



Schadevergoeding in aanbestedingen

Janet Meesters

Procurement hour 13 maart 2025

Introductie

- Schadevergoeding in aanbestedingen
 - Wanneer is dit een relevante vordering?
 - Wat is de juridische grondslag?
 - Wat is de kans van slagen en waarvan is dat afhankelijk?
 - Verschillen tussen beoordeling door de Nederlandse en de Europese rechter
 - Belang voor de praktijk



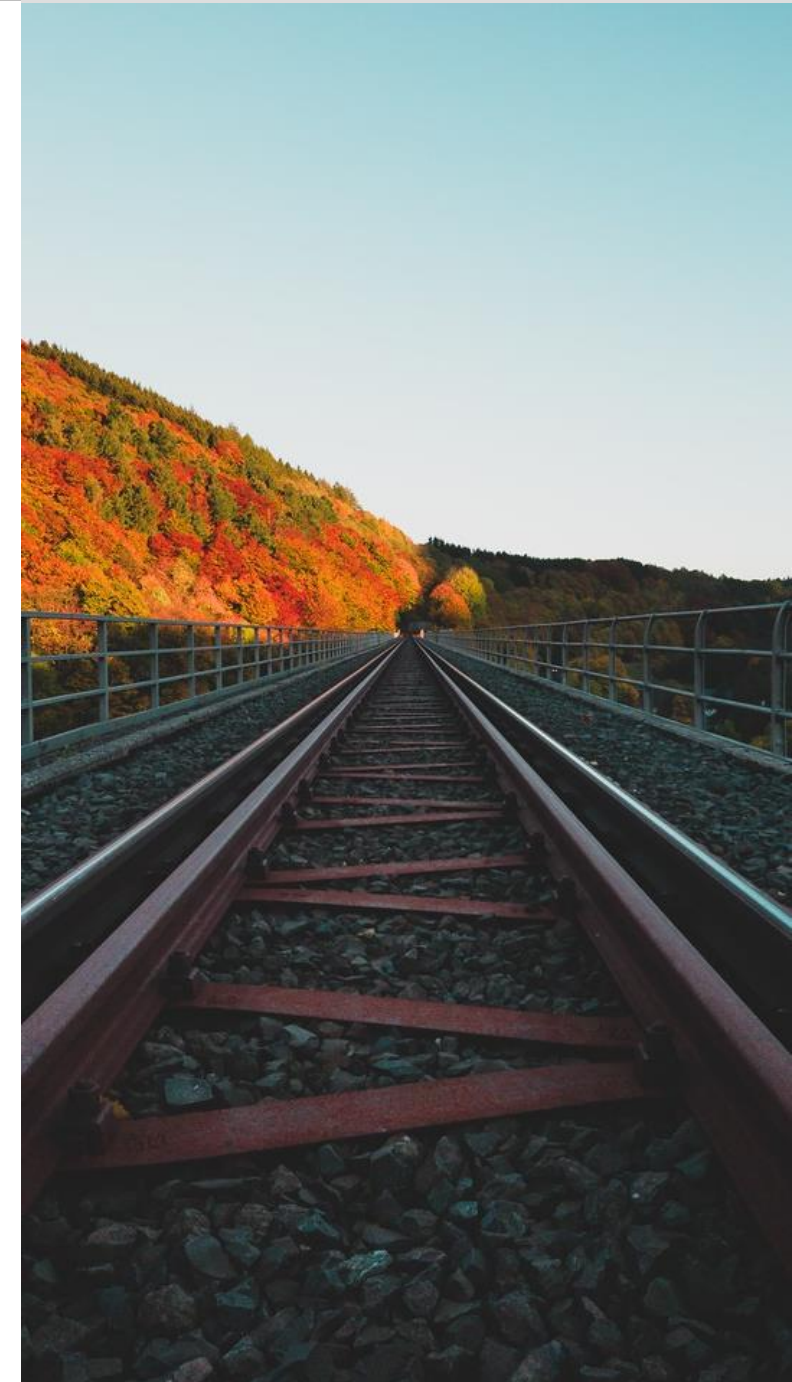
Wanneer is schadevergoeding aan de orde?

- Onrechtmatige beslissingen van aanbesteders:
 - Leiden veelal tot een vordering tot **ongedaanmaking**
 - In kort geding (selectiebeslissing, gunningsbeslissing, wijziging eisen, alsnog aanbesteden, etc.)
 - Of tot een vordering tot **vernietiging** van de inmiddels gesloten overeenkomst
 - Artikel 4.15 Aw (in beginsel binnen zes maanden)
- Het primaire doel is immers om **zelf** de opdracht **gegund** te krijgen
- Schadevergoeding komt in beeld ingeval beslissingen **niet meer ongedaan** kunnen worden gemaakt



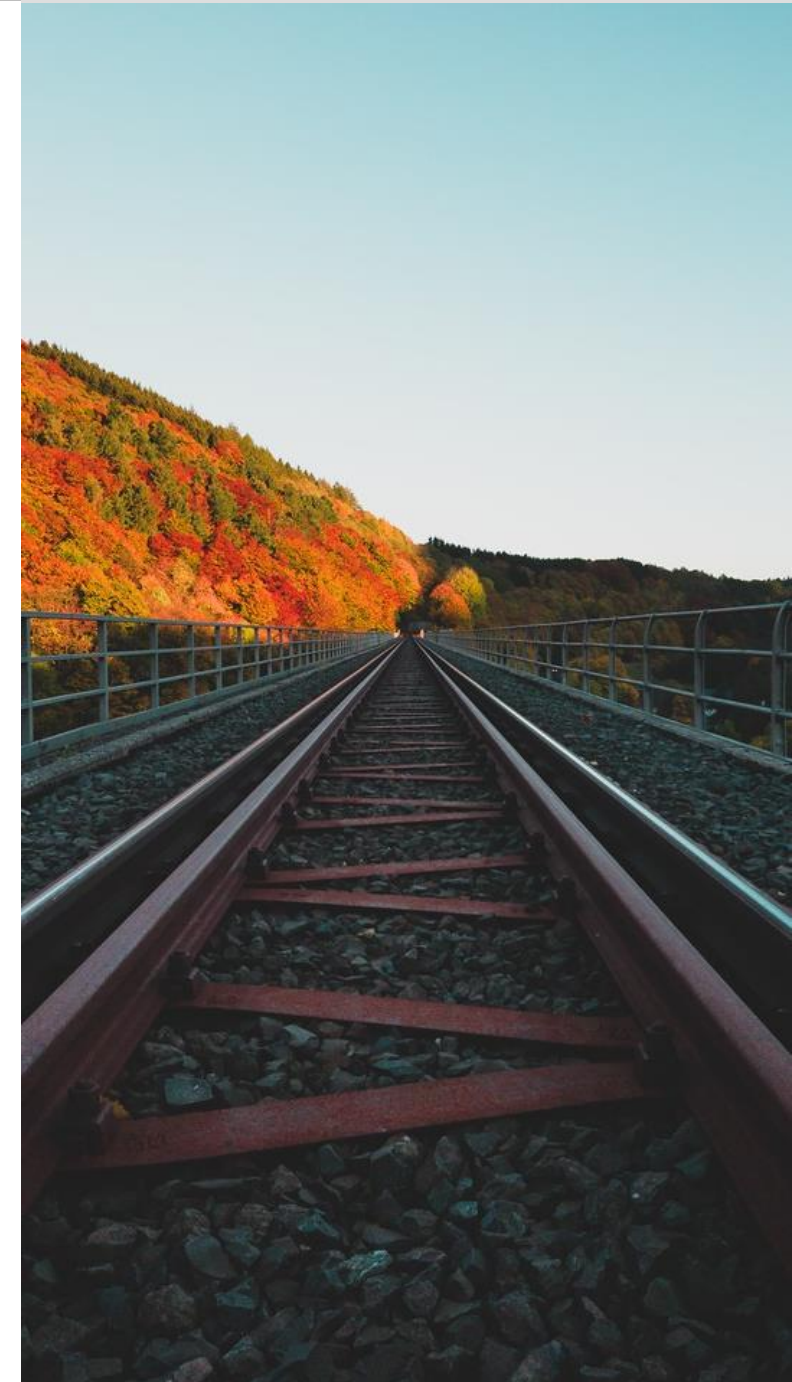
Juridische grondslag

- Het gaat in beginsel om een aanspraak van een ondernemer tegen een aanbestedende dienst die een onrechtmatige beslissing in relatie tot zijn aanbestedingsverplichtingen heeft genomen
- Grondslag: onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 1 BW)
 - Strijd met een wettelijke plicht
 - Schade
 - Als gevolg van dat onrechtmatige handelen (conditio-sine-qua-non)
- Aan relativiteitsvereiste (art. 6:163 BW) is voldaan in geval van ondernemer die (kans op) opdracht misloopt door onrechtmatige aanbestedingsbeslissing
 - De norm strekt ter bescherming tegen de schade die de benadeelde lijdt



