

ECLI:NL:GHSGR:2011:BT2451

Instantie	Gerechtshof 's-Gravenhage
Datum uitspraak	20-09-2011
Datum publicatie	23-09-2011
Zaaknummer	200.022.193-01
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2008:BG0943, Meerdere afhandelingswijzen
Rechtsgebieden	Civiel recht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep
Inhoudsindicatie	Overheidsaanbesteding. Bestek met later niet gerealiseerde prognose. Stiptheidseis. Ontbinding overeenkomst.
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE

Sector Civiel recht

Zaaknummer : 200.022.193/01

Zaaknummer rechtbank : 298763 / HAZA 08-75

Arrest d.d. 20 september 2011

inzake

de Gemeente Albrandswaard,
zetelend te Poortugaal,
appellante in het principaal appel,
geïntimeerde in het incidenteel appel,
hierna te noemen: de Gemeente,
advocaat: mr. J.P. van Ginkel te 's-Gravenhage,

tegen

Zorgvervoercentrale Nederland B.V.,
gevestigd te Rotterdam,
geïntimeerde in het principaal appel,
appellante in het incidenteel appel,
hierna te noemen: ZCN,
advocaat: mr. A.J.H.W.M. Versteeg te Amsterdam.

Het geding

Bij exploit van 31 december 2008 is de Gemeente in hoger beroep gekomen van het door de rechtbank Rotterdam tussen partijen gewezen vonnis van 8 oktober 2008 (LJN: BG0943). Bij memorie van grieven met producties heeft zij elf grieven aangevoerd. Bij memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in het incidenteel appel alsmede aanvulling grondslag van eis heeft ZCN de grieven bestreden, de grondslag aan haar vordering aangevuld en twee grieven tegen het vonnis opgeworpen. Bij memorie van antwoord in incidenteel appel tevens antwoordakte aanvulling grondslag van eis (met een productie) heeft de Gemeente op de gewijzigde grondslag gereageerd en de grieven bestreden. Vervolgens heeft de Gemeente de stukken overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

1.1 De door de rechtbank in het vonnis van 8 oktober 2008 vastgestelde feiten zijn niet in geschil. Ook het hof zal daar van uitgaan.

Het gaat in deze zaak om het volgende:

1.2 De Gemeente heeft in 2005 een openbare Europese aanbesteding uitgeschreven voor collectief vraagafhankelijk vervoer (hierna ook: het vervoer). Zij liet deze aanbesteding begeleiden door het bureau Forseti/Mobycon.

1.3 In het van het bestek deel uitmakende programma van eisen is bepaald dat dit vervoer uitsluitend openstaat voor inwoners van de gemeente Albrandswaard. Hierbij worden vier klantgroepen onderscheiden, namelijk Wvg-geïndiceerden (incl. begeleiders) met kamer-tot-kamer indicatie, Wvg-geïndiceerden (incl. begeleiders) met deur-tot-deur indicatie, 65 plussers en overige inwoners, waarbij "Wvg" staat voor "Wet voorzieningen gehandicapten".

1.4 In artikel 4.8 van het programma van eisen is ten aanzien van de uitvoering van het vervoer bepaald dat het aankomsttijdstip moet liggen binnen een bepaalde marge rondom het afgesproken tijdstip, welke marge in de regel ligt tussen 15 minuten vóór en 15 minuten na een afgesproken vertrektijdstip en 30 minuten voor en 0 minuten na een afgesproken aankomsttijdstip. De inschrijver houdt een ritadministratie bij inclusief een overzicht van de gerealiseerde stiptheid van de uitgevoerde ritten (artikel 4.15). Het minimale niveau van de stiptheid, dat wil zeggen het percentage ritten dat op tijd is uitgevoerd, moet 95,0% bedragen (artikel 4.22).

Bij geconstateerde tekortkoming en na ingebrekestelling kan de Gemeente de betaling van een maandfactuur opschorten en, wanneer binnen een termijn van 60 dagen de tekortkoming niet is opgelost, een boete van € 10.000,- in rekening brengen (artikel 4.26).

1.5 Volgens het bestek wordt de aanbesteding gegund aan de inschrijver met de economisch meest voordelige inschrijving waarbij twee subgunningscriteria gelden: prijs en kwaliteit. Ten aanzien van het subgunningscriterium 'prijs' is bepaald dat de inschrijver de kosten per declarabele zone dient op te geven in het 'prijsinvulformulier' (een bijlage bij het bestek) en dat de inschrijver met de laagste prijs per declarabele zone het maximum aantal punten krijgt. Ten aanzien van de kwaliteitscriteria is onder meer opgenomen dat de inschrijver een beschrijving moet geven waaruit blijkt op welke wijze de inschrijver de betrouwbaarheid van de uitvoering denkt te kunnen garanderen ten aanzien van het 'op tijd rijden' binnen de marges zoals gesteld in artikel 4.8.

1.6 Van bijlage 4 van het bestek, getiteld "Cijfers doelgroep en gebruik", maken een cijfermatig overzicht van het gebruik in 2004 door de Wvg gebruikersgroepen 'deur-tot-deur' en 'kamer- tot-kamer' deel uit, alsmede een "Indicatie van prognoses van aantal zones nieuwe systeem". Deze indicatie houdt als prognose van het aantal zones (inclusief opstapzone) in:

- voor degenen met Wvg deur-tot-deur indicatie: 41.000,
- voor degenen met Wvg kamer-tot-kamer indicatie: 1.000,
- voor 65-plussers: 12.000 en
- voor overige inwoners van Albrandswaard: 20.000.

