

## COLOFON

TENDER NIEUWSBRIEF IS EEN UITGAVE VAN SDU UITGEVERS BV EN VERSCHIJNT ACHTMAAL PER JAAR.

### Redactie

Mr. I.A.H. Dolmans-Budé  
*Dolmans-Budé Legal B.V.*

Drs. H. 't Hart  
*Tender Services Group*

Drs. S. de Jong  
*Significant*

Mr. C.A.M. Lombert  
*Loyens & Loeff N.V.*

Mr. J.S. Muntz-Beekhuis  
*PIANO*

Mr. L.J.W. Sueters  
*Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten*

Mr. A.W. van Wijngaarden  
*International Tender Services BV*

### Eindredacteur

Marit Hazeleger, marit@redactioneleproducties.nl

### Redactieadres

Sdu Uitgevers  
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag  
aanbestedingsrecht@sdu.nl

### Uitgever

Dineke Sonderen

ISSN 1384-2838

©Sdu Uitgevers 2020.

### www.vindinkoopenaanbesteding.nl

De artikelen uit de Tender Nieuwsbrief worden gearhiveerd in de kennisbank VIND Inkoop en Aanbesteding van Sdu Uitgevers.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veeelvoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp ([www.stichting-pro.nl](http://www.stichting-pro.nl)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan Tender Nieuwsbrief impliceert toestemming voor openbaarmaking en veeelvoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) Tender Nieuwsbrief in enige vorm.

### Abonnementen en -administratie

Tender Nieuwsbrief verschijnt achtmaal per jaar. Een jaarabonnement kost € 240,00 (excl. btw/incl. verzend- en administratiekosten). Prijswijzigingen voorbehouden. Abonnementen: Sdu Klantenservice o.v.v. Tender Nieuwsbrief. Postbus 20025, 2500 EA Den Haag. Tel.: (070) 378 98 80. E-mail: [sdu@sdu.nl](mailto:sdu@sdu.nl) of via [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl). Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbin-tissenrecht.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnement)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorg-vuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzeg-termijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op [www.sdu.nl](http://www.sdu.nl).

## DE ZAAK

# De 'Loden Loekie' van het aanbestedingsrecht

Een opdracht gunnen aan een inschrijver met een ongeldige inschrijving kan zorgen voor een hoop juridische ellende. De aanbestedende dienst handelt in dat geval onrechtmatig tegenover de als tweede gerangschikte inschrijver en is dan in beginsel aansprakelijk voor de schade die deze inschrijver lijdt. Dit is slechts anders wanneer de aanbestedende dienst aantoon-t dat de opdracht in dat geval niet aan de als tweede gerang-schikte inschrijver zou zijn gegund, zo blijkt uit een vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland.<sup>1</sup>

## Achtergronden

In de zaak staat een nationale openbare aanbe-stedingsprocedure voor een concessieopdracht met betrekking tot de plaatsing, het beheer, het onderhoud en de exploitatie van A0-reclame-displays en A0-reclameframes van de gemeente Utrecht ('de gemeente') uit eind 2013/begin 2014 centraal. De strekking van de aanbesteding was dat de opdrachtnemer de displays en frames commercieel zou uitbaten en een deel van de opbrengsten zou afdragen aan de gemeente (de afdracht). De aanbesteding kende zes gewogen gunningscriteria, waarbij de afdracht voor 60% meewoog.

De gemeente ontving onder meer inschrijvin-gen van PromoBase Utrecht B.V. i.o. ('Promo-Base') en eiseres. Eiseres bood een afdracht aan van €562.500. PromoBase bood een hogere afdracht aan. Na beoordeling van de inschrijvin-gen gunde de gemeente de opdracht voorlopig aan PromoBase. Eiseres eindigde op de tweede plek.

Eiseres maakte schriftelijk bezwaar tegen het voorlopige gunningsvoornemen, omdat Promo-Base niet zou voldoen aan de gestelde referentie-eis. PromoBase bevond zich nog in de oprich-tingsfase, waardoor zij niet zelf over de vereiste ervaring/referenties zou beschikken om te kun-nen voldoen aan voornoemde geschiktheidseis. Eiseres stelde dat de inschrijving van PromoBase als ongeldig terzijde gelegd moest worden.

Een dag na het bezwaar van eiseres volgde een verificatiegesprek tussen de gemeente en Pro-moBase. Daarbij deelde PromoBase mee twee projecten in Limburg als referentie te hebben, die door andere vennootschappen binnen de groep waren uitgevoerd. De gemeente berichtte ver-volgens aan eiseres dat PromoBase 'met referen-

ties aan de gemeente Utrecht [heeft] aangetoond dat zij voldoet aan de kerncompetenties, waarbij PromoBase Utrecht B.V. zich beroept op een onder-aannemer'. Bewijsstukken wilde de gemeente niet verstrekken, omdat deze concurrentie-gevoelige informatie zouden bevatten. Enkele dagen daarna liet de gemeente aan eiseres weten dat PromoBase zich beroept op drie 'onderaan-nemers'. Daarna gunt de gemeente de opdracht definitief aan PromoBase.

