

Publicatie

Auteur: B.T. Tonino & T.S. Thiessen
Verschenen in: Bouwrecht 2026/67
Datum: Juni 2026
Titel: Rechtsbescherming in hoger beroep. Ernstige beroepsfout.

HOF DEN HAAG

30 juni 2026, nr. 200.361.266/01,
200.361.440/01 en 200.361.896/01
(Mrs. B.J. Lenselink, P. Glazener en
A.G.J. Van Wassenauer van Catwijck)
m.nt. B.T. Tonino & T.S. Thiessen¹

ECLI:NL:GHDHA:2026:2174

Rechtsbescherming in hoger beroep. Ernstige beroepsfout.

De gemeente Rotterdam heeft een opdracht voor doelgroepenvervoer aan RMC Rotterdam B.V. voorlopig gegund. De als tweede en derde geëindigde inschrijvers vorderden in eerste aanleg intrekking van de voorlopige gunningsbeslissing, onder meer omdat RMC Rotterdam B.V. haar jaarrekeningen gedurende meerdere jaren te laat had gedeponereerd hetgeen volgens hen een ernstige beroepsfout zou opleveren. Na afwijzing van hun vorderingen sloot de gemeente Rotterdam de overeenkomst met RMC Rotterdam B.V. Het hof oordeelt dat de gesloten overeenkomst slechts kan worden aangetast op de beperkte gronden die volgen uit het Xafax-arrest. De contractuele bevoegdheid van de gemeente Rotterdam om de overeenkomst te beëindigen indien alsnog een uitsluitingsgrond van toepassing blijkt te zijn, geeft volgens het hof de verliezende inschrijvers geen recht om beëindiging af te dwingen. Vanwege de voor de

verliezende inschrijvers nadelige proceskostenveroordeling in eerste aanleg beoordeelt het hof vervolgens of RMC Rotterdam B.V. wegens een ernstige beroepsfout had moeten worden uitgesloten. De gemeente Rotterdam kon in redelijkheid van uitsluiting afzien, gelet op: i) het ontbreken van een direct verband tussen het depotverzuim en de opdracht; ii) de door RMC Rotterdam B.V. getroffen zelfreinigende maatregelen; en iii) de proportionaliteit van uitsluiting.

Partij(en)

Arrest in kort geding van 30 juni 2026

in de zaak van met zaaknummer
200.361.266/01 van

TWZ Connect B.V.,

gevestigd in Rotterdam,

appellante,

tegen

1 de Gemeente Rotterdam,

gevestigd in Rotterdam,

2. RMC Rotterdam B.V.,

gevestigd in Rotterdam,

¹ B.T. Tonino en T.S. Thiessen zijn beiden advocaat bouw-, vastgoed- en aanbestedingsrecht bij Van der Feltz advocaten N.V.

3. Transvision B.V.,
gevestigd in Capelle aan den IJssel,
verweersters,
in de zaak met zaaknummer
200.361.440/01 van

Transvision B.V.,
gevestigd in Capelle aan den IJssel,
appellante,
tegen

1 de Gemeente Rotterdam,
gevestigd in Rotterdam,

2. TWZ Connect B.V.,
gevestigd in Rotterdam,

3. RMC Rotterdam,
gevestigd in Rotterdam,

verweersters,
in de zaak met zaaknummer
200.361.896/01 van

RMC Rotterdam B.V.,
gevestigd in Rotterdam,

appellante,

tegen

1 de Gemeente Rotterdam,
gevestigd in Rotterdam,

2. TWZ Connect B.V.,

gevestigd in Rotterdam,

3. Transvision B.V.,
gevestigd in Capelle aan den IJssel,

Het hof zal partijen hierna noemen:
TWZ, de Gemeente, RMC en TV.

1. De zaak in het kort

1.1 In deze drie samenhangende aanbestedingszaken vorderen de als tweede en derde geëindigde inschrijvers TWZ en TV in kort geding ieder onder meer intrekking van door de Gemeente ten gunste van RMC genomen gunningsbeslissingen en een gebod tot gunning aan TWZ respectievelijk TV. Volgens TWZ en TV had de Gemeente RMC van de aanbesteding moeten uitsluiten onder meer op grond van een ernstige beroepsfout wegens het te laat deponeren van haar jaarrekeningen. RMC vordert op haar beurt een gebod tot handhaving van de gunningsbeslissing. De voorzieningenrechter heeft de vorderingen afgewezen.

1.2 TWZ, TV en RMC willen dat het hof hun vorderingen alsnog toewijst. Het hof verwierpt het hoger beroep in de drie zaken en bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter.

2. Procesverloop in hoger beroep

2.1 Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:

in de zaak met zaaknummer
200.361.266/01:

—
de dagvaarding van 11 november 2025,
met grieven, waarmee TWZ in hoger
beroep is gekomen van het vonnis van

de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 14 oktober 2025;

–

het tussenarrest van dit hof van 25 november 2025;

–

de memorie van antwoord van de Gemeente, met bijlage;

–

de memorie van antwoord van RMC, met bijlagen;

–

de memorie van antwoord van TV, met bijlagen;

in de zaak met zaaknummer 200.361.440/01:

–

de dagvaarding van 18 november 2025, waarmee TV in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 14 oktober 2025;

–

de memorie van grieven van TV, met bijlage;

–

de memorie van antwoord van de Gemeente;

–

de memorie van antwoord van RMC, met bijlagen;

–

de memorie van antwoord van TWZ;

in de zaak met zaaknummer 200.361.896/01:

–

de dagvaarding van 25 november 2025 waarmee RMC in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam van 14 oktober 2025;

–

de memorie van grieven van RMC;

–

de memorie van antwoord van de Gemeente;

–

de memorie van antwoord van TWZ;

–

de memorie van antwoord van TV, met bijlagen.

2.2 Op 18 mei 2026 heeft in de drie gevoegde zaken een mondelinge behandeling plaatsgevonden. De advocaten hebben de zaak toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd. RMC en de Gemeente hebben bezwaar gemaakt tegen de akte houdende verzoek tot behandeling in incident van TWZ en de akte houdende verzoek tot het horen van getuigen van TWZ. Ter zitting is met partijen besproken dat het hof in dit arrest zal oordelen of deze aktes kunnen worden toegelaten en de daarin gedane verzoeken kunnen worden toegewezen.

3. Feitelijke achtergrond

3.1 Op 14 juli 2024 heeft de Gemeente de Europese openbare aanbesteding 'Doelgroepenvervoer' aangekondigd. Het doel van de aanbestedingsprocedure is het sluiten van een overeenkomst met een opdrachtnemer voor de duur van vier jaar, met een mogelijkheid tot verlenging van tweemaal twee jaar. De opdracht behelst de regie (aanneem en planning)

en uitvoering van doelgroepenvervoer (hierna: de opdracht). Onder doelgroepenvervoer valt Wmo-vervoer, Jeugdwetvervoer, leerlingenvervoer, werknemersvervoer en gym- en zwemvervoer. De geraamde waarde van de opdracht is € 320 miljoen.

3.2 Naar aanleiding van bezwaren van de zittende opdrachtnemer Trevvel B.V. (hierna: Trevvel) heeft de Gemeente de aanbestedingsdocumenten aangepast. Zij heeft deze op 17 januari 2025 gepubliceerd. De ingangsdatum van de te sluiten overeenkomst is daarbij verplaatst naar 21 juli 2026. Tot de (aangepaste) aanbestedingsstukken behoren het Beschrijvend Document met 22 bijlagen, waaronder het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (bijlage 2) en de Toelichting 'ernstige beroepsfout' (bijlage 3).

