

COLOFON

TENDER NIEUWSBRIEF IS EEN UITGAVE VAN
SDU UITGEVERS BV EN VERSCHIJNT
ACHTMAAL PER JAAR.

Redactie

Mr. R. S. Damsma
Loyans & Loeff N.V.

Mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

Drs. H. 't Hart
Tender Services Group

Drs. S. de Jong
Inkopenvoor

Mr. J.S. Muntz-Beekhuis
PIANO

Mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Aanbestedingsadvocaten

Mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV

Eindredacteur

Marit Hazeleger, marit@redactioneleproducties.nl

Redactieadres

Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
aanbestedingsrecht@sdu.nl

Uitgever

Dineke Sonderen

Ontwerp en vormgeving

Imago Mediabuilders, www.imagomediabuilders.nl
ISSN 1384-2838
©Sdu Uitgevers 2018.

www.vindinkoopenaanbesteding.nl

De artikelen uit de Tender Nieuwsbrief worden
gearchiveerd in de kennisbank VIND Inkoop en
Aanbesteding van Sdu Uitgevers.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de
Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit
deze uitgave worden vervoerd (waaronder
begrepen het opstaan in een geautomatiseerd
gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke
wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke
toestemming van de uitgever. De bij toepassing van
art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde
vergoedingen wegens fotokopieën, dienen te
worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060,
2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor
het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in
bloemlezingen, readers en andere compilatiewer-
ken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich
tevens tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de
totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg
is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en)
en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele
fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op
verzoek van de redactie aanbieden van artikelen
aan Tender Nieuwsbrief impliceert toestemming
voor openbaarmaking en vervoer t.b.v.
de elektronische ontsluiting van (delen van) Tender
Nieuwsbrief in enige vorm.

Abonnementen en administratie

Tender Nieuwsbrief verschijnt achtmaal per jaar. Een
jaarabonnement kost € 222,-, een los nummer kost
€ 30,19 (excl. btw/incl. verzend- en administratiekos-
ten). Prijswijzigingen voorbehouden. Abonnementen:
Sdu Klantenservice o.v.v. Tender Nieuwsbrief, Postbus
20025, 2500 EA Den Haag. Tel.: (070) 378 98 80.
E-mail: sdu@sdu.nl of via www.sdu.nl. Vanwege de
aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke
overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het
algemene verbintenissenrecht.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van
de (abonnements)overeenkomst en om u, ook per
e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien
over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In
iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgeno-
men. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze infor-
matie, ook niet over producten en diensten van zorg-
vuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit
schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus
20025, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden
voor minimaal één jaar en hebben een opzegtermijn
van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijg-
baar in de boekhandel. Voor informatie over onze
leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

DE ZAAK

Fors verlies bij de uitvoering van de opdracht. Wat nu?

Opdracht gewonnen, de uitvoering kan beginnen. Uitvoering
conform de aanbestedingsstukken levert evenwel (fors) verlies op.
Welke (on)mogelijkheden heeft de opdrachtnemer?

De zaak Connexion Taxiservices

De gemeenten Maassluis, Vlaardingen en Schie-
dam hebben een aanbesteding gehouden voor het
verrichten van leerlingenvervoer. De gemeenten
hebben een overeenkomst gesloten met Con-
nexion voor de percelen 1 en 3 voor de duur van
twee jaar met een optie tot verlenging van twee
keer één jaar. De gemeenten willen voor wat
betreft perceel 1 de tweede (en daarmee laatste)
verlengingsoptie uitoefenen. Connexion wil
dit niet. De overeenkomst is te verlieslatend. De
gemeenten vorderen nakoming bij de rechtbank
te Rotterdam.¹

De rechtbank overweegt allereerst dat in beginsel
de bewoordingen van de overeenkomst (waarvan
het aanbestedingsdocument deel uitmaakt) gele-
zen in de context van de gehele overeenkomst, van
doorslaggevend belang zijn, zulks met toepassing
van de zogenaamde cao-norm. Uit het aanbeste-
dingsdocument blijkt – kort gezegd – duidelijk dat
de aangeboden vaste prijs per rit niet meer zou
kunnen wijzigen op een later moment, wanneer
sprake zou zijn van gewijzigde aantallen en een
lagere bezetting van de ritten. Kortom, verhoging
van de aangeboden en overeengekomen prijs is
niet mogelijk op grond van de overeenkomst.
Vraag is vervolgens of de bevoegdheid van de
gemeenten om in de huidige omstandigheden
nakoming te vorderen naar maatstaven van rede-
lijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) onaanvaard-
baar is.

De rechtbank oordeelt dat dit niet het geval is, ofte-
wel de gemeenten mogen de optie tot verlenging
uitoefenen. De rechtbank acht het volgende van
belang:

1. De contractuele voorwaarden waren in het
onderhavige geval duidelijk: de financiële risi-
co's van wijzigingen van leerlingaantallen en
bestemmingen komen voor rekening en risico
van de vervoerder.
2. Inschrijvers mochten bekend worden geacht
met de beginselen van het aanbestedings-
recht, die maken dat na de aanbesteding een
aanbesteder niet gerechtigd is tot het maken

van nadere (prijs)afspraken, zoals ook in de
Nota van Inlichtingen is aangegeven.

