

geweest en was de ontbinding geslaagd met als gevolg dat KKH recht had gehad op vergoeding van de door haar geleden ontbindingsschade. Maar dat is achteraf en in de praktijk vaak makkelijker gezegd dan gedaan.

44. Ook lijkt - anders dan het stappenplan van de Hoge Raad in het Inscharing-arrest suggereert - in dit

geval geen hogere uitlegkunde nodig voor de kwalificatie van de overeenkomst als vaststellingsovereenkomst. Het hof oordeelde op basis van de wilsvertrouwensleer conform de tekst van de overeenkomst dat de overeenkomst tussen partijen kwalificeerde als vaststellingsovereenkomst.

O. Laan

Jurisprudentie – VII. Aanbestedingsrecht

TBR 2022/34

Hof Den Haag, 25 mei 2021, 200.284.759/01, ECLI:NL:GHDHA:2021:890 (Toelaatbaarheid rechtsbeschermingsclausule)

(Mr. J.J. van der Helm, mr. H.J.M. Burg en mr. J.H. Kuiper)

Handvest van de grondrechten van de Europese Unie: art. 47, art. 52; Richtlijn 2007/66/EG:

Met gastnoot O.L. van der Pol en B.J.H. Blaisse-Verkooijen, Red.¹

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 Data-centermiddelen en bijbehorende dienstverlening, aangekondigd. De totale geraamde opdrachtwaarde bedraagt € 242.500.000,--, exclusief BTW. Op de aanbesteding is de Aanbestedingswet 2012 (hierna ook: Aw) van toepassing.

Voor zover hier van belang vermeldt het Beschrijvend Document:

‘1.7 Installed base en Basis-fabrikanten

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

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

(...)

Elke genoemde Basis-fabrikant betreft een kavel. Per kavel wordt een vaste prijsafsprake 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

1 Oscar van der Pol en Babette Blaisse-Verkooijen zijn als advocaat werkzaam bij Pot Jonker Advocaten.

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 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.

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

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

Met betrekking tot de rechtsverwerkingsbepaling in het Beschrijvend Document heeft Protinus in de eerste ronde de volgende vraag (nr. 95835) gesteld: 'Wij achten de rechtsverwerkingsclausule van par. 4.5 Beschrijvend Document te verregaand en in strijd met de bestendige Grossmann-jurisprudentie. De verlangde pro-activiteit van de inschrijver brengt volgens recente rechtspraak (...) niet met zich mee dat van hem kan worden verwacht dat hij voor de sluitingstermijn van inschrijving - op straffe van verval van recht - een kort geding aanhangig maakt indien bezwaren niet worden overgenomen door de aanbestedende dienst. Wij zien dit als een essentiële en ontoelaatbare inperking van de rechtsbescherming, die bovendien ingaat tegen voornoemde rechtspraak. Wij verzoeken u deze rechtsverwerkingsclausule in lijn daarmee aan te passen. Indien u daar niet toe bereid bent, verzoeken wij u dat toe te lichten waarbij u ingaat op de recente rechtspraak en het Grossmann-arrest.'

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

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

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

'In de beantwoording van vraag ID 95835 omschrijft u enkel wat het onderscheid zou zijn tussen rechtsverwerking en de wettelijke opschortingstermijnen. Dit onderscheid is bij ons bekend en voornoemde vraag zag niet op dit onderscheid. De vraag zag specifiek op de rechtsverwerkingsclausule conform par. 4.5 van het Beschrijvend Document dat in strijd is met de in vraag 95835 genoemde jurisprudentie die bevestigt dat van rechtsverwerking na inschrijving geen sprake kan zijn

indien een inschrijver voor inschrijving expliciet klaagt over voorwaarden en de aanbesteder besluit de klachten niet in te willigen. De inschrijver heeft dan conform die jurisprudentie na gunning nog altijd het recht om die bezwaren voor te leggen aan de Voorzieningenrechter.

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

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

'Aanbestedende dienst hecht waarde aan effectieve rechtsbescherming. De bepaling in het beschrijvend document wordt dusdanig aangepast dat in plaats van datum inschrijving, datum bekendmaking voorlopige gunningsbeslissing wordt gehanteerd.

Van inschrijver wordt wel een proactieve houding verwacht die verder gaat dan het uitsluitend stellen van vragen. Een inschrijver die ontevreden is met de informatie/het antwoord in de nota van inlichtingen dient niet te wachten tot de (voorlopige) gunningsbeslissing maar proactief te handelen.'

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

Vervolgens heeft Protinus een inschrijving ingediend.

