geven aan de zestienkoppige organisatie.

Thijs Doorenbosch/t.doorenbosch@sdu.nl

Aanbesteden en (eerst) praten met marktpartijen

Over de risico's van 'besmetting' voor zowel aanbestedende dienst als inschrijver

Contacten tussen aanbestedende dienst met marktpartijen brengt voor beide partijen risico's met zich mee. Belangrijkste risico is dat de aanbesteding zodanig besmet kan raken, dat de gunning in rechte kan worden aangevochten – met alle gevolgen van dien. De praktijk leert bovendien dat het niet altijd eenvoudig is om aannemelijk te maken dat het tevoren consulteren van een marktpartij niet heeft geleid tot een ongelijk speelveld voor andere inschrijvers.

De lagere rechtspraak hierover is sterk casuïstisch. De Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Leeuwarden oordeelden kort na elkaar geheel anders in vrijwel identieke gevallen. In beide gevallen was sprake van een inschrijver die zowel het bestek als de raming van de opdrachtwaarde had opgesteld, terwijl dat laatste niet ter kennis van de overige deelnemers was gebracht.

De Rechtbank Leeuwarden oordeelt dat het enkele feit dat een deelnemer het bestek heeft opgemaakt, en daarmee de inhoud van het bestek kende, niet leidt tot een relevante voorsprong. Ratio: ook de andere deelnemers kenden het bestek. Dat de maker van het bestek de inhoud eerder kende dan de andere deelnemers, betekende volgens de rechtbank niet dat sprake was van een relevante voorsprong. En dus hoefde de deelnemer niet van de aanbesteding uitgesloten te worden, volgens de Rechtbank Leeuwarden.

Voor de Rechtbank Amsterdam is de betrokkenheid bij het opstellen van het bestek en de kostenraming wél aanleiding om te concluderen dat sprake was van een ontoelaatbare concurrentievoorsprong. Het feit dat het bestek aan alle inschrijvers ter beschikking stond, was niet voldoende om de voorkennis van de deelnemer te neutraliseren, omdat deze veel beter en langer dan de andere deelnemers op de hoogte was van de wensen van de aanbesteder.

Uit deze uitspraken blijkt ook dat het niet altijd voldoende is om alle informatie die in het kader van een marktconsultatie uitgewisseld wordt, met de andere marktpartijen te delen. Dat een deelnemer éérder op de hoogte was, kan kennelijk al leiden tot een ontoelaatbare concurrentievoorsprong en dus uitsluiting van de aanbesteding.

Daarnaast is het lang niet altijd mogelijk om alle informatie voor de overige marktpartijen toegankelijk te maken. En hoe monitor je dat?

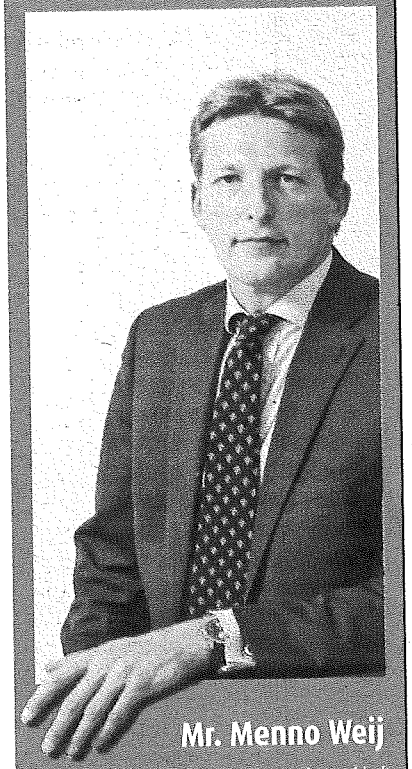
Het is voor de aanbestedende dienst niet altijd even eenvoudig om te beoordelen welke informatie zou kunnen leiden tot een ontoelaatbare concurrentievoorsprong, en aldus gedeeld dient te worden met alle marktpartijen. Ook is het voor de overige deelnemers lastig om te kunnen beoordelen of ze alle relevante uitgewisselde informatie hebben gekregen. Enige achterdocht is bepaald niet uit te sluiten wanneer gegund wordt aan een partij die in het voortraject van de aanbesteding geraadpleegd is.

Er bestaat momenteel grote bereidheid tot procederen. Een partij die als tweede eindigt bij een aanbesteding maar weet dat er in het voortraject van de aanbesteding contact is geweest tussen de aanbestedende dienst en de partij waaraan gegund is, zal zich al snel wenden tot de rechter. Zeker gezien de waarde van de opdrachten en het huidige economische klimaat, is de drempel voor de inschrijvers op de aanbesteding om naar de rechter te stappen kennelijk laag.

De aanbestedende dienst die in het voortraject praat met marktpartijen loopt dus altijd risico, evenals de marktpartij(en) zelf. Om dit risico te minimaliseren, kan de dienst gebruikmaken van een adviesbureau als tussenpersoon. Indien geen optie, is het verstandig dat de aanbestedende dienst zich terughoudend en passief opstelt tijdens gesprekken met marktpartijen in het voortraject van de aanbesteding. Een ontoelaatbare concurrentievoorsprong zal immers in de regel veroorzaakt worden door informatie die de aanbestedende dienst zelf verstrekt. Het is dus minder problematisch wanneer het de marktpartij is die informatie geeft.

Weij is partner bij SOLV Advocaten, gespecialiseerd in technologie, media en communicatie. Voor abonnees van Automatisering Gids heeft SOLV gunstige tarieven.

CONFLICT



Mr. Menno Weij

Hebt u een conflict of vraag op het gebied van IT-recht, leg die dan voor aan onze juristen: conflict@sdu.nl