

KOPIE

# arrest

---

## GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.128.145

(zaaknummer rechtbank Gelderland, team kanton en handel, zittingsplaats Arnhem 240502)

**arrest in kort geding van de zesde kamer van 17 september 2013**

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**Koopmans Bouwgroep B.V.**,

gevestigd te Enschede,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

hierna: Koopmans,

advocaat: mr. G.J. van de Wetering,

tegen:

1. de publiekrechtelijke rechtspersoon

**Gemeente Brummen**,

zetelende te Brummen,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

hierna: de Gemeente,

advocaat: mr. T.G. Zweers-te Raay,

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**BAM Utiliteitsbouw B.V.**,

gevestigd te Bunnik,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

hierna: BAM,

advocaat: mr. P.F.C. Heemskerk.

### 1. Het geding in eerste aanleg

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar de inhoud van het vonnis van 1 mei 2013 dat de voorzieningenrechter in de rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem tussen Koopmans als eiseres en de Gemeente als gedaagde en BAM als tussenkomende partij in kort geding heeft gewezen.

## **2. Het geding in hoger beroep**

2.1 Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep d.d. 28 mei 2013, tevens memorie van grieven in spoedappel, tevens akte wijziging en verduidelijking van eis, tevens akte incidentele vordering tot een voorlopige voorziening met producties van de zijde van Koopmans,
- de akte verzet wijziging eis tevens memorie van antwoord in principaal appel tevens incidenteel appel van de zijde van de Gemeente,
- de akte houdende (wijziging) eis in incidenteel appel van de zijde van de Gemeente,
- de memorie van antwoord in principaal (spoed) appel, tevens houdende verzet akte wijziging eis tevens houdende incidenteel appel tevens houdende productie van de zijde van BAM,
- de memorie van antwoord in het incidenteel appel van BAM van de zijde van Koopmans,
- de memorie van antwoord in het incidenteel appel van de Gemeente van de zijde van Koopmans,
- de pleidooien overeenkomstig de pleitnotities.

2.2 De advocaat van BAM heeft voorafgaand aan de zitting aan de advocaat van Koopmans, de advocaat van de Gemeente en aan het hof de producties 1 tot en met 6 gezonden. De advocaat van Koopmans heeft eveneens voorafgaand aan de zitting aan de advocaat van BAM, de advocaat van de Gemeente en aan het hof de producties I, J, K, en L gezonden. Ten slotte heeft de advocaat van de Gemeente voorafgaand aan de zitting aan de advocaat van BAM, de advocaat van Koopmans en aan het hof productie 7 gezonden. Aan hen is akte verleend van het in geding brengen van deze stukken.

2.3 Na afloop van de pleidooien heeft het hof arrest bepaald.

## **3. De vaststaande feiten**

Het hof gaat in hoger beroep uit van de feiten zoals beschreven in de rechtsoverwegingen 2.1 tot en met 2.11 van het bestreden vonnis. Aan die feiten kan worden toegevoegd dat de Gemeente de opdracht op 23 mei 2013 definitief aan BAM heeft gegund.

## **4. De motivering van de beslissing in het principaal en in het incidenteel hoger beroep**

4.1 Het gaat in deze zaak, kort weergegeven, om het volgende. De Gemeente heeft op 25 september 2012 een Europese niet-openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het ontwerpen en realiseren (Design & Build) van drie scholenclusters binnen de Gemeente Brummen. Het gunningscriterium is de economisch meest voordelige inschrijving. De planning van de clusters is globaal in twee fasen verdeeld: de ontwikkelings- en de realisatiefase. De oplevering van de eerste twee scholenclusters is gepland in december 2014. Voor de oplevering van het derde cluster wordt mei 2016 aangehouden. Onder meer Koopmans en BAM hebben ingeschreven en een aanbieding gedaan ter verwerving van de opdracht. Bij brief van 19 februari 2013 is namens de Gemeente aan Koopmans bericht dat de Gemeente voornemens is de opdracht aan BAM te gunnen.

