

ANNOTATIE

Vervaltermijnen in het aanbestedingsrecht: een gewaarschuwd mens telt voor twee!

mr. N.A.D. Groot

Annotatie bij Rechtbank Limburg, 03-02-2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:807 (GZR-2022-0065)

Op 3 februari 2022 wees de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg twee vonnissen^[1] waarin de vorderingen van de desbetreffende eisende partijen worden afgewezen omdat zij te laat zijn geweest met het entameren van een kort geding tegen de toelatingsbeslissingen. In deze annotatie sta ik stil bij het belang van een goed zicht op gestelde vervaltermijnen, maar ook bij het belang van een duidelijke beschrijving van de termijn waarbinnen nog bezwaar kan worden gemaakt tegen een toelatingsbeslissing door middel van een kort geding.

Feiten

De gemeenten Sittard-Geleen, Beek en Stein (Gemeenten) hebben een semi open house inkoopprocedure georganiseerd genaamd 'Wmo Maatwerkvoorziening Groepsbegeleiding, Begeleiding, Bereikbaarheid en Beschikbaarheid, Intramuraal Wonen en Kortdurend verblijf 2022 e.v.' ('Inkoopprocedure').

Over de door de Gemeenten te nemen toelatingsbeslissingen is in het Inkoopdocument een beschrijving van de bezwaarmogelijkheden opgenomen. Gelet op het belang hiervan, is deze tekst hier als citaat opgenomen:

'3.2.2 afwijzing toelating.

Indien inschrijver het niet eens is met de afwijzing om toegelaten te worden, moet binnen 7 kalenderdagen na de dag van verzending van de afwijzing, een kort geding aanhangig gemaakt worden.

(...)

Indien de Inschrijver zich niet kan verenigen met het besluit van de Opdrachtgever, en daarover eerst een gesprek wil voeren met Opdrachtgever, alvorens een besluit te nemen of hij een kort geding wil instellen, dient hij dit uiterlijk binnen 7 kalenderdagen aan de contactpersoon van Opdrachtgever te laten weten via een bericht in Negometrix. De Opdrachtgever bevriest dan de vervaltermijn voor het instellen van een kort geding met een periode van maximaal twee weken. In die twee weken dient het gesprek plaats te vinden. Na afloop van het gesprek loopt de vervaltermijn verder met zoveel dagen als nog niet verstreken waren sedert liet verzoek tot een gesprek. Indien de Inschrijver geen gebruik maakt van de geboden mogelijkheid tot een gesprek, start de bezwaartermijn opnieuw met zoveel dagen als nog niet verstreken waren sedert het verzoek tot een gesprek.

Indien er binnen de termijn van 7 kalenderdagen geen kort geding aanhangig wordt gemaakt, of een verzoek tot een gesprek wordt aangevraagd (via de voorgeschreven werkwijze), dan wel inschrijver de geboden mogelijkheid tot het voeren van een gesprek binnen 2 weken na verzoek niet opvolgt, dan vervalt het recht van de inschrijver om op een later moment alsnog tegen de afwijzing om toegelaten te worden op te komen.’[2]

De coöperatie Ambulante Zelfstandige Zorg- en Hulpverleners (‘CAZZ’) en Intensoplus Geleen B.V. (‘Intensoplus’) hebben een aanmelding ingediend in deze Inkoopprocedure.

De aanmeldingen van zowel CAZZ als Intensoplus zijn bij toelatingsbeslissingen van 7 oktober 2021 afgewezen. In deze toelatingsbeslissingen hebben de Gemeenten de bezwaarmogelijkheden die eveneens zijn benoemd in paragraaf 3.2.2 van het Inkoopdocument in woorden van gelijke strekking herhaald.

CAZZ heeft op 11 oktober 2021 kenbaar gemaakt aan de Gemeenten dat zij het niet eens is met de toelatingsbeslissing en heeft verzocht om een bespreking met de Gemeenten alvorens zij een kort geding aanhangig zal maken. Intensoplus heeft dit een dag later, op 12 oktober 2021, gedaan.

CAZZ heeft vervolgens op 22 oktober 2022 een gesprek gevoerd met de Gemeenten. Het gesprek tussen Intensoplus en de Gemeenten vond plaats op 14 oktober 2021.

CAZZ heeft de Gemeenten op 27 oktober 2022 gedagvaard. Intensoplus heeft de Gemeenten

op 21 oktober 2022 gedagvaard. De dagen van de gesprekken niet meegerekend, hebben CAZZ en Intensoplus de Gemeenten respectievelijk vijf en zeven dagen na de gesprekken gedagvaard.

