

ECLI:NL:GHDHA:2019:2429

Instantie	Gerechtshof Den Haag
Datum uitspraak	16-07-2019
Datum publicatie	16-09-2019
Zaaknummer	200.259.798/01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBDHA:2019:8384, (Gedeeltelijke) vernietiging en zelf afgedaan
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep kort geding
Inhoudsindicatie	Kort geding over aanbesteding schelpenwinning. Staat handelt in strijd met evenredigheidsbeginsel door in bijzondere omstandigheden van het geval geen herstelkans voor inschrijving te bieden. Gelijkeheidsbeginsel verzet zich daar niet tegen.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl Module Aanbesteding 2019/1289 JAAN 2019/160 met annotatie van Fimerius, M.M.

Uitspraak

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer : 200.259.798/01

Zaaknummer rechtbank : C/09/569042 / KG ZA 19-199

arrest van 16 juli 2019

inzake

Zand & Schelpenwinning Waddenzee B.V.,

gevestigd te Harlingen,

appellante,

hierna te noemen: Waddenzee,

advocaat: mr. A.L. Appelman te Zwolle,

tegen

Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijkrelaties, meer in het bijzonder Rijksvastgoedbedrijf, Directie Transacties en Projecten),

zetelend te Den Haag,

geïntimeerde,

hierna te noemen: de Staat,

advocaat: mr. J.A. Dullaart te Naaldwijk.

Het geding

1. Bij (spoed)appeldagvaarding van 14 mei 2019 is Waddenzee in hoger beroep gekomen van een door de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag tussen partijen gewezen vonnis van 16 april 2019. Bij memorie van grieven heeft Waddenzee zes grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord met producties heeft de Staat de grieven bestreden.

2. Vervolgens hebben partijen op 8 juli 2019 de zaak laten bepleiten, Waddenzee door haar advocaat en de Staat door mr. J.E. van der Werff, advocaat te Den Haag, beiden aan de hand van overgelegde pleitnotities. Ten slotte is arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

3. De door de rechtbank in het vonnis van 16 april 2019 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan. Het gaat in deze zaak om het volgende:

a. De Staat heeft een openbare biedprocedure georganiseerd met betrekking tot het recht op het winnen van schelpen in de Waddenzee inclusief de Noordzeekustzone, de Westerschelde en de Voordelta in het tijdvak van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2022. In totaal kon op 18 kavels worden geboden, waarbij kavels 1 tot en met 10 de winning van schelpen in de Waddenzee betreffen, kavels 11 tot en met 14 de winning van schelpen in de Westerschelde en kavels 15 tot en met 18 de winning van schelpen in de Voordelta.

De Staat heeft deze biedprocedure bij e-mail van 2 november 2018 onder meer aangekondigd aan de partijen die zich op dat moment reeds met de winning van schelpen bezighielden, waaronder Waddenzee.

In deze e-mail staat dat de gesloten enveloppen met daarin het inschrijvingsbiljet en de bij te voegen documenten uiterlijk op donderdag 13 december 2018 voor 12.00 uur door de notaris dienden te zijn ontvangen. Daarbij wijst de Staat op het volgende:

"Let u goed op de inschrijfvoorwaarden.

De notaris zal zich strikt houden aan de inschrijfvoorwaarden. Zorgt u daarom dat u alle benodigde bijlagen meezendt in de gesloten enveloppe. Correctie tijdens de opening van de enveloppe is niet meer mogelijk."

c) Bedoelde inschrijfvoorwaarden zijn beschreven in het "Biedboek verkoop bij openbare inschrijving van recht op de winning van schelpen 2020-2022 in delen van de kustwateren van Nederland van 2 november 2018 (hierna te noemen: "het Biedboek"). Onder het kopje "Inschrijvingen eisen en criteria" is in het Biedboek onder meer bepaald dat een bereidverklaring dient te worden overgelegd en dat inschrijvingen die niet aan de gestelde eisen voldoen ongeldig worden verklaard. Ten aanzien van de bereidverklaring is in het Biedboek het volgende bepaald:

"Bereidverklaring tot afgifte van een bankgarantie als inschrijfvoorwaarde

Inschrijver is verplicht een bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling ter grootte van tien duizend euro (10.000,00) over te leggen. De bereidverklaring dient onvoorwaardelijk te zijn en geldig tot en met 31 maart 2020."

