

Hoe onaantastbaar is een overeenkomst? Vijf jaar lagere rechtspraak na het Xafax/ UU-arrest

– Mr. dr. A.J. van Heeswijck

1. Inleiding

In 2016 zette de Hoge Raad in het *Xafax/UU*-arrest het kader uiteen voor het ingrijpen in een als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst.² Daarmee moest een einde komen aan de discussie over de mogelijkheden voor de rechter om in hoger beroep een ordemaatregel te treffen, wanneer de aanbestedende dienst, nadat de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening heeft geweigerd, overgaat tot definitieve gunning van de opdracht. De vraag is of anno 2022 (nog steeds) duidelijk is onder welke voorwaarden de rechter nog kan ingrijpen in een overeenkomst. Om deze vraag te beantwoorden bespreek ik in deze bijdrage de ontwikkelingen in de lagere rechtspraak op dit gebied in de afgelopen vijf jaar.

Hierna breng ik eerst het *Xafax/UU*-arrest en de benaderingen in de lagere rechtspraak vóór dit arrest in herinnering. Daarna bespreek ik de ontwikkelingen in de lagere rechtspraak na het *Xafax/UU*-arrest. Ik sluit af met een conclusie.

2. Het *Xafax/UU*-arrest en zijn voor- geschiedenis

Voordat de Hoge Raad het *Xafax/UU*-arrest wees, waren in de rechtspraak van gerechtshoven twee benaderingen te onderscheiden. Het gerechtshof Den Haag koos voor een 'terughoudende benadering'. Als de aanbestedende dienst na een voor hem gunstig vonnis de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sluit, was volgens dit gerechtshof slechts plaats voor ingrijpen in een geslo-

ten overeenkomst, indien de overeenkomst op een van de in art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aw 2012) genoemde gevallen vernietigbaar is, door het sluiten van de overeenkomst misbruik van bevoegdheid is gemaakt of de overeenkomst op grond van art. 3:40 BW nietig is.³ Misbruik van bevoegdheid zou aan de orde kunnen zijn, wanneer de aanbestedende dienst de overeenkomst aangaat met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Het gerechtshof Amsterdam, de bedenker van de hierna te bespreken 'ruime benadering', sloot zich uiteindelijk bij de benadering van het gerechtshof Den Haag aan.⁴

De gerechtshoven Arnhem-Leeuwarden en Den Bosch kozen voor een 'ruime benadering'. Deze gerechtshoven meenden - kort samengevat - dat art. 4.15 Aw 2012 geen limitatief stelsel behelst. De effectieve rechtsbescherming vereist dat ook in andere gevallen een ordemaatregel kan worden opgelegd, bijvoorbeeld een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst.⁵

De uiteenlopende opvattingen in de rechtspraak deden afbreuk aan de rechtseenheid. De procureur-generaal heeft daarom gebruik gemaakt van zijn bevoegdheid om cassatie in het belang der wet in te stellen tegen een uitspraak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zodat de Hoge Raad de knoop kon doorhakken. De Hoge Raad koos in het *Xafax/UU*-arrest voor een terughoudende benadering, terughoudender nog dan de benadering van de gerechtshoven Den Haag en Amsterdam. De Hoge Raad overwoog dat een als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met aanbestedingsregels

¹ Arthur van Heeswijck is advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat.

² HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, NJ 2018/210, m.nt. Jansen, TBR 2017/116, m.nt. Weerheim, JAAN 2017/7, m.nt. De Ruijter en Groot (*Xafax/UU*). De tekst van het arrest is hierna onder TBR 2022/133 opgenomen.

³ Zie o.a. Hof Den Haag 17 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4365; Hof Den Haag 7 juli 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:186.

⁴ Hof Amsterdam 17 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:812.

⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122; Hof Den Bosch 17 februari 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:479.

slechts aantastbaar is op de gronden vermeld in art. 4.15 lid 1 Aw 2012 en dat deze in andere gevallen slechts aantastbaar is in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW (op een andere grond dus dan strijd met aanbestedingsregels).⁶ Anders dan de gerechtshoven Den Haag en Amsterdam hadden overwogen, levert misbruik van bevoegdheid volgens de Hoge Raad dus geen grond op voor het aantasten van een overeenkomst.⁷ De door de Hoge Raad genoemde wilsgebreken als grond voor vernietiging houden ten opzichte van de rechtspraak van de gerechtshoven Den Haag en Amsterdam weliswaar een verruiming in van de mogelijkheden om een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst aan te tasten, maar zij hebben, zoals ook hierna zal blijken, geen betekenis voor de rechtsbescherming bij aanbestedingen.

