

226

Voorzieningenrechter Rechtbank Den Haag
12 september 2018, nr. C-09-555305-KG ZA
18-643, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933
(mr. Groeneveld-Stubbe)
Noot mr. O. de Wit

**Overeenkomst. Buitengerechtelijke ontbinding
overeenkomst. Rechtsverwerking. Gelijkheids-
beginsel. Wezenlijke wijziging.**

FAM International N.V. (hierna: FAM) is een Belgische vennootschap die handelt in wegzout. de Staat der Nederlanden (de dienst Rijkswaterstaat van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat) (hierna: Rijkswaterstaat) heeft in april 2017 een openbare Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering van wegzout. In het Programma van Eisen van de aanbesteding staat onder het kopje "korrelverdeling" vermeld dat de zeeffractie van het wegzout kleiner dan 0,16 mm ten hoogste 5% mag bedragen.

FAM heeft een inschrijving ingediend en heeft de opdracht (voor twee percelen) gegund gekregen. Op 21 en 24 juli 2017 hebben FAM en Rijkswaterstaat twee overeenkomsten gesloten voor de levering van 34.930 respectievelijk 39.400 ton wegzout voor het strooiseizoen 2017/2018. In beide overeenkomsten staat vermeld dat het product uiterlijk op 1 oktober 2017 zal worden afgeleverd. Eind augustus 2017 is het eerste deel van het te leveren wegzout in Nederland aangekomen. Op verzoek van Rijkswaterstaat heeft een geaccrediteerde onderzoeksinstantie de kwaliteit van het wegzout onderzocht en geconstateerd dat de zeeffractie van het wegzout kleiner dan 0,16 mm meer dan 5% bedraagt.

Op 17 oktober 2017 heeft FAM een (voorschot-)factuur opgemaakt van € 800.000. Dat bedrag is door Rijkswaterstaat aan FAM voldaan.

Op 18 oktober 2017 is het resterende gedeelte van het te leveren wegzout in Nederland aangekomen. Ook dat zout voldeed blijkens een analyse niet aan de vereiste korrelverdeling. Rijkswaterstaat heeft FAM meermaals op het voorgaande gewezen en gesommeerd wegzout te leveren conform de eisen.

Op 26 december 2017 heeft FAM twee aanvullende facturen aan Rijkswaterstaat verzonden ter grootte van € 443.830,72 (restant eerste levering) en € 1.270.252,50 (tweede levering). Rijkswaterstaat heeft deze facturen niet voldaan.

Een van de andere inschrijvers in de aanbestedingsprocedure voor de levering van het zout heeft tweemaal een kortgedingprocedure aanhangig gemaakt, waarin zij onder meer heeft gevorderd Rijkswaterstaat te bevelen de leveringsovereenkomsten met FAM te ontbinden. De vorderingen zijn afgewezen (bij vonnis van 25 april 2018).

FAM vordert nakoming van de leveringsovereenkomsten. Die nakoming vertaalt zich in dit geval in betaling van een geldsom door de Staat.

Rijkswaterstaat heeft zich tegen de vordering in deze procedure verweerd met de stelling dat hij niet gehouden is tot nakoming van de leveringsovereenkomsten, omdat hij tot ontbinding is overgegaan.

Rechtsverwerking

FAM heeft allereerst een beroep op rechtsverwerking gedaan. Dat betoog kan niet worden gevolgd. Omdat een beroep op rechtsverwerking neerkomt op een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, kan zodanig beroep slechts in uitzonderlijke omstandigheden gegrond zijn. De voorzieningenrechter is van oordeel dat de enkele verwijzing van FAM naar de brief van 21 december 2017 niet kan worden beschouwd als een uitzonderlijke omstandigheid als hiervoor bedoeld. Uit deze brief blijkt dat Rijkswaterstaat er op dat moment voor heeft gekozen het zout te laten herstellen op kosten van FAM. FAM heeft niet weersproken dat dit herstel nagenoeg onhaalbaar is, althans onwenselijk in verband met de hoge kosten daarvan en dat Rijkswaterstaat dus op goede gronden heeft afgezien van de mogelijkheid tot herstel. Nu er daarnaast nog geen begin was gemaakt met herstel, stond het Rijkswaterstaat vrij alsnog te kiezen voor de optie van ontbinding.

Ontbinding

FAM heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat het door haar geleverde zout niet van inferieure kwaliteit is en er dus geen tekortkoming is, althans dat de tekortkoming ontbinding niet rechtvaardigt. Ook dat betoog kan haar niet baten.

