

Algemeen juridisch, Aanbestedingsrecht

36

Rechtbank Den Haag
31 mei 2017, nr. C/09/515624/HA ZA 16-894,
ECLI:NL:RBDHA:2017:5836
(mr. Hartendorp)
Noot mw. mr. drs. M.E. Biezenaar

**Aanbesteding. Intrekking. Onderaannemer.
Onrechtmatige daad. Causaal verband.**

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.8, 1.9;
BW art. 6:162]

Intrekking van aanbesteding na voorlopige gunning op grond van onregelmatigheden in de procedure. Onderaannemer van een inschrijver vordert vergoeding van schade. Rechtbank oordeelt dat aanbestedingsrecht niet van toepassing is op rechtsverhouding tussen onderaannemer en RVB en voorts dat er geen causaal verband bestaat tussen aan RVB verweten gedragingen en de gestelde schade.

De besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Pectore B.V. (verder Pectore), eiseres tegen de publiekrechtelijke rechtspersoon De Staat der Nederlanden (Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties) (verder: het Rijksvastgoedbedrijf, RVB), gedaagde

Het RVB heeft een aanbestedingsprocedure gehouden voor een opdracht tot het aanbrengen van valveiligheidsvoorzieningen op een groot aantal panden. In de Leidraad heeft het RVB zich het recht voorbehouden om de aanbestedingsprocedure tussentijds af te breken en bepaald dat inschrijvers geen aanspraak kunnen maken op een tegemoetkoming in de kosten. Grontmij heeft deelgenomen met Pectore als onderaannemer. Het RVB heeft de opdracht gegund; de inschrijving van Grontmij is uitgesloten. Grontmij heeft de gunning bestreden met de stelling dat een medewerker van het RVB contact heeft gehad met

de winnende inschrijver. Het RVB heeft vervolgens de aanbesteding afgebroken omdat er meerdere onzorgvuldigheden in de procedure zijn gebleken. De beslissing dat de inschrijving van Grontmij moet worden uitgesloten, is door het RVB gehandhaafd.

Pectore heeft gevorderd dat de rechtbank voor recht verklaart dat het RVB onrechtmatig heeft gehandeld jegens Pectore en dat het RVB veroordeeld wordt tot vergoeding van de schade van Pectore (gemaakte kosten voor de aanbesteding, gemiste omzet). De onregelmatigheden in de procedure zijn te wijten aan het RVB en het RVB heeft daarmee gehandeld in strijd met de beginselen van transparantie en gelijkheid zoals verwoord in de artikelen 1.8 en 1.9 Aw en voorts in strijd met de zorgvuldigheid die van een aanbestedende dienst mag worden verwacht, aldus Pectore.

De rechtbank oordeelt dat het feit dat Pectore niet zelf als inschrijver heeft deelgenomen aan de aanbestedingsprocedure meebrengt dat Pectore niet zelfstandig kan opkomen tegen besluiten van het RVB in het kader van de aanbestedingsprocedure. De rechtsverhouding tussen Pectore en de Staat wordt niet beheerst door het aanbestedingsrecht, maar door de regels van de onrechtmatige daad. Voor het causaal verband tussen het gestelde onrechtmatig handelen en de schade, dient de positie waarin Pectore verkeert in het geval er sprake is van het gestelde onrechtmatig handelen vergeleken te worden met de positie van Pectore in het geval dat er geen onrechtmatige daad gepleegd zou zijn. Daarbij is relevant dat de inschrijving van Grontmij als ongeldig is aangemerkt en dat Grontmij niet tegen deze beslissing is opgekomen. Dit betekent dat de aanbestedingsprocedure niet tot gunning aan Grontmij – en indirect aan Pectore als onderaannemer – had kunnen leiden. Hierdoor bestaat er geen causaal verband tussen de aan het RVB verweten gedragingen en de door Pectore gestelde schade. Daar komt bij dat in de Leidraad expliciet bedongen is dat het RVB het recht heeft de aanbesteding tussentijds te beëindigen en dat kosten die gemaakt zijn in verband met de inschrijving niet in aanmerking komen voor vergoeding. Pectore heeft rekening kunnen en moeten houden met het risico dat voor haar voorbereidende werkzaamheden geen financiële compensatie geboden zou worden.

