

University of Groningen

## Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures

van Heeswijck, Arthur Jeffrey

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*  
Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*  
2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*  
van Heeswijck, A. J. (2014). *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## 1 INLEIDING

In de voorgaande hoofdstukken zijn de rechtsmiddelen besproken die inschrijvers ten dienste staan om naleving van de aanbestedingsregels af te dwingen en schadevergoeding te verkrijgen. Hierbij zijn met name de te vervullen materiële voorwaarden aan de orde gekomen voor het opleggen van een sanctie aan de aanbesteder. Geen recht is absoluut. Zelfs wanneer alle voorwaarden zijn vervuld, kunnen er gronden zijn om de eiser niet-ontvankelijk te verklaren of een vordering af te wijzen. In dit hoofdstuk wordt aandacht besteed aan twee obstakels waarop inschrijvers met regelmaat stuiten bij het instellen van een rechtsmiddel; het belangvereiste en het Grossmann-verweer.<sup>1</sup>

In paragraaf 2 komt het procesbelang van de inschrijver aan bod. Paragraaf 3 is gewijd aan het Grossmann-verweer.

## 2 PROCESBELANG

### 2.1 INLEIDING

Ingevolge artikel 3:303 BW komt zonder belang niemand een rechtsvordering toe. Deze regel geeft uitdrukking aan het adagium *point d'intérêt point d'action*.<sup>2</sup> In aanbestedingsgeschillen wordt naar verhouding vaak toepassing gegeven aan artikel 3:303 BW, in het bijzonder wanneer de afgewezen inschrijver die een voorlopige maatregel heeft gevorderd een ongeldige inschrijving heeft gedaan. De gevolgde redenering is dan dat de inschrijving van deze eiser geacht moet worden niet te zijn gedaan en dus geen deel uitmaakt van de aanbestedingsprocedure. Daardoor zou een belang bij een rechtsvordering ontbreken.<sup>3</sup> Een uitzondering geldt in ieder geval voor zover bezwaren zijn gericht tegen eisen op basis waarvan de inschrijving

---

1 Procesbelang is in wezen een materiële voorwaarde. Procesbelang wordt echter verondersteld aanwezig te zijn en komt in de regel pas aan de orde, wanneer de gedaagde het belang van de eiser betwist. Om deze reden is ervoor gekozen dit onderwerp afzonderlijk te behandelen.

2 Parl. Gesch. Boek 3, p. 915. Vrij vertaald: geen belang, geen actie.

3 Hof Leeuwarden 9 januari 2008, *LJN* BC1858, r.o. 12; V.zr. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, *JAAN* 2013, 141, m.nt. Ritsema-van Eck, r.o. 4.11; V.zr. Rb. Den Haag 11 februari 2010, *LJN* BL6601, r.o. 3.9; V.zr. Rb. Den Haag 20 maart 2006, *LJN* AY6863, r.o. 3.3.

ongeldig is verklaard.<sup>4</sup> Soms maken voorzieningenrechtters nog een uitzondering voor de ongeldige inschrijver die de geldigheid van de inschrijving van een andere inschrijver ter discussie stelt,<sup>5</sup> in het bijzonder wanneer naast de ongeldige inschrijver slechts één andere ondernemer heeft ingeschreven.<sup>6</sup>

Ik meen dat deze jurisprudentie van een onjuiste rechtsopvatting uitgaat.<sup>7</sup> In deze paragraaf werk ik dit standpunt uit. Paragraaf 2.2 begint met een algemene beschouwing over het belangvereiste van artikel 3:303 BW. In paragraaf 2.3 doe ik een poging de in mijn ogen onjuiste toepassing van dit vereiste door (voorzieningen)rechtters te verklaren. In paragraaf 2.4 komt mijn eigen visie op de toepassing van het belangvereiste van artikel 3:303 BW in aanbestedingsgeschillen aan bod. Daarbij komen tevens de door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen gestelde eisen aan de orde.

Zoals hierna zal blijken pleit ik voor een ruime toegang van (potentiële) inschrijvers tot de rechter. Om misverstanden te voorkomen, wijs ik erop voorhand op dat daarmee niet is gezegd dat gegronde bezwaren direct tot een sanctie moeten leiden. Voor het toekennen van schadevergoeding, het opleggen van een voorlopige maatregel en het vernietigen van een overeenkomst zijn materiële voorwaarden te vervullen. Die materiële voorwaarden zijn in de voorgaande hoofdstukken besproken.<sup>8</sup>

## 2.2 HET BELANGVEREISTE VAN ARTIKEL 3:303 BW

Er is geen consensus over de aard van het belang dat nodig is om een procedure te rechtvaardigen.<sup>9</sup> De discussie is of het in artikel 3:303 BW bedoelde belang niet alleen een processueel, maar tevens een materieel belang omvat. Een processueel belang ziet op de juridische positie van de eiser bij toewijzing van zijn vordering.<sup>10</sup> Wanneer toewijzing geen, althans onvoldoende, verschil maakt voor de positie van de eiser, ontbreekt voldoende belang. Een materieel belang ziet op de mate van betrokkenheid van de eiser bij de rechtsbetrekking die aan de vordering ten grondslag ligt.<sup>11</sup>

4 Hof Leeuwarden 5 juni 2012, *LJN* BW 7551, r.o. 4; Hof Den Bosch 20 april 2004, *BR* 2005, 86, m.nt. Orobio de Castro & Janssen, r.o. 4.4.2.

5 V zr. Rb. Leeuwarden 23 september 2009, *LJN* BJ8525, r.o. 6.3.

6 V zr. Rb. Den Haag 8 november 2006, *LJN* AZ1827, r.o. 4.4. Zie ook V zr. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, *LJN* BW0035, r.o. 4.2. Het Hof Leeuwarden benadrukt dat eerst de geldigheid van de inschrijving van de eisende partij moet worden onderzocht, voordat aan de beoordeling van de geldigheid van een inschrijving van een andere inschrijver wordt toegekomen. Het Hof Leeuwarden lijkt dus geen plaats te zien voor deze uitzondering; zie Hof Leeuwarden 9 januari 2008, *LJN* BC1858, r.o. 12.

7 Zie eerder Heemskerk 2007a; Jansen 2007; Heemskerk 2007b; Van Heeswijck 2009.

8 Zie hoofdstuk 4 over de schadevergoedingsvordering, hoofdstuk 5 over voorlopige maatregelen in kort geding en hoofdstuk 6 over vernietiging van overeenkomsten.

9 Deurvorst (Onrechtmatige daad II), regeling Boek 6 BW, aant. 151.

10 Van Nispen 1978, p. 171; Deurvorst (Onrechtmatige daad II), regeling Boek 6 BW, aant. 151.

11 Van Nispen 2003, p. 26; Deurvorst (Onrechtmatige daad II), regeling Boek 6 BW, aant. 151.

Als de belangen van de eiser in onvoldoende mate bij die rechtsbetrekking zijn betrokken, ontbreekt voldoende materieel belang.<sup>12</sup>

In navolging van Van Nispen meen ik dat onder het in artikel 3:303 BW bedoelde belang uitsluitend een processueel belang moet worden verstaan.<sup>13</sup> Het noodzakelijke materiële belang van de eiser bij de rechtsbetrekking komt al tot uitdrukking in het relativiteitsvereiste.<sup>14</sup> Wanneer de geschonden regel niet strekt tot bescherming van de belangen van de eiser, stuit een op onrechtmatige daad gebaseerde rechtsvordering af op artikel 6:163 BW en niet op artikel 3:303 BW.<sup>15</sup> Bij toetsing aan het belangvereiste staat de rechter dus slechts voor de beantwoording van de volgende vraag: gesteld dat de materiële voorwaarden zijn vervuld, heeft de eiser dan belang bij toewijzing van zijn vordering?<sup>16</sup> Voldoende belang mag blijkens de parlementaire geschiedenis worden verondersteld. Slechts bij uitzondering zal de eiser voldoende belang moeten bewijzen.<sup>17</sup>

### 2.3 DE AANBESTEDINGSRECHTELIJKE JURISPRUDENTIE OVER HET BELANGVEREISTE

Voldoende belang mag in de regel worden aangenomen. In de praktijk vormt het belangvereiste dan ook bij uitzondering een obstakel.<sup>18</sup> Aanbestedingsgeschillen lijken hierop een uitzondering te vormen. Dit betekent vanzelfsprekend nog niet dat rechters het belangvereiste van artikel 3:303 BW in aanbestedingsgeschillen onjuist toepassen, maar opmerkelijk is het wel.

