewisseld, nu is het een kwestie geworden van “nu dagvaarden of nooit”, ongeacht of er voldoende bewijs is verzameld.

En wanneer een cliënt zich pas aan het einde van de Alcateltermijn bij een advocaat meldt, ontkomt deze er soms niet aan om rauwelijks te dagvaarden omdat onvoldoende tijd bestaat om de zaak volledig op haar aanbestedingsrechtelijke merites te beoordelen en rauwelijks dagvaarden in ieder geval de rechten van cliënt veilig stelt. De praktijk leert dan ook dat vervolgens bij nadere bestudering van de aanbestedingsstukken of na ontvangst van aanvullende informatie of de motivering van de aanbestedende dienst, er bij nader inzien toch geen “harde” zaak bestaat, en de dagvaarding alsnog moet worden ingetrokken. Dit is met name het geval indien vlak voor de zittingsdatum wordt gemeld dat sprake is van een ongeldige inschrijving.

Dit leidt er ook toe dat steeds meer aanbestedingen op grond van formele gebreken worden stopgezet en heraanbestedingen worden bevolen. Door de korte termijn van bewijsvergaring en de nog steeds beperkte motiveringsplicht van de aanbestedende dienst is het in de praktijk van de benadeelde inschrijver vaak onmogelijk om aan te tonen dat sprake is van onjuiste beoordelingen of subjectiviteit. Rest uitsluitend de mogelijkheid om de aanbesteding “op te blazen” op grond van argumenten die alleen een ingeschakelde advocaat kan bedenken teneinde een nieuwe kans te krijgen. Van de uitspraken waar de benadeelde inschrijver in het gelijk wordt gesteld wordt in gemiddeld 80-85% van de gevallen de aanbestedingsprocedure stop gezet, een verbod tot gunning toegewezen en, indien de aanbestedende dienst de opdracht nog wenst uit te besteden, een heraanbesteding gelast. Deze vonnissen zijn veelal gebaseerd op onvoldoende transparantie ten aanzien van selectie- en/of gunningscriteria, verwarring van selectie- en gunningscriteria of handelen in strijd met de algemene aanbestedingsbeginselen. Het daadwerkelijk aantonen dat een aanbestedende dienst een onjuiste of niet geheel objectieve wijze van offertebeoordeling heeft verricht is uit oogpunt van bewijslast bijna onmogelijk om aan te tonen. Dit lukt in de praktijk bijna uitsluitend indien interne beoordelingsdocumenten, per abuis of door toedoen van ambtenaren die een bepaalde afgewezen ondernemer erg ter wille zijn in de openbaarheid komen.<sup>2</sup>

Ik heb voor vanmiddag een aantal aspecten van de rechtsbescherming geanalyseerd die van groot belang zijn bij een effectieve rechtsbescherming, te weten: de Alcateltermijn en daarmee indirect verbonden de noodzaak van snel en tijdig procederen zoals door het Hof van Justitie van de EG is uitgesproken in het Grossman-arrest. Daarnaast wil ik aandacht schenken aan het belang van de eisende partij en het risico op niet-ontvankelijkheid indien een ondernemer is afgewezen wegens het indienen van een ongeldige offerte. Ik zal bij deze onderwerpen enkele relevante uitspraken behandelen waarbij ik mij min of meer beperk tot civiele uitspraken van de afgelopen twee jaar en waarbij ik vooral niet de indruk wil wekken uitputtend en volledig te zijn.

---

<sup>2</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Utrecht 24 april 2003 Cyclus/gemeente Woerden.

## 2. De Alcateltermijn

Het inhoud van het befaamde Alcatel-arrest is een ieder die hier aanwezig is, wel bekend. Volgens het Hof van Justitie van de EG houdt een volledige rechtsbescherming niet alleen in dat inschrijvers in kennis worden gesteld van de gunningsbeslissing, maar tevens dat er een gunningsbesluit bestaat dat kan worden onderscheiden van het sluiten van de overeenkomst en dat in rechte kan worden bestreden. Voorts dient er een redelijk termijn in acht te worden genomen tussen de mededeling van de gunningsbeslissing aan de afgewezen inschrijvers en het sluiten van de overeenkomst, zodat afgewezen inschrijvers om voorlopige maatregelen kunnen verzoeken vóórdat de overeenkomst is gesloten.

HvJ EG C-81/98 28 oktober 1999:

*r.o. 43 Mitsdien moet artikel 2, lid 1, sub a en b, juncto lid 6, tweede alinea, van richtlijn 89/665 aldus worden uitgelegd, dat de lidstaten ervoor moeten zorgen dat tegen het aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande besluit waarbij de aanbestedende dienst kiest met welke inschrijver hij de overeenkomst wil sluiten, in elk geval beroep kan worden ingesteld waarin de verzoeker de nietigverklaring van dit besluit kan vorderen wanneer aan de voorwaarden daarvoor is voldaan, los van de mogelijkheid om na het sluiten van de overeenkomst schadevergoeding te verkrijgen.*

In Nederland heeft dit arrest voor het eerst zijn weerslag gekregen in het ARW 2004. Dit was voor de Europese Commissie aanleiding om een inbreukprocedure te starten tegen Nederland, omdat dit niet werd gezien als implementatie in de vorm van een wettelijke regeling. Het Hof van Justitie van de EG had immers bepaald in een zaak tegen Oostenrijk dat een federale circulaire niet kon worden aangemerkt als toereikende omzetting.

HvJ EG C-212/02 Cie/Oostenrijk van 24 juni 2004:

*“25. De na voormeld arrest Alcatel Austria e.a. vastgestelde federale circulaire, waarop de Oostenrijkse regering zich beroept, kan geen toereikende omzetting vormen, zelfs als de inhoud ervan invloed heeft gehad op sommige besluiten van twee deelstaten, welke besluiten overigens zijn vastgesteld na het verstrijken van de bij het met redenen omkleed advies gestelde termijn. Daar circulaires administratieve praktijken zijn die naar hun aard volgens goeddunken van de administratie kunnen worden gewijzigd en waaraan onvoldoende bekendheid wordt gegeven, kunnen zij niet worden beschouwd als een correcte uitvoering van de verdragsverplichtingen noch als een voldoende manier om, indien nodig, de onverenigbaarheid van de nationale wetsbepalingen met het gemeenschapsrecht op te heffen (reeds aangehaalde arresten Commissie/Italië, punten 11 en 13; Commissie/Duitsland, punt 18, en Commissie/Frankrijk, punt 37). Deze circulaires hebben slechts een voorlopig karakter, wat de Oostenrijkse regering overigens in haar opmerkingen over het met redenen omkleed advies en de aanmaningsbrief van de Commissie heeft erkend.*

*26. Voor de omzetting van een richtlijn in de interne rechtsorde is vereist dat de onverenigbaarheid definitief ongedaan wordt gemaakt door interne bepalingen met dwingende kracht die dezelfde juridische waarde bezitten als de te wijzigen bepalingen (zie in die zin arrest van 12 september 2002, Commissie/Frankrijk, C-152/00, Jurispr. blz. I-6973, punt 19). Daar de tenuitvoerlegging van de communautaire richtlijnen moet worden verzekerd door gepaste toepassingsmaatregelen, is de lidstaat gehouden voor de betreffende materie een duidelijk juridisch kader in het leven te roepen (arrest van 15 maart 1990, Commissie/Nederland, C-339/87, Jurispr. blz. I-851).*

Nu in Nederland nog niets was geregeld ten aanzien van de Alcateltermijn betekende dit overigens niet dat afgewezen inschrijvers dan maar onbeperkt de tijd hadden om bezwaar te maken. Zij moesten ook rekening houden met de belangen van de aanbestedende dienst en de begunstigde inschrijver bij spoedige duidelijkheid omtrent de resultaten van de aanbestedingsprocedure.