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

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

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

De vorderingen en de beslissing in eerste aanleg

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

I. voorwaardelijk, voor zover mocht worden geoordeeld dat de uitleg van het *Grossmann-arrest* voor discussie vatbaar is: prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie EU, dan wel de Hoge Raad over de uitleg van dat arrest alvorens over te gaan tot verdere behandeling van de zaak;

II. de Staat - op straffe van verbeurte van een dwangsom - te verbieden uitvoering te geven aan de gunningsbeslissing en te gebieden de aanbestedingsprocedure te staken en gestaakt te houden en

over te gaan tot heraanbesteding;

een en ander met veroordeling van de Staat in de proces- en nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente.

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

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

4.1 De voorzieningenrechter heeft de vorderingen van Protinus afgewezen. De voorzieningenrechter overwoog daartoe dat in de aanbestedingsstukken op verschillende plaatsen nadrukkelijk is opgenomen dat van inschrijvers een proactieve houding wordt verwacht. De Staat heeft daarom in het Beschrijvend Document opgenomen dat een (kandidaat) inschrijver, wiens wens tot aanpassing van de (opzet/systematiek van de) aanbestedingsprocedure niet is gehonoreerd, uiterlijk 24 uur vóór de sluiting van de inschrijvingstermijn, later gewijzigd tot het moment van de voorlopige gunningsbeslissing op straffe van verval van ieder recht - een kort geding aanhangig dient te maken. Protinus heeft niet binnen de 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 verstrek-

ken 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 eindarrrest zal zijn gewezen om vervolgens bij eindarrrest heraanbesteding te bevelen;

zowel primair als subsidiar: 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 vervalbeting 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 aan-

zien 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 vervalbeting zoals opgenomen in de rechtsbeschermingsclausule niet in strijd is met de Aw en de rechtsbeschermingsrichtlijnen, betekent echter niet zonder meer dat een dergelijk vervalbeting 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 vervalbeting als thans aan de orde eerder ontoelaatbaar moeten worden geacht dan in een situatie waarin de beoordeling op grond van objectieve en controleerbare criteria plaatsvindt.

8.5 In dit geval is de opdrachtwaarde ruim € 242 mln. Daarmee gaat het om een zeer grote opdracht waarbij de Staat erop mocht rekenen dat daarop door grote opdrachtnemers zou worden ingeschreven. Mede gelet op die opdrachtwaarde acht het hof het belang van de rechtsbeschermingsclausule evident. Voorbereiding van een inschrijving op deze opdracht brengt voor een inschrijver de nodige kosten mee. Wanneer een van de inschrijvers de kern van de wijze waarop de aanbesteding is georganiseerd in twijfel trekt, is het niet onredelijk te verlangen dat hij dat standpunt in een

vroeg stadium aan de rechter voorlegt indien dit in de aanbestedingsstukken is voorgeschreven. Bij een zo grote opdracht wegen de kosten van een dergelijk kort geding niet zo zwaar dat dit onoverkomelijk of disproportioneel moet worden geacht.

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

8.7 Het hof acht de rechtsbeschermingsclausule in dit geval daarom niet ontoelaatbaar. Ter vermijding van misverstand merkt het hof op dat 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 een proactieve houding van een inschrijver wordt verwacht, maar ook dat de inschrijver haar klachten, indien de aanbestedende dienst die niet honoreert, aan de rechter in kort geding voorlegt. Er bestaan, met andere woorden, in deze aanbesteding twee verplichtingen van gegadigden. Op grond van het Beschrijvend Document is het dus niet voldoende om te klagen, maar moeten de klachten op straffe van verval van recht aan de rechter worden voorgelegd.

9.2 Anders dan Protinus met grief 2 stelt, kon er evenmin onduidelijkheid bestaan over het tijdstip waarop uiterlijk het kort geding aanhangig moest worden gemaakt. Onbetwist is dat in CTM als datum van voorlopige gunning 17 juli

2020 is doorgegeven. Op die datum is ook daadwerkelijk de voorlopige gunningsbeslissing genomen. Protinus diende, indien zij er zeker van wilde zijn dat zij haar bezwaren tijdig en op de juiste wijze naar voren had gebracht, daarom uiterlijk op 16 juli 2020 een kort geding aanhangig te maken.

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

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

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

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

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

Conclusie

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

NOOT

Inleiding

1. In dit arrest staat een rechtsverwerkingsclausule centraal in een door het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (het 'Ministerie') georganiseerde Europese Aanbesteding.

