

Beoordeling

Sportfondsen is allereerst van oordeel dat de gemeente bij e-mail van 16 februari 2022 de beoordelingssystematiek van de aanbesteding heeft geschonden, doordat zij hiermee al heeft geoordeeld nog voordat de beoordelingscommissie de inschrijving van *Sportfondsen* heeft kunnen bekijken. *Sportfondsen* is van oordeel dat de gemeente hierdoor in strijd heeft gehandeld met het verbod van willekeur en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie.

De rechter bespreekt de bij een Europese openbare aanbesteding geldende algemene beginselen van aanbestedingsrecht, specifiek het gelijkheids- en daaruit voortvloeiende transparantiebeginsel. De besproken eisen betreffen mede de beoordelingssystematiek van de aanbestedende dienst (ECLI:EU:C:2004:236, *Succhi di Frutta*).

De voorzieningenrechter is voorshands van oordeel dat de gemeente met de door *Sportfondsen* aangevoerde handelswijze een beoordeling voorafgaand aan de door de beoordelingscommissie te maken beoordeling heeft uitgevoerd. De gemeente heeft immers op 16 februari 2022 te kennen gegeven dat zij heeft geconstateerd dat de inschrijfsom van *Sportfondsen* dermate hoog is, dat een gunning op beste prijs/kwaliteit volgens haar onwaarschijnlijk is. Gevolg daarvan is echter dat de gemeente niet rechtstreeks kon worden aangesproken op de waarborgen waarin de Aanbestedingswet voorziet bij het hanteren van de door haar gekozen beoordelingssystematiek. De gemeente is daarmee immers van de beoordelingssystematiek afgewezen. Dit levert schending van de hiervoor genoemde beginselen van het aanbestedingsrecht op.

Het verweer van de gemeente dat zij op 16 februari 2022 geen inhoudelijk oordeel gaf nu de concerninkoper het bericht heeft verzonden, faalt. Aan de gemeente valt toe te geven dat uit art. 2.11 Aanbestedingsleidraad volgt dat er slechts een controle plaatsvindt op volledigheid en compleetheid, maar de concerninkoper heeft in dit geval daarnaast een inhoudelijk oordeel gegeven over de inschrijving van *Sportfondsen* nu zij heeft aangegeven dat het op basis van de inschrijfsom van *Sportfondsen* waarschijnlijk niet tot een gunning zal komen.

Het voorgaande leidt ertoe dat de aanbesteding op deze wijze geen doorgang meer kan vinden. De voorzieningenrechter zal daarom de primair ingestelde vordering toewijzen. Al hetgeen partij-

en overigens hebben aangevoerd behoeft geen verdere bespreking.

Beslissing

De voorzieningenrechter gebiedt de gemeente de Europese Openbare Aanbesteding 'Diensten beheer en exploitatie zwembad Helmond' te staken en gestaakt te houden, waarbij de gemeente, desgewenst een nieuwe aanbestedingsprocedure kan starten.

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

SPORTFONDSEN EXPLOITATIES 6 B.V.,
gevestigd te Amsterdam,

eiseres,

advocaat mr. J.J. Jaspers te Breda,

tegen

de publiekrechtelijke rechtspersoon

GEMEENTE HELMOND,

zetelend te Helmond,

gedaagde,

advocaat mr. M.G.G. van Nisselroij te Venlo.

De volledige uitspraak is te raadplegen op opmaat.sdu.nl.

Schadevergoeding afgewezen wegens ontbreken causaal verband

Rechtbank Den Haag
4 mei 2022, C/09/583644 / HA ZA 19-1186,
ECLI:NL:RBDHA:2022:4332
(mrs. H.J. Vetter, I.A.M. Kroft,
M.K.G. Tjepkema)
Noot mr. dr. A.J. van Heeswijk

**Beginselen van aanbestedingsrecht.
Heraanbesteding. Onrechtmatige daad.
Prejudiciële vraag. Schadevergoeding.
Transparantiebeginsel.**

[Bao art. 45; Rv art. 150]

Deze zaak heeft betrekking op een openbare Europese aanbestedingsprocedure voor een overheidsopdracht betreffende taxivervoer. CTS en de Combinatie hebben zich op de aanbesteding inge-

4.14. De rechtbank komt aldus tot de conclusie dat CTS onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij de opdracht zou hebben verworven, als VWS de opdracht destijds niet (in strijd met het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel) aan de Combinatie had gegund. Het is daarmee niet komen vast te staan dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen het onrechtmatig handelen van VWS en de schade waarvan CTS vergoeding vordert. VWS is reeds daarom niet jegens CTS aansprakelijk voor deze schade. De overige vereisten voor aansprakelijkheid kunnen bij die uitkomst onbesproken blijven. Omdat de rechtbank aan de behandeling van de omvang van de schade niet toekomt, hoeft VWS ook niet meer in de gelegenheid te worden gesteld om nader te reageren op het nieuwe rapport van SEO, dat CTS op 18 maart 2021 als productie 21 in het geding heeft gebracht.