Waddenzee heeft op 10 december 2018 een inschrijving ingediend waarbij zij heeft geboden op de kavels 1, 2, 3, 5, 6, 9 en 10. Bij haar inschrijving heeft Waddenzee onder meer de volgende documenten overgelegd: (i) een opdrachtbevestiging gedateerd 28 november 2018, conform een model van ABN AMRO Bank, waarin Waddenzee bevestigt dat zij opdracht heeft gegeven aan ABN AMRO Bank voor rekening en risico van Waddenzee een garantie te (doen) stellen tot een maximum van 10.000,-, en Waddenzee zich akkoord verklaart met de tekst van de garantie, nader aangeduid als "uw referentie [nummer] volgens aangehecht, door ons "voor akkoord" getekend afschrift"; (ii) een factuur van ABN AMRO Bank aan Waddenzee van 28 november 2018, waarin wordt verwezen naar: "Onze garantie [nummer] d.d. 2018.11.28 ad EUR 10,000.00 ten gunste van Staat der Nederlanden geldig tot 2020.03.31", gevolgd door de mededeling: "Wij hebben uw rekeningnummer () gedebiteerd voor het totaal van onze provisies/kosten", met daaronder een opgave van de kosten, en (iii) een bereidverklaring van ABN AMRO Bank, gedateerd 28 november 2018, met nummer [nummer] en geldig tot 31 maart 2020, waarin staat dat de bank zich door ondertekening verbindt jegens de Staat/het RvB om bij gunning van het betreffende project aan Waddenzee een bankgarantie af te geven tot een maximum bedrag van 10.000,-. De opdrachtbevestiging is voorzien van een handgeschreven plaats- en datumaanduiding, maar is niet ondertekend door Waddenzee. De bereidverklaring is voorzien van de opdruk "interim printout" en is niet ondertekend door ABN AMRO Bank.

Bij e-mail van 29 december 2018 heeft Waddenzee een door ABN AMRO Bank ondertekend exemplaar van de bij haar inschrijving overgelegde bereidverklaring aan de Staat gezonden. Dit ondertekende exemplaar is gedateerd 28 november 2018.

Uit een proces-verbaal van 19 december 2018, opgesteld door de notaris, blijkt het volgende. Waddenzee heeft de hoogste bieding ingediend voor kavels 2, 5, 6 en 9. De een-na-hoogste bieding voor kavel 2 is ingediend door Spaansen Grondstoffen en Logistiek B.V. (hierna te noemen: Spaansen). De twee-na-hoogste bieding voor kavel 2 is ingediend door Visserijbedrijf Rousant B.V. (hierna te noemen: Rousant). Rousant heeft verder de een-na-hoogste bieding ingediend voor kavel 5. Testamare Holding B.V. (hierna te noemen: Testamare) heeft de een-na-hoogste bieding ingediend voor kavels 6 en 9. Rousant heeft verder de hoogste bieding ingediend voor kavels 1 en 7. Testamare heeft verder de hoogste, dan wel enige bieding ingediend voor kavels 3, 8, 10, 15 en 18. Spaansen heeft verder de hoogste bieding ingediend voor kavel 4. Op kavels 11, 12, 13, 14, 16 en 17 zijn geen biedingen gedaan. De notaris heeft niet onderzocht of de ingekomen biedingen aan de inschrijfvoorwaarden voldoen.

De Staat heeft bij brief van 16 januari 2019 onder meer het volgende aan Waddenzee medegedeeld:

"Met betrekking tot de op 13 december 2018 gehouden verkoop bij openbare inschrijving op het recht op schelpenwinning () deel ik u mede dat aan u niet kan worden gegund.

()

Uw inschrijving voldoet niet aan de inschrijfvoorwaarden omdat de inschrijving (...) incompleet is, er is geen geldige bereidverklaring ingediend. Door Zand & Schelpenwinning Waddenzee B.V. is slechts een opdrachtbevestiging (Akte van Vrijwaring) met bijlagen ingediend die gericht is aan de ABN AMRO Bank N.V., waarvan de status - los van het feit dat hier geen bereidverklaring in te lezen valt - onduidelijk is.

