

Verplichting aanbestedder om partij uit te nodigen bij onderhandse aanbesteding

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden doet uitspraak in de opzienbarende zaak van het Kadaster tegen HLA

Door mr. A.A. Rassa van De Kempnaer Advocaten

De uitspraak van de Rechtbank Zutphen in 2011 over de schadeplicht van het Kadaster heeft veel stof doen opwaaien. Volgens de rechtbank had het Kadaster HLA moeten uitnodigen voor een onderhandse aanbesteding. De rechtbank concludeerde dat HLA, indien uitgenodigd, de aanbesteding zou hebben gewonnen. Het Kadaster werd veroordeeld tot betaling van € 10.000.000 aan schadevergoeding aan HLA. Het gerechtshof heeft recentelijk het vonnis van de rechtbank gedeeltelijk vernietigd.

In eerste aanleg heeft HLA (onder meer) geklaagd dat zij niet is uitgenodigd voor de aanbesteding van de opdracht voor een 'Klic-viewer'. Volgens de rechtbank was het Kadaster - nu hij er voor had gekozen de opdracht aan te besteden - verplicht zich te gedragen conform de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel. Het Kadaster was ervan op de hoogte dat HLA actief was op de markt waarop de aanbesteding betrekking had. Om die reden had het Kadaster de uitvraag ook aan HLA dienen te zenden. Door dit na te laten heeft het Kadaster naar het oordeel van de rechtbank in strijd gehandeld met het beginsel dat potentiële inschrijvers gelijk moeten worden behandeld. Dit oordeel van de rechtbank heeft voor enige commotie gezorgd in de aanbestedingswereld. Want hebben aanbestedende diensten bij onderhandse aanbestedingen niet de vrijheid bij de keuze voor de uit te nodigen partijen? Op grond van artikel 1.4 Aanbestedingswet dienen aanbestedende diensten hun keuze voor de uit te nodigen partijen op objectieve gronden te maken. Bestaat echter ook een verplichting voor aanbestedende diensten om bepaalde partijen uit te nodigen?

In hoger beroep lijkt het gerechtshof een antwoord te geven op deze vraag door (net als de rechtbank) een dergelijke verplichting aanwezig te achten. Het gerechtshof bevestigt eerst de hoofdregel dat het Kadaster bij een onderhandse aanbesteding zoals hier aan de orde, in beginsel vrij is daarvoor zelf partijen te selecteren die zij gelegenheid tot inschrijving biedt. Het niet uitnodigen van HLA kan evenwel onder bijzondere omstandigheden onrechtmatig zijn, aldus het gerechtshof. Volgens het gerechtshof doen zich dergelijke bijzondere omstandigheden voor in deze kwestie. Het Kadaster had onvoldoende gegronde redenen om aan te nemen dat HLA niet voor de opdracht in aanmerking kwam, aldus het gerechtshof. Het was immers de bedoeling van de uitvraag dat in beginsel alle potentieel geïnteresseerde IT-bedrijven gelegenheid zouden hebben om een aanbieding te doen voor de onderhavige opdracht. Voorts wist het Kadaster dat HLA bij uitstek actief was op dit terrein. Bovendien waren geen gegronde redenen aanwezig om HLA bij voorbaat uit te sluiten. De conclusie van het gerechtshof is dan ook dat het Kadaster onrechtmatig heeft gehandeld door HLA buiten de uitvraag te houden.

Op grond van artikel 1.4 Aanbestedingswet kunnen niet uitgenodigde ondernemers aanbestedende diensten verzoeken om de keuze voor de uitgenodigde partijen te motiveren. Vooralsnog maken weinig (niet uitgenodigde) ondernemers gebruik van deze mogelijkheid. Uit voornoemd artikel volgt echter geen verplichting om bepaalde ondernemers uit te nodigen voor een onderhandse aanbesteding. Deze verplichting volgt wel uit dit arrest van het gerechtshof. Een ondernemer die bezwaar wil maken omdat hij niet is uitgenodigd, heeft echter wel een flinke 'hobbel' te nemen. Deze moet immers de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden aantonen op grond waarvan de aanbestedende dienst verplicht zou zijn om hem toch uit te nodigen.

Voorts was het oordeel van de rechtbank omtrent (de hoogte van) de schadevergoedingsplicht opvallend. Volgens de rechtbank zou HLA (als zij was uitgenodigd) aan de aanbesteding hebben meegedaan en zou haar inschrijving tot gunning hebben geleid. Vervolgens heeft de rechtbank de schade (in de vorm van gederfde winst) die HLA heeft geleden doordat de opdracht niet aan haar is gegund, begroot op € 10.000.000,--. Dit is een aanzienlijk bedrag, te meer in aanmerking genomen dat het hier een onderhandse aanbesteding betreft waarbij de geraamde waarde van de opdracht lager was dan de Europese drempelwaarde van € 206.000,-- (thans € 207.000,--).

Het gerechtshof oordeelt anders en overweegt dat HLA onvoldoende heeft gesteld om aannemelijk te kunnen achten dat de opdracht aan haar had moeten worden gegund. Het gerechtshof hanteert hier zwaardere eisen aan de stelplicht van HLA dan de rechtbank. Volgens het gerechtshof is er geen plaats voor schadevergoeding, omdat niet is komen vast te staan dat HLA door het onrechtmatig handelen van het Kadaster schade heeft geleden.

Conclusie

Aanbestedende diensten genieten in beginsel veel vrijheid bij het uitnodigen van partijen voor een onderhandse aanbestedingsprocedure. Onder bijzondere omstandigheden zijn aanbestedende diensten verplicht om bepaalde ondernemers uit te nodigen. Het is aan de niet uitgenodigde ondernemer om aan te tonen dat zich dergelijke bijzondere omstandigheden voordoen, dat hij de aanbesteding zou hebben 'gewonnen' en hoeveel schade hij heeft geleden. Dat is bepaald geen sinecure. Wij informeren u graag over de mogelijkheden in dergelijke gevallen.

Voor vragen of meer informatie neemt u gerust contact met ons op via 026 3522 833 of
aanbestedingsrecht@dekempenaer.nl