De in mijn ogen onjuiste rechtsopvatting in de jurisprudentie over de toepassing van het belangvereiste in aanbestedingsgeschillen houdt geen verband met de in de vorige paragraaf besproken controversie over de aard van het in artikel 3:303 BW bedoelde belang. De denkfout schuilt in het gehanteerde vertrekpunt; de inschrijving van de ondernemer die ongeldig is, wordt geacht niet te zijn gedaan.<sup>19</sup> Dit is een fictie, want er wordt een toestand aangenomen die in strijd is met de werkelijkheid.<sup>20</sup> Er is immers wel een inschrijving gedaan, maar daaraan kleefde een gebrek. Deze fictie is historisch verklaarbaar. Zij werd namelijk al gehanteerd door de Raad van Arbitrage voor de Bouw in aanbestedingsgeschillen. De Raad had daarvoor

---

12 Zie voor een heldere omschrijving van het onderscheid tussen processueel en materieel belang Van Nispen 1978, p. 171-173.

13 Van Nispen 2003, p. 26. Zie ook Van Nispen 1978, p. 171-173.

14 Van Nispen 1978, p. 172.

15 Zie over het relativiteitsvereiste hoofdstuk 4, § 2.3.5.

16 Van Nispen 2003, p. 26; Deurvorst (Onrechtmatige daad II), regeling Boek 6 BW, aant. 151.

17 Parl. Gesch. Boek 3, p. 915.

18 Degene voor wie toewijzing van de vordering geen verschil maakt voor de feitelijke of juridische positie laat het aanhangig maken van een procedure immers wel achterwege.

19 Zie de jurisprudentie aangehaald in voetnoot 3.

20 Zie ook Heemskerk 2007a, p. 120. Zie voor een beschouwing over ficties en het onderscheid tussen ficties en vermoedens Zwart 2010, p. 208-209; Asser/Scholten 1974, p. 51.

goede redenen. De aanbestedingsreglementen die in die geschillen van toepassing waren, bepaalden namelijk dat inschrijvingen waaraan voorwaarden zijn verbonden, geacht worden niet te zijn gedaan.<sup>21</sup> Het begrip ‘voorwaarde’ werd ruim uitgelegd. Daaronder vielen volgens de Raad tevens niet-besteksconforme inschrijvingen.<sup>22</sup> De overheidsrechter lijkt bij de jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouw aansluiting te hebben gezocht.

De fictie is een tijdelijk hulpmiddel, een fase in de rechtsontwikkeling. Zij kan nodig zijn zolang het recht met de voorhanden feiten niet uit de voeten kan en om die reden de feiten anders ziet, weglaat of toevoegt.<sup>23</sup> Ficties moeten zo spoedig mogelijk uit de wereld worden geholpen. Beter is het nog ze te vermijden, aldus Scholtens.<sup>24</sup> Naar mijn mening heeft nimmer behoefte bestaan aan de door het UAR in het leven geroepen fictie dat een inschrijving waaraan een voorwaarde is verbonden, geacht moet worden niet te zijn gedaan. Ook zonder deze fictie zouden arbiters en rechters uitstekend uit de voeten moeten kunnen met het belangvereiste van artikel 3:303 BW.<sup>25</sup> Wat hier ook van zij: het UAR wordt tegenwoordig nauwelijks toegepast. In het ARW 2005 en het ARW 2012 komt de fictie niet meer voor. De fictie dat een ongeldige inschrijving geacht wordt niet te zijn gedaan, is in de jurisprudentie een eigen leven gaan leiden; zij heeft geen grondslag. Het wordt tijd dat aan de jurisprudentie waarin die fictie als vertrekpunt wordt genomen een einde komt.<sup>26</sup>

#### 2.4 TOEPASSING VAN HET BELANGVEREISTE IN AANBESTEDINGSGESCHILLEN

In een analyse van de toepasselijke regels voor de rechtsbescherming bij Europese aanbestedingen kunnen de Rechtsbeschermingsrichtlijnen natuurlijk niet buiten beschouwing blijven. De kring van beroepsgerechtigden is in artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen geregeld.<sup>27</sup> Deze bepaling luidt als volgt:

“De lidstaten dragen er zorg voor dat beroepsprocedures, volgens modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen, op zijn minst toegankelijk zijn voor een ieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.”

In deze bepaling kunnen twee elementen worden onderscheiden. Ten eerste een belang bij de gunning van een bepaalde opdracht.<sup>28</sup> Doordat dit belang

21 Zie o.a. art. 23 UAR-EG 1991; art. 16 UAR 2001.

22 RvA 21 april 1995, nr. 17.843.

23 Zwart 2010, p. 209-210 onder verwijzing naar o.a. Asser/Scholtens 1974, p. 52-53.

24 Asser/Scholtens 1974, p. 52-53.

25 Zie hierna § 2.4.

26 Er zijn rechters die van de lijn in de jurisprudentie afwijken; zie bijv. V.zr. Rb. Groningen 25 januari 2008, *LJN* BC2970, r.o. 5.1.

27 Zie over deze bepaling ook hoofdstuk 2, § 3.2.3.

ziet op het voorwerp van het geschil - de gunning van een bepaalde opdracht – lijkt de enkele interesse in de opdracht al te volstaan voor het aannemen van het in artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen bedoelde belang. Dit criterium wijkt af van dat van het belangvereiste van artikel 3:303 BW. Bij toepassing van het belangvereiste van artikel 3:303 BW moet de rechter immers onderzoeken of toewijzing van de vordering daadwerkelijk verschil maakt voor de juridische positie van de eiser.<sup>29</sup> In het recente arrest *Fastweb* heeft het HvJ echter een uitleg aan artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren gegeven die aansluit bij de toepassing van het belangvereiste van artikel 3:303 BW. In deze zaak had de afgewezen inschrijver die beroep had ingesteld, ongeldig ingeschreven. De inschrijving van zijn enige concurrent had op dezelfde gronden eveneens ongeldig moeten worden verklaard, maar dit was niet gebeurd. Het legitieme belang van de afgewezen inschrijver bij uitsluiting van de inschrijving van zijn concurrent was volgens het HvJ dat de aanbestedende dienst onder de gegeven omstandigheden niet tot gunning kon overgaan.<sup>30</sup> Het HvJ kende in *Fastweb* voor het aannemen van een legitiem belang dus betekenis toe aan de uitkomst van het ingestelde beroep voor de juridische positie van de afgewezen inschrijver. Hoewel deze uitleg op gespannen voet staat met de tekst van het eerste zinsdeel van artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, biedt het tweede zinsdeel - volgens de modaliteiten die de lidstaten kunnen bepalen - in de ogen van het HvJ kennelijk voldoende ruimte het procesbelang te betrekken op de rechtsvordering in plaats van het voorwerp van het geschil.

Het tweede in artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen te onderscheiden element is het geschaad zijn door de beweerde inbreuk.<sup>31</sup> Dit element biedt lidstaten de mogelijkheid de kring van beroepsgerechtigden door middel van een causaliteitseis te beperken.<sup>32</sup> Heemskerk heeft er terecht op gewezen dat artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen minimumeisen stelt aan de kring van beroepsgerechtigden.<sup>33</sup> De bewoordingen van artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, in het bijzonder het gebruik van de woorden “op zijn minst”, laten hierover geen twijfel bestaan.<sup>34</sup> Het staat lidstaten met andere woorden vrij te bepalen dat de (potentiële) inschrijver door de beweerde inbreuk is of

---

28 Althans een belang bij gunning hebben gehad.

29 Zie hiervoor § 2.2.

30 HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12 (*Fastweb*), r.o. 33.

31 Althans dreigen te worden geschaad.

32 Zie ook hoofdstuk 2, § 3.2.3.

33 Heemskerk 2007a, p. 119. Zie ook HvJ EG 4 oktober 2007, C-492/06 (*Consorzio/Elilombarda*), r.o. 26.

34 Dit is bevestigd in HvJ EG 19 juni 2003, C-249/01 (*Hackermüller*), r.o. 17. Zie in het bijzonder de authentieke Duitse versie van dit arrest, waarin het HvJ het woord “zumindest” bezigt. Dat art. 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn minimumeisen stelt, is in lijn met het karakter van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen als minimum harmonisatierichtlijnen; zie hoofdstuk 2, § 3.1.

dreigt te worden geschaad om toegang te krijgen tot de rechter, maar verplicht is dit niet.<sup>35</sup> De Nederlandse wetgever heeft de bevoegdheid om een causaliteitseis te stellen niet benut. De rechter zal het belang van de afgewezen inschrijver moeten toetsen aan artikel 3:303 BW. Deze bepaling stelt geen causaliteitseis. Een causaliteitseis vereist een inhoudelijke beoordeling van het vorderingsrecht en daarvoor is bij toetsing aan het belangvereiste van artikel 3:303 BW nu juist geen plaats.<sup>36</sup> Nu artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen slechts minimumeisen stelt aan het nationale recht van lidstaten, is er bovendien geen ruimte de causaliteitseis met behulp van een richtlijnconforme interpretatie in artikel 3:303 BW te lezen.<sup>37</sup> Richtlijnconforme interpretatie van nationale procesregels moet bijdragen aan de verwezenlijking van het Unierecht.<sup>38</sup> Van een bijdrage aan de verwezenlijking van het Unierecht is geen sprake, als de rechter met behulp van een richtlijnconforme interpretatie de uitoefening van de rechten die particulieren aan het Unierecht ontlenuen beperkt, terwijl het Unierecht, in dit geval artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, hem daartoe niet dwingt.

