

# 29. Toepassing van art. 118 Rv in het aanbestedingsrechtelijk kort geding(?)

MR. W.I. DE VRIES EN MR. M.M. FIMERIUS

Indien een aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd door meerdere aanbestedende diensten gezamenlijk en er sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, dan is het vaste rechtspraak dat een inschrijver die in kort geding wenst op te komen tegen (de gunningsbeslissing inzake) die aanbestedingsprocedure, alle aanbestedende diensten dient te dagvaarden.<sup>1</sup> Een inschrijver die niet alle betrokken aanbestedende diensten dagvaardt, wordt in beginsel niet-ontvankelijk verklaard.<sup>2</sup> De vraag is echter of dit terecht is.

## 1. Inleiding

In zijn arrest van 10 maart 2017 heeft de Hoge Raad immers de regel aanvaardt dat de rechter, ingeval in een procedure over een processueel ondeelbare rechtsverhouding niet alle betrokken partijen in het geding zijn geroepen, de procederende partij ambtshalve of op verweer, de gelegenheid moet bieden de niet opgeroepen partijen alsnog in het geding te roepen.<sup>3</sup> In zijn arrest van 19 juni 2019 heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden geoordeeld dat deze regel onder omstandigheden ook toepasbaar is in kort geding.<sup>4</sup> In dit artikel gaan wij in op de vraag of, en zo ja, onder welke omstandigheden, de voorzieningenrechter in een aanbestedingsrechtelijk kort geding, toepassing zou moeten geven aan art. 118 Rv.<sup>5</sup>

Wij focussen daarbij – behoudens enkele algemene opmerkingen in paragraaf 2 – op de toepassing van art. 118 Rv ingeval van een processueel ondeelbare rechtsverhouding

aan de zijde van de aanbestedende dienst(en). Daarbij gaan wij steeds uit van twee aanbestedende diensten met zelfstandige rechtspersoonlijkheid. Ingeval er sprake is van twee aanbestedende diensten die onderdeel zijn van dezelfde rechtspersoon, zal de problematiek van de processueel ondeelbare rechtsverhouding zich immers vermoedelijk niet voordoen.<sup>6</sup>

Hierna gaan wij in paragraaf 2 eerst in op de processueel ondeelbare rechtsverhouding als zodanig, zowel in zijn algemeenheid als specifiek in aanbestedingszaken. In paragraaf 3 komt vervolgens aan bod of en zo ja in welke mate art. 118 Rv een herstelmogelijkheid biedt, ingeval een bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken aanbestedende dienst, niet in een procedure is betrokken. In paragraaf 4 gaan wij in op enkele specifieke aspecten die spelen bij toepassing van art. 118 Rv in een aanbestedingsrechtelijk kort geding. Wij sluiten dit artikel af met een conclusie.

## 2. Processueel ondeelbare rechtsverhouding

### Algemeen

Er is sprake van een processueel ondeelbare rechtsverhouding indien het *rechtens noodzakelijk* is dat een beslissing over die rechtsverhouding in dezelfde zin luidt ten aanzien van alle bij die rechtsverhouding betrokkenen.<sup>7</sup> Dit mag slechts worden aangenomen ingeval de aard en de inhoud

1 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5074, r.o. 6.9; vgl. ook Vزر. Rb. Noord-Nederland 29 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1420, r.o. 4.2; Vزر. Rb. Den Haag 14 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13440, r.o. 5.1-5.3; Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6310, r.o. 4.2; Vزر. Rb. Den Haag 11 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1907, r.o. 5.1-5.4; Vزر. Rb. Noord-Holland, 4 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4561, r.o. 4.2-4.4.

2 Vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35.

3 Vgl. HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, r.o. 3.6.1 en 3.6.2.

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5074, r.o. 6.11.

5 Ingeval van digitaal procederen is dit art. 30g Rv KEI. Dit artikel lijkt inhoudelijk overeen te komen met art. 118 Rv. Aangezien aanbestedingszaken doorgaans kort gedingen zijn, in die zaken niet digitaal wordt geprocedeerd en bovendien de verplichting om digitaal te procederen voorlopig is vervallen voor nieuwe zaken, gaan wij in dit artikel uit van art. 118 Rv. De conclusies kunnen onzes inziens ook mutatis mutandis worden toegepast op art. 30g Rv KEI.

6 Of en zo ja in welke mate dit anders wordt indien moet worden aangenomen dat de Staat voor het Europese (aanbestedings)recht deelbaar is, valt buiten het bestek van dit artikel. Het lijkt raadzaam beide 'aanbestedende diensten' wel in de dagvaarding te benoemen, doch betekening van de dagvaarding zal plaatsvinden aan het adres van de Staat (art. 48 Rv).

7 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, r.o. 3.4; vgl. ook HR 26 maart 1993, NJ 1993/489.

van de rechtsverhouding daartoe nopen. Niet voldoende is dat het wenselijk is dat een beslissing over een rechtsverhouding gelijklopend is ten aanzien van alle betrokkenen.<sup>8</sup>

Een beslissing over een processueel ondeelbare rechtsverhouding kan slechts worden genomen in een geding waarbij alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen, partij zijn. Indien er sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding en de gedaagde constateert dat niet alle bij die rechtsverhouding betrokken partijen in de procedure zijn betrokken kan hij de *exceptio plurium litis consortium* opwerpen. Indien dit verweer wordt gehonoreerd, leidt dat in beginsel tot niet-ontvankelijkheid van eiser(s) in diens vorderingen.<sup>9</sup>

Het kan in de praktijk lastig zijn om te beoordelen wanneer het rechtens noodzakelijk is dat een beslissing over een rechtsverhouding gelijklopend is ten aanzien van alle betrokkenen. Volgens Van Schaijk kan als vuistregel worden gehanteerd dat sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, als tegenstrijdige uitspraken tussen de betrokkenen zouden leiden tot problemen bij de executie van de uitspraak.<sup>10</sup> Hoewel deze vuistregel iets meer duidelijkheid biedt, is het vrijwel onmogelijk om in algemene zin vast te stellen of er sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Dit zal steeds moeten worden beoordeeld aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval. Deze omstandigheden komen – voor zover het aanbestedingsgeschillen betreft – hierna aan bod.

