

# JAAN 2018/125

## Ingrijpen in gesloten overeenkomst, Niet-ontvankelijkheid, Past performance, Gelijkheidsbeginsel, Wezenlijke wijziging, Belang bij vordering tot ontbinding

### GEGEVENS

Instantie	Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
Datum uitspraak	25-04-2018
Publicatie	JAAN 2018/125 (Sdu Jurisprudentie Aanbesteding), aflevering 5, 2018
Annotator	mr. M.J. Verbaken en mr. S. Engels
ECLI	ECLI:NL:RBDHA:2018:4940
Zaaknummer	C-09-549038-KG ZA 18-211
Overige publicaties	ECLI:NL:RBDHA:2018:4940 Module Aanbesteding 2018/903
Rechtsgebied	Aanbestedingsrecht
Rechters	mr. Hage
Partijen	de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Eurosalt Handelmaatschappij B.V., gevestigd te Moerdijk, eiseres, advocaat mr. W.M. Ritsema van Eck te Leiden, tegen: de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat der Nederlanden (het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, de dienst Rijkswaterstaat), zetelend te Den Haag gedaagde, advocaat mr. D. Wolters Rückert te Den Haag waarin is tussengekomen: de naamloze vennootschap FAM International N.V., gevestigd te Antwerpen, advocaat mr. L.E.J. Korsten te Amsterdam. Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'Eurosalt', 'de Staat' en 'FAM'.
Regelgeving	- -

### SAMENVATTING

De Staat der Nederlanden (het Ministerie van Infrastructuur en Milieu, de dienst Rijkswaterstaat) (hierna: Rijkswaterstaat) heeft in april 2017 een openbare Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering van wegzout, opgedeeld in twee percelen. In het Programma van Eisen is een bepaalde korrelverdeling voorgeschreven voor het te leveren zout.

Eurosalt Handelmaatschappij B.V. (hierna: Eurosalt) en FAM International N.V. (hierna: FAM) hebben een inschrijving ingediend. De opdracht is voor beide percelen gegund aan FAM. Eurosalt is als tweede geëindigd. Op 24 juli 2017 zijn de gelijkkluidende overeenkomsten voor beide percelen gesloten (hierna: de overeenkomst).

In de overeenkomst is in art. 3.1 opgenomen dat het wegzout uiterlijk op 1 oktober 2017 diende te worden geleverd op de opslaglocaties. Voorts staat in de overeenkomst vermeld:

'3.2 Indien het Product niet binnen de overeengekomen termijn is geleverd, is Leverancier aan Koper een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd van 0,15 % van de prijs van het desbetreffende Product voor elke dag dat deze tekortkoming voortduurt, tot een maximum van 10% daarvan. Indien de Levering anders dan door overmacht blijvend onmogelijk is geworden, is de boete van in totaal 10% van de prijs van het desbetreffende Product onmiddellijk geheel verschuldigd.

De boete komt Koper toe, onverminderd alle andere rechten of vorderingen, daaronder mede begrepen:

- zijn vordering tot nakoming van de overeengekomen verplichting tot Levering van het Product (voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is geworden);
- zijn recht op schadevergoeding.'

Op de overeenkomst zijn de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden 2016 (Ariv 2016) van toepassing verklaard.

Het door FAM geleverde zout voldoet niet aan de vereiste korrelverdeling. Rijkswaterstaat heeft FAM bericht het wegzout niet te accepteren. Rijkswaterstaat heeft FAM voorts bij e-mailbericht in gebreke gesteld en gesommeerd uiterlijk 2 november 2017 alsnog wegzout te leveren dat aan de eisen van de overeenkomst voldoet. Op 24 oktober 2017 heeft Rijkswaterstaat schriftelijk aan FAM bericht coulancehalve bereid te zijn het zout te laten lossen op loslocaties van Rijkswaterstaat, maar dat dat geen acceptatie van het zout inhoudt. Tevens heeft Rijkswaterstaat FAM opnieuw gesommeerd uiterlijk 2 november 2017 wegzout te leveren conform de overeenkomst. Bij bericht van 14 november 2017 heeft Rijkswaterstaat FAM 'in een uiterste vorm van coulance' gesommeerd om uiterlijk 15 december 2017 wegzout te leveren dat aan de eisen voldoet.

Eurosalt is een kortgedingprocedure tegen de Staat gestart, waarin zij heeft gevorderd de Staat te bevelen de overeenkomst met FAM te ontbinden. Deze vordering

is afgewezen.

## **Belang**

Art. 3:303 Burgerlijk Wetboek vereist een voldoende belang om een rechtsvordering te rechtvaardigen. De Staat heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat Eurosalt geen belang heeft bij de vordering strekkende tot ontbinding van de overeenkomst. Dat verweer slaagt. Vaststaat dat – indien de overeenkomst met FAM zal worden ontbonden – geen heraanbesteding zal worden gehouden voor de opdracht. Door het verstrijken van de tijd is het seizoen waarin strooizout is benodigd immers voorbij. Ontbinding van de overeenkomst met FAM zal dan ook niet de mogelijkheid openen tot het alsnog afnemen van zout bij Eurosalt.

Eurosalt stelt zich op het standpunt dat zij niettemin belang heeft bij ontbinding, omdat in dat geval helder is dat deze opdracht geen referentie oplevert voor FAM. Daarnaast stelt zij belang te hebben bij ontbinding in combinatie met toewijzing van de tweede vordering tot het verplicht opnemen van de past performance-uitsluitingsgrond bij een volgende aanbesteding voor wegzout, omdat FAM dan niet de winnaar kan worden van een volgende aanbesteding. De voorzieningenrechter is evenwel van oordeel dat de wens om een (potentiële) concurrent uit te schakelen voor toekomstige opdrachten geen rechtens te respecteren belang is. Daarbij komt dat de vordering om Rijkswaterstaat te bevelen bij een nieuwe aanbesteding voor de inkoop van wegzout de past performance-uitsluitingsgrond op te nemen, hoe dan ook niet toewijsbaar is. Die vordering heeft immers geen juridische grondslag. De past performance-uitsluitingsgrond is een facultatieve uitsluitingsgrond, zodat het de aanbestedende dienst vrij staat die al dan niet op te nemen bij een aanbesteding en daarvoor een eigen belangenafweging te maken.

## **Gelijkheidsbeginsel**

De voorzieningenrechter overweegt ten overvloede het volgende. Vaststaat dat het door FAM geleverde zout niet voldoet aan de eisen die daaraan in de aanbestedingsprocedure zijn gesteld. FAM heeft het zout ook na meermaals te zijn aangemaand niet binnen de gestelde termijnen hersteld of vervangen. Art. 12.2 Ariv 2016 bepaalt dat Rijkswaterstaat in deze situatie bevoegd is te kiezen tussen (a) vervanging of herstel van het product door een derde op kosten van de leverancier en (b) retournering van het product voor rekening en risico van de leverancier en ontbinding van de overeenkomst.

De Staat heeft ter zitting verklaard dat Rijkswaterstaat FAM niet opnieuw in de gelegenheid zal stellen om de vastgestelde tekortkomingen te herstellen en ook niet meer voornemens is het zout te laten vervangen of herstellen door een derde op kosten en voor rekening van FAM. Rijkswaterstaat wenst een regeling met FAM te treffen ter vergoeding van de schade, waarbij ook de maximale boete zal worden geïncasseerd, aldus de Staat. Hoewel de precieze nadere invulling van de regeling thans nog wordt onderzocht, is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat Rijkswaterstaat hiermee niet binnen de grenzen van de contractuele mogelijkheden zal opereren en het gelijkheidsbeginsel zal schenden.

Art. 12.2 Ariv 2016 biedt – nu Rijkswaterstaat niet voornemens is gebruik te maken van de eerste mogelijkheid, zoals genoemd onder a – nog slechts de mogelijkheid tot ontbinding, zoals genoemd onder b. Een regeling tot schadevergoeding ter compensatie van de tekortkoming in het geleverde wegzout komt feitelijk neer op het accepteren van dat zout tegen een lagere prijs. Eurosalt heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat dat betekent dat de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd. Met het beoogde gebruik van zout dat niet aan de gestelde eisen voldoet, zal Rijkswaterstaat de aard van de gevraagde prestatie veranderen.

Nu Eurosalt geen belang (meer) heeft bij ontbinding en de tweede primaire vordering uitsluitend in combinatie daarmee is gevorderd en een juridische grondslag mist, zullen de primaire vorderingen worden afgewezen.

## **UITSPRAAK**

---

### *1 De procedure*

#### *1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:*

- de dagvaarding met producties;
- de door de Staat overgelegde producties;
- de incidentele conclusie tot tussenkomst c.q. voeging;
- de bij de mondelinge behandeling door alle partijen overgelegde pleitnotities.

#### *1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 11 april 2018. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.*

### **2 Het incident tot tussenkomst c.q. voeging**

*2.1. FAM heeft (primair) gevorderd te mogen tussenkomen in de procedure tussen Eurosalt en de Staat. Ter zitting hebben Eurosalt en de Staat verklaard geen bezwaar te hebben tegen de tussenkomst. FAM is vervolgens toegelaten als tussenkomende partij, aangezien zij aannemelijk heeft gemaakt dat zij daarbij voldoende belang heeft. Voorts is niet gebleken dat de toewijzing van de gevorderde tussenkomst in de weg staat aan de vereiste spoed bij dit kort geding en de goede procesorde in het algemeen.*

### **3 De feiten**

*Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting wordt in dit geding van het volgende uitgegaan.*

*3.1. Rijkswaterstaat heeft in april 2017 een openbare Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering van wegzout, opgedeeld in twee percelen. In het Programma van Eisen is een bepaalde korrelverdeling voorgeschreven voor het te leveren zout.*

*3.2. Eurosalt en FAM hebben een inschrijving ingediend. De opdracht is voor beide percelen gegund aan FAM. Eurosalt is als tweede geëindigd. Op 24 juli 2017 zijn de gelijkheidende overeenkomsten voor beide percelen gesloten (hierna: de overeenkomst).*

*3.3. In de overeenkomst is in artikel 3.1 opgenomen dat het wegzout uiterlijk op 1 oktober 2017 diende te worden geleverd op de opslaglocaties. Voorts staat in de overeenkomst vermeld:*

*“3.2 Indien het Product niet binnen de overeengekomen termijn is geleverd, is Leverancier aan Koper een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd van 0,15 % van de prijs van het desbetreffende Product voor elke dag dat deze tekortkoming voortduurt, tot een maximum van 10% daarvan. Indien de Levering anders dan*

door overmacht blijvend onmogelijk is geworden, is de boete van in totaal 10% van de prijs van het desbetreffende Product onmiddellijk geheel verschuldigd.

De boete komt Koper toe, onverminderd alle andere rechten of vorderingen, daaronder mede begrepen:

- a. zijn vordering tot nakoming van de overeengekomen verplichting tot Levering van het Product (voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is geworden);
- b. zijn recht op schadevergoeding.”

3.4. Op de overeenkomst zijn de Algemene Rijksinkoopvoorwaarden 2016 (Ariv 2016) van toepassing verklaard. In artikel 12 Ariv 2016 staat vermeld:

#### **“Artikel 12 Tekortschieten in de nakoming**

12.1 Indien het afgeleverde Product niet aan de in artikel 4 bedoelde garanties voldoet, kan Koper eisen dat Leverancier het Product herstelt of vervangt. De daarmee gemaakte kosten komen voor rekening van Leverancier.

12.2 Indien Leverancier niet, nadat hij daartoe door Koper schriftelijk is aangemaand, binnen de daarin gestelde termijn voldoet aan een eis als bedoeld in artikel 12.1, is Koper, zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst, bevoegd te kiezen tussen:

- a. vervanging of herstel van het Product door een derde op kosten en voor rekening van Leverancier;
- b. retournering van het desbetreffende Product voor rekening en risico van Leverancier en ontbinding van de Overeenkomst (...) en dientengevolge creditering van (het gedeelte van) de koopprijs dat voor het desbetreffende Product reeds is betaald.

12.3 Het bepaalde in de artikelen 12.1 en 12.2 laat overige rechten en vorderingen die Koper aan een tekortkoming kan ontnemen onverlet, (...)”

3.5. Het eerste deel van het door FAM te leveren wege-zout is in augustus 2017 in Nederland aangekomen. Een door Rijkswaterstaat ingeschakelde geaccrediteerde onderzoeksinstantie heeft geconcludeerd dat dat zout niet voldeed aan de vereiste korrelverdeling.

3.6. Op 18 oktober 2017 is het tweede deel van het door FAM te leveren wege-zout in Nederland aangekomen. Rijkswaterstaat heeft FAM bericht het wege-zout niet te accepteren, omdat onderzoek van dezelfde onderzoeksinstantie als hiervoor bedoeld, heeft uitgezonden dat ook dat wege-zout niet voldoet aan de vereiste korrelverdeling. Rijkswaterstaat heeft FAM voorts bij e-mailbericht van 19 oktober 2017 in gebreke gesteld en gesommeerd uiterlijk 2 november 2017 alsnog wege-zout te leveren dat aan de eisen van de overeenkomst voldoet.

3.7. Op 24 oktober 2017 heeft Rijkswaterstaat schriftelijk aan FAM bericht coulancehalve bereid te zijn het zout te laten lossen op loslocaties van Rijkswaterstaat, maar dat dat geen acceptatie van het zout inhoudt. Tevens heeft Rijkswaterstaat FAM opnieuw gesommeerd uiterlijk 2 november 2017 wege-zout te leveren conform de overeenkomst. Bij bericht van 14 november 2017 heeft Rijkswaterstaat FAM “in een uiterste vorm van coulance” gesommeerd om uiterlijk 15 december 2017 wege-zout te leveren dat aan de eisen voldoet.

3.8. Eurosalt is een kortgedingprocedure tegen de Staat gestart, waarin zij heeft gevorderd de Staat te bevelen de overeenkomst met FAM te ontbinden. Bij vonnis van 21 december 2017 is die vordering afgewezen.

3.9. Bij brief van 21 december 2017 heeft Rijkswaterstaat aan FAM bericht:

“5. Zoals ik u op 18 september jl. al berichtte heeft Rijkswaterstaat geconstateerd dat FAM niet heeft voldaan aan die laatste sommatie om uiterlijk 15 december 2017 wege-zout te leveren conform de eisen die daaraan zijn gesteld. Uit een analyse van het wege-zout door een geaccrediteerde onderzoeksinstantie blijkt dat de zeef fractie van het wege-zout kleiner dan 0,16 mm nog altijd hoger is dan de toegestane 5%.

6 Na alle eerder geboden mogelijkheden heeft Rijkswaterstaat er thans geen vertrouwen in dat FAM alsnog wege-zout conform de eisen van de overeenkomst zal leveren en zal daarover ook niet meer in overleg treden met FAM. Het gebrek in het wege-zout zal Rijkswaterstaat dan ook zelf (laten) herstellen op kosten en voor rekening van FAM. De kosten voor dat herstel zal Rijkswaterstaat (laten) begroten om vervolgens te verrekenen met verschuldigde betalingen.

7 Voorts maakt Rijkswaterstaat aanspraak op de contractuele boete. (...)”

8 De aanspraak op de boete laat het recht op schadevergoeding van Rijkswaterstaat (...) onverlet. Rijkswaterstaat brengt thans in kaart welke schade is geleden ten gevolge van de wanprestatie. Die schade zal eveneens verrekend worden met verschuldigde bedragen.”

## **4 Het geschil**

4.1. Eurosalt vordert, zakelijk weergegeven:

primair:

I. Rijkswaterstaat te bevelen om de overeenkomst met FAM binnen drie werkdagen te ontbinden, op straffe van verbeurte van een dwangsom;

II. Rijkswaterstaat te bevelen om, indien hij opnieuw via een Europese aanbesteding wege-zout inkoop, gebruik te maken van de zogenoemde “past performance-uitsluitingsgrond” die is opgenomen in artikel 2.87 lid 1 sub g Aanbestedingswet 2012;

subsidiair:

III. die maatregelen te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie passend acht om het gelijkheidsbeginsel in deze kwestie te waarborgen.

4.2. Daartoe voert Eurosalt – samengevat – het volgende aan. Vaststaat dat FAM niet aan de (laatste) sommatie van Rijkswaterstaat heeft voldaan om vóór 15 december 2017 zout te leveren dat aan de eisen voldoet. Ook heeft Rijkswaterstaat er geen vertrouwen meer in dat FAM de geconstateerde tekortkomingen nog kan of gaat herstellen. Rijkswaterstaat is nu dan ook gehouden tot ontbinding van de overeenkomst met FAM over te gaan. Ook bij uitvoering van de aanbestede opdracht gelden het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel overkort. Het toestaan van tekortkomingen bij de uitvoering van de overeenkomst wijzig het economisch evenwicht ten gunste van de tekortschietende partij. Rijkswaterstaat is op grond van het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel en op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gehouden de contractuele handhavingsmogelijkheden waarover hij beschikt, daadwerkelijk te gebruiken. Eventuele problemen als gevolg van ontbinding, maken ontbinding zelf niet onmogelijk en komen voor rekening en risico van Rijkswaterstaat.

Rijkswaterstaat heeft de brieven van Eurosalt waarin zij vraagt hoe het gelijkheidsbeginsel wordt gewaarborgd, niet (afdoende) beantwoord. Eurosalt kan dan ook niet anders dan opnieuw via de rechter helderheid te verkrijgen over het standpunt van Rijkswaterstaat en Rijkswaterstaat te dwingen de overeenkomst met FAM te ontbinden.

De tekortkomingen van FAM mogen niet ook nog invloed hebben op het nieuwe strooiseizoen. Daarom moet Rijkswaterstaat de komende drie jaar bij zijn aanbestedingen de "past performance-uitsluitingsgrond" toepassen. Dat is ook in het belang van Rijkswaterstaat zelf, om een herhaling van de geschiedenis te voorkomen.

In het kader van de subsidiaire vordering is Rijkswaterstaat in ieder geval een gemotiveerde schriftelijke toelichting aan Eurosalt verschuldigd over de gang van zaken sinds 21 december 2017, de datum van het vorige vonnis in kort geding, met name over de vraag hoe zij het gelijkheidsbeginsel waarborgt.

4.3. De Staat en FAM voeren gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4.4. FAM heeft geen vordering ingesteld in de hoofdzaak.

## 5 De beoordeling van het geschil

5.1. Artikel 3:303 van het Burgerlijk Wetboek vereist een voldoende belang om een rechtsvordering te rechtvaardigen. De Staat heeft als meest verstrekkende verweer aangevoerd dat Eurosalt geen belang heeft bij de vordering strekkende tot ontbinding van de overeenkomst. Dat verweer slaagt. Vaststaat dat – indien de overeenkomst met FAM zal worden ontbonden – geen heraanbesteding zal worden gehouden voor de opdracht. Door het verstrijken van de tijd is het seizoen waarin strooizout is benodigd immers voorbij. Ontbinding van de overeenkomst met FAM zal dan ook niet de mogelijkheid openen tot het alsnog afnemen van zout bij Eurosalt.

5.2. Eurosalt stelt zich op het standpunt dat zij niettemin belang heeft bij ontbinding, omdat in dat geval helder is dat deze opdracht geen referentie oplevert voor FAM. Daarnaast stelt zij belang te hebben bij ontbinding in combinatie met toewijzing van de tweede vordering tot het verplicht opnemen van de past performance-uitsluitingsgrond bij een volgende aanbesteding voor wegeenzout, omdat FAM dan niet de winnaar kan worden van een volgende aanbesteding. De voorzieningenrechter is evenwel van oordeel dat de wens om een (potentiële) concurrent uit te schakelen voor toekomstige opdrachten geen rechtens te respecteren belang is. Daarbij komt dat de vordering om Rijkswaterstaat te bevelen bij een nieuwe aanbesteding voor de inkoop van wegeenzout de past performance-uitsluitingsgrond op te nemen, hoe dan ook niet toewijsbaar is. Die vordering heeft immers geen juridische grondslag. De past performance-uitsluitingsgrond is een facultatieve uitsluitingsgrond, zodat het de aanbestedende dienst vrij staat die al dan niet op te nemen bij een aanbesteding en daarvoor een eigen belangenafweging te maken.

5.3. De voorzieningenrechter overweegt ten overvloede het volgende. Vaststaat dat het door FAM geleverde zout niet voldoet aan de eisen die daaraan in de aanbestedingsprocedure zijn gesteld, zoals ook overwogen in het vonnis van 21 december 2017 (ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, r.o. 5.5.). De conclusie van de ingeschakelde onderzoekinstantie dat het zout niet voldoet aan de vereiste korrelverdeling is immers bindend voor alle betrokken partijen. FAM heeft het zout ook na meermaals te zijn aangemaand niet binnen de gestelde termijnen hersteld of vervangen. Artikel 12.2 Ariv 2016, zoals onder 3.4. geciteerd, bepaalt dat Rijkswaterstaat in deze situatie bevoegd is te kiezen tussen (a) vervanging of herstel van het product door een derde op kosten van de leverancier en (b) retournering van het product voor rekening en risico van de leverancier en ontbinding van de overeenkomst.

5.4. De Staat heeft ter zitting verklaard dat Rijkswaterstaat FAM niet opnieuw in de gelegenheid zal stellen om de vastgestelde tekortkomingen te herstellen en – anders dan in de brief van 21 december 2017 gemeld – ook niet meer voornemens is het zout te laten vervangen of herstellen door een derde op kosten en voor rekening van FAM. Rijkswaterstaat wenst een regeling met FAM te treffen ter vergoeding van de schade, waarbij ook de maximale boete zal worden geïncasseerd, aldus de Staat. Onderdeel van de door Rijkswaterstaat gewenste regeling is dat het door FAM geleverde zout zal worden gebruikt na vermenging met ander zout, waardoor het zout nog steeds niet aan de in de aanbesteding gestelde eisen voldoet, maar – in de visie van Rijkswaterstaat – wel bruikbaar is. Hoewel de precieze nadere invulling van regeling thans nog wordt onderzocht, is de voorzieningenrechter voorshands van oordeel dat Rijkswaterstaat hiermee niet binnen de grenzen van de contractuele mogelijkheden zal opereren en het gelijkheidsbeginsel zal schenden.

5.5. Artikel 12.2 Ariv 2016 biedt – nu Rijkswaterstaat niet voornemens is gebruik te maken van de eerste mogelijkheid, zoals genoemd onder a – nog slechts de mogelijkheid tot ontbinding, zoals genoemd onder b. Weliswaar staat onder 12.3 vermeld dat het onder 12.2 bepaalde overige rechten en vorderingen onverlet laat, maar die overige rechten en vorderingen zijn geen alternatief voor de a- en b-mogelijkheid, maar kunnen enkel in aanvulling daarop worden uitgeoefend. Een regeling tot schadevergoeding ter compensatie van de tekortkoming in het geleverde wegeenzout komt feitelijk neer op het accepteren van dat zout tegen een lagere prijs. Eurosalt heeft zich terecht op het standpunt gesteld dat dat betekent dat de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd. Indien inferieur zout tegen een lagere prijs mocht worden aangeboden, valt immers niet uit te sluiten dat dit tot wijzigingen van zowel de inschrijvingen als de kring van inschrijvers had geleid. Met het beoogde gebruik van zout dat niet aan de gestelde eisen voldoet, zal Rijkswaterstaat de aard van de gevraagde prestatie veranderen.

5.6. Nu Eurosalt geen belang (meer) heeft bij ontbinding en de tweede primaire vordering uitsluitend in combinatie daarmee is gevorderd en een juridische grondslag mist, zullen de primaire vorderingen worden afgewezen. De subsidiaire vordering is onvoldoende bepaald en komt om die reden evenmin voor toewijzing in aanmerking. Het ligt op de weg van een eisende partij om consequenties te verbinden aan een vermeende schending van een beginsel, door middel van de formulering van een concrete vordering.

5.7. Eurosalt zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding, zowel aan de zijde van de Staat als aan de zijde van FAM. De voorzieningenrechter ziet geen aanleiding van dit uitgangspunt af te wijken. Weliswaar heeft Rijkswaterstaat pas ter zitting kenbaar gemaakt hoe hij voornemens is te handelen ten opzichte van FAM, maar de informatie daarover is niet de reden voor de afwijzing van de vorderingen. De stelling dat FAM als de tekortschietende partij "in wezen ongelijk heeft" en daarom haar eigen proceskosten moet dragen, kan evenmin worden gevolgd. Eurosalt heeft FAM met haar vorderingen immers genoodzaakt om in deze procedure tussen te komen en verweer te voeren. Nu de vorderingen van Eurosalt niet voor toewijzing in aanmerking komen, dient zij in haar verhouding tot FAM in deze procedure als de in het ongelijk gestelde partij te worden beschouwd.

5.8. Voor veroordeling in de nakosten bestaat geen grond, nu de kostenveroordeling ook voor deze nakosten een executoriale titel oplevert (vgl. HR 19 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL1116, NJ 2011/237).

## 6 DE BESLISSING

---

De voorzieningenrechter:

6.1. wijst het gevorderde af;

6.2. veroordeelt Eurosalt in de kosten van dit geding, tot dusverre aan de zijde van zowel de Staat als FAM telkens begroot op € 1.442,-, waarvan € 816,- aan salaris advocaat en € 626,- aan griffierecht;

6.3. bepaalt dat de verschuldigde proceskosten aan de Staat dienen te worden voldaan binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken en dat – bij gebreke daarvan – daarover de wettelijke rente verschuldigd is;

6.4. verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

*Het belang bij heraanbesteding van (dezelfde) opdracht in het geval de overeenkomst wordt beëindigd*

*Uitspraak voorzieningenrechter*

Eurosalt vordert ontbinding van de overeenkomst omdat de opdracht wezenlijk zou zijn gewijzigd. De voorzieningenrechter overweegt weliswaar dat het voornemen van Rijkswaterstaat om het door FAM geleverde strooizout tegen een lagere prijs te accepteren, betekent dat de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd, maar oordeelt dat Eurosalt geen belang heeft bij haar vordering omdat ontbinding voor Eurosalt niet zou leiden tot heraanbesteding van de opdracht (het strooiseizoen is immers voorbij). Alhoewel ontbinding ook zou betekenen dat de onderhavige opdracht voor FAM geen referentie meer zou opleveren, oordeelt de voorzieningenrechter eveneens dat de wens van Eurosalt om een (potentiële) concurrent uit te schakelen voor toekomstige opdrachten geen rechtens te respecteren belang is.

*Advies CvAE*

Bij de zaak voor de CvAE gaat het er klager juist om dat na opzegging van de overeenkomst, de opdracht eerst wezenlijk gewijzigd dient te worden, alvorens tot heraanbesteding wordt overgegaan. De CvAE overweegt echter dat in het midden kan blijven of de opdracht wezenlijk gewijzigd is, nu de aanbestedingsprocedure is afgelopen en de aanbestedende dienst als opdrachtgever gebruikt maakt van haar in de overeenkomst en de wet verankerde bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen. Volgens de CvAE wordt daarmee het belang van de klager bij het verwerven van de ‘nieuwe’ opdracht en het daarmee verbandhoudende positieve contractsbelang niet geschonden omdat klager als opdrachtnemer zijn aanspraak behoudt op dit positieve belang. Bij opzegging van de overeenkomst is opdrachtgever immers contractueel verplicht om 10% van het resterende deel van de totale advieskosten aan opdrachtnemer te betalen.

*Belang voor de praktijk*

Bij zowel de uitspraak van de voorzieningenrechter als het advies van de CvAE weegt voor de vraag of heraanbesteed moet worden omdat de opdracht wezenlijk wijzigt dan wel de vraag of heraanbesteed kan worden als de opdracht niet wezenlijk wijzigt, duidelijk mee dat de aanbestedingsprocedure reeds is afgelopen en het om heraanbesteding gaat van opdrachten waarvoor partijen eerder al een overeenkomst hebben gesloten.

In dat geval doet – anders dan tijdens de aanbestedingsprocedure – niet (meer) ter zake of de opdracht wezenlijk wordt gewijzigd of dient te worden gewijzigd indien een partij geen belang heeft bij haar vordering (omdat ontbinding niet zal leiden tot heraanbesteding) of indien het belang van een partij niet is geschonden (omdat dit belang in de overeenkomst zelf is verdisconteerd).

Daarbij kan men wel afvragen of de voorzieningenrechter en de CvAE op de juiste gronden tot hun oordeel zijn gekomen dat betreffende partijen geen belang hebben bij hun vordering dan wel dat hun belang niet is geschonden. Uit vaste jurisprudentie volgt immers dat een rechter terughoudend dient te zijn bij de beoordeling ingevolge artikel 3:303 BW van het belang bij een vordering.<sup>1</sup> Voor wat betreft opzegging van de overeenkomst geldt in elk geval dat de overeengekomen vergoeding bij een dergelijke opzegging in de praktijk zelden gelijk staat aan het positief contractsbelang. Het is dan maar de vraag of het belang van opdrachtnemer in dat geval niet geschonden is.

mr. M.J. Verbaken en mr. S. Engels, advocaat bij AKD

**VOETNOTEN**

---

1 HR 17 september 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC1058, NJ 1994, 118 (Severin/Detam), r.o. 3.2.