



Recht

Actie nemen vóór gunning werk

In de zogeheten stand still periode mogen aanbestedende diensten niet gunnen. Zo is het door de regelgevers ook in het ARW 2005 en ook in het Besluit Aanbestedingsregels voor Overheidsopdrachten (BAO) verwoord. Gedurende vijftien dagen na de mededeling van een gunningsbeslissing mag niet worden gegund. Wat nu als een inschrijver na het verstrijken van deze termijn toch nog bezwaar wil maken tegen de gunningbeslissing? De kort gedingrechter te Haarlem was hierover recentelijk resoluut (Rb. Haarlem 23 maart 2006). De zaak betrof een inschrijver aan wie oorspronkelijk zou worden gegund. Het voornemen tot gunning was geuit en de Alcateltermijn was gaan lopen.

Geschiktheideisen

De termijn verstreek vervolgens zonder dat iemand een kort geding aanhangig had gemaakt. De inschrijver meende toen de opdracht binnengehaald te hebben. Groot zal zijn teleurstelling zijn geweest toen de aanbesteder een nieuw voornemen tot gunning uitte; de opdracht zou naar een derde gaan omdat de inschrijver toch niet bleek te voldoen aan de geschiktheideisen. Dit keer werd aan hem een Alcateltermijn gesteld. De inschrijver legde het gewijzigde voornemen voor aan de rechter maar kreeg nul op het rekest. Zijn eerste stelling, dat al een overeenkomst tot stand was gekomen omdat niemand een procedure was gestart tegen het eerste gunningvoornemen, strandde op het BAO. Dat bepaalt namelijk dat door het bekendmaken van een gunningbeslissing nog geen overeenkomst tot stand komt. Zijn tweede stelling, dat aan hem moest worden gegund, strandde op de Alcateltermijn. De vordering in rechte was volgens de rechter te laat ingesteld nu de aanbesteder opnieuw een voornemen tot gunning had aangekondigd en wel aan de andere inschrijver. De termijn voor dat voornemen was inmiddels verstreken. De aanvankelijk winnende inschrijver ging met lege handen naar huis. Uit de uitspraak valt niet op te maken of de aanbesteder de opdracht al voorafgaand aan het kort geding gegund was. De uitspraak is naar mijn mening alleen juist indien reeds

In de Nederlandse aanbestedingspraktijk is het Alcatelarrest inmiddels gemeengoed geworden. Ter opfrissing; in dat arrest bepaalde het Europese Hof van Justitie dat aanbestedende diensten vóór de gunning van een opdracht aan de inschrijvers de gelegenheid moeten bieden om de voorgenomen gunning in rechte te doen toetsen. Of, zoals de Raad van State het formuleerde in diens advies over de nieuwe aanbestedingswet, aanbestedende diensten moeten een 'stand still' periode in acht nemen.

was gegund aan de derde. Volgens de formulering van het BAO en het ARW 2005 houdt de Alcateltermijn immers niet meer in dan een regeling van de eerste termijn na bekendmaking van het gunningvoornemen. De aanbesteder mag niet gunnen gedurende die termijn.

Vaak doet zich echter de situatie voor dat de aanbesteder ook na die termijn niet meteen gunt, bijvoorbeeld omdat de interne besluitvorming nog niet rond is of omdat voor de opdracht benodigde subsidies of budgetten niet definitief zijn. Inschrijvers zouden in die periode hun kans kunnen grijpen door alsnog tegen de gunningbeslissing in het geweer te komen. De letterlijke tekst van de hiervoor genoemde regelingen staan daaraan –zoals gezegd– niet in de weg. Deze geven alleen een regeling voor de vijftien dagen na de aankondiging van de gunningbeslissing. Of deze inschrijvers door de rechter in hun vorderingen ontvangen zullen worden hangt dan nog af van de formulering van de aanbestedingsstukken.

Vorderen

Aanbesteders kunnen in de formulering van de aanbestedingsstukken bepalen dat het niet tijdig instellen van een procedure leidt tot het verval van het recht om de gunning op te eisen. Is dit het geval en is een opdracht na de Alcateltermijn gegund, dan rest inschrijvers nog slechts het vorderen van een schadevergoeding. Wil een dergelijke

actie slagen, dan moet een inschrijver wel kunnen aantonen dat hij daadwerkelijk kans op het werk maakte en door het mislopen ervan schade heeft geleden. Vaak betogen aanbesteders dan ook nog dat van inschrijvers bij wijze van schadebeperking verwacht mag worden met een kort geding tegen een voorgenomen gunning op te komen. Doen zij dit niet, zo is de redenering van aanbesteders, dan hebben zij niet alles gedaan om hun schade te voorkomen of te beperken en moet de schade voor eigen rekening blijven. De Raad van Arbitrage heeft al eens (terecht!) geoordeeld dat dit betoog geen navolging verdient; aanbesteders blijven immers zelf steeds verantwoordelijk voor hun eigen gunningbeslissingen.

Al met al wijst de praktijk echter uit dat het verhalen van schade in aanbestedingsprocedures een lastige zaak blijft. Reden te meer om scherp op de concrete voorwaarden van iedere aanbesteding te blijven letten en zodanig vóór de gunning van het werk actie te ondernemen!

*Mr. L.C. van den Berg
Severijn Hulshof advocaten, Rotterdam
www.severijnhulshof.nl*