4.15. Het voorgaande leidt tot de slotsom dat de vorderingen van CTS moeten worden afgewezen.

4.16. Bij deze uitkomst past dat CTS in de proceskosten in de hoofdzaak moet worden veroordeeld. De proceskosten aan de zijde van VWS worden begroot op € 12.028 (€ 4.030 aan griffierecht en € 7.998 (2 punten x tarief VIII á € 3.999) aan salaris advocaat), te vermeerderen met de wettelijke rente zoals VWS heeft verzocht. De rechtbank zal de nakosten begroten op het gevorderde liquidatietarief.

In het incident

4.17. In het incident is uitsluitend nog aan de orde welke partij in de proceskosten in het incident ex artikel 843a Rv moet worden veroordeeld. De rechtbank beslist daarover als volgt.

4.18. Enerzijds staat als onweersproken vast dat sinds 2016, na het persbericht, tussen partijen over de transactie met het Openbaar Ministerie is gesproken en dat CTS tijdens die gesprekken het onderliggende Transactievoorstel niet uit eigen beweging aan VWS heeft verstrekt. Anderzijds staat als onweersproken vast dat VWS tot aan de vordering in deze procedure nooit concreet om afgifte van het Transactievoorstel heeft gevraagd, terwijl VWS wel bekend was met het bestaan van dit stuk en CTS tot afgifte bereid is gebleken, zij het wel ná een incidentele vordering van VWS. Door deze gang van zaken valt achteraf niet met zekerheid vast te stellen in hoeverre de kosten in het incident nodeloos zijn gemaakt. De rechtbank ziet hierin aanleiding om de proceskosten in het

incident te compenseren, in die zin dat beide partijen de eigen kosten dragen.

5. De beslissing

De rechtbank

In de hoofdzaak

5.1. wijst de vorderingen af;

5.2. veroordeelt CTS in de proceskosten, aan de zijde van VWS begroot op € 12.028 aan kosten tot op heden en op € 131 aan nakosten, te vermeerderen met € 68 bij betekening; met bepaling dat de proceskosten worden vermeerderd met de wettelijke rente (artikel 6:119 BW) indien de proceskosten niet binnen veertien dagen na de datum van dit vonnis zijn voldaan;

5.3. verklaart deze kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

In het incident (843a Rv)

5.4. wijst de incidentele vordering af;

5.5. compenseert de proceskosten, in die zin dat beide partijen de eigen proceskosten in het incident dragen.

NOOT

Causaal verband bij schadevergoedingsvordering en kansschade

Deze uitspraak in een bodemprocedure ziet op een aanbesteding van taxivervoer uit 2012 en kent een lange voorgeschiedenis. De Staat gunde de opdracht voorlopig aan een combinatie bestaande uit drie ondernemingen (hierna: de Combinatie). De als tweede gerangschikte inschrijver maakte bezwaar tegen die beslissing. Op de Combinatie, althans haar deelnemers, was de uitsluitingsgrond 'ernstige beroepsfout' van toepassing. In de aanbestedingsstukken was bepaald dat de toepasselijkheid van een uitsluitingsgrond tot terzijdelegging van de inschrijving zou leiden. De klagende inschrijver vond daarom dat de Staat de Combinatie zonder meer van deelneming aan de aanbestedingsprocedure had moeten uitsluiten. De Staat besloot evenwel na een proportionaliteitstoets anders. Het op de aanbestedingsprocedure van toepassing zijnde Bao en de aanbestedingsstukken voorzagen niet in een proportionaliteitstoets, maar de Staat meende dat de toelichting bij het Bao daarvoor toch ruimte bood.