#### Aanbestedingsgeschillen

In aanbestedingsgeschillen kan er zowel aan de zijde van de aanbestedende dienst als aan de zijde van een inschrijver sprake zijn van een processueel ondeelbare rechtsverhouding.

#### Inschrijvers

Van een processueel ondeelbare rechtsverhouding aan de zijde van een inschrijver zal sprake zijn ingeval twee (rechts)personen gezamenlijk, dus in combinatie, hebben ingeschreven op een opdracht.<sup>11</sup> Zij dienen dan op straffe van niet-ontvankelijkheid gezamenlijk in rechte op te treden indien zij willen opkomen tegen de gunningsbeslissing. Ingeval er geen sprake is van een combinatie, maar bijvoorbeeld van een hoofdaannemer die heeft ingeschreven en daarbij gebruik heeft gemaakt van onderaannemers, zal geen sprake zijn van een processueel ondeelbare rechtsverhouding.<sup>12</sup> Ook een in een bodemprocedure in te stellen vordering tot schadevergoeding kwalificeert niet als een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Deze kan door ieder van de combinanten afzonderlijk worden ingesteld,

voor de schade die zij in hun eigen vermogen hebben geleden.<sup>13</sup> Dit geldt mogelijk ook voor een vordering tot staking van de aanbestedingsprocedure.<sup>14</sup>

#### Aanbestedende diensten

Ingeval van een door twee of meerdere aanbestedende diensten met zelfstandige rechtspersoonlijkheid aanbestede opdracht, zal het afhangen van de omstandigheden van het geval of de rechtsverhouding tussen deze aanbestedende diensten kwalificeert als een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Een processueel ondeelbare rechtsverhouding mag immers slechts worden aangenomen, ingeval de omstandigheden van het geval daartoe nopen.<sup>15</sup>

Daarvan was volgens het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden geen sprake in een door zeven samenwerkende gemeenten georganiseerde aanbestedingsprocedure, waarin iedere gemeente een afzonderlijk geografisch perceel vormde en per perceel een opdracht werd gegund.<sup>16</sup> Dit werd niet anders doordat per perceel een raamovereenkomst werd aangegaan met alle deelnemende gemeenten, nu daaruit voor de inschrijver slechts het recht en niet de plicht voortvloeide om in een andere gemeente zorg te verlenen.<sup>17</sup> Ook het feit dat een inschrijver zich in eerste aanleg heeft gevoegd aan de zijde van een aanbestedende dienst, maakt niet dat tussen deze voegende inschrijver en de aanbestedende dienst een processueel ondeelbare rechtsverhouding ontstaat, die maakt dat deze voegende inschrijver in een eventueel hoger beroep moet worden betrokken.<sup>18</sup> Dit oordeel is door de gemeente Nijmegen voorgelegd aan de Hoge Raad. De conclusie van de advocaat-generaal strekt op het in dit artikel centraal staande gedeelte van het arrest van het hof tot verwerping van het cassatieberoep.<sup>19</sup> Het is wachten op het oordeel van de Hoge Raad.

Samenwerking tussen meerdere aanbestedende diensten, leidt derhalve niet automatisch tot het oordeel dat er tussen hen of tussen hen en de inschrijvers, een processueel ondeelbare rechtsverhouding bestaat. Van geval tot geval moet kritisch worden bekeken of daadwerkelijk sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Dit roept de vraag op waar dan het omslagpunt zit. Welke omstandigheden leiden tot een processueel ondeelbare rechtsverhouding tussen aanbestedende diensten onderling, of tussen deze aanbestedende diensten en inschrijvers. In de rechtspraak zijn de volgende omstandigheden relevant geacht bij het

8 Vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35.

9 Behoudens de hierna nog te bespreken herstel mogelijkheden.

10 Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35.

11 Vgl. Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:304, r.o. 3.6.

12 Vgl. Vzr. Rb. Middelburg 4 september 1998, ECLI:NL:RBMID:1998:AS1859, r.o. 3.1.

13 Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:304, r.o. 3.6.

14 Hof Den Haag 10 maart 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:353, r.o. 5.3.

15 HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0911.

16 Hof Arnhem-Leeuwarden ECLI:NL:GHARL:2019:151, r.o. 4.2; vgl. ook randnummers 3.3 tot en met 3.9 van de conclusie van advocaat generaal B.J. Drijber d.d. 20 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1363, inzake het door de gemeente Nijmegen tegen voornoemd arrest ingestelde cassatieberoep.

17 HR 26 maart 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0911.

18 Hof Den Haag 25 mei 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BM6649, r.o. 4.2; Hof Leeuwarden 12 mei 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BI5096, r.o. 4.

19 Conclusie A-G Drijber d.d. 20 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1363, randnummers 3.3-3.12 en 4.1-4.31.

oordeel dat er sprake was van een processueel ondeelbare rechtsverhouding tussen twee of meer aanbestedende diensten:

1. Een aanbestedende dienst voert een aanbestedingsprocedure uit mede *namens* één of meerdere andere aanbestedende diensten met zelfstandige rechtspersoonlijkheid, doorgaans met de organiserende aanbestedende dienst als penvoerder.<sup>20</sup>
2. De aanbestedende diensten sluiten na afloop van de aanbestedingsprocedure gezamenlijk een overeenkomst met een (of meerdere) inschrijver(s).<sup>21</sup>
3. Na gunning van de aanbestede opdracht, ontstaan er rechten en plichten voor de beide aanbestedende diensten ter zake de aanbestede opdracht.<sup>22</sup>
4. Toewijzing van de vorderingen van de procederende inschrijver tegen de gedagvaarde aanbestedende dienst zou leiden tot de situatie dat de gedagvaarde aanbestedende dienst de litigieuze opdracht niet mag gunnen aan een andere inschrijver, terwijl het de niet gedagvaarde aanbestedende dienst nog steeds vrij zou staan dezelfde opdracht te gunnen aan een andere inschrijver dan de procederende inschrijver.<sup>23</sup>
5. Ook ingeval er sprake is van een volmacht van de ene aanbestedende dienst aan de andere aanbestedende dienst om namens hem op te treden, dient te worden aangenomen dat er sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding.<sup>24</sup>

### Samenwerking tussen meerdere aanbestedende diensten leidt niet automatisch tot het oordeel dat er een processueel ondeelbare rechtsverhouding bestaat

Aldus zal van een processueel ondeelbare rechtsverhouding niet automatisch, maar wel snel sprake zijn ingeval van twee of meer samenwerkende aanbestedende diensten.