3.3 Paragraaf 2.1.2 van het Beschrijvend Document bepaalt:

"De inkoopdoelen voor het DGV [hof: doelgroepenvervoer] luiden als volgt:

1. Veilig, toegankelijk en betrouwbaar vervoer, waardoor Reizigers uit voornoemde doelgroepen, kunnen deelnemen aan de maatschappij; 2. Duurzaam en toekomstbestendig vervoer dat kan anticiperen op (toekomstige) ontwikkelingen; 3. Goed werkgeverschap vanuit de Opdrachtnemer naar personeel en Onderaannemers; 4. Zakelijk partnerschap tussen Opdrachtgever en Opdrachtnemer."

3.4 In paragraaf 5.1 van het Beschrijvend Document staat dat inschrijvers bij de inschrijving het Uniform Europees Aanbestedingsdocument moeten invullen. Daarin moeten zij verklaren dat de in dat document van toepassing

verklaarde facultatieve uitsluitingsgronden zich niet voordoen. Daarbij gaat het onder andere om de ernstige beroepsfout, de valse verklaring en de onrechtmatige beïnvloeding zoals bedoeld in art. 2.87 lid 1 sub c, h en i van de Aanbestedingswet 2012 (Aw 2012).

In de Toelichting 'ernstige beroepsfout' heeft de Gemeente toegelicht wat in het Beschrijvend Document en het Uniform Europees Aanbestedingsdocument onder "ernstige fout in de uitoefening van het beroep" wordt verstaan. De toelichting vermeldt:

"Ter verduidelijking van het begrip "ernstige fout in de uitoefening van het beroep", zoals bedoeld in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument en beschreven in het Beschrijvend Document deelt de Aanbestedende Dienst mee dat hieronder wordt verstaan:

Kwade opzet of nalatigheid van een zekere ernst met betrekking tot het: (...) 10 het begaan van gedragingen in strijd met specifiek voor het beroep of bedrijf van een Inschrijver relevante wet- en regelgeving, tuchtregele, toezichtregels, gedragsregels of gedragscodes; (...) 12. alle andere delicten en gedragingen of omstandigheden die naar hun aard zijn aan te merken als ernstige fout in de uitoefening van het beroep."

Verder staat in de toelichting:

"In verband met het voorgaande behoudt de Aanbestedende Dienst zich zowel gedurende de aanbestedingsprocedure als gedurende de looptijd van de Overeenkomst het recht voor een Inschrijver te screenen indien er op grond van enig signaal dat de Aanbestedende Dienst bereikt, op

welke wijze dan ook, een vermoeden rijst dat er sprake is van een ernstige fout in de uitoefening van het beroep. (...) Ten aanzien van de uitsluitingsgrond als genoemd in artikel 2.87 lid 1 sub c van de Aanbestedingswet 2012 geldt dat indien een Inschrijver in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan de betreffende Inschrijver in beginsel wordt uitgesloten van verdere deelname aan de aanbestedingsprocedure, tenzij uitsluiting disproportioneel zou zijn.

De betreffende Inschrijver wordt in voorkomend geval in de gelegenheid gesteld om te bewijzen dat hij inmiddels de nodige maatregelen heeft genomen om herhaling in de toekomst te voorkomen en deze maatregelen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt geacht, wordt de betrokken Inschrijver niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure. Bij het nemen van een besluit om al dan niet tot uitsluiting van deelname aan de aanbestedingsprocedure dan wel tot wijziging, opschorting of beëindiging van de Overeenkomst over te gaan kunnen onder meer de volgende aspecten in de afweging worden betrokken: ▪ de ernst van de overtredingen; ▪ de mate van betrokkenheid bij de overtredingen van leidinggevend; ▪ de sinds de overtredingen verstreken tijd (de Aanbestedende Dienst betreft uitsluitend ernstige fouten die zich in de drie jaar voorafgaand aan het tijdstip van het indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving hebben voorgedaan); ▪ het verband met de onderhavige aanbestedingen; ▪ de wegens overtredingen opgelegde sancties; ▪ de maatregelen die genomen zijn om herhaling te voorkomen; ▪ de omvang van de aanbestede opdracht; ▪ de

houding/opstelling van de betreffende Inschrijver.

Tot daadwerkelijke uitsluiting (of ontbinding) wordt slechts besloten indien de Aanbestedende Dienst dat proportioneel acht."

3.5 Paragraaf 6.2 van het Beschrijvend Document bepaalt dat de inschrijvingen inhoudelijk worden beoordeeld op basis van de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Daarbij kunnen maximaal 300 punten worden toegekend aan het subgunningscriterium prijs en maximaal 700 punten aan het subgunningscriterium kwaliteit. Bij de beoordeling van de kwaliteit wordt gekeken naar de volgende aspecten: 1. communicatie en klantbeleving (245 punten), 2. samenwerking met scholen, zorgaanbieders en werklocaties (210 punten), 3. bejegening passend bij de doelgroep (140 punten), 4. goed werkgeverschap en social return (105 punten).

De inschrijvers dienen per kwaliteitsaspect een plan van aanpak in. Dat wordt beoordeeld met een uitmuntend, goed, voldoende, onvoldoende of slecht, afhankelijk van de mate waarin het betreffende plan beantwoordt aan het betreffende kwaliteitsaspect. Daarbij worden er naar rato punten toegekend. Zo kunnen bij het derde kwaliteitsaspect (bejegening passend bij de doelgroep) 140 (uitmuntend), 105 (goed), 70 (voldoende), 35 (onvoldoende) of 0 (slecht) punten worden gegeven.

3.6 TWZ, RMC en TV hebben met nog twee andere partijen ingeschreven op de aanbesteding. TWZ heeft ingeschreven met Trevvel als onderaannemer.

3.7 Op 3 juni 2025 heeft de Gemeente aan de inschrijvers laten weten dat RMC met 1000 punten de winnende inschrijver is en dat zij daarom voornemens is om de opdracht aan RMC te gunnen (hierna: het gunningsvoornemen). TWZ en TV zijn volgens de Gemeente op de tweede respectievelijk derde plaats geëindigd.

3.8 Bij brief van 13 juni 2025 heeft TWZ bezwaar gemaakt tegen het gunningsvoornemen. TWZ meent dat RMC had moeten worden uitgesloten van deelname aan de aanbestedingsprocedure omdat zij zich schuldig heeft gemaakt aan een ernstige beroepsfout. RMC heeft haar jaarrekeningen over de afgelopen zes boekjaren niet of niet-tijdig gedeponereerd (2023 was ten tijde van de inschrijving nog niet gedeponereerd, 2022 vijf maanden te laat, 2021 anderhalf jaar te laat, 2020 twee jaar te laat en 2019 en 2018 drie jaar te laat). TWZ vermoedt dat RMC hierover ook niets heeft verklaard in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Daarmee doen zich volgens TWZ de uitsluitingsgronden valse verklaring en onrechtmatige beïnvloeding eveneens voor. Ten slotte maakt TWZ bezwaar tegen de beoordeling van de kwaliteitsaspecten bejegening passend bij de doelgroep en goed werkgeverschap en social return. De motivering is volgens TWZ op deze punten onbegrijpelijk, onvoldoende en onjuist.