De opdracht ziet op de volgende te ontwerpen en te realiseren scholenclusters:

- cluster 1, bestaande uit de scholen Triangel en C. Jetsesschool, te huisvesten op de huidige locatie van de C. Jetsesschool;
- cluster 2, betreffende de Krullebaar en de Oecumenische school, te huisvesten op een

perceel dat thans weiland is;

- cluster 3, dat ziet op de scholen C. van Leeuwen en De Enk. Dat cluster dient te komen op een locatie waar voorheen een andere school was gehuisvest. Daar staat ook een gymzaal. Optioneel bij dit cluster is de realisatie van een nieuwe gymzaal.

4.2 Koopmans heeft bij de voorzieningenrechter in de rechtbank gevorderd primair de Gemeente te verbieden de opdracht te gunnen aan BAM en te verbieden om de opdracht te gunnen aan een ander dan aan Koopmans, subsidiair de Gemeente te bevelen tot herbeoordeling van de inschrijvingen op het onderwerp duurzaamheid in het kader van projectvisie/plan van aanpak, en meer subsidiair iedere maatregel te treffen die de voorzieningenrechter in goede justitie geraden acht. BAM heeft als tussenkomende partij gevorderd dat zij wordt toegelaten in het kort geding, dat de vorderingen van Koopmans worden afgewezen, met veroordeling van Koopmans om te gehengen en te gedogen dat de opdracht aan BAM wordt gegund, en de Gemeente te verbieden de opdracht aan een ander dan BAM te gunnen.

De voorzieningenrechter heeft in het vonnis van 1 mei 2013, voor zover thans relevant, enerzijds geoordeeld dat niet kan worden aangenomen dat de inschrijving van BAM ongeldig is omdat uit de stukken niet duidelijk blijkt dat volledige sloop van bestaande gebouwen was gevraagd. Anderzijds was het volgens de voorzieningenrechter voor een behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijver ook niet volstrekt helder dat, zoals de Gemeente en BAM hebben aangevoerd, gedeeltelijke sloop was toegestaan. In een dergelijk geval zou heraanbesteding de aangewezen weg zijn (indien de Gemeente de opdracht nog wenst te gunnen). Nu Koopmans, aldus de voorzieningenrechter, haar vordering niet op deze grondslag heeft gebaseerd, zal geen heraanbesteding worden bevolen. De slotsom luidde - voor zover thans relevant - dat de primaire vordering van Koopmans (kort gezegd: verbod om de opdracht aan BAM te gunnen) is afgewezen, evenals de vordering van BAM (kort gezegd: Koopmans moet gehengen en gedogen dat de opdracht aan BAM wordt gegund). Ook de subsidiaire en meer subsidiaire vorderingen van Koopmans zijn afgewezen.

4.3 De Gemeente heeft de opdracht op 23 mei 2013 aan BAM gegund. Ter zitting bij het hof heeft BAM toegelicht dat de ontwerpers eerst aan het "tekenen" zijn geslagen, dat vervolgens gedurende de afgelopen vakantieperiode de leegstaande gebouwen zijn opgenomen, dat de ontwerpwerkzaamheden vanaf 1 september 2013 worden hervat en de gesprekken met de schoolbesturen dan ook zullen gaan plaatsvinden.

4.4 Koopman heeft onder aanvoering van tien grieven, die zich voor gezamenlijke behandeling lenen, (spoed) appel ingesteld. De Gemeente en BAM hebben verweer gevoerd en hebben beide met één grief incidenteel appel ingesteld.

4.5 In deze aanbestedingsprocedure gaat het, in de kern genomen, om de vraag hoe een normaal oplettend en redelijk geïnformeerd inschrijver het begrip "sloop" in de aanbestedingsdocumenten had moeten begrijpen; is dit in de zin van gehele sloop van de bestaande gebouwen of is gedeeltelijke sloop ervan toegestaan.

4.6 Koopmans stelt zich primair op het standpunt dat de aanbestedingsstukken geen andere uitleg toelaten dan dat de gehele bestaande bebouwing moet worden gesloopt waarna nieuwbouw van de scholen zal gaan plaatsvinden. Volgens Koopmans had de inschrijving van BAM dan ook ongeldig verklaard moeten worden omdat BAM, anders dan zichzelf, in strijd met de aanbestedingsdocumenten, bij haar ontwerp van de scholenclusters niet is

uitgegaan van volledige sloop van de bestaande bebouwing, maar gedeelten ervan heeft laten staan en heeft geïntegreerd in het ontwerp van de te realiseren clusters.

