

University of Groningen

Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures

van Heeswijck, Arthur Jeffrey

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van Heeswijck, A. J. (2014). *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

4 | De schadevergoedingsvordering

1 INLEIDING

In de twee voorgaande hoofdstukken is het Europees- en het nationaalrechtelijk kader besproken voor de rechtsbescherming van inschrijvers bij aanbestedingen. Daarmee ben ik aanbeland bij de behandeling van de specifieke maatregelen die door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen worden voorgeschreven.

In dit hoofdstuk vindt de aftrap plaats met de behandeling van de schadevergoedingsvordering. Pas in het volgende hoofdstuk komen de – in de praktijk veel belangrijkere – voorlopige maatregelen aan bod. De reden voor de gekozen volgorde is dat de voorwaarden voor het opleggen van voorlopige maatregelen in belangrijke mate zijn ontleend aan die voor de toekenning van schadevergoeding. Hoofdstuk 5 bouwt dus voort op hoofdstuk 4.

Hierna wordt in paragraaf 2 eerst aandacht besteed aan de voorwaarden voor de vestiging van aansprakelijkheid van de aanbesteder. Vervolgens komen in paragraaf 3 de regels voor de bepaling van de omvang van de schade en de vaststelling van de vergoedingsplicht aan de orde. Paragraaf 4 is gewijd aan bewijs. Daarbij komen ook de wettelijke mogelijkheden aan bod voor inschrijvers om bewijs te vergaren. In paragraaf 5 besteed ik tot slot aandacht aan de vordering tot vergoeding van offertekosten jegens een speciale-sectorbedrijf.

De verschillende onderwerpen zullen zoveel mogelijk geïntegreerd worden behandeld. Dit houdt in dat bij de uitwerking van de verschillende aspecten rekening wordt gehouden met zowel de eisen die het Unierecht aan ons nationale rechtstelsel stelt, als met de voorwaarden die uit het verbintenissenrecht en het bestuursrecht voortvloeien.

2 DE VESTIGING VAN AANSPRAKELIJKHEID VAN DE AANBESTEDER

2.1 INLEIDING

De eerste fase van de beoordeling van een schadevergoedingsvordering van een inschrijver is de vestiging van aansprakelijkheid van de aanbesteder. De voorwaarden die daarvoor gelden komen in deze paragraaf aan de orde. In paragraaf 2.2 komt de grondslag van aansprakelijkheid van aanbesteders aan bod. In paragraaf 2.3 worden de voorwaarden voor aansprakelijkheid

van aanbesteders op grond van onrechtmatige daad besproken en in paragraaf 2.4 de voorwaarden voor toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de aanbestedingsovereenkomst.

2.2 DE GRONDSLAG VOOR AANSPRAKELIJKHEID

Artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren gebiedt lidstaten ervoor te zorgen dat de aangewezen beroepsinstantie de bevoegdheid heeft om “schadevergoeding toe te kennen aan degenen die door een inbreuk schade hebben geleden”.¹ De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zwijgen over de voorwaarden voor toekenning van schadevergoeding.² In hoofdstuk 2 is gewezen op de tegenstrijdigheid van de jurisprudentie van het HvJ over deze kwestie.³ In *Van Spijker* overwoog het HvJ dat artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren een concretisering is van het beginsel van lidstaataansprakelijkheid, terwijl het ongeveer twee maanden daarvoor nog had geoordeeld dat de vaststelling van de voorwaarden voor aansprakelijkheid aan de procedurele autonomie van lidstaten is overgelaten. Ik heb betoogd dat het HvJ in *Strabag* voor de juiste benadering heeft gekozen. Voor Nederland is deze discussie echter minder interessant. Want het HvJ heeft weliswaar zelf invulling gegeven aan de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid, maar het heeft tegelijkertijd bepaald dat als op grond van het nationale recht gunstigere voorwaarden gelden, toepassing moet worden gegeven aan die nationale regels.⁴ Dit uitgangspunt is in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen nog eens expliciet tot uitdrukking gebracht.⁵ Het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht is, aangescherpt door de specifieke eisen die voortvloeien uit de jurisprudentie van het HvJ over de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, gunstiger voor inschrijvers dan de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid, zodat het nationale recht moet worden toegepast.⁶ De betekenis van de jurisprudentie van het HvJ over lidstaataansprakelijkheid voor de aansprakelijkheid van aanbestedende diensten is dus gering.

De rechtsverhouding tussen aanbesteder en inschrijvers kwalificeert als een precontractuele rechtsverhouding. Naar Nederlands recht geldt artikel 6:162 BW als voornaamste grondslag voor aansprakelijkheid van aanbesteders voor schending van de aanbestedingsregels. Voor aanbesteders die geen overheden zijn spreekt dit voor zich, maar niet voor overheden. Voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van overheden moet namelijk onderscheid worden gemaakt tussen bestuursrechtelijk en privaatrechtelijk

1 Zie ook art. 2 lid 1 sub d Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

2 Zie ook Caranta 2011a, p. 70; Treumer 2006, p. 164; Leffler 2003, p. 156. Zie echter art. 2 lid 7 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren, waarover hierna § 5.

3 Zie hoofdstuk 2 § 3.2.5.4.

4 Zie hoofdstuk 2, § 2.7.

5 Art. 1 lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijnen.

6 Zie in algemene zin hierover Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 343; Scheltema & Scheltema 2008, p. 309; Meijer 2007, p. 83-118.

optreden.⁷ De aansprakelijkheid van overheden voor gedragingen die kenmerkend zijn voor de overheid wordt beheerst door het publiekrecht.⁸ In privaatrechtelijke verhoudingen is artikel 6:162 BW van toepassing. Een gunningsbeslissing is geen besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb en het sluiten van een overeenkomst na een aanbesteding is niet kenmerkend voor een overheid.⁹ Dit betekent dat de handelingen en gedragingen van alle aanbesteders, of zij overheid zijn of niet, moeten worden beoordeeld aan de hand van de voorwaarden van artikel 6:162 BW.

2.3 DE VOORWAARDEN VOOR AANSPRAKELIJKHEID VAN AANBESTEDERS OP GROND VAN ONRECHTMATIGE DAAD

2.3.1 Inleiding

Voor de vestiging van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad moeten vijf voorwaarden worden vervuld. Er moet sprake zijn van een onrechtmatige daad, toerekenbaarheid, schade, causaal verband en relativiteit. Deze voorwaarden worden hierna achtereenvolgens in relatie tot aansprakelijkheid van aanbesteders voor schending van de aanbestedingsregels uitgewerkt.

2.3.2 Onrechtmatige daad

Artikel 6:162 lid 2 BW onderscheidt drie aansprakelijkheidsgronden: een inbreuk op een recht, een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht en een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De aansprakelijkheidsgrond 'inbreuk op een recht' is voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van een aanbesteder niet relevant en blijft om die reden buiten beschouwing. Onder een 'wettelijke plicht' in de zin van artikel 6:162 lid 2 BW valt elk algemeen verbindend, door het bevoegde gezag uitgevaardigd rechtsvoorschrift, zoals een wet in formele zin, een algemene maatregel van bestuur, een verordening of rechtstreeks werkend Unierecht.¹⁰ Kenmerkend voor wettelijke voorschriften is dat reeds een belangenafweging heeft plaatsgevonden.¹¹ Bij een overtreding van een 'wettelijke plicht' is de onrechtmatigheid van de gedraging, behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond, dus gegeven. Wanneer de eiser een doen of nalaten in strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidnorm aan zijn vordering

7 Scheltema & Scheltema 2008, p. 345.

8 ABRvS 6 mei 1997, AB 1997, 229 (Van Vlodrop), m.nt. Van Buuren.

9 Zie ook hoofdstuk 3, § 2.2 en § 4.3.

10 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 44.1; Scheltema (Onrechtmatige overheidsdaad), aant. 155-156.

11 Van Maanen & De Lange 2005, p. 61.

ten grondslag legt, moet die belangenafweging nog door de rechter plaatsvinden.¹² Voor de vaststelling van de onrechtmatigheid van de gedraging kan het voor de eiser dus aantrekkelijk zijn een schending van een wettelijke plicht aan zijn vordering ten grondslag te leggen.

Handelen in strijd met ongeschreven zorgvuldigheidsnormen, de derde grond voor aansprakelijkheid, is na het beroemde arrest *Lindenbaum/Cohen* in de wet terechtgekomen.¹³ Het bestaan en de precieze inhoud van een zorgvuldigheidsnorm zal steeds per geval moeten worden nagegaan.¹⁴ Voor overheden worden die zorgvuldigheidsnormen ingekleurd door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹⁵ Wanneer een gecodificeerd algemeen beginsel wordt geschonden, is sprake van een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht.¹⁶

Een schending door een aanbestedende dienst van een of meer voorschriften van de Aanbestedingswet 2012 kan worden beschouwd als een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht.¹⁷ Bij een schending van de Aanbestedingswet 2012 is de onrechtmatigheid van de gedraging dus gegeven. Artikel 6:162 BW lijkt daarmee betere rechtsbescherming te bieden dan het beginsel van lidstaataansprakelijkheid, dat voor de vestiging van aansprakelijk een 'voldoende gekwalificeerde schending' vereist. Overigens erkent artikel 6:162 lid 2 BW nog wel de mogelijkheid van een rechtvaardigheidsgrond voor een gedraging die in beginsel onrechtmatig is, maar de aanwezigheid daarvan is bij een schending van de Aanbestedingswet 2012 moeilijk voorstelbaar. De Aanbestedingswet 2012 bepaalt namelijk zelf al wanneer afwijking van de aanbestedingsregels is toegestaan.¹⁸ Behoudens de toepasselijkheid van een in de Aanbestedingswet 2012 genoemde uitzonderingsgrond, die restrictief moet worden geïnterpreteerd, is afwijking van de aanbestedingsregels niet toegestaan. Een schending van de Aanbestedingswet 2012 is zonder meer onrechtmatig. In voorkomend geval kan een aanbestedende dienst slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden aan de vaststelling van een onrechtmatige daad ontsnappen. Een spaarzaam voorbeeld biedt *Gebr. Van der Stroom/Staat*. In deze zaak strandde een schadevergoedingsvordering van een inschrijver uit

12 Van Maanen & De Lange 2005, p. 61. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 74-80. Zie voor een voorbeeld waarin het verschil tussen toetsing aan een 'wettelijke plicht' en een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm duidelijk tot uiting komt HR 9 januari 1981, *NJ* 1981, 227.

13 HR 31 januari 1919, *NJ* 1919, p. 161 (*Lindenbaum/Cohen*). Zie over dit arrest Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 42.

14 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 57.

15 Zie hiervoor hoofdstuk 3 § 4.2.

16 Scheltema (Onrechtmatige overheidsdaad), aant. 156. Zie ook A-G Mok voor HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (provincie Zeeland/Hoondert), punt 2.4.

17 Aldus ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 621; Niersman & Orobio de Castro 2008, p. 22; Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 49.

18 Zie bijv. art. 2.32-2.36 Aanbestedingswet 2012 voor uitzonderingen op de aanbestedingsplicht en art. 2.71 lid 4 en art. 2.72 Aanbestedingswet 2012 voor toegestane afwijkingen van termijnen en art. 2.76 lid 5 Aanbestedingswet 2012 voor verwijzingen in technische specificaties naar o.a. fabricaten, merken en keurmerken.

hoofde van onrechtmatige daad op de uitdrukkelijke toestemming die de betrokken inschrijver had verleend voor de gedraging van de aanbestedende dienst die strijd opleverde met de aanbestedingsregels.¹⁹

De Aanbestedingswet 2012 bevat gedetailleerde regels voor de aanbesteding van overheidsopdrachten. Toch kan ook bij aanbestedingen waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, behoefte bestaan aan toepassing van een andere aansprakelijkheidsgrond dan ‘een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht’. Dit kan in de eerste plaats het geval zijn bij een beroep van een inschrijver op een algemeen beginsel dat niet is gecodificeerd.²⁰ Dit kan in de tweede plaats het geval zijn bij nationale aanbestedingen. De Aanbestedingswet 2012 bevat hiervoor namelijk slechts ‘uitgangspunten’ in plaats van gedetailleerde procedurevoorschriften voor alle fasen van de aanbestedingsprocedure. In alle situaties waarin geen schending van een wettelijke plicht kan worden vastgesteld, moet toetsing plaatsvinden aan ongeschreven zorgvuldigheidsnormen.²¹

Bij aanbestedingen waarop de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing is, ontbreken concrete wettelijke voorschriften waaraan de gedragingen van de aanbesteder kunnen worden getoetst. Dit geldt voor aanbestedingen door particulieren. In die situaties zijn de ongeschreven zorgvuldigheidsnormen de enige toetssteen. Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van particuliere aanbesteders zal de rechter van geval tot geval moeten nagaan of er een regel bestaat en of die regel is geschonden.²² In het vorige hoofdstuk heb ik betoogd dat een particulier die vrijwillig een aanbesteding organiseert, gehouden is inschrijvers gelijk te behandelen en transparantie te betrachten.²³ Ik heb tevens aangegeven dat gebondenheid aan deze beginselen een uitgangspunt is, maar dat het de particuliere aanbesteder in beginsel vrijstaat zich geheel of gedeeltelijk vrij te tekenen.²⁴ Bovendien is de hoedanigheid van de aanbesteder een factor die bepalend is voor de mate van gebondenheid aan de algemene beginselen, in het bijzonder aan het transparantiebeginsel.²⁵ De beoordeling van de aansprakelijkheid van een particuliere aanbesteder vergt hierdoor een complexe afweging van alle omstandigheden van het geval.

19 HR 4 november 2005, NJ 2006, 204 (Gebr. Van der Stroom/Staat), m.nt. Mok, r.o. 4.1.3.

20 Te denken valt aan het transparantiebeginsel in meervoudig onderhandse procedures. Voorts valt te denken aan het objectiviteitsbeginsel en het concurrentiebeginsel. Onzeker is of dit laatste beginsel als afzonderlijk rechtsbeginsel kan worden onderscheiden. In ontkennende zin Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 31.

21 Daarnaast kan de inschrijver zijn vordering mogelijk baseren op wanprestatie. Zie hierna § 2.4.

22 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 57.

23 Zie hoofdstuk 3, § 3.2.4.4.

24 Zie hoofdstuk 3, § 3.2.4.4.

25 Zie hoofdstuk 3, § 3.2.5.3.

2.3.3 Toerekening

Met toerekening wordt een verband gelegd tussen de dader en zijn gedraging.²⁶ Toerekening van een onrechtmatige gedraging kan op drie gronden plaatsvinden: schuld, wet en verkeersopvattingen.²⁷ Schuld houdt persoonlijke verwijtbaarheid in en wordt subjectief uitgelegd. De dader had gelet op zijn capaciteiten anders kunnen en moeten handelen.²⁸

Toerekening krachtens de wet vindt in verschillende bepalingen plaats, bijvoorbeeld in artikel 6:165 BW, dat betrekking heeft op onrechtmatige daden die zijn begaan onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming.

Voor toerekening is persoonlijke verwijtbaarheid of een expliciete wettelijke bepaling niet altijd vereist. Toerekening krachtens verkeersopvattingen, de derde grond voor toerekening, dient er mede toe gerechtvaardigde aansprakelijkheid op reële wijze te funderen, zonder het begrip 'schuld' tot in het extreme op te rekken.²⁹ 'Verkeersopvatting' is een vaag begrip. Aanknopingspunten voor de invulling van de verkeersopvattingen kunnen worden ontleend aan argumenten die ten grondslag liggen aan de in de wet geregelde gevallen van buitencontractuele aansprakelijkheden.³⁰ Belangrijke aanknopingspunten zijn voorts de hoedanigheid van de dader en de aard van de gedraging.³¹ De status van overheid kan een relevante hoedanigheid zijn,³² in het bijzonder wanneer de onrechtmatige gedraging in direct verband staat met de uitoefening van een overheidstaak. Wanneer dit verband niet aanwezig is en de hoedanigheid van overheid een toevalligheid is, denk aan de veroorzaking van een verkeersongeval door een dienstauto, dan is er in beginsel geen aanleiding aan de hoedanigheid van overheid betekenis toe te kennen en zouden voor toerekening dezelfde maatstaven moeten gelden als voor private (rechts)personen.³³ Dit is echter weer anders, wanneer een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur is geschonden, ook wanneer de gedraging niet kenmerkend voor de overheid. Bij schending van algemene beginselen van behoorlijk bestuur is toerekening aan de betrokken overheid namelijk in beginsel gegeven.³⁴ Bij de hoedanigheid van de dader kan ook deskundigheid een rol spelen.

Voor het aanknopingspunt van de aard van de gedraging kan onder meer betekenis toekomen aan het risicoverhogende karakter van de onrechtmatige gedraging. Als een gedraging een bijzonder risico in het leven roept,

26 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 98; Sieburgh 2000, p. 149-153 en p. 221. Zie ook Van Maanen & De Lange 2005, p. 76.

27 Art. 6:162 lid 3 BW.

28 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 100 en nr. 103.

29 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 121.

30 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 123; Sieburgh 2000, p. 217-218.

31 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 124-125; Sieburgh 2000, p. 220-226.

32 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 124.

33 Scheltema & Scheltema 2008, p. 346-347.

34 Scheltema (Onrechtmatige overheidsdaad), aant. 174.

kunnen de gevolgen van de verwezenlijking van dit risico naar verkeersopvattingen worden toegerekend aan degene die het risico in het leven heeft geroepen.³⁵ Daarnaast kan profijt een rol spelen bij toerekening krachtens verkeersopvattingen.

Er is geen bijzondere regel op grond waarvan een schending van de aanbestedingsregels aan de aanbesteder kan worden toegerekend. Onzeker is of voor toerekening krachtens verkeersopvattingen plaats is. Deze vraag is niet zonder belang. Er zijn namelijk situaties denkbaar waarin de aanbesteder geen persoonlijk verwijt kan worden gemaakt van de schending, zodat voor toerekening op grond van schuld geen plaats is en de verkeersopvattingen als enige grond voor toerekening overblijven. Te denken valt aan de situatie waarin de opdracht wordt gegund aan een inschrijver die valse verklaringen heeft ingediend en van deelname had moeten worden uitgesloten.

Voor Europese aanbestedingen is de opgeworpen vraag eenvoudig te beantwoorden. Het HvJ heeft in *Strabag* geoordeeld dat artikel 2 lid sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren zich verzet tegen een nationale regeling die de toekenning van schadevergoeding afhankelijk stelt van de schuld van de aanbestedende dienst.³⁶ De enkele inbreuk op de aanbestedingsregels volstaat dus voor de vestiging van aansprakelijkheid van de aanbestedende dienst. Disculpatie is niet mogelijk. Aangenomen mag worden dat voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van speciale-sectorbedrijven hetzelfde geldt. Artikel 2 lid 1 sub d van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren stemt weliswaar niet woordelijk overeen met zijn equivalent in de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren, maar inhoudelijk zijn er geen verschillen te ontdekken. Het door het HvJ in *Strabag* voorgeschreven resultaat van automatische toerekening van schendingen van de aanbestedingsregels aan de aanbestedende dienst kan in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht eenvoudig worden bereikt door het begrip 'verkeersopvattingen' in artikel 6:162 lid 3 BW richtlijnconform te interpreteren.³⁷

Voor nationale en particuliere aanbestedingen is de vraag of er plaats is voor toerekening van een schending van de aanbestedingsregels krachtens verkeersopvattingen minder eenvoudig te beantwoorden. Ik meen in de aard van de gedraging aanknopingspunten voor een bevestigend antwoord te kunnen vinden. Door een aanbesteding te organiseren neemt de kans van de aanbesteder op het sluiten van een economisch zo voordelig mogelijke overeenkomst toe.³⁸ De aanbesteder heeft dus profijt van het organiseren van een aanbesteding. Het profijtbeginsel ligt aan verschillende regelingen

35 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 125.

36 HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*), r.o. 34.

37 Zie over richtlijnconforme interpretatie hoofdstuk 2, § 3.5.4.

38 Zie hoofdstuk 3, § 3.2.4.2.

voor buitencontractuele aansprakelijkheid ten grondslag.³⁹ Toerekening van een onrechtmatige gedraging in een aanbestedingsprocedure aan de aanbesteder krachtens verkeersopvattingen past daardoor goed in het systeem van buitencontractuele aansprakelijkheid.⁴⁰

De hoedanigheid van de aanbesteder levert naar mijn mening in het algemeen geen aanknopingspunten op voor toerekening krachtens verkeersopvattingen. Deelnemers aan aanbestedingen zijn door hun ervaring met eerdere aanbestedingen vaak ten minste even deskundig als de aanbesteder. De status van overheid is in beginsel evenmin een relevante hoedanigheid. Het sluiten van een overeenkomst voor de uitvoering van een werk, een dienst of leveringen is immers niet kenmerkend voor overheden.⁴¹ Dit uitgangspunt leidt uitzondering, wanneer de aanbesteder een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur heeft geschonden. Een schending van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur moet krachtens verkeersopvattingen aan de betrokken overheid worden toegerekend.

2.3.4 Schade en causaliteit

Voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad moet voorts sprake zijn van schade, die bovendien in causaal verband staat met de onrechtmatige daad. Beide vereisten komen tot uitdrukking in artikel 6:162 lid 1 BW en zijn uitgewerkt in Titel 10, Afdeling 10 van Boek 6 van het BW, die betrekking heeft op de bepaling van de omvang van de schadevergoeding.

Met schade is feitelijk nadeel bedoeld.⁴² Het begrip 'schade' wordt hierna in paragraaf 3.3.1 uitgewerkt.

De vaststelling van causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade geschiedt in twee stappen. Eerst wordt met behulp van het vereiste van het *condicio sine qua non*-verband nagegaan of de onrechtmatige daad een noodzakelijke ontstaansvoorwaarde is voor de schade. De te beantwoorden vraag is of de schade zonder de onrechtmatige gedraging ook zou zijn ontstaan.⁴³ Als deze vraag bevestigend moet worden beantwoord, ontbreekt het *condicio sine qua non*-verband. De aanwezigheid van causaal verband kan vaak niet met absolute zekerheid worden vastgesteld. Absolute zekerheid is echter niet vereist. Voldoende is 'een redelijke mate van zekerheid'.⁴⁴

39 Zie over art. 6:181 BW, dat de aansprakelijkheid van de bedrijfsmatige gebruiker van zaken, opstallen en dieren regelt, Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1003. Zie over art. 6:170 en art. 6:171 BW, welke bepalingen betrekking hebben op risicoaansprakelijk voor fouten van respectievelijk ondergeschikten en niet-ondergeschikten, Parl. Gesch. Boek 6, p. 712 en p. 728.

40 Anders: RvA 21 mei 1999, BR 2001, p. 613, m.nt. Nijholt. Terecht kritisch over deze uitspraak Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 647.

41 PG Awb I, p. 189.

42 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 13.

43 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 50.

44 Tan 2008, p. 24; Klaassen 2007a, p. 1349; Akkermans 1997, p. 247.

Wanneer niet met een redelijke mate van zekerheid kan worden vastgesteld dat de schade is veroorzaakt door de onrechtmatige daad, is niet voldaan aan het vereiste van het *condicio sine qua non*-verband. De aangesproken partij is dan in beginsel niet aansprakelijk. De Hoge Raad heeft in *Nefalit/Karamus* een uitzondering op dit uitgangspunt aanvaard.⁴⁵ Uit dit arrest volgt dat als de kans dat de schade is veroorzaakt door een onrechtmatige daad of een aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid ongeveer even groot is, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de aansprakelijk gestelde persoon tot schadevergoeding kan veroordelen in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt.⁴⁶ In de literatuur staat deze benadering bekend als ‘proportionele aansprakelijkheid’.⁴⁷ Bij de benadering van proportionele aansprakelijkheid wordt het vereiste van het *condicio sine qua non*-verband losgelaten.⁴⁸ Aan de toepassing van proportionele aansprakelijkheid is het bezwaar verbonden dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor schade die hij niet heeft veroorzaakt.⁴⁹ Terughoudendheid is dus op haar plaats. In *Fortis/Bourgonje* heeft de Hoge Raad geoordeeld dat toepassing van proportionele aansprakelijkheid slechts in uitzonderlijke, van geval tot geval te beoordelen omstandigheden is toegestaan.⁵⁰ Bij de beoordeling of er plaats is voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid kent de Hoge Raad betekenis toe aan de aard en de strekking van de geschonden norm.⁵¹ De betekenis van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid voor de aansprakelijkheid van aanbesteders komt in paragraaf 3.4.3 aan bod.

