

Aanbestedingsrecht

7

Aanbesteding, vordering tot ontbinding van overeenkomst

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
4 januari 2019, C-09-563748-KG ZA 18-1222,
ECLI:NL:RBDHA:2019:54
(mr. Hage)
Noot mr. drs. M.E. Biezenaar

Aanbesteding. Beëindiging opdracht. Contractuele voorwaarden.

[Aanbestedingswet art. 1.8, art. 1.9]

Rijkswaterstaat heeft een opdracht voor de levering van wegenzout aanbesteed. De leverancier levert het wegenzout niet tijdig en het zout voldoet niet aan de kwalitatieve vereisten. De inschrijver die tweede is geworden vordert dat Rijkswaterstaat de overeenkomst met de leverancier beëindigt. De vorderingen worden afgewezen omdat Rijkswaterstaat tegenover de leverancier handelt overeenkomstig de voorwaarden van het contract.

Eurosalt Handelmaatschappij B.V. te Moerdijk,
(verder: Eurosalt),
eiseres,
tegen
de Staat der Nederlanden (verder: Rijkswaterstaat),
gedaagde,
waarin zich heeft gevoegd
[*BV 1*] (verder: BV)

Samenvatting uitspraak

Feiten

Rijkswaterstaat heeft in mei 2018 een openbare Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering van wegenzout. De opdracht is verdeeld in drie percelen en alle percelen zijn gegund aan BV. Eurosalt is op twee van de percelen als tweede geëindigd.

In de Modelovereenkomst is bepaald dat indien de finale opleverdatum wordt overschreden, de leverancier een boete verschuldigd is van 0,1% van de prijs van het zout voor elke dag dat deze tekortkoming voortduurt, tot een maximum van 10% daarvan. Indien het zout niet aan de verlangde kwaliteit voldoet, kan Rijkswaterstaat eisen dat de leverancier het zout herstelt of vervangt. Indien de leverancier niet binnen de door Rijkswaterstaat gestelde termijn voldoet aan de eisen, is Rijkswaterstaat bevoegd te kiezen tussen: a) vervanging of herstel van het zout door een derde op kosten en voor rekening van leverancier of b) retournering van het desbetreffende zout voor rekening en risico van leverancier en ontbinding van de overeenkomst.

Vordering

Eurosalt heeft gevorderd dat de voorzieningenrechter Rijkswaterstaat verbiedt nog langer uitvoering te geven aan de overeenkomst met BV, subsidiair Rijkswaterstaat beveelt om BV te sommen het ontbrekende gedeelte van het zout binnen twee weken en met handhaving van de boeteclausule te leveren aan Rijkswaterstaat en verdere vorderingen.

Uitspraak

De voorzieningenrechter heeft overwogen dat niet in geschil is dat BV het door haar geleverde wegenzout niet tijdig heeft geleverd. Rijkswaterstaat heeft echter aanspraak gemaakt op de overeengekomen boete en de maximale boete van 10% van de prijs van het zout is nog niet verbeurd; Rijkswaterstaat treedt met deze handelwijze niet buiten zijn contractuele bevoegdheden.

Het betoog van Eurosalt dat het toestaan van een latere levering onder betaling van een boete in feite neerkomt op een wezenlijke wijziging van de opdracht, slaagt niet. De mogelijkheid van het opleggen van een boete bij termijnoverschrijding was immers reeds voorzien in de aanbestedingsstukken.

Voorts staat vast dat het door BV geleverde wegenzout niet aan sommige van de kwaliteitsvereisten voldoet. Rijkswaterstaat heeft BV de mogelijkheid geboden het zout te herstellen, zoals in de aanbestedingsstukken staat. Ook hierin is Rijkswaterstaat niet buiten zijn contractuele mogelijkheden getreden. BV heeft ter zitting toegezegd dat het zout binnen de gestelde termijn zal zijn hersteld. Dat herstel van het zout binnen de gestelde

termijn is te realiseren, kan – anders dan Eurosalt stelt – niet op voorhand worden uitgesloten. Uit twee recente analyses die in opdracht van Rijkswaterstaat zijn uitgevoerd, volgt immers dat een deel van het zout inmiddels succesvol is hersteld. De primaire vordering is om deze reden afgewezen.