Subsidiair voert Koopmans aan dat voor het geval haar hierboven gereleveerde uitleg van de aanbestedingsstukken niet wordt gevolgd, de aanbestedingsstukken dan kennelijk voor tweeërlei uitleg vatbaar zijn en de Gemeente tot heraanbesteding dient over te gaan.

4.7 Zowel BAM als de Gemeente voert hiertegen allereerst aan dat de door Koopmans in hoger beroep gewenste eisenwijziging tot heraanbesteding wegens strijd met de goede procesorde niet kan worden toegelaten, nu Koopmans enerzijds op vragen van de voorzieningenrechter uitdrukkelijk heeft geantwoord geen heraanbesteding te wensen (maar gunning van de opdracht aan haarzelf) waardoor zij haar recht daartoe thans heeft verwerkt en zij anderzijds de Gemeente en BAM een procesronde ontnemt waarin laatstgenoemden zich tegen deze eis kunnen verzetten.

Verder voert BAM aan dat zij wel degelijk geldig heeft ingeschreven. Haar bieding is gebaseerd op sloop van nagenoeg alle delen van de bestaande bebouwing, met dien verstande dat de fundering en het casco van de percelen 1 en 3 zullen worden hergebruikt in de nieuwbouw. Haar keuze om de bestaande scholen niet geheel te slopen maar slechts gedeeltelijk is in overeenstemming met de in de aanbestedingsstukken gestelde eisen, mede gelet op het feit dat het hier om een "Design & Build" contract gaat, waarbij de inschrijvers vrij worden gelaten om binnen de gestelde randvoorwaarden de ideale oplossing aan te dragen. Ook in het licht van de verschillende definities van het begrip "sloop" die in de bouwbranche worden gehanteerd (waaronder ook in de Woningwet) is er geen enkele aanleiding te veronderstellen dat uitsluitend voor integrale sloop zou mogen worden gekozen. Met haar oplossing, aldus nog steeds BAM, heeft zij invulling gegeven aan de uitgangspunten van de opdracht, waarbij de nadruk lag op duurzaamheid en kostenbesparing. De Gemeente stelt zich op het standpunt dat - nog daargelaten dat volgens haar onder "sloop" ook gedeeltelijke sloop kan worden verstaan - de discussie niet (zoals Koopmans stelt) is wat onder het begrip sloop moet worden verstaan, omdat die discussie niet relevant is. Immers de inschrijvers wisten dat de Gemeente een innovatieve en creatieve inbreng verwachtte en dat zij slechts de kaders (randvoorwaarden) heeft vastgesteld zoals omschreven in de vraagspecificatie, die is bepaald in de aankondiging van de opdracht en in de selectieleidraad. Volgens de selectieleidraad vormt de vraagspecificatie (bestaande uit objecteisen (programma van eisen) en proceseisen) de basis voor de inschrijving. Nu in de objecteisen met geen woord wordt gerept over "sloop" is de vraag wat onder dit begrip moet worden verstaan niet relevant. Kern is, aldus de Gemeente, dat er sprake is van een functionele uitvraag waarbij het aan de markt is overgelaten om ontwerpen aan te dragen, mits passend binnen de vraagspecificatie. Het stond BAM derhalve vrij te kiezen voor de oplossing waarin zij de bestaande bebouwing sloopt tot op het casco en vervolgens hergebruikt voor de nieuwbouw van de scholenclusters 1 en 3.

4.8 Ten slotte heeft zowel de Gemeente als BAM aangevoerd dat de primaire vordering van Koopmans (gunning aan geen ander dan aan haar) noch de subsidiaire vordering (heraanbesteding) voor toewijzing in aanmerking komen omdat in deze appelprocedure niet meer kan worden ingegrepen in de reeds op 23 mei 2013 tussen de Gemeente en BAM gesloten overeenkomst. Kort weergegeven komt hun standpunt hierop neer dat ingrijpen in de lopende overeenkomst slechts mogelijk is indien Koopmans aannemelijk heeft gemaakt dat deze overeenkomst naar redelijke verwachting op één van de drie gronden van artikel 8 Wet tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijn aanbesteden (hierna: Wira) (kort gezegd: (a) een overeenkomst gesloten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van een opdracht, (b) een overeenkomst gesloten tijdens de zogenaamde