2. Zoals inmiddels min of meer gebruikelijk is in aanbestedingsdocumenten, staat ook in het Beschrijvend Document ('BD') bij deze aanbesteding opgenomen dat van inschrijvers een proactieve houding wordt verwacht, en dat zij eventuele bezwaren uiterlijk voor de sluiting van de inschrijvingstermijn kenbaar dienen te maken. Daarbij staat een - steeds vaker voorkomende - aanvulling opgenomen waaruit volgt dat inschrijvers *voorafgaand* aan de sluitingstermijn een kort geding aanhangig dienen te maken indien een eventueel bezwaar niet tot een afdoende reactie door de aanbestedende dienst heeft geleid. Deze meldplicht, en de plicht om een kort geding aanhangig te maken, gelden op straffe van verval van recht. Deze twee normen tezamen (hierna: het 'vervalbeding') geven aanbestedende diensten een sterk middel om inhoudelijke discussies over de voorwaarden van de aanbesteding na gunning te voorkomen.

3. In dit arrest heeft het gerechtshof enkele piketpaaltjes geslagen ten aanzien van de mogelijkheid om een dergelijk vervalbeding aan te vechten. Desondanks zijn wij van mening dat de uitkomst van dit arrest om twee redenen niet wenselijk is. Ten eerste menen wij dat het sterk de vraag is of een vervalbeding op grond van het Europese aanbestedingsrecht wel is toegestaan. Daarnaast menen wij dat het gerechtshof met dit arrest met name rechtsonzekerheid heeft gecreëerd.

Relevante feiten en oordeel in eerste aanleg

4. Een van de deelnemers aan deze aanbesteding, Protinus, heeft zich ogenschijnlijk ten doel gesteld om het vervalbeding aan de kaak te stellen. Al bij de eerste vragenronde verzet Protinus zich tegen het vervalbeding. Protinus meent (onder meer) dat dit beding een *'essentiële en ontoelaatbare inperking van de rechtsbescherming'* inhoudt. Want, zo stelt Protinus, de proactiviteit die van participanten aan een aanbesteding (op grond van de Grossmann-jurisprudentie²) wordt vereist gaat niet zo ver dat partijen - op straffe van verval van recht - een kort geding moeten starten indien eventuele bezwaren niet overgenomen worden door de aanbestedende dienst. Protinus vraagt de rechtsverwerkingsclausule aan te passen en anders de weigering daartoe toe te lichten.

5. De aanbestedende dienst volgt in de eerste nota van inlichtingen met een nietszeggend antwoord; de aanbestedende dienst weigert het beding aan te passen en geeft een uiteenzetting over het verschil tussen 'de figuren van rechtsverwerking en de wettelijke opschortingstermijn'. Ook in de tweede vragenronde verzet Protinus zich tegen het vervalbeding, en ook dan krijgt Protinus nul op het rekest. Protinus laat het er nog steeds niet bij zitten. Na de tweede vragenronde wordt nog een 'vraag/klacht' ingediend, maar ook dit biedt geen soelaas. De aanbestedende dienst weigert de vraag/klacht in behandeling te nemen omdat de deadline voor het stellen van vragen is verstreken.

² HvJEU 12 februari 2004, C-230/02, ECLI:EU:C:2004:93.

6. De aanbestedende dienst verlengt overigens wel de termijn waarop partijen een kort geding aanhangig moeten maken, namelijk van de datum van inschrijving tot de datum waarop de voorlopige gunningsbeslissing bekend wordt gemaakt.

7. Nadat de opdracht niet aan Protinus wordt gegund, wendt zij zich tot de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag. In die procedure keert Protinus zich tegen de gekozen gunningssystematiek - volgens Protinus is deze (kort gezegd) in strijd met de beginselen van het aanbestedingsrecht - waarmee de discussie logischerwijs ook om de rechtmatigheid van het vervalbeding gaat draaien. Protinus kon immers uitsluitend voorafgaand aan bekendmaken van de gunningsbeslissing bezwaar maken tegen de gunningssystematiek, en had conform de rechtsverwerkingsclausule tijdig een kort geding moeten starten. Protinus heeft de rechtbank verzocht om prejudiciële vragen te stellen, omdat het vervalbeding volgens Protinus in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht. Protinus haalt echter bakzeil³, en gaat over tot een spoedappel.

Oordeel gerechtshof Den Haag

8. Het gerechtshof Den Haag beoordeelt eerst of het vervalbeding in overeenstemming is met het Europese aanbestedingsrecht en de Aanbestedingswet 2012 ('Aw'). Het hof constateert in de eerste plaats dat de Aw een rechtsverwerkingsclausule niet verbiedt.