Het *condicio sine qua non*-verband is het vertrekpunt van de zoektocht naar een oplossing van causaliteitsproblemen.⁵² Er vindt een aanvullende toets plaats. De schade moet in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Daarbij moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het geval.⁵³ Deze maatstaf, die is neergelegd in artikel 6:98 BW, geeft uitdrukking aan de leer van toerekening

45 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Karamus*), m.nt. Tjong Tjin Tai. Het oordeel van de HR is recent bevestigd in HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236 (Nationale Nederlanden/S en L).

46 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Karamus*), r.o. 3.13. Deze overweging is gepreciseerd in HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236 (Nationale Nederlanden/S en L), r.o. 4.2 en r.o. 5.3.

47 Zie o.a. Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Karamus*), punt 2; Klaassen 2012, p. 15-16. Zie voor kritiek op deze benaming Kortmann 2012, p. 52-57.

48 Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Karamus*), punt 2; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 81.

49 Klaassen 2007a, p. 1348. Zie voorts Tan 2008, p. 25.

50 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.9; HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236 (Nationale Nederlanden/S en L), r.o. 4.2.

51 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8. en r.o. 3.10.

52 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 51.

53 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 63.

naar redelijkheid.⁵⁴ De leer van toerekening naar redelijkheid speelt met name een belangrijke rol bij de bepaling van de omvang van de schade. Zij wordt hierna in paragraaf 3.3.3 meer uitgebreid besproken.

2.3.5 Relativiteit

Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden, aldus artikel 6:163 BW. Het relativiteitsvereiste, dat in de woorden ‘jegens een ander’ tevens in artikel 6:162 lid 1 BW tot uitdrukking komt, is een correctiemechanisme, dat een te uitgebreide aansprakelijkheid voor aan derden toegebrachte schade moet voorkomen.⁵⁵ Relativiteit omvat drie aspecten: de benadeelde persoon, de aard van de schade en de wijze waarop de schade is ontstaan.⁵⁶ Het relativiteitsvereiste geldt voor alle drie aansprakelijkheidsgronden,⁵⁷ maar de betekenis ervan is het grootst voor de aansprakelijkheidsgrond ‘doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht’. Wanneer de aansprakelijkheid wordt gegrond op een inbreuk op een wettelijke norm, zal telkens aan de hand van het doel en de strekking van de norm moeten worden nagegaan, of zowel de benadeelde persoon als de aard van de schade en de wijze waarop de schade is ontstaan, onder het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen.

De vaststelling van het beschermingsbereik van de aanbestedingsregels is een kwestie van uitleg. De uitleg van de Aanbestedingsrichtlijnen en de verdragsbepalingen is aan het HvJ voorbehouden.⁵⁸ Bij de beoordeling van aansprakelijkheid van aanbestedende diensten voor schendingen van bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 die als implementatie van de Aanbestedingsrichtlijnen of verdragsbepalingen gelden, moet bij toetsing aan het relativiteitsvereiste dus rekening worden gehouden met de jurisprudentie van het HvJ.⁵⁹ Het relativiteitsvereiste zal bij Europese aanbestedingen in de regel geen groot obstakel vormen voor de vestiging van aansprakelijkheid van de aanbestedende dienst. De Aanbestedingswet 2012 heeft, in navolging van de Aanbestedingsrichtlijnen, een ruim beschermingsbereik. Zij strekt mede tot bescherming van inschrijvers tegen vermogensschade als gevolg schendingen van de aanbestedingsvoorschriften, ongeacht de nationaliteit van de inschrijver.⁶⁰ Van enkele bepalingen is het beschermingsbereik beperkter. De regeling over ‘abnormaal lage inschrijvingen’ strekt

54 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 53 en nr. 57.

55 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 129.

56 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 131.

57 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 135.

58 Vgl. hoofdstuk 2, § 2.7.

59 Dit geldt a fortiori voor verdragsbepalingen die niet in de Aanbestedingswet 2012 zijn geïmplementeerd.

60 Althans voor zover de inschrijver gevestigd is in een lidstaat van de Europese Unie. Zie over de positie van inschrijvers uit andere landen Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 541-547.

bijvoorbeeld tot bescherming van de financiële belangen van de aanbestedende dienst en de inschrijver die een lage inschrijving heeft gedaan.⁶¹ Een door een concurrent ingestelde vordering die strekt tot uitsluiting van een inschrijver die een ‘abnormaal lage inschrijving’ strandt dus op het relativiteitsvereiste.

De op de verdragsbeginselen gebaseerde transparantieplichting die geldt voor opdrachten waarop de Aanbestedingsrichtlijnen niet of slechts ten dele van toepassing zijn, maar die wel een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen,⁶² heeft een beperkt beschermingsbereik. Zij strekt blijkens de jurisprudentie van het HvJ tot bescherming van ondernemers die in een andere lidstaat dan de aanbestedende dienst zijn gevestigd.⁶³ Een op de *verdragsbeginselen* gebaseerde vordering van een nationale ondernemer tot naleving van de transparantieplichting stuit dus af op het relativiteitsvereiste.⁶⁴ Inmiddels is de transparantieplichting gecodificeerd in de Aanbestedingswet 2012.⁶⁵ Onzeker is of daarmee het beschermingsbereik van de transparantieplichting is uitgebreid tot ondernemers die in Nederland zijn gevestigd. Het staat lidstaten vrij de rechten die buitenlandse ondernemers aan de verdragsbeginselen ontleen, tevens aan eigen onderdanen toe te kennen. Uit de tekst van de Aanbestedingswet 2012, noch uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de in de Aanbestedingswet 2012 verankerde transparantieplichting uitsluitend strekt tot bescherming van ondernemers uit andere lidstaten. Voorts mag worden aangenomen dat de Nederlandse wetgever niet de intentie heeft gehad eigen onderdanen te discrimineren en dat dus ook Nederlandse ondernemers sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 naleving van de transparantieplichting kunnen afdwingen.⁶⁶

De regels tot slot die gelden voor particuliere aanbestedingen hebben in beginsel een ruim beschermingsbereik. Zij strekken tot bescherming van inschrijvers.

2.4 DE VOORWAARDEN VOOR AANSPRAKELIJKHEID VAN AANBESTEDERS OP GROND VAN WANPRESTATIE

2.4.1 Inleiding

Ik huldig de opvatting dat de rechtsverhouding tussen aanbesteder en inschrijver niet als overeenkomst kwalificeert. Ik heb tevens betoogd dat

61 HvJ EG 7 december 2000, C-94/99 (Arge), r.o. 30; Hof Arnhem 8 februari 2011, L/JN BQ1539, r.o. 4.10; V.zr. Rb. Rotterdam 2 augustus 2012, L/JN BX3795, r.o. 4.13.4; V.zr. Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, L/JN CA2224, r.o. 5.3.

62 Zie bijv. HvJ EG 18 december 2007, C-220/06 (Correos); HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (ASL).

63 HvJ EG 13 december 2007, C-507/03 (An Post), r.o. 30.

64 A-G Keus in zijn conclusie voor HR 18 januari 2013, NJ 2013, 317, punt 2.23-2.25. Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 175.

65 Art. 1.7 sub b en c jo. art. 1.9 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

66 Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 175.

het de aanbestedder binnen de grenzen van de aanbestedingregels vrijstaat de rechtsverhouding met inschrijvers contractueel te regelen.⁶⁷ Een belangrijke toepassing hiervan is het gebruik van een aanbestedingsreglement. Schadevergoedingsvorderingen wegens schending van contractuele verplichtingen moeten worden beoordeeld aan de hand van artikel 6:74 BW, waarin aansprakelijkheid op grond van wanprestatie is geregeld. In deze paragraaf wordt aandacht besteed aan de voorwaarden voor toewijzing van schadevergoeding op grond van een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de aanbestedingsovereenkomst. Daarbij zullen ook de verschillen met schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad aan het licht komen.

2.4.2 Tekortkoming

Voor aansprakelijkheid op grond van wanprestatie moet in de eerste plaats sprake zijn van een tekortkoming. De begrippen ‘tekortkoming’ en ‘tekortschieten’ hebben een ruime, neutrale betekenis. Zij omvatten alle gevallen waarin hetgeen de schuldenaar verricht in enig opzicht achterblijft bij hetgeen de verbintenis vergt, ongeacht of de handelswijze de schuldenaar is toe te rekenen of niet.⁶⁸ Een tekortkoming kan zowel bestaan uit het geheel of gedeeltelijk uitblijven van nakoming als uit de niet-tijdige of niet-behoorlijke nakoming.⁶⁹ De verbintenis moet in beginsel wel opeisbaar zijn.⁷⁰

Voor de vaststelling van een tekortkoming van de aanbestedder moet in de eerste plaats worden onderzocht of een aanbestedingsovereenkomst tot stand is gekomen.⁷¹ Als dit niet het geval is, komt uitsluitend onrechtmatige daad als grondslag in aanmerking. Wanneer een aanbestedingsovereenkomst is gesloten, moet vervolgens de inhoud daarvan worden vastgesteld. Dit is een kwestie van uitleg. Daarbij geldt in beginsel een op de cao-norm geïnspireerde maatstaf.⁷² Voor de vaststelling van een tekortkoming moeten tot slot de gedragingen van de aanbestedder worden getoetst aan de vastgestelde inhoud van de aanbestedingsovereenkomst.

Aanbestedingsreglementen zoals het ARW 2012 zijn niet door de aanbestedder zelf opgesteld. Bij de uitleg van aanbestedingsreglementen kunnen partijbedoelingen dus geen rol spelen. Aan de voorschriften van aanbestedingsreglementen moet een objectieve uitleg worden gegeven, waarbij in beginsel de bewoordingen, gelezen in het licht van de gehele tekst van het aanbestedingsreglement, van doorslaggevende betekenis zijn. De bedoelingen van de opsteller van het aanbestedingsreglement kunnen een rol spelen,

67 Hoofdstuk 3, § 2.3.4.

68 Parl. Gesch. Boek 6, p. 258.

69 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 318.

70 Voor zover nakoming niet blijvend onmogelijk is, zou de schuldenaar volgens Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 319, tevens in verzuim moeten zijn.

71 Zie hiervoor hoofdstuk 3, § 2.3.4.

72 Bijv. Hof Leeuwarden 20 november 2012, *LJN* BY3635, r.o. 6. Zie hierover meer uitgebreid Jansen 2008a, p. 1021-1030.

maar alleen voor zover deze uit de bijbehorende toelichting blijken.⁷³ Dit kan worden vergeleken met een wethistorische uitleg. De maatstaf voor de uitleg van aanbestedingsreglementen lijkt dan ook nog nauwelijks te verschillen van de interpretatiemethoden van de aanbestedingsregels. Als aan de wanprestatie van de aanbestedder een schending van een voorschrift in een aanbestedingsreglement ten grondslag ligt, is de wijze waarop de tekortkoming moet worden vastgesteld vergelijkbaar met het vaststellen van een doen of nalaten in strijd met de Aanbestedingswet 2012 in het kader van de beoordeling van een op artikel 6:162 BW gebaseerde vordering. De grondslag voor de vordering, onrechtmatige daad of wanprestatie, lijkt in zoverre niet van bijzonder groot belang. Zeker niet als men bedenkt dat een groot aantal voorschriften in aanbestedingsreglementen is overgenomen uit de aanbestedingsregelgeving.

2.4.3 Toerekening

Geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, als de tekortkoming niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend, aldus het tweede zinsdeel van artikel 6:74 lid 1 BW. De gronden voor ‘overmacht’ zijn uitgewerkt in artikel 6:75 BW. Volgens deze bepaling kan een tekortkoming niet aan de schuldenaar worden toegerekend, indien zij niet te wijten is aan zijn schuld, noch krachtens wet, rechtshandeling of in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. De gronden voor overmacht zijn, met uitzondering van de ‘rechtshandeling’, dezelfde als voor toerekening van een onrechtmatige daad. Hoewel in het algemeen de uitwerking van deze gronden voor wanprestatie en onrechtmatige daad niet gelijk hoeft te zijn, is er geen reden op dit punt voor aansprakelijkheid bij aanbestedingen onderscheid te maken tussen beide rechtsgronden. Ook een tekortkoming in de nakoming van de aanbestedingsovereenkomst zal dus krachtens verkeersopvattingen aan de aanbestedder kunnen worden toegerekend.⁷⁴ Hierna wordt alleen nog de ‘rechtshandeling’ als grond voor overmacht besproken.

Partijen zijn in beginsel vrij de inhoud van hun overeenkomst te bepalen. Op die manier kunnen zij de omstandigheden die een beroep op overmacht opleveren beperken of juist uitbreiden.⁷⁵ Een voor de aanbestedingspraktijk belangrijke rechtshandeling die de aansprakelijkheid van de schuldenaar beperkt, is het exoneratiebeding. Aanbesteders plegen in aanbestedingsdocumenten hun aansprakelijkheid uit te sluiten, in het bijzonder voor inschrijvingskosten. De vraag is of exoneratie door aanbesteders geoorloofd is.

Voor aansprakelijkheid bij nationale en particuliere aanbestedingen gelden voor de beantwoording van deze vraag geen bijzondere regels. Aanbesteders

73 Ook ‘de bedoeling van de opsteller’ is een gezichtspunt dat is ontleend aan de maatstaf voor de uitleg van cao’s; zie HR 24 februari 2012, *NJ* 2012, 142 (ROM/PME), r.o. 3.5.2.

74 Zie ook hiervoor § 2.3.3.

75 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 362.

mogen hun aansprakelijkheid in beginsel uitsluiten of beperken. Een exonerationbeding kan wegens strijd met de goede zeden nietig zijn. Indien het exonerationbeding een algemene voorwaarde is in de zin van artikel 6:231 BW, is tevens vernietiging op grond van artikel 6:233 BW mogelijk. Tot slot kan een exonerationbeding buiten toepassing blijven, als een beroep daarop onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.⁷⁶ Gelet op het dwingendrechtelijke karakter van de Aanbestedingswet 2012, waaronder het proportionaliteitsbeginsel,⁷⁷ en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waar veel aanbestedende diensten aan gebonden zijn, zal een beroep op een exonerationbeding voor aansprakelijkheid voor schendingen van de Aanbestedingswet 2012 snel moeten worden gepasseerd.

De toelaatbaarheid van exonerationbedingen bij Europese aanbestedingen ligt genuanceerder. In het eerder genoemde arrest *Strabag* heeft het HvJ geoordeeld dat artikel 2 lid 1 sub c van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren zich verzet tegen een nationale bepaling die de aansprakelijkheid van de aanbestedende dienst voor schendingen van de aanbestedingsregels afhankelijk stelt van de schuld van de aanbestedende dienst.⁷⁸ Uitsluiting van aansprakelijkheid gaat nog verder dan een schuldvereiste. In het licht van *Strabag* moet worden aangenomen dat exoneration voor aansprakelijkheid voor schending van de aanbestedingsregels bij Europese aanbestedingen niet mogelijk is.⁷⁹ Bij aanbestedingen door aanbestedende diensten die tot de 'staat' kunnen worden gerekend,⁸⁰ kan dit resultaat door middel van 'objectieve rechtmatigheidstoetsing' van artikel 6:75 BW aan de Rechtsbeschermingsrichtlijnen worden bereikt.⁸¹ De door deze bepaling geboden mogelijkheid om bij rechtshandeling aansprakelijkheid uit te sluiten of te beperken, wordt dan buiten toepassing gelaten. In andere gevallen kan het gewenste resultaat mogelijk worden bereikt met behulp van een richtlijnconforme uitleg van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid op grond van artikel 6:248 lid 2 BW.⁸² Als de rechter ook geen mogelijkheid ziet voor richtlijnconforme interpretatie, rest de benadeelde inschrijver een vordering op grond van lidstaataansprakelijkheid tegen de Nederlandse Staat.⁸³

Een andere vraag is of een aanbestedende dienst bij een Europese aanbesteding zijn aansprakelijkheid kan uitsluiten of beperken voor het onrechtmatig

76 HR 3 mei 2013, JAAN 2013, 111 (KLM/CCC), m.nt. 't Hart, r.o. 3.7. Zie in algemene zin over het exonerationbeding Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 363-368. Voor overheden kunnen op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur strengere normen gelden, waardoor toepassing van art. 6:248 lid 2 BW eerder in zicht komt. Zie over inkleuring van privaatrechtelijke normen door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hoofdstuk 3, § 4.2.

77 Het proportionaliteitsbeginsel geldt in alle fasen van de aanbestedingsprocedure, dus ook voor rechtsbescherming; PG Aanbestedingswet 2012, p. 196.

78 HvJ EU 30 september 2010, C-314/09 (*Strabag*), r.o. 39.

79 Vgl. Treumer 2011a, p. 43.

80 Zie over het begrip 'staat' hoofdstuk 2, § 3.2.5.4.

81 Hoofdstuk 2, § 3.5.5.

82 Hoofdstuk 2, § 3.5.4.

83 Hoofdstuk 2, § 3.5.6.

intrekken van de aanbesteding. De specifieke situatie die ik daarbij op het oog heb, is die waarin het vertrouwen van de inschrijver op een reële kans op de gunning van een opdracht wordt beschaamd, doordat de aanbestedende dienst zonder geldige reden afziet van gunning. Een voorbeeld hiervan is het organiseren van een aanbesteding, terwijl een reële intentie om de opdracht te gunnen ontbreekt, waardoor inschrijvers nodeloos kosten maken.⁸⁴ De voorwaarden voor intrekking van een aanbesteding zijn niet in de Aanbestedingsrichtlijnen geregeld.⁸⁵ De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn niet van toepassing op schendingen van de precontractuele normen die uit de redelijkheid en billijkheid en de ongeschreven zorgvuldigheidnormen voortvloeien, die immers niet als implementatie van het Unierecht hebben te gelden.⁸⁶ Dit betekent dat aanbestedende diensten ook bij Europese aanbestedingen hun aansprakelijkheid voor intrekking van de aanbesteding in beginsel kunnen uitsluiten of beperken.⁸⁷ Hierop moet een uitzondering worden aanvaard in geval intrekking (tevens) een schending inhoudt van de bepalingen van het VWEU. Hierop zijn de Rechtsbeschermingsrichtlijnen namelijk wel van toepassing, mits vanzelfsprekend de aanbesteding onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijnen valt.⁸⁸

2.4.4 Schade en causaliteit

Ook voor aansprakelijkheid op grond van wanprestatie is schade en causaal verband tussen de tekortkoming en de schade vereist. Deze vereisten worden hierna bij de bespreking van de bepaling van de omvang van de schadevergoeding behandeld.

2.4.5 Relativiteit

Overeenkomsten bepalen naar hun aard waartoe partijen jegens elkaar zijn gehouden.⁸⁹ De gerechtigde tot een prestatie uit hoofde van een overeenkomst is in de regel dan ook niet moeilijk aan te wijzen. Niettemin geldt ook voor

84 Rb. Utrecht 24 augustus 2011, *LJN* BS1672; Rb. Den Bosch 5 november 2008, *LJN* BW2949. Zie voorts hoofdstuk 3, § 3.2.4.3.

85 HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (Hospital Ingenieure), r.o. 47. De Aanbestedingswet 2012 bevat evenmin een regeling voor deze materie.

86 Zie ook art. 1 lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen over de werkingssfeer van de richtlijnen, waar gesteld wordt dat lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen die ervoor zorgen dat op doeltreffende wijze beroep kan worden ingesteld, “op grond van het feit dat door die besluiten het Gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten of de nationale voorschriften waarin het Gemeenschapsrecht is omgezet, geschonden zijn.”

87 Een beroep op een exoneratiebeding kan zoals gezegd afstuiten op art. 6:248 lid 2 BW. Zie voor een geval waarin een beroep op art. 6:248 lid 2 BW werd afgewezen Rb. Zeeland-West-Brabant 27 februari 2013, *LJN* BZ4314, r.o. 3.10.

88 HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (Hospital Ingenieure), r.o. 48 en r.o. 55. Zie ook hoofdstuk 2, § 3.2.2 over de werkingssfeer van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.

89 Het derdenbeding, waarbij een contractspartij een verplichting op zich neemt ten opzichte van een derde, vormt hierop een uitzondering.

aansprakelijkheid op grond van wanprestatie een relativiteitsvereiste.⁹⁰ Situaties waarin aansprakelijkheid van de aanbestedder ondanks het bestaan van een toerekenbare tekortkoming ontbreekt, zijn bij aanbestedingsovereenkomsten goed voorstelbaar. Het beschermingsbereik van een contractuele regeling over 'abnormaal lage inschrijvingen' bijvoorbeeld kan worden beperkt tot de aanbestedder en de inschrijver die een lage inschrijving heeft gedaan.⁹¹ In voorkomend geval heeft een concurrerende inschrijver geen recht op schadevergoeding, wanneer de aanbestedder de betrokken contractuele regeling niet naleeft. De strekking van de bepalingen in een aanbestedingsovereenkomst moet door uitleg worden vastgesteld.⁹²

2.4.6 Verzuim of blijvende onmogelijkheid

De schuldenaar moet de kans krijgen om zijn verbintenis na te komen. Als hoofdregel geldt dat een recht op schadevergoeding pas ontstaat, wanneer de schuldenaar in verzuim is.⁹³ Als nakoming blijvend onmogelijk is, geldt het verzuimvereiste niet. Onder het begrip 'blijvende onmogelijkheid' valt zowel absolute als relatieve onmogelijkheid.⁹⁴ Bij de beantwoording van de vraag of nakoming onmogelijk is gelden niet alleen de natuurwetten als toetssteen, maar vooral ook de ervaringsregels.⁹⁵ Aan de hand van alle omstandigheden van het geval moet worden nagegaan of een belemmering bezwaarlijk genoeg is om van 'blijvende onmogelijkheid' te spreken.⁹⁶ Algemene regels zijn lastig te geven. Schadevergoedingsvorderingen naar aanleiding van aanbestedingen komen vaak pas aan de orde, wanneer de opdracht al definitief is gegund of de aanbesteding is ingetrokken. Het kwaad is dan meestal al geschied. De definitieve gunning van de opdracht of intrekking van een aanbesteding houdt in de regel tevens de verwerping van het aanbod van de afgewezen inschrijvers in.⁹⁷ Door definitieve gunning is het aanbod van de afgewezen inschrijver op grond van artikel 6:221 lid 2 BW vervallen, zodat op basis daarvan geen gunning meer kan plaatsvinden. De aanbestedingsprocedure kan dan dus niet worden vervolgd.⁹⁸ Hierdoor is nakoming van de verbintenis door de aanbestedder niet langer mogelijk. Dit is een juridische belemmering, in welk geval sprake is van relatieve onmogelijkheid.⁹⁹

90 Parl. Gesch. Boek 6, p. 341.

91 Vgl. hiervoor § 2.3.5.

92 Zie hiervoor § 2.4.2. In de praktijk pleegt aan bepalingen in het bestek over 'abnormaal lage inschrijvingen' een ruim beschermingsbereik te worden toegekend; zie bijv. Vزر. Rb. Noord-Nederland 5 juni 2013, *LJN* CA2224, r.o. 5.4.

93 Zie over het intreden van verzuim Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 384 e.v.

94 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 382.

95 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 338.

96 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 343.