Deze indicatie wordt besloten met de volgende mededeling: "Bovenstaande cijfers betreffen indicaties waar geen rechten aan ontleend kunnen worden. Het daadwerkelijk gebruik van de doelgroepen 65-plussers en overige inwoners zal onder meer afhangen van de te hanteren reizigerstarieven. Deze worden na gunning door de opdrachtgever vastgesteld."

1.7 In artikel 4.30 van het programma van eisen staat dat de opdrachtgever jaarlijks per 1 januari voor het komende jaar de kostenontwikkeling vaststelt en dat de eerste indexering plaatsvindt per 1 januari 2007.

1.8 ZNC heeft ingeschreven op de aanbesteding. De door haar geoffreerde kosten per declarabele zone bedragen € 2,89, exclusief BTW.

1.9 De Gemeente heeft de aanbesteding aan ZCN gegund. Dit heeft geresulteerd in een op 6 en 7 juli 2005 door partijen ondertekende overeenkomst (hierna: de overeenkomst) waarbij het vervoer aan ZNC is uitbesteed conform het programma van eisen. De overeenkomst is aangegaan voor een periode van 44 maanden met ingang van 1 oktober 2005. Voorts is overeengekomen dat vóór de start van het vervoersysteem de Gemeente verantwoordelijk is voor de marktcommunicatie en zorg draagt voor de voorlichting aan de inwoners en dat vanaf de start de primaire verantwoordelijkheid van de marktcommunicatie bij ZNC ligt (artikel 13).

1.10 Direct na aanvang van de uitvoering van de opdracht is ZCN gebleken dat de vraag naar het vervoer achterbleef (circa 30%) bij de in bijlage 4 geprognosticeerde behoefte.

1.11 In het voorjaar van 2006 is tussen de Gemeente en ZCN ter sprake gekomen dat ZCN niet aan de vereiste stiptheid van 95% voldeed. Bij brief van 15 juni 2006 heeft de Gemeente ZCN daarop schriftelijk gewezen. In reactie hierop heeft ZCN bij brief van 6 september 2006 aangegeven dat Wvg-ers qua zones meer consumeren dan in de prognose was opgenomen, maar dat de groepen 65+ en overig sterk achter blijven (65+: 1.162 tegen een prognose van 7.000 en 'overig': 134 tegen een prognose van 11.655).

1.12 Bij brief van 25 september 2006 heeft de Gemeente ZCN in gebreke gesteld en betaling van de factuur van september opgeschort omdat ZCN de vereiste stiptheid van 95% niet haalde.

1.13 Bij brief van 16 november 2006 heeft ZCN aan de Gemeente geschreven:

"Tijdens ons overleg van 4 september 2006 en het overleg van 31 oktober 2006 heb ik u medegedeeld dat het achterblijven van de ritaantallen (...) problemen veroorzaakt bij de exploitatie (...).

Het aantal bereisde zones blijft sterk achter bij de in het bestek genoemde aantal te verwachten zones, zijnde 52.500 werkelijk gereden zones tegen 72.000 zones zoals deze waren opgegeven in het bestek. (...)

Gelet op het significant achterblijven van het werkelijk aantal gereisde zones ten opzichte van de in het bestek opgegeven aantal te bereizen zones, is een aanpassing van de vervoerstarieven onvermijdelijk. (...)"

1.14 Bij brief van 18 december 2006 heeft ZCN geschreven dat zij over (de laatste maanden van) 2005 en 2006 ruim 30% van de kosten van het uitvoeren van het vervoer niet heeft kunnen declareren, zodat het vervoer op het huidige niveau niet bedrijfseconomisch verantwoord kan worden uitgevoerd, een aanpassing van het zonetarief en een nacalculatie over 2005 en 2006 onvermijdbaar zijn en ZCN voor 2007 een zonetarief van € 4,08 (exclusief NEA-aanpassing per 1-1-2007) in rekening zal brengen.

1.15 Bij brief van 19 december 2006 heeft de Gemeente geschreven dat ZCN ook na 60 dagen de vereiste stiptheid van 95% niet haalt, een boete in rekening gebracht en de maandfacturen vanaf september opnieuw opgeschort totdat de vereiste stiptheid is bereikt. De Gemeente is akkoord gegaan met een tariefsaanpassing van 2,4 % conform artikel 4.30 van het bestek, maar (bij brief van 8 februari 2007) niet met het voorstel van een zonetarief van € 4,08. ZCN heeft hiertegen geprotesteerd.

1.16 Bij brief van 23 april 2007 heeft de Gemeente de overeenkomst ontbonden (om schadeclaims van gebruikers te voorkomen: per 1 oktober 2007) nu ZCN niet heeft voldaan aan de tussen partijen geldende stiptheidseis en het behaalde stiptheidspercentage in de regel niet boven de 70% kwam en ernstig achter bleef.

