

verlening van de opdracht op een andere wijze zal worden beoordeeld weegt daar onvoldoende tegenop. Daartegenover staat dat, indien het hof naderhand tot de slotsom komt dat de opdracht ten onrechte aan [geïntimeerde 1] is verleend, de overeenkomst de ruimte biedt de BAR-gemeenten te bevelen de overeenkomst met [geïntimeerde 1] op te zeggen. De kans dat ZCN de opdracht alsnog verkrijgt, blijft bestaan. Aan de wens van ZCN om een onherroepelijk oordeel te geven over de vraag of de door de NMa opgelegde boete als ernstige fout kan of moet worden aangemerkt en of de voorzieningenrechter bevoegd was haar uitsluiting te bevelen, zal het hof niet kunnen voldoen, reeds omdat het oordeel door het hof als voorzieningenrechter in kort geding is gegeven en dus een voorlopig karakter draagt. Het door ZCN aangedragen alternatief van een opdracht voor een beperkte tussenperiode acht het hof, gelet op de daarvan verbonden onzekerheid en extra voorbereidingsinspanningen, geen realistisch alternatief.

10. Het hof komt tot de slotsom dat de vordering van ZCN dient te worden afgewezen. Het zal de beslissing over de kosten van het incident aanhouden tot de beslissing in de hoofdzaak.

Beslissing

Het hof
in het incident

- wijst de vordering van ZCN tot het treffen van een voorlopige voorziening af;
- houdt de beslissing over de kosten van het incident aan tot de beslissing in de hoofdzaak;
- in de hoofdzaak
 - verwijst de zaak naar de rol van 28 mei 2013 voor het nemen van memories van antwoord aan de zijden van de BAR-gemeenten en [geïntimeerde 1];
 - houdt elke beslissing aan.

NOOT

Rechtsbescherming na uitspraak in kort geding: uitleg van de arresten van het Gerechtshof Den Haag en Amsterdam

In het tijdsbestek van twee jaar zijn van het Gerechtshof Den Haag vijf arresten verschenen over de rechtsbescherming van de inschrijver wiens vordering in eerste aanleg is afgewezen. Het betreft de uitspraken van 17 mei 2011,

17 juli 2012, 27 november 2012, 5 februari 2013 en 21 mei 2013 (respectievelijk ECLI:NL:GHS-GR:2011:BQ4565, idem 2012:BX0981, idem 2012:BY8708, idem 2013:BZ6570 en idem 2013:CA0901). Eerder verscheen van het Gerechtshof Amsterdam het arrest van 17 augustus 2012 (ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5585).

In de literatuur¹ wordt – naar mijn mening onterecht – aangegeven dat het Hof Den Haag een limitatieve uitleg geeft aan de vernietigingsgronden van art. 8 lid 1 Wira, thans art. 4:15 lid 1 Aanbestedingswet 2012. Het Hof Amsterdam zou een andere uitleg voorstaan omdat in de uitspraak van 17 augustus 2010 is aangegeven dat uit art. 8 lid 1 Wira en de daarbij behorende wetsgeschiedenis niet volgt dat de rechter in andere gevallen niet tot aantasting van de overeenkomst kan overgaan.²

Het Hof Amsterdam concludeerde dat geen sprake was van schending van de aanbestedingsrechtelijke beginselen en dat het hoger beroep faalde.

In de uitspraken van 27 november 2012³ en 5 februari 2012⁴ volgt het Hof Den Haag het stramien dat eerst wordt vastgesteld dat geen sprake is van één van de vernietigingsgronden van art. 8 lid 1 Wira, om vervolgens te toetsen of sprake is van misbruik van bevoegdheid door het sluiten van de overeenkomst voor de aanbestede opdracht of anderszins onrechtmatig handelen van de aanbestedende dienst. Ook noemt het hof nietigheid ex art. 3:40 BW als grond om ingrijpen in de gesloten overeenkomst te rechtvaardigen.

In mijn visie sluiten de uitspraken van beide gerechtshoven dan ook op elkaar aan. In de eerdere arresten van 17 mei 2011 en 17 juli 2012 heeft het Hof Den Haag verwezen naar de MvT bij de Wira.⁵ Bij de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 is voor de art. 4.15 tot en met 4.26 verwezen naar de inte-

- 1 Zie bijvoorbeeld recent mr. T.G. Zweers-te Raaij, «JAAN» 2012/46.
- 2 Gerechtshof Amsterdam, 17 augustus 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5585, r.o. 4.3.
- 3 Gerechtshof Den Haag, 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY8708, r.o. 12.
- 4 Idem, 2013:BZ6570, r.o. 5.
- 5 TK 2008-2009, 32027 nr 3.

