

Op deze vraag antwoordt het Hof dat art. 63 lid 1 tweede alinea Richtlijn 2014/24, gelezen in samenhang met artikel 57 lid 4 en 6 van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling krachtens welke, wanneer een ondernemer die deel uitmaakt van een combinatie zich schuldig heeft gemaakt aan een onjuiste verklaring bij de verstrekking van inlichtingen die zijn vereist om ten aanzien van die combinatie te controleren of er geen sprake is van uitsluitingsgronden en of is voldaan aan de selectiecriteria, zonder dat zijn partners kennis hadden van deze onjuiste verklaring, alle leden van de combinatie kunnen worden uitgesloten van alle aanbestedingsprocedures.

“Klaipėdos regiono atliekų tvarkymo centras” UAB,

in tegenwoordigheid van:

“Ecoservice Klaipėda” UAB,

“Klaipėdos autobusu parkas” UAB,

“Parsekas” UAB,

“Klaipėdos transportas” UAB,

wijst

HET HOF (Grote kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, president, R. Silva de Lapuerta, vicepresident, J. C. Bonichot, A. Arabadjiev, A. Prechal, N. Piçarra en A. Kumin, kamerpresidenten, C. Toader, M. Safjan, D. Šváby (rapporteur), S. Rodin, F. Biltgen, L. S. Rossi, I. Jarukaitis en N. Jääskinen, rechters, advocaat-generaal: M. Campos Sánchez-Bordona, griffier: M. Longar, administrateur,

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

NOOT

Zie «JAAN» 2021/190

mr. A. Stellingwerff Beintema
partner bij Maasdam Broers Fischer advocaten

159

Toelaatbaarheid rechtsbeschermingsclausule

Gerechtshof Den Haag

25 mei 2021, 200.284.759/01,

ECLI:NL:GHDHA:2021:890

(mrs. J.J. van der Helm, H.J.M. Burg, J.H. Kuiper)

Noot mr. drs. F.J.J. Cornelissen, mr. M.M.J.M. van Helvoirt, deze noot hoort bij «JAAN» 2021/159 en «JAAN» 2021/187

Rechtsbescherming. Vervalbeding. Bedrijfsvertrouwelijke informatie.

[Aw 2012 art. 2.127, art. 2.131]

De voorzieningenrechter overweegt in eerste aanleg onder andere dat in de aanbestedingsstukken op verschillende plaatsen nadrukkelijk is opgenomen dat van inschrijvers een proactieve houding wordt verwacht. De Staat heeft daarom in het Beschrijvend Document (‘BD’) opgenomen dat een (kandidaat)inschrijver, wiens wens tot aanpassing van de (opzet/systematiek van de) aanbestedingsprocedure niet is gehonoreerd, uiterlijk 24 uur vóór de sluiting van de inschrijvingstermijn – later gewijzigd tot het moment van de voorlopige gunningsbeslissing op straffe van verval van ieder recht – een kort geding aanhangig dient te maken. Protinus heeft niet binnen de voorgeschreven termijn een kort geding aanhangig gemaakt. De in het BD opgenomen rechtsbeschermingsclausule moet toelaatbaar worden geacht. Nu Protinus niet heeft gehandeld in overeenstemming met de rechtsbeschermingsclausule moet zij niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vorderingen. Protinus gaat in beroep en voert onder andere aan dat een rechtsbeschermingsclausule zoals neergelegd in het BD niet toelaatbaar is.

Toelaatbaarheid

Art. 2.127 lid 1 Aw 2012 belet niet zonder meer dat een aanbestedende dienst daarnaast maatregelen treft die ertoe strekken dat in een vroeg stadium van een aanbesteding bezwaren naar voren worden gebracht en op straffe van verval van recht, indien nodig aan de rechter worden voorge-

legd. Zo'n maatregel dient niet alleen de belangen van de aanbestedende dienst, maar ook de belangen van de andere inschrijvers omdat dit bijvoorbeeld mogelijk kosten kan voorkomen ten behoeve van een inschrijving voor een aanbesteding die later ondeugdelijk blijkt.

Een dergelijke bepaling, waarin nadrukkelijk is opgenomen dat al voor inschrijving of gunning een bezwaar tegen de opzet van de aanbesteding aan de rechter moet worden voorgelegd, is evenmin steeds in strijd met de rechtsbeschermingsrichtlijnen (zie ook HvJ EU 11 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:597 (Lämmerzahl)). Dat wordt slechts anders indien met een vervaltermijn afbreuk wordt gedaan aan de wettelijke opschorten-termijn, maar daarvan is hier geen sprake. Evenmin doet zich de situatie voor dat de uitoefening van rechten die Protinus aan het Unierecht ontleent, onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt.

Het feit dat een vervalbeding niet in strijd is met de Aw 2012 en de rechtsbeschermingsrichtlijnen, betekent niet zonder meer dat een dergelijk vervalbeding steeds toelaatbaar is. Die toelaatbaarheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij het in het bijzonder aankomt op de aard en omvang van de opdracht en, daarmee veelal samenhangend, de aard en omvang van de inschrijvers. Bij een aanbesteding die betrekking heeft op een opdracht met een beperkte waarde waarop wordt ingeschreven door inschrijvers die behoren tot het midden- en kleinbedrijf, zal in de regel niet gevergd kunnen worden dat zij al vóór inschrijving hun bezwaren tegen een aanbesteding aan de rechter in kort geding voorleggen. Bij een grote opdracht waarop bedrijven inschrijven met een zekere omvang zal een dergelijke eis echter eerder te rechtvaardigen zijn. Het hof is van oordeel dat de toelaatbaarheid van een rechtsbeschermingsclausule zoals hier aan de orde voorts afhankelijk is van de toetsingscriteria en de wijze waarop inschrijvingen worden beoordeeld. Indien er wordt getoetst aan subjectieve en dus minder goed controleerbare criteria zal de vrees dat een kort geding de verhoudingen onder druk zet en dat dit in een latere beoordeling zal kunnen doorwerken eerder gegrond kunnen worden geacht dan in een geval waarin de uit te voeren beoordeling objectief toetsbaar is en niet beïnvloed kan worden door subjectieve voorkeuren.

In dit geval is de opdrachtwaarde ruim € 242 mln. Daarmee gaat het om een zeer grote opdracht

waarbij de Staat erop mocht rekenen dat daarop door grote opdrachtnemers zou worden ingeschreven. Mede gelet op die opdrachtwaarde acht het hof het belang van de rechtsbeschermingsclausule evident. Voorbereiding van een inschrijving op deze opdracht brengt voor een inschrijver de nodige kosten mee. Wanneer één van de inschrijvers de kern van de wijze waarop de aanbesteding is georganiseerd in twijfel trekt, is het niet onredelijk te verlangen dat hij dat standpunt in een vroeg stadium aan de rechter voorlegt indien dit in de aanbestedingsstukken is voorgeschreven. Bij zo'n grote opdracht wegen de kosten van een dergelijk kort geding niet zo zwaar dat dit onoverkomelijk of disproportioneel moet worden geacht.

Het hof acht de rechtsbeschermingsclausule in dit geval daarom niet ontoelaatbaar.

Conclusie

De conclusie is dat de grieven falen.

Protinus IT B.V.,
gevestigd te Houten,
appellante,
hierna te noemen: Protinus,
advocaat: mr. L.C. van den Berg te Den Haag,
tegen

1. de Staat der Nederlanden (Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap),
zetelend te Den Haag,
geïntimeerde,

hierna te noemen: de Staat of het Ministerie,
advocaat: mr. J.H.C.A. Muller te Den Haag,

2. Telindus-ISIT B.V.,
gevestigd te Utrecht,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Telindus,
advocaat: mr. M.J.J.M. Essers te Amsterdam,

3. SLTN IT Products B.V.,
gevestigd te Hilversum,
geïntimeerde,
hierna te noemen: SLTN,
advocaat: mr. A.L. Appelman te Zwolle.

1. Het geding

1.1 Het hof heeft kennis genomen van de volgende stukken:

- de processtukken uit de eerste aanleg, waaronder het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 7 oktober 2020;

- de (spoed)appeldagvaarding van 19 oktober 2020, waarin de grieven van Protinus zijn opgenomen, met producties;
- de memorie van antwoord van de Staat;
- de memorie van antwoord van SLTN;
- de memorie van antwoord van Telindus.

