

ringsbeding, voorgaande redenering gaat in gelijke mate op voor een verjaringsbeding (dat zelfs nog minder ver gaat dan een exoneratiebeding, omdat de wederpartij door alert te zijn en te blijven aan de werking van een verjaringsbeding kan ontkomen). Mitsdien kan Buderus, behoudens eventueel het navolgende, zich beroepen op het verjaringsbeding uit de ALIB-voorwaarden.

4.52. Hetgeen het hof hiervoor overwoog in het geschil tussen GTI en Zürich, met betrekking tot de toepasselijkheid van het verjaringsbeding en de vraag of een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, welke laatste vraag uiteindelijk ontkennend werd beantwoord, geldt evenzeer voor Buderus.

4.53. Het vorenstaande voert tot de slotsom, dat Buderus zich tegen de aanspraken van Zürich kan beroepen op het in art. 70 van de ALIB-voorwaarden besloten liggende verjaringsbeding.

4.54. Dit alles betekent dat grieven 14 tot en met 19 onbesproken kunnen blijven omdat evenals GTI, ook Buderus zich met succes kan beroepen op art. 70 van de ALIB-voorwaarden, en de vordering van Zürich op Buderus verjaard is. In de zaken tegen GTI en tegen Buderus

4.55. Grief 13 heeft betrekking op alternatieve causaliteit in de zin van art. 6:99 BW. Nu echter de vordering tegen beide wederpartijen verjaard is, verliezen de bespiegelingen omtrent wat rechtens de verhouding zou zijn indien de vordering tegen de ene aansprakelijke persoon wel verjaard zou zijn maar tegen de andere niet, hun betekenis.

4.56. Het voorgaande leidt ertoe dat het vonnis van de rechtbank, voor zover tegen GTI gewezen, moet worden bekrachtigd. Voor de vordering, voor zover ingesteld tegen Buderus, geldt dat ook deze - zij het op andere, eerst in hoger beroep aangevoerde gronden - moet worden afgewezen, zodat ook in het aanzien van Buderus het vonnis waarvan beroep dient te worden bekrachtigd. Zürich dient dus in de kosten van het hoger beroep te worden veroordeeld.

4.57. Buderus heeft nog gevorderd dat Zürich in de kosten van de vrijwaring zal worden veroordeeld. De rechtbank had evenwel reeds GTI in de kosten in de vrijwaring in eerste aanleg veroordeeld, en van de beslissing in vrijwaring is geen hoger beroep ingesteld. GTI heeft ook geen hoger beroep ingesteld van haar veroordeling in de kosten van de vrijwaring. Mitsdien gaat het hof ervan uit dat deze kosten geen onderwerp meer uitmaken van het geschil in hoger beroep. (*Enz., enz. Red.*)

## Noot

De hierboven afgedrukte uitspraak is het vervolg van HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005/141, waarin het arrest van het Hof Arnhem werd vernietigd en de zaak werd terugverwezen naar het Hof Den Bosch.

De casus waarover partijen al sinds juli 1998 procederen, laat zich kort samenvatten als volgt. De gemeente Noordoostpolder geeft in 1996 aan GTI opdracht tot het vervangen van de cv-ketel in een plaatselijke school. Op deze opdracht zijn de ALIB '92 van toepassing. GTI geeft opdracht aan haar onderaannemer/leverancier Buderus om de ketel te leveren, samen te bouwen en in bedrijf te stellen. Tijdens de inbedrijfstelling (voor de oplevering) door een werknemer van Buderus vindt een explosie plaats met grote schade tot gevolg. De gemeente stelt bij brief van 23 augustus 1996 GTI aansprakelijk. GTI reageert daarop bij brief van 28 augustus 1996, waarin zij mededeelt dat voor zover haar bekend de zaak nog in onderzoek is en dat zij te zijner tijd op de kwestie zal terugkomen. Op 29 april 1997 stelt een expertisebureau namens de verzekeraar van de gemeente, Zürich, Buderus aansprakelijk. Bij brief van 14 oktober 1997 maakt verzekeraar Zürich jegens GTI aanspraak op vergoeding van de door haar aan de gemeente uitgekeerde schadevergoeding. Bij brief van gelijke datum legt Zürich eenzelfde aanspraak neer bij de verzekeraar van Buderus. Zowel GTI als Buderus betwisten aansprakelijkheid en in juli 1998 start Zürich als gesubrogeerde verzekeraar van de gemeente een procedure tegen zowel GTI als Buderus.