Hof Amsterdam 13 maart 2003 RSA/gemeente Utrecht

*6. Bij gebreke van een wettelijke regeling als hierboven bedoeld staat het een aanbestedende dienst vrij om in haar bestek of offerteaanvraag een redelijke termijn op te nemen voor het instellen van een rechtsvordering strekkende tot ongedaanmaking van (de gevolgen van) het gunningsbesluit c.q. de daarop gevolgde overeenkomst. Aldus kan de aanbestedende dienst in beginsel haar belang bij spoedige duidelijkheid omtrent de resultaten van de aanbesteding veilig stellen. Van die mogelijkheid heeft de gemeente in het onderhavige geval echter geen gebruik gemaakt.*

*7. Het voorgaande betekent niet dat een teleurgestelde inschrijver dan onbepaald de tijd heeft om een rechtsvordering in te stellen strekkende tot ongedaanmaking of opschorting van (de gevolgen van) het gunningsbesluit c.q. de daarop gevolgde overeenkomst. Ook een dergelijke inschrijver dient immers naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid rekening te houden met het gerechtvaardigde belang van de aanbestedende dienst (en van de overige inschrijvers) bij spoedige duidelijkheid en zekerheid omtrent de resultaten van de aanbestedingsprocedure. Daarbij is de door de aanbestedder kenbaar gemaakte datum waarop de opdracht zou moeten ingaan (hier: 1 augustus 2002) uiteraard van groot gewicht, maar ook andere omstandigheden kunnen daarbij van belang zijn.*

Inmiddels is het Alcatel-arrest formeel in de Nederlandse wetgeving geïmplementeerd in art. 55 Bao en art. 57 Bass.

#### Artikel 55 Bao

1. De mededeling van een aanbestedende dienst van een gunningsbeslissing houdt geen aanvaarding in, als bedoeld in artikel 6:217, eerste lid, van het Burgerlijk Wetboek, van een aanbod van een ondernemer.
2. Een aanbestedende dienst sluit niet eerder een raamovereenkomst en gunt niet eerder een overheidsopdracht op basis van een gunningsbeslissing dan nadat een termijn van 15 dagen na verzending van de mededeling van die gunningsbeslissing is verstreken.
3. De mededeling, bedoeld in het tweede lid, bevat ten minste de gronden van de gunningsbeslissing. De mededeling wordt in ieder geval verzonden per fax of elektronische post.
4. Van de termijn, genoemd in het tweede lid, kan een aanbestedende dienst slechts afwijken indien dit strikt noodzakelijk is wegens dwingende spoed als gevolg van gebeurtenissen die door de aanbestedende dienst niet konden worden voorzien en die niet aan de aanbestedende dienst te wijten zijn.

In art. 55 lid 1 Bao is bepaald dat mededeling van de gunningsbeslissing geen aanvaarding inhoudt. In beginsel ontstaat een overeenkomst door aanbod en aanvaarding. Hiervan wordt dus in het Bao afgeweken. Door deze bepaling wordt de eis van het Hof van Justitie van de EG opgevolgd dat sprake moet zijn van twee verschillende handelingen: enerzijds de gunningsbeslissing en vervolgens de totstandkoming van een overeenkomst.

In art. 55 lid 2 Bao is bepaald dat door de aanbestedende dienst geen overeenkomst mag worden aangegaan op basis van een gunningsbeslissing voordat een termijn van 15 dagen is verstreken. Dit is dus de zogenaamde Alcateltermijn.

Het sluiten van een overeenkomst onder opschortende voorwaarde dat er geen procedure aanhangig wordt gemaakt, een handelwijze die in de praktijk nog steeds veel voorkomt, voldoet formeel niet aan deze bepaling.

Volgens de Nota van Toelichting op het Bao kan in deze periode van 15 dagen middels een voorlopige voorzieningsprocedure worden bereikt dat de aanbestedende dienst na afloop van deze 15 dagen de overeenkomst gedurende een nadere termijn niet mag sluiten. De praktijk leert echter dat veelal op de laatste dag van die 15-dagen termijn een dagvaarding wordt betekend en dat de mondelinge behandeling vervolgens enkele weken later plaatsvindt. In de regel volgt dan na twee weken een uitspraak in kort geding, zodat ik slechts kan constateren dat deze opmerking in de toelichting absoluut niet van enige realiteitszin getuigt.

In art. 55 lid 3 Bao is bepaald dat de mededeling van het gunningsbesluit de gronden van de beslissing moet bevatten. Deze bepaling dient te waarborgen dat afgewezen inschrijvers die een rechtsmiddel willen aanwenden tegen de gunningsbeslissing hier daadwerkelijk 15 dagen de tijd voor hebben en niet een gedeelte van deze termijn kwijt zijn aan het achterhalen van de gronden van de gunningsbeslissing, zo staat althans in de toelichting. Gezien het feit dat de motiveringsplicht nog steeds dusdanig beperkt is dat de daadwerkelijke afwijzingsgronden eenvoudig verbloemd kunnen worden, hetgeen mijns inziens een echt effectieve rechtsbescherming nog steeds in de weg staat, worden veeleer procedures aanhangig gemaakt wegens formele gebreken in de aanbestedingsprocedure of om alsnog daadwerkelijk achter de ware redenen voor afwijzing te komen.

Ten slotte mag de termijn van 15 dagen worden verkort in geval van onvoorziene situaties. Volgens de Nota van Toelichting op het Bao ziet art. 55 lid 4 op onvoorziene situaties waarin direct handelen noodzakelijk is, zoals natuurrampen, epidemieën of aanslagen. Hierbij wordt aansluiting gezocht bij de rechtvaardigingsgronden voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure wegens dwingende spoed. Hiervan is sprake in geval van een onvoorziene omstandigheid die niet aan de aanbestedende dienst te wijten is, zo dwingend dat termijnen niet kunnen worden gevolgd. Bovendien moet er sprake zijn van een causaal verband tussen de onvoorziene omstandigheid en de dwingende spoed.

Het betreffende artikel in het Bao bepaalt dus niet expliciet dat binnen 15 dagen een gerechtelijke procedure aanhangig moet zijn gemaakt. Dit is aan de aanbestedende dienst om te bepalen. De aanbestedende dienst dient dus in zijn aanbestedingsstukken een bepaling op te nemen waarin uiteen wordt gezet wat een afgewezen inschrijver moet doen als hij een gunningsbeslissing wil aanvechten.

Indien niets in de aanbestedingsstukken is bepaald rijst de vraag of een afgewezen inschrijver dan binnen die 15 dagen slechts een brief hoeft te sturen met de gronden van zijn bezwaar. Hoewel hier veel voor te zeggen valt op basis van de letterlijke tekst van art. 55, lijkt de Nota van Toelichting er wel degelijk van uit te gaan dat binnen die termijn van 15 dagen een rechtsmiddel moet zijn aangewend, dus een procedure aanhangig moet zijn gemaakt.

*De toelichting stelt: "Deze termijn wordt voldoende geacht om te beoordelen of de regels van dit besluit zijn nageleefd en om een voorziening te vragen bij de rechter of Raad van Arbitrage. Voorts kan in deze periode van 15 dagen middels een voorlopige voorzieningenprocedure worden bereikt dat de aanbestedende dienst na afloop van deze 15 dagen de overeenkomst gedurende een nadere termijn niet mag sluiten.*

In de praktijk blijken de meeste aanbestedende diensten dan ook in de aanbestedingsstukken op te nemen dat binnen de Alcateltermijn een dagvaarding moet zijn betekend op het adres van de aanbestedende dienst. Gedurende deze periode moet een inschrijver er in beginsel van uit kunnen gaan dat de aanbestedende dienst nog geen overeenkomst met de begunstigde inschrijver(s) zal sluiten. Indien een aanbestedende dienst zich hier niet aan houdt, zal een rechter zich niet laten weerhouden de vorderingen van de eisende partij toe te wijzen.

Voorzieningenrechter Rechtbank Zutphen 12 januari 2006 Ter Steege Bouwbedrijf b.v./Gemeente Lochem LJN: AV0540

Voor zover de gemeente een overeenkomst heeft gesloten met Kreunen en al kosten zijn gemaakt voor de uitvoering van die overeenkomst, staat dit toewijzing van de vorderingen niet in de weg. Een andere opvatting zou immers betekenen dat Ter Steege geen effectieve remedie zou kunnen verkrijgen tegen de schending van haar rechten op dit punt. Dit zou in strijd zijn met de Richtlijn Leveringen en de algemene rechtsbeschermingsrichtlijn zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de EG in zijn arrest van 28 oktober 1999 (Alcatel, NJ 2000,528). Slechts een vergevorderde uitvoering van de werkzaamheden zou aan de beëindiging van de overeenkomst in de weg kunnen staan, maar daar is hier geen sprake van. De vordering wordt toegewezen

voor wat betreft het verbod om aan Kreunen te gunnen en, voor zover gunning reeds heeft plaatsgevonden, om de overeenkomst met Kreunen op te zeggen dan wel te beëindigen.