1.2 De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 23 april 2021 via een tweezijdige videoverbinding. Ten behoeve van de mondelinge behandeling zijn namens Protinus en Telindus nog producties ingediend. De pleitnotities die de advocaten tijdens de mondelinge behandeling hebben gehanteerd zijn kort voor de zitting aan het hof toegezonden en maken deel uit van het dossier. Van de mondelinge behandeling is een proces-verbaal opgemaakt.

2. Beoordeling van het hoger beroep

Feiten

2. Het hof gaat uit van de volgende feiten.

a. Op 5 juni 2020 heeft het Ministerie, mede namens verschillende andere ministeries en hoge colleges van Staat, de aanbesteding onder de naam "ROAD2020", betreffende het sluiten van vijf raamovereenkomsten voor het leveren van Datacentermiddelen en bijbehorende dienstverlening, aangekondigd. De totale geraamde opdrachtwaarde bedraagt € 242.500.000,--, exclusief BTW. Op de aanbesteding is de Aanbestedingswet 2012 (hierna ook: Aw) van toepassing.

Voor zover hier van belang vermeldt het Beschrijvend Document:

"1.7 Installed base en Basis-fabrikanten

De Installed base van de Deelnemer (hof: de operationele eenheid binnen de Rijksoverheid die deelneemt aan de aanbesteding) bestaat uit Producten (en Diensten) van een groot aantal fabrikanten. Het grootste deel van de Installed base bestaat uit Producten en/of Diensten van een aantal fabrikanten. Deze fabrikanten noemen we voor deze Aanbesteding de Basis-fabrikanten. Om continuïteit in de bedrijfsvoering te kunnen borgen, is het voor de Deelnemer belangrijk dat minimaal de Producten en/of Diensten van deze fabrikanten aangekocht kunnen worden. Het gaat om de volgende Basis-fabrikanten:

Kavel	Basis-fabrikant	Geschatte aanschafwaarde Installed base Deelnemers t.b.v. Herhalingsaanvragen
A	Cisco	€ 73.000.000
B	HPE	€ 41.000.000
C	DELL-EMC	€ 26.000.000
D	Fujitsu	€ 8.000.000
E	NetApp	€ 5.000.000

(...)

Elke genoemde Basis-fabrikant betreft een kavel. Per kavel wordt een vaste prijsafspraken voor product-/ kortingsgroepen van de corresponderende fabrikant gemaakt met de geselecteerde leverancier die het economisch meest voordeligst is voor die betreffende kavel. Deze leverancier zal dan gedurende de looptijd van de Raamovereenkomst in het geval sprake is van een Herhalingsaankoop de producten van de desbetreffende Basis-fabrikant mogen leveren. Wanneer geen sprake is van een Herhalingsaankoop, maar de behoefte valt wel binnen de scope van de aanbesteding, dan wordt dit in een minicompetitie onder de vijf gecontracteerde Opdrachtnemers uitgezet. Zie voor een nadere uitleg Bijlage 3 - 'Nadere inkoopproces'.

(...)

4.3 Planning

In onderstaande tabel is de planning weergegeven. Deze planning is ook opgenomen in CTM. Bij eventuele geconstateerde afwijkingen tussen de opgegeven planning in dit document en de planning in CTM is de planning in CTM leidend.

Tabel 4.1 Planning

Actie	Datum	Tijd
(...)	(...)	
Bekendmaken gunningsbeslissing	8 juli 2020	
(...)	(...)	

De Aanbestedende dienst behoudt zich het recht voor, indien omstandigheden daartoe aanleiding geven, de in Tabel 4.1 genoemde termijn(en) te wijzigen. Wijzigingen worden doorgevoerd in CTM en worden aangekondigd via de Nota van inlichtingen in CTM. Aan de vermelde data en aanduidingen kunnen door Inschrijver geen rechten worden ontleend.

4.4 Nota van Inlichtingen

(...)

Er zullen twee ronden van Nota van Inlichtingen plaatsvinden. Dat wil zeggen dat Inschrijvers twee keer in de gelegenheid worden gesteld om vragen te stellen. (...) Voor de tweede vragenronde mogen alleen vragen gesteld worden over gegeven antwoorden in de eerste Nota van inlichtingen. Aangezien vragen voor de tweede ronde enkel betrekking kunnen hebben op vragen die gesteld zijn voor de eerste Nota van inlichtingen, wordt van Inschrijvers een proactieve en zorgvuldige houding verwacht.

(...)

Aanbestedende dienst zal alle vragen, opmerkingen en alternatieve tekstvoorstellen zorgvuldig bestuderen en besluiten of een aanpassing wenselijk is. (...) De wijzigingen worden opgenomen in de Nota van inlichtingen. Eventuele wijzigingen en aanvullingen op dit Aanbestedingsdocument in de Nota's van inlichtingen dient de Inschrijver onvoorwaardelijk te accepteren, evenals het gegeven dat deze wijzigingen en aanvullingen prevaleren boven de bepalingen in dit Aanbestedingsdocument.

4.5 Tegenstrijdigheden

De aanbestedingsstukken met alle bijbehorende Bijlagen zijn met de grootst mogelijke zorgvuldigheid samengesteld. Desondanks kunnen er toch onduidelijkheden, onvolkomenheden en/of tegenstrijdigheden in deze aanbestedingsstukken voorkomen. De Aanbestedende dienst verwacht een proactieve houding van Inschrijver, hetgeen betekent dat Inschrijver eventuele onduidelijkheden in het Aanbestedingsdocument zo spoedig mogelijk via CTM gemotiveerd aan de Aanbestedende dienst moet melden en wel op een zodanig moment dat deze onduidelijkheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt, te weten via de mogelijkheid tot het stellen van vragen voor de Nota van inlichtingen.

Na het verstrijken van de uiterste termijn waarbinnen de Inschrijvingen moeten zijn ingediend kan Inschrijver geen bezwaar meer maken tegen eventuele onduidelijkheden in het Aanbestedingsdocument. Derhalve verliest Inschrijver haar recht om na de aanbesteding alsnog bezwaar te maken tegen (de gevolgen van) eventuele schendingen van het (aanbestedings-)recht, voor zover daarvan sprake zou zijn in de aanbestedingsstukken, wordt Inschrijver geacht onvoorwaardelijk met de inhoud van het Aanbestedingsdocument te hebben ingestemd. De Aanbestedende dienst is dan op geen enkele wijze aansprakelijk voor de gevolgen van de eventuele onduidelijkheden in het Aanbestedings-

document. Deze onduidelijkheden in dit Aanbestedingsdocument zijn dan voor risico van Inschrijver. Indien de reactie van de Aanbestedende dienst naar aanleiding van het in de voorgaande alinea gestelde niet leidt tot een aanpassing van dit document, of tot een aanpassing die in de ogen van een Inschrijver niet juist of onvoldoende is, dan dient uiterlijk 24 uur voor de sluitingstermijn een kort geding procedure aanhangig te worden gemaakt bij de bevoegde voorzieningenrechter en dient Aanbestedende dienst hiervan onverwijld in kennis te worden gesteld middels betekening van de dagvaarding op het adres van Aanbestedende dienst, bij gebreke waarvan ieder recht om tegen de aanbestedingsstukken te ageren vervalft. Indien een kort geding aanhangig wordt gemaakt, behoudt de Aanbestedende dienst zich het recht voor de aanbestedingsprocedure op te schorten dan wel in te trekken."

Op 17 april 2020 heeft het Ministerie in het aanbestedingsplatform CTM aangegeven dat - in afwijking van de in het Beschrijvend Document opgenomen planning - de voorlopige gunning is gepland op 17 juli 2020.

Protinus - de zittende leverancier uit de vorige aanbesteding - heeft zowel in de eerste als in de tweede ronde vragen gesteld over en bezwaren aangevoerd tegen de opzet/systematiek van de aanbestedingsprocedure. Dit heeft niet geleid tot aanpassing daarvan.

