

LJN: BR0188, Gerechtshof 's-Gravenhage , 200.065.887/01

Datum 21-06-2011

uitspraak:

Datum 04-07-2011

publicatie:

Rechtsgebied: Civiel overig

Soort procedure: Hoger beroep kort geding

Inhoudsindicatie: aanbesteding intergouvernementele organisatie, immuniteit van rechtsmacht, primaire rechtsbronnen, transparantiebeginsel en gelijk speelveld, autonomie en rechterlijk gebod, immuniteit van executie en dwangsom

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector civielrecht

Zaaknummer : 200.065.887/01

Zaak-/rolnummer rechtbank : 356198 / KG ZA 10-11

ARREST d.d. 21 juni 2011

inzake

EUROPEAN PATENT ORGANISATION (European Patent Office),
gevestigd te München, Duitsland, mede kantoor houdende te Rijswijk,
appellante,
hierna te noemen: EPO,
advocaat: mr. G.R. den Dekker te 's-Gravenhage,

tegen

STICHTING RESTAURANT DE LA TOUR,
gevestigd te Rijswijk,
geïntimeerde,
hierna te noemen: Restour,
advocaat: mr. M. Hartman te Leiden.

Het geding

1. Bij exploit van 26 april 2010 is EPO in beroep gekomen van de tussen partijen in kort geding gewezen vonnissen van 15 februari en 30 maart 2010 van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage. Bij memorie van grieven (met producties) heeft EPO in totaal acht grieven tegen deze vonnissen opgeworpen (twee tegen het vonnis van 15 februari 2010 en zes tegen het vonnis van 30 maart 2010), welke door Restour bij memorie van antwoord (eveneens met producties) zijn bestreden. Partijen hebben daarna hun zaak ter zitting van 21 maart 2011 door hun raadslieden doen bepleiten, ieder aan de hand van pleitnotities die aan het hof zijn overgelegd. Van deze zitting is proces-verbaal opgemaakt. Na afloop van het pleidooi hebben partijen arrest gevraagd, waartoe zij hebben verwezen naar de door hen reeds overgelegde kopie-dossiers.

Beoordeling van het hoger beroep

2. Het hof gaat uit van de in de bestreden vonnissen als vaststaand opgenomen feiten, voor zover die niet met grieven of anderszins zijn betwist. Met inachtneming van hetgeen in hoger beroep in aanvulling daarop is aangevoerd en onweersproken is gebleven, alsmede van hetgeen overigens uit overgelegde producties als vaststaand blijkt, gaat het in dit kort geding om het volgende.

3. Restour verzorgt al geruime tijd de catering en de daarbij behorende diensten voor EPO in haar kantoor in Rijswijk. Partijen hebben hiertoe laatstelijk op 3 augustus 2006 een overeenkomst ("Amending Agreement No. 2005/1123") gesloten, waarin is bepaald (artikel 3) dat deze diensten zullen eindigen op 30 juni 2010.

4. Op of omstreeks 16 juni 2009 heeft EPO een "Geographically limited open invitation to tender with discretionary award of contract 209/0192/Tgr" uitgeschreven en gepubliceerd voor het verstrekken van cateringservices en bijbehorende diensten voor onder andere het personeel van haar kantoor in Rijswijk, aansluitend aan de beëindigingsdatum van het lopende contract met Restour. Uiterlijke inschrijvingsdatum was 1 september 2009. Op deze opdracht zijn de "General Conditions of Tender" van november 2007 van toepassing, voor de onderhavige aanbesteding aangevuld met de "Specific Conditions of Tender" en de "Technical Conditions" van 2009, alsmede de op grond van de artikelen 55 tot en met 60 van EPO's "Financial Regulations" opgestelde, per 1 augustus 2001 in werking getreden "Tender Guidelines" met bijbehorende supplementen. Blijkens de ingevolge deze Tender Guidelines voor de onderhavige aanbesteding opgestelde "Published Notice" is aan het gunningscriterium als volgt invulling gegeven:

"The contract shall be awarded to the bidder whose bid is to be preferred having regard to the bidder's ability to meet the needs and requirements of the EPO, to be measured primarily by the answers given to the specific questions asked to the bidder, the bidder's organisational capability and the quality of the bidder's technical proposals, as well as the bidder's due compliance with the conditions laid down in the Procurement Documents, in particular those relating to take over staff of the EPO's current caterer and to purchase the EPO's current caterer's stock, and the bid's economic and technical advantage to the EPO. The EPO is free to choose the bid it considers most advantageous."