Beide partijen vorderen alsnog te worden toegelaten tot de Inkoopprocedure om zo een overeenkomst te kunnen sluiten met de Gemeenten. De Gemeenten verweren zich door te stellen dat beide partijen niet-ontvankelijk zijn omdat zij te laat een kort geding aanhangig hebben gemaakt.

De voorzieningenrechter wijst de vorderingen van CAZZ en Intensoplus af en komt daarmee niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van de bezwaren van CAZZ en Intensoplus.

Voldoende duidelijke formulering in Inkoopdocument?

Aan zijn oordeel legt de voorzieningenrechter ten grondslag dat het bepaalde over de vervaltermijn in het Inkoopdocument voldoende duidelijk had moeten zijn voor CAZZ en Intensoplus (en iedere andere inschrijver): er is sprake van een totale vervaltermijn van zeven dagen, die wordt 'bevroren' op het moment dat de inschrijver om een gesprek vraagt. Dit gesprek dient plaats te vinden binnen veertien dagen. Na dit gesprek loopt de vervaltermijn verder met zoveel dagen als nog niet van de vervaltermijn verstreken zijn.

Het betoog van CAZZ dat de vervaltermijn (en de werking daarvan) op meerdere manieren kan worden uitgelegd, is volgens de voorzieningenrechter niet duidelijk genoeg onderbouwd. Het betoog van Intensoplus dat de vervaltermijn en de werking daarvan zo kan worden uitgelegd dat de 'bevriezing' van de vervaltermijn in ieder geval veertien dagen zou duren, gelet op het bepaalde dat een gesprek in elk geval binnen veertien dagen dient plaats te vinden, treft evenmin doel. De voorzieningenrechter ziet hiervoor geen aanknopingspunten in het bepaalde in het Inkoopdocument.

Visie

Dat de voorzieningenrechter tot het oordeel komt dat het bepaalde omtrent de werking van de vervaltermijn in het Inkoopdocument voldoende duidelijk is, acht ik opmerkelijk. Daarvoor is het volgende van belang.

Ook in semi open house procedures wordt aangenomen dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, waaronder het transparantiebeginsel, van toepassing zijn.[3] De voorzieningenrechter lijkt die mening ook te zijn toegedaan door in zijn vonnissen expliciet te spreken over de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver.[4] Deze 'mantra' in het aanbestedingsrecht komt rechtstreeks uit het *Succhi di Frutta*-arrest van het Europese

Hof van Justitie.[5]

In dit arrest heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat het transparantiebeginsel met zich brengt dat alle voorwaarden en modaliteiten van een gunningsprocedure moeten worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze.[6]

In beide vonnissen overweegt de voorzieningenrechter echter ten aanzien van het ‘bevrozen’ van de vervaltermijn: *‘Het is niet voldoende duidelijk dat uren van de dag van belang zijn, zodat het ervoor moet worden gehouden dat de dag waarop het gesprek wordt aangevraagd, niet meetelt als lopende dag.’*

Deze zin duidt er mijns inziens wel degelijk op dat het Inkoopdocument niet voldoende duidelijk, precies en ondubbelzinnig is. Bij iedere vervaltermijn en zeker bij een korte vervaltermijn van slechts zeven dagen, kan één dag het verschil maken. Of een dag dan wél of niet meetelt in een vervaltermijn is van essentieel belang. De overweging dat *‘het ervoor moet worden gehouden’* dat de dag waarop het gesprek wordt aangevraagd niet meetelt als lopende dag in de vervaltermijn getuigt niet van een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige formulering van de bezwaarmogelijkheden.

Als gevolg daarvan had de voorzieningenrechter wel degelijk tot het oordeel kunnen (en misschien zelfs wel moeten) komen dat de beschrijving van de vervaltermijn en de werking daarvan in strijd is met het transparantiebeginsel, zodat dit in elk geval geen reden had kunnen zijn om de vorderingen van CAZZ en Intensoplus af te wijzen. Aan die conclusie wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat deze overweging van de voorzieningenrechter feitelijk in het voordeel van inschrijvers uitpakt: zij krijgen een dag ‘extra’ om een kort geding aanhangig te maken. Dit voordeel kan echter niet afdoen aan de onduidelijkheid die in het Inkoopdocument is gelegen en repareert strijd met het transparantiebeginsel niet. Of dit uiteindelijk een verschil had kunnen maken in de uitkomst van de procedures van CAZZ en Intensoplus is onduidelijk.

