



KENNISCENTRUM EUROPA DECENTRAAL

Juridische notitie
**Aanbestedingsvragen
Russische leveranciers**

Naar aanleiding van de actuele situatie in Oekraïne zijn er diverse decentrale overheden met vragen over Europees aanbesteden. Veel decentrale overheden hebben namelijk een lopend contract met bedrijven, met een Russische moederonderneming, bijvoorbeeld voor de levering van energie. Deze notitie gaat over de vraag hoe een aanbestedende dienst het contract of een lopende aanbesteding met een Russische energieleverancier of een dochteronderneming daarvan aanbestedingsrechtelijk kan beëindigen of vermijden.

Kenniscentrum Europa decentraal adviseert en informeert decentrale overheden over de toepassing van Europees recht en beleid, zo ook over de toepassing van de Europese aanbestedingsregels. Het contractenrecht behoort niet tot de expertise van het kenniscentrum. Mocht er sprake zijn van de wens om een contract te ontbinden dan adviseren wij u dit met een gespecialiseerde jurist te onderzoeken.

Achtergrond: de levering van Russisch gas

Het is belangrijk om een onderscheid te maken tussen een contract met een Russische energieleverancier en het ontvangen van Russisch gas. Wanneer energieleveranciers gas inkopen hebben ze geen zicht op de herkomst van het gas, omdat gas vanuit verschillende bronnen over de wereld gemengd wordt. Er wordt geschat dat ongeveer vijftien procent van het gas dat door Nederlandse leveranciers wordt ingekocht, uit Rusland komt. Een aanbestedende dienst die gas afneemt, zelfs als dit niet van een Russisch bedrijf is, ontvangt dus mogelijk voor een deel Russisch gas.

aanbesteed. Dat houdt in dat er een Europese aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. Uitzonderingen op deze regel zijn wettelijk limitatief vastgelegd en moeten restrictief worden uitgelegd. Er wordt in deze notitie van uitgegaan dat er geen uitzondering van toepassing is.

Na het afronden van de aanbestedingsprocedure moet de gunningsbeslissing worden medegedeeld en gepubliceerd. Daarna kan het contract getekend worden. Na het tekenen van het contract kunnen partijen niet terugkomen op de aangegane verplichtingen zonder schadeplichtig ten opzichte van elkaar te worden.

Hoe werkt het Europees aanbesteden?

Wanneer aanbestedende diensten te maken hebben met een overheidsopdracht is deze in de regel aanbestedingsplichtig. Een overheidsopdracht die evenveel of meer dan het Europese drempelbedrag bedraagt, moet volgens de aanbestedingsrichtlijnen Europees worden

Hoe zit het met contracten met Russische bedrijven?

Wanneer bij de aanbesteding van de contracten met Russische (dochter) bedrijven de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn gevolgd, zijn decentrale overheden gebonden aan wat er met de Russische ondernemers is overeengekomen. Er is sprake van een privaatrechtelijke overeenkomst.

Sinds de inval van Rusland in Oekraïne geven decentrale overheden aan dat zij willen onderzoeken of zij deze contracten vroegtijdig kunnen beëindigen. Ten aanzien van de vragen die er hieromtrent zijn, kan Kenniscentrum Europa decentraal op dit moment de volgende informatie geven.

We onderscheiden nu drie fases in het proces:

Scenario 1: De aanbestedingsprocedure is afgerond en het contract is afgesloten;

Scenario 2: De aanbestedingsprocedure loopt nog en het contract is nog niet afgesloten;

Scenario 3: De inkoopopdracht moet nog worden aanbesteed en de procedure is nog niet begonnen.

Scenario 1: Afgesloten contracten met Russische leveranciers

Op dit moment spelen er voornamelijk vragen over hoe het precies zit met de lopende overeenkomsten met bedrijven waarvan de moederonderneming een in Rusland gevestigd bedrijf is. Meer specifiek betreft het nu vragen over de aanbestede overeenkomst voor de levering van gas. Is er een mogelijkheid om dit contract, dat volgens de Europese regels aanbesteed is, vroegtijdig te beëindigen vanwege de situatie in Oekraïne?

Zodra de Europese aanbesteding is afgerond en het contract met de winnende partij is afgesloten, is er sprake van een privaatrechtelijke rechtsverhouding tussen de aanbestedende dienst en de opdrachtnemer. De Europese aanbestedingsregels spelen na het afronden van de aanbesteding geen (directe) rol meer in deze rechtsverhouding. De mogelijkheid om het betreffende contract, al dan niet eenzijdig, vroegtijdig te beëindigen ligt dan ook in het contractenrecht. In de regel zal er bij aanbestede overeenkomsten

sprake zijn van een contract voor bepaalde tijd. Een contract voor bepaalde tijd kan mogelijk wel tussentijds worden beëindigd in het geval de overeenkomst hiervoor een grondslag biedt, zoals een opzegregeling.

Hoe dan verder?

Als de aanbestedende dienst een lopend contract eenzijdig onrechtmatig ontbindt zonder dat deze mogelijkheid specifiek is voorzien in de overeenkomst, dan bestaat er een mogelijk risico van het moeten betalen van schadevergoeding aan de betreffende contractspartij, in dit geval de Russische energieleverancier.

Op het moment dat de lopende overeenkomst ontbonden is, dient een nieuwe aanbestedingsprocedure te worden gevolgd voor de levering van energie. De aanbestedende dienst kan hier mogelijk gebruik maken van de versnelde aanbestedingsprocedure. Deze procedure kan toegepast worden in een urgente situatie. Voor de openbare procedure (artikel 27 lid 3 [Richtlijn 2014/24](#)), de niet-openbare procedure (artikel 28 lid 6 Richtlijn 2014/24) en de mededingingsprocedure met onderhandeling is het mogelijk om deze versnelde procedure toe te passen en zo bepaalde termijnen in te korten. Deze mogelijkheid is geïmplementeerd in de [Aanbestedingswet 2012](#) in artikel 2.74.

Scenario 2: De aanbestedingsprocedure loopt nog en de overeenkomst is nog niet afgesloten;

Hieronder worden verschillende vragen beantwoord die betrekking hebben op het intrekken van een aanbestedingsprocedure die nog loopt, maar waarbij de decentrale overheid nog géén overeenkomst heeft gesloten met een inschrijver.

We zitten midden in een aanbestedingsprocedure voor de levering van gas en zijn in gesprek met een Russische energieleverancier. Kunnen we de aanbesteding intrekken?

In deze situatie is sprake van een Europese aanbesteding, waarbij de inschrijvingen al zijn ontvangen. In beginsel is een aanbestedende dienst bevoegd om een aanbesteding in te trekken zolang er nog geen overeenkomst is gesloten. Er bestaat geen verplichting om de procedure te voltooien en de opdracht te gunnen aan een inschrijver. Dit uitgangspunt vloeit voort uit het beginsel van contractsvrijheid.

De intrekking mag echter niet in strijd zijn met de aanbestedingsbeginselen. Ook zijn aanbestedende diensten gebonden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het vertrouwens- en zorgvuldigheidsbeginsel. Vooral de beginselen van gelijke behandeling en transparantie spelen een belangrijke rol. Een aanbestedende dienst moet een beslissing tot intrekking motiveren en deze motivering meedelen aan de inschrijvers. Het kan verstandig zijn om aan te sluiten bij in de jurisprudentie genoemde redenen voor intrekking wanneer hierover onzekerheid bestaat. Zie onder meer het arrest [Croce Amica Ona Italia](#) waar het Europese Hof van Justitie verschillende gronden heeft toegelicht op basis waarvan een inschrijving ongeschikt kan zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn indien er wijzigingen hebben plaatsgevonden met betrekking tot de economische context of de feitelijke omstandigheden van de aanbesteding. Daarnaast kunnen de behoeften van de aanbestedende dienst zijn veranderd waardoor de opdracht niet meer gewenst is. Bij intrekken bestaat eveneens het risico dat de aanbestedende dienst schadeplichtig is wegens schending van de precontractuele goede trouw.

Moeten we de inschrijver de mogelijkheid tot rechtsbescherming bieden?

Indien de decentrale overheid beslist om de aanbestedingsprocedure in te trekken, dan moet deze aan de inschrijvers die al een inschrijving hebben ingediend de mogelijkheid bieden om bij de rechter tegen deze beslissing op te kunnen komen. Het gaat hierbij om een voorlopige gunningsbeslissing. De aanbestedende dienst moet dan ook de Alcatel-termijn (een opschortende termijn van twintig werkdagen) in acht nemen. In lid 4 van artikel 2.127 Aanbestedingswet 2012 zijn de uitzonderingen op deze verplichting opgenomen.

Wat zijn de mogelijke gevolgen van een intrekking?

Wanneer een belanghebbende, in dit geval de Russische inschrijver, beroep doet op rechtsbescherming bij de rechter dan zijn er verschillende scenario's mogelijk:

- Opschorting: indien binnen de bezwaartermijn beroep wordt ingesteld tegen de beslissing van de aanbestedende dienst om niet te gunnen, dat wil zeggen: de aanbestedingsprocedure in te trekken, dan wordt deze beslissing opgeschort totdat de rechter een uitspraak doet
- Vernietiging: overeenkomsten van de aanbestedende dienst die na de intrekkingbeslissing zijn gesloten, kunnen in sommige gevallen leiden tot vernietigbaarheid. Denk hierbij aan het sluiten van een overeenkomst met een andere inschrijver vóórdat de Alcatel-termijn voorbij is.
- Schadevergoeding: degenen die nadeel hebben geleden van een onwettig of onrechtmatig besluit tot intrekking van een overheidsopdracht kunnen op grond van het privaatrecht schadevergoeding eisen. Over het algemeen geldt dat, hoe later in het proces de aanbestedingsprocedure wordt ingetrokken, hoe eerder sprake kan zijn van schadeplichtigheid ten aanzien van de betrokken inschrijvers.

Hoe moet het verder als we na de intrekking gaan heraanbesteden?

Het is onder bepaalde voorwaarden mogelijk om na intrekking of onthouding van gunning de opdracht opnieuw aan te besteden (heraanbesteden). Er dient hiervoor (in dit geval) sprake te zijn van een wezenlijke wijziging van de specificaties van de opdracht. Het is hierbij van belang dat er wordt nagegaan of er wordt voldaan aan één van de criteria uit artikel 72 lid 4 Richtlijn 2014/24 (artikel 2.163g lid 3 Aanbestedingswet 2012). De aanbestedende dienst kan in beginsel niet dezelfde opdracht onder dezelfde voorwaarden opnieuw in de markt zetten. De wijziging(en) moeten betrekking hebben op de specificaties van de opdracht zelf en niet uitsluitend op de wijze van beoordeling of de aan de inschrijver te stellen eisen. Het verbod op heraanbesteding van nagenoeg dezelfde opdracht na intrekking van een aanbesteding, beschermt het belang van een inschrijver. Indien er echter procedurele gebreken zijn of er maar één inschrijving is gedaan, is een wezenlijke wijziging niet vereist voor een heraanbesteding.

Scenario 3: Hoe kunnen we met de huidige situatie rekening houden bij een toekomstige aanbesteding?

Om ondernemers uit te sluiten bij (toekomstige) aanbestedingen, moet respectievelijk kan er gebruik gemaakt worden van de dwingende en facultatieve uitsluitingsgronden van het aanbestedingsrecht. Deze zijn vastgelegd respectievelijk in artikel 57 lid 4 en 5 Richtlijn 2014/24 en artikelen 2.86 en 2.87 Aanbestedingswet 2012. Hierbij moet het discriminatieverbod in acht gehouden worden. Dit houdt in dat bepaalde categorieën opdrachtnemers alleen bevoordeeld (c.q. benadeeld) mogen worden als daar een objectieve grond voor is die verband houdt met de opdracht.

De lijst van verplichte uitsluitingsgronden sluit ondernemingen uit die bij onherroepelijk vonnis veroordeeld zijn voor:

deelname aan een criminele organisatie;

- omkoping, fraude;
- terrorisme;
- het witwassen van geld;
- kinderarbeid;
- het niet betalen van belasting of sociale premies.

