



Mr. L.C. van den Berg
Severijn Hulshof Advocaten



Mr. L. Knoups
Severijn Hulshof Advocaten

Kennisvoorsprong bij aanbestedingen

Inleiding

Wanneer een aanbestedende dienst voornemens is om een bepaalde opdracht aan te besteden, zal hij zich in de voorbereidingsfase vaak laten adviseren door één of meer ondernemingen. Soms zal zo'n onderneming uiteindelijk (al dan niet als zelfstandige inschrijver, combinant of onderaannemer) in de aanbestedingsprocedure ook willen meedingen naar de opdracht. Concurrerende inschrijvers stellen vervolgens vaak de vraag of dit wel mag. De betreffende onderneming heeft immers door zijn advieswerkzaamheden in het voortraject mogelijk meer kennis over de opdracht en/of de aanbestedingsprocedure ten opzichte van zijn concurrerende inschrijvers. Betekent dit niet dat deze onderneming zich door zijn advieswerkzaamheden automatisch gediskwalificeerd heeft voor de aanbestedingsprocedure? Of zou zo'n automatische uitsluiting in strijd zijn met het *Assitur*-arrest?

Een kennisvoorsprong leidt niet tot een automatische uitsluiting

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. Uit vaste rechtspraak lijkt te volgen dat een aanbestedende dienst pas gehouden is om een inschrijver uit te sluiten van een aanbestedingsprocedure wanneer sprake is van een zodanige kennisvoorsprong dat daardoor de mededinging wordt vervalst of uitgeschakeld. Deze lijn zou overeenkomen met de jurisprudentie van het Europese Hof. In het *Assitur*-arrest¹ oordeelde het Hof dat categorische uitsluitingen van inschrijvers – afgezien van de in de Aanbestedingsrichtlijn² opgenomen uitsluitingsgronden – in beginsel niet zijn toegestaan. Volgens het Hof zijn lidstaten vrij om – naast de uitsluitingsgronden die genoemd zijn in de Aanbestedingsrichtlijn – uitsluitingsmaatregelen te hanteren ter handhaving van het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Echter, het Hof is van oordeel dat deze maatregelen dan wel proportioneel moeten zijn. In dit arrest ging het om een verbod in een Italiaanse wet, voor ondernemingen met een afhankelijkheidsrelatie om gelijktijdig in te schrijven op een aanbesteding. Zo'n regeling, die (volgens het Hof) gebaseerd is op een onweerlegbaar vermoeden dat de offertes van de verbonden ondernemingen noodzakelijkerwijs onderling zijn beïnvloed, zou voorbijgaan aan het evenredigheidsbeginsel doordat deze onderneming de mogelijkheid wordt onttrokken om aan te tonen dat er in zijn geval geen sprake is van een reëel gevaar van onderlinge beïnvloeding. Hoewel *Assitur* op een andere kwestie ziet, kunnen de overwegingen van

het Hof wel analoog worden toegepast op het leerstuk van de voorkennis.

Bewijslastverdeling bij voorkennis

Het Europese Hof oordeelde in het *Assitur*-arrest dat de betreffende ondernemingen (die een afhankelijkheidsrelatie hadden) in de gelegenheid moesten worden gesteld om tegenbewijs te leveren van het vermoeden dat de offertes onderling zijn beïnvloed/afgestemd. De jurisprudentie in Nederland lijkt ten aanzien van voorkennis bij inschrijvers echter uit te gaan van een andere bewijslastverdeling. De lijn in de jurisprudentie lijkt te zijn dat de concurrerende inschrijver aannemelijk dient te maken (1) dat sprake is van voorkennis en (2) dat hierdoor de mededinging is uitgeschakeld of vervalst.³ Dit is bijzonder lastig. De concurrerende inschrijver weet immers vaak niet (exact) over welke aanvullende informatie de betreffende inschrijver beschikte. Uit een recent vonnis van de Rechtbank Leeuwarden⁴ blijkt hoe lastig het voor een concurrerende inschrijver is om aannemelijk te maken dat sprake is van een zodanige kennisvoorsprong bij één van de inschrijvers dat hierdoor de mededinging wordt geschaad. 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 aanbesteder, waarbij deze raming een belangrijk onderdeel van de gunning betrof. Nadat de aanbestedende dienst kenbaar had gemaakt voornemens te zijn om de opdracht aan deze adviseur te gunnen, maakte een andere inschrijver hiertegen bezwaar. Ondanks zijn vervaande betrokkenheid 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 aanbidding 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.

Tot slot

Een aanbestedende dienst kan in zijn aanbestedingsdocumenten een bepaling opnemen over voorkennis. Het beginsel van gelijke behandeling brengt met zich dat hij gehouden is om deze bepaling strikt te hanteren.

Echter, gelet op het *Assitur*-arrest lijkt een categorische uitsluiting niet te zijn toegestaan. Wanneer geen bepaling is opgenomen in de aanbestedingsstukken over voorkennis, leidt een eerdere betrokkenheid – volgens de heersende jurisprudentie – niet automatisch tot uitsluiting van de betreffende inschrijver. Dit wordt slechts anders indien een concurrerende inschrijver aannemelijk maakt dat de mededinging is geschaad door deelname van deze inschrijver met voorkennis. De vraag is of het – in lijn met het *Assitur*-arrest – niet beter zou zijn om de bewijslastverdeling om te keren, in die zin dat de aanbesteder (dan wel de inschrijver met voorkennis) aannemelijk dient te maken dat *geen* sprake is van een zodanige kennisvoorsprong bij de betref-

fende inschrijver dat de mededinging hierdoor wordt geschaad. Daar waar een aanbestedende dienst is gehouden om 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.

1. HvJ 19 mei 2009, zaak C-538/07.
2. Richtlijn 2004/18/EG.
3. Hof 's Gravenhage 13 december 2007, *LJN* BC0036; Rb. Arnhem 29 april 2010, *LJN* BM7409.
4. Rb. Leeuwarden 24 november 2010, *LJN* BO7626.