

JAAN2015/6 Hoger beroep in kort geding, Nationale aanbesteding, Ingrijpen in l...



JAAN 2015 / 6 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zp Arnhem, 18-11-2014, 200.142.882, ECLI:NL:GHARL:2014:8893

Hoger beroep in kort geding, Nationale aanbesteding, Ingrijpen in lopende overeenkomst, Jurisprudentie gestoeld op Europese aanbestedingen mist bij nationale aanbesteding relevantie, Niet alleen bij spoedappel spoedeisendheid aanwezig

De gemeente Nieuwegein start in september 2013 een nationale openbare aanbesteding voor het onderhoud van haar riolering. Het ARW 2012 is van toepassing. Eind november 2013 laat de gemeente aan Zijlstra, inschrijver, weten dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan Pauw. Zijlstra is van mening dat de inschrijving van Pauw ongeldig is en start een kort geding. De **voorzieningenrechter** wijst de vorderingen van Zijlstra af. (Vzr. Rb. Midden-Nederland, zp Utrecht, 31 januari 2014, nr. 358976).

In februari 2014 heeft de gemeente de opdracht definitief gegund aan Pauw, die sindsdien de overeenkomst uitvoert. Zijlstra komt in beroep met zeven grieven tegen de uitspraak van de voorzieningenrechter en vordert dat het hof de gemeente beveelt de overeenkomst met Pauw op te zeggen en de opdracht alsnog aan haar te gunnen.

Het meest verstrekkende verweer van de gemeente is dat ingrijpen in de reeds lopende overeenkomst tussen de gemeente en Pauw niet meer mogelijk is, althans alleen indien aannemelijk is dat (1) deze overeenkomst op één van de vernietigingsgronden van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 in een bodemprocedure vernietigd zal worden of (2) de gemeente misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de overeenkomst te sluiten, met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht of (3) sprake is van nietigheid van de overeenkomst op grond van art. 3:40 BW. Volgens de gemeente is geen van deze drie gronden aan de orde.

Met een beroep op dezelfde jurisprudentie als waarop de gemeente zich beroept (Hof Den Haag, 17 mei 2011, ECLI: GHSGR:2011:BQ4365 en BQ5659) erkent Zijlstra dat in beginsel een na een vonnis van de voorzieningenrechter gesloten overeenkomst tussen aanbestedende dienst en winnende inschrijver onaantastbaar is. Dit lijdt echter in dit geval uitzondering omdat de gemeente met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht misbruik van haar bevoegdheden heeft gemaakt.

Het **hof** stelt voorop dat de door de gemeente gehanteerde procedure een nationale is, en geen Europese. Dit betekent dat afd. 1.2.3 Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. Daarnaast gelden het Aanbestedingsreglement werken 2012, dat op grond van art. 1.22 Aanbestedingswet 2012 jo. art. 11 Aanbestedingsbesluit de status van een richtsnoer heeft. De bepalingen van de Wira (waarmee de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen in Nederland zijn omgezet en die golden tot inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013) en de in dat kader door partijen genoemde jurisprudentie over de betekenis daarvan voor de mogelijkheden van de rechter in hoger beroep, missen in de onderhavige nationale aanbestedingsprocedure derhalve relevantie.

Dit betekent dat het door partijen tot uitgangspunt genomen kader, dat zij ontleen aan die jurisprudentie, voor de beoordeling van deze zaak toepassing mist.

Het hof beantwoordt vervolgens de vraag of zij in dit hoger beroep nog kan ingrijpen op de door Zijlstra gewenste wijze. Uit het bovenstaande volgt dat uit de Aanbestedingswet 2012, noch uit het Aanbestedingsreglement werken 2012 specifieke bepalingen voor de beoordeling van die vraag voortvloeien en dat op grond van art. 254 lid 1 Rv moet worden beoordeeld of, gelet op de belangen van beide partijen, de onmiddellijke voorzieningen die door Zijlstra worden gevorderd bij voorraad worden vereist. Tegen toewijzing van die vorderingen in hoger beroep kan de gemeente zich niet met succes verzetten met enkel het argument dat het haar, na het gunstige vonnis van de voorzieningenrechter, vrijstond te contracteren met Pauw en dat dit (reeds) met zich brengt dat het hof bij zijn beoordeling de met Pauw gesloten overeenkomst als een onaantastbaar gegeven zou moeten beschouwen. Het stond de gemeente na het bestreden vonnis inderdaad

