

Concurrenten controleren of aanbesteding wel precies wordt gevolgd

DE GEGUNDE OVEREENKOMST ONDER VUUR

IT-AANBESTEDINGEN ZIJN VAAK EEN NEK-AAN-NEKRACE. VAAK KOMT HET AAN OP KLEINE DETAILS DIE DE DOORSLAG GEVEN EN ÉÉN INSCHRIJVER ALS WINNAAR UIT DE BUS LATEN KOMEN. DAT IS VOOR DE ANDERE INSCHRIJVERS SOMS EEN BITTERE PIL OM TE SLIKKEN. ZEKER ALS HET VERMOEDEN BESTAAT DAT DE WINNENDE INSCHRIJVER MEER HEEFT AANGEBODEN DAN HIJ KAN WAARMAKEN. GELUKKIG BIEDT DE WET, OOK NA DEFINITIEVE GUNNING VAN DE OVEREENKOMST, MOGELIJKHEDEN OM DE OVEREENKOMST AAN TE TASTEN. DIE MOGELIJKHEDEN ZIJN VOLGENS ALWIN FARAHANI EN MENNO DE WIJS VOLOP IN ONTWIKKELING.

door Alwin Farahani en Menno de Wijs beeld Shutterstock

NET ALS IN DE IT STAAN OOK DE ONTWIKKELINGEN IN HET RECHT NIET STIL. Wij zien een trend waarbij marktpartijen na gunning steeds vaker blijven monitoren of de aanbestedende dienst zich aan de spelregels blijft houden. Denk bijvoorbeeld aan het bestellen van andere hardware dan opgenomen in de gegunde overeenkomst, het plaatsen van meer bestellingen dan in de aanbestedingsprocedure was voorgehouden, en het niet overschrijden van de looptijd van de gegunde overeenkomst.

Maar welke mogelijkheden zijn er dan nog? En wellicht interessanter: wat is daarvan in de praktijk te zien?

ROMMELEN BIJ DE CONCURRENT

Sinds 2010 is het op grond van de Aanbestedingswet (en diens voorganger) mogelijk om een overeenkomst te vernietigen die tussen een winnende inschrijver en de aanbestedende dienst tot stand is gekomen. Een concurrent kan dus een overeenkomst van tafel vegen.

REACTIES EN BIJDRAGEN

Voor reacties en nieuwe bijdragen van IT-experts:
Tanja de Vrede
020-2356415
t.d.vrede@agconnect.nl



**HET
AANBESTEDINGS-
RECHT GAAT DEELS
OP DE SCHOP**

Daarmee kan feitelijk een nieuwe aanbesteding worden afgedwongen. Ondanks dat dit commercieel interessant kan zijn, waren marktpartijen na de introductie van deze nieuwe wettelijke mogelijkheden zeer terughoudend om dit middel in te zetten. Onbekend maakt onbemind.

Inmiddels is dat anders. In de zoektocht naar nieuwe business kijken marktpartijen (steeds) kritisch(er) naar de opdrachten die hun concurrenten uitvoeren.

Vanzelfsprekend heeft iedere aanbestedende dienst de verplichting om erop toe te zien dat bij de uitvoering wordt voldaan aan de eisen en voorwaarden uit de aanbestedingsprocedure, maar de praktijk leert dat dit niet altijd lukt. Eind 2016 deed de Hoge Raad een uitspraak over de aantastbaarheid van aanbestede overeenkomsten. Sindsdien neemt de aandacht voor dit onderwerp toe. Het ging toen overigens om de aanbesteding van – hoe kan het ook anders – multifunctionals, waarbij Xifax het niet eens was met het feit dat Xerox de aanbesteding won.

**INGRIJPEN
DOOR
DE RECHTER**

De laatste jaren gebeurt het steeds vaker dat marktpartijen een overeenkomst van de concurrent proberen aan te tasten. In welke gevallen is dat nuttig en wat is daarbij relevant om tot succes te komen?