Dit geldt volgens sommige rechters<sup>3</sup> ook voor een eventueel hoger beroep. Het Bao regelt hier niets over. Indien de aanbestedende dienst in eerste aanleg in het gelijk wordt gesteld en vervolgens besluit, ondanks een ingesteld appel, toch tot definitieve gunning over te gaan, kan haar dat in hoger beroep worden tegengeworpen. Zo kan bijvoorbeeld alsnog een herevaluatie worden toegewezen.<sup>4</sup>

Gerechtshof Amsterdam Achmea/Doge 3 oktober 2002

*“Een andere opvatting zou immers betekenen dat Doge – die tijdig tegen de gevolgte gunningsprocedure en de uitkomst daarvan bezwaar heeft aangetekend – geen effectieve remedie zou kunnen verkrijgen tegen de schending van haar rechten op dit punt; zulks zou in strijd zijn met de Richtlijn Leveringen en de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn (Richtlijn 89/665/EEG), zoals uitgelegd door het Hof van de Europese Gemeenschappen in zijn arrest van 28 oktober 1999 in de Alcatel-zaak. Kernpunt in de gedachtegang van het Europese hof in dat arrest is immers dat moet worden voorzien in een doeltreffende procedure van beroep tegen onwettige besluiten van een aanbestedende dienst in een fase waarin schendingen nog kunnen worden gecorrigeerd.”*

### **Niet tijdig aanhangig gemaakt**

Artikel 55 Bao bevat geen wettelijke vervaltermijn, zij bevat een minimale wachtperiode tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van een onvoorwaardelijke overeenkomst. Er zijn diverse uitspraken van rechters bekend die bevestigen dat de Alcateltermijn geen vervaltermijn is.

Voorzienenrechter Rechtbank Haarlem 14 juli 2006, Naco/Provincie Noord-Holland en BBA ,LJN: AY3951<sup>5</sup>

*“De aan art. 55 Bao ontleende “vijftien dagen-termijn” beoogt het belang van een effectieve rechtsbescherming tegen een voorgenomen gunning op een ordelijke manier te laten samenlopen met dat van een voortvarende afwikkeling van de aanbestedingsprocedure. Art. 55 heeft daarbij het karakter van een standstill bepaling; het is geen wettelijke vervaltermijn.”*

Voorzienenrechter Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 juni 2005 Van Heesewijk Bouw b.v./gemeente Boxtel

*“De termijn van 15 dagen is geen vervaltermijn voor de inschrijver, maar richt zich slechts tegen de aanbesteder die niet tot gunning mag overgaan als binnen 15 dagen na bericht van voornemen tot gunning een kort geding tegen dat voornemen aanhangig is gemaakt.”*

In diverse uitspraken van civiele rechters is de Alcateltermijn inmiddels aan bod gekomen. Een van de eerste - en makkelijkste - verweren van de aanbestedende dienst is dat de zaak niet binnen de gestelde Alcateltermijn aanhangig is gemaakt. In verschillende uitspraken zijn eisende partijen dan ook niet-ontvankelijk verklaard simpelweg wegens het “te laat” zijn.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Anders: Gerechtshof Leeuwarden 19 april 2006 Avenance Nederland b.v./gemeente Groningen. LJN: AW4179

<sup>4</sup> Gerechtshof Amsterdam 11 januari 2001 Gemeente Lopik c.s., RSA, VNG/RSR.

<sup>5</sup> In deze zaak is hoger beroep aanhangig gemaakt.

<sup>6</sup> Voorzienenrechter Rechtbank Dordrecht 4 augustus 2005 Citytec b.v. en Nacap b.v./Gemeente Oud-Beijerland; Voorzienenrechter Rechtbank Arnhem 3 februari 2006 Terra Imaging b.v./Waterschap Rivierenland LJN: AW1890; Voorzienenrechter Rechtbank Roermond 7 december 2005 Boralit Nederland b.v./Waterschapsbedrijf Limburg LJN: AU7683; Gerechtshof Amsterdam 15 december 2005 IHD Airport Services b.v., I.H.D. Schiphol Service b.v./Schiphol Nederland b.v. en Intergom Airport Caddy b.v LJN: AV3114.

Deze beoordeling is mede afhankelijk van hetgeen in de aanbestedingsstukken door de aanbestedende dienst is opgenomen. Hierin kan immers zijn bepaald dat de Alcateltermijn wordt gehanteerd als een vervaltermijn. Dit blijkt overigens niet altijd even duidelijk uit het vonnis.<sup>7</sup>

Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 23 maart 2006 Aannemersbedrijf Wallaard Noordeloos b.v./Provincie Noord-Holland LJN: AV6433

De Provincie heeft een openbare aanbesteding gehouden betreffende de renovatie van de Kerkbrug te Ouderkerk aan den Amstel. Het ARW 2004 is van toepassing verklaard. Het ARW 2004 bevat onder meer de volgende bepalingen:

*“2.34.6 De aanbesteder bericht elke inschrijver gelijktijdig en onder opgaaf van redenen omtrent de voorgenomen gunning. De aanbesteder vermeldt daarbij de naam van de inschrijver aan wie de aanbesteder voornemens is te gunnen. Aan het voornemen tot gunning kunnen geen rechten worden ontleend.*

*Indien binnen 15 dagen een kort geding aanhangig is gemaakt tegen het voornemen van de aanbesteder, mag de aanbesteder niet overgaan tot gunning van de opdracht, voordat in kort geding vonnis is gewezen, tenzij een zwaarwegend belang onverwijld gunning gebiedt.*

*(...)*

#### *2.35 Opdracht*

*2.35.1 De overeenkomst komt tot stand door de opdracht op grond van het inschrijvingsbiljet.*

*2.35.2 De opdracht geschiedt door middel van een schriftelijke mededeling, (...)*”

De Provincie heeft de inschrijvers op 14 december 2005 bericht voornemens te zijn het werk onder de opschortende voorwaarde dat binnen 15 dagen geen arbitraal kort geding is aangespannen aan Wallaard Noordeloos b.v. te gunnen. Vervolgens is gebleken dat Wallaard niet kan aantonen aan de gestelde ervaringseis te voldoen. De Provincie heeft vervolgens op 19 januari 2006 het voornemen bericht onder opschortende voorwaarde dat binnen 15 dagen geen arbitraal kort geding is aangespannen het werk aan aannemingsbedrijf Dekker te gunnen. Op 21 februari 2006 is door Wallaard een kort geding dagvaarding uitgebracht waarin primair nakoming van de tot stand gekomen overeenkomst wordt gevorderd en subsidiair gunning aan Wallaard.

De Voorzieningenrechter oordeelt als volgt. De primaire vordering van Wallaard dient te worden afgewezen. Met het verstrijken van de termijn van vijftien dagen genoemd in de brief van 14 december 2005 is niet automatisch een overeenkomst tussen Wallaard en de Provincie tot stand gekomen. Dat de Provincie aan Wallaard een schriftelijke mededeling als bedoeld in artikel 2.35.2 ARW 2005 (en artikel 55 lid 2 Bao), houdende de opdrachtverlening, heeft verzonden is gesteld noch gebleken. De brief d.d. 14 december 2005 is niet een dergelijke opdrachtverlening, maar bevat een voornemen tot gunning zoals bedoeld in artikel 2.34.6 ARW 2004. Daarenboven heeft de Provincie in dit verband terecht gesteld dat op grond van artikel 55 lid 1 Bao een gunningsbeslissing geen aanvaarding inhoudt als bedoeld in artikel 6:217 lid 1 Burgerlijk Wetboek van een aanbod van een ondernemer. Van een overeenkomst van opdracht tussen de Provincie en Wallaard is dus geen sprake.