3. Door in te schrijven nam Connexion bewust
het risico op verlies voor de gehele looptijd
van de overeenkomst.

Nakoming vorderen is volgens de rechtbank
enkel onaanvaardbaar als sprake zou zijn van zeer
bijzondere c.q. extreem uitzonderlijke omstan-
digheden of een uitzonderlijk aantal wijzigingen,
die bij het sluiten van de overeenkomst niet waren
te voorzien, en die ondanks hetgeen hiervoor is
weergegeven in redelijkheid niet voor rekening en
risico van Connexion zouden moeten komen. In
casu is hiervan geen sprake.

Om dezelfde redenen handelen de gemeenten
volgens de rechtbank dan ook niet in strijd met de
a.b.b.b. En kan een algemene belangenafweging
Connexion ook niet baten. Het staat de gemeen-
ten vrij om gebruik te maken van de optie tot ver-
lenging nu deze – gelet op de strekking en tekst van
de bepaling – is overeengekomen ten behoeve van
de gemeenten en niet ten behoeve van de inschrij-
ver. Niet van de gemeenten mag worden verwacht
dat zij in het geheel niet opkomen voor hun eigen
belangen, en afzien van de overeenkomst met
Connexion.

Kortom, de gemeenten mogen van Connexion
eisen dat deze de optie tot verlenging uitvoert zon-
der dat zij het verlies dat Connexion hierdoor lijdt
hoeven te vergoeden.

De zaak DVG

Stichting Noorderbrug, een zorginstelling, heeft
een aanbesteding gehouden voor het verrichten
van cliëntenvervoer (taxidiensten). DVG heeft
ingeschreven op perceel 2 met – zoals vereist – een
prijs per beladen reisuur (dus niet de werkelijke reis-
tijd) op basis van een door Noorderbrug gemaakte
fictieve rittenplanning. Het bestek vermeldt dat
inschrijver er rekening mee moet houden dat de
uitgangspunten kunnen wijzigen, zoals de adressen
en openingstijden van locaties, aan- en afvoertijden
en het aantal cliënten. Inschrijver dient zijn prijs
evenwel gestand te doen. De prijs die hij in werke-
lijkheid betaald krijgt, bestaat uit de totale bere-

kende beladen reistijd van alle routes gebaseerd op de voor Noorderbrug in financiële zin meest gunstige ritplanning, per voertuigtype gebaseerd op de prijs per beladen uur waarmee is ingeschreven. Wanneer echter het beleid of de uitvoering daarvan dusdanig wijzigt dat dit aanmerkelijke gevolgen heeft of als uitbreiding van het bestek moet worden beschouwd, dan moeten partijen volgens het bestek met elkaar in overleg treden. DVG heeft perceel 2 gewonnen en dientengevolge een overeenkomst gesloten met Noorderbrug. De verhouding beladen tijd (die wordt vergoed) en onbeladen tijd (die niet wordt vergoed) in de daadwerkelijke rittenplanning blijkt in het nadeel van DVG af te wijken van de fictieve rittenplanning. DVG stelt hierdoor meer dan €100.000 te kort zijn gekomen. Noorderbrug ynst niets te betalen. DVG heeft een kort geding aanhangig gemaakt, verloren, en is daarna in hoger beroep gegaan.

DVG betoogt dat Noorderbrug onjuiste informatie in het bestek heeft verstrekt, waardoor zij heeft gedwaald (art. 6:228 BW) en dientengevolge een te lage uurprijs heeft geoffreerd. Uit het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden² blijkt dat voor een geslaagd beroep op dwaling aan twee voorwaarden moet worden voldaan:

1. de werkelijkheid wijkt af van hetgeen in de aanbestedingsstukken is gecommuniceerd c.q. er is geen sprake van een consistent bestek (= dwaling); en
2. DVG heeft lagere prijzen geoffreerd dan zij zou hebben gedaan als de aanbestedingsstukken correct en consistent zouden zijn (= causaal verband dwaling en schade).

Het hof oordeelt ten aanzien van de eerste door DVG aangevoerde dwalingsgrond dat de werkelijkheid niet afweek van hetgeen in de aanbestedingsstukken is gecommuniceerd. Ten aanzien van de tweede aangevoerde dwalingsgrond oordeelt het hof dat DVG niet heeft aangetoond dat er een causaal verband is tussen de minder gelukkige wijze van opstellen van de aanbestedingsstukken en de door DVG geoffreerde prijzen. Het hof wijst de dwalingsvorderingen van DVG af. Kortom, DVG moet de overeenkomst tegen verlies uitvoeren.