9. Het hof oordeelt, onder verwijzing naar het *Lämmerzahl*-arrest⁴ van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJEU'), dat het Unierecht evenmin in de weg staat aan een vervalbeding. Het voornoemde *Lämmerzahl*-arrest gaat over een (Duitse) nationale regeling, op grond waarvan een partij zijn rechten verwerkt indien - kort samengevat - niet voorafgaand aan de inschrijving over een schending van het aanbestedingsrecht bij de aanbestedende dienst wordt geprotesteerd.⁵ Het HvJEU acht een dergelijke bepaling niet categorisch ontoelaatbaar.⁶ In de onderhavige zaak oordeelt het gerechtshof Den Haag dat het 'geen reden' ziet waarom het oordeel anders zou luiden ten aanzien van een vervalbeding dat eenzijdig is vastgelegd in de aanbestedingsstukken.

10. Het hof ziet dan ook geen aanleiding tot het stellen van prejudiciële vragen. Het hof voegt daar - als een soort *obiter dictum* - nog aan toe dat het stellen van prejudiciële vragen bij het HvJEU, hetzij de Hoge Raad zich überhaupt niet goed verhoudt met spoedappel.⁷ Dat het vervalbeding niet in strijd is met het Europese aanbestedingsrecht of de Aw, betekent volgens het hof niet dat een dergelijke clausule onder alle omstandigheden is toegestaan. Die toelaatbaarheid is namelijk 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'.

11. Daarbij noemt het hof twee gezichtspunten:
- de waarde van de opdracht, waarbij een beperkte waarde eerder met zich brengt dat het vervalbeding niet toelaatbaar is. De ratio hierachter is dat een opdracht met een beperktere waarde toegankelijk is voor het midden- en kleinbedrijf, waarvan niet gevergd kan worden dat zij in de regel voor de inschrijving een kort geding starten;
- de aard van de toetsingscriteria; indien de inschrijving getoetst wordt 'aan subjectieve en daarmee minder goed controleerbare criteria' zou een vervalbeding minder snel toelaatbaar zijn, want in die gevallen zou een kort geding de verhoudingen onder druk zetten en zou dit in een latere beoordeling zal kunnen doorwerken.

12. Op basis van deze gezichtspunten is het hof van oordeel dat het Ministerie in dit concrete geval gewoon een beroep kan doen op het vervalbeding. De opdracht is met een waarde van € 242 mln. volgens het hof niet beperkt te noemen. Daarnaast is weliswaar sprake van een subjectieve beoordeling, maar die vindt geanonimiseerd plaats waardoor het risico dat een kort geding de beoordeling beïnvloedt niet zou bestaan.

13. Hieronder zullen wij eerst stilstaan bij de vraag of het gerechtshof terecht geen prejudiciële vragen heeft gesteld. Vervolgens zullen wij stilstaan bij de genoemde 'omstandigheden van het geval'. Ten slotte zullen wij ingaan op een vonnis van de rechtbank Midden-Nederland waarin wat ons betreft een betere maatstaf op grond van de redelijkheid en billijkheid is geschetst.

Prejudiciële vragen niet nodig?

14. Zoals hiervoor al genoemd maakt het hof, onder verwijzing naar het *Lämmerzahl*-arrest, betrekkelijk eenvoudig korte metten met de stellingen van Protinus. Anders dan het hof zetten wij de nodige vraagtekens bij het toepassen van het *Lämmerzahl*-arrest op de vraag of een eenzijdig opgelegd vervalbeding is toegestaan.

15. In de eerste plaats is er een groot verschil tussen een nationale regeling - die op basis van een grondwettelijk recht door een democratisch gekozen orgaan tot stand is gekomen - en een eenzijdige regeling die door een aanbestedende dienst is opgelegd. Een beperking van het recht op rechtsbescherming van een partij door middel van een eenzijdig opgelegde bepaling kan niet op dezelfde voet gesteld worden als een wet in formele zin. In dat verband is relevant dat art. 47 van het Handvest van grondrechten van de Europese Unie⁸ 'een doeltreffende voorziening' garandeert tegen (onder meer) schendingen van het Unierecht. Beperkingen op het handvest kunnen uitsluitend bij wet⁹, en het is daarmee verdedigbaar dat een vervalbeding een onrechtmatige beperking van het Handvest inhoudt.