97 Zie hoofdstuk 3, § 2.2.

98 Ondenikbaar is bijv. dat de opdracht alsnog aan een ten onrechte gepasseerde inschrijver wordt gegund. Zie voor een geval waarin gunning aan een opvolgend inschrijver niet geoorloofd was Vزر. Rb. Den Haag 24 januari 2012, *LJN* BV1636.

99 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 338 en nr. 382.

Nakoming is door deze juridische belemmering 'blijvend onmogelijk' in de zin van artikel 6:74 lid 2 BW. Verzuim is dan geen vereiste voor het ontstaan van het recht van een inschrijver op schadevergoeding.

Soms is nakoming zelfs al voor definitieve gunning 'blijvend onmogelijk' in de zin van artikel 6:74 lid 2 BW. Er zijn namelijk schendingen die naar hun aard na inschrijving niet meer ongedaan zijn te maken. Te denken valt aan schendingen van termijnvoorschriften of het hanteren van onrechtmatige criteria. Een aanbestedder kan immers na ontvangst van de inschrijvingen de procedure niet heropenen.

Hiervoor zijn algemene gezichtspunten besproken. Of er sprake is van 'blijvende onmogelijkheid' in de zin van artikel 6:74 lid 2 BW moet uiteindelijk van geval tot geval worden nagegaan.

3 SCHADEBEGROTING EN VASTSTELLING VAN DE VERGOEDINGSPLICHT

3.1 INLEIDING

De tweede fase van de beoordeling van een schadevergoedingsvordering van een inschrijver betreft de begroting van de schade en de vaststelling van de vergoedingsplicht. Deze onderwerpen komen in deze paragraaf aan bod. Duidelijk zal worden dat de inschrijver een aantal forse obstakels op zijn pad vindt om de schade die hij lijdt door schending van de aanbestedingsregels vergoed te krijgen.

Hierna in paragraaf 3.2 zal eerst aandacht worden besteed aan de grondslag voor de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding. Vervolgens worden in paragraaf 3.3 de regels voor het begroten van de schade en het vaststellen van de vergoedingsplicht uitgewerkt. In paragraaf 3.4 pas ik die regels toe op de schadevergoedingsplicht van aanbesteders wegens schending van de aanbestedingsregels.

3.2 DE GRONDSLAG VOOR VASTSTELLING VAN SCHADEVERGOEDING

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen zwijgen niet alleen over de voorwaarden van aansprakelijkheid van aanbestedende diensten, maar ook over de hoogte van de toe te kennen schadevergoeding.¹⁰⁰ Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren, dat een specifieke regeling bevat voor de vergoeding van offertekosten, vormt hierop een uitzondering. Deze bepaling zal hierna in paragraaf 5 afzonderlijk worden besproken. Regels voor de bepaling van de in aanmerking komende schadeposten en de vaststelling van de schadevergoeding voor de schending van het Unierecht behoren van oudsher tot de procedurele autonomie van lidstaten, die wordt

100 Zie ook Leffler 2003, p. 161.

begrensd door de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit.¹⁰¹ In *Van Spijker* heeft het HvJ bevestigd dat dit uitgangspunt ook geldt voor schendingen van het Unierecht op het gebied van het plaatsen van overheidsopdrachten.¹⁰²

Voor lidstaataansprakelijkheid geldt als randvoorwaarde dat de toe te kennen schadevergoeding de geleden schade volledig moet herstellen.¹⁰³ De aansprakelijkheid van aanbestedende diensten voor schending van de Europese aanbestedingsregels berust naar mijn mening niet op lidstaataansprakelijkheid. De jurisprudentie van het HvJ over lidstaataansprakelijkheid is dus niet rechtstreeks van toepassing op de door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen vereiste voorzieningen tot toekenning van schadevergoeding aan benadeelde inschrijvers. Maar gelet op het doel van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen om de rechtsbescherming van ondernemers te verbeteren, is het niet aannemelijk dat het HvJ aan nationale regels met betrekking tot de toekenning van schadevergoeding wegens schendingen van Europese aanbestedingsregels minder hoge eisen zal stellen dan aan schadevergoeding op grond van lidstaataansprakelijkheid. Aangenomen moet worden dat het HvJ desgevraagd zal oordelen dat de door de lidstaten aangewezen beroepsinstanties over de bevoegdheid moeten beschikken om schadevergoeding toe te kennen die de geleden schade van inschrijvers volledig herstelt.

Toekenning van schadevergoeding geschiedt dus volgens het nationale recht. Regels voor schadebegroting en vaststelling van de vergoedingsplicht zijn in het Nederlandse recht opgenomen in Titel 10, Afdeling 10 van Boek 6 van het BW. Deze afdeling is van toepassing op alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding,¹⁰⁴ dus ook op schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad en wanprestatie. Voor strijd met het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel hoeft dus in ieder geval niet te worden gevreesd. Hoewel de grondslag van de verplichting tot schadevergoeding een factor kan zijn voor de toepassing van verschillende bepalingen van Titel 10, Afdeling 10 van Boek 6 van het BW,¹⁰⁵ lijkt er geen reden te zijn om voor de schadevergoedingsplicht van aanbesteders betekenis toe te kennen aan de grondslag van aansprakelijkheid.

101 HvJ EG 5 maart 1996, de gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), r.o. 83; HvJ EG 13 juli 2006, de gevoegde zaken C-295-298/04 (*Manfredi*), r.o. 92. Zie ook hoofdstuk 2, § 2.7.

102 HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (*Van Spijker*), r.o. 90.

103 HvJ 17 EG april 2007, C-470/03 (*A.G.M. COS.MET*), r.o. 94.

104 Parl. Gesch. Boek 3, p. 331-332; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 1; Hartlief 2012, p. 240.

105 Hartlief 2012, p. 241.

3.3 DE REGELS VOOR SCHADEBEGROTING EN VASTSTELLING VAN DE VERGOEDINGSPLICHT

3.3.1 Het begrip 'schade' en schadesoorten

De wet bevat geen definitie van het begrip 'schade', maar dit zou volgens Hartlief niet tot grote problemen leiden.¹⁰⁶ Met schade wordt bedoeld het feitelijke nadeel dat uit een bepaalde gebeurtenis voortvloeit.¹⁰⁷ Artikel 6:95 BW maakt onderscheid tussen vermogensschade en 'ander nadeel'.¹⁰⁸ Vermogensschade is nader uitgewerkt in artikel 6:96 BW. Blijkens het eerste lid van deze bepaling omvat vermogensschade zowel geleden verlies als gederfde winst. Hiermee is tot uitdrukking gebracht dat zowel een vermindering van het vermogen als het uitblijven van een vermogensvermeerdering voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁰⁹ Een combinatie van beide soorten verlies is mogelijk.¹¹⁰

De begrippen 'geleden verlies' en 'gederfde winst' vallen niet samen met respectievelijk positief en negatief contractsbelang.¹¹¹ Denkbaar is dat een partij bij een onberispelijke nakoming van de overeenkomst verlies zou hebben geleden. In dat geval omvat het positief contractsbelang toch gederfde winst. Voorts kan het negatief contractsbelang gederfde winst omvatten, doordat de benadeelde heeft moeten afzien van het sluiten van een winstgevende overeenkomst met een derde. Negatief en positief (contracts) belang zijn begrippen die met name worden gehanteerd bij het begroten van schade als gevolg van wanprestatie. Zij komen in de volgende paragraaf aan de orde.

In de literatuur wordt nog nader onderscheid gemaakt tussen personenschade, zaakschade en zuivere vermogensschade. Personenschade is een verzamelbegrip voor letsel- en overlijdensschade. Zaakschade is schade als gevolg van beschadiging of vernietiging van een zaak. Zuivere vermogensschade is een restcategorie. Zij omvat vermogensschade die niet op personen- of zaakschade is terug te voeren.¹¹²

106 Hartlief 2012, p. 241. Zie echter hierna § 3.3.4 over voordeelstoerekening, waar zal blijken dat er verschillende schadebegrippen worden gehanteerd.

107 Zie o.a. Hartlief 2012, p. 242; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 13; Lindenberg (Schadevergoeding), art. 6:95 BW, aant. 4.

108 Met 'ander nadeel' is immateriële schade bedoeld; zie Hartlief 2012, p. 248. Immateriële schade die voor vergoeding in aanmerking komt, is bij aanbestedingen moeilijk voorstelbaar en blijft om deze reden buiten beschouwing.

109 Hartlief 2012, p. 248.

110 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 25.

111 Hartlief 2012, p. 248; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 26.

112 Hartlief 2012, p. 249; Lindenberg (Schadevergoeding), art. 6:95 BW, aant. 7.

3.3.2 De wijze van schadebegroting

Het vaststellen van de omvang van de schade geschiedt veelal door waardering. De omvang van de schade wordt bepaald door een vergelijking te maken tussen de werkelijke toestand en de hypothetische toestand waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis niet heeft plaatsgevonden.¹¹³ Bij schadevergoeding op grond van wanprestatie wordt aan dit element van vergelijking invulling gegeven met de eerder genoemde begrippen ‘positief’ en ‘negatief contractsbelang’.¹¹⁴ Bij vergoeding van het positief contractsbelang wordt de benadeelde in de positie gebracht als ware de overeenkomst nagekomen, bij vergoeding van het negatief contractsbelang als ware er geen overeenkomst gesloten.¹¹⁵ Positief en negatief belang kunnen ook als basis dienen voor het begroten van schade als gevolg van onbevoegde vertegenwoordiging, ongeoorloofd afbreken van onderhandelingen en, zoals hierna zal blijken, schending van aanbestedingsregels.¹¹⁶

De rechter moet ingevolge artikel 6:97 BW de schade begroten “op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is”. De rechter geniet daarbij een zekere vrijheid.¹¹⁷ Er zijn twee methoden van schadebegroting; de concrete en de abstracte schadebegroting. Concrete schadebegroting houdt in dat met alle individuele omstandigheden van het geval rekening wordt gehouden. Bij abstracte schadebegroting wordt juist van de bijzondere omstandigheden van het geval geabstraheerd.¹¹⁸ In dat geval wordt in het algemeen nagegaan hoe groot de omvang van de schade is van een persoon die in een gelijksoortige positie verkeert.¹¹⁹ Concrete schadebegroting geldt als uitgangspunt.¹²⁰ De Hoge Raad staat abstracte schadebegroting slechts in een beperkt aantal situaties toe.¹²¹ Abstracte schadebegroting wordt veelvuldig toegepast bij zaakschade.¹²²

Als de omvang van de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, wordt zij ingevolge artikel 6:97 BW geschat. Moeilijkheden kunnen zich onder meer voordoen, wanneer de benadeelde door een onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming een kans op het voorkomen van schade of het behalen van een voordeel is ontnomen. In deze situaties is onzeker of de normschending tot schade heeft geleid.¹²³ Klassieke voorbeelden zijn de advocaat die verzuimt tijdig hoger beroep in te stellen tegen een nadelig vonnis en de arts die verzuimt tijdig de juiste diagnose vast te stellen. In

113 Hartlief 2012, p. 242 en p. 254; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 31.

114 Lindenbergh 2008, p. 71. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 26.

115 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 26; Lindenbergh 2008, p. 71.

116 Lindenbergh 2008, p. 71-72. Zie over schadevergoeding bij afgebroken onderhandelingen met name HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg).

117 Hartlief 2012, p. 255.

118 Hartlief 2012, p. 255-256.

119 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 35.

120 HR 5 december 2008, *NJ* 2009, 387, r.o. 3.3.

121 Hartlief 2012, p. 256; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 38.

122 HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013, 219, m.nt. Mendel.

123 Klaassen 2007a, p. 1352.

deze situaties zal de rechter eerst een poging moeten doen om te achterhalen wat de uitkomst zou zijn geweest, wanneer de normschending niet zou hebben plaatsgevonden.¹²⁴ Als dit niet goed mogelijk is, doordat deze uitkomst met te veel onzekerheden is omgeven, komt onder omstandigheden een verlies van een kans voor vergoeding in aanmerking.¹²⁵ De rechter wordt in voorkomend geval gedwongen de schade te begroten door de goede en kwade kansen af te wegen.¹²⁶ Deze benadering, die door de Hoge Raad is aanvaard voor beroepsaansprakelijkheid van advocaten en belastingadviseurs,¹²⁷ staat in de literatuur bekend als het leerstuk van ‘verlies van een kans’ of ‘kansschade’.¹²⁸

Volgens sommige schrijvers moet het leerstuk van kansschade worden onderscheiden van het eerder besproken leerstuk van proportionele aansprakelijkheid.¹²⁹ Bij kansschade zou het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en het schadevooral (dit is de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis) vaststaan en zou slechts nog de omvang van de schade moeten worden bepaald. Bij proportionele aansprakelijkheid daarentegen zou het *condicio sine qua non*-verband onzeker zijn.¹³⁰ Dit onderscheid is in de ogen van de Hoge Raad onvoldoende scherp. In *Fortis/Bourgonje* oordeelde de Hoge Raad dat de in *Nefalit/Karamus* aanvaarde regel van proportionele aansprakelijkheid zich ook leent voor toepassing op gevallen waarin het onzeker is of er schade is geleden.¹³¹ Zoals gezegd moet proportionele aansprakelijkheid met terughoudendheid worden toegepast.¹³² Volgens sommige schrijvers geldt dit ook voor het leerstuk van kansschade, omdat dit leerstuk een relativisering zou inhouden van het vereiste van *condicio sine qua non*-verband.¹³³ In *Deloitte/H&H* oordeelde de Hoge Raad anders. Volgens de Hoge Raad is van een relativisering geen sprake. Het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en het verlies van de kans zou namelijk al vaststaan.¹³⁴ Om deze reden

124 Hartlief 2012, p. 244; Klaassen 2007b, p. 24. Zie bijv. HR 11 december 2009, *NJ* 2010, 3 (Velic/Lemmen).

125 Hartlief 2012, p. 243-244. Zie ook Wouters 2013, p. 353. Zie recent HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237 (Deloitte/H&H), m.nt. Lindenbergh.

126 HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63.

127 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 (Baijings); HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237 (Deloitte/H&H). Zie voorts HR 16 februari 2007, *NJ* 2007, 256; HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63. Zie voor een uitgebreid jurisprudentieoverzicht Lindenbergh (Schadevergoeding), art. 6:96 BW, aant. 135.2.

128 Hartlief 2012, p. 243-244; Akkermans 1997, p. 107 e.v.

129 Zie over proportionele aansprakelijkheid hiervoor § 2.3.4.

130 Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (Nefalit/Karamus), punt 2; Klaassen 2012, p. 16; Klaassen 2007b, p. 71. Zie voorts Kortmann 2012, p. 41-42; Wouters 2013, p. 355. Anders: Akkermans 2000, p. 90-91.

131 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (Fortis/Bourgonje), r.o. 3.9. In een recenter arrest lijkt de HR echter - zonder zoveel woorden - op deze opvatting te zijn teruggekomen; zie HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237 (Deloitte/H&H), r.o. 3.5.2-3.5.3.

132 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (Fortis/Bourgonje), r.o. 3.8. en r.o. 3.10.

133 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 80a; Lindenbergh 2008, p. 53.

134 HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237 (Deloitte/H&H), r.o. 3.7. Instemmend Hillen 2013, p. 125; Wouters 2013, p. 355 en p. 357. Lindenbergh trekt de conclusie van de HR in zijn noot onder dit arrest in twijfel; zie *NJ* 2013, m.nt. Lindenbergh, punt 7 en punt 9-10.

bestaat er geen grond voor een terughoudende benadering die bij proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is. Hoewel op het oordeel van de Hoge Raad wel iets valt af te dingen,¹³⁵ is het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade verdedigbaar. Het leerstuk van kansschade begeeft zich op de grens van causaliteit en schadebegroting.¹³⁶ De rechter geniet bij het begroten van schade een zekere mate van vrijheid. Het ligt dan niet voor hand de toepassing van het leerstuk van kansschade aan al te strenge voorwaarden te verbinden.¹³⁷ Aan de andere kant zou de rechter niet te snel naar het leerstuk van kansschade moeten grijpen. De rechter zou altijd eerst een poging moeten doen de uitkomst te achterhalen van de hypothetische situatie waarin de normschending niet heeft plaatsgevonden.

3.3.3 Causaal verband

Dat er voor aansprakelijkheid op grond van wanprestatie en onrechtmatige daad causaal verband moet bestaan tussen de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de schade, volgt reeds uit de tekst van respectievelijk artikel 6:74 BW en artikel 6:162 BW.¹³⁸ Artikel 6:98 BW is een uitwerking van het vereiste van causaal verband en geeft uitdrukking aan de leer van toerekening naar redelijkheid.¹³⁹ Blijkens de tekst van deze bepaling komt bij de beoordeling of de schade(post) in voldoende verband staat met de schadeveroorzakende gebeurtenis om aan de schuldenaar te kunnen worden toegerekend, onder meer betekenis toe aan de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. De factor ‘de aard van de aansprakelijkheid’ biedt de mogelijkheid om tussen de verschillende grondslagen voor aansprakelijkheid te differentiëren.¹⁴⁰ Bij de factor ‘de aard van de schade’ is het onderscheid tussen personen- en overlijdensschade, zaakschade en zuivere vermogensschade van belang. Voor vergoeding van zuivere vermogensschade ligt de lat voor toerekening op grond van artikel 6:98 BW een stuk hoger dan voor personen- en overlijdensschade. Zaakschade neemt een tussenpositie in.¹⁴¹ De aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade zijn niet de enige factoren voor toerekening. Onder meer de voorzienbaarheid van schade speelt een belangrijke rol in de leer van toerekening naar redelijkheid.¹⁴² In de literatuur zijn deelregels ontwikkeld

135 Het leerstuk van kansschade is uiteindelijk net als proportionele aansprakelijkheid een hulpmiddel om causaliteitsproblemen te bestrijden. Bij toepassing van kansschade is het verband tussen de normschending en de schade onzeker. Door de schade op het verlies van een kans te stellen worden causaliteitsproblemen in feite ‘weggeredeneerd’. Zie ook Van Dijk & Akkermans in hun noot onder HR 21 december 2012, *JA* 2013, 4 (Deloitte/H&H).

136 Zie ook Hillen 2013, p. 125-126; Klaassen 2007a, p. 1347.

137 Vgl. Hillen 2013, p. 125.

138 Art. 6:74 BW: “daardoor” en art. 6:162 BW: “dientengevolge”.

139 Zie tevens hiervoor § 2.3.4.

140 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 6 en nr. 70.

141 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 66; Lindenbergh 2008, p. 73.

142 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 57, nr. 60 en nr. 69; Klaassen 2007b, p. 44.

die als gezichtspunt kunnen dienen bij het vormen van een oordeel over causaliteitsvragen.¹⁴³

3.3.4 Het vaststellen van de vergoedingsplicht

Als uitgangspunt geldt dat vermogensschade volledig wordt vergoed.¹⁴⁴ Dit uitgangspunt is logisch verklaarbaar vanuit het doel van schadevergoeding. De benadeelde moet in de positie worden gebracht, waarin hij zou hebben verkeerd als de dader zijn primaire rechtsplicht zou zijn nagekomen.¹⁴⁵ De wet maakt op het uitgangspunt van volledige schadevergoeding een aantal uitzonderingen, waarvan er op deze plaats twee worden besproken.

Ten eerste kan het leerstuk van eigen schuld als uitzondering worden beschouwd op het uitgangspunt dat vermogensschade volledig wordt vergoed. Artikel 6:101 BW bepaalt dat wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, de vergoedingsplicht wordt verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Een andere verdeling vindt plaats of de vergoedingsplicht vervalt of blijft in stand, zo vervolgt artikel 6:101 BW, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist. Vermindering van de vergoedingsplicht op grond van eigen schuld kan onder meer aan de orde komen, wanneer de benadeelde zijn schadebeperkingsplicht heeft verzaakt.¹⁴⁶

Ten tweede kan het leerstuk van voordeelstoerekening als uitzondering worden beschouwd op het uitgangspunt dat vermogensschade volledig wordt vergoed.¹⁴⁷ Wanneer een gebeurtenis voor de benadeelde naast schade tevens een voordeel oplevert, dan moet dit voordeel ingevolge artikel 6:100 BW, voor zover dit redelijk is, bij de vaststelling van de te vergoeden schade in rekening worden gebracht. Het criterium 'een zelfde gebeurtenis' wordt strikt uitgelegd door de Hoge Raad.¹⁴⁸ Een *condicio sine qua non*-verband tussen de schadeveroorzakende gebeurtenis en het voordeel is onvoldoende.¹⁴⁹ In *Vos/TSN* oordeelde de Hoge Raad dat schade als gevolg van ontbinding van een overeenkomst en winst uit nadien met derden gesloten overeenkomsten niet voortvloeien uit 'een zelfde gebeurtenis', zodat voor voordeelstoerekening in voorkomend geval geen plaats is.¹⁵⁰

143 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 64-67.

144 Hartlief 2012, p. 248; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 32.

145 Lindenbergh 2008, p. 8.

146 Parl. Gesch. Boek 6, p. 351. Zie hierover uitgebreid Keirse 2003.

147 Lindenbergh 2008, p. 19.

148 Zie bijv. HR 11 februari 2000, *NJ* 2000, 275 (De Preter/Van Uiter); HR 29 september 2000, *NJ* 2001, 105, m.nt. Bloembergen.

149 Zie ook Van Asten 2009, p. 320-322. Zie over het vereiste causaal verband voorts Klaassen 2007b, p. 90.

150 HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 43 (*Vos Logistics/TSN*), r.o. 3.7.

De betekenis van het arrest *Vos/TSN* is niet beperkt tot het leerstuk van voordeelstoerekening. De overwegingen van de Hoge Raad zijn ook van belang voor het schadebegrip, schadebegroting en de schadebeperkingsplicht. Het arrest *Vos/TSN* is in dit breder perspectief veelvuldig besproken en bekritiseerd. Op de achtergrond van dit juridische debat spelen rechtspolitieke vragen: kan de wederpartij van degene die wanprestatie pleegt na ontbinding van de overeenkomst achterover leunen, doordat hij toch wel zijn geld ontvangt of kan hij met vervangende opdrachten ‘dubbel incasseren’?¹⁵¹ Gaat het de partij die wanprestatie pleegt aan van zijn schuldeiser inspanningen te verlangen, terwijl het primair in zijn macht lag de schade te voorkomen door na te komen?¹⁵²

Het voornaamste bezwaar tegen *Vos/TSN* betreft de begroting van de schade en de betekenis die in dit verband aan winst uit vervangende omzet is toegekend. Het gerechtshof had in hoger beroep geoordeeld dat winst uit vervangende omzet geen invloed had op de omvang van de door TSN geleden schade.¹⁵³ Dit oordeel is door de Hoge Raad in cassatie in stand gelaten.¹⁵⁴ Volgens sommige schrijvers zou door het gerechtshof bij de te hanteren vermogensvergelijking geen rekening zijn gehouden met het duurelement van de overeenkomst tussen Vos en TSN. In de vermogensvergelijking moet de hypothetische situatie waarin de benadeelde zou hebben verkeerd in geval van een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming, worden vergeleken met de werkelijke situatie. De feitelijke situatie in *Vos/TSN* zou volgens de critici zijn dat TSN haar bedrijfs capaciteit na ontbinding van de overeenkomst had aangewend voor het genereren van vervangende omzet.¹⁵⁵ Er zou, in de woorden van Beversluis, in de vermogensvergelijking ten onrechte een cesuur in de tijd zijn aangebracht.¹⁵⁶ Hierdoor zou de omzet van TSN na ontbinding ten onrechte buiten de vermogensvergelijking zijn gehouden.¹⁵⁷ Winst uit vervangende omzet heeft in de optiek van de betrokken schrijvers dus wel invloed op de omvang van de schade.

Deze kritiek deel ik niet.¹⁵⁸ Zij miskent namelijk het schadebegrip. Schade is feitelijk nadeel,¹⁵⁹ een vermogensvermindering. Voordeel is het tegenovergestelde van nadeel en houdt juist een vermogensvermeerdering in.¹⁶⁰ De

151 Tjong Tjin Tai & Verstijlen 2009, p. 2170; Drion 2009, p. 2337; Hijma in zijn noot onder HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 43 (*Vos Logistics/TSN*), punt 9.