De subsidiaire vorderingen komen evenmin voor toewijzing in aanmerking. Het is immers niet aan Eurosalt om te bepalen op welke wijze Rijkswaterstaat de overeenkomsten dient uit te voeren. Binnen de grenzen van de contractuele mogelijkheden komt daarbij aan Rijkswaterstaat autonomie toe. Zoals hiervoor overwogen, kan op dit moment niet worden geconcludeerd dat Rijkswaterstaat handelt buiten de mogelijkheden waarin het contract voorziet, nu BV heeft toegezegd het resterende deel van het zout vóór een bepaalde datum te zullen leveren.

NOOT

In deze procedure vordert een verliezende inschrijver dat de voorzieningenrechter de aanbestedende dienst verbiedt om nog langer de overeenkomst uit te voeren met de winnende inschrijver. De voorzieningenrechter oordeelt dat vaststaat dat de winnende inschrijver niet tijdig wegzout van de juiste kwaliteit heeft geleverd maar dat de aanbestedende dienst binnen de mogelijkheden die de aanbestedingsstukken en de overeenkomsten bieden, de leverancier in gebreke heeft gesteld en een nadere termijn heeft gesteld. Een verbod op verdere uitvoering van de overeenkomsten is op dit moment niet aan de orde.

De uitspraak leert dat een aanbestedende dienst bij het voorbereiden van een aanbesteding en met name bij het opstellen van de conceptovereenkomst, zich moet afvragen onder welke omstandigheden en voorwaarden de aanbestedende dienst de overeenkomst wil kunnen beëindigen. Dit zal per opdracht verschillend kunnen zijn. Wel of geen boete, wel of geen mogelijkheid van herstel en zo ja, een bepaalde of onbepaalde termijn, een ontbindingsmogelijkheid bij bepaalde situaties. Een andere mogelijkheid is dat de aanbestedende dienst niets bepaalt. In dat geval gelden de regels van het Burgerlijk Wetboek en die bepalen de mogelijk-

heden van de aanbestedende dienst als de opdrachtnemer zijn verplichtingen niet nakomt. De aanbestedende dienst moet er daarbij op bedacht zijn dat de verliezende inschrijvers de aanbestedende dienst kunnen en zullen houden aan de beëindigingsvoorwaarden van de overeenkomst die de aanbestedende dienst met de winnende inschrijver heeft gesloten. Naarmate die voorwaarden strakker en concreter zijn, heeft de aanbestedende dienst minder ruimte om te manoeuvreren als de uitvoering van de overeenkomst te wensen overlaat. De aanbestedende dienst zal bij iedere opdracht opnieuw moeten besluiten wat zwaarder weegt: zo nodig snel afscheid kunnen (en mogelijk moeten) nemen van de opdrachtnemer of de handen vrij hebben om met aan de omstandigheden aangepaste maatregelen en termijnen te werken.

mr. drs. M.E. Biezenaar
Advocaat bij SWDV Advocaten.

Bestuurs(proces)recht

8

Toegang tot de rechter ondanks ontbreken belang?

Rechtbank Limburg
21 december 2018, ROE 17/3841,
ECLI:NL:RBLIM:2018:12159
(mr. Seerden)
Noot prof. mr. T. Barkhuysen, mr. K. Gieze-
man

Verdrag van Aarhus. M.e.r.-Richtlijn. Richtlijn industriële emissies.

[Verdrag van Aarhus art. 9 lid 2, Richtlijn 2010/75/EU, Richtlijn 2011/92/EU, Awb art. 6:13, art. 8:1]

Eiseres is geen belanghebbende en heeft op grond van artikel 8:1 van de Awb geen toegang tot de bestuursrechter. Stichting Dierenrecht en Stichting Leefbaar Buitengebied hebben geen zienswijzen ingediend tegen het ontwerpbesluit