Het document is immers niet getekend, noch is duidelijk of de in dit document vervatte opdracht aan ABN AMRO was verstrekt ten tijde van de inschrijving. Het bijgevoegde concept van de bereidverklaring is niet geldig nu het document niet namens ABN AMRO Bank N.V. is ondertekend.

Dat Zand & Schelpenwinning Waddenzee B.V. uit eigener beweging en per e-mail van 29 december 2018, dus na de datum van inschrijving, aan de Staat alsnog een namens de ABN AMRO Bank N.V. getekende kopie van de bereidverklaring heeft toegezonden laat de vorenstaande beoordeling onverlet.

Beoordeling dient immers plaats te vinden op basis van de bij de notaris tijdig en op de juiste wijze ingediende documenten."

Spaansen heeft bij haar inschrijving geen documenten overgelegd met het oog op de gevraagde bereidverklaring. Aan Spaansen zijn evenmin kavels gegund.

i. De Staat heeft in reactie op een brief van de advocaat van Waddenzee van 28 januari 2019, waarin deze namens Waddenzee bezwaar maakt tegen de ongeldigverklaring van de inschrijving en aanspraak maakt op gunning van de kavels 2, 5, 6 en 9, bij brief van 12 februari 2019 onder meer het volgende aan de advocaat van Waddenzee geschreven:

"()

Allereerst kan, anders dan u stelt, uit de opdrachtbevestiging niet worden opgemaakt dat de bank de verlangde zekerheidsstelling zal verstrekken.()

Bij een en ander komt dat uit de opdrachtbevestiging niet blijkt dat een bereidverklaring zal worden verstrekt die voldoet aan hetgeen blijkens de inschrijfvoorwaarden verlangd werd. Daarin is immers

bepaald dat die bereidverklaring onvoorwaardelijk is en geldig tot en met 31 maart 2020. Hieruit volgt dat de opdrachtbevestiging zelf niet kan volstaan in plaats van de verlangde bereidverklaring.

Vervolgens betoogt u dat op de onderhavige inschrijving en gunning de (algemene) beginselen zoals in het aanbestedingsrecht ontwikkeld van toepassing zijn. Uitgangspunt is echter dat de verkoop van bouwgrond, zand, schelpen e.d. (al dan niet via een openbare inschrijving) door een overheid aan een marktpartij in beginsel buiten de werkingssfeer van het aanbestedingsrecht valt.

Voor zover die beginselen, althans het beginsel van gelijke behandeling, wel van toepassing zouden zijn op de onderhavige procedure (of dat zo is, laat ik voor nu maar in het midden), dan heeft het volgende te gelden.

Juist is het dat een aanbestedende dienst gelegenheid kan bieden om, onder voorwaarden, een gebrek in een inschrijving te herstellen. Het beginsel van gelijke behandeling verzet zich er evenwel tegen om die gelegenheid te bieden wanneer, zoals in het onderhavige geval, in de aanbestedingsleidraad (in dit geval: de inschrijvoorwaarden) op het ontbreken van een document de sanctie van ongeldigheid is gesteld.

Nu dat laatste het geval is, zou de Staat immers in strijd met het beginsel van gelijke behandeling handelen door de inschrijving van uw cliënt alsnog toe te laten.

()"

4. In eerste aanleg heeft Waddenzee, zakelijk weergegeven, gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad (i) primair, de Staat op straffe van verbeurte van een dwangsom te gebieden de kavels 2, 5, 6 en 9 binnen 14 dagen na het te wijzen vonnis te gunnen aan Waddenzee, en (ii) subsidiair, de Staat op straffe van verbeurte van een dwangsom te verbieden de kavels 2, 5, 6 en 9 aan ieder ander te gunnen dan Waddenzee, een ander met veroordeling van Waddenzee in de proceskosten, inclusief nakosten. In het bestreden vonnis heeft de voorzieningenrechter de vorderingen van Waddenzee afgewezen en Waddenzee in de proceskosten veroordeeld. Kort samengevat heeft de voorzieningenrechter het volgende overwogen. Uit de door Waddenzee bij haar inschrijving gevoegde documenten kon niet worden opgemaakt dat een bankinstelling zich tot het stellen van de verlangde bankgarantie bereid had verklaard. Nu het overleggen van deze bereidverklaring blijkt de inschrijvoorwaarden op straffe van uitsluiting was voorgeschreven, diende de Staat de inschrijving van Waddenzee ongeldig te verklaren en kon de Staat Waddenzee niet om verduidelijking vragen of haar de gelegenheid bieden de bereidverklaring alsnog over te leggen.

