

# **De klachtplicht van inschrijvers in een aanbestedingsprocedure en de kaders van het Unierecht**

mr. M.A.N.M. Ophof-Copier

Eerste druk



's-Gravenhage - 2020

1<sup>e</sup> druk  
ISBN 978-94-6315-053-8  
NUR 822

© 2020, Marita Ophof-Copier

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgeverij. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h tot en met 16m Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 27 november 2002, Stb. 2002, 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken dient men zich tot de Stichting Instituut voor Bouwrecht te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

Deze uitgave is ook online beschikbaar op <[www.ibrtracker.nl](http://www.ibrtracker.nl)>. Voor meer informatie, zie: <[www.ibr.nl/publicaties](http://www.ibr.nl/publicaties)>.

# Voorwoord

Ter afronding van mijn studie Rechtsgeleerdheid aan de Vrije Universiteit te Amsterdam heb ik mijn masterscriptie geschreven over de klachtplicht in het aanbestedingsrecht. Het doel van mijn onderzoek was om in kaart te brengen in hoeverre de klachtplicht van inschrijvers in een aanbestedingsprocedure, zoals die in de Nederlandse jurisprudentie is ontwikkeld en wordt toegepast, past binnen de kaders van het Unierecht, in het bijzonder de rechtsbeschermingsrichtlijn. In de praktijk is de klachtplicht van inschrijvers in een aanbestedingsprocedure al een aantal jaren een veelbesproken kwestie, onder meer vanwege de wisselende rechtspraak. Met mijn onderzoek heb ik gepoogd een waardevol inzicht te verschaffen in dit actuele onderwerp. Daarbij heb ik getracht een totaalbeeld te schetsen en bruikbare aanbevelingen te doen.

Dat ik nu, door uitgave in de IBR Scriptiereeks, met mijn scriptie een breed publiek kan bereiken, is de kroon op mijn werk. Het is me een genoegen om geïnteresseerden deelgenoot te maken van de materie en van mijn visie op de huidige klachtplicht van inschrijvers in een aanbestedingsprocedure.

Ten slotte een speciaal woord van dank aan prof. mr. C.E.C. Jansen voor zijn begeleiding tijdens het schrijven van mijn masterscriptie. Zijn kritische blik tijdens het schrijfproces heeft het beste in mij naar boven gehaald.

De tekst van dit onderzoek is afgesloten op 19 april 2019.

Marita Ophof-Copier

# Inhoudsopgave

<b>1</b>	<b>Inleiding</b>	
1.1	Introductie en onderzoeksvraag	1
1.2	Deelvragen en aanpak	3
1.3	Methodologische verantwoording	4
<b>2</b>	<b>De kaders van het Unierecht</b>	
2.1	Inleiding	5
2.2	Algemene rechtsbeginselen	6
2.3	Richtlijn 89/665/EEG	8
2.3.1	Achtergrond	8
2.3.2	Toepassingsbereik	9
2.3.3	Werking	10
2.3.4	Doel	12
2.3.5	Inhoud	13
2.4	Jurisprudentie	19
2.4.1	Grossmann	19
2.4.2	Amt e.a.	22
2.4.3	Overige jurisprudentie	26
2.4.4	Hoe EU-jurisprudentie mijns inziens door de nationale rechter dient te worden begrepen en toegepast	29
2.5	Conclusie	31
<b>3</b>	<b>De nationale klachtplicht</b>	
3.1	Inleiding	35
3.2	Grondslag	36
3.2.1	Inleiding	36
3.2.2	Ongeschreven klachtplicht op grond van het leerstuk van de rechtsverwerking	36
3.2.3	Ongeschreven klachtplicht op grond van het Grossmann-arrest	40
3.2.4	Contractuele klachtplicht	42
3.3	Gezichtspunten bij beoordeling van de klachtplicht	45
3.3.1	Inleiding	45
3.3.2	Inschrijver versus niet-inschrijver	45
3.3.3	Klagen over ongeschiktheid van een andere inschrijver	47
3.3.4	Proactief handelen van de klager	48

3.3.5	Meeliften	51
3.3.6	Het moment van bekend worden met het gestelde gebrek versus het moment van klagen over het gestelde gebrek	52
3.3.7	In welk stadium kunnen mogelijke fouten nog ongedaan worden gemaakt?	55
3.3.8	Voorbehoud maken	56
3.3.9	(Vermoeden van) grove schending van aanbestedingsrecht	57
3.4	Conclusie	59

#### **4 Toetsing van de nationale klachtplicht aan het Unierechtelijke toetsingskader**

4.1	Inleiding	63
4.2	Algemene constatering	63
4.2.1	Ontbreken eenduidige lijn	63
4.2.2	Ontwikkeling van het rechtsverwerkingsverweer c.q. Grossmann-verweer	64
4.3	Grossmann-arrest op zichzelf geen grondslag voor een klachtplicht	65
4.4	Toetsing van de ongeschreven klachtplicht aan het Unierechtelijke toetsingskader	68
4.4.1	Inleiding	68
4.4.2	Toetsing van de ongeschreven klachtplicht aan de rechtsbeschermingsrichtlijn	68
4.4.3	Toetsing van de ongeschreven klachtplicht aan relevante EU-jurisprudentie	75
4.4.4	Conclusie	79
4.5	Toetsing van de contractuele klachtplicht aan het Unierechtelijke toetsingskader	80
4.6	Toetsing van de nationale klachtplicht aan de algemene rechtsbeginselen	81
4.7	Conclusie	84

#### **5 Aanbevelingen**

5.1	Inleiding	89
5.2	Overwegingen en aanbevelingen	89
5.2.1	Klager moet zijn plicht kunnen kennen	89
5.2.2	Zorgen voor eensluidendheid in rechtspraak	93
5.2.3	Een effectieve klachtplicht met doelmatige rechtsbescherming	95
5.3	Wat te doen bij (een vermoeden van) grove schending van aanbestedingsrecht?	99
5.4	Tot slot	100
5.5	Conclusie	101

## **6 Conclusie**

Lijst van verkort aangehaalde literatuur	107
Rechtspraakregister	111
Kamerstukken	119
Richtlijnen en verordeningen	121