

**JAAAN 2019/117, Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland, 06-06-2019,
ECLI:NL:RBNHO:2019:5380, C/15/288735 / KG ZA 19/326 (annotatie)**

Instantie: Voorzieningenrechter Rechtbank Noord-Holland
Datum uitspraak: 06-06-2019
Publicatie: JAAAN 2019/117 (Sdu Jurisprudentie Aanbestedingsrecht), aflevering 5, 2019
Annotator: <ul style="list-style-type: none">• Groenwold, S.B.• Engels, L.M.
ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2019:5380
Zaaknummer: C/15/288735 / KG ZA 19/326
Rechter(s): mr. Th.S. Röell
Partijen: <p>de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid</p> <p>THEO KLEVER B.V.</p> <p>gevestigd te Harmelen,</p> <p>eiseres in kort geding,</p> <p>advocaat mr. J. Haest te Den Haag,</p> <p>tegen</p> <p>de publiekrechtelijke rechtspersoon</p> <p>WERKORGANISATIE BUCH</p> <p>gevestigd te Uitgeest,</p> <p>gedaagde in kort geding,</p> <p>advocaat mr. K.G.O. Afriyieh te Haarlem.</p> <p>Partijen zullen hierna “Klever” en “Buch” genoemd worden.</p>
Regelgeving: Aw 2012 art. 2.140
Overige publicaties: ECLI:NL:RBNHO:2019:5380
Rechtsgebied: Aanbestedingsrecht

Inhoudsindicatie

Scope van de opdracht, Raamovereenkomst

Ga direct naar

- [Samenvatting](#)
- [Uitspraak](#)
- [Beslissing/besluit](#)

- **Noot**

Samenvatting

Eiseres vordert Gedaagde te verbieden werkzaamheden uit de aanbestede scope van Eiseres uit te laten voeren door een andere partij dan Eiseres

Gedaagde beroept zich op contractsvrijheid en meent dat het haar vrijstaat om al dan niet de deelopdracht aan Eiseres te gunnen. Dat standpunt is op zich juist, want Gedaagde heeft inderdaad geen verplichting om deelopdrachten onder de raamovereenkomst te verstrekken. Echter, als er sprake is van een deelopdracht onder de scope van de raamovereenkomst, dan dient die opdracht aan de raamcontractant, in casu Eiseres, te worden gegund. Een andere opvatting is regelrecht in strijd met algemene beginselen van aanbestedingsrecht, in het bijzonder art. 2.140 Aanbestedingswet 2012 alsmede algemene beginselen van verbintenissenrecht, nu immers sprake is van een contractuele relatie tussen partijen.

Beslissing

De voorzieningenrechter verbiedt Gedaagde om de werkzaamheden uit de aanbestede scope van Eiseres uit te laten voeren door een andere partij dan Eiseres.

Uitspraak

De zitting wordt gehouden op 6 juni 2019 in het gebouw van deze rechtbank ter behandeling van een kort geding.

Tegenwoordig zijn mr. Th.S. Röell, voorzieningenrechter, en mr. B.Ph.C. de Jong, griffier.

Na uitroeping van de zaak verschijnen:

Mr. Haest licht het standpunt van Klever, mede aan de hand van pleitnotities, ter zitting toe.

Mr. Afriyieh licht het standpunt van Buch, eveneens aan de hand van pleitaantekeningen, ter zitting toe.

De mondelinge behandeling van het kort geding is korte tijd geschorst. Na heropening van de zitting heeft de voorzieningenrechter het navolgende mondelinge vonnis gewezen.

MONDELING VONNIS

1. De gronden van de beslissing

1.1. Klever vordert, samengevat, bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad, Buch te verbieden werkzaamheden uit de aanbestede scope van Klever uit te laten voeren door een andere partij dan Klever, alsmede Buch te veroordelen in de kosten van het geding, te vermeerderen met rente en kosten.

1.2. Buch voert gemotiveerd verweer.

1.3. De voorzieningenrechter oordeelt als volgt.

Het spoedeisend belang

1.4. De voorzieningenrechter is van oordeel dat van spoedeisend belang aan de zijde van Klever genoegzaam is gebleken, nu ook ter zitting geen garantie kon worden gegeven door Buch dat de deelopdracht met betrekking tot de Bokashi-kuil niet aan een ander dan Klever zal worden gegund.

De beoordeling ten gronde

1.5. Buch beroept zich op contractsvrijheid en meent dat het haar vrijstaat om al dan niet de deelopdracht aan Klever te gunnen. Dat standpunt is op zich juist, want Buch heeft inderdaad geen verplichting om deelopdrachten onder de raamovereenkomst te verstrekken. Echter, als er sprake is van een deelopdracht onder de scope van de raamovereenkomst, dan dient die opdracht aan de raamcontractant, in casu Klever, te worden gegund. Een andere opvatting is regelrecht in strijd met algemene beginselen van aanbestedingsrecht, in het bijzonder artikel 2:140 Aanbestedingswet 2012 alsmede algemene beginselen van verbintenissenrecht, nu er immers sprake is van een contractuele relatie tussen partijen.

1.6. Het verweer van Buch met betrekking tot de slechte kwaliteit van de kuil faalt. Uit het rapport van Provinos blijkt immers het tegendeel en de overgelegde foto's zijn onvoldoende duidelijk om daaruit te concluderen dat de kwaliteit onder de maat zou zijn. Er is kennelijk ook nog geen sprake geweest van enige ingebrekestelling, zodat Klever (vooralsnog) niet in verzuim is geraakt.

1.7. De vordering is dan ook op na te melden wijze toewijsbaar, waarbij het dictum meer toegespitst zal worden op de kwestie van de Bokashi-kuil.

1.8. Buch zal als de in het ongelijk te stellen partij in de kosten van het geding worden veroordeeld.

BESLISSING

De voorzieningenrechter:

2.1. verbiedt Buch om werkzaamheden met betrekking tot de Bokashi kuil uit de aanbestede scope van Klever uit te laten voeren door een andere partij dan Klever;

2.2. veroordeelt Buch in de kosten van het geding, tot op heden aan de zijde van Klever begroot op € 1.619,00, te voldoen binnen veertien dagen na heden en – voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen deze termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente daarover na ommekomst van deze termijn, alsmede te vermeerderen met de nakosten welke worden begroot op € 157,00, te vermeerderen met

€ 82,- ingeval betekening van dit vonnis dient plaats te vinden;

2.2. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

2.3. wijst af het meer of anders gevorderde.

De voorzieningenrechter sluit de zitting.

Waarvan proces-verbaal.

Noot**De aanbestedings- en verbintenisrechtelijke grenzen van de raamovereenkomst**

De voorzieningenrechter van de Rechtbank Noord-Holland heeft op 6 juni 2019 een kort maar krachtig vonnis gewezen waarin het een aanbestedende dienst werd verboden werkzaamheden binnen de aanbestede scope van een raamovereenkomst te gunnen aan een ander dan de raamcontractant.¹

De aanbestedende dienst in kwestie – een gemeenschappelijke werkorganisatie van de gemeenten Bergen, Uitgeest, Castricum en Heiloo (hierna: “BUCH”) – had een raamovereenkomst gesloten met een aannemingsbedrijf voor het maaien van bermen en watergangen. Gedurende de looptijd van deze raamovereenkomst wenste BUCH een opdracht,

die kennelijk (ook) onder de scope van de raamovereenkomst viel, te laten uitvoeren door een andere partij dan de raamcontractant. Toen de raamcontractant zich daartegen in kort geding verzette, voerde BUCH aan dat voor de desbetreffende deelopdracht de door de raamcontractant geleverde kwaliteit ondermaats was. Bij gebreke van voldoende bewijs, alsook het ontbreken van een ingebrekestelling en daarmee het intreden van verzuim, werd dat verweer door de voorzieningenrechter gepasseerd.

Daarmee resteerde het beroep van BUCH op de contractsvrijheid. Met dat verweer maakte de voorzieningenrechter korte metten. Op zich komt een aanbestedende dienst contractsvrijheid toe, zodat geen verplichting bestaat tot het verstrekken van een opdracht. De contractsvrijheid strekt echter niet zo ver dat diezelfde opdracht vervolgens buiten de raamovereenkomst aan een derde mag worden vergeven. In dat geval bestaat er gehoudenheid de opdracht aan de raamcontractant te gunnen. Wij zijn het met de voorzieningenrechter eens dat opdrachtverlening aan een derde buiten de raamovereenkomst om in strijd kan komen met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht alsmede het verbintenissenrecht (gelet op de contractuele relatie tussen partijen).

Op grond van art. 2.140 lid 1 Aw 2012 is het niet toegestaan andere aanbestedende diensten dan wel derde ondernemers als partij toe te voegen aan de raamovereenkomst. De vraag is of dit tevens impliceert dat het niet is toegestaan om een opdracht buiten de raamovereenkomst te brengen en (alsnog) aan een derde te gunnen. Gezien de toelichting op art. 2.140 Aw 2012 lijkt de wetgever dit wel te hebben beoogd. Zo is in de Memorie van Toelichting opgenomen dat wanneer onder een raamovereenkomst geen sprake is van een leverings- of afnameverplichting, dit niet betekent dat de aanbestedende dienst geheel vrij is om een opdracht waarvoor hij de raamovereenkomst is aangegaan zonder meer te gunnen aan een derde. Dan wordt in beginsel gehandeld in strijd met de (pre)contractuele goede trouw, de redelijkheid en billijkheid alsook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit zou volgens de wetgever anders kunnen zijn wanneer de marktomstandigheden na het sluiten van de raamovereenkomst zodanig wijzigen dat de aanbestedende dienst in redelijkheid niet gehouden kan worden op basis van die raamovereenkomst nadere overeenkomsten te sluiten.²

Wij begrijpen deze nuancering zo, dat indien gunning aan de raamcontractant in de gegeven omstandigheden tot een onaanvaardbaar gevolg zou leiden, de aanbestedende dienst een beroep kan doen op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Daarnaast kan de aanbestedende dienst zich beroepen op het bestaan van onvoorziene omstandigheden op grond waarvan ongewijzigde instandhouding van de raamovereenkomst niet mag worden verwacht (art. 6:258 lid 1 BW).³ Ten behoeve van de rechtszekerheid in het handelsverkeer staat trouw aan het gegeven woord evenwel hoog in het vaandel, zodat een beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts bij (hoge) uitzondering zal slagen.⁴ Hoewel de wetgever “gewijzigde marktomstandigheden” in de memorie van toelichting als voorbeeld noemt, volgt uit jurisprudentie dat gewijzigde marktomstandigheden – zelfs in het heetst van de voorbije crisistijd – in de regel niet als een voldoende omstandigheid worden aangemerkt.⁵

Dit neemt niet weg dat aanbestedende diensten in de praktijk toch vaak behoefte hebben aan enige flexibiliteit in hun raamovereenkomsten. Een raamovereenkomst kan immers gemakkelijk zijn om snel (nadere) opdrachten te verstrekken aan vooraf geselecteerde partijen waarmee de voorwaarden reeds zijn overeengekomen. Anderzijds kan een raamovereenkomst ook beknellend zijn. De benodigde flexibiliteit zal echter tussen partijen moeten worden overeengekomen, waarbij een juiste verwachting wordt gewekt bij de raamcontractant van de al dan niet aan hem te verstrekken opdrachten. De algemene mededeling dat het aantal te plaatsen opdrachten nog onbekend is en hoger of lager kan uitvallen dan de raming, impliceert nog niet dat er ook buiten de raamovereenkomst opdrachten kunnen worden geplaatst. Als een aanbestedende dienst daarentegen expliciet een non-exclusiviteitsbepaling in de raamovereenkomst opneemt, kan door de raamcontractant(en) moeilijk worden volgehouden dat tóch de verwachting is gewekt dat alle opdrachten binnen de scope van de raamovereenkomst zullen worden vergeven.⁶ Dit geldt helemaal in het geval de aanbestedende dienst ervoor kiest een specifiek voorbehoud te maken, bijvoorbeeld voor situaties waarin de raamcontractant niet of onvoldoende kan voorzien in de behoefte van de aanbestedende dienst, situaties waarin vanwege een bepaalde aard en omvang van een nadere opdracht meer gespecialiseerde kennis en kunde is vereist of situaties waarin mogelijk overlap bestaat met de scope van een andere (reeds) bestaande

(raam)overeenkomst. De buiten de raamovereenkomst te plaatsen opdrachten moeten uiteraard wel op eigen merites worden beoordeeld en conform wet- en regelgeving en eventueel het eigen inkoopbeleid worden aanbesteed.