De Provincie heeft voorts terecht gesteld dat het recht van Wallaard om zich te verzetten tegen de voorgenomen gunning aan K. Dekker B.V. is vervallen, nu de dagvaarding in het onderhavige kort geding is uitgebracht op 21 februari 2006 en dus ruim na het verstrijken van de periode van vijftien dagen, bedoeld in artikel 2.34.5 ARW 2004 en genoemd in de brief van de Provincie van 19 januari 2006. Wallaard wordt niet-ontvankelijk verklaard.

Onder omstandigheden kan echter het beroep van de aanbestedende dienst op deze termijn als fatale termijn of vervaltermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid zijn, aldus de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag (23 juni 2006 Van Boekel Zeeland bv/Holland Milieutechniek b.v./Staat (Ministerie van VROM)) In deze zaak was de Staat in een eerder kort geding van Heijmans tegen de Staat d.d. 2 maart 2006 bevolen de aanbestedingsprocedure af te breken. In die procedure hadden eisers geen belang. Dit werd na het vonnis anders. Zij mochten aannemen een nieuwe kans te krijgen om voor gunning in

---

<sup>7</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 3 februari 2006, Terra Imaging/Waterschap Rivierenland; Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 8 november 2006, HUWA-Vandersanden b.v./gemeente Den Haag en Waalsteenfabriek De Bijlandt b.v.

aanmerking te komen. De Staat had het vonnis naast zich neer gelegd en bleef voornemens het gunningsresultaat te handhaven door het werk aan BAM te gunnen. De combinatie Van Boekel is toen alsnog een procedure gestart. De Staat stelde dat de vorderingen van de combinatie niet-ontvankelijk moesten worden verklaard. Volgens de Voorzieningenrechter komt de Staat onder deze omstandigheden een beroep op het fatale karakter van de in het ARW gestelde termijn van 15 dagen nadat het voornemen tot gunning kenbaar is gemaakt niet toe.<sup>8</sup>

Dagvaarden binnen de gestelde Alcateltermijn is geen garantie dat de aanbestedende dienst niet tot sluiting van de overeenkomst zal en mag overgaan. Onder omstandigheden, indien de afgewezen inschrijver niet voortvarend genoeg procedeedt, en de belangen van de aanbestedende dienst om tot gunning over te gaan zwaar wegen, kan hiervan worden afgeweken. Daarbij zijn telkens van beslissende betekenis de concrete omstandigheden van het geval gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen.

Voorzieningenrechter Rechtbank Zwolle-Lelystad 14 september 2006 Inter Access b.v./gemeente Enschede, gemeente Hellendoorn, gemeente Heusden, gemeente Oldenzaal, gemeente Zwolle

De gemeenten zijn een gezamenlijk aanbestedingsverband aangegaan genaamd Dimpact. Dimpact heeft een openbare aanbestedingsprocedure gestart ten behoeve van de levering van een digitaal loket conform Egem-architectuur met een front office, midoffice en ondersteunende dienstverlening. Gunningscriterium was de economisch meest voordelige aanbieder. Vier partijen hebben ingeschreven op de opdracht, waaronder Inter Access. Dimpact heeft de opdracht voorlopig gegund aan Atos Consulting n.v. Inter Access heeft op 29 juni 2006 een kort geding aanhangig gemaakt. Op haar verzoek heeft de mondelinge behandeling op 7 september plaatsgevonden. De gemeente heeft in de periode tussen het aanhangig maken van het kort geding en de mondelinge behandeling de opdracht gegund aan Atos. Atos is ook begonnen met de uitvoering. Inter Access heeft haar eis gewijzigd in die zin dat gunning ongedaan moet worden gemaakt en dat Atos geen uitvoering meer mag geven aan de overeenkomst. Zij voert aan dat Dimpact in strijd met (de geest van) art. 55 Bao heeft gehandeld door de opdracht aan Atos te gunnen voordat de behandeling van het kort geding heeft plaatsgevonden. De Voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Indien binnen de Alcateltermijn van 2 weken na het voornemen tot gunning een kort geding aanhangig wordt gemaakt tegen het voornemen tot gunning, dient de aanbestedende dienst niet over te gaan tot gunning van de opdracht, voordat in kort geding vonnis is gewezen, tenzij het belang van de aanbestedende dienst om tot gunning over te gaan zwaarder weegt dan het belang van de verliezende aanbieder om dat vonnis af te wachten. Daarbij zijn telkens van beslissende betekenis de concrete omstandigheden van het geval gewaardeerd naar hetgeen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen. In dit geval staat vast dat Inter Access niet voortvarend genoeg heeft geprocedeerd. Zij heeft erop aangestuurd dat de mondelinge behandeling pas 10 weken later, op 7 september, zou plaatsvinden. Voorts was het haar duidelijk dat Dimpact spoed heeft met de ontwikkeling van de digitale loketten en daarom een strakke planning hanteerde. Streefdatum was oplevering van fase 1 per 1 september 2006. Dimpact heeft Inter Access verzocht om het kort geding binnen 3 weken te doen plaatsvinden, met nadrukkelijke vermelding dat zij anders over zou gaan tot definitieve gunning aan Atos. Het is aan Inter Access zelf te wijten dat de opdracht inmiddels is gegund. De vorderingen worden afgewezen.

---

<sup>8</sup> Zie ook HvJEG van zaak C-327/00 27 februari 2003 Santex SpA en Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia.

## ***Aanvang en einde van de Alcateltermijn***

Niet altijd is even duidelijk wanneer de 15-dagen termijn is aangevangen. Volgens het Bao dient de gunningsbeslissing per fax of elektronische post te worden verzonden om deze discussie te voorkomen. Deze bepaling in het Bao is enkele dagen na inwerkingtreding van het Bao<sup>9</sup> toegevoegd op 7 december 2005<sup>10</sup>, op verzoek van de Europese Commissie. De Commissie acht dit noodzakelijk om te voorkomen dat ondernemers in andere lidstaten de gunningsbeslissing van een Nederlandse aanbestedende dienst veel later ontvangen dan de ondernemers in Nederland. Hierdoor zou de buitenlandse ondernemer zich in duidelijk achtergestelde positie bevinden.

De Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag had voor inwerkingtreding van het Bao )per 1 december 2005' geoordeeld dat de ontvangsttheorie gold.

Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 23 augustus 2005 Van den Herik Kust- en Oeverwerken BV/Staat der Nederlanden (Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Rijkswaterstaat Zuid-Holland)

De Staat laat Van den Herik bij brief gedateerd 14 juni 2005 weten voornemens te zijn het aanbestede werk aan een ander te gunnen en deelt daarbij mee dat bij bezwaar tegen dat voornemen binnen 15 dagen na dagtekening van de brief een kort geding aanhangig gemaakt kan worden. Van den Herik ontvangt de brief op 17 juni en laat op 1 juli de dagvaarding uitbrengen. De Staat stelt dat 29 juni 2005 de uiterste dagvaardingstermijn was.

De Voorzieningenrechter overweegt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat de betreffende brief van 14 juni bij Van den Herik pas is binnengekomen op 17 juni 2005. Uitgaande van deze datum van ontvangst heeft Van den Herik met het uitbrengen van de dagvaarding op 1 juli 2005 voldaan aan het daartoe gestelde vereiste in art. 2.34.6 van het ARW 2004. De Staat gaat uit van de verzendtheorie. Uitgaande van de ontvangsttheorie kan er onduidelijkheid ontstaan omdat niet uitgesloten kan worden dat de verschillende inschrijvers de berichtgeving van de aanbesteder over de voorgenomen gunning op verschillende data kunnen ontvangen. De keerzijde van de met de verzendtheorie verbonden duidelijkheid is evenwel dat bij ontvangst van de betreffende berichtgeving langer dan een dag later dan de brief is verzonden een inschrijver een kortere termijn ter beschikking staat dan de feitelijk genoemde 15 dagen in art. 2.34.6 ARW 2004.

Voorop staat dat noch het bepaalde in het bestek of in het ARW 2004, noch de jurisprudentie op dit punt duidelijkheid verschaft over welke theorie in aanbestedingszaken dient te gelden. Ook het door de Staat genoemde Alcatel-arrest geeft over het aanvangstijdstip van de beroepstermijn geen uitsluitsel. Een redelijke invulling brengt met zich mee dat analoog aan het bepaalde in artikel 3:37 lid 3 BW de ontvangsttheorie heeft te gelden. Van den Herik is dan ook niet gebonden aan de door de Staat in zijn brief van 14 juni 2005 eenzijdig bepaalde beroepstermijn.