1.17 Op 4 juli 2007 heeft de Gemeente aan ZCN een notitie van Forseti/Mobycon toegezonden die ten grondslag was gelegd aan de aanbesteding en waarin een toelichting wordt gegeven over hoe de in het bestek genoemde prognose van het aantal ritzones tot stand is gekomen (hierna: de 'Financiële notitie'). In deze notitie (waarin het Wvg kamer-tot-kamer vervoer wegens de geringe omvang buiten beschouwing is gelaten) staat dat de inschatting van het gebruik is gebaseerd op het gebruik van vergelijkbare systemen, waarbij 'standaardhoogte van reizigerstarieven' per zone zijn gehanteerd, te weten: € 0,43 voor Wvg, € 0,80 voor 65+ en € 1,50 voor overig en dat de volgende prijselasticiteit per doelgroep is gehanteerd: Wvg: 0,1, 65 plus: 0,2 en overig: 0,3. Daarnaast zijn in een tabel drie varianten reizigerstarieven opgenomen (€ 0,43 voor Wvg in alle drie de varianten, € 0,90/€ 1,-/€ 1,50 voor 65 plussers en € 1,50/€ 2,-/€ 3,- voor overigen). Tevens is een prognose van het aantal zones voor het eerste en derde jaar gegeven voor de drie verschillende varianten.

1.18 In de periode van oktober 2005 tot en met juli 2007 is ongeveer 17% van het voor de groep 65-plussers geprognosticeerde aantal zones gerealiseerd en voor de groep 'overigen' ongeveer 1,2%. In totaal heeft ZCN 92.000 zones gereden gedurende de looptijd van de overeenkomst (1 oktober 2005 tot 7 augustus 2007).

1.19 Bij brief van 2 augustus 2007 heeft ZCN aan de Gemeente geschreven dat zij de overeenkomst buitengerechtelijk wenst te vernietigen en dat zij de Gemeente aansprakelijk stelt voor de door haar geleden schade, omdat zij gedwaald heeft bij de totstandkoming van de overeenkomst en haar gebleken is dat de verstrekte gegevens die betrekking hadden op de verwachte omvang van het vervoer niet gebaseerd waren op een deugdelijke inventarisatie van die behoefte.

1.20 Bij brief van 7 augustus 2007 heeft de Gemeente zo'n vernietiging niet aanvaard, omdat haars inziens het achterblijven van het vervoer bij de prognose vrijwel uitsluitend moet worden toegeschreven aan slechte prestaties van ZCN op het punt van de stiptheid. Bij dezelfde brief heeft de Gemeente de overeenkomst alsnog per onmiddellijke ingang ontbonden.

1.21 Omdat een nieuwe aanbestedingsprocedure voor het vervoer vanaf oktober 2007 inmiddels was afgerond waarbij het vervoer was gegund aan RMC en RMC daartoe bereid was, heeft RMC de uitvoering per direct overgenomen.

1.22 In verband met de gestelde schade staat tussen partijen vast dat indien de overeenkomst niet was vernietigd of ontbonden, zij tot 1 oktober 2008 zou hebben voortgeduurd (proces-verbaal van de op 19 juni 2008 gehouden comparitie van partijen).

2.1 ZCN heeft de Gemeente gedagvaard en gevorderd dat de rechtbank primair de overeenkomst vernietigt wegens dwaling aan de zijde van ZCN, subsidiair voor recht verklaart dat de Gemeente op 7 augustus 2007 niet tot ontbinding van de overeenkomst gerechtigd was, en primair en subsidiair bepaalt dat de Gemeente onzorgvuldig jegens ZCN heeft gehandeld door de prognose ten aanzien van het verwachte aantal ritzones niet met de vereiste mate van zorgvuldigheid op te (laten) stellen; alsmede bepaalt dat de Gemeente de door ZCN geleden schade moet vergoeden, bestaande uit € 214.689,54 als redelijke vergoeding voor verrichte werkzaamheden, € 54.891,- wegens gederfde winst en € 1.000,-

wegens immateriële schade, vermeerderd met wettelijke rente en kosten. Zij heeft daaraan ten grondslag gelegd dat zij de overeenkomst niet, althans niet onder dezelfde voorwaarden zou hebben gesloten als een juiste prognose was gemaakt zodat ze had geweten wat de werkelijke behoefte aan vraagafhankelijk vervoer was. Als gevolg van haar dwaling heeft zij een te lage prijs geoffreerd. De schade grondt zij op de ongedaanmakingsverplichting bij vernietiging wegens dwaling en het feit dat de door ZCN verrichte werkzaamheden niet ongedaan gemaakt kunnen worden. Omdat het onzorgvuldig handelen van de Gemeente ook een onrechtmatige daad is, is de Gemeente gederfde winst verschuldigd en een vergoeding voor immateriële schade, aldus ZCN.

2.2 De Gemeente heeft gemotiveerd verweer gevoerd en in reconventie een verklaring voor recht gevorderd dat de overeenkomst primair per 7 augustus 2007, subsidiair per 1 oktober 2007 is ontbonden en primair en subsidiair dat ZCN € 247.251,01 aan haar moet vergoeden, vermeerderd met rente en kosten. Zij legt hieraan ten grondslag een toerekenbare tekortkoming door niet nakoming van de stiptheidseis. Het bedrag betreft de boete van € 10.000,- en ongedaanmaking ad per saldo € 42.438,14 en voorts haar kosten in verband met de wanprestatie en ontbinding, zijnde: € 2.720,- voor advies en begeleiding, € 14.592,21 voor advocaatkosten voorafgaand aan deze procedure, € 7.520 voor interne kosten, € 8.700,- voor kosten begeleiding nieuwe aanbesteding en € 159.206,66 voor meerkosten van RMC (die een zonetarief van € 4,56 in plaats van € 2,89 hanteert) voor de periode 7 augustus 2007 t/m 31 mei 2009, of € 144.733,33 bij ontbinding per 1 oktober 2007.