Overigens meen ik dat de Gemeenten de beschrijving van de bezwaarmogelijkheden behoorlijk complex hebben gemaakt. Het is de vraag of dat wenselijk is in een semi open house procedure als de onderhavige binnen het sociaal domein, waar aanmeldingen op dit soort procedures *an sich* al als redelijk complex worden ervaren.

Werking vervaltermijn te belastend en rol advocaat?

Zowel CAZZ als Intensoplus betoogt nog dat de Gemeenten met hun werkwijze op een *‘zeer belastende wijze invloed [kunnen] uitoefenen op het verloop’*. Daarmee lijken zij te zeggen dat het de partijen feitelijk onmogelijk wordt gemaakt om nog een kort geding aanhangig te

maken als zij na de datum van het gesprek nog één dag overhouden om een kort geding aanhangig te maken. De voorzieningenrechter is onverbiddelijk in zijn oordeel. Daar moet een inschrijver rekening mee houden door al eerder een advocaat aan het werk te zetten en hem of haar alvast opdracht te geven om een concept dagvaarding op te stellen.

Daarnaast is de advocaat van Intensoplus eveneens aanwezig geweest bij het gesprek met de Gemeenten. Zij heeft ten aanzien van de vervaltermijn een vraag gesteld waarop de Gemeenten blijkens het vonnis op hebben geantwoord dat dagvaarden tot en met 21 oktober 2021 mogelijk zou zijn. Ook hier is de voorzieningenrechter onverbiddelijk. De vraag die de advocaat van Intensoplus stelde, was niet geagendeerd, de Gemeenten werden verrast door deze vraag en de advocaat van Intensoplus had de Gemeenten moeten wijzen op de mogelijkheid dat dit antwoord strijd zou opleveren met het gelijkheidsbeginsel.

Mijns inziens is dit een (te) straf oordeel van de voorzieningenrechter. Van een professionele opdrachtgever als een gemeente mag in dit soort inkoopprocedures worden verwacht dat zij in een gesprek als deze kan aangeven wanneer uiterlijk een kort geding aanhangig kan worden gemaakt. Daarnaast is het aan de Gemeenten om handelen in overeenstemming met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht te waarborgen, niet aan de inschrijvers.

Afwijzing vorderingen in plaats van niet-ontvankelijkheid

Tot slot oordeelt de voorzieningenrechter niet dat de partijen niet-ontvankelijk zijn in hun vorderingen, maar dat de vorderingen moeten worden afgewezen. Dat is mijns inziens opmerkelijk: de conclusie dat een partij na ommekomst van een vervaltermijn een kort geding aanhangig maakt en derhalve te laat is met het instellen van zijn vordering, dient te leiden tot niet-ontvankelijkheid.[7]

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

De hiervoor besproken vonnissen laten zien dat het onverminderd van belang is om een zeer duidelijk beeld te hebben van de toepasselijke vervaltermijnen. Zijn deze niet duidelijk? Dan dient daar een vraag over te worden gesteld in de inlichtingenfase. Bestaat daarna alsnog onduidelijkheid? Neem dan het zekere voor het onzekere en maak in elk geval binnen de kortst mogelijke termijn een kort geding aanhangig om op deze manier een niet-ontvankelijkheid of afwijzing van vorderingen te voorkomen. Ook deze vonnissen laten zien: zowel semi open house procedures als aanbestedingsprocedures dwingen inschrijvers daar soms toe. De relatie opdrachtnemer en opdrachtnemer ten spijt.

mr. N.A.D. Groot

[1] Rechtbank Limburg 3 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:820 en rechtbank Limburg 3 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:807.

[2] Rechtbank Limburg 3 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:820, r.o. 2.2.

[3] Zie bijvoorbeeld rechtbank Midden-Nederland 16 oktober 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:5829, r.o. 3.6.

[4] Rechtbank Limburg 3 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:807, r.o. 4.3 en 4.5 en rechtbank Limburg 3 februari 2022, ECLI:NL:RBLIM:2022:820, r.o. 4.2.

[5] HvJ EG 29 april 2004, ECL:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*).

[6] HvJ EG 29 april 2004, ECL:EU:C:2004:236 (*Succhi di Frutta*), r.o. 111.

[7] Zie bijvoorbeeld rechtbank Oost-Brabant 17 juli 2019, ECLI:NL:RBOBR:2019:4287, waarin wel wordt geoordeeld dat de eisers niet-ontvankelijk zijn omdat zij niet binnen de gestelde vervaltermijn een kort geding aanhangig hadden gemaakt.