vrij de overeenkomst met Pauw te sluiten (op grond van art. 2.27.3 Aanbestedingsreglement werken 2012), maar daarbij heeft zij het risico genomen dat in een tegen dat vonnis in te stellen hoger beroep aantasting van die overeenkomst inzet van dat hoger beroep zou zijn. Ook als een overeenkomst reeds is gesloten kan de rechter in hoger beroep nog steeds een uitspraak doen die neerkomt op een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan die overeenkomst of een gebod om die overeenkomst op te zeggen of te beëindigen wanneer de in art. 254 lid 1 Rv vereiste belangenafweging zo'n voorziening vereist. In zoverre faalt het verweer van de gemeente.

Bij zijn beoordeling stelt het hof voorop dat Zijlstra voldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld waaruit de spoedeisendheid bij haar vorderingen in hoger beroep voortvloeit. Het verweer van de gemeente dat dit hoger beroep niet in de vorm van een spoedappel is ingesteld, doet daaraan niet af. Het (spoedeisend) belang van Zijlstra weegt echter niet op tegen het belang van de gemeente de opdrachtverlening aan Pauw in stand te laten. Sinds de aanvang van de werkzaamheden zijn de nodige maanden verstreken en zijn door Pauw investeringen gedaan.

Tegen deze achtergrond kan het hof de vorderingen van Zijlstra, die neerkomen op het ingrijpen in de overeenkomst tussen de gemeente en Pauw, niet toewijzen. Zijlstra kan in een bodemprocedure de door haar gestelde fouten in de door de gemeente gevolgde aanbesteding aan de orde stellen en haar schade (waaronder gederfde winst) vergoed krijgen, indien zij daarin in het gelijk wordt gesteld.

Het hof komt aan de inhoudelijke behandeling van de grieven van Zijlstra niet toe, nu ook als deze zouden slagen, zij niet kunnen leiden tot toewijzing van de door Zijlstra in hoger beroep gevorderde voorzieningen.

1 Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 31 januari 2014 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland tussen Zijlstra als eiseres en de Gemeente als gedaagde heeft gewezen.

2 Het geding in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep van 26 februari 2014;
- de memorie van grieven, met producties;
- de memorie van antwoord, met producties;
- de akte houdende uitlating verweer rechtsbescherming in aanbestedingszaken;
- de antwoord-akte.

2.2 Vervolgens heeft Zijlstra de stukken voor het wijzen van arrest aan het hof overgelegd en heeft het hof arrest bepaald.

3 De vaststaande feiten

3.1 Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.14 van het bestreden vonnis. Aan deze feiten kan thans het volgende worden toegevoegd.

3.2 De opdracht van Bestek 2013-B029 met betrekking tot de "overeenkomst met open posten riolering 2013" is op 4 februari 2014 definitief gegund aan Pauw Bestratingen B.V. (hierna: Pauw) en in dat kader hebben de Gemeente en Pauw een overeenkomst voor twee jaar gesloten met een optie tot verlenging voor nog eens twee jaar. Sinds februari 2014 geeft Pauw uitvoering aan deze overeenkomst.

4 De motivering van de beslissing in hoger beroep

4.1 In deze zaak gaat het, kort samengevat, om het volgende. De Gemeente heeft in september 2013 een nationale openbare aanbestedingsprocedure voor het onderhoud van haar riolering aangekondigd. Op deze aanbesteding is volgens het Bestek van 20 september 2013 (hierna: het Bestek) het Aanbestedingsreglement Werken 2012 (hierna: het ARW 2012) van toepassing. De opdracht betreft onderhoudswerkzaamheden aan rioleringen en calamiteiten met betrekking tot rioleringen en heeft een looptijd van twee jaar met een eenzijdige optie voor de Gemeente tot verlenging voor nog eens twee jaar. Het gunningscriterium is de laagste

inschrijfsom (in het Bestek geformuleerd als: de laagste fictieve som).

