

Gunning ondanks een smet op het blazoen? Recht om dat te weten!

Is het je al opgevallen in gunningsbeslissingen? “Weliswaar is op inschrijver A een uitsluitingsgrond van toepassing, maar om redenen 1 en 2 hebben we besloten om toch aan A te gunnen.”

Het doel van uitsluitingsgronden is om te waarborgen dat overheden met betrouwbare partijen in zee gaan. Er zijn uitsluitingsgronden die altijd van toepassing zijn, zoals veroordelingen vanwege fraude, witwassen of kinderarbeid. Er zijn ook uitsluitingsgronden die aanbestedende diensten van toepassing kunnen verklaren, zoals de ernstige beroepsfout of de negatieve past performance.

Ondanks die belangrijke rol van uitsluitingsgronden, trof je een motivering zoals hierboven lang niet altijd aan in gunningsbeslissingen. Een paar maanden terug heeft de hoogste Europese rechter hierover uitspraak gedaan (klik hier voor de uitspraak, zie alinea 90). Als deze situatie zich voordoet, moet de aanbestedende dienst dit aan andere inschrijvers motiveren. Die uitspraak is voor alle betrokkenen relevant.

Ten eerste voor A. In het UEA dient hij transparant te zijn over de toepasselijke uitsluitingsgrond(en). Anders riskeert hij het afleggen van een valse verklaring. Het verdient aanbeveling om zelfreinigende maatregelen te treffen en dit gemotiveerd in het UEA toe te lichten. Dat is de belangrijkste reden om toch in de race te blijven voor de gunning. Als die toelichting bedrijfsvertrouwelijke informatie bevat, kan dit worden benoemd met het verzoek om die informatie niet met andere inschrijvers te delen.

Ten tweede voor de aanbestedende dienst. Als hij desondanks aan A gunt, moet hij over het niet uitsluiten van A duidelijkheid verschaffen in de gunningsbeslissing aan andere inschrijvers. Anders lijdt die beslissing aan een motiveringsgebrek. Dat kan grond vormen voor het moeten nemen van een nieuwe gunningsbeslissing en/of herbeoordeling. Dat kan dus ook leiden tot vertraging. Tegelijkertijd dient hij ervoor te waken geen bedrijfsvertrouwelijke informatie te delen. Dat kan onrechtmatig zijn.

Ten derde voor de afgewezen inschrijvers. De motiveringsplicht brengt mee dat ze er weet van krijgen dat A een smet op het blazoen heeft (voor zover ze dat nog niet wisten). Dit kan aanleiding vormen voor een kritische blik, niet alleen in deze aanbesteding maar ook in andere aanbestedingen.

Als ondernemer wil je weten waar je aan toe bent. Deze motiveringsplicht kan daarbij helpen. Maar er zit ook een risico van verdere juridisering in, zeker als de motivering weinig houvast biedt. En als je eigen organisatie ter discussie staat, kan dat kwetsbaar aanvoelen. Dan is het in ieder geval zaak om zo snel mogelijk schoon schip te maken en dat goed vast te leggen. Linksom of rechtsom zal die uitspraak van de Europese rechter dus niet het laatste zijn wat we hierover hebben gehoord.

Indien u vragen heeft naar aanleiding van deze column dan kunt u die stellen via e-mail bij Erik Plas.

mr. dr. drs. Erik Plas

Advocaat aanbestedingsrecht en bouwrecht bij **Infense advocaten** te Deventer.