152 Keirse 2009, p. 107-108.

153 Het gebruik van het woord “abstraheren” door het hof zorgde voor terminologische verwarring. “Abstraheren” lijkt te duiden op abstracte schadeberekening, maar daarvan was geen sprake.

154 HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 43 (*Vos Logistics/TSN*), r.o. 3.5.

155 Tjittes & Van Wechem 2010, p. 918.

156 Beversluis 2011, p. 740.

157 Tjittes & Van Wechem 2010, p. 918; Beversluis 2011, p. 741-743. Instemmend Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 100.

158 Zie ook Lindenberg 2010, p. 909, die meent dat terecht is “geabstraheerd” van de winst uit vervangende omzet.

159 Zie hiervoor § 3.3.1 en de daar aangehaalde literatuur.

160 Bloembergen 1965, p. 314-315. Zie ook Bolt 1989, p. 5.

vermogensvergelijking heeft blijkens artikel 6:97 BW tot doel de *schade* te begroten en niet tevens eventueel voordeel. De wetgever heeft met artikel 6:100 BW gekozen voor een systeem, waarin voordelen pas bij het vaststellen van de vergoedingsplicht aan de orde komen.¹⁶¹ Winst uit vervangende omzet is onmiskenbaar een voordeel en geen nadeel. Bij het begroten van de schade mag daarmee dus geen rekening worden gehouden. De Hoge Raad heeft in navolging van het gerechtshof naar mijn mening terecht geoordeeld dat winst uit vervangende omzet geen invloed heeft op de omvang van de geleden schade.

Het oordeel van de Hoge Raad in *Vos/TSN* impliceert dat winst uit vervangende omzet nooit voor toerekening op grond van artikel 6:100 BW in aanmerking komt, waardoor er geen ruimte is voor nuance. Dit kan onder omstandigheden tot onredelijke resultaten leiden. Dit probleem kan beter worden verholpen door het criterium ‘een zelfde gebeurtenis’ te versoepelen,¹⁶² dan door het schadebegrip op te rekken.

Het belang van deze discussie mag niet worden onderschat.¹⁶³ Wanneer voordelen direct bij het begroten van de schade in aanmerking worden genomen, en daardoor mede bepalend zijn voor de omvang van de *schade*, dan komt vermindering van de vergoedingsplicht op grond van eigen schuld in beeld, wanneer de benadeelde door aan hem zelf toe te rekenen omstandigheden voordelen zijn ontgaan.¹⁶⁴ Artikel 6:101 BW vindt toepassing, wanneer de benadeelde aan de omvang van de schade heeft bijgedragen. Wanneer schade tevens voordeel omvat, strekt de schadebeperkingsplicht zich dus mede uit tot misgelopen voordeel.¹⁶⁵ Als voordelen daarentegen pas bij het vaststellen van de vergoedingsplicht in aanmerking worden genomen, blijft artikel 6:101 BW buiten beeld. Ik pleit voor de laatste oplossing. Van de benadeelde mag - binnen redelijke grenzen - op straffe van vermindering van de vergoedingsplicht worden verlangd dat hij zijn schade, het nadeel, probeert te beperken. Het gaat mij te ver om van de benadeelde inspanningen te verlangen die erop zijn gericht voordelen te genereren. De

161 Aldus ook Van der Kooij 2011, p. 252; A-G Spier in zijn conclusie voor HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 43 (*Vos Logistics/TSN*), punt 4.5.1. en punt 4.9.1. Zie ook Bloembergen 1965, p. 314; Bolt 1989, p. 8.

162 Zie Van Swaaij 2012, p. 275-284; Rijsterborgh 2012, p. 59-65. Beiden pleiten ervoor (enkel) een *condicio sine qua non*-verband te hanteren voor het criterium ‘een zelfde gebeurtenis’ en daardoor meer ruimte te geven aan het redelijkheids criterium van art. 6:100 BW. Een vergelijkbaar standpunt werd eerder al bepleit door Bolt 1989, p. 189-191. Zie voorts Hijma in zijn noot onder HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 43 (*Vos Logistics/TSN*), punt 10; Lindenberg 2010, p. 909.

163 Gelet op het belang van de discussie valt het te betreuren dat de HR in HR 29 april 2011, *JOR* 2011, 190 (*Van der Heijden/Dexia*), m.nt. Lieverse, r.o. 4.3.4 in afwijking van eerdere jurisprudentie, zoals HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 351, maar ook *Vos/TSN*, oordeelde, dat “het genoten voordeel bij het begroten van de schade wordt verdisconteerd”.

164 In zoverre is eigen schuld het spiegelbeeld van aansprakelijkheid; zie Boonekamp (Schadevergoeding), art. 6:101 BW, aant. 6. Zie ook Hartlief 2010, p. 93. Anders: Hijma in zijn noot onder HR 10 juli 2009, *NJ* 2011, 43 (*Vos Logistics/TSN*), punt 12.

165 In beginsel zou de dader de benadeelde bijv. kunnen tegenwerpen dat hij maar een schadeverzekering had moeten afsluiten. Dit is in mijn ogen geen aantrekkelijke gedachte.

discussie over het schadebegrip heeft daarnaast betekenis voor de bewijslastverdeling.¹⁶⁶

Van der Kooij heeft betoogd dat ook de kosten die de benadeelde bespaart, doordat hij de overeenkomst niet hoeft na te komen pas in het kader van voordeelstoerekening aan de orde komen.¹⁶⁷ Deze opvatting, die tegenovergesteld is aan de opvatting dat winst uit vervangende omzet bij het begroten van de schade in aanmerking moet worden genomen, deel ik niet. De benadeelde moet in de positie worden gebracht, waarin hij zou hebben verkeerd in geval van een in alle opzichten onberispelijke *wederzijdse* nakoming.¹⁶⁸ Dit betekent dat de schade niet eenvoudig kan worden begroot op de gedeerde omzet. De vermogensvergelijking is dan namelijk te eenzijdig gericht op de prestatie van de partij die is tekortgeschoten, waardoor het feit dat de benadeelde niet hoeft na te komen ten onrechte buiten beschouwing blijft. De benadeelde heeft recht op het positief contractsbelang. Dit is - grofweg - het verschil tussen de gedeerde omzet en de door ontbinding van de overeenkomst bespaarde kosten. De door ontbinding bespaarde kosten zijn geen (zelfstandige) voordelen, maar schadebepalende factoren en hebben, in tegenstelling tot winst uit vervangende omzet, dus wel invloed op de omvang van de schade.¹⁶⁹ Van der Kooij gaat in mijn ogen uit van een te ruim begrip 'voordeel'.¹⁷⁰

Een onwenselijk gevolg van de opvatting van Van der Kooij, dat door ontbinding van de overeenkomst bespaarde kosten als voordeel in de zin van artikel 6:100 BW moeten worden aangemerkt, is dat deze kosten buiten het bereik van de schadebeperkingsplicht blijven. Wanneer de benadeelde bijvoorbeeld heeft verzuimd om een bestelling te annuleren van materiaal dat door ontbinding van de overeenkomst niet langer nodig was, kunnen de kosten die hierdoor onnodig zijn gemaakt niet op grond van eigen schuld op de vergoedingsplicht in mindering worden gebracht. Om aan deze consequentie te ontkomen, stelt Van der Kooij voor om in artikel 6:100 BW en artikel 6:101 BW verschillende schadebegrippen te hanteren.¹⁷¹ Vanuit oogpunt van coherentie van recht is dit geen aantrekkelijke oplossing.¹⁷² Bovendien is het niet nodig om verschillende schadebegrippen te hanteren, wanneer door ontbinding bespaarde kosten worden beschouwd als schadebepalende factoren in plaats van voordeel.

166 Zie hierna § 4.2.2; Bloembergen 1965, p. 315.

167 Van der Kooij 2011, p. 253.

168 Van der Kooij 2011, p. 250-251, constateert dit zelf ook.

169 De terminologie is ontleend aan Bolt 1989, p. 6-7. Het onderscheid tussen voordelen en schadebepalende factoren is genuanceerd. Er zijn grensgevallen; zie Bolt 1989, p. 22; Bloembergen 1965, p. 328-329.

170 Ook Ubink in zijn noot onder HR 10 juli 2009, *TBR* 2010, 79, punt 4, lijkt ontbindingsschade en winst uit vervangende omzet ten onrechte over één kam te scheren.

171 Van der Kooij 2011, p. 254. Dit standpunt werd al eerder bepleit door Van Swaaij 2010, p. 1911.

172 Zie ook Lindenbergh 2010, p. 909.

3.3.5 De vorm van de schadevergoeding

Artikel 6:103 BW stelt als uitgangspunt voorop dat schadevergoeding wordt voldaan in geld. Deze bepaling verschaft de rechter tevens de bevoegdheid om schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom toe te kennen. De mogelijke vormen waarin schadevergoeding kan worden toegekend zijn talrijk. Een veroordeling kan het verrichten van zowel feitelijke als rechtshandelingen bevatten of een combinatie daarvan.¹⁷³ Voor toekenning van schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom moeten wel bijzondere redenen bestaan.¹⁷⁴ Waar het op aankomt is of de vergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom mogelijk en passend is.¹⁷⁵ Daarbij moet de rechter het doel van het schadevergoedingsrecht voor ogen houden. Schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom ligt in de rede, wanneer de rechtstoestand kan worden hersteld door het verrichten van een feitelijke handeling of een rechtshandeling door de dader. Schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom kan de benadeelde niet worden opgedrongen. Blijkens de tekst van artikel 6:103 BW moet zij door de benadeelde zijn gevorderd.

3.4 SCHADEVERGOEDING BIJ SCHENDING VAN DE AANBESTEDINGSREGELS

3.4.1 Inleiding

De schade die een inschrijver lijdt als gevolg van een onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming kwalificeert als vermogensschade, in het bijzonder 'zuivere vermogensschade'. Zij kan zowel geleden verlies als gederfde winst omvatten. Deze schade komt op grond van artikel 6:95 BW en artikel 6:96 lid 1 BW voor vergoeding in aanmerking.

Bij schadevergoeding op grond van schending van de aanbestedingsregels kunnen twee categorieën worden onderscheiden. Het onderscheid is afhankelijk van het antwoord op de vraag of definitieve gunning heeft plaatsgevonden. Voorbeelden uit de eerste categorie, de opdracht is gegund, zijn gevallen waarin de aanbesteder een of meer inschrijvers ten onrechte heeft gepasseerd of waarin de opdracht is gegund, terwijl dit in verband met procedurele gebreken niet was toegestaan en heraanbesteding had moeten plaatsvinden. Een voorbeeld uit de tweede categorie, de opdracht is niet gegund, is het geval waarin de aanbesteding om budgettaire redenen is ingetrokken.

Paragraaf 3.4.2 begint met schadevergoeding bij definitieve gunning. Paragraaf 3.4.3 is gewijd aan de mogelijkheid tot toepassing van het leerstuk van

173 Parl. Gesch. Boek 6, p. 363-364. Zie voorts Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 21-22.

174 Parl. Gesch. Boek 6, p. 362.

175 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 23.

kansschade. In paragraaf 3.4.4 komt slot schadevergoeding bij intrekking van de aanbesteding aan bod.

3.4.2 Schadevergoeding bij definitieve gunning

Wanneer een opdracht onrechtmatig is gegund, zal de benadeelde inschrijver om voor schadevergoeding in aanmerking te komen in beginsel moeten aantonen dat de opdracht zonder onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming aan hem zou zijn gegund.¹⁷⁶ Bij de in het kader van de begroting van de schade te maken vermogensvergelijking moet de situatie waarin de benadeelde inschrijver zou hebben verkeerd, wanneer de opdracht aan hem zou zijn gegund en de overeenkomst onberispelijk zou zijn nagekomen, worden vergeleken met de werkelijke situatie.¹⁷⁷ In feite heeft de benadeelde inschrijver dus twee hordes te nemen; gunning én onberispelijke nakoming.

De eerste horde is waarschijnlijk de lastigste. De aangesproken aanbestedder staat in dit kader een aantal verweren ten dienste. Ten eerste kan de aanbestedder betogen dat de benadeelde inschrijver niet voor gunning in aanmerking zou zijn gekomen, omdat zijn inschrijving vanwege een gebrek ter zijde had moeten worden gelegd. Een voor de praktijk belangrijke vraag is of een aanbestedder een beroep toekomt op een gebrek in de inschrijving dat pas in bodemprocedure aan de orde wordt gesteld.¹⁷⁸ Het Gerechtshof Den Haag heeft deze vraag ontkennend benantwoord.¹⁷⁹ Volgens het gerechtshof staat het vertrouwensbeginsel aan dit verweer in de weg. Dat honorering van een beroep op het vertrouwensbeginsel op gespannen voet staat met het gelijkheidsbeginsel, doet volgens het gerechtshof niet ter zake. Bij een schadevergoedingsvordering zouden namelijk, anders dan bij vordering tot gunning, de belangen van derden niet het geding zijn.

Naar mijn mening is dit oordeel onjuist. De wet biedt eenvoudigweg geen grond voor het door het gerechtshof gemaakte onderscheid tussen procedures waarin gunning dan wel schadevergoeding wordt gevorderd. Als de uitkomst van de besproken vermogensvergelijking is dat de inschrijver geen schade heeft geleden, doordat hij - om welke reden dan ook - niet voor gunning in aanmerking kwam, is er geen plaats voor schadevergoeding.¹⁸⁰ Ook wanneer de benadeelde inschrijver pas in een bodemprocedure een gebrek in zijn inschrijving wordt tegengeworpen, moet een eventueel beroep op het vertrouwensbeginsel worden beoordeeld naar het tijdstip van de gunning van de opdracht.¹⁸¹ Dat bij een schadevergoedingsvordering de

176 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 646; Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 20.

177 Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 649.

178 Zie ook Hebly & Wilman 2010, p. 328.

179 Hof Den Haag 14 september 2006, *BR* 2007, 75, r.o. 3.1.

180 Zie ook A-G Keus in zijn conclusie voor HR 9 mei 2008, *TBR* 2008, 183, punt 2.8.

181 Een beroep op het vertrouwensbeginsel zal slechts in uitzonderlijke situaties kunnen slagen, aangezien het beginsel van gelijke behandeling in de regel prevaleert.

belangen van andere inschrijvers niet zouden zijn betrokken,¹⁸² doet niet ter zake. De benadeelde inschrijver die in een bodemprocedure wordt geconfronteerd met een vermeend gebrek in zijn inschrijving, kan de aanbesteder onder omstandigheden wel *Staat/KPN* tegenwerpen, in het bijzonder bij Europese aanbestedingen. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat aanvulling van de motivering van de gunningsbeslissing in beginsel niet is toegestaan.¹⁸³ Naar mijn mening komt de aanbesteder geen beroep toe op een niet eerder medegedeeld gebrek in de inschrijving, wanneer hij daarmee ten tijde van voorlopige gunning al bekend had kunnen zijn.¹⁸⁴

Ten tweede kan de aanbesteder als verweer aanvoeren dat hij van gunning zou hebben afgezien, wanneer de benadeelde inschrijver als winnaar uit de bus zou zijn gekomen. Volgens sommige schrijvers is voor een dergelijk verweer geen plaats, wanneer de aangesproken aanbesteder geen gebruik heeft gemaakt van het recht om van gunning af te zien en in werkelijkheid de opdracht heeft gegund.¹⁸⁵ Ik pleit voor meer nuance. Het verweer van de aanbesteder kan niet op voorhand als irreëel van de hand worden gewezen. Er zijn situaties te bedenken waarin de aanbesteder zonder onrechtmatige daad of wanprestatie daadwerkelijk van gunning zou hebben afgezien (en na wijziging van de specificaties mogelijk tot heraanbesteding zou zijn overgegaan). Als voorbeeld neem ik de gunning van een opdracht aan een inschrijver die een ongeldige inschrijving heeft gedaan. Deze inschrijver had van deelname aan de aanbesteding moeten worden uitgesloten. De prijs van de ongeldige inschrijver past binnen het budget van de aanbesteder, terwijl de prijs van de benadeelde inschrijver het budget van de aanbesteder overschrijdt. Denkbaar is dat de aanbesteder de opdracht niet zou hebben gegund aan de benadeelde inschrijver, wanneer hij de ongeldige inschrijver van deelname aan de aanbesteding zou hebben uitgesloten. De uitkomst van de te maken vermogensvergelijking is dan dat de benadeelde inschrijver geen schade heeft geleden.¹⁸⁶ Vanzelfsprekend moet het verweer van de aanbesteder reëel zijn. Aan de motiveringsplicht van de aangesproken aanbesteder mogen hoge eisen worden gesteld.¹⁸⁷ In het omgekeerde geval, de benadeelde inschrijver had met de laagste prijs ingeschreven maar is ten onrechte van deelname aan de aanbesteding uitgesloten, komt het verweer

182 Op welk oordeel overigens het nodige valt af te dingen; zie A-G Keus in zijn conclusie voor HR 9 mei 2008, *RvdW* 2008, 519, punt 2.8; Van den Berg in zijn noot onder HR 9 mei 2008, *TBR* 2008, 75, punt 8.

183 HR 7 december 2012, *NJ* 2013, 154 (Staat en Tele2/KPN), r.o. 3.11.

184 Zie meer uitgebreid over de (on)mogelijkheid van aanvulling van de motivering van een gunningsbeslissing hierna hoofdstuk 6, § 2.4.3. Mogelijk levert de aard van de vordering, in dit geval een schadevergoedingsvordering, een 'bijzondere reden of omstandigheid' op, op grond waarvan aanvulling van de motivering is toegestaan.

185 Niersman & Orobio de Castro 2008, p. 26. Zie ook Hebly & Wilman 2010, p. 328.

186 Zie ook Hof Den Bosch 11 november 2008, kenbaar uit HR 17 september 2010, *RvdW* 2010, 1058, dat betrekking had op een inschrijvingsprocedure voor de verkoop van een kantoorcomplex. Het voorgaande toont ook het belang aan van het bepalen van de juiste 'coördinaten' voor de te maken vermogensvergelijking. Zie over de vermogensvergelijking Lindenbergh 2010, p. 901-909.

187 Zie over de (verzwaarde) motiveringsplicht hierna § 4.2.1.

dat de aanbestedder zonder normschending van gunning zou hebben afgezien, op het eerste gezicht niet steekhoudend voor. Het verweer dat de opdracht vanwege procedurele gebreken in het geheel niet had mogen worden gegund, kan in ieder geval niet serieus worden genomen, wanneer de aanbestedder in de gestelde gebreken geen aanleiding heeft gezien om van gunning af te zien.¹⁸⁸

De tweede horde, zonder onrechtmatige daad of wanprestatie zou de overeenkomst onberispelijk zijn nagekomen, is waarschijnlijk eenvoudiger te nemen voor de benadeelde inschrijver. Een beroep naar analogie op de jurisprudentie van de Hoge Raad over schadevergoeding bij overschrijding van de grenzen van een volmacht behoort naar mijn mening tot de mogelijkheden.¹⁸⁹ Ingevolge deze jurisprudentie hoeft de benadeelde die van de pseudogevolmachtigde schadevergoeding vordert, bestaande uit het positief contractsbelang, niet te stellen en bij betwisting te bewijzen, dat de overeenkomst naar behoren zou zijn nagekomen, indien de overeenkomst de pseudovolmachtgever wel had gebonden. Overeenkomsten plegen namelijk te worden overeengekomen.¹⁹⁰

In dit verband is voorts het volgende van belang. De aanbestedder die stelt dat de benadeelde inschrijver de overeenkomst toch niet naar behoren had kunnen nakomen, en dat verweer baseert op omstandigheden die reeds ten tijde van voorlopige gunning bekend waren of behoorden te zijn, stelt in feite dat de benadeelde inschrijver een irreële inschrijver heeft gedaan. Irreële inschrijvingen zijn ongeldig en moeten ter zijde worden gelegd.¹⁹¹ Het debat over de vraag of de benadeelde inschrijver de overeenkomst naar behoren zou zijn nagekomen, verplaatst zich dan naar de eerste horde: zou de opdracht zonder onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming aan de benadeelde inschrijver zijn gegund? Met name wanneer de aanbestedder pas voor het eerst in een bodemprocedure aanvoert dat de benadeelde inschrijver een irreële inschrijving heeft gedaan, heeft hij naar mijn mening uit te leggen waarom dit gebrek niet eerder aan de orde is gesteld en mogen hoge eisen worden gesteld aan de motiveringsplicht van de aanbestedder.

Bij het begroten van de schade van de benadeelde inschrijver die heeft weten aan te tonen dat de opdracht zonder normschending aan hem zou zijn gegund, kan de opdrachtsom als uitgangspunt worden genomen. Hierop moeten de bespaarde *uitgaven* in mindering worden gebracht. Daartoe kunnen loonkosten, kosten voor inzet van materieel en algemene kosten niet worden gerekend. De benadeelde inschrijver zal immers bij het mislopen van een opdracht zijn personeel gewoon moeten blijven doorbetalen, afschrijvingen moeten doen op materieel en de bedrijfsvoering in stand

188 Zie HvJ EG 19 juni 2003, C-315/01 (GAT/ÖSAG), r.o. 54-55. Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 563.

189 Art. 3:70 BW.

190 HR 20 februari 2004, NJ 2004 (Vreeswijk/Van Heeckeren), r.o. 3.5.2. Zie voorts HR 5 februari 2010, RvdW 2010, 260. Deze jurisprudentie wordt bekritiseerd; zie o.a. Lindenbergh 2010, p. 906-907.

191 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 366-367. Zie bijv. Vزر. Rb. Arnhem 24 oktober 2008, NJF 2009, 202, r.o. 4.8.

moeten houden. Deze kosten mogen slechts in mindering worden gebracht op de opdrachtsom, indien en voor zover zij zijn gedekt door inkomsten uit vervangende opdrachten.¹⁹² De omvang van de schade moet worden vastgesteld op het bedrag dat onder de streep overblijft. Dit is het positief contractsbelang.

Het leidt geen twijfel dat schade als gevolg van het mislopen van een opdracht volgens de leer van toerekening naar redelijkheid op grond van artikel 6:98 BW als een gevolg van de schending van de aanbestedingsregels aan de aanbesteder kan worden toegerekend. Discussie is wel mogelijk over schadevergoeding voor het mislopen van een referentiewerk. Naar mijn mening staat deze schade, voor zover al aantoonbaar,¹⁹³ in een te ver verwijderd verband van de schadeveroorzakende gebeurtenis en komt zij dus niet voor vergoeding in aanmerking.¹⁹⁴

Als uitgangspunt geldt dat de schade volledig wordt vergoed.¹⁹⁵ De vergoedingsplicht moet dus in beginsel worden vastgesteld op de begrote schade. Er bestaat niettemin aanleiding om de vergoedingsplicht van de aanbesteder op grond van artikel 6:101 BW naar evenredigheid te verminderen, indien en voor zover de benadeelde inschrijver zijn schadebeperkingsplicht heeft verzaakt, bijvoorbeeld door na te laten op zoek te gaan naar vervangende opdrachten om dekking te vinden voor loonkosten, kosten voor materieel en algemene kosten. Voor toerekening van winst uit omzet die de benadeelde inschrijver heeft gerealiseerd met vervangende opdrachten op grond van artikel 6:100 BW, bestaat gelet op *Vos/TSN* op geen plaats.¹⁹⁶ Ook in aanbestedingsgeschillen geldt als uitgangspunt dat schadevergoeding wordt voldaan in geld. Gelet op de gemiddelde duur van een bodemprocedure, lijkt de ruimte voor toekenning van schadevergoeding in een andere vorm dan betaling van een geldsom beperkt. Op het moment dat eindvonnis wordt gewezen, is de kans groot dat de opdracht al is uitgevoerd.¹⁹⁷ In dat geval is herstel van de rechtstoestand door feitelijke handelingen of rechtshandeling lastig te realiseren.

