

# Bart en Boris

SCHAAMLAP VOOR SLECHTE AANBESTEDINGSSTUKKEN



## ‘Grossmann’ is geen toverwoord meer!

Jurisprudentie en onderzoek geven aan dat inschrijver niet helemaal vogelvrij meer is bij klagen na de gunning

**Het Grossman arrest wordt –aldus advocaat Tjeerd Grünbauer– te vaak en te snel van stal gehaald en zou de belangen van inschrijvende partijen te zwaar benadelen. Grünbauer ziet bevestiging in die mening in jurisprudentie uit 2018 en 2019 en een recent onderzoek.**

Auteur: Tjeerd Grünbauer

De overheid moet zich aan bepaalde regels houden bij aanbestedingen. Zij hoort integer in te kopen, zodat ondernemers een eerlijke kans krijgen om de overheidsopdracht te winnen. Het onderhoud van gemeentelijk groen wordt daarom in de meeste gevallen aanbesteed. In sommige gevallen leidt een aanbesteding tot een kort geding, omdat een verliezende inschrijver vindt dat de procedure niet helemaal eerlijk is gegaan. En in bijna elke zaak verwijst de aanbestedende dienst dan naar het Grossmann-arrest.

Het Europese Hof van Justitie heeft in het Grossmann-arrest bepaald dat van een inschrijver op een opdracht van de overheid mag

worden verwacht dat bezwaren tegen een aanbesteding zo spoedig mogelijk kenbaar worden gemaakt aan de aanbestedende dienst, en wel op een moment waarop de aanbestedende dienst daar nog actie op kan ondernemen. Een inschrijver is te laat als hij dat moment laat lopen en pas na de uitkomst van de aanbesteding gaat procederen over de manier van aanbesteden.

Dat Grossmann-arrest is in de Nederlandse rechtspraak een eigen leven gaan leiden. Zodra een inschrijver na de aanbesteding klaagt over gebreken in het bestek, het document met eisen en de wensen waaraan de inschrijving moet voldoen, wordt door de aanbestedende dienst in

kort geding met enthousiasme en met vuur het toverwoord geroepen: ‘Grossmann!’ En maar al te vaak bepaalt dat toverwoord de uitkomst van de zaak: ‘Vorderingen afgewezen!’

### Arrest opgerekt

Het noemen van het Grossmann-arrest pakt dus nogal eens voordelig uit voor de aanbestedende dienst, omdat de betekenis van dit arrest in de Nederlandse aanbestedingsjurisprudentie is opgerekt tot een oprekking van het leerstuk van rechtsverwerking.

Rechtsverwerking houdt in dat men zijn recht verwerkt (en er dus geen aanspraak meer op kan maken), als uit een handeling van een partij –*dus niet alleen maar stilzitten*– blijkt dat niet langer op een recht aanspraak wordt gemaakt. ‘Grossmann’ heeft de betekenis van rechtsverwerking opgerekt. Ook tot gevallen waarin een inschrijvende partij na de tweede nota van inlichtingen klaagt over de aanbestedingsstukken. Volgens de uitleg door Nederlandse rechters van het Grossmann-arrest is de eisende partij dan te laat – hoewel die partij alleen maar heeft stilgezeten.

Ook wél klagen – dus niet stilzitten! – maar niet naar de rechter gaan, kan fataal zijn voor inschrijvers, zoals blijkt uit een uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 12 juli 2018. Ik vind de uitspraak nogal ver gaan. Het sturen van een stevige brief met de mededeling dat de aanbestedingsstukken onrechtmatig zijn, is kennelijk niet altijd voldoende om gebreken in de stukken door de rechter beoordeeld te krijgen. De voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland vereiste voorafgaand aan de aanbesteding een kort geding. Ik ken maar weinig ondernemers die dat willen doen: procederen over de aanbestedingsstukken zonder dat enige duidelijkheid bestaat over de vraag of een inschrijving tot een gunning leidt.

De betekenis van 'Grossmann' is daarmee zo ver opgerekt, dat het evidente fouten van aanbestedende diensten afdekt en daarmee een schaaamlap is geworden voor slordige aanbestedingsstukken.

#### 'Grossmann' of rechtsverwerking?

Al een tijd lang had ik de hoop dat hierover eens een fatsoenlijke publicatie het licht zou zien. Die is er nu. Mr. Marita Ophof-Copier studeerde af aan de UvA met een interessante masterscriptie over het Grossmann-arrest waarin zij nagaat in hoeverre de klachtplicht van inschrijvers in een aanbestedingsprocedure past binnen de kaders van het Europese recht. Zij schrijft dat het Grossmann-arrest op zichzelf geen grondslag bevat voor een klachtplicht en dat die uitspraak door de Nederlandse rechter niet juist wordt begrepen en toegepast.

