

TBR 2017/116

Hoge Raad 18-11-2016, 16/02838, [ECLI:NL:HR:2016:2638](#) (Beperkte rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures)

(Mr. E.J. Numann, mr. A.H.T. heisterkamp, mr. G. Snijders, mr. G. de Groot en mr. C.E. du Perron)

Aanbestedingswet 2013: art. 1.5, art. 1.10, art. 2.127, art. 2.131, art. 2.136g, art. 4.15, art. 4.26; BW: art. 3:40, art. 3:44, art. 6:228; Wet RO: art. 87; VWEU: art. 258; Richtlijn 89/665/EG: art. 1, art. 2; Richtlijn 2004/18/EG; Richtlijn 2007/66/EG: art. 2; Richtlijn 2014/24/EU: art. 73

Cassatie in het belang der wet. Aantasting gegunde overeenkomst. Rechtsbescherming.:

Met gastnoot G.L. Weerheim^[1], Red.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) De Universiteit heeft in juli 2013 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor de levering van zogenoemde multifunctionals en aanverwante diensten. De te leveren multifunctionals dienden minimaal de functionaliteiten printen, kopiëren en scannen te combineren. De 'scope' bestond onder meer uit de functionaliteit betaald printen.

(ii) Xafax is een bedrijf dat zich onder meer bezighoudt met het ontwikkelen en leveren van betaalsystemen die aan multifunctionals kunnen worden gekoppeld.

(iii) Xafax was het niet eens met de wijze waarop de Universiteit de aanbesteding heeft ingericht. Volgens Xafax handelde de Universiteit in strijd met het samenvoegingsverbod van art. 1.5 en 1.10 lid 2, onder a, Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit door twee ongelijksoortige opdrachten - namelijk een opdracht tot het leveren van multifunctionals enerzijds en een opdracht tot het leveren van een betaalsysteem anderzijds - samen te voegen.

(iv) Xafax heeft op deze grond in de eerste aanleg van dit kort geding een gebod gevorderd dat de Universiteit de aanbestedingsprocedure aanpast.

(v) Nadat de voorzieningenrechter deze vordering bij het hiervoor onder 1 genoemde vonnis had afgewezen - hij oordeelde de aanbesteding niet in strijd met het door Xafax ingeroepen samenvoegingsverbod - heeft de Universiteit de opdracht op 27 maart 2014 gegund aan Xerox. Op grond daarvan hebben de Universiteit en Xerox een overeenkomst voor vijf jaar gesloten met een optie tot verlenging voor nog eens een jaar. Sindsdien geven de Universiteit en Xerox uitvoering aan deze overeenkomst.

3.2.1 In hoger beroep heeft Xafax haar eis gewijzigd. Zij heeft gevorderd de Universiteit te gebieden de inmiddels met Xerox tot stand gekomen overeenkomst te beëindigen en een nieuwe aanbesteding te houden die niet in strijd komt met het door Xafax ingeroepen samenvoegingsverbod.

3.2.2 De Universiteit en Xerox - die zich in hoger beroep, evenals in eerste aanleg, heeft gevoegd aan de zijde van de Universiteit - hebben tegen de gewijzigde eis als verweer gevoerd dat het daarmee door Xafax verlangde ingrijpen in de inmiddels tot stand gekomen overeenkomst alleen mogelijk is als aannemelijk is dat (a) deze overeenkomst op een van de vernietigingsgronden van art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 in een bodemprocedure zal worden vernietigd, of (b) de Universiteit misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de overeenkomst te sluiten met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht, of (c) sprake is van nietigheid van de overeenkomst op grond van art. 3:40 BW. Volgens de Universiteit en Xerox is geen van deze drie gronden in dit geval

aan de orde.

3.3 Het hof - dat het vonnis van de voorzieningenrechter heeft bekrachtigd op een in cassatie niet van belang zijnde grond - heeft het hiervoor in 3.2.2 genoemde verweer van de Universiteit en Xerox verworpen. Volgens het hof beoogt art. 2 quinquies lid 1 van Richtlijn 2007/66/EG - waarvan art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 de omzetting naar Nederlands recht vormt - slechts om in de daar onder a-c genoemde gevallen de verplichte (Europese) sanctie van onverbindendheid (naar nationaal recht: vernietigbaarheid) op te leggen. Dat laat volgens het hof onverlet dat Richtlijn 2007/66/EG ook in andere gevallen van schending van de Europese aanbestedingsregels dan daar genoemd, opdraagt aan de lidstaten - en derhalve ook aan de nationale rechter - om effectieve rechtsbescherming te bieden, ook in kort geding. Dit betekent volgens het hof dat indien een overeenkomst al is gesloten, de rechter in hoger beroep nog steeds een uitspraak kan doen die neerkomt op een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst dan wel een gebod om de overeenkomst te beëindigen, als dat noodzakelijk is om ingrijpen mogelijk te maken in een fase van de aanbesteding waarin de beweerde inbreuk van een aanbestedende dienst op het (Europese) aanbestedingsrecht nog ongedaan kan worden gemaakt om te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad. (rov. 3.8)

3.4 De Procureur-Generaal vordert het arrest van het hof, waartegen voor partijen geen gewoon rechtsmiddel meer openstaat, in het belang der wet te vernietigen. Het middel houdt in dat het hof heeft miskend dat de appelrechter in kort geding de als resultaat van een gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver slechts kan aantasten:

- 1) indien deze overeenkomst op een van de drie in art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden vernietigbaar is,
- 2) er sprake is van een wilsgebrek (dwaling, bedrog, bedreiging of misbruik van omstandigheden), dan wel
- 3) er sprake is van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW.

3.5.1 De in dit geding aan de orde zijnde bepalingen van de Aanbestedingswet 2012 vormen de implementatie van Richtlijn 2007/66/EG, dat wil zeggen de bepalingen van Richtlijn 89/665/EEG die bij Richtlijn 2007/66/EG zijn gewijzigd dan wel aan Richtlijn 89/665/EEG zijn toegevoegd (waar hierna wordt verwezen naar bepalingen van laatstgenoemde richtlijn wordt steeds bedoeld: zoals deze na Richtlijn 2007/66/EG luidt). Deze implementatie heeft eerder al plaatsgevonden bij de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (hierna: Wira), welke wet bij de Aanbestedingswet 2012 is ingetrokken.

3.5.2 Richtlijn 2007/66/EG voorziet erin dat inschrijvers - en andere belanghebbenden als omschreven in art. 1 lid 3 Richtlijn 89/665/EEG - gedurende een zekere periode, die ten minste tien kalenderdagen dient

te bedragen, kunnen opkomen tegen het gunningsbesluit van de aanbestedende dienst. Gedurende deze periode dient de aanbestedende dienst niet de overeenkomst te sluiten waarop de aanbesteding en gunning betrekking hebben (art. 2 bis lid 2 Richtlijn 89/665/EEG). Wordt in deze periode een voorlopige voorziening verzocht met betrekking tot het gunningsbesluit, dan dient de aanbestedende dienst de overeenkomst niet te sluiten totdat in eerste aanleg op dit verzoek is beslist (art. 2 lid 3 Richtlijn 89/665/EEG). De lidstaten dienen ervoor te zorgen dat een overeenkomst die in strijd hiermee tot stand komt, in beginsel onverbindend wordt verklaard (de overeenkomst moet onverbindend worden verklaard in het in art. 2 quinquies lid 1, aanhef en onder b, Richtlijn 89/665/EEG genoemde geval; voor andere gevallen staat art. 2 sexies lid 1 Richtlijn 89/665/EEG alternatieve sancties toe, die evenwel niet in enkel het toekennen van schadevergoeding mogen bestaan).

3.5.3 Art. 2 quinquies lid 1, aanhef en onder a en c, Richtlijn 89/665/EEG bepaalt hiernaast voor andere, daar specifiek genoemde gevallen van, kort gezegd, ernstige inbreuk op de Europese aanbestedingsregels dat de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat een overeenkomst die met die inbreuk tot stand is gekomen, onverbindend wordt verklaard. Art. 2 septies Richtlijn 89/665/EEG bepaalt dat de lidstaten een termijn kunnen verbinden aan de mogelijkheid om de overeenkomst onverbindend te laten verklaren, van in elk geval zes maanden na de datum waarop deze is gesloten.

3.5.4 Art. 2 lid 7 Richtlijn 89/665/EEG houdt in dat buiten de hiervoor in 3.5.2 en 3.5.3 vermelde gevallen, in welke gevallen is voorzien in de art. 2 quinquies-2 septies Richtlijn 89/665/EEG waarnaar deze bepaling verwijst, de mogelijkheden om op te komen tegen een gunningsbesluit en de gevolgen daarvan, worden bepaald door het nationale recht. Volgens deze bepaling mag een lidstaat, kort gezegd, dan bepalen dat enkel aanspraak op schadevergoeding kan worden gemaakt.

3.6.1 De hiervoor in 3.5.2 vermelde regels zijn geïmplementeerd in de art. 2.127, 2.131 en 4.15 lid 1, aanhef en onder b, Aanbestedingswet 2012 (eerder onderscheidenlijk de goeddeels gelijklopende art. 4, 7 en 8 lid 1, aanhef en onder b, Wira). Art. 2.127 Aanbestedingswet 2012 houdt in dat de aanbestedende dienst na verzending van de gunningsbeslissing in beginsel een opschortende termijn van ten minste twintig kalenderdagen in acht neemt voordat hij de beoogde overeenkomst sluit. Art. 2.131 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat indien gedurende die termijn een onmiddellijke voorziening wordt verzocht met betrekking tot de gunningsbeslissing, de aanbestedende dienst de overeenkomst niet eerder sluit dan nadat de rechter (dan wel het scheidsgerecht) een beslissing heeft genomen over het verzoek tot voorlopige maatregelen en de opschortende termijn is verstreken. Naar blijkt uit de op art. 7 Wira gegeven toelichting, is met de beslissing van de rechter (dan wel het scheidsgerecht) in dit verband bedoeld de (eind)uitspraak van de voorzieningenrechter (dan wel het scheidsgerecht) in eerste aanleg (Kamerstukken II 2008-2009, 32 027, nr. 3, p. 18-19, aangehaald in de vordering van de Procureur-Generaal onder 3.10).

Art. 4.15 lid 1, aanhef en onder b, Aanbestedingswet 2012 houdt in dat een als resultaat van een

gunningsbeslissing gesloten overeenkomst vernietigbaar is indien de aanbestedende dienst de hiervoor genoemde termijnen in strijd met de wet niet in acht heeft genomen.

3.6.2 De hiervoor in 3.5.3 genoemde bepalingen van art. 2 quinquies lid 1, aanhef en onder a en c, Richtlijn 89/665/EEG zijn geïmplementeerd in art. 4.15 lid 1, aanhef en onder a en c, Aanbestedingswet 2012 (eerder art. 8 lid 1, aanhef en onder a en c, Wira). In art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 is - overeenkomstig de mogelijkheid die het hiervoor in 3.5.3 genoemde art. 2 septies Richtlijn 89/665/EEG biedt - de termijn waarbinnen vernietiging van de overeenkomst kan worden gevorderd beperkt tot dertig dagen (in de gevallen in het artikellid genoemd onder a) respectievelijk zes maanden (in andere gevallen).

3.7.1 Het hiervoor weergegeven stelsel van de Aanbestedingswet 2012 en Richtlijn 89/665/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG, komt erop neer dat inschrijvers en andere belanghebbenden tegen de gunningsbeslissing dienen op te komen voordat de overeenkomst is gesloten, waartoe hun een termijn wordt gelaten waarvan de niet-inachtneming door de aanbestedende dienst leidt tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. Is die termijn verstreken of een verzoek om een onmiddellijke voorziening met betrekking tot de gunningsbeslissing gedaan en daarop door de voorzieningenrechter (of het scheidsgerecht) in eerste aanleg afwijzend beslist, dan is de nadien tot stand gekomen overeenkomst alleen aan te tasten in de bijzondere gevallen genoemd in art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (waarvan in dat geval de grond die daar onder b wordt genoemd, 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). Bovendien is deze aantasting slechts mogelijk gedurende een beperkte periode (van ten hoogste zes maanden).

