

University of Groningen

Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures

van Heeswijck, Arthur Jeffrey

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version

Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:

2014

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

van Heeswijck, A. J. (2014). *Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures*. [, Rijksuniversiteit Groningen]. s.n.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

3 | Het nationaalrechtelijk kader

1 INLEIDING

De Nederlandse wetgever is tot dusver zuinig geweest met het vaststellen van nieuwe wetgeving ten behoeve van de implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Omzetting van de oorspronkelijke Rechtsbeschermingsrichtlijnen in nationale wetgeving werd destijds niet noodzakelijk geacht, omdat de bestaande wetgeving al aan de gestelde eisen zou voldoen.¹ Ten behoeve van de implementatie van de Wijzigingsrichtlijn is wel specifieke wetgeving vastgesteld, namelijk de Wira, die later in de Aanbestedingswet 2012 is opgegaan. Het ambitieniveau van deze implementatiewetgeving is laag. Het uitgangspunt van de Nederlandse wetgever was om niet verder te gaan dan strikt noodzakelijk.² Het gevolg van de terughoudende opstelling van de wetgever is dat de rechter voor de beslechting van aanbestedingsgeschillen in hoofdzaak is aangewezen op het algemene privaatrecht en bestuursrecht.

De door de Rechtsbeschermingsrichtlijnen specifiek voorgeschreven maatregelen, waaronder de voorlopige maatregelen en de toekenning van schadevergoeding, komen in de volgende hoofdstukken uitgebreid aan bod. Een belangrijke vraag die voorafgaat aan de vaststelling van de voorwaarden waaronder deze maatregelen kunnen worden genomen, is wat de plaats is van een aanbesteding in het Nederlandse recht. Met andere woorden: hoe kan de rechtsverhouding tussen de aanbesteder en inschrijvers worden gekwalificeerd en welke normen zijn daarop van toepassing? Deze vragen worden in dit hoofdstuk beantwoord.

In paragraaf 2 komt de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen aanbesteder en inschrijver aan bod en ga ik na door welke (verbintenisrechtelijke) normen deze rechtsverhouding wordt beheerst. In paragraaf 3 wordt aandacht besteed aan de specifieke verplichtingen die uit de toepasselijke normen voortvloeien. In paragraaf 4 komt de betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor aanbestedingen aan de orde.

1 *Kamerstukken II*, 1991/92, 22 669, nr. 3 (MvT Raamwet EEG), p. 4 en p. 6-7. Zie voorts *Kamerstukken II*, 1992/93, 22 734, nr. 5 (MvT WALAPULI), p. 3.

2 *Kamerstukken II*, 2008/09, 32 027, nr. 3 (MvT Wira), p. 1 en p. 13.

2 DE KWALIFICATIE VAN DE RECHTSVERHOUDING TUSSEN AANBESTEDER EN INSCHRIJVER

2.1 INLEIDING

Bij de rechtsbescherming van inschrijvers neemt de gunningsbeslissing een centrale plaats in.³ Het rechtskarakter van de gunningsbeslissing is in belangrijke mate bepalend voor de toepasselijke regels. Om deze reden begint paragraaf 2.2 met een onderzoek naar het rechtskarakter van de gunningsbeslissing. In paragraaf 2.3 wordt de rechtsverhouding tussen aanbesteder en inschrijver in een breder perspectief geplaatst en wordt onderzocht aan welke verbintenisrechtelijke normen aanbesteders gebonden zijn.

2.2 HET RECHTSKARAKTER VAN DE (MEDEDELING VAN DE) GUNNINGSBESLISSING

Het begrip ‘aanbesteder’ wordt in dit onderzoek ruim opgevat. Daaronder zijn zowel aanbestedende diensten als particuliere aanbesteders begrepen. Dat de rechtsverhouding tussen particuliere aanbesteders en inschrijvers door het privaatrecht wordt beheerst leidt geen twijfel. Een groot aantal aanbesteders behoort tot de categorie (semi-)overheid. Op een groot deel van de besluitvorming van overheden, of beter gezegd bestuursorganen, is de Awb van toepassing. Voor deze categorie aanbesteders moet dus eerst het rechtskarakter van de gunningsbeslissing worden vastgesteld om na te gaan welk stelsel van regels daarop van toepassing is.

Een aanbesteding is gericht op de totstandkoming van een overeenkomst.⁴ In de systematiek van de Awb kunnen bij de totstandkoming van een overeenkomst drie rechtshandelingen worden onderscheiden.

De eerste rechtshandeling is het besluit dat strekt tot het verrichten van een privaatrechtelijke rechtshandeling, zoals het doen van een aanbod of de aanvaarding van een aanbod. Dit is een interne beslissing van het bevoegde bestuursorgaan die inhoudt dat een privaatrechtelijke rechtshandeling zal worden verricht.⁵ Die beslissing berust op een publiekrechtelijke bevoegdheid. Het beoogde rechtsgevolg is dat het orgaan dat de rechtspersoon buiten rechte vertegenwoordigt,⁶ bevoegd is om namens de rechtspersoon de privaatrechtelijke rechtshandeling te verrichten. Deze interne beslissing is een publiekrechtelijke rechtshandeling en, mits op schrift gesteld, een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb.⁷ Beroep bij de bestuursrechter tegen dit besluit is echter op grond van artikel 8:3 lid 2 Awb uitgesloten.

3 Met gunningsbeslissing wordt hier bedoeld de keuze van de aanbesteder voor de ondernemer met wie hij voornemens is de overeenkomst te sluiten (zie ook art. 1.1 Aanbestedingswet 2012).

4 De concessie in het openbaar vervoer blijft in dit onderzoek buiten beschouwing.

5 Voor de gemeente is dit ingevolge art. 160 lid 1 sub e Gemeentewet het college van B&W.

6 Voor de gemeente is dit ingevolge art. 171 lid 1 Gemeentewet de burgemeester.

7 PG Awb II, p. 390; PG Awb III, p. 474.

De tweede rechtshandeling is het aanbod of de aanvaarding van een aanbod.⁸ Dit is een externe beslissing van de *rechtspersoon*. Dit is een privaatrechtelijke rechtshandeling en dus geen besluit.⁹ Om deze reden staat tegen deze beslissing geen beroep open bij de bestuursrechter.

De derde rechtshandeling is de overeenkomst. De rechtspersoon is partij bij de overeenkomst. Ook de overeenkomst is een privaatrechtelijke rechtshandeling en geen besluit.¹⁰ In navolging van het aanbod of de aanvaarding van een aanbod staat hiertegen geen beroep open bij de bestuursrechter.

