

# Manco in aanbestedingswetgeving?



Anja Dekhuijzen houdt zich als vooraanstaand advocaat bij Whitebridge bezig met IT- en outsourcing. Ze adviseert in die hoedanigheid cliënten over vraagstukken rondom outsourcing, IT-contracten, IT-disputen, telecommunicatie, e-commerce en privacy.

Het Ministerie van Veiligheid en Justitie (V&J) heeft recentelijk de raamovereenkomst betreffende standaard softwarebeheer met softwareresellers Comparex en Agile ontbonden, nog voordat deze contracten überhaupt waren ingegaan. Het contract was gebaseerd op de zogeheten Arbit-2011. Dit is de in 2011 niet zonder kritiek omarmde nieuwe versie van de Algemene Rijksvoorwaarden bij IT-overeenkomsten, die door de Staat worden gehanteerd.

Comparex en Agile waren geselecteerd als twee softwarelicentiepartners, die elkaar in een zogeheten 'minicompetitie' scherp zouden moeten houden tijdens de contractduur. Het contract had op 1 april 2013 moeten ingaan.

V&J sprak evenwel een verruimde ontbindingsmogelijkheid af, voor het geval de beoogde overname van Agile door Comparex definitief door zou gaan. Dit hing af van goedkeuring van de Autoriteit Consument & Markt (voorheen de NMa). Voorts verzocht V&J van beide partijen een verklaring dat hun inschrijvingen op onafhankelijke wijze tot stand waren gekomen, zonder inzage tijdens het aanbestedingstraject in elkaars stukken. Tot slot verzocht V&J de garantie dat tijdens de contractduur de onafhankelijke concurrentiepositie van beide partijen gewaarborgd zou zijn.

Verklaringen hierover van Comparex op 2 april 2014 konden V&J kennelijk niet overtuigen. V&J maakte dan ook gebruik van

haar ontbindingsclausule en ontbond het contract, nog voordat het ooit was ingegaan.

Kanttekening hierbij is natuurlijk dat het zowel Comparex als Agile vrijstaat om opnieuw deel te nemen aan een nieuwe aanbestedingsprocedure van V&J. De kans dat zowel Comparex als Agile opnieuw zal worden geselecteerd lijkt vrijwel nihil.

Mogelijk heeft V&J intern twijfels gehad of Comparex en Agile daadwerkelijk onafhankelijk hebben gehandeld. Tijdens overnameonderhandelingen is het gebruikelijk dat de over te nemen partij de overnemer volledig informeert over alle contracten en lopende onderhandelingen. Mede gezien de omvang van het contract, ook in het licht van de bedrijfsomvang van Comparex en Agile, zijn er mogelijk vraagtekens gezet bij de feitelijke gang van zaken. Ook zijn er wellicht twijfels geweest bij V&J over het daadwerkelijk kunnen concurreren door Comparex en Agile.

V&J hoeft zich hiervoor evenwel niet te verantwoorden, nu zij, nog voordat het contract live ging, een verruimde ontbindingsmogelijkheid wegens overname in het contract liet inbouwen. Hierdoor stond het haar vrij de ontbinding wegens overname in te roepen.

De vraag is of V&J ook op deze 'makkelijke' wijze van het contract met Comparex en Agile had kunnen afkomen, indien het contract reeds live was gegaan. De aanbe-

stedingsregelgeving voorziet namelijk niet in een meldingsplicht over overnamegesprekken tijdens aanbestedingsprocedures.

Zonder expliciet bedongen ontbindingsgrond wegens overnames, was V&J mogelijk schadeplichtig geweest jegens Comparex en Agile bij ontbinding.

De reikwijdte van deze zaak gaat verder dan minicompetities tijdens een tender. Veel opdrachtgevers werken met meerdere partijen, waarbij concurrentie wenselijk kan zijn.

Uit deze voor alle partijen ongelukkig verlopen gang van zaken blijkt dat er behoefte bestaat aan een dergelijke wettelijke meldingsplicht omtrent overnameonderhandelingen tijdens aanbestedingstrajecten. Aanpassing van Arbit-2011 met een ontbindingsgrond wegens overname is, in ieder geval in het belang van de opdrachtgever, eveneens te overwegen.

Tot die tijd doen opdrachtgevers er goed aan om enerzijds een dergelijke meldingsplicht op te nemen in de tender, en anderzijds een dergelijke ontbindingsgrond wegens overname op te nemen in Arbit-2011.