5. In de Nota van Inlichtingen van 27 juli 2009, die eveneens op de opdracht van toepassing is verklaard, is op de vraag (vraag Q 69) aan de hand van welke subgunningscriteria wordt getoetst en in welke onderlinge verhouding die criteria worden gewogen (wegingsfactoren) als volgt geantwoord:

"Bids shall be evaluated on
Quality (Questionnaire 1-23 and quantity/ level scale hours)
Financials (Assortment price, Questionnaire 3 a, Estimation Budget)
Clarification/presentation of the bid and food testing
The weighted related to the above criteria are confidential and restricted to Award Committee."

6. In een brief van 11 september 2009 geeft Restour de volgende verklaring af (hierna: de waiver):

"We are in receipt of your letter of 9 september and we duly note its complete content. In particular, you have indicated that our bid will not be considered unless Restour:

1.(...)

2.waives unconditionally any reservation to any alleged irregularities in the conduct of the tender procedure;

3.(...)

4.(...)

In the circumstances, we accept these conditions. Please be so kind as to confirm that all objections are moot and that Restour remains a candidate."

7. Bij brief van 21 december 2009 heeft EPO aan Restour, die naast anderen op de tender had ingeschreven, laten weten dat haar bod niet succesvol is geweest en dat zij niet voor de opdracht in aanmerking komt. EPO is, naar Restour uit een bericht van dezelfde datum op het intranet van EPO afzonderlijk is gebleken, voornemens de opdracht te gunnen aan Aramark Benelux B.V. (hierna: Aramark).

8. Desgevraagd heeft EPO haar afwijzende bericht aan Restour bij brief van 29 januari 2010 als volgt

nader gemotiveerd:

"... the award criteria were grouped as follows:

-Quality (....)

-Financials (....)

-Clarification/presentation of the bid and food testing

With respect to the award criterion "Quality", the bid submitted by Stichting Restour was awarded 72,2 % of the total maximum score allocated to this criterion (....).

Concerning the award criterion "Financials" the bid of Stichting Restour was awarded 89,2 % of the total maximum score for the criterion (...)

As for the last award criterion "Clarification/presentation of the bid and food testing", the bid from Restour received 74,7 % of the maximum score allocated to this criterion."

9. Restour is in het onderhavige kort geding tegen het gunningsvoornemen van EPO opgekomen. Zij heeft daarbij primair gevorderd, samengevat, dat EPO wordt verboden gevolg aan dit voornemen te geven en in het voorkomende geval tot heraanbesteding over te gaan. EPO heeft daarop in voorwaardelijke reconventie gevorderd dat Restour wordt veroordeeld tot overlegging van in haar vordering nader aangegeven informatie, zulks op grond van de door haar gestelde tekortkoming door Restour van verplichtingen voortvloeiende uit de in rechtsoverweging 3 genoemde Amending Agreement.

10. EPO heeft zich in haar verweer tegen de conventionele vordering van Restour allereerst beroepen op de onbevoegdheid van de (voorzieningen)rechter wegens de haar op grond van het Verdrag inzake de verlening van Europese octrooien van 5 oktober 1973, Trb. 1976/101 (EOV) en het bijbehorende Protocol inzake voorrechten en immuniteiten van de Europese Octrooiorganisatie van gelijke datum Trb. 1976, 101 (hierna: Protocol) toekomende immuniteit van rechtsmacht. In het eerste door EPO bestreden vonnis van 15 februari 2010 heeft de voorzieningenrechter dit beroep gepasseerd, overwegende dat EPO slechts immuniteit van rechtsmacht toekomt in het kader van haar officiële taken voor zover die samenhangen met het bereiken van het doel van haar organisatie en dat een geschil als het onderhavige niet onmiddellijk verband houdt met de vervulling van aan haar opgedragen (officiële) taken, te weten het verlenen van Europese octrooien. In het als tweede bestreden vonnis van 30 maart 2010 heeft de voorzieningenrechter zich vervolgens bevoegd verklaard kennis te nemen van de geschilpunten die voortvloeien uit de aanbestedingsprocedure, EPO verboden gevolg te geven aan haar voornemen om met Aramark te contracteren, en haar geboden om, voor zover zij de opdracht voor de cateringservices nog steeds wenst op te dragen, de opdracht opnieuw aan te besteden en Restour in de gelegenheid te stellen daaraan deel te nemen, een en ander onder oplegging van een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag of dagdeel dat EPO dit ver- of gebod niet naleeft en met de veroordeling van EPO in de proceskosten. Ten aanzien van de vordering in voorwaardelijke reconventie heeft de voorzieningenrechter zich onbevoegd verklaard, met veroordeling van EPO in de kosten, overwegende dat deze vordering betrekking heeft op de tussen partijen gesloten Amending Agreement en geschillen die daaruit voortvloeien voorgelegd dienen te worden aan het scheidsgerecht te München.

