

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.284.759/01

Zaak- en rolnummer rechtbank : C/09/597240 / KG ZA 20-733

arrest van 25 mei 2021

inzake

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.

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.

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.
- b) 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 minicompitie 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 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 vervalst. 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."

- c) 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.
- d) 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.
- e) 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."
- f) 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."
- g) 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."

- h) 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.
- j) Vervolgens heeft Protinus een inschrijving ingediend.
- k) 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.
- l) 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.
- m) 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 voorgeschreven 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 eindarrest zal zijn geweest 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 vervaltermijn 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 vermindering van misverstand merkt het hof op dat daarmee 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 spoedappel 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

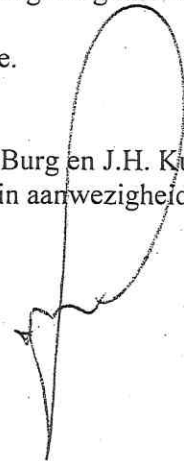
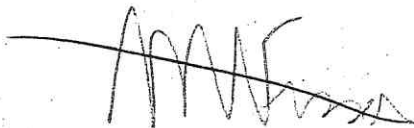
10.1 De conclusie is dat de grieven falen. Protinus zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het geding in hoger beroep.

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.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.J. van der Helm, H.J.M. Burg en J.H. Kuiper en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 25 mei 2021 in aanwezigheid van de griffier.



VOOR GROSSE AAN:
Uitgegeven aan mr. M. J. J. M. Essers
Advocaat van de Staat
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag