

University of Groningen

## Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures

van Heeswijck, Arthur Jeffrey

**IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.**

*Document Version*

Publisher's PDF, also known as Version of record

*Publication date:*

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

*Citation for published version (APA):*

van Heeswijck, A. J. (2014). *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

### Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

### Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

*Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.*

## 5 | De voorlopige maatregelen in kort geding

### 1 INLEIDING

Aanbesteders hebben vaak op korte termijn behoefte aan de werken, leveringen en diensten die zij aanbesteden. Zij kunnen daarom niet wachten met het sluiten van een overeenkomst, totdat in een bodemprocedure uitspraak is gedaan over de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing. Wanneer de overeenkomst eenmaal is gesloten, moeten benadeelde inschrijvers in veel gevallen genoeg nemen met schadevergoeding.<sup>1</sup> Het geldend maken van een schadevergoedingsvordering is geen eenvoudige opgave en bovendien kostbaar en tijdrovend. Om deze en andere redenen zien benadeelde inschrijvers in de regel af van een bodemprocedure.<sup>2</sup> Het kort geding is in de praktijk het belangrijkste strijdtoneel voor aanbestedingsgeschillen. De inzet van een kort geding is een voorlopige maatregel.

Het belang van voorlopige maatregelen voor de effectieve rechtsbescherming van inschrijvers is de Europese wetgever niet ontgaan. In het systeem van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen nemen de voorlopige maatregelen in kort geding een centrale plaats in. Dit blijkt onder meer uit de sanctie die is verbonden aan het negeren van de opschortingstermijn waarbinnen afgewezen inschrijvers naar aanleiding van de mededeling van de gunningsbeslissing een rechtsmiddel moeten kunnen instellen. Overeenkomsten die zonder inachtneming van de opschortingstermijn zijn gesloten, moeten ‘onverbindend’ kunnen worden verklaard.<sup>3</sup> Gelet op het belang van de voorlopige maatregelen voor de effectieve rechtsbescherming van inschrijvers is er meer dan voldoende reden een afzonderlijk hoofdstuk aan dit onderwerp te wijden.

In paragraaf 2 van dit hoofdstuk komen eerst de eisen aan bod die de Rechtsbeschermingsrichtlijnen stellen aan de nationale rechtsstelsels op het gebied van voorlopige maatregelen. In paragraaf 3 wordt de Nederlandse

---

1 Zie hoofdstuk 4, § 3.4.2. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen staan overigens uitdrukkelijk toe dat na het sluiten van de overeenkomst uitsluitend schadevergoeding kan worden gevorderd; zie art. 2 lid 7, tweede alinea Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren en art. 2 lid 6, tweede alinea Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren. De Nederlandse wetgever heeft deze mogelijkheid niet benut. Zie hierna § 3.4.2.

2 Zie voor redenen voor benadeelde inschrijvers om af te zien van een bodemprocedure Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 145-146; Hebly & Wilman 2010, p. 333.

3 De opschortingstermijn en de sanctie van ‘onverbindendheid’ komen in het volgende hoofdstuk aan bod.

regeling uitgewerkt. In paragraaf 4 besteed ik aandacht aan de positie van derden in aanbestedingsgeschillen tussen inschrijvers en aanbesteders.

In dit hoofdstuk neem ik de door Rechtsbeschermingsrichtlijnen voorgeschreven maatregelen als vertrekpunt. Nu in Nederland geen specifieke wetgeving is vastgesteld ten behoeve van de implementatie van deze maatregelen, bestaan er echter nauwelijks verschillen tussen de voorwaarden die gelden voor het treffen van voorlopige maatregelen bij Europese, nationale aanbestedingen en particuliere aanbestedingen. Hoewel het accent in dit hoofdstuk ligt op rechtsbescherming bij Europese aanbestedingen, is een groot deel van de beschouwingen in dit hoofdstuk ook relevant voor nationale en particuliere aanbestedingen.

## 2 DE DOOR DE RECHTSBESCHERMINGSRICHTLIJNEN GESTELDE EISEN

De voorlopige maatregelen behoren tot de precontractuele rechtsmiddelen, die erop zijn gericht de naleving van de aanbestedingsregels te verzekeren in een fase waarin schendingen nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Dit is de fase vóór het sluiten van een overeenkomst door de aanbesteder.<sup>4</sup> Bij een succesvol beroep op een precontractueel rechtsmiddel behoudt de inschrijver een kans op het verwerven van de opdracht. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen schrijven alleen het resultaat van voorlopige maatregelen voor. Voorlopige maatregelen zijn blijkens de Rechtsbeschermingsrichtlijnen erop gericht “om de beweerde inbreuk ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad”.<sup>5</sup> De beschikbare voorzieningen moeten in ieder geval maatregelen inhouden om “de aanbestedingsprocedure of de tenuitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit, op te schorten c.q. te doen opschorten”, zo vervolgt artikel 2 lid 1 sub a van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Over de voorwaarden waaronder voorlopige maatregelen beschikbaar moeten zijn, zwijgen de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Het is aan de lidstaten deze voorwaarden in te vullen. Deze voorwaarden moeten voldoen aan de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.<sup>6</sup> Bovendien moeten de voorwaarden beantwoorden aan het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, teneinde de effectieve rechtsbescherming te verzekeren.<sup>7</sup> Blijkens artikel 2 lid 4 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen mag het opleggen van een voorlopige maatregel afhankelijk worden gesteld van een belangenafweging.<sup>8</sup>

---

4 Zie hoofdstuk 2, § 3.2.5.2. Zie ook de considerans van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

5 Zie art. 2 lid 1 sub a Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

6 HvJ EG 9 april 2003, C-424/01 (CS Communications c.s.), r.o. 31.

7 HvJ EG 9 april 2003, C-424/01 (CS Communications c.s.), r.o. 30. Vgl. HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (Strabag), waarin het HvJ dezelfde benadering koos voor de voorwaarden voor toekenning van schadevergoeding.

8 Dit is bevestigd in HvJ EG 9 april 2003, C-424/01 (CS Communications c.s.).

De voorlopige maatregelen hangen nauw samen met de in artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen voorgeschreven maatregel betreffende de ‘nietigverklaring van besluiten’. Deze samenhang blijkt onder meer uit *Alcatel*, waarin het HvJ uit de onderdelen a en b van artikel 2 lid 1 (juncto lid 6) van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren tezamen afleidde dat tegen de aan het sluiten van de overeenkomst voorafgaande gunningsbeslissing beroep moet kunnen worden ingesteld, waarin nietigverklaring van de gunningsbeslissing kan worden gevorderd.<sup>9</sup>

Het is binnen de eerdergenoemde randvoorwaarden van gelijkwaardigheid, effectiviteit en effectieve rechtsbescherming aan de lidstaten om te voorzien in rechtsmiddelen met behulp waarvan besluiten van aanbestedende diensten ongedaan kunnen worden gemaakt, nog voordat een overeenkomst is gesloten. Binnen het kader van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn twee systemen te onderscheiden, waarbij overigens tussenvormen denkbaar zijn:<sup>10</sup>

- i. Een systeem waarin besluiten in afwachting van een definitief oordeel door voorlopige maatregelen kunnen worden geschorst.
- ii. Een systeem waarin direct (op verkorte termijn) een definitief oordeel wordt gegeven over de rechtmatigheid van het besluit.

Aan de voorwaarden voor ‘nietigverklaring’ is in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen evenmin invulling gegeven. Het is aan de lidstaten om ook deze voorwaarden te bepalen. Artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen geeft nog wel enuntiatief aan welke resultaten met ‘nietigverklaring’ moeten kunnen worden bereikt, te weten de verwijdering van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in aanbestedingsdocumenten.

### 3 HET NEDERLANDSE STELSEL VAN RECHTSBESCHERMING TEGEN (GUNNINGS)BESLISSINGEN

#### 3.1 INLEIDING

In Nederland biedt de burgerlijke rechter rechtsbescherming bij aanbestedingen. Op één specifiek terrein, te weten concessies in het openbaar vervoer, is het CBB de bevoegde rechter. Beslechting van aanbestedingsgeschillen door de burgerlijke rechter vindt in hoofdzaak in kort geding plaats. De voorzieningenrechter kan uitsluitend een ‘voorlopige maatregel’ treffen.<sup>11</sup> Een voorlopige maatregel heeft een ordenende functie, die geldt zo

---

9 HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98 (*Alcatel*), r.o. 43.

10 Schermers & Waelbroeck 2001, p. 212.

11 Art. 254 Rv spreekt van een “voorlopige voorziening”. In lijn met de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en mijn beschouwingen daarover hanteer ik het begrip ‘voorlopige maatregel’.

lang de bodemrechter de rechtsverhouding niet definitief heeft vastgesteld.<sup>12</sup> In theorie kan de voorzieningenrechter een aanbesteder gebieden de aanbestedingsprocedure in afwachting van de uitkomst van een bodemprocedure op te schorten, zodat de bestreden beslissing in stand kan blijven.<sup>13</sup> In de praktijk pleegt de voorzieningenrechter bij gegrondbevinding van de bezwaren van een inschrijver de aanbesteder te gebieden de bestreden beslissing in te trekken en die handeling te verrichten die de voorzieningenrechter gezien de omstandigheden van het geval geraden acht. Partijen zijn gehouden een rechterlijk bevel of verbod na te leven.<sup>14</sup> Hierdoor is de in artikel 2 lid 1 sub b van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen bedoelde maatregel betreffende de ‘nietigverklaring van besluiten’ *de facto* in handen van de voorzieningenrechter. Het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming neigt dus naar het hiervoor in paragraaf 2 sub ii. genoemde systeem. De voorzieningenrechter spreekt echter geen definitief oordeel uit over de rechtsverhouding tussen partijen. Het Nederlandse stelsel is een tussenvorm van beide systemen.

Voorlopige maatregelen komen in de regel na de mededeling van de gunningsbeslissing aan de orde. Bij aanbestedingen waarop de Rechtsbeschermingsrichtlijnen van toepassing zijn, zijn aanbestedende diensten verplicht een opschortingstermijn van ten minste twintig dagen in acht te nemen, alvorens zij een overeenkomst sluiten.<sup>15</sup> Indien binnen deze termijn een kort geding aanhangig is gemaakt, moeten aanbestedende diensten bovendien het vonnis afwachten.<sup>16</sup> Op het moment dat de voorzieningenrechter de rechtmatigheid van de gunningsbeslissing beoordeelt, heeft de inschrijver die ten onrechte is afgewezen, nog geen schade geleden. Die schade zou namelijk pas ontstaan door het sluiten van de overeenkomst door de aanbesteder. Dit heeft gevolgen voor de materiële voorwaarden voor het treffen van een voorlopige maatregel door de voorzieningenrechter. Schade is een noodzakelijke voorwaarde voor het ontstaan van aansprakelijkheid, zowel op grond van onrechtmatige daad als op grond van wanprestatie.<sup>17</sup> Zolang de aanbesteder op basis van de aangevochten gunningsbeslissing nog geen overeenkomst heeft gesloten, bieden onrechtmatige daad en wanprestatie dus geen grondslag voor een sanctie op een schending van de aanbestedingsregels.

Dit betekent niet dat de afgewezen inschrijver met lege handen staat. Hij kan namelijk een bevels- of verbodsactie instellen. In de aanbestedingsrechtelijke literatuur hebben de mogelijke sancties die in een rechterlijk

---

12 Schenk/Blaauw 2002, p. 15.

13 Blijkens *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 19, wordt dit door de wetgever onwenselijk geacht, maar uitgesloten is het niet.

14 Dwangsommen blijven verschuldigd, wanneer in een bodemprocedure komt vast te staan dat het rechterlijk bevel of verbod ten onrechte is opgelegd! Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 371.