11. De eerste twee grieven, gericht tegen het vonnis van 15 februari 2010 en de in het vonnis van 30 maart 2010 uitgesproken bevoegdverklaring, lenen zich voor gezamenlijke bespreking. Volgens EPO heeft de voorzieningenrechter ten onrechte overwogen dat zij slechts immuniteit geniet binnen de beperkingen van haar officiële werkzaamheden en voorts dat de werkzaamheden verband houdende met de door haar uitgeschreven aanbesteding daar niet onder zouden vallen. EPO wijst erop dat zij een volledig autonoom opererende intergouvernementele organisatie is en blijkens het bepaalde in artikel 8 EOV en artikel 3 van het Protocol voorrechten en immuniteiten geniet ter verzekering van deze autonomie. De invulling daarvan en controle daarop is voorbehouden aan de Verdragsluitende Staten gezamenlijk ("Raad van Bestuur") en daarop kan door een gastheerstaat dus niet eenzijdig invloed worden uitgeoefend, aldus EPO. Deze immuniteit dient volgens EPO ruim te worden opgevat en strekt zich volgens haar dan ook uit tot alle aan de vervulling van haar taak gerelateerde werkzaamheden, waaronder ook het organiseren van een aanbestedingsprocedure en het bieden van een cateringfaciliteit aan haar werknemers. EPO heeft zich daarbij tevens beroepen op artikel 16 van de tussen de Europese Octrooiorganisatie en het Koninkrijk der Nederlanden (hierna: de Regering) op 27 juni 2006 gesloten overeenkomst betreffende het onderdeel van het Europees Octrooibureau in 's-Gravenhage (hierna: de Zetelovereenkomst), waarin de Regering verklaart zich te zullen inspannen

om het Europees Octrooibureau (EPO) bij te staan bij het naar behoren functioneren van de faciliteiten van het Bureau in Nederland. Het uitschrijven van een aanbestedingsprocedure heeft tot doel in zee te gaan met de beste en goedkoopste contractspartij en dat is noodzakelijk voor het financieel autonoom en deugdelijk functioneren van EPO. Daarnaast geldt dat een deugdelijk functionerende catering bij bijeenkomsten, vergaderingen en conferenties en ten behoeve van het eigen personeel is aan te merken als een basisfaciliteit voor het efficiënt functioneren van EPO, temeer gezien het feit dat EPO ten behoeve van haar medewerkers subsidie op de catering verstrekt. Voor zover in dit verband een belangenafweging zou moeten worden gemaakt tussen het haar toekomstige recht op immuniteit enerzijds en het uit artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens (EVRM) voortvloeiende recht voor Restour op toegang tot de rechter anderzijds, dient deze volgens EPO uit te vallen in haar voordeel, reeds omdat zij Restour een redelijk alternatief middel heeft geboden om haar eventuele jegens EPO uit te oefenen rechten op effectieve wijze te beschermen. EPO heeft daarbij gewezen op haar brief aan Restour van 3 februari 2010, waarin zij aanbod om de geschilpunten aangaande de onderhavige aanbesteding, onder de geldende arbitrageregeling waarnaar ook in de Amending Agreement wordt verwezen, aan een scheidsgerecht voor te leggen. Restour heeft dat aanbod afgeslagen, hetgeen voor haar rekening en risico dient te komen, aldus nog steeds EPO.