grale MvT bij de Wira.⁶ Het Hof Den Haag haalt aan dat de wetgever heeft beoogd om een evenwicht aan te brengen tussen de belangen van de aanbestedder, die een overeenkomst wil kunnen sluiten, en de belangen van de verliezende inschrijver, die meent onjuist behandeld te zijn. Naar ik meen zou het hof de volgende passage uit de MvT kunnen bedoelen:

'In het verlengde van de opschortende termijn die geldt na de gunning van een overheidsopdracht, voorziet de wijzigingsrichtlijn erin dat indien daadwerkelijk beroep bij de rechter wordt ingesteld binnen de termijn, het sluiten van de overeenkomst verdergaand moet worden opgeschort, namelijk totdat de beroepsinstantie een besluit op het beroep heeft genomen. Dit belet de beroepsinstantie niet eerst na te gaan of het beroep als dusdanig ontvankelijk is. De wijzigingsrichtlijn laat het aan de lidstaten om te bepalen of deze periode eindigt hetzij wanneer de beroepsinstantie een besluit heeft genomen over een verzoek tot voorlopige maatregelen, inclusief een besluit over een verdere opschorting van de sluiting van de overeenkomst, hetzij wanneer de beroepsinstantie een besluit ten gronde over de zaak heeft genomen, met name over het verzoek tot vernietiging van een onwettig genomen besluit. In het wetsvoorstel is de keuze gemaakt om opschorting te beperken tot de situatie waarin de rechter is verzocht om een voorlopige voorziening te treffen. Het aanbrenge van een zaak ten gronde schort de termijn niet op. Daarmee wordt enerzijds een reële termijn gewaarborgd om effectief tegen een gunningsbeslissing op te komen, en wordt anderzijds vermeden dat het sluiten van een overeenkomst door het enkel instellen van een zaak ten gronde voor lange tijd kan worden geblokkeerd.⁷

De wetgever maakt hier een duidelijke keuze. De contractsvrijheid van de aanbestedende dienst is aanvankelijk ingeperkt door art. 55 lid 2 Bao – thans art. 2:127 Aanbestedingswet 2012. Deze beperking strekt zich uit tot de beslissing in eerste aanleg (art. 7 Wira, art. 2:131 Aanbestedingswet 2012). Indien het vonnis in eerste

aanleg negatief uitvalt voor de klager geldt deze speciale wettelijke beperking van de contractsvrijheid niet langer. De algemene civielrechtelijke kaders gelden wel, met de bijbehorende toetsing voor misbruik van recht (art. 3:13 BW), onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) en de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW). Om die reden geeft het Hof Den Haag in haar uitspraken aan dat de aanbestedende dienst met het aangaan van de overeenkomst handelt op eigen risico.⁸

Het Hof Den Haag maakt in haar uitspraken verder duidelijk dat voor de beoordeling van een aanbestedingsgeschil in hoger beroep van een kort geding, dezelfde regels gelden als voor andere vorderingen in kort geding. Dat wil zeggen: geen schorsende werking van het appel tenzij zulks is gevorderd en toegewezen in eerste aanleg, of bij incidentele vordering in hoger beroep. Het toetsingskader is daarbij hetzelfde als bij andere civiele vorderingen waar in incident om schorsende werking wordt verzocht.⁹ Dit blijkt ook uit het vonnis van de Voorzieningenrechter te Rotterdam van 31 mei 2013,¹⁰ waarin een vordering dat het vonnis opschortende werking zou hebben werd afgewezen.

In de zaak tussen BCD en KLM stuitte de vordering van BCD af op de beperkte mogelijkheden om interpretatieverschillen over de bestekstekst in het kader van een ordemaatregel te beoordelen, en dat in spoedappel geen ruimte is voor nadere bewijsvoering.¹¹ Ook in de zaak tussen het Spaanse CAF en de HTM oordeelde het hof dat over hetgeen CAF had aangevoerd een verschil van inzicht mogelijk is, doch dat dit een beoordeling op basis van nader onderzoek vergde waarvoor in het hoger beroep geen plaats was.¹² Voor Ricoh kon er geen inhoudelijke motivering af, waarom hetgeen Ricoh had aangevoerd niet van dien aard was dat het sluiten van de overeenkomst naar voorlopig oordeel

6 TK 2009-2010, 23440 nr 3.

7 Zie voetnoot 6, paragraaf 4.1, precontractuele fase.

8 BQ4365, r.o. 2.6.1 midden, BX0981 r.o. 3.1 een na laatste alinea.

9 Gerechtshof Den Haag, 21 mei 2013, ECLI:NL:GHDH:2013:CA0901, r.o. 9.

10 V.z. Rb. Rotterdam, 31 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:213:CA2794, r.o. 4.12.

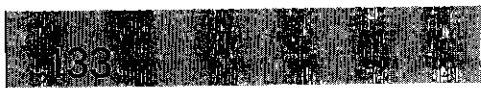
11 Gerechtshof Den Haag, 5 februari 2013, BZ6570, r.o. 12 en 8.