Na de inwerkingtreding van het Bao en zeker na de wijziging met terugwerkende kracht tot 1 december 2005 geldt de verzendtheorie (zie art. 55 lid 2 Bao) De termijn gaat lopen op het moment dat daadwerkelijk een brief met een voorlopig gunningsbesluit wordt verzonden. Een brief met een ambtelijke mededeling dat een inschrijving ongeldig is, waarbij is opgemerkt dat de uitslag onder voorbehoud is van besluitvorming door het College van B&W is niet aan te merken als de aanvang van de Alcateltermijn. Het moet gaan om de formele afwijzing.

Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 juni 2005 Van Heesewijk Bouw b.v./gemeente Boxtel LJN: AV7830

De gemeente heeft een niet-openbare aanbesteding met voorselectie gehouden van een

<sup>9</sup> Het Bao is op 1 december 2005 in werking getreden.

<sup>10</sup> Besluit van 7 december 2005, Stb. 2005, 650.

zwembad volgens het ARW 2004. Op 14 januari 2005 is Van Heesewijk, een van de inschrijvers, telefonisch medegedeeld dat hij de laagste prijs (weegfactor 5) had aangeboden, maar qua presentatie als derde (weegfactor 2) was geëindigd. De keuze van de gemeente viel op Van de Heijden. Op 17 januari 2005 heeft Van Heesewijk schriftelijk gereageerd op deze mededeling. Op 18 januari 2005 is hem schriftelijk medegedeeld dat zijn inschrijving ongeldig was omdat geen prijsopgave van directieleveringen was gedaan. Bij Nota van inlichtingen heeft de gemeente echter aangegeven dat directieleveringen niet tot de aanneemsom behoren. Nadien heeft Van Heesewijk meerdere malen bij het College van Burgemeester en Wethouders (B&W) aangedrongen op besluitvorming. Op 25 april 2005 heeft het College een brief aan Van Heesewijk gestuurd waarin staat vermeld dat het werk definitief gegund is aan Van de Heijden en dat het bedrijf is gestart met de uitvoering. Van Heesewijk maakt bezwaar.

De Voorzieningenrechter oordeelt als volgt. De termijn van art.3.41.2 ARW is niet gaan lopen door een ambtelijke mededeling dat de inschrijving van Van Heesewijk ongeldig is, waarbij is opgemerkt dat de uitslag onder voorbehoud is van besluitvorming door het College van B&W. De termijn is pas gaan lopen toen op 25 april 2005 door het College van B&W de brief inhoudende definitieve gunning is verzonden. De termijn van 15 dagen is geen vervaltermijn voor de inschrijver, maar richt zich slechts tegen de aanbesteder die niet tot gunning mag overgaan als binnen 15 dagen na bericht van voornemen tot gunning een kort geding tegen dat voornemen aanhangig is gemaakt. Die termijn is nimmer aangevangen omdat het College van B&W nimmer het in art. 3.36.6 ARW voorgeschreven bericht van voornemen tot gunning aan inschrijvers heeft gedaan.

Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 18 november 2005 Caremate Nederland b.v./Gemeente Zaanstad c.s.

De gemeenten hebben een niet-openbare aanbesteding uitgeschreven voor WVG-hulpmiddelen. Caremate is een van de zes gegadigden die is uitgenodigd te offeren. De aanbesteding is begeleid door het bureau MAAZ. De gemeenten zijn voornemens de opdracht aan Harting-Bank te gunnen. Caremate heeft hiertegen o.a. de volgende bezwaren geuit: de gunningsbeslissing is onvoldoende gemotiveerd en er is sprake van belangenverstremming tussen MAAZ en Harting-Bank. De gemeenten stellen dat Caremate in haar vordering niet-ontvankelijk moet worden verklaard omdat de bezwaartermijn van 15 dagen is overschreden. De Voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Terzake de aanvang van de bezwaartermijn van 15 dagen dient te worden uitgegaan van de brief van 11 augustus 2005 van 2005 van MAAZ aan Caremate, nu deze brief de formele afwijzing van de inschrijving van Caremate bevat. Uit de brief van 4 augustus 2005 valt af te leiden dat de inschrijving van Caremate wordt afgewezen, maar die brief is geschreven in antwoord op een schriftelijk verzoek van Caremate aan de gemeenten om nadere informatie over de volgens Caremate te nauwe band tussen MAAZ en Harting-Bank.

Indien een aanbestedende dienst een datum met een vastgesteld tijdstip eenzijdig vaststelt als uiterste termijn waarbinnen gedagvaard zou moeten worden, dan dient uitsluitend de datum als uiterste termijn gelezen te worden en is het genoemde tijdstip niet relevant. Dit zou slechts anders zijn als beide partijen waren overeengekomen dat een bepaald tijdstip als fatale termijn zou gelden.

Voorzieningenrechter Rechtbank Alkmaar 21 september 2006 Taxizeevang b.v./Gemeente Bergen en Taxicentrale Schoorl b.v. LJN: AY8679

De gemeente heeft een Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor leerlingenvervoer. De gemeente is voornemens de opdracht te gunnen aan Taxi Schoorl. De Alcateltermijn verliep op 28 augustus 2006 om 13.00 uur. De dagvaarding is uitgebracht op 28 augustus om 13.40 uur. De Voorzieningenrechter oordeelt als volgt. Het feit dat de termijn van vijftien dagen is verlopen, staat er dus onder omstandigheden niet in de weg dat alsnog bezwaar kan worden gemaakt, ook al, heeft de aanbestedende dienst de verlenging van de termijn niet kenbaar gemaakt aan degene aan wie de voorlopige gunning is verleend. Ten aanzien van de overschrijding met veertig minuten geldt hetzelfde. De Gemeente heeft, in samenspraak met Taxi Zeevang, de termijn enige malen verlengd en

vervolgens eenzijdig het tijdstip van 28 augustus 2006 te 13.00 genoemd als termijn binnen welke gedagvaard zou moeten worden. In de verschillende wettelijke regelingen wordt nergens een tijdstip als einde van de termijn genoemd. Dagvaarden uiterlijk 28 augustus 2006 te 13.00 uur kan dus gelezen worden als dagvaarden uiterlijk 28 augustus 2006. Dat is ook gebeurd. Dit zou slechts anders zijn als beide partijen waren overeengekomen dat meergenoemd tijdstip als fatale termijn zou gelden, maar die omstandigheid is niet aan de orde.

### **Verlenging Alcateltermijn**

Als een aanbestedende dienst de Alcateltermijn zelf verlengt en dit met de aspirant-bezwaarmakende inschrijver overeenkomt, kan overschrijding niet meer aan die inschrijver worden tegengeworpen. Het feit dat de termijn van vijftien dagen is verlopen, staat er dus onder omstandigheden niet aan in de weg dat alsnog bezwaar kan worden gemaakt, zelfs als de aanbestedende dienst de verlenging van de termijn niet kenbaar gemaakt aan degene aan wie de voorlopige gunning is verleend.<sup>11</sup>

### **Recht op gunning**

Indien de Alcateltermijn is verstreken, en geen procedure aanhangig is gemaakt, leidt dit voor de begunstigde inschrijver aan wie de aanbestedende dienst voornemens is te gunnen in beginsel niet automatisch tot een overeenkomst. Indien een aanbestedende dienst voor het verstrijken van de termijn zelf tot de ontdekking komt dat zij een rekenfout heeft gemaakt en de opdracht per abuis voornemens is aan de verkeerde inschrijver te gunnen, kan dit worden teruggedraaid zonder dat sprake is van een recht op gunning en zonder dat dit in een kort geding hoeft te worden vastgesteld.<sup>12</sup> Een begunstigde inschrijver mag er niet zonder meer op vertrouwen dat door het verlopen van de termijn de overeenkomst tot stand komt.