3 Rb. Den Haag, 7 oktober 2020, TBR 2021/35, m.nt. B.J.H. Blaisse-Verkooijen, E.J.M. Dubach & N. Kiekens.

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

5 Par. 107 lid 3 van het Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (wet tegen mededingingsbeperkingen).

6 Het HvJEU noemt wel omstandigheden waaronder een beroep op die regeling niet toegelaten zou zijn, waarover later in deze annotatie meer.

7 Onder ro. 9.4.

8 2000/C 364/01.

9 Art. 52 van het Handvest.

16. In de tweede plaats verschilt de regeling die centraal stond in het *Lämmerzahl*-arrest ook materieel van het vervalbeding dat in Nederland steeds vaker wordt toegepast. De Duitse regeling bevat namelijk twee verplichtingen:

- ten eerste dient een partij die zich gedurende de aanbestedingsprocedure '*rekenschap van de gestelde inbreuk op de aanbestedingsregels heeft gegeven*' onverwijld te protesteren bij de aanbestedende dienst; en
- ten tweede dienen partijen een protest in te dienen voor het verstrijken van de inschrijft termijn voor zover er sprake is van '*inbreuken op het aanbestedingsrecht, die blijken uit de aankondiging van de opdracht*'.

Het Nederlandse beding gaat veel verder dan de Duitse bepaling. Het Vervalbeding verplicht een potentiële inschrijver of gegadigde namelijk om *alle* schendingen van het aanbestedingsrecht te melden, evenals '*onduidelijkheden, onvolkomenheden en/of tegenstrijdigheden*'. Daar komt nog bij dat de Duitse regeling onder alle omstandigheden slechts een '*protest bij de aanbestedende dienst*' verlangt. Een dergelijk protest bij de aanbestedende dienst kan niet gelijk worden gesteld met het voeren van een kort geding bij de burgerlijke rechter.

17. Het feit dat de Duitse nationale regeling veel minder verregaand is, lijkt het gerechtshof niet betrokken te hebben in zijn oordeel.

18. Gelet op deze aanzienlijke verschillen tussen het *Lämmerzahl*-arrest en de Nederlandse clausule, had het gerechtshof naar onze mening prejudiciële vragen behoren stellen. Het blijft namelijk ernstig de vraag hoe dit beding zich verhoudt tot de Europese rechtsbeschermingsrichtlijn¹⁰. In de kern strekt deze richtlijn ertoe dat iedere belanghebbende bij een gunning van een bepaalde opdracht tegen een inbreuk of dreigende inbreuk op het aanbestedingsrecht kan optreden. Daarnaast is het - zoals hiervoor genoemd - de vraag hoe het vervalbeding zich verhoudt tot het Handvest. Een Nederlandse rechter heeft de bevoegdheid prejudiciële vragen te stellen, indien sprake is van onduidelijkheid over de toepassing van het Unierecht in de Nederlandse rechtsfeer. Slechts indien sprake is van een situatie die duidelijk is, of al door het Europese Hof is verduidelijkt (de zogenaamde '*acte clair*' of '*acte éclairé*'¹¹) kunnen deze vragen hoe dan ook achterwege blijven. Wat ons betreft is van deze laatste situatie geen sprake.

19. De overweging dat prejudiciële vragen zich niet goed verhouden tot een spoedappel is daarenboven evenmin overtuigend. Ten eerste is het ronduit onwenselijk dat bij onduidelijkheid over de uitleg van het Unierecht de prejudiciële vragen achterwege zouden blijven omdat sprake is van een spoedprocedure. Dit oordeel is een stevige uitholling van de rechtsbescherming binnen het Aanbestedingsrecht, omdat die procedures nagenoeg altijd in kort geding plaatsvinden. Reeds hierom verdient deze overweging geen opvolging. Daarnaast is het oordeel op dit punt

ook onbegrijpelijk. Het Ministerie heeft de opdracht voortgaand aan het hoger beroep namelijk al definitief gegund aan de winnende partij. Geen van de betrokken partijen had daarom enig belang bij een dermate spoedige afhandeling van het appel dat een oordeel van het HvJEU niet afgewacht kon worden. Daarentegen heeft de Nederlands aanbestedingspraktijk juist belang bij duidelijkheid op dit punt.

Omstandigheden van het geval

20. Het hof heeft uitdrukkelijk aan zijn oordeel toegevoegd dat een vervalbeding niet in alle omstandigheden de rechterlijke toets zal overleven. Of dat zo is hangt af van de 'omstandigheden van het geval'.