15 (Art. 3.75 jo.) art. 2.127 lid 1 en 3 Aanbestedingswet 2012.

16 (Art. 3.75 jo.) art. 2.131 Aanbestedingswet 2012.

17 Zie hoofdstuk 4, § 2.3.4 en § 2.4.4.

bevel of verbod kunnen worden gegoten veel aandacht gekregen.<sup>18</sup> Dit geldt niet voor de materiële voorwaarden voor het opleggen een rechterlijk bevel of verbod. In dit onderzoek laat ik de sancties buiten beschouwing en vestig ik de aandacht op de materiële voorwaarden voor een bevels- of verbodsactie en de procesrechtelijke aspecten van het kort geding in aanbestedingsgeschillen.

In paragraaf 3.2 komen de materiële voorwaarden voor rechterlijke bevelen en verboden aan de orde. Ik maak daarbij onderscheid tussen twee situaties. In paragraaf 3.2.2 komt de situatie aan bod, waarin de bevels- of verbodsactie is gebaseerd op een aanbestedingsrechtelijke rechtsplicht. In paragraaf 3.2.3 bespreek ik de op de aanbestedingsovereenkomst gebaseerde bevels- of verbodsactie. Voorafgaand aan de behandeling van de materiële voorwaarden van rechterlijke bevelen en verboden volgt in paragraaf 3.2.1 eerst een korte beschouwing over de regeling van de rechtsvordering tot nakoming, die op beide situaties van toepassing is.

Paragraaf 3.3 en 3.4 zijn gewijd aan procesrechtelijke aspecten van het kort geding in aanbestedingsgeschillen. Daarbij komt ook het hoger beroep tegen het vonnis van de voorzieningenrechter aan de orde, in het bijzonder de betekenis van definitieve gunning voor het beoordelingskader voor de vordering van de inschrijver die in eerste aanleg bot heeft gevangen.

### 3.2 DE VOORWAARDEN VOOR EEN RECHTERLIJK BEVEL OF VERBOD

#### 3.2.1 De rechtsvordering tot nakoming

De bevoegdheid van de (voorzieningen)rechter tot het opleggen van een bevel of een verbod vloeit voort uit artikel 3:296 BW. Artikel 3:296 lid 1 BW luidt:

“Tenzij uit de wet, uit de aard der verplichting of uit een rechtshandeling anders volgt, wordt hij die jegens een ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten, daartoe door de rechter, op vordering van de gerechtigde, veroordeeld.”

Artikel 3:296 BW bepaalt niet onder welke voorwaarden iemand jegens de ander verplicht is iets te geven, te doen of na te laten. De bepaling biedt uitsluitend de wettelijke grondslag voor de rechtsvordering.<sup>19</sup> Artikel 3:296 BW heeft een zeer ruim toepassingsbereik. Het is niet alleen van toepassing op verbintenissen, waaronder de verbintenis tot schadevergoeding,<sup>20</sup> maar ook op rechtsplichten.<sup>21</sup> Tot die rechtsplichten behoren de ongeschreven

18 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 623-641; Makkinga & Weijnen 2001, p. 55-68.

19 Haas 2009, p. 12.

20 In zoverre is het gebruik van het begrip rechtsvordering tot 'nakoming' misleidend.

21 Parl. Gesch. Boek 3, p. 895; Jongbloed (Vermogensrecht), Titel 11 Boek 3, aant. 5 en art. 3:296 BW, aant. 2-3. Zie voor het onderscheid tussen verbintenissen en rechtsplichten Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1, nr. 6-11; Van Nispen 1978, p. 8-10.

zorgvuldigheidsnormen, waarvan een schending een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW oplevert.<sup>22</sup> Voor een vordering tot nakoming geldt net als voor een schadevergoedingsvordering een relativiteitsvereiste.<sup>23</sup>

De rechter komt bij het opleggen van een rechterlijk bevel of verbod geen discretionaire bevoegdheid toe. Wanneer de (opeisbare) verbintenis of rechtsplicht in rechte is komen vast te staan, moet de rechter, mits gevorderd, een veroordeling uitspreken en is er geen plaats voor een belangenafweging.<sup>24</sup> Op deze hoofdregel bestaan blijkens artikel 3:296 BW drie uitzonderingen.<sup>25</sup> Ten eerste kan uit de wet voortvloeien dat geen nakoming kan worden gevorderd. Het schoolvoorbeeld hiervan is de natuurlijke verbintenis.<sup>26</sup> Ten tweede kan de aard van de verplichting aan het opleggen van een rechterlijk bevel of verbod in de weg staan. Daarbij valt te denken aan verbintenissen die aan de persoon verbonden zijn, zoals het in de parlementaire geschiedenis genoemde voorbeeld van het schrijven van een boek.<sup>27</sup> Ook wanneer nakoming feitelijk onmogelijk is, kan naar de aard van de verplichting geen nakoming worden gevorderd.<sup>28</sup> Ten derde kan het recht op nakoming bij rechtshandeling worden uitgesloten.

Behalve op de in artikel 3:296 BW genoemde uitzonderingen kan een rechterlijk bevel of verbod afstuiten op het ontbreken van voldoende belang,<sup>29</sup> de redelijkheid en billijkheid,<sup>30</sup> misbruik van bevoegdheid en zwaarwegende maatschappelijke belangen.<sup>31</sup>

### 3.2.2 Het rechterlijk bevel en verbod bij schending van aanbestedingsrechtelijke verplichtingen

Aanbestedende diensten zijn bij de gunning van opdrachten gebonden aan wettelijke voorschriften.<sup>32</sup> Een inbreuk op deze voorschriften levert een onrechtmatige daad op.<sup>33</sup> Inschrijvers hoeven niet toe te kijken hoe een

22 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 153.4; Van Nispen 1978, p. 132.

23 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 153. Zie over het relativiteitsvereiste hoofdstuk 4, § 2.3.5.

24 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 161; Jongbloed (Vermogensrecht), art. 3:296 BW, aant. 5. Dat de vnr. niettemin de belangen van partijen afweegt, volgt uit art. 254 Rv; zie hierna § 3.3.

25 Zie ook Jongbloed (Vermogensrecht), art. 3:296 BW, aant. 6.

26 Art. 6:3 BW. Zie voor een ander voorbeeld HR 21 maart 2003, NJ 2003, 691 (Stichting Waterpakt/Staat), waaruit volgt dat de wetgever geen bevel kan worden opgelegd om wetgeving tot stand te brengen.

27 Parl. Gesch. Boek 3, p. 896. Stolp 2007, p. 198, beschouwt de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 lid 2 BW als een wettelijke uitzondering op de hoofdregel dat nakoming kan worden gevorderd.

28 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 344; Jongbloed (Vermogensrecht), art. 3:296 BW, aant. 6; Van Nispen 1978, p. 203-204.

29 Art. 3:303 BW.

30 Art. 6:2 BW. Zie hierover Van Nispen 2003, p. 23.

31 Respectievelijk art. 3:13 BW en art. 6:168 BW.

32 Dit geldt met name voor Europese aanbestedingen waarop deel 2 of deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is.

33 Zie hoofdstuk 4, § 2.3.1.

dergelijke inbreuk hen schade berokkent. De voorschriften waaraan aanbestedende diensten gebonden zijn, kunnen namelijk worden gerekend tot ‘rechtsplichten’, waarvan op de voet van het hiervoor besproken artikel 3:296 BW nakoming kan worden gevorderd.

De afdwingbare aanbestedingsrechtelijke rechtsplichten zijn niet beperkt tot de voorschriften in de Aanbestedingswet 2012. In beginsel kan van alle rechtsplichten die op aanbesteders rusten nakoming worden gevorderd, ook bij particuliere aanbestedingen. Hiervoor kwam immers al aan de orde dat ook de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, krachtens welke particuliere aanbesteders gehouden zijn inschrijvers op gelijke wijze te behandelen en transparantie te betrachten,<sup>34</sup> onder rechtsplichten als bedoeld in artikel 3:296 BW vallen.

De primaire doelstelling van een veroordeling tot nakoming van een rechtsplicht is preventie van dreigend onrecht.<sup>35</sup> Een reële dreiging van een onrechtmatige daad of de vrees voor herhaling geldt dan ook als belangrijkste voorwaarde voor toewijzing van een vordering tot nakoming in de vorm van een rechterlijk bevel of verbod.<sup>36</sup> Of de gewraakte gedraging onrechtmatig is, moet worden nagegaan aan de hand van de voorwaarden van artikel 6:162 lid 2 BW.<sup>37</sup> Schade en toerekening zijn niet vereist voor het opleggen van een rechterlijk bevel of verbod, maar de inschrijver die het bevel of verbod vordert moet wel aannemelijk maken dat hij door de schending van de aanbestedingsregels door de aanbesteder schade kan lijden. Daartegen beogen de aanbestedingsregels inschrijvers namelijk te beschermen.<sup>38</sup> Er is dus geen plaats voor een rechterlijk bevel of verbod, wanneer de inschrijver die het bevel of verbod vordert niet in zijn belangen is of dreigt te worden geschaad door de beweerde inbreuk.<sup>39</sup> Anders dan het Gerechtshof Den Haag kennelijk meent,<sup>40</sup> verzet het ‘openbare orde-karakter’ van de aanbestedingsregels zich niet tegen deze voorwaarde.<sup>41</sup> De Rechtsbeschermingsrichtlijnen strekken tot bescherming van inschrijvers.<sup>42</sup> Artikel 1 lid 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen staat lidstaten uitdrukkelijk toe de kring van beroepsgerechtigden te beperken tot ondernemers die

34 Zie hoofdstuk 3, § 3.2.4.4.

35 Deurvorst (Onrechtmatige daad II), regeling Boek 6 BW, aant. 10 en aant. 131.

36 HR 21 december 2001, NJ 2002, 217, r.o. 3.5.1; Deurvorst (Onrechtmatige daad II), regeling Boek 6 BW, aant. 131; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 153.4.

37 Zie hoofdstuk 4, § 2.3.1.

38 Zie over de relatie tussen het rechterlijk bevel en verbod en schade Van Nispen 1978, p. 143-144.

39 Zie bijv. Vزر. Rb. Oost-Nederland 11 februari 2013, LjN BZ3269, r.o. 4.5.

40 Hof Den Haag 19 februari 1996, BR 1996, p. 531. Ook in Hof Leeuwarden 20 november 2012, LjN BY3635, r.o. 8-9, werd aantasting van de belangen van derden voldoende geacht voor het opleggen van een rechterlijk bevel of verbod. De aangehaalde overwegingen van het Hof Leeuwarden betreffen een beroep op rechtsverwerking. Het Hof Leeuwarden acht een beroep op rechtverwerking uitgesloten, wanneer de belangen van derden in het geding zijn. Dit onderwerp komt in hoofdstuk 7, § 3 uitgebreid aan bod. Zie tot slot Heemsker 2007a, p. 121, die een beroep doet op het ‘openbare orde-karakter’ van de Europese aanbestedingsregels. Zie ook de reactie hierop van Jansen 2007a, p. 339-340.

41 Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 627.