3.7.2 Naar volgt uit het hiervoor in 3.5.4 aangehaalde art. 2 lid 7 Richtlijn 89/665/EEG wordt het antwoord op de vraag of buiten de hiervoor in 3.7.1 genoemde gevallen de als resultaat van het gunningsbesluit tot stand gekomen overeenkomst kan worden aangetast, bepaald door het nationale recht. In de Wira en de Aanbestedingswet 2012 heeft de wetgever op dit punt geen bepaling opgenomen. In de toelichting op art. 8 Wira (naderhand art. 4.15 Aanbestedingswet 2012) heeft de regering zich over dit punt echter wel uitgelaten:

“De verplichte opschortende termijn na de gunningsbeslissing en ook de mogelijkheid om onder omstandigheden vernietiging van een door de aanbestedende dienst reeds gesloten overeenkomst te verzoeken bieden waarborgen aan belanghebbende inschrijvers en gegadigden om een transparant en non-discriminatoir aanbestedingsproces te bewaken. Door de opschortende termijn en de termijn waarbinnen vernietiging van een overeenkomst kan worden verzocht te begrenzen, en ook door de gronden voor vernietiging te beperken tot de meest zware overtredingen van het aanbestedingsrecht, worden tevens waarborgen gegeven aan aanbestedende diensten en aan opdrachtnemers met wie een overeenkomst is gesloten. Waarborgen dat geen te grote of lang durende onzekerheid ontstaat over de

vraag of een overeenkomst gesloten kan worden en vervolgens vlot genoeg uitgevoerd kan worden. Met de maatregelen in het wetsvoorstel en de daaraan ten grondslag liggende richtlijn is nadrukkelijk beoogd een evenwicht te vinden tussen de genoemde verschillende belangen. Hierin ligt tevens de verklaring waarom de gronden voor vernietiging van een overeenkomst beperkt zijn tot die welke genoemd zijn in de richtlijn en het wetsvoorstel. Gedurende de verplichte opschortende termijn die voorafgaat aan het sluiten van de overeenkomst kan echter wel het initiatief worden genomen om een eventueel gebruik van discriminatoire criteria in de aanbestedingsprocedure aan te vechten, al dan niet door aan de rechter een voorlopige voorziening te vragen. Wat betreft de vraag of het überhaupt mogelijk is op andere gronden tot vernietiging van een overeenkomst te komen, wijs ik op de in het Burgerlijk Wetboek al bestaande regeling volgens welke rechtshandelingen aantastbaar zijn wegens zogenaamde wilsgebreken. De wilsgebreken zijn dwaling (artikel 6:228 van het Burgerlijk Wetboek), bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 van het Burgerlijk Wetboek). Voorts wordt genoemd de vernietigingsgrond wegens een met wet of openbare orde strijdige strekking (artikel 3:40 van het Burgerlijk Wetboek). Met betrekking tot laatstgenoemde grond heeft de Hoge Raad in het arrest Uneto/ [A] (HR 22 januari 1999, NJ 2000/305) geoordeeld dat een overeenkomst die gesloten is in strijd met het aanbestedingsrecht geen met de wet strijdige strekking oplevert. Een overeenkomst kan wel door de inhoudelijke strekking in strijd met andere regelgeving dan de aanbestedingsregelgeving zijn. In dat geval is de overeenkomst mogelijk reeds nietig of kan de vernietiging worden gevorderd."

(Kamerstukken II 2009-2010, 32 027, nr. 7, p. 5-6)

3.7.3 Uit deze toelichting volgt dat is beoogd dat de als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met aanbestedingsregels slechts aantastbaar is op de gronden vermeld in art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 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). Dit strookt met het blijkens de toelichting nadrukkelijk met de regeling beoogde evenwicht tussen de verschillende bij een aanbesteding 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. Dit strookt ook met het hiervoor weergegeven stelsel.

Een ruimere mogelijkheid voor derden om de overeenkomst aan te tasten zou voorts op gespannen voet staan met de beperking van de periode waarbinnen volgens art. 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 vernietiging op grond van art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 kan worden gevorderd. Die ruimere mogelijkheid zou immers ertoe leiden dat in geval van minder ernstige inbreuken op de aanbestedingsregels dan vermeld in art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012, een langere termijn zou gelden om de overeenkomst aan te tasten. Dat ligt niet in de rede.

3.7.4 Uit na te noemen passage in de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Wira volgt niet iets

anders dan hiervoor in 3.7.3 is overwogen. In die toelichting is in een tabel met betrekking tot de bepalingen van Richtlijn 2007/66/EG opgemerkt dat geen gebruik is gemaakt van de (hiervoor in 3.5.4 genoemde) optie dat de burgerlijke rechter zich in het daar genoemde geval alleen kan uitlaten over schadevergoeding. Dat is uitsluitend in die tabel toegelicht en wel met de opmerking dat de burgerlijke rechter zich ook over de overeenkomst kan uitspreken (Kamerstukken II 2008-2009, 32 027, nr. 3, p. 26). Deze uitlatingen vallen echter tegen de achtergrond van het hiervoor overwogene aldus te verstaan dat hierbij alleen is gedacht aan de hiervoor in 3.7.3 genoemde mogelijkheid om de overeenkomst aan te tasten op grond van wilsgebreken en van art. 3:40 BW.

3.7.5 De als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst is dus alleen aan te tasten in de hiervoor in 3.7.3 genoemde gevallen. Dat brengt mee dat ook vorderingen waarmee wordt beoogd die overeenkomst te beëindigen of de uitvoering daarvan te verhinderen, alleen toegewezen kunnen worden in die gevallen.

3.8 Uit het vorenstaande volgt dat het middel gegrond is. Het hof heeft bij zijn hiervoor in 3.3 weergegeven oordeel miskend dat, naar volgt uit art. 2 lid 7 Richtlijn 89/665/EEG, Richtlijn 2007/66/EG niet ertoe verplicht om de als resultaat van het gunningsbesluit tot stand gekomen overeenkomst onverbindend te oordelen buiten de gevallen genoemd in art. 2 quinquies lid 1 Richtlijn 89/665/EEG, en dat de wetgever van de hiermee aan hem gelaten vrijheid gebruik heeft gemaakt door, kort gezegd, de aantastbaarheid van die overeenkomst naar nationaal recht te beperken tot de hiervoor in 3.7.3 genoemde gevallen.