Rechtbank Den Haag 26 april 2004 Nedvan Moving Network B.V./Staat (ministerie van Defensie)

*“5.2. Tussen eiseres en gedaagde is naar voorlopig oordeel op het moment van de gunningsbeslissing van 6 februari 2004 een overeenkomst onder voorwaarden tot stand gekomen. Eén van deze voorwaarden betref de mogelijkheid tot het instellen van beroep tegen de gunningsbeslissing door een der afgewezen inschrijvers. De toepasselijke richtlijn en de daarop gebaseerde voorschriften gaan mede in verband hiermee uit van een zeker tijdsverloop tussen de beslissing tot gunning en de schriftelijke vastlegging van de definitieve aanbestedingsovereenkomst. Wanneer gedaagde aan zijn oorspronkelijke gunningsbeslissing had vastgehouden, zou Mondial Movers haar rechten door middel van het instellen van een rechtsmiddel hebben moeten veiligstellen. Voor het zover was, was gedaagde echter al tot het inzicht gekomen dat er een rekenfout was gemaakt, die tot gevolg had dat de gunning volgens de regels van aanbestedingsrecht niet aan eiseres, maar aan Mondial Movers moest worden gegund.*

*5.3. Van Mondial kon en kan in de gegeven omstandigheden niet worden gevegd dat zij de door gedaagde erkende rekenfout in kort geding laat vaststellen in het kader van een beroep*

<sup>11</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Alkmaar 21 september 2006 Taxizeevang b.v./Gemeente Bergen en Taxicentrale Schoorl b.v.

<sup>12</sup> Zo ook Gerechtshof te Amsterdam 9 december 2004 Honac Nederland b.v. tegen Dräger Safety Nederland b.v., Politieregio Amsterdam Amstelland, Politieregio Gelderland Zuid, Politieregio Zaanstreek Waterland; Gerechtshof 's-Gravenhage 2 november 2006 ModoVangelder b.v./Staat der Nederlanden LJN: AZ1560; Rechtbank 's-Gravenhage 22 september 2006 Bunzl Outsourcing Services b.v./Technische Universiteit Delft en CWS Nederland b.v. LJN:AU8609.

tegen de gunningsbeslissing ten gunste van eiseres. De Voorzieningenrechter is derhalve van oordeel dat onder genoemde omstandigheden aangenomen moet worden dat Mondial een geslaagd beroep ingesteld heeft tegen de gunningsbeslissing en dat mitsdien geen definitieve overeenkomst tussen eiseres en gedaagde tot stand gekomen is. Bij een dergelijke gang van zaken is echter cruciaal dat in elk geval aan eiseres voldoende controleerbare informatie over de gemaakte rekenfout gegeven wordt. Die informatie is, naar blijkt uit hetgeen volgt, in elk geval ter zitting verstrekt.

5.4. Het vorenstaande leidt ertoe dat de vordering van eiseres tot nakoming van de aanbestedingsovereenkomst tussen haar en gedaagde moet worden afgewezen.”

College van Beroep voor het Bedrijfsleven 31 maart 2006 Arriva/Provincie Noord-Brabant

“Het betoog van Arriva c.s. dat zij erop mochten vertrouwen dat de Provincie de concessies aan haar zouden verlenen kan niet slagen. In het bestek wordt onderscheid gemaakt tussen een van de definitieve gunning te onderscheiden voornemen tot gunning. Volgens de eerste nota van inlichtingen wordt hiermee verzekerd dat inschrijvers waarvan de inschrijving terzijde is gelegd, de mogelijkheid hebben om gunning aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving in rechte aan te vechten, teneinde te voorkomen dat zij voor voldongen feiten worden gesteld. De verzoeken om een voorlopige voorziening worden afgewezen.”

### **Termijnenwet**

Volgens de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem is ook de Algemene Termijnenwet op de Alcateltermijn van toepassing.

Voorzieningenrechter Rechtbank Haarlem 14 juli 2006, Naco/Provincie Noord-Holland en BBA LJN: AY3951 <sup>13</sup>

“De aan art. 55 Bao ontleende “vijftien dagen-termijn” beoogt het belang van een effectieve rechtsbescherming tegen een voorgenomen gunning op een ordelijke manier te laten samenlopen met dat van een voortvarende afwikkeling van de aanbestedingsprocedure. Art. 55 heeft daarbij het karakter van een stand-still bepaling; het is geen wettelijke vervalttermijn. De termijn is gaan lopen op 12 mei 2006 en eindigde aldus op 27 mei 2006, welke datum een zaterdag is. Op grond van de Algemene Termijnenwet is de termijn daarom verlengd tot maandag 29 mei 2006. Daarnaast is van belang dat om in kort geding te kunnen dagvaarden een door de Voorzieningenrechter gegeven zittingsdatum nodig is. Van de aanlegger kan niet worden verlangd dat deze een dagvaarding uitbrengt met de pretentie een zittingsdatum te hebben gekregen, waar dat in werkelijkheid niet zo is. Blijkens inlichtingen van de griffie heeft Naco zich op genoemde 29 mei daadwerkelijk (om 11.41 uur) tot de griffie gewend om een zittingsdatum te verkrijgen, waarna de griffie die datum om 16.00 uur aan haar heeft doorgegeven. In aanmerking genomen het tijdstip waarop Naco een zittingsdatum heeft verkregen, moet worden aangenomen dat zij er niet in is geslaagd om de dagvaarding nog diezelfde dag door een deurwaarder aan de wederpartij te laten betekenen. Het aanhangig maken van het onderhavige kort geding op 30 mei 2006 moet onder de hiervoor geschetste omstandigheden tijdig worden geacht. Dat klemt te meer nu een termijn van vijftien dagen relatief kort is en daadwerkelijk moet kunnen worden benut. Dit laatste is hier in het gedrang is gekomen, enerzijds omdat de Provincie aanvankelijk aan Naco heeft medegedeeld dat er tegen de voorgenomen gunning een bestuurlijke rechtsgang open stond, anderzijds omdat de griffie op 25 en 26 mei gesloten was (in verband met Hemelvaart en een daarop aansluitende blokdag), hetgeen tot gevolg had dat op die dagen geen zittingsdatum kon worden aangevraagd.”

---

<sup>13</sup> In deze zaak is hoger beroep aanhangig gemaakt.

### 3. De nieuwe Rechtsbeschermingsrichtlijn

De Europese Commissie heeft in mei 2006 een voorstel voor een richtlijn gedaan ter wijziging van de bestaande rechtsbeschermingsrichtlijnen.<sup>14</sup> Doel van het voorstel is met name de precontractuele beroepsmogelijkheden doeltreffend te maken. Door het ontbreken van specifieke termijnen en regelingen om de ondertekening van een overeenkomst voor een opdracht waarvan de gunning wordt betwist tijdig op te schorten varieert de doeltreffendheid van de precontractuele beroepsprocedures sterk van lidstaat tot lidstaat. Bovendien hebben, wanneer een opdracht op een onwettige manier onderhands wordt gegund, de benadeelde ondernemingen in feite slechts de mogelijkheid een vordering tot schadevergoeding in te stellen. Vorderingen tot schadevergoeding werken niet erg afschrikwekkend voor aanbestedende diensten, omdat de benadeelde ondernemers moeten bewijzen dat zij een serieuze kans maakten om de opdracht in de wacht te slepen.

Het voorstel behelst hiertoe de volgende bepalingen:

- een standstill periode van minimaal 10 kalenderdagen.  
Wanneer een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure afrondt moet hij in principe het sluiten van de overeenkomst opschorten tot na het verstrijken van een minimumtermijn van 10 kalenderdagen vanaf de datum van kennisgeving van het gemotiveerde gunningsbesluit aan de ondernemers die aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen.
- Een standstill periode van minimaal 10 kalenderdagen na bekendmaking van een geplaatste opdracht in geval van onderhandse gunning.  
Wanneer een aanbestedende dienst oordeelt dat hij gerechtigd is een opdracht waarvan de geraamde waarde de toepasselijke drempelwaarde overschrijdt onderhands te gunnen, moet hij (behalve in geval van dwingende spoed) het sluiten van de overeenkomst opschorten gedurende een termijn van minstens 10 kalenderdagen, nadat hij is overgegaan tot een passende bekendmaking via een vereenvoudigde aankondiging van een geplaatste opdracht.
- Een onwettig gesloten overeenkomst heeft geen rechtsgevolgen.  
De gevolgen van een dergelijke onrechtmatigheid op de uitwerking van de overeenkomst worden bepaald door de bevoegde beroepsinstantie. De zaak moet echter bij deze instantie door een ondernemer aanhangig worden gemaakt voor het verstrijken van een verjaringstermijn van zes maanden vanaf de feitelijke datum waarop de overeenkomst tot stand komt.

