

TBR 2018/105 Reactie op 'Alleen de aanbestede mag appelleren - over HR 18 november 2016'

Auteur: mr. dr. A.J. van Heeswijck

TBR 2018/105 Reactie op 'Alleen de aanbestede mag appelleren - over HR 18 november 2016'

mr. dr. A.J. van Heeswijck¹

Samenvatting

In deze reactie gaat de auteur in op de bijdrage van R.G.T. Bleeker in [TBR 2018/57](#) aangaande het XAFAX/UU-arrest van de Hoge Raad.

Met belangstelling las ik het artikel 'Alleen de aanbestede mag appelleren - over HR 18 november 2016' van Bleeker.² In dit artikel bekritiseert de auteur het *Xafax/UU*-arrest, waarin de Hoge Raad oordeelde dat een als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst alleen aantastbaar is op de in artikel 4.15 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden, in geval van wilsgebreken en in de in artikel 3:40 BW genoemde gevallen.³ Dit oordeel heeft tot gevolg dat benadeelde inschrijvers *de facto* de mogelijkheid wordt onthouden doeltreffend hoger beroep in te stellen tegen een afwijzend vonnis van de voorzieningenrechter; als de aanbestede na het vonnis overgaat tot definitieve gunning, heeft de benadeelde inschrijver het nakijken en gaat de procedure in hoger beroep alleen nog om de proceskostenveroordeling.

Het oordeel van de Hoge Raad is voornamelijk gebaseerd op de wetsgeschiedenis van de Wira, in het bijzonder het antwoord van de minister op de vraag van SP-Kamerleden of er naast de (thans) in artikel 4.15 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 bedoelde gronden andere gronden zijn voor vernietiging van een als een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst.⁴ Met Bleeker ben ik van mening dat bewuste passage in de parlementaire geschiedenis irrelevant is voor de aan de orde zijnde rechtsvraag.⁵ Er wordt voorbijgegaan aan de situatie waarin een ondernemer ondanks definitieve gunning van de overheidsopdracht door de aanbestedende dienst in hoger beroep komt van een afwijzend vonnis. Het juridisch kader wordt in dat geval niet gevormd door artikel 4.15 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012, wilsgebreken en artikel 3:40 BW, maar door artikel 6:162 BW (eventueel 6:74 BW) juncto artikel 6:103 BW.⁶ In de parlementaire geschiedenis is niet te lezen dat met de Wira is beoogd aan dit stelsel een einde te maken. Typischer is dat de Hoge Raad blijkens zijn overwegingen in het *Xafax/UU*-arrest geen directe aanknopingspunten heeft weten te vinden in de Aanbestedingswet 2012 en de parlementaire geschiedenis voor de aangenomen beperking van de mogelijkheden om beëindiging van een als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst te bewerkstelligen. Doordat een wettelijke bepaling ontbreekt die hoger beroep van een vonnis van de voorzieningenrechter beperkt, evenals een visie van de wetgever op dit punt, bezigt de Hoge Raad noodgedwongen termen als 'stroken met' en 'op gespannen voet staan met' (r.o. 3.7.3.).

Maatregelen om schendingen van de aanbestedingsregels ongedaan te maken vormen een essentieel onderdeel van de effectieve rechtsbescherming van benadeelde inschrijvers.⁷ Als de Nederlandse wetgever het daadwerkelijk nodig vond de mogelijkheden te beperken die het recht biedt om in hoger beroep van een vonnis van de voorzieningenrechter beëindiging van een als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst te bewerkstelligen, had het in de rede gelegen deze beperking wettelijk te verankeren.⁸ De door de Hoge Raad aangenomen beperking vindt in mijn ogen in ieder geval onvoldoende steun in de parlementaire geschiedenis van de Wira. Daarin wordt, zoals Bleeker terecht opmerkt, uitdrukkelijk rekening gehouden met de mogelijkheid van hoger beroep van een vonnis van de voorzieningenrechter.⁹ Uit de parlementaire geschiedenis valt af te leiden dat, tenzij de voorzieningenrechter anders bepaalt, de

aanbestedende dienst het sluiten van de overeenkomst gedurende de appelprocedure niet hoeft op te schorten, maar meer ook niet.¹⁰