12. Het hof stelt met EPO voorop dat de met artikel 4 EOv in het leven geroepen Europese Octrooiorganisatie (EOO), onder de daarvoor in het Protocol omschreven voorwaarden, voorrechten en immuniteiten toekomen die noodzakelijk zijn voor de vervulling van haar taak (artikel 8 EOv). Als bij artikel 4, tweede lid EOv aangewezen orgaan van de EOO geniet EPO blijkens artikel 3 Protocol in het kader van haar officiële werkzaamheden ook immuniteit van rechtsmacht. Anders dan EPO heeft betoogd kan deze immuniteit echter niet zonder meer met zich brengen dat Restour daarmee iedere toegang tot de rechter moet worden ontzegd. Weliswaar is het in artikel 6 EVRM gewaarborgde recht op toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig gerecht niet absoluut en kan dit recht aan beperkingen worden onderworpen, maar die beperkingen dienen proportioneel te zijn ten opzichte van het nagestreefde doel en zij mogen niet zover gaan dat daardoor het wezen van het recht op rechterlijke toegang wordt aangetast, bijvoorbeeld indien de belanghebbende geen redelijk alternatief voor het effectief inroepen van zijn rechten onder het EVRM ter beschikking staat.

13. Wat het laatste betreft stelt het hof vast dat in de Tender Guidelines, noch in de andere tot het bestek behorende stukken is voorzien in de mogelijkheid om eventuele geschillen die uit de onderhavige (wijze van) aanbesteding kunnen voortvloeien ter toetsing voor te leggen aan een onafhankelijk en onpartijdig gerecht. EPO heeft in dit verband dan wel verwezen naar de toepasselijkheid van de arbitrageclausule in (artikel 25 van) haar "General Conditions of Contract" (versie 05-2005), waarmee Restour zich door ondertekening op 3 augustus 2006 van Agreement No. 2005/1123 akkoord heeft verklaard, maar die bepaling heeft alleen betrekking op de reeds bestaande overeenkomst voor het verzorgen van de catering door Restour en (dus) niet op de onderhavige aanbesteding. Dat betekent dat Restour niet anders dan bij de Nederlandse (voorzieningen)rechter kon opkomen tegen de afwijzingsbrief van 21 december 2009, hetgeen zij dan ook bij dagvaarding van 6 januari 2010 heeft gedaan. Geen rechtsregel verplichtte Restour ertoe om daarna alsnog akkoord te gaan met het door EPO (pas) bij brief van 3 februari 2010, in het zicht van de behandeling van het door Restour reeds aangespannen kort geding, gedane voorstel om de in het kader van de aanbesteding gerezen geschilpunten aan een scheidsgerecht voor te leggen. Die mogelijkheid is pas later ontstaan en kan dan ook niet wegnemen dat voor Restour geen alternatieve rechtsingang bestond op het moment dat zij haar rechten in de aanbestedingsprocedure wilde inroepen. Toen het voor Restour erop aankwam ontbrak haar de toegang tot een onafhankelijk en onpartijdig (scheids)gerecht.

14. Deze voor Restour aldus ontstane beperking in rechtstoegankelijkheid wordt in het onderhavige geval naar voorlopig oordeel van het hof niet gerechtvaardigd door het doel dat met de door EPO ingeroepen immuniteit van rechtsmacht is gediend. Het hof onderkent dat de EPO als (orgaan van een) intergouvernementele organisatie toekomstige immuniteit van rechtsmacht voor haar van groot belang is voor het ongehinderd en onafhankelijk van het gastland ("waardevrij") kunnen uitvoeren van haar werkzaamheden, maar die werkzaamheden dienen dan wel te vallen binnen de omschrijving van de door de Verdragsluitende Staten aan haar opgedragen taken. Als orgaan van de EOO heeft EPO tot taak "het verlenen van Europese octrooien" (artikel 4, derde lid EOv). Uit artikel 3, eerste lid Protocol blijkt vervolgens dat het kader van de haar toekomstige immuniteit van rechtsmacht wordt gevormd