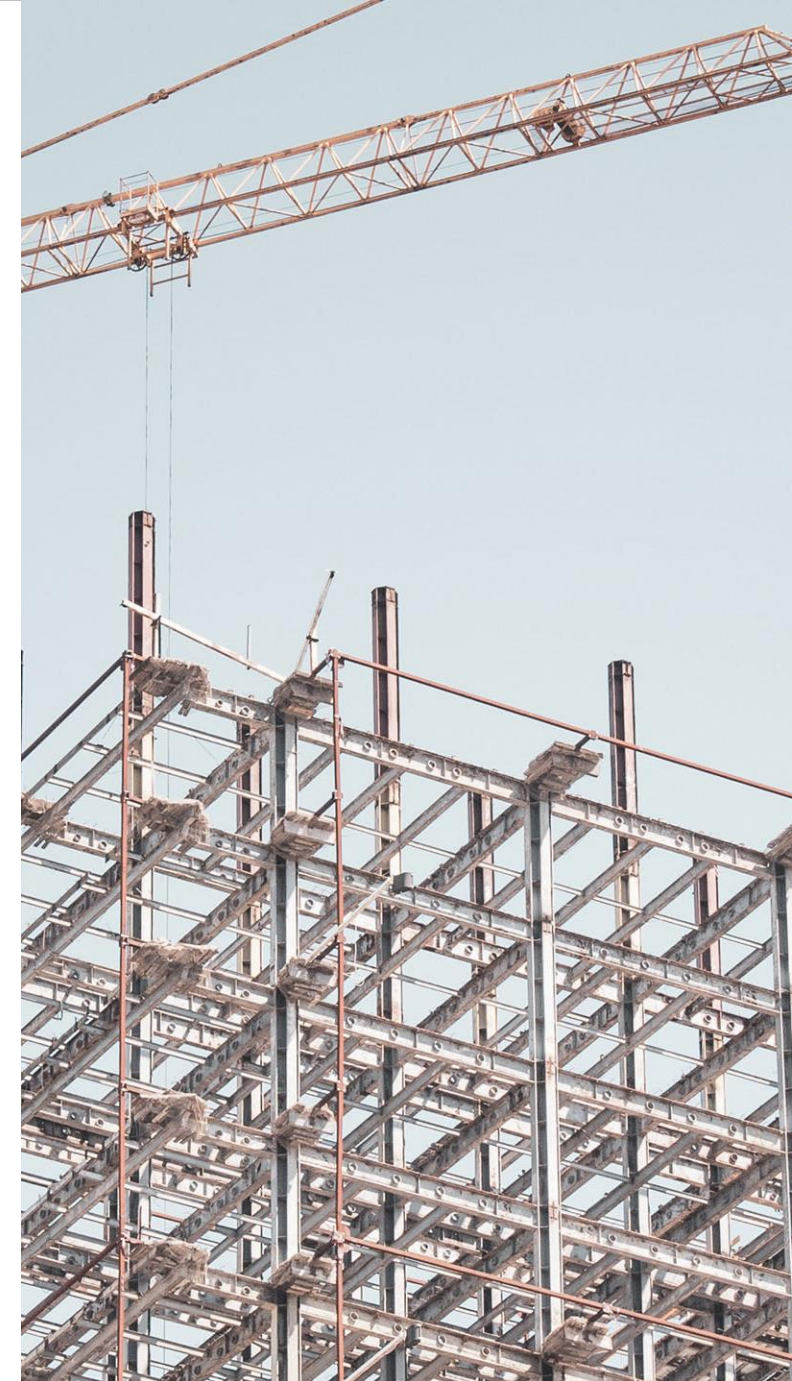
Juridische grondslag

- Schadevergoeding:
 - De benadeelde moet in de vermogenspositie worden gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien het onrechtmatig handelen zich niet had voorgedaan
 - Omvang schadevergoeding bepalen met inachtneming van art. 6:95 e.v. BW
 - Vermogensschade: geleden verlies en gederfde winst
 - Mogelijkheid en verplichting tot schatten (art. 6:97 BW)
 - Compensatie van gemaakte kosten als gevolg van het onrechtmatig handelen
 - Afhankelijk van omstandigheden; is het schade, of waren de kosten sowieso gemaakt?
 - Compensatie van geleden nadeel, zoals misgelopen winst
 - Geleden nadeel moet in voldoende verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (art. 6:98 BW)



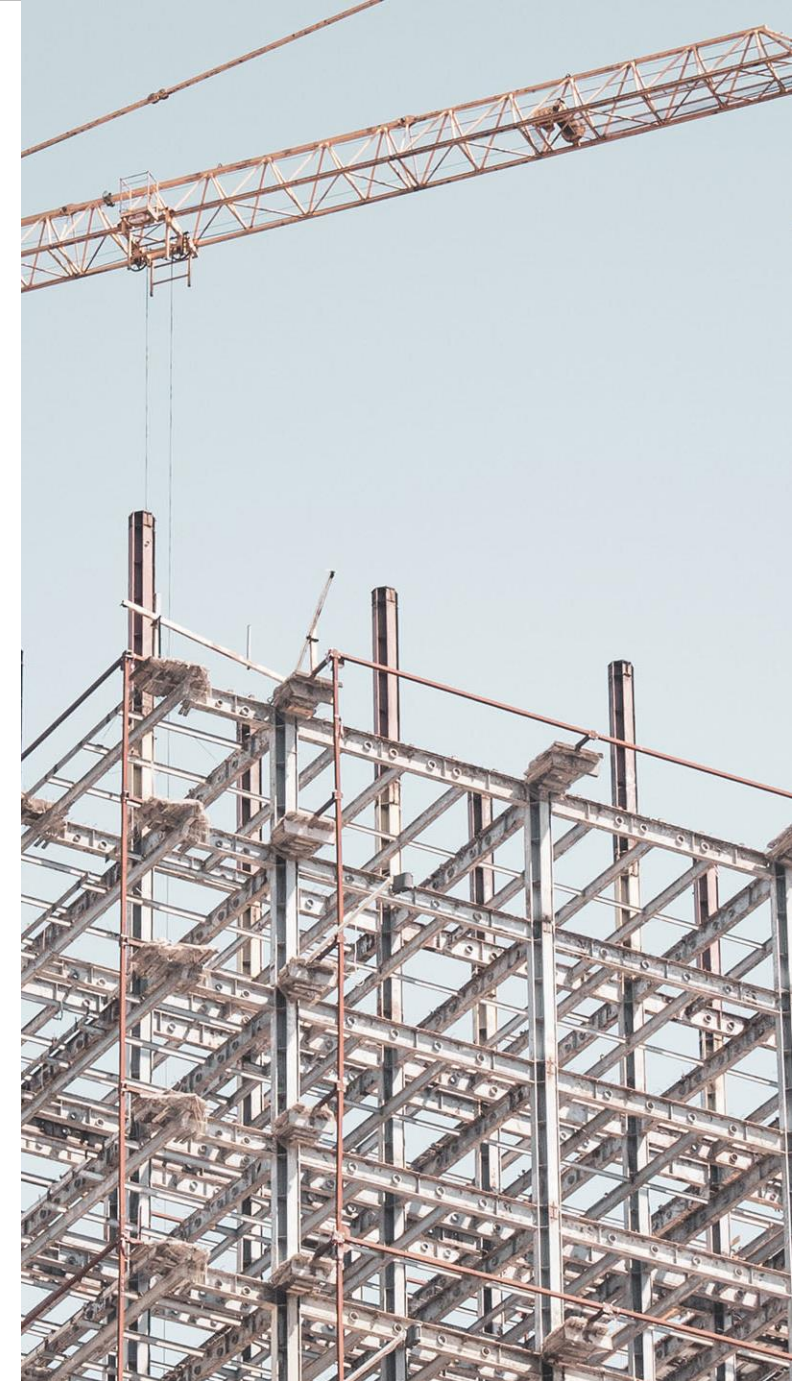
Kans van slagen in aanbestedingen

- Sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval
 - In hoeverre kan de benadeelde aantonen dat hij daadwerkelijk schade lijdt als gevolg van het onrechtmatige handelen?