Allereerst is van belang om niet te lang stil te zitten. Een procedure moet binnen zes maanden worden gestart, en in sommige gevallen zelfs binnen 30 dagen. Die termijn begint te lopen op het

AUTEUR



MENNO DE WIJS is advocaat aanbestedingsrecht bij De CLERCQ Advocaten Notariaat. Dagelijks adviseert en procedeert hij op het gebied van IT-aanbestedingsrecht en ondernemingsrecht.

moment dat het aanbestedingsrecht wordt geschonden; iets wat misging toen Centric de uitvoering probeerde te verhinderen van een overeenkomst tot levering van software tussen de gemeente Enschede en Atos. Centric had meer dan zes maanden stilgezeten en de rechtbank wees de vorderingen af. Termijnschendingen komen (helaas) vaker voor. Bijvoorbeeld bij een aanbesteding van ANPR-systemen (automatic number plate recognition) door de Politie, waarbij de klagende partij haar vordering een halfjaar te laat had ingesteld. Zonde. Een gegunde overeenkomst kan worden vernietigd als (1) de opdracht is gegund zonder dat de verplichte voorafgaande aankondiging heeft plaatsgevonden, (2) de standstilltermijn van twintig dagen niet in acht is genomen, (3) als onder een raamovereenkomst nadere overeenkomsten zijn gegund zonder minicompetitie én geen standstilltermijn in acht is genomen, (4) er sprake is van een wilsgebrek zoals dwaling of bedrog, of (5) als de gegunde overeenkomst in strijd is met de wet of openbare orde. De eerste twee gronden zijn het populairst.

ZONDER AANBESTEDING GEGUND

Een van de gevallen waarin dus vernietiging mogelijk is, is als een opdracht zonder aanbesteding wordt gegund. Daar is ook sprake van als een opdracht 'wezenlijk' wordt gewijzigd. Zo ontdekte een verliezende inschrijver dat een aantal gemeenten een overeenkomst met een looptijd van maximaal zes jaar was aangegaan, terwijl de aanbestedingsstukken uitgingen van maximaal vier jaar. Een dergelijke wijziging zou tot een nieuwe aanbesteding moeten leiden en dat was niet gebeurd: de wijziging was zonder aanbesteding doorgevoerd. Dat is niet toegestaan, aldus de rechter. De overeenkomst kan op deze grond worden vernietigd. Het liep in deze zaak overigens met een sisser af. De gemeenten wijzigden – met instemming van de winnende inschrijver – de looptijd van de

gegunde overeenkomst naar de oorspronkelijke vier jaar.

NIEUWE KANSEN: DE RAAMOVEREENKOMST

Eind 2018 creëerde het Europees Hof een baanbrekende opening om in te grijpen bij gegunde raamovereenkomsten. Hij wees erop dat iedere raamovereenkomst de maximale hoeveelheid én het maximale bedrag moet bevatten dat onder die raamovereenkomst mag worden afgenomen. Dat hoeft niet tot in detail: om marktwerking op het prijsaspect te behouden, kan bijvoorbeeld worden volstaan met het opnemen van een maximumhoeveelheid en een staffel voor de prijs, zo oordeelde een voorzieningenrechter bij de aanbesteding van software (reizigersinformatiesysteem). Wordt het maximum bereikt, dan is de gegunde overeenkomst uitgewerkt. Er mag dan niet meer worden besteld. Dat geldt ook voor raamovereenkomsten die zonder goede grondslag een langere looptijd kennen dan vier jaar. De wettelijke maximale looptijd voor een raamovereenkomst is namelijk vier jaar, tenzij de aanbestedende dienst op goede gronden kan motiveren dat een langere looptijd noodzakelijk is.

INGRIJPEN

Vergeeten partijen het opgenomen maximum? Dan kan eenvoudig worden afgedwongen dat geen uitvoering meer wordt gegeven aan de uitgewerkte raamovereenkomst. En wat te denken van die te langlopende raamovereenkomst die de concurrent jaren geleden gegund heeft gekregen? Het kan lonen om de aanbestedende dienst te vragen om alsnog te motiveren waarom die lange looptijd noodzakelijk was. Als die motivatie rammelt of zelfs uitblijft, geldt dat de overeenkomst na vier jaar is vervallen. Alle nadien geplaatste opdrachten zijn, in strijd met de wet, zonder aanbesteding gegund. Afgedwongen kan worden dat geen nieuwe opdrachten meer worden geplaatst. Het is goed denkbaar dat het zelfs mogelijk is om

Het loont om te monitoren of raamovereenkomst over houdbaarheidsdatum heen is

aan de concurrent gegunde opdrachten te vernietigen, waardoor reeds uitgevoerde leveringen ongedaan moeten worden gemaakt. Geen fijn nieuws voor de aanbestedende dienst. Het is een kwestie van tijd voordat een marktpartij haar concurrent op die manier met succes in diens bedrijfsvoering zal raken.