De definitieve gunning van een opdracht houdt de aanvaarding in van het aanbod van een inschrijver. Dit is een privaatrechtelijke rechtshandeling. Hierover bestaat geen discussie in de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie en literatuur.¹¹ Over de plaats van de gunningsbeslissing in de systematiek van de Awb bestaat geen *communis opinio*. Vele schrijvers menen dat de gunningsbeslissing een besluit is ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling.¹² Dit is naar mijn mening een misvatting. De mogelijke oorzaak van deze misvatting is dat aanbestedende diensten vaak ten onrechte worden vereenzelvd met de bestuursorganen die tot de aanbestedende diensten behoren.¹³ Aanbestedende diensten zijn rechtspersonen.¹⁴ In het bestuursrecht zijn bestuursorganen de rechtssubjecten.¹⁵ De gunningsbeslissing kan weliswaar in zekere zin worden beschouwd als een voorbereidende handeling op de privaatrechtelijke rechtshandeling die strekt tot aanvaarding van het aanbod van een inschrijver, maar zij moet worden onderscheiden van de eerder genoemde interne beslissing van het bevoegde bestuursorgaan waarbij het orgaan dat bevoegd is de rechtspersoon te vertegenwoordigen, wordt gemachtigd om een privaatrechtelijke rechtshandeling te verrichten. Het nemen van een gunningsbeslissing is in tegenstelling tot de bevoegdheid tot het nemen van die interne beslissing geen exclusieve bevoegdheid die het openbaar bestuur ontleent aan de wet.¹⁶

8 Art. 6:217 BW.

9 PG Awb III, p. 474.

10 Art. 6:213 lid 1 BW.

11 ABRvS 11 april 1983, R 01.83.0402/s41, n.n.g. Vgl. Van Romburgh 2005, p. 87. Zie voorts HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/Comformed), r.o. 3.4.2.

12 Mok in zijn noot onder HvJ EU 9 december 2010, C-568/08 (Van Spijker), NJ 2011, 118; Hebly & Wilman 2010, p. 326; Essers 2009, p. 551; Hebly, De Boer & Wilman 2007, p. 47; Van Romburgh 2005, p. 94 en p. 289; De Haan 2004, p. 112; Nijholt 2003, p. 384; Verberne 2003, p. 143; Orobio de Castro & Van Angeren 2000, p. 650; Pijnacker Hordijk 1999, p. 1005. Zie voorts Hof Leeuwarden 19 april 2006, LJV AW4179, r.o. 13; NvT Bao, p. 49. Anders: Pres. Rb. Zwolle 21 maart 1983, KG 1983, 133; Nijholt in zijn noot onder RvA 17 juni 1998, BR 2000, p. 259.

13 Zie bijv. NvT Bao, p. 49; Essers 2009, p. 60; Orobio de Castro & Van Angeren 2000, p. 650; Pijnacker Hordijk 1999b, p. 1025.

14 Vgl. de definities van 'aanbestedende dienst' en 'publiekrechtelijke instelling' in art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

15 Scheltema & Scheltema 2008, p. 20. Zie voor kritiek op deze opvatting De Haan 2004, p. 109-115.

16 Zie ook HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/Comformed), r.o. 3.4.2. Zie voorts ABRvS 7 november 2012, AB 2013, 18, m.nt. Peters, waarin de besluitvorming omtrent privaatrechtelijke rechtshandelingen zelfs volledig van privaatrechtelijke aard wordt beschouwd. Zie ook hierna § 4.3.

Bovendien is de gunningsbeslissing afkomstig van een rechtspersoon in plaats van een bestuursorgaan.¹⁷ Op beide gronden is een gunningsbeslissing geen besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. Aan artikel 8:3 lid 2 Awb, dat bepaalt dat geen beroep kan worden ingesteld tegen een *besluit* ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling, wordt niet toegekomen.

De kwalificatie van de gunningsbeslissing is niet uitsluitend een theoretische kwestie. Weliswaar doet zij niet ter zake voor de vaststelling van de bevoegde rechter; tegen besluiten ter voorbereiding op privaatrechtelijke rechtshandeling staat immers op grond van artikel 8:3 lid 2 Awb geen beroep open bij de bestuursrechter, zodat de inschrijver zonder meer is aangewezen op de burgerlijke rechter. Maar als een gunningsbeslissing als een besluit in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb zou zijn aan te merken, dan zouden daarop de eerste vier hoofdstukken van de Awb van toepassing zijn.¹⁸ In dat geval zouden extra procedurele voorschriften gelden voor het nemen van gunningsbeslissingen.¹⁹

De kwalificatie van de gunningsbeslissing moet met behulp van het verbintenissenrecht geschieden. De wetgever heeft de verbintenisrechtelijke gevolgen van de (mededeling van de) gunningsbeslissing niet geregeld.²⁰ Artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt alleen wat een mededeling van een gunningsbeslissing niet is; de aanvaarding van een aanbod van een ondernemer.²¹ Met deze bepaling is beoogd uitvoering te geven aan de verplichte opschortingstermijn van artikel 2 bis van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen, die op haar beurt de codificatie van *Alcatel* is.²² Het doel van artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 is de totstandkoming van een overeenkomst te blokkeren, zodat afgewezen inschrijvers die bezwaar hebben tegen de gunningsbeslissing niet voor een voldongen feit komen te staan. Helaas heeft de wetgever bij de implementatie van artikel 2 bis van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen onvoldoende oog gehad voor de samenhang van de aanbestedingsregels met de regeling voor de totstandkoming van overeenkomsten in het BW.²³

Als de aanbestedende dienst conform de bedoeling van de wetgever in mededeling van de gunningsbeslissing slechts een voornemen tot de aanvaarding van een aanbod van een inschrijver kenbaar maakt, dan ontbreekt een op rechtsgevolg gerichte verklaring. De mededeling van de gunningsbeslissing kan dan niet als een aanvaarding van het aanbod van een

17 In feite ligt dit argument in het verlengde van het eerste argument. Zoals gezegd is in het privaatrecht immers de rechtspersoon in plaats van het bestuursorgaan rechtssubject.

18 Vgl. PG Awb II, p. 390.

19 Denk bijv. aan de hoorplicht van art. 4:8 Awb.

20 Zie ook Jansen 2009, p. 89; Jansen 2008b, p. 533-534.

21 Deze bepaling is in art. 3.75 Aanbestedingswet 2012 van overeenkomstige toepassing verklaard op gunningsbeslissingen van speciale-sectorbedrijven.

