

Redactie:

mr. C.J.G.M. Bartels LL.M.
Bartels Sueters Aanbestedingsadvocaten,
's-Hertogenbosch

mr. I.A.H. Dolmans-Budé
AT Osborne BV, Utrecht

mr. R.D. Luteijn
Lexecon BV, Amsterdam

mr. dr. G.W.A. van de Meent
Loyens & Loeff advocaten, Amsterdam

mr. D. Waterman
Ministerie van Landbouw, Natuur en
Voedselkwaliteit, 's-Gravenhage

prof. mr. W.G. Ph.E. Wedekind
De Nederlandse Vereniging
voor Aanbestedingsrecht

mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV, Raalte

Eindredactie: Dorien Eldering,
tel. 070-441 51 85,
e-mail: dorien.eldering@reedbusiness.nl

Uitgever: Paul Splinter, tel. 070-4415230

Abonnementen/adreswijzigingen:

Abonnementen € 110 p.j.
Losse nummers: € 14
Reed Business Information bv
Postbus 808, 7000 AV Doetinchem
tel. (0314) 358 358
fax (0314) 358 161
e-mail: klantenservice@reedbusiness.nl

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht fungeert als forum voor vraagstukken op het gebied van het nationale, Europese en internationale aanbestedingsrecht.

International Tender Services BV adviseert, begeleidt en traint overheden en nutsbedrijven ter optimalisering van hun inkoopprocessen en aanschaffingen in het kader van de implementatie van wettelijke EG-aanbestedingsvoorschriften.

Hoewel uitgever en redactie de uiterste zorg nastreven kan voor eventuele (zet)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaardt zij daarvoor geen aansprakelijkheid.

Uw opgegeven gegevens kunnen worden gebruikt voor het toezenden van informatie en/of speciale aanbiedingen door Reed Business Information bv en speciaal geselecteerde bedrijven. Indien u hier tegen bezwaar heeft, stuurt u een briefje naar Reed Business Information bv, t.a.v. Adresregistratie, Postbus 808 7000 AV Doetinchem.

Niets uit deze uitgave mag worden overgenomen of vermenigvuldigd zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

uitgeversverbond

Groep uitgevers voor vak en wetenschap

Tender Nieuwsbrief is een uitgave van Reed Business Information bv, 's-Gravenhage

© 2005
ISSN: 1384-2838

DE ZAAK

De adviserende inschrijver na de Fabricom-uitspraak

In zijn arrest van 3 maart 2005 in de zaak Fabricom (gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03) heeft het Hof van Justitie EG voor het eerst een communautaire normering gegeven voor de situatie van de adviserende inschrijver. Daarmee zijn echter nog niet alle vragen over die situatie beantwoord.

Inleiding

De adviserende inschrijver is een bekende figuur in het aanbestedingsrecht. Aanbestedende diensten die zich onvoldoende thuis voelen in de commerciële of technische *ins and outs* van een bepaalde aankoop, vragen regelmatig aan derden om hen te adviseren. Het kan daarbij gaan om het in kaart brengen van inkoopbehoefte of om het (helpen) opstellen van het bestek. Deze derden kunnen consultants zijn, maar ook ondernemingen die zelf op de betrokken markt actief zijn. Bij het openen van de inschrijvingen kan vervolgens blijken, dat een (zustersvennootschap van een) dergelijke adviseur ook heeft geboden. In de verhouding tot de andere inschrijvers is dit problematisch. De adviseur kan het bestek naar zichzelf (of een zustersvennootschap) hebben toegeschreven, terwijl er ook sprake is van een informatievoorsprong bij het opstellen van de offerte.

De communautaire aanbestedingsrichtlijnen bevatten geen uitdrukkelijke regeling voor deze situatie. De enige voor de EG relevante regeling hieromtrent is opgenomen in artikel IV.4. van het Government Procurement Agreement (GPA). Dit is een bijlage bij het WTO-verdrag, die met het oog op het slechten van handelsbarrières aanbestedingsrechtelijke verplichtingen oplegt aan alle WTO-leden. 'De [aanbestedende] instanties onthouden zich ervan om bij het opstellen van specificaties voor een bepaald opdracht, op een manier die de mededinging zou uitschakelen, advies te vragen of te aanvaarden van een onderneming die een commercieel belang zou kunnen hebben bij de betrokken opdracht.'

De lat ligt hier hoog: om een gunning aan een adviserende inschrijver te kunnen aanvechten, moet een afgewezen gegadigde bewijzen dat de mededinging door deelname van de adviseur

is uitgeschakeld. Vanuit het oogpunt van de verkeersvrijheden en van de effectieve mededinging van artikel 3 onder g EG-Verdrag ligt het echter meer voor de hand om elke door de adviseur genoten daadwerkelijk concurrentievoorsprong te vermijden. Er moet bij aanbestedingen immers sprake zijn van een vlak speelveld.