door haar "officiële werkzaamheden", terwijl blijkens het vierde lid van dat artikel onder "officiële werkzaamheden" die werkzaamheden worden verstaan "welke strikt noodzakelijk zijn voor de administratieve en technische uitvoering van haar taken zoals die zijn vastgesteld in het Verdrag". Voor zover er derhalve al enig (en onmiddellijk) verband zou bestaan tussen het bieden van een catering-faciliteit voor (vooral) werknemers en ten behoeve van bijeenkomsten en vergaderingen enerzijds en (de technische of administratieve uitvoering van) het verlenen van Europese octrooien anderzijds, dan is deze (al dan niet door EPO gesubsidieerde) faciliteit naar voorlopig oordeel van het hof in elk geval niet aan te merken als daarvoor "strikt noodzakelijk". Anders dan EPO heeft betoogd ziet het hof in de Duitstalige, Engelstalige of Franstalige tekst van het Verdrag geen aanwijzing voor een ruimere opvatting van de in het Verdrag bedoelde, binnen de taakomschrijving van EPO vallende, officiële werkzaamheden ("..alle Tätigkeiten .., die für ihre im Übereinkommen vorgesehene Verwaltungsarbeit und technische Arbeit unbedingt erforderlich sind", respectievelijk "..such as are strictly necessary for its administrative and technical operation.." en "sont celles qui sont strictement nécessaires à son fonctionnement administratif et technique ..."). Aangezien (de uitgeschreven aanbesteding van) de geboden catering-faciliteit niet kan worden geacht voor de uitvoering van de aan EPO opgedragen taken "strikt noodzakelijk" te zijn en EPO deze taken, niettegenstaande de door Restour ingeroepen rechterlijke toetsing, waardevrij en onafhankelijk van het gastland kan blijven uitoefenen, acht het hof de Restour ontzegde toegang tot de rechter disproportioneel ten opzichte van het met de door EPO ingeroepen immuniteit beoogde doel en in dit geval derhalve strijdig met artikel 6 EVRM. Het beroep dat EPO in dit verband nog heeft gedaan op de door de Hoge Raad in zijn arrest van 23 oktober 2009 (NJ 2009/527, inzake EPO/Bertrand) onderschreven, EPO toekomstige immuniteit van jurisdictie faalt reeds omdat in die zaak, anders dan in het onderhavige geval, vast stond dat voor de (ex-) werknemer Bertrand een effectieve rechtsgang bij het Amtenarengerecht open stond of had open gestaan. De eerste twee grieven treffen dan ook geen doel.

15. Volgens de derde grief van EPO heeft de voorzieningenrechter ten onrechte overwogen dat zij onverplicht zou hebben gekozen voor een aanbestedingsprocedure, dat in dat geval de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht moeten worden genomen en dat zulks door EPO zou zijn bevestigd. EPO heeft daarbij verwezen naar artikel 55, eerste lid van de Financial Regulations waaruit volgens haar volgt dat zij verplicht is alle contracten die betrekking hebben op de aankoop of huur van goederen en diensten aan te besteden. Zij heeft voorts aangevoerd dat zij als intergouvernementele organisatie niet is onderworpen aan Europese en nationale, voor aanbestedende overheden en rechtspersonen geldende rechtsregels. Zij stelt een autonoom opererende organisatie te zijn en in haar functioneren slechts gebonden te zijn aan de regels die door EPO zelf zijn opgesteld, zoals, voor de onderhavige aanbesteding, de Financial Regulations en Tender Guidelines. Zij stelt bovendien, met uitsluiting van nationale gerechtelijke instanties, de enige te zijn die zich over deze regels mag uitlaten.

16. Het hof stelt in dit verband voorop dat ook EPO, als zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemende intergouvernementele organisatie, gebonden is aan de primaire rechtsbronnen, zoals het internationaal gewoonterecht, in internationale verdragen erkende fundamentele rechten en andere algemeen erkende rechtsbeginselen. Daarnaast heeft EPO in haar eigen Tender Guidelines uitdrukking gegeven aan (rechts)beginselen die volgens haar bij het uitschrijven van een aanbesteding moeten worden nageleefd. Zo is door haar op 6 juli 2001 een aanvullende richtlijn op de Tender Guidelines uitgevaardigd (Directive supplementing certain provisions of the Tender Guidelines), met het oog op onder meer, zoals in de préambule ervan is verwoord, "guaranteeing fair competition among bidders". In artikel 7.3 van deze aanvulling is voorts neergelegd dat het beoordelende comité "must (...) ensure that procurement areas are organised in an appropriate way, and that procedures are in place for carrying out internal control and quality checks and guaranteeing the correctness and fairness of award procedures." Daarnaast wordt in (artikel 9.4 van) de General Conditions of Tender het uitgangspunt gehuldigd dat een niet-winnende inschrijver desgevraagd in kennis wordt gesteld van "the reasons why a bid has been unsuccessful". Het hof leidt uit een en ander af dat ook EPO zich gebonden acht aan de algemeen erkende grondbeginselen van aanbestedingsrecht, zoals met name het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het motiveringsbeginsel. Naar voorlopig oordeel van het hof heeft de voorzieningenrechter dit met de gelaakte overweging terecht tot uitdrukking gebracht en kan daarbij in het midden worden gelaten of EPO op grond van haar Financial Regulations al dan niet tot het uitschrijven van een aanbesteding verplicht was. De onderhavige aanbesteding is dan ook terecht (tevens) aan deze voor het aanbestedingsrecht algemeen erkende rechtsbeginselen getoetst. De derde grief faalt daarom.