### 3. Biedt art. 118 Rv een herstelmogelijkheid?

Indien na een gehonoreerd exceptio plurium litis consortium-verweer de niet-ontvankelijkheid van eiser wordt uitge-

sproken, dan eindigt de procedure op grond van een procedurele fout aan de zijde van eiser.<sup>25</sup> In de regel zal hiermee de weg van rechtsbescherming tegen de gunningsbeslissing voor de eiser zijn afgesneden. Een nieuw kort geding starten zal in de regel afstuiten op de gebruikelijk in de aanbestedingsdocumentatie op te nemen vervaltermijn voor het entameren van een kort geding tegen de gunningsbeslissing. Bovendien staat het de aanbestedende dienst na het vonnis in eerste aanleg vrij om een definitieve gunningsbeslissing te nemen.<sup>26</sup> Een eventueel hoger beroep stuit in die gevallen af op de werking van art. 4.15 AanbW 2012.<sup>27</sup>

#### Art. 118 Rv bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding

Gelet op deze fatale gevolgen van een procedurele fout, rijst de vraag of de omissie van een inschrijver om een aanbestedende dienst te dagvaarden, niet binnen het aangespannen kort geding kan worden opgelost. In dit verband lijkt met name art. 118 Rv van belang. Over dit artikel heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 10 maart 2017 bepaald dat de rechter degene die ingeval van een processueel ondeelbare rechtsverhouding nalaat om alle betrokken partijen in het geding te roepen, in geval van een exceptio plurium litis consortium-verweer, alsook ambtshalve, de gelegenheid moet bieden de ontbrekende partijen met gebruik van art. 118 Rv alsnog in het geding te roepen.<sup>28</sup> De Hoge Raad overwoog:

‘Laat degene die een beslissing wil uitlokken over een processueel ondeelbare rechtsverhouding na om, overeenkomstig het hiervoor in 3.4 overwogene, alle bij de rechtsverhouding betrokken partijen in het geding te roepen, dan dient de rechter, naar aanleiding van een daarop gericht verweer dan wel ambtshalve, gelegenheid te geven om de niet opgeroepen personen alsnog als partij in het geding te betrekken door oproeping op de voet van art. 118 Rv binnen een daartoe door de rechter te stellen termijn. Ook dit geldt zowel in eerste aanleg als na aanwending van een rechtsmiddel. (Vgl. HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840, NJ 2013/290, rov. 3.4.3).

Is overeenkomstig het hiervoor in 3.6.1 overwogene een partij de gelegenheid gegeven om de niet opgeroepen personen op de voet van art. 118 Rv in het geding te betrekken, maar maakt deze niet (of niet tijdig) van die gelegenheid gebruik, dan dient zij op grond van het hiervoor in 3.4 overwogene niet-ontvankelijk te worden verklaard in haar

20 Vزر. Rb. Noord-Nederland 29 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1420, r.o. 4.2; Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6310, r.o. 4.2; Vزر. Rb. Den Haag 11 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1907, r.o. 5.1-5.4; Vزر. Rb. Noord-Holland, 4 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4561, r.o. 4.2-4.4.

21 Vزر. Rb. Noord-Nederland 29 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1420, r.o. 4.2; Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6310, r.o. 4.2; Vزر. Rb. Den Haag 11 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1907, r.o. 5.2; Vزر. Rb. Noord-Holland, 4 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:4561, r.o. 4.2-4.4.

22 Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6310, r.o. 4.2 en Vزر. Rb. Den Haag 14 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13440, r.o. 5.2.

23 Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6310, r.o. 4.2 en Vزر. Rb. Den Haag 14 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13440, r.o. 5.2.

24 Vزر. Rb. Noord-Nederland 29 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1420, r.o. 4.2; Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6310, r.o. 4.2.

25 Vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35, Hof Amsterdam 30 januari 2018, ECLI:NL:GHAMS:2018:304, r.o. 3.6.

26 Art. 2.131 AanbW 2012.

27 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.7.3. Daarbij merken wij op dat (de uitleg van de HR van) art. 4.15 AanbW 2012 in de politiek en de literatuur ter discussie staat. Het nadelige effect van (de uitleg van de HR van) art. 4.15 AanbW 2012 doet zich voelen ingeval de voorzieningenrechter de vorderingen van eiser in de ogen van laatstgenoemde ten onrechte afwijst met een beroep op de exceptio plurium litis consortium. Alsdan heeft eiser geen kans meer dit te herstellen en (alsnog) een inhoudelijk oordeel over zijn standpunt te verkrijgen.

28 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, r.o. 3.6.1.

vordering respectievelijk het door haar aangewende rechtsmiddel.’

Aldus is duidelijk dat de niet-ontvankelijkheid van een eisende partij die nalaat om alle bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken partijen op te roepen, kan worden voorkomen, doordat de rechter deze partij in de gelegenheid stelt de ontbrekende partijen met gebruikmaking van art. 118 Rv alsnog in het geding te roepen. Dit leidt enerzijds tot de vervolgvraag of art. 118 Rv ook zonder tussenkomst van de rechter, dus uit eigen beweging, kan worden toegepast door de eisende partij en anderzijds tot de vraag of art. 118 Rv ook in een (aanbestedings)kort geding kan worden toegepast.

#### Eisende partij kan art. 118 Rv zelfstandig inroepen

Uit het arrest Hoge Raad van 10 maart 2017 blijkt dat art. 118 Rv kan worden toegepast doordat de rechter een procespartij daartoe in de gelegenheid stelt.<sup>29</sup> Dit kan leiden tot enige vertraging van het geding, zeker ingeval deze beslissing pas na een *exceptio plurium litis consortium*-verweer wordt genomen. In een (aanbestedings)kort geding zal dit verweer doorgaans pas ter zitting worden gevoerd, waarna de rechter al dan niet zal besluiten het verweer te honoreren, oproeping van de derde moet plaatsvinden, een nieuwe zitting zal moeten worden gepland (hoor en wederhoor van de op te roepen derden), waarna pas vonnis kan worden gewezen.