Maar zelfs artikel IV.4 GPA ging de communautaire wetgever blijkbaar te ver. In het ingewikkelde spel tussen Commissie, Parlement en Raad heeft hij in feite verzuimd om dit artikel correct om te zetten in de bestaande aanbestedingsrichtlijnen.¹ In plaats van het opnemen van een bepaling heeft hij het gelaten bij een overweging, die geen zelfstandige rechtskracht heeft: '[D]e aanbestedende instanties [mogen] bij het opstellen van specificaties voor een bepaalde opdracht advies vragen of aanvaarden, mits een dergelijk advies niet leidt tot uitschakeling van de mededinging.'

Ook in de nieuwe richtlijnen wordt dit onderwerp slechts in een overweging genoemd: 'Voordat met de procedure voor het plaatsen van een opdracht wordt begonnen, mogen de aanbestedende diensten, met gebruikmaking van een "technisch dialoog", bij het opstellen van het bestek advies vragen of aanvaarden, op voorwaarde dat een dergelijk advies niet tot uitschakeling van de mededinging leidt.'²

Deze lacune kan overigens niet worden opgevuld door rechtstreekse werking van artikel IV.4.GPA, aangezien het GPA-verdrag een bijlage is bij het WTO-verdrag, dat naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie EG niet rechtstreeks doorwerkt, maar alleen een verplichting tot verdragsconforme uitleg schept.³

In de Nederlandse rechtspraak bestond geen eenduidig beeld op dit vlak. De civiele rechter lijkt te oordelen dat er sprake moet zijn van een (volledige) uitschakeling van de mededinging,

wil een gunning aan de adviseur worden teruggedraaid⁴, zij het soms met een omkering van de bewijslast als is aangetoond, dat de winnende inschrijver inderdaad heeft geadviseerd bij het opstellen van het bestek.⁵ De Raad van Arbitrage volgt daarentegen een strengere lijn: het inschrijven door een adviseur is in beginsel niet verboden, maar er mag geen sprake mag zijn van een: 'begunstiging van de adviserende inschrijving, dan wel een achterstelling van de overige inschrijvers, zodat een eerlijke mededinging in de aanbestedingsprocedure onvoldoende is gewaarborgd'.⁶

De casus

Fabricom betreft een regeling die de Belgische wetgever juist wél over dit onderwerp had getroffen, zowel voor de klassieke sectoren als voor de nutssectoren:

- Ten eerste mag de onderneming, die belast is geweest met het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling van een opdracht, daar niet voor inschrijven.
- Ten tweede mogen de aan voornoemde onderneming gelieerde ondernemingen niet op diezelfde opdracht inschrijven, tenzij zij het bewijs kunnen leveren, dat zij daardoor geen ongerechtvaardigd voordeel genieten.

Er was met andere woorden sprake van een volledige uitsluiting voor adviserende ondernemingen zélf en van een 'nee, tenzij'-benadering voor daaraan gelieerde bedrijven.

Fabricom, een in de nutssectoren actieve aannemer, vond deze benadering blijkbaar te ver gaan, omdat zij daardoor in wezen werd gedwongen om per aanbesteding te kiezen tussen een adviserende en een uitvoerende rol. Zij vorderde derhalve voor de Belgische Raad van State de nietigverklaring van de Belgische regeling, onder meer wegens strijd met de communautaire aanbestedingsrichtlijnen.

Het arrest

De eerste vraag die de rechter naar het Hof van Justitie heeft verwezen, betrof de verenigbaarheid met de aanbestedingsrichtlijnen van de volledige uitsluiting van de adviserende inschrijver. Het Hof plaatst deze problematiek meteen stevig in de context van het gelijkheidsbeginsel, waarvan de eerbiediging naar vaste rechtspraak een hoofddoelstelling is van de aanbestedingsrichtlijnen (r.o. 26).⁷ Het Hof legt daarna de vinger op de zere plek. De adviseur bevindt zich niet nood-