17. Met de grieven 4 tot en met 6 komt EPO op tegen het oordeel van de voorzieningenrechter dat EPO met de wijze waarop de aanbesteding heeft plaatsgevonden de beginselen van transparantie (vierde grief) en gelijke behandeling (vijfde grief) heeft geschonden en dat zij overigens in strijd heeft gehandeld met haar eigen Tender Documents (zesde grief). Volgens EPO was zij op grond van de Tender Guidelines niet verplicht om voorafgaand aan de inschrijving de wegingsfactoren bekend te maken en heeft zij steeds openlijk gecommuniceerd over de vertrouwelijkheid van de wegingsfactoren en daarmee samenhangende ruime beoordelingsbevoegdheid. Door deelname aan de bieding heeft Restour met deze voorwaarde ingestemd, aldus EPO in de toelichting op haar grieven. Het feit dat de huidige prijslijsten van Restour bij de Tender Documents zijn verstrekt, levert volgens EPO voorts geen schending op van het gelijkheidsbeginsel, nu dit geen vertrouwelijke informatie betreft en Restour door de bekendmaking van haar prijslijst niet is benadeeld. Nergens in de Tender Guidelines staat vermeld dat de in de cateringfaciliteit gehanteerde prijzen niet bekend mochten worden gemaakt, aldus EPO. Ten slotte was volgens EPO, anders dan de voorzieningenrechter heeft overwogen, geen sprake van vooringenomenheid aan de zijde van de door EPO voor de aanbesteding aangestelde expert [A] en is Restour door de in België gehouden proeverij niet in haar belangen geschaad, zodat naar de opvatting van EPO van schending van de Tender Guidelines geen sprake is geweest. Dienaangaande overweegt het hof als volgt.

18. Het hof stelt allereerst vast dat nergens in de Tender Documents een nadere, concrete invulling wordt gegeven aan het gunningcriterium zoals in de Published Notice omschreven (zie hiervoor rechtsoverweging 4) en waarin EPO zich de vrijheid voorbehoudt te gunnen aan de bieder die zij het voordeligst acht ("The EPO is free to choose the bid it considers most advantageous."). De subgunningscriteria (quality, financials en clarification/presentation) zijn pas genoemd in de Nota van Inlichtingen nadat daarover een expliciete vraag was gesteld (zie hiervoor rechtsoverweging 5). Op de vraag (Q69) naar de daarbij geldende, onderlinge wegingsfactoren geeft EPO slechts ten antwoord dat deze vertrouwelijk zijn en voorbehouden aan het Award Committee ("The weighted related to the above criteria are confidential and restricted to Award Committee."). Met de voorzieningenrechter is het hof voorshands van oordeel dat EPO daarmee het transparantiebeginsel heeft geschonden. Zonder vooraf kenbaar gemaakte wegingsfactoren wordt inschrijvers zoals Restour immers de mogelijkheid ontnomen om een concurrerende bieding te doen en, vooral, om achteraf te controleren of aan de door EPO uiteindelijk gemaakte keuze een (voldoende) objectieve beoordeling is vooraf gegaan en of daarbij geen sprake is geweest van verboden favoritisme. Dat EPO op grond van haar eigen Tender Documents niet tot het (vooraf) bekend maken van de wegingsfactoren verplicht was, daarover steeds openlijk heeft gecommuniceerd en Restour met deze gang van zaken door middel van de waiver van 11 september 2009 heeft ingestemd, ontslaat EPO niet van haar verplichting om bij een eenmaal uitgeschreven aanbestedingsprocedure ook de daarbij behorende, ongeschreven regelen der kunst te volgen. Zoals ook EPO in haar Tender Guidelines tot uitdrukking heeft gebracht is het doel van de aanbesteding immers nu juist dat een gelijk speelveld wordt gecreëerd voor alle inschrijvers, waarbij aan de hand van heldere en objectief toetsbare criteria iedere schijn van vooringenomenheid of willekeur kan en moet worden voorkomen.