### Sterker, art. 118 lid 1 laat de mogelijkheid dat de derde wordt opgeroepen bij hetzelfde exploit als waarbij de gedaagde wordt gedagvaard

Deze vertraging zou – aanzienlijk – kunnen worden verkort, en zelfs voorkomen, ingeval de eisende partij die tijdig voor de zitting constateert dat hij niet alle bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken partijen heeft gedagvaard, deze partijen uit eigen beweging middels art. 118 Rv in het geding zou kunnen roepen. De redactie van art. 118 Rv sluit deze mogelijkheid niet uit. Sterker, art. 118 lid 1 laat de mogelijkheid dat de derde wordt opgeroepen bij hetzelfde exploit als waarbij de gedaagde wordt gedagvaard.<sup>30</sup> Art. 118 Rv is ook opgenomen in de afdeling ‘Dagvaarding’. Het uitbrengen van een dagvaarding is bij uitstek een actie die de eiser – behoudens verlof van de voorzieningenrechter ingeval van een kort geding – zonder

voorafgaande tussenkomst van de rechter uitvoert. Bovendien is er in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering geen incident beschikbaar waarbij derden met een beroep op art. 118 Rv kunnen worden opgeroepen.

Wij achten het aldus verdedigbaar en wenselijk dat de eiser die – tijdig – voorafgaand aan een zitting constateert dat niet al de bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken partijen in het geding zijn betrokken, deze partijen zelfstandig met een beroep op art. 118 Rv in het geding kan roepen. Ingeval van een kort geding lijkt het daarbij zekerheidshalve wel verstandig om voorafgaand aan deze oproeping verlof te vragen aan de voorzieningenrechter.<sup>31</sup>

#### Toepasselijkheid art. 118 Rv in het (aanbestedings)kort geding

Het algemene uitgangspunt is dat de regels van de dagvaardingsprocedure in eerste aanleg in kort geding van toepassing zijn, voor zover daarvan in de wet niet uitdrukkelijk is afgeweken.<sup>32</sup> Die regels gelden slechts voor zover zij niet onverenigbaar zijn met de aard van het kort geding en de daarin vereiste spoed.<sup>33</sup> Dat lijkt niet anders te zijn voor art. 118 Rv.

Weliswaar overwoog de Rechtbank Noord-Nederland, locatie Leeuwarden<sup>34</sup> met betrekking tot art. 118 Rv nog als volgt:

‘Voor de goede orde overweegt de voorzieningenrechter in dit verband het volgende. Nog daargelaten de vraag of het oproepen van de andere deelnemende instellingen na het verstrijken van de stilstandtermijn mogelijk is, verzet het spoedeisende karakter van deze procedure zich tegen het (ambtshalve) gelegenheid bieden een exploit ex artikel 118 Rv uit te brengen.’<sup>35</sup>

In hoger beroep verwerpt het hof het met voornoemd oordeel van de Rechtbank Noord-Nederland overeenstemmende standpunt van RUG en Lyreco dat toepassing van art. 118 Rv in kort geding is uitgesloten. Het hof: *‘het hangt naar het oordeel van het hof af van de aard van het kort geding en de mate van spoedeisendheid of gelegenheid moet worden geboden voor een oproeping ex artikel 118 Rv.’*<sup>36</sup>

Gezien het hiervoor genoemde procesrechtelijke uitgangspunt lijkt dit oordeel van het hof ons juist. Dit sluit ook aan

29 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, r.o. 3.6.1.

30 Vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35.

31 Vgl. art. 118 lid 1 Rv juncto art. 254 Rv en Vzr. Rb. Haarlem 23 maart 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ0146, r.o.

32 Zie art. 78 Rv.

33 W. Tonkens-Gerkema, *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Wolters Kluwer, 2018, Inleidende opmerkingen op de Veertiende afdeling van de Tweede titel van het Eerste boek, aant. 4.

34 Vzr. Rb. Noord-Nederland d.d. 29 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1420, r.o. 4.4.

35 Vzr. Rb. Noord-Nederland, locatie Leeuwarden, 29 maart 2019, ECLI:NL:RBNNE:2019:1420.

36 Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5074, r.o. 6.12.

bij andere jurisprudentie, waarin art. 118 Rv in kort geding is toegepast.<sup>37</sup>

Het hof oordeelde vervolgens dat voor een oproeping van de andere betrokken onderwijsinstellingen op grond van art. 118 Rv geen aanleiding bestond, omdat de primaire vordering van Staples afstuitte op het feit dat de oproeping niet kan leiden tot ingrijpen van het hof in de reeds gesloten overeenkomst.<sup>38</sup>

Het hof heeft daarmee geen oordeel gegeven over de vraag of het spoedeisende karakter van het kort geding in de weg staat aan oproeping op grond van art. 118 Rv. De voorzieningenrechter deed dat wel, en oordeelde dat voor oproeping ex art. 118 Rv vanwege het spoedeisende karakter van het kort geding geen plaats was. Dit oordeel is zonder nadere motivering onzes inziens niet overtuigend.

Uit de feiten zoals opgenomen in het arrest blijkt dat de onderwijsinstellingen met de aanbesteding beoogden een raamovereenkomst te sluiten die zou ingaan op 1 maart 2019. De mondelinge behandeling in eerste aanleg vond plaats op 22 maart 2019. De onderwijsinstellingen hadden dus reeds een voorziening moeten treffen voor de periode na 1 maart 2019. Het vonnis maakt niet duidelijk waar het spoedeisende karakter in gelegen was. Gezien het belang van de eisende partij om gebruik te maken van de oproeping ex art. 118 Rv en de lijn van de rechtspraak op dit punt,<sup>39</sup> was het op zijn minst passend geweest als de voorzieningenrechter nader had gemotiveerd waarom hij van oordeel was dat het spoedeisende karakter van het kort geding zich tegen oproeping ex art. 118 Rv verzet.

Ook in de zaak die leidde tot het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag van 22 mei 2017, werd door de eisende partij verzocht om op voet van art. 118 Rv in de gelegenheid te worden gesteld om alsnog tot oproeping van een van de aanbestedende diensten over te gaan. In dat vonnis wees de voorzieningenrechter dit verzoek af omdat de voorzieningenrechter de vorderingen in het geval van een inhoudelijke beoordeling toch zou afwijzen.<sup>40</sup>

#### *Aard en spoedeisendheid van het aanbestedingsrechtelijk kort geding*

Uit het vorenstaande vloeit voort dat art. 118 Rv in het aanbestedingsrechtelijk kort geding kan worden toegepast, mits de aard en de spoedeisendheid van dat kort geding zich daartegen niet verzetten.