Commentaar

Een opdrachtnemer die tijdens de uitvoering van de overeenkomst geconfronteerd wordt met (forse) verliezen moet allereerst kijken of er contractuele mogelijkheden zijn om het verlies te beperken. Hierbij komt het aan op de bewoordingen in de overeenkomst. De cao-norm is bepalend:

- Ligt een andere interpretatie in de rede (die tot resultaat heeft dat er géén verlies wordt

geleden), en kan de gemeente derhalve worden aangesproken op wanprestatie ex art. 6:74 BW? of

- Kan er een beroep worden gedaan op een herzieningsclausule (art. 2.163c Aanbestedingswet 2012)?³

Zo niet, dan is stap 2 om te bezien of (i) de aanbestedder onjuiste informatie in de aanbestedingsstukken heeft verstrekt, (ii) zij dit wist, of, als zij dit niet wist, deze informatie op onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen, en (iii) er op een niet-verlieslatende wijze zou zijn ingeschreven als de informatie wel juist zou zijn. Is dit het geval dan kan een beroep worden gedaan op schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW).⁴ Is van geen van de voorgaande situaties sprake, dan komt het verlies in beginsel voor het eigen ondernemersrisico van de opdrachtnemer. Een beroep op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) om compensatie in de geleden schade te krijgen vanwege tegenvallende hoeveelheden is slechts in één geval, waarbij de aanbestedder geen enkel verwijt trof, door de rechter Arnhem gehonoreerd.⁵ Echter, het Hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde later (in een andere zaak) dat een dergelijk beroep in zijn algemeenheid geen steun vindt in het Nederlandse recht, en dat de mogelijkheid om de overeenkomst te wijzigen met een beroep op art. 6:258 BW gelet op het aanbestedingsrecht beperkt is tot niet-wezenlijke wijzigingen.⁶ Kortom, compensatie waarin niet is voorzien in de aanbestedingsstukken is rechtekens niet toelaatbaar als geen sprake is van een onrechtmatige daad.⁷

Stap 3 is dan om te bekijken of een beroep kan worden gedaan op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 of art. 6:258 BW (onvoorziene omstandigheden) om de overeenkomst te beëindigen, en het verlies aldus te beperken. Beëindiging is – zo blijkt uit de Connexion-zaak – enkel kansrijk als sprake is van zeer bijzondere c.q. extreem uitzonderlijke omstandigheden of een uitzonderlijk aantal wijzigingen, die bij het sluiten van de overeenkomst niet waren te voorzien, en de uit de overeenkomst voortvloeiende positie van partijen sterk beïnvloeden.⁸ Het is aan de opdrachtnemer om aan te geven welke niet in de overeenkomst verdisconteerde toekomstige omstandigheden maken dat de overeenkomst beëindigd moet worden.⁹

Slaagt dit beroep niet, dan is stap 4 (en daarmee de laatste stap) om na te gaan of met een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) de overeenkomst kan worden vernietigd. Dit is – zo blijkt uit de DVG-zaak – het geval als (i) de werkelijkheid afwijkt van hetgeen in de aanbestedingsstukken is gecom-

municeerd¹⁰ of als er geen sprake is van een consistent bestek, en (ii) de opdrachtnemer hierdoor lagere prijzen heeft geoffreerd dan hij zou hebben gedaan als de aanbestedingsstukken correct en consistent zouden zijn.

In de praktijk blijkt dat het een lastige opgave is om het verlies gecompenseerd te krijgen of, desnoods, de overeenkomst te beëindigen. Zeker als een aanbestedder in de aanbestedingsstukken uitdrukkelijk spreekt over 'prognoses', en de risico's op afwijkende aantallen expliciet in de aanbestedingsstukken heeft neergelegd bij de opdrachtnemer. Een inschrijver moet hier dus extra alert op zijn tijdens de inschrijvingsfase, en de aanbestedder – met een beroep op het proportionaliteitsbeginsel – op voorhand bewegen tot het opnemen van een herzieningsclausule (veiligheidsventiel)¹¹ en een tweezijdige (in plaats van eenzijdige) optie tot verlenging.

mr. A. Stellingwerff Beintema
Maasdam Broers Fischer advocaten

Noten

1. V.zr. Rb. Rotterdam 23 februari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:10878.
2. Hof Arnhem-Leeuwarden 16 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:5361.
3. Rb. Gelderland 12 juli 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4007.
4. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925.
5. Rb. Arnhem 16 december 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BK8892.
6. Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:5925. HvJ EU 7 september 2016, C-549/14 (*Finn Frogne*).
7. Rb. Zeeland-West-Brabant 31 januari 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:1797.
8. V.zr. Rb. Haarlem 29 augustus 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BE9481.
9. Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6335, waaruit overigens zou kunnen worden afgeleid dat een succesvol beroep op onvoorziene omstandigheden enkel kan worden gedaan als gedurende de uitvoering van de overeenkomst de omstandigheden zijn gewijzigd (en dus niet in de situatie dat deze ten tijde van het aangaan van de overeenkomst anders blijken te zijn dan opdrachtnemer zich had voorgesteld).
10. Hof 's-Gravenhage 20 september 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2451.
11. V.zr. Rb. Limburg 2 juli 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:6210; Hof Den Haag 14 februari 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:260.