

Hoge Raad, 9 mei 2008, C06/349HR, LJN:
BC7679 (Onrechtmatige aanbestedingsproce-
dure)

Mr. J.B. Fleers, mr. O. de Savornin Lohman, mr.
E.J. Numann, mr. A. Hammerstein en mr. J.C. van
Oven.
Advocaat eiseres tot cassatie, Gemeente Rotterdam:
mr. B.T.M. van der Wiel. Advocaat verweerster in
cassatie, BRF: mr. J. de Bie Leuveling Tjeenk

UAR- EG 1991

**Onrechtmatige overheidsdaad. Ten onrechte
passeren inschrijver in openbare aanbestedings-
procedure:**

Met gastnoot L.C. van den Berg, Red.¹

1. Het geding in feitelijke instanties

BRF heeft bij exploit van 21 december 2001 de
Gemeente gedagvaard voor de rechtbank te Rot-
terdam en gevorderd, kort gezegd, voor recht te
verklaren dat de Gemeente, door de opdracht zoals
omschreven in besteknr. 1- 072- 01 GW Rotterdam
te gunnen aan Combinatie VIA, jegens BRF toe-
rekenbaar is tekortgeschoten althans onrechtmatig
heeft gehandeld, en de Gemeente te veroordelen tot
vergoeding van de door BRF als gevolg daarvan
geleden schade, nader op te maken bij staat en te
vereffenen volgens de wet.

De Gemeente heeft de vordering bestreden.
De rechtbank heeft bij vonnis van 3 november 2004
de vordering toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft de Gemeente hoger beroep
ingesteld bij het gerechtshof te 's- Gravenhage.
Bij arrest van 14 september 2006 heeft het hof het
vonnis van de rechtbank bekrachtigd.
Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft de Gemeente
beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding
is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.
BRF heeft geconcludeerd tot verwerping van het
beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun ad-
vocaten, voor de Gemeente mede door mr. M.S.
Goeman en voor BRF mede door mr. D. Vlasblom,
beiden advocaat bij de Hoge Raad.
De conclusie van de Advocaat- Generaal L.A.D.
Keus strekt tot verwerping van het beroep.
De advocaat van de Gemeente heeft bij brief van 3
april 2008 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

De in het middel aangevoerde klachten kunnen niet
tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO,
geen nadere motivering nu de klachten niet nopen
tot beantwoording van rechtsvragen in het belang
van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.
(Enz., enz., Red.)

Noot

1. In *Bouwrecht* april 2007 (BR 2007, p. 344)
werd al het arrest van het Hof Den Haag gepubli-
ceerd dat de opmaat vormde naar de onderhavige
uitspraak. Opmaat is daarbij eigenlijk geen goed
woord nu de Hoge Raad het cassatieberoep ver-

¹ Leendert van den Berg is als advocaat werkzaam bij Severijn Hulshof Advocaten te Rotterdam.

wierp omdat de voorgestelde middelen niet noopten tot beantwoording van rechtsvragen die tot cassatie kunnen leiden. Dat neemt echter niet weg dat het aldus onverlet gelaten arrest van het hof raakt aan een aantal aanbestedingsrechtelijk relevante vraagstukken die een nadere bespreking waard zijn. Zeker waar niet veel aanbestedingszaken tot aan de Hoge Raad worden uitgeprocedeerd. Alvoorens op die vraagstukken in te gaan zal ik eerst nog kort de casus omschrijven.

2. De gemeente Rotterdam schreef alweer meer dan zeven jaar geleden een aanbesteding uit voor het storten van circa 400.000 ton niet reinigbare grond op een stortplaats van de inschrijver. Als selectie-eis gold - onder meer - dat inschrijvers - zeer kort gezegd - ervaring moesten hebben met soortgelijke opdrachten. Gunning zou plaatsvinden op de meest economische aanbidding waarbij naast een hier niet relevant criterium de prijs en de kosten van transport als criteria golden. Voor de transportkosten bevatte het bestek een richtprijs per ton per kilometer voor enerzijds transport over water en anderzijds transport per as, waarbij de laatste prijs een vijfvoud was van de eerste. Daarbij vermeldde het bestek echter niet dat (en welke) verdeling over deze transportmogelijkheden door de gemeente gehanteerd zou worden. BRF, een inschrijver uit Friesland schreef in met een aanbidding die in de basis volledig op transport over water was gebaseerd. De gemeente kondigde echter na de aanbesteding aan aan een Rotterdamse combinatie te zullen gunnen. Hierbij was - zo berichtte de gemeente BRF - onder meer de *'ons meest passende wijze van aanbieden'* betrokken. BRF nam daarmee geen genoegen. Uit verdere correspondentie tussen partijen blijkt dat de gemeente zich bij de beoordeling mede heeft laten leiden door een ervaringsgetal ten aanzien van de verdeling van het transport over water ten opzichte van transport per as. BRF kon zich daarmee niet verenigen en kondigde voor gunning aan dat zij vergoeding van schade zou vorderen indien het voornemen tot gunning zou worden doorgezet. Daar de gemeente toch tot gunning aan de derde overging, is BRF de procedure begonnen die uiteindelijk tot dit arrest heeft geleid.