3.9 Bij brief van 1 juli 2025 heeft de gemeente aan TWZ geschreven dat zij na een zorgvuldige afweging heeft besloten om niet tot uitsluiting van RMC over te gaan. Volgens de Gemeente heeft RMC haar jaarrekeningen de afgelopen zes boekjaren te laat gedeponereerd en levert dit een economisch delict op. Zij meent echter

dat geen sprake is van een ernstige beroepsfout, omdat de fout geen direct of inhoudelijk verband houdt met het voorwerp van de opdracht, maar een administratieve fout betreft. De fout geeft daarmee geen aanleiding om te twifelen aan de capaciteiten van RMC bij de uitvoering van de opdracht en haar professionele integriteit. Omdat geen sprake is van een ernstige beroepsfout, hoefde RMC dit ook niet te melden bij het invullen van het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. Verder merkt de Gemeente op dat RMC de meest recente jaarcijfers (2023) inmiddels heeft gedeponereerd en vrijwillig een aantal administratieve maatregelen heeft doorgevoerd.

3.10 Na afloop van de hieronder (onder 4) weergegeven kortgedingprocedure heeft de Gemeente op 21 oktober 2025 met RMC een overeenkomst gesloten waarin de opdracht definitief aan RMC is gegund.

3.11 TWZ is op 18 november een tweede kort geding gestart, waarin zij jegens (onder andere) de Gemeente en RMC inzage heeft gevorderd in bescheiden ter onderbouwing van haar stelling dat RMC heeft geprofiteerd van onrechtmatige staatssteun. De voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam heeft de inzagevorderingen bij vonnis van 3 februari 2026 afgewezen.

4. Procedure bij de rechtbank

4.1 TWZ heeft de Gemeente in kort geding gedagvaard. TWZ heeft daarbij (onder meer) gevorderd, samengevat, de Gemeente te gebieden het gunningsvoornemen in te trekken en de opdracht aan TWZ te gunnen, dan wel de inschrijvingen opnieuw te laten beoordelen, dan wel het

gunningsvoornemen alsnog deugdelijk te motiveren, dan wel tot heraanbesteding over te gaan, een en ander op straffe van een dwangsom en met veroordeling van de Gemeente in de kosten.

4.2 TV is toegelaten als tussenkomende partij en heeft gevorderd de Gemeente te verbieden de opdracht aan RMC of TWZ te gunnen en de Gemeente te gebieden deze alsnog aan TV te gunnen dan wel een nieuw gunningsvoornemen te nemen, met veroordeling van TWZ en de Gemeente in de kosten.

4.3 RMC heeft als tussenkomende partij gevorderd de Gemeente te gebieden haar gunningsvoornemen te handhaven en uit te voeren en, voor het geval het tot heraanbesteding zou komen, ook andere deelnemers die te laat hun jaarrekeningen hebben gedeponereerd van de aanbesteding uit te sluiten.

4.4 De voorzieningenrechter in de rechtbank Rotterdam heeft de vorderingen van TWZ, TV en RMC afgewezen en hen in de kosten van de Gemeente veroordeeld.

5. Vorderingen in hoger beroep

5.1 TWZ, RMC en TV zijn - ieder afzonderlijk - in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens zijn met het vonnis.

5.2 TWZ vordert na eiswijziging, samengevat, dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en de Gemeente zal gebieden de overeenkomst met RMC te beëindigen, althans de Gemeente zal verbieden de overeenkomst hangende de beoordeling van de rechtsmiddelen aangewend tegen de verleende staatssteun, waaronder de bij de

Europese Commissie ingediende klacht, uit te voeren. Daarnaast vordert TWZ dat het hof de Gemeente zal gebieden afschriften te verstrekken van alle documenten samenhangend met de verkoop van RMC, RMC zal gebieden te gehangen en gedogen dat de overeenkomst wordt beëindigd en de in eerste aanleg ingestelde vorderingen alsnog zal toewijzen, een en ander met rente en kosten.

5.3 Ook RMC heeft haar eis (deels) gewijzigd. Zij vordert nu dat het hof het bestreden vonnis zal vernietigen en TWZ zal veroordelen de uitvoering van de overeenkomst van 21 oktober 2025 te gehangen en gedogen, de Gemeente zal gebieden deze overeenkomst uit te voeren en verweersters te bevelen hetgeen RMC op grond van het vonnis heeft betaald terug te betalen, met rente, met veroordeling van verweersters in de kosten van beide instanties.

5.4 Tot slot heeft ook TV vernietiging van het vonnis gevorderd. TV vordert dat het hof de Gemeente alsnog verbiedt de overeenkomst met RMC en de wachtkamerovereenkomst met TWZ uit te voeren en de Gemeente te veroordelen over te gaan tot heraanbesteding, met veroordeling van de Gemeente in de kosten van beide instanties.

6. Beoordeling in hoger beroep

Spoedeisend belang

6.1 Uit vaste jurisprudentie van de Hoge Raad volgt dat het hof, zo nodig ambtshalve, in hoger beroep in kort geding moet beoordelen of de eisende partij ten tijde van het arrest van het hof (nog steeds) een spoedeisend belang heeft bij de gevraagde voorzieningen.

6.2 Naar het oordeel van het hof hebben TWZ en TV voldoende feiten en omstandigheden gesteld waaruit de spoedeisendheid bij hun vorderingen in hoger beroep voortvloeit. De spoedeisendheid volgt reeds uit het gegeven dat de overeenkomst inmiddels is gesloten door de Gemeente met RMC maar nog niet is uitgevoerd, terwijl TWZ en TV van mening zijn dat de Gemeente de opdracht niet aan RMC had mogen gunnen en de overeenkomst op diverse gronden nog steeds kan worden aangetast. Op het (spoedeisend) belang van RMC bij haar vorderingen gaat het hof onder 6.15 in.

Toetsingskader bij de beoordeling van de toewijsbaarheid van de vorderingen

6.3 Doel van het hoger beroep van TWZ en TV is intrekking van de gunningsbeslissing van de Gemeente althans beëindiging van de op die gunningsbeslissing gebaseerde overeenkomst tussen de Gemeente en RMC, met daaropvolgende gunning van de opdracht aan TWZ dan wel TV. De vorderingen strekken dus tot aantasting van de inmiddels gesloten overeenkomst. De vorderingen van RMC strekken op hun beurt ertoe de reeds gesloten overeenkomst met de Gemeente te bestendigen met een rechterlijk bevel aan de Gemeente om deze overeenkomst (zonder meer) te handhaven en uit te voeren.

6.4 Hoewel niet is uitgesloten dat in hoger beroep nog wordt ingegrepen in een na een afwijzend vonnis van de voorzieningenrechter tussen aanbesteder en winnende inschrijver gesloten overeenkomst, kan dat alleen in een beperkt aantal gevallen. Een dergelijk geval doet zich hier naar het oordeel van het hof niet voor.

