

Laatste nieuws: RT @PaulusJansenSP: Kwartiermaker publiek private samenwerking pleit in @Cobouw voor machtsdwang om lagere overheden te dwingen tot #PPS . Bezopen. (Anne-Marie Mineur)

Uw vakgebied: Aanbesteden

juridischKeer bewijslast over kennisvoorsprong om

Aanbestedingen

| Laatst gewijzigd:26-05-2011 17:35 | Lieke Knoups | 1

Den Haag - Een onderneming adviseert een aanbestedende dienst en dingt voorts mee naar de opdracht. Als zij de opdracht gegund krijgt, kan de concurrerende inschrijver bezwaar aantekenen, omdat sprake zou zijn van voorkennis. Daarbij ligt de bewijslast bij hem. De vraag is of niet beter een omgekeerde bewijslast kan worden ingevoerd.

Wanneer een aanbestedende dienst voornemens is een bepaalde opdracht aan te besteden, zal hij zich in de voorbereidingsfase vaak laten adviseren door één of meer (deskundige) ondernemingen. Soms zal zo'n onderneming uiteindelijk (al dan niet als zelfstandige inschrijver, combinant of onderaannemer) in de aanbestedingsprocedure ook willen meedingen naar de aanbestede opdracht.

Concurrerende inschrijvers stellen voorts vaak de vraag of dit wel is toegestaan. De betreffende onderneming heeft immers door zijn advieswerkzaamheden in het voortraject waarschijnlijk meer kennis over de opdracht en/of de aanbestedingsprocedure ten opzichte van de overige inschrijvers. Betekent dit niet dat deze onderneming zich door zijn advieswerkzaamheden automatisch gediskwalificeerd heeft voor de aanbestedingsprocedure?

Het BAO noch het ARW 2005 kent een bepaling over voorkennis. Echter, op basis van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht (meer in het bijzonder: het gelijkheidsbeginsel) is de aanbestedende dienst gehouden om een level playingfield te creëren opdat alle inschrijvers gelijke kansen op gunning van de opdracht hebben. Dit betekent volgens de heersende jurisprudentie niet dat iedere inschrijver die een zekere kennisvoorsprong op de overige inschrijvers heeft ten aanzien van de (aanbestedingsprocedure van de) opdracht, direct dient te worden uitgesloten. In diverse uitspraken komt naar voren dat een aanbestedende dienst pas gehouden is een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure, als sprake is van een zodanige kennisvoorsprong dat daardoor de mededinging wordt vervalst of uitgeschakeld.

De heersende jurisprudentie lijkt ervan uit te gaan dat de bewijslast in deze bij de concurrerende inschrijver ligt. De concurrerende inschrijver dient aannemelijk te maken dat sprake is van voorkennis bij de betreffende inschrijver en dat hierdoor de mededinging is uitgeschakeld of vervalst. In de praktijk blijkt dit juist erg lastig te zijn. De concurrerende inschrijver weet immers vaak niet (exact) over welke aanvullende informatie de betreffende inschrijver beschikte.

Vonnis

Bovendien blijkt het erg gecompliceerd te zijn om aan te tonen dat de mededinging hierdoor uitgeschakeld of vervalst is.

In een vonnis van de Rechtbank Leeuwarden (24 november 2010, LJN: BO7626) komt nogmaals naar voren hoe lastig dit is. In deze kwestie was één van de inschrijvers als adviseur bij de voorbereiding van de aanbesteding betrokken geweest bij het opstellen van het bestek. Bovendien had deze inschrijver als enige inschrijver kennis van de raming van de aanbestedende, waarbij deze raming een belangrijk onderdeel van de gunning betrof. Nadat de aanbestedende dienst kenbaar had gemaakt voornemens te zijn de opdracht aan deze adviseur te gunnen, maakte een andere inschrijver hiertegen bezwaar.

Ondanks de vergaande betrokkenheid van de adviseur in het voortraject oordeelde de Rechtbank dat de betreffende inschrijver niet aannemelijk had gemaakt dat de adviseur een ontoelaatbare kennisvoorsprong had ten opzichte van de overige inschrijvers. Dat de adviseur door zijn kennis van de raming zijn aanbieding hierop kon inrichten, achtte de rechtbank een theoretische redenering.

Saillant detail in deze zaak was nog dat er tevens aanwijzingen waren dat de betreffende adviseur ook na aanbesteding (advies)werkzaamheden voor de aanbestedende dienst had verricht. Op de beoordelingsmatrix van de aanbiedingen was namelijk aangegeven dat deze beschikbaar was gesteld door de betreffende adviseur en dat nadere informatie bij de adviseur kon worden opgevraagd. Dit was volgens de aanbestedende dienst een vergissing en de Rechtbank zag geen aanleiding om aan deze stelling te twijfelen.

De vraag die zich bij het lezen van deze uitspraak opdringt, is of niet beter zou zijn de bewijslastverdeling bij geschillen over voorkennis om te keren, in die zin dat de aanbestedende (eventueel tezamen met de inschrijver met voorkennis) aannemelijk dient te maken dat geen sprake is van een zodanige kennisvoorsprong bij de betreffende inschrijver dat de mededinging hierdoor wordt geschaad.

Daar waar een aanbestedende dienst is gehouden een level playing field te creëren, zou immers betoogd kunnen dat er een (weerlegbaar) vermoeden bestaat dat hiervan geen sprake is wanneer een inschrijver deelneemt die in het voortraject werkzaamheden heeft verricht voor de aanbestedende dienst.

Severijn Hulshof Advocaten

www.severijnhulshof.nl

Publicatie datum: 26-05-2011 17:35

[Aanbestedingen](#)

Meest gelezen

- 5008 [Beton kwijt!...](#)
- 3739 [Niederlander bouwde bunker voor.....](#)
- 3126 [Berg in Nederland krijgt vorm...](#)
- 2987 [Winst Heijmans stelt teleur...](#)
- 2688 [Doorwin: het diepste dieptepunt.....](#)