Tot slot wijzen wij nog op dat het samenspel tussen de onderhavige uitspraak en het arrest van het Europese Hof van Justitie van 19 december 2018.⁷ In dit arrest oordeelde het HvJ EU dat het een aanbestedende dienst niet is toegestaan nog langer opdrachten onder de raamovereenkomst te vergeven wanneer de in de aanbestedingsstukken opgenomen hoeveelheid maximale leveringen of diensten is bereikt (volgens het Hof sorteert de overeenkomst dan “geen effect” meer). Heeft de raamcontractant dan verbintenisrechtelijk nog aanspraak op (overvloedige) nadere opdrachten indien de termijn van de raamovereenkomst nog niet is geëxpireerd? Goed betoogd kan worden dat dat niet zo is. Immers, precontractueel is geen andere verwachting gecreëerd dan het in de aanbestedingsstukken opgenomen maximum. Om discussies daarover te voorkomen, kunnen aanbestedende diensten ervoor kiezen een regeling op te nemen voor een vroegtijdige beëindiging van de raamovereenkomst indien en zodra de in de aanbestedingsstukken opgenomen maximale hoeveelheid leveringen of diensten is bereikt. Daarmee wordt voorkomen dat de raamcontractant op grond van het verbintenisrecht mogelijk nog verwacht dat hem opdrachten toekomen, terwijl de aanbestedende dienst daartoe op grond van het aanbestedingsrecht niet meer mag overgaan.

Kortom: de raamovereenkomst is en blijft een praktisch middel om gedurende een bepaalde periode gemakkelijk en snel opdrachten te plaatsen bij een raamcontractant. Een raamovereenkomst voorziet echter niet automatisch in de vaak ook door aanbestedende diensten gewenste flexibiliteit om buiten de raamovereenkomst speelruimte te houden. De crux zit in het creëren van de juiste (pre)contractuele verwachtingen bij de raamcontractant(en). Daartoe kunnen aanbestedende diensten bijvoorbeeld voorzien in een non-exclusiviteitsbepaling of meer specifiekere voorbehouden. Daarnaast is het raadzaam een regeling op te nemen voor vroegtijdige beëindiging van de raamovereenkomst, specifiek voor het geval dat de in de aanbestedingsstukken opgenomen maximale hoeveelheid leveringen of diensten voortijdig wordt bereikt.

mr. L.M. Engels, advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Croon advocaten

mr. S.B. Groenwold, advocaat bouw- en aanbestedingsrecht bij Croon advocaten

Voetnoten

1)

Vzr. Rb. Noord-Holland 6 juni 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:5380.

2)

Kamerstukken II 2009/2010, 32 440, 3, p.67. Dat deze toelichting niet opnieuw is opgenomen in de MvT bij de in 2016 gewijzigde Aw 2012 (Kamerstukken II 2015/2016, 34 329, nr. 3) betekent ons inziens niet dat hieraan geen betekenis meer toekomt. De latere MvT ziet bij uitstek op de doorgevoerde wijzigingen, waarbij in art. 2.140 slechts sprake is van een technische en tekstuele wijziging.

3)

Waarbij wordt opgemerkt dat art. 6:258 BW moet worden beschouwd als een lex specialis van art. 6:248 lid 2 BW.

4)

Toelichting-Meijers, Parl. Gesch. 6, p. 969.

5)

Zie bijvoorbeeld HR 13 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2615, maar ook van eerdere datum Rb. Amsterdam 24 april 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA2158 en Rb. Arnhem 21 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6596.

6)

Uit oudere jurisprudentie maken wij overigens op dat ook impliciet uit een raamovereenkomst kan volgen dat de aanbestedende dienst geen exclusiviteit heeft beoogd. Zie Vزر. Rb. Haarlem 12 maart 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BC7568. Er bestaat geen aanleiding aan te nemen dat hierover thans anders zou worden geoordeeld. Uit de geannoteerde uitspraak maken wij niet op dat non-exclusiviteit was bedongen. Naar wij veronderstellen was (slechts) een voorbehoud gemaakt ten aanzien van situaties waarin de raamcontractant niet in de gewenste kwaliteit kon voorzien.

7)

HvJ EU 19 december 2019, ECLI:EU:C:2018:1034.