Doordat de wetgever de bevoegdheid om een causaliteitseis te stellen onbenut heeft gelaten, kan de rechter in aanbestedingsgeschillen in de meeste gevallen op de gebruikelijke wijze toepassing geven aan het belangvereiste van artikel 3:303 BW. Dit geldt zowel voor geschillen over Europese aanbestedingen als geschillen over nationale en particuliere aanbestedingen. In geschillen over Europese aanbestedingen zal de rechter rekening moeten houden met enige bijzondere eisen die uit de jurisprudentie van het HvJ voortvloeien. Blijkens *Espace Trianon* is het lidstaten bijvoorbeeld toegestaan het beroepsrecht in kort geding voor te behouden aan de gezamenlijke leden van een samenwerkingsverband. Een afzonderlijk lid van een samenwerkingsverband dat zelfstandig beroep heeft ingesteld mag niet-ontvankelijk worden verklaard.<sup>39</sup> Dit is ook de lijn is in de Nederlandse jurisprudentie.<sup>40</sup> Voor een schadevergoedingsvordering is deze beperking van de toegang tot de bevoegde beroepsinstantie echter niet geoorloofd.<sup>41</sup> De nationale rechter zal dit resultaat met behulp van een richtlijnconforme interpretatie moeten bereiken.

35 HvJ EG 19 juni 2003, C-249/01 (Hackermüller), r.o. 18.

36 Zie hiervoor § 2.2. Zie ook Van Heeswijck 2009, p. 301-302.

37 Anders: Hof Den Haag 24 maart 2009, *LJN* BH6192, r.o. 6. Ook Heemskerk 2007a, p. 120 en Jansen 2007, p. 340, lijken al dan niet met behulp van een richtlijnconforme interpretatie in art. 3:303 BW een causaliteitseis te lezen.

38 HvJ EG 13 maart 2007, C-432/05 (Unibet), r.o. 44. Zie ook hoofdstuk 2, § 2.2 en § 4.2.

39 HvJ EG 8 september 2005, C-129/04 (*Espace Trianon*), r.o. 22. Zie hoofdstuk 2, § 3.2.3.

40 V.zr. Rb. Leeuwarden 29 juli 2010, *LJN* BN2970, r.o. 5.4. Een poging om deze fout in hoger beroep recht te zetten bleek tevergeefs; zie Hof Leeuwarden 22 maart 2011, *LJN* BQ0523. Zie voorts V.zr. Rb. Den Haag 24 januari 2011, *LJN* BP1988; V.zr. Rb. Maastricht 4 juli 2008, *LJN* BD6941, r.o. 3.3.1. Anders: V.zr. Rb. 25 februari 2013, *ECLI* NL:RBAMS:2013:849, r.o. 4.2.

41 HvJ EU 6 mei 2010, de gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (Loutraki), r.o. 79-80. Zie ook hoofdstuk 2, § 3.2.3.

Aan het slot van deze paragraaf besteed ik aandacht aan de toepassing van het belangvereiste in relatie tot de ongeldige inschrijver. Het eerder genoemde arrest *Fastweb* brengt mee dat voldoende procesbelang van de ongeldige inschrijver die een bevel tot intrekking van de gunningsbeslissing vordert, moet worden aangenomen, wanneer er slechts één andere inschrijving is gedaan waarvan de geldigheid op identieke gronden wordt betwist.<sup>42</sup> De reikwijdte van dit arrest is beperkt tot geschillen over Europese aanbestedingen en is bovendien toegespitst op de specifieke omstandigheden van het geval. Toepassing van het belangvereiste in geschillen over nationale of particuliere aanbestedingen leidt echter tot dezelfde uitkomst. Voorts doet niet ter zake of de inschrijving van de concurrent op identieke of op andere gronden ongeldig had moeten worden verklaard. Waar het eenvoudigweg op aankomt is of toewijzing van het gevorderde bevel tot intrekking van de gunningsbeslissing verschil maakt voor de juridische positie van de afgewezen inschrijver. Dat is zonder meer het geval, als de aanbesteder niet tot gunning kan overgaan, wanneer de vordering van de afgewezen inschrijver zou worden toegewezen. De afgewezen inschrijver krijgt in voorkomend geval namelijk mogelijk een nieuwe kans op het verwerven van de opdracht.<sup>43</sup> Wanneer bij toewijzing van het gevorderde verbod tot gunning nog een of meer inschrijvers zouden overblijven die voor gunning in aanmerking komen, ligt de zaak mogelijk anders. Een afgewezen inschrijver kan er mogelijk belang bij hebben dat een bepaalde concurrent de opdracht niet verwerft. Onzeker is of dit een rechtens te respecteren belang is en zo ja, of dit belang voldoende zwaarwegend is om een procedure te rechtvaardigen. Hierover kan verschillend worden gedacht.

De ongeldige inschrijver behoudt voorts belang bij een vordering tot heraanbesteding, ook wanneer de rechter oordeelt dat de aanbesteder de inschrijving terecht ongeldig heeft verklaard. Dat de vordering hooguit voor toewijzing in aanmerking kan komen voor zover de bezwaren zijn gericht tegen de eisen op basis waarvan de inschrijving ter zijde is gelegd, doet niet ter zake. Toetsing aan het belangvereiste gaat uit van de hypothese dat de materiële voorwaarden voor toewijzing zijn vervuld.<sup>44</sup> De inhoudelijke beoordeling van de vordering volgt in een later stadium.<sup>45</sup>

---

42 HvJ EU 4 juli 2013, C-100/12 (*Fastweb*), r.o. 33. De benadering van het Hof Leeuwarden, waarin eerst de geldigheid van de inschrijving van de afgewezen inschrijver wordt onderzocht, behoort dus tot het verleden; zie Hof Leeuwarden 9 januari 2008, LJN: BC1858, r.o. 12.

43 Zie met name Vzr. Rb. Den Bosch 27 maart 2012, LJN BW0035, r.o. 4.2.

44 Zie hiervoor § 2.2.

45 Zie voor de inhoudelijke gronden waarop de vordering kan stranden met name hoofdstuk 5, § 3.2.2 en § 3.2.3.



### 3 HET GROSSMANN-VERWEER

#### 3.1 INLEIDING

Aanbesteden blijft ondanks alle elektronische hulpmiddelen mensenwerk. Aanbesteders kunnen bij de uitvoering van aanbestedingsprocedures fouten maken. Veel fouten, zoals onduidelijke voorwaarden of onrechtmatige criteria, kunnen zonder veel vertraging voor de aanbestedingsprocedure worden gerepareerd. Een aanbesteder die onbewust een fout maakt, kan een gebrek in zijn bestek niet herstellen, wanneer een potentiële inschrijver hem daarop niet tijdig attendeert. Potentiële inschrijvers die 'hun kruut droog houden' door bezwaren tegen eisen en criteria pas na de mededeling van de gunningsbeslissing kenbaar maken, kunnen de voortgang van de aanbestedingsprocedure frustreren. Als zij een rechtsvordering instellen, lopen zij het risico een 'Grossmann-verweer' tegengeworpen te krijgen. De strekking van dit verweer is kort gezegd dat het recht van de inschrijver om over onregelmatigheden te klagen, is vervallen, omdat daarover niet tijdig is geklaagd. Bij honorering van het Grossmann-verweer komt de rechter vaak niet toe aan de inhoudelijke beoordeling van de bezwaren.

Het 'Grossmann-verweer' ontleent zijn officieuze naam aan het gelijknamige arrest van het HvJ,<sup>46</sup> en wordt in de Nederlandse jurisprudentie meestal in de sleutel van rechtsverwerking geplaatst. Over dit onderwerp is al veel geschreven.<sup>47</sup> In *gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers* heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de betekenis van het Grossmann-arrest voor de Nederlandse rechtspraktijk.<sup>48</sup> Tot eenstemmigheid heeft dit alles niet geleid. In deze paragraaf geef ik mijn visie op het Grossmann-verweer.

Paragraaf 3.2 begint met een nadere beschouwing over *Grossmann*. In paragraaf 3.3 komt de betekenis van dit arrest voor het Nederlandse rechtstelsel aan bod. In paragraaf 3.4 wordt vervolgens een aantal gronden uitgewerkt waarop een Grossmann-verweer naar Nederlands recht kan worden gebaseerd.

#### 3.2 GROSSMANN NADER BELICHT

De feiten in *Grossmann* waren samengevat als volgt. Het Oostenrijkse Ministerie van Financiën (hierna: het ministerie) had een aanbestedingsprocedure uitgeschreven voor het verzorgen van vluchten voor de Oostenrijkse regering en haar delegaties. Grossmann Air Service, Bedarflufffahrunternehmen GmbH (hierna: Grossmann) had de aanbestedingsdocumenten bij het

---

46 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*).