Jurisprudentie over schadevergoeding wegens schending van de aanbestedingsregels is nog altijd schaars.¹⁹⁸ De meeste uitspraken zijn afkomstig van

192 Wanneer een opdracht naast de misgelopen opdracht aangenomen had kunnen worden, is er geen sprake van een vervangende opdracht. In dat geval is er geen plaats om de bedoelde kosten in mindering te brengen op de opdrachtsom; zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 651.

193 RvA 27 december 1995, nr. 17.453.

194 Aldus ook Hebly & Wilman 2010, p. 330. Twijfelachtig is bovendien of de aanbestedingsregels de inschrijver tegen deze schade beogen te beschermen en dus of aan het relativiteitsvereiste is voldaan. Zie over het relativiteitsvereiste hiervoor § 2.3.4.

195 Zie hiervoor § 3.3.4.

196 Zie hiervoor § 3.3.4. Zie voorts Hof Den Haag 19 mei 2009, *TBR* 2009, 223, r.o. 14; RvA 7 december 1998, nr. 70.255 en nr. 70.263, r.o. 20; Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 43. Anders: Essers 2009, p. 565.

197 Rb. Amsterdam 18 juni 2008, *NJF* 2009, 200, r.o. 5.1. Zie voorts Hebly & Wilman 2010, p. 332.

198 Zie voor mogelijke oorzaken hiervan Hebly, De Boer en Wilman 2007, p. 92-93.

de Raad van Arbitrage voor de Bouw.¹⁹⁹ De overheidsrechter lijkt zich bij de methode van schadebegroting van de Raad van Arbitrage voor de Bouw te hebben aangesloten.²⁰⁰ Opvallend is dat in de regel niet de opdrachtsom tot uitgangspunt wordt genomen, waarop dan vervolgens de bespaarde uitgaven en kosten in mindering worden gebracht. In plaats van deze 'top-down' benadering wordt een inschatting gemaakt van de nettowinst, waarbij bedragen worden opgeteld voor onderdekkingsverliezen.²⁰¹ De reden voor deze afwijkende aanpak zou zijn dat de schade zich niet eenvoudig laat begroten op het verschil tussen de opdrachtsom en de bespaarde kosten, doordat de ten tijde van de gunning ingeschatte kosten doorgaans substantieel zouden afwijken van de werkelijke kosten.²⁰²

De in de jurisprudentie gevolgde aanpak is niet principieel onjuist. Zij heeft als voordeel dat de bespaarde uitgaven, die anders in mindering zouden strekken op de opdrachtsom, eenvoudig bij de begroting van de schade buiten beschouwing worden gelaten. Er moet één kanttekening worden geplaatst. In de gevolgde aanpak wordt erg veel nadruk gelegd op de schadebeperkingsplicht van de benadeelde inschrijver. Onderdekkingsverliezen komen slechts voor vergoeding in aanmerking voor zover deze niet geacht worden door vervangende opdrachten te zijn gedekt. In afwijking van de hoofdregel,²⁰³ lijken de stelplicht en de bewijslast bij de benadeelde inschrijver te worden gelegd.²⁰⁴ Bovendien lijkt te worden miskend dat een schadebeperkingsplicht zijn grenzen vindt in de redelijkheid en geen resultaatsverplichting inhoudt.²⁰⁵

3.4.3 De vergoeding van het verlies van een kans op gunning

Bij het begroten van de schade wordt altijd gekeken naar de hypothetische situatie waarin de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis niet heeft plaatsgevonden. Naar de aard van de zaak is deze hypothetische situatie niet met honderd procent zekerheid vast te stellen. In het bijzonder in aanbestedingsgeschillen kan de vermogensvergelijking hoofdbreken opleveren, bijvoorbeeld wanneer de benadeelde inschrijver ten onrechte is uitgesloten van deelname aan een aanbesteding waarin 'de economisch

199 Zie voor een overzicht M.A. van Wijngaarden/M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht. Deel 18. Aanbestedingsrecht. Aanbesteding opdracht (gunning) geschillenregeling*, Den Haag: Uitgeverij Paris 2010, nr. 995.

200 Zie ook Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 41.

201 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 650-651. Met onderdekkingsverliezen zijn bedoeld loonkosten, kosten voor materieel en algemene kosten die niet zijn gedekt door inkomsten uit vervangende opdrachten.

202 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 650. Dit geldt met name voor omvangrijke bouwprojecten. Bij andere opdrachten laat de schade zich eenvoudiger begroten volgens de 'top-down' benadering.

203 Zie hierna § 4.2.2.

204 Zie bijv. Rb. Zwolle-Lelystad 31 januari 2007, *LJN AZ7506*, r.o. 4.28; RvA 17 oktober 1989, *BR* 1990, p. 228. Zie ook Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 41.

205 Zie over de grenzen van de schadebeperkingsplicht Keirse 2003, p. 117-134.

meest voordelige inschrijving' als gunningscriterium gold. De vraag die in deze maar ook in vele andere situaties rijst, is of de benadeelde inschrijver als winnaar uit de bus zou zijn gekomen, wanneer hij niet van deelname zou zijn uitgesloten. De rechter zal altijd eerst een poging moeten doen de uitkomst van de aanbesteding te achterhalen, in geval de uitsluiting niet zou hebben plaatsgehad.²⁰⁶ Wanneer dit niet goed mogelijk is, doordat de uitkomst met te veel onzekerheden omgeven is, dan is de vergoeding van een verlies van een kans naar mijn mening de meest passende oplossing.²⁰⁷ In de jurisprudentie is deze mogelijkheid al erkend.²⁰⁸

In zijn conclusie voor *GAT/ÖSAG* verdedigde advocaat-generaal Geelhoed het standpunt, dat een nationale bepaling op grond waarvan alleen schadevergoeding kan worden toegekend, wanneer de benadeelde inschrijver aantoonde dat de opdracht zonder schending aan hem zou zijn gegund, in strijd is met het effectiviteitsbeginsel.²⁰⁹ Het HvJ heeft zich hierover niet uitgelaten.²¹⁰ Door toepassing van het leerstuk van kansschade wordt tegemoet gekomen aan de zware bewijslast die op de benadeelde inschrijver rust ten aanzien van de geleden schade. Indien het HvJ zich mocht aansluiten bij het standpunt van advocaat-generaal Geelhoed, kan het Nederlandse schadevergoedingsrecht naar mijn mening de toets aan het effectiviteitsbeginsel doorstaan.

Situaties waarin onzeker is of de schade is veroorzaakt door de aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis dan wel door een oorzaak die in de risicosfeer van de benadeelde ligt, zoals in *Nefalit/Karamus*,²¹¹ zijn bij aanbestedingen moeilijk voorstelbaar.²¹² In theorie is toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid bij aansprakelijkheid wegens schending van de aanbestedingsregels niet uitgesloten. De Hoge Raad heeft namelijk in *Fortis/Bourgonje* de deur van dit leerstuk op een kier gezet voor

206 Zie hiervoor § 3.3.2. Zie voorts Rb. Zutphen 28 december 2011, *LJN* BU9991, r.o. 2.14; Rb. Zwolle-Lelystad 31 januari 2007, *LJN* AZ7506, r.o. 4.25.

207 Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 660-661; Hebly & Wilman 2010, p. 330; Niersman & Orobio de Castro 2008, p. 25; Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 21 en p. 24-32; *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 027, nr. 7, p. 9.

208 Hof Den Haag 19 mei 2009, *TBR* 2009, 223, m.nt. Fischer-Braams, r.o. 10; Vzr. Rb. Amsterdam 29 mei 2012, *BR* 2012, 146, m.nt. Parlevliet, r.o. 4.6; Rb. Amsterdam 18 juni 2008, *NJF* 2009, 200, r.o. 5.15; Rb. Utrecht 4 juli 2001, *BR* 2002, 17.

209 Conclusie A-G Geelhoed van 10 oktober 2002 voor HvJ EG 19 juni 2003, C-315/01 (*GAT/ÖSAG*), punt 66. Zie hierover Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 92.

210 HvJ EG 19 juni 2003, C-315/01 (*GAT/ÖSAG*).

211 HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250 (*Nefalit/Karamus*). Zie hiervoor § 2.3.3.

212 Naar mijn mening worden in de literatuur situaties waarin onzeker is of er schade is geleden ten onrechte in de sleutel van causaliteit geplaatst. Zie bijv. het door Niersman & Orobio de Castro 2008, p. 25, genoemde voorbeeld, waarin één inschrijver bij de verstrekking van informatie wordt beoordeeld boven andere inschrijvers. Deze situatie verschilt niet wezenlijk van die waarin een inschrijver ten onrechte van deelname is uitgesloten. In beide gevallen is het maar de vraag of de benadeelde inschrijver zonder de onrechtmatige gedraging de opdracht gegund zou hebben gekregen en dus of er schade is geleden. Toegegeven zij dat de benadering (schade of causaliteit) in zeker opzicht afhankelijk is van de invalshoek van waaruit de casus wordt aangevlogen; zie Klaassen 2012, p. 16.

situaties, waarin onzeker is of er schade is geleden.²¹³ In de praktijk zal het wel meevallen. De Hoge Raad heeft tegelijkertijd benadrukt dat toepassing van proportionele aansprakelijkheid slechts in uitzonderlijke situaties op haar plaats is.²¹⁴ Daarbij moet onder meer worden gekeken naar de aard en de strekking van de geschonden norm en de aard van de schade.²¹⁵ De door de benadeelde inschrijver geleden schade kwalificeert als zuivere vermogensschade. Daartegen beogen de aanbestedingsregels ondernemers te beschermen.²¹⁶ De Hoge Raad kent een lage prioriteit toe aan zuivere vermogensschade.²¹⁷ Toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid op schadevergoedingsvorderingen wegens schending van de aanbestedingsregels kan waarschijnlijk niet op de goedkeuring van de Hoge Raad rekenen.

3.4.4 Schadevergoeding bij intrekking van aanbesteding

Op de aanbesteder die na het houden van een aanbesteding afziet van gunning van de opdracht, kan onder omstandigheden een verplichting komen te rusten om de door de inschrijvers gemaakte kosten te vergoeden.²¹⁸ Een schadevergoedingsplicht kan tevens bestaan, wanneer een aanbesteder vanwege procedurele gebreken noodgedwongen een aanbesteding afbreekt.²¹⁹ Bij de in het kader van de begroting van de schade te maken vermogensvergelijking moet de situatie waarin de benadeelde inschrijver zou hebben verkeerd, wanneer hij niet aan de aanbesteding zou hebben deelgenomen, worden vergeleken met de werkelijke situatie. De schade zal hoofdzakelijk bestaan uit inschrijfkosten, die als geleden verlies in de zin van artikel 6:96 lid 1 BW kunnen worden aangemerkt. De schade kan tevens gedeerde winst omvatten. De winst bestaat in voorkomend geval niet uit de winst die de benadeelde inschrijver had kunnen behalen met de uitvoering van de opdracht die het voorwerp was van de ingetrokken aanbesteding, maar uit de winst die de benadeelde inschrijver had kunnen behalen uit opdrachten die hij niet heeft kunnen verwerven, doordat hij

213 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (Fortis/Bourgonje), m.nt. Tjong Tjin Tai. Zie tevens hiervoor § 3.3.2.

214 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (Fortis/Bourgonje), r.o. 3.8-3.9.

215 Klaassen 2012, p. 18; Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251 (Fortis/Bourgonje), punt 3.

216 Dat de Europese aanbestedingsregels uiteindelijk een hoger doel dienen, namelijk de totstandkoming van één Europese markt voor overheidsopdrachten, doet daar naar mijn mening niet aan af. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen, waaronder de mogelijkheid tot toekenning van schadevergoeding, strekken tot bescherming van ondernemers en niet tot bescherming van het algemeen belang; zie HvJ EU 15 oktober 2009, C-275/08 (Commissie/Duitsland), r.o. 36.

217 Zie hiervoor § 3.3.3. Wouters 2013, p. 334, acht de kans klein dat de HR toepassing van proportionele aansprakelijkheid zal aanvaarden voor zuivere vermogensschade.

218 Zie hoofdstuk 3, § 3.2.4.3.

219 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 664.

heeft deelgenomen aan de ingetrokken aanbesteding en hij niet de tijd en middelen had tegelijkertijd op meerdere aanbestedingen in te schrijven.²²⁰ Er is weinig jurisprudentie over schadevergoedingsvorderingen bij intrekking van aanbestedingen.²²¹ Eén van de mogelijke oorzaken hiervan is dat onrechtmatig handelen niet snel wordt aangenomen. Bovendien kunnen aanbesteders zich in vergaande mate vrijtekenen voor deze schade.²²²

4 BEWIJS

4.1 INLEIDING

Niet zelden is de uitkomst van een procedure afhankelijk van de mate waarin de relevante feiten zijn bewezen. Dit geldt ook voor aanbestedingsgeschillen. Het belang van het bewijsrecht voor de praktijk is daarmee gegeven. De bewijsregels kunnen daarom in dit boek niet onbesproken blijven. In paragraaf 4.2 komen enkele aspecten van het bewijsrecht aan bod die van bijzonder belang zijn voor aanbestedingsgeschillen. Voor een uitgebreidere bespreking van het bewijsrecht verwijs ik naar de handboeken.²²³ In paragraaf 4.3 wordt aandacht besteed aan de mogelijkheden die de wet benadeelde inschrijvers biedt bewijsmiddelen te vergaren.

Het bewijsrecht behoort net als de regels voor het vaststellen van schadevergoeding tot de procedurele autonomie van lidstaten. De Rechtsbeschermingsrichtlijnen brengen hier geen verandering in.²²⁴ Binnen de randvoorwaarden van gelijkwaardigheid en effectiviteit genieten lidstaten dus een zekere vrijheid bij het inrichten van hun bewijsrecht. Hierna zal blijken dat de jurisprudentie van het HvJ niettemin haar invloed doet gelden op nationale regels van bewijsrecht en bewijsvergaring.

4.2 BEWIJSLASTVERDELING

4.2.1 Bewijslastverdeling in de fase van de vestiging van aansprakelijkheid

In procedures voor de burgerlijke rechter wordt ingevolge artikel 24 Rv de omvang van het rechtsgeding door procespartijen bepaald. De rechter is lijdelijk.²²⁵ Dit beginsel komt tevens tot uitdrukking in artikel 149 lid 1 Rv. Artikel 149 lid 1 Rv geeft voorts de grenzen aan waarbinnen de bewijsvoering

220 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 26; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 641; Hartlief 2012, p. 249.

221 Rb. Utrecht 24 augustus 2011, *LJN* BS1672, r.o. 4.6; Rb. Den Bosch 5 november 2008, *LJN* BW2949, r.o. 4.1.3, waarover De Kreuk 2009, p. 1-2; Rb. Rotterdam 8 oktober 2008, *LJN* BG3796, r.o. 4.5.

222 Zie hiervoor § 2.4.3.

223 O.a. Pitlo/Hidma & Rutgers 2004; Wieten 2012; Asser Procesrecht 3/Asser 2013.

224 Afgezien van art. 2 lid 7 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren, dat hierna in § 5 afzonderlijk zal worden besproken.

225 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 8-13.

in het civiele geding zich afspeelt.²²⁶ Feiten en rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de andere partij niet of onvoldoende zijn betwist, moeten door de rechter als vaststaand worden aangenomen.²²⁷ Alleen (rechtens relevante) betwiste stellingen behoeven dus bewijs.

De verdeling van de bewijslast van betwiste stellingen is in artikel 150 Rv geregeld. Deze bepaling geeft uitdrukking aan de gematigd-objectiefrechtelijke leer.²²⁸ De hoofdregel is dat de verdeling van de bewijslast uit het materiële recht volgt. De bewijslast kan worden ‘gematigd’, omgekeerd, op grond van enige bijzondere regel of de eisen van redelijkheid en billijkheid.²²⁹ De woorden “enige bijzondere rechtsregel” in artikel 150 Rv zien zowel op regels van geschreven als van ongeschreven recht.²³⁰

Wanneer sprake is van een schending van de Aanbestedingswet 2012, is onrechtmatige daad de grondslag van de schadevergoedingsvordering. In de regel rusten de stelplicht en de bewijslast van de onrechtmatige daad, de toerekening en het *condicio sine qua non*-verband tussen de onrechtmatige daad en de schade op de inschrijver.²³¹ De toerekening van schade naar redelijkheid op grond van 6:98 BW is een rechtsvraag en hoeft niet te worden bewezen.²³² Ten aanzien van de feiten die aan de onrechtmatige daad ten grondslag liggen, kan uit de aanbestedingsregels onder omstandigheden een andere bewijslastverdeling voortvloeien. Uit de jurisprudentie van het HvJ volgt bijvoorbeeld dat de onderhandelingsprocedures met en zonder voorafgaande bekendmaking als uitzondering moeten worden beschouwd op de hoofdregel, dat opdrachten volgens de openbare of niet-openbare procedure moeten worden aanbesteed. De bewijslast van de feiten en omstandigheden die afwijking van de hoofdregel rechtvaardigen, rust op degene die zich op de uitzonderingsgrond beroept, oftewel de aanbestedende dienst.²³³

Met behulp van artikel 150 Rv kan overigens eenvoudig hetzelfde resultaat worden bereikt als met de door het HvJ geformuleerde bewijsregel. Ingevolge artikel 2.25 van de Aanbestedingswet 2012 is de aanbestedende dienst in beginsel verplicht een opdracht volgens de openbare of niet-openbare procedure aan te besteden. Het verweer van de aanbestedende dienst dat hij daartoe op één van de in artikel 2.32 van de Aanbestedingswet 2012 genoemde gronden niet gehouden was, is een bevrijdend verweer, waarvan op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv de stelplicht en bewijslast op

226 Asser Procesrecht 3/Asser 2013, nr. 92-93; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 23.

227 Tenzij aanvaarding van die stelling tot een rechtsgevolg zou leiden dat niet ter vrije bepaling van partijen staat.

228 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 36. Zie ook Asser Procesrecht 3/Asser 2013, nr. 287.

229 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 37. Zie over het subsidiaire karakter van deze uitzonderingsregel Parl. Gesch. Bewijsrecht p. 89-90.

230 Parl. Gesch. Bewijsrecht, p. 88-89.

231 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 45, nr. 107; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 76.

232 Parl. Gesch. Boek 6, p. 345; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 76; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV, nr. 107; Klaassen 2007, p. 57b.

233 HvJ EG 10 maart 1987, C-199/85 (Commissie/Italië), r.o. 14.

de aanbestedende dienst rusten. Een ander voorbeeld van een situatie waarin de aanbestedingsregels de stelplicht en bewijslast bij de aanbestedende dienst neerleggen, betreft de afwijzing van een ‘abnormaal lage inschrijving’ als bedoeld in artikel 2.116 van de Aanbestedingswet 2012. Als een inschrijver meent ten onrechte van deelname aan een aanbesteding te zijn uitgesloten vanwege het doen van een ‘abnormaal lage inschrijving’, zal in beginsel de aanbestedende dienst moeten stellen, en bij gemotiveerde betwisting bewijzen, dat de inschrijving ‘abnormaal laag’ was. Wanneer hij daarin slaagt, is het vervolgens wel aan de inschrijver om te stellen, en wederom bij betwisting te bewijzen, dat zijn inschrijving desondanks serieus was.²³⁴

De keuze voor een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een aanbestedingsovereenkomst als grondslag voor een schadevergoedingsvordering in plaats van onrechtmatige daad heeft geen wezenlijke gevolgen voor de bewijslastverdeling. De stelplicht en bewijslast van de totstandkoming van de overeenkomst, de tekortkoming en het *condicio sine qua non*-verband tussen de tekortkoming en de schade rusten ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv in beginsel op de inschrijver. Een met name in theorie belangrijk verschil tussen wanprestatie en onrechtmatige daad betreft de stelplicht en bewijslast ten aanzien van toerekening. In geval van onrechtmatige daad rusten de stelplicht en bewijslast zoals gezegd op de benadeelde inschrijver. De stelplicht en bewijslast van een beroep op overmacht in de zin van artikel 6:75 BW rusten echter op de aanbestedder.²³⁵ Indien toerekening krachtens verkeersopvattingen mogelijk is, is er geen verschil. Hetgeen de verkeersopvattingen meebrengen is namelijk ongeacht de rechtsgrond een rechtsvraag.²³⁶

Hoewel de bewijslastverdeling in bepaalde gevallen gunstig kan uitpakken voor de inschrijver, zal de bewijslast, en daarmee het bewijsrisico, in de meeste gevallen op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv op de schouders van de inschrijver rusten. Een interessante vraag is of en zo ja, in hoeverre er ruimte is de bewijslast in aanbestedingsgeschillen op grond van een bijzondere regel of de eisen van redelijkheid en billijkheid om te keren.

Uitspraken waarin op grond van een bijzondere regel omkering van de bewijslast plaatsvond, zijn met name in het arbeidsrecht te vinden.²³⁷ In *Kacar/Stegeman* bijvoorbeeld oordeelde de Hoge Raad dat de bewijslast van het bestaan van een opzegverbod (i.c. zwangerschap) ingevolge de hoofdregel op de werknemer rust. De strekking van het opzegbod brengt volgens De Hoge Raad - bij wijze van ongeschreven bijzondere regel - mee dat onder bepaalde omstandigheden een uitzondering op deze hoofdregel

234 Wanneer bijv. de lage prijs verband houdt met een steunmaatregel, zal de inschrijver moeten bewijzen dat de steun rechtmatig is verleend.

235 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I, nr. 370.

236 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II, nr. 76.

237 Wieten 2012, p. 36-37.

moet worden aanvaard.²³⁸ Omkering van de bewijslast is in deze situaties gerechtvaardigd vanwege de bescherming die de betrokken bepaling beoogt te bieden tegen ontslag.²³⁹ De aanbestedingsregels, in het bijzonder de beginselen van gelijkheid en transparantie, beogen inschrijvers te beschermen tegen elk risico van willekeur en favoritisme.²⁴⁰ Betoogd zou kunnen worden dat onder omstandigheden ter zake van een vermeende schending van het gelijkheidsbeginsel of het transparantiebeginsel op grond van een bijzondere ongeschreven regel omkering van de bewijslast moet plaatsvinden ten nadele van de aanbesteder. Bij mijn weten is in aanbestedingsgeschillen tot dusver nog geen beroep gedaan op deze in artikel 150 Rv genoemde uitzondering teneinde omkering van de bewijslast te bewerkstelligen.

Onder zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen de eisen van redelijkheid en billijkheid omkering van de bewijslast rechtvaardigen. Bewijsnood, die ook met regelmaat door inschrijvers wordt ervaren, is daarvoor echter onvoldoende.²⁴¹ Bijkomende omstandigheden zijn noodzakelijk, bijvoorbeeld het voor de wederpartij onmogelijk maken om bewijs te leveren of onbehoorlijk gedrag.²⁴²

Voor het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband tussen de onrechtmatige daad of wanprestatie en de schade is in de jurisprudentie een bijzondere op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde 'omkeringsregel' ontwikkeld. De omkeringsregel houdt in dat "indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan".²⁴³ Niersman en Orobio de Castro hebben toepassing van de 'omkeringsregel' in aanbestedingsgeschillen bepleit.²⁴⁴ Daarvoor missen de aanbestedingsregels naar mijn mening de vereiste specificiteit. Voor toepassing van de 'omkeringsregel' is slechts plaats, wanneer de geschonden regel strekt tot voorkoming van een specifiek gevaar, terwijl dit gevaar door de normschending in het algemeen in aanmerkelijke mate wordt vergroot.²⁴⁵

238 HR 9 maart 1990, *NJ* 1990, 561 (Kacar/Stegeman), m.nt. Stein, r.o. 3.2.

239 Zie ook Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 52; Wieten 2012, p. 37.

240 HvJ EG 29 april 2004, C-496/99 P (Succhi di Frutta), r.o. 110-111; HR 4 november 2005, *NJ* 2006, 204 (Gebr. Van der Stroom/Staat), m.nt. Mok, r.o. 4.3.2.

