

LEGAL UPDATE

Aanbestede overeenkomst niet aantastbaar op grond van wilsgebreken

Datum: 2 november

Een afgewezen inschrijver bij een aanbesteding kan na een voor hem onsuccesvol kort geding in hoger beroep gaan. Wat kan hij dan nog bereiken? Als de aanbestedende dienst de opdracht inmiddels definitief heeft gegund, niet veel, zo wordt in een recent [arrest](#) van het Hof Arnhem-Leeuwarden bevestigd. Een eenmaal gesloten overeenkomst is en blijft slechts zeer beperkt aantastbaar.

De zaak bij het hof ging over een aanbesteding voor groenonderhoud, georganiseerd door het samenwerkingsverband AVRI. AVRI gunde de opdracht aan Boomtotaalzorg. Growepa, een andere inschrijver, was het hier niet mee eens, onder andere omdat Boomtotaalzorg niet aan de geschiktheidseisen zou voldoen. In kort geding wordt Growepa in het ongelijk gesteld. Daarna gunt AVRI de opdracht definitief aan Boomtotaalzorg. In hoger beroep vordert Growepa vernietiging van die overeenkomst. Volgens Growepa heeft AVRI gedwaald ten aanzien van de inschrijving van Boomtotaalzorg door die als geldig aan te merken, terwijl zij niet aan de geschiktheidseisen voldeed. Óf AVRI heeft, zo stelt Growepa, in strijd met de goede zeden of de openbare orde (artikel 3:40 BW) een overeenkomst gesloten waarvan zij wist dat de aanbestedingsregels werden geschonden.

Het Hof zet in reactie hierop de geldende leer uiteen met betrekking tot aantasting van de gesloten overeenkomst. Deze leer is gebaseerd op het Xafax-arrest uit 2016 (waarover wij destijds deze [Legal Update](#) schreven). In dit arrest is bepaald dat een "tot stand gekomen overeenkomst wegens strijd met aanbestedingsregels slechts aantastbaar is op de gronden vermeld in artikel 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012, en dat deze in andere gevallen slechts aantastbaar is in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW (op een andere grond dus dan strijd met aanbestedingsregels).".

Growepa heeft nog aangevoerd dat in die laatste zinsnede het *op een andere grond dan strijd met aanbestedingsregels* alleen zou terugslaan op de vernietigingsgronden van artikel 3:40 BW en dat op grond van wilsgebreken (zoals dwaling) nog wél de overeenkomst zou kunnen worden aangetast. Het hof gaat niet in deze lezing van het arrest mee. Een vordering gebaseerd op dwaling en nietigheid kan niet worden gebaseerd op schending van aanbestedingsrecht. Anders zou een aanbestedingsrechtelijke toetsing moeten plaatsvinden nadat de aanbestedingsprocedure is geëindigd en dit is niet de bedoeling. De balans tussen rechtsbescherming voor de verliezende inschrijver, maar tegelijkertijd ook snelle opheldering over de status van de aanbestedingsprocedure moet worden bewaard.

Deze uitspraak is een goede herinnering van de strenge leer met betrekking tot ingrijpen in een gesloten overeenkomst. Een inschrijver die het niet eens is met de uitslag van een aanbesteding, zal dus vóór definitieve gunning in actie moeten komen. Mocht dit niet gelukt zijn, dan staat alleen nog de weg van schadevergoeding vorderen in een bodemprocedure open.

Dit is een Legal Update van Walter Engelhart en Julia Krijbolder.

Voor meer informatie:

Walter Engelhart
+31 30 25 95 572
walterengelhart@vbk.nl

Julia Krijbolder
+31 30 25 95 572
juliakrijbolder@vbk.nl