Wij menen dat de aard van het aanbestedingsrechtelijk kort geding zich niet verzet tegen toepassing van art. 118 Rv. Sterker, wij menen dat het aanbestedingsrechtelijk kort geding zich bij uitstek leent voor toepassing van art. 118 Rv. In de aanbestedingsrechtelijke praktijk zal het aanbestedingsrechtelijk kort geding vaak de eerste (en enige) mogelijkheid zijn voor een afgewezen of uitgesloten inschrijver om op te komen tegen de voorgenomen gunningsbeslissing (zie de eerste alinea van deze paragraaf 3).<sup>41</sup> Tegen deze achtergrond komt het de effectiviteit en doeltreffendheid van de rechtsbescherming ten goede ingeval een inschrijver daarbij tot op zekere hoogte in staat wordt gesteld procedurele fouten te herstellen.<sup>42</sup>

Ook de spoedeisendheid van het aanbestedingsrechtelijk kort geding verzet zich wat ons betreft niet op voorhand tegen toepassing van art. 118 Rv. In de eerste plaats geldt als uitgangspunt dat aanbestedende diensten gehouden zijn om in de planning van de aanbestedingsprocedure voldoende tijd te reserveren voor het doorlopen van een rechtsbeschermingsprocedure. Doen zij dat, dan zou een eventuele vertraging ten gevolge van toepassing van art. 118 Rv, niet direct tot problemen moeten leiden. Indien dat wel zo is, dan zal in veel gevallen een tijdelijke maatregel genomen kunnen worden, waardoor alsnog in dienstverlening wordt voorzien.

Voorts geldt dat de vertraging die wordt opgelopen vanwege de oproeping ex art. 118 Rv onzes inziens beperkt kan zijn. Uitgangspunt is immers dat derden met inachtneming van de voor hen geldende dagvaardingstermijnen in het geding moeten worden opgeroepen. Dit behoeft niet noodzakelijkerwijs dezelfde dagvaardingstermijn te zijn als die voor gedaagde zelf gold.<sup>43</sup> Op grond van art. 254 Rv kan de voorzieningenrechter op aanvraag van de eiser de dagvaarding bevelen tegen de dag en het uur en aldus toestemming geven tot verkorting van de standaard dagvaardingstermijn zoals opgenomen in art. 115-117 Rv. Dit geldt zowel ingeval de inschrijver voor de zitting constateert dat hij niet alle bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken aanbestedende diensten heeft gedagvaard, als wanneer de rechter op verweer of ambtshalve gelegenheid geeft tot het alsnog oproepen van een aanbestedende dienst.

#### **Tussenconclusie art. 118 Rv**

Het vorenstaande overziend zien wij in theorie voldoende kansen voor de toepassing van art. 118 Rv in het aanbestedingsrechtelijk kort geding, zowel op verzoek van de rechter, als op eigen initiatief van de eisende partij. Daarmee is niet gezegd dat toepassing van art. 118 Rv in het aanbestedingsrechtelijk kort geding onder alle omstandigheden ook mogelijk zal blijken te zijn. In paragraaf 4 gaan wij nader

37 Vgl. o.a. Hof 's-Hertogenbosch 26 juni 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:2736; Hof Arnhem-Leeuwarden 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:7452, r.o. 5.1 en 6.1 en Rb. Arnhem 24 oktober 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BG3635, r.o. 4.4 (slotzin).

38 R.o. 6.14 tot en met 6.16.

39 R.o. 6.14 tot en met 6.16.

40 Vzr. Rb. Den Haag 22 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6310, r.o. 4.3.

41 HR 10 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:411, r.o. 3.6.1.

42 Vgl. art. 1 lid 1 van Richtlijn (EG) nr. 2007/66 en HvJ EU 28 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:45, r.o. 40.

43 M. van de Hel-Koedoot, *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering*, Wolters Kluwer, 2018, art. 118, aant. 2.



in op verschillende omstandigheden die van invloed zouden kunnen zijn op de mogelijkheid om gebruik te kunnen maken van art. 118 Rv.

#### 4. *Capita selecta*: toepassing art. 118 Rv in aanbestedingszaken

##### Opschortende termijn en/of contractuele vervaltermijn verstreken

Ingeval een inschrijver gedurende de looptijd van de opschortende termijn (art. 2.127 lid 1 en art. 2.131 AanbW 2012) en/of een in de aanbestedingsstukken opgenomen contractuele vervaltermijn ontdekt dat één of meerdere aanbestedende diensten niet zijn gedagvaard, is er in beginsel geen probleem. Er kan in die gevallen een nieuwe dagvaarding worden uitgebracht waarmee een eventueel *exceptio plurium litis consortium*-verweer wordt voorkomen. De vraag is of dit anders wordt, indien de opschortende termijn en/of de contractuele vervaltermijn al wel zijn verstreken op het moment dat een inschrijver ontdekt dat er sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, terwijl niet alle daarbij betrokken aanbestedende diensten zijn gedagvaard.

##### *Opschortende termijn verstreken*

Wij menen dat het verstreken zijn van de opschortende termijn van art. 2.127 en 2.131 AanbW 2012, niet in de weg hoeft te staan aan toepassing van art. 118 Rv.

Art. 2.127 AanbW 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst(en) een opschortende termijn in acht moeten nemen van minimaal twintig kalenderdagen, voordat hij uitvoering geeft aan een gunningsbeslissing, door de daarmee beoogde overeenkomst te sluiten. Deze termijn wordt verlengd totdat is beslist op een gedurende die termijn verzochte onmiddellijke voorziening bij voorraad met betrekking tot de betreffende gunningsbeslissing (art. 2.131 AanbW 2012).