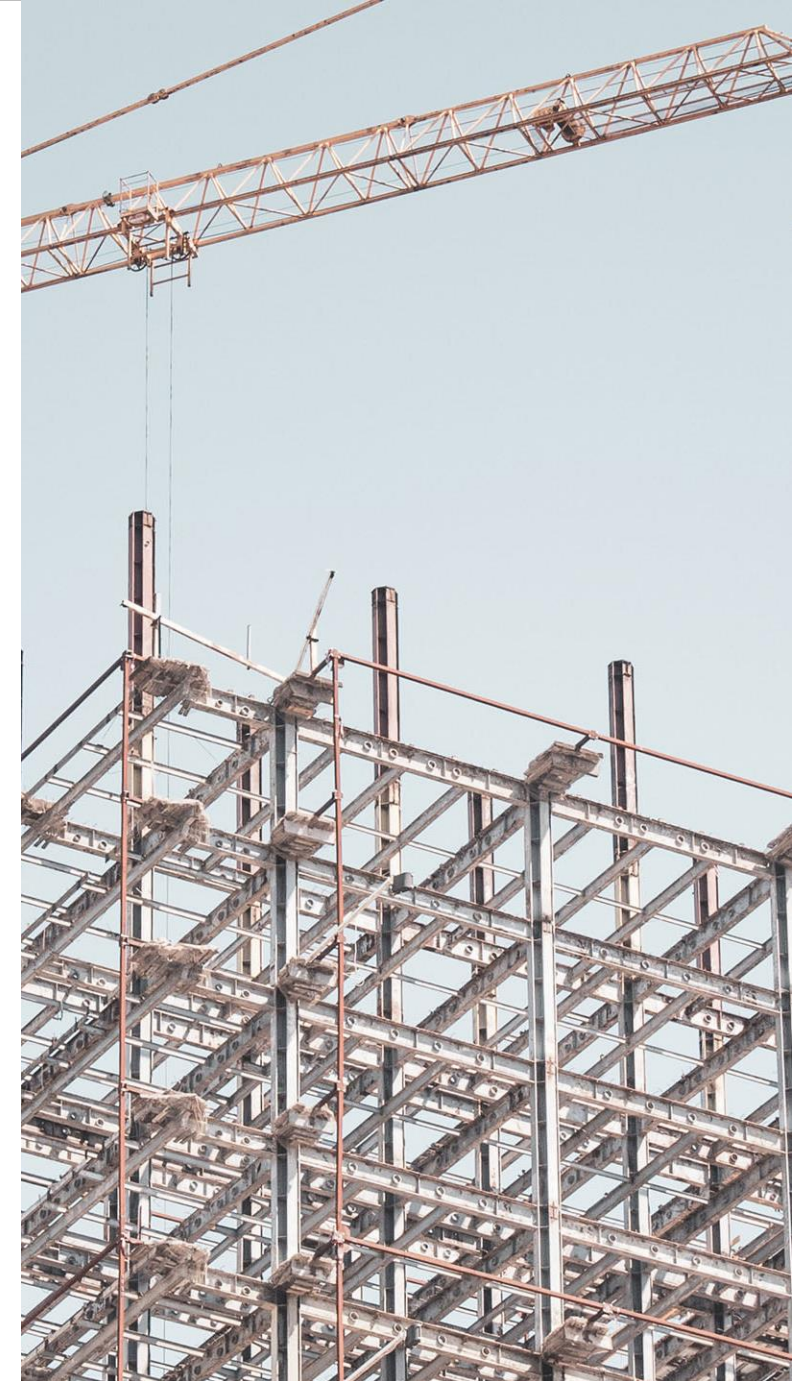
Een voorbeeld

- Inschrijver 1 krijgt een opdracht voor de levering van reddingsboten gegund, op basis van een absolute beoordeling
- Na gunning deelt AD een rapport waaruit alle relevante geverifieerde parameters van de beoordeelde reddingsboten blijken
- De reddingsboot van de winnende inschrijver blijkt niet te voldoen aan de eisen uit de aanbesteding
- De als tweede geëindigde inschrijver kan stellen: inschrijver 1 had uitgesloten moeten worden en in dat geval was de opdracht aan mij gegund
- Inschrijver 2 is door het onrechtmatig handelen van AD de opdracht misgelopen



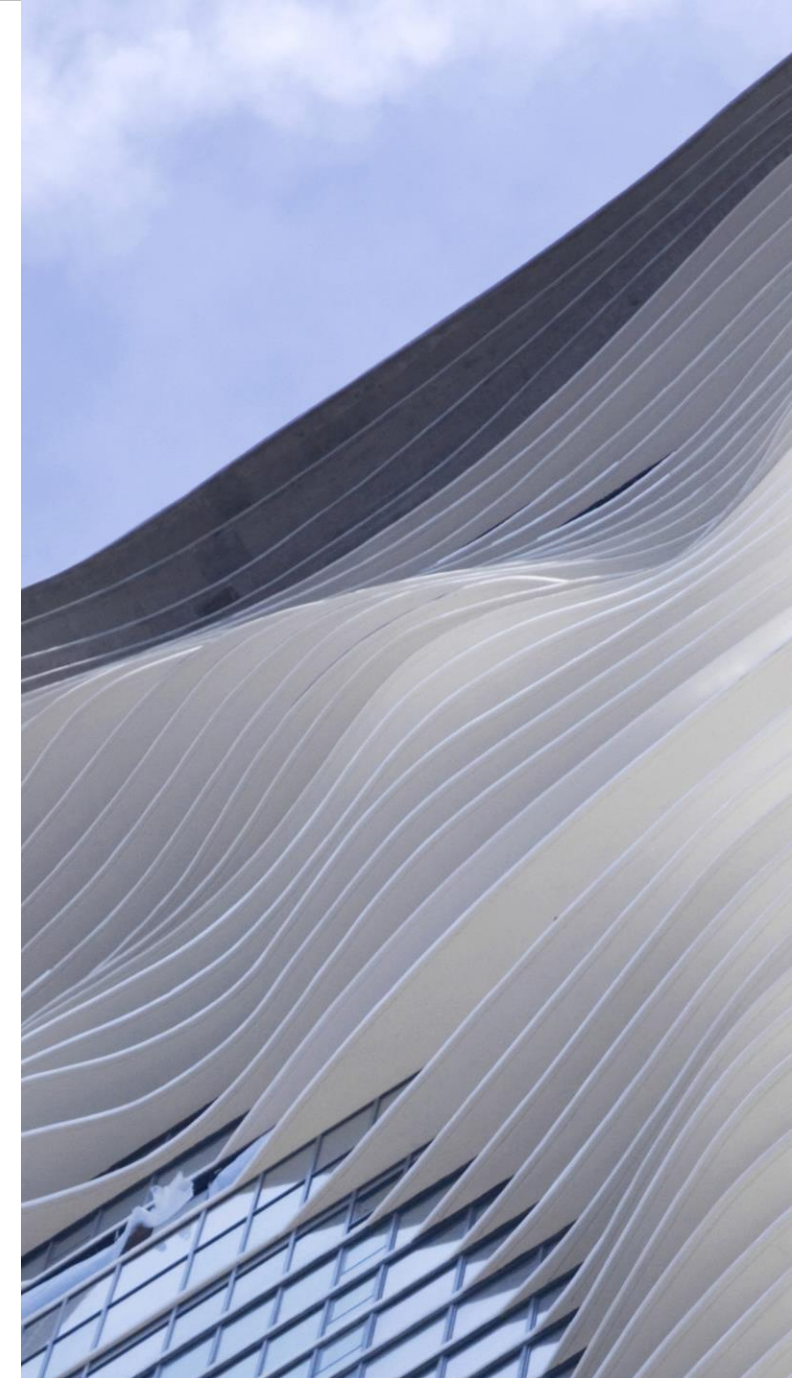
Nog een voorbeeld

- s
- Gemeente X besteedt een groot project voor de realisatie van een nieuw overheidsgebouw niet aan, maar gunt dit onderhands
- Aannemer Y raakt hiervan op de hoogte zodra hij buiten de start van de werkzaamheden ziet
- De vernietigingstermijn is al verstreken
- Aannemer Y stelt dat hij, ingeval wel was aanbesteed, een kans op gunning had gehad en dat die hem is ontnomen
- Hij vordert zijn misgelopen winst
- Maar: had hij de aanbesteding gewonnen? Op basis van welke eisen en criteria?



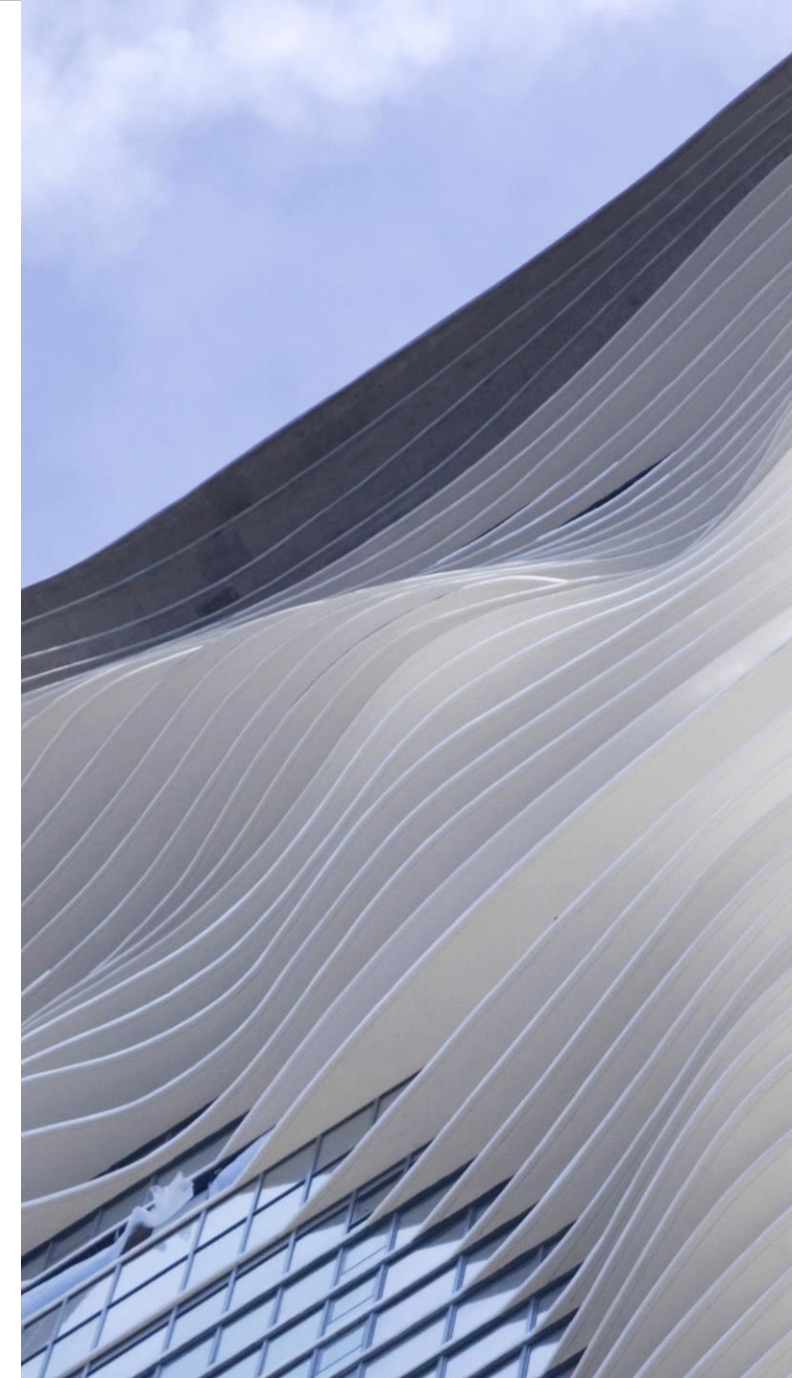
Kans van slagen

- In veel gevallen is niet vast te stellen dat de ondernemer daadwerkelijk is benadeeld als gevolg van het onrechtmatig handelen van de AD
- Voor deze onzekere situaties biedt de rechtspraak van de Hoge Raad generieke handvatten
 - **Proportionele** aansprakelijkheid
 - Vergoeding van **kansschade**
- Tussen deze concepten bestaat een concreet onderscheid, zij zijn volgens de HR niet uitwisselbaar