Met betrekking tot de rechtsverwerkingsbepaling in het Beschrijvend Document heeft Protinus in de eerste ronde de volgende vraag (nr. 95835) gesteld:

"Wij achten de rechtsverwerkingsclausule van par. 4.5 Beschrijvend Document te verregaand en in strijd met de bestendige Grossmann-jurisprudentie. De verlangde pro-activiteit van de inschrijver brengt volgens recente rechtspraak (...) niet met zich mee dat van hem kan worden verwacht dat hij voor de sluitingstermijn van inschrijving - op straffe van verval van recht - een kort geding aanhangig maakt indien bezwaren niet worden overgenomen door de aanbestedende dienst. Wij zien dit als een essentiële en ontoelaatbare inperking van de rechtsbescherming, die bovendien ingaat tegen voornoemde rechtspraak. Wij verzoeken u deze rechtsverwerkingsclausule in lijn daarmee aan te passen. Indien u daar niet toe bereid bent, verzoeken wij u dat toe te lichten waarbij u ingaat op de recente rechtspraak en het Grossmann-arrest."

Daarop is in de eerste Nota van Inlichtingen door het Ministerie als volgt gereageerd:

"Niet akkoord. De figuren van rechtsverwerking en de wettelijke opschortingstermijnen moeten van elkaar onderscheiden worden. Gedurende de wettelijke opschortingstermijn (Alcatel-termijn) kan de inschrijver opkomen tegen de gunningsbeslissing. Bezwaren echter die betrekking hebben op de aanbestedingsstukken en -systematiek falen in die fase, omdat deze volgens de hiervoor bedoelde regeling uiterlijk vóór de inschrijving moeten worden kenbaar gemaakt, op straffe van rechtsverwerking."

In de tweede vragenronde heeft Protinus de volgende vraag (nr. 99458) gesteld:

"In de beantwoording van vraag ID 95835 omschrijft u enkel wat het onderscheid zou zijn tussen rechtsverwerking en de wettelijke opschortingstermijnen. Dit onderscheid is bij ons bekend en voornoemde vraag zag niet op dit onderscheid. De vraag zag specifiek op de rechtsverwerkingsclausule conform par. 4.5 van het Beschrijvend Document dat in strijd is met de in vraag 95835 genoemde jurisprudentie die bevestigt dat van rechtsverwerking na inschrijving geen sprake kan zijn indien een inschrijver voor inschrijving expliciet klaagt over voorwaarden en de aanbesteder besluit de klachten niet in te willigen. De inschrijver heeft dan conform die jurisprudentie na gunning nog altijd het recht om die bezwaren voor te leggen aan de Voorzieningenrechter."

Wij verzoeken u nogmaals om in te gaan op die specifieke jurisprudentie in relatie tot de rechtsverwerkingsclausule die daarmee strijdig is."

Die vraag is in de tweede Nota van Inlichtingen als volgt beantwoord:

"Aanbestedende dienst hecht waarde aan effectieve rechtsbescherming. De bepaling in het beschrijvend document wordt dusdanig aangepast dat in plaats van datum inschrijving, datum bekendmaking voorlopige gunningsbeslissing wordt gehanteerd. Van inschrijver wordt wel een proactieve houding verwacht die verder gaat dan het uitsluitend stellen van vragen. Een inschrijver die ontevreden is met de informatie/het antwoord in de nota van inlichtingen dient niet te wachten tot de (voorlopige) gunningsbeslissing maar proactief te handelen."

i. Op 10 juni 2020 heeft Protinus bij het Ministerie nogmaals geklaagd over de rechtsbeschermingsclausule in het Beschrijvend Document. Daarop heeft het Ministerie op 11 juni 2020 aangegeven dat het die klacht/vraag niet meer in behandeling zal nemen, omdat de deadline voor het stellen van vragen is verstreken.

Vervolgens heeft Protinus een inschrijving ingediend.

Op 17 juli 2020 heeft het Ministerie kenbaar gemaakt dat Protinus niet in aanmerking komt voor gunning van één van de raamovereenkomsten en dat het voornemens is de opdracht te gunnen aan Telindus (kavel A), Centralpoint Nijmegen B.V. (kavel B), SLTN (kavel C), SJ-Solutions B.V. (kavel D) en Axians Communication Solutions B.V. (kavel E), die naar zijn oordeel - op basis van de beste Prijs-Kwaliteit verhouding - de economisch meest voordelige inschrijvingen hebben ingediend.

Op 30 juli 2020 heeft Protinus bezwaar gemaakt tegen de gunningbeslissing en verzocht over te gaan tot heraanbesteding. Hierop is het Ministerie niet (inhoudelijk) ingegaan.

Direct na de thans bestreden uitspraak in kort geding heeft het Ministerie de opdracht gegund aan de hiervoor achter k) genoemde partijen.

De vorderingen en de beslissing in eerste aanleg

3.1 Protinus vorderde in eerste aanleg, na wijziging van haar eis:

I. voorwaardelijk, voor zover mocht worden geoordeeld dat de uitleg van het *Grossmann-arrest* voor discussie vatbaar is; prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EU, dan wel de Hoge Raad over de uitleg van dat arrest alvorens over te gaan tot verdere behandeling van de zaak;
II. de Staat - op straffe van verbeurte van een dwangsom - te verbieden uitvoering te geven aan de gunningsbeslissing en te gebieden de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden en over te gaan tot heraanbesteding;
een en ander met veroordeling van de Staat in de proces- en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.2 Telindus vorderde in eerste aanleg als tussengekomen partij - zakelijk weergegeven - de Staat te gebieden de raamovereenkomst definitief aan haar te gunnen, met veroordeling van Protinus in de proces- en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

3.3 SLTN vorderde in eerste aanleg voorwaardelijk - voor zover mocht worden geoordeeld dat voor tussenkomst een zelfstandige vordering is vereist - de Staat te gebieden de opdracht (definitief) aan haar te gunnen, alsmede (in alle gevallen) veroordeling van Protinus in de proces- en nakosten te vermeerderen met de wettelijke rente.

4.1 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Protinus afgewezen. De voorzieningenrechter overwoog daartoe dat in de aanbestedingsstukken

op verschillende plaatsen nadrukkelijk is opgenomen dat van inschrijvers een proactieve houding wordt verwacht. De Staat heeft daarom in het Beschrijvend Document opgenomen dat een (kandidaat) inschrijver, wiens wens tot aanpassing van de (opzet/systematiek van de) aanbestedingsprocedure niet is gehonoreerd, uiterlijk 24 uur vóór de sluiting van de inschrijvingstermijn, later gewijzigd tot het moment van de voorlopige gunningsbeslissing op straffe van verval van ieder recht - een kort geding aanhangig dient te maken. Protinus heeft niet binnen de voorgescreven termijn een kort geding aanhangig gemaakt. De in het Beschrijvend Document opgenomen rechtsbeschermingsclausule moet toelaatbaar worden geacht. Nu Protinus niet heeft gehandeld in overeenstemming met de rechtsbeschermingsclausule moet zij niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vorderingen.

4.2 De voorzieningenrechter heeft ook de vorderingen van Telindus afgewezen, omdat zij bij haar vordering geen belang meer had. De vordering van SLTN kon naar het oordeel van de voorzieningenrechter buiten beschouwing worden gelaten omdat deze voorwaardelijk was ingesteld.

De vordering in hoger beroep

5.1 Protinus vordert in hoger beroep vernietiging van het bestreden vonnis. Zij vordert voorts:

primair: de Staat te verbieden uitvoering te geven aan de door hem geuite gunningsvoornemens en definitieve gunningsbeslissingen en de Staat te gebieden de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden, danwel indien gunning definitief heeft plaatsgevonden, de Staat te gebieden geen uitvoering te geven (al dan niet door het verstrekken van nadere opdrachten) aan de definitieve gunningsbeslissingen en de gesloten overeenkomsten, en te gebieden, voor zover de Staat de opdracht nog wil gunnen, over te gaan tot heraanbesteding van de opdracht, op straffe van een dwangsom;

subsidiar: prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad en/of het Hof van Justitie EU over de toelaatbaarheid van de rechtsverwerkingsclausule en de Staat, op straffe van een dwangsom, te gebieden in afwachting van beantwoording van deze vragen, de uitvoering van de gesloten overeenkomsten op te schorten en opgeschort te houden totdat aan de hand van de antwoorden eind-arrest zal zijn gewezen om vervolgens bij eindarrest heraanbesteding te bevelen;

zowel primair als subsidiair: de Staat, Telindus en SLTN te veroordelen in de kosten van het geding, danwel tot terugbetaling van de proceskosten uit eerste aanleg.