3.9 Naar aanleiding van het hiervoor in 3.2.2 genoemde verweer van de Universiteit en Xerox verdient opmerking dat, zoals uit het vorenstaande volgt, misbruik van bevoegdheid door de aanbestedende dienst als zodanig geen grond oplevert voor een bevel tot beëindiging van (de uitvoering van) de als resultaat van de gunningsbeslissing tot stand gekomen overeenkomst. Het hiervoor weergegeven stelsel beschermt immers mede de belangen van de inschrijver waarmee de overeenkomst op grond van de gunningsbeslissing tot stand komt.

3.10 Hoewel het middel gegrond is, kan het niet tot cassatie leiden, nu de beslissing van het hof niet berust op de verwerping van het hiervoor in 3.2.2 genoemde verweer (zie hiervoor in 3.3, eerste zin).

4 Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

Aanleiding en achtergrond

1. Dit arrest betreft de slotfase van wat begon als een door Xafax Nederland B.V. (hierna: Xafax)

aangespannen kort geding over een aanbesteding voor multifunctionals, georganiseerd door de Universiteit Utrecht. De - onder aanbestedingsjuristen - beroemd geworden en veel besproken overwegingen met betrekking tot de vraag of sprake is van ongeoorloofde clustering in de zin van artikel 1.5 Aw 2012 (de 'multifunctionals-jurisprudentie') staan echter niet centraal in cassatie.^[2] Voor partijen zelf stond geen rechtsmiddel meer open: door de Procureur-Generaal (PG) is cassatie in het belang der wet ingesteld. Het onderwerp betreft de vraag of inschrijvers en andere belanghebbenden een reeds gegunde overeenkomst kunnen aantasten buiten een beperkt aantal limitatief omschreven gevallen. Deze vraag wordt in dit arrest door de Hoge Raad ontkennend beantwoord. Hiermee wordt een einde gemaakt aan een reeds sedert 2010^[3] bestaande discussie; het arrest heeft dan ook grote betekenis voor de (bouw)praktijk. Daarnaast stelt het arrest ons voor relevante vragen met betrekking tot de rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures in Nederland.

2. Kort iets over de cassatie in het belang der wet. Op grond van artikel 78 lid 7 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) kan door de PG cassatie in het belang der wet worden ingesteld, indien de betrokken partijen bij het geschil geen rechtsmiddel hebben aangewend en de termijn daarvoor verstreken is. Tevens geldt dat de uitkomst van de cassatie in het belang der wet geen nadeel mag toebrengen aan één van de procespartijen. Zij heeft geen rechtsgevolgen voor de betrokken partijen. Cassatie in het belang der wet wordt ingesteld indien sprake is van een '(dringende) maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak'.^[4] Dat is onder meer het geval indien literatuur en rechtspraak een verdeeld beeld laten zien en indien een uitspraak van de Hoge Raad langs reguliere weg niet (snel) te verwachten is.^[5] Veel komt cassatie in het belang der wet niet voor, althans blijkens rechtspraak.nl. In 2016 heeft de Hoge Raad zeven keer arrest gewezen in zaken waarin cassatie in het belang der wet was ingesteld. Daarvan waren vier zaken strafrechtelijk en drie zaken civielrechtelijk. In 2015 zijn elf arresten gewezen in zaken waarin cassatie in het belang der wet was ingesteld. Slechts twee zaken waren toen civielrechtelijk en negen zaken strafrechtelijk. In het aanbestedingsrecht is het niet eerder voorgekomen dat cassatie in het belang der wet is ingesteld. We hebben hier dus te maken met een primeur. Alleen al om die reden verdient het onderhavige arrest op deze plaats bespreking. Belangrijker is natuurlijk dat na meer dan vijf jaar duidelijkheid gecreëerd is over een vraagstuk dat de Nederlandse gerechtshoven onderling verdeeld hield. Naar ik vernam, hebben de (gezamenlijke) hoven zelf een verzoek ingediend tot het instellen van cassatie in het belang der wet.

3. Aanleiding voor de zaak die tot het onderhavige arrest heeft geleid, betreft - als gezegd - een discussie tussen Xafax en de Universiteit Utrecht. De Universiteit had een aanbesteding uitgeschreven voor de inkoop van multifunctionals voor de verschillende panden van de Universiteit Utrecht. Een multifunctional combineert printen, kopiëren en scannen. In deze aanbesteding werd daarnaast de eis gesteld dat multifunctionals over een betaalfunctionaliteit zouden beschikken. Xafax is een leverancier van betaalsystemen die aan print- en kopieerapparaten kunnen worden gekoppeld. Zij levert zelf geen

print- en kopieerapparatuur. Zij stelde dan ook een klacht in tegen deze aanbesteding, die inhield dat de Universiteit ten onrechte (onnodig) twee ongelijksoortige opdrachten had samengevoegd, namelijk één met betrekking tot multifunctionals en één met betrekking tot betaalsystemen. Volgens de voorzieningenrechter was echter van clustering geen sprake: de opdracht dient - in verband met de behoefte van de Universiteit en de oplossingen die daarvoor in de markt aanwezig waren - te worden aangemerkt als één enkele opdracht en niet als twee afzonderlijke opdrachten. De vordering van Xafax tot staking van de aanbestedingsprocedure werd dan ook afgewezen.