5. In hoger beroep vordert Waddenzee vernietiging van het vonnis van de voorzieningenrechter en toewijzing van haar vorderingen in eerste aanleg, met veroordeling van de Staat in de proceskosten, inclusief de nakosten, in beide instanties en tot terugbetaling van wat Waddenzee op grond van het bestreden vonnis aan de Staat heeft betaald, te vermeerderen met wettelijke rente. De Staat voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van Waddenzee, bekrachtiging van het vonnis van de voorzieningenrechter en veroordeling van Waddenzee in de kosten van beide instanties.

6. De eerste grief van Waddenzee is gericht tegen de overweging van de voorzieningenrechter dat de bestuurder van Waddenzee tijdens de zitting heeft verklaard dat de Staat in het kader van eerdere biedprocedures ook altijd zekerheid in de vorm van een bereidverklaring door een bankinstelling had verlangd en door Waddenzee ook altijd in die vorm zekerheid was gesteld. Gelet op hetgeen het hof hierna naar aanleiding van de overige grieven zal overwegen, kan deze grief onbesproken blijven.

7. Het hof zal de tweede en derde grief van Waddenzee samen behandelen. Met haar tweede grief komt Waddenzee op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de bereidverklaring door een

bankinstelling diende te worden afgegeven. Volgens Waddenzee volgt uit de tekst van de inschrijvoorwaarden dat iedereen, en dus ook Waddenzee zelf, een dergelijke bereidverklaring kon afgeven. De derde grief van Waddenzee bestrijdt het oordeel van de voorzieningenrechter dat uit de documenten die Waddenzee bij haar inschrijving heeft overgelegd, niet kon worden opgemaakt dat een bankinstelling zich tot het stellen van de verlangde bankgarantie bereid had verklaard. In de kern komen deze grieven erop neer dat de documenten die Waddenzee bij haar inschrijving heeft overgelegd, kwalificeren als een bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling zoals vereist in de inschrijvoorwaarden.

8. Tussen partijen is niet in geschil dat bij de uitleg van de inschrijvoorwaarden de cao-norm moet worden toegepast. Deze norm houdt in dat aan een bepaling een uitleg naar objectieve maatstaven moet worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen van die bepaling, gelezen in het licht van de gehele tekst van het document waarin de bepaling is opgenomen, van doorslaggevende betekenis zijn. De Staat heeft aangevoerd dat, nu niet uitdrukkelijk bepaald is in de inschrijvoorwaarden dat de bereidverklaring afkomstig moet zijn van een bankinstelling, niet ondenkbaar is dat hij een bereidverklaring van een andere instelling zou hebben aanvaard als die afdoende zekerheid zou hebben geboden. Gelet op de bewoordingen van de desbetreffende bepaling kan er echter geen twijfel over bestaan dat de bereidverklaring niet van de inschrijver zelf afkomstig kan zijn, zoals Waddenzee in de toelichting bij deze grieven betoogt. Het gaat immers om een bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling voor de nakoming van de verplichtingen van de inschrijver. Dat blijkt uit de overige bepalingen in de inschrijvoorwaarden en wordt door Waddenzee ook niet bestreden. Een dergelijke zekerheidstelling moet naar haar aard door een ander dan de inschrijver worden afgegeven; anders biedt zij geen zekerheid voor de nakoming van de verplichtingen van de inschrijver. De bereidverklaring tot afgifte van die zekerheidstelling moet op haar beurt afkomstig zijn van degene die die zekerheidstelling zal afgeven. Dat moet dus ook een ander dan de inschrijver zijn. Zo heeft Waddenzee de inschrijvoorwaarden ook begrepen, getuige het feit dat zij ABN AMRO Bank heeft verzocht een bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling te verstrekken.