Ingeval sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding, zal er vaak sprake zijn van één gunningsbeslissing, waarin namens meerdere aanbestedende diensten een opdracht wordt gegund. Uit de tekst van art. 2.127 juncto 2.131 AanbW 2012 lijkt te volgen dat in die gevallen de opschortende termijn van art. 2.127 wordt verlengd, ingeval er tegen *de gunningsbeslissing* een kort geding is gestart. Het lijkt daar ingevolge de tekst van art. 2.131 AanbW 2012 niet uit te maken of alle bij de processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken aanbestedende diensten zijn gedagvaard. Daarmee staat het ook de niet gedagvaarde aanbestedende dienst niet vrij om de met de litigieuze gunningsbeslissing beoogde overeenkomst te sluiten.

##### *Contractuele vervaltermijn verstreken*

In de aanbestedingsstukken pleegt doorgaans een vervaltermijn te worden opgenomen met als strekking dat inschrijvers een bepaalde periode (doorgaans twintig dagen) de tijd hebben een kort geding aanhangig te maken tegen de gunningsbeslissing, bij ontbreken waarvan de mogelijk-

heid vervalt dit alsnog te doen. Door in te schrijven op een aanbestedingsprocedure stemmen inschrijvers in met die vervaltermijn, als gevolg waarvan een contractueel overeengekomen vervaltermijn ontstaat.

Wat vervolgens de strekking en reikwijdte van de betreffende vervaltermijn is, is een kwestie van uitleg. Gelet op de vaste jurisprudentie over de uitleg van aanbestedingsstukken, dient daarbij de zogeheten ‘CAO-maatstaf’ te worden gehanteerd. Dit houdt in dat de bewoordingen van de desbetreffende bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van die overeenkomst, in beginsel van doorslaggevende betekenis zijn.

Wat de uitkomst van deze uitleg is, zal van geval tot geval kunnen verschillen. In zijn algemeenheid zal de doelstelling van een vervaltermijn zijn om spoedig duidelijkheid en zekerheid te verkrijgen omtrent de resultaten van de aanbestedingsprocedure. Indien gedurende de vervaltermijn een procedure wordt gestart, is die duidelijkheid er in zoverre, dat moet worden gewacht met het sluiten van de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst, totdat die procedure is afgerond. Wij menen dat de vervaltermijn, zoals deze thans doorgaans wordt geformuleerd, in beginsel niet zo hoeft te worden begrepen dat deze in de weg staat aan de toepassing van art. 118 Rv. Afhankelijk van de formulering van het vervalbeding, kan dit in een concreet geval ook anders zijn. Bijvoorbeeld ingeval het vervalbeding eist dat alle aanbestedende diensten in de procedure zijn betrokken, of dat een ontvankelijke vordering is ingesteld in kort geding.

In die gevallen kan een inschrijver mogelijk nog wel een beroep doen op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Wij wijzen in dit verband op een vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 31 januari 2013, waarin de rechtbank een contractueel overeengekomen vervaltermijn met een beroep op de redelijkheid en billijkheid passeerde.<sup>44</sup> Blijkens het vonnis, waren de navolgende omstandigheden daarbij van belang:<sup>45</sup>

1. Er was sprake van een door de gemeente Capelle aan den IJssel en de gemeente Krimpen aan den IJssel georganiseerde aanbestedingsprocedure.
2. Inschrijver heeft binnen de contractueel overeengekomen vervaltermijn een kort geding aanhangig gemaakt tegen de gemeente Capelle aan den IJssel.
3. Inschrijver heeft na het verstrijken van de contractueel overeengekomen vervaltermijn een kort geding aanhangig gemaakt tegen de gemeente Krimpen aan den IJssel.
4. De gemeente Krimpen aan den IJssel werd niet onevenredig geschaad in haar belang bij spoedige zekerheid en duidelijkheid over de gunningsbeslissing doordat zij pas na het verstrijken van de vervaltermijn in rechte is betrokken. Zij kon de opdracht volgens de voorzieningenrechter niet gunnen voordat het kort geding tussen

<sup>44</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909.

<sup>45</sup> Vrz. Rb. Rotterdam 31 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ1909.

de inschrijver en de gemeente Capelle aan den IJssel was afgerond (er lijkt sprake te zijn van een processueel ondeelbare rechtsverhouding).

5. Het feitencomplex en de bezwaren van de inschrijver waren in beide procedures identiek aan elkaar.
6. De gemeente Krimpen aan den IJssel zou volgens de rechtbank niet in haar verweer zijn geschaad indien zij vrijwillig was verschenen in de procedure tussen inschrijver en de gemeente Capelle aan den IJssel, omdat beide gemeenten via dezelfde advocaat procedeerden en identieke verweren voerden.
7. Er was sprake van één aanbestedingsdocument, met de wel gedagvaarde gemeente Capelle aan den IJssel als correspondentieadres (penvoerder).
8. De gemeente Krimpen aan den IJssel moest er rekening mee houden dat de bezwaren van de inschrijver tegen de voorgenomen gunningsbeslissing ook golden jegens haar.
9. De gemeente Krimpen aan den IJssel had nog geen onomkeerbare stappen gezet als gevolg van de gunningsbeslissing, zodat inschrijver geen onvoldoende proactieve houding kon worden verweten.

**Dit suggereert dat een beroep op art. 118 Rv niet wordt belemmerd door een contractueel vervalbeding, omdat de redelijkheid en billijkheid daaraan in de weg staan**

In de door ons bekeken (recente) rechtspraak, deden de bovengenoemde omstandigheden zich vrijwel steeds in meer of mindere mate voor.<sup>46</sup> Naar wij aannemen zal dit het geval zijn in vrijwel alle gevallen waarvan sprake is van een processueel ondeelbare rechtsverhouding. Dit suggereert dat ook in die gevallen geoordeeld zou kunnen worden dat een beroep op art. 118 Rv niet wordt belemmerd door een contractueel vervalbeding, omdat de redelijkheid en billijkheid daaraan in de gegeven omstandigheden in de weg staan. Gelet op het feit dat het aanbestedingsrechtelijk kort geding in de praktijk vaak de eerste en enige mogelijkheid is voor een inschrijver om op te komen tegen een gunningsbeslissing en het belang van een doeltreffende en effectieve rechtsbescherming, lijkt dit ons in zijn algemeenheid een juist uitgangspunt. Desalniettemin zal steeds van geval tot geval moeten worden bekeken of de redelijkheid en billijkheid in een concreet geval ook daadwerkelijk in de weg staan aan toepassing van een contractueel vervalbeding.