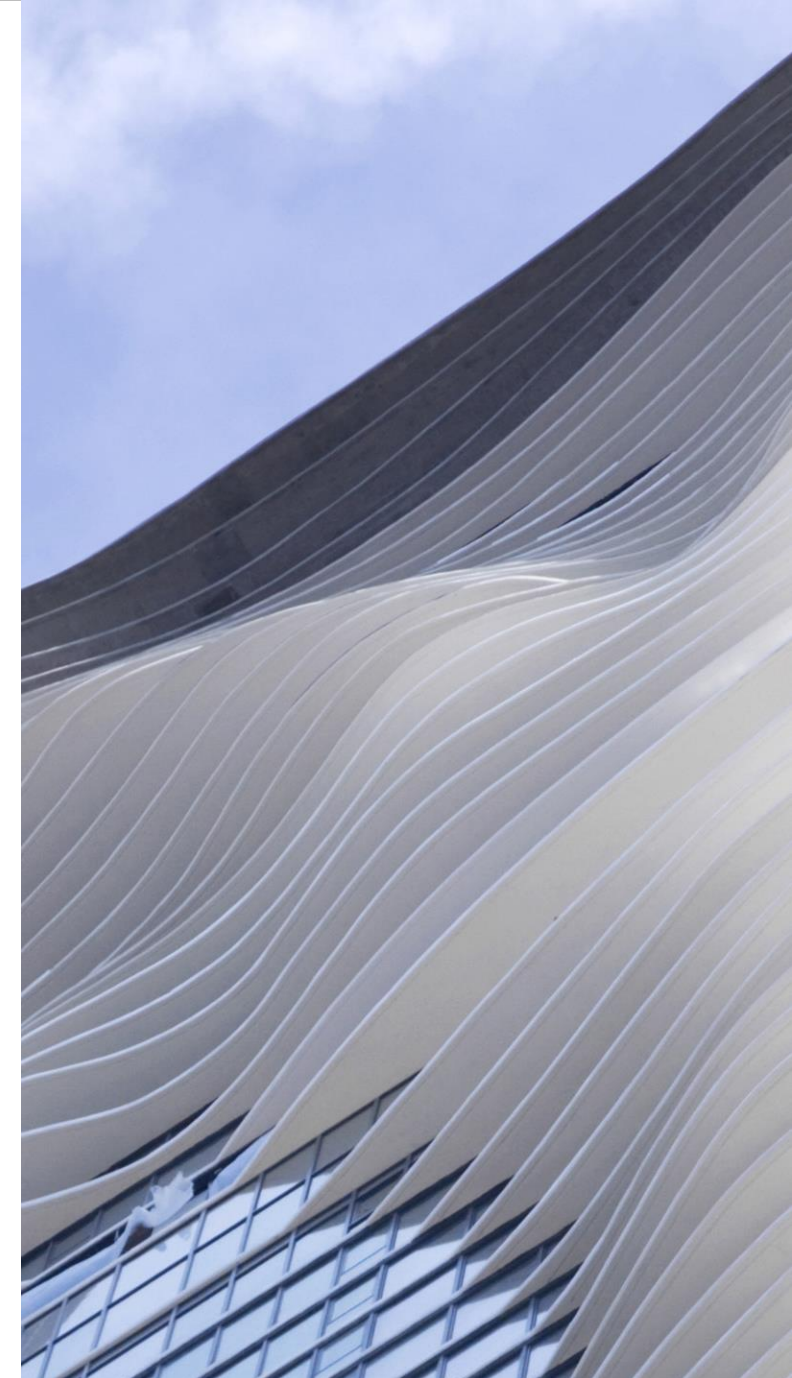
Kans van slagen

- Proportionele aansprakelijkheid:
 - De schade is daadwerkelijk opgetreden
 - De onzekerheid is gelegen in het conditio-sine-qua-non verband: is de schade wel **het gevolg van** het onrechtmatig handelen?
 - Oplossing: schadevergoeding naar evenredigheid met kans (%) dat schade door normschending is veroorzaakt
- Voorbeeld: werknemer is jarenlang blootgesteld aan asbest en heeft ook al die jaren gerookt. Hij wordt ernstig ziek, waarbij onmogelijk is om vast te stellen welke omstandigheid de ziekte heeft veroorzaakt



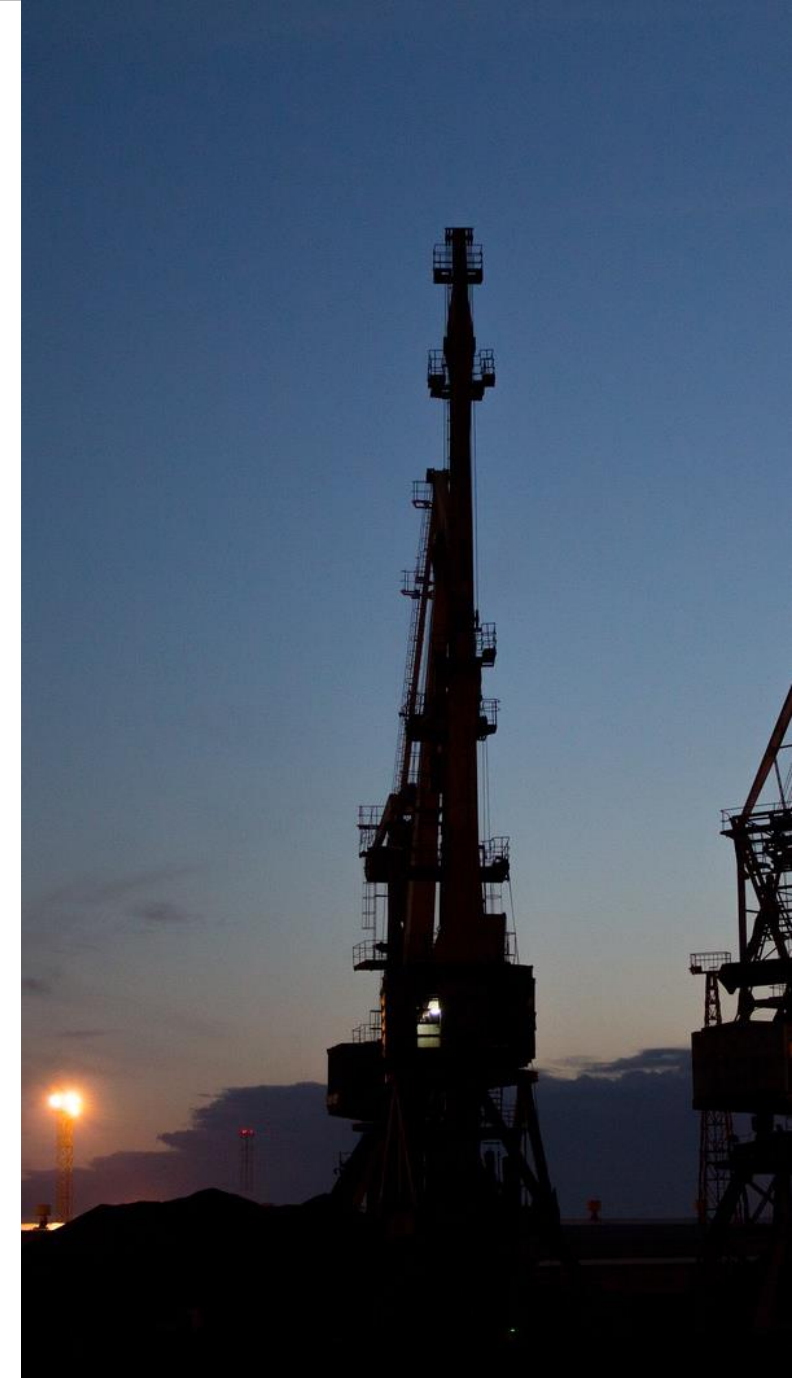
Kans van slagen

- Vergoeding van kansschade:
 - Onzeker is of er **schade is geleden**
 - Zeker is dat de mogelijke schade het gevolg is van de normschending
 - Oplossing: vergoeding van de verloren gegane kans
 - Uitgedrukt in percentage van totale schade
- Voorbeeld: AD heeft ten onrechte niet aanbesteed. Indien hij dat wel had gedaan, was ondernemer mogelijk als winnaar aangewezen. Ondernemer is kans op gunning opdracht misgelopen. Uitgaande van 5 inschrijvers, had hij $\frac{1}{5}$ kans op gunning van de opdracht. Vergoeding van $\frac{1}{5}$ van zijn misgelopen winst



