

Vernietiging overeenkomst na gunning



Zeker in de GWW-markt zijn aanbestedingsprocedures aan de orde van de dag. Velen zullen daarom wel bekend zijn met de mogelijkheid om binnen een bepaalde termijn – van ten minste 20 kalenderdagen (de bekende 'Alcatel-termijn') – na het voorneemen tot gunning door middel van een kort geding de voorgenomen gunning aan te vechten. Belangrijk in dit verband is, dat nog geen overeenkomst tot stand gekomen is tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver.

Tekst: Bard van Veen

Wat zijn nu nog de mogelijkheden om een reeds gesloten overeenkomst, een gegunde opdracht, aan te vechten? Op 18 november 2016 heeft de Hoge Raad in dit kader een belangrijk arrest gewezen (ECLI:NL:HR:2016:2638). In het concreet voorliggende geval had een verliezend inschrijver een kort geding aanhangig gemaakt tegen de aanbestedende dienst. In dit kort geding werd gevorderd dat de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure zou aanpassen, omdat de inschrijver van mening was dat sprake was van een ontoelaatbare clustering van opdrachten. Het kort geding ging verloren, waarna de verliezende inschrijver in hoger beroep ging. In hoger beroep had de inschrijver haar eis gewijzigd. Thans werd gevorderd dat de reeds met de winnende inschrijver tot stand gekomen overeenkomst zou worden beëindigd en een nieuwe aanbesteding zou worden gehouden die niet in strijd zou zijn met het verbod tot clusteren. Tijdens de hoger beroepsprocedure had de aanbestedende dienst namelijk wel een definitieve gunning verstrekt aan de winnende inschrijver en met deze een overeenkomst gesloten. De winnende inschrijver en de aanbestedende dienst hebben zich in hoger beroep verweerd door te stellen dat de inmiddels gesloten overeenkomst alleen kan worden beëindigd als sprake is van één van de in artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 genoemde gevallen. Of wanneer de aanbestedende dienst misbruik van haar bevoegdheid heeft gemaakt, door een overeenkomst te sluiten met klaarblijkelijke miskenning van fundamentele beginselen van aanbestedingsrecht. Of dat er tot slot sprake is van nietigheid van de overeenkomst op grond van het Burgerlijk Wetboek.

Oordeel Gerechtshof

Het Gerechtshof heeft het vonnis van

de Voorzieningenrechter bekrachtigd, maar de door de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver opgevoerde verweren verworpen. Het Gerechtshof was namelijk van mening dat naast de in artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 genoemde gevallen, andere situaties denkbaar zijn op grond waarvan een reeds gesloten overeenkomst nog steeds – dus ook (pas) in of na hoger beroep – kan worden aangetast. Dit aantasten zou dan kunnen bestaan uit een verbod om verder uitvoering te geven aan die overeenkomst. Of een gebod om die overeenkomst te beëindigen als dat noodzakelijk is om te voorkomen dat de betrokken belangen van de – normaal gesproken – verliezende inschrijver verder worden geschaad. De centrale vraag in cassatie was vervolgens of dit 'ruime' oordeel juist is of niet. Kortom: kan uitsluitend op grond van artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 of ook op andere gronden een reeds gesloten overeenkomst toch nog worden beïnvloed.

Oordeel Hoge Raad

De Hoge Raad oordeelde als volgt. Ten eerste staat de Hoge Raad stil bij wat het bepaalde in artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 precies inhoudt en constateert dat deze bepaling een implementatie is van een Europese Richtlijn, en welke implementatie door de Nederlandse wetgever correct is doorgevoerd. Artikel 4.15 lid 1 (b) bepaalt dat een overeenkomst vernietigbaar is als een aanbestedende dienst geen Alcatel-termijn in acht heeft genomen (20 kalenderdagen na de voorlopige gunningsbeslissing). De overeenkomst is op grond van artikel 4.15 lid 1 (a) eveneens vernietigbaar als de aanbestedende dienst de overeenkomst heeft gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht; belangrijk is te beseffen dat onder deze grond ook de wezenlijk gewijzigde opdracht valt. Immers, dan is die gewijzigde opdracht nooit correct

aangekondigd. Tot slot kan worden vernietigd als de aanbestedende dienst bij de gunning in strijd gehandeld heeft met enkele andere bepalingen uit de Aanbestedingswet (inzake raamovereenkomsten en dynamische aankoopssystemen).

Een vordering tot vernietiging dient binnen 30 kalenderdagen na de datum waarop de aanbestedende dienst de aankondiging van de gegunde opdracht bekendmaakte ofwel na de datum waarop de aanbestedende dienst de betrokken inschrijvers en gegadigden een bericht heeft gestuurd dat een overeenkomst gesloten was, te worden ingesteld. In andere gevallen moet een dergelijke vordering uiterlijk zes maanden ingaan na de dag waarop de overeenkomst tot stand is gekomen. Naast de mogelijkheid via de Aanbestedingswet is een overeenkomst slechts aantastbaar in het geval van wilsgebreken (dwaling bijvoorbeeld), en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid op een andere grond dan strijd met de aanbestedingsregels. Voor deze laatste categorie geldt immers de Aanbestedingswet 2012.

Vernietiging nauwelijks mogelijk

De Hoge Raad concludeert dat een beëindiging van de gesloten overeenkomst, die niet gegrond is op één van de in artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden, noch gegrond is op dwaling of nietigheid of vernietigbaarheid, niet kan worden gevorderd. Met andere woorden, vernietiging van een reeds gesloten overeenkomst is nauwelijks mogelijk, en in elk geval niet vanwege ontoelaatbare clustering. Dit brengt met zich dat de kort geding-procedure tegen de voorlopige gunningsbeslissing eigenlijk het enige effectieve rechtsmiddel is c.q. moment is waarop kan worden gevorderd dat de overeenkomst niet wordt gedingd aan de winnende inschrijver of dat een nieuwe aanbestedingsprocedure moet worden gestart. Laat u zich daarover dus goed informeren!



B.R. (Bard) van Veen is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten te Den Haag. Tel.: (070) 304 55 90. E-mail: b.veen@shadv.nl. www.severijnhulshof.nl.

Voor vragen over dit artikel of een cursus UAV, UAV-gc, RAW en/of aanbestedingsrecht, kunt u mij bereiken via het genoemde mailadres.