Alcateltermijn en (c) het niet in acht nemen van een opschortende termijn binnen een dynamisch aankoopstelsel) zal worden vernietigd in een bodemgeschil dan wel dat zich een andere uitzonderingsgrond (op het niet meer mogen ingrijpen) voordoet. Voor dit laatste is noodzakelijk dat Koopmans aannemelijk maakt dat de Gemeente met het aangaan van de overeenkomst jegens Koopmans onrechtmatig heeft gehandeld doordat (i) zij misbruik van bevoegdheid heeft gemaakt door de overeenkomst met miskennis van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht aan te gaan en daarmee reële kansen van Koopmans te frustreren of (ii) het aangaan van de overeenkomst alsnog nietigheid ex artikel 3:40 BW oplevert, op grond van omstandigheden die niet zien op schending van de beginselen van aanbestedingsrecht. Koopmans had, aldus de Gemeente en BAM, op grond van artikel 8 lid 2 Wira binnen 30 dagen na publicatie van de opdracht een vordering tot vernietiging van de overeenkomst moeten instellen, hetgeen zij heeft nagelaten, zodat de overeenkomst niet langer op de in artikel 8 lid 1 Wira genoemde gronden vernietigbaar is. Van de onder (i) en (ii) genoemde uitzonderingsgronden is volgens de Gemeente en BAM evenmin sprake, zodat niet meer in de lopende overeenkomst kan worden ingegrepen.

4.9 Het hof stelt voorop dat volgens vaste rechtspraak (HvJ 29 april 2004, zaak C-496/99 (Succhi di Frutta) en HR 4 november 2005, NJ 2006, 204) het aanbestedingsrecht twee centrale beginselen kent: het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel. Het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers beoogt de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging tussen de aan de aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht deelnemende ondernemingen te bevorderen en vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offerte gedane voorstel dezelfde kansen krijgen: voor alle mededingers moeten dezelfde voorwaarden gelden. Het transparantiebeginsel strekt, in samenhang daarmee, ertoe te waarborgen dat elk risico van favoritisme en willekeur door de aanbestedende dienst wordt uitgebannen en impliceert dat alle voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure in het aanbestedingsbericht of in het bestek worden geformuleerd op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze, opdat enerzijds alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte kunnen begrijpen en zij deze op dezelfde wijze kunnen interpreteren, en anderzijds de aanbestedende dienst in staat is om metterdaad na te gaan of de offertes van de inschrijvers beantwoorden aan de criteria die op de betrokken opdracht van toepassing zijn. Dat brengt niet alleen mee dat alle aanbieders gelijk worden behandeld, maar ook dat zij in gelijke mate, mede met het oog op een goede controle achteraf, een duidelijk inzicht moeten hebben in de voorwaarden waaronder de aanbesteding plaatsvindt, zoals de selectiecriteria.

4.10 Met inachtneming van bovenvermelde uitgangspunten oordeelt het hof als volgt. Koopmans stelt zich op het standpunt dat de opdracht twee pijlers kent: sloop en nieuwbouw. Doordat in de aanbestedingsstukken steeds gewag wordt gemaakt van "nieuwbouw van de clusters" kan dit niet anders betekenen dan dat alles gesloopt moet worden en nieuw gebouwd moet worden. Aan de hand van de in rechtsoverweging 2.2 genoemde door haar overgelegde producties voert Koopmans aan dat niet alleen zijzelf, maar ook een andere inschrijver, Bouwbedrijf Klaassen, dit in deze zin heeft opgevat, evenals drie door haar ingeschakelde deskundige bureaus. Dat moet worden uitgegaan van volledige sloop blijkt, aldus Koopmans, eveneens uit de selectieleidraad waarin in paragraaf 2.1.2 het volgende is opgenomen:

*"Uitgangspunten nieuwe huisvesting scholenclusters Brummen:*

*Sloop (indien van toepassing) van bestaande gebouwen op de beoogde bouwlocatie (cluster de Enk/van Leeuwen op locatie Springveer, cluster C. Jetsesschool/Triangel op locatie C.*

*Jetses*".