42 HvJ EG 15 oktober 2009, C-275/08 (Commissie/Duitsland), r.o. 36.



door de beweerde inbreuk zijn of dreigen te worden geschaad. Het HvJ heeft dit in *Hackermüller* bevestigd.<sup>43</sup> Onder de gegeven omstandigheden valt niet in te zien dat van de inschrijver die een bevel of verbod vordert, niet mag worden geëist dat hij door de beweerde inbreuk schade kan lijden. De inschrijver komt geen beroep toe op het maatschappelijk belang van correcte naleving van de aanbestedingsregels. De objectieve handhaving van het Unierecht is in handen van de Commissie,<sup>44</sup> niet in die van inschrijvers. Anderzijds mogen aan de door de inschrijver aannemelijk te maken kans op schade door de beweerde inbreuk naar mijn mening niet al te hoge eisen worden gesteld. Het gaat te ver om van de inschrijver te eisen dat hij aantoonst dat hij daadwerkelijk door de gestelde inbreuk is benadeeld.<sup>45</sup> Waar het op aankomt is of de kans op gunning van de inschrijver die het bevel of verbod vordert, door de inbreuk nadelig kan zijn beïnvloed. Alleen in evidente gevallen kan het vereiste van een kans op schade aan toewijzing van een rechterlijk bevel of verbod in de weg staan, bijvoorbeeld wanneer een inschrijver heraanbesteding vordert, terwijl hij een ongeldige inschrijving heeft gedaan.<sup>46</sup>

Als eenmaal een dreiging van een onrechtmatige daad is vastgesteld, zal de voorwaarde dat de dreiging voldoende reëel is,<sup>47</sup> bij aanbestedingen in de regel geen obstakel vormen. De mededeling van de gunningsbeslissing houdt namelijk het voornemen in van de aanbestedende dienst om een overeenkomst te sluiten, wanneer niet binnen de opschortingstermijn een kort geding aanhangig is gemaakt. Door het sluiten van een overeenkomst zullen afgewezen inschrijvers schade lijden. De mededeling van de gunningsbeslissing maakt de dreiging van een onrechtmatige daad zonder meer reëel.

### 3.2.3 Het rechterlijk bevel en verbod bij een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis uit hoofde van een aanbestedingsovereenkomst

Een aanbesteder kan een aanbestedingsovereenkomst sluiten met inschrijvers. Een aanbestedingsovereenkomst kan tal van verbintenissen in het leven roepen, waarvan inschrijvers op de voet van het besproken artikel 3:296 BW nakoming kunnen vorderen. De aanbestedingsovereenkomst verschaft inschrijvers een contractuele grondslag voor aanspraken jegens

43 HvJ EG 19 juni 2003, C-249/01 (*Hackermüller*), r.o. 18. Zie hierover hoofdstuk 2, § 3.2.3.

44 Zie ook Vzv. Rb. Den Haag 21 februari 2013, *LJN CA2675*, r.o. 3.3-3.4, waarin een aanbestedende dienst werd bevolen een combinatie van ondernemers tot de inschrijvingsfase van een niet-openbare aanbestedingsprocedure toe te laten, terwijl vanuit het perspectief van objectieve handhaving een bevel tot heraanbesteding in de rede lag.

45 Zie bijv. Vzv. Rb. Arnhem 24 januari 2012, *LJN BV3641*, r.o. 4.10.

46 Een ander voorbeeld is de wijziging van een geschiktheidseis of een gunningscriterium die weliswaar niet op de voorgeschreven wijze is bekendgemaakt, maar waarmee de inschrijver die het bevel of verbod vordert door kennisneming van de nota van inlichtingen rekening heeft kunnen houden bij zijn inschrijving.

47 Deze voorwaarde is een toepassing van het belangvereiste van art. 3:303 BW; Van Nispen 1978, p. 171. Het belangvereiste in aanbestedingsgeschillen komt in hoofdstuk 7, § 2 uitgebreid aan bod.

de aanbestedder, waarop in beginsel naast de hiervoor besproken aanbestedingsrechtelijke rechtsplichten een beroep mogelijk is.

Het materiële recht op nakoming van een verbintenis uit overeenkomst is niet in de wet geregeld. Het recht op nakoming zou in de verbintenis besloten liggen.<sup>48</sup> Voor nakoming van verbintenissen uit overeenkomst gelden grotendeels dezelfde voorwaarden als voor een schadevergoedingsvordering op grond van wanprestatie. De schuldenaar kan dezelfde verweermiddelen inroepen. Bij blijvende onmogelijkheid of overmacht moet een vordering tot nakoming worden afgewezen.<sup>49</sup> Ingebrekestelling en verzuim zijn echter niet vereist. Schade evenmin. Deze regels gelden ook voor verbintenissen uit de aanbestedingsovereenkomst.

In het vorige hoofdstuk kwam aan de orde dat nakoming van een verbintenis uit een aanbestedingsovereenkomst soms al voor definitieve gunning onmogelijk is in de zin van artikel 6:74 lid 2 BW.<sup>50</sup> Dit komt doordat veel procedurefouten na de ontvangst van de inschrijvingen naar hun aard niet vatbaar zijn voor herstel. Een vordering tot nakoming lijkt dan op het eerste gezicht niet toewijsbaar. Zolang de opdracht niet definitief is gegund, lijden inschrijvers nog geen schade. Er kan dus in ieder geval geen aanspraak worden gemaakt op schadevergoeding. Het op de verbintenis uit de aanbestedingsovereenkomst gebaseerde rechterlijke bevel of verbod biedt toch een uitweg uit dit vacuüm. Door middel van een verbod om de opdracht op basis van de lopende aanbestedingsprocedure te gunnen kan de inschrijver schade als gevolg van een dreigende wanprestatie afwenden. De rechtsvordering tot nakoming van de verbintenis heeft dan, net als de rechtsvordering tot nakoming van de aanbestedingsrechtelijke rechtsplicht, een preventief karakter.

Voor een veroordeling tot nakoming van een aanbestedingsrechtelijke rechtsplicht is alleen plaats, wanneer de inschrijver die het bevel of verbod vordert door de beweerde inbreuk schade kan lijden.<sup>51</sup> De inschrijver moet dus aannemelijk maken dat zijn kans op gunning door de beweerde inbreuk nadelig is beïnvloed. Een dergelijk voorwaarde geldt niet voor een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit een aanbestedingsovereenkomst. De inschrijver heeft in beginsel, net als iedere andere partij bij een willekeurig andere overeenkomst, recht op nakoming van de verbintenissen die de aanbestedder door het aangaan van de aanbestedingsovereenkomst op zich heeft genomen. Op dit punt is er dus een belangrijk, meer dan theoretisch verschil tussen de voorwaarden voor een rechtsvordering tot nakoming van de aanbestedingsrechtelijke rechtsplicht en die voor de nakoming van een verbintenis uit de aanbestedingsovereenkomst.

---

48 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 380; Haas 2009, p. 12-13.

49 Haas 2009, p. 94-96. Anders: Jongbloed (Vermogensrecht), art. 3:296 BW, aant. 5. In geval van tijdelijke onmogelijkheid kan een veroordeling worden uitgesproken onder voorwaarde van opheffing van de onmogelijkheid; Van Nispen 1978, p. 205.

50 Hoofdstuk 4, § 2.4.6.

51 Zie hiervoor § 3.2.2.

Dit verschil is terug te voeren op het onderscheid tussen rechtsplichten en verbintenissen in het algemeen. Een verbintenis is een vermogensrechtelijke betrekking tussen twee of meer personen, krachtens welke de ene persoon tot een zekere prestatie verplicht is en de andere op die prestatie recht heeft.<sup>52</sup> In tegenstelling tot een rechtsplicht heeft een verbintenis naast een passieve zijde (een verplichting) tevens een actieve zijde (een recht),<sup>53</sup> vaak aangeduid als vorderingsrecht. Het recht uit een verbintenis is rechtstreeks gericht op een persoon.<sup>54</sup> Een inschrijver ontleent aan de aanbestedingsovereenkomst direct een subjectief recht jegens de aanbesteder op naleving van de daaruit voortvloeiende verplichtingen. Aanbestedingsrechtelijke rechtsplichten roepen niet rechtstreeks subjectieve rechten voor inschrijvers in het leven. Inschrijvers kunnen daarom van aanbestedingsrechtelijke rechtsplichten pas nakoming vorderen, indien en voor zover zij aannemelijk weten te maken dat zij door de inbreuk schade kunnen lijden.<sup>55</sup>

Een aanbestedingsovereenkomst kan vele procedurele verplichtingen voor de aanbesteder in het leven roepen, in het bijzonder wanneer een aanbestedingsreglement van toepassing is. Niet iedere inbreuk op een procedurevoorschrift heeft even ernstige gevolgen voor de concurrentie tussen inschrijvers. Dreiging van schade is echter niet vereist voor een veroordeling tot nakoming van een (aanbestedingsrechtelijke) verbintenis. Een vordering kan dus niet worden afgewezen vanwege het enkele feit dat de kans van de afgewezen inschrijver op gunning van de opdracht niet nadelig is beïnvloed door de beweerde inbreuk. Als de rechter een inbreuk op een procedurevoorschrift vaststelt, is aan de voorwaarden voor het opleggen van een rechterlijk bevel of verbod voldaan. De aangesproken aanbesteder kan dan slechts nog zijn toevlucht nemen tot bevrijdende verweren, zoals misbruik van bevoegdheid en de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.<sup>56</sup> Hoewel in het algemeen een beroep op een van deze gronden niet snel wordt gehonoreerd, heeft met name misbruik van bevoegdheid in aanbestedingsgeschillen potentie als verweer tegen een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit de aanbestedingsovereenkomst.<sup>57</sup> Wanneer de vastgestelde inbreuk geen invloed heeft gehad op de kans van de afgewezen inschrijver op de gunning van de opdracht, weegt het belang van de inschrijver bij nakoming van verbintenis uit de aanbestedingsovereenkomst naar mijn mening niet op tegen de belangen die daardoor worden geschaad.<sup>58</sup> Wanneer het de inschrijver niet te doen is om de naleving van

---

52 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 6; Van Nispen 1978, p. 8-9.

53 Van Nispen 1978, p. 10.

54 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 16.

55 Zie hiervoor § 3.2.2.

56 Zie ook hiervoor § 3.2.1.

57 Art. 3:13 BW.

58 Bij de beoordeling van een beroep op misbruik van bevoegdheid zijn de omstandigheden van het geval steeds beslissend. Daarbij kan onder meer rekening worden gehouden met de ernst van de inbreuk en of de afgewezen inschrijver, indien mogelijk, de aanbesteder op de fout heeft gewezen in een stadium waarin de inbreuk nog ongedaan kon worden gemaakt.

het geschonden procedurevoorschrift als zodanig en de inbreuk slechts als gelegenheidsargument wordt aangegrepen om heraanbesteding af te dwingen, wordt het recht op nakoming in mijn ogen bovendien uitgeoefend met een ander doel dan waarvoor het is verleend. Voor een beroep misbruik van bevoegdheid komen dus meerdere van de in artikel 3:13 lid 2 BW genoemde gronden voor toepassing in aanmerking.<sup>59</sup>

### 3.3 PROCEDURELE ASPECTEN VAN DE KORT GEDINGPROCEDURE

#### 3.3.1 Inleiding

De door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen vereiste voorlopige maatregelen moeten in een kort gedingprocedure kunnen worden gevorderd. Het civiele kort geding is in het Nederlandse recht in Afdeling 14 Rv geregeld. Voor een algemene, meer uitgebreide behandeling van het kort geding verwijs ik naar de bestaande handboeken.<sup>60</sup> In deze paragraaf komen enkele aspecten van de kort gedingprocedure aan de orde die van bijzonder belang zijn voor aanbestedingsgeschillen.

Paragraaf 3.3.2 begint met de behandeling van algemene karakteristieken van het kort geding. In paragraaf 3.3.3 besteed ik specifiek aandacht aan het kort geding in aanbestedingsgeschillen. Tot slot komt in paragraaf 3.3.4 het hoger beroep tegen het kort gedingvonnis aan bod.

#### 3.3.2 Algemene karakteristieken van het kort geding

Een bodemprocedure duurt maanden en soms zelfs jaren. Het kort geding kan uitkomst bieden in situaties waarin het vonnis in de bodemprocedure niet kan worden afgewacht.<sup>61</sup> De bevoegdheid van de voorzieningenrechter om in de vorm van een bevel of verbod een voorlopige maatregel te treffen vloeit voort uit artikel 254 Rv:

“In alle spoedeisende zaken waarin, gelet op de belangen van partijen, een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt vereist, is de voorzieningenrechter bevoegd deze te geven.”

