

Staan aanbestedingsrechtelijke beginselen in de weg aan nationale rechtsregel over garanties?

Auteur(s): mr. E.H. (Eva) Leenders, Infense advocaten

Op 5 juni 2025 wees het Hof van Justitie van de Europese Unie (het Hof) een arrest over de vraag of de toepasselijkheid van een rechtsregel die is gebaseerd op de uitlegging van nationale regelgeving ook kan worden tegengeworpen aan een inschrijver uit een andere lidstaat (het Arrest).¹ Deze vraag zag op de rechtsregel dat na herstel onder een garantie de garantieperiode opnieuw kan gaan lopen. Net als advocaat-generaal Campos Sánchez-Bordona (A-G) in zijn conclusie (de Conclusie)² beantwoordt het Hof de vraag genuanceerd. Kort gezegd: dat ligt er maar aan.

De relevante feiten: garantieperiode

De aanleiding voor de prejudiciële beslissing van het Hof is gelegen in een overeenkomst ter modernisering en uitbreiding van de waterzuiveringsinstallatie Czajka, tussen een Poolse aanbestedende dienst en een consortium van ondernemingen uit Frankrijk, Denemarken, Duitsland en Polen, waarin Veolia Water Technologies de leiding had (Veolia).³ Veolia heeft op basis van deze overeenkomst een installatie gebouwd voor thermische behandeling van zuiveringsslib, waaronder twee recuperatoren.

De overeenkomst bevatte een garantieregeling voor de garantieperiode van 36 maanden, ingaande op de dag van voltooiing van de werken. Tevens is daarbij bepaald dat de relevante bepalingen uit het Poolse recht, in het bijzonder het burgerlijk wetboek, van overeenkomstige toepassing zijn voor kwesties die niet door de garantieregeling werden geregeld.

Tijdens de garantieperiode zijn de twee recuperatoren van de installatie defect gemeld, waarna Veolia deze heeft vervangen conform de garantie. Echter, ruim twee jaar na afloop van de (eerste) 36 maanden van de garantieperiode werd opnieuw voor beide recuperatoren een defect gemeld. Ditmaal weigert Veolia vervanging, wegens aflopen van de garantieperiode. Ten onrechte, volgens de aanbestedende dienst, omdat de garantieperiode opnieuw is gaan lopen door de vervangingswerkzaamheden die zijn uitgevoerd onder de garantie.

Dat de garantieperiode opnieuw is gaan lopen, volgt volgens de aanbestedende dienst uit de toepassing van een rechtsregel naar analogie van de garantieregels uit het Poolse burgerlijk wetboek die gelden voor verkoopovereenkomsten. De verwijzende Poolse rechter vraagt zich af of deze toepassing, die is gebaseerd op de uitlegging van het nationale recht, in strijd is met de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en eerlijke mededinging. Relevant is dat de aankondiging noch de overeenkomst een bepaling bevatte die expliciet verwees naar of voorzag in deze uitbreiding van de garantieperiode.

Het oordeel van het Hof

Het Hof stelt voorop haar inmiddels vaste rechtspraak inzake het beginsel van gelijke behandeling en de daaruit voortvloeiende transparantieplicht in de procedure tot het plaatsen van overheidsopdrachten (waaronder het arrest van 29 april 2004, C-496/99 P, Commissie/CAS Succhi di Frutta). Kort gezegd is vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van hun inschrijving dezelfde kansen moeten krijgen en dus dat voor hen ook dezelfde voorwaarden moeten gelden. Die voorwaarden moeten duidelijk, precies en ondubbelzinnig zijn geformuleerd, opdat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers deze op dezelfde manier begrijpen.⁴

Het Hof vervolgt haar oordeel met de vaststelling dat de aanbestedende dienst dit beginsel van gelijke behandeling en de transparantieplicht ook in de uitvoeringsfase van de overeenkomst moet eerbiedigen, om zo de nuttige werking ervan te verzekeren. De aanbestedende dienst moet de door hemzelf vastgestelde criteria nauwgezet in acht nemen, tot aan het einde van de fase van uitvoering. Het naar eigen goeddunken wijzigen van de opdracht tijdens de uitvoering zou immers kunnen leiden tot omzeiling van de aanvankelijke voorschriften en daarmee alsnog tot schending van de beginselen.⁵

Het onderwerp van discussie, de garantieperiode, is van belang voor de vaststelling van de financiële voorwaarden van de opdracht. Dit geldt met name voor opdrachten van werken waarbij de garantie een aanzienlijk financieel risico kan inhouden. Om die reden moet volgens het Hof de inschrijver in de gunningsfase al kunnen vaststellen wat de omvang is van de garantie(periode).⁶