#### *Tussenconclusie opschortende termijn en vervaltermijn*

Wij concluderen dat het verstreken zijn van de opschortende termijn en/of een contractuele vervaltermijn niet per definitie in de weg hoeft te staan aan de toepassing van art. 118 Rv in het aanbestedingsrechtelijk kort geding. Of

dit ook daadwerkelijk het geval is, zal van geval tot geval moeten worden gezien.

#### **Moment waarop art. 118 Rv wordt ingeroepen**

Uit paragraaf 3 van dit artikel is gebleken dat de vraag of art. 118 Rv kan worden toegepast in een aanbestedingsrechtelijk kort geding, afhangt van de aard en de mate van spoedeisendheid van dat kort geding.

In paragraaf 3 concludeerden wij dat de aard en de mate van spoedeisendheid van een aanbestedingsrechtelijk kort geding in zijn algemeenheid niet in de weg hoeven te staan aan toepassing van art. 118 Rv in een aanbestedingsrechtelijk kort geding.

Met name voor wat betreft de mate van spoedeisendheid van een aanbestedingsrechtelijk kort geding, kan dit een concreet geval anders zijn. Naar wij aannemen zal daarbij ook relevant zijn op welk moment een inschrijver de niet gedagvaarde aanbestedende dienst(en) met een beroep op art. 118 Rv in het geding wil roepen. Indien de inschrijver reeds (tijdig) voor de zitting ontdekt dat niet alle bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken aanbestedende diensten zijn gedagvaard en deze met een beroep op art. 118 Rv alsnog in het geding roept (al dan niet met verkorting van de dagvaardingstermijn door de voorzieningenrechter), zal de spoedeisendheid van het aanbestedingsrechtelijk kort geding in beginsel niet in de weg staan aan toepassing van art. 118 Rv. Dit geldt te meer ingeval de aanbestedende diensten procederen via dezelfde advocaat en dezelfde verweren voeren.

Ingeval de inschrijver pas ter zitting een beroep doet op art. 118 Rv, bijvoorbeeld omdat hij pas dan ontdekt dat niet alle bij een processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken aanbestedende diensten zijn gedagvaard (op verweer van die aanbestedende dienst of nadat dit door de voorzieningenrechter ambtshalve is geconstateerd), leidt een gehonoreerd beroep op art. 118 Rv al snel tot vertraging van de procedure. In dat geval moet immers de zitting worden verdaagd, moet er een oproeping plaatsvinden ex art. 118 Rv en moet een nieuwe zittingsdatum worden bepaald. In die gevallen zal het eerder zo kunnen zijn dat de spoedeisendheid van een aanbestedingsrechtelijk kort geding in de weg staat aan toepassing van art. 118 Rv. Een dergelijk oordeel mag echter geen automatisme zijn. Wij menen dat van geval tot geval moet worden bekeken of in de concrete omstandigheden van het geval sprake is van een dusdanige mate van spoedeisendheid van het aanbestedingsrechtelijk kort geding, dat toepassing van art. 118 Rv is uitgesloten. Daarbij moeten onzes inziens alle relevante omstandigheden worden betrokken, waaronder in ieder geval:

- wanneer het aanbestede contract moet ingaan;
- of het mogelijk is om een tijdelijke (nood)maatregel te nemen om alsnog in de behoefte van de aanbestedende diensten te voorzien, indien het aanbestede contract

<sup>46</sup> Vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35.

gedurende de looptijd van het (verdaagde) kort geding moet ingaan;

- wat de (overige) nadelen voor de aanbestedende diensten zijn bij vertraging van de procedure;
- wanneer heeft de inschrijver ontdekt dat niet alle bij de processueel ondeelbare rechtsverhouding betrokken aanbestedende diensten zijn gedagvaard (is het verweer van de aanbestedende dienst bijvoorbeeld al (ruim) voor de zitting aan de inschrijver medegedeeld of pas ter zitting);
- de mate waarin duidelijk uit de aanbestedingsstukken volgt wie de bij de aanbestedingsprocedure betrokken aanbestedende diensten zijn.

Overigens is het maar de vraag hoe vaak de voorzieningenrechter in de praktijk zal toekomen aan deze belangenafweging. In de jurisprudentie zien wij een aantal keer terugkomen dat een beroep op art. 118 Rv wordt gepasseerd omdat de vorderingen van de inschrijver ook inhoudelijk worden afgewezen, hetgeen niet anders zal worden ingeval de ontbrekende aanbestedende dienst(en) alsnog in het geding worden geroepen.<sup>47</sup>

#### Aanbestedende diensten vermeld in aankondiging

In Bijlage V bij Richtlijn (EU) nr. 2014/24 van het Europees Parlement de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn (EG) nr. 2004/18 (Voor de EER relevante tekst), *PbEU* 2014, L94, is opgenomen welke inlichtingen in de aankondiging moeten zijn opgenomen. In Deel C van deze bijlage is bepaald dat de naam van de aanbestedende dienst in de aankondiging van de opdracht moet zijn opgenomen. Voor raamovereenkomsten is in art. 33 lid 2 Richtlijn (EU) nr. 2014/24 en art. 2.140 AanbW. 2012 expliciet bepaald dat de aanbestedende diensten in de aankondiging moeten zijn aangewezen.<sup>48</sup>

### Als de aanbestedende dienst niet uitdrukkelijk in de aankondiging is aangewezen, kan deze geen nadere opdrachten gunnen

De vraag rijst welke consequenties het heeft als niet alle aanbestedende diensten in de aankondiging zijn vermeld. In de door ons onderzochte uitspraken<sup>49</sup> deed zich telkens

de situatie voor dat niet alle aanbestedende diensten in de aankondiging waren vermeld, maar dat de deelname van meerdere aanbestedende diensten bleek uit de inschrijfdraad en/of de concept (raam)overeenkomst.

