



Mr. drs. T. Berben
*Advocaat AKD Advocaten &
Notarissen*



Magna Charta Digital Law Review

Ongeoorloofde kennisvoorsprong in het
aanbestedingsrecht: twee uitspraken

WWW.MAGNACHARTA.NL



Magna Charta



W E B I N A R S H O O G L E R A R E N

De Academie voor de Rechtspraak heeft onder de naam Magna Charta Webinars 30 hoogleraren bereid gevonden webinars te verzorgen op de verschillende rechtsgebieden.

- Prof. mr. B.J. van Ettehoven**, senior rechter Rechtbank Utrecht en hoogleraar Bestuursrecht Universiteit van Amsterdam
- Prof. mr. dr. I.N. Tzankova**, bijzonder hoogleraar Comparative mass litigation Universiteit van Tilburg, advocaat BarentsKrans N.V. en **mr. C.M. Verhage**, advocaat BarentsKrans N.V.
- Prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers**, hoogleraar Ondernemings- en Effectenrecht Vrije Universiteit Amsterdam, advocaat NautaDutilh N.V.
- Prof. mr. E.T. Oldenhuis**, universitair hoofddocent aan de vakgroep Privaatrecht en Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen
- Prof. mr. F.W.J.M. Schols**, hoogleraar Privaatrecht, in het bijzonder notarieel recht, Radboud Universiteit Nijmegen, estate planner
- Prof. dr. M.B.M. Loos**, hoogleraar Privaatrecht Universiteit van Amsterdam
- Prof. mr. J.G.J. Rinkes**, hoogleraar Privaatrecht Open Universiteit, bijzonder hoogleraar Europees Consumentenrecht Universiteit Maastricht, raadsheer-plaatsvervanger Hof Arnhem, rechter-plaatsvervanger Rechtbank Rotterdam, adviseur Paulussen advocaten
- Prof. mr. M.M. van Rossum**, hoofd Wetenschappelijk Bureau Deterink Advocaten en Notarissen, bijzonder hoogleraar Privaatrecht Open Universiteit Heerlen
- Prof. mr. M.E. Koppenol-Laforce**, hoogleraar Faculteit Rechtsgeleerdheid, Instituut voor Privaatrecht, Ondernemingsrecht, Universiteit Leiden, advocaat Houthoff Buruma
- Prof. mr. drs. M.L. Hendrikse**, bijzonder hoogleraar Handelsrecht en Verzekeringsrecht Open Universiteit (JPR advocatenleerstoel), directeur UvA Amsterdam Centre for Insurance Studies (ACIS), opleidingsdirecteur Master Verzekeringskunde UvA Amsterdam Business School, universitair hoofddocent Privaatrecht Universiteit van Amsterdam, rechterplaatsvervanger Rechtbank Utrecht, lid geschillencommissie Kifid (verzekeringskamer)
- Prof. mr. G.C.C. Lewin**, bijzonder hoogleraar Bijzondere aspecten van het Privaatrecht Universiteit van Amsterdam, raadsheer Hof Amsterdam
- Prof. mr. CH. E.E.M. Gielen**, hoogleraar Intellectueel Eigendomsrecht Universiteit van Groningen, advocaat NautaDutilh N.V.
- Prof. mr. A.H.N. Stollenwerck**, hoogleraar Notarieel en Fiscaal Recht Vrije Universiteit Amsterdam, raadsheerplaatsvervanger Hof Den Bosch
- Prof. mr. C.A. Schwarz**, hoogleraar Handels- en Ondernemingsrecht Universiteit Maastricht
- Prof. mr. J.M. Hebly**, hoogleraar Bouw- en Aanbestedingsrecht Universiteit Leiden, advocaat Houthoff Buruma
- Prof. mr. G.K. Sluiter**, hoogleraar Internationaal Strafrecht Universiteit van Amsterdam, advocaat Böhler Advocaten
- Prof. mr. M.W. Scheltema**, hoogleraar Enforcement issues in Private Law Erasmus Universiteit Rotterdam, advocaat Pels Rijcken & Droogleeuw Fortuijn N.V.
- Prof. mr. P. Vlaardingerbroek**, hoogleraar Familie- en Personenrecht Universiteit Tilburg, raadsheer-plaatsvervanger Hof Den Bosch, rechter-plaatsvervanger Rechtbank Rotterdam
- Prof. W.H. van Boom**, hoogleraar Privaatrecht Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam
- Prof. mr. dr. G.J. Zwenne**, professor Faculteit Rechtsgeleerdheid, Instituut voor Metajuridica, eLaw@Leiden, Universiteit Leiden, advocaat Bird & Bird LLP
- Prof. dr. S. Perrick**, bijzonder hoogleraar Universiteit van Amsterdam, advocaat Spinath & Wakkie
- Prof. dr. K.F. Haak**, hoogleraar Handelsrecht Erasmus Universiteit Rotterdam, rechter-plaatsvervanger Hof Arnhem
- Prof. W.D. Kolkman**, hoogleraar Privaatrecht Rijksuniversiteit Groningen, raadsheer-plaatsvervanger Hof Arnhem
- Prof. mr. dr. M.G.C.M. Peeters**, bijzonder hoogleraar Derivatenrecht Universiteit van Amsterdam, advocaat NautaDutilh N.V.
- Prof. mr. E.P.M. Vermeulen**, hoogleraar Business & Financial Law Universiteit van Tilburg
- Prof. mr. dr. W. Burgerhart**, hoogleraar Rijksuniversiteit Groningen, estate planner
- Prof. mr. dr. M. Heemskerk**, bijzonder hoogleraar Pensioenrecht Radboud Universiteiten Nijmegen, advocaat Onno F Blom Advocaten
- Prof. dr. H.B. Winter**, bijzonder hoogleraar Toezicht Rijksuniversiteit Groningen
- Prof. mr. B. Barentsen**, bijzonder hoogleraar Albeda leerstoel Universiteit Leiden
- Prof. mr. dr. R.E.H. Mertens**, bijzonder hoogleraar Zakelijke Rechten Open Universiteit Heerlen, advocaat Paulussen Advocaten



NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN



NEDERLANDSE ORDE VAN ADVOCATEN

Klik hier
voor meer
informatie

Magna Charta is onderdeel van de Academie voor de Rechtspraak

Postbus 13346 | 3507 LH Utrecht | T 030 - 220 10 70 | F 030 - 220 53 27

E info@magnacharta.nl

Inhoudsopgave

Spreker

Mr. drs. T. Berben, advocaat AKD Advocaten & Notarissen

Jurisprudentie

voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch, 10 januari 2013, LJN BY9055

voorzieningenrechter 's-Gravenhage, 23 januari 2013

p. 4

p. 5



Mr.T. Berben

Advocaat AKD Advocaten & Notarissen



Download hier de ppt-presentatie



Ongeoorloofde kennisvoorsprong in het aanbestedingsrecht: twee uitspraken

Inleiding

In deze bijdrage zullen twee uitspraken op het gebied van het aanbestedingsrecht worden behandeld. Een nadere analyse van deze twee uitspraken ligt voor de hand, omdat ze beide namelijk betrekking hebben op hetzelfde aanbestedingsrechtelijke onderwerp. Dat betreft namelijk de vraag of sprake is van een onrechtmatige kennisvoorsprong van de zittende aannemer (wat verstoring van het 'level playing field' zou opleveren). Bovendien toont ook het feitencomplex veel gelijkenis met elkaar. Beide zaken hebben betroffen namelijk de aanbesteding voor het reinigen van riolering. Desondanks wordt in beide gevallen tot een ander oordeel gekomen.

Eerste zaak – de feiten

De eerste zaak betreft een uitspraak van de voorzieningenrechter 's-Hertogenbosch van 10 januari 2013 (*LJN*: BY9055). In die zaak ging het om het volgende.