Toepassing van een garantieperiode die niet uitdrukkelijk blijkt uit de aanbestedingsdocumenten of de overeenkomst, maar voortvloeit uit toepassing naar analogie van bepalingen van nationaal (contract)recht die



niet rechtstreeks op de overeenkomst van toepassing zijn, zou bijzonder nadelig kunnen uitwerken voor inschrijvers uit een andere lidstaat. Die inschrijvers hebben namelijk niet dezelfde, vergelijkbare kennis van het nationale (contract)recht en de uitlegging daarvan in de (in dit geval overigens wisselende) nationale rechtspraak, of vaste praktijk van een nationale autoriteit, die tot deze toepassing naar analogie leidt.⁷ Hiermee herhaalt het Hof (alsook de A-G) de overwegingen uit het eerdere arrest en de conclusie uit de Pizzo-zaak.⁸

Het Hof oordeelt dat de verwijzing naar nationaal recht van dien aard moet zijn dat voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver in de gunningsfase de toepassing (naar analogie) van de rechtsregel of bepaling voldoende duidelijk en voorzienbaar was.⁹ Concreet met betrekking tot deze casus is dus bepalend of de inschrijver heeft kunnen begrijpen dat herstel binnen de garantieperiode ertoe kan leiden dat er een nieuwe garantieperiode ingaat.

Gevolgen voor de Nederlandse praktijk

In Nederland geldt het algemeen rechtsbeginsel van 'nemo censetur ignoare legem', oftewel iedereen wordt geacht de wet te kennen, althans de (relevante) regelgeving die op hem of haar van toepassing is.¹⁰ Dat geldt ook voor de uitleg van die regelgeving. Echter, met haar arrest draait het Hof dit beginsel om ten gunste van inschrijvers uit andere lidstaten. Voor inschrijvers op een aanbesteding geldt dan dat de uitleg van de regelgeving enkel dan geldt, wanneer de toepassing daarvan voldoende duidelijk en voorzienbaar was. De kennis van inschrijvers uit andere lidstaten van het nationale recht is immers niet vergelijkbaar met de kennis van binnenlandse inschrijvers.

Gelet op de veelheid aan Nederlandse regelgeving en met name ook de uitleg daarvan in de rechtspraak, is het niet uitgesloten dat een situatie als in het Arrest aan de orde zich ook in Nederland (vaker) zal voordoen. Sterker nog, de situatie als in het Arrest aan de orde doet zich voor in de Nederlandse praktijk. In de Nederlandse bouwrechtspraak zijn namelijk diverse uitspraken te vinden waarin een nieuwe garantietermijn wordt toegekend na oplevering van (ingrijpende) herstelwerkzaamheden, ondanks dat deze rechtsregel niet (expliciet) is opgenomen in de wet en/of overeenkomst.¹¹ Daarnaast zijn tal van andere voorbeelden te bedenken op diverse rechtsgebieden in het (contract)recht. Denk aan: de reikwijdte van het begrip bouwwerk gelet op de verschillende aansprakelijkheidsregimes,¹² de bijzondere zorgplichten (bijvoorbeeld in de IT),¹³ de wijziging van rangorde bij het tot zekerheid strekkende pandrecht¹⁴ en/of de verwijzing naar algemene voorwaarden.¹⁵

Ook kan worden afgevraagd in hoeverre de in de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie geformuleerde voorwaarden voor rechtsbescherming (nog) kunnen worden tegengeworpen aan inschrijvers uit andere lidstaten, wanneer deze voorwaarden niet (expliciet) in de aanbestedingsstukken zijn opgenomen. Hierbij kan onder andere worden gedacht aan de 'exceptio plurium litis consortium', oftewel de ondeelbare rechtsverhouding.¹⁶ Wanneer de inschrijver slechts bij een van de aanbestedende diensten een dagvaarding laat betekenen, bijvoorbeeld alleen bij de aanbestedende dienst die tevens 'feitelijk' opdrachtgever is op het perceel waarop inschrijver een inschrijving heeft ingediend, kan de inschrijver uit een andere lidstaat dan om die reden niet-ontvankelijk worden verklaard, of niet? Daarnaast kan men zich afvragen of de beperkte vernietigbaarheid van aanbestede contracten, zoals die volgt uit het Xafax-arrest,¹⁷ een inschrijver uit een andere lidstaat kan worden tegengeworpen.

Het antwoord op (al) deze vragen zal steeds afhankelijk zijn van hetgeen voor de behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver voorzienbaar was, en daarmee van de omstandigheden van het geval. Dat brengt echter wel met zich dat voor de binnenlandse inschrijver de toepasselijkheid mogelijk eerder wordt aangenomen dan bij een inschrijver uit een andere lidstaat. Een aanbestedende dienst dient daarop bedacht te zijn. Daarbij zal het naar alle waarschijnlijkheid ook nog aan diezelfde aanbestedende dienst zijn om te onderbouwen dat de toepasselijkheid van de rechtsregel duidelijk en voorzienbaar was.

Commentaar en suggestie(s) voor de praktijk

Hoewel het Hof met haar Arrest het gelijke speelveld beoogt te waarborgen, werkt zij mogelijk juist een 'ongelijke behandeling' in de hand tussen enerzijds inschrijvers gevestigd in het eigen land en anderzijds inschrijvers gevestigd in een andere lidstaat. Bovendien doet het Arrest afbreuk aan de rechtszekerheid, nu van geval tot geval zal moeten worden beoordeeld of een rechtsregel gebaseerd op uitleg of toepassing naar analogie kan worden tegengeworpen aan inschrijvers uit andere lidstaten.