21. Het is echter de vraag wat partijen in de praktijk opschieten met het oordeel op dit punt. De genoemde gezichtspunten zijn namelijk weinig concreet. Wanneer is bijvoorbeeld sprake van een opdracht met een beperkte waarde? Pas als de waarde minder dan € 1.000.000,- bedraagt of ook al als deze minder dan € 5.000.000,- bedraagt? Het zal in de praktijk voor betrokkenen erg lastig zijn om in te schatten of het vervalbeding overeind zal blijven bij een rechter. De geschetste gezichtspunten bieden onvoldoende rechtszekerheid en houvast om hierover een sluitend oordeel te geven. Het is daarmee dus niet ondenkbaar dat een belanghebbende ook bij een opdracht met een waarde die in zijn ogen beperkt is zekerheidshalve nog steeds een kort geding zal moeten starten.

22. Overigens dient opgemerkt te worden dat uit het arrest niet volgt dat de door het hof genoemde gezichtspunten limitatief zijn. Het is niet ondenkbaar dat andere omstandigheden dan door het hof genoemd in de praktijk ook of zelfs meer gewicht in de schaal zullen leggen.

23. In dat verband valt op dat het hof geen melding maakt van een in deze procedure, naar onze mening, in het oog springend gezichtspunt, namelijk: de wijze waarop de aanbestedende dienst de vragen en klachten van een inschrijver heeft opgepakt. Immers, een aanbestedende dienst kan - door vage en ontwijkende antwoorden te geven - verhinderen dat een potentiële inschrijver een goede keuze kan maken over het al dan niet aanhangig maken van een kort geding.

24. En juist daar ging het mis in de onderhavige procedure: Protinus heeft zich namelijk van meet af aan tegen het Vervalbeding verzet, en de aanbestedende dienst heeft de vragen en de klachten hiertegen steeds met nietszeggende antwoorden afgedaan. De laatste vraag/klacht heeft zij niet eens in behandeling genomen. Onder die omstandigheden van het geval, had het gerechtshof de opstelling van de aanbestedende dienst naar onze mening moeten afstraffen door het beroep op het vervalbeding niet te honoreren.

25. Dat deze gang van zaken wat ons betreft een rol had behoren te spelen in deze procedure komt niet uit de lucht vallen. De blauwdruk voor een dergelijk oordeel kan al gevonden worden in het *Lämmerzahl*-arrest. In de

¹⁰ Richtlijn 2007/66/EG.

¹¹ HvJ EU 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335.

concrete casus van het *Lämmerzahl*-arrest heeft het HvJEU namelijk geoordeeld dat in twee gevallen een beroep op een verval van recht niet is toegelaten, namelijk: (i) indien daarmee afbreuk wordt gedaan aan de opschortende termijn, en (ii) indien het de uitoefening van rechten van betrokkenen 'in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk' maakt. Omdat de aanbestedende dienst in die concrete casus de gestelde vragen, steeds 'onduidelijk, dubbelzinnig en vaag' heeft beantwoord, heeft het HvJEU geoordeeld dat de aanbestedende dienst de uitoefening van de door het communautaire recht verleende rechten voor *Lämmerzahl* 'uiterst' moeilijk heeft gemaakt. Toepassing van een nationale vervalregel op een inschrijver zal in die omstandigheden, zo oordeelt het HvJEU niet voldoen aan het doeltreffendheidsvereiste van de rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665.

26. Het oordeel van het gerechtshof ten aanzien van de opstelling van het Ministerie had volgens ons op gelijke wijze moeten luiden. Het Ministerie heeft zich steeds uitdrukkelijk op de vlakte gehouden en heeft daarmee de mogelijkheid tot een zinvol debat over het vervalbeding voorafgaand aan de inschrijving verhinderd.

Een andere maatstaf is denkbaar

27. In aanvulling op het voorgaande vragen wij ons ook af of het hof met zijn arrest überhaupt wel een voldoende balans heeft gevonden tussen alle betrokken belangen.

28. Het gerechtshof gaat in beginsel namelijk van de rechtsgeldigheid van het vervalbeding uit, maar biedt aan een inschrijver of gegadigde wél de mogelijkheid om 'omstandigheden van het geval' aan te voeren die tot een ander oordeel zouden moeten leiden. Een aanbestedende dienst krijgt hiermee uitdrukkelijk het voordeel van de twijfel. Het zou de voorkeur verdienen om juist een inschrijver het voordeel van de twijfel te geven, of hierin in ieder geval een betere balans te vinden.

