

Nr. RI18.0013 (2018)

Betreft: Uitkomst hoger beroepsprocedure in de zaak 'Onkruid- en veegbeheer'

Aan de leden van de Gemeenteraad

Op 30 januari 2018 heeft het gerechtshof Amsterdam arrest gewezen in de zaak 'Onkruid- en veegbeheer'. Hierbij informeren wij u hierover.

Wat was de aanleiding?

Aanbestedingsprocedure uit 2010

Op 16 december 2010 opende de gemeente een Europese aanbestedingsprocedure voor verzorgend onderhoud van verhardingen voor onkruidgroei, natuurlijk vuil en veegvuil (hierna: Onkruid- en veegbeheer). Om in aanmerking te komen voor deze opdracht, moesten inschrijvers een veiligheidssysteemcertificaat overleggen. Concreet moesten zij beschikken over een VCA*-certificaat of een hieraan gelijkwaardig certificaat.

Vijf ondernemers schreven in op de opdracht, waaronder een combinatie (hierna: Combinatie) waar P.C. van der Wiel B.V (hierna: Van der Wiel) onderdeel van uit maakte. Een andere partij die inschreef was de firma Alba Städte- und Industriereinigung Baving GmbH (hierna: Alba).

Alba schreef in met de laagste prijs, € 123.000,- exclusief BTW. De Combinatie, waaronder Van der Wiel) schreef in met de op één na laagste prijs, namelijk € 524.648,79 exclusief BTW.

Op 10 maart 2011 maakte de gemeente bekend dat zij het voornemen had de opdracht aan Alba te gunnen, omdat zij had ingeschreven met de laagste prijs. Voordat de gemeente hiertoe overging, had zij bij Alba om bewijsstukken gevraagd waaruit bleek dat Alba voldeed aan de eis van een VCA*-certificaat of een hieraan gelijkwaardig certificaat. Deze bewijzen werden door Alba, ondersteund door een deskundige, tijdig aan de gemeente verstrekt.

Juridische procedures na voornemen tot gunning

Kort geding: gemeente werd in het gelijk gesteld

De Combinatie, waaronder Van der Wiel, was het met deze voorgenomen gunning oneens. De Combinatie startte een kort geding bij de rechtbank Alkmaar tegen de gemeente. Deze vorderde dat de inschrijving van Alba ongeldig moest worden verklaard, omdat Alba (als Duits bedrijf) geen VCA*-certificaat of een daaraan gelijkwaardig certificaat had.

Op 21 april 2011 wees de voorzieningenrechter van de rechtbank Alkmaar de vordering van de Combinatie af. De voorzieningenrechter oordeelde dat Alba weliswaar niet beschikte over een VCA*-certificaat, maar dat Alba bewijzen van gelijkwaardige maatregelen kon overleggen. Er was daarom geen reden voor de gemeente om de inschrijving van Alba ongeldig te verklaren.

Na het vonnis in kort geding besloot de gemeente tot gunning over te gaan. Op 11 mei 2011 werd de opdracht daadwerkelijk aan Alba gegund.

Bodemprocedure in eerste aanleg: Combinatie werd in het gelijk gesteld

Met de gunning bleef de Combinatie het oneens. Deze startte een bodemprocedure bij de rechtbank Alkmaar tegen de gemeente waarin zij het standpunt in kort geding herhaalde.

Omdat de opdracht inmiddels definitief aan Alba was gegund, vroeg de Combinatie niet nogmaals om gunning van de opdracht (zoals in kort geding), maar om vaststelling dat de gemeente onrechtmatig had gehandeld. Pas als de onrechtmatigheid vaststaat, kan schade worden gevorderd.

In de bodemprocedure boog de rechter zich dus opnieuw over de vraag of Alba beschikte over een VCA*-certificaat of een hieraan gelijkwaardig certificaat.

De rechtbank wilde een externe deskundige aanwijzen om dit te beoordelen, maar dit lukte niet. De rechtbank kon geen onafhankelijke deskundige vinden die in staat en/of bereid was dit onderzoek uit te voeren. De rechtbank liet de eis van onafhankelijkheid van de deskundige daarom vervallen.

Uiteindelijk besloot de rechtbank dat drie deskundigen tot een advies moesten komen: een deskundige voorgedragen door de gemeente, een deskundige voorgedragen door de Combinatie en een door beide partijen gezamenlijk aangewezen derde deskundige. In juli 2014 brachten zij hun advies uit. Bij meerderheid adviseerden zij dat de door Alba overgelegde certificaten niet voor alle elementen gelijkwaardig waren aan het voorgeschreven VCA*-certificaat. Dit standpunt werd ingenomen door twee van de drie deskundigen. Een van de deskundigen meende dat gelijkwaardigheid wél was aangetoond.