4.2 Zijlstra en Pauw hebben tijdig ingeschreven voor deze opdracht. Eind november 2013 heeft de Gemeente aan Zijlstra bericht dat zij voornemens is de opdracht te gunnen aan Pauw. Zijlstra heeft zich in dit gunningsvoornemen niet kunnen vinden omdat zij van mening is dat de inschrijving van Pauw een ongeldige inschrijving betreft. Volgens Zijlstra staan de benodigde certificaten (VCA en VIHB) niet op naam van Pauw, maar op naam van haar rechtsvoorgangster Pauw Bestratingen v.o.f. Voorts is Zijlstra van mening dat Pauw het door haar opgegeven referentiewerk niet heeft uitgevoerd. Zijlstra heeft deze bezwaren aan de Gemeente kenbaar gemaakt en heeft, nadat de Gemeente in reactie daarop heeft aangegeven dat volgens haar sprake was van een volledige en rechtsgeldige inschrijving van Pauw en dat zij bij haar gunningsvoornemen zou blijven, bij de voorzieningenrechter een procedure ingeleid. Zijlstra heeft bij de voorzieningenrechter onder meer gevorderd te gebieden de inschrijving van Pauw ongeldig te verklaren en de opdracht aan Zijlstra te gunnen en subsidiair te verbieden de opdracht te gunnen aan een ander dan Zijlstra. Meer subsidiair heeft Zijlstra gevorderd de Gemeente te gebieden de aanbestedingsprocedure te staken en de opdracht opnieuw aan te besteden.

4.3 Bij het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van Zijlstra afgewezen omdat naar zijn oordeel niet aannemelijk is geworden dat de inschrijving van Pauw onvolledig of ongeldig is of dat in de aanbestedingsprocedure beginselen van aanbestedingsrecht zijn geschonden.

4.4 Tegen dit vonnis is Zijlstra onder aanvoering van zeven grieven in beroep gekomen.

Zij heeft daarbij haar eis gewijzigd. Zij vordert thans primair dat het hof de Gemeente beveelt de overeenkomst met Pauw op te zeggen alsmede de opdracht alsnog aan Zijlstra te gunnen. Subsidiair vordert Zijlstra dat het hof de Gemeente zal bevelen de overeenkomst met Pauw op te zeggen en de opdracht opnieuw aan te besteden, welke bevelen (zowel primair als subsidiair) moeten worden versterkt met een dwangsom van € 250.000, -.

4.5 Het meest verstrekkende verweer van de Gemeente tegen deze vorderingen in hoger beroep is dat ingrijpen in de reeds lopende overeenkomst tussen de Gemeente en Pauw niet meer mogelijk is, althans alleen indien aannemelijk is dat (1) deze overeenkomst op een van de vernietigingsgronden van artikel 4.15 Aanbestedingswet (Aw) in een bodemprocedure vernietigd zal worden of (2) de Gemeente misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de overeenkomst te sluiten, met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht of (3) sprake is van nietigheid van de overeenkomst op grond van artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek (BW). Volgens de Gemeente is geen van deze drie gronden aan de orde.

Bij akte heeft Zijlstra op dit verweer van de Gemeente gereageerd. Met een beroep op dezelfde jurisprudentie als waarop de Gemeente zich beroept (Gerechtshof Den Haag, 17 mei 2011, ECLI: GHSGR:2011: BQ4365 en BQ5659) erkent Zijlstra dat in beginsel van de onaantastbaarheid van een na een vonnis van de voorzieningenrechter gesloten overeenkomst tussen aanbestedende dienst en winnende inschrijver moet worden uitgegaan. Dit beginsel lijdt echter (zo begrijpt het hof Zijlstra) in dit geval uitzondering omdat uit de door haar in dit hoger beroep aangevoerde (nieuwe) feiten en omstandigheden volgt dat de Gemeente met het sluiten en (laten) uitvoeren van de overeenkomst met Pauw met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht, misbruik van haar bevoegdheden maakt.