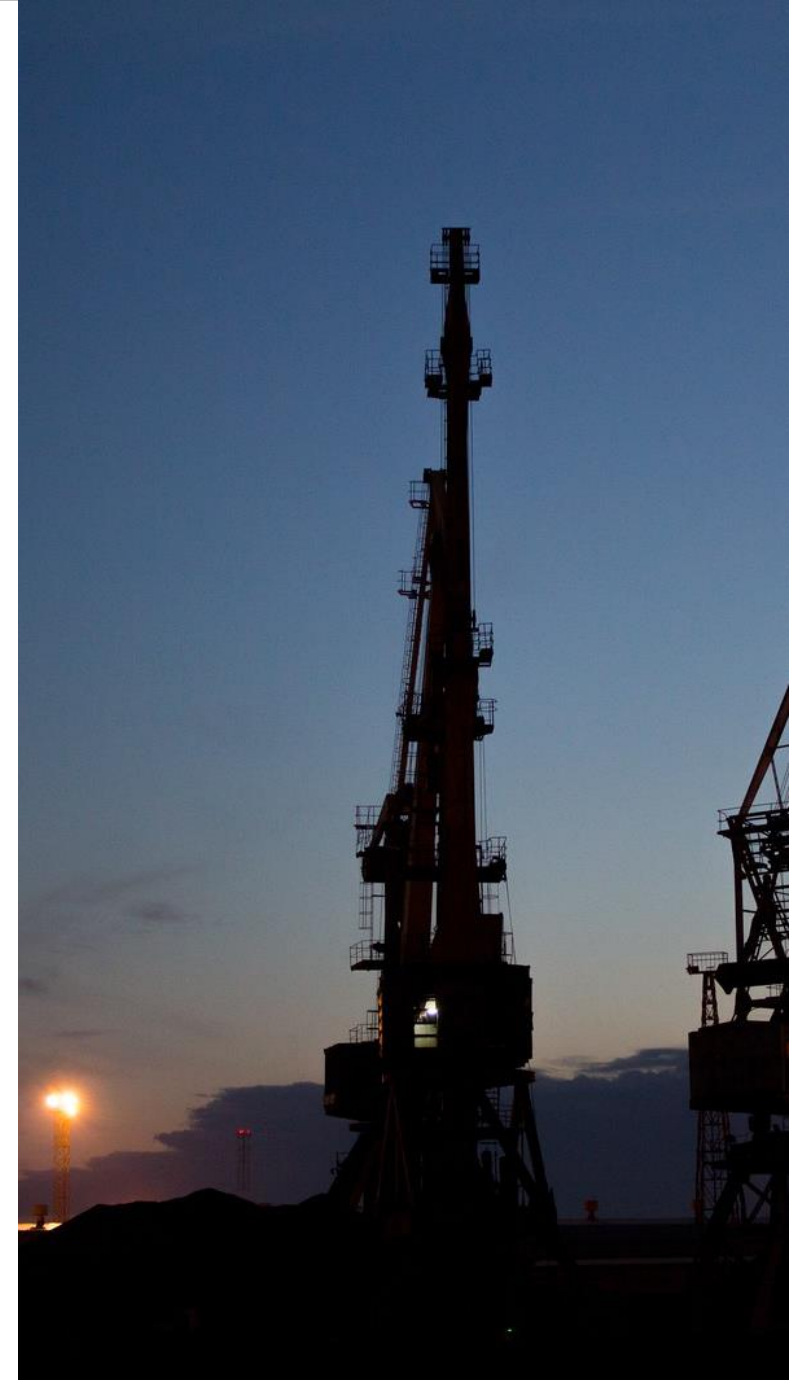
Toepassing in aanbestedingsrechtelijke context

- Bij aanbestedingsrechtelijke normschendingen:
 - Schade en causaal verband **staan vast**: vergoeding van alle schade als gevolg van de normschending
 - **Onzekerheid** over het bestaan van schade: vergoeding van de gemiste kans
 - De gemiste kans op gunning
 - En dus op het realiseren van winst
- Voorbeelden rechtspraak o.a. ECLI:NL:RBAMS:2011:BT1883, ECLI:NL:GHDHA:2015:2466, ECLI:NL:RBROT:2017:10927, ECLI:NL:RBNHO:2022:26



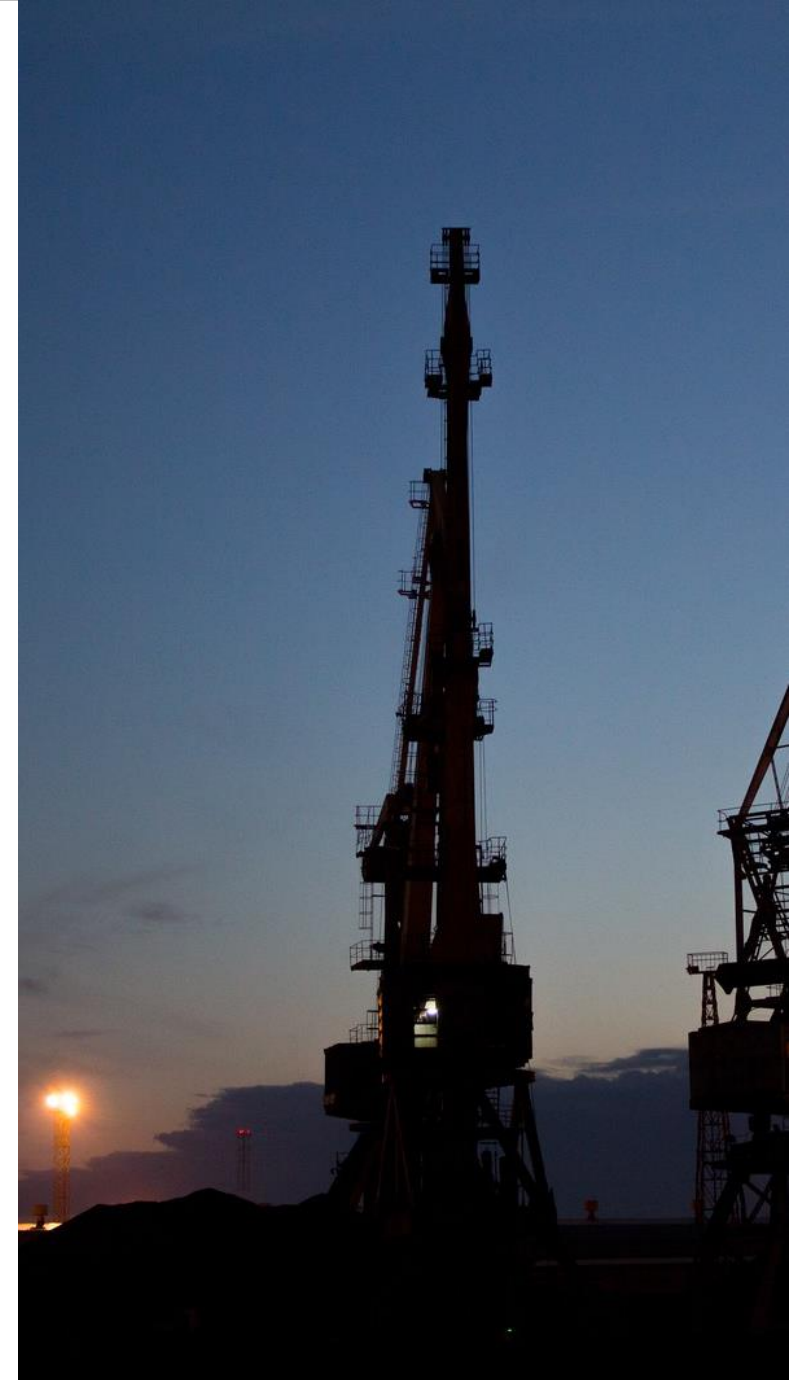
Toepassing in aanbestedingsrechtelijke context

- Wat moet de benadeelde achtereenvolgens onderbouwen:
 1. Dat een conditio-sine-qua-non verband bestaat tussen normschending en verloren gegane kans op gunning
 2. Dat ondernemer bij het uitblijven van de normschending een reële kans op gunning had gehad