2.3 De rechtbank heeft de vorderingen in conventie toegewezen, zij het met een lager schadebedrag, en de vorderingen in reconventie afgewezen. Zij overwoog daartoe onder meer dat sprake was van een dwaling aan de zijde van ZCN omdat de prognose een relevante onjuiste voorstelling van zaken betrof, en dat ZCN bij een juiste voorstelling van zaken niet € 2,89 per declarabele zone zou hebben geoffreerd. De dwaling kwam voor rekening van de Gemeente, omdat de prognose was gebaseerd op een financiële notitie die volgens de rechtbank van onjuiste uitgangspunten was uitgegaan en zodanig substantieel afweek van het werkelijk gebruik dat zij voor de inschrijvers op de aanbesteding iedere vorm van bruikbaarheid ontbeerde. Het gebrek aan ervaring van de Gemeente met het vervoer van de doelgroepen '65+' en 'overig' leidde naar het oordeel van de rechtbank niet tot een onderzoeksplicht voor ZCN. De rechtbank achtte een vergoeding waarbij wordt uitgegaan van een zoneprijs van € 3,50 redelijk, mede gelet op het niet voldoen aan het stiptheidsvereiste. Voor een vergoeding van winstderving en immateriële schade achtte de rechtbank onvoldoende gesteld. Omdat zij de vordering tot vernietiging van de overeenkomst toewijsbaar oordeelde, heeft de rechtbank de vorderingen van de Gemeente in reconventie afgewezen.

3. Met haar eerste grief heeft de Gemeente zich gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat de door ZCN gestelde dwaling niet (uitsluitend) een toekomstige verwachting betreft. De tweede grief betreft het oordeel van de rechtbank dat vaststaat dat de aan de prognose ten grondslag gelegde Financiële notitie onjuiste uitgangspunten kent. Met haar derde grief komt de Gemeente op tegen het oordeel dat ZCN, indien zij had geweten wat de werkelijke behoefte aan vraagafhankelijk vervoer was, niet € 2,89 per declarabele zone zou hebben geoffreerd. De vierde grief betreft de vraag naar de kern van het geschil. Met haar vijfde grief heeft de Gemeente betoogd dat ZCN, in het geval zij gedwaald heeft omtrent een niet uitsluitend toekomstige omstandigheid, een onderzoek had behoren in te stellen naar de verwachte omvang van het gebruik van het vervoer door de nieuwe doelgroepen. De zesde grief richt zich tegen het oordeel dat van een eigen-schuldverweer geen sprake is. De Gemeente wijst er op dat een eventuele dwaling voor rekening van ZCN behoort te blijven, nu zij de mate waarin het vervoer gebruikt werd voor een belangrijk deel zelf in de hand had door voor goede kwaliteit (met name stiptheid) te zorgen en de bekendheid van het vervoer te bevorderen (artikel 4.28 lid 2). Met haar zevende grief richt de Gemeente zich eveneens tegen het oordeel dat de vernietigingsvordering van ZCN voor toewijzing gereed ligt.

Met de achtste grief en de eerste incidentele grief bestrijden zowel de Gemeente als ZCN dat een zonetarief van € 3,50 als een redelijke vergoeding kan worden aangemerkt.

De negende grief van de Gemeente is gericht tegen de afwijzing van de vordering van de Gemeente in reconventie. De tiende en elfde grief van de Gemeente bouwen voort op de voorgaande grieven. Met de

tweede incidentele grief bestrijdt ZCN de afwijzing van de vergoeding van gedeerde winst.

4.1 Voor de beoordeling van de grieven van de Gemeente stelt het hof het volgende voorop.

4.2 In bijlage 4 bij het bestek is duidelijk aangegeven dat de cijfers een 'indicatie van prognose' zijn waaraan geen rechten kunnen worden ontleend. Een prognose is een voorspelling over de toekomst, waarvan het altijd onzeker is of deze zal uitkomen. Wanneer een prognose in een aanbestedingsstuk niet uitkomt, zal de in zijn toekomstverwachting teleurgestelde inschrijver zijn teleurstelling in beginsel als deel van zijn ondernemersrisico zelf moeten dragen. Dit laatste kan echter anders worden wanneer de prognose ondeugdelijk is. Dan heeft de aanbestedende dienst immers door een ondeugdelijke prognose te geven, een onjuiste inlichting gegeven in de zin van artikel 6:228, eerste lid, sub a BW. Hierop heeft ZCN haar vordering gegrond.

4.3 Een prognose kan ondeugdelijk zijn wanneer de werkelijkheid in hoge mate afwijkt van hetgeen geprognosticeerd is. Een grote afwijking hoeft echter niet altijd op een ondeugdelijke prognose te wijzen. In het onderhavige geval zou de (grote) afwijking ook kunnen zijn veroorzaakt door andere omstandigheden, die zich later bij de uitvoering van de overeenkomst voordeden en aan de verwezenlijking van de prognose in de weg kwamen te staan.

4.4 De Gemeente heeft aangevoerd dat dit laatste het geval is. Zij stelt dat ZCN bij de uitvoering van het contract in de maanden oktober t/m december 2005 ruim meer dan 20% van de ritten meer dan 45 minuten te laat uitvoerde en dat in de maanden daarna t/m oktober 2006 het stiptheidspercentage soms net iets boven de 70%, maar vaak onder de 70% lag. ZCN heeft niet betwist dat zij aldus van het begin af aan niet aan de stiptheidseis (hiervoor ook genoemd onder 1.4) heeft voldaan. Dit staat daarom voor het hof vast.