4.6 Het hof zal dit verweer van de Gemeente om redenen van proceseconomie eerst behandelen. Bij zijn beoordeling stelt het hof het volgende voorop. De door de Gemeente gehouden aanbestedingsprocedure is een nationale en geen Europese aanbestedingsprocedure. Dit betekent dat op deze nationale, openbare, aanbestedingsprocedure de uitgangspunten van Afdeling 1.2.3 van de Aw (de artikelen 1.11 -1.13 Aw) van toepassing zijn. Die uitgangspunten zijn gelijkheid, transparantie en proportionaliteit. Daarnaast gelden voor de onderhavige aanbesteding de bepalingen van het ARW 2012, dat op grond van het bepaalde in artikel 1.22 Aw juncto artikel 11 van het Aanbestedingsbesluit de status van een richtsnoer als bedoeld in artikel 1.22, lid 1 Aw heeft. De bepalingen van de Wira (waarmee de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen in Nederland zijn omgezet en die golden tot inwerkingtreding van de Aw op 1 april 2013) en de in dat kader door partijen genoemde (en in rov. 4.5 door het hof weergegeven) jurisprudentie over de betekenis daarvan voor de mogelijkheden van de rechter in hoger beroep missen in de onderhavige nationale aanbestedingsprocedure derhalve relevantie.

Dat betekent dat het door partijen tot uitgangspunt genomen kader, dat zij ontleen aan die jurisprudentie en dat er, kort samengevat, op neer komt dat een na het vonnis van de voorzieningenrechter gesloten overeenkomst tussen aanbestedende dienst en winnende inschrijver in beginsel onaantastbaar is, tenzij sprake is van misbruik van bevoegdheid van de aanbestedende dienst of van een op grond van artikel 3:40 BW nietige overeenkomst, voor de beoordeling van deze zaak toepassing mist.

4.7 Bij zijn beoordeling acht het hof wel van belang dat de brief van de Gemeente van 25 november 2013, waarin zij haar gunningsvoornemen aan Zijlstra kenbaar maakt, in overeenstemming met het bepaalde in artikel 2.27.2 ARW 2012, de mogelijkheid bood aan Zijlstra om zich binnen 20 dagen na 25 november 2013 in kort geding tegen het gunningsvoornemen te verzetten. Van die mogelijkheid heeft Zijlstra gebruik gemaakt, maar dat heeft niet geleid tot de door haar gewenste uitkomst dat de Gemeente niet aan Pauw mocht gunnen. De voorzieningenrechter heeft in het bestreden vonnis immers de vorderingen met die strekking afgewezen, zodat het de Gemeente op grond van artikel 2.27.3 ARW 2012 vrijstond direct na het bestreden vonnis definitief aan Pauw te gunnen. Op 4 februari 2014 heeft de Gemeente dat gedaan en is de overeenkomst tussen haar en Pauw terzake van deze opdracht gesloten en is Pauw met de uitvoering van de aan haar gegunde werkzaamheden begonnen.

Thans dient de vraag te worden beantwoord of bij die stand van zaken (de overeenkomst is gesloten en wordt sinds februari 2014 ook uitgevoerd) in dit hoger beroep door het hof nog kan worden ingegrepen op de door Zijlstra gewenste wijze (kort gezegd: een bevel tot opzegging van de overeenkomst en gunning aan Zijlstra, dan wel een bevel tot heraanbesteding).

