

COLUMN PAUL SEVERIJN



MR. P.J.P. SEVERIJN IS MEDE-EIGENAARVAN EEN ADVOCATENKANTOOR. HET ROTTERDAMSE BUREAU IS GESPECIALISEERD IN BOUWRECHT EN AANBESTEDINGSRECHT.

Zilver of goud?

In het aanbestedingsrecht was het lange tijd niet relevant of een inschrijver of gegadigde tijdens de aanbestedingsprocedure bezwaar maakte tegen onjuistheden in dat proces. Het achteraf klagen werd in beginsel geaccepteerd. Zo was het dus mogelijk om bijvoorbeeld achteraf te klagen over een niet terechte selectie-eis of niet terechte gunningseis, hetgeen dan veelal ertoe leidde dat de aanbesteding over moest worden gedaan. Zo kon dus een inschrijver of gegadigde zonder bezwaar aan te tekenen allereerst de uitslag van de aanbesteding afwachten en zo hij zich niet als winnende inschrijver kon kwalificeren, een beroep doen op onjuistheden om op die manier via een heraanbesteding een nieuwe kans te creëren.

Na het arrest van het Europese Hof van Justitie van 12 februari 2004, C-230/02 (Grossman) werd aangenomen dat door het niet klagen tijdens de aanbestedingsprocedure de rechten waren verwerkt. Hoewel na het verschijnen van dat arrest reeds enige rechtsgeleerde schrijvers erop hebben gewezen dat de sanctie van rechtsverwerking niet valt te lezen in dat arrest, heeft die uitspraak er toch toe geleid dat in de Nederlandse rechtspraktijk veel rechters een zogenaamde proactieve houding eisten van een inschrijver of gegadigde en indien dat niet was gebeurd er achteraf niet meer kon worden geklaagd. Een zorgvuldige studie van die uitspraken leert overigens dat rechters de proactieve houding soms wel en soms niet baseren op het Grossman-arrest van het Europese Hof van Justitie.

De Hoge Raad heeft in een recent arrest van 26 juni 2009 geoordeeld dat de Europese rechtsbeschermingrichtlijn waarop het Grossman-arrest was gebaseerd, geen rechtstreekse verplichtingen aan particulieren (lees: inschrijvers of gegadigden) kan opleggen. Daarnaast zegt de Hoge Raad dat de rechtsbeschermingrichtlijn niet geldt voor aanbestedingen beneden de Europese drempelbedragen. In dat geval was sprake van een nationale aanbesteding, waarbij een inschrijver achteraf bezwaar had gemaakt tegen een gunningscriterium. Het standpunt van de aanbestedende dienst dat eerder bezwaar had moeten worden gemaakt werd dan ook uiteindelijk afgewezen. Betekent één en ander nu dat een inschrijver of gegadigde tijdens de aanbestedingsprocedure weer achterover kan leunen en pas met bezwaren hoeft te komen nadat de uitslag bekend is?

Ik wil niet uitsluiten dat ook in de toekomst rechters het standpunt blijven innemen dat een proactieve houding van een inschrijver of gegadigde vereist blijft, dus zwijgen is zilver en spreken is goud.