4.5 ZCN heeft bij gebrek aan wetenschap betwist dat er een verband bestaat tussen de vraag naar vervoer en de kwaliteit (inclusief stiptheid) van het geboden vervoer. Deze betwisting acht het hof onvoldoende. Indien alternatieve mogelijkheden van vervoer voorhanden zijn, zoals in de gemeente (hetgeen ZCN zelf ook heeft aangegeven), moet worden aangenomen dat een deel van de doelgroep geen gebruik zal willen maken van vervoer van een mindere kwaliteit, bijvoorbeeld omdat men daarop te lang moet wachten en erdoor te laat op afspraken en evenementen aankomt. Dit geldt te meer nu de doelgroepen "65-plussers" en "overigen" nieuwe doelgroepen waren die nog 'overgehaald' moesten worden om van het vervoer van ZCN gebruikt te gaan maken.

4.6 Het voorgaande betekent naar het oordeel van het hof dat de mogelijkheid bestaat dat de vraag naar het vervoer van ZCN sterk achterbleef op de prognose omdat de doelgroepen wegens de onstiptheid bij de uitvoering door ZCN geen gebruik van het vervoer wilden maken. Het enkele feit dat er een afwijking was van circa 30% tussen de prognose in het bestek en de werkelijke situatie, brengt daarom niet op zichzelf al met zich dat vaststaat dat een ondeugdelijke prognose is gegeven. ZCN zal dus, naast het ruim niet zijn uitgekomen van de prognose, feiten en/of omstandigheden moeten stellen waaruit de ondeugdelijkheid van de prognose blijkt.

5.1 Als zo'n feit/omstandigheid heeft ZCN aangevoerd dat bij het maken van de prognose is uitgegaan van prijsinelasticiteit – namelijk de waarden -0,1 (voor Wvg-ers), -0,2 (voor 65+ ers) en -0,3 (voor 'overig') – terwijl de prijs in werkelijkheid sterk elastisch is, te weten volgens ZCN: 3,3 voor 65+ ers en -2,87 voor 'overig'. Dienaangaande overweegt het hof het volgende.

5.2 De onderbouwing van de door ZCN gestelde prijselasticiteitscijfers -3,3 en -2,87, staat in haar presentatie van 9 juli 2007. Hieruit blijkt dat ZCN de elasticiteitsberekening heeft gemaakt met de in de Financiële notitie (van Forseti/Mobycon) genoemde prognose voor het aantal zones enerzijds (bij 'overig': 22.396) en de bij een prijsverhoging van 33% werkelijk gereden zones anderzijds (bij 'overig': 200). De prijselasticiteit kan echter niet door een enkele vergelijking van de prognose en de werkelijk gereden

zones en prijzen berekend worden. Hoeveel zones werkelijk zijn gereden, is, zo is hiervoor onder 4.3 - 4.5 reeds overwogen, niet alleen afhankelijk van de prijs, maar ook van andere factoren zoals de kwaliteit van het vervoer. Bovendien kunnen naast stiptheid ook andere factoren (bijvoorbeeld bekendheid met het vervoer door promotieactiviteiten) een rol spelen. De stiptheid en andere factoren heeft ZCN ten onrechte niet in haar vergelijking tussen de prognose en de werkelijk gereden zones betrokken.

Voor het vaststellen door het hof van de door ZCN gestelde prijselasticiteit van -3,3 en -2,87 ontbreekt daarom een deugdelijke onderbouwing, zodat het hof deze door ZCN aangevoerde omstandigheid verwerpt.

5.3 De Gemeente heeft bovendien aangevoerd dat de bij haar prognose gehanteerde prijselasticiteiten gebruikelijk zijn in het vervoer. Zij heeft daartoe verwezen naar een rapport "Effecten prijsverhoging openbaar vervoer" van MuConsult B.V. (d.d. 1 mei 2003) waarin voor het streekvervoer wordt uitgegaan van een basiselasticiteit van -0,35. In de prognose is een iets lagere elasticiteit gehanteerd; voor de doelgroepen 65+ en Wvg omdat deze reizigers minder reisalternatieven hebben dan de gemiddelde reiziger.

ZCN heeft hiertegen slechts aangevoerd dat de elasticiteitscijfers van MuConsult B.V. zijn gebaseerd op streekvervoer, niet stadsvervoer (vervoer binnen de agglomeratie) zoals hier volgens ZCN aan de orde zou moeten zijn. Het hof overweegt dat het enkele feit dat de gemeente Albrandswaard tot een stadsagglomeratie behoort, niet met zich brengt dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend adviseur voor Albrandswaard van stadsvervoer had moeten uitgaan om een deugdelijke prognose te doen. Voor een gemeente als Albrandswaard valt niet zonder meer in te zien dat het onredelijk is om aan te sluiten bij cijfers voor streekvervoer. Daar komt bij dat het verschil in de prijselasticiteit voor het stadsvervoer (0,45) en voor het streekvervoer (-0,35) gering is, terwijl de cijfers voor Wvg-ers en 65+ ers ook nog zijn bijgesteld omdat 65+-ers minder reisalternatieven hebben.

5.4 Gelet op een en ander kan niet worden geoordeeld dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam adviseur/aanbestedende dienst van een andere prijselasticiteitswaarde had moeten uitgaan dan voor de prognose is gebruikt.

6.1 Als feit/omstandigheid op grond waarvan het hof zou moeten oordelen dat de Gemeente een ondeugdelijke prognose heeft gegeven, heeft ZCN voorts aangevoerd dat in de prognose ten onrechte het aantal verwachte ritzones van de groep 65+ is gebaseerd op een reizigers bijdrage van € 0,80, terwijl de Gemeente uiteindelijk heeft gekozen voor de hogere vaste bijdrage van € 1,00 (in de Financiële notitie: variant II).