4.8 Uit het bovenstaande volgt dat uit de Aw, noch uit het ARW 2012 specifieke bepalingen voor de beoordeling van die vraag voortvloeien en dat op grond van het bepaalde in artikel 254, lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) moet worden beoordeeld of, gelet op de belangen van beide partijen, de onmiddellijke voorzieningen bij voorraad worden vereist, die door Zijlstra worden gevorderd. Tegen toewijzing van die vorderingen in hoger beroep kan de Gemeente zich niet met succes verzetten met enkel het argument dat het haar, na het gunstige vonnis van de voorzieningenrechter, vrijstond te contracteren met Pauw en dat dat (reeds) met zich brengt dat het hof bij zijn beoordeling de met Pauw gesloten overeenkomst als een onaantastbaar gegeven zou moeten beschouwen. Het stond de Gemeente na het bestreden vonnis inderdaad vrij de overeenkomst met Pauw te sluiten, maar daarbij heeft zij het risico genomen dat in een tegen dat vonnis in te stellen hoger beroep aantasting van die overeenkomst inzet van dat hoger beroep zou zijn. Ook als een overeenkomst reeds is gesloten kan de rechter in hoger beroep nog steeds een uitspraak doen die neerkomt op een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan die overeenkomst of een gebod om die overeenkomst op te zeggen of te beëindigen wanneer de in artikel 254 lid 1 Rv vereiste belangenafweging zo'n voorziening vereist. In zoverre faalt het verweer van de Gemeente.

4.9 Bij zijn beoordeling stelt het hof het volgende voorop. Indien in hoger beroep de vraag moet worden beantwoord of de in kort geding verlangde voorzieningen, hetzij na toewijzing daarvan hetzij na weigering daarvan door de voorzieningenrechter, voor toewijzing in aanmerking komen, dient daarbij ook in hoger beroep te worden beoordeeld of de eisende partij ten tijde van het arrest van het Hof bij die voorzieningen een spoedeisend belang heeft (vergelijk HR 31 mei 2002, ECLI: NL: HR:2002: AE3437).

4.10 Naar het oordeel van het hof heeft Zijlstra voldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit de spoedeisendheid bij haar vorderingen in hoger beroep voortvloeit. Het verweer van de Gemeente dat dit hoger beroep niet in de vorm van een spoedappel is ingesteld doet daaraan niet af. De spoedeisendheid volgt reeds uit de door Zijlstra gestelde

(en door de Gemeente niet betwiste) feiten en omstandigheden, zoals het gegeven dat de (rioleringsonderhoud-) werkzaamheden op dit moment worden uitgevoerd door Pauw, krachtens een 2-jarige overeenkomst met de Gemeente, terwijl Zijlstra van mening blijft dat de Gemeente de opdracht aan haar had dienen te gunnen en zij alsnog voor uitvoering van de resterende werkzaamheden door de Gemeente moet worden ingehuurd.

4.11 Het (spoedeisend) belang van Zijlstra bij haar vorderingen in dit hoger beroep wegen bij de door het hof te maken belangenafweging echter niet op tegen het belang van de Gemeente. Daarvoor geldt het volgende. Als onvoldoende door Zijlstra staat vast dat de Gemeente op 4 februari 2014 definitief heeft gegund aan Pauw en dat deze kort daarop de uitvoering van de (voor een periode van 2 jaar) overeengekomen onderhoudswerkzaamheden aan de riolering heeft aangevangen en daartoe de nodige investeringen heeft gedaan. De Gemeente wijst in dat kader op haar belang die opdrachtverlening en uitvoering, nu sinds de aanvang van de werkzaamheden door Pauw ook de nodige maanden zijn verstreken, in stand te kunnen laten. Zijlstra heeft van haar kant niet aangegeven of aannemelijk gemaakt welke belangen nopen tot een ingrijpen in het onderhavige kort geding anders dan dat zij, in plaats van Pauw, de opdracht alsnog gegund wenst te krijgen, terwijl zulks wel op haar weg had gelegen.

Tegen deze achtergrond is het hof van oordeel dat de belangen van Zijlstra bij toewijzing van haar vorderingen in hoger beroep, die neerkomen op het ingrijpen in de overeenkomst tussen de Gemeente en Pauw, niet opwegen tegen de belangen van de Gemeente bij het in stand laten van die overeenkomst, waaraan reeds sinds

februari 2014 door de Gemeente en Pauw uitvoering wordt gegeven.