Voor zover de Staat naar de (tussen partijen bindende) rapporten verwijst van onderzoeksinstantie SGS, geldt dat uit die rapporten enkel volgt dat het zout niet voldoet aan de vereiste korrelverdeling. De Staat heeft naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende gemotiveerd aangevoerd

dat de gestelde eis van wezenlijk belang is voor de kwaliteit van het zout en dat in de praktijk is gebleken dat het zout van FAM van onvoldoende kwaliteit is.

Wezenlijke wijziging

Op grond van het voorgaande moet voorshands worden aangenomen dat FAM niet heeft voldaan aan een wezenlijke kwaliteitseis en dat op voorhand niet valt uit te sluiten dat Rijkswaterstaat zich in een bodemprocedure met succes zal kunnen beroepen op ontbinding van de leveringsovereenkomsten. Bovendien is de voorzieningenrechter met de Staat van oordeel dat hij niet alleen vanuit contractrechtelijk oogpunt voldoende aannemelijk heeft gemaakt gerechtigd te zijn tot ontbinding over te gaan, maar ook gehouden is de leveringsovereenkomsten te ontbinden. De aanbestedingsrechtelijke context van de opdracht – en het daardoor toepasselijke gelijkheidsbeginsel – maakt immers dat op een rigide wijze moet worden bezien of is voldaan aan de gestelde eisen. Met haar inschrijving heeft FAM zich geconformeerd aan de vereiste korrelverdeling en daarmee is die korrelverdeling een gegarandeerde producteigenschap. De voorzieningenrechter sluit aan bij de overwegingen van de voorzieningenrechter in het vonnis van 25 april 2018 dat – nu geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot herstel – slechts de mogelijkheid van ontbinding resteert. Het gebruik van zout dat niet aan de gestelde eisen voldoet, leidt immers tot een wezenlijke wijziging van de opdracht.

Gelet hierop kan niet met een grote mate van waarschijnlijkheid worden aangenomen dat de bodemrechter de primaire vordering van FAM zal toewijzen. Die vordering zal dan ook worden afgewezen.

FAM International N.V. te Antwerpen (België), eiseres,

advocaat mr. L.E.J. Korsten te Amsterdam, tegen:

de Staat der Nederlanden (de dienst Rijkswaterstaat van het Ministerie van Infrastructuur en Waterstaat) te Den Haag, gedaagde,

advocaat mr. D. Wolters Rückert te Den Haag.

Partijen worden hierna respectievelijk aangeduid als 'FAM' en 'de Staat'.

1 De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding met producties;
- de door de Staat overgelegde producties;
- de bij de mondelinge behandeling door beide partijen overgelegde pleitnotities.

1.2. De mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden op 29 augustus 2018. Ter zitting is vonnis bepaald op heden.

2 De feiten

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

2.1. FAM is een Belgische vennootschap die handelt in wegzout. Rijkswaterstaat heeft in april 2017 een openbare Europese aanbestedingsprocedure gehouden voor de levering van wegzout. In het Programma van Eisen van de aanbesteding staat onder het kopje "korrelverdeling" vermeld dat de zeeffractie van het wegzout kleiner dan 0,16 mm ten hoogste 5% mag bedragen.

2.2. FAM heeft een inschrijving ingediend en heeft de opdracht (voor twee percelen) gegund gekregen. Op 21 en 24 juli 2017 hebben FAM en Rijkswaterstaat twee overeenkomsten gesloten voor de levering van 34.930 respectievelijk 39.400 ton wegzout voor het strooiseizoen 2017/2018. In beide overeenkomsten staat vermeld dat het product uiterlijk op 1 oktober 2017 zal worden afgeleverd.

2.3. Eind augustus 2017 is het eerste deel van het te leveren wegzout in Nederland aangekomen. Op verzoek van Rijkswaterstaat heeft een geaccrediteerde onderzoeksinstantie de kwaliteit van het wegzout onderzocht en geconstateerd dat de zeeffractie van het wegzout kleiner dan 0,16 mm meer dan 5% bedraagt.

2.4. Op 17 oktober 2017 heeft FAM een (voorschot-)factuur opgemaakt van € 800.000,-. Dat bedrag is door Rijkswaterstaat aan FAM voldaan.

2.5. Op 18 oktober 2017 is het resterende gedeelte van het te leveren wegzout in Nederland aangekomen. Ook dat zout voldeed blijkens een analyse niet aan de vereiste korrelverdeling. Rijkswaterstaat heeft FAM meermaals op het voorgaande gewezen en gesommeerd wegzout te leveren conform de eisen.