19. Daarnaast heeft EPO naar voorlopig oordeel van het hof in strijd gehandeld met haar eigen Tender Documents. In punt 11 van de Published Notice staat immers aangegeven dat (ongeveer) drie bidders zullen worden geselecteerd die onderworpen zullen kunnen worden aan een proeverij door een delegatie van EPO en wel op een in de bieding opgegeven referentie-locatie. In de met de uitnodigingsbrieven van 6 juli 2009 meegestuurde bijlage, aangeduid als pagina 3 (prod. 20 bij akte Restour d.d. 8 februari 2010), staat in dit verband aangegeven dat bij de bieding drie referentie-locaties moeten worden genoemd waar de inschrijver catering- services verleent die vergelijkbaar zijn met die die door EPO bij de aanbesteding zijn uitgevraagd. Over deze referentie-locaties staat verder vermeld: "The reference locations shall be in the Netherlands." De "food-testing" van Aramark op een referentie-locatie in België is derhalve hiermee in strijd. EPO voert dan wel aan dat Restour daardoor niet in haar belangen is geschaad, maar dit kan het hof niet overtuigen. Terecht heeft Restour erop gewezen dat de eetcultuur in België, vooral wat betreft de lunch, wezenlijk verschilt van die in Nederland en niet kan worden uitgesloten dat dit de eindscore van Restour ten opzichte van die van Aramark (negatief) heeft beïnvloed. Uit de motiveringsbrief van 29 januari 2010 blijkt dat Restour voor het subgunningscriterium "clarification/presentation", waarvan de "food-testing" een wezenlijk onderdeel vormt, slechts 74,7 % van de maximale score heeft behaald en EPO heeft niet gesteld dat Restour tot dezelfde (niet-maximale) score en hetzelfde scoreverschil met Aramark zou

zijn gekomen indien de food-testing van de beoordeling zou worden uitgezonderd.

20. Reeds op de gronden als hiervoor in de rechtsoverwegingen 18 en 19 vermeld kunnen ook de grieven 4 tot en met 6 niet leiden tot het daarmee door EPO beoogde doel. Deze grieven kunnen daarmee voor het overige (wat betreft de verstrekte prijslijsten en de aangestelde expert [A]) onbesproken blijven.

21. Volgens de zevende grief van EPO ontbreekt het Restour aan een spoedeisend belang bij het door haar gevorderde. Zij wijst erop dat Retour haar bezwaren tegen de uitgeschreven aanbesteding reeds bij brief van 10 juli 2009 aan de orde heeft gesteld, terwijl ze die bezwaren vervolgens in de waiver van 11 september 2009 onvoorwaardelijk heeft prijsgegeven. Daarmee bestond volgens EPO ten tijde van het kort geding in eerste aanleg geen spoedeisendheid meer aan de zijde van Restour en restte haar hooguit een niet tot een behandeling in kort geding nopende vordering tot schadevergoeding.

22. Ter onderbouwing van de door haar in kort geding gevraagde voorziening heeft Restour aangevoerd dat zij al tientallen jaren de catering verzorgt voor EPO en dat zij destijds als een niet op het maken van winst gerichte stichting is ontstaan vanuit het EPO zelf. Indien EPO met een andere cateraar in zee zou gaan heeft zij als stichting geen bestaansrecht meer, aldus Restour. Het hof is met de voorzieningenrechter van oordeel dat reeds de omstandigheid dat het bestaansrecht van Restour ten gevolge van het door EPO kenbaar gemaakte gunningsvoornemen in het geding is, maakt dat voor Restour spoedeisend belang bij de door haar gevraagde kort geding voorziening was en is gegeven. Daaraan kan niet afdoen dat Restour haar bezwaren tegen de gevolgde aanbestedingsprocedure in de waiver heeft prijsgegeven. Vast staat immers dat als zij deze waiver niet zou hebben ondertekend, zij op voorhand van verdere deelname aan de aanbesteding zou zijn uitgesloten.