4. Door Xafax is vervolgens appel ingesteld. Het eindarrest van het hof Arnhem-Leeuwarden werd gewezen op 13 januari 2015, meer dan een jaar na het vonnis in eerste aanleg. Reeds op 27 maart 2014 was de Universiteit Utrecht tot definitieve gunning van de opdracht aan Xerox overgegaan. Xafax verzoekt het hof in te grijpen in de lopende overeenkomst met Xerox. Volgens de Universiteit en Xerox (de winnende inschrijver, die zich gevoegd heeft) is dit ingrijpen slechts mogelijk:

'indien aannemelijk is dat (1) deze overeenkomst op een van de vernietigingsgronden van artikel 4.15 Aw in een bodemprocedure vernietigd zal worden of (2) de Universiteit misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de overeenkomst te sluiten met klaarblijkelijke miskennen van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht of (3) sprake is van nietigheid van de overeenkomst op grond van artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek.'^[6]

Volgens de Universiteit en Xerox is geen van die limitatieve 'uitzonderingen' aan de orde. Het hof is het met die benadering niet eens: volgens het hof valt niet in te zien dat genoemde gevallen 'in die zin limitatief zijn, dat de rechter in andere gevallen niet tot aantasting van de overeenkomst kan overgaan.' Het hof komt uiteindelijk toe aan een inhoudelijke behandeling van het geschil. Daarbij komt het hof tot dezelfde overwegingen als de voorzieningenrechter. De verschillende functionaliteiten zorgen er *niet* voor dat de multifunctionals niet meer één technische en economische functie vervullen. Van een clustering is dus geen sprake. De vorderingen van Xafax worden derhalve ook in hoger beroep afgewezen.

Twee benaderingen

5. Met betrekking tot de vraag in hoeverre een na aanbesteding reeds gesloten overeenkomst in rechte nog aantastbaar is, waren sinds de Wira in de rechtspraak twee verschillende benaderingen te onderscheiden. Op grond van het *Alcatel*-arrest^[7] en artikel 2.127 Aw 2012 dient een aanbestedende dienst een opschortende termijn in acht te nemen. Ook mag de aanbestedende dienst op grond van artikel 2.131 Aw 2012 de opdracht niet gunnen indien er een kort geding aanhangig is gemaakt. In verband daarmee speelt deze vraag voornamelijk in hoger beroep procedures nadat de marktpartij die een kort geding aanhangig heeft gemaakt in het ongelijk was gesteld.^[8] Bij het beantwoorden van deze vraag was er enerzijds de strikte benadering van de hoven Den Haag en - later - Amsterdam.^[9]

Anderzijds hadden de hoven Arnhem-Leeuwarden en Den Bosch een ruime benadering.^[10] De strikte benadering impliceert dat een overeenkomst in hoger beroep (na een kort geding procedure in eerste aanleg) alleen aan te tasten is in drie gevallen:

(i) In de eerste plaats kan een reeds gesloten overeenkomst worden vernietigd indien aannemelijk gemaakt wordt dat zich één van de gevallen als bedoeld in artikel 4.15 Aw 2012 voordoet. Artikel 4.15 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat een als resultaat van een gunningsbeslissing gesloten overeenkomst vernietigbaar is indien sprake is van een onwettige onderhandse gunning of indien er geen opschortende termijn in acht genomen is.

(ii) Voorts kan een gesloten overeenkomst worden vernietigd indien aannemelijk is dat de aanbestedende dienst onrechtmatig handelde doordat zij misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de overeenkomst te sluiten, bijvoorbeeld indien dit is geschied 'met klaarblijkelijke miskenning van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht'. Deze uitzonderingsgrond is gebaseerd op de rechtspraak van het Gerecht in eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen.^[11]

(iii) Ten slotte is een reeds gesloten overeenkomst aantastbaar indien deze overeenkomst naar verwachting nietig is op grond van artikel 3:40 BW, omdat deze een inhoud of strekking heeft die in strijd is met de goede zeden of de openbare orde. Een belangrijke kanttekening die daarbij moet worden geplaatst, is dat de Hoge Raad in het arrest *Uneto / De Vliert* (HR 22 januari 1999, *NJ* 2000, 305) heeft overwogen dat strijd met het aanbestedingsrecht als zodanig niet per definitie leidt tot strijd door inhoud of strekking met de goede zeden of de openbare orde. Het aanbestedingsrecht is dus niet van openbare orde.

De ruime benadering van Hof Arnhem-Leeuwarden en Hof Den Bosch kwam erop neer dat de effectieve rechtsbescherming met zich meebrengt dat de rechter ook na sluiting van de overeenkomst en zonder dat één van de drie genoemde uitzonderingen zich voordoet, nog een uitspraak kan doen die een verbod inhoudt om verder uitvoering te geven aan de overeenkomst dan wel een gebod om de overeenkomst te beëindigen. De effectieve rechtsbescherming vraagt in de redenering van deze hoven - onder omstandigheden (waarbij een belangenafweging wordt uitgevoerd) - dat ingegrepen wordt om te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad door de inbreuk op het aanbestedingsrecht. Deze maatstaf maakt ingrijpen aanzienlijk laagdrempeliger dan bij de strikte benadering: van een schending van *fundamentele* beginselen van het aanbestedingsrecht behoeft geen sprake te zijn.

6. De ruime benadering kan overigens teruggrijpen op een lange geschiedenis. Tot aan het *Alcatel*-arrest (1999) behoefden aanbestedende diensten nog geen opschortende termijn in acht te nemen en ook daarna werd dat lang niet altijd gedaan. Na afronding van de aanbesteding werd direct gegund. Indien andere inschrijvers daartegen opkwamen, diende noodzakelijkerwijs te worden ingegrepen in de overeenkomst. Zowel door de burgerlijke rechter als door de Raad van Arbitrage voor de Bouw werd toen

regelmatig aan de aanbesteder opgedragen om een reeds gesloten overeenkomst te 'beëindigen' (zie ook de formulering van de Hoge Raad in het hier besproken arrest, r.o. 3.7.5, die mede betrekking heeft op die praktijk).^[12] Daarbij vond steeds een belangenafweging plaats, maar van een vereiste van een bepaalde mate van schending van het aanbestedingsrecht was geen sprake.^[13] Limitatieve gronden om de overeenkomst open te breken waren nog niet in zicht.

