

Jurisprudentie – III. Aanbestedingsrecht

TBR 2021/35

Rechtbank Den Haag, 7 oktober 2020, zaaknr. C/09/597240 / KG ZA 20-733, ECLI:NL:RBDHA:2020:10038 (Rechtsverwerkingsclausule)

(Mr. G.P. van Ham)

Aanbestedingswet 2012: art. 2.127; Richtlijn 2007/66/EG: art. 1 lid 3, overweging 17; Richtlijn 89/665/EG: art. 1 lid 3, Art. 2 lid 1 sub a; Richtlijn 92/13/EEG: art. 1 lid 3; Wet inzake overheidsopdrachten (BE): art. 2, 43^o

Rechtsverwerking. Inperking rechtsbescherming. Verplichting om kort geding aanhangig te maken voor sluiting inschrijvingstermijn. Rechtsvergelijking. Belgisch recht

Met noot mr. B.J.H. Blaisse, mr. E.J.M. Dubach en mr. N. Kiekens, Red.¹

De feiten

Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.

3.1. Op 5 juni 2020 heeft het ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna 'het Ministerie'), mede namens verschillende andere ministeries en hoge colleges van Staat, aangekondigd de aanbesteding onder de naam 'ROAD2020', betreffende het sluiten van (5) raamovereenkomsten voor het leveren van Data-centermiddelen en bijbehorende dienstverlening. De totale geraamde opdrachtwaarde bedraagt € 242.500.000,--, exclusief BTW. Op de aanbesteding is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing.

3.2. Voor zover hier van belang vermeldt het Beschrijvend Document:

'1.7 Installed base en Basis-fabrikanten

De Installed base van de Deelnemer (voorzieningen-rechter: de operationele eenheid binnen de Rijks-overheid 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

¹ Babette Blaise en Esther Dubach zijn beiden werkzaam als advocaat bij Pot Jonker Advocaten. Nathanaëlle Kiekens is werkzaam als advocaat bij Stibbe Brussel.

Nota van Inlichtingen

(...)

Er zullen twee rondes 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 als nog 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 Aanbestedingsdocument. 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 vervalt. 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.

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

3.4. Protinus heeft zowel in de eerste als tweede ronde vragen gesteld over en bezwaren aangevoerd tegen de opzet/systematiek van de aanbestedingsprocedure. Deze hebben niet geleid tot aanpassing daarvan.

3.5. Met betrekking tot de rechtsverwerkbepalingen 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 (Rb. Midden-Nederland, 27 september 2019, ECLI:RBMNE:2019:4581, ro. 19.2; en Rb. Midden-Nederland, 1 november 2019, ECLI:RBMNE:2019:5093, ro. 4.6.1 en 4.6.2) 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.’

3.6. 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.’

3.7. 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 aanbestedende 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.'

3.8. Die vraag is in de tweede Nota van Inlichtingen als volgt beantwoord door het Ministerie:

'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.'

3.9. 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.

3.10. Vervolgens heeft Protinus een inschrijving ingediend.

3.11. 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.

3.12. 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.

Het geschil

4.1. Na wijziging van eis vordert Protinus, zakelijk weergegeven:

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 van de Europese Unie ('HvJEU'), dan wel de Hoge Raad ('HR') over de uitleg van dat arrest alvorens over te gaan tot verder 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.

4.2. Daartoe voert Protinus - samengevat - het volgende aan.

Rechtmatige gunning op basis van de opzet c.q. systematiek van de in de aanbestedingstukken aangegeven procedure, waarbij vijf basisfabrikanten centraal staan, is niet mogelijk. Inschrijvers met de nauwste banden met die basisfabrikanten hebben een voorsprong op de andere inschrijvers, zodat van een gelijk speelveld geen sprake is. Dit is in strijd met het aanbestedingsrechtelijke gelijkheids- en transparantiebeginsel, dat beoogt elk risico van favoritisme en willekeur uit te sluiten. De hier gekozen opzet/systematiek werkt dit juist in de hand.

4.3. De Staat, Telindus en SLTN voeren verweer, dat - voor zover nodig - hierna zal worden besproken.

4.4. Telindus vordert - 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.

4.5. SLTN vordert 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.

4.6. Verkort weergegeven stellen Telindus en SLTN daartoe dat de Staat op goede gronden voornemens is de opdracht (mede) aan hen te gunnen.

4.7. Voor zover nodig zullen de standpunten van Protinus en de Staat met betrekking tot de vorderingen van Telindus en SLTN hierna worden besproken.

De beoordeling van het geschil**Met betrekking tot de vorderingen van Protinus**

5.1. Het meest verstrekkende verweer be-treft het beroep van Telindus en SLTN op de rechtsbeschermingsclausule in het Beschrijvend Document, zoals nadien aangepast in de tweede Nota van Inlichtingen, wat volgens hen moet leiden tot niet-ontvankelijkverklaring van Protinus - naar de voorzieningenrechter begrijpt - voor zover het de gevorderde staking van de aanbestedingsprocedure en heraanbesteding betreft. De Staat heeft aangevoerd op die clausule geen beroep te doen. Op zichzelf is de Staat - anders dan Protinus - weliswaar van oordeel dat de (aangepaste) rechtsbeschermingsclausule toelaatbaar is, maar hij prefereert een inhoudelijke rechterlijke toetsing met betrekking tot de opzet/systematiek van de aanbestedingsprocedure. Kennelijk stelt de Staat hier zijn eigen belang voorop, wat niet goed valt te rijmen met het karakter van een aanbestedingsprocedure, waarin de Staat ook rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van alle inschrijvers en in het bijzonder de 'winnaars'. Van de Staat had dan ook mogen worden verwacht dat hij zich op de - volgens hem dus rechtmatige - rechtsbeschermingsclausule had beroepen indien Protinus deze - ook volgens hem - niet in acht heeft genomen. Indien een beroep op een dergelijke clausule zou mogen worden overgelaten aan de discretie van de aanbestedende dienst kan dat leiden tot favoritisme en/of willekeur, welk risico hoe dan ook moet worden uitgesloten. Gelet op het voorgaande en nu niet ter discussie staat dat interveniënten een beroep op een rechtsbeschermingsbepaling toekomt - ook als de aanbestedende dienst dat nalaat - zal allereerst worden overgegaan tot het onderhavige verweer van Telindus en SLTN.