3. Voorafgaand aan een nadere bespreking van de in het oog springende punten uit het arrest (althans het onderliggende arrest van het hof) merk ik op dat er weinig uitspraken (en zeker niet door hogere rechters) worden gewezen waarin aan een inschrijver een schadevergoeding wordt toegekend ten laste van de aanbestedder wegens een onrechtmatige aanbestedingsprocedure. De rechtsbescherming in aanbestedingszaken vindt toch voornamelijk via het kort geding plaats, waarbij inschrijvers kenmerkend na het voeren van een dergelijk geding het

bijltje erbij neer lijken te gooien. Om met succes schadevergoeding te kunnen eisen van een aanbestedder zal een inschrijver ook nogal wat moeten kunnen aantonen. In de eerste plaats moet hij aannemelijk kunnen maken dat de gunning aan een ander dan hemzelf onrechtmatig is. Hiertoe zal hij aannemelijk moeten kunnen maken dat de aanbestedder fouten heeft gemaakt in de beoordeling dan wel de gestelde criteria op onrechtmatige wijze heeft toegepast. Daarbij geldt dan naar mijn mening als extra moeilijkheid dat de aanbesteding op zich wel zodanig ingericht moet zijn dat een rechtmatige gunning wel mogelijk is (en niet dat heraanbesteding de enige remedie is voor het herstel van de gemaakte fouten). Heeft hij die horde genomen dan moet aannemelijk worden dat de opdracht daadwerkelijk zou zijn gegund en dat de opdracht niet door de aanbestedder zou zijn teruggenomen. Vervolgens moet hij kunnen aantonen schade te lijden door het mislopen van de opdracht, waarbij deze schade in causaal verband dient te staan tot het onrechtmatig handelen van de aanbestedder. Een mooi voorbeeld - en bij mijn weten een van de weinige - van een inschrijver die de eerste horden met succes nam is te vinden in de uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 31 januari 2007 (*Temmink/Raalte*, LJN: AZ7506). Hierin oordeelde de rechtbank dat aan Temmink ten onrechte een opdracht was onthouden, dat Temmink hierdoor schade leed en dat die schade in causaal verband stond met het onrechtmatig handelen. Ten aanzien van de laatste horde - het aantonen van schade - geeft de betreffende uitspraak echter helaas geen houvast. Die is namelijk doorverwezen naar de schadestaatprocedure, waarbij de rechtbank echter al wel een aantal kritische vragen op het bord van Temmink legde ten aanzien van de samenstelling van die schade.

4. Terug naar het onderhavige arrest. Daarin delft de gemeente het onderspit ten aanzien van de gang van zaken in de aanbesteding. Daarover zo meer. Eerst nog een tweetal overeenkomsten met de zaak *Temmink-Raalte*. De eerste is dat in beide zaken werd geoordeeld dat het niet instellen van een kort geding tegen de gunningsbeslissing op zich niet afdoet aan de mogelijkheden om schadevergoeding te vorderen. Gelet op de geschillenclausule uit het toepasselijke UAR EG 1991 (waarbij voor alle geschillen een vervaltermijn van drie maanden gold en de gang naar de Raad van Arbitrage gemaakt kon worden) acht ik die beslissing in deze zaak begrijpelijk. Ook de huidige aanbestedingsregels verplichten op zich niet tot het voeren van een kort geding. Daarbij kan mijns inziens echter wel de vraag gesteld worden of de zogenaamde proactiviteit die volgens een stroom van uitspraken in het huidige tijdsgewricht van inschrijvers verlangd mag worden niet tot een andere uitkomst zou moe-

ten leiden. Die eis van proactiviteit wordt dan met name ontleend aan het aan de aanbestedder bieden van de mogelijkheid om zijn fouten nog tijdens de aanbesteding te herstellen. Waar de inzet van het geschil een kennelijk onjuist gehanteerd gunning-criterium is, zou dan betoogd kunnen worden dat genoemde proactiviteit inschrijvers juist wel tot het instellen van een kort geding dwingt. De aanbestedder zou dan vóór gunning zijn fout nog (door heraanbesteding) kunnen herstellen. Mogelijk dat echter een uitdrukkelijke waarschuwing voor de gemaakte fout onder voorbehoud tot het vorderen van schadevergoeding (zoals hier in feite ook door BRF was gegeven) echter ook voldoende moet worden geacht. Een tweede overeenkomst is dat in beide zaken uiteindelijk eindigen in een schade-staatprocedure, waardoor (voor ons) onduidelijk blijft wat de inschrijver er nu uiteindelijk financieel mee is opgeschoten om het juridische gelijk aan zijn zijde te weten.