De rechtbank wijst de vorderingen van Zürich tegen GTI af op grond van het beroep van GTI op artikel 70 ALIB '92, dat bepaalt dat de rechtsvordering tot schadevergoeding of tot herstel verjaard door verloop van één jaar na protest van de opdrachtgever. De vorderingen tegen Buderus wijst de rechtbank af op gronden die niets met het verjaringsbeding in artikel 70 ALIB '92 te maken hebben.

In hoger beroep doet niet alleen GTI, maar ook Buderus een beroep op verjaring krachtens artikel 70 ALIB '92, waarbij relevant is om te vermelden dat Buderus daarmee doelt op artikel 70 ALIB '92 dat deel uitmaakt van de rechtsverhouding tussen de gemeente en GTI. Buderus beroept zich voor haar eigen positie derhalve niet op een beding uit haar overeenkomst met GTI, maar op een beding in de overeenkomst tussen de gemeente en GTI. Het Hof Arnhem komt tot de conclusie dat de vorderingen van Zürich jegens GTI weliswaar zijn verjaard (op grond van artikel 70 ALIB '92), maar dat GTI daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep kan doen. Het Hof Arn-

hem beslist niet uitdrukkelijk op het beroep van Buderus op artikel 70 ALIB '92. Inzake de vorderingen tegen GTI oordeelt de Hoge Raad vervolgens dat het Hof Arnhem bij haar beslissing is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans haar oordeel niet toereikend heeft gemotiveerd. Inzake de vorderingen tegen Buderus oordeelt de Hoge Raad dat het Hof Arnhem ten onrechte niet is ingegaan op het beroep van Buderus op artikel 70 ALIB '92 in de rechtsverhouding tussen de gemeente en GTI.

Bij het Hof Den Bosch komen vervolgens twee interessante vragen aan de orde:

1. kan GTI te goeder trouw beroep doen op het verjaringsbeding in artikel 70 ALIB '92?
2. kan Buderus zich als derde jegens Zürich beroepen op het verjaringsbeding in de rechtsverhouding tussen de gemeente en GTI (heeft dit beding 'derdenwerking' ten gunste van Buderus)?

*Kan Buderus zich beroepen op een beding uit de overeenkomst tussen de gemeente en GTI?*

Laat ik beginnen met de tweede vraag, de vraag of Buderus zich kan beroepen op het verjaringsbeding dat deel uitmaakt van de rechtsverhouding tussen de gemeente en GTI. In de rechtspraak van de Hoge Raad is veelvuldig een casuspositie aan de orde geweest waarin de vraag van derdenwerking *ten nadele* van een derde centraal stond. Die casuspositie is als volgt. A contracteert met B en B contracteert ten behoeve van de uitvoering van dat contract met C, waarbij C in zijn rechtsrelatie met B een aansprakelijkheidsbeperking bedingt. Vervolgens lijdt A schade en spreekt A uit onrechtmatige daad rechtstreeks C aan, waarbij C tegen die onrechtmatige daadsactie de aansprakelijkheidsbeperking uit zijn contract met B in stelling brengt. Vraag: loopt A op tegen de aansprakelijkheidsbeperking opgenomen in de rechtsverhouding tussen B en C?

