

Praten met marktpartijen: de risico's

Afgelopen maandag verscheen op ITenRecht een bijdrage van Walter van Holst. Hij beschreef in die bijdrage drie veel voorkomende valkuilen bij Europese aanbestedingstrajecten, namelijk (i) praten met marktpartijen, (ii) disproportionele selectie- en gunningscriteria en (iii) onevenwichtigheid in het aanbestedingsteam.

Met betrekking tot zijn bespreking van de eerste valkuil zijn mijns inziens enkele nuanceringen op zijn plaats. Natuurlijk is het van belang dat het aanbestedingsbestek aansluit op de commerciële en technische werkelijkheid en geen lacunes bevat. Vaak is daarvoor inderdaad enig overleg met marktpartijen vereist, maar dit brengt wel degelijk de nodige risico's met zich mee voor de aanbestedende dienst. Het is namelijk niet zo gemakkelijk om aannemelijk te maken dat het consulteren van een marktpartij niet heeft geleid tot een ongelijk speelveld voor de andere deelnemers.

Casuïstische rechtspraak

De lagere rechtspraak over de toelaatbaarheid van betrokkenheid van marktpartijen in het voortraject van een aanbesteding is sterk casuïstisch. Zo oordeelden de Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Leeuwarden bijvoorbeeld niet lang na elkaar in vrijwel identieke gevallen geheel anders. In beide gevallen was sprake van een deelnemer 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 oordeelde 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, omdat ook de andere deelnemers het bestek kenden. 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, zodat de deelnemer niet van de aanbesteding uitgesloten hoefde te worden.¹

Voor de Rechtbank Amsterdam was 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.²

Niet alle informatie kan in bestek opgenomen worden

Uit het bovenstaande 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. Alleen al het feit dat een deelnemer éérder op de hoogte was kan immers leiden tot een ontoelaatbare concurrentievoorsprong en dus uitsluiting van de aanbesteding. De kennisvoorsprong van een huidige contractant is daarom bijvoorbeeld erg moeilijk te neutraliseren.

Daarnaast is het lang niet altijd mogelijk om alle informatie voor de overige marktpartijen toegankelijk te maken. Het kan namelijk gaan om zeer bedrijfsgevoelige en vertrouwelijke informatie.

¹ Rb Leeuwarden 24 november 2010, LJN:BO7626

² Rb Amsterdam 8 april 2010, LJN:BM1229

Het is voor de aanbestedende dienst bovendien erg moeilijk om te beoordelen welke informatie zou kunnen leiden tot een ontoelaatbare concurrentievoorsprong en dus gedeeld dient te worden met alle marktpartijen. Ook zal het voor de overige deelnemers vrijwel onmogelijk zijn om te kunnen beoordelen of ze alle relevante uitgewisselde informatie hebben gekregen. Enige achterdocht zal er echter altijd zijn wanneer gegund wordt aan een partij die in het voortraject van de aanbesteding geraadpleegd is.

Grote bereidheid tot procederen

In dat kader bestaat er dan ook een grote bereidheid tot procederen. Een partij die als tweede eindigt bij een aanbesteding, en 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 laag.

De aanbestedende dienst die in het voortraject gepraat heeft met marktpartijen loopt dus altijd een zeker risico. Om dit risico zoveel mogelijk te minimaliseren is het verstandig dat de aanbestedende dienst zich zo terughoudend en passief mogelijk 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 dat de marktpartij informatie geeft over haar dienstverlening en/of producten.

Risicobeperking

In het verlengde daarvan ligt ook de aanbeveling om eventuele gesprekken met marktpartijen zoveel mogelijk te documenteren. Gespreksverslagen waaruit de passieve houding van de aanbestedende dienst blijkt en waarin alle informatie die de aanbestedende dienst wel heeft gegeven is opgenomen kunnen dan ook zeer waardevol zijn. Enerzijds om een procedure te voorkomen en anderzijds als bewijsmiddel, mocht het toch tot een procedure komen.

Een andere mogelijkheid om de risico's te beperken is bijvoorbeeld het inschakelen van een onafhankelijk adviesbureau om de consultatie met marktpartijen te verzorgen. Op die manier zit er een deskundige buffer tussen de aanbestedende dienst en de marktpartij, die ervoor kan zorgen dat er geen ontoelaatbare kennisvoorsprong ontstaat. Tot slot kan ervoor gekozen worden om de geconsulteerde partij te betalen voor zijn diensten en uit te sluiten van de aanbesteding. Dat laatste is misschien niet de meest wenselijke optie voor zowel de aanbestedende dienst als de geconsulteerde marktpartij, maar het is wel de meest veilige optie.