5.2. In de aanbestedingsstukken is op verschillende plaatsen uitdrukkelijk opgenomen dat van inschrijvers een proactieve houding wordt verlangd. Dit betekent - onder andere - dat vermeende onregelmatigheden voor wat betreft de opzet/systematiek van de aanbesteding zo spoedig mogelijk kenbaar moeten worden gemaakt aan het Ministerie en wel op een zodanig moment dat deze - zonodig - nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Hiervan uitgaande ligt het - als meest praktische - voor de hand dat de ongedaanmaking - al dan niet uit eigen beweging van de aanbestedende dienst, dan wel na een uitspraak in kort geding - plaatsvindt vóór de uiterste datum van inschrijving of het moment waarop de gunningsbeslissing wordt genomen. Kennelijk met het oog hierop heeft het Ministerie in het Beschrijvend Document opgenomen dat een (kandidaat) inschrijver, van wie de wens tot aanpassing van de (opzet/systematiek van de) aanbestedingsprocedure niet is gehonoreerd, uiterlijk 24 uur vóór de sluiting van de inschrijvingstermijn - op straffe van verval van ieder recht - een kort geding aanhangig dient te maken. In de tweede Nota

van Inlichtingen heeft het Ministerie de clausule verruimd, in die zin dat tot uiterlijk 24 uur vóór de gunningsbeslissing een kort geding aanhangig dient te worden gemaakt. Daarmee werd (kandidaat) inschrijvers dus meer tijd gegund om een kort geding voor te bereiden en aanhangig te maken.

5.3. Blijkens de (concept) pleitnota van Telindus onder 8 heeft het Ministerie - overeenkomstig het bepaalde in paragraaf 4.3 van het Beschrijvend Document - op 17 april 2020 in CTM aangegeven dat - in afwijking van de in het Beschrijvend Document opgenomen tabel - de voorlopige gunning is nader gepland op 17 juli 2020 (op welke datum de gunningsbeslissing uiteindelijk ook kenbaar is gemaakt). Aangenomen moet worden dat Protinus hiervan destijds kennis heeft genomen. Het tegendeel is in ieder geval gesteld noch gebleken. Gelet hierop moet ervan worden uitgegaan dat bij Protinus bekend was dat - uitgaande van de hiervoor besproken rechtsbeschermingsclausule - uiterlijk op 16 juli 2020 een kort geding aanhangig diende te worden gemaakt om tijdig op te komen tegen de opzet/systematiek van de aanbestedingsprocedure. Protinus heeft het onderhavige kort geding echter pas op 6 augustus 2020 aanhangig gemaakt. Ruimschoots na die deadline dus.

5.4. Door middel van de (aangepaste) rechtsbeschermingsclausule werd aan (kandidaat) inschrijvers een termijn van circa één maand gegund om een kort geding aanhangig te maken welke termijn als redelijk moet worden aangemerkt. Protinus bestrijdt dit op zichzelf ook niet. Hiervan uitgaande en gelet op - onder meer - het *Lämmerzahl-arrest* van 11 oktober 2007 van het HvJEU (C-241/06) moet de onderhavige rechtsbeschermingsclausule als toelaatbaar worden aangemerkt. Dit volgt ook uit de nationale jurisprudentie waarop Telindus zich beroept (ECLI:NL:RBMNE:2019:3440, ECLI:NL:RBDHA:2017:8383 en ECLI:NL:RBDHA:2017:8414). De Aanbestedingswet 2012 verbiedt een dergelijke clausule ook niet. Het beroep van Protinus op twee vonnissen van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland gaat niet op, aangezien die uitspraken een andere situatie betreffen. Daarin was immers geen sprake van een rechtsverwerkingsclausule zoals aan de orde in de onderhavige aanbesteding, waarbij al vóór de bekenmaking van de gunningbeslissing in kort geding diende te worden opgekomen tegen de opzet/systematiek van de aanbestedingsprocedure. Tot slot kan ook het beroep van Protinus op het advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts haar niet baten. Daarvoor is allereerst van belang dat adviezen van die commissie niet bindend zijn. Bovendien is in het advies het *Lämmerzahl-arrest* niet betrokken en is de door Telindus aanhaalde nationale jurisprudentie, die dateert van na het advies, niet in lijn daarmee.

5.5. Op grond van het voorgaande zal Protinus niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vordering tot het staken van de aanbestedingsprocedure en heraanbesteding, ook al heeft zij in de twee vragenrondes haar bezwaren tegen de opzet/systematiek van de aanbestedingsprocedure aangekaart.

5.6. De vordering betreffende het stellen van prejudiciële vragen heeft Protinus voorwaardelijk ingesteld, namelijk voor zover de uitleg van het *Grossmann-arrest* voor discussie vatbaar is. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is de betekenis van dat arrest voldoende uitgekristalliseerd en bestaat over de uitleg ervan geen discussie (meer). De voorwaarde waaronder de vordering is ingesteld is daarmee niet ingetreden, zodat die vordering verder buiten beschouwing kan blijven.

5.7. Protinus zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van de Staat, te vermeerderen met de wettelijke rente. Voor een veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

Met betrekking tot (de vordering van) SLTN

5.8. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter is voor tussenkomst niet vereist dat de interveniënt een zelfstandige vordering instelt. Daarmee is de voorwaarde waaronder SLTN haar vordering heeft ingesteld niet ingetreden en kan deze verder buiten beschouwing worden gelaten.

5.9. Protinus zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van SLTN, te vermeerderen met de wettelijke rente. Voor een veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

Met betrekking tot (de vordering van) Telindus

5.10. In de stellingen van de Staat ligt besloten dat hij nog steeds voornemens is verdere uitvoering te geven aan de gunningsbeslissing van 17 juli 2020. Bij die stand van zaken heeft Telindus geen belang bij toewijzing van haar vordering. Deze zal dan ook worden afgewezen.

5.11. Als de in het ongelijk gestelde partij zal Telindus in het kader van haar tegen de Staat gerichte vordering worden veroordeeld in de kosten van de Staat. Deze kosten worden begroot op nihil, nu niet is gebleken dat de

Staat als gevolg van die vordering extra kosten heeft moeten maken.