Sinds het *Gegaste uien*-arrest uit 1969<sup>2</sup> weten we dat onder omstandigheden A inderdaad de betref-

fende aansprakelijkheidsbeperking tegen zich moet laten gelden. In het latere *Citronas*-arrest uit 1986<sup>3</sup> heeft de Hoge Raad de regels ter zake nog eens kort op een rij gezet: uitgangspunt is dat contractuele bedingen uitsluitend van kracht zijn tussen handelende partijen. In bepaalde gevallen kan een uitzondering op dit beginsel worden aanvaard in die zin dat een derde een contractueel beding in redelijkheid tegen zich moet laten gelden, maar daartoe zal dan een voldoende rechtvaardiging moeten kunnen worden gevonden in de aard van het betreffende geval, waarbij onder meer gedacht moet worden aan het op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept dat hij dit beding zal kunnen invoeren ter zake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen en aan de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept. Deze rechtspraak is later nog een aantal malen herhaald.<sup>4</sup> Dat een overeenkomst alleen werking heeft tussen de partijen bij die overeenkomst, zoals artikel 1376 (oud) BW leerde, is derhalve sinds 1969 enigszins achterhaald.<sup>5</sup>

In de casus die hier aan de orde is ligt de zaak echter wat anders. Het is nog steeds A (Zürich) die uit onrechtmatige daad rechtstreeks C (Buderus) aanspreekt, maar ditmaal verweert C (Buderus) zich met de aansprakelijkheidsbeperking - in de gedaante van het verjaringsbeding vervat in artikel 70 ALIB '92 - opgenomen in de rechtsrelatie tussen A (Zürich) en B (GTI). In deze casus staat derhalve de vraag van derdenwerking *ten gunste* van een derde centraal.<sup>6</sup>

De jurisprudentie over deze casuspositie is bijzonder schaars.<sup>7</sup> De wet bevat ter zake ook geen algemene bepalingen (wel enkele specifieke artikelen voor specifieke gevallen, waaronder bijvoorbeeld artikel 6:257 BW, dat bescherming biedt aan ondergeschikten<sup>8</sup>). In de literatuur is er wel met enige

2 HR 7 maart 1969, NJ 1969/249.

3 HR 20 juni 1986, NJ 1987/35.

4 Zie onder meer HR 9 juni 1989, NJ 1990/40, HR 28 juni 1996, NJ 1997/494 en HR 21 januari 2000, NJ 2000/553.

5 Van Dunné (*Verbintenissenrecht, Deel 1*, 2004, p. 802) wijst erop dat de Hoge Raad reeds in 1946 een vingerwijzing heeft gegeven hoe hij tegen het fenomeen van de contractueel betrokken derde aankijkt, en wel in het arrest *Staat - Degens* (HR 3 mei 1946, NJ 1946/323).

6 Volgens Cahen (*Monografieën Nieuw BW*, B57, *Overeenkomst en derden*, p. 58) zijn doorwerking ten nadele en ten gunste van een derde niet-contractspartij geen kwesties van geheel verschillende aard. Voor beide gelden dezelfde argumenten, omdat beide kwesties aan dezelfde vraagstelling zijn verbonden: onder welke omstandigheden komt een exoneratieclausule buitencontractuele werking toe, als hij die schade lijdt en degene die voor die schade aansprakelijk is geen partijen van elkaar zijn, terwijl die clausules toch met het oog op zo'n schade door een hunner in de overeenkomst zijn opgenomen.

7 In *Verbintenissenrecht*, artikel 249-257 (Rank-Berenschot), aantekening 19 ev, is een achttal uitspraken te vinden; slechts in twee van die uitspraken werd doorwerking ten gunste van een derde aangenomen.

8 Zie artikel 6:257 BW: 'Kan een partij bij een overeenkomst ter afwering van haar aansprakelijkheid voor een gedraging van een aan haar ondergeschikte aan de overeenkomst een verweermiddel jegens haar wederpartij ontlenen, dan kan ook de ondergeschikte, indien hij op grond van deze gedraging door de wederpartij wordt aangesproken, dit verweermiddel invoeren, al ware hijzelf bij de overeenkomst partij.' Zie voorts bijvoorbeeld artikel 7:420 BW (lastgeving), artikel 7:608 BW (bewaarneming) en in boek 8 BW de artikelen 8:72, 8:363, 8:364 en 8:365.

regelmaat over deze casuspositie geschreven. Het is dan ook deze literatuur waarnaar het hof in r.o. 4.48 e.v. verwijst.