Op 16 september 2015 bracht de rechtbank eindvonnis uit. Van alle partijen die in de Combinatie vertegenwoordigd waren, oordeelde de rechtbank dat alleen nog Van der Wiel ontvankelijk was. De andere partijen in de Combinatie hadden zich niet in de procedure betrokken of bestonden inmiddels niet meer. Ten aanzien van Van der Wiel oordeelde de rechtbank vervolgens dat deze, op grond van het eerder uitgebrachte deskundigenadvies, had bewezen dat Alba geen aan VCA*-gelijkwaardige certificaten had overgelegd. Hieruit concludeerde de rechtbank dat de gemeente jegens Van der Wiel onrechtmatig had gehandeld. De schade die Van der Wiel had geleden, moest in een aparte schadestaatprocedure worden vastgesteld.

Wat is de uitkomst van de hoger beroepsprocedure?

Tegen dit vonnis is door de gemeente hoger beroep ingesteld. In hoger beroep heeft de gemeente, onder aanvoering van verschillende grieven, betwist dat onrechtmatig jegens Van der Wiel is gehandeld.

Alle door de gemeente aangevoerde grieven zijn verworpen door het gerechtshof Amsterdam.

Kort samengevat oordeelde het hof dat, anders dan de gemeente meent, Van der Wiel wel schade bij de gemeente kan vorderen. Een vordering tot schadevergoeding kan door Van der Wiel zelf worden ingediend. Dit hoeft niet via de Combinatie die destijds had ingeschreven op de opdracht. Van technische onregelmatigheden in de inschrijving van de Combinatie destijds is naar het oordeel van het hof geen sprake waardoor geen sprake is van een ongeldige inschrijving van de Combinatie achteraf. Ook dit betekent dat Van der Wiel schade kan claimen.

Daarnaast heeft het hof zich uitgesproken over de inhoud en de wijze van totstandkoming van het deskundigenrapport. Het hof schaart zich achter de wijze van benoeming van de drie deskundigen door de rechtbank en oordeelt dat de rechtbank hiermee een werkwijze heeft gevonden die de onafhankelijkheid van het deskundigenrapport zoveel mogelijk heeft bevorderd. Dat de rechtbank eerder streefde naar een onafhankelijke deskundige doet hier niets aan af, omdat deze onafhankelijke deskundige in deze zaak niet kon worden gevonden.

Tot slot vindt het hof het deskundigenrapport niet gebrekkig, nu door de deskundigen geen unaniem advies is uitgebracht. De deskundigen hebben bij de start van hun werkzaamheden hun opdracht gezamenlijk geformuleerd. Dat zij onderling geen eenduidig standpunt hebben kunnen innemen, doet hier niets aan af. Het is aan de rechter om te bepalen wat de waarde is van het deskundigenrapport.

Zowel de rechtbank als het hof concludeerden dat dit deskundigenrapport afdoende is om te oordelen dat de door Alba overgelegde certificaten niet gelijkwaardig waren en dat daarom niet aan Alba gegund mocht worden. Daarmee heeft de gemeente onrechtmatig jegens Van der Wiel gehandeld.

Hoe nu verder?

Schade Van der Wiel wordt bepaald in afzonderlijke procedure

Met het arrest van het hof staat slechts vast dat de gemeente jegens Van der Wiel onrechtmatig heeft gehandeld. Hiermee is nog niets gezegd over de omvang van de schade van Van der Wiel. De rechtbank heeft eerder bepaald dat deze schade in een aparte schadestaatprocedure moet worden vastgesteld. Deze procedure moet nog worden gestart.

Wel heeft Van der Wiel in een eerder stadium kenbaar gemaakt dat de schade op dat moment werd begroot op € 1.925.896,03. Dit claimbedrag is opgenomen in de risicoparagraaf van de jaarstukken en is daarnaast gecommuniceerd in onze raadsinformatiebrief van 11 januari 2018 (RV18.0001).

Cassatie

Tegen het arrest van het gerechtshof Amsterdam kan cassatie worden ingesteld bij de Hoge Raad. Dit is mogelijk tot 3 maanden na het uitbrengen van het arrest door het hof, dus voor 30 april 2018.

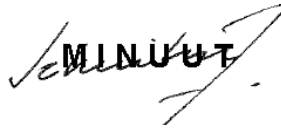
Op dit moment onderzoekt onze eigen juridische afdeling het vonnis van het gerechtshof nauwkeurig, inclusief of er gerede gronden zijn om in cassatie te gaan. Tot cassatie wordt alleen overgegaan indien dit kansrijk wordt geacht.

Wordt cassatie ingesteld, dan wordt u hierover door ons separaat geïnformeerd.

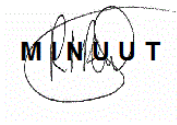
Den Helder, 13 februari 2018.

Burgemeester en Wethouders van Den Helder,

burgemeester
Koen Schuiling

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Koen Schuiling', is written over a rectangular stamp that contains the word 'MINUUT' in bold, uppercase letters.

secretaris
Robert Reus

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Robert Reus', is written over a rectangular stamp that contains the word 'MINUUT' in bold, uppercase letters.