47 Zie o.a. Van de Meent 2006; Van Nouhuys 2006; 't Hart 2009; Jansen in zijn noot onder HR 26 juni 2009, *TBR* 2009, p. 862-872; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 588-593; Van Nouhuys 2009; Jansen 2009, p. 118-138; Heemskerk & Semmekrot 2010; Ellian 2012; Knoups 2013.

48 HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306 (*gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers*).

ministerie opgevraagd, meer zag af van het indienen van een offerte. Bij brief van 8 oktober 1998 bracht het ministerie Grossmann op de hoogte van haar voornemen om de opdracht aan Lauda Air Luftfahrt AG (hierna: Lauda Air) te gunnen.

Grossmann stelde bij verzoekschrift van 19 oktober 1998 beroep in bij het Bundesvergabeamt en vorderde nietigverklaring van het besluit van het ministerie om de opdracht aan Lauda Air te gunnen. Het bezwaar van Grossmann kwam erop neer dat de aanbesteding van begin af aan op één inschrijver was toegesneden, te weten Lauda Air. Het Bundesvergabeamt verwierp het beroep van Grossmann, onder meer op grond van het feit dat Grossmann geen belang had aangetoond bij de gunning van de opdracht. Tegen deze uitspraak heeft Grossmann bezwaar aangetekend bij het Verfassungsgerichtshof. Het Verfassungsgerichtshof zag zich genoodzaakt het HvJ prejudiciële vragen te stellen over de uitleg van artikel 1 lid 3 en artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Het Verfassungsgerichtshof vroeg onder meer of deze bepalingen aldus moeten worden uitgelegd dat een ondernemer rechtens de mogelijkheid moet hebben om beroep in te stellen tegen een aanbesteding die in zijn ogen onrechtmatig of discriminerend is, ook wanneer hij niet in staat is de opdracht uit te voeren en daarom geen offerte heeft ingediend.<sup>49</sup>

Het HvJ herformuleerde de vragen van het Verfassungsgerichtshof. De te beantwoorden vraag was volgens het HvJ, voor zover relevant, of artikel 1 lid 3 en artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren aldus moeten worden uitgelegd dat zij *eraan in de weg staan* dat een ondernemer na de gunning van de opdracht wordt geacht geen toegang meer te hebben tot de beroepsprocedures, wanneer deze ondernemer niet heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, omdat hij vanwege vermeende discriminerende specificaties niet in staat zou zijn de opdracht uit te voeren en hij bovendien tegen die specificaties geen beroep heeft ingesteld vóór de gunning van de opdracht.<sup>50</sup>

Bij de beantwoording van deze vraag onderscheidde het HvJ twee aspecten. Ten eerste de omstandigheid dat de ondernemer niet had deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure waarover hij klaagde. Het HvJ overwoog, onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie,<sup>51</sup> dat lidstaten als voorwaarde voor de toegang tot de beroepsprocedures mogen stellen dat de betrokkene door de beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad. Op deze wijze kan deelname aan een aanbestedingsprocedure in beginsel een voorwaarde zijn voor het aannemen van procesbelang in de zin van artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Maar in dat geval moet de ondernemer wel de mogelijkheid hebben om vóór de datum van aanbesteding beroep in te stellen tegen in zijn ogen discriminerende specificaties.<sup>52</sup>

49 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann), r.o. 11-22.

50 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann), r.o. 23.

51 HvJ EG 19 juni 2003, C-249/01 (Hackermüller), r.o. 18.

52 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann), r.o. 25-30.

Het tweede aspect dat het HvJ onderscheidde betrof het nalaten van het instellen van beroep tegen de uitnodiging tot inschrijving die in de ogen van de ondernemer discriminerende specificaties bevatte. De centrale vraag of artikel 1 lid 3 en artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn zich verzetten tegen een nationale bepaling op grond waarvan een ondernemer die niet heeft deelgenomen aan een aanbestedingsprocedure en die bovendien geen beroep heeft ingesteld tegen de in zijn ogen discriminerende specificaties, geacht wordt geen belang te hebben bij de gunning van de opdracht, moest volgens het HvJ worden beantwoord aan hand van de doelstelling van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.<sup>53</sup> Het doel van de deze richtlijn is, aldus het HvJ, om de bestaande voorzieningen die de doeltreffende toepassing van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren moeten waarborgen zowel op nationaal als op Unieniveau te versterken, in het bijzonder in een stadium waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Het HvJ overwoog dat de handelswijze van een ondernemer die geen beroep instelt tegen vermeende discriminerende specificaties die hem beletten op zinvolle wijze in te schrijven en de kennisgeving van het besluit tot gunning afwacht alvorens de specificaties aan te vechten, niet beantwoordt aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren. Deze handelswijze belemmert namelijk de daadwerkelijke toepassing van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren, doordat zij beroepsprocedures zonder objectieve reden kan vertragen. De betrokken ondernemer mag volgens het HvJ worden geacht geen belang te hebben bij de gunning van de opdracht. Het HvJ oordeelde dan ook dat artikel 1 lid 3 en artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren zich niet verzetten tegen een nationale bepaling die na de gunning van de opdracht de toegang ontzegt aan een ondernemer die niet aan de aanbestedingsprocedure heeft deelgenomen, omdat hij vanwege vermeende discriminerende specificaties niet in staat zou zijn de opdracht uit te voeren, en die evenmin voor de gunning van de opdracht beroep heeft ingesteld tegen die specificaties.<sup>54</sup>

### 3.3 DE BETEKENIS VAN *GROSSMANN* VOOR HET NEDERLANDSE STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING BIJ AANBESTEDINGEN

De betekenis van *Grossmann* voor de Nederlandse rechtspraak is in de literatuur herhaaldelijk onderwerp van discussie geweest.<sup>55</sup> Het door de Hoge Raad gewezen arrest *gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers* heeft

53 Het HvJ past de teleologische uitlegmethode naar verhouding vaak toe bij de uitleg van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen; zie hoofdstuk 2, § 3.5.2.

54 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), r.o. 23.

55 Zie de hiervoor in voetnoot 47 aangehaalde literatuur.

aan deze discussie een sterke impuls gegeven.<sup>56</sup> In deze zaak had het gerechtshof in hoger beroep een op *Grossmann* gebaseerd verweer van de aanbestedende dienst verworpen. In cassatie stelde de aanbestedende dienst dat het gerechtshof had miskend dat uit *Grossmann* volgt dat een inschrijver verplicht is zich met klachten in een eerder stadium dan na de mededeling van de gunningsbeslissing tot de aanbestedende dienst te wenden. De Hoge Raad verwierp het betreffende cassatiemiddel. Hij overwoog dat de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren niet rechtstreeks verplichtingen aan een particulier kan opleggen. Dit liet weliswaar onverlet dat het gerechtshof procedurele verplichtingen had kunnen aannemen op basis van een richtlijnconforme uitleg, maar dit had het gerechtshof niet gedaan en hierover was in cassatie niet geklaagd.<sup>57</sup>

*Gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers* betrof een nationale openbare aanbesteding op basis van het ARW 2005, die niet onder de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren viel. Dat juist in deze zaak *Grossmann* uitgebreid aan de orde kwam, is op het eerste gezicht opmerkelijk. De reden daarvoor is waarschijnlijk de door advocaat-generaal Keus op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel bepleite toepassing van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren op nationale gevallen.<sup>58</sup> 't Hart heeft er terecht op gewezen dat advocaat-generaal Keus, en kennelijk in navolging van hem de Hoge Raad, bij toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel het verkeerde vertrekpunt heeft genomen.<sup>59</sup> Bij toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel geldt het nationale recht als vertrekpunt. Het nationale recht moet voor rechtsvorderingen die particulieren aan het Unierecht ontleen een gelijk niveau van rechtsbescherming bieden als 'soortgelijke' nationale rechtsvorderingen.<sup>60</sup> Wanneer in nationale aanbestedingen geen verplichting zou gelden voor ondernemers om bezwaren voor de gunning van de opdracht te melden, zou een dergelijke verplichting dus evenmin mogen worden aangenomen in Europese aanbestedingen.

Een voor de rechtspraktijk belangrijke vraag, die voorafgaat aan de vraag of de door het HvJ in *Grossmann* geformuleerde regel is toe te passen in geschillen over nationale aanbestedingen, is of de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren lidstaten dwingt een klachtplicht aan ondernemers op te leggen en aan de schending daarvan gevolgen te verbinden voor het recht om over onregelmatigheden in een aanbestedingsprocedure te klagen, zoals de Hoge Raad in *gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers* suggereerde.<sup>61</sup>

---

56 HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306 (gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers), *TBR* 2009, m.nt. Jansen, p. 862-872.

57 HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306 (gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers), r.o. 3.5.3.

58 Zie conclusie A-G Keus voor HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306 (gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers), punt 4.7.

59 't Hart 2009, p. 908 en p. 910.