Volgens Koopmans is helder wat hier staat: de bestaande gebouwen moeten worden gesloopt. Hetgeen tussen haakjes staat ("indien van toepassing") ziet enkel op het feit dat sloop bij cluster 2 niet van toepassing is, omdat die locatie op dit moment een weiland is. Ook uit paragraaf 2.1.5 van de selectieleidraad volgt dat bij het onderdeel "sloop" geen aanduiding is opgenomen dat dit optioneel is, terwijl dit bij andere onderdelen (te weten: mogelijke tijdelijke huisvesting Jetsesschool, optionele gymzaal, asbestsanering (indien van toepassing) wel het geval is. Uit de Nota van Inlichtingen Gunningsfase, vraag 91, welke vraag verband houdt met de tijdelijke huisvesting van de Jetsesschool, volgt volgens Koopmans eveneens dat de gehele bestaande bebouwing moet worden gesloopt. Hetzelfde heeft te gelden voor de vragen 9 en 118 uit deze Nota van Inlichtingen waarin wordt uitgegaan van volledige sloop en de Gemeente dit bevestigt door dit in het antwoord niet te corrigeren, maar juist de tekeningen bij te voegen van de huidige gebouwen.

BAM daarentegen voert, kort samengevat, aan dat in de aanbesteding volledige sloop van bestaande gebouwen niet dwingend is voorgeschreven. Dit volgt evenmin - zoals Koopmans stelt - uit het gebruik van de woorden "sloop" en "nieuwbouw" zoals voorkomend in de aanbestedingsdocumenten. BAM onderbouwt haar standpunt onder meer met verklaringen van vijf deskundigen (overgelegd bij de producties genoemd in rechtsoverweging 2.2) die volgens BAM allen tot de conclusie komen dat een redelijk geïnformeerd en normaal zorgvuldig handelend inschrijver niet tot het oordeel heeft kunnen komen dat integrale sloop dwingend in het bestek is voorgeschreven.

Ook de Gemeente betwist dat volledige sloop dwingend is voorgeschreven. Uitgangspunt is dat er sprake is van een functionele uitvraag, waarbij van inschrijvers innovativiteit en creativiteit wordt verwacht binnen de randvoorwaarden die in de vraagspecificatie worden gesteld. BAM is met haar inschrijving binnen de randvoorwaarden gebleven, zodat zij een geldige inschrijving heeft gedaan. In dit verband verwijst de Gemeente onder meer naar een brief van Omgevingsdienst Nederland waarin als conclusie is opgenomen dat kan worden aangenomen dat gedeeltelijk afbreken van de huidige scholen een noodzakelijk onderdeel is om de huidige scholen aan de nieuwbouwvoorschriften uit het Bouwbesluit 2012 te laten voldoen (productie 7).

4.11 Het hof overweegt als volgt. Bij de uitleg van de offerte dient acht te worden geslagen op de bewoordingen daarvan, gelezen in het licht van de gehele tekst van, in beginsel, alle aanbestedingsstukken. Daarbij komt het aan op de betekenis die naar objectieve maatstaven volgt uit de bewoordingen waarin de stukken zijn gesteld. De bedoelingen van de aanbestedende dienst zijn daarbij dus niet van belang, tenzij deze bedoelingen uit de aanbestedingsdocumenten en de toelichting kenbaar zijn. Voorop staat dat in de aanbestedingsdocumenten nergens met zoveel woorden is bepaald dat alle bestaande bebouwing moet worden gesloopt en vervangen dient te worden voor volledige nieuwbouw. Anderzijds is nergens met zoveel woorden omschreven of moet het als de bedoeling van de Gemeente worden begrepen dat het aan het inzicht van de inschrijver is overgelaten of hij bestaande bebouwing geheel of gedeeltelijk sloop en in het laatste geval integreert in nieuwbouw. Dit laatste volgt ook niet, anders dan de Gemeente en BAM betogen, uit het feit dat het hier om een "Design & Build"constructie gaat.

Anders dan Koopmans naar voren heeft gebracht volgt uit de woorden "sloop" en "nieuwbouw" en de context waarin deze woorden in de aanbestedingsstukken zijn gebruikt niet dwingend dat de bestaande bouwen geheel gesloopt moeten worden. Allereerst is daarbij van belang dat het begrip "sloop" op dit punt niet geheel eenduidig is. Zo staat tegenover de taalkundige betekenis volgens de omschrijving in Van Dalen groot woordenboek van de Nederlandse taal waarop Koopmans zich beroept (kort gezegd: afbreken, doen verdwijnen,