3. Ontwikkelingen in de rechtspraak

3.1 Inleiding

Het *Xafax/UU*-arrest is op het eerste gezicht helder. Het maakt duidelijk dat het instellen van hoger beroep tegen een vonnis van de voorzieningenrechter in de regel geen nut heeft, als de aanbestedende dienst na een afwijzend vonnis overgaat tot definitieve gunning van de opdracht. Dit kan verklaren dat na het *Xafax/UU*-arrest in minder aanbestedingsgeschillen hoger beroep is ingesteld.⁸ Toch zijn in de rechtspraak interessante ontwikkelingen waar te nemen. In deze paragraaf bespreek ik die ontwikkelingen. Dat doe ik niet chronologisch, maar aan de hand van een aantal thema's, namelijk de reikwijdte van de regels uit het *Xafax/UU*-arrest, de mogelijkheid hiervan af te wijken, het beroep op wilsgebreken, motiveringsgebreken en het ontbreken van effectieve rechtsbescherming.

3.2 Reikwijdte

Het *Xafax/UU*-arrest ziet op een aanbestedingsprocedure waarop deel 2 van de Aw 2012 volledig van toepassing was. Het oordeel van de Hoge Raad hangt nauw samen met de opschortende termijn die de aanbestedende dienst in voorkomend geval op grond van art. 2.127 en art. 2.131 van de Aw 2012 voor het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst in acht moet nemen. Aanbestedende diensten nemen geregeld een opschortende termijn in acht bij (aanbestedings)procedures waarop de genoemde bepalingen niet van toepassing zijn. In die situaties blijken gerechtshoven bereid een beroep op het *Xafax/*

UU-arrest te aanvaarden. Het Hof Arnhem-Leeuwarden, dat oordeelde over een onderdrempelige concessieopdracht, kent daarbij betekenis toe aan het feit dat de Aw 2012 en richtlijn 2014/23/EU op de aanbestedingsprocedure van toepassing waren verklaard.⁹ Dit veronderstelt dat de aanbestedende dienst zelf in de aanbestedingsstukken kan bepalen of de regels uit het *Xafax/UU*-arrest van toepassing zijn. Het Hof Den Haag, dat oordeelde over een verkoopprocedure voor een gymzaal waarop de Aw 2012 in het geheel niet van toepassing was, past de regels uit het *Xafax/UU*-arrest analoog toe. Het hof overweegt dat in de door hem berechte zaak

'evenzeer gewicht (moet) toekomen aan het in het arrest van de Hoge Raad bedoelde evenwicht tussen de "verschillende (...) betrokken belangen en de bedoeling om, in verband daarmee, ten behoeve van de aanbestedende dienst en degene aan wie deze de opdracht gunt, te waarborgen dat geen te grote of te langdurige onzekerheid ontstaat over de vraag of de overeenkomst gesloten en uitgevoerd kan worden."¹⁰

3.3 Afwijken van regels uit *Xafax/UU*-arrest

Een uitspraak die in het oog springt is het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 27 juni 2017.¹¹ De zaak gaat over een Europese openbare aanbestedingsprocedure waarop deel 2 van de Aw 2012 volledig van toepassing was en de aanbestedende dienst bijgevolg verplicht was een opschortende termijn in acht te nemen alvorens de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst te sluiten. Nadat de voorzieningenrechter een voorlopige maatregel had geweigerd, was de aanbestedende dienst tot definitieve gunning van de opdracht overgegaan. Vaststond dat zich geen van de in het *Xafax/UU*-arrest genoemde vernietigingsgronden voordeed. De eerste vraag die het gerechtshof Amsterdam moest beantwoorden was of er desondanks ruimte was voor een ordemaatregel, omdat de gesloten overeenkomst een ontbindende voorwaarde bevatte die de aanbestedende dienst mogelijk zou kunnen invoeren, wanneer de vorderingen van de appellerende afgewezen inschrijver zouden worden toegewezen. Het gerechtshof beantwoordt die vraag ontkennend en wijst daarbij op het met de wettelijke rechtsbescherming beoogde evenwicht tussen de verschillende betrokken belangen.¹²

De tweede vraag die het gerechtshof Amsterdam moest beantwoorden was of bepalingen in de aanbestedingsstukken ruimte lieten voor een ordemaatregel. Het gerechtshof oordeelt dat uit de bewoordingen van de aanbestedingsstukken niet met voldoende zekerheid kan worden afgeleid

⁶ HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax/UU*), ro. 3.7.3.

