

De vergoeding van het verlies van een kans op gunning

Een ondernemer die meent door een schending van de aanbestedingsregels een opdracht te zijn misgelopen, kan schadevergoeding vorderen. Hij moet dan onder meer aantonen dat de opdracht zonder die schending aan hem zou zijn gegund. Dit is vaak geen eenvoudige opgave. Het leerstuk van 'kansschade' kan dan een oplossing bieden.

Recent oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat een aanbestedende dienst ten onrechte een opdracht voor theatertechnische werken met een beroep op de percelenregeling meervoudig onderhands had aanbesteed.¹ Toch ving de benadeelde ondernemer bot. De rechtbank wees de vordering tot verwijzing van de zaak naar een schadestaatprocedure af, omdat de benadeelde ondernemer niet aannemelijk had gemaakt dat hij door deze schending schade had geleden. Onzeker was onder meer of de benadeelde ondernemer de opdracht in de wacht zou hebben gesleept als de aanbestedende dienst de opdracht correct had aanbesteed. De vraag die deze uitspraak oproept is of gehele afwijzing van een schadevergoedingsvordering in dergelijke situaties terecht is.

Het leerstuk van 'kansschade'

Om de schade te begroten maakt de rechter een vergelijking tussen de werkelijke toestand en de toestand waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis – in dit geval een schending van de aanbestedingsregels – niet heeft plaatsgevonden. Dit wordt ook wel de vermogensvergelijking genoemd.² In deze vermogensvergelijking berust de situatie waarin schadeveroorzakende gebeurtenis niet heeft plaatsgevonden op een hypothese. Het is nu eenmaal naar de aard van de zaak onmogelijk na te gaan wat er precies zou zijn gebeurd als de schadeveroorzakende gebeurtenis zou zijn uitgebleven. In de meeste gevallen is die hypothetische situatie met een redelijke mate van zekerheid vast te stellen. Denk aan blikshade aan een auto als gevolg van een aanrijding. Zonder aanrijding zou de carrosserie onbeschadigd zijn gebleven. Maar er zijn ook situaties waarin lastiger is na te gaan wat er zou zijn gebeurd als de schadeveroorzakende gebeurtenis wordt weggedacht. Denk bijvoorbeeld aan de advocaat die verzuimt tijdig hoger beroep in te stellen tegen een nadelig vonnis voor zijn cliënt. De advocaat maakt in voorkomend geval een beroepsfout waarvoor hij ten opzichte van zijn cliënt aansprakelijk is. Maar zou de cliënt de hogerberoepsprocedure hebben gewonnen indien de advocaat tijdig hoger beroep had

ingesteld? In een dergelijke situatie is een 'alles-of-niets'-benadering niet altijd passend. Het leerstuk van 'kansschade' kan dan een oplossing bieden.³ De rechter past bij de toepassing van dit leerstuk in feite de coördinaten van de genoemde vermogensvergelijking aan. De rechter neemt bij het begroten van de schade niet als uitgangspunt dat de cliënt de procedure in hoger beroep zou hebben gewonnen, om maar even bij het voorbeeld te blijven. In plaats daarvan stelt hij vast dat de cliënt door de beroepsfout van zijn advocaat een kans om in hoger beroep het tijt te keren is ontnomen. De rechter begroot de schade dan op basis van het verlies van deze kans.

Kansschade bij aanbestedingsgeschillen

Stel dat een ondernemer bij een niet-openbare procedure in de selectiefase ten onrechte wordt uitgesloten. Of dat de aanbestedende dienst niet voor de juiste procedure heeft gekozen, zoals dit het geval was in de zaak bij de Rechtbank Rotterdam. Het is dan waarschijnlijk niet reëel aan te nemen dat de benadeelde ondernemer de opdracht zonder de schending van de aanbestedingsregels zonder meer in de wacht zou hebben gesleept. Vergoeding van de volledige schade als gevolg van het mislopen van de opdracht ligt daarom niet in de rede. Aan de andere kant wordt de benadeelde ondernemer tekort gedaan als de schadevergoedingsvordering geheel wordt afgewezen. Vaststaat namelijk dat de benadeelde ondernemer door de schending in ieder geval een kans op gunning van de opdracht is ontnomen. In dergelijke situaties biedt het leerstuk van kansschade een passende oplossing. De Hoge Raad heeft al geoordeeld dat de rechter niet terughoudend hoeft te zijn om van dit leerstuk gebruik te maken.⁴ Toepassing van het leerstuk bij kansschade bij aanbestedingsgeschillen draagt bovendien bij aan een effectieve rechtsbescherming.⁵

De Rechtbank Amsterdam heeft in een recent vonnis het goede voorbeeld gegeven door het leerstuk van kansschade toe te passen.⁶ Naar het oordeel van de rechtbank had de aanbestedende

een nieuwe selectieprocedure moeten organiseren, omdat de overeenkomst 'wezenlijk' was gewijzigd. Over de hypothetische uitkomst van die selectieprocedure bestond te veel twijfel, maar vaststond dat de eiser een reële kans op het verwerven van de opdracht was ontnomen. De waarde van de verloren kans kwam voor vergoeding in aanmerking.

In de zaak bij de Rechtbank Rotterdam had de aanbestedende dienst ten onrechte gebruikgemaakt van de percelenregeling. De benadeelde ondernemer had op grond van artikel 4.15 lid 1 sub a van de Aanbestedingswet 2012 vernietiging van de overeenkomst in plaats van schadevergoeding kunnen vorderen. Als die vordering zou zijn toegewezen, had een complexe schadebegroting achterwege kunnen blijven. De uit hoofde van de vernietigde overeenkomst verrichte prestaties hadden ongedaan moeten worden gemaakt en de aanbestedende dienst had alsnog een Europese aanbestedingsprocedure moeten organiseren. In die aanbestedingsprocedure had dan moeten blijken aan wie de opdracht in werkelijkheid had moeten worden gegund. Ingewikkelde, op hypothesen gebaseerde schadebegrotingen hadden in ieder geval achterwege kunnen blijven.

mr. dr. A.J. van Heeswijck
PlasBossinade Advocaten en Notarissen

Noten

1. Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622, TN 2014/4, p. 6.
2. T. Hartlief, 'Schadevergoedingsrecht'. In: J. Spier e.a. (2012). *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, p. 242. Deventer: Kluwer.
3. HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (Baijings); A.J. van Heeswijck (2013). *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures* (diss. Groningen), p. 128-130. Deventer: Kluwer.
4. HR 21 december 2012, NJ 2013, 237 (Deloitte/H&H), r.o. 3.7.
5. Van Heeswijck, a.w. p. 141.
6. Rb. Amsterdam 23 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3456, r.o. 4.12-4.13.