Een voorlopige maatregel heeft een ordenende functie en geldt zolang de rechtsverhouding tussen partijen in een bodemprocedure is vastgesteld. Bij de beoordeling door de voorzieningenrechter komt het niet in de eerste plaats aan op wat recht is tussen partijen, maar hoe, rekening houdend met de wederzijdse belangen, een toestand kan worden geschapen die het

---

59 De in art. 3:13 lid 2 BW genoemde omstandigheden die misbruik van bevoegdheid opleveren zijn bovendien niet-limitatief.

60 Zie o.a. Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 366 e.v.; Asser Procesrecht 2/Van Schaick 2011, nr. 218 e.v.; Schenk/Blaauw 2002.

61 Asser Procesrecht 2/Van Schaick 2011, nr. 220.

mogelijk maakt de rechtsverhouding die het voorwerp is van het geschil te verwezenlijken.<sup>62</sup> Doelmatigheid staat dus voorop, niet rechtmatigheid. Niettemin is het voorlopig oordeel van de voorzieningenrechter over de gegrondheid van het door de eiser gepretendeerde recht een belangrijke factor bij de te nemen beslissing. De voorzieningenrechter moet zich namelijk richten op de (waarschijnlijke) uitkomst van de bodemprocedure.<sup>63</sup> Het is daarbij aan de eiser om zijn stellingen in het licht van het verweer van de gedaagde aannemelijk te maken.<sup>64</sup>

Afdeling 14 Rv wijdt slechts zeven bepalingen specifiek aan het kort geding. De overige bepalingen van Rv zijn op het kort geding van toepassing, tenzij de wet of de aard van het kort geding zich daartegen verzet.<sup>65</sup> De aard van het kort geding geeft de voorzieningenrechter een grote mate van vrijheid, waarbij de goede procesorde het leidende beginsel is.<sup>66</sup> De voorzieningenrechter is niet gebonden aan de bewijsregels.<sup>67</sup> De regels over bewijslastverdeling spelen vaak wel indirect een rol, namelijk bij de vorming van een voorlopig oordeel door de voorzieningenrechter.<sup>68</sup> Hierdoor is de kans groot dat onzekerheid over de relevante feiten voor risico komt van de partij die daarvan in een bodemprocedure op grond van artikel 150 Rv de bewijslast draagt. Artikel 22 Rv, dat ook op het kort geding van toepassing is, biedt de voorzieningenrechter een flexibel instrument om de relevante feiten zonder tijdrovende getuigenverhoren boven tafel te krijgen.<sup>69</sup> De (voorzieningen) rechter hoeft hiervoor geen tussenvonnis te wijzen.<sup>70</sup>

Het oordeel van de voorzieningenrechter is altijd voorlopig en brengt “geen nadeel toe aan de zaak ten principale”, aldus artikel 257 Rv. Hiermee komt tot uitdrukking dat de rechter in een bodemprocedure niet aan het oordeel van de voorzieningenrechter is gebonden. Dit laat onverlet dat de gevolgen van een kort gedingvonnis onomkeerbaar kunnen zijn.<sup>71</sup> Met het voorlopige karakter van het oordeel van de voorzieningenrechter hangt voorts samen dat kort gedingvonnissen condemnatoir van aard zijn.<sup>72</sup> De voorzieningenrechter kan de gedaagde bevelen een handeling te verrichten of na te laten, maar hij kan geen verklaring voor recht geven of een overeenkomst ontbinden. Doordat het oordeel van de voorzieningenrechter mede gebaseerd is op een

---

62 Schenk/Blaauw 2002, p. 15.

63 HR 21 april 1995, *NJ* 1996, 462; Asser Procesrecht 2/Van Schaick 2011, nr. 226.

64 Asser Procesrecht 2/Van Schaick 2011, nr. 224 en nr. 226; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 369.

65 Schenk/Blaauw 2002, p. 91-94 en p. 123; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 374; Asser Procesrecht 2/Van Schaick 2011, nr. 220. Voor de procesvoering in kort geding is een bijzonder procesreglement opgesteld, dat op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) is te raadplegen.

66 Zie ook Schenk/Blaauw 2002, p. 123.

67 Schenk/Blaauw 2002, p. 151-153; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 377.

68 Zie bijv. HR 21 april 1978, *NJ* 1979, 194, m.nt. Ten Kate; HR 15 januari 1999, *NJ* 1999, 665 (Procter & Gamble/Kimberly Clark), m.nt. Verkade, r.o. 3.3.2. Zie ook Schenk/Blaauw 2002, p. 156-157.

69 Zie ook Schenk/Blaauw 2002, p. 128-129.

70 Anders: Huith in zijn noot onder HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (Varec), *TBR* 2008, 168, punt 15. Zie voor een pragmatische aanpak bijv. *Vzr. Rb. Den Haag* 4 april 2008, *LJN* BD3223, r.o. 1.

71 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 334.

72 De opheffing van een beslag vormt hierop een uitzondering.

voorlopig oordeel over de rechtsverhouding tussen partijen, heeft een kort gedingvonnis niettemin een declaratoir element.<sup>73</sup>

### 3.3.3 Het kort geding in aanbestedingsgeschillen

De hiervoor besproken regeling van het kort geding is ook van toepassing op aanbestedingsgeschillen die onder de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen vallen. Dit geldt *a fortiori* voor aanbestedingsgeschillen die buiten de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen vallen. Van afwijking van de regels in Rv lijkt in aanbestedingsgeschillen dan ook geen sprake te zijn. Mogelijk zijn er nuanceverschillen. Zo lijkt de voorzieningenrechter in aanbestedingsgeschillen het accent te leggen op rechtmatigheid in plaats van doelmatigheid. De beoordeling van de rechtmatigheid van de handelswijze van de aanbesteder staat centraal. Een afweging van de betrokken belangen vindt zelden (expliciet) plaats. Als dit al het geval is, bestaat daarvoor vaak een bijzondere aanleiding, bijvoorbeeld een uitdrukkelijk beroep van de aangesproken aanbesteder op de belangen die door de gevraagde maatregel mogelijk worden geschaad. De belangenafweging komt vaak pas aan de orde, nadat al is geoordeeld dat de aanbesteder onrechtmatig heeft gehandeld. Voorzieningenrechtters gaan na of de uitkomst van een belangenafweging niettemin in de weg staat aan toewijzing van het gevorderde bevel of verbod.<sup>74</sup>

Naar mijn mening sluit de wijze waarop voorzieningenrechtters in aanbestedingsgeschillen de belangen van partijen gebruikelijk afwegen, goed aan bij de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen stellen de ongedaanmaking van schendingen van de aanbestedingsregels door middel van voorlopige maatregelen voorop.<sup>75</sup> Het achterwege laten van een voorlopige maatregel op grond van een afweging van de betrokken belangen is als uitzondering op dit uitgangspunt geformuleerd.<sup>76</sup> Voor afwijzing van een voorlopige maatregel op grond van een afweging van de betrokken belangen moeten de negatieve gevolgen groter zijn dan hun voordelen.<sup>77</sup> De belangen die de voorzieningenrechter in een kort geding heeft af te wegen kunnen van uiteenlopende aard zijn. Zij kunnen naast de belangen van partijen tevens de belangen van derden en maatschappelijke belangen betreffen.<sup>78</sup> Om uitholling van de rechtsbescherming te voorkomen, moet

73 Schenk/Blaauw 2002, p. 190.

74 Zie Gem. Hof NA en Aruba 15 januari 2013, *LJN* BZ1069, r.o. 4.9; Vزر. Rb. Zeeland-West-Brabant 28 maart 2013, *LJN* BZ6534, r.o. 4.11; Vزر. Rb. Rotterdam 10 mei 2012, *LJN* BW5760; Vزر. Rb. Den Haag 24 januari 2012, *LJN* BV1636, r.o. 3.10; Vزر. Rb. Amsterdam 8 december 2010, *LJN* BO8420, r.o. 4.10; Vزر. Rb. Den Bosch 21 januari 2008, *LJN* BC2464, r.o. 4.5; Evers 2008, p. 227-228, met verwijzingen naar jurisprudentie.

75 Art. 2 lid 1 sub a Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

76 Art. 2 lid 5 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren; art. 2 lid 4 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

77 Hoofdstuk 2, § 3.2.5.2.

78 Bijv. Vزر. Rb. Den Haag 21 mei 2010, *LJN* BM5875, r.o. 3.3. Zie ook Evers 2008, p. 227-229.

bij die afweging veel gewicht worden toegekend aan het belang van de afgewezen inschrijver.<sup>79</sup> Voorts ligt het in de rede om in ieder geval rekening te houden met de ernst van de geconstateerde schending van de aanbestedingsregels.<sup>80</sup> Aan de andere kant kan de voorzieningenrechter meewegen of de inschrijver een voldoende proactieve houding heeft aangenomen.<sup>81</sup> Bij de belangenafweging speelt in de praktijk een inschatting van de schade als gevolg van de gevorderde voorlopige maatregel, of juist het achterwege blijven daarvan, een belangrijke rol. De aanbesteder zal er mogelijk op wijzen dat de inschrijver in plaats van een voorlopige maatregel schadevergoeding kan vorderen. Indien echter voorzienbaar is dat de inschrijver bij het instellen van een schadevergoedingsvordering op bewijsproblemen zal stuiten, bijvoorbeeld doordat hij waarschijnlijk niet zal kunnen aantonen dat de opdracht zonder schending aan hem zou moeten worden gegund, maar hij wel een reële kan maken op gunning,<sup>82</sup> legt dit argument naar mening weinig gewicht in de schaal. Een schadevergoedingsvordering kan in dat geval niet als een reëel alternatief worden beschouwd. Er is dan juist aanleiding de belangenafweging in het voordeel van de inschrijver te laten uitvallen.

### 3.4 HET HOGER BEROEP TEGEN HET VONNIS VAN DE VOORZIENINGENRECHTER

#### 3.4.1 Inleiding

Tegen het vonnis van de voorzieningenrechter staat op grond van artikel 332 Rv hoger beroep open. De termijn voor het instellen van hoger beroep bedraagt vier weken.<sup>83</sup> Hoger beroep tegen het vonnis van de voorzieningenrechter komt met enige regelmaat voor in aanbestedingsgeschillen. Het gerechtshof oordeelt *ex nunc* en kan dus rekening houden met feiten en omstandigheden van na het vonnis van de voorzieningenrechter.<sup>84</sup> In hoger beroep in aanbestedingsgeschillen speelt een belangrijke rol of de aanbesteder de opdracht inmiddels definitief heeft gegund.<sup>85</sup> Wanneer de aanbesteder wacht met het sluiten van een overeenkomst totdat het gerechtshof arrest heeft gewezen, verandert er niets aan het beoordelingskader. Gaat de

---

79 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 623; Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 75.

80 De ernst van de schending lijkt bijv. een belangrijke rol te spelen in Vzr. Rb. Arnhem 10 juni 2010, L/JN BM9566, r.o. 4.20.

81 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 593. Zie ook hoofdstuk 7, § 3.3.3.

82 Denk bijv. aan de situatie waarin een inschrijver in een openbare aanbestedingsprocedure waarbij 'de economisch meest voordelige inschrijving' als gunningscriterium geldt, ten onrechte van deelname is uitgesloten en herbeoordeling van de inschrijvingen moet plaatsvinden.

83 Art. 339 lid 2 Rv.

84 Schenk/Blaauw 2002, p. 15.

85 Bij aanbestedingen waarop deel 2 of deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, moet de aanbestedende dienst op grond van art. 2.131 in ieder geval het vonnis van de vzr. afwachten.

aanbesteder wel over tot de definitieve gunning van de opdracht, daarvoor kunnen goede redenen zijn, dan komen de kaarten anders te liggen.