Zijlstra kan in een bodemprocedure de door haar gestelde fouten in de door de Gemeente gevolgde aanbestedingsprocedure aan de orde stellen en haar schade (waaronder gedeelde winst) vergoed krijgen indien zij daarin in het gelijk wordt gesteld.

4.12 Dit betekent dat het hof aan de inhoudelijke behandeling van de grieven van Zijlstra niet toekomt, nu ook als deze zouden slagen, de grieven niet kunnen leiden tot toewijzing van de door Zijlstra in hoger beroep gevorderde voorzieningen.

5 Slotsom

De grieven behoeven bij gebrek aan belang geen beoordeling. Zijlstra zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. De nakosten en de over de proces- en nakosten gevorderde wettelijke rente zullen als niet bestreden eveneens worden toegewezen.

6 De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht van 31 januari 2014;

veroordeelt Zijlstra in de kosten van het hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Gemeente vastgesteld op € 704, - voor verschotten en op € 1.341, - (tarief II x 1,5 punten) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en - voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening;

veroordeelt Zijlstra in de nakosten, begroot op € 131, - met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68, - in geval Zijlstra niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak heeft voldaan én betekening heeft plaatsgevonden, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf de opeisbaarheid van deze bedragen;

verklaart dit arrest (voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft) uitvoerbaar bij voorraad.

[1]

Zie eerder Hof Arnhem-Leeuwarden 7 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7724, « **JAAN** » 2014/214, m.nt. Van Heeswijck.

[2]

Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4365, r.o. 2.6.1; Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ5659, r.o. 6.3-6.4.

[3]

Bedoeld zijn Richtlijn 89/665/EEG (*PbEG* 1989, L 395/33) en Richtlijn 92/13/EG (*PbEG* 1992, L 76/14). Beide richtlijnen zijn ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007 (*PbEU* 2007, L 335/31).

[4]

Zie voor mijn bedenkingen daartegen A.J. van Heeswijck, *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2013, p. 183 e.v.

[5]

Art. 2.127 Aanbestedingswet 2012.

[6]

Art. 2.131 Aanbestedingswet 2012.

[7]

Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4365, r.o. 2.6.1.

[8]

Deze gewoonte lijkt zo diep te zijn ingesleten, dat het afzien van het in acht nemen van een opschortende termijn in strijd met het fair-playbeginsel is geoordeeld; zie Vzr. Rb. Zeeland-West-Brabant 28 maart 2013,

« **JAAN** » 2013, 107, m.nt. Mutsaers, r.o. 4.13.

[9]

Zie bijv. art. 2.27.2 Aanbestedingsreglement werken 2012 voor de openbare procedure. Van deze bepaling mag op grond van art. 1.22 lid 2 Aanbestedingswet 2012 alleen gemotiveerd worden afgeweken.

[10]

Art. 2 ter sub a Richtlijn 89/665/EEG en Richtlijn 92/13/EEG.

[11]

Zie Hof Den Bosch 12 februari 2013, « **JAAN** » 2013, 49, m.nt. Berben.

[12]

Vzr. Rb. Amsterdam 1 mei 2013, « **JAAN** » 2013, 128.

[13]

HR 22 september 2006, *NJ*2007, 188; zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 12 mei 2009, « **JAAN** » 2009, 64, r.o. 6.

Dit is het tweede arrest dat het Hof Arnhem-Leeuwarden in korte tijd heeft gewezen waarin de mogelijkheid aan de orde komt om in hoger beroep een ordemaatregel te treffen, wanneer de aanbestedende dienst de opdracht definitief heeft gegund nadat een voorlopige voorziening door de voorzieningenrechter in eerste aanleg is geweigerd. [noot:1] Er is een belangrijk verschil tussen beide zaken. Het arrest van 7 oktober 2014 betreft een Europese aanbesteding, terwijl het onderhavige arrest betrekking heeft op een nationale aanbesteding. Dit heeft volgens het hof gevolgen voor het beoordelingskader, die partijen zelf niet hadden voorzien.