De Hoge Raad hakt de knoop door

7. Als bekend, is daarover sinds 2010 evenwel een discussie ontstaan. In de conclusie van AG Keus - waarin het hiervoor besproken arrest van hof Arnhem-Leeuwarden wordt voorgedragen voor cassatie in het belang der wet - wordt een goed overzicht gegeven van de discussie in rechtspraak en literatuur.^[14] Ik volsta er mee daarnaar te verwijzen. AG Keus neemt het standpunt in dat de ruime benadering van de hoven Arnhem-Leeuwarden en Den Bosch onjuist is. Uit de parlementaire geschiedenis van de Aw 2012 en de Wira vloeit volgens de AG voort dat de wetgever met artikel 4.15 lid 1 Aw 2012 de mogelijkheden voor vernietiging van een reeds gesloten overeenkomst heeft willen beperken. 'Dat betekent niet dat de in artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (art. 8 lid 1 Wira) opgenomen gronden zonder meer uitputtend zijn, maar wel dat vernietiging op andere dan de in die bepaling genoemde *en aan het aanbestedingsrecht ontleende* gronden niet mogelijk is.' Naast de gronden genoemd in artikel 4.15 lid 1 Aw 2012 ziet de AG mogelijkheden voor vernietiging op grond van wilsgebreken dan wel op grond van artikel 3:40 BW. AG Keus is het dus ook niet geheel eens met de strikte benadering van de hoven Den Haag en Amsterdam. De hiervoor besproken tweede uitzonderingsgrond (waarvan sprake is indien de aanbestedende dienst misbruik van bevoegdheid maakt) is volgens hem niet van toepassing: ook dat betreft een aan het aanbestedingsrecht ontleende grond, terwijl de wetgever die gronden juist heeft willen beperken tot de genoemde in artikel 4.15 lid 1 Aw 2012. AG Keus meent voorts dat de hiervoor genoemde uitleg van artikel 4.15 lid 1 Aw 2012 aansluit bij het evenwicht dat de Aw 2012 beoogt aan te brengen tussen enerzijds de precontractuele fase en anderzijds de postcontractuele fase. In eerstgenoemde fase prevaleert de rechtsbescherming van de niet-winnende inschrijvers, om reden waarvan voor die fase opschortingsbepalingen zijn opgenomen in de wet. In de postcontractuele fase prevaleert de rechtszekerheid van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver en kan nog slechts in zeer beperkte gevallen de overeenkomst worden aangetast. Deze benadering is volgens de AG in lijn met de Rechtsbeschermingsrichtlijn (Richtlijn 2007/66/EG) en sluit ook aan bij een beschikking van de President van het HvJ EU.^[15] Uit die beschikking volgt dat het onderscheid tussen de precontractuele en de postcontractuele fase door de EU-wetgever en het HvJ EU wordt aanvaard. In de postcontractuele fase beschikken partijen aan wie de overeenkomst niet gegund is slechts nog over de mogelijkheid om schade te vorderen.

8. Door middel van het onderhavige arrest hakt de Hoge Raad de knoop door. De redenering en

motivering van de Hoge Raad volgt die van de AG: de in de wet opgesomde mogelijkheden om een reeds gesloten overeenkomst aan te tasten zijn limitatief. Net als voor de AG is ook voor de Hoge Raad de parlementaire geschiedenis doorslaggevend. De Hoge Raad voegt eraan toe:

'Een ruimere mogelijkheid om de overeenkomst aan te tasten zou voorts op gespannen voet staan met de beperking van de periode waarbinnen volgens artikel 4.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012 vernietiging op grond van art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 kan worden gevorderd. Die ruimere mogelijkheid zou immers ertoe leiden dat in geval van minder ernstige inbreuken op de aanbestedingsregels dan vermeld in art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012, een langere termijn zou gelden om de overeenkomst aan te tasten. Dat ligt niet in de rede.'

Het door de AG ingestelde middel is volgens de Hoge Raad dus gegrond. Daarbij overweegt de Hoge Raad dat misbruik van bevoegdheid geen grond oplevert voor een bevel tot beëindiging van de overeenkomst. Dat zou namelijk een te grote inbreuk opleveren op de rechtszekerheid. Hoewel het middel gegrond is, kan het niet tot cassatie leiden. Dit, omdat de eindbeslissing van Hof Arnhem-Leeuwarden niet was gebaseerd op de verwerping van het door de Universiteit gevoerde verweer dat de overeenkomst na gunning niet meer aan te tasten zou zijn, omdat geen van de uitzonderingen zich voordoet. De vorderingen van Xafax werden immers uiteindelijk op inhoudelijke gronden afgewezen.

9. Voor de volledigheid zij opgemerkt dat het arrest gewezen is onder vigore van het oude recht (Richtlijn 2004/18/EG). In de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU is in artikel 73 een bepaling opgenomen voor het beëindigen van opdrachten. Beëindiging is onder meer ('ten minste in de volgende omstandigheden') mogelijk indien sprake is van een ingrijpende wijziging waardoor een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist zou zijn geweest; indien één van de uitsluitingsgronden op de inschrijver van toepassing blijkt te zijn geweest; en indien de opdracht niet had mogen worden gegund vanwege een ernstige inbreuk op de verplichtingen uit hoofde van het Europese recht, welke inbreuk is vastgesteld in een procedure overeenkomstig artikel 258 VWEU. Deze bepaling - die overigens niet geïmplementeerd is in de Aw 2012 [16] - lijkt toch de deur weer open te zetten voor beëindiging van de overeenkomst op andere gronden dan de limitatieve gronden die ex artikel 4.15 lid 1 Aw 2012 tot vernietiging kunnen leiden.

De balans opmaken: hoe staat het met de rechtsbescherming?

10. Het is voor de rechtseenheid en rechtszekerheid goed dat door de Hoge Raad duidelijkheid is gecreëerd ten aanzien van een discussie die geruime tijd liep. Cassatie in het belang der wet is voor het aanbestedingsrecht een welkome mogelijkheid gebleken om daartoe te komen, een mogelijkheid die wat mij betreft vaker zou kunnen worden gebruikt. Bezien wij de overwegingen van de Hoge Raad dan zijn die ook zonder meer te volgen. Aansluitend bij de parlementaire geschiedenis lijkt de bedoeling van de wetgever duidelijk te zijn geweest. Juridisch gezien is er dan ook een stap vooruit gezet.