5.2 De zes grieven van Protinus vallen op verschillende gronden de beslissing van de voorzieningenrechter aan, die inhoudt dat Protinus niet-ontvankelijk is in haar vorderingen. Grief 4 heeft daarnaast betrekking op de inhoudelijke stelling van Protinus dat de opzet van de aanbesteding in strijd is met het recht.

De beoordeling in hoger beroep

- inleidende overwegingen

6.1 Bij de beoordeling in hoger beroep stelt het hof voorop dat de Staat zich in hoger beroep, anders dan in eerste aanleg, wel erop heeft beroepen dat Protinus in strijd met het bepaalde in paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document, met de latere aanpassing, (hierna ook wel: de rechtsbeschermingsclausule), niet 24 uur vóór de voorlopige gunningsbeslissing haar bezwaren tegen de opzet van de aanbesteding in kort geding aan de voorzieningenrechter heeft voorgelegd. Reeds om die reden kan de vraag onbesproken blijven of in de situatie waarin de Staat zich niet op de betreffende bepaling heeft beroepen, andere inschrijvers zich daarop wel konden beroepen en konden verlangen dat de Staat aan die bepaling toepassing zou geven. Voor zover grieven 1 en 2 hierop betrekking hebben, kunnen deze daarom onbesproken blijven.

6.2 Voor zover Protinus met haar eerste grief aanvoert dat de voorzieningenrechter ten onrechte niet alle door Protinus aangevoerde feiten in het vonnis heeft opgenomen, miskent zij dat de voorzieningenrechter daartoe niet gehouden was. Het hof zal dit arrest wijzen met inachtneming van de door partijen naar voren gebrachte feiten.

- uitleg van paragraaf 4.5 Beschrijvend Document

7.1 Grief 1 heeft (verder) betrekking op de uitleg van paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document. Protinus voert aan dat haar bezwaren zich niet richten tegen de formulering en zorgvuldigheid van de aanbestedingsstukken, maar tegen de opzet van de aanbesteding als zodanig. De vraag die moet worden beantwoord is dan ook in de eerste plaats of de door Protinus naar voren gebrachte bezwaren tegen de opzet van de aanbesteding worden bestreken door het bepaalde in paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document.

7.2 Bij de uitleg van aanbestedingsstukken moet de zogenaamde CAO-norm worden toegepast.

Die norm houdt in dat de bewoordingen van de bepalingen van de aanbestedingsstukken, gelezen in het licht van de gehele tekst van die aanbestedingsstukken, in beginsel doorslaggevend zijn. Paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document heeft betrekking op “onduidelijkheden, onvolkomenheden en/of tegenstrijdigheden” in de aanbestedingsstukken. Van inschrijvers wordt een proactieve houding verwacht die meebrengt dat eventuele onduidelijkheden gemotiveerd aan de aanbestedende dienst worden gemeld op een zodanig moment dat deze onduidelijkheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Daarnaast dient een inschrijver, indien zijn opmerkingen niet leiden tot aanpassing van het Beschrijvend Document, uiterlijk 24 uur voor de voorlopige gunningsbeslissing een kort geding aanhangig te maken.

7.3 De bezwaren van Protinus betreffen feitelijk de kern van de opzet van de aanbestedingsprocedure. Zij is immers van oordeel dat – kort gezegd – de keuze om met vijf kavels met basisfabrikanten te werken niet door de beugel kan. Dergelijke bezwaren hebben, anders dan Protinus aanvoert, wel degelijk te gelden als “onduidelijkheden, onvolkomenheden en/of tegenstrijdigheden” in de zin van paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document. Een opzet van een aanbesteding die strijdig is met het recht dient immers te worden aangemerkt als een onvolkomenheid. Dat volgt ook uit de verdere tekst van paragraaf 4.5 waarin wordt gesproken van “eventuele schendingen van het (aanbestedings)recht.” Voor een normaal oplettende en redelijk geïnformeerde inschrijver, die bekend moet zijn met clausules als deze, kon er naar het oordeel van het hof geen onduidelijkheid over bestaan dat van haar verwacht werd om bij een voor haar onbevredigende reactie van de Staat in de fase van de nota's van inlichtingen, tijdig een kort geding aanhangig te maken, zeker wanneer het bezwaren betrof die de kern van de aanbesteding raken.

7.4 Protinus voert in dit verband in grief 2 mede aan dat de rechtsverwerkingsclausule is gekoppeld aan de woorden “na de aanbesteding”, in die zin dat een afgewezen inschrijver na de aanbesteding geen rechten meer geldend kan doen maken. Dat maakt het bovenstaande niet anders omdat het niet af doet aan het duidelijke voorschrift dat tijdig een kort geding aanhangig moet worden gemaakt. Datzelfde geldt voor de verwijzing door Protinus tijdens de mondelinge behandeling naar

het bepaalde in paragraaf 4.16.2 van het Beschrijvend Document. In die paragraaf is onder meer opgenomen dat een afgewezen inschrijver die na gunning niet, niet tijdig of niet correct een kort geding aanhangig maakt, geacht wordt afstand te hebben gedaan van zijn recht om de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing en/of de gevoerde aanbestedingsprocedure door de rechter te laten toetsen. De tekst van deze bepaling lijkt te overlappen met de rechtsbeschermingsclausule voor zover deze betrekking heeft op bezwaren zoals die door Protinus tegen de opzet van de aanbestedingsprocedure zijn aangevoerd, maar doet aan de vereisten van de rechtsbeschermingsclausule als zodanig niet af. Uit de vragen en opmerkingen die Protinus over de rechtsbeschermingsclausule heeft gesteld, blijkt bovendien ook dat zij de clausule precies zo heeft begrepen dat zij bezwaren als thans aan de orde al voor gunning in kort geding zou moeten voorleggen.

- *toelaatbaarheid rechtsbeschermingsclausule*

8.1 Protinus heeft verder aangevoerd dat een rechtsbeschermingsclausule zoals neergelegd in paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document, met latere aanpassing, niet toelaatbaar is. Het hof is van oordeel dat niet in algemene zin kan worden gezegd dat een vervalbeding zoals is opgenomen in paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document, met latere aanpassing, wel of niet toelaatbaar is. Dat is afhankelijk van verschillende omstandigheden.

8.2 Artikel 2.127 lid 1 Aw bepaalt dat een aanbestedende dienst, voordat hij overgaat tot het sluiten van een overeenkomst, een opschortende termijn in acht neemt. Uit artikel 2.131 Aw volgt dat, indien binnen de opschortende termijn van artikel 2.127 Aw een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt verzocht, de overeenkomst eerst mag worden gesloten nadat een uitspraak over het verzoek tot voorlopige maatregelen is verkregen. Deze systematiek staat er niet zonder meer aan in de weg dat een aanbestedende dienst daarnaast maatregelen treft die ertoe strekken dat in een vroeg stadium van een aanbesteding bezwaren tegen de opzet van die aanbesteding naar voren worden gebracht en op straffe van verval van recht, indien nodig aan de rechter worden voorgelegd. Met zo'n maatregel zijn niet alleen de belangen van de aanbestedende dienst gediend, maar ook de belangen van de andere inschrijvers omdat daarmee mogelijk kosten voorkomen kunnen worden ten behoeve van een inschrijving

voor een aanbesteding die later ondeugdelijk blijkt dan wel dat concurrentiegevoelige gegevens van inschrijvers op een ontijdig moment bekend raken wat een nieuwe aanbesteding bemoeilijkt.