6.5 Daarbij geldt het volgende. De Hoge Raad heeft in zijn arrest in de zaak Xafax van 18 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2638) overwogen dat het stelsel van Richtlijn 89/665/EEG, zoals gewijzigd bij Richtlijn 2007/66/EG, en de Aw 2012 op het volgende neerkomt. Inschrijvers en andere belanghebbenden moeten tegen de gunningsbeslissing opkomen voordat de overeenkomst is gesloten. Daartoe wordt hen een termijn gelaten waarvan de niet-inachtneming door de aanbestedende dienst leidt tot vernietigbaarheid van de overeenkomst. Is die termijn verstreken of een verzoek om een onmiddellijke voorziening met betrekking tot de gunningsbeslissing gedaan en daarop door de voorzieningenrechter in eerste aanleg afwijzend beslist, dan is de nadien tot stand gekomen overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver alleen aan te tasten in de bijzondere gevallen genoemd in art. 4.15 lid 1 Aw 2012. Dat is alleen anders in het geval van wilsgebreken en in het geval van nietigheid of vernietigbaarheid ingevolge art. 3:40 BW anders dan op grond van het aanbestedingsrecht.

6.6 Volgens TWZ en TV zijn hun op beëindiging van de overeenkomst gerichte vorderingen in hoger beroep niettemin toewijsbaar, omdat de tussen de Gemeente en RMC gesloten overeenkomst bepalingen bevat op grond waarvan de Gemeente de met RMC gesloten overeenkomst kan opzeggen indien op de opdrachtnemer (alsnog) uitsluitingsgronden van toepassing (blijken te) zijn.

6.7 Het hof volgt TWZ en TV niet in hun stelling dat de door de Gemeente in de overeenkomst met RMC bedongen eenzijdige beëindigingsmogelijkheden, hen een opening geven voor toewijzing

van hun vorderingen in hoger beroep. TWZ en TV zien eraan voorbij dat het aan de Gemeente is om zich al dan niet op de desbetreffende bepalingen te beroepen. Derden kunnen daaraan niet, althans niet zonder meer, rechten ontlenen of de Gemeente dwingen van haar contractuele bevoegdheden gebruik te maken. Dat zou bovendien niet verenigbaar zijn met het Xafax-arrest. Het daarin beschreven stelsel beoogt een evenwicht te bereiken tussen de verschillende bij een aanbesteding betrokken belangen en, in verband daarmee, ten behoeve van de aanbestedende dienst en degene aan wie deze de opdracht gunt, te waarborgen dat geen te grote of te langdurige onzekerheid ontstaat over de vraag of de overeenkomst gesloten en uitgevoerd kan worden. Dit stelsel zou worden ondergraven indien het standpunt van TWZ en TV zou worden gevolgd.

6.8 TWZ heeft zich daarnaast beroepen op de in het Xafax-arrest genoemde uitzondering van nietigheid wegens strijd met de openbare orde (art. 3:40 BW). Die nietigheid vloeit volgens TWZ allereerst voort uit een op 18 december 2024 plaatsgevonden aandelentransactie, waarbij de Gemeente via RET NV, waarin zij 99% van de aandelen houdt, aan Rotterdamse Taxi Centrale BV (hierna: RTC) haar aandelen RMC heeft overgedragen. Volgens TWZ zijn deze aandelen daarbij voor een te lage, niet marktconforme prijs verkocht, waardoor de aandelentransactie kwalificeert als staatssteun. Deze staatssteun is niet gemeld bij de Europese Commissie. Als gevolg daarvan is deze transactie nietig, waardoor de aandelen RMC moeten worden geacht bij RET te zijn gebleven. Dan is RMC geen van de Gemeente onafhankelijke inschrijver meer, en was daarmee in de onderhavige aanbesteding sprake van

belangenconflict als bedoeld in art. 2.87 lid 1 sub e jo. 1.10b Aw 2012. Daarnaast heeft de niet-marktconforme koopprijs RMC bij de onderhavige aanbesteding in staat gesteld met een lagere prijs in te schrijven. Hierdoor was van aanvang af geen sprake van een level playing field, hetgeen in strijd is met het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel. Ten slotte heeft TWZ het vermoeden dat de opdracht wel aan RMC moest toekomen, omdat RMC zonder deze opdracht geen bestaansrecht meer zou hebben. Daarmee levert niet alleen de aandelentransactie als zodanig, maar ook de gunning van de onderhavige opdracht staatssteun op, aldus nog steeds TWZ.

6.9 TV heeft ter zitting toegelicht dat, hoewel zij in haar memorie van grieven de door TWZ aangevoerde 'nieuwe ontwikkelingen' wel bespreekt, zij deze niet aan haar vorderingen ten grondslag legt of daarmee een uitzondering op de hoofdregel uit het Xafax-arrest bepleit.

6.10 Los van de vraag of er enige grond bestaat voor de stelling van TWZ dat de verkoop van het belang van RET in RMC aan RTC verboden staatssteun inhoudt, kunnen de conclusies die TWZ daaraan verbindt geen grond vormen voor een uitzondering op de hoofdregel uit de Xafax-jurisprudentie. Volgens het Xafax-arrest kan een tussen een aanbestedende dienst en opdrachtnemer gesloten overeenkomst in hoger beroep alleen worden aangetast in het geval van nietigheid van de overeenkomst ingevolge art. 3:40 BW (i.c. strijd met de openbare orde) anders dan op grond van het aanbestedingsrecht (cursivering van het hof). De conclusies die TWZ aan de gestelde verboden staatssteun verbindt - strijd met het aanbestedingsrechtelijke gelijkheidsbeginsel en/of belangenverstrengeling - leveren geen

nietigheid ingevolge art. 3:40 BW op 'anders dan op grond van het aanbestedingsrecht'. Hetzelfde geldt voor zover TWZ en TV zich beroepen op nietigheid van de overeenkomst op grond van een belangenconflict en/of strijd met het gelijkheidsbeginsel wegens de vermeende betrokkenheid van een oud-medewerker van RMC bij de onderhavige aanbestedingsprocedure.

6.11 Het voorgaande is niet anders omdat het volgens TWZ om 'nieuwe', na het vonnis gebleken, omstandigheden zou gaan. Uit het Xafax-arrest blijkt niet van een uitzondering voor eerst na het kort geding-vonnis gebleken feiten. Bovendien heeft TWZ onvoldoende betwist dat zij (via haar bestuurder [naam], tevens bestuurder van een vennootschap met een aandelenbelang in RTC) al in 2024 over aan haar toerekenbare kennis van de (modaliteiten van de) aandelentransactie beschikte, zodat niet aannemelijk dát het nieuwe omstandigheden zijn die TWZ niet bij de voorzieningenrechter had kunnen aanvoeren.

6.12 Gelet op het voorgaande komt het hof dus niet toe aan het in hoger beroep door TWZ bij akte gedane (getuigen)bewijsaanbod en haar bij memorie van grieven en in de akte van 3 maart 2026 gedane inzageverzoeken (zie hiervoor, 2.2), die alle betrekking hebben op de vraag of ter zake van de aandelentransactie sprake is geweest van staatssteun.