In twee van deze uitspraken is het ontbreken van de namen van alle aanbestedende diensten in de aankondiging expliciet aan de orde geweest.<sup>50</sup> De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag overwoog in beide zaken in min of meer gelijklopende zin:

‘Dat de onderdelen van de Staat niet, zoals [eiseres] terecht stelt, in de aankondiging van de opdracht zijn vermeld, maakt het voorgaande niet anders. De aankondiging van de opdracht is er immers voor bedoeld om in een beperkt aantal woorden aan potentiële inschrijvers kenbaar te maken dat een bepaalde opdracht zal worden aanbesteed en om hun interesse daarvoor te wekken. De precieze modaliteiten van de aanbestedingsprocedure volgen uit (in dit geval) de UtI en de overige onder 5.2 genoemde aanbestedingsstukken. Zoals hiervoor reeds is overwogen volgt daaruit onmiskenbaar dat naast de Politie tevens de Politieacademie maar ook de onderdelen van de Staat, als aanbestedende dienst optreedt. Dit leidt ertoe dat [eiseres] niet-ontvankelijk dient te worden verklaard in haar vorderingen.’<sup>51</sup>

In deze zaak was het voorwerp van de opdracht een raamovereenkomst. In art. 2.140 AanbW. 2012 staat:

‘De procedures, bedoeld in de artikelen 2.142 en 2.143, kunnen uitsluitend worden toegepast tussen een aanbestedende dienst die daartoe uitdrukkelijk is aangewezen in de aankondiging en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij zijn.’

Op grond van dit artikel kan derhalve worden gesteld dat als de aanbestedende dienst niet uitdrukkelijk in de aankondiging is aangewezen, de betreffende aanbestedende dienst niet op grond van art. 2.142 AanbW. 2012 nadere opdrachten kan gunnen. Aldus redenerend, menen wij dat betoogd kan worden dat in een dergelijk geval geen beroep kan worden gedaan op de exceptie zolang de aanbestedende dienst die wél in de aankondiging is vermeld, maar tijdig is gedagvaard. Overige aanbestedende diensten die niet in de aankondiging zijn vermeld, kunnen immers überhaupt geen nadere opdrachten plaatsen.

#### Belangenafweging

Bij het wijzen van vonnis moet de kortgedingrechter rekening houden met de wederzijdse belangen van partijen. De noodzaak van belangenafweging doet echter niet af aan het

47 Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:5074, r.o. 6.13; Vزر. Rb. Den Haag 22 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6310, r.o. 4.3.

48 Het HvJ EU overweegt in het arrest Antitrust Coopservice (zaak C-216/17, p. 56) dat op grond van Richtlijn (EG) nr. 2004/18 nog volstond dat de aanbestedende dienst middels een uitdrukkelijke vermelding in de aanbestedingsdocumenten is aangewezen. Daarbij overweegt het HvJ EU dat deze vermelding kan zijn opgenomen in de raamovereenkomst zelf of in een ander document, zoals een uitbreidingsclausule in het bestek, voor zover is voldaan aan de vereisten van bekendmaking en rechtszekerheid en dus ook van transparantie.

49 Vgl. Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/35.

50 Vزر. Rb. Den Haag 14 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13440, r.o. 5.1-5.3; Vزر. Rb. Den Haag 11 februari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:1907, r.o. 5.1-5.4.

51 Vزر. Rb. Den Haag 14 november 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:13440, r.o. 5.3.



gegeven dat ook de kortgedingsrechter recht moet spreken, en niet louter ordenend mag optreden.<sup>52</sup>

Een expliciete belangenafweging in kort geding wordt in aanbestedingsgeschillen niet vaak gemaakt.<sup>53</sup>

Wij menen dat het niet is uitgesloten dat een voorzieningenrechter bij de vraag of oproeping ex art. 118 Rv moet worden toegelaten de belangen van partijen betreft. Het is onmiskenbaar dat het belang van de eisende partij die de exceptie krijgt tegengeworpen groot is. Alleen in het kort geding kan de eiser proberen alsnog de opdracht gegund te krijgen. Slagen de vorderingen in kort geding in eerste aanleg niet omdat de exceptie wordt toegelaten, dan resteert enkel een vordering tot schadevergoeding in een bodemprocedure. Het belang van de aanbestedende diensten ligt onzes inziens enkel in eventueel tijdsverlies vanwege het feit dat nog een oproeping moet plaatsvinden. Afhankelijk van de aard van de opdracht en de omvang van het tijdsverlies zal dit belang meer of minder gewicht in de schaal leggen.

## 5. Slot

Ingeval een aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd door meerdere aanbestedende diensten, zal er in veel (maar niet alle) gevallen sprake zijn van een procedureel ondeelbare rechtsverhouding. Ingeval een inschrijver die opkomt tegen een gunningsbeslissing niet alle bij een procedureel

ondeelbare rechtsverhouding betrokken aanbestedende diensten dagvaardt, leidt dat tot op heden vaak tot niet-ontvankelijkheid van die inschrijver.

Uit dit artikel blijkt dat dit niet nodig hoeft te zijn. Er is meer ruimte dan tot nu toe lijkt te worden aangenomen om niet gedagvaarde aanbestedende diensten alsnog in het geding te roepen met een beroep op art. 118 Rv. Wij menen dat de aard en de mate van spoedeisendheid van het aanbestedingsrechtelijk kort geding hieraan niet op voorhand in de weg staan. Of een beroep op art. 118 Rv in een concreet geval mogelijk is, zal echter afhangen van alle concrete omstandigheden van het geval. Het devies blijft dan om altijd zorgvuldig na te gaan wie de aanbestedende dienst(en) is/ zijn en dit bij twijfel bij de aanbestedende dienst te verifiëren. Ingeval een aanbesteding door meerdere aanbestedende diensten wordt georganiseerd, lijkt het bovendien raadzaam deze zekerheidshalve alle in de procedure te betrekken.<sup>54</sup>

### Over de auteurs

**Mr. W.I. (Wouter) de Vries**

Advocaat bij AKD N.V.

**Mr. M.M. (Greetje) Fimerius**

Advocaat bij Maasdam Broers Fischer advocaten.

52 C. Klaassen, G.J. Meijer, H. Snijders, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Wolters Kluwer, 2017, p. 339.

53 Van den Berge, Mutsaers, Zweers-Te Raaij en Huber, 'Kroniek Europese en nationale jurisprudentie aanbestedingsrecht en adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts 2018', TA 2019/15, p. 6.

54 Vgl. G. 't Hart in zijn annotatie bij Vzr. Rb. Noord-Nederland 29 maart 2019, «JAAN» 2019/94.