11. De vraag die zich echter opdringt, is of de aanbestedingspraktijk met dit arrest wel verder geholpen

wordt. De inschrijver die het niet eens is met de uitkomst van een bepaalde aanbesteding heeft thans nog slechts één mogelijkheid: de kort geding procedure. Van de in 2015 en 2016 op rechtspraak.nl gepubliceerde kort gedingen wordt in maximaal 20% van de gevallen in het voordeel van de afgewezen inschrijver beslist.^[17] Die cijfers komen naar mijn inschatting overeen met die van voorgaande jaren. Het kan zijn dat er uit opportunisme wel eens te snel een kort geding wordt aangespannen, maar mijn indruk is dat veel inschrijvers zich bewust zijn van de 'hoge lat' en alleen gaan procederen als de kaarten erg goed liggen. De verklaring voor de lage successcore zou dan ook wel eens gezocht moeten worden in de terughoudende toets die veel voorzieningenrechtters (al dan niet uitdrukkelijk) aanleggen bij kort geding procedure naar aanleiding van aanbestedingen.

12. In de vorig jaar gepubliceerde bijdrage 'Rechtsbescherming in aanbestedingen: een utopie?' worden bij de marginale toetsing door voorzieningenrechtters in aanbestedingsgeschillen een aantal terechte vraagtekens geplaatst.^[18] Ook in de Conclusie van de AG bij het HvJ EU in de zaak over het Valys-vervoer is uitdrukkelijk aandacht besteed aan deze Nederlandse situatie.^[19] In de Conclusie wordt stil gestaan bij het feit dat aanbestedingsgeschillen in Nederland praktisch alleen in kort geding worden uitgevochten. Indien dat zo is, stelt de AG, 'dan zou de Nederlandse voorzieningenrechter nagenoeg de enige en laatste waarborg zijn van het systeem van gerechtelijke afdoening van betwistingen van de besluiten van de aanbestedende diensten.' Volgens de AG leidt dat er toe dat in feite alleen nog maar een marginale toets plaatsvindt. Dat is weliswaar snel en doeltreffend, maar biedt onvoldoende mogelijkheden om adequaat te reageren op (potentiële) onrechtmatigheden. Met het hier besproken arrest van de Hoge Raad is daar nog bij gekomen dat het ook niet langer zinvol is tegen vonnissen van de kort geding rechter in appel te gaan, behoudens uitzonderlijke omstandigheden. Het in incident (in hoger beroep) vragen van een verbod om te gunnen totdat in hoger beroep is beslist, lijkt ook weinig soelaas te bieden.^[20]

13. Wanneer wij de balans opmaken, ziet het er niet zonder meer rooskleurig uit voor de afgewezen inschrijver die de voorlopige gunningsbeslissing in kort geding wil aanvechten. De toets is marginaal en hoger beroep is niet zinvol. De ingestelde Commissie van Aanbestedingsexperts doet goed werk (met name door een minder marginale toets dan die voorzieningenrechtters aanleggen), maar heeft slechts een adviserende rol. Wat voor de afgewezen inschrijver resteert, is een vordering tot schadevergoeding - hij kan alleen nog 'nakaarten'. Uit de beschikbare jurisprudentie op dat punt blijkt dat het bepaald geen sinecure is een schadevordering hard te maken.^[21] Kansschade is een mogelijkheid, maar daarop wordt in de praktijk nog niet vaak een beroep op gedaan.^[22] Het is te hopen dat marktpartijen de route naar schadevergoeding vaker zullen bewandelen, zodat de toepassing van het aanbestedingsrecht - ondanks de beperkte rechtsbescherming tijdens de precontractuele fase - steeds voldoende getoetst kan worden.

14. Het geniet echter de voorkeur dat de rechtsbescherming in Nederland kritisch tegen het licht wordt gehouden en wordt verbeterd. In dat kader verdient wat mij betreft de aandacht dat de Aw 2012 nog altijd voorziet in de mogelijkheid van beslechting van aanbestedingsgeschillen door middel van arbitrage (artikel 4.26 Aw 2012). Van deze mogelijkheid wordt in de praktijk bij mijn weten nooit gebruik gemaakt. Dat is een gemiste kans. Tot aan 2004 was in de aanbestedingsreglementen (UAR, UAR-EG, ARW) een arbitraal beding opgenomen.^[23] De traditionele voorkeur voor beslechting van aanbestedingsgeschillen door arbitrage ten opzichte van de burgerlijke rechter heeft te maken met de bezwaren tegen de laatste, vanwege de formele procesgang, de minder snelle procedure en het ontbreken van typisch branche-gerichte deskundigheid.^[24] Deze bezwaren bestaan nog altijd. Onmiskenbaar is dat arbiters over specifieke deskundigheid (bijvoorbeeld op het gebied van de bouw) beschikken, waarover de burgerlijke rechter niet beschikt. Dit stelt hen in staat om in korte tijd veel dieper op de zaak in te gaan, zodat niet hoeft te worden volstaan met een marginale toets. Daarnaast biedt arbitrage de mogelijkheid van een spoedbodemgeschil, waardoor binnen een korte periode toch adequate bewijslevering kan plaatsvinden.^[25] Gelet op het feit dat in kort gedingen bij de burgerlijke rechter naar aanleiding van aanbesteding nimmer prejudiciële vragen worden gesteld^[26], kan het ontbreken van die mogelijkheid bij arbitrage geen argument zijn om te kiezen voor de burgerlijke rechter.^[27] Geschilbeslechting bij aanbestedingen door middel van arbitrage lijkt in de precontractuele fase dan ook een goed alternatief voor geschilbeslechting door de burgerlijke rechter: het geschil kan dan zowel snel als op zijn merites worden beoordeeld. Daarmee lijken ieders belangen gediend. Uiteindelijk hebben immers ook aanbestedende diensten belang bij de juiste toepassing (en handhaving) van het aanbestedingsrecht en (daarmee van) de adequate en rechtmatige aanwending van publieke middelen.