⁷ HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638 (*Xafax/UU*), ro. 3.9.

⁸ I.J. van den Berge e.a., 'Kroniek Europese en nationale jurisprudentie aanbestedingsrecht en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts 2018', TA 2019/2, p. 46-47.

⁹ Hof Arnhem-Leeuwarden 16 oktober 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:9094, ro. 6.30.

¹⁰ Hof Den Haag 31 januari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:83, ro. 10.

¹¹ Hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2573.

¹² Hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2573, ro. 3.2.2.

dat beoogd is af te wijken van het rechtsbeschermingsregime dat volgt uit het *Xafax/UU*-arrest.¹³ De overwegingen van het gerechtshof suggereren dat de aanbestedende dienst van de regels uit het *Xafax/UU*-arrest kan afwijken. Naar mijn mening is dit niet mogelijk. Art. 4.15 van de Aw 2012 is van dwingend recht en strekt bovendien mede tot bescherming van de belangen van de partij met wie de aanbestedende dienst de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst heeft gesloten.¹⁴

3.4 Wilsgebreken

Een als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst is onder meer vernietigbaar in geval van wilsgebreken, zo blijkt het *Xafax/UU*-arrest. De in art. 4.15 lid 1 van de Aw 2012 genoemde gronden zijn vaak niet aan de orde, terwijl een beroep nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 BW al in het *Uneto/De Vliert*-arrest is afgesneden.¹⁵ Het was dan ook een kwestie van tijd voor appellerende afgewezen inschrijvers hun toevlucht zouden zoeken tot wilsgebreken om in hoger beroep een ordemaatregel af te dwingen.

In een zaak bij het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden beriep een inschrijver zich op dwaling. De aanbestedende dienst zou hebben gedwaald door de winnende inschrijving ten onrechte als geldig aan te merken. Het gerechtshof maakt korte metten met dit betoog. Buiten de in art. 4.15 lid 1 van de Aw 2012 genoemde gevallen is een overeenkomst alleen vernietigbaar of nietig op een andere grond dan strijd met de aanbestedingsregels. Die beperking geldt volgens het gerechtshof niet alleen voor nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 BW, maar ook voor wilsgebreken.¹⁶ Dit oordeel lijkt mij juist. De overwegingen van de Hoge Raad in het *Xafax/UU*-arrest laten naar mijn mening enige ruimte voor een andere interpretatie, maar de conclusie van de Advocaat-Generaal, in het licht waarvan de overwegingen van de Hoge Raad moeten worden gelezen, niet.¹⁷ Overigens komt mij het beroep op dwaling gekunsteld voor.

Bij het gerechtshof Den Haag had een beroep op wilsgebreken, in dit geval dwaling en bedrog, evenmin succes. Het gerechtshof overweegt dat vernietiging van een overeenkomst vanwege een wilsgebrek alleen kan worden gevorderd door een partij bij die overeenkomst. Het is aan partijen

om te bepalen of hun wil op onzuivere wijze is gevormd en of zij de overeenkomst op die grond willen aantasten.¹⁸ Hierop valt niets af te dingen. De bevoegdheid tot vernietiging van een rechtshandeling of overeenkomst op grond van een wilsgebrek is een wilsrecht, dat alleen kan worden uitgeoefend door degene die onder invloed van het wilsgebrek de rechtshandeling heeft verricht.

3.5 Gebrekkige motivering gunningsbeslissing

Is een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst vernietigbaar, wanneer aan de motivering van de gunningsbeslissing een gebrek kleefte? Deze voor de aanbestedingspraktijk belangrijke vraag kwam aan de orde in een zaak bij het gerechtshof Den Bosch.¹⁹ Voor een goed begrip van de uitspraak licht ik de relevante feiten in deze zaak iets uitgebreider toe.