60 Zie over toetsing van nationaal recht aan het gelijkwaardigheidsbeginsel hoofdstuk 2, § 2.5.2.

61 HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306 (gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers), r.o. 3.5.3.

Wanneer deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, is er namelijk in ieder geval geen plaats om met behulp van een richtlijnconforme interpretatie aan een afwachtende houding rechtsgevolgen verbinden en kan een klachtplicht hooguit op het nationale recht worden gebaseerd. Net als 't Hart kan ik in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen geen klachtplicht voor ondernemers ontdekken.<sup>62</sup> Het HvJ heeft naar mening in *Grossmann* evenmin een klachtplicht uit de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren afgeleid. Het HvJ heeft enkel geoordeeld dat artikel 1 lid 3 en artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren *niet verzetten* tegen een nationale bepaling die de toegang ontzegt aan een ondernemer die pas na de kennisgeving van het besluit tot gunning beroep instelt tegen vermeende discriminerende specificaties die hem beletten zinvol in te schrijven.<sup>63</sup> Het HvJ heeft door de gekozen bewoordingen in *Grossmann* de indruk gewekt een voorstander te zijn van nationale bepalingen die het beroepsrecht van afwachtende ondernemers beperken.<sup>64</sup> Dit heeft mogelijk bijgedragen aan het ontstaan van misverstanden over de betekenis van dit arrest voor de Nederlandse rechtspraak.<sup>65</sup> Indien het HvJ daadwerkelijk meende dat een juiste uitleg van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren meebrengt dat lidstaten aan ondernemers een klachtplicht moeten opleggen, dan had het in *Grossmann* de prejudiciële vragen van het Verfassungsgerichtshof niet opnieuw geformuleerd op de wijze waarop het dit heeft gedaan.<sup>66</sup>

De betekenis van *Grossmann* voor het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming is dus beperkt; de Rechtsbeschermingsrichtlijnen verzetten zich niet tegen nationale bepalingen die onder de specifieke omstandigheden die in *Grossmann* aan de orde waren, rechtsgevolgen verbinden aan een afwachtende houding van een ondernemer voor zijn belang om over onregelmatigheden in een aanbestedingsprocedure te klagen.<sup>67</sup> Het staat lidstaten met andere woorden vrij het beroepsrecht van afwachtende ondernemers te beperken, maar de Rechtsbeschermingsrichtlijnen dwingen hen daartoe niet.

---

62 't Hart 2009, p. 911.

63 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), r.o. 40. Zie ook 't Hart 2009, p. 911.

64 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), r.o. 37-38.

65 Van Nouhuys 2009, p. 1.

66 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), r.o. 23 en r.o. 34.

67 Weliswaar stond in *Grossmann* de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren centraal, maar niet aannemelijk is dat het HvJ in geschillen die onder de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren vallen, anders zal oordelen. De richtlijnbevestigingen die centraal stonden zijn nagenoeg gelijklopend.

### 3.4 NATIONALE GRONDEN DIE HET RECHT VAN (POTENTIËLE) INSCHRIJVERS OM OVER GEBREKEN IN AANBESTEDINGSPROCEDURES TE KLAGEN BEPERKEN

#### 3.4.1 Inleiding

Hoewel de betekenis van *Grossmann* voor de Nederlandse rechtspraak *de jure* beperkt is, speelt het arrest *de facto* in veel aanbestedingsgeschillen een belangrijke rol. De zoekterm ‘Grossmann’ levert in de zoekmachine voor jurisprudentie op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) veel treffers op. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen leggen direct, noch indirect een klachtplicht op aan (potentiële) inschrijvers. Er is dus een nationaalrechtelijke grondslag noodzakelijk om een ondernemer op grond van op *Grossmann* geïnspireerde verweren niet-ontvankelijk te verklaren of hem zijn vordering te ontzeggen.<sup>68</sup> In deze paragraaf werk ik een aantal van deze gronden uit. In paragraaf 3.3.2 besteed ik aandacht aan het leerstuk van rechtsverwerking. In paragraaf 3.3.3 komt de belangenafweging in kort geding aan de orde. In paragraaf 3.3.4 bespreek ik een grond waarop, voor zover mij bekend, nog geen beroep is gedaan in aanbestedingsgeschillen, namelijk de klachtplicht van artikel 6:89 BW.

#### 3.4.2 Rechtsverwerking

De overwegingen van het HvJ in *Grossmann* en de feiten die daaraan ten grondslag lagen, roepen naar Nederlands recht associaties op met het leerstuk van rechtsverwerking. Dat rechters op *Grossmann* geïnspireerde verweren vaak in de sleutel van dit leerstuk plaatsen, is dus niet verwonderlijk. Rechtsverwerking is een toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en leidt tot ‘verlies’ van het recht van de rechthebbende.<sup>69</sup> Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad is terughoudendheid bij toepassing van dit leerstuk op haar plaats.<sup>70</sup> Voor het aannemen van rechtsverwerking is enkel tijdsverloop onvoldoende. Daartoe is volgens de vaste formule van de Hoge Raad de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden vereist als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwaaard in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken.<sup>71</sup>

---

68 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 593; Ellian 2012, p. 522.

69 Art. 6:2 BW. Bij contractuele verbintenissen kan rechtsverwerking tevens worden gebaseerd op art. 6:248 lid 2 BW. Strikt genomen leidt rechtsverwerking niet tot verlies of tenietgaan van het recht. De rechthebbende kan zijn recht niet meer geldend maken. Zie over de rechtsgevolgen van rechtsverwerking Tjittes 2007, p. 47.

70 HR 20 mei 2005, *LJN* AS4406, r.o. 5.

71 HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 89 (Van den Bos/Provincial Insurance), r.o. 3.3.

Ook in *gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers* deed de aanbestedende dienst een beroep op rechtsverwerking. De Hoge Raad maakte daarmee korte metten. Hij overwoog dat het gerechtshof had te onderzoeken of de handelswijze van de inschrijver van dien aard was dat het geldend maken van zijn vorderingsrecht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. De aanbestedende dienst had zijn beroep op rechtsverwerking met onvoldoende feiten gestaafd. Het oordeel van het gerechtshof, dat het beroep van de aanbestedende dienst op rechtsverwerking had afgewezen, was volgens de Hoge Raad niet onbegrijpelijk en bovendien toereikend gemotiveerd.<sup>72</sup>

Uit *gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers* blijkt dat de Hoge Raad voor de beoordeling van een beroep op rechtsverwerking in aanbestedingsgeschillen dezelfde maatstaf hanteert als in andere geschillen.<sup>73</sup> Hoewel rechtsverwerking volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad in het algemeen niet snel mag worden aangenomen, is de betekenis van dit leerstuk in aanbestedingsgeschillen in potentie groot. Dat de Hoge Raad in *gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers* het beroep op rechtsverwerking in korte bewoordingen verwierp, is te wijten aan een gebrekkige onderbouwing van het verweer door de aanbestedende dienst.<sup>74</sup> Als de aanbestedende dienst of particuliere aanbesteder zijn beroep op rechtsverwerking met voldoende concrete feiten staft, heeft dit verweer een goede kans van slagen.<sup>75</sup> Ik licht dit als volgt toe.

Naast het wekken van gerechtvaardigd vertrouwen dat de aanspraak niet geldend zal worden gemaakt, is onredelijke benadeling of verzwaring van de positie van de schuldenaar een alternatief vereiste voor het aannemen van rechtsverwerking.<sup>76</sup> Rechtsverwerking is zoals gezegd een toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen spelen onder meer de maatschappelijke en persoonlijke belangen die bij het gegeven geval betrokken zijn een rol.<sup>77</sup> Uit de jurisprudentie van de Hoge Raad over rechtsverwerking blijkt dat de belangen van de schuldenaar die door de handelswijze van de schuldeiser worden geschaad, veel gewicht in de schaal kunnen leggen.

---

72 HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306 (*gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers*), r.o. 3.5.5.

73 Jansen 2009, p. 135.

74 Zie conclusie A-G Keus voor HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306 (*gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers*), punt 4.11-4.12. Ook in HR 18 januari 2013, *NJ* 2013, 317, r.o. 4.1.1-4.1.2 was een beroep op rechtsverwerking onvoldoende onderbouwd, waardoor de reikwijdte van *Grossmann* in cassatie niet aan de orde kwam.

75 Nu rechtsverwerking een kwestie van nationaal recht is, is dit leerstuk ook van belang voor nationale en zelfs particuliere aanbestedingen. Zie voor een voorbeeld van een particuliere aanbesteding waarin een beroep op rechtsverwerking werd gehonoreerd; *Vzr. Rb. Den Haag* 25 september 2012, *LJN* BX9779, r.o. 3.2-3.4.