Gelet hierop doet de Nederlandse rechter er mijns inziens verstandig aan terughoudend om te gaan met het aannemen van het niet-voorzienbaar zijn van een rechtsregel op basis van uitleg of analoge toepassing van regelgeving. In voorkomend geval zullen er ook meer dan voldoende argumenten beschikbaar zijn om de (wel) voorzienbaarheid aan te nemen. Zo zullen inschrijvers (uit andere lidstaten) vaak bijstand inschakelen in het land van de aanbesteding (bijvoorbeeld tenderadviseurs of juristen), hetgeen – zeker bij complexe, omvangrijke en/of risicovolle projecten – ook verwacht mag worden van een inschrijver,¹⁸ een vestiging oprichten in het land van de aanbesteding en/of samenwerken met ondernemingen in het land van de aanbesteding. Dit laatste was ook het geval in het onderhavige Arrest.

Los hiervan zouden aanbestedende diensten ook proactief de discussie kunnen vermijden, door bijvoorbeeld naar de rechtsregel of de analoge toepassing of uitleg van regelgeving te verwijzen, en/of deze simpelweg op te nemen. Zo zou de veel gebruikte rechtsbeschermingsclausule in een aanbestedingsleidraad kunnen

worden uitgebreid met de regel uit het Xafax-arrest en/of de ondeelbare rechtsverhouding. Ook kunnen aanbestedende diensten ervoor kiezen om voor bepaalde essentiële contractvoorwaarden een expliciete regel op te nemen, zoals het opnieuw gaan lopen van de garantieperiode bij herstel of de kwalificatie 'bouwwerk' voor het relevante aansprakelijkheidsregime. De aanbestedende dienst kan hiermee natuurlijk niet alle potentiële discussiepunten ondervangen, maar wellicht wel een aantal voor de opdracht essentiële punten. Overigens merk ik daarbij direct op dat ik niet verwacht dat een enkele algemene bepaling, waarin (enkel) wordt vastgesteld dat de inschrijvers het nationale (contract)recht worden geacht te kennen, afdoende zal zijn.

Voor nu is het afwachten hoe de Nederlandse (aanbestedingsrechtelijke en contractrechtelijke) rechtspraak zal gaan reageren op het Arrest. Mijns inziens doen aanbestedende diensten er verstandig aan de rechtsregels uit het Arrest nu al mee te nemen bij de voorbereiding van een aanbesteding, te meer wanneer interesse van inschrijvers uit andere lidstaten geïndiceerd is. Dat voorkomt mogelijk (een deel van de) ingewikkelde discussies achteraf.

1. HvJ EU 5 juni 2025, C-82/24 (Veolia Water).
2. Cie A-G M. Campos Sánchez-Bordona 6 februari 2025, C-82/24.
3. Voor specifieke partijsaanduidingen en cetera verwijs ik naar het arrest en de conclusie.
4. Rechtsoverweging 31 t/m 34 van het Arrest. Zie ook rechtsoverweging 63 en 64 van de Conclusie.
5. Rechtsoverweging 36 t/m 39 van het Arrest. Zie ook rechtsoverweging 49 t/m 52 van de Conclusie.
6. Rechtsoverweging 40 t/m 41 van het Arrest. Zie ook rechtsoverweging 74 van de Conclusie.
7. Rechtsoverweging 42, 47 t/m 50 van het Arrest. Zie ook rechtsoverweging 73 t/m 79 en 81 van de Conclusie.
8. HvJ EU 2 juni 2016, C-27/15 (Pippo Pizzo, rechtsoverweging 46 e.v.). Cie A-G M. Campos Sánchez-Bordona 21 januari 2016, C-27/15 (rechtsoverweging 63 e.v.).
9. Rechtsoverweging 47 t/m 50 van het Arrest. Zie ook rechtsoverweging 73 en 81 van de Conclusie.
10. Vgl. HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739 (rechtsoverweging 3.4); Concl. AG 26 november 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AR1739 (rechtsoverweging 4.22 e.v.).
11. Vgl. o.a. Raad van Arbitrage in de Bouw 3 februari 2010, nr. 29.695 (rechtsoverweging 10).
12. De betekenis van het begrip 'bouwwerk', IBR-rapport (Instituut voor Bouwrecht) d.d. 9 april 2025.
13. Vgl. o.a. Rb Midden-Nederland 23 mei 2019, C/16/481095/KG ZA/19-316 en Rb Amsterdam 18 augustus 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:4059.
14. Vgl. HR 9 april 2021, ECLI:NL:HR:2021:524.
15. Vgl. bijv. Rb Rotterdam 2 maart 2022, ECLI:NL:RBROT:2022:1641, waarin van een internationaal opererende onderneming werd verwacht dat de algemene voorwaarden, naast in het Nederlands, ook in het Engels beschikbaar moesten worden gesteld.
16. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5074.
17. HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638.
18. Vgl. o.a. Rb Gelderland 15 december 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6694 en ECLI:NL:RBGEL:2017:6697