6.13 Ten overvloede merkt het hof hierover nog op dat de gestelde staatssteun in dit kort geding voorshands onvoldoende aannemelijk is geworden. Dat sprake is geweest van staatssteun volgt niet zonder meer uit het gegeven dat het 50% belang van RET in RMC is verkocht voor een lagere prijs dan

waarvoor het belang van 50% in RMC dat reeds in het bezit was van RTC, bij RTC op de balans stond. Zoals de Gemeente terecht heeft aangevoerd, kan de verschillende waardering van RMC door RET en RTC allerlei redenen hebben (gehad). Een verdere onderbouwing van de gestelde te lage verkoopprijs ontbreekt. Daarnaast levert een verkoop van haar belang in RMC door RET tegen een te lage prijs op zichzelf geen staatssteun op. Dat is slechts anders als de verkoopprijs aan de Gemeente valt toe te rekenen. TWZ heeft in dat verband gesteld dat RET onder bijzonder beheer stond en de Gemeente in haar hoedanigheid van aandeelhouder op de hoogte is gehouden van het verkoopproces en de verkoop heeft goedgekeurd. Dat is tegenover het verweer van de Gemeente dat het bijzonder beheer los stond van de verkoop en dat de Gemeente zich niet met de verkoopmodaliteiten heeft bemoeid, niet voldoende om aan te nemen dat de verkoopprijs aan de Gemeente kan worden toegerekend. Voor de stelling van TWZ dat de onderhavige opdracht door de Gemeente aan RMC is gegund omdat RMC anders geen bestaansrecht meer zou hebben, en daarom ook de verlening van de opdracht zelf staatssteun oplevert, ontbreekt iedere aanwijzing. RMC heeft inzage gevorderd en getuigenbewijs aangeboden om haar stellingen dat sprake is van staatssteun nader te kunnen onderbouwen. Voor bewijslevering is in kort geding in het algemeen evenwel geen plaats en het hof ziet daarvoor in dit geval ook onvoldoende aanleiding.

6.14 Uit het voorgaande volgt dat de vorderingen van TWZ en TV, die zijn gericht op aantasting van de door de Gemeente met RMC gesloten

overeenkomst, in hoger beroep niet toewijsbaar zijn.

6.15 Hetzelfde geldt voor de vorderingen van RMC. Deze strekken in feite tot wijziging van de overeenkomst tussen de Gemeente en RMC, omdat bij toewijzing ervan de Gemeente de overeenkomst zonder meer zou moeten uitvoeren ongeacht of zij op enig moment contractueel tot beëindiging daarvan gerechtigd zou zijn. Een dergelijke wijziging van de overeenkomst nadat deze is gegund is onverenigbaar met het aanbestedingsrecht. Voor zover RMC een gebod tot handhaving van het gunningsbesluit vordert, mist RMC daarbij bovendien belang nu de Gemeente dit besluit immers heeft gehandhaafd door het sluiten van de overeenkomst met RMC.

Beoordeling van de grieven (uitsluitend) in verband met de proceskosten in eerste aanleg

6.16 TWZ en TV hebben ook gevorderd dat het vonnis wordt vernietigd voor zover het gaat om de in hun nadeel uitgevallen proceskostenbeslissing. Uitsluitend in dat kader behoeven hun tegen het afwijzende vonnis van de voorzieningenrechter gerichte grieven nog bespreking. Immers levert naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad (zie bijvoorbeeld HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666) voor een partij die in eerste aanleg in de proceskosten is veroordeeld, deze veroordeling een voldoende belang op bij het instellen van hoger beroep tegen die uitspraak, ongeacht of (spoedeisend) belang bestaat bij de (overige) in hoger beroep te beoordelen vorderingen.

6.17 Ook RMC heeft een grief gericht tegen de door de voorzieningenrechter genomen beslissing over de

proceskosten. Haar overige grieven behoeven ook in dat kader evenwel geen bespreking, nu RMC ook in eerste aanleg (voldoende) belang bij haar vorderingen miste en deze ook overigens niet toewijsbaar waren. Het hof verwijst naar het hiervoor onder 6.15 overwogene. De tegen het vonnis gerichte grieven van RMC kunnen dus niet leiden tot het oordeel dat de voorzieningenrechter haar vorderingen ten onrechte heeft afgewezen en RMC niet in de kosten had mogen worden veroordeeld.

6.18 Dit ligt anders voor de grieven van TWZ en TV. Daaronder voeren zij aan dat de voorzieningenrechter ten onrechte heeft geoordeeld dat de Gemeente in redelijkheid tot het besluit kon komen om RMC niet uit te sluiten op grond van een ernstige beroepsfout, valse verklaring, onrechtmatige beïnvloeding en relevante, gebrekkige 'past performance'. Indien deze grieven gegrond zijn, en bijgevolg dat oordeel anders had moeten luiden en tot toewijzing van de vorderingen had moeten leiden, zou de proceskostenbeslissing in eerste aanleg anders hebben moeten uitvallen.

6.19 Het hof zal de grieven van TWZ en TV beoordelen met inachtneming van het in appel gevoerde debat en naar de toestand zoals die zich voordoet ten tijde van zijn beslissing in hoger beroep.

Het te laat deponeren van de jaarrekeningen door RMC

6.20 Met hun grotendeels overeenstemmende grieven 1 tot en met 4 van TWZ en 1 tot en met 5 van TV, die zich lenen voor gezamenlijke behandeling, voeren zij samengevat het volgende aan. De voorzieningenrechter heeft een te beperkte uitleg gegeven aan het begrip ernstige beroepsfout en daarbij ten onrechte een onderscheid

aangebracht tussen een ernstige fout en een ernstige beroepsfout. Alles dat hoort bij de uitoefening van het beroep, dus ook fouten bij de bedrijfsvoering, kunnen tot uitsluiting leiden. Het repeterend te laat deponeren van de jaarrekeningen door RMC vormt een economisch delict en kwalificeert als ernstige beroepsfout. De voorzieningenrechter heeft ten onrechte van belang geacht of RMC de bedoeling heeft gehad de Gemeente te misleiden door niet (tijdig) jaarrekeningen te deponeren. De financiële positie van RMC was slecht. De geschonden wettelijke verplichting tijdig jaarrekeningen te deponeren dient de financiële transparantie. RMC had, mede gelet op de systematiek van het UEA, zelfs bij onzekerheid over de toepasselijkheid van de uitsluitingsgrond ernstige beroepsfout, een meldingsplicht. Het achterwege blijven van de melding ontnemt de aanbestedende dienst de mogelijkheid te beoordelen of een uitsluitingsgrond van toepassing is. Het nalaten van deze melding moet, ongeacht de uiteindelijke beoordeling van de beroepsfout, worden aangemerkt als een valse verklaring, het achterhouden van informatie en/of onrechtmatige beïnvloeding als bedoeld in art. 2.87 lid 1 sub h en i Aw 2012. Pas na voorlopige gunning aangeboden zelfreinigende maatregelen mogen niet meer worden meegenomen omdat de aanbestedende dienst in dat stadium daarover niet meer objectief kan oordelen. De Gemeente had het gunningsbesluit moeten intrekken en een nieuw gunningsbesluit moeten nemen. De met terugwerkende kracht afgegeven 403-verklaring leidt tot een gewijzigde inschrijving en dient buiten beschouwing te worden gelaten, aldus nog steeds TWZ en TV.

6.21 Het hof stelt het volgende voorop. Volgens rechtspraak van het HvJEU volgt

uit Richtlijn 2014/24 dat het wat de facultatieve uitsluitingsgronden betreft uitsluitend aan de aanbestedende dienst is om te beoordelen of een inschrijver moet worden uitgesloten van een aanbestedingsprocedure (HvJEU 21 december 2023, C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016 (Infraestructuras de Portugal)). De rechter kan een zodanige beslissing van de aanbestedende dienst daarom alleen marginaal toetsen, hetgeen betekent dat de rechter slechts moet beoordelen of de aanbestedende dienst in redelijkheid tot zijn beslissing heeft kunnen komen.