### 3.4.2 De mogelijkheden om in hoger beroep een gesloten overeenkomst aan te tasten

In de jurisprudentie van gerechtshoven over de Wira zijn grofweg twee benaderingen te onderscheiden.<sup>86</sup> Volgens het Gerechtshof Den Haag ligt in het stelsel van de Wira besloten dat in hoger beroep alleen plaats is voor het ingrijpen in een gesloten overeenkomst, wanneer de afgewezen inschrijver aannemelijk weet te maken dat de overeenkomst vernietigbaar is op één van de in artikel 8 van de Wira (thans artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012) genoemde gronden. Dit uitgangspunt leidt uitzondering, wanneer de aanbestedende dienst door het sluiten van de overeenkomst misbruik van bevoegdheid maakt, waarvan sprake kan zijn, wanneer de aanbestedende dienst dit doet “met klaarblijkelijke miskennis van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht”. Daarnaast is volgens het Gerechtshof Den Haag denkbaar dat de gesloten overeenkomst nietig is op grond van artikel 3:40 BW.<sup>87</sup>

De rechtsopvatting van het Gerechtshof Den Haag is gebaseerd op de wetsgeschiedenis van de Wira. Uit de memorie van toelichting bij het voorstel van deze wet leidt het gerechtshof af dat met de Wira in navolging van de Wijzigingsrichtlijn zou zijn beoogd een definitieve regeling te geven en daarbij een evenwicht aan te brengen tussen de belangen van de aanbestedende dienst en de afgewezen inschrijver. De afgewezen inschrijver zou een redelijke termijn moeten hebben om de gunningsbeslissing voor de voorzieningenrechter aan te vechten. Wanneer de inschrijver binnen deze termijn een rechtsmiddel aanwendt, wordt de termijn verlengd totdat de voorzieningenrechter uitspraak heeft gedaan. Het instellen van hoger beroep tegen het vonnis van de voorzieningenrechter heeft geen verdere verlenging van de termijn tot gevolg, tenzij de voorzieningenrechter dit heeft bepaald. Volgens het Gerechtshof Den Haag zou met het sluiten van de overeenkomst de tweede fase van de Wira intreden. De afgewezen inschrijver zou dan nog slechts vernietiging kunnen vorderen op één van de in artikel 8 van de Wira genoemde gronden.<sup>88</sup>

---

86 De Wira is zonder materiële wijzigingen opgenomen in de Aanbestedingswet 2012. Aannemelijk is dat gerechtshoven zullen vasthouden aan hun jurisprudentie.

87 Hof Den Haag 17 mei 2011, *LJN* BQ4365, r.o. 2.6.1; Hof Den Haag 17 mei 2011, *LJN* BQ5659, r.o. 6.3-6.4; Hof Den Haag 17 juli 2012, *LJN* BX0981, r.o. 3.1. Zie ook Hof Den Haag 27 november 2012, *JAAN* 2013, 46, m.nt. Zweers-te Raaij, r.o. 12; Hof Den Haag 5 februari 2013, *JAAN* 2013, 89, m.nt. Mutsaers, r.o. 5; Hof Den Haag 25 juni 2013, *ECLI* NL:GHDHA:2013:2081, r.o. 3. Blijkens Hof Den Haag 21 mei 2013, *JAAN* 2013, 132, m.nt. Ritsema-van Eck, r.o. 8, ziet het hof in (het stelsel van) de Wira geen beperking om een in incident gevorderd verbod om de opdracht definitief te gunnen totdat eindarrest is gewezen, toe te wijzen.

88 Zie o.a. Hof Den Haag 17 mei 2011, *LJN* BQ4365, r.o. 2.6.1.



De ruimte die de jurisprudentie van het Gerechtshof Den Haag openlaat om in hoger beroep een overeenkomst die na het vonnis van de voorzieningenrechter is gesloten aan te tasten, is zeer beperkt.<sup>89</sup> Misbruik van bevoegdheid wordt immers niet snel aangenomen en is bovendien moeilijk aannemelijk te maken, terwijl de Hoge Raad al heeft geoordeeld dat een in strijd met de aanbestedingsregels gesloten overeenkomst niet zonder meer nietig is.<sup>90</sup>

Andere gerechtshoven gaan uit van een fundamenteel andere benadering en zien, in tegenstelling tot het Gerechtshof Den Haag, in de Wira geen beperking om in te grijpen in een na het vonnis van de voorzieningenrechter gesloten overeenkomst. Het Gerechtshof Amsterdam oordeelde dat de in artikel 8 van de Wira genoemde vernietigingsgronden niet limitatief zijn, in die zin dat een overeenkomst niet op andere gronden zou kunnen worden aangetast. De verplichting van de rechter om effectieve rechtsbescherming te bieden geldt ook in andere gevallen. Dit brengt volgens het Gerechtshof Amsterdam mee dat de rechter in kort geding, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep, een uitspraak kan doen die neerkomt op een verbod om uitvoering te geven aan de inmiddels gesloten overeenkomst.<sup>91</sup> Ook het Gerechtshof Arnhem lijkt mogelijkheden te zien om indirect in te grijpen in een reeds gesloten overeenkomst.<sup>92</sup> De uitspraak van het Gerechtshof Arnhem is gewezen door raadsheren van het Gerechtshof Leeuwarden, dat tot 1 januari 2013 als nevenzittingsplaats van het Gerechtshof Arnhem fungeerde. In jurisprudentie van voor de inwerkingtreding van de Wira had het Gerechtshof Leeuwarden al eens geoordeeld dat een aanbestedende dienst in hoger beroep kan worden veroordeeld om bij wijze van schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom een reeds gesloten overeenkomst te beëindigen en de opdracht opnieuw aan te besteden.<sup>93</sup> Het Gerechtshof Leeuwarden lijkt die lijn na inwerkingtreding van de Wira en (thans de Aanbestedingswet 2012) te hebben willen voortzetten.

Het hiervoor aangehaalde arrest van het Gerechtshof Amsterdam heeft in de literatuur weinig bijval gekregen. Schrijvers verwijten het gerechtshof geen oog te hebben gehad voor het onderscheid tussen de precontractuele fase en de postcontractuele fase.<sup>94</sup> Huith en Pinto leiden uit de Rechtsbeschermingsrichtlijnen af dat overeenkomsten die niet op één van de in de

89 Aldus ook Mutsaers in zijn noot onder Hof Den Haag 5 februari 2013, *JAAN* 2013, 89.

90 HR 4 november 2005, *NJ* 2006, 204 (Gebr. Van der Stroom/Staat), r.o. 4.1.2. Zie over nietigheid van met de aanbestedingsregels strijdige rechtshandelingen hoofdstuk 6, § 3.4.

91 Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *TBR* 2010, 205, m.nt. Huith & Pinto, r.o. 4.3.

92 Hof Arnhem 23 augustus 2011, *LJN* BR5606, r.o. 3. Zie ook Lengyel-Verresen 2011, p. 953-954; Tucker 1997, p. 195.

93 Hof Leeuwarden 9 januari 2008, *LJN* BC1858, r.o. 8; Hof Leeuwarden 12 mei 2009, *LJN* BI5096, r.o. 8.

94 Huith & Pinto in hun noot onder Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *TBR* 2010, p. 1119; Lengyel-Verresen 2011, p. 953. Anders: Zweers-te Raaij in haar noot onder Hof Den Haag 27 november 2012, *JAAN* 2013, 46; Mutsaers in zijn noot onder Hof Den Haag 5 februari 2013, *JAAN* 2013, 89.

Rechtsbeschermingsrichtlijnen genoemde gronden vernietigbaar zijn, in beginsel niet kunnen worden aangetast, tenzij het nationale recht ruimere rechtsbescherming biedt. Zij stellen met een beroep op de wetsgeschiedenis dat met de Wira naar een evenwicht is gezocht tussen de belangen van de diverse partijen die bij een aanbesteding zijn betrokken. Volgens Huith en Pinto brengt de rechtszekerheid mee dat de afgewezen inschrijver na de afloop van de opschortingstermijn genoeg moet nemen met schadevergoeding.<sup>95</sup> Een overeenkomst die niet op één van de in de Wira (thans Aanbestedingswet 2012) genoemde gronden vernietigbaar is, zou in hoger beroep niet kunnen worden aangetast, zo begrijp ik het betoog van Huith en Pinto. De jurisprudentie van het Gerechtshof Den Haag sluit aan bij het betoog van Huith en Pinto. Een verschil is dat het Gerechtshof Den Haag zijn oordeel baseert op 'het stelsel van de Wira' in plaats van de rechtszekerheid.<sup>96</sup>

Ik deel de kritiek op de benadering van het Gerechtshof Amsterdam niet, althans niet zonder meer. Ik meen dat juist de rechtsopvatting van het Gerechtshof Den Haag onjuist is. Weliswaar kan onderscheid worden gemaakt tussen de precontractuele fase en de postcontractuele fase,<sup>97</sup> maar dit onderscheid brengt nog niet mee dat een eenmaal gesloten overeenkomst die niet vernietigbaar is op één van de in Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden, onaantastbaar is.<sup>98</sup> De Rechtsbeschermingsrichtlijnen laten het nu juist aan lidstaten over om de gevolgen van de beschikbare maatregelen voor een gesloten overeenkomst te bepalen. Lidstaten mogen bepalen dat de bevoegdheden van de beroepsinstantie na het sluiten van een overeenkomst door de aanbestedende dienst beperkt zijn tot toekenning van schadevergoeding.<sup>99</sup> De Nederlandse wetgever heeft bewust geen gebruik gemaakt van deze bevoegdheid.<sup>100</sup> Het Nederlandse recht biedt een grondslag om een eenmaal gesloten overeenkomst aan te tasten.<sup>101</sup> Die regeling kan niet ter zijde worden geschoven door de enkele in de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel van de Wira geuite behoefte om evenwicht te brengen tussen de

95 Huith & Pinto in hun noot onder Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *TBR* 2010, p. 1119-1120.

96 Zie o.a. Hof Den Haag 17 mei 2011, *LJN* BQ4365, r.o. 2.6.1.

97 Overigens maken de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, noch de Wira, noch de Aanbestedingswet 2012 dit onderscheid expliciet.

98 Met 'aantastbaar' bedoel ik dat de overeenkomst kan worden beëindigd, doordat de aanbestedende dienst daartoe door de rechter kan worden gedwongen.

99 Art. 2 lid 7 Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren; art. 2 lid 6 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren. Vanzelfsprekend behoudens de in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen genoemde gronden voor 'onverbindendheid'.

100 Zie opmerkingen bij art. 2 lid 6, tweede alinea Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren en art. 2 lid 7, tweede alinea Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren in de transponeringstabellen in *Kamerstukken II*, 2008/09, 23 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 24 en p. 26. Zie ook Zweers-te Raaij in haar noot onder Hof Den Haag 27 november 2012, *JAAN* 2013, 46.

101 Zie hierna § 3.4.3. Zie ook Van Wassenaer van Catwijck in zijn noot onder HR 22 januari 1999, *BR* 1999, p. 985 (Uneto/De Vliert); Ritsema-van Eck in haar noot onder Hof Den Haag 21 mei 2013, *JAAN* 2013, 132.

belangen van afgewezen inschrijvers en aanbestedende diensten. Bovendien blijkt nergens uit dat het gewenste evenwicht tussen de belangen van inschrijvers en aanbestedende diensten in de ogen van de wetgever zou worden bereikt door inschrijvers *de facto* de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep te ontnemen. In de volgende paragraaf zal ik proberen aan te tonen dat het toepasselijke beoordelingskader voor een vordering die erop is gericht een gesloten overeenkomst open te breken, meer evenwicht brengt tussen de belangen van de betrokken partijen dan de benadering van het Gerechtshof Den Haag.