met de grond gelijk maken), de omschrijving in andere bronnen en de definitie in artikel 1 sub b Woningwet (het afbreken van een bouwwerk of een gedeelte daarvan), waarnaar de Gemeente en BAM verwijzen. Het begrip nieuwbouw is ook niet vastomlijnd. De zinsnede "indien van toepassing" in paragraaf 2.1.2 van de selectieleidraad kan een aanwijzing opleveren dat sloop alleen niet van toepassing is voor cluster 2 omdat die locatie nu nog een weiland is, en juist wel voor de clusters 1 en 3. Anderzijds kan de zinsnede "indien van toepassing" er ook op wijzen dat de gebouwen op de locaties 1 en 3 niet volledig behoeven te worden gesloopt, maar slechts voor zover de bestaande bebouwing op die locaties niet wordt meegenomen in het ontwerp van het nieuwe cluster. Op locatie 2 valt niets te slopen, reden waarom die locatie niet is genoemd in deze bepaling (zoals BAM het heeft opgevat). Dat in paragraaf 2.1.5. van de selectieleidraad bij "5. sloop huidige bebouwing op beoogde bouwlocaties" geen aanduiding is opgenomen dat dit optioneel is, zegt nog niets over de betekenis van de sloop, te weten of hiermee algehele dan wel gedeeltelijke sloop wordt bedoeld. Uit de antwoorden op de vragen 9, 91 en 118 van de nota van toelichting kan evenmin worden afgeleid dat enkel volledige sloop is beoogd. Hetzelfde geldt voor de gymzaal in cluster 3. In de aanbestedingsstukken is uitdrukkelijk bepaald dat de oude gymzaal moet worden gesloopt als die vervangen wordt door een nieuwe gymzaal. Een nieuwe gymzaal is optioneel. Anders dan Koopmans stelt, kan het hier een op zichzelf staand geval betreffen en hoeft het niet te gaan om een uitzondering op de door Koopmans gestelde hoofdregel (die zoals reeds overwogen nergens expliciet in de aanbestedingsdocumenten is terug te vinden) dat alle bestaande bebouwing volledig moet worden gesloopt.

Ten slotte verschaffen de door Koopmans, BAM en de Gemeente in het geding gebrachte verklaringen evenmin een eenduidig beeld. Integendeel, met evenveel verve worden zowel argumenten pro als argumenten contra het aannemen van een eis van volledige sloop naar voren gebracht.

4.12 Op grond van het voorgaande kan dan ook niet worden geoordeeld dat alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers uit de aanbestedingsdocumenten hadden moeten begrijpen dat zij bij het ontwerpen van de clusters moesten uitgaan van het volledig verwijderen van de aanwezige bebouwing op de locaties van de clusters 1 en 3 zoals Koopmans voorstaat. Dat vier van de vijf inschrijvers (onder wie Bouwbedrijf Klaassen) in hun ontwerp van volledige sloop zijn uitgegaan, doet daaraan onvoldoende af. Hierop strandt de primaire vordering van Koopmans.

Anderzijds volgt uit het bovenstaande dat het evenmin volstrekt helder was dat, zoals BAM en de Gemeente betogen, gedeeltelijke sloop was toegestaan, in ieder geval op de manier zoals BAM dat heeft opgevat, te weten het hergebruiken van de fundering en het casco van de percelen 1 en 3 in de nieuwbouw.

Aldus doet zich hier naar het voorlopig oordeel van het hof de situatie voor waarbij de voorwaarden en modaliteiten van de gunningsprocedure niet op een duidelijke, precieze en ondubbelzinnige wijze zijn geformuleerd, zodat niet alle behoorlijk geïnformeerde en normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte van de stukken hebben kunnen begrijpen en deze op dezelfde wijze hebben kunnen interpreteren. Nu sprake is van een ongeldig gunningscriterium zal de Gemeente de onderhavige aanbesteding op basis van vaste rechtspraak van het HvJEG (onder meer 4 december 2003, zaak C-448/01 Wienstrom) niet kunnen voortzetten. De vraag rijst vervolgens of de subsidiaire vordering van Koopmans (te weten: heraanbesteding) voor toewijzing in aanmerking komt.

4.13 Daarmee komt het hof toe aan de in rechtsoverweging 4.7 (eerste alinea) en 4.8 genoemde overige bezwaren en verweren van de Gemeente en BAM.