5.12. Ondanks de afwijzing moet Protinus in haar verhouding tot Telindus worden aangemerkt als de in het ongelijk gestelde partij. Het doel van Telindus was immers te bewerkstelligen dat de gunningsbeslissing in stand blijft. Dat doel is bereikt. Protinus zal dan ook worden veroordeeld in de proceskosten van Telindus, te vermeerderen met de wettelijke rente. Voor een veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor de nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116). (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

Inleiding

1. Deelnemers aan een aanbestedingsprocedure zijn gehouden om onjuistheden of onduidelijkheden in de aanbestedingsdocumentatie tijdig, vóór sluiting van de inschrijvingstermijn, bij de aanbestedende dienst te melden. Deze meldingsplicht geldt op straffe van verval van recht. Op een later tijdstip is het niet mogelijk om alsnog bezwaar te maken over een aspect dat al eerder bij een inschrijver bekend was c.q. bekend had kunnen zijn.

2. Een dergelijke rechtsverwerkingsclausule, die in genoeg alle aanbestedingsdocumentatie voorkomt, is voor de normaal oplettende en goed geïnformeerde inschrijver helder. Ook helder is het voorschrift dat inschrijvers door het indienen van een inschrijving onvoorwaardelijk akkoord gaan met alle door de aanbestedende dienst gestelde voorwaarden. De combinatie van beide bepalingen zorgt echter geregeld voor juridische onduidelijkheid. Dat is met name het geval als een inschrijver wél tijdig zijn bezwaren kenbaar maakt, maar de aanbestedende dienst deze bezwaren naast zich neerlegt.

3. De inschrijver komt dan voor het volgende dilemma te staan: niet inschrijven met als gevolg dat een mogelijk commercieel interessante opdracht aan hem voorbijgaat óf wel inschrijven en toch akkoord gaan met de gesignaleerde onregelmatigheden.

4. De afgelopen jaren is in de Nederlandse jurisprudentie door rechters een aantal maal een tussenweg akkoord bevonden. Die tussenweg hield in dat een inschrijver die na het tijdig kenbaar maken van diens bezwaren toch een inschrijving indiende achteraf wél ontvankelijk werd verklaard in een gerechtelijke procedure waarin hij zich alsnog beklagde over de reeds gesignaleerde onregelmatigheden.

5. Zowel de rechtbank Midden-Nederland (in twee verschillende zaken)² als het Gerechtshof te Den Haag³

² Rechtbank Midden-Nederland 27 september 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:4581 en Rechtbank Midden-Nederland 1 november 2019, ECLI:NL:RBMNE:2019:5093.

³ Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260.

oordeelden dat in dergelijke gevallen geen sprake was van rechtsverwerking. Een aanbestedende dienst die de kans heeft gehad om de aanbestedingsprocedure op basis van de ontvangen klachten aan te passen, maar er bewust voor kiest om dat niet te doen, zal moeten dulden dat de inschrijver hetzelfde nog eens naar voren brengt in een kort geding. De desbetreffende rechters hadden oog voor de precare positie van inschrijvers die vóór inschrijven klagen over onregelmatigheden, maar dat bezwaar zien afstuiten op een onwrikbare houding van de aanbestedende dienst.

6. Wij hebben de indruk dat deze ontwikkeling in de Nederlandse jurisprudentie tot gevolg heeft gehad dat aanbestedende diensten de rechtsverwerkingsclausules in aanbestedingsdocumentatie zijn gaan aanscherpen. Het komt namelijk in toenemende mate voor dat het gebod in de aanbestedingsstukken om onjuistheden tijdig te melden, wordt aangevuld met de verplichting voor inschrijvers om op straffe van verval van recht een kortgedingprocedure aanhangig te maken vóór sluiting van de inschrijvingstermijn.⁴

7. Een dergelijke clause was ook opgenomen in de stukken van de door het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: het Ministerie) georganiseerde aanbestedingsprocedure die centraal staat in het vonnis van de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag d.d. 7 oktober 2020.⁵

8. In het hiernavolgende zullen we eerst kort ingaan op de relevante feiten van die procedure en het oordeel van de voorzieningenrechter. Vervolgens bespreken wij de juridische toelaatbaarheid en de wenselijkheid van een dergelijke, strenge vervaltermijn. In dat kader menen wij dat een vergelijking met de wijze waarop in België met deze problematiek wordt omgegaan interessant is. Wij hebben onze Belgische collegue benaderd met het verzoek hierover een uiteenzetting te geven. Die uiteenzetting volgt in het tweede deel van deze annotatie. Wij sluiten deze noot af met de constatering dat de Belgische aanpak de voorkeur heeft en stellen een vergelijkbare aanpak voor Nederland voor.

Het vonnis

9. Het Ministerie heeft op 5 juni 2020 een Europese aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het leveren van datacentermiddelen en bijbehorende dienstverlening. In de stukken staat dat het Ministerie gebruik maakt van de producten en/of diensten van een vijftal basis-fabrikanten. In het kader van de continuïteit van de bedrijfsvoering moeten minimaal de producten en/of diensten van deze fabrikanten aangekocht kunnen worden. Voor iedere fabrikant bestaat één kavel en de inschrijvers moeten per kavel een

vaste prijsafsprake voor product-/kortingsgroepen van de corresponderende fabrikant aanbieden. Eiseres, Protinus IT B.V. (hierna: Protinus), maakt tijdens de aanbestedingsprocedure tot tweemaal toe bezwaar tegen deze opzet c.q. systematiek. Inschrijvers die de nauwste banden met deze fabrikanten hebben, hebben volgens Protinus een voor-sprong op de andere inschrijvers. Van een gelijk speelveld is daardoor geen sprake meer.

10. Protinus heeft daarnaast bezwaar gemaakt tegen de in de aanbestedingsstukken opgenomen rechtsverwerkingsclausule die inhoudt dat 24 uur vóór sluiting van de inschrijvingstermijn een kort geding aanhangig moet worden gemaakt op straffe van verval van recht. Protinus wijst erop dat deze clausule neerkomt op een essentiële en ontoelaatbare inperking van de rechtsbescherming.

11. De door Protinus geuite bezwaren hebben niet tot aanpassing van de systematiek geleid. Wel heeft het Ministerie de inschrijvers een maand langer de tijd gegeven om een kort geding te starten; in plaats van tot de datum van *inschrijving* mocht dit tot de datum van de *bekendmaking* van de voorlopige gunningsbeslissing. Protinus verliest de aanbesteding en maakt tijdens de Alcateltermijn een kort geding aanhangig.