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

"5 Zoals ik u op 18 december jl. al berichtte heeft Rijkswaterstaat geconstateerd dat FAM niet heeft voldaan aan die laatste sommatie om uiterlijk 15 december 2017 wegzout te leveren conform de

eisen die daaraan zijn gesteld. Uit een analyse blijkt dat de zeeffractie van het wegzout 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 wegzout conform de eisen van de overeenkomst zal leveren en zal daarover ook niet meer in overleg treden met FAM. Het gebrek in wegzout 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. Waar vast staat dat de finale opleverdatum van 1 oktober 2017 is verstreken, is FAM op grond van artikel 3.2 van de overeenkomsten een onmiddellijk opeisbare boete verschuldigd van 0,15% van de prijs van het wegzout voor iedere dag dat de tekortkoming voortduurt, met een maximum van 10 % van de prijs. Die boete komt volgens onderstaande berekening neer op een bedrag van € 248.262,20. De boete wordt verrekend met verschuldigde betalingen.

(...)

8 De aanspraak op de boete laat het recht op schadevergoeding van Rijkswaterstaat op grond van artikel 3.2 sub b van de overeenkomsten onverlet. Rijkswaterstaat brengt thans in kaart welke schade is geleden ten gevolge van de wanprestatie. Die schade zal eveneens verrekend worden met verschuldigde betalingen.”

2.7. Op 26 december 2017 heeft FAM twee aanvullende facturen aan Rijkswaterstaat verzonden ter grootte van € 443.830,72 (restant eerste levering) en € 1.270.252,50 (tweede levering). Rijkswaterstaat heeft deze facturen niet voldaan.

2.8. Een van de andere inschrijvers in de aanbestedingsprocedure voor de levering van het zout heeft tweemaal een kortgedingprocedure aanhangig gemaakt, waarin zij onder meer heeft gevorderd Rijkswaterstaat te bevelen de leveringsovereenkomsten met FAM te ontbinden. De vorderingen zijn afgewezen. In het vonnis van 25 april 2018 heeft de voorzieningenrechter ten overvloede overwogen:

5.3. (...)

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 con-

clusie 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 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. Indien inferieur zout tegen een lagere prijs mocht worden aangeboden, valt immers niet uit te sluiten dat dit tot wijzigin-

gen 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.”

2.9. Bij brief van 30 mei 2018 heeft Rijkswaterstaat aan FAM bericht:

“2 Bij brief van 21 december 2017 liet ik u weten dat Rijkswaterstaat het gebrek in het wegzout wenste te (laten) herstellen op kosten en voor rekening van FAM. Voorts heeft Rijkswaterstaat in die brief aanspraak gemaakt op de contractuele boete en vergoeding van schade.

3 Rijkswaterstaat heeft vervolgens onderzocht op welke wijze het wegzout alsnog in overeenstemming met de eisen uit de overeenkomst kan worden gebracht. Herstel bleek echter ingewikkeld en voor zover technisch al mogelijk, uiterst kostbaar. De kosten stonden niet in verhouding tot de waarde van het wegzout en het herstel zou te veel tijd in beslag nemen om het wegzout tijdig voor de gladheidbestrijding te kunnen inzetten. Tegen die achtergrond heeft Rijkswaterstaat getracht met FAM tot een regeling te komen.

4 In het u bekende vonnis van 25 april 2018 heeft de Voorzieningenrechter echter overwogen dat Rijkswaterstaat met het treffen van een dergelijke regeling niet binnen de grenzen van de contractuele mogelijkheden zou opereren en het gelijkheidsbeginsel zou schenden (r.o. 5.4). Volgens de Voorzieningenrechter rest Rijkswaterstaat thans nog slechts de mogelijkheid tot ontbinding (r.o. 5.5). Gegeven deze uitspraak van de Voorzieningenrechter ziet Rijkswaterstaat zich genoodzaakt een beroep te doen op artikel 12.2 van de op de overeenkomst toepasselijke ARIV 2016.

5 Rijkswaterstaat ontbindt hierbij gedeeltelijk de op 24 juli 2017 met FAM gesloten overeenkomsten en wel voor de volgende hoeveelheden wegzout per locatie:

(...)

6 Met deze gedeeltelijke ontbinding is Rijkswaterstaat bevrijd van de op hem rustende verplichting tot betaling van € 1.183.696,- voor 35.440 ton wegzout (op basis van € 33,40 per ton) en is FAM verplicht deze 35.440 ton wegzout terug te nemen.