Wat volgt is een langlopend geschil tussen eiseres en de gemeente. Eiseres diende Wob-verzoeken in bij de gemeente. Uit deze Wob-verzoeken bleek dat de gemeente eiseres een onjuiste voorstelling van zaken had gegeven. Daar waar de gemeente eiseres had laten weten dat PromoBase zich had beroepen op de erva-ring van onderaannemers, bleek uit de Wob-verzoeken dat PromoBase in haar inschrijving geen beroep op een derde had gedaan. Promo-Base heeft pas na inschrijving een beroep op de bekwaamheid van derden gedaan. Eiseres stapt eerst naar de Commissie van Aan-bestedingsexperts en klaagt onder meer dat de gemeente PromoBase ten onrechte in de gelegenheid heeft gesteld om na inschrijving een beroep te doen op de bekwaamheid van een derde om te voldoen aan de referentie-eis. De Commissie verklaart de klacht van eiseres gegrond.<sup>2</sup>

Vervolgens start eiseres een bodemprocedure bij de Rechtbank Midden-Nederland waarin zij stelt dat de gemeente aansprakelijk is op grond van onrechtmatige daad en dat eiseres schade heeft geleden in de vorm van gederfde winst, omdat de opdracht aan haar zou zijn gegund als PromoBase zou zijn uitgesloten van verdere deelname.

## Beoordeling Rechtbank Midden-Nederland

De Rechtbank Midden-Nederland is het met eiseres eens. PromoBase heeft in de inschrijving, in het bijzonder de Eigen verklaring, niet opgegeven dat zij een beroep deed op de bekwaamheid van een derde, terwijl zij zelf niet voldeed aan de geschiktheidseisen. Daarmee voldeed de inschrijving niet aan de eis van een volledig ingevulde Eigen verklaring en evenmin aan de geschiktheidseis. Dit kon na het sluiten van de inschrijvingstermijn niet worden hersteld, omdat dit niet een eenvoudige precisering of een kenmerkende materiële fout is die kan worden rechtgezet zonder dat dit ertoe leidt dat in werkelijkheid een nieuwe inschrijving wordt voorgesteld.

De gemeente had de inschrijving van PromoBase dus terzijde moeten leggen. Door dat na te laten en door de opdracht te gunnen aan PromoBase handelt de gemeente volgens de rechtbank onrechtmatig ten opzichte van andere inschrijvers wier inschrijvingen wel aan de eisen voldoen. De aanbestedende dienst is in beginsel op grond van onrechtmatige daad aansprakelijk ten opzichte van een dergelijke inschrijver indien aannemelijk is dat deze daardoor schade heeft geleden.

Voor het slagen van een actie uit onrechtmatige daad moet aan vijf vereisten<sup>3</sup> voldaan zijn, waaronder causaliteit. Er moet een causaal verband aanwezig zijn tussen de gunning aan PromoBase en de schade. In dat kader is volgens de Rechtbank Midden-Nederland bepalend of (a) de opdracht aan de betreffende inschrijver zou zijn gegund als de inschrijving niet ten onrechte aan de andere inschrijver zou zijn gegund dan wel (b) daarop een voldoende grote kans zou hebben bestaan (in welk geval kansschade bestaat).

Als eiseres als tweede in de rangorde is geëindigd moet volgens de rechtbank als uitgangspunt worden aangenomen dat de opdracht aan haar zou zijn gegund en dat eiseres schade lijdt in de vorm van winstderving, tenzij de aanbestedende dienst aan de hand van feitelijke en concrete gegevens duidelijk maakt dat dat anders is. Dat kan volgens de rechtbank slechts bij uitzondering worden aangenomen. In dit kader voert de gemeente Utrecht meerdere argumenten<sup>4</sup> aan waarom het causaal verband zou ontbreken en waarom geen sprake zou zijn van schade (winstderving), maar zonder succes. Ook een rechtsverwerkingsverweer<sup>5</sup> en een beroep op eigen schuld<sup>6</sup> aan de zijde van eiseres door de gemeente Utrecht worden niet gehonoreerd. Slotsom is dan ook dat aannemelijk is dat eiseres schade heeft geleden

als gevolg van de onrechtmatige gunningsbeslissing, zodat de gemeente aansprakelijk is jegens eiseres. Eiseres wordt in de gelegenheid gesteld om zich bij akte uit te laten over de vraag of zij wenst (a) dat de schade in deze procedure wordt begroot dan wel (b) dat de rechtbank volstaat met een veroordeling tot schadevergoeding op te maken bij staat.