6.22 Op grond van art. 2.87 lid 1 Aw 2012 kan de aanbestedende dienst een inschrijver uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure op de grond dat (aannemelijk is dat) de inschrijver in de uitoefening van zijn beroep een ernstige fout heeft begaan, waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken (sub c). Ingevolge art. 2.88 Aw 2012 kan de aanbestedende dienst afzien van toepassing van art. 2.87 indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

6.23 Het hof leest in de onder 6.21 vermelde rechtspraak niet dat de bevoegdheid van de aanbestedende dienst om een inschrijver op een facultatieve uitsluitingsgrond (al dan) niet uit te sluiten, beperkt zou zijn tot de fase voorafgaand aan de voorlopige gunningsbeslissing. Ook overigens volgt een dergelijke beperking niet uit het (stelsel van) de Aw 2012 en/of de UEA. Evenmin kunnen TWZ en TV worden gevolgd in hun betoog dat een beoordeling of (afdoende) zelfreinigende maatregelen zijn genomen slechts

voorafgaand aan de voorlopige gunningsbeslissing kan plaatsvinden en een inschrijver zich na de voorlopige gunningsbeslissing niet meer op zulke maatregelen kan beroepen. Integendeel volgt uit art. 2.87a lid 1 Aw 2012 dat een aanbestedende dienst een gegadigde op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is, steeds in de gelegenheid stelt te bewijzen dat hij voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen. Verder moet de aanbestedende dienst gedurende de hele procedure, ook bij de toepassing van facultatieve uitsluitingsgronden, het proportionaliteitsbeginsel in acht nemen (HvJEU 30 januari 2020, ECLI:EU:C:2020:58 (TIM); HvJEU 26 januari 2023, ECLI:EU:C:2023:48 (HSC Baltic)).

6.24 Naar het oordeel van het hof kon de Gemeente in redelijkheid tot de in de brief van 1 juli 2025 (zie hiervoor, 3.9) weergegeven beslissing komen RMC niet van de aanbestedingsprocedure uit te sluiten omdat het te laat deponeren van de jaarrekeningen volgens haar met het oog op de onderhavige opdracht geen ernstige beroepsfout oplevert, RMC bovendien voldoende zelfreinigende maatregelen heeft genomen en uitsluiting ook overigens niet proportioneel zou zijn. Daarbij kon de Gemeente in redelijkheid, gebruik makend van haar ruime beoordelingsmarge, in aanmerking nemen dat de fout geen direct of inhoudelijk verband houdt met het voorwerp van de opdracht (het verzorgen van doelgroepenvervoer), maar een administratieve fout betreft en naar haar oordeel geen aanleiding gaf om te twijfelen aan de capaciteiten van RMC bij de uitvoering van deze opdracht en haar professionele integriteit. De Gemeente heeft in haar beoordeling verder betrokken dat RMC de meest

recente jaarcijfers inmiddels had gedeponeerd en een aantal administratieve maatregelen had doorgevoerd. Daarmee heeft de Gemeente in redelijkheid kunnen oordelen dat bovendien zelfreinigende maatregelen waren genomen die aan uitsluiting in de weg staan, althans in het licht waarvan uitsluiting disproportioneel zou zijn.

6.25 Ten overvloede merkt het hof nog op dat de Gemeente zich nadien in redelijkheid nog op het standpunt kon stellen dat enige door TWZ en TV geuite twijfel over de financiële betrouwbaarheid van RMC in ieder geval was weggenomen door de op 9 juli 2025 door RMC B.V. afgegeven 403-verklaring. Anders dan TWZ en TV aanvoeren is hierdoor van een gewijzigde inschrijving nog geen sprake, te minder nu in de onderhavige aanbesteding geen eisen aan de financieel-economische draagkracht van de gegadigden waren gesteld.

Uitsluiting wegens gebrekkige 'past performance'

6.26 Volgens grief 5 van TWZ had RMC op grond van gebrekkige 'past performance' moeten worden uitgesloten, omdat bij een eerder door Drechtsteden aan RMC gegunde opdracht, de opdrachtgever RMC onder dreiging van rechtsmaatregelen tot nakoming heeft moeten dwingen.

6.27 RMC heeft hiertegenover aangevoerd dat met Drechtsteden slechts een geschil bestond over de vraag of de overeenkomst moest worden verlengd. Dat geschil is in goed overleg opgelost waarna RMC de (verlengde) opdracht naar tevredenheid is nagekomen. Aan de uitgebrachte dagvaarding is dan ook geen gevolg gegeven. Ter onderbouwing van haar

stelling dat zij de (verlengde) overeenkomst geheel en naar tevredenheid is nagekomen, heeft zij nog een 'verklaring van tevredenheid' van Stroomlijn B.V., de penvoerder en contractbeheerder van de overeenkomst, overgelegd (prod. 4 bij akte overlegging producties van 26 september 2025).

6.28 Ook deze grief faalt. Een aanbestedend dienst kan op grond van art. 2.87 lid 1 sub g Aw 2012 een inschrijver uitsluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure indien de inschrijver heeft blij gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift van een eerdere overheidsopdracht en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van de overheidsopdracht, tot schadevergoeding of vergelijkbare sancties. Ook hierbij heeft de aanbestedende dienst een ruime beoordelingsvrijheid een inschrijver al dan niet uit te sluiten. De Gemeente kon zich, mede gelet op de - onvoldoende weersproken - toelichting van RMC, in redelijkheid op het standpunt stellen dat bij de uitvoering van de door Drechtsteden verstrekte opdracht geen sprake is geweest van 'aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen' of van de in deze bepaling bedoelde sancties.

Uitsluiting wegens de nieuwe ontwikkelingen; belangenverstrengeling

6.29 Zoals hiervoor onder 6.13 is overwogen, is in dit kort geding niet (voldoende) aannemelijk geworden dat ter zake van de aandelentransactie tussen RET en RTC sprake is geweest van ongeoorloofde staatssteun die van invloed is geweest op (de prijsbepaling in) de onderhavige aanbestedingsprocedure. Daarmee kan niet worden geoordeeld dat (de

Gemeente in redelijkheid tot het besluit had moeten komen dat) RMC wegens een daaruit voortvloeiend belangenconflict (art. 2.87 lid 1 sub e jo. 1.10b Aw 2012) van de aanbesteding had moeten worden uitgesloten of de vorderingen anderszins wegens strijd met het gelijkheidsbeginsel toewijsbaar zouden zijn.

Conclusie en proceskosten

6.30 De conclusie is dat het hoger beroep van TWZ, TV en RMC niet slaagt. Daarom zal het hof het bestreden vonnis bekrachtigen. Het hof zal TWZ, TV en RMC als de in het ongelijk gestelde partij telkens veroordelen in de proceskosten van geïntimeerden in het desbetreffende hoger beroep.

6.31 Het hof begroot de kosten aan de zijde van de geïntimeerden in de drie zaken telkens als volgt.

griffierecht € 827,-

salaris advocaat € 2.580,- (2 punten x tarief II)

totaal € 3.407,-.

In alle gevallen met nakosten en vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten.