9. De documenten overgelegd door Waddenzee bij haar inschrijving houden niet een dergelijke bereidverklaring tot afgifte van een zekerheidstelling in. De opdrachtbevestiging is geen bereidverklaring en is bovendien niet door Waddenzee ondertekend. De bereidverklaring is gesteld op naam van ABN AMRO Bank, maar voorzien van de opdruk "interim printout" en niet door ABN AMRO Bank ondertekend. De factuur kan evenmin als een bereidverklaring worden gezien.

10. Daarmee staat vast dat bij de inschrijving van Waddenzee niet de vereiste bereidverklaring is overgelegd. Dat heeft de directeur van Waddenzee ook toegegeven ter zitting van het hof, waar hij heeft verklaard dat Waddenzee een fout heeft gemaakt bij het opsturen van de documenten: zij beschikte ten tijde van de inschrijving wel over de door de bank ondertekende bereidverklaring maar heeft in plaats van de ondertekende bereidverklaring de eerder genoemde documenten overgelegd.

11. Grieven 2 en 3 zijn dus tevergeefs voorgesteld.

12. Met haar vierde grief komt Waddenzee op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Staat niet de bevoegdheid had om Waddenzee de gelegenheid te geven haar inschrijving te herstellen, nu het bijvoegen van de bereidverklaring was voorgeschreven op straffe van uitsluiting. Volgens Waddenzee was er slechts sprake van een ondertekeningsgebrek, dat voor herstel in aanmerking komt. De vijfde grief van Waddenzee heeft betrekking op het oordeel van de voorzieningenrechter dat de Staat niet in strijd heeft gehandeld met algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en een belangenafweging niet in het voordeel van Waddenzee dient uit te pakken. Waddenzee betoogt dat de Staat in strijd heeft gehandeld met het zorgvuldigheids- en het proportionaliteitsbeginsel en de belangen van de betrokken partijen onjuist heeft afgewogen. Deze grieven zal het hof eveneens samen bespreken.

13. Bij de beoordeling van deze grieven stelt het hof voorop dat de door de Staat georganiseerde biedprocedure geen overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht, concessieopdracht of prijsvraag is in de zin van de Aanbestedingswet 2012. De aanbestedingsbeginselen genoemd in afdeling 1.2.2. van de

Aanbestedingswet 2012 zijn dus niet van toepassing. Wel dient de Staat zich te houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Het evenredigheidsbeginsel houdt in dat de voor belanghebbenden nadelige gevolgen van een overheidshandeling niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met die handeling te dienen doelen. Het gelijkheidsbeginsel vereist dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld. Tussen deze beginselen bestaat geen bepaalde hiërarchie.

14. De vierde en vijfde grief van Waddenzee stellen de vraag aan de orde of de Staat in strijd met het evenredigheidsbeginsel heeft gehandeld door Waddenzee niet de mogelijkheid te bieden om haar inschrijving te herstellen, en of de Staat zich op het standpunt kon stellen dat het gelijkheidsbeginsel geen ruimte liet voor die herstelkans.

15. Uit het samenstel van de documenten die Waddenzee bij haar inschrijving heeft overgelegd, in onderling verband gezien, viel af te leiden dat Waddenzee ABN AMRO Bank opdracht had gegeven tot het afgeven van een bereidverklaring conform de inschrijvoorwaarden, en dat ABN AMRO Bank die bereidverklaring ook had afgegeven. Met de overgelegde factuur brengt ABN AMRO Bank immers provisies en kosten in rekening voor een garantie van 10.000,- ten gunste van de Staat en geldig tot 31 maart 2020, die blijkens deze factuur ten laste zijn gebracht van de bankrekening van Waddenzee bij ABN AMRO Bank. Het garantienummer genoemd in de factuur correspondeert met het garantienummer genoemd in de overgelegde opdrachtbevestiging en het nummer van de overgelegde (niet door ABN AMRO Bank ondertekende) bereidverklaring. Het bedrag genoemd in de overgelegde bereidverklaring en de daarin genoemde looptijd zijn in overeenstemming met de desbetreffende bepaling van de inschrijvoorwaarden. Aan de hand van deze documenten kon dus objectief worden vastgesteld dat Waddenzee hoogstwaarschijnlijk over een bereidverklaring beschikte die voldeed aan de gestelde vereisten, maar abusievelijk had nagelaten deze bij haar inschrijving te voegen.