In augustus 2012 zijn enkele Brabantse gemeenten een aanbesteding gestart voor het reinigen en inspecteren van riolering. Eisers hebben tijdens de aanbestedingsprocedure bij de gemeenten aangedrongen op het verstrekken van adequate informatie. De gemeenten zijn daarop niet ingegaan en hebben de aanbestedingsprocedure voortgezet. Eisers, die uiteindelijk van inschrijving hebben afgezien, komen in deze procedure op tegen het gunningsvoornemen van de gemeenten.

Volgens eisers is de aanbesteding in strijd met de aanbestedingsbeginselen. Noodzakelijke informatie om een deugdelijke prijsaanbieding te doen ontbrak in de aanbestedingsprocedure. Tevens stellen zij dat de zittende aannemers over een ontoelaatbare kennisvoorsprong beschikken, zodat geen sprake is van een (voldoende mate van) level playing field.

Eerste zaak – oordeel rechter

De voorzieningenrechter is het met eisers eens. De gemeenten hebben de aanbestedingsbeginselen, met name dat van gelijke behandeling, zodanig geschonden dat niet van een behoorlijke aanbestedingsprocedure kan worden gesproken. Ten onrechte zijn de gemeenten er vanuit gegaan dat de kosten voor reiniging van een riool zich laten uitdrukken in een prijs per ton af te voeren vervuiling. Door eisers is voldoende aannemelijk gemaakt dat het voor een verantwoorde prijsbepaling van essentieel belang is te weten wat de vervuilingsgraad is van het riool, op welke locatie het te reinigen riool zich bevindt en wat de aard van de vervuiling is. Deze informatie ontbrak in het bestek. Daardoor was het voor inschrijvers niet mogelijk een reële inschrijving te doen.

Het gebrek aan informatie in het bestek, aldus de voorzieningenrechter, kan niet worden ondervangen door de inschrijvers de risico's en onzekerheden te laten verdisconteren in hun

prijzen. Met name dreigt dan immers het gevaar dat bepaalde potentiële inschrijvers (zoals de zittende aannemer) uit hoofde van eerdere werkzaamheden, over meer informatie beschikken dan andere en aldus, in strijd met het beginsel van gelijke behandeling, in een bevoordeelde positie ten opzichte van andere inschrijvers komen te verkeren.

De rechter oordeelt verder dat het in het algemeen onvermijdelijk is dat een zittende aannemer enige kennisvoorsprong heeft, hetgeen niet zonder meer onrechtmatig is. Echter, in dit geval concludeert de voorzieningenrechter dat sprake is van een onrechtmatige kennisvoorsprong van de zittende aannemer. In het bestek worden inschrijvers namelijk gedwongen een inschatting te maken van de omstandigheden die zij bij de uiteindelijke uitvoering van de werkzaamheden zullen aantreffen, hetgeen zij in één prijs tot uitdrukking moeten laten komen. Dit is allemaal informatie waarover een zittende aannemer uit hoofde van eerdere werkzaamheden (mogelijk) kan beschikken.

De voorzieningenrechter veroordeelt de gemeenten dan ook om voorlopige gunningsbeslissing in te trekken.

Tweede zaak – de feiten

De tweede zaak betreft een uitspraak van de voorzieningenrechter 's-Gravenhage van 23 januari 2013. Deze zaak is nog niet gepubliceerd. De feiten in die zaak waren als volgt.

De gemeente Den Haag heeft een aanbesteding gehouden voor het reinigen van het riool. Er is gebruik gemaakt van een RAW-raambestek op basis van fictieve hoeveelheden. Uiteindelijk zal een zogenaamde overeenkomst met open posten worden gesloten. De locatie(s) waar de werkzaamheden dienen te worden verricht, worden kennelijk pas na gunning aan de opdrachtnemer bekend gemaakt.