76 HR 29 september 1995, *NJ* 1996, 89 (*Van den Bos/Provincial Insurance*), r.o. 3.3. Zie ook Tjittes 2007, p. 37.

77 Art. 3:12 BW.

Ter illustratie wijs ik op *Harsema c.s./De Twaalf Hoven*.<sup>78</sup> Dit arrest had betrekking op bezwaren van werknemers tegen een indelingsbesluit van hun werkgever, waarbij de werknemers in een bepaalde functiegroep waren ingedeeld. Aan die functiegroep was de hoogte van het salaris gekoppeld. De werkgever had een interne, kennelijk niet fatale beroepstermijn van dertig dagen vastgesteld om bezwaar te maken tegen het indelingsbesluit. De werknemers hadden deze termijn ongebruikt laten verstrijken. Na twee jaren maakten zij alsnog bezwaar. De werkgever beriep zich op rechtsverwerking. Veel meer dan stilzitten kon hij de werknemers echter niet verwijten. Desondanks honoreerde de rechtbank het beroep op rechtsverwerking en dit oordeel bleef in cassatie in stand.<sup>79</sup> Beslissend was dat de werkgever er belang bij had dat zijn werknemers bezwaren tegen het indelingsbesluit tijdig kenbaar zouden maken, zodat hij nog maatregelen kon treffen om de financiële gevolgen van de indeling in een hogere functiegroep te ondervangen.

Het alternatieve vereiste van onredelijke benadeling biedt naar mijn mening aanbesteders een goed aanknopingspunt voor de onderbouwing van een beroep op rechtsverwerking. Over het belang van de aanbesteder en inschrijvers bij het tijdig kenbaar van bezwaren is nauwelijks discussie mogelijk.<sup>80</sup> Wanneer een ondernemer zijn 'kruit droog houdt' door zijn bezwaren tot de mededeling van de gunningsbeslissing te bewaren, is heraanbesteding de enige oplossing om onregelmatigheden of onduidelijkheden te herstellen. Het uitschrijven van een nieuwe aanbestedingsprocedure kost tijd en geld, terwijl vaak op korte termijn behoefte bestaat aan de aanbestede opdracht.<sup>81</sup> Ook inschrijvers moeten opnieuw tijd steken in het opstellen van een nieuwe offerte en dus opnieuw kosten maken. Met name voor de inschrijver aan wie de opdracht voorlopig is gegund, zijn de druiven zuur.<sup>82</sup> Heraanbesteding kan bovendien de concurrentie nadelig beïnvloeden, doordat inschrijvers in de mededeling van de gunningsbeslissing kennis hebben kunnen nemen van de ingediende prijzen en de kenmerken van de inschrijver aan wie de opdracht voorlopig is gegund. De potentiële inschrijver die meent in zijn belangen te worden geschaad door onrechtmatige of onduidelijke eisen, kan al deze nadelige gevolgen eenvoudig voorkomen door in de inlichtingenronde bezwaar te maken of vragen te stellen. Een afwachtende houding kan de positie van de aanbesteder en inschrijvers dus onredelijk benadelen. Een beroep op rechtverwerking ligt in aanbestedingsgeschillen snel op de loer, zelfs wanneer de potentiële inschrijver eigenlijk niet veel meer dan stilzitten kan worden

---

78 HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 450 (*Harsema c.s./De Twaalf Hoven*).

79 HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 450 (*Harsema c.s./De Twaalf Hoven*), r.o. 3.3.

80 Jansen 2010a, p. 3. Zie in relatie tot vervaltermijnen ook *Arrowsmith* 2005, p. 1400. Anders: 't Hart 2009, p. 907.

81 De vereiste snelheid van het rechtsverkeer is een belangrijke factor voor de beoordeling of er sprake is van onredelijke benadeling; zie *Tjittes* 2007, p. 40.

82 Met name aan dit belang lijkt 't Hart 2009, p. 907 voorbij te gaan.



verweten. In de lagere jurisprudentie is een beroep op rechtsverwerking al vaak gehonoreerd.<sup>83</sup>

De aanbestedder doet er verstandig aan potentiële inschrijvers in de aanbestedingsdocumenten te wijzen op het belang van het tijdig kenbaar maken van bezwaren en het stellen van vragen.<sup>84</sup> Strikt noodzakelijk is dit naar mijn mening niet voor het aannemen van rechtsverwerking, met name niet wanneer de ondernemer een professionele partij is die met regelmaat inschrijft op aanbestedingen en uit dien hoofde bekend mag worden verondersteld met de belangen die zijn betrokken bij een aanbesteding en de gevolgen van stilzitten.

Een oordeel over een beroep op rechtsverwerking komt vaak voorafgaand aan de inhoudelijke beoordeling van bezwaren van de inschrijver aan de orde. Soms, met name wanneer de bezwaren zijn gericht tegen vermeend onduidelijke eisen, ligt een oordeel over een beroep op rechtsverwerking besloten in de inhoudelijke beoordeling van de bezwaren. De rechter oordeelt dan dat de gestelde eisen voldoende duidelijk en transparant zijn en dat het op de weg van de klagende inschrijver had gelegen om vragen te stellen, indien hij daarover anders dacht.<sup>85</sup>

De heersende opvatting in de literatuur is dat de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zich niet zonder meer verzetten tegen toepassing van het leerstuk van rechtsverwerking in aanbestedingsgeschillen.<sup>86</sup> Gelet op *Grossmann* en mijn beschouwing over dit arrest in paragraaf 3.2 deel ik deze opvatting. Dat *Grossmann* in hoofdzaak de uitleg betrof van artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, dat betrekking heeft op de kring van beroepsgerechtigden, is naar mijn mening niet relevant. Rechtsverwerking is in mijn ogen te beschouwen als een modaliteit voor 'nietigverklaring van besluiten' in de zin van artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. De vaststelling van de modaliteiten voor 'nietigverklaring van besluiten' is binnen de grenzen van de vereisten van gelijkwaardigheid en effectiviteit aan lidstaten overgelaten.<sup>87</sup> Er is geen aanwijzing dat het HvJ in *Grossmann* anders zou hebben geoordeeld, wanneer daarin niet artikel 1 lid 3 maar artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren centraal had gestaan.<sup>88</sup>

Discussie is er wel over de reikwijdte van het leerstuk van rechtsverwerking. Deze discussie betreft in de eerste plaats de aard van de onregelmatigheden

---

83 Vزر. Rb. Den Haag 19 juli 2011, *LJN* BR2483, r.o. 3.3; Vزر. Rb. Groningen 1 februari 2012, *LJN* BV3104, r.o. 4.4-4.7; Vزر. Rb. Oost-Brabant 10 januari 2013, *LJN* BY9055, r.o. 4.2-4.7. Zie ook Heemskerk & Semmekrot 2009, p. 210, onder verwijzing naar jurisprudentie.

84 Van de Meent 2006; 't Hart 2009, p. 911; Van Nouhuys 2009, p. 2.

85 Vزر. Rb. Gelderland 18 mei 2013, *LJN* CA3477, r.o. 4.6; Vزر. Rb. Groningen 12 oktober 2012, *NJF* 2013, 17, r.o. 4.5; Vزر. Rb. Rotterdam 31 mei 2013, *JAAN* 2013, 141, r.o. 4.6.1.

86 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 593; Jansen 2009, p. 134-138.

87 Hoofdstuk 5, § 2.

88 Een aanwijzing hiervoor is tevens dat in *Grossmann* de nationale regel werd getoetst aan art. 1 lid 3 in samenhang met art. 2 lid 1 sub b Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren; zie HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), r.o. 40.

ten aanzien waarvan een ondernemer zijn rechten kan verwerken. Dit is in mijn ogen in de eerste plaats een kwestie van logica. Van rechtsverwerking kan bijvoorbeeld geen sprake zijn bij een onjuiste toepassing van gunningscriteria,<sup>89</sup> die immers na haar aard pas na de mededeling van de gunningsbeslissing aan het licht komt. Rechtsverwerking is evenmin aan de orde, wanneer een eis voor tweeërlei uitleg vatbaar is en de inschrijver geen reden hoefde te hebben om aan de juistheid van zijn eigen uitleg te twijfelen.<sup>90</sup> Bij onduidelijke eisen is er sprake van een glijdende schaal. Naarmate er meer aanleiding bestaat voor de (potentiële) inschrijver om aan de eigen uitleg te twijfelen, zal de rechter eerder rechtsverwerking aannemen, wanneer de inschrijver geen vragen heeft gesteld.<sup>91</sup>

Een principiële vraag in de discussie over de reikwijdte van het leerstuk van rechtsverwerking is of de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zich verzetten tegen toepassing van dit leerstuk, wanneer de bestreden eis niet alleen de klagende inschrijver aangaat, maar ook andere inschrijvers. Het gaat dan met name om eisen die naar de maatstaf van een ‘redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver’ onduidelijk zijn of onrechtmatige eisen.<sup>92</sup> Jansen beantwoordt deze vraag bevestigend.<sup>93</sup> Wanneer de rechter in de genoemde gevallen rechtsverwerking zou aannemen, zou hij volgens Jansen procedurefouten van de aanbesteder sauveren, waardoor *the integrity of the bidding process* in de kern op losse schroeven zou komen te staan. Jansen ziet uitsluitend bij procedurefouten die alleen de klagende inschrijver aangaan, plaats voor toepassing van het leerstuk van rechtsverwerking. Als voorbeeld noemt hij een disproportionele eis. Jansen meent voor zijn standpunt aanwijzingen te vinden in *Grossmann*, dat in zijn ogen specifiek betrekking had op disproportionele eisen.<sup>94</sup>

Ik deel het standpunt van Jansen niet. Ik meen bovendien dat *Grossmann* geen steun biedt voor zijn standpunt. Aan Jansen kan worden toegegeven dat *Grossmann* betrekking had op disproportionele eisen. De klachten van *Grossmann* betroffen in essentie de hoge eisen die aan de uitvoering van de opdracht werden gesteld, waardoor slechts een beperkt aantal ondernemers voor gunning in aanmerking zou komen.<sup>95</sup> Het HvJ leek aan het karakter

---

89 Jansen in zijn noot onder HR 26 juni 2009, NJ 2009, 306 (gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers), TBR 2009, p. 869.