In het kort geding dat aan de bodemprocedure is voorafgegaan, is tot aan de HR geprocédéerd.¹ De HR kwam bovendien pas na een prejudiciële beslissing van de HvJ EU tot een einduitspraak.² Op basis van de antwoorden van het HvJ EU op zijn vragen casseerde de HR het arrest van het gerechtshof en deed de zaak zelf af door het vonnis van de voorzieningenrechter te bekrachtigen.³ In dit vonnis was aan de aanbestedende dienst een verbod opgelegd om de opdracht te gunnen aan de Combinatie. Dit verbod kwam echter als mosterd na de maaltijd, doordat de aanbestedende dienst de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst al had gesloten, nadat het gerechtshof eerder in hoger beroep het vonnis van de voorzieningenrechter had vernietigd en de vorderingen van de benadeelde inschrijver had afgewezen. De benadeelde inschrijver restte daarom een vordering tot schadevergoeding. Dat de aanbestedende dienst onrechtmatig heeft gehandeld door de opdracht definitief aan de Combinatie te gunnen, stond in de bodemprocedure niet meer ter discussie. Partijen twistten wel over de vraag of aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is voldaan. De aanbestedende dienst bestreed onder meer het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de gevorderde schade. Bij de beoordeling van een schadevergoedingsvordering moet men zich afvragen hoe de aanbestedende dienst zonder de verweten onrechtmatige gedraging zou hebben gehandeld. In deze zaak had de aanbestedende dienst de opdracht definitief gegund. De benadeelde inschrijver, die als tweede was geëindigd, redeneerde dat als de aanbestedende dienst de Combinatie had uitgesloten van deelneming aan de aanbestedingsprocedure, hij als opvolgend inschrijver als eerste en enige in aanmerking kwam voor gunning van de opdracht en de aanbestedende dienst de opdracht zonder de onrechtmatige gedraging dus aan hem zou hebben gegund. De aanbestedende dienst betoogde daarentegen (onder meer) dat op basis van de aanbestedingsprocedure geen gunning kon plaatsvinden. Er zou sprake zijn ge-

weest van een intransparantie, die alleen door middel van heraanbesteding was op te lossen. Verweren die erop neer komen dat zonder de verweten onrechtmatige gedraging de aanbesteding zou zijn ingetrokken, terwijl de opdracht in werkelijkheid is gegund, verdienen naar mijn mening een kritische beoordeling. Wanneer de aanbestedende dienst aan zijn verweer overwegingen van doelmatigheid ten grondslag legt, moet de rechter bedacht zijn op gelegenheidsargumenten. Waarom zou de aanbestedende dienst van gunning van de opdracht hebben afgezien, als een ander dan de aangewezen partij als winnaar uit de bus zou zijn gekomen? De rechter kan een verzwaarde stelplicht voor de aanbestedende dienst aannemen.

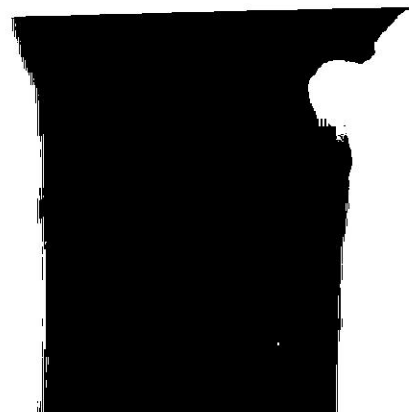
Verweren van 'aanbestedingstechnische' aard, dat wil zeggen verweren die zien op de vraag hoe de aanbestedende dienst onder de gegeven omstandigheden gelet op de aanbestedingsregels had moeten handelen, vergen een juridische beoordeling. De rechtspraak van het HvJ EU beperkt het arsenaal aan verweren van de aanbestedende dienst. Uit het GAT/OSAG-arrest volgt dat het causaal verband niet wordt verbroken, wanneer de aanbestedingsprocedure op andere dan de door de benadeelde inschrijver aan zijn vordering ten grondslag gelegde gronden onrechtmatig was en de opdracht hoe dan ook niet rechtmatig kon worden gegund.⁴ Als bijvoorbeeld een inschrijver schadevergoeding vordert voor het mislopen van een opdracht, omdat zijn inschrijving ten onrechte als ongeldig is afgewezen, kan de aanbestedende dienst niet aanvoeren dat de opdracht niet had mogen worden gegund vanwege een onregelmatig gunningscriterium. In de onderhavige zaak stelde de Staat in zijn verweer aan de orde hoe hij op grond van de aanbestedingsregels had moeten handelen. Het verweer van de Staat valt dus in de categorie verweren van 'aanbestedingstechnische aard'. Van een ontoelaatbaar doorbrekingsverweer als bedoeld in het GAT/OSAG-arrest is echter geen sprake. De benadeelde inschrijver meende dat de Staat de Combinatie op basis van een bepaalde passage in de aanbestedingsstukken zonder meer van deelneming aan de aanbestedingsprocedure had moeten uitsluiten en geen proportio-