12. Ondanks dat Protinus in twee vragenrondes haar bezwaren tegen de opzet c.q. systematiek van de aanbestedingsprocedure heeft aangekaart, wordt zij vanwege de rechtsverwerkingsclausule niet-ontvankelijk verklaard. De voorzieningenrechter is van oordeel dat deze clausule toelaatbaar is en wijst daartoe in de eerste plaats op het arrest van het Europese Hof van Justitie inzake *Lämmerzahl*.⁶ In de tweede plaats wijst de voorzieningenrechter op een drietal uitspraken van nationale rechters. Ook wijst de voorzieningenrechter erop dat de Aanbestedingswet 2012 een dergelijke clausule niet verbiedt. De vordering van Protinus betreffende het stellen van prejudiciële vragen, voor zover de uitleg van het Grossmann-arrest⁷ voor discussie vatbaar is, laat de rechter buiten beschouwing, omdat over de uitleg ervan naar zijn oordeel geen discussie meer zou bestaan. Wij menen dat de door de voorzieningenrechter gegeven onderbouwing niet overtuigend is.

Lämmerzahl

13. In de eerste plaats is de verwijzing naar het *Lämmerzahl*-arrest, zonder nadere toelichting van de voorzieningenrechter, niet goed te volgen. De prejudiciële vragen die de verwijzende rechter in die kwestie aan het Europese Hof voorlegt zien namelijk op een rechtsverwerkingsclausule die in een (Duitse) *nationale wet* is opgenomen. Een dergelijke bepaling kent de Nederlandse Aanbestedingswet niet. Bovendien houdt die Duitse clausule - kort samengevat - in dat een verzoek niet-ontvankelijk is indien niet voor indiening van de offertes *bij de aanbestedende dienst* is geprotesteerd. Dat is een wezenlijk verschil met de

⁴ Hierna refereren we aan een dergelijke vervaltermijn als 'strenge vervaltermijn': inschrijver moet tijdig klagen bij aanbestedende dienst én procederen voor sluiting inschrijvingstermijn. Hiertegenover staat de 'gewone' vervaltermijn waarin is bepaald dat inschrijver tijdig moet klagen bij de aanbestedende dienst, maar waarin niet tevens is bepaald dat voor sluiting inschrijvingstermijn procedure aanhangig moet zijn gemaakt.

⁵ Rechtbank Den Haag 7 oktober 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10038.

⁶ HvJEU 11 oktober 2007, C-241/06, ECLI:EU:C:2007:597.

⁷ HvJEU 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93.

rechtsverwerkingsclausule die in de aanbestedingsstukken van het Ministerie is opgenomen.

14. Het oordeel van het Europese Hof heeft hierdoor dus geen betrekking op de vraag of een rechtsverwerkingsclausule in aanbestedingsdocumentatie mag inhouden dat het bezwaar op straffe van verval van recht vóór sluiting van de inschrijvingstermijn aan de rechter moet worden voorgelegd.

15. Het Hof toetst enkel of een nationale regeling waarin is bepaald dat klagen bij de aanbestedende dienst een ingangsvoorwaarde is voor ontvankelijkheid bij de rechter, indruist tegen het doel van de rechtsbeschermingsrichtlijn.

16. Dat is volgens het Hof niet het geval. Het Hof licht toe dat dit standpunt is gebaseerd op de overweging dat de volledige verwezenlijking van de rechtsbeschermingsrichtlijn in gevaar zou komen indien het gegadigden en inschrijvers vrij zou staan op ieder moment van de aanbestedingsprocedure inbreuken op de regels op te werpen, waardoor de aanbestedende dienst verplicht zou worden om de volledige procedure opnieuw te beginnen om deze inbreuken te herstellen.

17. Wij menen dat uit het Lämmerzahl-arrest enkel kan worden afgeleid dat inschrijvers vóór sluiting van de inschrijvingstermijn hun bezwaren duidelijk kenbaar moeten maken bij de aanbestedende dienst. Lidstaten mogen een dergelijke vervaltermijn in een nationale wet opnemen. Uit dit arrest volgt niet dat het toelaatbaar is dat aanbestedende diensten op grond van een voorschrift in de aanbestedingsstukken de mogelijkheid van een inschrijver om na voorlopige gunning (tijdens de Alcateltermijn) een gerechtelijk oordeel te vragen inperken. Verderop in deze annotatie zullen wij toelichten dat in de rechtsbeschermingsrichtlijn en in jurisprudentie van het Europese Hof juist aanwijzingen kunnen worden gevonden die het tegendeel bepleiten.

Nationale uitspraken

18. Ter onderbouwing van het oordeel dat de strenge rechtsverwerkingsclausule toelaatbaar is, wijst de voorzieningenrechter ook nog op een drietal uitspraken van nationale rechters. Dit is evenmin overtuigend. Alle drie de zaken gaan namelijk over aanbestedingen waarbij inschrijvers niet klagen, maar wel een inschrijving indienen. Dat is inderdaad een terecht reden om het rechtsverwerkingsverweer van een aanbestedende dienst te honoreren. Wel is het zo dat ook bij de aanbestedingsprocedures in deze uitspraken eenzelfde strenge rechtsverwerkingsclausule was opgenomen als in het vonnis van de Haagse rechter van 7 oktober 2020, maar de rechters hoefden zich dus niet op een vergelijkbare wijze uit te laten over de redelijkheid van het beroep daarop. De bezwaren stuiten immers al af op het feit dat er voor inschrijving niet was geklaagd.

Grossmann

19. De voorzieningenrechter overweegt in ro. 5.6 van het vonnis dat de betekenis van het Grossmann-ar-

rest wat hem betreft voldoende is uitgekristalliseerd. Deze overweging wordt niet nader toegelicht en daardoor blijft het gissen wat de rechter hiermee bedoelt. Betekent dit dat de voorzieningenrechter meent dat uit Grossmann volgt dat de plicht van inschrijvers om een proactieve houding aan te nemen inhoudt c.q. mag inhouden dat bezwaren op straffe van verval van recht vóór sluiting van de inschrijvingstermijn aan de rechter moeten worden voorgelegd? Wij menen van niet.

20. Centrale vraag in dit arrest is of een inschrijver die geen inschrijving indient, vanwege beweerde discriminerende technische specificaties, desalniettemin procesbelang heeft. Het Europese Hof oordeelt dat dit het geval is en wijst er op dat het buitensporig zou zijn te verlangen dat eerst een inschrijving moet worden ingediend, ofschoon de kans dat de opdracht aan deze partij gegund wordt nihil is wegens de specificaties. Daaraan voegt het Hof toe dat een onderneming rechtstreeks beroep moet kunnen instellen tegen dergelijke discriminerende situaties, zonder het einde van de aanbestedingsprocedure af te (moeten) wachten. Maar een onderneming die eerst het besluit tot gunning afwacht alvorens de discriminerende aard van de specificaties aan te vechten is daarmee te laat. Een dergelijke afwachtende houding zorgt voor een ontoelaatbare vertraging in het aanbestedingsproces en dat belemmert de daadwerkelijke toepassing van de rechtsbeschermingsrichtlijn.