### 3.4.3 Het beoordelingskader voor vorderingen van inschrijvers na definitieve gunning

(Het stelsel van) de Aanbestedingswet 2012 houdt dus geen beperking in van de bevoegdheid van de rechter in hoger beroep om een overeenkomst die op basis van een onrechtmatige gunningsbeslissing is gesloten op vordering van een inschrijver aan te tasten. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het beoordelingskader voor bezwaren van inschrijvers tegen beslissingen van de aanbestedende dienst voor en na definitieve gunning gelijk is. De definitieve gunning van de opdracht is een belangrijke omstandigheid waarmee de rechter in hoger beroep rekening moet houden.<sup>102</sup> De rechtsopvatting van het Gerechtshof Amsterdam die in de vorige paragraaf aan de orde kwam,<sup>103</sup> is in mijn ogen te ongenueanceerd.

Door definitieve gunning is in de eerste plaats de kans van afgewezen inschrijvers om op basis van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure de opdracht te verwerven verkeken. De definitieve gunning van de opdracht moet in de regel als een verwerping van de aanbiedingen van de overige inschrijvers worden beschouwd.<sup>104</sup> Door verwerping zijn de aanbiedingen van de afgewezen inschrijvers vervallen. Nakoming van de veronderstelde rechtsplicht of verbintenis om de opdracht aan de afgewezen inschrijver te gunnen of de aanbestedingsprocedure voort te zetten, is hierdoor onmogelijk. Vorderingen die op nakoming van die rechtsplicht of verbintenis zijn gericht komen dus niet langer voor toewijzing in aanmerking.<sup>105</sup> De enige mogelijkheid waarop de afgewezen inschrijver nog kans kan maken op het verwerven van de opdracht is heraanbesteding.<sup>106</sup> Heraanbesteding kan worden

---

102 De beschouwingen in deze paragraaf zijn *mutatis mutandis* toepasbaar op aanbestedingsgeschillen waarop deel 2 of deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is.

103 Hof Amsterdam 17 augustus 2010, *TBR* 2010, 205, m.nt. De Huith & Pinto.

104 Zie hoofdstuk 3, § 2.2; *Vzr. Rb. Den Haag* 24 januari 2012, *LJN* BV1636, r.o. 3.12.

105 Zie hiervoor § 3.2.1 en voor op aanbestedingsovereenkomsten gebaseerde vorderingen tevens § 3.2.3. Te denken valt aan een bevel om de inschrijving van de partij met wie de aanbestedende dienst inmiddels een overeenkomst heeft gesloten ter zijde te leggen, een bevel om de inschrijvingen opnieuw te beoordelen of een geclausuleerd bevel om de opdracht aan de afgewezen inschrijver te gunnen.

106 Hof Leeuwarden 9 januari 2008, *LJN* BC1858, r.o. 8; Hof Leeuwarden 12 mei 2009, *LJN* BI5096, r.o. 8.

afgedwongen met een bevel tot beëindiging - feitelijk en rechtens - van de gesloten overeenkomst in combinatie met een bevel tot heraanbesteding. Door definitieve gunning verschiet in de tweede plaats de grondslag van de vordering van de inschrijver van kleur. Wanneer de voorzieningenrechter de gevorderde voorlopige maatregel afwijst en de aanbestedende dienst vervolgens overgaat tot definitieve gunning, ontstaat schade. Pas vanaf dat moment is er sprake van een onrechtmatige daad of wanprestatie.<sup>107</sup> Vorderingen van inschrijvers die erop zijn gericht nog een kans te maken op het verwerven van de opdracht, zoals de vordering tot heraanbesteding, moeten dan worden beschouwd als schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom in de zin van artikel 6:103 BW.<sup>108</sup> Schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom moet worden onderscheiden van het rechterlijk bevel en verbod tot nakoming van een rechtsplicht.<sup>109</sup> Het doel van schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom is de gevolgen van reeds begaan onrecht goed te maken. Het rechterlijk bevel en verbod daarentegen hebben een preventief karakter en zijn gericht op het voorkomen van schade.<sup>110</sup> Voor toewijzing van schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom enerzijds en het rechterlijk bevel en verbod anderzijds gelden verschillende voorwaarden.<sup>111</sup> De inschrijver die hoger beroep instelt tegen een afwijzend vonnis van de voorzieningenrechter, krijgt door definitieve gunning van de opdracht door de aanbestedende dienst te maken met aanvullende voorwaarden. Hij zal tevens schade en causaal verband moeten aantonen.<sup>112</sup> Schade en causaal verband zijn niet vereist voor toewijzing van een rechterlijk bevel of verbod op grond van een verbintenis uit de aanbestedingsovereenkomst.<sup>113</sup> Voor een veroordeling tot nakoming van een aanbestedingsrechtelijke rechtsplicht speelt schade weliswaar een rol, maar worden geen hoge eisen gesteld aan de door de inschrijver aannemelijk te maken kans op schade.<sup>114</sup>

Op de procedure in hoger beroep zijn de gewone regels van de appelprocedure van toepassing, voor zover het bijzondere karakter van het kort geding zich daartegen niet verzet.<sup>115</sup> De rechter in hoger beroep zal net als de

---

107 Zie hiervoor § 3.1.

108 Hof Leeuwarden 9 januari 2008, *LJN* BC1858, r.o. 8; Hof Leeuwarden 12 mei 2009, *LJN* BI5096, r.o. 8. Zie over de vorm van schadevergoeding hoofdstuk 4, § 3.3.5.

109 Van Nispen 1978, p. 71.

110 Van Nispen 1978, p. 66-70; Deurvorst (Onrechtmatige daad II), regeling Boek 6 BW, aant. 61.

111 Deurvorst (Onrechtmatige daad II), regeling Boek 6 BW, aant. 61. Zie over de voorwaarden voor toekenning van schadevergoeding hoofdstuk 4, § 2 en § 3 en over de voorwaarden voor het rechterlijk bevel en verbod hiervoor § 3.2.1, § 3.2.2 en § 3.2.3.

112 Zie hoofdstuk 4, § 2.3.4 en § 2.4.4.

113 Zie hiervoor § 3.2.3.

114 Zie hiervoor § 3.2.2.

115 Schenk/Blaauw 2002, p. 175. Voor de procedure in hoger beroep waarbij spoedappel is ingesteld tegen een in kort geding gewezen vonnis zijn in het toepasselijke Landelijk Rolreglement, dat op de website [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) is te raadplegen, afwijkende regels opgenomen, waaronder aanzienlijk kortere termijnen voor het indienen van processtukken.

voorzieningenrechter in eerste aanleg een belangenafweging moeten maken. Daarin zal de definitieve gunning een belangrijke rol spelen. Bij de belangenafweging in eerste aanleg staat de effectieve rechtsbescherming voorop en zou een belangenafweging slechts in uitzonderlijke omstandigheden reden mogen zijn voor de voorzieningenrechter om, ondanks een vastgestelde procedurefout, van het opleggen van een voorlopige maatregel af te zien.<sup>116</sup> Een bevel tot beëindiging van de overeenkomst en tot heraanbesteding van de opdracht is een zware, ingrijpende sanctie. In hoger beroep zouden daarom juist omgekeerd het belang van de aanbestedende dienst, de inschrijver aan wie de opdracht is gegund en derden, zoals 'eindgebruikers', bij instandhouding van de inmiddels gesloten overeenkomst voorop moeten staan.<sup>117</sup> De rechter zal onder meer rekening moeten houden met de financiële gevolgen van de beëindiging van de overeenkomst. In dat verband is mede relevant of al uitvoering is gegeven aan de opdracht. Wanneer de aard en de inhoud van de overeenkomst dit toelaten, kan beëindiging van de overeenkomst na een zekere periode of tot een eenvoudig af te bakenen onderdeel worden bevolen.<sup>118</sup> Een ander belangrijk aspect waarmee de rechter rekening moet houden, zijn de juridische mogelijkheden voor de aanbestedende dienst om de gesloten overeenkomst te beëindigen. Voor aanneming van werk en dienstverlening bestaan wettelijke gronden voor opzegging van de overeenkomst.<sup>119</sup> Dit geldt bijvoorbeeld niet voor koop. Het gaat in mijn ogen erg ver om de aanbestedende dienst door middel van een rechterlijk bevel tot wanprestatie te bewegen. Wanneer een wettelijke of contractuele grondslag voor beëindiging van de overeenkomst ontbreekt, zou een daarop gerichte vordering slechts in uitzonderlijke situaties mogen worden toegewezen. Aan de zijde van de afgewezen inschrijver kan de kans om de opdracht bij heraanbesteding te verwerven, gewicht in de schaal leggen. Als de afgewezen inschrijver slechts één van de vele potentiële inschrijvers is, zal er niet snel aanleiding bestaan om de aanbestedende dienst te dwingen de gesloten overeenkomst te beëindigen en de opdracht opnieuw aan te besteden.

Er zijn vanzelfsprekend nog veel meer omstandigheden te bedenken die bij de belangenafweging een rol kunnen spelen.<sup>120</sup> De ene omstandigheid zal zwaarder wegen dan de andere. Zoals wel vaker in het recht is veel afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Al met al biedt de belangenafweging naar mijn mening meer evenwicht dan de in de vorige paragraaf besproken benadering van het Gerechtshof Den Haag,<sup>121</sup> waarin

---

116 Zie hiervoor § 3.3.3.

117 Zie ook Essers 2009, p. 559-560; NvT bij Bao, p. 50-51. Zie voorts, iets terughoudender, Tucker 1997, p. 195.

118 Denk bijv. aan raamovereenkomsten met een eenzijdige optie tot verlenging. Een verbod tot uitoefening van een dergelijke optie is in de regel weinig bezwarend. Zie ook Essers 2009, p. 564.

119 Zie art. 7:764 en art. 7:408 BW.

120 Zie Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 638-641.

121 Zie o.a. Hof Den Haag 17 mei 2011, L/JN BQ4365, r.o. 2.6.1; Hof Den Haag 17 mei 2011, L/JN BQ4365, r.o. 6.3-6.4.

afgewezen inschrijvers de toegang tot de hoger beroepsrechter *de facto* wordt ontzegd.

## 4 DE POSITIE VAN DERDEN IN AANBESTEDINGSGESCHILLEN

### 4.1 INLEIDING

Bezwaren van inschrijvers zijn gericht tegen beslissingen van aanbesteders. Partijen bij een kort geding zijn dus in ieder geval de afgewezen inschrijver en de aanbesteder. Een uitspraak van de (voorzieningen)rechter bindt alleen partijen.<sup>122</sup> Doordat bij een aanbesteding in de regel de belangen van meerdere inschrijvers zijn betrokken, kan een uitspraak van de voorzieningenrechter gevolgen hebben voor de inschrijvers die geen partij zijn in het geding tussen de afgewezen inschrijver en de aanbesteder. Inschrijvers kunnen er dus belang bij hebben de uitkomst van het geding tussen de afgewezen inschrijver en de aanbesteder te beïnvloeden. In deze paragraaf komen de mogelijkheden aan bod die de wet daartoe biedt. In paragraaf 4.2 besteed ik aandacht aan voeging en tussenkomst.<sup>123</sup> In paragraaf 4.3 komt derdenverzet aan de orde.