G.L. Weerheim

-
- 1 Gert Weerheim is advocaat bij HabrakenRutten te Rotterdam.
 - 2 In eerste aanleg: Vzgnr. Rb. Midden-Nederland 22 november 2013, [ECLI:NL:RBMNE:2013:5763](#), JAAN 2014, 24 m.nt. T.H. Chen. In appel: Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, [ECLI:NL:GHARL:2015:122](#), JAAN 2015, 35 m.nt. T.H. Chen.
 - 3 Hof Amsterdam 17 augustus 2010, [ECLI:NL:GHAMS:2010:BN5585](#).
 - 4 Zie ook: Rapport Commissie Hammerstein, 'Versterking van de cassatierechtspraak', Den Haag: 2008.
 - 5 T. Hartlief, 'Het belang der wet', *NJB* 2010, 2143.
 - 6 Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, [ECLI:NL:GHARL:2015:122](#), r.o. 3.7.
 - 7 HvJ 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*).
 - 8 De artikelen 2.127, 2.228, 2.130 en 2.231 Aw zijn vrijwel letterlijk overgenomen uit de Wira. De

discussie over de aantastbaarheid van overeenkomsten is dan ook reeds aangevangen onder de Wira. Overigens kan ook getracht worden de gesloten overeenkomst in een bodemprocedure aan te tasten. De gronden voor het aantasten van een reeds gesloten overeenkomst zijn dus niet louter van toepassing zijn op hoger beroep na een kort geding procedure.

- 9 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 17 mei 2011, [ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ4365](#), Hof Den Haag 25 juni 2013, [ECLI:NL:GHDHA:2013:2081](#) en Hof Den Haag 7 juli 2015, [ECLI:NL:GHDHA:2015:1863](#). Waar Hof Amsterdam aanvankelijk voor de ruimte benadering opteerde, is per 17 maart 2015 ook in Amsterdam voor de strikte benadering gekozen. Zie Hof Amsterdam 17 maart 2015, [ECLI:NL:GHAMS:2015:812](#).
- 10 Zie Hof Arnhem-Leeuwarden 13 januari 2015, [ECLI:NL:GHARL:2015:122](#) (waartegen in casu cassatie in het belang der wet is ingesteld) en Hof Den Bosch 17 februari 2015, [ECLO:NL:GHSHE:2015:479](#).
- 11 Zie bijvoorbeeld: Gerecht EU 5 november 2014, T-422/11.
- 12 Vgl. onder andere: Hof Arnhem 3 februari 1998, *BR* 1999, 78, RvA 18 oktober 2000, *BR* 2001, 710 en Hof Amsterdam 3 oktober 2002, *BR* 2004, 551.
- 13 Zie ook: E.H. Pijnacker Hordijk e.a., *Handboek van het Europese en Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Sdu Uitgevers Den Haag: 2009, p. 638 e.v.
- 14 Conclusie AG I. Keus 31 mei 2016, [ECLI:NL:PHR:2016:487](#).
- 15 Beschikking van de vice-president van het HvJ EU 23 april 2015, C-35/15 (PR).
- 16 In de Memorie van Toelichting bij de implementatie van de nieuwe richtlijn in de Aw 2012 (*Kamerstukken II*, 2009/10, 32 440 nr. 3 (MvT)) is - ten aanzien van de categorie 'inbreuk op het EU-recht' - het volgende opgenomen: 'Ook de gunning van een overheidsopdracht aan een aannemer in strijd met de verdragen van de Europese Unie of de delen 2, 2a of 3 van de Aanbestedingswet 2012 kan als zodanig kwalificeren. Het sluiten van een overeenkomst in strijd met de wet leidt in beginsel tot nietigheid van de rechtshandeling. De precieze gevolgen, waaronder de mate waarin contractspartijen gehouden zijn tot betaling van schadevergoeding, hangen af van de omstandigheden van het geval' (toelichting bij artikel 2.163g Aw 2012).
- 17 Weliswaar liggen de cijfers bij de Commissie van Aanbestedingsexperts anders, maar deze Commissie heeft slechts een adviserende rol. Het advies van de Commissie wordt niet zonder meer overgenomen door de aanbestedende dienst.
- 18 C. M.C. Wagemakers en J.J. Loenen-De Wildt, 'Rechtsbescherming in aanbestedingen: een utopie?', in: *BR* 2016, 15.
- 19 Conclusie van AG M. Campos Sanchez-Bordona 30 juni 2016, C-171/15. Weliswaar gaat het HvJ EU in zijn arrest uiteindelijk niet in op de door de AG gesignaleerde problematiek, maar daaruit volgt niet dat de discussie is afgedaan. Zie in ieder geval HvJ EU 14 december 2016, C-171/15, *JAAN* 2017, 2 m.nt. A.C.M. Fischer-Braams.
- 20 Vgl. daarnaast Hof Den Haag 14 april 2016, [ECLI:NL:GHDHA:2016:1024](#). In incident had de

inschrijver een verbod voor de duur van het hoger beroep gevorderd om tot definitieve gunning over te gaan. Deze inschrijver gaf aan belang te hebben bij de opdracht, dat zij anders aangewezen zou zijn op een moeilijk te onderbouwen vordering tot schadevergoeding en dat haar rechtsbescherming derhalve in feite beperkt zou blijven tot één instantie. Deze route haalde het echter niet: het hof vond dat het belang van de aanbestedende dienst om te gunnen zwaarder woog dan het belang van de afgewezen inschrijver bij de opdracht.

- 21 Vgl. bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juli 2014, [ECLI:NL:GHARL:2014:](#)
- 22 Zie voor een voorbeeld waarin proportionele aansprakelijkheid van een aanbestedende dienst werd aangenomen: Rb. Utrecht 4 juli 2001, *BR* 2002, 17.
- 23 Het verdwijnen van het arbitraal beding en het invoeren van de geschillenbeslechting door de burgerlijke rechter is blijkens de algemene toelichting bij het ARW 2004 één van de gevolgen van Parlementaire Enquête Bouwnijverheid.
- 24 Zie het rapport 'Naar een ordening op de bouwmarkt' van 23 juni 1982, uitgebracht door de overleggroep Ordeningsthema's Aanbestedingswezen.
- 25 Vgl. bijvoorbeeld RvA 28 december 2000, No. 22.767. In deze illustratieve zaak vond tijdens de zitting zelfs een getuigenverhoor plaats.
- 26 De mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen is verplicht onder de Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG.
- 27 Prejudiciële vragen zouden in een eventuele bodemprocedure bij de burgerlijke rechter een plaats kunnen krijgen. Dit nog los van de vraag of geen wettelijke mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen door arbiters zou kunnen worden gecreëerd.