1 HR 27 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:757.

2 HvJ EU 14 december 2016, C-171-15, ECLI:EU:C:2016:948 (Connexxion).

3 HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1096.

4 HvJ EG 19 juni 2003, zaak C-315/01, ECLI:EU:C:2003:360 (GAT/OSAG), r.o. 54.



naliteitstoets had mogen aanleggen. De Staat betoogde dat juist die specifieke passage een intransparantie veroorzaakte die ertoe leidde dat de opdracht niet rechtmatig kon worden gegund. De Staat betrok in zijn verweer geen vermeende onregelmatigheden in de aanbestedingsprocedure die geen verband houden met het toepassen van uitsluitingsgronden en het aanleggen van een proportionaliteitstoets daarbij.

Of, zoals de rechtbank oordeelt, de onrechtmatige gedraging tot heraanbesteding had moeten leiden, laat ik hier in het midden. Honorering van het verweer van de Staat heeft in elk geval tot gevolg dat de benadeelde inschrijver alleen aanspraak kan maken op het positief contractsbelang, wanneer hij bij een heraanbesteding de opdracht zou hebben verworven.

De stelplicht en de bewijslast van het causaal verband tussen de onrechtmatige gunning van de opdracht en de schade rusten in beginsel op de benadeelde inschrijver. De rechtbank concludeert dat de inschrijver onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat hij de opdracht zou hebben verworven, als de opdracht niet (in strijd met het gelijkheidsbeginsel en transparantiebeginsel) aan de Combinatie zou zijn gegund. Blijkbaar heeft de benadeelde inschrijver naar het oordeel van de rechtbank tegenover de gemotiveerde betwisting door Staat onvoldoende gesteld, want hij krijgt zelfs geen bewijsopdracht. In de overwegingen van de rechtbank speelt een belangrijke rol dat de benadeelde inschrijver zowel bij de oorspronkelijke aanbesteding als bij de aanbesteding van dezelfde opdracht in 2017 achter de Combinatie is geëindigd (r.o. 4.12).

In een situatie waarin de verweten onrechtmatige gedraging van de aanbestedende dienst tot heraanbesteding had moeten leiden en er naar verwachting ten minste zes partijen naar de opdracht hadden willen meedingen, is goed voorstelbaar dat een benadeelde inschrijver er niet in zal slagen te bewijzen dat hij bij die heraanbesteding de opdracht zou hebben verworven. Hij zou moeten aantonen dat de concurrentie op voorhand kansloos was. In een dergelijke situatie ligt toepassing van het leerstuk van kansschade in de rede.⁵

5 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.3: "Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige

Of de rechtbank in de onderhavige zaak toepassing van het leerstuk van kansschade heeft overwogen en of dit onderwerp van discussie is geweest, is niet helder. De overweging dat onvoldoende aannemelijk is gemaakt dat de inschrijver (bij heraanbesteding) een reële kans op gunning zou hebben gehad (r.o. 4.13), duidt hier wel op. Mocht de rechtbank toepassing van het leerstuk van kansschade hebben overwogen, dan heeft zij naar mijn mening te streng geoordeeld door de schadevergoedingsvordering geheel af te wijzen. De benadeelde inschrijver was bij de oorspronkelijke aanbesteding op de tweede plaats geëindigd. Bij de aanbesteding van dezelfde opdracht in 2017 was hij er opnieuw dichtbij en eindigde hij ook als tweede. Weliswaar achter de Combinatie, maar uit het vonnis blijkt niet dat een aanbieding van de benadeelde inschrijver een aanbieding van de Combinatie nooit had kunnen overtreffen. Op basis van de uit het vonnis bekende feiten kan in elk geval niet worden geconcludeerd dat de kans op gunning nihil of zeer klein was.⁶ Bedacht moet worden dat als de opschortende termijn in acht is genomen en de met de gunningsbeslissing beoogde overeenkomst is gesloten, die overeenkomst in principe niet ongedaan is te maken.⁷ De schadevergoedingsvordering kan naar mijn mening alleen een procedureel alternatief vormen dat verenigbaar is met het Unierechtelijke effectiviteitsbeginsel, als hoge drempels voor het verkrijgen van schadevergoeding worden weggenomen, zoals in dit geval de eisen die worden gesteld aan het bewijs dat de opdracht zonder de onrechtmatige gedraging aan de benadeelde inschrijver zou zijn gegund, althans dat hij een reële kans op gunning

situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd." Zie ook Verberne en Ruers in hun annotatie bij Rb. Noord-Holland 5 januari 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:26, «JAAN» 2022/56.