#### 4.1.1 Voeging en tussenkomst: algemene aspecten

De aangewezen weg voor inschrijvers om direct als procespartij te worden toegelaten in het geding tussen de afgewezen inschrijver en de aanbesteder is voeging of tussenkomst. Voor zowel voeging als tussenkomst is toestemming van de rechter noodzakelijk, die bij incidentele conclusie moet worden gevorderd.<sup>124</sup> De incidentele conclusie is gericht tegen beide partijen in de hoofdzaak, die daartegen ieder afzonderlijk verweer mogen voeren.<sup>125</sup> De rechter beslist bij tussenvonnis. In een bodemprocedure gebeurt dit schriftelijk, voordat in de hoofdzaak wordt voortgeprocedeerd. In een kort gedingprocedure neemt de voorzieningenrechter in de regel aan het begin van de mondelinge behandeling een beslissing, die later in het vonnis in de hoofdzaak wordt opgenomen. Soms stelt de voorzieningenrechter zijn beslissing uit tot het vonnis in de hoofdzaak.

#### 4.1.2 Voeging

Van voeging is sprake wanneer een derde zich in het geding mengt om de eisende partij te ondersteunen bij haar vordering of de gedaagde bij zijn

---

122 Vgl. art. 236 Rv voor vonnissen in een bodemprocedure.

123 Tezamen vallen zij onder het begrip 'interventie'.

124 Art. 218 Rv.

125 Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), Eerste Boek, Tweede Titel, Tiende Afdeling Rv, § 3, aant. 3 en art. 218 Rv, aant. 4.

verweer.<sup>126</sup> In het verleden hanteerde de Hoge Raad een strenge maatstaf voor derden om als voegende partij te worden toegelaten. Voor voeging was benadeling vereist van de rechten of de rechtspositie van de derde als mogelijk gevolg van de uitspraak.<sup>127</sup> Nu is voldoende dat de derde belang heeft bij de uitkomst van het geding, doordat de uitspraak feitelijk of rechtens gevolgen voor hem kan hebben.<sup>128</sup> Een incidentele vordering tot voeging kan nog worden afgewezen, indien de procedure hierdoor onredelijk of onnodig zou worden vertraagd.<sup>129</sup>

Aan de maatstaf om als voegende partij te worden toegelaten is in aanbestedingsgeschillen snel voldaan. Als bijvoorbeeld een aanbesteder op vordering van een afgewezen inschrijver wordt bevolen de gunningsbeslissing in te trekken, verliest de inschrijver aan wie de opdracht voorlopig is gegund, uitzicht op het sluiten van een overeenkomst. Het vonnis in een kort geding tussen een inschrijver en de aanbesteder kan dus feitelijke gevolgen voor hem hebben. Het belang van de winnende inschrijver bij de uitkomst van dit geding is evident. In aanbestedingsgeschillen staat het belang bij voeging vrijwel nooit ter discussie. Voeging hoeft geen onredelijke of onnodige vertraging tot gevolg te hebben voor de procedure tussen de afgewezen inschrijver en de aanbesteder. In een kort geding wordt de incidentele conclusie ter zitting genomen. Wanneer de conclusie van tevoren aan de voorzieningenrechter en de raadslieden van partijen is verzonden, komt de voortgang van het geding niet snel in het gedrang en staat niets aan toewijzing van de incidentele vordering tot voeging in de weg.

#### 4.1.3 Tussenkomst

Tussenkomst is verstrekkender dan voeging. Van tussenkomst is sprake, wanneer de derde ten opzichte van beide partijen een zelfstandige positie inneemt op basis van een zelfstandig vorderingsrecht dat betrekking heeft op het onderwerp van het geding.<sup>130</sup> De tussenkomende partij sluit zich dus niet slechts aan bij het standpunt van een van beide partijen, zoals dit het geval is bij voeging.

Voor toewijzing van een vordering tot tussenkomst gold voorheen net als voor voeging een strenge maatstaf. Daarvoor moest blijken van een belang van de derde om benadeling of verlies van een hem toekomend recht te voorkomen, dat werd bedreigd door het aanhangige geding en voor het behoud waarvan zijn optreden noodzakelijk was.<sup>131</sup> Hoewel de maatstaf voor tussenkomst in meer recente jurisprudentie grotendeels is gehandhaafd,

---

126 Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), Eerste Boek, Tweede Titel, Tiende Afdeling Rv, § 3, aant. 2.

127 HR 3 mei 1957, *NJ* 1959, 62.

128 HR 14 maart 2008, *NJ* 2008, 168, r.o. 3.3; Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), art. 217 Rv, aant. 2.

129 Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), art. 217 Rv, aant. 4.

130 Zie ook Asser Procesrecht 2/Van Schaik 2011, nr. 47; Stein/Rueb 2011, p. 203-204. Anders: Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), Eerste Boek, Tweede Titel, Tiende Afdeling Rv, § 3, aant. 2.

131 HR 2 maart 1956, *NJ* 1956, 199.

lijkt hij door de Hoge Raad aanmerkelijk soepeler te worden gehanteerd. De Hoge Raad lijkt tegenwoordig meer gewicht toe te kennen aan de ratio van tussenkost, te weten het dienen van de proceseconomie en het voorkomen van tegenstrijdige uitspraken.<sup>132</sup> Voor tussenkost geldt naar geldend recht nog steeds als maatstaf dat moet blijken van een belang van de derde om benadeling of verlies van een hem toekomend recht te voorkomen. Maar daarbij moeten de begrippen 'recht', 'verlies' en 'benadeling' ruim worden uitgelegd. Onder een 'recht' valt iedere door het recht beschermde aanspraak. 'Verlies' en 'benadeling' zien mede op feitelijke aantasting.<sup>133</sup> De maatstaf voor tussenkost is daarmee nog steeds strenger dan die voor voeging, waarvoor een feitelijk of rechtens belang bij de uitkomst voldoende is.<sup>134</sup> Dit verschil is verklaarbaar. Tussenkost is zoals gezegd immers verstrekkender dan voeging.

Niet geheel duidelijk is of de tussenkostende partij een vordering moet instellen tegen één of zelfs tegen beide partijen in het geding. Sommige schrijvers lijken hiervan uit te gaan.<sup>135</sup> De wet stelt deze eis echter niet.<sup>136</sup> De Hoge Raad staat het instellen van een vordering tegen (één van) beide partijen wel toe, maar noodzakelijk vindt hij dit niet. Ik wijs in dit verband op een arrest van de Hoge Raad van 14 maart 2008.<sup>137</sup> Dit arrest heeft weliswaar betrekking op interventie in cassatie, maar de overwegingen van de Hoge Raad zijn in mijn ogen ook relevant voor interventie in de feitelijke instanties. Blijkens het arrest van 14 maart 2008 acht de Hoge Raad tussenkost mede mogelijk om op basis van een vorderingsrecht tegenover beide partijen een zelfstandig verweer te voeren.<sup>138</sup> Wanneer alleen verweer wordt gevoerd tegen een vordering, is het instellen van een vordering door de tussenkostende partij niet aan de orde. Kortom: de tussenkostende partij moet weliswaar ageren op basis van een zelfstandig vorderingsrecht, met een eigen feitelijke grondslag, maar zij hoeft de prestatie die het voorwerp van het geding is, niet per se voor zichzelf op te eisen.

Ik meen dat in aanbestedingsgeschillen al snel is voldaan aan de maatstaf om als tussenkostende partij te worden toegelaten. Ik neem als voorbeeld een situatie die in de praktijk veel voorkomt. De inschrijver aan wie de opdracht voorlopig is gegund wenst tussen te komen in een geding tussen een afgewezen inschrijver en de aanbestedder. In dit geding vordert de afgewezen inschrijver een bevel tot intrekking van de gunningsbeslissing.

---

132 HR 14 maart 2003, *NJ* 2003, 313; Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), art. 217 Rv, aant. 3.

133 Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), art. 217 Rv, aant. 3.

134 Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), art. 217 Rv, aant. 3.

135 Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), Eerste Boek, Tweede Titel, Tiende Afdeling Rv, § 3, aant. 6; Stein/Rueb 2011, p. 203-204.

136 De in art. 219 lid 1 sub b Rv genoemde 'vordering en de grond waarop zij berust' die in de incidentele conclusie moeten worden vermeld, hebben betrekking op de vordering tot voeging of tussenkost. Zie Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), art. 218 Rv, aant. 3.

137 HR 14 maart 2008, *NJ* 2008, 168.

138 HR 14 maart 2008, *NJ* 2008, 168, r.o. 3.2.



Hij meent dat de winnende inschrijving ongeldig is en ter zijde moet worden gelegd. De inschrijver die wenst tussen te komen vordert op zijn beurt de aanbestedder te bevelen de opdracht aan hem te gunnen.<sup>139</sup>

De tot de aanbestedder gerichte vordering van de winnende inschrijver in dit voorbeeld is een zelfstandige vordering. Aan die vordering ligt een door het materiële recht - de aanbestedingsregels - beschermde aanspraak ten grondslag. Die aanspraak zou bij toewijzing van het door de afgewezen inschrijver gevorderde bevel tot intrekking van de gunningsbeslissing feitelijk worden aangetast. De inschrijver aan wie de opdracht voorlopig is gegund, zou zijn (voorwaardelijke) aanspraak op gunning namelijk in rook zien opgaan. De behandeling van de gevorderde bevelen van de afgewezen inschrijver en de tussenkomende inschrijver in afzonderlijke procedures zou bovendien tot tegenstrijdige beslissingen kunnen leiden. Dit zou de proceseconomie schaden en afbreuk doen aan de ratio van tussenkomst. De winnende inschrijver moet dus worden geacht voldoende belang te hebben bij zijn vordering tot tussenkomst in het geding tussen de afgewezen inschrijver en de aanbestedder.

De incidentele conclusie tot tussenkomst wordt ter zitting genomen, maar moet van tevoren aan de voorzieningenrechter en de raadslieden van partijen worden verzonden. Wanneer dit tijdig gebeurt, hoeft tussenkomst geen onredelijke of onnodige vertraging tot gevolg te hebben en staat niets aan toewijzing van de incidentele vordering tot tussenkomst in de weg.<sup>140</sup> Hoewel strikt genomen niet noodzakelijk, doet de tussenkomende inschrijver die het zekere voor het onzekere wil nemen, er verstandig aan om een vordering in te stellen tegen zowel de aanbestedder als de afgewezen inschrijver. Over de noodzaak tot het instellen van een vordering bij tussenkomst lopen de opvattingen van voorzieningenrechters in aanbestedingsgeschillen namelijk uiteen.<sup>141</sup> De tussenkomende partij kan van de aanbestedder vorderen om de opdracht aan geen ander dan aan haar te gunnen en van de afgewezen inschrijver om dit 'te gehengen en te gedogen'. Incidentele vorderingen tot tussenkomst worden in aanbestedingsgeschillen vaak, maar niet altijd toegewezen.<sup>142</sup> Voor sommige voorzieningenrechters is een grond voor afwijzing dat de vordering materieel gezien zou neerkomen op afwijzing van de vordering van de eiser in de hoofdzaak.<sup>143</sup>

---

139 Onder voorwaarde dat de aanbestedder de opdracht wenst te gunnen.

140 Zie bijv. over tijdigheid Hof Den Haag 24 augustus 2010, *NJF* 2010, 400, r.o. 3.

141 In de jurisprudentie komen alle denkbare varianten voor. In *Vzr. Rb. Leeuwarden* 29 juli 2010, *LJN* BN5172, r.o. 3.3, werd geoordeeld dat tegen beide partijen in de hoofdzaak een vordering moet worden ingesteld om als tussenkomende partij te kunnen worden toegelaten, in *Vzr. Rb. Leeuwarden* 26 januari 2011, *LJN* BP3601, tegen één van beide partijen en in Hof Arnhem 30 oktober 2012, *LJN* BY2248, r.o. 4.3, en *Vzr. Rb. Den Bosch* 14 juni 2012, *LJN* BW8663, r.o. 4.1, werd - terecht - het instellen van een vordering in het geheel niet noodzakelijk geoordeeld.