NOOT

I. Deze uitspraak in een bodemprocedure trekt de aandacht door het oordeel van de rechtbank dat op de relatie tussen de aanbestedende dienst en een onderaannemer van een inschrijver, niet het aanbestedingsrecht van toepassing is maar het 'gewone' verbintenissenrecht. Dit betekent dat de vordering moet worden getoetst aan de vijf criteria van de onrechtmatige daad (onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade, causaal verband en relativiteit). De vordering van deze onderaannemer strandt omdat het causaal verband ontbreekt: de offerte van de inschrijver was ongeldig en ook als de aanbestedende dienst geen fouten had gemaakt, had deze ongeldige offerte de aanbesteding niet kunnen winnen.

II. De uitspraak is aanleiding om de hoofdregels voor het intrekken van een aanbesteding kort uiteen te zetten. Het is vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EU (ECLI:EU:C:2014:2435, *Croce Amica/AREU*) dat een aanbestedende dienst niet alleen in uitzonderlijke gevallen van het gunnen van een opdracht mag afzien en dat een besluit daartoe niet noodzakelijkerwijs op gewichtige redenen moet berusten. De redenen voor de intrekking kunnen, aldus het Hof, verband houden met de beoordeling of met een wijziging van de economische en andere feitelijke omstandigheden of van de behoeften van de aanbestedende dienst. Een aanbestedende dienst heeft dus een grote mate van vrijheid om een aanbesteding in te trekken, maar dient daarbij de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht in acht te nemen. Dat betekent dat de stelling van een gemeente dat het haar onder alle omstandigheden vrij staat om, zonder dat daarvoor gewichtige redenen bestaan, een aanbestedingsprocedure in te trekken, niet kan niet worden gevolgd (Vzngr. Rechtbank Gelderland 7 april 2015 ECLI:NL:RBGEL:2015:3676). De aanbestedende dienst moet de intrekking motiveren.

III. Uit het arrest *Croce Amica* volgt dat een besluit tot intrekking integraal door de rechter moet kunnen worden getoetst aan de regels van Europees recht in verband met het beginsel dat tegen genomen besluiten van een aanbestedende dienst op doeltreffende wijze en vooral zo snel mogelijk beroep kan worden ingesteld als de aanbestedingsregels geschonden zijn. Dit

betekent dat de rechter de redenen voor de intrekking integraal toetst. Als de aanbestedende dienst de aanbesteding intrekt omdat de ontvangen inschrijvingen ongeldig zijn, beoordeelt de rechter de geldigheid van de inschrijvingen ten gronde (Vzngr. Rb. Midden-Nederland 7 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6517).

In dat kader is van belang dat in het aanbestedingsdocument is bepaald dat de aanbestedende dienst de aanbesteding mag afbreken en dat er geen kosten worden vergoed. Bij de afweging die de aanbestedende dienst moet maken, speelt mee dat de inschrijvers door in te schrijven met dit voorbehoud hebben ingestemd (zie bijv.

Vzngr. Rb. Den Haag, 5 oktober 2016,

ECLI:NL:RBDHA:2016:14439). De formulering

van de bepaling wisselt. In de uitspraak van 1 juli 2015 van de voorzieningenechter te Den Bosch had de aanbestedende dienst opgenomen slechts bij hoge uitzondering te zullen besluiten om de opdracht niet te gunnen

(ECLI:NL:RBOBR:2015:3932). Bij een formulering als deze ligt de lat voor de aanbestedende dienst natuurlijk hoger. Het is voor een aanbestedende dienst aan te raden de mogelijkheid om de aanbesteding af te breken altijd op te nemen en na te denken over de striktheid van de formulering die voor de betreffende aanbesteding gewenst is.

V. Aandachtspunt is ook dat het al dan niet onrechtmatig zijn van de intrekking van de aanbesteding afhankelijk kan zijn van de vervolgactie van de aanbestedende dienst. Een nieuwe aanbesteding van dezelfde opdracht kan onder omstandigheden betekenen dat de aanbestedende dienst de opdracht aan de winnende inschrijver had behoren te gunnen (Vzngr. Rb. Midden-Nederland 11 januari 2017,

ECLI:NL:RBMNE:2017:280). Vóór het intrekken van een aanbesteding moet de aanbestedende dienst zich afvragen wat zij zal doen met de opdracht die nu niet wordt gegund.

M.E. Biezenaar