Bij de door de Hoge Raad in het *Xafax/UU*-arrest geformuleerde rechtsregel is voorts vanuit Europeesrechtelijk perspectief een kanttekening te plaatsen. Behoudens de in de Rechtsbeschermingsrichtlijn genoemde gronden voor 'onverbindendheid' laat artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn het aan lidstaten over de gevolgen te bepalen van voorlopige maatregelen voor de na de gunning van een overheidsopdracht gesloten overeenkomst. De Nederlandse wetgever mag daarom in principe bepalen dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst buiten de in artikel 4.15 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde gevallen niet kan worden aangetast. De procedurele autonomie van lidstaten wordt echter begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit. Op grond van het gelijkwaardigheidsbeginsel mogen procedureregels voor vorderingen met een Unierechtelijke grondslag niet ongunstiger zijn dan de procedureregels die gelden voor soortgelijke nationale vorderingen.¹¹

Vorderingen die betrekking hebben op nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse procedures in de zin van artikel 1.11 respectievelijk artikel 1.14 van de Aanbestedingswet 2012 zijn aan te merken als soortgelijke nationale vorderingen. Het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft in een geschil over een nationale aanbesteding al eens geoordeeld dat als een overeenkomst reeds is gesloten, de rechter in hoger beroep nog steeds een uitspraak kan 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 een dergelijke voorziening vereist. Het hof verwierp het beroep van de aanbestedende dienst op de rechtspraak van het Hof Den Haag.¹² De consequentie hiervan is dat voor vorderingen met een Unierechtelijke grondslag, dat wil zeggen vorderingen die betrekking hebben op een Europese aanbesteding waarop paragraaf 2.3.8.8 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, ongunstigere procedureregels gelden dan voor soortgelijke nationale vorderingen en dat is in strijd met het gelijkwaardigheidsbeginsel. De ongelijke behandeling van vorderingen met een Unierechtelijke grondslag is niet op te heffen door de in het *Xafax/UU*-arrest geformuleerde rechtsregel analoog toe te passen op vorderingen die betrekking hebben op nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse procedures. Bij toetsing aan het gelijkwaardigheidsbeginsel vormen immers de procedureregels die gelden voor nationale vorderingen het vertrekpunt.?

- 1 Arthur van Heeswijck is zelfstandig advocaat en als docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen.
- 2 R.G.T. Bleeker, 'Alleen de aanbesteder mag appelleren - over HR 18 november 2016', *TBR* 2018/57 .
- 3 HR 18 november 2016, *ECLI:NL:HR:2016:2638* , *JAN* 2017/7, m.nt. De Ruiter & De Groot, *TBR* 2017/116 , m.nt. Weerheim, *NJ* 2018/210, m.nt. Jansen, r.o. 3.7.3 - 3.7.5.
- 4 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 027, nr. 7, p. 5-6.
- 5 Bleeker, a.w., p. 394-395.
- 6 Zie ook Bleeker, a.w., p. 394.
- 7 Art. 2 lid 1 sub a jo. art. 1 lid 1 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, Pb 1989, L 395/33, ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007, Pb 2007, L 335/31 (hierna: de Rechtsbeschermingsrichtlijn).
- 8 Zie bijv. art. 332 Rv, waarin het recht om van een in eerste aanleg gewezen vonnis in hoger beroep te komen is uitgesloten bij vorderingen die niet meer belopen dan € 1.750. Zie voorts art. 7:683 lid 3 BW, dat regels bevat over mogelijkheden die de rechter in hoger beroep heeft, als in eerste aanleg het verzoek van de werkgever om ontbinding van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is toegewezen of dat het verzoek van de werknemer om vernietiging van de opzegging of om herstel van de arbeidsovereenkomst ten onrechte is afgewezen. Dat de

mededeling van de gunningsbeslissing geen aanvaarding inhoudt in de zin van artikel 6:217 lid 1 BW van het aanbod van een ondernemer is overigens wel in de Aanbestedingswet 2012 neergelegd (zie art. 2.129 Aanbestedingswet 2012).

9 Bleeker, a.w., p. 394.

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 027, nr. 3 (MvT), p. 18-19.

11 Zie bijv. HvJ EU 26 november 2015, zaak C-166/14, [ECLI:EU:C:2015:779](#) (*MedEval*), r.o. 37.

12 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 november 2014, [ECLI:NL:GHARL:2014:8893](#), *JAAN* 2015/6, m.nt. A.J. van Heeswijck, r.o. 4.6-4.8.