6.2 Ook dit betekent niet dat de prognose ondeugdelijk was. Onder de prognosecijfers is immers uitdrukkelijk aangegeven dat het daadwerkelijke gebruik (dus de geprognoseerde cijfers) zal afhangen van de te hanteren reizigerstarieven die pas na de gunning door de Gemeente worden vastgesteld. Daaruit is voor de inschrijvers duidelijk dat de gebruikscijfers voor 65+ en 'overig' anders kunnen gaan uitpakken voor zover het gebruik afhankelijk is van de nog vast te stellen tarieven. Dat de Gemeente door een tarief van € 1,00 vast te stellen dusdanig onredelijk handelde dat inschrijvers met een dergelijk tarief geen rekening hoefden te houden, is niet gesteld of gebleken. Een tarief van € 1,00 is niet ongebruikelijk.

Anders dan ZCN aanvoert was de Gemeente niet verplicht de prijzen later buiten de voorwaarden van het bestek en de overeenkomst om, te wijzigen.

7. Ten slotte heeft ZCN gesteld dat voor het maken van de prognose ten onrechte (alleen) gegevens van het gebruik van het vervoer van Middelharnis zijn meegenomen. De Gemeente heeft vervolgens bij memorie van grieven, gemotiveerd en met verwijzing naar de Financiële notitie en het memo van 24 juli 2007, aangevoerd dat de prognose is gebaseerd op gebruik van vergelijkbare vervoerssystemen in Apeldoorn, IJsselstreek, Achterhoek, ZO Drenthe en Noord-Groningen, waarvan goed uitgewerkte

gegevens beschikbaar waren en waarbij de voor het vervoer bepalende variabelen (zoals mate van stedelijkheid, nabijheid van bebouwing, vergrijzing, ontsluiting van openbaar vervoer) in acht zijn genomen. De gegevens van Middelharnis zijn eveneens meegenomen. ZCN heeft dit (daarna) niet meer bestreden. Het hof gaat er daarom van uit dat de stelling dat de prognose alleen op gegevens van Middelharnis was gebaseerd, onjuist is.

8.1 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat ZCN geen feiten of omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan het hof kan vaststellen dat de Gemeente een ondeugdelijke prognose in het bestek heeft gegeven.

8.2 Dit betekent dat de tweede grief van de Gemeente doel treft. ZCN kan zich niet beroepen op (dwaling wegens) een onjuiste prognose in het bestek. Voor zover het gebruik van het vervoer in werkelijkheid anders is geweest dan geprognosticeerd, was dit gelet op enerzijds de door de Gemeente op zichzelf juist gehanteerde uitgangspunten bij de prognose en anderzijds de op ZCN rustende kwaliteitseisen en verantwoordelijkheid voor de marktcommunicatie, voor rekening en risico van ZCN. Het vonnis van de rechtbank zal worden vernietigd. De grieven een en drie tot en met zeven van de Gemeente behoeven geen behandeling.

8.3 Bij dit oordeel gaat het hof voorbij aan de door ZCN in eerste aanleg gedane bewijsaanbiedingen. Het aanbod om te bewijzen dat de door ZCN gemaakte berekening van de benodigde bedrijfsmiddelen realistisch was, passeert het hof, omdat deze berekening op zichzelf niet is betwist. Dat ZCN bij haar berekening geen rekening heeft gehouden met omstandigheden (zoals onstiptheid) waardoor de werkelijkheid in ruimere mate dan 10% van de prognose kon gaan afwijken, komt voor haar eigen risico. Het bewijsaanbod van haar stelling dat de RMC een vergelijkbaar stiptheidspercentage heeft gerealiseerd als ZCN is niet ter zake dienend, omdat voor de vraag of ZCN op grond van onjuiste mededelingen dwaalde bij de totstandkoming van de overeenkomst, niet bepalend is wat de RMC (later) ter nakoming van een andere overeenkomst heeft gedaan.

ZCN heeft voorts aangeboden te bewijzen dat zij er bij de Gemeente op heeft aangedrongen dat zij passende maatregelen zou treffen teneinde de vraag naar het vervoer te stimuleren, te weten: verlagen van de tarieven. Dit bewijs kan ZCN evenmin baten, reeds omdat de Gemeente daartoe vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt in elk geval tot 1 januari 2007 niet bevoegd was gezien artikel 4.30 van het Bestek.

9. Omdat ZCN de overeenkomst aldus niet kon vernietigen wegens dwaling, komt de vraag aan de orde of de Gemeente de overeenkomst per 7 augustus 2007 (of 1 oktober 2007) kon ontbinden en ZCN contractuele boete verschuldigd is (de vordering in reconventie, tevens grief 9).

10.1 Tussen partijen staat vast dat ZCN niet aan de stiptheidseis van 95% voldeed. Zij haalde een stiptheidspercentage van circa 70%. De Gemeente heeft ZCN hierop meermalen gewezen. Door niet aan de stiptheidseis te voldoen is ZCN tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst.