29. Zo'n twee maanden na het verschijnen van het arrest heeft de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland wat dat betreft een meer genuanceerd oordeel geveld over rechtsverwerking bij aanbesteding.¹² Ook in die zaak verzet een inschrijver zich tegen de gekozen gunningssystematiek. In dat geval oordeelde de rechtbank Midden-Nederland dat de inschrijver in de procedure kon worden ontvangen.

30. De rechtbank oordeelt dat het proactief handelen, dat van een gegadigde of potentiële inschrijver wordt verwacht, niet verder mag reiken dan 'dat hij evidente en in het oog springende gebreken behoort op te merken en dat hij daarvan dan onmiddellijk melding maakt'. Vervolgens oordeelt de rechtbank dat het 'primair de verantwoordelijkheid is van de aanbestedende dienst (...) om een aanbestedingsprocedure te organiseren die voldoet aan de regels van het aanbestedingsrecht en de fundamentele beginselen van gelijke behandeling en transparantie'. In dat verband is het

dus ook uitdrukkelijk niet de bedoeling voor een potentiële inschrijver of gegadigde om te controleren of de aanbestedingsprocedure aan de daarvoor geldende regels voldoet. Want, zo vervolgt de rechtbank: 'Het is in strijd met de redelijkheid en billijkheid om deze primaire verantwoordelijkheid van de aanbestedende dienst te verleggen naar de gegadigde/potentiële inschrijver.' De rechtbank acht daarbij onder meer relevant dat vaak bij gegadigden/inschrijvers wel de nodige technische kennis aanwezig is, maar de benodigde aanbestedingsrechtelijke kennis ontbreekt.

31. Ieder contractueel beding, dat meer verlangt van een inschrijver/gegadigde dan het melden van evidente en in het oog springende gebreken, is volgens de rechtbank categorisch disproportioneel en een beroep daarop is dus naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. De rechtbank trekt daarmee een duidelijke lijn in het zand voor wat betreft de rechtsgeldigheid van een vervalbeding. Bovendien is hiermee volgens ons een meer evenwichtige balans gevonden: van de inschrijver wordt wel nog de nodige proactiviteit verwacht, maar enkel voor zover het gaat om evidente en in het oog springende gebreken. Voor de overige gebreken draagt de aanbestedende dienst de verantwoordelijkheid.

32. Andere auteurs hebben overigens betoogd dat dit oordeel eveneens de nodige rechtsonzekerheid met zich brengt.¹³ En deze kanttkening is (deels¹⁴) terecht, de geschetste handvatten bieden immers nog steeds ruimte voor discussie (wanneer is sprake van een in het oog springend gebrek?). Dit neemt niet weg dat, gelet op de vergaande strekking van een vervalbeding en de forse beperking van de rechtsbescherming die hieruit voortvloeit, een maatstaf zoals verwoord door de rechtbank Midden-Nederland in alle gevallen valt te prefereren boven de vage omstandigheden die door het gerechtshof in het hier geannoteerde arrest zijn genoemd.

Afsluiting

33. Het hier besproken arrest is naar onze mening nóch inhoudelijk juist, nóch een stap in de juiste richting. Daar komt bij dat het te betreuren valt dat het gerechtshof geen ruimte heeft gezien om prejudiciële vragen te stellen. Die ruimte is er naar onze mening wel. De motivering van het hof ten aanzien van de weigering om de prejudiciële vragen te stellen is ontoereikend en berust op een verkeerde uitleg van de Europese jurisprudentie.

34. Het oordeel dat een vervalbeding onder omstandigheden niet bindend kan zijn, brengt alleen maar rechtsonzekerheid met zich. De door het hof genoemde gezichtspunten zijn te vaag om er in de praktijk op te kun-

¹³ Zie de noot bij dit vonnis van mr. C.A.M. Lombert & E.S. Haalebos, JAAN 2021/169.

¹⁴ In de annotatie is wat ons betreft ten onrechte gesteld dat de rechtbank als maatstaf de aanbestedingsrechtelijke kennis van een inschrijver als gezichtspunt beschouwd. De rechtbank heeft slechts geconstateerd dat het partijen 'vaak' aan de juridische kennis ontbreekt om strijd met het aanbestedingsrecht te constateren. Dit is voor de rechtbank een van de redenen om een te verregaand vervalbeding categorisch disproportioneel te achten.

¹² Rb. Midden-Nederland, 14 juli 2021, ECLI:NL:RBMNE:2021:3165.

nen vertrouwen. We verwachten dan ook dat dit arrest in de praktijk nauwelijks iets zal betekenen voor een inschrijver of gegadigde. Gelet op de aanhoudende discussies over dit leerstuk zou het de voorkeur verdienen om dit vraagstuk

voor te leggen aan het HvJEU, en daarbij te verzoeken om te verduidelijken onder welke omstandigheden een vervalbeding als het onderhavige eenzijdig kan worden opgelegd.