6 Hof Den Haag 22 september 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466.

7 HR 18 november 2016, ECLI:NL:HR:2016:2638, «JAAN» 2017/7 (Xafax/UU), m.nt. Groot & De Ruiter.

had.⁸ Op basis van vergelijkbare overwegingen heeft het HvJ EU al geoordeeld dat toekenning van schadevergoeding niet afhankelijk mag worden gesteld van de vaststelling dat de aanbestedende dienst schuld heeft aan de onrechtmatige gedraging.⁹

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Bij het verkrijgen van schadevergoeding kan een inschrijver de nodige obstakels op zijn pad vinden. Hij moet onder meer het causaal verband tussen de verweten onrechtmatige gedraging van de aanbestedende dienst en de geleden schade aantonen. Een belangrijke vraag die daarbij moet worden beantwoord is hoe de aanbestedende dienst zonder de verweten onrechtmatige gedraging zou hebben gehandeld. Als de aanbestedende dienst de opdracht vanwege de verweten onrechtmatige gedraging opnieuw had moeten aanbesteden, is het lastig voor de inschrijver om aan te tonen dat hij de opdracht bij die heraanbesteding zou hebben verworven. In dat geval maakt de inschrijver mogelijk aanspraak op vergoeding van een gemiste kans op gunning.

mr. dr. A.J. van Heeswijck
advocaat bij Van Heeswijck Aanbestedingsadvocaat

Ontbrekende stukken: uitsluiting terecht

Rechtbank Den Haag
6 mei 2022, C/09/627338 / KG ZA 22/283,
ECLI:NL:RBDHA:2022:4283
(mr. H.J. Vetter)

**Aanvullen inschrijving. Beroep op derden/
onderaannemers. Herstel. Ondertekening.
Proportionaliteitsbeginsel. Uitsluiting.
Uniform Europees Aanbestedingsdocument.**

Op 21 januari 2021 heeft de Politie een Europese aanbesteding 'Kernfunctionaliteit Nationaal Meldkamersysteem (NMS)', hierna 'de aanbesteding', in de markt gezet. Op de aanbesteding is de Aanbestedingswet op Defensie- en Veiligheidsgebied (ADV) van toepassing. Het doel van de aanbesteding is het sluiten van een overeenkomst voor het leveren en implementeren van een nationaal platform voor (spoedeisende) hulp van de Politie, Brandweer, Ambulancezorg en de Koninklijke Marechaussee.

Op 20 mei 2021 heeft Prodapt een Verzoek tot Deelname ingediend om te worden toegelaten tot de Dialoog- en Inschrijvingsfase van de aanbesteding. Zij heeft ingevuld dat zij een beroep doet op de relevante ervaring van Capita SSS. Capita SSS was op dat moment een businessunit van Capita SIS Ltd. Op 30 november 2021 is Capita SSS afgesplitst van Capita SIS Ltd. Dit was reden voor de Politie om nadere stukken te vragen met betrekking tot Capita SSS. Voor een nadere uiteenzetting van de feiten, zij verwezen naar het vonnis.

De beoordeling van het geschil

De termijn van vijf dagen in de brief van 2 maart 2022

De voorzieningenrechter is van oordeel dat de door de Politie gegeven termijn (voor het versturen van extra stukken) niet onredelijk kort of disproportioneel is. Prodapt heeft nagelaten om uit eigen beweging tijdig een verzoek om goedkeuring aan Prodapt voor te leggen en zij heeft meerdere keren onvoldoende informatie verstrekt. Mede als gevolg daarvan resteerde nog maar weinig tijd tot de vierde dialoogweek, waar-

⁸ Zie ook conclusie AG Geelhoed van 10 oktober 2002, C-315/01, ECLI:EU:C:2002:573 (GAT/OSAG), punt 66.

⁹ HvJ EU 30 september 2010, C-314/09, ECLI:EU:C:2010:567 (Strabag), r.o. 39.