Ophof-Copier betoogt dat een klachtplicht eventueel wél kan worden aangenomen op basis van het eerder besproken leerstuk van *rechtsverwerking*. Dat zou dan betekenen dat alleen wie klaagt – maar niet noodzakelijk dán al naar de rechter gaat – zijn rechten niet verwerkt.

#### Verschuiving in de rechtspraak

Al een tijdlang betoog ik bij de rechter dat het Grossmann-arrest te ruim wordt uitgelegd. Ik zie

nu in de jurisprudentie hier en daar bewegingen bij rechters die daarin meegaan.

In de uitspraak van de rechtbank Midden-Nederland van 27 maart 2019 werd de Grossmann-doctrine van stal gehaald toen een partij achteraf klaagde over de gevolgde onderhandelingsprocedure, omdat een Europese aanbestedingsprocedure verplicht was. De rechtbank Midden-Nederland schuift het voor de hand liggende Grossmann-verweer opzij met de vaststelling dat het Europees recht nu eenmaal een Europese aanbesteding voorschrijft en dat daarom 'Grossmann' niet opgaat.

In een zaak van dezelfde rechtbank van 27 september 2019<sup>i</sup> schuift de rechtbank het Grossmann-verweer ook terzijde bij een inschrijver die heeft geklaagd over een aantal onderdelen van de aanbesteding. De eiser had geen kort geding gestart vóór inschrijving. De rechter overweegt dat dat *niet* betekent dat de aanbestedende dienst erop mocht vertrouwen dat de inschrijver daar achteraf niet meer over kon klagen. Géén rechtsverwerking, dus.

Evenzo heeft het zin om aan te geven dat men inschrijft, maar 'onder protest'. De rechtbank Midden-Nederland overwoog daarover op 1 november 2019 dat het voldoende is dat in het kader van een nota van inlichtingen wordt geklaagd over onregelmatigheden. De rechter overweegt expliciet dat uit het Grossmann-arrest niet kan worden opgemaakt dat van een inschrijver kan worden verlangd dat hij een kort geding opstart onmiddellijk nadat duidelijk is dat een aanbestedende dienst naar aanleiding van de vragen de voorwaarden niet aanpast. Daarmee tekent zich een beweging af in het geheel van uitspraken van rechters dat het Grossmann-verweer teruggaat naar waar het hoort: naar de betekenis die het had in die zaak van meneer Grossmann in Oostenrijk en niet naar de inschrijver in de Nederlandse aanbestedingspraktijk. Jazeker, men moet klagen, maar hééft men geklaagd, dan ligt de verantwoordelijkheid voor slechte aanbestedingsstukken bij

de aanbestedende dienst. Daar hoort die verantwoordelijkheid natuurlijk thuis!

#### Klagen, dus!

U doet er verstandig aan om over onregelmatigheden in het bestek te klagen. Maak daarbij duidelijk dat u ook bij inschrijving zich het recht voorbehoudt om over onduidelijkheden of ondeugdelijkheden achteraf te klagen. Maar ik waarschuw u ook: het is denkbaar dat u een rechter treft die nog van de oude stempel is en u Grossmann tegenwerpt.

Dat is het mooie van mijn vak: het recht is geen exacte wetenschap, maar een combinatie van juridische kennis en overtuigend pleiten.



Tjeerd Grünbauer is advocaat en partner bij Van Veen Advocaten. Hier houdt hij zich bezig met de overheidspraktijk. Hij is onder andere gespecialiseerd in ruimtelijk bestuursrecht en milieurecht, planschadezaken, handhavingzaken en aanbestedingen. Grünbauer wordt met enige regelmaat gevraagd als spreker over actuele onderwerpen zoals het stikstofdossier en geeft workshops over inschrijven op aanbestedingen.

#### Bronnen:

- I Grossmann Airservice tegen Oostenrijk HVJEG 12 februari 2004, zaak C-230/02
- II ECLI:NL:RBMNE:2018:3625 (ECLI-nummers verwijzen naar uitspraken op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl))
- III [www.ubvu.vu.nl/pub/fulltext/scripties/14\\_2073323\\_0.pdf](http://www.ubvu.vu.nl/pub/fulltext/scripties/14_2073323_0.pdf)
- IV ECLI:NL:RBMNE:2019:1299
- V ECLI:NL:RBMNE:2019:4581
- VI ECLI:NL:RBMNE:2019:5093



Be social

Scan of ga naar:

[www.stad-en-groen.nl/article/32813/grossmann-is-geen-toverwoord-meer](http://www.stad-en-groen.nl/article/32813/grossmann-is-geen-toverwoord-meer)

## Jazeker, men moet klagen, maar hééft men geklaagd, dan ligt de verantwoordelijkheid voor slechte aanbestedingsstukken bij de aanbestedende dienst