4.14 Het verweer dat Koopmans niet meer (onder de gegeven omstandigheden) in hoger beroep heraanbesteding kan vorderen, nu zij dat in eerste aanleg niet heeft gedaan, wordt verworpen. Het hoger beroep strekt mede ertoe de appellerende partij de gelegenheid te bieden tot het verbeteren en aanvullen van hetgeen zij bij de procesvoering in eerste aanleg heeft gedaan of nagelaten. Het stond Koopmans derhalve in beginsel vrij in hoger beroep een ander standpunt in te nemen (hetgeen zij overigens betwist) over een vordering tot heraanbesteding dan in eerste aanleg. Op zichzelf is niet uitgesloten dat de appelrechter aan processueel gedrag in eerste aanleg, eventueel in samenhang met een voorafgaand aan het geding aangenomen houding, de slotsom verbindt dat een procespartij het recht heeft verloren voor het eerst in appel een bepaald standpunt in te nemen, maar de rechter dient daarmee in verband met voormelde strekking van het hoger beroep terughoudend te zijn. Ook als juist is dat Koopmans in eerste aanleg te kennen heeft gegeven geen heraanbesteding te verlangen, omdat zij zich op het standpunt stelde dat de aanbestedingsstukken duidelijk waren, dat de inschrijving van BAM ongeldig was en dat de opdracht slechts aan Koopmans kon worden gegund, rechtvaardigt dat niet de conclusie dat Koopmans het recht heeft verwerkt om in hoger beroep - naar aanleiding van het oordeel van de voorzieningenrechter -, indien zij de opdracht nog wenst te gunnen, alsnog (subsidiar) heraanbesteding te vorderen. Dat de eiswijziging ertoe leidt dat slechts in één feitelijke instantie over deze vordering wordt beslist, is verder onvoldoende om de eiswijziging in strijd met de eisen van een goede procesorde te achten.

4.15 Ook het verweer van BAM en de Gemeente dat niet meer in de reeds op 23 mei 2013 gesloten overeenkomst tussen de Gemeente en BAM kan worden ingegrepen omdat Koopmans ingevolge artikel 8 lid 2 van de Wira niet binnen 30 dagen een vordering tot vernietiging van de gesloten overeenkomst heeft ingesteld en zich geen uitzonderingsgeval zoals vermeld in rechtsoverweging 4.8 voordoet (kort gezegd: misbruik van bevoegdheid dan wel het aangaan van een nietige overeenkomst wegens strijd met artikel 3:40 BW), wordt verworpen.

4.16 Het hof stelt voorop dat niet is gebleken dat sprake is van één van de in artikel 8 lid 1 Wira genoemde gevallen. Anders dan de Gemeente heeft aangevoerd, betekent het enkele feit dat BAM volgens Koopmans ongeldig heeft ingeschreven niet dat de Gemeente hiermee onwettig onderhands heeft gegund in de zin van artikel 8 lid 1 sub a Wira. Deze bepaling ziet immers op de niet-naleving van de plicht tot openbare aanbesteding, waarvan in dit geval geen sprake is. Ook de gevallen onder b (niet-naleving van voor de aanbesteding geldende termijnvoorschriften) en onder c (het niet in acht nemen van een opschortende termijn binnen een dynamisch aankoopstelsel) doen zich niet voor.

Tussen partijen is niet in geschil dat, buiten de gevallen zoals bestreken door de Wira, het hof in elke geval ook een ordemaatregel kan treffen, indien de Gemeente met het aangaan van de overeenkomst onrechtmatig jegens Koopmans heeft gehandeld doordat zij daarbij misbruik van bevoegdheid maakt ofwel dat de overeenkomst is aangegaan onder omstandigheden die tot de voorlopige conclusie leiden dat sprake is van nietigheid op grond van artikel 3:40 BW. Naar het oordeel van het hof heeft de Gemeente onrechtmatig jegens Koopmans gehandeld door met klaarblijkelijke miskenning van fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht met BAM een overeenkomst aan te gaan. Hoewel de voorzieningenrechter met zoveel woorden had overwogen dat de gunning in strijd was met het Europese aanbestedingsrecht (omdat deze was gebaseerd op criteria die voor tweërlei uitleg vatbaar zijn, zie rechtsoverweging 4.11 van het vonnis) en heraanbesteding zou zijn aangewezen, ware het niet dat Koopmans dit niet had gevorderd, heeft de Gemeente toch de