21. In dit arrest laat het Hof zich dus niet uit over de vraag of het toelaatbaar is dat een aanbestedende dienst, door middel van een strenge vervaltermijn, verhindert dat een inschrijver die zijn bezwaren wel degelijk tijdig kenbaar maakt, hierover na voorlopige gunning een gerechtelijk oordeel wenst te verkrijgen.

Strenge vervaltermijn in lijn met Europese rechtsbeschermingsgedachte?

22. De Europese rechtsbeschermingsrichtlijn⁸ verplicht de lidstaten ervoor te zorgen dat tegen de door de aanbestedende dienst genomen besluiten doeltreffend beroep kan worden ingesteld. Zo snel mogelijk en in kort geding moeten de nodige maatregelen genomen worden om beweerde inbreuken ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad.⁹ Beroepsprocedures moeten op z'n minst toegankelijk zijn voor eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad.¹⁰

23. De richtlijn is aldus bedoeld om toegang tot de rechter te waarborgen voor benadeelde partijen. Daarmee biedt de richtlijn in de eerste plaats bescherming aan gegadigden en inschrijvers. Zij moeten daarbij

⁸ Richtlijn 2007/66/EG, waarin o.a. de oorspronkelijke Richtlijnen 89/665/EG en 92/13/EEG werden gewijzigd.

⁹ Art. 2 lid 1 sub a van de gewijzigde Richtlijn 89/665/EG (in Richtlijn 2007/66/EG).

¹⁰ Considerans overweging (17) van de Richtlijn 2007/66/EG; art. 1 lid 3 van de gewijzigde Richtlijn 89/665/EG en art. 1 lid 3 van de gewijzigde Richtlijn 92/13/EEG (in Richtlijn 2007/66/EG).

weliswaar een voortvarende houding aannemen, maar uit de rechtsbeschermingsrichtlijn kan naar onze mening niet worden afgeleid dat vóór sluiting van de inschrijvingstermijn op straffe van verval van recht geprocedeerd moet worden.

24. Naar onze mening is het alleszins redelijk dat een inschrijver die zijn bezwaren tijdens de aanbestedingsprocedure tijdig en nadrukkelijk bij de aanbestedende dienst kenbaar heeft gemaakt, de voorlopige gunningsuitslag zou mogen afwachten, alvorens wordt besloten al dan niet de gang naar de rechter te maken.

25. Het aanhangig maken van een procedure is een zeer kostbare aangelegenheid en bovendien zet het de relatie met de aanbestedende dienst tijdens een aanbestedingsprocedure erg op scherp.¹¹ Zeker voor de middelgrote en kleinere bedrijven zijn dit aspecten die zwaar meewegen bij de beslissing om wel of niet te procederen. Een strenge rechtsverwerkingsclausule, die inhoudt dat op straffe van verval van recht vóór sluiting van de inschrijvingstermijn een kort geding aanhangig moet worden gemaakt, werpt met name voor deze partijen een zeer grote hobbel op. Een dergelijke hobbel is naar onze mening in strijd met een belangrijke gedachte die ten grondslag ligt aan de vigerende aanbestedingsrichtlijnen.

26. Bij de totstandkoming van deze richtlijnen heeft de Europese wetgever namelijk onder meer veel oog gehad voor de bevordering van de deelname aan aanbestedingen door het midden- en kleinbedrijf. In de considerans van de richtlijnen is dit uitdrukkelijk verwoord.¹² Zo staat er bijvoorbeeld expliciet dat aanbestedingen moeten worden aangepast aan de behoeften van het mkb, zodat het mkb makkelijker aan aanbestedingen kan deelnemen. Onnodige belemmeringen, zoals de administratieve belasting die voortvloeit uit de verplichting vele certificaten of andere documenten te overleggen, moeten worden teruggedrongen.

27. Bij dit belangrijke uitgangspunt - dat ook ten grondslag ligt aan de totstandkoming van de Nederlandse Aanbestedingswet - past naar onze mening niet een dermate strenge vervaltermijn die met name belastend is voor het midden- en kleinbedrijf. Het is naar onze mening niet alleen disproportioneel, maar ook in strijd met het effectiviteitsbeginsel waarover het Europese Hof zich in het kader van nationale vervaltermijnen en rechtsbescherming in verschillende arresten¹³ heeft uitgelaten. We lichten dit toe.

28. Het Hof overweegt in die arresten (zie voetnoot nr. 13) dat het de lidstaten vrij staat beroepstermijnen op te leggen om marktpartijen te verplichten besluiten van aanbestedende diensten binnen korte termijnen te betwisten. Tegelijkertijd wijst het Hof erop dat het de lidstaten niet is toegestaan af te wijken van het effectiviteitsbeginsel. Dit

beginsel houdt in dit verband in dat de wijze van toepassing van de nationale vervaltermijnen de uitoefening van de rechten die de betrokkenen aan het gemeenschapsrecht ontnemen, niet onmogelijk of uiterst moeilijk mogen maken. Dat laatste is naar onze mening precies wat er wel gebeurt indien aanbestedende diensten ook de inschrijvers die wel een proactieve houding aannemen, het recht op toegang tot de rechter na kennisname van de voorlopige gunningsbeslissing ontnemen. Met Protinus zijn wij van mening dat dit een essentiële en ontoelaatbare inperking van de rechtsbescherming is die de Europese wetgever nooit heeft bedoeld.¹⁴

Hoe nu verder?

29. Nóch de rechtsbeschermingsrichtlijn nóch de Nederlandse Aanbestedingswet bevat bepalingen die voorzien in vervaltermijnen voor het instellen van beroep in procedures van plaatsing van overheidsopdrachten.¹⁵ De Europese wetgever heeft het aan de lidstaten overgelaten om dit te regelen, maar de Nederlandse wetgever heeft hier (vooralsnog) niet voor gekozen. Aanbestedende diensten die (strenge) vervaltermijnen in hun aanbestedingsstukken opnemen baseren zich hiervoor derhalve op de algemene mogelijkheid die op grond van het Burgerlijk Wetboek aan rechtssubjecten toekomt om contractuele, processuele vervaltermijnen te hanteren.