8.3 Een dergelijke bepaling, waarin nadrukkelijk is opgenomen dat al voor inschrijving of gunning een bezwaar tegen de opzet van de aanbesteding aan de rechter moet worden voorgelegd, is evenmin steeds in strijd met de rechtsbeschermingsrichtlijnen. In het *Lämmerzahl*-arrest van het Hof van Justitie (HvJ EU 11 oktober 2007, ECLI:EU:C:2007:597) is dit uitgemaakt ten aanzien van een nationale regeling die bepaalt dat tegen een besluit van de aanbestedende dienst binnen een daartoe gestelde termijn beroep moet worden ingesteld. Er is geen reden om in algemene zin aan te nemen dat dit niet zou gelden voor maatregelen die door een aanbestedende dienst worden getroffen zonder dat daaraan een nationale wettelijke regeling ten grondslag ligt. Dat wordt slechts anders indien met een vervalt termijn afbreuk wordt gedaan aan de wettelijke opschortende termijn, maar daarvan is hier geen sprake. Evenmin doet zich de situatie voor dat de uitoefening van rechten die Protinus aan het Unierecht ontleent, onmogelijk of uiterst moeilijk wordt gemaakt.

8.4 Het feit dat een vervalbeding zoals opgenomen in de rechtsbeschermingsclausule niet in strijd is met de Aw en de rechtsbeschermingsrichtlijnen, betekent echter niet zonder meer dat een dergelijk vervalbeding steeds toelaatbaar is. Die toelaatbaarheid is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij het in het bijzonder aankomt op de aard en omvang van de opdracht en, daarmee veelal samenhangend, de aard en omvang van de inschrijvers. Bij een aanbesteding die betrekking heeft op een opdracht met een beperkte waarde waarop wordt ingeschreven door inschrijvers die behoren tot het midden- en kleinbedrijf, zal in de regel niet gevergd kunnen worden dat zij al vóór inschrijving hun bezwaren tegen een aanbesteding aan de rechter in kort geding voorleggen. Bij een grote opdracht waarop wordt ingeschreven door bedrijven met een zekere omvang zal een dergelijke eis echter eerder te rechtvaardigen zijn. Het hof is van oordeel dat de toelaatbaarheid van een rechtsbeschermingsclausule zoals hier aan de orde voorts afhankelijk is van de toetsingscriteria en de wijze waarop inschrijvingen worden beoordeeld. Indien er wordt getoetst aan subjectieve en daarmee minder goed

controleerbare criteria zal de vrees dat een kort geding de verhoudingen onder druk zet en dat dit in een latere beoordeling zal kunnen doorwerken eerder gegrond kunnen worden geacht dan in een geval waarin de uit te voeren beoordeling objectief toetsbaar is en niet beïnvloed kan worden door subjectieve voorkeuren. In het eerste geval zal een vervalbeding als thans aan de orde eerder ontoelaatbaar moeten worden geacht dan in een situatie waarin de beoordeling op grond van objectieve en controleerbare criteria plaatsvindt.

8.5 In dit geval is de opdrachtwaarde ruim € 242 mln. Daarmee gaat het om een zeer grote opdracht waarbij de Staat erop mocht rekenen dat daarop door grote opdrachtnemers zou worden ingeschreven. Mede gelet op die opdrachtwaarde acht het hof het belang van de rechtsbeschermingsclausule evident. Voorbereiding van een inschrijving op deze opdracht brengt voor een inschrijver de nodige kosten mee. Wanneer een van de inschrijvers de kern van de wijze waarop de aanbesteding is georganiseerd in twijfel trekt, is het niet onredelijk te verlangen dat hij dat standpunt in een vroeg stadium aan de rechter voorlegt indien dit in de aanbestedingsstukken is voorgeschreven. Bij een zo grote opdracht wegen de kosten van een dergelijk kort geding niet zo zwaar dat dit onoverkomelijk of disproportioneel moet worden geacht.

8.6 De Staat heeft ter zitting onweersproken aangevoerd dat bij deze aanbesteding de beoordeling van de inschrijvingen geanonimiseerd plaatsvindt en dus op een wijze waarbij de beoordelaars niet weten van wie de inschrijving afkomstig is, en dat zij die onderling ook niet kunnen vergelijken. De vrees van Protinus dat een kort geding de verhoudingen onder druk zet en dat dit zijn weerslag zal hebben op de beoordeling, is reeds daarom niet gegrond geweest. Dat in deze aanbesteding sprake is van een beoordeling op subjectieve criteria is bovendien niet aangevoerd. Er is daarom geen reden om aan te nemen dat het aanhangig maken van een kort geding zijn weerslag zal hebben op de beoordeling van de inschrijvingen. Daar komt bij dat van een aanbestedende dienst mag worden verwacht de beoordeling niet te laten beïnvloeden door het feit dat een inschrijver gebruik maakt van zijn recht een discussiepunt met de aanbestedende dienst aan de rechter voor te leggen.

8.7 Het hof acht de rechtsbeschermingsclausule in dit geval daarom niet ontoelaatbaar. Ter vermijding van misverstand merkt het hof op dat daar-

mee niet is gezegd dat bezwaren tegen een aanbesteding steeds vóór inschrijving of vóór gunning in kort geding moeten worden aangevoerd. Het hof heeft slechts te beoordelen of dat in dit geval, waarin die eis in het Beschrijvend Document is opgenomen, van een inschrijver kan worden verlangd.

8.8 Anders dan Protinus aanvoert, doet een regeling als neergelegd in paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document geen afbreuk, en dus ook niet, zoals Protinus stelt: disproportionele afbreuk, aan de effectieve rechtsbescherming. Feitelijk wordt het moment waarop de rechtsbescherming moet worden ingeroepen in het belang van ook andere betrokkenen, naar voren gehaald. Met deze paragraaf wordt ook geen afbreuk gedaan aan de rechtsbescherming die uit de artikelen 2.127 en 2.131 Aw voortvloeit. De tijd die voor Protinus open heeft gestaan om een kort geding aanhangig te maken is immers ruimschoots voldoende geweest. Op 11 juni 2020 heeft de Staat nogmaals laten weten dat de bezwaren van Protinus niet tot wijziging van de opzet van de aanbesteding zouden leiden en toen had Protinus nog ruim een maand om een kort geding aanhangig te maken.

8.9 Protinus voert aan dat, doordat het tijdstip waarop volgens de rechtsbeschermingsclausule een kort geding aanhangig moest worden gemaakt, is verplaatst naar uiterlijk 24 uur voor het moment van gunning in plaats van 24 uur voor inschrijving, er geen belang meer bestond bij die clausule. Zoals hiervoor is overwogen, strekt de rechtsbeschermingsclausule ertoe dat bezwaren in een vroeg stadium aan de orde worden gesteld. Het hof is met Protinus van oordeel dat het naar achteren verschuiven van het uiterste tijdstip waarop een kort geding aanhangig moet worden gemaakt, afbreuk doet aan dit doel. Kort voor de gunningsbeslissing zijn alle kosten door inschrijvers immers al gemaakt. Daar staat echter tegenover dat (i) met dat naar achteren verschuiven van de uiterste termijn voor inschrijvers meer tijd werd gecreëerd om een kort geding aanhangig te maken en (ii) voor de aanbestedende dienst een belang bij de clausule bleef bestaan. Door in ieder geval vóór de voorlopige gunningsbeslissing een kort geding aanhangig te maken kon voorkomen worden dat de gunningsbeslissing werd genomen en dat een volgende fase in de aanbesteding zou aanbreken. De Staat heeft er daarbij onweersproken op gewezen dat door de gunningsbeslissing

bedrijfsvertrouwelijke informatie bekend is geworden bij andere inschrijvers, hetgeen een heraanbesteding problematisch zou maken vanuit het oogpunt van mededinging. Een tijdig aanhangig gemaakt kort geding zou die situatie voorkomen kunnen hebben.

8.10 Het advies van de Adviescommissie Gids Proportionaliteit van 3 maart 2020 waarop Protinus zich beroept leidt het hof niet tot een ander oordeel. Ook in dat advies wordt gezocht naar een evenwicht tussen de verschillende belangen en wordt een rechtsbeschermingsclausule zoals in deze aanbestedingsprocedure is gehanteerd, niet in algemene zin ontoelaatbaar geacht. Ook het concept van de wijziging van de Gids Proportionaliteit sluit een rechtsbeschermingsclausule zoals in deze aanbesteding gehanteerd, niet in algemene zin uit.

