



# NS STATIONS MOET SCHADEVERGOEDING BETALEN AAN BUITENRECLAME-EXPLOITANTEN



## DE ZAAK

NS Stations (hierna: NS) heeft twee concessies voor de exploitatie van buitenreclame onderhands verleend aan twee partijen. De eerste concessie is in 2011 onderhands verleend aan Global en heeft betrekking op analoge en digitale buitenreclame op alle treinstations in Nederland. De tweede concessie is in 2015 onderhands verleend aan Ngage Media en heeft betrekking op digitale reclame op grote LED-schermen op vier grote stations in Nederland.

In eerdere juridische procedures is reeds vast komen te staan dat NS de twee concessies ten onrechte niet heeft aanbesteed. Een aantal buitenreclame-exploitanten, waaronder JCDecaux, Clear Channel en Centercom, eist nu schadevergoeding van NS omdat hen de kans ontnomen is om via een aanbestedingsprocedure mee te dingen naar deze concessies.

**De rechtbank** oordeelt dat NS inderdaad aansprakelijk is tegenover twee partijen (JCDecaux en Clear Channel) ten aanzien van de eerste concessie en tegenover vijf partijen (Centercom, JCDecaux en Clear Channel en twee anonieme partijen) ten aanzien van tweede concessie. De rechtbank geeft vervolgens een concrete schatting van de kans dat elke betrokken partij de betreffende aanbesteding gewonnen zou hebben:

- Ten aanzien van de eerste concessie oordeelt de rechtbank dat Global (als zittende concessiehouder) 50% kans had om deze aanbesteding te winnen, JCDecaux 30% (vanwege haar grote marktaandeel en hoge succespercentage in 2011-2012) en Clear Channel 20%.
- Ten aanzien van de tweede concessie waren er zeven partijen die stellen kans te hebben gehad op het verleend krijgen van deze concessie. Hier slaagt de rechtbank er evenwel niet in een afwijkende verdeling van de kanspercentages vast te stellen. Om deze reden oordeelt de rechtbank dat ieder van de mededingende partijen 14,29% kans had (iedere partij 1/7e deel) om deze aanbesteding te winnen.

Vervolgens benoemt de rechtbank deskundigen die de rechtbank gaan voorlichten over de waarde van de twee concessies en de schade die de genoemde partijen lijden als gevolg van het mislopen daarvan. Daarbij dienen de deskundigen de genoemde percentages in acht te nemen. Wordt vervolgd, dus.



## JURIDISCH KADER

- Wanneer een ondernemer als gevolg van onrechtmatig handelen van een aanbestedende dienst (bijvoorbeeld door een schending van de aanbestedingsplicht) een overheidsopdracht misloopt, en daarbij schade heeft geleden, is de aanbestedende dienst in beginsel gehouden de daardoor veroorzaakte schade volledig te vergoeden (artikel 6:162 lid 1 BW).
- De aanbestedende dienst dient in dat geval het zogeheten positief contractsbelang van de ondernemer te vergoeden, dat zowel geleden verlies als gederfde winst omvat (artikel 6:96 BW). De ondernemer dient dan in de financiële positie te worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als de opdracht aan hem zou zijn gegund en de overeenkomst behoorlijk zou zijn nagekomen.
- Staat niet met zekerheid vast dat een inschrijver de opdracht gegund zou hebben gekregen als de aanbestedende dienst niet onrechtmatig zou hebben gehandeld? Dan kan die inschrijver de waarde van een 'gemiste kans' als schadevergoeding vorderen (zoals in deze NS-zaak; zie in dat verband ook **een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam**). In dat geval dient de betreffende inschrijver de mogelijkheid van het bestaan van schade wegens die gemiste kans aannemelijk te maken.
- De rechter toetst in dat geval of sprake is van een reële kans op het winnen van de (hypothetische) aanbesteding. De rechter toetst dan achtereenvolgens: (1) of de betreffende partij aan de (hypothetische) aanbesteding zou hebben deelgenomen, (2) of er nog andere partijen aan die (hypothetische) aanbesteding konden deelnemen en zouden hebben deelgenomen, (3) welke kans elke deelnemer zou hebben gehad om de (hypothetische) aanbesteding te winnen, en (4) of die kans kwalificeert als een reële kans op succes. De (in te schatten) percentages van alle mededingende partijen dient samen uit te komen op 100%.
- Op grond van artikel 6:97 BW heeft de rechter de nodige beleidsvrijheid om de schade te begroten. Hij is daarbij niet gebonden aan de gewone regels van stelplicht en bewijs. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt de schade door de rechter geschat aan de hand van alle omstandigheden van het geval, zoals de rechtbank ook deed in deze NS-zaak.

- Een naar aanleiding van een aanbesteding gesloten overeenkomst is vernietigbaar gedurende een periode van zes maanden nadat de overeenkomst is gesloten (artikel 4.15 lid 2 Aw 2012). Deze termijn geldt niet voor het eisen van

schadevergoeding; een dergelijke vordering kan ook na het verstrijken van deze periode (van zes maanden) worden ingesteld.