7 Rijkswaterstaat verzoekt en sommeert FAM hierbij dan ook de 35.440 ton wegzout binnen 4 weken na dagtekening van deze brief, derhalve vóór 1 juli 2018 bij de bovengenoemde locaties op te halen en af te voeren. Indien FAM binnen deze

termijn de 35.440 ton wegzout niet heeft opgehaald zal het Rijkswaterstaat, zonder nadere ingebrekestelling, vrij staan op een economisch verantwoorde wijze om te gaan met dit wegzout zoals hij geraden acht, mede ter beperking van verdere schade en kosten, onder andere die van opslag. (...)”

3 Het geschil

3.1. FAM vordert, zakelijk weergegeven:

primair: de Staat te veroordelen tot onverwijld nakoming van de leveringsovereenkomst door betaling aan FAM van een bedrag van € 1.735.012,25, exclusief btw;

subsidiair: de Staat in afwachting van een door Rijkswaterstaat of FAM aan te spannen bodemprocedure te verbieden het wegzout op kosten van FAM af te (doen) voeren van de opslagplaatsen waar het nu ligt.

3.2. Daartoe voert FAM – samengevat – het volgende aan. In de brief van 21 december 2017 heeft Rijkswaterstaat gekozen voor schadevergoeding en niet voor ontbinding. Daarmee heeft Rijkswaterstaat zijn recht op ontbinding prijsgegeven.

Het door FAM geleverde zout is niet van inferieure kwaliteit, maar is ten minste gelijkwaardig aan zout met de contractuele specificaties. Een deskundige heeft dat bevestigd. Er is dan ook geen sprake van een (toerekenbare) tekortkoming, laat staan van een tekortkoming die ontbinding van de leveringsovereenkomsten rechtvaardigt. Het zout is geschikt voor het doel waarvoor het is bestemd. Dat blijkt ook uit het feit dat Rijkswaterstaat het wegzout deels heeft gebruikt. Daarmee heeft hij zijn rechten verwerkt om op grond van een afwijking van de contractuele specificaties tot ontbinding over te gaan en is het niet geloofwaardig dat het zout inferieur is. Het door FAM geleverde zout voldoet bovendien geheel aan de specificaties van de nieuwe aanbesteding voor strooi-seizoen 2018/2019.

De kosten van afvoer van het wegzout zijn bijzonder hoog, namelijk circa € 355.000,- voor 35.440 ton. Dat is – afgezet tegen het vermeende gebrek – disproportioneel hoog. FAM is niet gehouden het resterende wegzout op te halen.

3.3. De Staat voert gemotiveerd verweer, dat hierna, voor zover nodig, zal worden besproken.

4 De beoordeling van het geschil

4.1. FAM vordert nakoming van de leveringsovereenkomsten. Die nakoming vertaalt zich in dit geval in betaling van een geldsom door de Staat. Volgens vaste jurisprudentie is ten aanzien van geldvorderingen in kort geding terughoudendheid

geboden. Onderzocht moet worden of het bestaan van de vordering voldoende aannemelijk is. Dat betekent dat met een grote mate van waarschijnlijkheid te verwachten moet zijn dat de bodemrechter haar zal toewijzen. Daarnaast moet sprake zijn van feiten of omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed een onmiddellijke voorziening is vereist. Voorts dient in de afweging van de belangen van partijen het restitutierisico betrokken te worden.

4.2. Rijkswaterstaat heeft zich tegen de vordering in deze procedure verweerd met de stelling dat hij niet gehouden is tot nakoming van de leveringsovereenkomsten, omdat hij tot ontbinding is overgegaan. Gelet hierop dient te worden beoordeeld of met een grote mate van waarschijnlijkheid te verwachten is dat de bodemrechter het beroep van Rijkswaterstaat op ontbinding zal passeren. Alleen in dat geval komt de geldvordering van FAM voor toewijzing in aanmerking.

4.3. FAM heeft allereerst betoogd dat Rijkswaterstaat met de brief van 21 december 2017 zijn recht heeft prijsgegeven om tot ontbinding over te gaan. Zij doet daarmee een beroep op rechtsverwerking. Dat betoog kan niet worden gevolgd. Omdat een beroep op rechtsverwerking neerkomt op een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, kan zodanig beroep slechts in uitzonderlijke omstandigheden gegrond zijn. Dit brengt ook mee dat genoegzame concrete feiten moeten zijn aangevoerd, waarop dit beroep kan worden gegrond (HR 20 mei 2005, ECLI:NL:2005:AS4406). De voorzieningenrechter is van oordeel dat de enkele verwijzing van FAM naar de brief van 21 december 2017 niet kan worden beschouwd als een uitzonderlijke omstandigheid als hiervoor bedoeld. Uit de brief blijkt dat Rijkswaterstaat er op dat moment voor heeft gekozen het zout te laten herstellen op kosten van FAM. FAM heeft niet weersproken dat dit herstel nagenoeg onhaalbaar is, althans onwenselijk in verband met de hoge kosten daarvan en dat Rijkswaterstaat dus op goede gronden heeft afgezien van de mogelijkheid tot herstel. Nu er daarnaast nog geen begin was gemaakt met herstel, stond het Rijkswaterstaat vrij alsnog te kiezen voor de optie van ontbinding.