In zijn dissertatie van 1999<sup>9</sup> beschrijft Du Perron de hier aan de orde zijnde casuspositie. Hij onderscheidt de volgende mogelijke wegen om tot de conclusie te kunnen komen dat C een beroep toekomt op de overeenkomst tussen A en B.

Op de eerste plaats zou in de overeenkomst tussen A en B een derdenbeding ten gunste van C kunnen worden gelezen. Of een overeenkomst een dergelijk derdenbeding bevat is een kwestie van uitleg, aldus Du Perron, maar een dergelijk derdenbeding kan ook voortvloeien uit (de aanvullende werking van) redelijkheid en billijkheid.

Op de tweede plaats is het volgens Du Perron mogelijk dat B, als hij met A contracteert, mede optreedt namens C. Daarbij is niet uitgesloten dat deze vertegenwoordiging zich beperkt tot de in de overeenkomst opgenomen verweermiddelen, maar zonder duidelijke aanwijzingen zal men deze partiële vertegenwoordiging echter niet mogen aannemen, aldus Du Perron.

Op de derde plaats wijst Du Perron erop dat uit de parlementaire geschiedenis van artikel 6:257 BW valt op te maken dat men niet met een beroep op analogische toepassing van artikel 6:257 BW tot uitgangspunt kan nemen dat aan C in beginsel een beroep op de overeenkomst tussen A en B toekomt.<sup>10</sup> Of C zich op de overeenkomst tussen A en B kan beroepen hangt in het bijzonder af van de vragen of A wist of moest begrijpen dat B de betrokken werkzaamheden aan C zou uitbesteden en, zo ja, of hij wist of moest begrijpen dat C onder de voorwaarden van B zou opereren. Daarbij zijn volgens Du Perron een aantal omstandigheden van belang. Op de eerste plaats is dat de aard van de werkzaamheden die C moet verrichten in verhouding tot de aard van de werkzaamheden waartoe B zich jegens A heeft verbonden. Hoe meer men de werkzaamheden die C verricht kan beschouwen als (deel van) de werkzaamheden van het bedrijf van B, hoe eerder er sprake is van wat Du Perron noemt 'eenheid van prestatie'. Du Perron merkt daarbij op dat als C werkzaamheden van geheel eigen aard verricht, doorwerking van de overeenkomst tussen A en B ten gunste van hem niet voor de hand ligt. Immers, het is dan niet onwaarschijnlijk dat B zich juist voor die werkzaamheden heeft vrijgetekend omdat deze niet tot zijn deskundig-

heid behoren en in de regel zullen de voorwaarden die B heeft bedongen niet op de werkzaamheden van C zijn toegesneden. Op de tweede plaats is dat de wijze waarop C bij de overeenkomst tussen A en B betrokken is geraakt. Indien A aan B heeft opgedragen om C in te schakelen, zal men B onder omstandigheden kunnen beschouwen als middellijk vertegenwoordiger van A. C mag volgens Du Perron dan rekenen op doorwerking of toepasselijkheid van zijn voorwaarden. Essentieel voor het argument van de 'eenheid van prestatie' is volgens Du Perron het argument dat de benadeelde belanghebbende niet beter af behoort te zijn doordat zijn contractuele wederpartij ter nakoming van zijn verplichtingen anderen heeft ingeschakeld. Het is volgens Du Perron in beginsel niet redelijk dat de omstandigheid dat B de prestatie niet geheel zelf verricht maar daartoe (deels) C inschakelt, ertoe zou leiden dat A onbeperkt verhaal op C heeft. Waar 'eenheid van prestatie' bestaat ligt het daarom voor de hand dat C opereert onder de voorwaarden die B jegens A heeft bedongen, aldus Du Perron.