22 Zie hoofdstuk 2, § 3.4.2.

23 Art. 6:217 - 6:227 BW.

inschrijver worden beschouwd. In dat geval leidt toepassing van artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 tot hetzelfde resultaat als de regels voor de totstandkoming van overeenkomsten.²⁴ De mededeling van de gunningsbeslissing is dan een feitelijke handeling waaraan slechts betekenis kan toekomen bij de beoordeling van de toelaatbaarheid om van de gunning van de opdracht af te zien.²⁵

Wanneer een aanbestedingsreglement van toepassing is waarin is bepaald dat de mededeling van de gunningsbeslissing geen aanvaarding van het aanbod van een ondernemer inhoudt, ontstaat evenmin spanning tussen artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 en de regeling voor de totstandkoming van overeenkomsten.²⁶ De regeling in het BW is overwegend van regelend recht. In algemene voorwaarden kunnen de gevolgen van de reactie van de aanbestedende dienst op het aanbod van de inschrijver worden geregeld en kan worden bepaald dat de mededeling van de gunningsbeslissing geen aanvaarding inhoudt.²⁷ In dat geval komt door de mededeling van de gunningsbeslissing geen overeenkomst tot stand. Ook dan is de mededeling van de gunningsbeslissing een feitelijke handeling waaraan slechts betekenis kan toekomen bij de beoordeling van de toelaatbaarheid om van de gunning van de opdracht af te zien.²⁸

De spanning tussen artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 en de regeling voor de totstandkoming van overeenkomsten ontstaat, wanneer een aanbestedende dienst willens en wetens het aanbod van een inschrijver aanvaardt en er geen aanbestedingsreglement van toepassing is dat het rechtsgevolg van de mededeling van de gunningsbeslissing nog kan verhinderen. Als de verklaring van de aanbestedende dienst door de desbetreffende inschrijver mag worden opgevat als de aanvaarding van zijn aanbod, komt in het systeem van het BW een overeenkomst tot stand. Maar hoe verhoudt artikel 6:217 lid 1 BW zich tot artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012, dat nu juist bepaalt dat de mededeling van de gunningsbeslissing geen aanvaarding van het aanbod van een ondernemer inhoudt?²⁹ De regeling voor de totstandkoming van overeenkomsten is zoals gezegd overwegend van regelend recht. Onder meer uit de gewoonte kan iets anders voortvloeien.³⁰ De gewoonte is naar mijn mening een te zwakke basis om aan een gunningsbeslissing rechtsgevolgen te ontzeggen, met name

24 Zie art. 6:217 BW jo. art. 3:33 - 35 BW. Zie uitgebreid over de totstandkoming van overeenkomsten Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 119 e.v.

25 Zie hierna § 3.3.

26 Zie bijv. art. 3.29.5 ARW 2012. Een contractuele regeling in de uitnodiging tot inschrijving of bestek is ook mogelijk. Zie hierna § 2.3.4.

27 Zie ook HR 4 mei 2012, NJ 2012, 295 (Vivare/Dura Vermeer), r.o. 4.4.

28 Zie hierna § 3.3.

29 Dat deze overeenkomst op grond van art. 4.15 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012 vernietigbaar is, blijft op deze plaats buiten beschouwing.

30 Art. 6:217 lid 2 BW.

als de aanbestedende dienst in niet voor tweeërlei uitleg vatbare bewoordingen het aanbod van de inschrijver heeft aanvaard. Artikel 6:217 lid 1 BW zal op grond van het beginsel 'lex specialis derogat legi generali' voor zover noodzakelijk buiten toepassing moeten worden gelaten.³¹ Erg fraai is artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 echter niet. Het maakt namelijk onnodig inbreuk op regels voor de totstandkoming van overeenkomsten. Een overheidsopdracht is een overeenkomst in de zin van artikel 6:213 lid 1 BW.³² Vanuit het oogpunt van coherentie is het onwenselijk dat voor de totstandkoming van (een deel van alle) overheidsopdrachten afwijkende regels gelden.³³ Een daadwerkelijke behoefte aan een bepaling als artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 is er in mijn ogen niet. Het is aan de aanbestedende dienst om te voorkomen dat de mededeling van de gunningsbeslissing door een inschrijver als aanvaarding van zijn aanbod kan worden opgevat.³⁴ Dit zou de aanbestedende dienst weinig moeite mogen kosten. Ingevolge artikel 2.130 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 moet de mededeling van de gunningsbeslissing een nauwkeurige omschrijving van de opschortingstermijn als bedoeld in artikel 2.127 lid 1 van de wet bevatten. Met de omschrijving van de opschortingstermijn geeft de aanbestedende dienst aan dat de overeenkomst niet kan worden gesloten, voordat een termijn van ten minste twintig dagen is verstreken. Het zal de inschrijver onder de gegeven omstandigheden duidelijk moeten zijn dat de mededeling van de gunningsbeslissing geen aanvaarding van zijn aanbod inhoudt. Mocht de aanbestedende dienst toch de fout in gaan door direct in de mededeling van de gunningsbeslissing het aanbod van een inschrijver te aanvaarden, dan is de overeenkomst op grond van artikel 4.15 lid 1 sub b van de Aanbestedingswet 2012 vernietigbaar.³⁵ Artikel 2.129 van de Aanbestedingswet 2012 is dus in wezen overbodig. Een noodzaak om voor overeenkomsten die overheidsopdrachten zijn, afwijkende regels voor de totstandkoming vast te stellen ontbreekt.

Over het rechtskarakter van de mededeling van de gunningsbeslissing ten opzichte van afgewezen inschrijvers doet de Aanbestedingswet 2012 er zelfs volledig het zwijgen toe. Door middel van de mededeling van de gunningsbeslissing brengt de aanbestedende dienst inschrijvers op hoogte van de afwijzing van hun inschrijving. Deze boodschap kan als verwerping van het aanbod van de desbetreffende inschrijver worden gekwalificeerd,³⁶ waardoor het aanbod op grond van artikel 6:221 lid 2 BW komt te vervallen. De verplichte opschortingstermijn en voorlopige maatregelen in kort geding zouden in belangrijke mate van hun effectiviteit worden beroofd, wanneer

31 Vgl. Van Romburgh 2005, p. 82

32 Uitzonderingen zijn denkbaar, aangezien het begrip 'overheidsopdracht' ruim wordt uitgelegd door het HvJ en het Unierecht zich weinig aantrekt van nationale begrippen.

33 Een deel van alle overheidsopdrachten, want art. 2.129 (jo. art. 3.75) Aanbestedingswet 2012 heeft een beperkte werkingssfeer.

34 Dit moet worden beoordeeld aan de hand van de art. 3:33 - 35 BW.

35 Zie over dit onderwerp meer uitgebreid hoofdstuk 6, § 3.

36 Jansen 2009, p. 86.

de aanbestedende dienst na gedwongen intrekking van de oorspronkelijke gunningsbeslissing, de opdracht niet langer zou kunnen gunnen aan een inschrijver die in eerste instantie ten onrechte door de aanbestedende dienst was afgewezen. In de praktijk pleegt de definitieve gunning van de opdracht pas als verwerping van de aanbiedingen van afgewezen inschrijvers te worden beschouwd.³⁷ Vanuit verbintenisrechtelijk perspectief zijn bij deze rechtsopvatting kanttelingen te plaatsen. De kwalificatie van de mededeling van de gunningsbeslissing als een ‘voornemen tot verwerping’ is echter noodzakelijk om de effectiviteit van de verplichte opschortingstermijn en voorlopige maatregelen in kort geding te verzekeren.

2.3 DE PRECONTRACTUELE FASE VERSUS DE THEORIE VAN DE AANBESTEDINGSOVEREENKOMST

2.3.1 Inleiding

Hiervoor is geconcludeerd dat de gunningsbeslissing geen besluit is in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb. De betekenis van de Awb voor de besluitvorming in aanbestedingsprocedures is hierdoor beperkt.³⁸ De rechtsverhouding tussen aanbesteder en inschrijver is privaatrechtelijk van aard. In deze paragraaf wordt deze rechtsverhouding in een breder verbintenisrechtelijk perspectief geplaatst en geanalyseerd.