Een afgewezen inschrijver had bij de voorzieningenrechter een gunningsbeslissing aangevochten. Hij voerde meerdere bezwaren aan, onder meer tegen de motivering van de gunningsbeslissing, die in strijd met art. 2.130 lid 2 van de Aw 2012 niet de 'kenmerken en relatieve voordelen' van de uitgekozen inschrijver zou bevatten. De voorzieningenrechter wees alle vorderingen af, waarna de aanbestedende dienst de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sloot. Het vonnis in kort geding werd, ondanks het slagen van klachten tegen de motivering van de gunningsbeslissing, in hoger beroep bekrachtigd.²⁰ De afgewezen inschrijver startte vervolgens een bodemprocedure, waarin hij (onder meer) op grond van art. 4.15 lid 1 aanhef en onderdeel b van de Aw 2012 vernietiging van de overeenkomst vorderde.

Het door de rechtbank gewezen vonnis is niet gepubliceerd. Blijkbaar ving de afgewezen inschrijver bot, want hij ging in hoger beroep. In hoger beroep stond niet langer ter discussie dat de motivering van de gunningsbeslissing niet voldeed aan de daaraan te stellen eisen (bedoeld is art. 2.130 lid 2 van de Aw 2012). Het gevolg hiervan is, zo overweegt het gerechtshof, dat de in art. 2.127 van de Aw 2012 bedoelde opschortende termijn gelet op het *Staat en Tele2/KPN*-arrest in beginsel niet is gaan lopen.²¹ Toen de aanbestedende dienst de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst sloot, was de opschortende termijn dus ook nog niet verstreken, zodat de overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 aanhef en onderdeel b van de Aw 2012 vernietigbaar is.²²

¹³ Hof Amsterdam 27 juni 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:2573, ro. 3.2.3.

¹⁴ Vgl. Hof Den Haag 21 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2487, r.o. 6.4.

¹⁵ HR 22 januari 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2826, NJ 2000/305 (*Uneto/De Vliert*); HR 4 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU2806 (*Gebr. Van der Stroom/Staat*).

¹⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden 20 oktober 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:8536, ro. 5.11.

¹⁷ Concl. AG Keus 31 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:487, punt 3.34.

¹⁸ Hof Den Haag 21 december 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:2487, ro. 6.6.

¹⁹ Hof Den Bosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974.

²⁰ Hof Den Bosch 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943.

²¹ HR 7 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9233 (*Staat en Tele2/KPN*).

²² Hof Den Bosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974, ro. 6.5.3.

Hier is geen speld tussen te krijgen. Toch loopt de zaak niet gunstig af voor de afgewezen inschrijver. Het gerechtshof oordeelt namelijk vervolgens dat wanneer een voorlopige voorziening in eerste aanleg is geweigerd, de nadien tot stand gekomen overeenkomst alleen is aan te tasten op de in art. 4.15 lid 1 van de Aw 2012 genoemde gronden. De in onderdeel b genoemde grond is volgens het gerechtshof echter niet meer aan de orde, wanneer de opschortende termijn in acht is genomen of de uitspraak van de rechter of het scheidsgerecht in eerste aanleg is afgewacht. Die laatste situatie doet zich volgens het gerechtshof voor. De afgewezen inschrijver heeft de kans gehad de gunningsbeslissing in kort geding aan te vechten en daarin al haar bezwaren naar voren te brengen. De afgewezen inschrijver komt daardoor niet meer de bevoegdheid toe op grond van art. 4.15 lid 1 aanhef en onderdeel b van de Aw 2012 vernietiging van de overeenkomst te vorderen.²³

Op het arrest van het gerechtshof Den Bosch valt naar mijn mening het nodige af te dingen. Het gerechtshof verwijst naar rechtsoverweging 3.7.1 van het *Xafax/UU*-arrest.²⁴ Daaruit volgt inderdaad dat wanneer de opschortende termijn is verstreken of een voorlopige voorziening is geweigerd, de in art. 4.15 lid 1 onderdeel b van Aw 2012 bedoelde grond niet meer aan de orde is, omdat die het geval betreft dat de termijn niet in acht is genomen dan wel de uitspraak van de rechter of het scheidsgerecht in eerste aanleg niet is afgewacht. In het *Xafax/UU*-arrest stond de motivering van de gunningsbeslissing echter niet ter discussie. Het valt te betwijfelen of de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.7.1 van het *Xafax/UU*-arrest mede de situatie voor ogen had waarin de motivering niet aan art. 2.130 lid 2 van de Aw 2012 voldoet.