241 HR 31 oktober 1997, *NJ* 1998, 85 (Stad Rotterdam/Zonneveld); Wieten 2012, p. 30; Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 241.

242 Zie bijv. HR 20 januari 2006, *NJ* 2006, 78, r.o. 3.5.4-3.5.5; HR 9 september 2005, *NJ* 2006, 99, r.o. 4.3.2. Zie over deze arresten Wieten 2012, p. 30-31.

243 HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304, r.o. 3.5.3.

244 Niersman & Orobio de Castro 2008, p. 25-26.

245 Hartlief 2012, p. 266-271; Klaassen 2012, p. 9.

In de praktijk is al eens - tevergeefs - een beroep gedaan op de omkering van de bewijslast.²⁴⁶ Aan andere methoden die de rechter ter beschikking staan om aan de benarde bewijspositie van de inschrijver tegemoet te komen, lijkt nogal eens voorbij te worden gegaan. Ten eerste kan de rechter een verzwaarde motiveringsplicht aannemen. Er vindt dan geen omkering van de bewijslast plaats, maar van de partij die de bewijslast *niet* draagt, wordt verwacht dat zij haar stellingen extra motiveert. Zij moet haar wederpartij voldoende feitelijke gegevens verstrekken teneinde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering.²⁴⁷ Wanneer niet aan de verzwaarde motiveringsplicht wordt voldaan, kan de rechter de gestelde feiten op grond van artikel 149 lid 1 Rv als onvoldoende weersproken en daarmee als vaststaand aanmerken. In dat geval wordt aan bewijslevering niet toegekomen. De rechter kan ook de gestelde feiten op voorhand als bewezen achten en de wederpartij toelaten tot het leveren van tegenbewijs.²⁴⁸ Een verzwaarde motiveringsplicht is onder meer aangenomen bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van artsen, vermogensbeheerders en notarissen.²⁴⁹ De rechtvaardiging daarvoor is, dat uit de aard van de rechtsbetrekking de gedaagde over meer feitelijke gegevens beschikt dan de eiser.²⁵⁰ Ook in aanbestedingsgeschillen beschikt de aangesproken aanbesteder vaak over aanzienlijk meer feitelijke gegevens dan de inschrijver. Naar mijn mening kan er onder omstandigheden aanleiding bestaan voor een verzwaaring van de motiveringsplicht van de aanbesteder.²⁵¹ Te denken valt aan de in de praktijk veelvoorkomende situatie, waarin een inschrijver meent dat de inschrijving van de inschrijver aan wie de opdracht is gegund vanwege een gebrek ter zijde had moeten worden gelegd. Als de inschrijver erin slaagt gereede twijfel te zaaien over de geldigheid van de winnende inschrijving,²⁵² dan ligt het op de weg van de aangesproken aanbesteder opening van zaken te geven en kan hij niet volstaan met een enkele ontkenning van de door de inschrijver gestelde feiten.²⁵³

246 Zie bijv. Vzr. Rb. Leeuwarden 14 september 2009, *LJN* BJ8523, r.o. 5.2; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 1 april 2011, *LJN* BR5851, r.o. 4.5.

247 Asser Procesrecht 3/Asser 2013, nr. 306-307; Wieten 2012, p. 31.

248 HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 203. Voor het leveren van tegenbewijs is voldoende dat het 'voorshands oordeel' wordt ontzenuwd; zie Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 50. Zie voorts Asser Procesrecht 3/Asser 2013, nr. 309; Wieten 2012, p. 32. Tegenbewijs moet uitdrukkelijk worden onderscheiden van tegendeelbewijs. Alleen in het laatste geval vindt omkering van de bewijslast plaats; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 35.

249 Zie o.a. HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335; HR 15 december 2006, *NJ* 2007, 203; HR 10 januari 1997, *NJ* 1997, 287.

250 Zie ook Wieten 2012, p. 31.

251 Indien de aanbesteder een publiekrechtelijke rechtspersoon is waaronder één of meer bestuursorganen vallen, kan deze hoedanigheid een factor zijn bij het aannemen van een verzwaarde stel- en motiveringsplicht; zie hoofdstuk 3, § 4.4.

252 De benadeelde inschrijver moet zelf natuurlijk ook aan zijn stelplicht voldoen. De blote stelling dat de winnende inschrijver niet aan de gestelde eisen voldoet, is onvoldoende om een verzwaarde motiveringsplicht voor de aanbesteder aan te nemen.

253 Wel moet de rechter rekening houden met de geheimhoudingsplicht die onder omstandigheden op grond van art. 2.57 Aanbestedingswet 2012 op de aanbestedende dienst kan rusten. Beperkte kennisgeving biedt in voorkomend geval mogelijk een oplossing. Zie hierover § 4.3.2.

Ten tweede kan de in bewijsnood verkerende inschrijver tegemoet worden gekomen met behulp van rechterlijke vermoedens. Het rechterlijk vermoeden is een indirecte vorm van bewijsvoering, waarbij de rechter aan de hand van vaststaande feiten, de 'hulpfeiten', het te bewijzen feit vaststelt.²⁵⁴ Ook dan vindt geen omkering van de bewijslast plaats. De wederpartij krijgt de gelegenheid om tegenbewijs te leveren om het vermoeden te ontzenuwen.²⁵⁵ De rechter heeft een zekere vrijheid bij het aannemen van rechterlijke vermoedens. Het rechterlijk vermoeden kan ook in aanbestedingsgeschillen worden toegepast.

4.2.2 Bewijslastverdeling in de fase van schadebegroting en vaststelling van de vergoedingsplicht

Voor de vaststelling van de omvang van de schade gelden afwijkende bewijsregels.²⁵⁶ Artikel 6:97 BW bepaalt dat de rechter de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is en voorts dat hij de schade mag schatten, wanneer de omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Met deze bepaling is beoogd de rechter een grote mate van vrijheid te geven bij het begroten van de schade. De rechter zou daarbij niet gebonden zijn aan de gewone regels van stelplicht en bewijslast,²⁵⁷ al zou de geboden vrijheid hem niet beletten om toch de regels van stelplicht en bewijslast toe te passen. Lange tijd is dit de lijn geweest in de jurisprudentie van de Hoge Raad.²⁵⁸ In *World Online* lijkt de Hoge Raad, mogelijk naar aanleiding van kritiek,²⁵⁹ hierop te zijn teruggekomen. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat "ten aanzien van het bestaan en de omvang van de schade (...) in beginsel de gewone bewijsregels blijven gelden, waarbij de rechter ingevolge art. 6:97 BW bevoegd is de schade te begroten op de wijze die met de aard van deze schade in overeenstemming is, of de schade te schatten indien deze niet nauwkeurig kan worden vastgesteld".²⁶⁰ Als uitgangspunt lijkt nu dus te gelden dat op de vaststelling van de omvang van de schade de regels van stelplicht en bewijslast van toepassing zijn, maar dat de rechter vrijheid heeft van die regels af te wijken, indien de aard van de schade daartoe noopt of de schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.²⁶¹ Bedacht moet overigens worden dat strikt bewijs van de relevante feiten uit de aard van de zaak niet altijd mogelijk is. De hypothetische situatie zonder aansprakelijkheidsvestigende gebeurtenis is immers een fictie.²⁶²

254 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 43; Asser Procesrecht 3/Asser 2013, nr. 296-297; Wieten 2012, p. 31.

255 Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 43.

256 Snijders, Klaassen & Meijer 2011, p. 231.

257 Parl. Gesch. Boek 6, p. 339.

258 Zie bijv. HR 5 juni 2009, *NJ* 2009, 257, r.o. 3.3.2; HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 476, r.o. 3.4.

259 Dijkshoorn & Lindenberg 2010, p. 539.

260 HR 27 november 2009, *JOR* 2010, 43 (*World Online*), m.nt. Frielink, r.o. 4.11.3.

261 Zie ook Dijkshoorn & Lindenberg 2010, p. 539.

262 Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 21; Akkermans 2000, p. 96 en p. 98; Dijkshoorn & Lindenberg 2010, p. 540.

Voor vermindering van de vergoedingsplicht op grond van artikel 6:100 BW en artikel 6:101 BW gelden in ieder geval de normale bewijsregels. De stelplicht en bewijslast van de feitelijke grondslag van een voordeelstoerekening- of eigen schuldverweer rusten dus op de aangesproken partij.²⁶³ Dit geldt dus ook voor een beroep op een vermeende verzaking door de benadeelde van de schadebeperkingsplicht.²⁶⁴

De besproken regels en uitgangspunten voor het begroten van schade en het vaststellen van de vergoedingsplicht zijn onverkort van toepassing op schadevergoedingsvorderingen voor schendingen van de aanbestedingsregels.

4.3 BEWIJSVERGARING

4.3.1 Inleiding

In de vorige paragraaf kwam al aan de orde dat een benadeelde inschrijver - in tegenstelling tot de aangesproken aanbestedder - in menig geval niet over alle informatie beschikt die nodig is om bewijs te leveren van zijn stellingen. De inschrijver kan zijn hoop vestigen op een gunstige verdeling van de bewijslast, het aannemen van een verzwaarde motiveringsplicht voor de aanbestedder of op rechterlijke vermoedens. Hij kan ook een poging doen de aanbestedder er in rechte toe dwingen relevante informatie te verstrekken. In paragraaf 4.3.2 komen twee middelen aan bod die Rv de inschrijver biedt om bewijs te vergaren.²⁶⁵ In paragraaf 4.3.3 wordt aandacht besteed aan een publiekrechtelijk instrument, namelijk de Wob.

De verstrekking van informatie hangt nauw samen met de motiveringsplicht van de aanbestedder. Het gaat niettemin om van elkaar te onderscheiden onderwerpen. De motiveringsplicht wordt in hoofdstuk 6, paragraaf 2.4.2 behandeld.

4.3.2 Het rechterlijk bevel (artikel 22 Rv)

Ingevolge artikel 22 Rv kan de rechter in elke stand van het geding een partij bevelen haar stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende stukken over te leggen. De grenzen van deze bevoegdheid, die verband houdt met artikel 21 Rv dat partijen gebiedt de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren, worden door artikel 24 Rv getrokken.²⁶⁶ Partijen bepalen de omvang van het geding. De rechter mag in zijn onderzoek naar de waarheid niet buiten de grenzen

263 HR 8 juli 2011, NJ 2011, 307 (Zürich/Bax), r.o. 3.4.2; Lindenbergh (Schadevergoeding), art. 6:100 BW, aant. 9.

264 Boonekamp (Schadevergoeding), art. 6:101 BW, aant. 47.

265 Het (voorlopig) getuigenverhoor en deskundigenbericht blijven buiten beschouwing. Deze instrumenten kunnen vanzelfsprekend ook van dienst zijn in aanbestedingsgeschillen.

266 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 147 en p. 152; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 8-9.

van de rechtsstrijd treden. Een partij mag weigeren stellingen toe te lichten of stukken over te leggen, indien daarvoor ‘gewichtige redenen’ zijn. De wetgever heeft daarbij in de eerste plaats gedacht aan vertrouwelijke gegevens, waaronder vertrouwelijke bedrijfsgegevens. Een nadere invulling van het criterium ‘gewichtige redenen’ is aan de jurisprudentie overgelaten.²⁶⁷ De rechter beslist of een weigering gerechtvaardigd is. Wanneer hij oordeelt dat dit niet het geval is, kan hij uit de weigering “de gevolgtrekkingen maken die hij geraden acht”, aldus artikel 22 Rv. De rechter beschikt over een arsenaal aan sancties.²⁶⁸ Indien weigering wel gerechtvaardigd is, vervalt de verplichting om stellingen toe te lichten of bepaalde stukken over te leggen.²⁶⁹ Artikel 22 Rv behelst een discretionaire bevoegdheid van de rechter.²⁷⁰ Partijen kunnen de rechter verzoeken toepassing te geven aan artikel 22 Rv. Een afwijzende beslissing moet worden gemotiveerd.²⁷¹ Artikel 8:29 Awb is het bestuursrechtelijke pendant van artikel 22 Rv. In tegenstelling tot artikel 22 Rv biedt artikel 8:29 Awb partijen de mogelijkheid uitsluitend de rechtbank kennis te laten nemen van inlichtingen of stukken. Wanneer de rechtbank beslist dat beperkte kennisneming gerechtvaardigd is, kan zij slechts met toestemming van de andere partij mede op grondslag van die toelichtingen of stukken uitspraak doen. Wanneer die toestemming wordt geweigerd, moet de zaak naar een andere kamer worden verwezen.²⁷² De wetgever wilde met de invoering van een met artikel 8:29 Awb vergelijkbare bepaling in het burgerlijk procesrecht de ervaringen van de bestuursrechter met deze voorziening afwachten.²⁷³ De Hoge Raad is minder afwachtend. In *Lightning Casino/Nederlandse Antillen* oordeelde hij onder verwijzing naar artikel 8:29 Awb dat beperkte kennisneming van inlichtingen of stukken een oplossing kan bieden in een civiele procedure.²⁷⁴ De Hoge Raad gaf aan dat de rechter de vraag of gewichtige redenen beperkte kennisneming kunnen rechtvaardigen, in het algemeen niet kan beantwoorden zonder kennis te nemen van de betrokken inlichtingen of stukken. Wanneer beperkte kennisneming gerechtvaardigd is, mag de rechter, in lijn met artikel 8:29 Awb, alleen met de toestemming van de andere partij mede op grond van die inlichten of stukken uitspraak doen.²⁷⁵

267 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 157.

268 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 148, p. 150 en p. 156; Ekelmans 2010, p. 216-217.

269 HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451 (De Telegraaf/Staat), m.nt. Dommering, r.o. 3.4.8.

270 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 157; Asser Procesrecht 3/Asser 2013, nr. 194.

271 HR 27 maart 2009, *NJ* 2009, 254, r.o. 3.5.2; Ekelmans 2010, p. 227.

272 Art. 8:29 lid 5 Awb.

273 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 155 en p. 157.

274 HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 (Lightning Casino/Nederlandse Antillen), m.nt. Vranken, r.o. 4.4.4.

275 HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 (Lightning Casino/Nederlandse Antillen), m.nt. Vranken, r.o. 4.4.6. Zie tevens HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451 (De Telegraaf/Staat), m.nt. Dommering, r.o. 3.4.8, waarin de HR spreekt van ondubbelzinnige toestemming. Zie voor beperkte kennisneming van stukken in aanbestedingsgeschillen Vzr. Rb. Amsterdam 1 mei 2013, *LJN* BZ9202; Vzr. Rb. Den Haag 27 augustus 2010, *LJN* BN5931, r.o. 4.7; Vzr. Rb. Den Haag 4 april 2008, *LJN* BD3223, r.o. 1.

Artikel 22 Rv leent zich in beginsel voor toepassing in aanbestedingsgeschillen.²⁷⁶ In verband met het door het HvJ gewezen arrest *Varec* moet de rechter daarbij rekening houden met een aantal belangrijke aspecten, in het bijzonder in geschillen over Europese aanbestedingen.²⁷⁷ Aanbestedende diensten zijn op grond van artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 verplicht de informatie die inschrijvers hun hebben verstrekt vertrouwelijk te behandelen.²⁷⁸ Zij ontlene aan deze bepaling het recht om bepaalde gegevens niet mede te delen, indien openbaarmaking schade zou kunnen toebrengen aan de rechtmatige commerciële belangen van overheids- of particuliere ondernemingen of de eerlijke mededinging tussen ondernemingen erdoor zou kunnen worden aangetast.²⁷⁹ Volgens de Hoge Raad is een wettelijke geheimhoudingsplicht op zichzelf onvoldoende voor het aannemen van ‘gewichtige redenen’ in de zin van artikel 22 Rv, in welk geval een verplichting tot het verstrekken van inlichtingen of stukken vervalt. De rechter moet op basis van de omstandigheden van het geval beoordelen of de belangen die de geheimhoudingsplicht beoogt te beschermen, zwaarder wegen dan het zwaarwegende maatschappelijke belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt.²⁸⁰ Dit leidt uitzondering, wanneer die afweging bij voorbaat *in abstracto* door de wetgever is gemaakt.²⁸¹ Artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 lijkt niet als een dergelijk absolute geheimhoudingsplicht te kunnen worden beschouwd.²⁸² Blijkens *Varec* hecht het HvJ in aanbestedingsgeschillen veel waarde aan waarheidsvinding. Het HvJ heeft namelijk geoordeeld dat de bevoegde beroepsinstantie moet kunnen beschikken over de informatie die vereist is om met volledige kennis van zaken uitspraak te kunnen doen, waaronder de vertrouwelijke informatie.²⁸³ Aanbestedende diensten kunnen dus niet eenvoudig met een beroep op gewichtige redenen een bevel om stellingen toe te lichten of bepaalde stukken over te leggen naast zich neerleggen. Gelet op het oordeel van het HvJ in *Varec* zal een rechter een beroep van de aanbestedende dienst op ‘gewichtige redenen’ moeten passeren. Tot zover is *Varec* nog in te passen in artikel 22 Rv. In *Varec* oordeelde het HvJ echter voorts dat de geheimhoudingsplicht van aanbestedende diensten ingevolge het beginsel van effectieve rechtsbescherming tevens op de beroepsinstantie rust. Bijgevolg moet de beroepsinstantie kunnen beslissen dat informatie uit het dossier niet aan partijen en hun advocaten wordt

276 Zie Vvr. Rb. Oost-Nederland 15 februari 2013, *LJN* BZ3890, r.o. 4.2, waarin de rechter voor de aanbesteder negatieve gevolgen verbindt aan de weigering om inlichtingen te verstrekken.

277 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), *AB* 2008, 341, m.nt. Widdershoven; *NJ* 2008, 271, m.nt. Mok. Zie over dit arrest ook Brown 2008.

278 Zie ook art. 6 Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren en art. 13 Aanbestedingsrichtlijn nutssectoren.

279 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 38.

280 HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451 (De Telegraaf/Staat), r.o. 3.4.6.

281 HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451 (De Telegraaf/Staat), r.o. 3.4.7.

282 Vgl. Ekelmans 2010, p. 139.

283 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 53.

doorgegeven, indien dat noodzakelijk is om de door het Unierecht gewenste bescherming van de eerlijke mededinging of van de rechtmatige belangen van de economische subjecten te verzekeren.²⁸⁴ De beroepsinstantie zelf moet in ieder geval wel over de vertrouwelijke informatie beschikken en mede op basis daarvan uitspraak kunnen doen.²⁸⁵ Op dit punt wringt de schoen. Artikel 22 Rv sluit namelijk niet uit dat in geval van ‘gewichtige redenen’ ook de rechter geen kennis kan nemen van de stukken.²⁸⁶ Een groter knelpunt is dat indien beperkte kennisneming gerechtvaardigd is, de rechter volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad alleen met de on dubbelzinnige toestemming van de andere partij mede op grond van die stukken uitspraak kan doen, terwijl het HvJ die toestemming niet zonder meer noodzakelijk acht.²⁸⁷

De door het HvJ in *Varec* voorgestelde oplossing van beperkte kennisneming van vertrouwelijke stukken maakt inbreuk op het in artikel 6 EVRM verankerde beginsel van hoor en wederhoor, dat onder meer vereist dat partijen kennis kunnen nemen van alle stukken op basis waarvan de rechter uitspraak doet. Dit is het HvJ niet ontgaan.²⁸⁸ Volgens het HvJ is het beginsel van hoor en wederhoor echter niet absoluut. Fundamentele rechten van derden of een belangrijk algemeen belang zouden een beperking op dit beginsel kunnen rechtvaardigen.²⁸⁹ Het HvJ gaat voor drie ankers liggen. Ten eerste zou het in artikel 8 EVRM verankerde recht op eerbiediging van het privéleven, waaronder tevens beroeps- en handelsactiviteiten zouden zijn begrepen, een beperking op het beginsel van hoor en wederhoor kunnen rechtvaardigen.²⁹⁰ Een tweede mogelijke rechtvaardigingsgrond vindt het HvJ in de bescherming van zakengeheimen, dat het HvJ zelf als algemeen beginsel heeft erkend.²⁹¹ In de derde en laatste plaats is het behoud van een eerlijke mededinging bij aanbestedingen een beschermingswaardig algemeen belang, dat een inbreuk op het beginsel van hoor en wederhoor zou kunnen rechtvaardigen.²⁹² Het HvJ geeft aan dat de beroepsinstantie over de vertrouwelijke informatie moet kunnen beschikken en voorts, dat de partij op wie de vertrouwelijke informatie betrekking heeft, in de

284 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 42-43.

285 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 53.

286 Aldus ook Kreijger 2008, p. 150. De HR gaat er overigens van uit dat de rechter in de regel wel kennis neemt van de stukken, omdat hij anders moeilijk kan beoordelen of er sprake is van gewichtige redenen; zie HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*), r.o. 4.4.6; HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451 (*De Telegraaf/Staat*), r.o. 3.4.6.

287 HR 11 juli 2008, *NJ* 2009, 451 (*De Telegraaf/Staat*), r.o. 3.4.8. Zie ook Kreijger 2008, p. 150-151; Widdershoven in zijn noot onder HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), *AB* 2008, 341, punt 3.

288 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 44-45.

289 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 47. Zie ook hoofdstuk 2, § 2.2.

290 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 48.

291 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 49.

292 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 50.

gelegenheid moet worden gesteld om een beroep te doen op het vertrouwelijke karakter van informatie,²⁹³ maar laat de afweging van het recht op toegang tot informatie uit het procesdossier en het recht op bescherming van vertrouwelijke informatie en zakengeheimen over aan de nationale rechter.²⁹⁴

Het HvJ heeft zich in *Varec* nadrukkelijk op het terrein van grondrechten begeven. Onzeker is of de door het HvJ genoemde belangen in de ogen van het EHRM een inbreuk op het beginsel van hoor en wederhoor kunnen rechtvaardigen.²⁹⁵ De uitspraken van het EHRM waarnaar het HvJ verwijst ter rechtvaardiging van de inbreuk op het beginsel van hoor en wederhoor door beperkte kennisneming van stukken, hebben betrekking op strafzaken en zijn geen overtuigend precedent. Volgens Widdershoven en Barkhuysen kan niet worden uitgesloten dat afstemming heeft plaatsgevonden tussen het HvJ en het EHRM.²⁹⁶ Uit het arrest kan dit echter niet worden afgeleid. Het HvJ heeft kortom de nationale rechter een lastige taak opgedragen.²⁹⁷ Telkens wanneer de nationale rechter in een aanbestedingsgeschil wordt geconfronteerd met een botsing van het recht op toegang tot informatie uit het procesdossier met het recht op bescherming van vertrouwelijke informatie en zakengeheimen en het algemeen belang van het behoud van een eerlijke mededinging, zal hij moeten proberen de betrokken belangen te verzoenen.²⁹⁸ Eventuele inbreuken op een grondrecht moeten worden getoetst aan de beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit. Daarbij kan de aard van informatie een rol spelen.²⁹⁹ In het algemeen hebben eenheidsprijzen een vertrouwelijker karakter dan referentieopdrachten, om maar een voorbeeld te noemen. Voor de vorm van informatieverstrekking biedt de jurisprudentie van de Hoge Raad en de literatuur de rechter handvaten. Soms kan verstrekking van informatie in geschoonde vorm uitkomst bieden.³⁰⁰ Een andere mogelijke oplossing is vertrekking van de informatie aan uitsluitend de advocaten van procespartijen.³⁰¹ Het HvJ lijkt echter geen groot voorstander van deze laatste oplossing te zijn.³⁰² De Nederlandse wetgever evenmin.³⁰³ Bovendien lijkt op grond van de jurisprudentie van de Hoge Raad voor deze vorm van beperkte kennisneming de toestemming van procespartijen noodzakelijk. Het komt in de praktijk voor dat partijen op

293 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 53-54.

294 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 52. Zie ook Kreijger 2008, p. 149 en p. 150-151.