30. Hiermee wordt naar onze mening onvoldoende geborgd dat de vaststelling van deze strenge vervaltermijnen voldoet aan het effectiviteitsbeginsel van de rechtsbeschermingsrichtlijn en dat deze termijnen redelijk zijn. Gelet op de zware sanctie van verval van recht, die het gevolg is van de toepassing van deze termijnen, én de gesignaleerde tendens dat aanbestedende diensten steeds strenge vervaltermijnen zijn gaan hanteren, menen wij dat de tijd rijp is dat de wetgever zich hierover buigt.

31. Er zou alsnog een expliciet op het aanbestedingsrecht toegespitste vervaltermijn in de Aanbestedingswet kunnen worden opgenomen. Van belang is dat bij het totstandkomingsproces goed wordt nagedacht over de balans tussen de noodzaak van voortvarendheid van een aanbestedingstraject *enerzijds* en de proportionaliteit van de impact van een dergelijke termijn voor inschrijvers *anderzijds*.

32. Opmerking verdient nog dat wij de onlangs doorgevoerde derde herziening van de Gids Proportionaliteit in dit verband onvoldoende achten.¹⁶ Het is de bedoeling dat aan hoofdstuk 4.1 van de Gids de volgende passage

¹⁴ Deze mening baseren wij op de bij voetnoot 12 aangehaalde arresten, in samenhang gelezen, en met name de consideransen van de genoemde Richtlijnen.

¹⁵ Voor de duidelijkheid: de Alcateltermijn die in art. 2.127 Aw is opgenomen is geen vervaltermijn, maar een opschortende termijn.

¹⁶ Zie kamerbrief met ontwerpbesluit wijziging Aanbestedingsbesluit in verband met wijziging Gids Proportionaliteit (rechtsverwerkingsclausules (<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2021/02/12/kamerbrief-met-ontwerpbesluit-wijziging-aanbestedingsbesluit-in-verband-met-wijziging-gids-proportionaliteit-rechtsverwerkingsclausules>)).

¹¹ Zie in dit verband de Adviezen 396, 426-I, 472 en 487 van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

¹² Zie o.a. overwegingen 2, 78, 80, 84 in de considerans van Richtlijn 2014/24/EU.

¹³ C-456/08, nr. 60, 61 en 62; C-470/99, nr. 75 t/m 79; C-241/06, nr. 50, 51, 52; C-327/00, nr. 50 t/m 62.

wordt toegevoegd: *'Het is disproportioneel het niet stellen van een vraag automatisch te laten leiden tot het verval van recht om het onderwerp alsnog aan de orde te stellen, maar opdrachtnemers dienen wel een proactieve houding aan te nemen.'* Deze zinsnede, maar ook de overige toevoegingen aan hoofdstuk 4, zijn wat ons betreft nog te vaag en te onduidelijk. Het 'onredelijk' beperken van de mogelijkheid tot het aanhangig maken van een procedure wordt verderop in hoofdstuk 4 als disproportioneel aangemerkt, maar wanneer is zo'n beperking 'onredelijk'? Daarover laat de Gids Proportionaliteit zich niet uit.

Visie op de uitspraak vanuit Belgisch aanbestedingsrechtelijk perspectief

33. Zoals aangekondigd in de inleiding van deze annotatie zijn wij van mening dat een vergelijking met de manier waarop onze zuiderburen met deze problematiek omgaan interessant is. We spreken weliswaar dezelfde taal, maar is dat ook dezelfde aanbestedingstaal? De Europese richtlijnen en Europese jurisprudentie zijn in alle lidstaten in ieder geval op gelijke wijze van toepassing. Toch zijn er - zoals hierna zal blijken uit de bijdrage van onze Belgische concullega - wel degelijk verschillen.

34. In de Belgische rechtspraak is er sprake van een 'waarschuwingsplicht' of van een zogenoemde 'diligentieplicht' die op de inschrijver rust, maar er is geen sprake van 'harde' rechtsverwerking. De toegang tot de rechter kan niet gedwarsboord worden door een loutere clause in de aanbestedingsstukken.¹⁷

35. De Belgische wetgever heeft voorzien in een uitdrukkelijke verplichting om de aanbestedende dienst te waarschuwen over tekortkomingen in de opdrachtdocumenten¹⁸:

'Als een ondernemer in de opdrachtdocumenten fouten of leemten ontdekt die van dien aard zijn dat ze de prijsberekening of de vergelijking van de offertes onmogelijk maken, meldt hij dit onmiddellijk en schriftelijk aan de aanbestedende overheid. Alleszins verwittigt hij haar ten laatste tien dagen vóór de uiterste datum voor de ontvangst van de offertes, tenzij zulks onmogelijk is' (bijv. door de inkorting van de termijn voor ontvangst van de offertes).'

Een expliciete rechtsverwerkingsclausule is als dusdanig niet voorzien in de Belgische nationale aanbestedingswetgeving. Sommige aanbestedingsstukken bevatten soms wel een rechtsverwerkingsclausule. De waarde daarvan is in de Belgische rechtspraak echter gering, zoals zal blijken.

36. Tot voor 2005 was de vraag in de Belgische rechtspraak niet zozeer of je aanbestedingsstukken 'moest' aanvechten (in kort geding), maar wel of je ze überhaupt onmiddellijk 'kon' aanvechten.

¹⁷ In de Belgische aanbestedingswetgeving wordt het woord 'opdrachtdocumenten' gebruikt. Vgl. art. 2, 43° van de Wet inzake overheidsopdrachten van 17 juni 2016: opdrachtdocument: alle documenten die op de opdracht toepasselijk zijn en die door de aanbestedeer worden opgesteld of vermeld.

¹⁸ Art. 81 KB Plaatsing (Koninklijk besluit van 18 april 2017 inzake de plaatsing van overheidsopdrachten in de klassieke sectoren).

