

## LEGAL UPDATE

### **Discriminerende aanbestedingsspecificaties? Trek – weloverwogen – aan de bel!**

Datum: 3 januari 2019

Afgelopen 28 november heeft het Hof van Justitie van de EU een [arrest](#) gewezen over rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures. Aan de orde was een Italiaanse aanbesteding voor openbare vervoersdiensten, waarop een partij geen inschrijving had ingediend vanwege beweerde discriminerende specificaties in de aanbestedingsdocumenten. De vraag speelde of deze partij, ondanks niet te hebben deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, wel het recht om in beroep te gaan kon ontleen aan artikel 1 lid 3 van de [Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665](#) (huidige [Richtlijn 2007/66](#)). In dit artikellid staat dat rechtsbescherming op zijn minst toegankelijk is voor partijen die belang hebben (gehad) bij de gunning van de betrokken opdracht en door de beweerde inbreuk zijn of dreigen te worden geschaad. Het Hof concludeert (in lijn met eerdere jurisprudentie) dat lidstaten niet verplicht zijn beroepsprocedures voor iedereen open te stellen en dat zij inderdaad de voorwaarde mogen stellen dat de betrokkene is of dreigt te worden geschaad door de schending die hij aanvoert. Deelname aan een aanbestedingsprocedure voldoet evident aan deze voorwaarden. Anderzijds mag een partij die geen inschrijving heeft gedaan vanwege (beweerde) discriminerende specificaties, niet worden uitgesloten van beroep, zo oordeelt het Hof. Het zou buitensporig zijn te verlangen dat deze partij (eerst) een inschrijving doet, terwijl de kans dat de opdracht aan haar wordt gegund nihil is vanwege die specificaties.

Met deze overweging benadrukt en bevestigt het Hof het [Grossmann-arrest](#). In rov. 37 van dat arrest is bepaald dat een partij die meent dat sprake is van discriminerende specificaties wel beroep moet instellen op het moment dat de specificaties worden vastgesteld. Wachten tot het moment van gunning beantwoordt niet aan de doelstellingen van snelheid en doeltreffendheid van de Rechtsbeschermingsrichtlijn. Dit herhaalt het Hof in rov. 52 van onderhavig arrest terecht. *Let op: rov. 52 mist in de Nederlandse vertaling het woord 'niet', waardoor het lijkt alsof alleen ná gunning beroep kan worden ingesteld. Dit klopt niet!*

De praktijkles voor Nederlandse inschrijvers blijft: trek op tijd aan de bel als je het niet eens bent met specificaties in een aanbesteding. Stel en herhaal vragen in inlichtingenrondes, leidt dit niet tot het gewenste resultaat, dan is het van belang zorgvuldig positie te bepalen en te beslissen om al dan niet een inschrijving te doen. Het voordeel van inschrijven is dat je belang bij de aanbesteding vaststaat. Anderzijds kan het doen van een inschrijving worden gezien als instemming met de (ongunstige) specificaties (het [Hof Den Haag oordeelde in 2017](#) overigens dat dit niet altijd als instemming hoeft te gelden). Het expliciet weigeren van specificaties bij de inschrijving is niet mogelijk, omdat de inschrijving dan als voorwaardelijk – en dus in beginsel ongeldig – wordt gezien.

Wordt ervoor gekozen om niet in te schrijven, maar wel in beroep te gaan (zoals in onderhavig arrest) dan dien je strikt genomen voldoende belang te kunnen aantonen en te kunnen onderbouwen (door bijvoorbeeld al tijdens inlichtingenrondes kritische vragen te hebben gesteld) dat het doen van een (concurrerende) inschrijving moeilijk of zelfs onmogelijk was vanwege de specificaties. Er is dus van alles mogelijk, maar het dient weloverwogen en tijdig te gebeuren.

Dit is een Legal Update van Willemijn Oudenaarden en Julia Krijbolder.

Voor meer informatie:

Willemijn Oudenaarden

+31 30 25 95 572

[willemijnoudenaarden@vbk.nl](mailto:willemijnoudenaarden@vbk.nl)

Julia Krijbolder

+31 30 25 95 572

[juliakrijbolder@vbk.nl](mailto:juliakrijbolder@vbk.nl)

Zie voor meer informatie over de proactieve instelling die van de inschrijver wordt verwacht onze annotatie bij advies 39 van de Commissie van Aanbestedingsexperts, 24 april 2017, [JAAN 28-09-2017, afl. 6](#).