



SCHADEVERGOEDING VOOR ONDERNEMER NA VERLOREN AANBESTEDING!



DE ZAAK

De gemeente Den Helder houdt in 2010 een aanbesteding voor onkruid- en veegbeheer. De gemeente is voornemens de opdracht te gunnen aan een Duitse vennootschap genaamd 'Alba'. Ten onrechte, aldus de als tweede geëindigde inschrijver (hierna: de Combinatie), want Alba zou niet voldoen aan de gestelde certificeringseisen. In kort geding vordert de Combinatie dat Alba wordt uitgesloten, maar de voorzieningenrechter wijst dat af. De gemeente gunt de opdracht aan Alba.

De Combinatie laat het daar niet bij zitten, schakelt meerdere deskundigen in en start een bodemprocedure. Met succes: de rechtbank oordeelt dat de gemeente onrechtmatig handelde jegens de Combinatie door Alba niet uit te sluiten. Dit vonnis houdt stand in hoger beroep en in cassatie bij de Hoge Raad.

Vervolgens eist de Combinatie een schadevergoeding van in totaal € 1.368.278,47 in een zogeheten 'schadestaatprocedure' over de vaststelling en de omvang van de schade. De rechtbank wijst een groot deel van de geëiste schadevergoeding af (o.a. vergoeding van advocaatkosten in eerdere procedures,

misgelopen inkoopvoordeel, acquisitie- en inschrijvingskosten en afkoopkosten van personeel), omdat daar geen grondslag voor is of omdat de schadeposten onvoldoende zijn onderbouwd. De volgende schadeposten komen volgens de rechtbank wel voor vergoeding in aanmerking:

1. Positief contractsbelang: Schade door stilstand/onderbezetting van materieel/personeel door het mislopen van de opdracht (die niet volledig gedekt werd door inkomsten uit vervangende opdrachten): € 100.000;
2. Deskundigenkosten: Kosten voor de inschakeling van gerechtsdeskundigen: € 2.850;
3. Adviseurskosten: Kosten voor financieel-juridisch advies: € 3.180; en
4. Schikkingskosten: Advocaatkosten voor (vergeefse) schikkingspogingen: € 1.835,30.

De gemeente dient derhalve een bedrag van in totaal € 107.865,30 (exclusief BTW) aan schadevergoeding te betalen aan de Combinatie.



JURIDISCH KADER

- Wanneer een ondernemer als gevolg van onrechtmatig handelen van een aanbestedende dienst een opdracht misloopt, 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.
- NB: In deze zaak had de Combinatie ingeschreven met een kostendekkende (niet-winstgevende) inschrijving; daarom was in dit geval geen sprake van gederfde winst en hoefde de gemeente alleen het door de ondernemer geleden schade door stilstand/onderbezetting te vergoeden.
- Staat niet met zekerheid vast dat een inschrijver de opdracht zou hebben gewonnen als de aanbestedende dienst niet onrechtmatig had gehandeld? Dan kan die inschrijver de waarde van een 'gemiste kans' als schadevergoeding vorderen (zie bijvoorbeeld een uitspraak van de voorzieningenrechter van de rechtbank Amsterdam). In dat geval dient de inschrijver de mogelijkheid van het bestaan van schade wegens die gemiste kans wel aannemelijk te maken.
- 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 zij door de rechter geschat aan de hand van alle omstandigheden van het geval.
- 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 Amsterdam](#) oordeelde dat een opdracht ten onrechte was gegund aan een ondernemer die uitgesloten had moeten worden van de gehouden aanbesteding. De eiser zou 'in het rijtje opschuiven' en voor een perceel in aanmerking komen als de winnende inschrijving terzijde zou zijn gelegd. De rechtbank oordeelde dat de aanbestedende dienst onrechtmatig had gehandeld tegenover eiser en verwees de zaak naar een schadestaatprocedure.
- Ook 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 onderhandelingsprocedure zou zijn gestart met beide inschrijvers.

De rechter achtte dat allerm minst 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](#).
- Een vordering tot schadevergoeding hoeft niet door alle combinanten van een combinatie te worden ingesteld, maar kan door één van de combinanten zelfstandig worden ingesteld, zo oordeelde het [gerechtshof Amsterdam](#).



TIPS VOOR DE PRAKTIJK

- Twijfel je als aanbestedende dienst over het al dan niet uitsluiten van een inschrijving? Win dan deskundig advies in. Het ten onrechte geldig verklaren van een (winnende) inschrijving is een schending van het aanbestedingsrecht en kan leiden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.
- Heb je als aanbestedende dienst onrechtmatig gehandeld jegens een afgewezen inschrijver? Maak dan op voorhand een grondige analyse van de kosten en baten van het treffen een schikking ten opzichte van het voeren van (vaak kostbare en tijdrovende) juridische procedures.
- Besteed als inschrijver voldoende aandacht aan de bewijsvoering. Het is zaak deugdelijk en controleerbaar bewijs te leveren om je schadeclaim te onderbouwen. Verstrek dus bijvoorbeeld een zo gespecificeerd mogelijk document van adviseurskosten waaruit blijkt dat zij de gedeclareerde tijd ook daadwerkelijk hebben besteed aan jouw schadeclaim. Zo geef je de rechter concrete handvatten om je vorderingen toe te wijzen.

EEN STRATEGISCH PARTNERSCHAP

Het **NIC.**

VANDOORNE ⊕

**Aeves
Benefit** 

Vragen? Mail naar legal@aevesbenefit.com