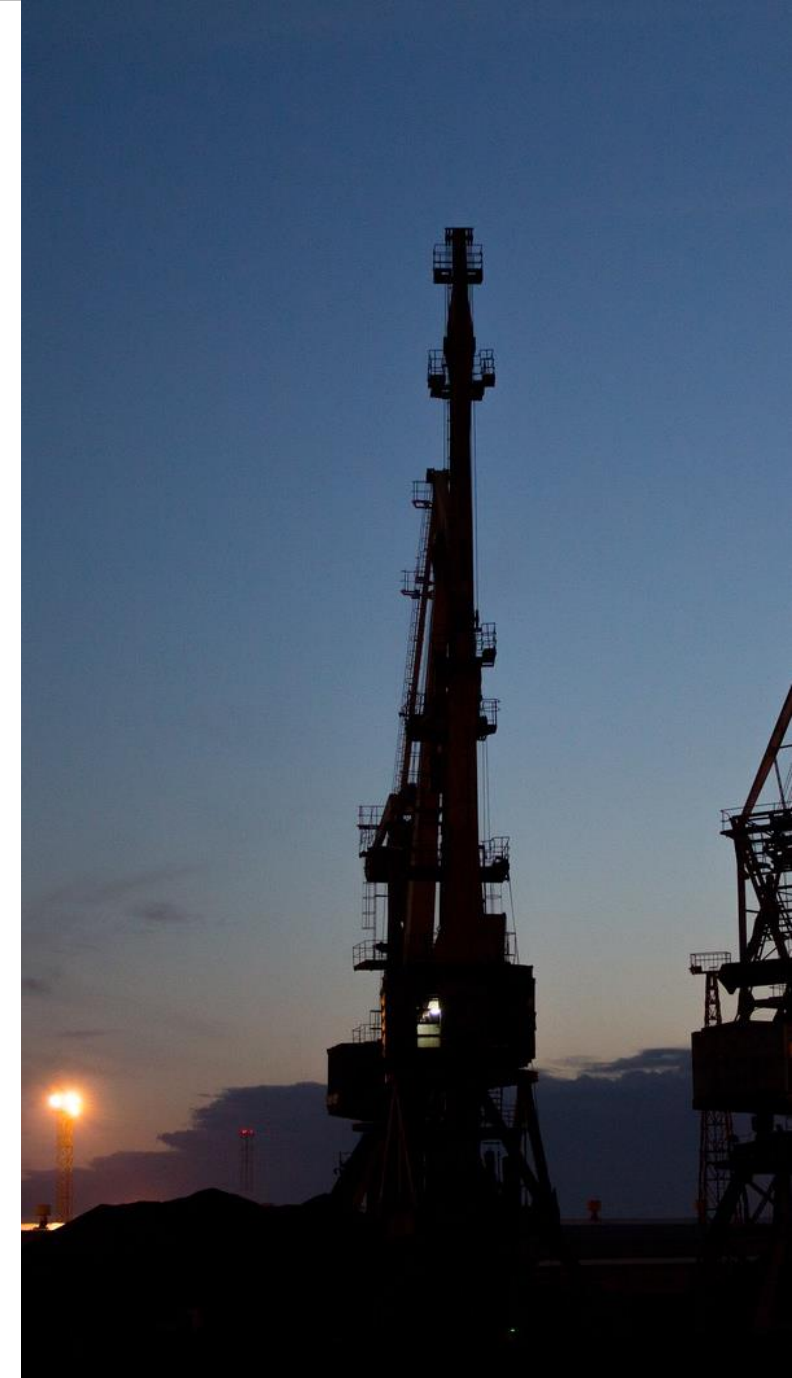
Toepassing in aanbestedingsrechtelijke context

- Concrete casus (Rb Midden-Nederland 17 april 2024, ECLI:NLL:RBMNE:2024:2256):
 - Ondernemers lopen langjarige concessies mis die NS Stations ten onrechte niet heeft aanbesteed
 - Zij vorderen vergoeding van hun schade, op de grond dat zij zouden hebben deelgenomen aan de aanbesteding en daarmee een kans zouden hebben gehad op het genereren van winst over de omzet



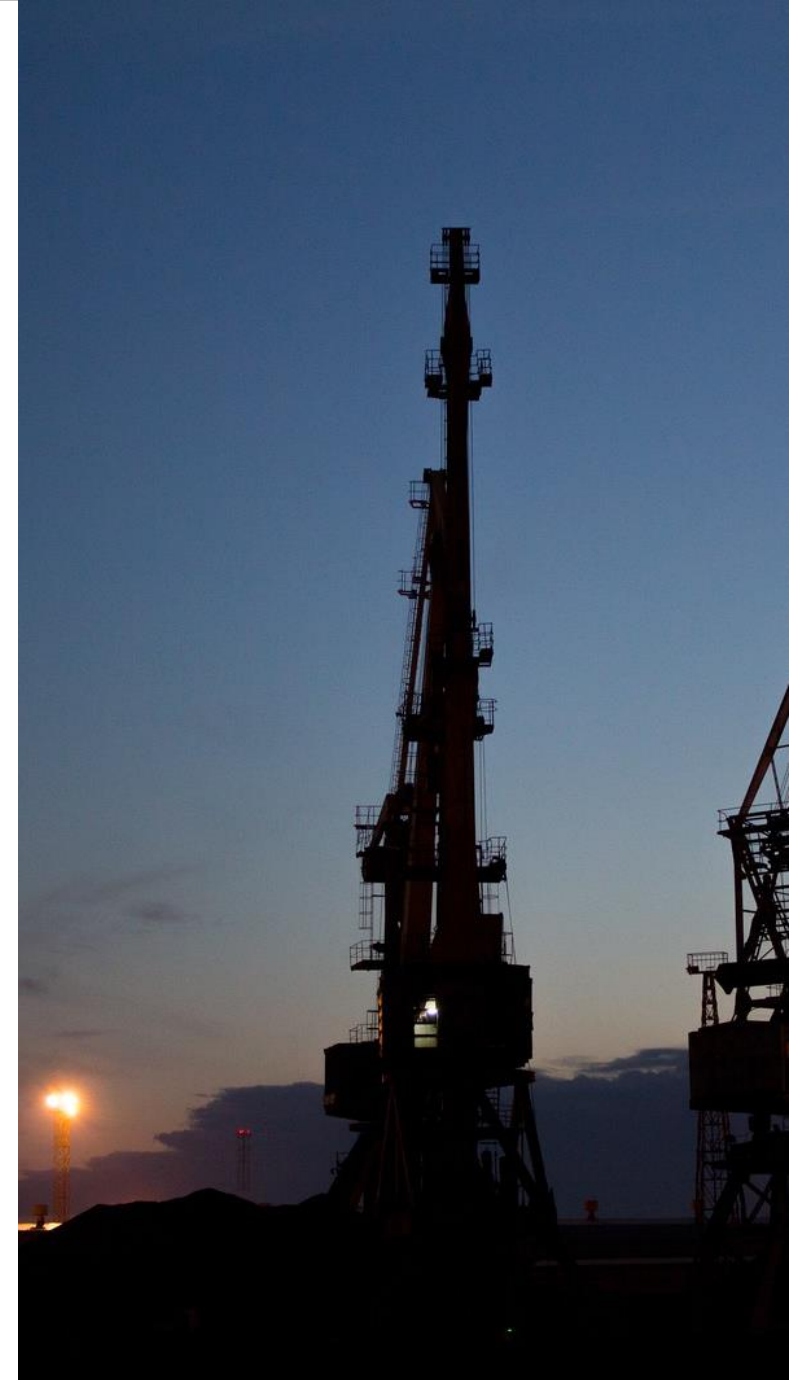
Toepassing in aanbestedingsrechtelijke context

- Stap 1 (conditio sine qua non)
 - Eenvoudige conclusie: daar is aan voldaan
 - Rb: *“Partijen verschillen daarover (terecht) niet van mening.”*
- Stap 2 (reële kans op gunning)
 - Dit verschilt per ondernemer
 - Rb: *“ (...) Voldoende is dat er sprake is van een niet zeer kleine/geringe kans op succes. Er moet (...) een bepaalde ondergrens worden gehaald om van een reële kans op succes te kunnen spreken. Waar de ondergrens ligt, (...) hangt af van de omstandigheden van het geval.”*
 - Vgl. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683 (tenzij kans nihil of zeer klein); zie in aanbestedingsrechtelijke context Hof Den Haag 22 september 2015, JAAN 2015/212



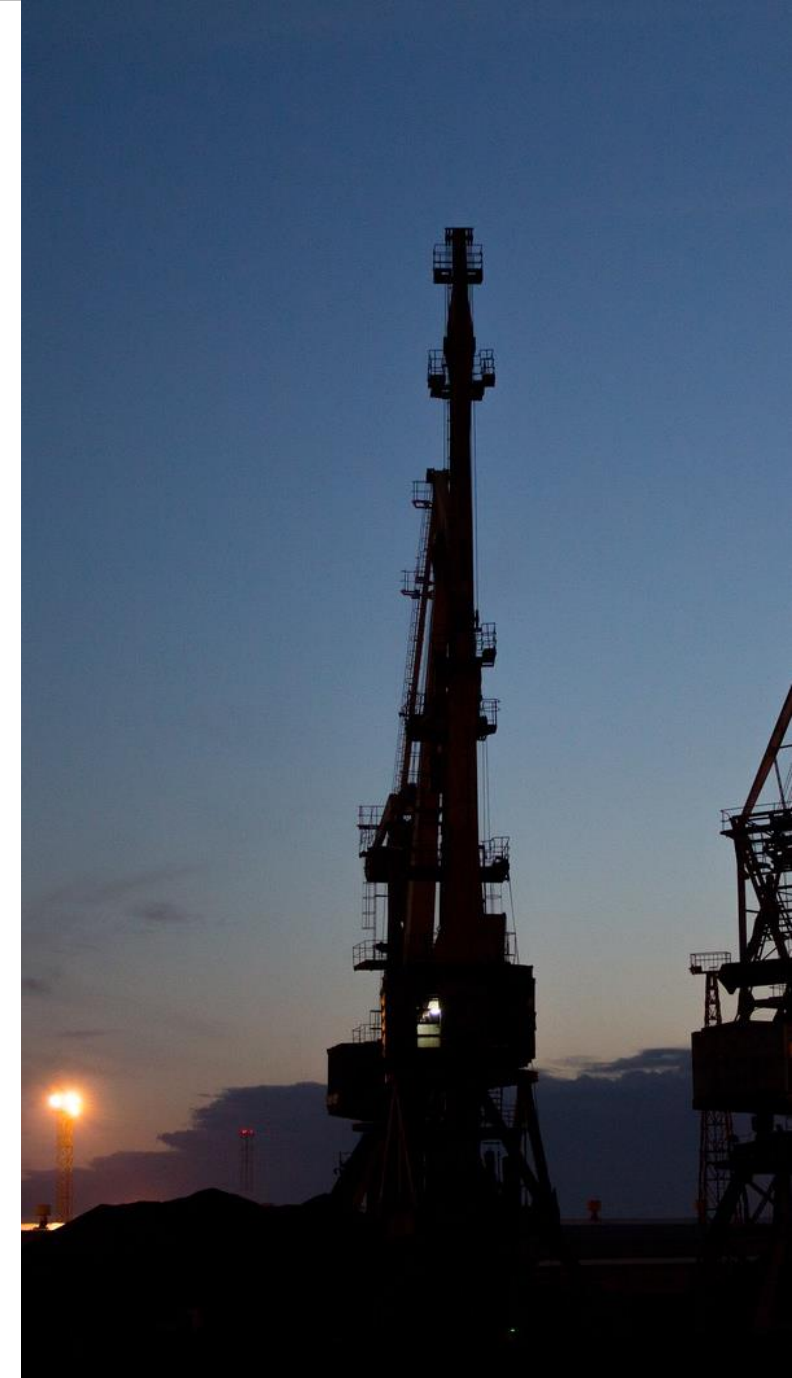
Toepassing in aanbestedingsrechtelijke context