Het doel dat zowel de aanbesteder als inschrijvers bij een aanbesteding voor ogen staat is het sluiten van een in economisch opzicht zo voordelig mogelijke overeenkomst tegen zo laag mogelijke transactiekosten.³⁹ Op de totstandkoming van deze overeenkomst is het BW van toepassing.⁴⁰ De aankondiging van een overheidsopdracht of de uitnodiging tot inschrijving op een aanbesteding geldt als een uitnodiging tot het doen van een aanbod.⁴¹ Een inschrijving is een aanbod in de zin van artikel 6:217 lid 1 BW. De (definitieve) gunning houdt vervolgens de aanvaarding in van het aanbod van een inschrijver, waarmee op grond van artikel 6:217 lid 1 BW een overeenkomst tot stand komt. Na de totstandkoming van de overeenkomst is de aanbesteding in beginsel afgewikkeld. De aanbesteding is dus een precontractuele rechtsverhouding.⁴² De Hoge Raad heeft dit in zijn roemruchte arrest *RZG/Comformed* bevestigd.⁴³ Dat een aanbesteding een

37 V.zr. Rb. Den Haag 24 januari 2012, *LJN* BV1636, r.o. 3.12.

38 De deels gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur komen hierna in § 4 aan bod.

39 Jansen 2009, p. 20.

40 Aldus ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 350; Hebly 2003, p. 88. Zie bijv. V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 13 december 2011, *LJN* BU7691.

41 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 170. Wanneer geen voorbehoud ten aanzien van gunning is gemaakt, zou volgens sommige schrijvers sprake zijn van een volledig openbaar aanbod. De inschrijving van de inschrijver die met de laagste prijs heeft ingeschreven zou dan de aanvaarding van het aanbod van de aanbesteder inhouden; zie Blei Weissmann (Verbintennisrecht I), art. 6:217 BW, aant. 203.3.

42 Aldus ook Van Romburgh 2005, p. 118.

43 HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 (*RZG/Comformed*).

precontractuele rechtsverhouding is, wordt sinds dit arrest waarschijnlijk door niemand meer bestreden. De heersende opvatting is niettemin dat de rechtsverhouding tussen de aanbestedder en de inschrijvers als een overeenkomst moet worden aangemerkt.⁴⁴ In deze paragraaf wordt de theorie van de aanbestedingsovereenkomst onder de loep genomen.

Paragraaf 2.3.2 begint met een uitwerking van de theorie van de aanbestedingsovereenkomst. In paragraaf 2.3.3 komen vervolgens bezwaren tegen deze theorie aan bod. Paragraaf 2.3.4 is gewijd aan de mogelijkheden om aspecten van de aanbestedingsprocedure bij overeenkomst te regelen. In paragraaf 2.3.5 wordt tot slot aandacht besteed aan het rechtskarakter van een specifieke categorie van aanbestedingsovereenkomsten, te weten aanbestedingsreglementen.

2.3.2 De theorie van de aanbestedingsovereenkomst

Volgens de theorie van de aanbestedingsovereenkomst geldt de aankondiging van een opdracht of een uitnodiging tot inschrijving als aanbod om de aanbesteding volgens bepaalde spelregels te laten verlopen. De aanvaarding van dit aanbod zou volgen uit een kennisgeving van de ondernemer van zijn wens om aan de aanbesteding deel te nemen,⁴⁵ of uit een andere gedraging, bijvoorbeeld het inschrijven op de aanbesteding.⁴⁶ Aan de overeenkomst die aldus tot stand zou komen zijn verschillende namen gegeven, zoals ‘voorovereenkomst’,⁴⁷ ‘voorbereidende hulpovereenkomst’,⁴⁸ en de dooddoener ‘overeenkomst sui generis’.⁴⁹ In navolging van Jansen hanteer ik het begrip ‘aangebestedingsovereenkomst’,⁵⁰ dat in mijn ogen de lading van de overeenkomst het beste dekt.

Als aanbod en aanvaarding erop zijn gericht de aanbesteding volgens de procedureregels van een aanbestedingsreglement te laten verlopen, dan wordt de inhoud van de aanbestedingsovereenkomst door het van toepassing verklaarde aanbestedingsreglement bepaald.⁵¹ De inhoud van de aanbestedingsovereenkomst is lastiger vast te stellen, als er geen aanbestedingsreglement

44 Jansen 2009, p. 36; Slagter 2001, p. 2; Wedekind 2001, p. 17; Spier 1981, p. 61; Zonderland 1975, p. 260; Goudsmit 1974, p. 232; Anders: Kuypers in zijn noot onder Rb. Amsterdam 23 april 2008, BR 2008, 192. Sommige schrijvers behouden de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen aanbestedder en inschrijver als overeenkomst voor aan aanbestedingen die onder toepassing van een aanbestedingsreglement plaatsvinden; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 621-622; Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 42-43; Van Wassenae 1990, p. 22; Van Nouhuys 1986, p. 38-39; Rozemond 1982, p. 116; Van Werven 1985, p. 44; waarschijnlijk ook Essers 2009, p. 50 en p. 337. Zie voor een overzicht van literatuur en rechtspraak voorts Blei Weissmann (Verbintenisrecht I), art. 6:217-227 I. BW, aant. 18.

45 Jansen 2009, p. 40.

46 O.a. Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 42; Van Nouhuys 1986, p. 39.

47 Van Nouhuys 1986, p. 45.

48 Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 42.

49 RvA 24 december 1998, BR 1999, p. 361, m.nt. Van den Berg.

50 Jansen 2009, p. 33.

51 Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 42.

van toepassing is. Volgens Zonderland heeft de aanbestedingsovereenkomst “zwakke normen”, waarmee hij bedoelt te zeggen dat “de norm niet zo heel veel om hakken” heeft.⁵² Zonderland spreekt van “rechtjes” en “verplichtinkjes”, maar een beschrijving van de concrete inhoud daarvan laat hij achterwege. Jansen geeft wel een concrete invulling aan de rechten en verplichtingen die bij het sluiten van een aanbestedingsovereenkomst in het leven zouden worden geroepen. Volgens Jansen is de aanbesteder verplicht inschrijvers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen en transparantie in zijn handelen te betrachten. Dit is de kernverplichting van de aanbesteder.⁵³ Wanneer de aanbestedingsovereenkomst niet zelf in deze verplichting voorziet, dan moet de aanbestedingsovereenkomst daarmee op grond van artikel 6:248 lid 1 BW met behulp van de wet of de redelijkheid en billijkheid worden aangevuld, aldus Jansen.⁵⁴

2.3.3 Bezwaren tegen de theorie van de aanbestedingsovereenkomst

De opvatting dat de rechtsverhouding tussen aanbesteder en inschrijver als een overeenkomst moet worden gekwalificeerd, deel ik niet. Tegen de theorie van de aanbestedingsovereenkomst zijn ten minste twee bezwaren aan te voeren.