De aanbestedende dienst had met een beroep op de jurisprudentie van het Hof Den Haag betoogd dat voor ingrijpen in de inmiddels gesloten overeenkomst slechts plaats is, indien de overeenkomst op een van de in art. 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 vernietigbaar is, door het sluiten van de overeenkomst misbruik van bevoegdheid zou zijn gemaakt of de overeenkomst op grond van art. 3:40 BW nietig is. [noot:2] De appellerende inschrijver bestreed dit niet. Hij beriep zich op één van de door het Hof Den Haag aangenomen uitzonderingsgronden op de onaantastbaarheid van de overeenkomst. Er zou sprake zijn van misbruik van bevoegdheid.

In zijn arrest van 7 oktober 2014 liet het hof zich bij het vaststellen van het toe te passen beoordelingskader leiden door het partijdebat. In de onderhavige uitspraak stelt het hof zich minder lijdelijk op. Het hof overweegt dat op een nationale aanbesteding een beperkt aantal regels van toepassing is. Daartoe behoren niet de bepalingen van de Wira, door middel waarvan de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen in Nederland zijn geïmplementeerd en die golden tot de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013. [noot:3] Het hof concludeert dat het door partijen tot uitgangspunt genomen beoordelingskader voor een vordering die ertoe strekt een gesloten overeenkomst te beëindigen, welk beoordelingskader is ontleend aan de jurisprudentie van het Hof Den Haag, daarom toepassing mist (r.o. 4.6.).

Deze redenering gaat – los van de juistheid van de rechtsopvatting van het Hof Den Haag [noot:4] – erg kort door de bocht. Weliswaar baseerst het Hof Den Haag het door hem geïntroduceerde beoordelingskader op het stelsel van de Wira (thans Aanbestedingswet 2012), terwijl deze regeling toepassing mist, maar de mogelijkheid van analoge toepassing van dit beoordelingskader op een nationale aanbesteding had in mijn ogen in ieder geval een rechtsoverweging verdiend. Afgewezen inschrijvers hebben bij Europese aanbestedingen waarop § 2.3.8.8. van de Aanbestedingswet 2012 betreffende de gunningsbeslissing van toepassing is, gedurende de opschortende termijn van ten minste twintig dagen gelegenheid de gunningsbeslissing aan te vechten. [noot:5] Als tijdig een rechtsmiddel is ingesteld, wordt deze termijn verlengd totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan. [noot:6] Hierdoor kan het sluiten van een overeenkomst door de aanbestedende dienst met de door hem gekozen inschrijver – de zogenaamde wedloop naar de handtekening onder het contract – de beslissing van de voorzieningenrechter niet nadelig beïnvloeden. Wanneer de voorzieningenrechter de voorlopige voorziening weigert, staat het de aanbestedende dienst vrij de overeenkomst te sluiten, tenzij de voorzieningenrechter anders beslist. Vanaf dat moment is de overeenkomst enkel op een van de in Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden vernietigbaar. Dit stelsel biedt evenwicht tussen de belangen van de aanbestedende dienst en die van de afgewezen inschrijvers, aldus het Hof Den

Haag. [noot:7] Aanbestedende diensten nemen bij nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse procedures vaak vrijwillig een opschortende termijn in acht. [noot:8] Bij nationale aanbestedingen van werken is dit in beginsel zelfs verplicht. [noot:9] Dit bevordert de rechtsbescherming van afgewezen inschrijvers bij deze procedures tot een vergelijkbaar niveau als bij Europese aanbestedingen waarop § 2.3.8.8. van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, in welk geval het in acht nemen van een opschortende termijn wettelijk verplicht is. Hier mag tegenover staan dat de hogerberoepsrechter het beoordelingskader bij Europese aanbestedingen analoog toepast, als de aanbestedende dienst na de weigering van een voorlopige voorziening de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluit. Ook bij nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse procedures bestaat op het gebied van rechtsbescherming immers behoefte aan een evenwicht tussen de belangen van de aanbestedende dienst en die van de (afgewezen) inschrijvers, welk evenwicht met het door het Hof Den Haag geïntroduceerde beoordelingskader zou zijn nagestreefd.