- Stap 2 (reële kans op gunning) (vervolg)
 - Zou ondernemer aan de aanbesteding hebben deelgenomen?
 - Welke eisen zouden zijn gesteld en zouden ondernemers daaraan hebben voldaan?
 - I.c. ervaringseis en financieringseis
 - NS heeft in de onderhandse gunning hogere financieringseisen gesteld dan zij in een aanbesteding had gedaan
 - Hoeveel inschrijvers zouden er zijn geweest?
 - Welke kans op succes zou iedere individuele deelnemer hebben gehad?
 - Schatting conform art 6:97 BW



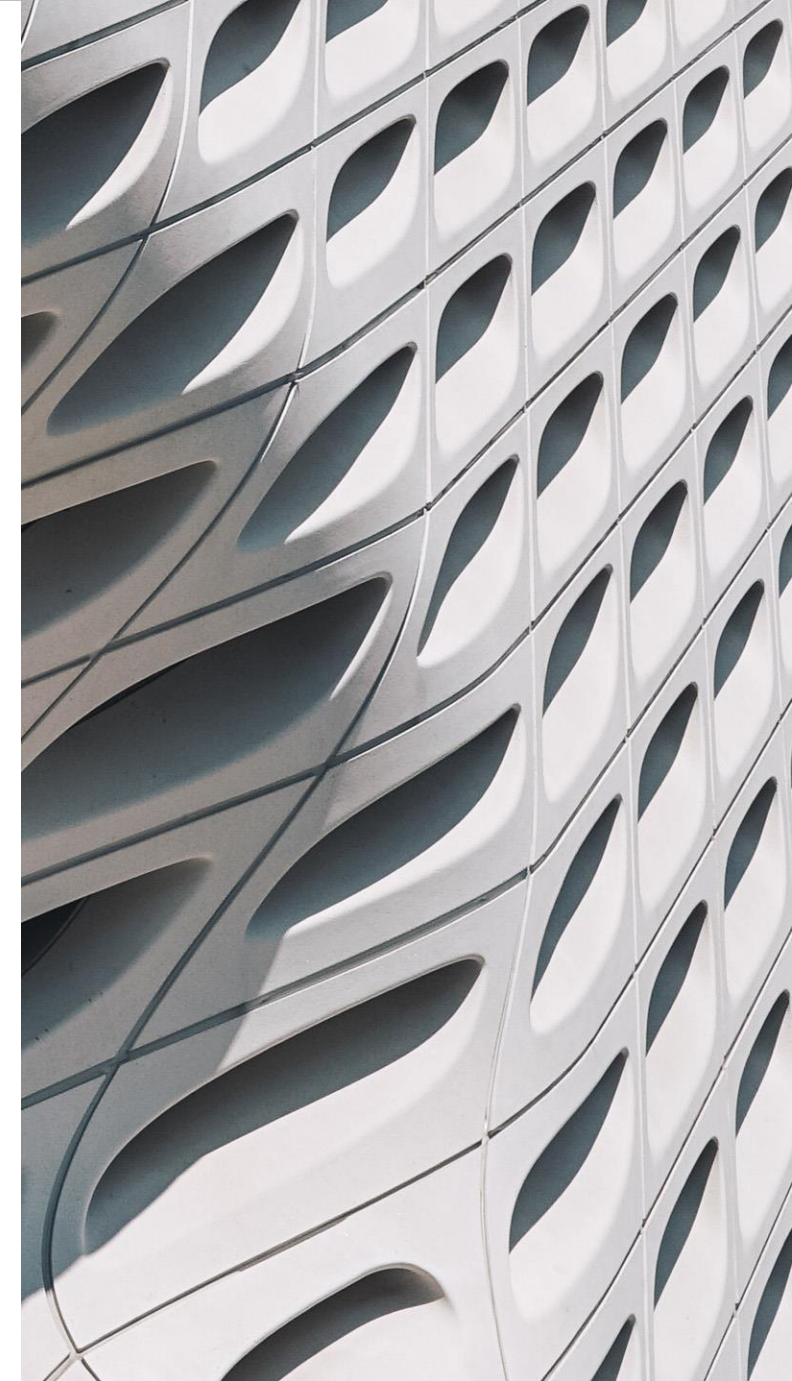
Toepassing in aanbestedingsrechtelijke context

- Stap 2 (reële kans op gunning) (vervolg)
 - Dan wordt het (echt) interessant, want:
 - Bij de ene concessie geen gelijke kansen, maar schatting aan de hand van **concrete** omstandigheden van het geval
 - Rb wijkt expliciet af van eerdere lijn dezelfde Rb (4 juli 2001, ECLI:NL:RBUTR:2001:ZL1173)
 - Rekening houden met volgende omstandigheden die kans beïnvloeden:
 - Gunningscriterium (hoogste afdracht), concurrentiedruk, verschillen in omvang, marktpositie en financiële draagkracht, positie zittende leverancier
 - Individuele schadebegroting die optelt tot 100%



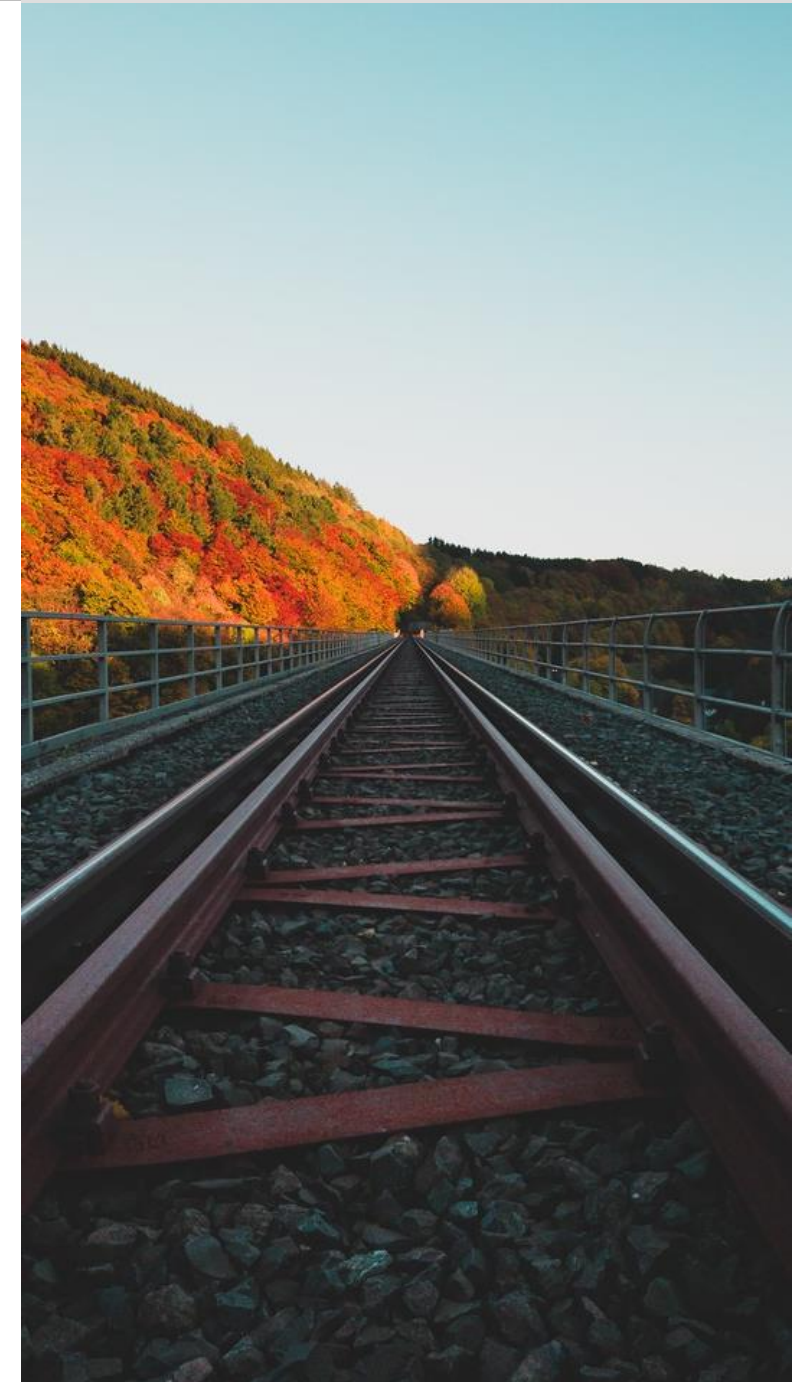
Begroting van de schade

- In beginsel concrete schadeberekening
- Abstracte methode in bijzondere gevallen en om redenen van billijkheid; wat is redelijk en doelmatig?
- Componenten die omzet concessie bepalen, zoveel mogelijk concreet beoordeeld:
 - omzetwaarde o.b.v. aantal reclaimedragers, vlakratio, bezettingsgraad, etc.
 - hoogte afdracht
 - operationele kosten
 - rentelast
 - invloed COVID