O.L. van der Pol & B.J.H. Blaisse-Verkooijen

Jurisprudentie – VIII. Grondbeleid

TBR 2022/35

Hoge Raad, 24 december 2021, 20/01764, ECLI:NL:HR:2021:1957 (Toezegging aanleg brug)

(Mr. C.A. Streefkerk, mr. C.E. du Perron, mr. M.J. Kroeze, mr. F.J.P. Lock en mr. G.C. Makink)

BW: art. 6:2 lid 2

Toezegging, gerechtvaardigd vertrouwen, toepassing Stappenplan bestuursrechtelijk vertrouwensbeginsel, financieel belang Staat

Met gastnoot N. van, Red.¹

Uitgangspunten en feiten

2.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De woning van (eiser) ligt in de gemeente Zwolle, in de uiterwaarden van de IJssel.

(ii) Van het door de Staat opgezette programma 'Ruimte voor de Rivier' maakt deel uit het project 'Uiterwaardvergraving Scheller en Oldeneler Buitenwaarden' (hierna: het project). Voor de voorbereiding en uitvoering van het project heeft de Staat een bestuursovereenkomst gesloten met het Waterschap Groot Salland (hierna: het Waterschap).

(iii) Voor de realisering van het project was onder meer een aantal aan (eiser) in eigendom toebehorende percelen nodig. De woning van (eiser) is buiten het project gebleven, maar de uitvoering van het plan heeft de bereikbaarheid van zijn woning beïnvloed.

(iv) In de situatie vóór de realisatie van het project kon (eiser) zijn woning bereiken via een ontsluitingsweg door de uiterwaard, via welke weg de woning (circa) 362 dagen per jaar bereikbaar was. Op de dagen dat de woning door hoogwater niet bereikbaar was, gebruikte (eiser) een boot. Tevens beschikte (eiser) over een rij palen waarover hij planken kon leggen voor een loopbrug op een hoogte van NAP +4.20 meter om vanuit zijn won-

ning de dijk te bereiken. Na de realisering van het project kan (eiser) niet meer komen en gaan via de ontsluitingsweg door de uiterwaard en bij hoogwater over de loopbrug.

(v) Aanvankelijk is beoogd de gewijzigde ontsluiting van de woning te laten plaatsvinden via een overlaat met een lengte van 120 meter op een hoogte van NAP +1.50 meter. Een overlaat is een waterbouwkundige constructie om hoogwater te reguleren en zo kritieke waterhoogten te voorkomen. Zolang het water onder de kruin van de overlaat staat, kan met de auto over de overlaat worden gereden. De woning van (eiser) zou via zo'n overlaat met die hoogte (circa) 335 dagen per jaar bereikbaar zijn. Er zou daarbij een langere route dan voorheen moeten worden afgelegd om vanaf de dijk bij de woning te komen.

(vi) Doordat de woning van (eiser) door de realisatie van het project minder dagen per jaar bereikbaar was, is de mogelijkheid onderzocht van een brug gelegen naast de beoogde overlaat. In 2008 zijn de kosten voor een brug met een lengte van 120 meter en met een hoogte van NAP +3.00 meter begroot op € 700.000,-.

(vii) Vanwege gewijzigde inzichten is in 2009 de overlaat verhoogd tot NAP +2.10 meter, waardoor de overlaat 180 meter lang werd. Door deze verhoging werd de bereikbaarheid van de woning van (eiser) via de overlaat verbeterd van 335 dagen naar 353 dagen per jaar. De beoogde brug – met de hoogte van NAP +3.00 meter – naast de overlaat zou door de verhoging en de verlenging van de overlaat eveneens moeten worden verlengd tot 180 meter.

(viii) Medio 2011 heeft de gemeente Zwolle de Staat verzocht te onderzoeken of de beoogde brug kan worden verplaatst naar de plek van de oorspronkelijke ontsluiting van de woning van (eiser), waardoor (eiser) niet zou hoeven omrijden. In een beslislnota van 1 december 2011 is deze gang van zaken als volgt beschreven:

'Op 22 maart 2011 (...) heeft (eiser) (...) mondeling te kennen gegeven dat hij, om een kortere ontsluitingsweg richting de dijk mogelijk te maken,

¹ Nikky van Triet is advocaat bij Van der Feltz Advocaten in Den Haag en promovenda aan de Radboud Universiteit Nijmegen.