295 Barkhuysen 2010, p. 66.

296 Widdershoven in zijn noot onder HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), *AB* 2008, 341, punt 6; Barkhuysen 2010, p. 66.

297 Aldus ook Mok in zijn noot onder HvJ EG 14 februari 2008, *NJ* 2008, 271, punt 3. Zie ook Brown 2008, NA 123.

298 Zie *Vzr. Rb. Alkmaar* 17 juni 2010, *LJN* BN2856, r.o. 4.4. en *Vzr. Rb. Amsterdam* 21 februari 2013, *LJN* BZ1986, r.o. 4.2 voor een starre aanpak, die zich moeilijk lijkt te verdragen met *Varec*.

299 Zie ook Brown 2008, NA 123.

300 HR 20 oktober 2006, *NJ* 2007, 3 (Staat/M), m.nt. Alkema, r.o. 3.7.9; Ekemans 2010, p. 132-137.

301 Kreijger 2008, p. 151.

302 HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (*Varec*), r.o. 43.

303 *Parl. Gesch. Herz. Rv*, p. 155-157.

verzoek van de rechter medewerking te verlenen aan beperkte kennisneming.³⁰⁴ Dit bespaart de rechter lastige afwegingen.

Artikel 22 Rv behelst in beginsel een discretionaire bevoegdheid van de rechter.³⁰⁵ Dit kan geen uitweg zijn voor de rechter uit lastige afwegingen van tegenstrijdige belangen. De nationale rechter is namelijk op grond van het effectiviteitsbeginsel gehouden de inschrijver die in bewijsnood verkeert tegemoet te komen door gebruik te maken van alle procedurele middelen die hem ter beschikking staan.³⁰⁶ Hij is verplicht de aangesproken aanbesteder te bevelen stukken in het geding te brengen die relevant zijn voor de beoordeling van het geschil.³⁰⁷

4.3.3 De exhibitieplicht (artikel 843a Rv)

Artikel 843a Rv kent aan de belanghebbende een zelfstandige bevoegdheid toe om 'bescheiden' op te vragen.³⁰⁸ Een vordering op grond van deze bepaling kan zowel in een lopend geding als in een afzonderlijk geding worden ingesteld.³⁰⁹ Het begrip 'bescheiden' wordt ruim uitgelegd. Daaronder vallen alle gegevensdragers, waaronder computerbestanden.³¹⁰ Voorts moet er sprake zijn van een 'rechtsbetrekking' waarbij de aanvrager of zijn rechtsvoorganger partij is. Zowel onrechtmatige daad als wanprestatie geldt als een 'rechtsbetrekking' in de zin van artikel 843a Rv.³¹¹ De aanvrager hoeft geen partij te zijn bij de stukken waarvan hij inzage vordert.³¹² Tot slot kunnen bescheiden ook van derden worden gevorderd. Noodzakelijk maar tevens voldoende is dat de partij van wie verstrekking

304 V.zr. Rb. Den Haag 27 augustus 2010, *LJN* BN5931, r.o. 4.7.

305 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 157.

306 Zie hoofdstuk 2, § 2.5.3.

307 Anders: Rb. Den Haag 27 februari 2013, *JAAN* 2013, 94, m.nt. Damsma & Van Helmond, r.o. 2.12; Huith in zijn noot onder HvJ EG 14 februari 2008, C-450/06 (Varec), *TBR* 2008, 168, punt 14 en punt 17.

308 Met 'opvragen' duid ik kortweg inzage, afschrift en uitreksel aan.

309 HR 8 juni 2012, *NJ* 2013, 286 (ADIB/ABN AMRO), r.o. 3.5. Op dit moment is een wetsvoorstel aanhangig dat voorziet in de mogelijkheid om door middel van een verzoekschriftprocedure bescheiden op te vragen; *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 2 (Voorstel van wet Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uitreksel), p. 2. Met het wetsvoorstel is geen inhoudelijke wijziging van art. 843a Rv beoogd; zie HR 8 februari 2013, *NJ* 2013, 107. Zie over het wetsvoorstel Asser Procesrecht 3/Asser 2013, nr. 200.

310 Ekelmans 2010, p. 65-68; Sijmonsma 2010, p. 165.

311 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 554.

312 Ekelmans 2010, p. 71. Zie ook *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 3 (MvT), p. 11. Het wetsvoorstel tot aanpassing van Rv in verband met de wijziging van de exhibitieplicht strekt er onder meer toe de voorwaarden te verduidelijken. Aangenomen mag worden dat voor zover uit het wetsvoorstel niet expliciet het tegendeel blijkt, de in de MvT genoemde voorwaarden voor toewijzing van een vordering op grond van het nieuwe art. 162a Rv al in het huidige recht gelden. Zie in dit verband ook HR 8 juni 2012, *NJ* 2013, 286 (ADIB/ABN AMRO), r.o. 3.5, waarin naar het wetsvoorstel wordt verwezen.

van bescheiden wordt gevorderd, in het bezit van de stukken is, althans de beschikking daarover kan krijgen.³¹³

De exhibitieplicht van artikel 843a Rv heeft gelet op het voorgaande een ruime werkingssfeer en komt ook in aanbestedingsgeschillen voor toepassing in aanmerking.³¹⁴ De bepaling biedt de inschrijver in beginsel de mogelijkheid van alle denkbare aanbestedingsstukken inzage te vorderen, waaronder (onderdelen) van de inschrijving van een concurrent.

Het Nederlandse recht kent geen algemene exhibitieplicht. Artikel 843a lid 1 Rv verbindt twee voorwaarden aan de toewijzing van een vordering tot het verstrekken van bescheiden. Ten eerste moet de aanvrager een ‘rechtmatig belang’ hebben bij inzage van de gevorderde bescheiden. Een rechtmatig belang is een bewijsbelang, dat aanwezig is, wanneer de bescheiden relevant kunnen zijn voor de vaststelling van de relevante feiten. De vordering tot inzage moet wel voldoende concreet en ter zake dienend zijn.³¹⁵ De feiten die de aanvrager aan zijn vordering tot inzage ten grondslag legt hoeven niet vast te staan. De vordering op grond van artikel 843a Rv kan (mede) worden ingesteld met het doel om de relevante feiten boven water te krijgen.³¹⁶ Ten tweede komt een vordering tot inzage slechts voor toewijzing in aanmerking, wanneer zij voldoende is gespecificeerd. Artikel 843a Rv lid 1 Rv brengt dit vereiste tot uitdrukking met de woorden “bepaalde bescheiden”. De aanvrager hoeft niet bekend te zijn met de inhoud van de stukken waarvan hij inzage vordert, maar wel duidelijk moet zijn om welke bescheiden het gaat.³¹⁷ Beide voorwaarden voor toewijzing van een vordering op grond van artikel 843a Rv beogen ‘fishing expeditions’ tegen te gaan.³¹⁸

De voorwaarden voor toewijzing van een vordering op grond van artikel 843a Rv lijken in aanbestedingsgeschillen in de regel geen groot obstakel te vormen. Als de inschrijver voldoende concreet stelt dat de aanbesteder onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld of toerekenbaar tekort is geschoten, is het ‘rechtmatig belang’ bij inzage in beginsel gegeven.³¹⁹ De documenten die bewijs moeten leveren van de stellingen van de benadeelde

313 *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 3 (MvT), p. 10-11; Ekermans 2010, p. 73-83. Ekermans pleit voor terughoudendheid bij toepassing van art. 843a Rv jegens derden die niet partij zijn bij de rechtsbetrekking.

314 Rb. Den Haag 27 februari 2013, *JAAN* 2013, 94, m.nt. Damsma & Van Helmond, r.o. 2.8. Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 537-538. Anders: Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, *ECLI NL:GHARL:2013:4664*, r.o. 2.11, waarin het hof het begrip ‘rechtsbetrekking’ in mijn ogen te beperkt opvat.

315 Ekermans 2010, p. 90-93. Ekermans zoekt voor de invulling van het begrip ‘rechtmatig belang’ aansluiting bij de andere bewijsmiddelen. Zie voorts Sijmonsma 2010, p. 159-162; Asser Procesrecht 3/Asser 2013, nr. 198.

316 *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 3 (MvT), p. 9.

317 Ekermans 2010, p. 95-98. Zie ook *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 3 (MvT), p. 10; HR 26 oktober 2012, *NJ* 2013, 220, r.o. 3.8.2.

318 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 553; *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 3 (MvT), p. 6; Asser Procesrecht 3/Asser 2013, nr. 198. Anders: Sijmonsma 2010, p. 167-168, die meent dat ‘fishing expeditions’ alleen met het vereiste van ‘bepaalde bescheiden’ kunnen worden bestreden.

319 Zie Rb. Den Haag 27 februari 2013, *JAAN* 2013, 94, m.nt. Damsma & Van Helmond en Rb. Oost-Nederland 6 februari 2013, *JAAN* 2013, 52 voor gevallen waarin een vordering tot afgifte van

inschrijver zullen meestal vrij eenvoudig zijn aan te wijzen, zodat de vordering in de regel zonder moeite kan worden beperkt tot 'bepaalde bescheiden'.

Blijkens het derde en vierde lid van artikel 843a Rv kan een vordering tot inzage onder meer worden afgewezen, indien - kort gezegd - de houder van de bescheiden waarvan inzage wordt gevorderd, uit hoofde van zijn ambt, beroep of betrekking tot geheimhouding verplicht is of indien voor weigering tot afgifte 'gewichtige redenen' zijn. Beide weigeringsgronden houden verband met de mogelijke vertrouwelijkheid van de bescheiden. Bij het bestaan van een wettelijke geheimhoudingsplicht moet worden nagegaan of de wetgever al een afweging heeft gemaakt tussen de belangen die de geheimhoudingsplicht beoogt te beschermen en het zwaarwegende belang van waarheidsvinding. Wanneer dit het geval is, ligt in de geheimhoudingsplicht een verschoningsrecht besloten en is de houder van de bescheiden niet tot afgifte van de stukken gehouden.³²⁰ Verschoningsrechten zijn zeldzaam.³²¹ In de meeste gevallen heeft een uitdrukkelijke belangenafweging niet plaatsgevonden door de wetgever. In die gevallen kan een geheimhoudingsplicht nog wel een 'gewichtige reden' in de zin van artikel 843a lid 4 Rv opleveren. De rechter moet in voorkomend geval op basis van de omstandigheden van het geval beoordelen of de belangen die de geheimhoudingsplicht beoogt te beschermen, zwaarder wegen dan het zwaarwegende maatschappelijke belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt.³²²

Op grond van het vierde lid van artikel 843a Rv kan een vordering tot inzage tevens worden afgewezen, "indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd". Deze weigeringsgrond geeft uitdrukking aan het subsidiariteitsbeginsel.³²³ De wetgever van 2002 lijkt primaat te hebben gegeven aan andere procedurele middelen ten opzichte van de exhibitieplicht van artikel 843a Rv,³²⁴ maar in het wetsvoorstel dat strekt tot wijziging van de exhibitieplicht lijkt hierop te worden teruggekomen. De zinsnede "indien redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd" komt niet terug in het voorgestelde artikel 162a Rv.³²⁵ Dit valt toe te juichen. Er bestaat in zijn *algemeenheid* geen goede reden aan de

bescheiden werd afgewezen, omdat een rechtmatig belang zou ontbreken. Het gestelde belang bij inzage was enkel controle of een door een concurrent ingediend document aan de eisen voldeed. Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, *ECLI* NL:GHARL:2013:4664, r.o. 2.7, waarin volgens het hof onvoldoende concreet was gesteld waaruit het onrechtmatig handelen zou bestaan.

320 Ekelmans 2010, p. 120-121; *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 3 (MvT), p. 12. Zie ook HR 22 december 1989, *NJ* 1990, 779 (ABN/Fraterman c.s.), r.o. 3.5 over het verschoningsrecht bij getuigenverhoor. Een verschoningsrecht kan slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden worden doorbroken.

321 Ekelmans 2010, p. 123; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 138.

322 Ekelmans 2010, p. 123 en p. 129-132. Zie tevens hiervoor § 4.3.2.

323 Ekelmans 2010, p. 165.

324 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 553.

325 *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 2, p. 2.

exhibitieplicht een lagere rangorde toe te kennen dan aan andere bewijsmiddelen. De bepaling van het meest geschikte bewijsmiddel is afhankelijk van het te leveren bewijs.³²⁶

De weigeringsgronden van het derde en vierde lid van artikel 843a Rv kunnen voor de inschrijver een fors obstakel vormen om de aanbesteder in rechte tot afgifte van aanbestedingsstukken te dwingen. Het gaat de inschrijver meestal om onderdelen van de inschrijving van een concurrent en die worden in de regel als vertrouwelijk beschouwd. In de geheimhoudingsplicht van artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 lijkt geen verschoningsrecht besloten te liggen.³²⁷ Bij een vordering op grond van artikel 843a Rv kan de geheimhoudingsplicht van de aanbesteder niettemin als 'gewichtige reden' een weigeringsgrond opleveren. De rechter zal dit van geval tot geval moeten beoordelen.³²⁸ Wanneer de rechter in het licht van *Varec* meent dat alleen hij kennis mag nemen van de stukken waarvan inzage wordt gevorderd, of dat andere maatregelen noodzakelijk zijn om vertrouwelijke informatie en zakengeheimen en het algemeen belang van het behoud van een eerlijke mededinging te beschermen en die maatregelen aan verstrekking van stukken in de weg staan, biedt artikel 22 Rv een beter procedureel middel voor de vaststelling van feiten dan de exhibitieplicht van artikel 843a Rv. In dat geval kan naar mijn mening redelijkerwijs worden aangenomen dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd. Het huidige vierde lid van artikel 843a Rv biedt een expliciete grondslag voor deze weigeringsgrond. Wanneer deze weigeringsgrond uit de wet mocht verdwijnen, zal de rechter een vordering tot inzage nog steeds kunnen afwijzen vanwege het bestaan van meer geschikte alternatieve procedurele middelen. Het subsidiariteitsbeginsel ligt volgens de wetgever tevens besloten in het vereiste van een 'rechtmatig belang'.³²⁹

4.3.4 Het verzoek op grond van de Wob

4.3.4.1 Inleiding

De Wob is een algemene regeling voor de openbaarmaking van overheidsinformatie.³³⁰ De verzoeker hoeft ingevolge artikel 3 lid 3 Wob geen belang te stellen bij zijn verzoek om informatie. De Wob biedt de inschrijver potentieel een instrument om bewijs te vergaren voor de onderbouwing van zijn vordering op een aanbesteder. Voor het verweer uit te zijn op 'fishing expeditions' hoeft hij niet te vrezen.

326 Ekelmans 2010, p. 165-167.

327 Zie hiervoor § 4.3.2.

328 Zie hiervoor § 4.3.2.

329 *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 3 (MvT), p. 11.

330 Daalder 2011, p. 190.

In paragraaf 4.3.4.2 en paragraaf 4.3.4.3 komen achtereenvolgens de personele en de materiële werkingsfeer van de Wob aan bod. Vervolgens wordt in paragraaf 4.3.4.4 aandacht besteed aan de uitzonderingen op en beperkingen van de verplichting tot openbaarmaking op grond van de Wob. Tot slot komt in paragraaf 4.3.4.5 de relatie van de Wob tot de Aanbestedingswet 2012 en de hiervoor besproken artikelen 22 Rv en 843a Rv aan de orde. Bij de bespreking van de onderwerpen gaat de aandacht uit naar aspecten van de Wob die van bijzonder belang zijn voor de aanbestedingspraktijk.³³¹

4.3.4.2 De personele werkingsfeer

De Wob is van toepassing op de in artikel 1a Wob genoemde bestuursorganen. De ABRvS zoekt voor het begrip ‘bestuursorgaan’ aansluiting bij artikel 1:1 Awb.³³² Nagenoeg alle bestuursorganen vallen onder de toepassingsfeer van de Wob.³³³ Op a-bestuursorganen is de Wob onverkort van toepassing, tenzij een bijzondere regeling anders bepaalt. Een verzoek aan een a-bestuursorgaan kan dus betrekking hebben op een aanbesteding. Op b-bestuursorganen is de Wob slechts van toepassing, voor zover sprake is van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid.³³⁴ Het houden van een aanbesteding is geen uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid.³³⁵ Een verzoek om informatie met betrekking tot een aanbesteding kan in beginsel dus niet aan een b-bestuursorgaan worden gericht. Artikel 3 lid 1 Wob bepaalt dat een verzoek om informatie kan worden gericht tot een bestuursorgaan of een “onder verantwoordelijkheid van een bestuursorgaan werkzame instelling, dienst of bedrijf”. Deze bepaling heeft naast een procedurele tevens een inhoudelijke component. Het breidt namelijk de werkingsfeer van de Wob uit tot documenten die berusten onder bepaalde entiteiten die zelf geen bestuursorgaan zijn.³³⁶ Langs deze weg kunnen bepaalde aanbestedende diensten die in beginsel van de werkingsfeer van de Wob zijn uitgesloten, bijvoorbeeld doordat zij b-bestuursorganen zijn, mogelijk toch onder de werkingsfeer van de Wob vallen.³³⁷ Van ‘werkzaam zijn onder verantwoordelijkheid’ is sprake in geval van overwegende overheidsinvloed. Dit criterium doet denken aan het derde criterium voor de kwalificatie van een entiteit als ‘publiekrechtelijke

331 Zie voor een uitvoerige behandeling van de Wob Daalder 2011.

332 ABRvS 3 oktober 1996, AB 1996, 474. Zie ook Daalder 2011, p. 118.

333 Daalder 2011, p. 117.

334 Daalder 2011, p. 119 en p. 130. Zie over het onderscheid tussen a- en b-bestuursorganen hoofdstuk 3, § 4.3.

335 HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/Comformed), r.o. 3.4.2. Zie tevens hoofdstuk 3, § 4.3.

336 Daalder 2011, p. 124.

337 Voorts valt te denken aan reinigingsdiensten van gemeenten en gemeentelijke bedrijven; Daalder 2011, p. 124.

instelling',³³⁸ maar wijkt daarvan niettemin af. De Wob legt de nadruk op het ambtelijk-hiërarchische karakter van de ondergeschiktheid,³³⁹ terwijl de Aanbestedingsrichtlijnen van een meer feitelijk criterium lijken uit te gaan, zonder betekenis toe te kennen aan de aard van het benoemingsrecht.

4.3.4.3 De materiële werkingssfeer

De materiële werkingssfeer van de Wob is beperkt tot 'informatie neergelegd in documenten'.³⁴⁰ Het begrip 'document' wordt net als het begrip 'bescheiden' in artikel 843a Rv ruim uitgelegd. Blijkens artikel 1 sub b Wob gaat het om "een bij een bestuursorgaan schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat". Daaronder valt tevens elektronisch vastgelegde informatie.³⁴¹ De verzochte documenten hoeven bovendien niet van het bestuursorgaan afkomstig te zijn.³⁴² Voldoende is dat de documenten onder het bestuursorgaan 'berusten', een begrip dat feitelijk wordt uitgelegd.³⁴³ Gelet op het ruime begrip 'documenten' vallen waarschijnlijk alle denkbare aanbestedingsstukken onder de werkingssfeer van de Wob, waaronder documenten uit inschrijvingen. Een bestuursorgaan is echter niet verplicht tot openbaarmaking van informatie die al openbaar is. Uitreksels en omzetcijfers die in het handelsregister van de Kamer van Koophandel zijn te raadplegen kunnen dus niet met een beroep op de Wob bij een bestuursorgaan worden opgevraagd.³⁴⁴

De Wob heeft blijkens artikel 3 lid 1 Wob uitsluitend betrekking op informatie over 'bestuurlijke aangelegenheden'. Artikel 1 sub b Wob definieert dit begrip als "een aangelegenheid die betrekking heeft op beleid van een bestuursorgaan, daaronder begrepen de voorbereiding en de uitvoering ervan". De ABRvS legt het begrip 'bestuurlijke aangelegenheid' ruim uit.³⁴⁵ 'Bestuurlijk' ziet op het openbaar bestuur in al haar facetten. De ABRvS heeft inmiddels geoordeeld dat aanbestedingsstukken, waaronder inschrijvingen, daaronder vallen. Deze documenten hebben namelijk betrekking op de wijze waarop wordt omgegaan met aanbestedingen.³⁴⁶

338 Zie art. 1.1 Aanbestedingswet 2012. Zie over dit begrip Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 39 e.v.

339 De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 478. Zie ook Daalder 2011, p. 129.

340 Art. 3 lid 1 Wob; zie ook Daalder 2011, p. 132.

341 *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 483, nr. 5, p. 12. Zie Daalder 2011, p. 134, voor meer voorbeelden van 'documenten'.

342 Daalder 2011, p. 137.

343 Daalder 2011, p. 146.

344 ABRvS 20 oktober 2010, *AB* 2010, 336 (Apotheek Voorzorg/Staat II), r.o. 2.6.2.-2.6.3.

345 Daalder 2011, p. 159; De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 475.

346 ABRvS 20 oktober 2010, *AB* 2010, 336 (Apotheek Voorzorg/Staat II), r.o. 2.3.1. Zie voorts ABRvS 9 maart 2005, *AB* 2005, 167.

4.3.4.4 Uitzonderingen op en beperkingen van de verplichting tot openbaarmaking

Openbaarheid van bestuur draagt bij aan een betere en democratische bestuursvoering.³⁴⁷ Andere rechtmatige belangen kunnen zich echter tegen openbaarmaking van informatie verzetten. De Wob bevat daarom een aantal uitzonderingen op en beperkingen van de verplichting tot openbaarmaking. Het recht van de burger op informatie is dus niet onbegrensd.

Artikel 10 lid 1 en lid 2 Wob bevatten uitzonderingsgronden op de verplichting tot openbaarmaking. De uitzonderingsgronden van lid 1 hebben een absoluut karakter. Indien zich een van deze uitzonderingsgronden voordoet, moet openbaarmaking worden geweigerd. De uitzonderingsgronden van lid 2 hebben een relatief karakter. Indien zich een van deze uitzonderingsgronden voordoet, moet een afweging worden gemaakt tussen het publieke belang van een goede en democratische bestuursvoering en het belang dat de betrokken uitzonderingsgrond beoogt te beschermen.³⁴⁸ De rechter toetst integraal of een uitzonderingsgrond van toepassing is. De in het kader van de relatieve uitzonderingsgronden te maken belangenafweging wordt marginaal door de rechter getoetst. Het bestuursorgaan komt bij de te maken belangenafweging beoordelingsvrijheid toe.³⁴⁹

De Wob stelt openbaarheid voorop. Zij is geen geheimhoudingswet.³⁵⁰ De uitzonderingen op de openbaarmakingsplicht moeten restrictief worden uitgelegd.³⁵¹ Van de absolute uitzonderingsgronden komt bij documenten die betrekking hebben op een aanbesteding met name de in artikel 10 lid 1 sub c Wob genoemde grond voor toepassing in aanmerking.³⁵² Deze uitzonderingsgrond betreft “bedrijfs- en fabricagegegevens, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld”. Volgens de jurisprudentie van de ABRvS is daarvan slechts sprake, indien en voor zover uit die gegevens wetenswaardigheden kunnen worden afgeleid met betrekking tot de technische bedrijfsvoering of het productieproces, dan wel met betrekking tot de afzet van de producten of de kring van afnemers en leveranciers.³⁵³ In *Apotheek Voorzorg/Staat II* heeft de ABRvS geoordeeld dat de Staat terecht met een beroep op deze uitzonderingsgrond informatie uit de inschrijving van een deelnemer aan een openbare aanbesteding had geweigerd. Het ging om informatie over onderaanneming, referenties, tarieven, verzekeringsdocumenten, de organisatie van de deelnemer en een plan van aanpak.³⁵⁴

347 *Kamerstukken II*, 1974/75, 13 418, nr. 3 (MvT), p. 8-9. Zie voorts Daalder 2011, p. 20-24.

348 ABRvS 13 augustus 2003, *AB* 2003, 446, r.o. 2.2. Aan de persoonlijke motieven van de verzoeker komt dus geen betekenis toe. Zie ook Daalder 2011, p. 174-175; De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 486.