Van den Berg<sup>11</sup> acht het verdedigbaar dat in de hier aan de orde zijnde casus, waarin de hoofdaannemer (B) met de opdrachtgever (A) exoneraties is overeengekomen, ook de onderaannemer (C) onder die juridische paraplu mag schuilen. Een juridische rechtvaardiging daarvoor kan volgens Van den Berg worden gezocht in de omstandigheid dat de opdrachtgever zelf in die aansprakelijkheidsbeperking heeft toegestemd. De opdrachtgever heeft de hoofdaannemer niet anders kunnen zien dan als de verantwoordelijke exponent van een groep ondergeschikte en niet ondergeschikte hulppersonen die als een maatschappelijke eenheid in zijn belang werkzaam zouden zijn. In die structuur ligt volgens Van den Berg verankerd dat het handelen van de aannemer geduid moet worden als een handelen 'pro se', als 'voor nader te noemen derde'. Van den Berg ziet daarom het door de hoofdaannemer gemaakte aansprakelijkheidsbeding mede als een (stilzwijgend) derdenbeding.

Het Hof Den Bosch beantwoordt de vraag als volgt.<sup>12</sup> De gemeente wist dat zij bij eventuele fouten en daardoor ontstane schade er rekening mee zou moeten houden dat haar een exoneratiebeding zou worden tegengeworpen. Het enkele feit dat het werk feitelijk door een onderaannemer werd uitgevoerd, maakt dit niet anders. Zou worden aangenomen dat de onderaannemer zich niet op de exoneratieclausule kan beroepen, dan zou de

<sup>9</sup> Du Perron, *Overeenkomst en derden*, Kluwer, 1999, p. 352 ev.

<sup>10</sup> Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever artikel 6:257 BW bewust tot ondergeschikten beperkt heeft willen houden.

<sup>11</sup> Asser-Van den Berg, 5-IIIC, 2007, nr. 212.

<sup>12</sup> R.o. 4.50.

gemeente dus beter af zijn doordat GTI het werk aan Buderus had uitbesteed, hetgeen in strijd zou zijn met de kenbare partijbedoeling. Derhalve kan volgens het hof worden gesteld dat Buderus haar deel van de door GTI aangenomen prestatie verrichte onder de voorwaarden van de overeenkomst tussen de gemeente en GTI, inclusief de exoneratieclausule, waardoor de gemeente niet werd benadeeld. Voorts oordeelt het hof dat hoezeer er ook onderscheid gemaakt moet worden tussen een exoneratiebeding en een verjaringsbeding, deze redenering ook opgaat voor een verjaringsbeding (dat zelfs nog minder ver gaat dan een exoneratiebeding). Mitsdien kan Buderus zich beroepen op het verjaringsbeding uit de ALIB-voorwaarden. Het hof lijkt aldus de opvatting van Du Perron te volgen, en voegt daar de door Van den Berg genoemde rechtvaardiging nog aan toe.

Is dit nu een opzienbarende uitspraak? Me dunkt van wel, zeker gezien de uiteindelijk toch wel eenvoudige motivering die het hof aan haar oordeel ten grondslag legt. Ik denk dat veel onderaannemers - en mogelijk ook toeleveranciers - van hoofdaannemers die hun aansprakelijkheid contractueel beperkt hebben, in geval van schade voortaan een stuk rustiger zullen slapen. In hoeverre dat terecht is, zal de toekomst ons echter moeten leren. Vooralsnog zou ik als onderaannemer zekerheidshalve aan mijn hoofdaannemer verzoeken om daar waar mogelijk middels een derdenbeding de aansprakelijkheidsbeperkingen in diens overeenkomst met de opdrachtgever uit te breiden ten behoeve van onderaannemers en leveranciers.