16. Naar het oordeel van het hof heeft de Staat in strijd gehandeld met het evenredigheidsbeginsel door in deze omstandigheden Waddenzee niet de mogelijkheid te bieden haar inschrijving te herstellen door alsnog de door ABN AMRO Bank ondertekende bereidverklaring over te leggen, mede gezien de nadelige gevolgen voor Waddenzee van ongeldigverklaring van haar inschrijving. Wat die nadelige gevolgen betreft, stelt Waddenzee dat uitsluiting van deze inschrijving onherroepelijk haar faillissement zal betekenen. Dat heeft de Staat betwist, onder verwijzing naar de mogelijkheid van voorraadvorming en/of winning in de Noordzee. In het kader van dit kort geding kunnen de gevolgen van uitsluiting van de onderhavige inschrijving voor Waddenzee niet precies worden vastgesteld. Het is echter voorshands aannemelijk dat die uitsluiting ernstige gevolgen voor Waddenzee zal hebben. Waddenzee beschikt over één schip dat is toegerust op schelpenwinning in de gebieden waarop deze inschrijving van toepassing is, en maakt haar bedrijf van schelpenwinning in deze gebieden. Die activiteit komt stil te liggen als Waddenzee van deze inschrijving wordt uitgesloten. Verder geldt dat de Staat wist of kon weten dat uitsluiting ernstige gevolgen zou hebben voor Waddenzee. Uit de door de Staat overgelegde Landelijke Beleidsnota Schelpenwinning blijkt immers dat de Staat op de hoogte is van de marktomstandigheden in de sector en de positie van de betrokken ondernemingen. Daarnaast beschikte de Staat over informatie met betrekking tot de positie van Waddenzee uit de onderhavige inschrijving en eerdere inschrijvingen.

17. Tegenover het belang van Waddenzee staan de belangen van de inschrijvers die profiteren van ongeldigverklaring van de inschrijving van Waddenzee, doordat zij de kavels toegewezen krijgen die anders naar Waddenzee zouden zijn gegaan. Deze inschrijvers hebben echter daarnaast ook andere kavels verkregen, zodat voorshands aannemelijk is dat zij niet in hun voortbestaan worden bedreigd als Waddenzee een herstelkans wordt geboden. Overigens heeft de Staat niets aangevoerd met betrekking tot de positie van deze inschrijvers dat zich in het kader van een belangenafweging tegen het bieden van een herstelkans aan Waddenzee zou kunnen verzetten. Het verweer van de Staat houdt in dat hij geen andere keuze had dan Waddenzee uit te sluiten van gunning, omdat in de inschrijvoorwaarden is bepaald dat inschrijvingen die niet aan de gestelde eisen voldoen, ongeldig worden verklaard en het gelijkheidsbeginsel er aan in de weg staat dat op deze bepaling een uitzondering wordt gemaakt. Het gelijkheidsbeginsel gaat echter niet zover dat de Staat gedwongen was de inschrijving van

Waddenzee ongeldig te verklaren omdat de door ABN AMRO Bank ondertekende bereidverklaring niet bij de inschrijving was gevoegd, nu uit de overgelegde documenten kon worden afgeleid dat Waddenzee hoogstwaarschijnlijk wel over een ondertekende bereidverklaring beschikte, maar was vergeten deze mee te sturen. Als de Staat Waddenzee de mogelijkheid zou hebben geboden om deze vergissing te herstellen, zou Waddenzee daarmee geen oneigenlijk concurrentievoordeel hebben verkregen ten opzichte van de andere inschrijvers. De positie van Waddenzee verschilde immers niet wezenlijk van die van de andere inschrijvers die wel een (ondertekende) bereidverklaring bij hun inschrijving hadden overgelegd, ervan uitgaande dat Waddenzee net als deze andere inschrijvers ten tijde van de inschrijving over de vereiste bereidverklaring beschikte. Daarentegen verschilde de positie van Waddenzee wel van die van Spaansen, die evenals Waddenzee van inschrijving is uitgesloten, doordat Spaansen in het geheel geen documenten had overgelegd die erop duiden dat zij ten tijde van de inschrijving over de vereiste bereidverklaring beschikte. In deze omstandigheden zijn de nadelige gevolgen van ongeldigverklaring van de inschrijving van Waddenzee onevenredig in verhouding tot het door de Staat aangevoerde doel van gelijke behandeling van de inschrijvers.