10.2 Deze tekortkoming is ZCN toerekenbaar. ZCN heeft weliswaar aangevoerd dat zij vanaf 1 oktober 2005 voldoende materiaal en personeel beschikbaar had gesteld om aan de geprognosticeerde vervoersvraag te voldoen, doch desondanks niet aan de stiptheidseis kon voldoen omdat er te weinig vraag was, maar dit baat ZCN niet. Immers, zonder toelichting, die niet is gegeven, valt niet in te zien waarom het niet mogelijk was om een kleiner aantal mensen op tijd te vervoeren wanneer ZCN de materialen en personeel voor het op tijd vervoeren van een groter aantal mensen beschikbaar hield. Ook het feit dat ZCN vanaf november 2006 heeft besloten om een deel van het beschikbare personeel en materieel voortaan op andere projecten in te zetten, omdat zij het beschikbaar houden hiervan niet langer economisch verantwoord achtte, komt voor haar eigen rekening en risico. ZCN kan niet achteraf aan de Gemeente verwijten dat zij met haar bieding onvoldoende opbrengsten haalde om alle verplichtingen uit het contract op rendabele wijze na te komen.

11. Bij brief van 25 september 2007 heeft de Gemeente ZCN in gebreke gesteld. Daarna heeft ZCN de tekortkoming niet binnen 60 dagen opgelost, zodat zij in verzuim raakte. Ingevolge artikel 18 lid 1 van de overeenkomst (artikel 4.26 in het programma van eisen, zie hiervoor onder 1.4) mocht de Gemeente een boete van € 10.000,- opleggen en de betaling van een maandfactuur opschorten. De boete is vervolgens bij brief van 19 december 2006 opgelegd, te betalen binnen 30 dagen. De vordering tot betaling van de boete is daarom toewijsbaar, vermeerderd met wettelijke rente.

12.1 Omdat ZCN in verzuim was en ook na ommekomst van de 60-dagentermijn onder het overeengekomen stiptheidspercentage bleef rijden, mocht de Gemeente de overeenkomst ontbinden, zoals zij bij brief van 23 april 2007 heeft gedaan. De Gemeente heeft aangevoerd dat de verbintenis tot ongedaanmaking, die voortvloeit uit deze ontbinding, leidt tot een terugbetaling per saldo van € 42.438,14 door ZCN aan de Gemeente, voor ongedaanmaking van de overeenkomst voor de periode oktober 2005 tot augustus 2007, omdat de kwaliteit van het vervoer nimmer behoorlijk is geweest.

12.2 Dit deel van de vordering komt niet voor toewijzing in aanmerking. Bij brief van 23 april 2007 heeft de Gemeente de overeenkomst ontbonden uitdrukkelijk per 1 oktober 2007 en tevens geschreven dat van belang is dat het vervoer tot 1 oktober 2007 door ZCN naar behoren wordt voortgezet. De overeenkomst is dus in stand gebleven tot 1 oktober 2007. Later is de ontbindingsdatum 'naar voren gehaald' per 7 augustus 2007. Een (algehele) ontbinding van de overeenkomst per ingangsdatum heeft niet plaatsgevonden. Er is daarom geen grond voor ongedaanmaking voor de periode tot 7 augustus 2007 (de datum waarop de overeenkomst uiteindelijk is ontbonden).

13.1 De Gemeente heeft voorts € 2.720 gevorderd vanwege juridisch advies voor de ontbinding van de overeenkomst en € 14.592,21 voor advocaatkosten voorafgaand aan deze procedure en € 7.520,- voor interne kosten. ZCN heeft de kosten betwist en daartoe aangevoerd dat nu uit de overgelegde declaraties niet blijkt welke werkzaamheden, door wie en wanneer zijn verricht, zij als onvoldoende gespecificeerd moeten worden afgewezen. Hierna heeft de Gemeente niet een (nadere) specificatie van deze kosten gegeven.

13.2 Voornoemde door de Gemeente gevorderde kosten, zijn kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid en kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte. Het hof overweegt enerzijds dat uit de stukken voldoende blijkt dat de Gemeente dergelijke kosten in redelijkheid heeft moeten maken voor overleg en (juridisch) advies alvorens tot ontbinding van de overeenkomst te kunnen overgaan en gerechtelijk te procederen, en anderzijds dat de hoogte van deze kosten is betwist en niet nader onderbouwd, terwijl bovendien aangenomen kan worden dat een deel van de kosten tevens kon dienen ter voorbereiding van gedingstukken en instructie van de onderhavige zaak (waarvoor de proceskostenveroordeling een vergoeding insluit, artikel 241 Rv). Daarom zal het hof de redelijke kosten begroten op het bedrag dat in het algemeen als redelijk kan worden aangemerkt, te weten twee punten van het liquidatietarief conform rapport Voorwerk II, zijnde € 1.788,-. Voor het overige wijst het hof voornoemde kostenposten af omdat zij, gelet op de betwisting ervan door ZCN, onvoldoende zijn onderbouwd.

14.1 De Gemeente heeft € 8.700,- (hulp en begeleiding van Forseti) en € 2.074,- (nieuwe folders) gevorderd als kosten in verband met de nieuwe aanbesteding. ZCN heeft niet betwist dat de Gemeente voor de periode augustus 2007 tot 1 oktober 2008 een onderhandse aanbestedingsprocedure moest organiseren en nieuwe folders moest uitgeven. Zij heeft wel bij gebrek aan wetenschap de juistheid van deze kosten betwist.

14.2 Nu de kosten niet nader zijn onderbouwd, doch wel voldoende vaststaat dat er kosten voor een onderhandse aanbestedingsprocedure zijn gemaakt als gevolg van het feit dat ZCN het contract niet tot 1 oktober 2008 voortzette, begroot het hof de kosten zelf, ex aequo et bono op € 5.000,-. Daarbij weegt het hof mee enerzijds dat de Gemeente facturen voor het geven van advies en het maken van een folder heeft overgelegd, anderzijds dat de Gemeente ook bij een correcte nakoming in elk geval voor de periode vanaf 1 oktober 2008 vanwege de beëindiging van het lopende contract een nieuwe aanbestedingsprocedure had

moeten doorlopen en de hulp en begeleiding van Forseti mede daarvoor kon worden benut.