7. Beslissing

Het hof:

in de zaak met zaaknummer 200.361.266/01

- bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter van 14 oktober 2025;
- veroordeelt TWZ in de kosten van de Gemeente, RMC en TV in

hoger beroep, tot aan deze uitspraak telkens begroot op € 3.407,-, alsmede € 189,- aan nasalaris, te verhogen met € 98,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten en nasalaris vanaf veertien dagen na vandaag, respectievelijk, wat het bedrag van € 98,- betreft, na de datum van betekening;

in de zaak met zaaknummer
200.361.440/01

- bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter van 14 oktober 2025;
- veroordeelt TV in de kosten van de Gemeente, TWZ en RMC in hoger beroep, tot aan deze uitspraak telkens begroot op € 3.407,-, alsmede € 189,- aan nasalaris, te verhogen met € 98,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten en nasalaris vanaf veertien dagen na vandaag, respectievelijk, wat het bedrag van € 98,- betreft, na de datum van betekening;

in de zaak met zaaknummer
200.361.896/01

- bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter van 14 oktober 2025;

- veroordeelt RMC in de kosten van de Gemeente, TWZ en TV in hoger beroep, tot aan deze uitspraak telkens begroot op € 3.407,-, alsmede € 189,- aan nasalaris, te verhogen met € 98,- indien niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan dit arrest is voldaan en vervolgens betekening van dit arrest heeft plaatsgevonden, vermeerderd met de wettelijke rente over de proceskosten en nasalaris vanaf veertien dagen na vandaag, respectievelijk, wat het bedrag van € 98,- betreft, na de datum van betekening;

in alle zaken:

- verklaart de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad;
- wijst af het meer of anders gevorderde.

Noot

Inleiding

1. Dit arrest is het bespreken waard omdat het de contouren van rechtsbescherming in hoger beroep na contractsluiting opnieuw scherpstelt. In het bijzonder gaat het om de vraag of een derde een reeds gesloten overeenkomst kan aantasten via een door de aanbestedende dienst inroepbaar beëindigingsbeding. Daarnaast roept het arrest vragen op over de uitleg van het begrip 'ernstige beroepsfout'.

2. Het arrest ziet op een klassieke situatie waarbij een verliezende inschrijver (althans, deze keer twee verliezende inschrijvers) een voorlopige gunningsbeslissing tracht(en) onderuit te

halen door de aanbestedende dienst, in dit geval de gemeente Rotterdam, te wijzen op een uitsluitingsgrond die op de winnende inschrijver van toepassing zou zijn. Nadat de vorderingen van de verliezende inschrijvers in eerste aanleg zijn afgewezen, sluiten de aanbestedende dienst en de winnende inschrijvers de overeenkomst. Het hof komt eveneens tot een afwijzing van de vorderingen.

3. Hierna gaan wij eerst in op de (opnieuw bevestigde) beperkte rechtsbescherming in hoger beroep na contractsluiting (nr. 4 e.v.). Vervolgens bespreken wij de uitleg die het hof geeft aan het begrip 'ernstige beroepsfout' als bedoeld in art. 2.87 lid 1 onder c Aanbestedingswet 2012 (nr. 9 e.v.).

Reikwijdte Xafax-arrest: kan een derde een beroep doen op een contractuele beëindigingsregeling?

4. Wat ons betreft, komt het hof terecht tot de conclusie dat een verliezende inschrijver niet via een contractueel beëindigingsbeding dat uitsluitend door de aanbestedende dienst inroepbaar is, kan omzeilen wat uit het Xafax-arrest² volgt. Ook wanneer in de overeenkomst is bepaald dat de aanbestedende dienst kan beëindigen indien achteraf blijkt dat op de contractant een uitsluitingsgrond van toepassing is, schept dat nog geen afdwingbaar recht voor derden.

5. In de kern volgt uit het Xafax-arrest dat de mogelijkheden beperkt zijn om een overeenkomst tussen een aanbestedende dienst en een winnende inschrijver na contractsluiting aan te tasten. Als de overeenkomst wordt

gesloten nadat de opschortende termijn is verstreken of nadat de kortgedingrechter de gevraagde voorziening heeft afgewezen, kan zij slechts in drie gevallen nog worden aangetast: (i) bij toepasselijkheid van de vernietigingsgronden van art. 4.15 lid 1 Aanbestedingswet 2012; (ii) bij wilsgebreken; en (iii) bij nietigheid of vernietigbaarheid op grond van art. 3:40 BW, anders dan wegens strijd met het aanbestedingsrecht. Aan dit strikte stelsel ligt de rechtszekerheid ten grondslag: na afronding van de daarvoor ingerichte rechtsbeschermingsfase moeten de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver erop kunnen vertrouwen dat de overeenkomst in beginsel onaantastbaar is.³

6. Tegen deze achtergrond bestaat er nauwelijks ruimte om bij een reeds gesloten overeenkomst een ruimere rechtsbescherming aan de verliezende inschrijvers toe te kennen dan in de drie hiervoor genoemde gevallen. De opening die de verliezende inschrijvers in deze zaak probeerden te vinden, was gelegen in de contractuele regeling die de aanbestedende dienst het recht gaf de overeenkomst te beëindigen indien op de winnende inschrijver alsnog een uitsluitingsgrond van toepassing zou blijken te zijn. Volgens de verliezende inschrijvers deed die situatie zich voor en moest de Gemeente haar contractuele beëindigingsbevoegdheid uitoefenen.

7. Het hof gaat daar niet in mee. Het is volgens het hof aan de aanbestedende dienst of zij haar contractuele beëindigingsbevoegdheid uitoefent. Derden kunnen daaraan volgens het hof geen rechten ontleen

² HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, NJ 2018/210, m.nt. C.E.C. Jansen (*Xafax*).

³ Kamerstukken II 2009/10, 32 027, nr. 7, p. 5-6. Zie ook HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, r.o. 3.7.3, NJ 2018/210, m.nt. C.E.C. Jansen (*Xafax*).

en kunnen de Gemeente niet dwingen haar bevoegdheid uit te oefenen.⁴ Achtergrond hiervan betreft – zoals gezegd – de rechtszekerheid die niet alleen in het belang is van de aanbestedende dienst, maar ook van de gegunde onderneming die organisatorische maatregelen dient te treffen om de overeenkomst naar behoren uit te voeren. Kortom, een ruimere rechtsbescherming in hoger beroep laat zich niet verenigen met het Xafax-arrest. Ook indien buiten de gesloten overeenkomst een verliezende inschrijver een vordering heeft uit hoofde van een contractuele relatie (bijvoorbeeld een overbruggingsovereenkomst) biedt dat geen ruimere rechtsbescherming dan neergelegd in het Xafax-arrest (zoals volgt uit het arrest van hetzelfde hof van 1 april 2025).⁵