4.4. FAM heeft zich voorts op het standpunt gesteld dat het door haar geleverde zout niet van inferieure kwaliteit is en er dus geen tekortkoming

is, althans dat de tekortkoming ontbinding niet rechtvaardigt. Ook dat betoog kan haar niet baten. Daartoe is het volgende redengevend.

4.5. Voor zover de Staat naar de (tussen partijen bindende) rapporten verwijst van onderzoeksinstantie SGS, geldt dat uit die rapporten enkel volgt dat het zout niet voldoet aan de vereiste korrelverdeling. Dat is op zichzelf niet door FAM weersproken. De conclusie van de Staat dat het zout om die reden onbruikbaar of inferieur van kwaliteit is, ontbreekt echter in de rapporten van SGS en wordt door FAM betwist. Niettemin heeft de Staat naar het oordeel van de voorzieningenrechter voldoende gemotiveerd aangevoerd dat de gestelde eis van wezenlijk belang is voor de kwaliteit van het zout en dat in de praktijk is gebleken dat het zout van FAM van onvoldoende kwaliteit is. Volgens de Staat wordt het zout te compact indien de concentratie fijn zout te hoog is, waardoor het gaat klonteren en het niet goed gestrooid kan worden. Dat is aannemelijk, ook doordat het door FAM zelf ter zitting getoonde zout bleek te klonteren. De Staat heeft daarnaast het door FAM overgelegde rapport van dr.ing. [A], waaruit zou volgen dat het zout van FAM ten minste van gelijke kwaliteit is als wegzout volgens de contractuele specificaties, gemotiveerd weersproken. De Staat heeft daartoe onder meer gesteld dat de uitgangspunten van het uitgevoerde onderzoek onjuist zijn. Het standpunt van de Staat dat het zout van FAM van inferieure kwaliteit is, wordt ondersteund door het feit dat Rijkswaterstaat steeds consequent is geweest in zijn wens om het zout niet te gebruiken in de staat waarin het is geleverd, ook niet toen andere mogelijkheden werden onderzocht die de overeenkomsten in stand zouden laten. FAM heeft aangevoerd dat een deel van het zout feitelijk wel is gebruikt, wat volgens haar een aanwijzing is dat het zout niet van inferieure kwaliteit is. Dat het zout is gebruikt wordt door de Staat echter betwist. Volgens de Staat is een deel van het zout in de opslag zodanig vermengd met ander zout dat retournering niet meer mogelijk is. Ook hieruit volgt dus niet dat het zout niet van inferieure kwaliteit is. Dat het zout – zoals FAM stelt – voldoet aan alle specificaties van de nieuwe aanbesteding, heeft de Staat weersproken en kan niet in deze procedure worden vastgesteld.

4.6. Op grond van het voorgaande moet voorshands worden aangenomen dat FAM niet heeft voldaan aan een wezenlijke kwaliteitseis en dat op voorhand niet valt uit te sluiten dat Rijkswater-

staat zich in een bodemprocedure met succes zal kunnen beroepen op ontbinding van de leveringsovereenkomsten. Bovendien is de voorzieningenrechter met de Staat van oordeel dat hij niet alleen vanuit contractrechtelijk oogpunt voldoende aannemelijk heeft gemaakt gerechtigd te zijn tot ontbinding over te gaan, maar ook gehouden is de leveringsovereenkomsten te ontbinden. De aanbestedingsrechtelijke context van de opdracht – en het daardoor toepasselijke gelijkheidsbeginsel – maakt immers dat op een rigide wijze moet worden gezien of is voldaan aan de gestelde eisen. Met haar inschrijving heeft FAM zich geconformeerd aan de vereiste korrelverdeling en daarmee is die korrelverdeling een gegarandeerde producteigenschap. De voorzieningenrechter sluit aan bij de overwegingen van de voorzieningenrechter in het vonnis van 25 april 2018 (zoals onder de feiten geciteerd), dat – nu geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid tot herstel – slechts de mogelijkheid van ontbinding resteert. Het gebruik van zout dat niet aan de gestelde eisen voldoet, leidt immers tot een wezenlijke wijziging van de opdracht.