Het eerste bezwaar is hoofdzakelijk van theoretische aard. In het Nederlandse overeenkomstenrecht geldt contractsvrijheid als belangrijk uitgangspunt.⁵⁵ Contractsvrijheid omvat tevens het recht om niet een overeenkomst te sluiten. Een overeenkomst komt tot stand door aanbod en aanvaarding.⁵⁶ Zowel aanbod als aanvaarding is een rechtshandeling. Een rechtshandeling vereist blijkens artikel 3:33 BW een op rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard. Voor de totstandkoming van een overeenkomst is dus in beginsel wilsovereenstemming noodzakelijk.⁵⁷ In de rechtsverhouding tussen aanbesteder en inschrijver is wilsovereenstemming lang niet altijd te bespeuren.

52 Zonderland 1975, p. 260-261. Zie tevens Spier 1981, p. 61 en p. 64.

53 Jansen 2009, p. 43; Jansen 2010b, p. 79.

54 Jansen 2009, p. 43-52. Aanvulling van de aanbestedingsovereenkomst met - kort gezegd - de verplichting tot gelijke behandeling van inschrijvers met behulp van de wet vindt volgens Jansen plaats, wanneer de aanbesteder gebonden is aan (Europese) aanbestedingsregels of algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Aanvulling van de aanbestedingsovereenkomst met behulp van de redelijkheid en billijkheid vindt plaats, wanneer de aanbesteder een particulier is. Zie tevens Jansen 2010b, p. 81-84.

55 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 41; Ruygvoorn 2009, p. 16-17.

56 Art. 6:217 BW e.v.

57 In beginsel, want ingevolge art. 3:35 BW kan op het ontbreken van een met een verklaring of gedraging corresponderende wil geen beroep worden gedaan tegen hem die de verklaring of de gedraging van die ander overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking. Zie uitgebreid over de wilsvertrouwensleer Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 119 e.v.

Inspirerend in dit verband is de discussie naar aanleiding van de totstandkoming en invoering van het UAR 1986. De discussie over de kwalificatie van de rechtsverhouding won destijds sterk aan belang, doordat in artikel 41 lid 1 UAR 1986 de Raad van Arbitrage voor de Bouw bevoegd werd verklaard om kennis te nemen van geschillen naar aanleiding van aanbestedingen. Om een geschil aan arbitrage te onderwerpen is een overeenkomst noodzakelijk, die bovendien bij geschrift moet worden bewezen.⁵⁸ De opstellers van het aanbestedingsreglement hebben gepoogd deze overeenkomst in artikel 2 UAR 1986 te construeren.

Artikel 2 UAR 1986 luidt:

1. Indien in de algemene bekendmaking of in de uitnodiging is vermeld dat de aanbesteding zal geschieden overeenkomstig deze regeling, zijn de bepalingen van deze regeling van toepassing voor zover daarvan niet uitdrukkelijk in de bekendmaking, de uitnodiging, het bestek, de nota van inlichtingen of het proces-verbaal van aanwijzing is afgeweken.
2. Indien en voor zover toepassing is gegeven aan het eerste lid, wordt degene die tegenover de aanbesteder blijkt heeft gegeven voornemens te zijn op het werk in te schrijven of deel te nemen aan de selectie, geacht te hebben ingestemd met toepassing van deze regeling.

De basis van de overeenkomst tot arbitrage in het UAR 1986 is smal en heeft daarom de nodige kritiek te verduren gekregen. Van Nouhuys noemde het arbitragebeding een kunstgreep,⁵⁹ Van den Berg een misgreep.⁶⁰ Door de instemming van de inschrijver met de toepasselijkheid van het UAR al af te leiden uit het blijkt hebben gegeven van het voornemen om in te schrijven, zou de instemming worden gefingeerd.⁶¹ Weliswaar is sprake van een onweerlegbaar vermoeden in plaats van een fictie,⁶² maar van Nouhuys en Van den Berg toonden wel aan dat de overeenkomst tot arbitrage, en daarmee de aanbestedingsovereenkomst in het algemeen, in het UAR 1986 in zekere zin gekunsteld is.

58 Art. 1021 Rv.

59 Van Nouhuys 1986, p. 38.

60 Van den Berg 1987, p. 92.

61 Van den Berg 1987, p. 92. Zie voorts Van den Berg 1991, p. 25. Overigens zag Van den Berg 1987, p. 92-93, in navolging van Van Nouhuys 1986, p. 38-39, wel ruimte om de instemming met de toepasselijkheid van het UAR uit de concrete omstandigheden van het geval af te leiden. Rozemond 1987, p. 94, constateerde dat in de praktijk niemand er belang bij had de geldigheid van de overeenkomst tot arbitrage te betwisten. Inschrijvers niet, omdat zij moeilijk een beroep konden doen op het reglement zonder het daarin vervatte arbitragebeding te aanvaarden. De aanbesteder niet, omdat hij zelf geschillenbeslechting door middel van arbitrage had bedongen. Hieraan kan worden toegevoegd de RvA, die zijn bestaansrecht als beslechter van aanbestedingsgeschillen aan het arbitragebeding ontleende.

62 De instemming van de inschrijver wordt immers niet in strijd met de werkelijke toestand aangenomen, maar verondersteld aanwezig te zijn. De fictie en het onweerlegbaar (rechts) vermoeden liggen dicht tegen elkaar aan, maar zijn niet hetzelfde; Zwart 2010, p. 208-209; Pitlo/Hidma & Rutgers 2004, p. 40. Zie voor het onderscheid voorts Asser/Scholten 1974, p. 51.

Zij die de kwalificatie van de rechtsverhouding tussen aanbestedder en inschrijver als overeenkomst beperken tot aanbestedingen waarop een aanbestedingsreglement van toepassing is verklaard, kunnen aanbod en aanvaarding, die noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van een overeenkomst, baseren op artikel 2 UAR 1986 of daarmee vergelijkbare bepalingen in andere aanbestedingsreglementen.⁶³ Dit standpunt is in mijn ogen verdedigbaar.⁶⁴ Deze constructie geldt wel als ondergrens voor de totstandkoming van een aanbestedingsovereenkomst. Een aankondiging van een opdracht of een uitnodiging tot inschrijving is in de eerste plaats een uitnodiging tot het doen van een aanbod. De wil van de aanbestedder is erop gericht om een overeenkomst te sluiten voor de opdracht die het voorwerp is van de aanbesteding. Als de wil van de aanbestedder er tevens op gericht is om de aanbestedingsprocedure volgens bepaalde spelregels te laten verlopen en, minstens zo belangrijk, de inschrijver daaraan te binden, dan zal dit op zijn minst uit de aanbestedingsdocumenten moeten blijken. Als deze wilsverklaring ontbreekt, is van een aanbod tot het sluiten van een aanbestedingsovereenkomst geen sprake, laat staan van de aanvaarding van een aanbod. Als in dat geval toch het bestaan van een aanbestedingsovereenkomst wordt aangenomen, wordt de bij de aanbesteding betrokken partijen in feite een overeenkomst 'opgedrongen'. Dit druist in tegen de contractsvrijheid, die zoals gezegd tevens het recht inhoudt om geen overeenkomst te sluiten.⁶⁵