349 Daalder 2011, p. 283; De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 483-484.

350 *Kamerstukken II*, 1986/87, 19 859, nr. 3 (MvT), p. 4.

351 Daalder 2011, p. 281; De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 470.

352 Pietermaat & Muller 2010, p. 350; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 535.

353 ABRvS 20 oktober 2010, *AB* 2010, 336 (*Apotheek Voorzorg/Staat II*), r.o. 2.7.1.

354 ABRvS 20 oktober 2010, *AB* 2010, 336 (*Apotheek Voorzorg/Staat II*), r.o. 2.7.2.-2.7.7.

Van de relatieve uitzonderingsgronden komen bij documenten die betrekking hebben op een aanbesteding met name de in artikel 10 lid 2 sub b, e en g Wob genoemde gronden voor toepassing in aanmerking.³⁵⁵ Met een geslaagd beroep op de b- en g-grond, die respectievelijk strekken tot bescherming van de financiële belangen van overheden en voorkoming van onevenredige bevoordeling of benadeling van (rechts)personen, mochten Gedeputeerde Staten van de provincie Noord-Holland openbaarmaking van begrotingen weigeren. Bij openbaarmaking zouden aannemers in een aanbesteding hun aanbiedingen op de gegevens in de begrotingen kunnen afstemmen, waardoor de provincie mogelijk niet de scherpst mogelijke biedingen zou ontvangen.³⁵⁶ De e-grond, die de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer beoogt te waarborgen, kwam in *Apotheek Voorzorg/Staat II* aan de orde. De ABRvS oordeelde in deze zaak dat privégegevens in een aanvraagformulier en de bijbehorende bijlagen op deze grond niet openbaar hoefden te worden gemaakt.³⁵⁷

Artikel 11 Wob bevat een belangrijke beperking van de verplichting tot openbaarmaking. Ingevolge het eerste lid van dit artikel wordt uit documenten die zijn opgesteld ten behoeve van ‘intern beraad’ geen informatie verstrekt over daarin opgenomen ‘persoonlijke beleidsopvattingen’. Een document is bestemd voor ‘intern beraad’, indien de opsteller de bedoeling heeft gehad dat het alleen door hem of door anderen binnen de overheid zou worden gebruikt.³⁵⁸ Het oogmerk van de opsteller is dus beslissend.³⁵⁹ Ook documenten die afkomstig zijn van derden die niet tot de kring van de overheid horen kunnen onder documenten ten behoeve van ‘intern beraad’ vallen.³⁶⁰ Het begrip ‘persoonlijke opvatting’ is in artikel 1 sub f Wob gedefinieerd. Daaronder vallen opvattingen, voorstellen, aanbevelingen en conclusies over bestuurlijke aangelegenheden, alsmede de ter zake aangevoerde argumenten. Het doel van de in artikel 11 Wob neergelegde beperking is de bescherming van de vrije meningsvorming, het belang om in vertrouwelijke sfeer te kunnen ‘brainstormen’ zonder vrees voor gezichtsverlies en het kunnen waarborgen dat bij de primaire vormgeving van het beleid de betrokkenen in alle vrijheid hun gedachten en opvattingen kunnen uiten.³⁶¹ Bij aanbestedingen kan de beperking van artikel 11 Wob een rol spelen voor gunningsadviezen van adviesbureaus en interne beoordelingen.³⁶² Deze stukken kunnen onder documenten ten behoeve van ‘intern

355 Zie ook Pieterman & Muller 2010, p. 351; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 535.

356 ABRvS 9 maart 2005, AB 2005, 167, r.o. 2.5.

357 ABRvS 20 oktober 2010, AB 2010, 336 (Apotheek Voorzorg/Staat II), r.o. 2.8.2. In Rb. Almelo 20 december 2012, LJN BY7268, werd het beroep van het bestuursorgaan dat weigerde namen van deelnemers aan een aanbesteding bekend te maken, op de b- en e-grond niet gehonoreerd.

358 ABRvS 4 juni 2008, AB 2008, 232, r.o. 2.8.2. Zie voorts art. 1 sub c Wob; Daalder 2011, p. 246.

359 *Kamerstukken II*, 1986/87, 19 859, nr. 3 (MvT), p. 13 en p. 38.

360 ABRvS 8 juli 2009, LJN BJ1890, r.o. 2.8.

361 ABRvS 1 september 2010, AB 2010, 313, r.o. 2.6.2.

362 Te denken valt aan de scores en de onderbouwingen van de scores die de individuele leden van een beoordelingsteam aan inschrijvers hebben toegekend.

beraad' vallen. De inhoud daarvan is naar mijn mening echter niet aan te merken als een 'persoonlijke beleidsopvatting', voor zover de daarin vervatte analyses en aanbevelingen zijn gebaseerd op objectieve factoren.³⁶³ Bij gunningsadviezen en interne beoordelingen is dat vaak grotendeels het geval.³⁶⁴ Aanbestedende diensten zijn immers verplicht objectieve criteria te hanteren voor de selectie en gunning van opdrachten. Dat bij de beoordeling van inschrijvingen subjectiviteit een zekere rol speelt, doet daar niet aan af.³⁶⁵ De beperking van artikel 11 Wob is dan in zoverre niet van toepassing. Mogelijk komt het bestuursorgaan wel een beroep toe op één van de uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob.

De Wob heeft een ruime personele en materiële werkingssfeer. De ABRvS geeft echter ten aanzien van documenten die betrekking hebben op een aanbesteding ruime toepassing aan de uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob. Hierdoor is de waarde van de Wob voor inschrijvers beperkt.³⁶⁶ Het waarborgen van de vertrouwelijkheid van bedrijfs- en fabricagegegevens en het voorkomen van onevenredige benadeling of bevoordeling van (rechts) personen zijn in mijn ogen zwaarwegende belangen. De vraag is of deze belangen in bepaalde situaties niet kunnen worden verzoend met het eveneens zwaarwegende belang van een goede en democratische bestuursvoering, door de verplichting tot openbaarmaking per document en per passage te beoordelen en door openbaarmaking van documenten in geschoonde vorm.³⁶⁷

4.3.4.5 De relatie tussen de Wob en bijzondere openbaarmakingsregels

Als algemene regeling voor de openbaarmaking van overheidsinformatie wijkt de Wob voor bijzondere regelingen die in een formele wet zijn neergelegd.³⁶⁸ Dit komt tot uitdrukking in de woorden "onverminderd het elders bij wet bepaalde" in artikel 2 lid 1 Wob. De Wob heeft aanvullende werking, wanneer de bijzondere regeling niet uitputtend bedoeld is. Een bijzondere regeling is uitputtend, indien zij ertoe strekt te voorkomen dat door toepassing van de Wob afbreuk aan de goede werking van de bijzondere regeling zou worden gedaan.³⁶⁹ In *Apotheek Voorzorg/Staat I* oordeelde de ABRvS dat het Bao noch de Aanbestedingsrichtlijn klassieke

363 Zie ook ABRvS 16 december 2009, *JB* 2010, 31, r.o. 2.5.2; ABRvS 29 april 2008, *AB* 2008, 209, r.o. 2.7.

364 Anders: Van der Velden & Radder 2013, p. 53; Pietermaat & Muller 2010, p. 353; ABRvS 20 november 2002, *LJN* AF0853.

365 ABRvS 16 december 2009, *JB* 2010, 31, r.o. 2.5.2.

366 Hetgeen lijkt te worden toegejuicht door Pietermaat & Muller 2010, p. 352 en p. 357 en Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 537.

367 ABRvS 28 april 2010, *AB* 2010, 175, m.nt. Stolker; ABRvS 29 april 2008, *AB* 2008, 209, r.o. 2.6. Zie ook Damsma & Van Helmond in hun noot onder Rb. Den Haag 27 februari 2013, *JAAN* 2013, 94; Pieterman & Muller 2010, p. 349-350.

368 Daalder 2011, p. 190.

369 ABRvS 7 februari 2007, *AB* 2007, 175, r.o. 2.3.1. Zie voorts Daalder 2011, p. 195; De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 473.

sectoren aan de toepassing van de Wob in de weg stond.³⁷⁰ Deze uitspraak heeft met de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 grotendeels haar betekenis verloren. De relatie tussen de Wob en de Aanbestedingswet 2012 is tamelijk complex.

De Aanbestedingswet 2012 is in tegenstelling tot het Bao en het Bass een wet in formele zin. Artikel 6 van de Aanbestedingsrichtlijn klassieke sectoren, dat aanbestedende diensten tot geheimhouding verplicht, is nu geïmplementeerd in artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012. Volgens de wetgever moet ten aanzien van de verplichting tot geheimhouding onderscheid worden gemaakt tussen documenten die afkomstig zijn van inschrijvers en documenten die de aanbestedende dienst zelf heeft opgesteld. Op documenten die afkomstig zijn van inschrijvers is het eerste lid van artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing, op documenten die door de aanbestedende dienst zijn opgesteld het tweede.

Blijkens de memorie van toelichting bij het voorstel voor de Aanbestedingswet 2012 is het eerste lid van artikel 2.57 van de wet uitputtend bedoeld ten aanzien van documenten die afkomstig zijn van inschrijvers en door de betrokken inschrijver als vertrouwelijk zijn aangemerkt.³⁷¹ Voor toepassing van de Wob is in zoverre dus geen plaats. De Aanbestedingswet 2012 lijkt niet uitputtend bedoeld te zijn ten aanzien van documenten waarvan de inschrijver heeft aangegeven dat zij niet vertrouwelijk hoeven te worden behandeld. Deze documenten vallen dus wel onder de werking van de Wob en moeten aan de uitzonderingsgronden en beperkingen van artikel 10 en 11 Wob worden getoetst.³⁷²

Ook het tweede lid van artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012, dat betrekking heeft op documenten die door de aanbestedende dienst zijn opgesteld, is blijkens de memorie van toelichting slechts gedeeltelijk uitputtend bedoeld, namelijk voor zover die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen.³⁷³ Indien de mededinging niet in gevaar is, is de Wob van toepassing.

Artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 is opgenomen in deel 2 van de wet. De bepaling is dus uitsluitend van toepassing op Europese aanbestedingen.³⁷⁴ Op documenten die betrekking hebben op nationale aanbestedingen is de Wob in beginsel dus onverkort van toepassing.³⁷⁵ De keuze van de wetgever voor de plaatsing van de openbaarmakingsregeling in deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 is opmerkelijk. Documenten, waaronder inschrijvingen, die betrekking hebben op nationale aanbestedingen zijn in het algemeen niet minder vertrouwelijk dan die betrekking hebben op Europese aanbestedingen. Zij verdienen in mijn ogen een gelijk niveau van

370 ABRvS 14 april 2010, AB 2010, 166. Zie over deze uitspraak Pieterman & Muller 2010, p. 341-343.

371 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 440, nr. 3 (MvT), p. 69.

372 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 440, nr. 3 (MvT), p. 69.

373 *Kamerstukken II*, 2009/10, 32 440, nr. 3 (MvT), p. 70.

374 Art. 2.1-2.8 Aanbestedingswet 2012.

375 Vanzelfsprekend mits er sprake is van een a-bestuursorgaan dat onder de werkingssfeer van de Wob valt.

bescherming. De openbaarmakingsregeling hoort naar mening thuis in deel 1 van de Aanbestedingswet 2012.

Blijkens *Apotheek Voorzorg/Staat II* vallen veel documenten die betrekking hebben op aanbestedingen onder een uitzonderingsgrond.³⁷⁶ Hierdoor zal de Wob niet of nauwelijks tot een uitgebreidere openbaarmakingsverplichting leiden ten aanzien van documenten die betrekking hebben nationale aanbestedingen dan wanneer artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 zou worden toegepast. Zeker niet wanneer bij de toepassing van de uitzonderingsgronden van artikel 10 Wob aansluiting wordt gezocht bij artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012. Van het streven van de wetgever om een uniform kader te scheppen voor de aanbesteding van overheidsopdrachten is ten aanzien van openbaarmaking van informatie echter weinig terecht gekomen.

Artikel 22 Rv is volgens de ABRvS niet als bijzondere regeling te beschouwen.³⁷⁷ Dit geldt ook voor de exhibitieplicht van artikel 843a Rv. De Wob heeft dus naast de artikelen 22 en 843a Rv zelfstandige betekenis.³⁷⁸ Een andere, min of meer spiegelbeeldige vraag is of de Wob betekenis heeft voor de invulling van het begrip 'gewichtige redenen' van artikel 22 Rv. Artikel 8:29 lid 2 Awb bepaalt dat 'gewichtige redenen' in ieder geval niet aanwezig zijn, voor zover op grond van de Wob een verplichting tot openbaarmaking zou bestaan. Artikel 8:29 Awb is het bestuursrechtelijke pendant van artikel 22 Rv. Analoge toepassing van het tweede lid van artikel 8:29 Awb op het rechterlijk bevel van artikel 22 Rv ligt dus voor de hand, althans voor zover artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 de toepassing van de Wob niet uitsluit.³⁷⁹ Dit geldt ook voor de exhibitieplicht van artikel 843a lid Rv. Aan deze gelijklopende criteria van artikel 22 Rv en artikel 843a Rv wordt immers dezelfde invulling gegeven.³⁸⁰

Omgekeerd levert een geslaagd beroep op een van de in de Wob genoemde uitzonderingsgronden of beperkingen niet automatisch een weigeringsgrond op in de vorm van 'gewichtige redenen'. Weliswaar kan de rechter voor de invulling van 'gewichtige redenen' aansluiting zoeken bij de uitzonderingsgronden van de Wob,³⁸¹ wederom voor zover artikel 2.57 van de Aanbestedingswet 2012 de toepassing van de Wob niet uitsluit, maar de te maken afweging is verschillend. In tegenstelling tot de artikelen 22 en 843a Rv staat bij een verzoek op grond van de Wob niet het belang van de verzoeker

376 ABRvS 20 oktober 2010, AB 2010, 336 (*Apotheek Voorzorg/Staat II*). Zie hiervoor § 4.3.4.4.

377 ABRvS 16 november 2005, *Gst.* 2006, 95.

378 Daalder 2011, p. 481 en p. 486.

379 Zie ook Daalder 2011, p. 481. Lid 5 van art. 8:29 Awb is in HR 20 december 2002, *NJ* 2004, 4 (*Lightning Casino/Nederlandse Antillen*), r.o. 4.4.4. al analoog op art. 22 Rv toegepast.

380 Parl. Gesch. Herz. Rv, p. 553.

381 Daalder 2011, p. 481 en p. 486.

centraal, maar het publieke belang van openbaarmaking. Voor analoge toepassing is dus niet zonder meer plaats.³⁸²

5 VERGOEDING VAN OFFERTEKOSTEN OP GROND VAN ARTIKEL 2 LID 7 VAN DE RECHTSBESCHERMINGSRICHTLIJN NUTSSECTOREN

5.1 INLEIDING

De Rechtsbeschermingsrichtlijnen bevatten geen uitgewerkte regeling voor de toekenning van schadevergoeding aan benadeelde inschrijvers. Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren vormt hierop een uitzondering. Op grond van deze bepaling hoeft de inschrijver die vergoeding vordert van offertekosten - kort gezegd - uitsluitend aan te tonen, dat er sprake is van een schending van de Europese aanbestedingsregels en dat hij zonder deze schending een reële kans had op gunning van de opdracht. Deze voorziening zou volgens het oorspronkelijke voorstel van de Commissie voor de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren de doeltreffendheid van schadeacties moeten verhogen, met name door de inschrijver in de bewijslast tegemoet te komen.³⁸³

Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren is in mijn ogen een merkwaardige bepaling. Het kent een recht op vergoeding van offertekosten toe in situaties waarin de benadeelde inschrijver mogelijk voor gunning van de opdracht in aanmerking kwam. In die situaties kan de inschrijver onder omstandigheden aanspraak maken op het positief contractsbelang.³⁸⁴ Bij toewijzing van het positief contractsbelang komen offertekosten juist niet voor vergoeding in aanmerking. Deze kosten zou de inschrijver immers ook hebben gemaakt, wanneer hem de opdracht zou zijn gegund. Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren, dat de schadevergoeding vaststelt op de offertekosten, is in zekere zin dus paradoxaal.³⁸⁵

Het in artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren toegekende recht op vergoeding van offertekosten ligt op de grens van de reeds besproken onderwerpen betreffende de voorwaarden voor vestiging van aansprakelijkheid, de regels voor vaststelling van schadevergoeding en het bewijsrecht. Om deze reden verdient artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren in deze paragraaf afzonderlijke behandeling. Hierna komen in paragraaf 5.2 eerst de door de Rechtsbeschermingsrichtlijn

382 Als het voorgestelde art. 162a Rv wet wordt, wordt een vordering tot inzage wel afgewezen, wanneer op grond van de Wob geen verplichting tot openbaarmaking bestaat; zie *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 079, nr. 2 (Voorstel van wet Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel), p. 2.

383 COM(90)297 def., punt 15. Zie ook punt 11 van de considerans van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

384 Zie hiervoor § 3.4.2.

385 Zie ook Leffler 2003, p. 160.

nutssectoren gestelde voorwaarden voor vergoeding van offertekosten aan de orde. In paragraaf 5.3 komt de doorwerking van artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren in de Nederlandse rechtsorde aan bod.

5.2 DE VOORWAARDEN VOOR TOEKENNING VAN EEN VERGOEDING VAN OFFERTEKOSTEN

Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren stelt twee voorwaarden aan toewijzing van een vordering van een inschrijver tot vergoeding van offertekosten. Ten eerste moet de inschrijver een schending van de (Europese) aanbestedingsregels aantonen. Deze voorwaarde is niet nader uitgewerkt. Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren beoogt de voorwaarden voor toekenning van schadevergoeding te verlichten. Aansprakelijkheid voor schendingen van aanbestedingsregels op grond van het algemene artikel 2 lid sub d van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren mag niet afhankelijk worden gesteld van de schuld van het speciale-sectorbedrijf.³⁸⁶ Zeer aannemelijk is dat voor toekenning van een vergoeding van offertekosten de schuld van het speciale-sectorbedrijf evenmin ter zake doet. De enkele schending volstaat dus.

Ten tweede moet de inschrijver aantonen dat hij zonder de schending van de aanbestedingsregels een reële kans had op gunning van de opdracht. Deze voorwaarde impliceert dat de schending invloed heeft gehad op de kans op gunning van de inschrijver. Als er geen causaal verband is tussen de schending en de kans op gunning, is er geen plaats voor vergoeding van offertekosten.³⁸⁷ Bovendien moet de kans van de inschrijver op gunning zonder de schending 'reëel' zijn. Enerzijds is een kans op gunning niet reëel, wanneer de opdracht ook zonder de schending met een zekere mate van waarschijnlijkheid aan een ander dan de benadeelde inschrijver zou zijn gegund.³⁸⁸ Anderzijds hoeft de kans van de inschrijver op gunning naar mijn mening niet ten minste even groot te zijn als die van andere inschrijvers.³⁸⁹ De rechter moet hier een evenwicht zien te vinden. Hij moet daarbij het doel van artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren in het achterhoofd houden, te weten het verhogen van de doeltreffendheid van de schadevergoedingsvordering.³⁹⁰

Wanneer aan de twee besproken voorwaarden is voldaan, kan de inschrijver aanspraak maken op vergoeding van zijn offertekosten. Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren bepaalt niet wat onder 'de kosten

386 Zie hiervoor § 2.3.3.

387 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 663; Akkermans & Pijnacker Hordijk 2001, p. 24.

388 Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 663.

389 Zie ook Caranta 2011b, p. 177, die meent dat een kleine kans voldoende is.

390 COM(90)297 def., punt 15.

van het opstellen van een offerte of van deelneming aan een aanbestedingsprocedure' moet worden verstaan en laat dit kennelijk over aan de lidstaten.

5.3 DE DOORWERKING IN DE NEDERLANDSE RECHTSORDE

De Nederlandse wetgever heeft geen bijzondere wetgeving vastgesteld ten behoeve van de implementatie van artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren. In de inleiding van paragraaf 5 wees ik op het paradoxale karakter van deze bepaling. Een interessante vraag die dan opkomt, is of het Nederlandse recht op dit onderdeel wel aan de door de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren gestelde eisen voldoet.

Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren betreft situaties, waarin de benadeelde inschrijver mogelijk aanspraak kan maken op schadevergoeding in de vorm van het positief contractsbelang.³⁹¹ Om voor vergoeding van het positief contractsbelang in aanmerking te komen moet de inschrijver aantonen dat de opdracht zonder schending aan hem zou zijn gegund en dat de overeenkomst onberispelijk zou zijn nagekomen.³⁹² Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren houdt een aanzienlijke relativering in van zowel het bewijs van het causaal verband tussen de schending en de geleden schade als van de omvang van de schade. Ondanks het gebrek aan aandacht van de Nederlandse wetgever voor de implementatie van artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren, hoeft van een botsing tussen het Nederlandse recht en de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren geen sprake te zijn. Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren vertoont gelijkenissen met het door de Hoge Raad erkende leerstuk van kansschade,³⁹³ dat ook bij aansprakelijkheid van aanbesteders voor schending van de aanbestedingsregels ingang heeft gevonden in de lagere jurisprudentie.³⁹⁴ De rechter kan, met behulp van een richtlijnconforme uitleg,³⁹⁵ door toepassing van het leerstuk van kansschade tot een resultaat komen dat in overeenstemming is met de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

Er is dan nog één obstakel. Bij de vergoeding van het verlies van een kans wordt de schade begroot op een percentage van de geleden schade. Artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren stelt de schadevergoeding vast op de offertekosten. Een verband tussen de schade als gevolg van het mislopen van een opdracht en de offertekosten ontbreekt. De vergoeding van offertekosten moet dan ook worden aangemerkt als een abstracte vorm van schadevergoeding. Artikel 6:97 BW biedt de rechter naar mijn mening, opnieuw met behulp van een richtlijnconforme uitleg, voldoende handvatten om de schadevergoeding vast te stellen op de offertekosten. Van belang is tot

391 Zie hiervoor § 5.1.

392 Zie hiervoor § 3.4.2. Zie voor de toepasselijke bewijsregels hiervoor § 4.2.1.

393 Zie hiervoor § 3.3.2.

394 Zie hiervoor § 3.4.3. Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 660-663.

395 Zie hiervoor hoofdstuk 2, § 3.5.4.

slot dat artikel 2 lid 7 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren de ondergrens bepaalt voor schadevergoeding. De inschrijver kan, indien hij dat wenst, in plaats van de offertekosten aanspraak maken op vergoeding van het verlies van een kans of zelfs op het volledige positief contractbelang, indien aan de toepasselijke voorwaarden is voldaan.³⁹⁶

Hoewel het bestaande schadevergoedingsrecht ruimte lijkt te bieden voor toekenning van een vergoeding van offertekosten, is er veel moeite nodig om dit resultaat te bereiken. De noodzakelijke richtlijnconforme interpretatie gaat aanmerkelijk verder dan een laatste stap in het proces van implementatie.³⁹⁷ Richtlijnconforme interpretatie is in dit geval niet meer dan een instrument om de gevolgen van een gebrekkige implementatie te beperken. Het is aan de Nederlandse wetgever om alsnog een voldoende bepaalde en duidelijke regeling vast te stellen, zodat benadeelde inschrijvers kennis kunnen nemen van hun rechten.³⁹⁸

396 Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 663-664.

397 Zie over richtlijnconforme interpretatie hoofdstuk 2, § 3.5.4.

398 Hoofdstuk 2, § 3.5.3. Zie ook Pachnou 2000, p. 67-68, over het belang van voldoende specificiteit van nationale regels die strekken tot implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zie tot slot HvJ EU 28 januari 2010, C-456/08 (Commissie/Ierland), r.o. 65; HvJ EG 19 september 1996, C-236/95 (Commissie/Griekenland), r.o. 13 over de eisen aan de implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijn klassieke sectoren.