4.7. Gelet hierop kan niet met een grote mate van waarschijnlijkheid worden aangenomen dat de bodemrechter de primaire vordering van FAM zal toewijzen. Die vordering zal dan ook worden afgewezen. De enkele stelling dat de kosten van afvoer van het zout bijzonder hoog zijn, levert voorts een onvoldoende grond op voor toewijzing van de subsidiaire vordering.

4.8. FAM zal, als de in het ongelijk gestelde partij, worden veroordeeld in de kosten van dit geding. 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).

5 De beslissing

De voorzieningenrechter:

5.1. wijst het gevorderde af;

5.2. veroordeelt FAM om binnen veertien dagen nadat dit vonnis is uitgesproken de kosten van dit geding aan de Staat te betalen, tot dusverre aan de zijde van de Staat begroot op € 1.606,--, waarvan € 980,-- aan salaris advocaat en € 626,-- aan griffierecht;

5.3. bepaalt dat bij gebreke van tijdige betaling de wettelijke rente over de proceskosten verschuldigd is;

5.4. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

De (niet-)wezenlijke wijziging en de minnelijke regeling: rigide toets of ruime mogelijkheden?

Inleiding en achtergrond

Dit is de derde uitspraak van de Haagse voorzieningenrechter die ziet op de levering van wegzout aan Rijkswaterstaat door FAM International B.V. Rijkswaterstaat heeft in 2017 de opdracht voor de levering van wegzout middels een Europese aanbestedingsprocedure in de markt gezet en vervolgens FAM gecontracteerd. Eurosalt Handelsmaatschappij B.V., een inschrijver op de aanbesteding aan wie niet is gegund, heeft tijdens de uitvoering van de opdracht tot twee keer toe in kort geding gevorderd dat RWS de overeenkomst met FAM ontbindt. De bezwaren van Eurosalt zagen kort gezegd op het feit dat: (i) FAM de fatale leveringstermijn had overschreden en RWS hierop aan FAM uitstel had verleend en (ii) dat het door FAM geleverde wegzout niet voldeed aan de producteisen zoals opgenomen in het programma van eisen, zodat de opdracht wezenlijk was gewijzigd en RWS derhalve tot ontbinding moest overgaan.

In het eerste vonnis overwoog de voorzieningenrechter dat het aanbestedingsrecht met zich brengt dat de contractautonomie van een aanbestedende dienst bij de uitvoering van een aanbestede opdracht wordt begrensd door het gelijkheidsbeginsel.¹ In de tweede uitspraak concludeerde de voorzieningenrechter dat een door RWS gevisioneerde minnelijke regeling – inhoudende dat FAM in ruil voor het betalen van een contractuele boete en schadevergoeding toch wegzout zou mogen leveren die niet voldoet – een wezenlijke wijziging van dat zou inhouden

¹ Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, «JAAN» 2018/46, r.o. 5.4.

en dus ontoelaatbaar was.² RWS was als gevolg van dit tweede vonnis dan ook gehouden om de overeenkomst met FAM te ontbinden.

In de onderhavige uitspraak is FAM evenwel opgekomen tegen de partiële ontbinding van de overeenkomst door RWS en vordert zij nakoming. Niet alleen overweegt de voorzieningenrechter dat RWS civielrechtelijk gerechtigd is om de overeenkomst te ontbinden, maar hij sluit ook aan bij de eerdere uitspraak van de rechtbank en concludeert dat RWS hiertoe verplicht is op grond van het aanbestedingsrecht.³

Daarbij lijkt de voorzieningenrechter in deze derde uitspraak nog een stapje verder te gaan. Waar zijn collega's alleen overwogen dat het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel doorwerkt in de contractuele fase, stelt de voorzieningenrechter dat de aanbestedingsrechtelijke context van de opdracht – en het daardoor toepasselijke gelijkheidsbeginsel – maakt dat op een “*rigide wijze*” moet worden bezien of ook in de uitvoeringsfase is voldaan aan de gestelde eisen.⁴

De minnelijke regeling en de wezenlijke wijziging

Uit vaste Europese, en reeds gecodificeerde, rechtspraak volgt dat een aanbestedende dienst de aanbestede opdracht tijdens de uitvoering niet wezenlijk mag wijzigen.⁵ De ratio van deze regel is dat het niet zo kan zijn dat de winnaar van een aanbesteding een wezenlijk andere opdracht uitvoert dan de opdracht die is aanbesteed. Dit zou immers het doel van een aanbesteding doorkruisen: andere (potentiële) inschrijvers zouden worden benadeeld door geen gelijke kans te hebben gekregen op gunning van de daadwerkelijk uit te voeren opdracht en aanbe-

stedende diensten zouden inefficiënt handelen door geen gebruik te maken van optimale concurrentie en mededinging op de markt.