8.11 Grief 3 faalt daarom.

- *overige bezwaren van Protinus*

9.1 Protinus stelt met grief 2 voorts dat van haar niet kon worden verwacht een kort geding aanhangig te maken, maar dat het voldoende is dat zij haar klachten bekend heeft gemaakt. Met dat standpunt miskent zij dat in paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document niet alleen en proactieve houding van een inschrijver wordt verwacht, maar ook dat de inschrijver haar klachten, indien de aanbestedende dienst die niet honoreert, aan de rechter in kort geding voorlegt. Er bestaan, met andere woorden, in deze aanbesteding twee verplichtingen van gegadigden. Op grond van het Beschrijvend Document is het dus niet voldoende om te klagen, maar moeten de klachten op straffe van verval van recht aan de rechter worden voorgelegd.

9.2 Anders dan Protinus met grief 2 stelt, kon er evenmin onduidelijkheid bestaan over het tijdstip waarop uiterlijk het kort geding aanhangig moest worden gemaakt. Onbetwist is dat in CTM als datum van voorlopige gunning 17 juli 2020 is doorgegeven. Op die datum is ook daadwerkelijk de voorlopige gunningsbeslissing genomen. Protinus diende, indien zij er zeker van wilde zijn dat zij haar bezwaren tijdig en op de juiste wijze naar voren had gebracht, daarom uiterlijk op 16 juli 2020 een kort geding aanhangig te maken.

9.3 Nu hiervoor is overwogen dat de rechtsverwerkingsclausule als zodanig toelaatbaar is, heeft Protinus geen belang bij haar grief voor zover deze inhoudt dat zij ook thans nog over de rechtsverwerkingsclausule moet kunnen klagen.

9.4 Met grief 5 komt Protinus op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat er geen reden was om prejudiciële vragen te stellen over de toelaatbaarheid van de rechtsbeschermingsclausule zoals opgenomen in paragraaf 4.5 van het Beschrijvend Document. Ook die grief faalt. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor is overwogen behoeft er geen twijfel te bestaan over de toelaatbaarheid van de in deze aanbesteding gebruikte rechtsverwerkingsclausule in het licht van het Unierecht. Daar komt bij dat de aard van dit spoedappiel zich niet goed verhoudt met het stellen van prejudiciële vragen aan hetzij het Hof van Justitie EU, hetzij de Hoge Raad.

9.5 Grief 4 heeft betrekking op de bezwaren van Protinus tegen de opzet van de aanbesteding. Die grief kan gelet op het voorgaande onbesproken blijven. Grief 6 heeft geen zelfstandige betekenis en blijft daarom ook onbesproken.

9.6 Een belangenafweging leidt niet tot een ander oordeel. Het belang van een rechtsverwerkingsclausule en het belang van de Staat en de andere inschrijvers daarbij dient zwaarder te wegen dan het belang van Protinus. Daarbij hecht het hof zwaarwegend belang aan het gegeven dat Protinus de mogelijkheid heeft gehad om wel tijdig haar bezwaren aan de rechter in kort geding voor te leggen, maar daarvan willens en wetens geen gebruik heeft gemaakt.

9.7 Omdat de grieven van Protinus falen, hoeft het hof niet te beoordelen of in het stadium waarin de opdracht al is gegund, nog kan worden ingegrepen in de uitvoering van die opdracht.

Conclusie

10.1 De conclusie is dat de grieven falen. Protinus zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.

3. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 7 oktober 2020;
- veroordeelt Protinus in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van De Staat tot op heden begroot op € 760,- aan griffierecht en € 3.342,- aan salaris advocaat en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente

als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;

- veroordeelt Protinus in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Telindus tot op heden begroot op € 760,- aan griffierecht en € 3.342,- aan salaris advocaat en op € 163,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak dan wel, wat betreft het bedrag van € 85,-, na de datum van betekening, moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen.
- veroordeelt Protinus in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van SLTN tot op heden begroot op € 760,- aan griffierecht en € 3.342,- aan salaris advocaat en op € 163,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met € 85,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden;
- verklaart dit arrest ten aanzien van de kostenveroordeling ten gunste van de Staat en Telindus uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het in hoger beroep meer of anders gevorderde.

NOOT

Deze noot hoort bij «JAAN» 2021/159 en «JAAN» 2021/187

Proportionaliteit van rechtsbeschermingsclausules

De afgelopen jaren is er het nodige te doen geweest om de vaak vergaande rechtsbeschermingsclausules die aanbesteders opnemen in aanbestedingsstukken.¹ De meest vergaande vorm komt erop neer dat ondernemers al voorafgaande aan inschrijving in kort geding moeten

1 In de praktijk wordt ook wel gesproken van rechtsverwerkingsclausules.

opkomen tegen onderdelen waarmee zij het niet eens zijn.

Verbetering van rechtsbescherming van ondernemers maakt onderdeel uit van het 'programma Beter Aanbesteden'² dat staatssecretaris Keijzer van EZK in 2021 is gestart.³ Een onderdeel van voormeld programma is het tegengaan van een "extreme werking" van rechtsverwerking(sclausules).⁴ Per 1 januari 2022 wijzigt de Gids Proportionaliteit, waarin dan komt te staan dat het disproportioneel is om het niet-tijdig stellen van een vraag door een inschrijver automatisch te laten leiden tot verval van recht.^{5,6}

In het hier te bespreken arrest geeft het Hof Den Haag eveneens nuttige aanwijzingen over de proportionaliteit van rechtsbeschermingsclausules.

Eerste aanleg

De aan het Hof Den Haag voorliggende zaak gaat over een Europese aanbesteding van de Staat van een vijftal raamovereenkomsten voor het leveren van Datacentermiddelen en bijbehorende dienstverlening. De rechtsbeschermingsclausule uit de leidraad bepaalt dat een potentiële inschrijver in het uiterste geval uiterlijk 24 uur vóór verloop van de inschrijftermijn een kort geding

aanhangig moet maken indien zijn eventuele bezwaren of onduidelijkheden aanhouden na de inlichtingenronden, op straffe van verval van recht. In de laatste nota van inlichtingen verlengt de Staat deze vervaltermijn naar 24 uur vóór mededeling van de gunningsbeslissing.

Inschrijver Protinus schrijft in en wordt tweede. Zij heeft in de inlichtingenronden bezwaar gemaakt tegen de opzet van de aanbesteding (waaronder tegen de rechtsbeschermingsclausule), maar is geen kort geding gestart binnen de (verlengde) vervaltermijn.

In een kort geding tegen de gunningsbeslissing tracht Protinus alsnog diverse bezwaren tegen de opzet van de aanbesteding in rechte aan te kaarten. In eerste aanleg bleef succes uit: de voorzieningenrechter wijst de vorderingen van Protinus af op grond van voormelde rechtsbeschermingsclausule.⁷ De rechtbank overweegt dat Protinus niet had mogen volstaan met het uiten van bezwaren tijdens de inlichtingenrondes.⁸

Het oordeel van het hof

Protinus gaat in hoger beroep, maar vangt wederom bot omdat de rechtsbeschermingsclausule van de Staat stand houdt. Het hof overweegt dat een (vergaande) rechtsbeschermingsclausule als hier aan de orde niet in algemene zin ontoelaatbaar is. Dat volgt ook niet uit de gewijzigde Gids Proportionaliteit.⁹ Aan de andere kant waarschuwt het hof dat in zijn arrest geen vrijbrief wordt gegeven om in elke aanbesteding een rechtsbeschermingsclausule te hanteren.¹⁰ Per aanbesteding zal dus een proportionaliteitsafweging moeten worden gemaakt.

Het gaat steeds om een proportionaliteitsafweging tussen enerzijds de belangen van de klager (om geen aanzienlijke kosten voor een juridische procedure te hoeven maken als hij nog niet weet of hij kanshebber is) en, anderzijds, de belangen van de aanbestedende dienst en de overige in-

2 Dit programma is een vervolg op het eerste traject 'Beter Aanbesteden' uit 2018 en 2019, in het kader waarvan de 'Actieagenda Beter Aanbesteden' is opgesteld om de aanbestedingspraktijk in Nederland verder te professionaliseren.