Het oordeel van het gerechtshof berust (mede) op de gedachte dat wanneer de afgewezen inschrijver de kans heeft gegrepen om de gunningsbeslissing aan te vechten en daarin haar bezwaren tegen de gebrekkige motivering naar voren heeft kunnen brengen, zij niet door de schending van de motiveringsplicht is benadeeld en vernietiging van de overeenkomst niet gerechtvaardigd is.²⁵ Voor een dergelijke genuanceerde benadering zijn argumenten te bedenken. Wanneer een (onopzettelijke) schending van de opschortende termijn de afgewezen inschrijver niet heeft belet doeltreffend bezwaar te maken tegen de gunningsbeslissing, is vernietiging gelet op haar verstrekende gevolgen als een disproportionele sanctie te beschouwen. Art. 2 quinquies van de gewijzigde rechtsbeschermingsrichtlijn biedt lidstaten dan ook uitdrukkelijk

de mogelijkheid de sanctie van 'onverbindendheid' te beperken tot situaties waarin de afgewezen inschrijver door de schending van de opschortende termijn geen precontractuele rechtsmiddelen heeft kunnen doen gelden in combinatie met een inbreuk op richtlijn 2014/24/EU,²⁶ welke inbreuk bovendien de kansen van de afgewezen inschrijver op gunning van de opdracht heeft beïnvloed.²⁷ Van deze mogelijkheid heeft de Nederlandse wetgever echter geen gebruik gemaakt.²⁸ Een enkele schending van de opschortende termijn levert dus voldoende grond voor vernietiging van de overeenkomst op, ook als de afgewezen inschrijver hierdoor niet is belet in kort geding bezwaar te maken tegen de gunningsbeslissing. Naar mijn mening perkt het gerechtshof Den Bosch de mogelijkheden om een overeenkomst aan te tasten verder in dan bedoeld.

Het arrest van het gerechtshof Den Bosch roept trouwens een voor de praktijk belangrijke vraag op. Stel dat de afgewezen inschrijver had afgezien van een kort geding naar aanleiding van de gunningsbeslissing. Had de afgewezen inschrijver dan wel in een bodemprocedure vernietiging van de overeenkomst kunnen vorderen? De overwegingen van het gerechtshof suggereren dit naar mijn mening wel. Er zou in dat geval immers geen sprake zijn van een situatie waarin de aanbestedende dienst de uitspraak van de rechter in eerste aanleg heeft afgewacht, een belangrijk element in de redenering van het gerechtshof Den Bosch. Deze interpretatie werkt echter (in mijn ogen) onwenselijk berekenend gedrag van afgewezen inschrijvers in de hand. Als inhoudelijke bezwaren tegen een gunningsbeslissing weinig kans van slagen hebben, kan een afgewezen inschrijver een motiveringsgebrek beter aangrijpen om in een bodemprocedure vernietiging van de overeenkomst te vorderen; de tactiek van de verschroeide aarde.

26 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94/65).

27 Richtlijn 89/665/EEG van de Raad van 21 december klassieke sectoren 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 (PbEG 1989, L 395/33), ingrijpend gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU 2007, L 335/31). Op grond van art. 2 sexies lid 1 van de rechtsbeschermingsrichtlijn moet het nationale recht voorzien in het opleggen van alternatieve sancties, wanneer een enkele schending van de opschortende termijn niet tot 'onverbindendheid' leidt.

28 Kamerstukken II 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 19-20. Volgens AG Keus berust de keuze van de wetgever op een onjuiste interpretatie van de gewijzigde rechtsbeschermingsrichtlijn. Zie Concl. AG Keus 31 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:487, punt 3.15.

23 Hof Den Bosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974, ro. 6.5.4-6.6.1.

24 Hof Den Bosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974, ro. 6.5.4.

25 Hof Den Bosch 12 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:974, ro. 6.6.3.

3.6 Ontbreken van effectieve rechtsbescherming

De laatste te bespreken uitspraak is ook erg interessant en loopt - in tegenstelling tot alle hiervoor besproken uitspraken - gunstig af voor de afgewezen inschrijver. Het gaat om een arrest van het gerechtshof Den Haag. In deze zaak was de mededeling van de gunningsbeslissing op een maandag verzonden en had de afgewezen inschrijver de aanbestedende dienst op de eenentwintigste dag na de mededeling van de gunningsbeslissing gedagvaard. Dit was door de toepassing van Algemene termijnwet in elk geval voor het verstrijken van de opschortende termijn.²⁹ De vraag die partijen verdeeld hield was of dit ook binnen de vervaltermijn was. De voorzieningenrechter beantwoordde deze vraag in eerste aanleg ontkennend en verklaarde de afgewezen inschrijver niet-ontvankelijk in haar vorderingen.³⁰