12 Gerechtshof Den Haag, 17 juli 2012, BX0981, r.o. 3.7.

onrechtmatig moest worden geacht.¹³ De incidentele vordering van ZCN strandde op de belangenafweging,¹⁴ ondanks het aangeboden alternatief voor de aanbestedende dienst om (met de zittende inschrijver) een tijdelijke overeenkomst te sluiten om de tussentijdse periode te overbruggen.

Het hof dwingt de aanbestedingsadvocaat in feite zich te verdiepen in de algemene leerstukken over misbruik van recht (met het standaardarrest Ritzen/Hoekstra) en executiegeschillen (wanneer de tenuitvoerlegging van een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis kan worden geschorst). Dat kan uiteraard geen kwaad. Gezien de uitkomst in de hoger beroepzaken knaagt echter de vraag of met de toepassing van het geldende procesrechtelijke kader sprake is van een voldoende doeltreffende rechtsbescherming bij aanbestedingen in Nederland.

W.M. Ritsema van Eck
Advocaat Legaltree



Voorzieningenrechter Rechtbank
Noord-Holland zp Haarlem
9 april 2013, nr. C/15/200571 / KG ZA 13-76 en
nr. C/15/200583 / KG ZA 13-77,
ECLI:NL:RBNHO:2013:CA1157(gevoegde zaken)
(mr. Röell)
Noot mrs. J. de Feijter-Hoekstra en W.A. Sinninghe Damsté

**Voorschrijven van product van een bepaald
fabricaat. Gebod tot heraanbesteding.**

[Bao art. 23 lid 11 en 12; Algemene Richtlijn
Werken 2005 (ARW 2005) art. 2.5.9 en 2.5.10]

In december 2012 start het Hoogheemraadschap een Europese openbare aanbesteding voor het controleren en onderhouden van verlichtingsinstallaties en het herstellen van storingen en schades aan die installaties. Zowel Ziut als Klaver stellen tijdens Nvl's vragen die het Hoogheemraadschap

weigert te beantwoorden. Ziut en Klaver schrijven toch in. In februari 2013 bericht het Hoogheemraadschap dat hij aan een derde wenst te gunnen. Klaver en Ziut die als tweede en derde zijn geëindigd starten ieder een kort geding. Klaver en Ziut stellen dat de aanbesteding niet in stand kan blijven, omdat het Hoogheemraadschap in strijd met het bepaalde in art. 23 Bao dwingend een product van een bepaalde fabrikant heeft voorgeschreven door in besteksgroep 261 te vermelden 'Lichtmast van staal verzinkt, van de firma PMF'. Onder verwijzing naar art. 23 lid 11 en 12 Bao en art. 2.5.9 en 2.5.10 ARW 2005, stelt de voorzieningenrechter vast dat de door het Hoogheemraadschap bij besteksgroep 261 gestelde eis, dat lichtmasten moeten worden geoffereerd van PMF, moet worden gekwalificeerd als technische specificatie in de zin van art. 23 Bao, dat in beginsel het vermelden van een bepaald fabricaat niet toestaat. Dat in de gegeven omstandigheden het voorschrijven van het fabricaat van PMF door het voorwerp van de opdracht gerechtvaardigd wordt als bedoeld in art. 23 lid 11 Bao is niet aannemelijk. In de tweede Nvl is de vraag (46) of bij besteksgroep 261 ook 'of gelijkwaardig' mag worden gelezen door het Hoogheemraadschap ontkennend beantwoord. Reeds op die grond moet worden geconcludeerd dat de uitzondering bedoeld in art. 23 lid 12 Bao zich hier niet voordoet. Nu het door het Hoogheemraadschap gehanteerde uitgangspunt dat uitsluitend lichtmasten van PMF mogen worden geplaatst de producten van andere fabrikanten elimineert, heeft het Hoogheemraadschap naar het oordeel van de voorzieningenrechter de mededinging op onderhavige markt ondergeschikt gemaakt aan haar voorkeur en de facto uitgeschakeld. Reeds op grond hiervan moet worden geoordeeld dat de onderhavige aanbesteding niet in stand kan blijven. De vorderingen van Klaver en Ziut worden toegewezen. Het Hoogheemraadschap wordt geboden tot heraanbesteding over te gaan met uitnodiging van Klaver en Ziut.

¹³ Gerechtshof Den Haag, 17 mei 2011, BQ4365, r.o. 2.6.2.

¹⁴ Zie voetnoot 9.