### Commentaar

Advocaat-Generaal Drijber merkte in zijn conclusie uit 2019 terecht op dat bodemprocedures waarin schadevergoeding wordt gevorderd naar aanleiding van een verloren aanbesteding betrekkelijk zeldzaam zijn.<sup>7</sup> Daar zullen verschillende redenen voor zijn. Een van die redenen is in onze optiek dat het voor een inschrijver aan wie de opdracht niet gegund is niet eenvoudig is om aan te tonen dat hij de opdracht gegund zou hebben gekregen indien de inschrijving van de winnaar terzijde zou zijn gelegd. Het, met andere woorden, aantonen van een causaal verband tussen de onrechtmatige gunning en de schade die de opvolgend inschrijver daardoor lijdt, is lastig. Zoals de PromoBase-zaak illustreert, kan de aanwezigheid van een causaal verband bijvoorbeeld worden betwist door te stellen dat de aanbestedende dienst niet tot gunning zou zijn overgegaan indien niet aan de eerste in de rangorde gegund had kunnen worden. Bij een relatieve beoordelingssystematiek is een argument voor het betwisten van het causaal verband dat niet zeker is dat de als tweede gerangschikte inschrijver de winnaar van de aanbestedingsprocedure zou zijn geweest, omdat een herbeoordeling had moeten plaatsvinden om een nieuwe winnaar te bepalen tenzij in de aanbestedingsstukken anders is bepaald.<sup>8</sup> Daarnaast is het bedoelde causaal verband alleen aanwezig wanneer de inschrijving van de opvolgend inschrijver geldig is. Zo zijn er meer redenen te bedenken waarom een causaal verband afwezig kan zijn. Een verliezend inschrijver heeft in beginsel dus een lastige horde te nemen om het causaal verband aan te tonen en aanspraak te maken op schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad. Het nemen van deze horde wordt aanzienlijk makkelijker gelet op het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland. De rechtbank oordeelt immers dat, wanneer de procederende inschrijver op de tweede plek is geëindigd, als uitgangspunt moet worden aangenomen dat de opdracht aan haar zou zijn gegund. Zowel het bestaan van schade als het causaal verband tussen de gunningsbeslissing en die schade is, volgens de rechtbank, in beginsel gegeven.<sup>9</sup> Dit geldt tenzij de

aanbestedende dienst aan de hand van feitelijke en concrete gegevens duidelijk maakt dat dat anders is. Daarnaast bepaalt de rechtbank dat dat laatste 'slechts bij uitzondering kan worden aangenomen'. De rechtbank lijkt hier af te wijken van de hoofdregel uit art. 150 Rv, inhoudende dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, de bewijslast hiervan draagt. De rechtbank gaat in onze optiek uit van een bewijsvermoeden of het voorshands aannemelijk achten van het bestaan van schade en het causaal verband, maar motiveert dit verder niet. Een dergelijk bewijsvermoeden, dan wel voorshands aannemelijk is wat ons betreft nieuw en verdient daarom aandacht in deze nieuwsbrief.

Of dit bewijsvermoeden, dan wel het voorshands aannemelijk achten van het bestaan van schade en het causaal verband juist is, zullen toekomstige rechtszaken moeten uitwijzen. Wel kunnen wij ons goed vinden in de uitkomst van deze zaak. De gemeente was een (door eiseres) 'gewaarschuwd man' maar besloot de opdracht toch te gunnen aan PromoBase. Wellicht dat de gemeente zich hier heeft laten leiden/verblinden door de hogere afdracht van PromoBase. Hoe dan ook, wat een mooie opdracht voor de exploitatie van reclame-displays/-frames had moeten worden is voor de gemeente uitgedraaid op slechte reclame voor de gemeente zelf. Daarom noemen wij deze zaak de 'Loden Loekie' van het aanbestedingsrecht.

mr. A.B.B. Gelderman en mr. M.S. ten Feld-Sprik  
KienhuisHoving advocaten & notarissen

### Noten

1. Rb. Midden Nederland 10 september 2020, ECLI:NL:RBMNE:2020:3919.
2. CvAE, advies 465.
3. Onrechtmatigheid, toerekenbaarheid, schade, causaliteit en relativiteit.
4. Zie r.o. 3.28 tot en met 3.32 van het vonnis.
5. Zie r.o. 3.21 tot en met 3.26 van het vonnis.
6. Zie r.o. 3.33 van het vonnis.
7. HR 12 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1172, concl. A-G Drijber, ECLI:NL:PHR:2019:452.
8. HR 9 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:1078.
9. Zie r.o. 3.6 en 3.27 van het vonnis.