90 Jansen in zijn noot onder HR 26 juni 2009, NJ 2009, 306 (gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers), TBR 2009, p. 870.

91 Vgl. Jansen in zijn noot onder HR 26 juni 2009, NJ 2009, 306 (gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers), TBR 2009, p. 870.

92 De maatstaf van een ‘redelijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver’, waarin een onderzoeksplicht besloten lijkt te liggen, is ontleend aan HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P (Socchi di Frutta). Zie ook HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 (Gebr. Van der Stroom/Staat), m.nt. Mok.

93 Zie ook Hof Leeuwarden 20 november 2012, LJN BY3635, r.o. 12. Dit arrest valt moeilijk te rijmen met een paar maanden eerder door dit hof gewezen arrest; Hof Leeuwarden 5 juni 2012, LJN BW7551, r.o. 8, besproken door Ellian 2012.

94 Jansen in zijn noot onder HR 26 juni 2009, NJ 2009, 306 (gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers), TBR 2009, p. 871-872; Jansen 2009, p. 135-138.

95 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), r.o. 31.

van de procedurefout en de kring van partijen die de fout aanging echter weinig betekenis toe te kennen. Grossmann zelf goot haar klacht in de schending van het non-discriminatiebeginsel; zij verweet de aanbestedende dienst de opdracht op Lauda Air te hebben toegeschreven.<sup>96</sup> Hoewel bij deze kwalificatie van de vermeende schending kanttekeningen kunnen worden geplaatst, sprak het HvJ in zijn overwegingen voortdurend van “discriminerende specificaties”.<sup>97</sup> Maar zelfs wanneer het HvJ zou hebben onderkend dat de klachten van Grossmann in essentie betrekking hadden op disproportionele eisen, dan nog biedt het arrest naar mijn mening geen steun voor de opvatting van Jansen dat alleen plaats is voor toepassing van het leerstuk van rechtsverwerking, wanneer de procedurefout alleen de klagende inschrijver aangaat. Disproportionele eisen gaan namelijk, net als de meeste andere procedurefouten, niet één specifieke inschrijver aan. Proportionaliteit ziet op de relatie tussen een eis en de aard en de omvang van de opdracht en niet (tevens) op de inschrijver.<sup>98</sup> Dat niet iedere inschrijver door een disproportionele eis in zijn belangen wordt geschaad, doet daar niet aan af. Ook daarin onderscheidt een disproportionele eis zich niet van andere categorieën van procedurefouten, zoals discriminerende of voor tweërlei uitleg vatbare eisen of criteria.<sup>99</sup> Ik zie in tegenstelling tot Jansen in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, zoals uitgelegd door het HvJ in *Grossmann*, geen beperking voor toepassing van het leerstuk van rechtsverwerking tot bepaalde categorieën van procedurefouten.<sup>100</sup>

Dat de rechter door honorering van een beroep op rechtsverwerking een procedurefout sauveert, is op zichzelf juist. Daar staat tegenover dat indien aanbesteders voor bepaalde categorieën van procedurefouten principieel een beroep op rechtsverwerking wordt ontzegd, opportunisme hoogtij kan vieren.<sup>101</sup> Aan dit probleem zou volgens Jansen tegemoet kunnen worden gekomen door de aanbesteder een schadevergoedingsvordering toe te kennen op de zwiigende inschrijver.<sup>102</sup> Ik waag te betwijfelen of deze oplossing beantwoordt aan de behoeften van aanbesteders én inschrijvers. Bovendien zoekt Jansen een grondslag voor de schadevergoedingsvordering in de

96 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), r.o. 15. De verwijzende rechter nam deze kwalificatie over in zijn prejudiciële vragen; zie HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), r.o. 22.

97 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (*Grossmann*), r.o. 23-40.

98 Zie bijv. art. 2.90 lid 5 Aanbestedingswet 2012.

99 Bij discriminerende eisen valt te denken aan een nationaliteitseis. Ook in geval van voor tweërlei uitleg vatbare eisen is er in de regel een aantal inschrijvers die, al dan niet bij toeval, uitgaat van dezelfde uitleg als de aanbesteder. Ook dan is slechts een deel de inschrijvers door de procedurefout benadeeld.

100 Onjuist is derhalve Hof Leeuwarden 20 november 2012, *LJN* BY3635, r.o. 12.

101 Zie bijv. Hof Arnhem 27 oktober 2009, *LJN* BK1406, r.o. 16: “(...) de gemeente terecht heeft opgemerkt dat de stellingname van [appellante] - kort samengevat: de uitkomst van de aanbestedingsprocedure moet zijn dat ik de opdracht krijg, zit dat er niet in, dan moet de aanbestedingsprocedure ongeldig worden verklaard en moet die over, zodat ik een nieuwe kans krijg - opportunistische trekken vertoont.”

102 Jansen 2010a, p. 4.

aanbestedingsovereenkomst. Bij die grondslag heb ik bedenkingen.<sup>103</sup> Voor zover al een grondslag voor een schadevergoedingsvordering is te vinden, strandt een vordering al spoedig op eigen schuld.<sup>104</sup> De Rechtsbeschermingsrichtlijnen strekken tot bescherming van inschrijvers en niet tot bescherming van het algemeen belang.<sup>105</sup> De inschrijver die meent door een procedurefout van de aanbestedende dienst te worden benadeeld, moet zelf in actie komen. De objectieve handhaving van het Unierecht is in handen van de Commissie,<sup>106</sup> niet in die van (opportunistische) inschrijvers. Dat aanbestedende diensten hierdoor onder omstandigheden wegkomen met een procedurefout, is niet anders. Dit komt wel vaker voor, bijvoorbeeld wanneer een inschrijver een termijn laat verstrijken. Nationale vervaltermijn kunnen volgens vaste jurisprudentie van het HvJ ook door de beugel.<sup>107</sup>

De discussie over de reikwijdte van het leerstuk van rechtverwerking in aanbestedingsgeschillen betreft in de tweede plaats de mate van proactiviteit die van ondernemers mag worden verlangd.<sup>108</sup> Hierover valt in zijn algemeenheid weinig te zeggen. Er is naar mijn mening in ieder geval geen reden om aan te nemen dat de rechter een beroep op rechtverwerking alleen mag honoreren, wanneer de feiten gelijk zijn als in *Grossmann*.<sup>109</sup> De Rechtsbeschermingsrichtlijnen voorzien niet in heldere criteria waaraan een beroep op rechtverwerking eenvoudig kan worden getoetst. Rechtverwerking is binnen de randvoorwaarden van de (doelstelling van de) Rechtsbeschermingsrichtlijnen en de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit een kwestie van nationaal recht. Voor de beoordeling of er sprake is van rechtverwerking zijn telkens de omstandigheden van het geval beslissend.<sup>110</sup> Vanzelfsprekend mogen de Rechtsbeschermingsrichtlijnen in geschillen over Europese aanbestedingen niet uit het oog worden verloren. *Grossmann* heeft geen directe gevolgen voor het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming,<sup>111</sup> maar het arrest biedt wel een aantal gezichtspunten die de rechter beter in staat stelt na te gaan of honorering van een beroep op rechtverwerking onder de omstandigheden van het geval de toets aan de Rechtsbeschermingsrichtlijnen kan doorstaan.<sup>112</sup> Uit *Grossmann* blijkt dat het HvJ de doelstelling van snelheid en doeltreffendheid hoog in het vaandel

---

103 Zie hoofdstuk 3, § 2.3.3. Ik verwerp de theorie dat enkel door het uitschrijven van een aanbesteding een aanbestedingsovereenkomst tot stand komt.

