



OVEREENKOMST ONAANTASTBAAR, TOCH BELANG IN HOGER BEROEP?



DE ZAAK

Waterschap Scheldestromen ('WSS') heeft een Europese aanbesteding georganiseerd voor onder meer het vervoeren van rioolwater en nat zuiveringsslib. WSS ontving in totaal drie inschrijvingen, waaronder die van een transportbedrijf. Na onderzoek en nadere vragen ontdekte WSS dat het transportbedrijf overtredingen had begaan van de meststoffenwetgeving en de Wet wegvervoer goederen. WSS merkte dit aan als een 'ernstige fout' in de zin van art. 2.87 Aw 2012, waardoor zij het transportbedrijf uitsloot van de aanbestedingsprocedure.

Het transportbedrijf kon zich niet vinden in die beslissing, en startte een kort geding. In kort geding (waarover wij in een eerder [Jurisprudentie Alarm](#) schreven) oordeelde de voorzieningenrechter dat WSS, mede gezien haar beoordelingsvrijheid, in redelijkheid tot voornoemde beslissing is gekomen. De vorderingen van het transportbedrijf werden afgewezen. Hiertegen ging het transportbedrijf in hoger beroep.

In hoger beroep vorderde het transportbedrijf in de kern dat hij niet mocht worden uitgesloten omdat geen sprake was van een 'ernstige fout', en dat de opdracht alsnog aan hem gegund moet worden. WSS had inmiddels de opdracht definitief gegund aan de winnaar van de aanbesteding. Onder verwijzing naar het [Xafax-arrest](#) van de Hoge Raad betoogde WSS dat de vorderingen van het transportbedrijf niet voor toewijzing in aanmerking komen, omdat de opdracht reeds is gegund aan de winnaar en onaantastbaar is geworden na het kort geding in eerste aanleg.

Het [gerechtshof](#) stelde het volgende voorop. Op grond van vaste jurisprudentie, zoals het Xafax-arrest, is de als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met aanbestedingsregels slechts aantastbaar op de gronden vermeld in art. 4.15 lid 1 Aw 2012. In andere gevallen (op

een andere grond dus dan strijd met aanbestedingsregels) is de overeenkomst slechts aantastbaar in het geval van wilsgebreken en op gronden vermeld in art. 3:40 BW. Dat de overeenkomst slechts in voornoemde gevallen aantastbaar is, strookt met het door de wetgever beoogde evenwicht tussen de verschillende bij een aanbesteding betrokken belangen. Ook voorkomt dit te grote of te langdurige onzekerheid over de vraag of de overeenkomst gesloten en uitgevoerd kan worden. Dat brengt mee dat ook vorderingen waarmee wordt beoogd die overeenkomst te beëindigen of de uitvoering daarvan te verhinderen, alleen toegewezen kunnen worden in voornoemde gevallen.

Het hof oordeelde dat niet sprake was van een van de limitatief in het Xafax-arrest opgesomde gronden. De overeenkomst die WSS met de winnaar heeft gesloten, is dus onaantastbaar. Dit leidde tot de vraag of het transportbedrijf voldoende belang had bij de (kort geding) procedure in hoger beroep. Immers, als de overeenkomst onaantastbaar is, wat heeft het hoger beroep dan nog voor zin?

Het hof overweegt daartoe als volgt. Het hof neemt als uitgangspunt dat de veroordeling van een partij in de proceskosten in eerste aanleg voldoende belang oplevert bij het instellen van een hoger beroep, ook in het geval van een kort geding. Dat geldt ook indien als gevolg van gebeurtenissen die hebben plaatsgevonden ná het vonnis in eerste aanleg, de vorderingen in hoger beroep niet meer toewijsbaar zijn. Het hof bevestigt hiermee dat proceskosten een voldoende zelfstandig belang kunnen vormen voor hoger beroep van het kort geding, los van de inhoudelijke vorderingen.



JURIDISCH KADER

- Op basis van de zogenaamde uitsluitingsgronden kan een aanbestedende dienst inschrijvers uitsluiten van deelname aan een aanbesteding. Naast verplichte uitsluitingsgronden (art. 2.86 Aw 2012) zijn er ook facultatieve uitsluitingsgronden (art. 2.87 Aw 2012) die een aanbestedende dienst van toepassing kan verklaren door ze aan te vinken in het UEA.
- Tot de facultatieve gronden voor uitsluiting behoort ook de 'ernstige beroepsfout' (art. 2.87 lid 1 sub c Aw 2012). Een inschrijver kan worden uitgesloten indien de integriteit van de marktpartij in twijfel wordt getrokken omdat de inschrijver in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan (in de drie jaar voorafgaand aan inschrijving).
- Een aanbestedende dienst moet een opschortende termijn van ten minste twintig kalenderdagen in acht nemen voordat de beoogde overeenkomst wordt gesloten (art. 2.127 lid 3 Aw 2012). Deze termijn gaat lopen op het moment dat de gunningsbeslissing aan betrokken inschrijvers bekend is gemaakt. Wordt binnen deze termijn (die vaak wordt aangeduid als Alcateltermijn of standstilltermijn) geen kort geding gestart naar aanleiding van de gunningsbeslissing, dan mag de aanbestedende dienst de beoogde overeenkomst sluiten.
- Een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst is alleen in rechte vernietigbaar ingeval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge 3:40 BW, of op grond van artikel 4.15 lid 1 Aw 2012. De in dit artikel genoemde gronden zien op het niet in acht nemen van (a) de publicatieplicht, (b) de wettelijke termijnen of (c) een overschrijding van drempelbedragen.



RECHTERS AAN HET WOORD

- In het [Xafax-arrest](#) oordeelde de Hoge Raad dat een overeenkomst die is gesloten door de aanbestedende dienst nadat de vorderingen van de inschrijver in eerste aanleg zijn afgewezen, slechts nog aantastbaar is in hoger beroep op de gronden vermeld in art. 4.15 lid 1 Aw 2012, en in andere gevallen slechts aantastbaar 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).
- Het begrip 'ernstige fout bij de beroepsuitoefening' is uitgewerkt in het [Forposta-arrest](#) van het HvJEU. Het begrip 'ernstige fout' ziet normaal gesproken op gedrag van de betrokken marktdeelnemer dat wijst op kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst van deze marktdeelnemer. De vaststelling van een 'ernstige fout' vergt een concrete en individuele beoordeling van het gedrag van de betrokken marktdeelnemer



TIPS EN ADVIEZEN VOOR DE PRAKTIJK

Het sluiten van de overeenkomst met de winnende inschrijver nadat de vorderingen van de verliezende inschrijver(s) in eerste aanleg zijn afgewezen, maakt de gunning in beginsel onaantastbaar, tenzij een van de in het Xafax-arrest genoemde gevallen zich voordoen.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP