

Belangrijkste risico's van ten onrechte niet aanbesteden

Wanneer een gemeente zich niet aan de aanbestedingswetgeving houdt, loopt deze een aantal risico's. In dit memo lichten wij kort toe welke risico's dit zijn.

1. Vernietiging van de overeenkomst

Een zorgverzekeraar die zich benadeeld voelt kan gaan procederen op basis van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 om daarmee een rechter te verzoeken om de overeenkomst te vernietigen. Het moet dus nadrukkelijk gaan om een zorgverzekeraar, een potentiële deelnemer die bijvoorbeeld liever een andere contractverzekeraar had gezien komt deze mogelijkheid niet toe. Naast vernietiging van de overeenkomst kan de rechter ook besluiten om deze in stand te laten indien dwingende redenen van algemeen belang dit noodzakelijk maken (artikel 4.18 AW2012).

2. Schadevergoeding (onrechtmatige daad)

Indien een gemeente ten onrechte een opdracht niet heeft aanbesteed, kan zij in beginsel succesvol aansprakelijk worden gesteld wegens een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Een dergelijke procedure kan samenlopen met die onder het eerste punt. Voor de zorgverzekeraar die zich benadeeld voelt kan het niettemin lastig zijn aan te tonen welke schade hij heeft geleden. Deze dient aan te tonen dat hij, wanneer er wel een aanbesteding zou hebben plaatsgevonden, de opdracht gegund zou hebben gekregen althans een kans op gunning zou hebben gehad. Het aantonen welke schade hiermee geleden wordt zal des te lastiger zijn omdat verzekeraars zich wel op het standpunt hebben gesteld dat dergelijke polissen verlieslatend zijn voor ze. Daarnaast zal de benadeelde ondernemer het causaal verband moeten aantonen tussen het onrechtmatig handelen door de gemeente en de gestelde schade. In de praktijk zijn ons relatief weinig voorbeelden bekend waarbij in dergelijke gevallen een schadevergoeding is toegewezen.

3. Gemeentelijke accountant

Een praktisch risico is de accountant van de gemeente. Deze checkt de rechtmatigheid van verleende contracten (artikel 213 Gemeentewet). Accountants kunnen hun goedkeuring onthouden als ze twijfels hebben over de rechtmatigheid van de totstandkoming van een contract.

4. Autoriteit Consument en Markt

Daarnaast kan de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de aanbestedende dienst een bestuurlijke boete opleggen als een rechter op grond van artikel 4.18 Aanbestedingswet 2012 oordeelt dat dwingende reden van algemeen belang het noodzakelijk maken dat de overeenkomst in stand blijft. Dit is, voor zover wij weten, in de praktijk sinds inwerkingtreding van (de voorloper van) artikel 4.18 Aanbestedingswet 2012 (in februari 2010) nog niet voorgekomen.

5. Europese Commissie

Verder is er nog de (theoretische) mogelijkheid dat de Europese Commissie een actie instelt wegens non-conformiteit met het EU recht. Los van de mogelijkheden tot vernietiging op grond van artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 (zie onder hiervoor onder punt 1), zal een overeenkomst gesloten na een onrechtmatige onderhandse gunning niet snel vernietigbaar of nietig zijn op grond van artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek (de algemene civielrechtelijke grondslag hiervoor). Een vordering tot een verbod tot verdere uitvoering van de overeenkomst zal evenmin veel kans van slagen hebben, omdat vermoedelijk al snel geoordeeld zal worden dat de ondernemer in kwestie zijn kans om een vernietigingsactie in te stellen voorbij heeft laten gaan. Het betreft hier dus meer theoretische risico's.