3 *Kamerstukken II 2020/21*, 34252, 20, p. 3; *Kamerstukken II 2020/21*, 34252, 21, p. 1.

4 *Kamerstukken II 2020/21*, 34252, 21, p. 3. Ook heeft de staatssecretaris door KWINK Groep een onderzoek laten verrichten naar de stand van de rechtsbescherming in de aanbestedingspraktijk (waarbij de eindbevindingen ter zake van rechtsbeschermingsclausules staan vermeld onder *Kamerstukken II 2018/19*, 34252, 13, p. 29).

5 Stcrt. 2021, 41481.

6 *Kamerstukken II 2020/21*, 32440, 115, bijlage 972044, pp. 68-70. Het voorstel tot wijziging van de Gids Proportionaliteit is – behoudens enkele aanpassingen – gebaseerd op het 'Advies Rechtsverwerkingsclausules (Grossmann) d.d. 3 maart 2020' van de Adviescommissie Gids Proportionaliteit; zie voor een bespreking in meer detail: *Kamerstukken II 2020/21*, 32440, 115, bijlage 972043, pp. 1-2 en *Kamerstukken II 2020/21*, 32440, 115, bijlage 972047, pp. 5-8.

7 Rb. Den Haag (vzr.) 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10038, «JAAN» 2020/184, m.nt. O. de Wit, r.o. 5.2-5.5.

8 Rb. Den Haag (vzr.) 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10038, «JAAN» 2020/184, m.nt. O. de Wit, r.o. 5.5.

9 Hof Den Haag 21 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890, r.o. 8.10.

10 Hof Den Haag 21 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890, r.o. 8.5-8.7.

schrijvers (om de inkoopprocedure voortvarend af te kunnen wikkelen zonder het risico van heraanbesteding).

Het hof overweegt – net als de voorzieningenrechter – dat de Aanbestedingswet geen verbod kent op rechtsbeschermingsclausules en verwijst naar het *Lämmerzahl*-arrest.¹¹ Daaruit volgt dat vervaltermijnen zijn toegestaan zolang deze termijnen i) redelijk zijn en ii) het uitoefenen van de rechten die voortvloeien uit het Europees recht niet onmogelijk of uiterst moeilijk maken.¹² Volgens het Hof van Justitie dienen die vervaltermijnen dan juist de doelstelling van rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG – te weten: effectiviteit van rechtsbescherming – evenals het rechtszekerheidsbeginsel.¹³

Sommige auteurs menen dat het oordeel van het Hof van Justitie uit *Lämmerzahl* ten onrechte wordt aangehaald.¹⁴ Naar onze mening licht het Hof van Justitie in *Lämmerzahl* overtuigend toe wat de meerwaarde is van een vervaltermijn. Ten onrechte wordt in Nederland de discussie over vervaltermijnen ook wel *geframed* als een tweestrijd tussen het belang van de aanbesteder en het belang van de ondernemer. *Lämmerzahl* leert daarentegen dat de aanbesteder rekening heeft te houden met de belangen van drie (typen) partijen: de aanbesteder, de klagende ondernemer en de (overige) inschrijvers. Het Hof Den Haag overweegt dat bij elke aanbesteding een proportionaliteitstoets moet worden verricht door de aanbestedende dienst, waarbij acht moet worden geslagen op i) de aard en omvang van de opdracht, ii) de aard en omvang van de inschrijvers en iii) de mate van objectiviteit in de beoordeling.¹⁵ Ter zake van de aard en om-

11 Hof Den Haag 21 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890, r.o. 8.3.

12 HvJ EU 11 oktober 2007, C-241/06, ECLI:EU:C:2007:597 (*Lämmerzahl*), r.o. 50, 52. Zie ook: HvJ EU 12 december 2002, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746 (*Universale-Bau*), r.o. 71-77; HvJ EU 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93 (*Grossmann*), r.o. 39. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat in *Grossmann* geen sprake was van een rechtsbeschermingsclausule. HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08, ECLI:EU:C:2010:46 (*Commissie/Ierland*), r.o. 51-53, 60 – 62. HvJ EU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166 (*eVigilo*), r.o. 51.

13 Nederlandse rechters lijken over het algemeen welwillend te zijn bij het toepassen van rechtsbeschermingsclausules: Rb. Leeuwarden (vzr.) 5 oktober 2011, ECLI:NL:RBLLE:BT6725, r.o. 5.13 (bekrachtigd in hoger beroep door Hof Leeuwarden 5 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW7551, «JAAN» 2012/102); Rb. Rotterdam (vzr.) 13 augustus 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:6822, «JAAN» 2014/189, r.o. 4.3; Rb. Rotterdam (vzr.) 15 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2702, «JAAN» 2015/98, r.o. 4.2; Rb. Den Haag (vzr.) 26 juli 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:8414, «JAAN» 2017/205, r.o. 5.4-5.5; Rb. Midden-Nederland (vzr.) 19 juli 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:3440, «JAAN» 2019/173, r.o. 2.24; Rb. Den Haag (vzr.) 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10038, «JAAN» 2020/184, m.nt. O. de Wit, r.o. 5.4 (bekrachtigd in het geannoteerde arrest). Deze opsomming is niet uitputtend. De Commissie van Aanbestedingsexperts (“CvAE”) is minder welwillend, althans ter zake van clausules die bepalen dat potentiële inschrijvers vóór inschrijving een kort geding aanhangig moeten maken bij bezwaren en onwettige reacties vanuit aanbesteders.

Een dergelijke verplichting voert te ver, aldus de CvAE. Zie CvAE 24 april 2017, Advies 39, «JAAN» 2017/214, m.nt. C.W. Oudenaarden; CvAE 27 oktober 2017, Advies 426, randnr. 5.3.7. Interessant is advies 628 van de CvAE (27 augustus 2021), waarin de CvAE ten overvloede de gezichtspunten uit het geannoteerde arrest overneemt en verduidelijkt.

14 Zie bijvoorbeeld de noot van B.J.H. Blaisse, E.J.M. Dubach en N. Kiekens in TBR 2021/35 bij Rb. Den Haag (vzr.) 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10038. De volgens deze auteurs wezenlijke verschillen zijn dat i) *Lämmerzahl* een vervaltermijn uit nationale wet- en regelgeving (en niet in aanbestedingsdocumenten) betrof en ii) de vervaltermijn in kwestie op straffe van verval van recht slechts verplichtte tot klagen bij de aanbestedende dienst (en niet tot het starten van een gerechtelijke procedure). Wij menen evenwel dat deze feitelijke verschillen niet afdoen aan de toepasbaarheid van de rechtsregel uit het *Lämmerzahl*-arrest. In de eerste plaats maakt het voor de juridische toets niet uit of een vervaltermijn is opgenomen in wet- en regelgeving of (slechts) uit aanbestedingsdocumentatie. De toets blijft of de vervaltermijn in overeenstemming is met het (Europees) recht. In de tweede – en laatste – plaats merken wij op dat de toelaatbaarheid van een vervaltermijn welke verplicht tot het aankaarten van bezwaren bij een rechter vóór het verstrijken van de inschrijftermijn, op straffe van verval van recht reeds volgt uit het arrest *Universale Bau* (r.o. 17).