5. Dan de twee meest in het oog springende onderdelen van het arrest van het hof. Dat zijn naar mijn mening het door de gemeente hanteren van een (sub)gunningcriterium dat niet voorafgaand bekendgemaakt was en verder het beroep van de gemeente op ongeldigheid van de inschrijving van BRF.

6. Ten aanzien van het eerste onderdeel (het niet bekendgemaakte criterium) zijn zowel de rechtbank als het hof tot het oordeel gekomen dat de gemeente ten onrechte een verdeelsleutel ten aanzien van transport over water en transport per as heeft gehanteerd. Dit oordeel acht ik zonder meer juist. De Europese en nationale jurisprudentie is immers volstrekt duidelijk ten aanzien van de eis dat alle inschrijvers in staat moeten worden gesteld de voorwaarden voor een aanbesteding zodanig duidelijk en ondubbelzinnig moeten worden geformuleerd dat alle normaal oplettende inschrijvers de juiste draagwijdte ervan kunnen begrijpen en zij deze voorwaarden op dezelfde manier kunnen interpreteren (zie onder meer HvJ 29 april 2004, zaak C-496/99, *Succhi di Frutta*, r.o. 111). Het hanteren van een niet zonder meer vaststaand ervaringsgegeven staat daarmee op gespannen voet.

7. Het tweede onderdeel - het beroep op ongeldigheid van de inschrijving - ligt mijns inziens ingewikkelder. Zowel rechtbank als hof oordelen het door de gemeente gedane beroep op ongeldigheid van de inschrijving van BRF tardief. Het hof oordeelt daartoe dat nu de gemeente in haar correspondentie met BRF niet duidelijk heeft gesteld dat de inschrijving van BRF ongeldig was (omdat niet aan een selectie-eis zou zijn voldaan), het beroep op die ongeldigheid in de gerechtelijke procedure tardief was omdat BRF er op mocht

vertrouwen dat ongeschiktheid geen reden was het werk niet aan haar op te dragen. Het hof oordeelt daarbij dat de belangen van de andere inschrijvers niet (meer) in het geding zijn nu de vorderingen van BRF slechts op het verkrijgen van schadevergoeding gericht zijn en niet op het verkrijgen van de opdracht.

8. Bij deze laatste overweging veroorloof ik het mij om vraagtekens te plaatsen. Aanbestedingsrecht ziet immers niet op enkel de rechtsverhouding tussen een enkele inschrijver en de aanbestedder maar op de rechtsverhoudingen tussen alle betrokken partijen onderling. Wat nu indien de aanbestedder in dit geval een voornemen tot gunning aan BRF zou hebben geuit maar voorafgaand aan gunning alsnog de ongeldigheid van diens inschrijving zou hebben ontdekt? Naar mijn mening zou de aanbestedder in dat geval bij ontdekking van de fout jegens de overige (geldige) inschrijvers gehouden zijn geweest om BRF (alsnog) uit te sluiten. Ook zou BRF in dat geval naar mijn mening zich niet met succes op opgewekt vertrouwen kunnen beroepen nu zij immers vanwege haar ongeldigheid geen 'recht' op de opdracht zou hebben. Ik zou menen dat dit argument ook in een schadezaak overeind blijft nu er alleen schade wordt geleden indien er daadwerkelijk ten onrechte een 'recht' op de opdracht wordt ontnomen. Had de aanbestedder nooit aan de gelaedeerde mogen gunnen dan is deze in feite niet gelaedeerd. Ook Advocaat-Generaal Keus lijkt in zijn conclusie die mening te zijn toegedaan. Zie onderdeel 2.8 van diens conclusie, die ik hier volledigheidshalve weergeef:

'Voor het geval dat de Hoge Raad de tweede klacht van het subonderdeel aldus zou opvatten dat zij mede tegen rov. 3.2 is gericht, en daarbij ook de uitwerking van de klacht in de schriftelijke toelichting zou betrekken, zou ik menen dat in de schriftelijke toelichting terecht wordt betoogd dat het buiten beschouwing laten van ongeschiktheid van de inschrijver in een schadevergoedingsprocedure die de inschrijver wegens het missen van (een kans op gunning van) de opdracht heeft geëntameerd, ertoe zou leiden dat (in de woorden van de schriftelijke toelichting onder 5.3.5) de betrokken inschrijver aanspraak zou kunnen maken op vergoeding van 'schade' die hij niet (althans niet vanwege het missen van - een kans op - de opdracht²⁵) heeft geleden. Inderdaad zou van schade geen sprake zijn c.q. het voor een verplichting tot schadevergoeding vereiste causale verband ontbreken, als, naar kennelijk ook het hof in rov. 3.2, eerste volzin, tot uitgangspunt heeft genomen, gunning aan de ongeschikte inschrijver hoe dan ook is uitgesloten. Hieraan doet niet of dat de inschrijver mogelijk gerechtvaardigd erop heeft vertrouwd dat