De aanbestedingsovereenkomst die enkel door het organiseren van een aanbesteding tot stand zou komen, kan worden beschouwd als een species van de diligentieovereenkomst.⁶⁶ Aan de theorie van de aanbestedingsovereenkomst lijkt met name de wens ten grondslag te liggen om de bij de aanbestedingsprocedure betrokken partijen aan bepaalde gedragsnormen te onderwerpen of vermeende verplichtingen te verklaren.⁶⁷ Vanuit die wens worden aanbod en aanvaarding in mijn ogen geconstrueerd. Hierdoor is de aanbestedingsovereenkomst als diligentieovereenkomst losgekoppeld van de wilsovereenstemming van partijen en lijkt zij een eigen leven te leiden. Illustratief in dit verband is de vermeende inhoud van de aanbestedingsovereenkomst. De kernverplichting van de aanbestedder is volgens Jansen kort gezegd de verplichting om inschrijvers op gelijke wijze te behandelen en transparantie te betrachten. Wanneer de aanbestedingsovereenkomst niet voorziet in deze kernverplichting, zou de aanbestedingsovereenkomst

63 Zie bijv. art. 1.3.6 ARW 2012.

64 Zie hierna § 2.3.4.

65 Zie ook Ruygvoorn 2009, p. 45.

66 In die zin expliciet Zonderland 1975, p. 260. Zie tevens Spier 1981, p. 64. Een diligentieovereenkomst is een overeenkomst die stilzwijgend tot stand zou komen, zodra partijen in onderhandeling treden over het sluiten van een overeenkomst en die partijen verplicht in overeenstemming met de redelijkheid en billijkheid te onderhandelen; Ruygvoorn 2009, p. 45.

67 Zie Jansen 2009, p. 35. Zie ook Van Nouhuys 1986, p. 45, die stelt dat de beoordeling van het gedrag van partijen aan de hand van de criteria voor wanprestatie eerder tot een resultaat kan leiden. Wedekind 2001, p. 17 wijst op een mogelijk psychologisch voordeel; contractuele gebondenheid zou partijen tot nauwkeuriger en zorgvuldiger gedrag aansporen.

daarmee op grond van artikel 6:248 lid 1 BW met behulp van de redelijkheid en billijkheid moeten worden aangevuld. Ik zie niet in hoe een overeenkomst tot stand kan komen, als wilsovereenstemming over de kernverplichting ontbreekt.⁶⁸ Als wordt uitgegaan van een overeenkomst met “zwakke” normen waaraan geen concrete invulling wordt gegeven, zoals Zonderland en Spier doen, wordt bovendien niet voldaan aan het vereiste van bepaalbaarheid van de verbintenissen.⁶⁹ De diligentieovereenkomst is in mijn ogen gekunsteld en sluit niet aan bij de praktijk. Niet verbazingwekkend is dat zij buiten het aanbestedingsrecht naar verhouding weinig aanhangers heeft.⁷⁰

Mijn tweede bezwaar tegen de theorie van de aanbestedingsovereenkomst is meer van praktische aard. De aanbesteder is in alle fasen van de aanbestedingsprocedure gebonden aan de toepasselijke aanbestedingsregels. De aanbestedingsverhouding vangt aan op het moment van de aankondiging van de opdracht of de uitnodiging tot inschrijving. De aanbestedingsovereenkomst zal in de regel echter pas op het moment van inschrijving tot stand komen. In de theorie van de aanbestedingsovereenkomst geldt immers in de regel de inschrijving op een aanbesteding als aanvaarding van het aanbod van de aanbesteder om de aanbesteding volgens bepaalde spelregels te laten verlopen. Dit betekent dat de aanbestedingsovereenkomst geen bescherming biedt in de fase voorafgaand aan inschrijving, tenzij zou worden aangenomen dat de aanbestedingsovereenkomst terugwerkende kracht heeft, maar dit is in mijn ogen gekunsteld. Het zou naar mijn mening zuiverder zijn om in voorkomend geval terug te vallen op de normen die de precontractuele fase beheersen,⁷¹ maar dan heeft de theorie van de aanbestedingsovereenkomst nauwelijks nog toegevoegde waarde.

2.3.4 De mogelijkheden om de aanbestedingsverhouding bij overeenkomst te regelen

Ik verwerp de opvatting dat een aanbesteding *ipso facto* een overeenkomst tussen de aanbesteder en inschrijvers tot stand doet komen. Daarmee heb ik allerm minst gezegd dat het onmogelijk is voor aanbesteders en inschrijvers om een aanbestedingsovereenkomst te sluiten. Er bestaat immers contractsvrijheid.⁷² Naast toepassing van een aanbestedingsreglement valt te denken aan specifieke regelingen, zoals een geheimhoudingsbeding, een exonerationbeding of een vervaltermijn voor protest tegen de gunningsbeslissing. De

68 Vgl. HR 26 september 2003, NJ 2004, 460 (Regiopolitie Gelderland-Zuid/Hovax).

69 Art. 6:227 BW.

70 Ruygvoorn 2009, p. 45-46. Zie voor een literatuuroverzicht Blei Weissmann (Verbintenissenrecht I), art. 6:217-227. I BW, aant. 44.4. De meest felle tegenstander van de diligentieovereenkomst is waarschijnlijk wel Hardenberg 1967.

71 Aan een beroep op de redelijkheid en billijkheid bestaat zoals gezegd geen behoefte, wanneer de aanbesteder reeds op grond van de Aanbestedingswet 2012 gebonden is aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen.

72 Aldus ook Blei Weissmann (Verbintenissenrecht I), art. 6:217-227. I BW, aant. 44.5.

contractsvrijheid is vanzelfsprekend niet onbegrensd. Dit geldt met name voor aanbesteders die aanbestedende diensten zijn, in het bijzonder wanneer de opdracht onder de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt. De Aanbestedingswet 2012 en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn van dwingend recht. Aanbestedende diensten kunnen de verplichtingen die daaruit voortvloeien niet uitsluiten.⁷³ Particuliere aanbesteders genieten aanzienlijk meer vrijheid. Hun vrijheid wordt met name begrensd door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁷⁴ Een overeenkomst komt zoals gezegd tot stand door aanbod en aanvaarding. Wanneer een aanbesteder (aspecten van) de aanbestedingsverhouding bij overeenkomst wil regelen, dan is daarvoor dus instemming van de inschrijver noodzakelijk. De vraag of een aanbestedingsovereenkomst tot stand is gekomen, moet worden beantwoord aan de hand van de wilsvertrouwensleer.⁷⁵ De spelregels kunnen vanzelfsprekend worden vastgelegd in een zowel door de aanbesteder als de inschrijver ondertekende akte.⁷⁶ De aanbesteder kan ook zijn toevlucht nemen tot de hiervoor besproken constructie die in verschillende aanbestedingsreglementen wordt toegepast. Wanneer de aanbesteder bijvoorbeeld een vervaltermijn wil overeenkomen voor protest tegen de gunningsbeslissing, kan hij dit bereiken door in het bestek te vermelden dat de inschrijver door inschrijving wordt geacht met de vervaltermijn te hebben ingestemd. Ingevolge artikel 3:37 lid 1 BW kunnen verklaringen immers in iedere vorm geschieden en zelfs besloten liggen in een of meer gedragingen. Wanneer de inschrijver in voorkomend geval zonder protest inschrijft, mag de aanbesteder er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de inschrijver met de vervaltermijn heeft ingestemd.⁷⁷ Deze constructie geldt naar mijn mening wel als ondergrens voor de totstandkoming van een aanbestedingsovereenkomst. Het aanbestedingsrecht normeert het gedrag van aanbesteders. De aanbesteder beschrijft in het bestek de wijze waarop inschrijvingen moeten worden ingericht, hoe inschrijvingen zullen worden beoordeeld en hoe de aanbesteding zal verlopen. Daarmee geeft de aanbesteder uitvoering aan de verplichtingen die voor hem uit de aanbestedingsregels voortvloeien. Het bestek bindt dus in de eerste plaats de aanbesteder zelf. Zonder nadere handeling is de inschrijver niet contractueel gebonden aan de voorschriften in het bestek. De enkele mededeling in het bestek dat het recht van de inschrijver om tegen de gunningsbeslissing te protesteren vervalt, wanneer niet binnen een termijn

73 Zie hierover meer uitgebreid Jansen 2009, p. 45-46 en p. 60-62; Jansen 2010b, p. 85-87.

74 Art. 6:248 lid 2 BW. Zie HR 3 mei 2013, *JAAN* 2013, 111 (KLM/CCC), m.nt. 't Hart, r.o. 3.7. Zie ook Jansen 2010b, p. 85-87.

75 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 119 e.v.

76 Ik ga er in navolging van Jansen 2010c, p. 211-233, van uit dat de aanbestedingsovereenkomst een overeenkomst is tussen de aanbesteder en iedere inschrijver afzonderlijk.

77 Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 42. Zie ook Rutten 2010, p. 51-52.

van twintig dagen na bekendmaking van het voornemen een kort geding-procedure aanhangig is gemaakt, is, om maar een voorbeeld te noemen, in mijn ogen geen contractueel beding.⁷⁸

De totstandkoming van een aanbestedingsovereenkomst laat natuurlijk onverlet dat de aanbesteding zich afspeelt in de precontractuele fase.⁷⁹ De normen die de precontractuele fase beheersen zijn ook van toepassing op de rechtsverhouding tussen aanbestedder en inschrijver. Hierop zal in de volgende paragraaf uitgebreid worden ingegaan. De invloed van precontractuele normen op de rechtsverhouding tussen aanbestedder en inschrijver is mede afhankelijk van de inhoud van de aanbestedingsovereenkomst. Naar mate meer aspecten in de aanbestedingsovereenkomst zijn geregeld, zal de invloed van de precontractuele normen op de rechtsverhouding tussen aanbestedder en inschrijver afnemen.⁸⁰

2.3.5 Het rechtskarakter van aanbestedingsreglementen

Hiervoor kwam in het kader van de aanbestedingsovereenkomst het fenomeen aanbestedingsreglement ter sprake. Aanbestedingsreglementen spelen in de aanbestedingspraktijk een belangrijke rol. Het rechtskarakter van aanbestedingsreglementen is herhaaldelijk in de jurisprudentie en literatuur aan de orde gekomen. Algemeen aangenomen wordt dat aanbestedingsreglementen zijn aan te merken als algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 BW.⁸¹ Minder zeker is of aanbestedingsreglementen tevens 'recht' in de zin van artikel 79 RO zijn.⁸² Het antwoord op deze vraag is van belang voor de mogelijkheid om de uitleg van aanbestedingsreglementen in cassatie te laten toetsen.

De kwalificatie van een aanbestedingsreglement kwam voor het eerst aan de orde in *Staat/Hasler*,⁸³ waarin de UAR 1971 centraal stond. Toen dit arrest

78 Vgl. in dit verband Hof Leeuwarden 6 februari 2008, *NJF* 2009, 205, r.o. 7, waarin het hof oordeelde dat de aanbestedder niet eenzijdig kan bepalen dat de inschrijver zich op straffe van verval van alle rechten binnen een korte termijn tot de rechter moet wenden. Zie ook *Vzr. Rb. Den Haag* 25 augustus 2011, *LJN* BU6428, r.o. 4.3. Anders, naar mijn mening dus ten onrechte: *Vzr. Rb. Amsterdam* 9 november 2007, *LJN* BV2302. Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 615 achten aanvaarding van het contractuele vervalbeding door de inschrijver evenmin noodzakelijk. Van der Velden & Radder 2013, p. 50 gaan in mijn ogen evenzeer te snel uit van aanvaarding door de inschrijver. Wanneer een termijn niet als contractueel beding valt aan te merken, kan niettemin in het kader van een beroep op rechtsverwerking rekening worden gehouden met de omstandigheid dat een (eenzijdig) gestelde termijn ongebruikt is verstreken. Zie over het onderwerp rechtsverwerking uitgebreid hoofdstuk 7, § 3.

79 *Rb. Rotterdam* 3 november 2004, *NJF* 2005, 34, *BR* 2006, 15. Deze uitspraak is bekrachtigd in Hof Den Haag 14 september 2006, *BR* 2007, 75.

80 Het stokje wordt dan overgenomen door de *postcontractuele* redelijkheid en billijkheid; zie art. 6:248 lid 2 BW. Zie voorts Jansen 2009, p. 45-46 en p. 60-62; Jansen 2010b, p. 85-87.

81 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 28; Nijholt 2000, p. 20; Van Wassenaer 1990, p. 20; Van Nouhuys 1986, p. 46. Van den Berg 1991, p. 24 spreekt van "standaardset contractvoorwaarden".

82 Voorheen art. 99 RO.

83 HR 31 mei 1985, *AB* 1985, 480 (*Staat/Hasler*).

werd gewezen, hanteerde de Hoge Raad nog een formeel criterium voor 'recht' in de zin van artikel 99 RO (thans art. 79 RO). Als 'recht' konden slechts worden aangemerkt naar buiten werkende, algemeen verbindende voorschriften, die waren uitgegaan van het openbaar gezag, dat zijn bevoegdheid daartoe ontleende aan de wet.⁸⁴ Het UAR 1971 voldeed volgens de Hoge Raad aan dit criterium. Het aanbestedingsreglement was in artikel 6 BAW 1973 van toepassing verklaard op aanbestedingen door de Staat. Dit besluit had destijds een wettelijke basis in artikel 43 van de Comptabiliteitswet 1976. Het UAR 1971 was dus uitgegaan van het openbaar gezag, dat zijn bevoegdheid aan de wet ontleende. Uit de wetgeschiedenis van het BAW 1973 leidde de Hoge Raad vervolgens de bedoeling af om dwingende regels met betrekking tot de aanbesteding van werken door de Staat op te leggen. Er was dus tevens sprake van 'naar buiten werkende, algemeen verbindende voorschriften' en dus van 'recht'.