Een van de gronden om in te grijpen in de gesloten overeenkomst, te weten het geval waarin de overeenkomst op een van de in art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden vernietigbaar is, is overigens naar de aard van de zaak niet analoog toe te passen op nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse procedures. Overeenkomsten die op basis van een nationale aanbesteding of een meervoudig onderhandse procedure mogen worden gegund, zijn immers nooit vernietigbaar op grond van art. 4.15 Aanbestedingswet 2012.

Voor zover mij bekend heeft nog geen enkel gerechtshof zich uitgelaten over het beoordelingskader voor een vordering die strekt tot beëindiging van een overeenkomst in geval van een Europese aanbesteding van IIB-diensten. De rechtsbeschermingsrichtlijnen staan lidstaten toe de gunning van deze opdrachten categorisch van de werkingssfeer van de verplichte opschortende termijn uit te sluiten. [noot:10] Dit heeft de Nederlandse wetgever echter niet gedaan. Art. 2.127 lid 4 sub a Aanbestedingswet 2012 laat de keuze om van deze uitzondering op de verplichte opschortende termijn gebruik te maken in het concrete geval over aan de aanbestedende dienst. Dit stelsel brengt mee dat indien de aanbestedende dienst ervoor kiest wel een opschortende termijn in acht te nemen voordat hij de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluit, § 2.3.8.8. van de Aanbestedingswet 2012 betreffende de gunningsbeslissing volledig van toepassing is. [noot:11] Dit brengt bijvoorbeeld mee dat een overeenkomst die in strijd met art. 2.131 Aanbestedingswet 2012 is gesloten, voordat de opschortende termijn is verstreken, op grond van art. 4.15 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012 vernietigbaar is. [noot:12] Als de aanbestedende dienst bij de gunning van IIB-diensten de in art. 2.127 lid 4 sub c Aanbestedingswet 2012 geboden uitzonderingsgrond niet benut, is op de rechtsbescherming van afgewezen inschrijvers dus hetzelfde stelsel van regels van toepassing als op de rechtsbescherming bij Europese aanbestedingen waarop § 2.3.8.8. van de Aanbestedingswet 2012 onverkort van toepassing is. Het ligt naar mijn mening in de rede deze lijn door te trekken in hoger beroep door hetzelfde beoordelingskader te hanteren voor de beoordeling van een vordering die strekt tot beëindiging van een overeenkomst, wanneer de afgewezen inschrijver bij de voorzieningenrechter in eerste aanleg bot heeft gevangen en de aanbestedende dienst de opdracht vervolgens definitief heeft gegund.

Tot slot nog even terug naar het onderhavige arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden. Het hof doet de zaak af op basis van een belangenafweging. Het kent daarbij veel betekenis toe aan het feit dat de opdracht inmiddels definitief is gegund en wordt uitgevoerd. Het belang van de appellerende inschrijver om de opdracht gegund te krijgen weegt naar het oordeel van het hof niet op tegen het belang van de aanbestedende dienst bij het in stand laten van de overeenkomst. Het hof bekrachtigt het vonnis zonder de grieven inhoudelijk te beoordelen (r.o. 4.11-4.12). Naar mijn mening is de belangenafweging van het hof onvolledig. Er zijn meer relevante omstandigheden te bedenken, zoals de ernst en de verwijtbaarheid van de schending van de aanbestedingsregels. Om deze omstandigheden mee te wegen, was een inhoudelijke beoordeling van de grieven noodzakelijk. Dit was hoe dan ook onontkoombaar, want volgens jurisprudentie van de Hoge Raad levert een ten onrechte uitgesproken proceskostenveroordeling al voldoende procesbelang op in hoger beroep. [noot:13] Het hof heeft dus ten onrechte de grieven wegens gebrek aan belang verworpen.

mr. dr. A.J. van Heeswijck, Advocaat bij PlasBossinade