DE PRAKTIJK

Aanbestedende diensten zijn zich steeds meer bewust van dit risico. In de praktijk zien wij steeds vaker dat aanbestedende diensten zich – proactief, of na kritische vragen van marktpartijen – naar de huidige contractpartij toe actief op het standpunt stellen dat een gegunde raamovereenkomst is ‘uitgewerkt’, ondanks dat de looptijd nog niet is verstreken. Een nieuwe aanbesteding is het gevolg.

Hoe ingrijpend ook, aanbestedende diensten lijken niet bereid te zijn vast te houden aan een ‘uitgewerkte’ raamovereenkomst: er is hierover geen enkele keer geprocedeerd. Het loont voor marktpartijen dus om scherp te monitoren of een raamovereenkomst die de concurrent uitvoert over de houdbaarheidsdatum heen is en hierover vragen te stellen.

TREND 2021

Wij verwachten dat het komende jaar meer aandacht zal ontstaan voor de mogelijkheden om in te grijpen in reeds gegunde overeenkomsten. Marktpartijen worden daarbij gesteund door de wetgever. Dat blijkt onder meer uit een recente Kamerbrief van demissionair staatssecretaris van Economische Zaken en Klimaat Mona Keijzer. Het aanbestedingsrecht gaat deels op de schop. Veruit de interessantste wijziging is de introductie van een gloednieuwe vernietigingsgrond: vernietiging bij grove schending van het aanbestedingsrecht. Deze toevoeging geeft marktpartijen en rechters een zeer brede kapstok om de gewenste vernietiging aan op te hangen en creëert een ‘vangnetbepaling’. Begin maart 2021 oordeelde de rechtbank Den Haag dat de vraag of een aanbestedende dienst met zijn handelwijze aanbestedingsrechtelijke beginselen heeft geschonden in het midden kan blijven, nu dat niet tot vernietiging van de overeenkomst kan leiden. Met de aanstaande wetwijziging kan dit wel en kan dit oordeel dus anders luiden. Het vraagstuk is daarmee actueler dan ooit en verdient de aandacht van marktpartijen. Wordt ongetwijfeld vervolgd. 

AUTEUR



ALWIN FARAHANI is advocaat (IT-)aangebestedingsrecht bij De CLERCQ Advocaten Notariaat. Naast het aanbestedingsrecht, adviseert en procedeert hij op het gebied van commerciële contracten.

SCHADEVERGOEDING?

Vernietiging of een verbod tot verdere uitvoering van een gegunde overeenkomst heeft vaak niet het directe gevolg dat een overeenkomst door u als derde wordt binnengehaald. Schadevergoeding is op het eerste gezicht interessanter, want dat levert direct iets op. Toch ligt dit in de praktijk anders. Een vordering tot schadevergoeding is weinig populair. Reden is dat de lat bewijstechnisch zeer hoog ligt. De klagende inschrijver zal moeten aantonen dat hij de opdracht gegund zou hebben gekregen. Dat lukt zelden. Indien de gunningsbeslissing onvoldoende is gemotiveerd, is die bewijslast zelfs onmogelijk: er kan niet worden vastgesteld wie de winnaar had moeten zijn, omdat nu juist die motivering ontbreekt. In de literatuur wordt dit beschouwd als

een zeer ernstige lacune in de rechtsbescherming. Toch zijn er situaties denkbaar waarin de aanbestedende dienst schadeplichtig is jegens een klagende inschrijver. Ook wanneer laatstgenoemde niet aannemelijk kan maken dat hij de opdracht gegund zou hebben gekregen. Zo kan een aanbestedende dienst onzorgvuldig handelen, waardoor de klagende inschrijver schade lijdt. Deze situatie doet zich bijvoorbeeld voor wanneer een inschrijver extra kosten maakt, terwijl achteraf blijkt dat de aanbestedende dienst de aanbestedingsprocedure voortijdig had moeten staken. In dat geval kan de aanbestedende dienst gehouden zijn de tevergeefs gemaakte kosten van de klagende inschrijver te vergoeden.