*Kan GTI te goeder trouw beroep doen op het verjaringsbeding in artikel 70 ALIB '92?*

De Hoge Raad had het Hof Arnhem - onder meer - verweten dat uit het arrest niet kenbaar was welk gewicht het hof had toegekend aan een aantal door GTI naar voren gebrachte argumenten waarmee GTI betoogde dat er geen sprake van was dat haar beroep op het verjaringsbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. In het hierboven afgedrukte arrest gaat het Hof Den Bosch alsnog uitvoerig op een en ander in. Daaraan vooraf gaat echter een interessante analyse van de verschillen tussen een verjaringsbeding, een vervalbeding en een exoneratie.<sup>13</sup>

Het hof acht een verjaringsbeding minder bezwaarlijk dan een vervalbeding, omdat een verjaring eenvoudig gestuit kan worden op de wijze als omschreven in artikel 3:317 lid 1 BW. Het verschil tussen een exoneratiebeding enerzijds en een verjaringsbeding (of vervalbeding) anderzijds

is volgens het hof het volgende. Voor een exoneratieclausule geldt dat de wederpartij aan de werking ervan niet kan ontkomen. Als er schade optreedt, valt met het exoneratiebeding aanstonds het doek voor een eventuele schadevergoeding, zonder dat de wederpartij daar wat aan kan doen. Voor een verjaringsbeding geldt echter dat de wederpartij nog alle kansen heeft op volledige schadevergoeding, mits hij voldoende alert is. Hiermee hangt samen dat bij het aangaan van de overeenkomst waarin een exoneratiebeding is opgenomen, de schadeverzekeraar van de wederpartij meestal niet betrokken is. En als er later schade optreedt dan helpt de juridische expertise van de gesubrogeerde schadeverzekeraar weinig als de veroorzaker het exoneratiebeding inroept. Voor een verjaringsbeding geldt dit echter niet; door alert te zijn kan de gesubrogeerde schadeverzekeraar aan de effecten van het verjaringsbeding ontsnappen, en daarbij kan de grotere ervaring en deskundigheid van de verzekeraar wel een grote rol spelen.

Deze analyse zet de toon voor de lezenswaardige wijze waarop het hof de tien argumenten<sup>14</sup> van Zürich voor de niet-aanvaardbaarheid van het beroep van GTI op het verjaringsbeding afwijst.<sup>15</sup> De belangrijkste overwegingen van het hof zijn:

- dat de gemeente een grote partij is, op juridisch gebied minstens even deskundig en geverseerd als GTI, die professioneel aan het rechtsverkeer deelneemt en daarbij veelvuldig gebruik maakt van privaatrechtelijke instrumenten, zodat zij met het fenomeen van algemene voorwaarden bekend moet zijn. Daarnaast hanteren (lagere) overheden zelf ook algemene voorwaarden, al zijn die vaak niet aanstonds als zodanig herkenbaar (bijvoorbeeld verordeningen). De gemeente kon dus weten dat er een grote kans bestond dat bij deze overeenkomst met een groot belang algemene voorwaarden van toepassing zouden zijn, als zij dan nalaat om die op te vragen komen de gevolgen daarvan in beginsel voor haar risico. Dat geldt ook indien er een incident is ontstaan dat aanspraken op GTI kan doen ontstaan en de gemeente er nog steeds van afziet om die voorwaarden op te vragen;
- dat het niet gaat om een onontkoombare exoneratie of fatale vervaltermijn, doch om een verjaring die eenvoudig kan worden gestuit;
- dat bij de toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW terughoudendheid gepast is, hetgeen hier temeer geldt omdat het hier gaat om grote professioneel handelende partijen.

<sup>13</sup> R.o. 4.10 e.v..

<sup>14</sup> Zie r.o. 4.11.1 e.v..

<sup>15</sup> Zie r.o. 4.12 e.v..

Dat de wetgever met de norm 'naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar' in artikel 6:248 lid 2 BW de lat hoog heeft gelegd, wordt door deze uitspraak maar weer eens onderstept.