opdracht aan BAM gegund. Onder deze omstandigheden, waarbij sprake is van een evidente schending van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, acht het hof ingrijpen in de lopende overeenkomst aangewezen en zal de Gemeente, indien zij de opdracht nog wenst te gunnen, tot heraanbesteding moeten overgaan. Een afweging van de door partijen uiteengezette belangen leidt niet tot een andere conclusie. Daarbij staat voorop dat Koopmans onmiskenbaar belang heeft bij een heraanbesteding, om daarmee de kans te krijgen in een procedure met heldere uitgangspunten en criteria alsnog in aanmerking te kunnen komen voor deze (naar onbetwist is) voor haar belangrijke opdracht. Uit de gedingstukken blijkt verder dat de opdracht, waarop de tussen de Gemeente en BAM gesloten overeenkomst ziet, zich nog in de ontwikkelingsfase bevindt. Daar komt nog bij dat de gesloten overeenkomst opzegbaar is, zelfs zonder schadevergoedingsverplichting jegens BAM, zoals de Gemeente en BAM in het kader van het incident ex artikel 223 Rv naar voren hebben gebracht. Dat heraanbesteding tot onaanvaardbare vertraging van het project zal leiden, is verder niet gebleken.

4.17 Gelet op het voorgaande strandt het incidenteel hoger beroep, waarin zowel de Gemeente als BAM heeft aangevoerd dat de aanbestedingsdocumenten duidelijk zijn en heraanbesteding niet is gerechtvaardigd.

4.18 De gevorderde dwangsom zal ten slotte worden afgewezen, nu de Gemeente heeft aangevoerd dat zij rechterlijke uitspraken stipt en onverkort pleegt na te komen en het tegendeel niet aannemelijk is geworden.

## 5. Slotsom

De slotsom luidt dat het hoger beroep van Koopmans slaagt, de incidentele beroepen falen en dat het bestreden vonnis moet worden vernietigd. De Gemeente en BAM zullen als de in het ongelijk gestelde partijen in de kosten van de eerste aanleg en het hoger beroep worden veroordeeld.

## 6. De beslissing

Het hof, recht doende in kort geding in het principaal en het incidenteel hoger beroep:

vernietigt het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Arnhem van 1 mei 2013 en doet opnieuw recht:

gebiedt de Gemeente de overeenkomst van 23 mei 2013 met BAM op te zeggen;

verbiedt de Gemeente de opdracht te gunnen anders dan na een heraanbesteding, indien zij deze opdracht nog wenst te gunnen;

veroordeelt de Gemeente en BAM in de kosten van beide instanties, tot aan de bestreden uitspraak aan de zijde van Koopmans wat betreft de eerste aanleg vastgesteld op € 589,- voor griffierecht, € 76,71 voor exploitkosten en op € 816,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief en tot aan deze uitspraak wat betreft het *principaal hoger beroep* vastgesteld op € 683,- voor verschotten, op € 76,71 voor exploitkosten en op € 2.682,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit arrest, en - voor het geval voldoening binnen bedoelde termijn niet plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente te rekenen vanaf bedoelde termijn voor

voldoening;

veroordeelt de Gemeente en BAM in de nakosten; begroot op € 131,- met bepaling dat dit bedrag zal worden verhoogd met € 68,- in geval de Gemeente en BAM niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan deze uitspraak hebben voldaan én betekening heeft plaatsgevonden;

veroordeelt de Gemeente en BAM in de kosten van het *incidenteel hoger beroep*, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Koopmans vastgesteld op € 894,- voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

veroordeelt de Gemeente en BAM tot terugbetaling aan Koopmans van de proceskosten die ter uitvoering van het vonnis in eerste aanleg door Koopmans aan de Gemeente en BAM zijn voldaan, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf het moment dat de betaling aan de Gemeente en BAM heeft plaatsgevonden tot aan de dag van terugbetaling;

verklaart dit arrest, voor zover het de hierin vermelde proceskostenveroordeling betreft, uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.A. van Rossum, P. H. van Ginkel en H.L. Wattel en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 17 september 2013.



Voor kopie conform  
De griffier van het Gerechtshof  
Arnhem-Leeuwarden