## RECHTERS AAN HET WOORD

- **De rechtbank Midden-Nederland** oordeelde dat een aanbestedende dienst onrechtmatig had gehandeld jegens een als tweede geëindigde inschrijver door een winnende inschrijving ten onrechte niet uit te sluiten. De gemeente was verplicht de schade die eiseres daardoor leed, te vergoeden. Omdat de hoogte van het positief contractsbelang onvoldoende was onderbouwd, werden de vorderingen evenwel afgewezen.
- Een vonnis van **de rechtbank Den Haag** betreft de volgende situatie. Twee partijen schrijven in op een aanbesteding van Rijkswaterstaat. Na gunning blijkt de winnende inschrijving ongeldig te zijn. De andere inschrijver, die zelf (ook) was uitgesloten, meent recht te hebben op vergoeding van zijn positief contractsbelang. Volgens deze inschrijver had hij de opdracht gegund gekregen indien een onderhandelsprocedure zou zijn gestart met beide inschrijvers. De rechter achtte dat allerminst zeker, onder meer omdat Rijkswaterstaat ook had kunnen besluiten de opdracht nog enige tijd in eigen beheer uit te voeren. De afgewezen inschrijver kreeg wel een schadevergoeding van € 5.000, omdat Rijkswaterstaat eerder had moeten constateren dat de winnende inschrijving ongeldig was en de afgewezen inschrijver daardoor nodeloos kosten heeft moeten maken.
- In een zaak van **het gerechtshof Den Haag** stelde een afgewezen inschrijver dat een reeds gegunde opdracht wezenlijk was gewijzigd. Hoewel dat op zichzelf onrechtmatig jegens afgewezen inschrijvers kan zijn, had de afgewezen inschrijver onvoldoende feiten aangedragen om aan te tonen dat hij de opdracht gegund zou hebben gekregen wanneer hij op de gewijzigde opdracht had kunnen inschrijven.
- Een aanbestedende dienst kan ook onrechtmatig handelen door een hem bekende partij niet uit te nodigen voor het doen van een offerte, blijkt uit het Kadaster-arrest van **de Hoge Raad**.



## TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Aan het schenden van de aanbestedingsplicht is een aantal risico's verbonden. Eén van deze risico's is een potentiële schadevergoedingsclaim van marktpartijen die de kans ontnomen is om mee te dingen naar de betreffende overheidsopdracht. Deze NS-zaak laat goed zien waar je in dat geval als aanbestedende dienst mee te maken kunt krijgen. Probeer dit soort rechtszaken dus altijd te voorkomen. In de eerste plaats door je te houden aan de aanbestedingsplicht. Mocht er toch iets zijn misgegaan, maak dan altijd een grondige analyse van alle kosten en baten van een eventuele schikking om dit soort rechtszaken te voorkomen.
- Wil je als marktpartij een schadevergoedingsclaim indienen vanwege een schending van de aanbestedingsplicht? Lees deze zaak dan een keer goed door zodat je een goed beeld hebt van alle vragen die een rechter in dat verband zal stellen. Besteed, op basis daarvan, voldoende aandacht aan de bewijsvoering. Zorg dat je concreet en controleerbaar bewijs aanlevert om je schadeclaim te onderbouwen.
- Een goed voorbeeld uit deze zaak was het bewijs dat werd aangedragen door een gespecialiseerd internationaal economisch adviesbureau. Dit adviesbureau werd ingeschakeld om (met succes) te onderbouwen waarom zittende concessiehouders een aanzienlijk grotere kans hebben een nieuwe aanbesteding te winnen dan andere partijen. Het adviesbureau onderzocht alle aanbestedingen (geraamde waarde: > €1 miljoen) in de sector in Europa sinds 2010 waarvan de winnaar en de zittende concessiehouder bekend waren. Dat resulteerde in een analyse van 38 aanbestedingen, waarvan elf in Nederland. Hieruit volgde dat in 21 van de 38 aanbestedingen de zittende concessiehouder de aanbesteding won (55%). In Nederland won in 7 van de 11 aanbestedingen de zittende leverancier (64%). Op grond van deze empirische gegevens concludeerde het adviesbureau dat de zittende leverancier in deze sector een winkans heeft van 55-64% en dat bij een conservatieve schatting kan worden uitgegaan van een winkans van minstens 50% van de zittende leverancier. De rechter ging hier uiteindelijk in mee: de rechtbank stelde vast dat Global (als zittende concessiehouder) 50% kans had om de (hypothetische) aanbesteding van de eerste concessie te winnen.

### EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Aeves  
Benefit

VANDOORNE<sup>⊕</sup>

Het NIC.

Vragen? Mail naar [legal@aevesbenefit.com](mailto:legal@aevesbenefit.com)