Van der Valk maakt bezwaar tegen de aanbestedingsprocedure. Daarin wordt gesteld dat het niet mogelijk is een (concurrerende) prijsaanbieding te doen, omdat per bestekspost geen betrouwbare inschatting te maken is van de te verwachten hoeveelheden slib. Daarnaast zou het 'level playing field' zijn verstoord doordat de zittend contractant een ontoelaatbaar voordeel heeft. Naar aanleiding van het bezwaar van Van der Valk stelt de gemeente de aanbesteding uit en voegt zij in een nieuwe nota van inlichtingen de gemiddelde vervuiling toe aan de betreffende besteksposten. Daarmee zou de prijsbepaling nauwkeuriger kunnen plaatsvinden. Van der Valk handhaaft haar bezwaren, maar schrijft desondanks in. In deze procedure komt Van der Valk op tegen het voorlopige gunningsvoornemen.

Tweede zaak – oordeel rechter

De voorzieningenrechter stelt met betrekking tot de mogelijkheid van deugdelijke beprijzing voorop dat in een aanbesteding met een bestek met open posten vooraf geen duidelijkheid bestaat over de precieze aard en omvang van de te verrichten werkzaamheden. Dat is niet in strijd met de aanbestedingsbeginselen. Ook de omstandigheid dat besteksposten mogelijk

niet (geheel) 'kostenhomogeen' – en daarmee in strijd met het de RAW Standaard 2010 – zijn behoeft niet zonder meer te leiden tot strijd met het aanbestedingsrecht. Onzekerheid met betrekking tot een bepaalde post kan immers worden verdisconteerd in de prijs. Strijd met het aanbestedingsrecht treedt doorgaans pas op indien tussen inschrijvers sprake is van een zodanig ongelijkheid in relevante kennis dat dit op wezenlijke punten tot ongelijke kansen voor de inschrijvers kan leiden, met andere woorden, als het 'level playing field' wordt verstoord.

Geoordeeld wordt dat onvoldoende aannemelijk is geworden dat de kennisvoorsprong die de zittende aannemer heeft, leidt tot een verstoring van het level playing field. De onzekerheid over de vervuilingsgraad en de aard en samenstelling van het aan te treffen slib, die door de Gemeente (deels) wordt ondervangen door het verstrekken van statistische gegevens en een voorziening voor meerwerk, geldt voor alle partijen, waaronder ook de zittende aannemer. Nu de gemeente (om onduidelijke redenen) niet vooraf bekend heeft gemaakt welke straten of wijken onder de onderhavige aanbesteding zullen worden gereinigd, valt niet in te zien over welke relevante voorkennis de zittend contractant beschikt op de door Van der Valk naar voren gebrachte punten. De vorderingen van Van der Valk worden afgewezen.

Juridische beschouwing

Zoals reeds gezegd nopen deze twee uitspraken tot een nadere analyse. Het feitencomplex toont namelijk gelijkenis met elkaar, maar toch wordt in beide gevallen tot een ander oordeel gekomen.

Uit de nationale rechtspraak ter zake van dit onderwerp, kan worden afgeleid dat van een onrechtmatige kennisvoorsprong niet snel sprake is. Men zal over het algemeen van 'goeden huize' moeten komen om een dergelijk beroep te laten slagen. Onderbouwd en aangetoond zal moeten worden, dat door de kennisvoorsprong een oneigenlijk concurrentievoordeel ontstaat, welke leidt tot vervalsing of uitschakeling van de mededinging.

De overweging in beide zaken is juist, dat kennisvoorsprong van een zittende aannemer niet automatisch ook een ongeoorloofde kennisvoorsprong betreft. Een zittende aannemer beschikt in de meeste gevallen nou eenmaal over een kennisvoorsprong. Die kennisvoorsprong is pas ongeoorloofd, als deze tot concurrentievervalsing leidt. Het gelijkheidsbeginsel brengt dan ook met zich, dat de aanbestedende dienst zodanige informatie zal moeten verschaffen, dat er tussen de inschrijvers een 'level playing field' ontstaat. Met andere woorden, de kennisvoorsprong van de zittende aannemer, zal zoveel als mogelijk met de andere inschrijvers gedeeld dienen te worden (om zodoende die voorsprong weg te nemen).

