epsa PROCUREMENT

Jurisprudentie Alarm

Dwingende redenen van algemeen belang redden de overeenkomst

nr. 5

De zaak

De Gemeente Schiedam ('de Gemeente') organiseert een Europese openbare aanbesteding voor het realiseren en gedurende 25 jaar onderhouden van een Ondergronds Afval Systeem ('OAS') binnen het vastgoedproject Schieveste. MariMatic International OY ('MariMatic'), dat gespecialiseerd is in automatische afvalverzamelsystemen, schrijft in op de opdracht. Op 18 juni 2024 deelt de Gemeente mee dat MariMatic als enige heeft ingeschreven en dat haar inschrijving ongeldig is verklaard wegens gebreken in de prijsopbouw en het ontbreken van vereiste begrotingen. MariMatic start tegen deze beslissing geen gerechtelijke procedure.

Op 22 juli 2024 maakt de Gemeente bekend dat de aanbesteding niet succesvol is verlopen en dat opnieuw zal worden aanbesteed. Vervolgens besluit zij een Europese onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging te starten. In januari 2025 maakt de Gemeente bekend dat zij de opdracht voor de realisatie van het OAS heeft gegund aan een combinatie van ondernemingen ('de Combinatie').

MariMatic start daarop een kort geding. Zij vordert primair dat de Gemeente wordt verboden uitvoering te geven aan de met de Combinatie gesloten overeenkomst en wordt bevolen tot heraanbesteding over te gaan. Volgens MariMatic heeft de Gemeente onrechtmatig gehandeld, onder meer doordat gerechtvaardigde verwachtingen zijn gewekt over een nieuwe openbare aanbesteding, het gunningsvoornemen niet is gepubliceerd, haar inschrijving ten onrechte als ongeschikt is aangemerkt, de opdracht wezenlijk zou zijn gewijzigd en zij niet is uitgenodigd voor de onderhandelingsprocedure.

De Gemeente erkent dat sprake is geweest van procedurele slordigheden, maar stelt dat deze niet tot toewijzing van de vorderingen kunnen leiden. Zij beroept zich daarbij op dwingende redenen van algemeen belang als bedoeld in artikel 4.18 lid 1 Aanbestedingswet 2012 ('Aw').

De voorzieningenrechter stelt voorop dat op grond van artikel 4.18 Aw de rechter kan besluiten een overeenkomst niet te vernietigen als dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft. De voorzieningenrechter oordeelt dat van dergelijke redenen in dit geval sprake is en dat dit leidt tot afwijzing van alle primaire vorderingen van MariMatic.

De voorzieningenrechter overweegt dat de belangrijkste reden van algemeen belang is dat de bouw van bouwblok A1 van het vastgoedproject Schieveste vóór 1 september 2025 moet starten. Indien het project door toewijzing van de vorderingen stilvalt en niet kan starten vóór deze datum, ontstaat voor de Gemeente de verplichting om ruim € 18 miljoen aan subsidie aan het Rijk terug te betalen. Daarnaast zou dit leiden tot ernstige vertraging van de realisatie van veel betaalbare woningen, waar dringend behoefte aan is. Dit zou volgens de rechter tot forse extra kosten leiden.

De rechter noemt daarnaast bezwaren die niet zozeer een reden van dwingend algemeen belang vormen, maar wel een belangenafweging in het voordeel van de Gemeente doen uitvallen. Er zijn al vergaande voorbereidingen getroffen en materialen besteld. Deze materialen zijn specifiek voor het OAS dat de Combinatie aanlegt. Daarbij overweegt de rechter dat MariMatic onvoldoende heeft onderbouwd dat zij het project probleemloos kan overnemen of dat de door haar beoogde hardware en software compatibel is met wat al is aangelegd. Bovendien is bij heraanbesteding niet zeker dat MariMatic de opdracht krijgt.

Juridisch kader

- **Artikel 4.18 lid 1** Aw 2012 bepaalt dat een rechter kan besluiten een overeenkomst niet te vernietigen indien, alle relevante aspecten in aanmerking genomen, dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft.

- **Artikel 4.18 lid 2** Aw 2012 bepaalt dat economische belangen alleen als een dwingende reden worden beschouwd indien vernietiging in uitzonderlijke omstandigheden onevenredig grote gevolgen zou hebben. Dan gaat het in ieder geval niet om economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst. Dat zijn onder meer de kosten die voortvloeien uit vertraging bij de uitvoering van de overeenkomst, de kosten van een nieuwe aanbestedingsprocedure, de kosten die veroorzaakt worden door het feit dat een andere onderneming de overeenkomst uitvoert, en de kosten van de wettelijke verplichtingen die voortvloeien uit de vernietiging.

Rechters aan het woord

- Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft een aantal gronden geaccepteerd die een inbreuk op het vrij verkeer rechtvaardigen. Naast onder meer de bescherming van de grondrechten, is dat bijvoorbeeld ook de inrichting van de leefomgeving. Zo blijkt uit een uitspraak van het HvJEU uit 2013 dat onder omstandigheden beleid inzake sociale huisvesting van een lidstaat dwingende redenen van algemeen belang kunnen vormen en dus een rechtvaardiging kunnen zijn voor beperkingen aan de markt. In deze zaak betrof de beperking dat aan marktdeelnemers als voorwaarde voor gunning een “sociale last” werd opgelegd. Voor zover deze sociale last noodzakelijk en geschikt is voor de verwezenlijking van het doel, in deze zaak het verzekeren dat personen met een laag inkomen of andere sociaal zwakkere groepen van de plaatselijke bevolking voldoende woningaanbod hebben, is sprake van een dwingende reden van algemeen belang.

- In een uitspraak van het hof Den Bosch uit 2019 komt artikel 4.18 Aw aan de orde. In die zaak vorderen appellanten vernietiging van de overeenkomst omdat de opschortende termijn door de aanbestedende dienst niet in acht is genomen en daardoor niet is aangevangen. Gelet op het Xafax-arrest oordeelt het hof dat dat de overeenkomst onaantastbaar is. Daardoor komt het hof niet meer toe aan de vraag of er dwingende redenen van algemeen belang zijn. Die redenen bewerkstelligen immers dat, indien een overeenkomst vernietigbaar is, deze niet vernietigd wordt.

Tips voor de praktijk

- Als een gesloten overeenkomst vernietigbaar is, maar dwingende redenen van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft, kunt u een beroep doen op dit artikel.

- De drempel om een geslaagd beroep te doen op een rechtvaardigingsgrond ligt hoog; er is niet snel sprake van een dwingende reden van algemeen belang. De aanbestedende dienst moet niet alleen bewijzen dat sprake is van een dwingende reden van algemeen belang, maar moet ook bewijzen dat het niet vernietigen van de overeenkomst geschikt en noodzakelijk is om het ingeroepen belang te beschermen.

- De huidige woningnood kán een dwingende reden van algemeen belang zijn.

MEER WETEN?

Ga voor contact of meer informatie naar onze website.

Het Jurisprudentie Alarm is een coproductie met Van Doorne Advies Advocaten, notarissen & fiscalisten en EPSA Procurement.

epsa PROCUREMENT

Van Doorne