37. Ingevolge een (verzoenend) arrest van de (verenigde) kamers van de Raad van State,¹⁹ kan een verzoeker nog steeds kiezen.²⁰ Hij beschikt over de mogelijkheid - doch niet de 'harde' verplichting - om de aanbestedingsstukken per direct aan te vechten. Of hij kan bij een betwisting op het einde van de rit, over de gunningsbeslissing - bijv. in het kader van de Alcateltermijn - ook nog op ontvankelijke wijze verwijten halen uit de voorgaande aanbestedingsstukken, die dan mede aan de basis kunnen liggen van de schorsing of vernietiging van de 'eindbeslissing'.²¹

38. Een volgend puzzelstukje wordt gelegd in 2010. Met de zogenoemde 'Neorec' rechtspraak van de Belgische Raad van State²² wordt - 6 jaar na Grossmann - subtiel halt toegeroepen aan de al te passieve, en dus 'onzorgvuldige', inschrijver. Reeds in 2004 verzet het Hof van Justitie zich in het arrest Grossmann²³ tegen een 'al te passieve' ondernemer, die helemaal niets doet. Het Grossmann-arrest biedt naar mijn mening evenwel geen vrijeleide voor 'ongebreidelde' rechtsverwerkingsclausules. Integendeel, uit dit arrest valt af te leiden, inzonderheid overweging 39, dat het nationale recht een regeling mag bevatten die een ondernemer in *welbepaalde specifieke omstandigheden* het procesrechtelijk belang ontzegt. Met name: *'in deze omstandigheden doet het niet af aan de nuttige werking van genoemde richtlijn, wanneer een persoon die noch heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure, noch beroep heeft ingesteld tegen het besluit van de aanbestedende dienst houdende vaststelling van de specificaties van de oproep tot inschrijving, wordt geacht geen belang te hebben bij de gunning van de betrokken opdracht en bijgevolg geen toegang heeft tot de beroepsprocedures als bedoeld in richtlijn 89/665'*. Het algemeen principe is en blijft m.i. dat iemand zijn rechten voor een rechter kan laten gelden.

39. Het Grossmann-arrest bepaalt voorts dat het nationale recht evenwel geen regeling mag bevatten die een ondernemer ertoe verplicht om een voorafgaande bemiddelingsprocedure te volgen, opdat zijn beroep tegen een gunningsbeslissing ontvankelijk zou zijn.²⁴ Laat staan dat een 'hard' kort geding voor de voorzieningenrechter noodzakelijk zou zijn.

40. Met de Neorec-uitspraak uit 2010 bevestigt de Belgische Raad van State het reeds in 2005 gegeven oordeel (zgn. Labonorm-rechtspraak)²⁵ dat een inschrijver wel degelijk voor het eerst wettigheidskritieken kan geven op de aanbestedingsstukken in het kader van de aanvech-

¹⁹ RvS 2 december 2005, nr. 152.173 en RvS 2 december 2005, nr. 152.174 (zgn. Labonorm-rechtspraak).

²⁰ Nogmaals bevestigd: RvS 27 augustus 2020, nr. 248.179.

²¹ Naar Belgisch bestuursrecht zijn overheidsopdrachten te beschouwen als complexe rechtshandelingen. Zie bijv. F. Eggermont en S. Janssens, 'Het rechtens vereiste belang in het kader van de leer van de complexe rechtshandeling' (noot onder RvS 27 december 2016, nrs. 236.929 en 236.931), 000 2017, 345.

²² RvS 13 juli 2010, nr. 206.598.

²³ HvJEU 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93.

²⁴ HvJEU 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93, overweging 41-43 (tweede vraag).

²⁵ RvS 2 december 2005, nr. 152.173 en RvS 2 december 2005, nr. 152.174 (zgn. Labonorm-rechtspraak).

ting van de eindbeslissing. De Raad van State voegt hieraan toe dat dit 'mogelijk anders zou kunnen zijn indien het bestek bijvoorbeeld ertoe zou hebben verplicht om meteen zichtbare wettigheidsbezwaren onverwijld te melden aan de aanbestedende overheid en verzoekende partij aan deze verplichting was voorbijgegaan'.²⁶

41. Dit arrest is vrij snel opgepikt in de aanbestedingspraktijk en tal van aanbestedende diensten nemen een zogenoemde 'Neorec' clause op in hun opdrachtdocumenten, die inschrijvers ertoe verplicht fouten of onvolkomenheden onverwijld te melden. Soms zelfs met de uitdrukkelijke melding 'op straffe van verval' of 'op straffe van onontvankelijkheid'.

42. Als maatstaf én tegengewicht blijft de Raad van State duidelijk vasthouden aan de vraag of de betrokken onrechtmatigheid in de opdrachtdocumenten als een 'apert' en dus 'meteen zichtbaar' bezwaar gebrek te beschouwen is.²⁷ In realiteit gaat het dus eerder om een 'diligentieplicht' in hoofde van de inschrijver, waarbij vooral inhoudelijk de vraag rijst of door het (voorbehoudloos) indienen geen soort acceptatie blijkt.²⁸ De rechter, die op onvankelijke wijze kennisneemt van het beroep tegen de eindbeslissing, houdt rekening met de concrete gedragingen van inschrijver en aanbestedder tijdens het aanbestedingstraject. Nóch in de Belgische nationale aanbestedingswetgeving, nóch in de Belgische rechtspraak wordt uitgegaan van 'harde' rechtsverwerking.

43. In de Belgische praktijk wordt ook de link gemaakt naar het arrest eVigilo²⁹ van het Hof van Justitie dat een 'zorgvuldigheidsplicht' oftewel meldingsplicht invoert in hoofde van de inschrijver. Het arrest is weliswaar in een andere context gewezen, maar biedt naar mijn mening zeer bruikbare richtlijnen.

44. Dit arrest³⁰ acht een rechtsverwerkingsclause op zichzelf weliswaar toelaatbaar in het licht van het grondbeginsel van rechtszekerheid, maar koppelt dit direct aan een erg belangrijke toetsing. Dit arrest bepaalt dat een inschrijver de verplichting heeft zich te gedragen als 'redelijk' geïnformeerde ondernemer en zodoende geacht wordt de aanbestedingsdocumenten als gespecialiseerd aannemer te raadplegen.

45. Uit overwegingen 54 tot 58 zijn een aantal interessante afwegingen af te leiden. In eerste instantie rijst de vraag of de aanbestedingsdocumenten voldoende nauwkeurig en helder zijn, en dus 'zodanig moeten zijn geformuleerd dat alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers in staat zijn om [dit] op dezelfde wijze te interpreteren'.

46. Het komt de nationale rechter toe - om aan de hand van de norm van een redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijver - na te gaan of de belanghebbende inschrijver werkelijk niet in staat was om de betrokken aanbestedingsdocumenten te begrijpen, dan wel mits enige redelijke inspanning had moeten begrijpen.

47. Een cruciaal element bij dat onderzoek is de vraag of er vóór de indiening van de inschrijving vragen gesteld werden, en aldus bij de aanbestedende dienst om opheldering werd gevraagd. Indien de vraag evenwel van tafel geveegd wordt, en effectief blijkt dat de aanbestedingsdocumenten 'werkelijk' onbegrijpelijk zijn, mag - zo zegt het Hof van Justitie - ook buiten de nationale vervaltermijnen beroep ingesteld worden, en dit tot het verstrijken van de met betrekking tot het besluit tot gunning van de opdracht gestelde termijn. In ieder geval lees ik evenmin in dit arrest dat daadwerkelijk een gerechtelijk procedure moet worden doorlopen.

48. In 2018 roept de Belgische Raad van State vrij expliciet halt toe aan (al te vergaande) rechtsverwerking.³¹ Het wordt niet aanvaardbaar geacht dat een besteksclausule de toegang tot de rechter fundamenteel zou bezwaren. Met andere woorden, 'in die omstandigheden beschouwt de Raad [dit] hoogstens als een aansporing voor de geïnteresseerde inschrijvers om de aanbestedende overheid te helpen de gunningsprocedure in zo goed mogelijke banen te leiden'. De Raad oordeelt dat niet aangetoond is dat de verzoeker 'onzorgvuldig, niet diligent of in strijd met een behoorlijk burgerschap zou hebben gehandeld door niet onmiddellijk, nog voor de indiening van haar offerte, bezwaar, eventueel in rechte, te maken'. De Raad verwijst verder naar de context van een gunningsprocedure waarbij 'een inschrijver zich in eerste instantie concentreert op de offerte zelf en er in beginsel van hem in dit stadium van de gunningsprocedure niet moet worden verwacht dat hij overgaat tot een juridische check-up van elke besteksbevestiging of de procedurekeuze betwist'.

49. Dit is recent nog bevestigd in een arrest van medio 2020³² dat herneemt dat 'het niet aan een aanbestedende overheid zou toekomen om in [de opdrachtdocumenten] het aan de kandidaten door de Grondwet, de gecoördineerde wetten op de Raad van State en de Wet Rechtsbescherming Overheidsopdrachten gewaarborgde recht op toegang tot de rechter te beperken door, in afwijking van die rechtsnormen en de rechtspraak van de Raad van State, wel te voorzien in een dergelijke plicht om onmiddellijk beroep in te stellen tegen [de opdrachtdocumenten]'. Het is de Raad van State zelf die als enige oordeelt over de onvankelijkheid van rechtsmiddelen. De Raad is daarbij niet gebonden door een bepaling in [de opdrachtdocumenten] die erin voorziet dat het indienen van een aanvraag tot deelneming of het niet indienen van een bezwaar, een inschrijver ertoe verplicht zich in elk geval neer te leggen bij om het even welke al dan niet duidelijke onwettigheid in de [de opdrachtdocumenten]'.³³

²⁶ RvS 13 juli 2010, nr. 206.598 (zgn. Neorec-uitspraak), overweging 7.

²⁷ RvS 14 juli 2011, nr. 214.645; RvS 29 mei 2012, nr. 219.519; RvS 3 december 2013, nr. 225.682.

²⁸ RvS 27 december 2016, nrs. 236.929 en 236.931; RvS 1 september 2016, nr. 235.659.

²⁹ HvJEU 12 maart 2015, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166.

³⁰ Vgl. overweging 51 en 55-56.

³¹ RvS 30 november 2018, nr. 243.095. Zie ook RvS 9 januari 2020, nr. 246.569.

³² RvS 27 augustus 2020, nr. 248.179.

50. Met andere woorden, de bepalingen in de aanbestedingsdocumenten kunnen nooit verhinderen dat een inschrijver zich tot de rechter wendt. Dit zou in ieder geval een uitdrukkelijk wetgevend optreden vereisen, die via duidelijke procedureregels de rechtstoegang kan regelen. Ik ben van oordeel dat dit in lijn ligt met de basisbeginselen neergelegd in de rechtsbeschermingsrichtlijnen enerzijds, en in het grondwettelijk beschermd principe inzake toegang tot de rechter anderzijds. Dit klinkt eigenlijk niet zo onlogisch, in een rechtstaat.

51. De toegang tot de rechter moet immers maximaal verzekerd worden. De rechter zal op zijn beurt rekening houden bij zijn inhoudelijk oordeel met het al dan niet diligent optreden van de inschrijver.

52. In die zin is het oordeel van de Nederlandse voorzieningenrechter ook vanuit Belgisch standpunt sterk bekritiseerbaar, en zou de zaak allicht anders, en minstens ontvankelijk beslecht zijn aan deze kant van de 'taalgrens'. Minstens acht ik de kans groot dat de zaak minstens inhoudelijk zou beoordeeld geweest zijn en niet afgewezen op grond van een loutere rechtsverwerkingsclausule die eenzijdig in de aanbestedingsdocumenten werd opgenomen.

Afsluiting

53. Wij menen dat nóch uit de Europese aanbestedingsregels nóch uit de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie kan worden afgeleid dat het toe-

laatbaar is dat aanbestedende diensten op grond van een voorschrift in de aanbestedingsstukken de mogelijkheid van een inschrijver om na voorlopige gunning een gerechtelijk oordeel te vragen inperken. Het is de lidstaten weliswaar toegestaan om in het nationale recht vervalltermijnen op te nemen om marktpartijen te verplichten besluiten van aanbestedende diensten binnen korte termijnen te betwisten, maar daar zitten beperkingen aan. De uitoefening van de rechten die de betrokkenen aan het gemeenschapsrecht ontleen mogen door die vervalltermijnen namelijk niet onmogelijk of uiterst moeilijk worden gemaakt.

54. De Belgische aanbestedingswetgeving kent net zomin als de Nederlandse aanbestedingswetgeving een nationale vervalltermijn, die voorkomt dat inschrijvers hun bezwaren na voorlopige gunning nog aan de rechter kunnen voorleggen. Opvallend verschil tussen beide jurisdicties is dat de Belgische rechter over dit onderwerp veel duidelijker is dan de Nederlandse rechter. De Belgische rechter zal niet, vanwege een clausule in de aanbestedingsdocumenten, klakkeloos tot niet-ontvankelijkheid concluderen zoals de Haagse rechter in het vonnis van 7 oktober 2020 wel deed. Zolang in de Nederlandse Aanbestedingswet geen regeling omtrent vervalltermijnen voor het ahangig maken van beroepsprocedures is opgenomen, zouden wij menen dat de Nederlandse rechter zijn Belgische ambtsgenoten zou moeten volgen.

B.J.H. Blaisse, E.J.M. Dubach en N. Kiekens