142 Zie ook *Blaisse-Verkooyen* 2012, p. 19-20.

143 Zie bijv. *Vzr. Rb. Groningen* 12 oktober 2012, *NJF* 2013, 17, r.o. 4.1.

Naar mijn mening is deze rechtsopvatting onjuist, althans wanneer de tussenkomenende inschrijver zich niet beperkt tot ondersteuning van het betoog van de gedaagde aanbesteder maar daarnaast zijn eigen vorderingsrecht op de aanbesteder onderbouwt.<sup>144</sup> Dat het vorderingsrecht van de tussenkomenende inschrijver in meer of mindere mate spiegelbeeldig is aan dat van de afgewezen inschrijver is inherent aan tussenkomenst. De vordering van de tussenkomenende partij moet immers betrekking hebben op het onderwerp van de hoofdzaak. De samenhang tussen de vorderingen van de afgewezen inschrijver en de tussenkomenende inschrijver brengt noodzakelijkerwijs mee dat een van beide partijen het gelijk aan haar zijde heeft en de ander niet.<sup>145</sup> Wanneer de tussenkomenende inschrijver het gelijk aan zijn zijde heeft, is zijn doel met de afwijzing van de vordering van de afgewezen inschrijver in de meeste gevallen wel bereikt. Dit doet echter niet af aan de zelfstandigheid van zijn vordering, waarop dan ook afzonderlijk moet worden beslist.

Een andere, in mijn ogen onterechte afwijzingsgrond voor een vordering tot tussenkomenst is de verklaring van de aangesproken aanbesteder, dat hij de opdracht nog steeds aan de tussenkomenende inschrijver wil gunnen.<sup>146</sup> De vraag of de tegen de aanbesteder ingestelde vordering van de tussenkomenende inschrijver voor toewijzing in aanmerking komt, moet namelijk pas na een positieve beslissing in het incident worden beantwoord. Het belang bij tussenkomenst enerzijds en het belang van de tussenkomenende inschrijver bij de ingestelde vordering tegen de aanbesteder anderzijds, mogen niet met elkaar worden verward. Voor het belang van een inschrijver bij de incidentele vordering tot tussenkomenst volstaat een dreiging van benadeling of verlies van een verondersteld recht. Deze dreiging blijkt afdoende uit de door de afgewezen inschrijver ingestelde bevels- of verbodsactie. Dat de aanbesteder na het nemen van de gunningsbeslissing er geen blijk van heeft gegeven op de gunningsbeslissing terug te willen komen, doet daar niet aan af. Er is namelijk een kans dat de vordering desondanks zal worden toegevoegd. Door de aanbesteder getoonde bestendigheid kan wel in de weg staan aan de aanwezigheid van een reële dreiging van een onrechtmatige daad. Hierdoor ontbreekt mogelijk een belang van de tussenkomenende inschrijver bij een (voorwaardelijk) bevel tot gunning.<sup>147</sup>

---

144 Dit komt in veel gevallen neer op het gemotiveerd stellen van het (voorwaardelijke) recht op gunning.

145 Zie De Folter 2009, p. 153.

146 Bijv. Vزر. Rb. Zwolle-Lelystad 14 december 2009, *LJN* BN0303, r.o. 4.2, die meent dat de houding van de aangesproken aanbesteder wel moet worden betrokken bij de beoordeling van het belang van een inschrijver bij tussenkomenst. Anders: Vزر. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, *LJN* BZ1909, r.o. 4.1.

147 Zie hiervoor § 3.3.1.

#### 4.1.4 Het voordeel van tussenkomt ten opzichte van voeging, in het bijzonder in aanbestedingsgeschillen

Zowel voeging als tussenkomst biedt inschrijvers de mogelijkheid de uitkomst van het geding tussen de afgewezen inschrijver en de aanbesteder te beïnvloeden. In het algemeen gaat de voorkeur van inschrijvers uit naar tussenkomst. Voeging wordt vaak subsidiair gevorderd. Het voordeel van tussenkomst ten opzichte van voeging houdt met name verband met de mogelijkheden van de interveniënt om een ongunstig vonnis van de voorzieningenrechter effectief te kunnen aanvechten. Weliswaar staat het rechtsmiddel van hoger beroep voor zowel de gevoegde als de tussengekomen partij open, maar de gevoegde partij kan alleen hoger beroep instellen tegen de wederpartij van degene aan wiens zijde zij zich in de voorafgaande instantie heeft gevoegd.<sup>148</sup> Wanneer de aanbesteder in het vonnis van de voorzieningenrechter berust, kan de inschrijver die zich in eerste aanleg aan zijn zijde had gevoegd, niet voorkomen dat het vonnis tegen de aanbesteder onherroepelijk wordt.<sup>149</sup> De gevoegde partij heeft dan slechts voldoende belang bij het aanwenden van het rechtsmiddel, als zij in de proceskosten is veroordeeld.<sup>150</sup> De inschrijver die als tussenkomende partij is toegelaten, is niet afhankelijk van de beslissing van de aanbesteder om al dan niet een rechtsmiddel aan te wenden. Hij kan de aanbesteder in hoger beroep dagvaarden, vernietiging van het vonnis bewerkstelligen en een voorlopige maatregel vorderen.

Blaisse-Verkooyen heeft onderzoek gedaan naar de mogelijkheden voor de inschrijver die zich in eerste aanleg aan de zijde van de aanbesteder heeft gevoegd, de aanbesteder die in het vonnis van de voorzieningenrechter lijkt te willen berusten, in de hoger beroepsprocedure te betrekken. Zij meent dat de aanbesteder door deze inschrijver op de voet van artikel 118 Rv als derde in het geding kan worden geroepen.<sup>151</sup> Ik denk dat artikel 118 Rv hier geen oplossing biedt, omdat de aanbesteder niet als 'derde' in de zin van deze bepaling kan worden aangemerkt.<sup>152</sup> Een inschrijver kan dus niet voorkomen dat het vonnis jegens de aanbesteder, aan wiens zijde hij zich in eerste aanleg had

---

148 HR 7 april 1989, *NJ* 1989, 552, r.o. 3.2; Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering) Eerste Boek, Tweede Titel, Tiende Afdeling Rv, § 3, aant. 5. Zie ook Blaisse-Verkooyen 2012, p. 20.

149 Snijders (Burgerlijke Rechtsvordering), Eerste Boek, Tweede Titel, Tiende Afdeling Rv, § 3, aant. 5. Zie ook Blaisse-Verkooyen 2012, p. 22.

150 HR 29 maart 2013, *NJ* 2013, 203 (FPO/Belsterwiede c.s.), r.o. 4.1. Blijkens dit arrest en HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 388, kan het voorkomen van gezag van gewijsde ook een zelfstandig belang bij het aanwenden van een rechtsmiddel opleveren. Dit speelt echter geen rol in kort gedingprocedures. Aan een in kort geding gewezen vonnis komt immers geen gezag van gewijsde toe.

151 Blaisse-Verkooyen 2012, p. 26.

152 Vgl. Snijders in zijn noot onder HR 6 december 2002, *NJ* 2004, 162, punt 12 en het arrest van het Hof Arnhem 19 december 2000, kenbaar uit het arrest van de HR, r.o. 3.3.

gevoegd, onherroepelijk wordt. Mocht de rechter al anders oordelen, dan is de effectiviteit van dit middel waarschijnlijk gering. Blaisse-Verkooyen merkt zelf al terecht op dat de invulling van het partijschap ter vrije bepaling staat van de als derde in het geding opgeroepen partij.<sup>153</sup> In de aanbesteder die zich bij het vonnis van de voorzieningenrechter wil neerleggen, zal de in eerste aanleg gevoegde partij waarschijnlijk geen medestander treffen. De kans is groot dat de berustende aanbesteder naar het vonnis zal handelen, bijvoorbeeld door het intrekken van de bestreden gunningsbeslissing en het nemen van een nieuwe gunningsbeslissing. Aannemelijk is dat de aanbesteder de beslissing die hij op basis van het vonnis van de voorzieningenrechter heeft genomen, in hoger beroep zal verdedigen. Mogelijk neemt hij zelfs een standpunt in dat tegenovergesteld is aan zijn in eerste aanleg gevoerde verweer en geeft hij toe bij het nemen van de oorspronkelijke gunningsbeslissing fouten te hebben gemaakt. Dit komt de kans van slagen van het hoger beroep vanzelfsprekend niet ten goede. Wanneer de aanbesteder al in hoger beroep als ‘derde’ in het geding zou kunnen worden geroepen, zou bovendien vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter het maximale zijn dat de in eerste aanleg gevoegde partij met het aanwenden van een rechtsmiddel zou kunnen bereiken. De gevoegde inschrijver had namelijk geen zelfstandige vordering tegen de aanbesteder ingesteld. Vernietiging van het vonnis kan geen gevolgen hebben voor beslissing die de aanbesteder na het vonnis van de voorzieningenrechter heeft genomen. Met vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter schiet de in eerste aanleg gevoegde inschrijver dus niets op. Het belang van de gevoegde inschrijver blijft beperkt tot een eventuele proceskostenveroordeling.

#### 4.2 DERDENVERZET

Interventie heeft een preventief karakter. Met interventie beoogt een derde - kort gezegd - benadeling van zijn rechten te *voorkomen* door zich te mengen in een geding tussen twee partijen. Derdenverzet heeft een reactief karakter. Derdenverzet is een ‘buitengewoon’ rechtsmiddel door middel waarvan een derde beoogt benadeling van zijn rechten door een rechterlijke uitspraak in een geding waarin hij geen partij was, *ongedaan* te maken.

Derdenverzet is in artikel 376 Rv geregeld. Als maatstaf voor de aanwending van dit rechtsmiddel geldt benadeling in een recht door een rechterlijke uitspraak. Het rechtsmiddel staat alleen open voor degenen die geen partij waren in het geding.<sup>154</sup> De toepasselijke maatstaf doet denken aan die voor tussenkomst.<sup>155</sup> Onzeker is of voor derdenverzet een (aanzienlijk) strengere maatstaf geldt dan voor tussenkomst.<sup>156</sup> Gelet op de samenhang tussen

---

153 Blaisse-Verkooyen 2012, p. 26-27; De Folter 2009, p. 202.

154 HR 1 december 1939, NJ 1940, 445, m.nt. Meijer.

155 Zie hiervoor § 4.2.3.

156 In bevestigende zin Stein/Rueb 2011, p. 267. In ontkennende zin (Burgerlijke Rechtsvordering), Eerste Boek, Titel 9 Rv, aant. 3.

interventie en derdenverzet, die expliciet blijkt uit de tekst van artikel 376 Rv, ligt dit naar mijn mening niet in de rede. Bij een ruime uitleg is in aanbestedingsgeschillen al gauw aan de maatstaf voor derdenverzet voldaan. De jurisprudentie over aanbestedingsgeschillen bevestigt dit.<sup>157</sup> De inschrijver die op de hoogte is van het kort geding dat door een andere inschrijver tegen de aanbesteder is aangespannen, maar afziet van interventie, loopt wel het risico misbruik van bevoegdheid tegengeworpen te krijgen, als hij in derdenverzet komt.<sup>158</sup>

---

157 Zie bijv. Vzr. Rb. Den Haag 13 oktober 2008, *LJN* BG6296; Hof Den Haag 24 maart 2009, *LJN* BH9023; Vzr. Rb. Almelo 9 november 2007, *LJN* BB9635.

158 Vzr. Rb. Arnhem 24 oktober 2008, *NJF* 2009, 231. Zie voorts in andere bewoordingen Vzr. Rb. Zutphen 22 mei 2012, *LJN* BW6294. Zie tot slot Vzr. Rb. Den Bosch 12 juli 2012, *LJN* BR1264, waarin niet (rechtsgeldig) derdenverzet was ingesteld, maar waarin een vonnis van een eerder kort geding naar aanleiding van dezelfde aanbesteding in een nieuw kort geding werd bestreden. Zie voorts Essers 2009, p. 568.