De facultatieve uitsluitingsgronden moeten van toepassing worden verklaard door de aanbestedende dienst. Deze uitsluitingsgronden zijn niet limitatief; er mogen andere uitsluitingsgronden in het aanbestedingsdocument bijgevoegd worden als deze proportioneel zijn en de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen. Dit volgt uit het [Michanki](#)-arrest van het Europese Hof van Justitie. Enkele facultatieve uitsluitingsgronden zijn bijvoorbeeld:

- schuldig aan schending milieu-, sociaal en arbeidsrecht;
- vervalsing van de mededinging;
- er is een ernstige fout begaan;
- slechte past performance.

De overige facultatieve uitsluitingsgronden kunnen worden gevonden in artikel 57 lid 4 Richtlijn 2014/24 en 2.87 Aanbestedingswet 2012.

Bij de facultatieve uitsluitingsgronden is verder nog artikel 57 lid 6 Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 2.87a Aanbestedingswet 2012) van belang, dat eist dat de aanbestedende dienst de uit te sluiten inschrijver de mogelijkheid geeft aan te tonen dat deze voldoende maatregelen heeft genomen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen.

GPA

Rusland vervult de rol van observerende overheid in de Government Procurement Agreement (GPA) die onder de Wereldhandelsorganisatie is afgesloten. Op basis van artikel 25 Richtlijn 2014/24 hebben landen die geen partij zijn bij de GPA geen gelijke toegang tot de aanbestedingsmarkt. Daardoor is het mogelijk om te besluiten dat ondernemers uit derde landen, waaronder Rusland, niet toegestaan worden bij een aanbesteding. Hiertoe kan men onder meer besluiten vanuit een oogpunt van nationale veiligheid. Om te bepalen of er sprake is van een risico voor de nationale veiligheid kan gebruik gemaakt worden van de [quickscan](#) van Rijksoverheid waar met een aantal vragen bepaald wordt of er een risico bestaat. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer er sprake is van een strategische afhankelijkheid van partijen en landen met wie Nederland niet dezelfde geopolitieke belangen deelt.

In veel gevallen zal er echter sprake zijn van een Russische moederonderneming die deelneemt via een Nederlandse dochteronderneming. Men kan niet een Europese dochteronderneming van een onderneming uit een derde land weigeren. Op basis van artikel 2.95 Aanbestedingswet 2012 kan men echter wel bij overheidsopdrachten voor leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerkzaamheden nodig zijn onder omstandigheden eisen dat bepaalde kritieke taken door de hoofdaannemer zelf worden verricht, zonder onderaanneming. Als hiervan gebruik gemaakt wordt, betekent dat echter wel dat ook een Europese onderneming die de opdracht toegewezen krijgt dit zonder onderaannemer moet doen.

Gunnen op prijs-kwaliteitverhouding

Als aanbestedende diensten besluiten niet meer op de laagste prijs te gunnen, maar op basis van de prijs-kwaliteitverhouding, kan de aanbestedingsprocedure ook een andere uitkomst hebben. Hierbij zou kunnen meespelen welke vorm van gaswinning minder duurzaam is.

Sancties

Op dit moment heeft de Europese Commissie nog geen sancties aangekondigd die toezien op de betreffende situatie, waardoor mogelijk zou worden dat bepaalde uitsluitingsgronden direct gerechtvaardigd zijn. Het is onduidelijk of dit op de agenda van de Commissie staat. Zodra hier meer informatie over bekend is zullen wij hierover uiteraard berichten.

Contact met Europa decentraal

Info@europadecentraal.nl

www.europadecentraal.nl

This is a product of  **Europa decentraal**

De dienstverlening van Kenniscentrum Europa decentraal beperkt zich tot het verlenen van eerstelijns advies. Wij kunnen geen bindende en gedetailleerde uitspraak doen. Wel kunnen we proberen u aan de hand van relevante informatie verder op weg te helpen. Als u toch behoefte heeft aan een volledig juridisch advies om meer zekerheid en duiding te verkrijgen voor uw specifieke situatie kunt u overwegen een juridisch adviesbureau in te schakelen.