De voorzieningenrechter in Den Bosch komt uiteindelijk tot de conclusie dat sprake is van een ongeoorloofde kennisvoorsprong. De aanbestedende dienst heeft geen informatie verstrekt over punten, die voor de inrichting van de inschrijving wezenlijke zijn (zoals over de vervuilingsgraad van het riool, de locatie van het te reinigen riool en de aard van de vervuiling). Dat is informatie waarover de zittende aannemer (mogelijk) kan beschikken.

Daarmee dreigt dan ook het gevaar dat de zittende aannemer over meer informatie – en dus een bevoorrechte positie – beschikt. Het gebrek aan informatie kan niet worden ondervangen door risico's en onzekerheden te verdisconteren in de prijzen.

In de kwestie die in Den Haag speelde, was eveneens sprake van een gebrek aan informatie (zoals over de soort rioolbuizen, de vervuilingsgraad en de samenstelling van het slib). Toch komt de rechter daar tot het oordeel, dat geen sprake is van een ongeoorloofde kennisvoorsprong. Kennelijk was vooral doorslaggevend, dat vooraf geen duidelijkheid bestaat over de precieze aard en omvang van de te verrichten prestatie. Daardoor is onzeker welke inspanningen en kosten met de opdracht gemoeid zullen zijn. Deze onzekerheid geldt voor alle partijen, waaronder ook de zittende aannemer, en kan worden verdisconteerd in de prijs. Bovendien is niet gesteld of gebleken op welke wijze de ervaring van de zittende aannemer met betrekking tot de ontbrekende informatie voor de beprijzing relevant kan zijn.

Naar mijn mening is het oordeel in de Haagse zaak voor discussie vatbaar. Mijn indruk is namelijk dat de zittende aannemer wel degelijk (mogelijk) over informatie kan beschikken, die betrekking heeft op punten die wezenlijk zijn voor de inschrijving. Daar doet naar mijn mening niet aan af, dat de precieze aard en omvang van de te verrichten prestatie onzeker is. Ik betwijfel namelijk of die onzekerheid wel voor de zittende aannemer geldt. De zittende aannemer zal namelijk over meer en specifiekere informatie beschikken. Zo zal deze bijvoorbeeld weten welke reinigingswerkzaamheden de laatste jaren zijn verricht en daarmee een beter zicht hebben op de waarschijnlijk te verrichten werkzaamheden. Daardoor kan de zittende aannemer een meer gerichte prijs afgeven, terwijl de overige aannemers die onzekerheid in hun aanbieding moeten verdisconteren. Het vermoeden van een ongeoorloofde kennisvoorsprong had dan ook aangenomen kunnen worden (zodat het aan de zittende aannemer of de aanbestedende dienst is om het tegendeel te bewijzen). Ik kan mij dan ook meer vinden in de overwegingen van de rechter in Den Bosch.

Voor de uiteindelijke uitkomst in de zaak die in Den Haag speelde, zou dit waarschijnlijk geen verschil hebben gemaakt. Afwijzing van de vorderingen had alsnog voor de hand gelegen, nu de eisende partij kennelijk over vergelijkbare kennis beschikte, maar voornamelijk ook omdat deze tijdens de aanbestedingsprocedure niet om (nadere) informatie heeft gevraagd.

Afsluitend wijs ik er nog op dat het niet altijd zo hoeft te zijn dat een kennisvoorsprong gunstig is voor de zittende aannemer. Een informatievoorsprong kan evenzeer nadelen met zich brengen. Dat zou bijvoorbeeld mogelijk kunnen zijn, als de aanbestedingsstukken aanleiding een té rooskleurige beeld geven, zodat inschrijvers (in de ogen van de zittende aannemer) té laag inschrijven. Bij mijn weten is dat in de nationale rechtspraak nog maar één keer aan de orde gekomen, namelijk in de zaak die heeft geleid tot de uitspraak van de voorzieningenrechter Maastricht van 28 september 2009 (LJN: BJ9772). De stellingen van de zittende aannemer in dat verband, werden in die zaak echter verworpen.

Mr. drs. Ton Berben
Advocaat aanbestedingsrecht bij AKD



AvdR Lawschool