104 Art. 6:101 BW. Aldus ook Jansen 2010a, p. 4.

105 HvJ EG 15 oktober 2009, C-275/08 (Commissie/Duitsland), r.o. 36. Zie ook hoofdstuk 5, § 3.2.2.

106 Met de inwerkingtreding van de WNErpe komt op dit terrein tevens een taak toe aan de Minister van Economische Zaken.

107 Hoofdstuk 2, § 3.4.2. Zie o.a. HvJ EG 11 oktober 2007, C-241/06 (Lämmerzahl), r.o. 50.

108 Ellian 2012, p. 523 e.v.; Knoups 2013, p. 25-26.

109 Vgl. Ellian 2012, p. 521-523.

110 Tjittes 2007, p. 28 en p. 37. Zie ook Hof Amsterdam 30 juli 2013, *ECLI* NL:GHAMS:2013:2318, r.o. 3.6.

111 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 593.

112 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann), r.o. 35.

heeft.<sup>113</sup> Toepassing van het leerstuk van rechtsverwerking zal naar mijn niet snel strijdig zijn met de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

### 3.4.3 De belangenafweging

De voorzieningenrechter maakt bij de beoordeling van een verzoek om een voorlopige maatregel een afweging van de betrokken belangen.<sup>114</sup> De Rechtsbeschermingsrichtlijnen staan hem dit uitdrukkelijk toe.<sup>115</sup> Bij de belangenafweging kan de rechter meewegen of de inschrijver een proactieve of juist een afwachtede houding heeft aangenomen.<sup>116</sup> Dit lijkt in de praktijk met name voor inschrijvers nadelig uit te kunnen pakken. Wanneer de inschrijver niet proactief heeft gehandeld, maar de gestelde feiten ontoereikend zijn om rechtsverwerking aan te nemen, kan de rechter de vordering op grond van een afweging van de betrokken belangen alsnog afwijzen.

### 3.4.4 De klachtplicht van artikel 6:89 BW

Ingevolge artikel 6:89 BW kan de schuldeiser op een gebrek in de prestatie geen beroep meer doen, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar ter zake heeft gepresteerd. De klachtplicht van artikel 6:89 BW wordt beschouwd als een uitwerking van het leerstuk van rechtsverwerking.<sup>117</sup> De ratio van de bepaling is dat de schuldenaar erop moet kunnen vertrouwen dat de schuldeiser met bekwame spoed onderzoekt of de prestatie aan de verbintenis beantwoordt en, indien dit niet het geval blijkt te zijn, het gebrek met spoed aan de schuldenaar mededeelt.<sup>118</sup>

De vraag of binnen 'bekwame tijd' is geprotesteerd, en meer in het algemeen of aan de klachtplicht is voldaan, is niet in algemene zin te beantwoorden. Opnieuw zijn de omstandigheden van het geval beslissend. Daarbij kunnen onder meer de aard en de inhoud van de rechtsverhouding, de aard en de waarneembaarheid van het gebrek en de deskundigheid van de schuldeiser een rol spelen.<sup>119</sup> Van groot belang is of de belangen van de schuldenaar zijn geschaad en zo ja, in hoeverre. Die belangen kunnen onder meer de bewijspositie betreffen of de mogelijkheden om de gevolgen van het gestelde gebrek te beperken.<sup>120</sup> Als de belangen van de schuldenaar niet zijn geschaad, zal er

---

113 HvJ EG 12 februari 2004, C-230/02 (Grossmann), r.o. 37.

114 Hoofdstuk 5, § 3.3.3.

115 Hoofdstuk 2, § 3.2.5.2.

116 Van de Meent 2006; Van Nouhuys 2006, p. 58; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 593.

117 Parl. Gesch. Boek 6, p. 317; Hof Leeuwarden 17 april 2012, L/JN BW2958, r.o. 6.21.

118 Parl. Gesch. Boek 6, p. 317.

119 HR 8 februari 2013, L/JN BY4600, r.o. 4.2.3-4.2.5. Zie uitgebreid hierover Van Cassel-van Zeeland (Verbintenissenrecht I), art. 6:89 BW, aant. 16 en aant. 18.

120 HR 8 februari 2013, L/JN BY4600, r.o. 4.2.6.

niet spoedig voldoende reden zijn de schuldeiser een gebrek aan voortvarendeheid te verwijten.<sup>121</sup> Anders dan de tekst van artikel 6:89 BW doet vermoeden, is enkel tijdsverloop in de regel dus onvoldoende om een schending van de klachtplicht aan te nemen.<sup>122</sup>

Artikel 6:89 BW maakt deel uit van Afdeling 9 van Titel 1 van Boek 6 van het BW en is van toepassing op alle verbintenissen.<sup>123</sup> De juridische grondslag van de vordering doet niet ter zake. De schuldeiser kan een beroep op de klachtplicht voor een vordering die feitelijk gegrond is op tekortschieten niet omzeilen door dwaling of onrechtmatige daad in plaats van wanprestatie aan zijn vordering ten grondslag te leggen.<sup>124</sup>

Onzeker is of de klachtplicht van artikel 6:89 BW tevens van toepassing is op de nakoming van rechtsplichten, waarvan de schending een onrechtmatige daad kan opleveren. De vraag is of de nakoming van een rechtsplicht als een 'prestatie' in de zin van artikel 6:89 BW valt aan te merken. De Hoge Raad heeft deze vraag nog niet beantwoord. Er zijn zowel argumenten voor als tegen te bedenken.<sup>125</sup> Rechtsplichten moeten van verbintenissen worden onderscheiden.<sup>126</sup> Met name gelet op plaats van de klachtplicht in Afdeling 9 van Titel 1 van Boek 6 van het BW, waarvan de werkingssfeer beperkt is tot verbintenissen, ga ik er voorsnog van uit dat artikel 6:89 BW niet van toepassing is op de nakoming van rechtsplichten.<sup>127</sup> Als de klachtplicht tevens toepassing zou vinden op de nakoming van rechtsplichten, is het nog maar een kleine stap om de regeling van ingebrekestelling daarop eveneens van toepassing te verklaren. Dit lijkt niet de bedoeling te zijn geweest van de wetgever, die wanprestatie en onrechtmatige daad afzonderlijk heeft geregeld.<sup>128</sup>

In aanbestedingsgeschillen kan artikel 6:89 BW in ieder geval toepassing vinden, wanneer een aanbestedingsovereenkomst is gesloten en de aanbesteder een toerekenbare tekortkoming wordt verweten.<sup>129</sup> Of de aanbesteder een beroep toekomt op de klachtplicht voor vermeende schendingen van aanbestedingsrechtelijke rechtsplichten die met name uit de Aanbestedingswet 2012 voortvloeien, is afhankelijk van de nog onbeantwoorde vraag of artikel 6:89 BW tevens van toepassing is op rechtsplichten. Zoals gezegd meen ik dat dit niet het geval is.

---

121 HR 8 februari 2013, *LJN* BY4600, r.o. 4.2.4.

122 Zie ook Wissink in zijn conclusie voor HR 2 september 2011, *NJ* 2012, 75, punt 2.50.3: de klachtplicht is geen "micro-verjaring".

123 HR 8 februari 2013, *LJN* BY4600, r.o. 4.2.1.

124 HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552 (Ploum/Smeets), r.o. 4.8.2.

125 Van Emden & De Haan 2013, p. 93-95.

126 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 6-11; Van Nispen 1978, p. 8-10. Zie ook hoofdstuk 5, § 3.2.3.

127 Zie ook Wissink in zijn conclusie voor HR 2 september 2011, *NJ* 2012, 75, punt 2.50.5, volgens wie behoefte bestaat aan nadere afbakening en behoedzaamheid bij toepassing van art. 6:89 BW.

128 Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 10.

129 Zie over de totstandkoming van een aanbestedingsovereenkomst hoofdstuk 3, § 2.3.4.

Doordat enerzijds rechters bereid zijn een beroep op rechtsverwerking te honoreren, wanneer de potentiële inschrijver nalaat proactief te handelen,<sup>130</sup> terwijl anderzijds voor toetsing aan de klachtplicht net als voor rechtsverwerking van belang is of de aanbestedder in zijn belangen is geschaad, zal toepassing van beide leerstukken in aanbestedingsgeschillen vaak tot dezelfde uitkomst leiden. Hierdoor is de behoefte van aanbesteders aan de klachtplicht van artikel 6:89 BW waarschijnlijk niet erg groot. Niettemin kan de klachtplicht voordelen bieden ten opzichte van het leerstuk van rechtsverwerking,<sup>131</sup> onder meer in de bewijssfeer.<sup>132</sup> Een beroep op artikel 6:89 BW is dus zeker de overweging waard. Wanneer een aanbestedingsgeschil onder de werkingssfeer van een van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen valt, zal het beroep op de klachtplicht aan de toepasselijke richtlijn moeten worden getoetst.

---

130 Zie hiervoor § 3.4.2.

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

132 De stelplicht en de bewijslast rusten bij een beroep op rechtsverwerking op de aanbestedder. De stelplicht en de bewijslast van het tijdig protesteren rusten op de inschrijver; zie HR 23 november 2007, *NJ* 2008, 552 (Ploum/Smeets), r.o. 4.8.4; HR 8 februari 2013, *LJN* BX7195, r.o. 3.6.