

Vrijwillige transparantie vooraf: (g)een wondermiddel?

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

Aanbesteder twijfelt: mag ik de opdracht direct verstrekken aan een partij of moet ik die opdracht aanbesteden? De aanbestedingsregels voorzien in dergelijke (twijfel)gevallen in de mogelijkheid om het voornemen tot sluiting van de overeenkomst met een partij te publiceren en vervolgens 20 dagen te wachten met het sluiten van de overeenkomst. Indien binnen die termijn geen bezwaar wordt gemaakt, kan de overeenkomst niet meer worden aangetast. Althans, dit was de gedachte tot vorig jaar. De Europese rechter heeft een einde gemaakt aan deze rechtszekerheid.

Vrijwillige transparantie vooraf

Aanbesteders weten soms niet of een opdracht moet worden gepubliceerd, of dat deze (op basis van een uitzonderingsgrond) direct aan een partij mag worden gegund. Het verdient aanbeveling om een dergelijke beslissing weloverwogen te maken. De gevolgen van een verkeerde beslissing zijn namelijk verstrekkend. Een overeenkomst die onterecht onderhands is gegund, is immers vernietigbaar. Er bestaat echter een uitzondering op deze vernietigingsgrond. Deze uitzondering houdt in dat de aanbesteder vóór het sluiten van de overeenkomst vrijwillige transparantie heeft betracht. Dit werkt in drie stappen: (i) Een aanbesteder meent (mogelijk ten onrechte) dat publicatie van de opdracht niet verplicht is op grond van de wet. (ii) Hij publiceert op TenderNed het voornemen om een overeenkomst te sluiten met een partij. Deze publicatie bevat onder meer de motivering van de beslissing om de opdracht onderhands te gunnen. (iii) Hij houdt daarna een termijn van 20 dagen aan alvorens de overeenkomst te sluiten.

Indien geen bezwaar wordt gemaakt binnen die termijn van 20 dagen, kan de overeenkomst niet meer worden vernietigd omdat onterecht onderhands zou zijn gegund. Belanghebbenden hebben immers kennis kunnen nemen van het sluiten van de overeenkomst en hebben de tijd gehad om te reageren. Voor aanbesteders is dit vaak een veilige 'escape' bij twijfel over de rechtmatigheid van een onderhandse gunning. Niet valt uit te sluiten deze route soms bewust wordt bewandeld om de aanbestedingsregels te omzeilen. Marktpartijen zijn immers niet altijd goed op de hoogte van publicaties op TenderNed en bovendien is een termijn van 20 dagen (vooral in vakantieperiodes) vaak te kort om actie te ondernemen. Deze vrijwillige transparantie vooraf biedt aanbesteders enige rechtszekerheid, omdat zij na de beroepstermijn van 20 dagen zorgeloos kunnen overgaan tot het sluiten van de overeenkomst. De Europese rechter denkt hier echter anders over.

Uitspraak Europese Hof van Justitie

Het Europese Hof heeft zich in september 2014 uitgelaten over de vrijwillige transparantie vooraf. Het Hof overweegt eerst expliciet dat een overeenkomst niet zonder meer onverbindend mag worden verklaard, indien aan voornoemde drie criteria (i-iii) is voldaan. Dit betekent dat ook al staat vast dat de opdracht onterecht onderhands is gegund, de overeenkomst toch

niet aangetast kan worden ingeval vrijwillige transparantie vooraf op de juiste wijze is toegepast. Volgens het Hof is hiermee de rechtszekerheid gediend voor de aanbesteder en zijn contractspartij. Tot zover dus goed nieuws voor aanbesteders. Maar het Hof gaat verder. Het Hof overweegt vervolgens dat het aan de nationale rechter is om te beoordelen of de aanbesteder zorgvuldig heeft gehandeld en van mening kon zijn dat de opdracht onderhands mocht worden gegund. Bij die beoordeling moet de rechter rekening houden met alle omstandigheden en de motivering van de aanbesteder (zie criterium ii) om de opdracht niet te publiceren. Dit betekent dat de rechter moet toetsen of de aanbesteder in redelijkheid tot het oordeel mocht komen dat onderhandse gunning is toegestaan. Ook moet de rechter toetsen of aan de andere criteria (i en iii) van vrijwillige transparantie vooraf is voldaan. Indien de rechter na controle vaststelt dat niet is voldaan aan (een van die) criteria, dan moet deze de overeenkomst alsnog onverbindend verklaren. Indien wel is voldaan aan de criteria, moet de overeenkomst in stand worden gelaten. Een derde kan een dergelijke kwestie (aldus) ook na de beroepstermijn van 20 dagen nog voorleggen aan de rechter.

Slotoverweging

Hoe toetst de rechter of de aanbesteder zorgvuldig heeft gehandeld bij de beslissing om de opdracht niet te publiceren? Deze beoordeling zal in de praktijk lastig zijn. Het is wachten op de eerste zaak waarin vrijwillige transparantie is betracht en een derde pas na de beroepstermijn actie onderneemt. Duidelijk is wel dat aanbesteders extra voorzichtig moeten zijn bij vrijwillig publicatie vooraf van opdrachten die onderhands zullen worden gegund. Uit deze uitspraak volgt immers dat de overeenkomst tussen aanbesteder en zijn contractspartij ook na de beroepstermijn van 20 dagen niet meer 'veilig' is. De vraag is voorts hoe moet worden omgegaan met de situatie dat de aanbesteder bij een onderhandse gunning noch overgaat tot vrijwillige transparantie vooraf, noch de onderhandse gunning achteraf kenbaar maakt. In zulke gevallen geldt in het aanbestedingsrecht een beroepstermijn van 6 maanden na het sluiten van de overeenkomst. Kan een overeenkomst dan na 6 maanden niet meer onverbindend worden verklaard of geldt deze uitspraak van het Hof ook voor dit soort gevallen en kan de overeenkomst na die 6 maanden alsnog worden aangetast? Het antwoord is aan de rechter.

Voor vragen of meer informatie neemt u gerust contact met ons op via 026 3522 824 of
aanbestedingsrecht@dekempenaar.nl