15 Hof Den Haag 21 mei 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:890, r.o. 8.4.

vang van de inschrijvers merken wij op dat enkel de aard en omvang van *de te verwachten inschrijvers* bepalend kan zijn in de proportionaliteitstoets, daar met de aard en omvang van de daadwerkelijke inschrijvers dan wel van de inschrijver die protesteert vanzelfsprekend geen rekening kan worden gehouden bij de voorbereiding van de aanbesteding. Verder wijst gezichtspunt iii) erop dat naarmate de beoordelingssystematiek subjectiever is (en inschrijvers van tevoren dus minder goed kunnen voorspellen hoe aspecten worden getoetst), een rechtsbeschermingsclausule sneller disproportioneel is. Het hof geeft geen limitatieve lijst van aspecten die in de proportionaliteitsafweging een rol spelen. Wij kunnen ons voorstellen dat ook relevant zijn:

- de vereiste inspanningen voor het doen van een inschrijving: gaat het om een ‘standaard’-inschrijving of om een inschrijving die verdergaande investeringen vergt van de inschrijver?
- de tenderkostenvergoeding die een aanbesteder biedt: met dergelijke vergoeding is het evenrediger te verlangen dat de ondernemer stukken nauwkeurig bestudeert en desnoods in kort geding klaagt;
- de lengte van de inschrijftermijn, zowel in absolute zin als gerekend vanaf de laatste nota van inlichtingen: een langere termijn stelt de ondernemer meer in staat vóór inschrijving nog een kort geding te starten;
- het type procedure: in een concurrentiegericht dialogo of mededingingsprocedure met vóór aanvang van de onderhandelingsfase moeten worden aangekaart, omdat een heraanbesteding daar bezwaarlijker is dan bij een openbare procedure);
- het gegeven concurrentieniveau: indien een aanbesteding met voorselectie het aantal gegadigden maximeert, is het proportioneler om een vergaande rechtsbeschermingsclausule te hanteren in de gunningsfase dan in de selectiefase;
- de reikwijdte van de rechtsbeschermingsclausule: indien de clausule zich ook uitstrekt tot een bodemprocedure, zal deze bezwaarlijker zijn dan wanneer de clausule enkel ziet op een kort geding.¹⁶

In eerste aanleg baseerde de voorzieningenrechter de proportionaliteit van de vervaltermijn mede op de uiteindelijke verlenging van de termijn tot 24 uur vóór geplande bekendmaking van het gunningsvoornemen. Daarmee hadden inschrijvers volgens de voorzieningenrechter genoeg tijd om hun bezwaren in rechte aan te kaarten. Het hof plaatst een – naar onze mening zeer terechte – kanttekening: de clausule strekt ook ter bescherming van de belangen van (andere) inschrijvers en door klagen ná inschrijving toe te laten wordt aan dat doel afbreuk gedaan. Die andere inschrijvers hebben dan alle kosten reeds gemaakt. Wij kunnen die gedachtegang goed volgen en menen dat het om dezelfde reden zelfs proportioneler kan zijn om het uiterste moment voor klachten (kort geding) ruim vóór de uiterste inschrijvingsdatum te plannen. Een kort geding kort voor de inschrijvingsdatum zal de meeste kosten namelijk ook niet kunnen voorkomen. Omdat voor klachten wel voldoende tijd moet resteren, leidt een afloop van de vervaltermijn vóór sluiting van de inschrijvingstermijn in de praktijk wel weer tot een langduriger aanbestedingsprocedure.

Wat als? Gevolg van disproportionele rechtsbeschermingsclausule

Nu het hof overweegt dat de rechtsbeschermingsclausule van de staat *in dit geval* proportioneel is, komt het niet toe aan de vraag wat het gevolg is van een disproportionele clausule. Wij sluiten niet uit dat de Staat ook op een disproportionele clausule met succes een beroep had kunnen doen.¹⁷

De evenredigheidstoets laat immers onverlet dat een clausule die bij inschrijving is overeengekomen en in strijd is met het aanbestedingsrecht, geen nietigheid meebrengt. In *Van der Stroom/Staat* overwoog de Hoge Raad dat het akkoord

17 Het vonnis van rechtbank Midden-Nederland van 14 juli jl. (Rb. Midden-Nederland (vzr.) 14 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3165) – ook geannoteerd in dit nummer – doet hieraan onzes inziens niet af. In die zaak was geen sprake van een rechtsbeschermingsclausule zoals hier aan de orde. Daarom toetste de voorzieningenrechter aan het algemene leerstuk van rechtsverwerking. Niettemin is het type bezwaar (wel/niet juridisch-technisch) relevant voor de reikwijdte van de rechtsbeschermingsclausule en kan het meewegen in de beoordeling van proportionaliteit van een clausule.

16 CvAE 27 augustus 2021, Advies 628, randnr. 4.2.10.

van een inschrijver op een (aanbestedingsrechtelijk ontoelaatbare) wezenlijke wijziging van het bestek na inschrijving ertoe leidt dat op de onechtmaticheid van die wijziging geen beroep meer kan worden gedaan.¹⁸ Daar komt bij dat het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel verplicht tot nauwgezette toepassing van de in de aanbestedingsstukken neergelegde procedureregels, inclusief een eventueel disproportionele rechtsbeschermingsclausule. De botsing tussen het gelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel wordt volgens vaste rechtspraak beslist in het voordeel van de gelijkheid.¹⁹ Het gelijkheidsbeginsel eist dat een aanbestedende dienst zich indien mogelijk juist wél op een rechtsbeschermingsclausule beroept en dat verhoudt zich naar ons idee slecht met een integrale proportionaliteitstoetsing na sluiting van de inschrijvingstermijn.²⁰

Als uitgangspunt had het hof dus naar ons idee ook een disproportionele clausule moeten toepassen. Op het uitgangspunt van handhaving van contractueel vastgelegd verval van recht is dan hooguit nog afwijking mogelijk indien het beroep van de aanbestedende dienst daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 BW), maar voor die uitzondering zien wij alleen ruimte in extreme gevallen zoals bij (evidente) schendingen van een Europese aanbestedingsplicht.²¹

Conclusie en vuistregels voor de praktijk

Of een rechtsbeschermingsclausule toelaatbaar is, is niet in algemene zin te beantwoorden, maar zal per aanbesteding moeten worden beoordeeld. Het hof formuleert drie gezichtspunten: de omvang van de opdracht, de omvang van de te

verwachten inschrijvers en de mate van objectiviteit van de beoordelingssystematiek. Ook andere omstandigheden kunnen van belang zijn, zoals degene die wij hierboven hebben genoemd. Wij zien dit arrest met name als aanmoediging voor aanbesteders om niet automatisch de eigen standaardclausule in stukken op te nemen, maar om de proportionaliteit van de rechtsbeschermingsclausule (en haar reikwijdte) steeds opnieuw te toetsen aan de eigenschappen van de opdracht, de te verwachten gegadigden en de (overige) eigenschappen van de aanbestedingsprocedure.

mr. drs. F.J.J. Cornelissen
advocaat bij Dirkzwager

mr. M.M.J.M. van Helvoirt
advocaat bij Dirkzwager Legal & Tax

160

Eis vraagspecificatie voor meerdere uitleg vatbaar

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
28 september 2021, 200.295.879/01,
ECLI:NL:GHARL:2021:9069
(mr. A.A. van Rossum, mr. H.L. Wattel,
mr. D.M.I. de Waele)

Beginselen van aanbestedingsrecht.
CAO-norm. Gelijkheidsbeginsel. Transparantiebeginsel. Uitleg. Uitleg aanbestedingsstukken.

Feiten

Prorail heeft een aanbestedingsprocedure georganiseerd voor de ombouw van het emplacement Den Haag Centraal. Met iedere gegadigde (waaronder BAM en Volkerrail) zijn drie vertrouwelijke dialoogrondes gehouden. Naar aanleiding van één van die rondes is eis 8.29 in de Vraagspecificatie opgenomen, op grond waarvan inschrijvers faseringsstappen mochten combineren. In deze zaak gaat het om de uitleg van deze eis. Prorail heeft de inschrijvers bericht dat de inschrijving van BAM voor gunning in aanmerking komt. Volkerrail heeft bezwaar gemaakt tegen deze gunningsbeslissing bij het klachtenmeldpunt van Prorail (KMP). Het KMP heeft daarop als zienswij-

18 HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806, «JAAN» 2007/5042, r.o. 4.1.4.

19 Vgl. HvJ EU 14 december 2016, ECLI:EU:C:2016:948 (Connexion), r.o. 43-44. Zie mr. M.J. Mutsaers in «JAAN» 2016/233, nt. bij Rb. Den Haag (vzr.) 24 augustus 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:11209.

20 Zo ook de voorzieningenrechter in eerste aanleg: Rb. Den Haag (vzr.) 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10038, «JAAN» 2020/184, m.nt. O. de Wit, r.o. 5.1.

21 Vgl. Rb. Midden-Nederland (vzr.) 27 maart 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, «JAAN» 2019/92, m.nt. mr. E.L.H. Snijders-van Erp; Rb. Den Haag (vzr.) 11 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1942, «JAAN» 2021/83 m.nt. mr. J.P.M. van Beers.