Het was sinds het Europese *Finn Frogne* arrest al bekend dat partijen tijdens de uitvoering van de opdracht beperkt zijn om door middel van een minnelijke regeling de opdracht wezenlijk te wijzigen.⁶ In eerdere Nederlandse rechtspraak was al wel naar dit Europese arrest verwezen maar nu in de onderhavige casus de rechter een concrete minnelijke regeling tussen contractspartijen heeft verboden, is dit de duidelijkste – doch impliciete – toepassing van het *Finn Frogne* arrest in de Nederlandse rechtspraak tot nu toe.⁷ De rechter overwoog dat het gevolg van de door RWS beoogde regeling zou zijn dat inferieur zout tegen een lagere prijs zou worden geleverd. Dit houdt volgens de voorzieningenrechter een wezenlijke wijziging in.⁸

Dit brengt mijns inziens niet met zich mee dat iedere schikking of minnelijke regeling in het kader van de uitvoering van een aanbestede opdracht een wezenlijke wijziging inhoudt. Een regeling tot schadevergoeding op zichzelf lijkt onvoldoende om een wezenlijke wijziging aan te nemen. De schadeplichtigheid van de tekortschietende partij zal immers voortvloeien uit het de overeenkomst en de wet, zodat een regeling tot betaling van schadevergoeding geen wijziging van de opdracht inhoudt.⁹ Een regeling die schadevergoeding combineert met het aanpassen van een essentiële voorwaarde van de opdracht is op basis van deze uitspraak en het daaraan ten grondslag liggende wettelijke kader daarentegen wel wezenlijk.

² Rb. Den Haag, 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940, «JAAN» 2018/125, r.o. 5.5.

³ Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933, r.o. 4.6.

⁴ Idem. r.o. 4.6.

⁵ HvJ EU 19 augustus 2008, C-454/06 (Pressetext), HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (Wall AG/Stadt Frankfurt am Main) en HvJ EU 29 april 2010, C-160/08 (Commissie/Duitsland).

⁶ HvJ EU 07 september 2016, C-549/14 (Finn Frogne).

⁷ Zie: Gerechtshof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260, «JAAN» 2017/74, r.o. 28 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925, r.o. 4.31.

⁸ Rb. Den Haag, 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940, «JAAN» 2018/125 r.o. 5.5.

⁹ Zie ook: D.J.L. van Ee en R.P. Fennis, 'Wijziging overeenkomst in conflictsituatie', TBR 2017/155, par. 3.5.

Welke voorwaarden wel en niet kunnen worden aangepast zal beoordeeld moeten worden aan de hand van artikel 2.163 van de Gewijzigde Aanbestedingswet 2012 ("Aw 2012"). Wat vast moet worden gesteld is of de wijziging van de voorwaarden wezenlijk is in de zin van artikel 2.163g. Dit is het geval wanneer de gewijzigde opdracht materieel verschilt van de aanbestede opdracht. Daarnaast zal het ook raadzaam zijn om te controleren of de wijziging mogelijk onder een van de uitzonderingsgronden van hoofdstuk 2.5 Aw 2012 valt.

De wezenlijke wijziging, coulant of rigide?

Het is opmerkelijk dat in geen van de drie uitspraken wordt verwezen naar de relevante (Europese) jurisprudentie of naar het toetsingskader van de wezenlijke wijziging in hoofdstuk 2.5 Aw 2012. In de literatuur zijn verschillende vraagtekens bij dit nieuwe kader gezet, vooral over hoe de verschillende artikelen in het hoofdstuk zich jegens elkaar verhouden en in welke volgorde deze dienen te worden toegepast.¹⁰ Er wordt daarbij ook verschillend gedacht over hoe de toepassing van het hoofdstuk in de praktijk uitpakt. Aan de ene kant kan worden beargumenteerd dat aanbestedende diensten opereren in een meer "rigide" systeem, omdat aanbestedende diensten vanwege het aanbestedingsrecht minder opties hebben dan private partijen in het wijzigen van overeenkomsten met opdrachtnemers. Dit lijkt de lijn van de voorzieningenrechter te zijn.¹¹ Daartegenover is in de literatuur betoogd dat de uitzonderingen in hoofdstuk 2.5 Aw 2012 juist (te) ruim zijn geformuleerd, hetgeen juist niet leidt tot een rigide maar juist een coulante aanbestedingsrechtelijke toets.¹²