23. Met haar achtste grief keert EPO zich ten slotte tegen het haar opgelegde gebod om, voor zover zij bij een aanbesteding van de cateringfaciliteit wenst te blijven, de opdracht opnieuw aan te besteden en Restour daaraan te laten deel nemen en voorts tegen de daarbij door de voorzieningenrechter opgelegde dwangsom. Volgens EPO betekent het gebod tot heraanbesteding een fundamentele aantasting van de haar in (artikel 4, eerste lid van) het EOV toegekende autonomie en staat bidders op grond van (artikel 9 van) het EOV geen andere remedie of rechtsmiddel ten dienste dan (een vordering tot) schadevergoeding. De door de voorzieningenrechter opgelegde dwangsom is volgens EPO daarbij in strijd met de haar op grond van (artikel 3 van) het Protocol toekomende immuniteit van executie.

24. Terecht heeft Restour hiertegen ingebracht dat de Tender Guidelines EPO de mogelijkheid laten om een aanbestedingsprocedure in bepaalde gevallen te staken en tot heraanbesteding over te gaan. In artikel 6.6, eerste lid van de Financial Regulations is bepaald dat EPO in daarin nader omschreven gevallen of "for any other serious reason" tot staking van de aanbesteding mag overgaan, terwijl in het vierde lid staat opgenomen: "After cancellation, a new invitation to tender may be issued (...)". Zonder nadere toelichting, die EPO verzuimd heeft te geven, valt niet in te zien waarom de reeds door de voorzieningenrechter gegeven (en door het hof in de rechtsoverwegingen 18 en 19 van dit arrest onderschreven) voorlopige oordelen aangaande de ondeugdelijkheid van de gevolgde aanbestedingsprocedure in redelijkheid niet zouden kunnen worden aangemerkt als een voldoende "serious reason". Anders dan EPO heeft betoogd, staan haar eigen (beleids)regels er derhalve niet aan in de weg om ook met eerbiediging van de haar verleende autonomie tot staking van de onderhavige aanbesteding en desgewenst, met inachtneming van het bepaalde in artikel 55 van de Financial Regulations, tot heraanbesteding over te gaan.

25. Voor zover gericht tegen de EPO opgelegde dwangsom slaagt de grief. Het hof stelt daarbij voorop dat, hoewel in artikel 3 Protocol zowel de EOO (en EPO als haar orgaan) toekomende immuniteit van rechtsmacht als die van executie is vastgelegd, de immuniteit van executie in beginsel los staat van de immuniteit van jurisdictie. De EPO toekomende immuniteit van executie strekt ertoe te waarborgen dat haar eigendommen en activa (zaken en vermogensrechten) beschikbaar blijven voor het doel waarvoor zij worden gehouden, te weten het verrichten van haar officiële werkzaamheden. Blijkens het derde lid van artikel 3 Protocol zijn deze eigendommen en activa daarom ook vrij van elke vorm van administratieve of voorlopige gerechtelijke dwang. Aangezien een dwangsom, eenmaal verbeurd, zonder verdere rechterlijke toetsing kan leiden tot (de dreiging van) op deze goederen en activa te nemen verhaal (de dwangsom kan reeds ten uitvoer worden gelegd

krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld), verdraagt het opleggen van een dwangsom, naar voorlopig oordeel van het hof, zich niet met het doel dat met de aan EPO toegekende immunititeit van executie wordt nagestreefd.

26. Uit het voorgaande volgt dat de bestreden vonnissen zullen worden bekrachtigd met uitzondering van de in het vonnis van 30 maart 2010 opgelegde dwangsom. Bij deze uitslag past een kostenveroordeling ten laste van EPO.

Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt de tussen partijen in kort geding gewezen vonnissen van de voorzieningenrechter in de rechtbank 's-Gravenhage van 15 februari en 30 maart 2010 met uitzondering van de bij laatstgemeld vonnis aan EPO opgelegde dwangsom;
- veroordeelt EPO in de kosten van het geding in hoger beroep, aan de zijde van Restour tot op heden begroot op € 314,- aan verschotten en op € 2.682,- aan salaris advocaat, het totaalbedrag van € 2.995,- te betalen binnen veertien dagen na datum van dit arrest, bij gebreke waarvan EPO over dit bedrag de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 van het Burgerlijk Wetboek (BW) zal zijn verschuldigd.

Dit arrest is gewezen door mrs. J. Kramer, A.E.A.M. van Waesberghe en M.A.B. Chao-Duivis en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 21 juni 2011 in aanwezigheid van de griffier.