Het zal wellicht nog enkele jaren duren voordat het voorstel voor een nieuwe rechtsbeschermingsrichtlijn definitief zal zijn. Hopelijk gaat de Nederlandse wetgever dit voorstel niet aangrijpen om een kortere Alcateltermijn in het Bao op te nemen dan de huidige 15 dagen. Deze termijn is al bijzonder kort. Inschrijvers worden door deze korte termijn vaak gedwongen om een procedure te beginnen zonder voldoende kennis van hun positie en de feiten.

---

<sup>14</sup> Voorstel voor een richtlijn van het Europees parlement en de raad tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. COM(2006) 195 def.

#### 4. Snel en voortvarend procederen

Van de inschrijvers mag worden verwacht dat zij snel en doeltreffend in actie komen indien zij bezwaar wensen te maken tegen een gunningsbesluit of tegen enig ander voor beroep vatbaar besluit in een aanbesteding<sup>15</sup>. Dit is door het Hof van Justitie van de EG bepaald in het Grossman-arrest. In deze zaak had de eisende partij afgezien van inschrijving wegens discriminerende specificaties van het bestek. Hij vecht het gunningsbesluit aan en krijgt tegengeworpen dat het beroep tardief is omdat hij in een eerder stadium de vaststelling van de litigieuze specificaties had kunnen aanvechten. Het Hof oordeelde dat iemand die niet heeft deelgenomen aan een aanbestedingsprocedure en geen beroep heeft ingesteld tegen de oproep tot inschrijving geacht wordt geen belang meer te hebben bij gunning en derhalve geen mogelijkheid meer heeft tot beroepsprocedures als genoemd in de Rechtsbeschermingsrichtlijn.

HvJEG C-230/02 Grossmann

“37 Vastgesteld moet worden dat wanneer een persoon geen beroep instelt tegen een besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van een oproep tot inschrijving, ofschoon hij zich daardoor gediscrimineerd acht omdat zij hem beletten op zinvolle wijze deel te nemen aan de betrokken aanbestedingsprocedure, en de kennisgeving van het besluit tot gunning van de opdracht afwacht vooraleer deze juist op grond van de discriminerende aard van genoemde specificaties aan te vechten voor de verantwoordelijke instantie, zulks niet beantwoordt aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van richtlijn 89/665.

38 Een dergelijke handelwijze belemmert immers de daadwerkelijke toepassing van de communautaire richtlijnen inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, omdat zij de instelling van beroepsprocedures, waarvoor de lidstaten ingevolge richtlijn 89/665 moeten zorgen, zonder objectieve reden kan vertragen.

39 In deze omstandigheden doet het niet af aan de nuttige werking van genoemde richtlijn, wanneer aan een persoon die noch heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, noch beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving, wordt geacht geen belang te hebben bij de gunning van de betrokken opdracht en bijgevolg geen toegang heeft tot de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665.”

Door de Alcatel-termijn worden inschrijvers al gedwongen tot snel en voortvarend procederen nadat het gunningsbesluit is genomen. De vraag rijst of inschrijvers op basis van het Grossmann-arrest al voor sluitingstermijn moeten ageren tegen mogelijk eerder geconstateerde gebreken tijdens de aanbestedingsprocedure. Door de meeste rechters wordt hier afwijzend op gereageerd.

De Voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag oordeelt in een recente uitspraak inzake de verwarring tussen selectie- en gunningscriteria welke na gunning aanhangig is gemaakt (2 november 2006 GOM schoonhouden/gemeente Leidschendam-Voorburg en gemeente Wassenaar en CSU Total Care b.v. ) als volgt: “ Het beroep van de gemeenten op het Grossmann-arrest slaagt niet. GOM heeft er terecht op gewezen dat een vergelijking met die zaak mank gaat, nu het daarbij ging om een procespartij die niet had deelgenomen aan de betreffende aanbestedingsprocedure. Daarnaast is van belang dat GOM onbetwist heeft aangevoerd dat tussen de gemeenten en de inschrijvers een zogenoemde Alcatel-regeling is overeengekomen. Doel en strekking van deze regeling is dat deelnemers de mogelijkheid dienen te hebben om tijdig bezwaar te kunnen maken tegen het voorgenomen gunningsbesluit van de aanbesteder. GOM heeft voorshands terecht aangevoerd dat zij door het opnemen van een Alcatel-regeling in het bestek erop

<sup>15</sup> HvJ EG C-315/01 GAT/OSAG 19 juni 2003.

*mocht vertrouwen eventuele bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure tijdens de Alcatel-termijn te kunnen aanvoeren.”*

Maar in een geval waarin de eisende partij niet heeft ingeschreven op de aanbesteding, maar voorafgaand aan de sluitingstermijn reeds op heraanbesteding heeft aangedrongen, wordt de eiser ook ontvankelijk verklaard. Uit het vonnis van de Rechtbank Arnhem in deze zaak blijkt echter niet of nadrukkelijk een beroep op Grossman is gedaan. De Voorzieningenrechter oordeelt: *“NRG vordert – kort gezegd- staking van de aanbestedingsprocedure omdat volgens haar ernstige gebreken kleven aan het bestek en procedurele regels zijn overtreden. Voor NRG zijn deze gebreken zo ernstig dat zij niet tot een offerte heeft kunnen komen. In dit licht bezien brengt het feit dat NRG niet heeft ingeschreven vanzelfsprekend niet mee dat zij niet kan worden ontvangen in haar vordering.”*<sup>16</sup>

Er is geen enkele aanbestedingsregel die een inschrijver verplicht om haar bezwaren tegen de opzet van de procedure en/of een onjuiste toepassing van de aanbestedingsregels aan de aanbestedende dienst vóór de inschrijvingsdatum kenbaar te maken. Integendeel, uit aanbestedingsregelgeving en Europese en nationale rechtspraak vloeit voort dat een inschrijver de vrijheid heeft om zijn bezwaren tegen de aanbestedingsprocedure pas naar voren te brengen bij het gunnen van een opdracht.<sup>17</sup> In de regel en in de praktijk gebeurt dit dan ook gedurende de Alcateltermijn, zoals is vastgelegd in artikel 55 Bao.

Voorzieningenrechter Rechtbank Almelo 27 februari 2006 Eiseres b.v./Stichting Regionaal Opleidingscentrum van Twente (ROC) en tussenkomende partij BAM-Dura LJN: AV2994 *“Aan de kant van eiseres is het geen substantieel gebrek achteraf te constateren dat er wezenlijke onderdelen van de aanbesteding zijn misgegaan. Het is dan niet tardief om tegen de voorgenomen gunning op te komen. Eiseres heeft als inschrijver immers een direct belang bij de gunning van het werk. De situatie van de HJEG-zaak C-230/02, Grossmann, waar het ROC en BAM-Dura zich op beroepen, doet zich hier niet voor. Grossmann kon zich in die procedure op geen enkel reëel belang beroepen.”*

Voorzieningenrechter Rechtbank Groningen 29 augustus 2006 Arcadis Regio b.v./gemeente Groningen (LJN: AY7249) *“De Voorzieningenrechter volgt de Gemeente niet in haar stelling dat Arcadis in een eerder stadium van de aanbestedingsprocedure had kunnen en dienen op te komen tegen het vereiste met betrekking tot de aanvangsdatum van de referentieprojecten. Hoewel er in een eerder stadium inderdaad mogelijkheden waren om dienaangaande informatie in te winnen en Arcadis dit heeft nagelaten, ziet de voorzieningenrechter, mede in het licht van de Europese Rechtsbeschermingsrichtlijnen, hierin onvoldoende reden om Arcadis de mogelijkheid te onthouden op te komen tegen een haar niet welgevallige beslissing van de Gemeente inzake de aanbesteding. “*

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag 15 december 2005 PrimaPost/De Staat, 15 december 2005, r.o. 3.4 , waarin het verweer van gedaagde dat eiseres te laat bezwaar heeft gemaakt tegen het hanteren van geschiktheidseisen als gunningscriteria wordt verworpen omdat, aldus de voorzieningenrechter *“Voor rechtsverwerking is enkel stilzitten onvoldoende”*.