Het gerechtshof Den Haag oordeelt in hoger beroep anders. Op basis van uitleg van de aanbestedingsstukken concludeert hij - kort samengevat - dat de vervaltermijn samenviel met de opschortende termijn en beide termijnen dus gelijktijdig eindigden. De afgewezen inschrijver is daarom ten onrechte niet-ontvankelijk verklaard.³¹

De aanbestedende dienst had na het vonnis van de voorzieningenrechter de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst gesloten. Hij betoogde met een beroep op het *Xafax/UU*-arrest dat er daarom geen ruimte meer was voor een ordemaatregel. Het gerechtshof volgt dit betoog niet. Hij overweegt dat het *Xafax/UU*-arrest niet kan worden toegepast. De aanbestedende dienst had weliswaar de uitkomst van het kort geding in eerste aanleg afgewacht, maar door te oordelen dat de vervaltermijn eerder was geëindigd dan de opschortende termijn heeft de voorzieningenrechter aan die opschortende termijn de effectieve werking ontnomen. Daardoor is voor de afgewezen inschrijver de weg naar een daadwerkelijke toetsing van haar bezwaren afgesneden en is van een doelmatige en effectieve rechtsbescherming geen sprake geweest. Het gerechtshof ziet daarom toch ruimte voor het opleggen van een ordemaatregel en doet dat ook

na een beoordeling van de inhoudelijke bezwaren tegen de gunningsbeslissing.³²

Het is de vraag of het oordeel van het gerechtshof Den Haag in cassatie stand zou houden. Er deed zich immers geen van de door de Hoge Raad genoemde gronden voor het aantasten van een als resultaat van een gunningsbeslissing overeenkomst voor. De uitspraak roept ook vragen op. Hoe zou het gerechtshof hebben geoordeeld, als de voorzieningenrechter om andere redenen ten onrechte niet aan de beoordeling van de inhoudelijke bezwaren van de afgewezen inschrijver zou zijn gekomen, bijvoorbeeld door aanvaarding van een beroep op rechtsverwerking of vanwege het ontbreken van procesbelang? Kan in dergelijke gevallen niet evenzeer worden gesteld dat de afgewezen inschrijver de weg naar een daadwerkelijke toetsing van haar bezwaren is afgesneden?

4. Conclusie

Zes jaar na het *Xafax/UU*-arrest is het door de Hoge Raad uiteengezette kader voor het ingrijpen in een als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst aan verduidelijking toe. Waar het gerechtshof Den Bosch de mogelijkheden voor het aantasten van een overeenkomst verder dan bedoeld lijkt in te perken, rekt het gerechtshof Den Haag die mogelijkheden juist verder op. Daarnaast roepen de uitspraken van de gerechtshoven Den Bosch en Den Haag verschillende vragen op.

De staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat heeft in brieven aan de Tweede Kamer maatregelen aangekondigd om de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbestedingen te verbeteren.³³ De beoogde wetswijziging is een uitgelezen moment om te reflecteren op het huidige kader, zoals uiteengezet in het *Xafax/UU*-arrest, en de voorwaarden voor vernietiging van overeenkomst en het opleggen van een ordemaatregel na definitieve gunning te verduidelijken. De rechtsbeschermingsrichtlijn geeft lidstaten aanzienlijke ruimte bij het vormgeven van het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden. Het is aan de wetgever de koers te bepalen. ●

²⁹ Art. 3 lid 4 Termijnenverordening. Zie voor de algemeen erkende feestdagen art. 3 lid 1 Algemene termijnenwet. Zie ook *Kamerstukken II* 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 6.

³⁰ V.zr. Rb. Den Haag 1 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:1251.

³¹ Hof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:638, ro. 5.1-5.9.

³² Hof Den Haag 20 april 2021, ECLI:NL:GHDHA:2021:638, ro. 6.8-6.10.

³³ Brief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 12 juli 2019 (*Kamerstukken II* 2018/19, 34 252, nr. 13); brief van de staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat van 12 februari 2021 (*Kamerstukken II* 2020/21, 34 252, nr. 21).