15.1 De Gemeente heeft ten slotte als schade gevorderd de meerkosten die zij heeft moeten betalen doordat het contract met ZCN per begin augustus 2007 werd geëindigd en zij een nieuw, duurder, contract moest afsluiten. De Gemeente heeft daartoe gesteld dat de vervoerder die vanaf augustus 2007 het vervoer is gaan verzorgen (RMC) een tarief van € 4,56 per gereden zone heeft, terwijl bij nakoming door ZCN een tarief van € 2,89 zou hebben gegolden. Met 52.000 zones per jaar (het aantal zones waarmee de Gemeente rekent) kost deze vermeerdering van € 1,67 per zone de Gemeente € 86.840,- per jaar extra, aldus de Gemeente. De Gemeente heeft de meerkosten daarom begroot op € 159.206,66 voor de periode van begin augustus 2007 tot 31 mei 2009 (22 maanden), danwel € 144.733,33 voor de periode van 1 oktober 2007 tot 31 mei 2009 (20 maanden) (telkens € 7.346,67 per maand).

15.2 Het hof stelt dienaangaande voorop dat nu in dit geding tussen partijen is komen vast te staan dat de overeenkomst met ZCN tot 1 oktober 2008 zou hebben voortgeduurd indien deze niet was ontbonden (zie hiervoor 1.22), de meerkosten slechts betrekking kunnen hebben op de periode vanaf augustus 2007 t/m september 2008, zijnde 14 maanden. Dit is de periode waarin de Gemeente op grond van het met ZCN gesloten contract slechts € 2,89 per zone had hoeven te betalen indien het contract niet voortijdig was ontbonden.

15.3 ZCN heeft de meerkosten en de wijze van berekening daarvan niet betwist, maar wel betwist dat de met RMC overeengekomen zoneprijs € 4,56 bedroeg. ZCN heeft aangevoerd dat zij een zonetarief van € 4,08 zou hebben aangeboden indien zij door de Gemeente in de onderhandse aanbesteding zou zijn betrokken – voor welk zonebedrag zij dan, zo blijkt ook uit de stukken genoemd in overweging 1.14 en 1.15, de overeenkomst rendabel had kunnen nakomen, inclusief stiptheid.

De Gemeente heeft deze betwisting niet weersproken. Daarom gaat het hof er van uit dat de Gemeente ter vervanging van de ontbonden overeenkomst een contract had kunnen afsluiten met een zonetarief van € 4,08. De noodzakelijk te maken meerkosten zijn daarom niet € 1,67 per zone, maar € 1,19 per zone (het verschil tussen de met ZCN overeengekomen € 2,89 en de te betalen prijs van € 4,08). Met 52.000 zones per jaar kost deze vermeerdering € 61.880 per jaar, zijnde € 5.15,67 per maand, zijnde € 72.193,33 voor de 14 maanden waarin ZCN het contract had behoren na te komen.

16. Het voorgaande betekent dat de grieven grotendeels slagen, dat het vonnis moet worden vernietigd, dat de vorderingen van ZCN moeten worden afgewezen en de vorderingen van de Gemeente (gedeeltelijk) moeten worden toegewezen, met schadevergoeding tot het bedrag van € 10.000,- + € 1.788,- + € 5.000,- + € 72.193,33 = € 88.981,33. Tegen de gevorderde wettelijke rente is geen verweer gevoerd en deze is toewijsbaar. Inzake hetgeen de Gemeente ingevolge het bestreden vonnis aan ZCN heeft betaald, bestaat voor ZCN op de voet van artikel 6:203 BW een terugbetalingsverplichting.

17. Bij die uitkomst past een veroordeling van ZCN in de proceskosten, zowel van de eerste aanleg als van het hoger beroep.

Beslissing

Het hof:

in het principaal appel:

- vernietigt het tussen partijen gewezen vonnis van de rechtbank Rotterdam van 8 oktober 2008,

en opnieuw rechtdoende:

- verklaart voor recht dat het contract CVV Albrandswaard tussen de Gemeente en ZCN per 7 augustus 2007 is ontbonden;
- veroordeelt ZCN om aan de Gemeente tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen de somma van € 88.981,33, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 9 april 2008;
- veroordeelt ZCN in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van de Gemeente tot op 8 oktober 2008 begroot op € 4.735,- aan verschotten en € 6.000,- aan salaris advocaat;
- veroordeelt ZCN in de kosten van het geding in principaal hoger beroep, aan de zijde van de Gemeente tot op heden begroot op € 6.066,44 aan verschotten en € 3.263,- aan salaris advocaat;

in het incidenteel appel:

- verwerpt het incidenteel appel;
- veroordeelt ZCN in de kosten van dit incidenteel hoger beroep, aan de zijde van de Gemeente tot op heden begroot op nihil aan verschotten en € 1.631,- aan salaris advocaat;

in het principaal en het incidenteel appel voorts:

- veroordeelt ZCN tot terugbetaling aan de Gemeente van hetgeen de Gemeente ingevolge het thans vernietigde vonnis aan ZCN heeft betaald;
- verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. G. Dulek-Schermers, A.E.A.M. van Waesberghe en M.A.B. Chao-Duivis en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 20 september 2011 in aanwezigheid van de griffier.