8. Desalniettemin is de hiervoor beschreven uitkomst vanuit het oogpunt van rechtsbescherming van de verliezende inschrijvers niet zonder meer bevredigend. Stel dat na contractsluiting aan het licht komt dat op de winnende inschrijver evident een verplichte uitsluitingsgrond van toepassing blijkt te zijn, maar de aanbestedende dienst weigert daaraan gevolgen te verbinden. In zo'n geval valt te verdedigen dat de uitkomst onrechtvaardig is en moeilijk te verenigen met onder meer het transparantie- en non-discriminatiebeginsel. Ook de wetgever heeft het spanningsveld tussen de rechtszekerheid van het Xafax-arrest en

rechtsbescherming in hoger beroep onderkend. In 2021 werd voorgesteld om aan art. 4.15 Aanbestedingswet 2012 een vierde vernietigingsgrond toe te voegen voor 'grove schendingen' van het aanbestedingsrecht.⁶ Daarmee zou een in hoger beroep vastgestelde grove schending alsnog tot aantasting van de overeenkomst kunnen leiden.⁷ In voornoemde situatie had een dergelijke 'vierde vernietigingsgrond' eventueel uitkomst kunnen bieden. Inmiddels is gebleken dat het kabinet niet voornemens is een dergelijke ruimere rechtsbescherming in hoger beroep toe te staan. Het Wetsvoorstel ter verbetering rechtsbescherming bij aanbesteden, dat thans voorligt in de Tweede Kamer, legt de nadruk op de rechtsbescherming gedurende de aanbestedingsprocedure (met onder meer verruimde klachtmogelijkheden).⁸ Mogelijk zullen deze maatregelen leiden tot een verbeterde rechtsbescherming, maar voornoemde problematiek zal in hoger beroep onverkort aanwezig blijven. Het is in dit kader dat het (nog steeds) goed bepleitbaar is om het sluiten van een overeenkomst pas toe te staan nadat in een eventueel appel tegen een kortgedingvonnis is beslist, onder de voorwaarde dat een dergelijke aanbestedingsrechtelijke hogerberoepsprocedure per definitie een (turbo)spoedappel dient te betreffen en er een maximale doorlooptijd geldt (van bijvoorbeeld drie maanden).⁹ De nadelen van een dergelijke regeling zijn vooral organisatorisch van aard en betreffen een extra belasting van de rechtspraak.

⁴ Hof Den Haag 30 juni 2026, ECLI:NL:GHDHA:2026:2174, r.o. 6.7.

⁵ Hof Den Haag 1 april 2025, ECLI:NL:GHDHA:2025:481, r.o. 6.6.

⁶ Kamerstukken II 2020/21, 34 252, nr. 21, p. 8-9 en Kamerstukken II 2018/19, 34 252, nr. 13, p. 5-7.

⁷ Vgl. M.S. Houweling, 'Veranderende rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht', in:

H.C.W.M. Moesker & W.M.J.M. Heijltjes (red.), *Veranderend Bouwrecht*. 25 jaar VBR-A, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2022, p. 65-67.

⁸ Kamerstukken II 2025/26, 36 874, nrs. 1-4.

⁹ Vgl. M.S. Houweling & B.T. Tonino, 'Nieuw maatregelenpakket rechtsbescherming aanbestedingsrecht: een doekje voor het bloeden of het juiste midden?', VGR 2021-2, p. 60.

Daar staat tegenover dat een dergelijke regeling wat ons betreft recht zou doen aan zowel de rechtsbescherming van de verliezende inschrijvers als de belangen van de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver.

Ernstige beroepsfout

9. Ondanks dat het hof niet toekomt aan toewijzing van de (hoofd)vorderingen vanwege de inhoud van het Xafax-arrest, geldt dat er op basis van vaste rechtspraak vanwege de proceskostenveroordeling belang bestaat bij een inhoudelijke beoordeling.¹⁰ Het standpunt van de verliezende inschrijvers betreft dat de aanbestedende dienst de winnende inschrijver van de aanbestedingsprocedure had moeten uitsluiten vanwege de toepasselijkheid van de facultatieve uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout'.

10. Uitgangspunt van het juridisch kader voor de toetsing aan een uitsluitingsgrond is dat de aanbestedende dienst een ruime beoordelingsmarge toekomt en dat de rechter terughoudend toetst of de aanbestedende dienst in redelijkheid tot die beslissing heeft kunnen komen.¹¹ Uit het Forposta-arrest volgt dat het begrip 'beroepsfout' ruim moet worden uitgelegd. Het omvat elk onrechtmatig gedrag dat de professionele geloofwaardigheid van de ondernemer kan aantasten. Voor de kwalificatie van een ernstige beroepsfout is in beginsel opzet of nalatigheid van een zekere ernst vereist.¹²

11. Wij menen dat aan de beoordeling van het hof van de ernstige beroepsfout het een en ander valt af te dingen. Daarvoor verwijzen wij eerst naar het arrest van het hof Den Bosch van 18 maart 2025.¹³ Uit dit arrest volgt dat administratieve overtredingen als ernstige beroepsfout kunnen worden gekwalificeerd. Het ging in die zaak weliswaar om 63 overtredingen van administratieve voorschriften uit de meststoffenwetgeving, maar desalniettemin betreft de aard van de overtreding een schending van een wettelijk voorschrift dat ziet op de administratie van een onderneming. Dat sluit aan bij de definitie uit het Forposta-arrest.

12. De 'fout' die in onderhavig arrest ter discussie staat, betreft het in zes opeenvolgende boekjaren te laat deponeren van jaarrekeningen, met vertragingen tot drie jaar. In algemene zin achten wij een dergelijke overtreding niet gering. Volgens overweging 101 van Richtlijn 2014/24/EU kunnen bovendien herhaaldelijke kleine onregelmatigheden twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van een inschrijver en reden tot uitsluiting zijn. Ook is overtreding van de deponeringsplicht als economisch delict strafbaar gesteld. Tegen die achtergrond roept de kwalificatie van het structurele depotverzuim als slechts 'een administratieve fout' vragen op. Het beperkte verband met het doelgroepenvervoer, de getroffen herstelmaatregelen en de proportionaliteitsafweging kunnen

¹⁰ Zie bijv. HR 22 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX9705, NJ 2007/188 en HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:666, NJ 2016/211.

¹¹ Zie bijv. HvJ EU 19 juni 2019, C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507 (Meca) en HvJ EU 21 december 2023, C-66/22, ECLI:EU:C:2023:1016 (Infraestruturas de Portugal).

¹² HvJ EU 13 december 2012, C-465/11, ECLI:EU:C:2012:801 (Forposta).

¹³ Hof Den Bosch 18 maart 2025, ECLI:NL:GHSHE:2025:720, r.o. 3.5.3 en 3.6.4-3.6.5.

verklaren dat het hof de niet-uitsluiting van de winnende inschrijver redelijk achtte.¹⁴ Maar voor zover het hof met de kwalificatie van een administratieve fout heeft bedoeld dat reeds geen ernstige beroepsfout voorlag, overtuigt dat niet geheel. Naar onze mening had het structurele depotverzuim bij de toepassing van art. 2.87 lid 1 onder c Aanbestedingswet 2012 meer gewicht in de schaal mogen leggen en (moeten) leiden tot de kwalificatie 'ernstige beroepsfout'. Of dit tot uitsluiting had moeten leiden is de vraag, omdat uit het arrest niet duidelijk wordt hoe omvangrijk en betrouwbaar de zelfreinigende maatregelen zijn (geweest).

Slot

13. Met het voorgaande hebben wij twee nuanceringen bij dit arrest geplaatst. Met name de eerste nuancering over de rechtsbescherming in hoger beroep na contractsluiting verdient aandacht bij de behandeling van het Wetsvoorstel ter verbetering rechtsbescherming bij aanbesteden in de Tweede Kamer. In dat debat, al dan niet na een nadere technische briefing, zou de vraag centraal moeten staan of het huidige stelsel voldoende effectieve rechtsbescherming biedt wanneer een overeenkomst reeds is gesloten voordat in hoger beroep is beslist.

B.T. Tonino & T.S. Thiessen