hij naar het oordeel van de aanbesteder wél aan de gestelde geschiktheidseisen voldeed, en dat bij de schadevergoedingsprocedure de belangen van andere inschrijvers niet in het geding zijn. Of dat laatste zo is, acht ik overigens discutabel; andere inschrijvers kunnen immers wel degelijk nadeel ondervinden van een uitkering die een concurrent ter zake van in werkelijkheid niet door hem geleden schade ontvangt, zeker als die uitkering tot vergoeding van zijn positieve contractsbelang strekt en substantieel is.

Ik deel ten slotte niet de in hun schriftelijke toelichting onder 21 (ten overvloede) verdedigde opvatting van de mrs. De Bie Leuveling Tjeenk en Vlasblom, dat het gemeenschapsrecht zich ertegen verzet dat de aanbesteder zich eerst in de door de inschrijver geëntameerde schadevergoedingsprocedure op een niet eerder (op verzoek van de inschrijver) gemelde reden van afwijzing beroept. Weliswaar is het juist dat het gemeenschapsrecht in de weg staat aan toepassing van nationaal recht dat de verwerkelijking van aan het gemeenschapsrecht ontleende aanspraken in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maakt²⁶, maar van een (aan het gemeenschapsrecht te ontleen) aanspraak van een ongeschikte inschrijver op (een kans op gunning van) de opdracht is geen sprake. Uit de in de schriftelijke toelichting geciteerde passages uit de conclusie van A-G Geelhoed in zaak C-315/01(27) kan het tegendeel niet worden afgeleid. Zaak C-315/01 betrof het geval waarin de aanspraak van een inschrijver op schadevergoeding werd afgewezen, omdat de aanbestedingsprocedure wegens een andere dan de door de inschrijver aangevoerde grond hoe dan ook onrechtmatig was en de eventuele schade van de inschrijver dus ook onafhankelijk van de door hem aangevoerde onrechtmatigheid zou zijn ontstaan. In het onderhavige geval staat, naast het hanteren van een niet bekend gemaakt gunningscriterium, niet een andere onrechtmatige daad van de aanbesteder, maar (mogelijk) de ongeschiktheid van de betrokken inschrijver aan (een kans op) de opdracht in de weg.

²⁵Zoals in de schriftelijke toelichting van de Gemeente onder 5.3.7 terecht wordt opgemerkt, kan een onjuiste of onvolledige motivering ingevolge art. 31 lid 6 UAR-EG 1991 wel leiden tot een verplichting van de aanbesteder tot het vergoeden van de kosten die de inschrijver heeft opgelopen doordat hij op grond van een onjuiste voorstelling van zaken een procedure tegen de aanbesteder aanhangig heeft gemaakt.

²⁶Zie voor een recent voorbeeld in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen HvJ EG, 7 juni 2007, gevoegde zaken C-222/05, C-223/05, C-224/05 en C-225/05, Jurispr. 2007, p. I-4233, NJ 2007, 391, m.nt. M.R. Mok.

De A-G gaat daarbij nog een stap verder door te suggereren dat andere inschrijvers wel degelijk een belang kunnen hebben bij een schadevordering als de onderhavige nu zij nadeel kunnen ondervinden van een onterecht uitbetaalde schadevergoeding.

9. Ten aanzien van het punt van de ongeldigheid constateer ik ten slotte nog dat er sprake is van een gestage stroom uitspraken van voorzieningenrechtters waarin het laattijdig invoeren van de ongeldigheid van een inschrijving weinig bezwaarlijk lijkt te zijn. Ook indien eerst in het kader van een kort geding voor het eerst een beroep op die ongeldigheid wordt gedaan lijken voorzieningenrechtters in den lande daar over het algemeen weinig bezwaar tegen te hebben en volgt voor inschrijvers niet ontvankelijkheid. Dat lijkt strijdig met de kernoverwegingen van het arrest van het hof. Hoewel er cassatietechnisch kennelijk geen grond was voor de Hoge Raad was om zich over deze en de overige kwesties uit het arrest van het hof uit te laten, meen ik dat het voor de dagelijkse praktijk zeer interessant zou zijn geweest indien hij dat wel had gedaan.

L.C. van den Berg