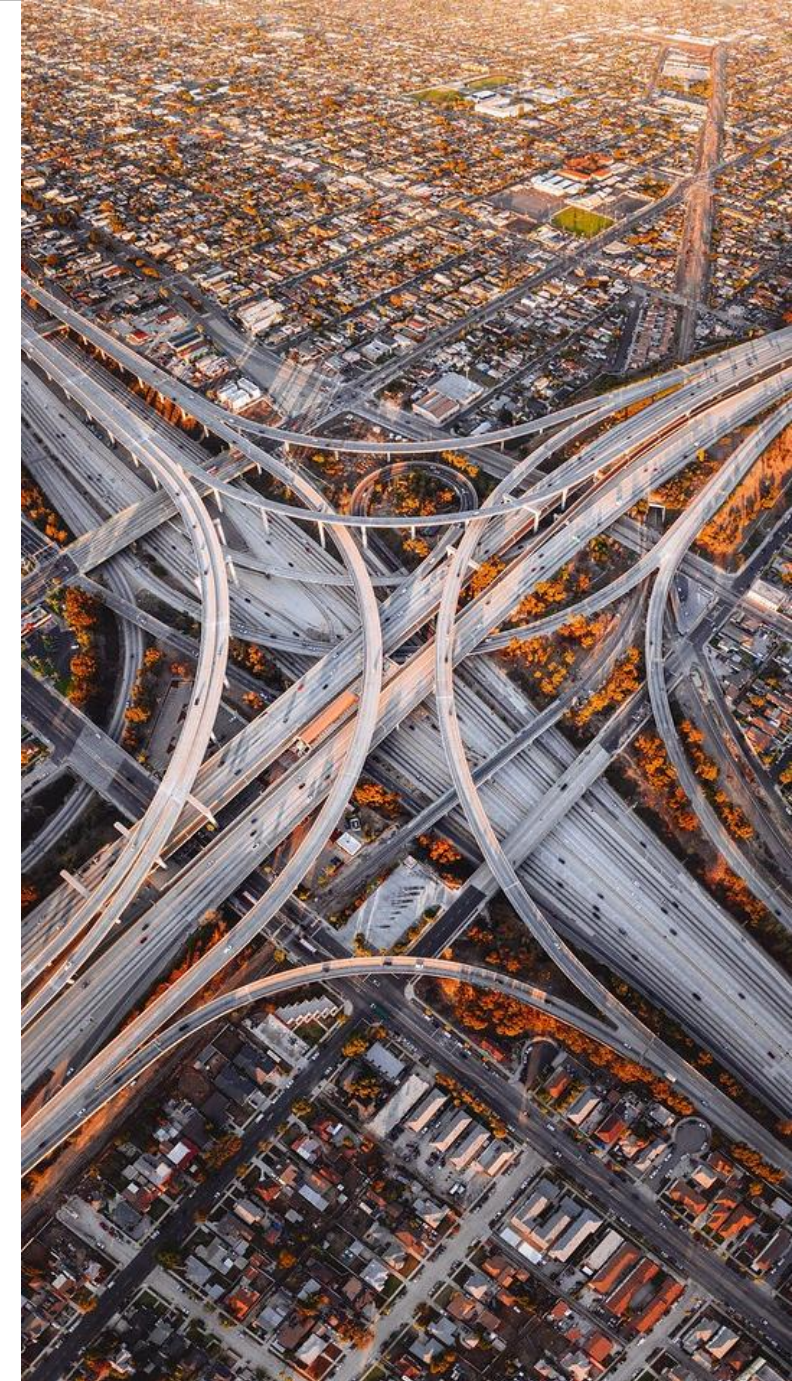
Benadering Europese rechter

- Zaak T-38/21
 - GvEA legt lat veel hoger:
 - Enkel een ondernemer die kan bewijzen dat hij de opdracht zonder normschending gegund had gekregen, komt voor schadevergoeding in aanmerking
- Dit is in feite geen vergoeding van een gemiste 'kans' op een opdracht, maar op het mislopen van de opdracht
- Geen reële ruimte bij Europese rechter voor vergoeding verloren kans



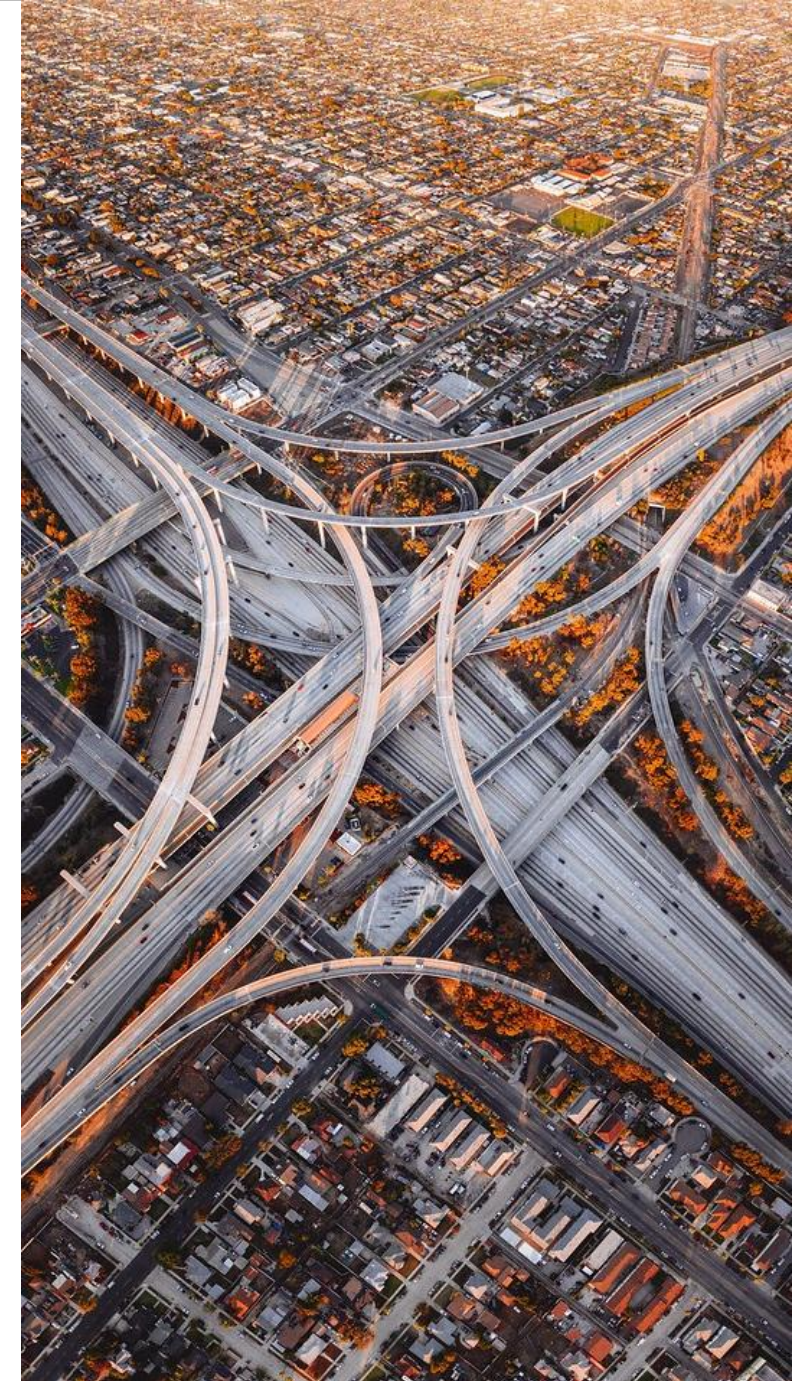
Lessen voor de praktijk

- Conditio-sine-qua-non verband meestal een gegeven
- Substantiële bewijslast voor benadeelde ondernemer t.a.v. reële kans op gunning
 - Met name bij uitblijven aanbesteding
- Verschillende gevalstypen, die in essentie wel neerkomen op vraag:
 - Loopt ondernemer gunning mis?
 - Of reële kans op gunning?
 - Heeft hij nodeloos kosten gemaakt die vergoed moeten worden?
- Een aantal gevalstypen:
 - AD heeft niet aanbesteed
 - Ondernemer niet geselecteerd
 - Inschrijver als tweede geëindigd, of juist als derde, vierde, etc.



Lessen voor de praktijk

- Klassieke benadering kansschade o.b.v. gelijke kansen voor alle inschrijvers op hypothetische aanbesteding niet langer een gegeven
- Het loont om de – grotere – misgelopen kans op gunning concreet te onderbouwen
 - Kans voor benadeelde ondernemer



Zijn er vragen?



Dank voor uw aanwezigheid!



Contactpersoon



Janet Meesters

Advocaat - Partner

T: +31 20 541 9248

janet.meesters@dlapiper.com