Vgl. ook V.zr. Rb. Den Haag 3 maart 2006, rolnr. KG 06/16 en Hof Amsterdam , d.d. 15 december 2005, LJN: AV3114.

In de toelichting op artikel 55 Bao is opgenomen: *“(…) Deze termijn wordt voldoende geacht voor ondernemers om te beoordelen of de regels van dit besluit zijn nageleefd en om een*

<sup>16</sup> Voorzieningenrechter Rechtbank Arnhem 1 juli 2006 NRG Benelux b.v./Wageningen Universiteit c.s. LJN: AY0430.

<sup>17</sup> Vgl. ook conclusie A-G (overweging 4.18) bij arrest Hoge Raad d.d. 4 november 2005, LJN: AU2806.

voorziening te vragen bij de rechter of de Raad van Arbitrage". De wetgever heeft dus duidelijk en expliciet voorzien in de mogelijkheid voor afgewezen inschrijvers om (juist) gedurende de Alcateltermijn te beoordelen of de aanbestedende dienst conform de aanbestedingsregels, waaronder een correcte toepassing van selectie- en gunningscriteria, heeft plaatsgevonden en bij onregelmatigheden dit ter toetsing aan een rechter voor te leggen.

Toch is er duidelijk een tendens waarneembaar dat in procedures steeds vaker een beroep wordt gedaan op het Grossman-arrest. Dit is ook te verklaren gezien het feit dat steeds vaker een beroep wordt gedaan op formele gebreken in de aanbestedingsprocedure zoals bijvoorbeeld verwarring tussen selectie- en gunningscriteria. Door het Wienstrom-arrest van het Hof van Justitie van de EG<sup>18</sup> moeten dergelijke fouten in de aanbestedingsprocedure worden afgestraft met stopzetting van de aanbestedingsprocedure. De keerzijde van de medaille is dan dat van potentiële inschrijvers mag worden verwacht in een vroegtijdig stadium, voor de sluitingstermijn van de offertes, de aanbestedende dienst hierop te attenderen. Het nalaten hiervan heeft echter voor zover mij bekend tot nu toe nog niet niet-ontvankelijkheid geleid. Van Nouhuys heeft een mooie uiteenzetting gegeven over deze problematiek in het Tijdschrift Aanbestedingsrecht van april 2006, waar ik gemakshalve naar verwijs.

## 5. Ongeldige inschrijving/geen belang

Ten slotte blijken veel zaken te worden afgedaan, omdat de inschrijver geen belang heeft. Dit is dan met name het geval indien een ongeldige inschrijving is gedaan, bijvoorbeeld wegens het niet voldoen aan bestekseisen. Indien inschrijvingen als ongeldig worden aangemerkt, worden zij geacht niet te zijn gedaan, zodat zij geen deel meer uitmaken van het aanbestedingsproces. Deze inschrijvers hebben hierdoor geen belang meer bij hun vorderingen en worden niet-ontvankelijk verklaard in hun vorderingen.

Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 17 mei 2005 Aannemingsbedrijf Van Gelder b.v. e.a. (Combinatie) tegen de Staat der Nederlanden (Ministerie van Verkeer en Waterstaat, Rijkswaterstaat, directie Oost-Nederland) en Heijmans Infrastructuur b.v.

*"Deze ongeldigheid brengt met zich mee dat de inschrijving van de Combinatie geacht moet worden niet te zijn gedaan, zodat de Combinatie geen deel uitmaakt van het aanbestedingsproces. De Combinatie heeft hierdoor geen belang bij haar vorderingen. Haar stellingen kunnen derhalve onbesproken blijven en worden door de Voorzieningenrechter afgewezen."*

Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 30 mei 2006 Arbo Unie b.v./gemeente Den Haag en Maetis Arbo n.v.

*"De gemeente heeft de aanbidding van Arbo Unie voor perceel B terecht ongeldig bevonden. Nu de inschrijvers verplicht waren voor beide percelen in te schrijven moet Arbo Unie geacht worden in het geheel geen aanbidding te hebben gedaan. Aldus ontbreekt het haar aan belang en wordt zij niet-ontvankelijk verklaard."*

Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Hertogenbosch 30 juni 2006 Centric IT solutions b.v./Gemeente Eindhoven en Gouw Informatie Technologie b.v. LJN: AY5180

*"De Voorzieningenrechter oordeelt dat Centric niet aan twee eisen voldoet op grond waarvan de gemeente verplicht is Centric uit te sluiten. Het is vaste rechtspraak dat wie terecht is uitgesloten niet meer kan klagen over onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure."*

Idem Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 20 maart 2006 Jenrick CPI

---

<sup>18</sup> HvJEG C-448/01 van 4 december 2003.

Nederland b.v./Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) LJN: AY6863; Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 18 mei 2006 Getronics PinkRocade Nederland b.v./Staat der Nederlanden (Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) LJN: AY7482.

Indien echter de ongeldigheid van de inschrijving wordt veroorzaakt door bijvoorbeeld een ongeldig gunningscriterium, wat regelmatig voorkomt in geval van verwarring van selectie- en gunningscriteria, dan kan een beroep op de ongeldigheid van de inschrijving door de aanbestedende dienst niet slagen om gedaagde haar vorderingen te ontzeggen. Dit blijkt uit een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch (r.o. 4.4.2), d.d. 20 april 2004, inzake de gemeente Maastricht tegen Connexion Taxi Services, LJN: AO9430:

*“(r.o. 4.4.2) Dienaangaande overweegt het hof, dat indien zou moeten worden geoordeeld dat de gemeente het aangevallen gunningscriterium niet mag stellen, het gevolg daarvan zou zijn dat CTS geen onvolledige en daardoor onregelmatige aanbidding heeft gedaan door de op dit criterium betrekking hebbende vragen niet of onvolledig in te vullen. In dat geval slaagt het beroep op niet ontvankelijkheid derhalve niet. Eenzelfde aanbidding van CTS in een eventuele heraanbesteding is dus in elk geval in zoverre evenmin onvolledig”.*

Uit een recente uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag lijkt zelfs de conclusie te kunnen worden getrokken dat ongeldigheid van een inschrijving geen soelaas biedt indien de aanbesteding moet worden ingetrokken, om welke reden dan ook. Dus zelfs als de ongeldigheid niet specifiek wordt veroorzaakt door een ongeldig criterium. (2 november 2006 GOM Schoonhouden b.v./gemeente Leidschendam-Voorburg en gemeente Wassenaar en CSU Total Care b.v.) :

*“Gelet op het boven overwogene heeft GOM voldoende aannemelijk gemaakt dat de gemeenten verschillende geschiktheidscriteria ten onrechte hebben beoordeeld als gunningscriteria. De gemeenten hebben hiermee gehandeld in strijd met de beginselen van het (Europese) aanbestedingsrecht. Het niet-ontvankelijkheidsverweer van de gemeenten en CSU behoeft evenals de overige bezwaren van GOM daarom geen bespreking meer.”*

Mijns inziens is dit een juiste volgorde van beoordeling: eerst de vraag beantwoorden of de aanbestedingsprocedure en de gehanteerde criteria rechtmatig zijn, en uitsluitend indien deze vraag bevestigd kan worden komt de vraag van de ongeldigheid van de inschrijving aan bod en de mogelijke niet-ontvankelijkheid.

## **6. Tot slot**

Hiermee wil ik mijn presentatie van vanmiddag afsluiten. Ik wil daarbij nog opmerken dat alle behandelde jurisprudentie zeer casuïstisch van aard is en dat de weergave van feiten gebaseerd is op de inhoud van een vonnis. De ervaring leert dat de feiten wellicht in werkelijkheid genuanceerder liggen, waardoor de uitspraak in een ander daglicht komt te staan. Ik vraag advocaten in de zaal die betrokken zijn geweest bij zaken die ik vanmiddag heb behandeld dan ook nadrukkelijk om te reageren, indien het vonnis geen recht doet aan de door mij, op basis van het vonnis, geschetste werkelijkheid.