18. Bij pleidooi heeft de Staat nog aangevoerd dat de grieven van Waddenzee uitsluitend zijn gericht op de toepassing van het aanbestedingsrechtelijke proportionaliteitsbeginsel, en de vraag of de Staat in strijd heeft gehandeld met het evenredigheidsbeginsel geen onderdeel uitmaakt van de rechtsstrijd in hoger beroep. Die stelling berust op een te beperkte lezing van de memorie van grieven. Waddenzee heeft gesteld dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de Staat niet in strijd heeft gehandeld met het proportionaliteitsbeginsel. Uit haar stellingen valt niet af te leiden dat zij zich daarbij heeft willen beperken tot het aanbestedingsrecht, en geen beroep heeft willen doen op het (met het proportionaliteitsbeginsel overeenkomende) evenredigheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur.

19. Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat grieven 4 en 5 slagen en dat de Staat Waddenzee een herstelkans had moeten bieden. Als de Staat dat had gedaan, dan had Waddenzee de door ABN AMRO Bank ondertekende bereidverklaring kunnen overleggen, waarover zij reeds beschikte ten tijde van haar inschrijving. De Staat heeft niet weersproken dat in dat geval de kavels 2, 5, 6 en 9 aan Waddenzee zouden zijn gegund, nu Waddenzee de hoogste bieding op die kavels heeft uitgebracht. Daarmee slaagt ook grief 6 van Waddenzee, die is gericht tegen de afwijzing van de vorderingen van Waddenzee en de veroordeling van Waddenzee in de proceskosten.

Het hof zal de primaire vordering van Waddenzee toewijzen. Aan de veroordeling zal geen dwangsom worden verbonden, ervan uitgaande dat de Staat zonder meer aan deze veroordeling zal voldoen. De termijn om aan deze veroordeling te voldoen zal het hof bepalen op 30 dagen na de datum van dit arrest. Het hof zal de Staat als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten in beide instanties, inclusief de nakosten zoals gevorderd door Waddenzee in eerste aanleg.

Beslissing

Het hof:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Den Haag van 16 april 2019 en, opnieuw recht doende:

- veroordeelt de Staat kavels 2, 5, 6 en 9 van de biedprocedure Schelpenwinning in het tijdvak van 1 januari 2020 tot en met 31 december 2022 binnen 30 dagen na de datum van dit arrest te gunnen aan Waddenzee;
- veroordeelt de Staat in de proceskosten in beide instanties, aan de zijde van Waddenzee in eerste aanleg begroot op 720,83 aan verschotten en 980,- aan salaris advocaat, en in hoger beroep begroot op 822,83 aan verschotten en 3.222,- aan salaris advocaat en op 131,- aan nasalaris voor de advocaat, nog te verhogen met 68,- indien niet binnen 30 dagen in der minne aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, en bepaalt dat deze bedragen binnen 14 dagen na de dag van de uitspraak, dan wel, wat betreft het bedrag van 68,-, na de datum van betekening moeten zijn voldaan, bij gebreke waarvan deze bedragen worden vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW vanaf het einde van genoemde termijn van 14 dagen;
- veroordeelt de Staat tot terugbetaling van al hetgeen Waddenzee naar aanleiding van het vonnis van 16 april 2019 aan de Staat heeft betaald, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de dag van betaling door Waddenzee tot aan de dag van terugbetaling door de Staat;
- verklaart deze veroordelingen uitvoerbaar bij voorraad; en
- wijst de vorderingen af voor het overige.

Dit arrest is gewezen door mrs. P. Glazener, M.Y. Bonneur en H.J.M. Burg en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 16 juli 2019 in aanwezigheid van de griffier.