Tot slot de hypothetische vraag of deze zaak anders zou zijn afgelopen onder het huidige, sinds 1 september 2003 geldende, recht. Ik denk het niet. Weliswaar kan het verjaringsbeding in artikel 70 ALIB '92 gezien worden als een verkorting van de verjaringstermijn van artikel 7:761 lid 1 BW, bepaalt artikel 7:761 lid 3 BW dat de verjaring verlengd wordt indien de vordering zou verjaren tus-

sen het tijdstip waarop de aannemer de opdrachtgever heeft medegedeeld dat hij het gebrek zal onderzoeken of herstellen en het tijdstip waarop de aannemer het onderzoek en de pogingen tot herstel kennelijk als beëindigd beschouwt, en blijkt uit de brief van GTI van 28 augustus 1996 dat GTI zich op het standpunt stelt dat de zaak in onderzoek is en dat zij de uitkomst daarvan afwacht, maar de verjaringstermijn van artikel 7:761 lid 1 BW ziet op gebreken in 'het opgeleverde werk', en ten tijde van de explosie was het werk nog niet opgeleverd.

S.J.H. Rutten

## VI. Aanbestedingsrecht

TBR 2009/150

**Hoge Raad, 27 maart 2009, zaaknr. 07/11270, LJN: BH1194 (Europese aanbesteding archeologisch onderzoek Gemeente Boxmeer)**

mr. A. Hammerstein, mr. F.B. Bakels en mr. W.D.H. Asser Advocaat eiseres tot cassatie: mr. F. van Geleijn Vitranga. Advocaat verweerster in cassatie, de Gemeente: mr. M.W. Scheltema

**Bao; ; Richtlijn 2004/18/EG:**

**Onregelmatige Europese aanbesteding? Openbare procedure. Wijziging omzeteis. Onduidelijke omzeteis. Onduidelijke bestekseisen. Alle redelijk geïnformeerde en normaal zorgvuldige inschrijvers moeten in staat zijn de eisen op dezelfde wijze te interpreteren. Tijdig ageren tegen fout in de aanbestedingsprocedure:**

**Met noot C.E.C. Jansen, Red.**

### *1. Het geding in feitelijke instanties*

Eiseres heeft bij exploit van 12 februari 2007 de Gemeente in kort geding gedagvaard voor de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Hertogenbosch en uitvoerbaar bij voorraad gevorderd, kort gezegd, dat de voorzieningenrechter de Gemeente gebiedt de aanbestedingsprocedure zonder definitieve vergunning te staken en - indien de Gemeente nog behoefte heeft aan de gevraagde diensten - deze met inachtneming van de geldende regels opnieuw aan te besteden.

De Gemeente heeft de vordering bestreden.

De voorzieningenrechter heeft bij vonnis van 16 maart 2007 de vorderingen afgewezen.

Tegen dit vonnis heeft eiseres hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch.

Bij arrest van 19 juni 2007 heeft het hof het vonnis

waarvan beroep bekrachtigd. Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

### *2. Het geding in cassatie*

Tegen het arrest van het hof heeft eiseres beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

De Gemeente heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal L.A.D. Keus strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

### *3. Beoordeling van het middel*

3.1 In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die zijn vermeld in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 1. Samengevat gaat het om het volgende. De Gemeente heeft als aanbestedende dienst op 16 november 2006 een Aankondiging van opdracht gepubliceerd voor een Europese aanbesteding inzake archeologisch onderzoek. Daarin is als een van de selectiecriteria opgenomen dat gegadigden voor de opdracht een omzet van minimaal € 800.000,- per jaar in archeologische projecten over de jaren 2003, 2004 en 2005 gerealiseerd dienen te hebben. Op 17 november 2006 is dit gerectificeerd in een jaaromzet van minimaal € 750.000,- over de genoemde jaren. Dit criterium is ook opgenomen in de Vragenlijst. In de Aanbestedingsleidraad is als omzetvereiste vermeld: een gemiddelde jaaromzet van € 750.000,- over de jaren 2003, 2004 en 2005.

3.2 Nadat aan eiseres was meegedeeld dat de opdracht niet aan haar was gegund, heeft zij bij de voorzieningenrechter gevorderd dat de aanbesteding wordt gestaakt en - als nog behoefte bestaat aan de