zakelijkerwijs in dezelfde situatie als de andere inschrijvers (r.o. 28), omdat hij inderdaad over een informatievoorsprong beschikt (r.o. 29) en 'zelfs zonder daartoe de bedoeling te hebben, [...] de voorwaarden van de betrokken overheidsopdracht in voor hem gunstige zin kan beïnvloeden' (r.o. 30). Hoewel er dus redenen zijn om de adviseur niet op dezelfde wijze te behandelen als de andere inschrijvers (r.o. 31), oordeelt het Hof dat de Belgische regeling aan haar doel voorbijschiet. Er bestaat namelijk geen mogelijkheid voor de betrokken adviseur om aan te tonen, dat de zojuist geschetste problemen zich in zijn bijzondere geval niet voordoen (r.o. 33). De Belgische regel gaat daarom verder dan noodzakelijk is om het doel van gelijke behandeling van alle inschrijvers te bereiken, en is daarom onevenredig (r.o. 34): 'Toepassing van deze regel kan namelijk tot gevolg hebben dat personen die bepaalde voorbereidende werkzaamheden hebben verricht, van de gunningprocedure worden uitgesloten zonder dat hun deelname hieraan enig gevaar voor de mededinging tussen de inschrijvers meebrengt' (r.o. 35). Deze regeling is daarom onverenigbaar met de aanbestedingsrichtlijnen (r.o. 36 en dictum). (Daarna volgen een tweede en derde vraag, die minder belangwekkend zijn en daarom hier buiten beschouwing worden gelaten.)

Commentaar

Omdat dit arrest zo stevig leunt op het gelijkheidsbeginsel, lijkt het de stelling te ondersteunen dat voor het weren van een adviserende inschrijver niet is vereist, dat de mededinging door diens deelname wordt uitgeschakeld. Dit wordt bevestigd in r.o. 35, waarin het Hof in feite oordeelt dat adviserende inschrijvers alleen uitgesloten mogen worden als hun deelname 'enig' gevaar meebrengt voor de mededinging tussen de inschrijvers. Daaruit volgt dat dit mijns inziens de beslissende maatstaf is: elk (niet door de betrokken adviseur weerlegde) daadwerkelijk gevaar voor de mededinging in de betrokken aanbesteding kan voor de aanbestedende dienst voldoende zijn om die adviseur van de verdere procedure uit te sluiten. Wat de informatievoorsprong betreft, kan de situatie overigens eenvoudig worden verholpen door alle inschrijvers te voorzien van de informatie, die ook aan de adviseur is verstrekt.

De beoordeling van het Hof heeft betrekking op de verhouding tussen een adviseur en een aanbestedende dienst. Daarmee blijft de vraag

onbeantwoord naar de verhouding tussen de aanbestedende dienst en derde inschrijvers. Wie draagt in die verhouding de bewijslast: moet de derde inschrijver bewijzen dat de mededinging door deelname van de adviseur in gevaar is gebracht, of moet de aanbestedende dienst bewijzen dat zulks niet het geval is geweest? Vanuit de logica van de zorgplicht van de aanbestedende dienst voor een correct verloop van de aanbesteding lijkt het erop, dat het inderdaad de aanbestedende dienst is, die zich ervan moet vergewissen, dat er geen concurrentievervalsing optreedt, en die daarvoor jegens derden ook de bewijslast dient te dragen. Dit lijkt in wezen op de hiervóór beschreven omkering van de bewijslast: als de afgewezen inschrijver weet aan te tonen dat de winnende inschrijver ergens in het voortraject betrokken is geweest bij de aanbesteding, zal het aan de aanbestedende dienst zijn om te bewijzen, dat het speelveld niet door deze omstandigheid is kromgetrokken.

Herman Speyart

NautaDutilh, Amsterdam

Noten

1. Zie Pijnacker Hordijk e.a., *Aanbestedingsrecht*, 3e druk, Den Haag 2004, p. 347.
2. Overweging 8 van de Algemene Richtlijn en overweging 15 van de Richtlijn Nutssectoren.
3. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 16 november 2004, *Anheuser Bush/Budejevicky Budvar*, C-245/02, n.n.g., r.o. 54 en de daarin aangehaald rechtspraak. De reden hiervoor is dat het WTO-verdrag (nog steeds) een onderhandelingsstelsel is, waarbij het niet nakomen van bepaalde verplichtingen kan worden 'afgekocht' door toezeggingen op andere gebieden. Anders over de rechtstreekse werking van het GPA: Pijnacker Hordijk e.a., a.w., p. 11, die deze rechtspraak overigens niet bij hun bespreking van dit onderwerp betrekken.
4. Pres Rb. Den Bosch 26 juni 1996, *BR* 1996 p. 768, bekrachtigd door Hof Den Bosch 6 mei 1997, *KG* 1997, 202; *BR* 1998, p. 341 m.nt. Van Wassenaer.
5. Vzng. Breda 23 april 2003, *KG* 2003, 134.
6. RvA 3 juni 1997, *BR* 1998, p. 343 m.nt. Van Wassenaer, bekrachtigd door RvA 14 oktober 1997, *BR* 1998 p. 347 m.nt. Van Wassenaer.
7. HvJ EG 17 september 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, *Jur.* p. I-7213, punt 81 en aangehaalde rechtspraak.