Of partijen in deze zaak een beroep hebben gedaan op een van de uitzonderingen van artikel 2.163 Aw 2012 is niet op te maken uit de drie uitspraken. Het is dan ook niet duidelijk in het licht van welk artikel de voorzieningenrechter meent dat op rigide wijze getoetst moet worden aan de gestelde eisen. Wellicht dat de voorzieningenrechter met deze opmerking refereert aan artikel 2.163.b, c en e omdat de voorzieningenrechter in de tweede uitspraak overweegt dat het gebruik door RWS van zout dat niet aan de eisen voldoet "*de aard van de gevraagde prestatie*" zou veranderen.¹³

Overigens is in dit tijdschrift eerder betoogd dat de voorzieningenrechter bij de eerste uitspraak in 2017, nog voordat RWS de genoemde regeling met FAM voorstond, wel de uitzondering van artikel 2.163c Aw 2012 heeft toegepast door te overwegen dat de contractuele boeteclausule en optie tot herstel impliceerden dat in de overeenkomst was voorzien in een wijzigingsclausule en zodoende een latere leveringsdatum indien het zout niet zou voldoen.¹⁴ Het moge daarbij duidelijk zijn dat het opleggen van een contractuele boete *an sich* geen wezenlijke wijziging zal inhouden, een dergelijke boete zal in dat geval immers voortvloeien uit de overeenkomst en deze niet wijzigen. Het zou zelfs een wezenlijke wijziging kunnen inhouden wanneer een contractuele boete niet conform de overeenkomst wordt opgelegd, al zal een matiging van de boete op grond van de redelijkheid en billijkheid mijns inziens niet als een wezenlijke wijziging kunnen worden aangemerkt.¹⁵

10 F.M.M. Rasenberg, 'Nieuw kader voor het wijzigen van een contract na aanbesteding', TA 2017/1, para. 3.b en 4 en M.A.B. Chao-Duivis, 'De (wezenlijke) wijziging tijdens de looptijd van een overeenkomst in de Richtlijn en de aangepaste Aanbestedingswet', TBR 2016/151, par. 3.2.1.

11 Rb. Den Haag 12 september 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10933, r.o. 4.6.

12 B.J.H. Blaisse-Verkooijen, 'De mogelijkheid om overheidsopdrachten tijdens de looptijd van een overeenkomst aan te passen is te ruim geformuleerd', TBR 2016/9, noot A.B.B. Gelderman bij Rb. Rotterdam, 23 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10878, «JAAN» 2018/122

en Chao-Duivis, 'De (wezenlijke) wijziging tijdens de looptijd van een overeenkomst in de Richtlijn en de aangepaste Aanbestedingswet', TBR 2016/151 par. 4.

13 Rb. Den Haag, 25 april 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:4940, «JAAN» 2018/125, r.o. 5.5.

14 Zie: noot M.M. Fimerius en mr. M.J. Verbaken bij Rb. Den Haag 21 december 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:15465, «JAAN» 2018/46.

15 Zie: Rb. Gelderland 17 december 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8171, r.o. 4.45 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925, r.o. 4.36.

Conclusie

De uitspraak van de voorzieningenrechter in september van dit jaar is het sluitstuk van in totaal drie uitspraken waarin een aanbestedende dienst door de rechter is teruggefloten omdat zij de door haar aanbestede opdracht tijdens de uitvoering wezenlijk wijzigde. Daarbij heeft de voorzieningenrechter benadrukt dat het aanbestedende diensten niet vrij staat om in het kader van een regeling zonder meer nieuwe afspraken te maken met de opdrachtnemer. De aanbestedingsrechtelijke aard van de opdracht beperkt de aanbestedende dienst namelijk in haar opties.

De les die uit deze uitspraak kan worden getrokken is dan ook simpelweg dat aanbestedende diensten ook bij een minnelijke regeling moeten opletten dat zij hun opdrachten niet wezenlijk wijzigen. Aangezien dit ook al kon worden opge maakt uit eerdere (Europese) rechtspraak, zijn deze uitspraken naar mijn mening van beperkte waarde voor de rechtspraak. Opheldering blijft daarentegen nodig over de systematiek van hoofdstuk 2.5 Aw 2012. Of de toepassing van de definities en uitzonderingen in dat hoofdstuk inderdaad leidt tot een "rigide" systeem, zoals de voorzieningenrechter overweegt, is op basis van deze uitspraak niet vast te stellen.

O. de Wit,
Advocaat CMS Derks Star Busmann