Op 1 september 2001 is het voormalige artikel 4 lid 1 van de Raamwet EEG-voorschriften in werking getreden.⁸⁵ Op grond van deze bepaling werd artikel 34 lid 2 (voorheen artikel 43) Comptabiliteitswet 1976 ingetrokken. Hierdoor kwam de wettelijke basis van aanbestedingsreglementen te vervallen.⁸⁶ Vanaf dat moment bestond er dus niet langer een wettelijke plicht voor de diensten van de Staat tot naleving van aanbestedingsreglementen. Dit gold zowel voor het UAR 2001, dat op hetzelfde tijdstip in werking trad als artikel 4 lid 1 van de Raamwet EEG-voorschriften,⁸⁷ en het UAR-EG 1991,⁸⁸ als hun opvolgers, het ARW 2004 en het ARW 2005. Ter compensatie voor het vervallen van artikel 34 lid 2 Comptabiliteitswet 1976 hadden de 'bouwministeries' zich door middel van een beleidsregel tot toepassing van de betrokken aanbestedingsreglementen verplicht.⁸⁹

Aanbestedingsreglementen voldeden door het vervallen van de wettelijke basis niet langer aan het criterium dat de Hoge Raad in *Staat/Hasler* had geformuleerd voor het begrip 'recht'. Intussen heeft de Hoge Raad in het *Leidraad arrest* het begrip 'recht' aanzienlijk opgerekt. Uit dit arrest blijkt dat onder 'recht' tevens moet worden begrepen door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid vastgestelde en behoorlijk bekendgemaakte regels omtrent de uitoefening van beleid, die weliswaar niet kunnen

84 Noot Van der Burg onder HR 31 mei 1985, *AB* 1985, 480 (*Staat/Hasler*). Zie over de ontwikkeling van het begrip 'recht' Veegens/Korthals Altes & Groen 2005, nr. 74 e.v.

85 *Stb.* 2001, 274.

86 Art. 4 lid 1 Raamwet EEG-voorschriften. Ingevolge art. 5 lid 1 BAW 1973 werd het UAR 1986 toegepast op nationale aanbestedingen en ingevolge art. 5 lid 2 BAW 1973 het UAR-EG 1991 op Europese aanbestedingen. Zie hierover nader Nijholt 2000, p. 15-17.

87 Art. 6 Beleidsregels aanbesteding van werken, *Stcrt.* 2001, 113 jo. art. 46 UAR 2001.

88 Het UAR-EG 1991 heeft voor de inwerkingtreding van de Raamwet EEG-voorschriften een periode via het BAW 1973 de status van 'recht' in de zin van art. 79 RO gehad.

89 Dit waren achtereenvolgens de Beleidsregels aanbesteding van werken, *Stcrt.* 2001, 113, de Beleidsregels aanbesteding van werken 2004, *Stcrt.* 2004, 126 en tot slot de Beleidsregels aanbesteding van werken 2005, *Stcrt.* 2005, 207. De laatstgenoemde beleidsregels zijn kort na inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 bij het Besluit intrekking BAW 2005 ingetrokken, *Stcrt.* 2013, 13133.

gelden als algemeen verbindende voorschriften, omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die het bestuursorgaan wel op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden en die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.⁹⁰ De reden voor heroverweging was de steeds gewichtiger rol die beleidsregels zijn gaan spelen voor het bepalen van de verhouding tussen overheid en burger en de daarmee samenhangende behoefte aan rechtseenheid en rechtszekerheid.⁹¹ Aangenomen werd dat de aanbestedingsreglementen, waaronder het ARW 2004 en het ARW 2005, als ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO konden worden aangemerkt, althans voor zover toegepast door de ‘bouwministeries’.⁹²

Deze opvatting deel ik niet. Aanbestedingsreglementen zoals het ARW 2004 en het ARW 2005 zijn zoals gezegd sets van algemene voorwaarden. Hoewel het begrip ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO in het *Leidraad arrest* aanzienlijk is opgerekt, heeft de Hoge Raad herhaaldelijk geoordeeld dat door overheden toegepaste algemene voorwaarden niet als ‘recht’ kunnen worden aangemerkt.⁹³ Algemene voorwaarden binden namelijk, doordat zij zijn overeengekomen, terwijl voor de kwalificatie als ‘recht’ binding op grond van de wet of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur noodzakelijk is.⁹⁴ Een beleidsregel waarin een bestuursorgaan zich ertoe heeft verplicht op bepaalde overeenkomsten algemene voorwaarden van toepassing te verklaren, brengt hier geen verandering in. Uit de parlementaire geschiedenis van de derde tranche van de Awb blijkt weliswaar dat beleidsregels ook betrekking kunnen hebben op de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden,⁹⁵ maar op het moment dat algemene voorwaarden door middel van een privaatrechtelijke rechtshandeling op een overeenkomst van toepassing zijn verklaard, binden zij uitsluitend nog als onderdeel van de

90 HR 28 maart 1990, *AB* 1990, 306 (Leidraad arrest), r.o. 4.6.

91 HR 28 maart 1990, *AB* 1990, 306 (Leidraad arrest), r.o. 4.5.

92 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 28. Zie ook A-G Keus in zijn conclusie voor HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306, punt 3.3; A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 10 februari 2012, *LJN* BV0892, punt 3.1.

93 HR 5 februari 2010, *NJ* 2010, 242; HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 670 (Scheffers/gemeente Utrecht); HR 12 mei 1989, *NJ* 1989, 613. Laatstgenoemd arrest betreft de Uniforme Administratieve Voorwaarden.

94 Van Ommeren 1992, p. 97 en p. 102; Van Ommeren 1991, p. 58. Het door de HR gehanteerde onderscheid wordt bekritiseerd door o.a. Scheltema in zijn noot onder HR 10 januari 1992, *NJ* 1992, 670 (Scheffers/gemeente Utrecht) en Van der Burg in zijn noot onder hetzelfde arrest in *AB* 1992, 282. Zie ook Van Ommeren 1991, p. 58-59. Scheltema & Scheltema 2008, p. 291 menen dat algemene voorwaarden wel ‘recht’ zijn, wanneer zij zijn neergelegd in lagere wetgeving of in een beleidsregel.

95 PG Awb III, p. 40, p. 284 en p. 288; De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 766; Bröring 1998, p. 27. De terminologie van art. 1:3 lid 4 Awb is ongelukkig, aangezien de uitoefening van een privaatrechtelijke bevoegdheid geen “gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan” betreft. Zie ook art. 3:1 lid 3 Awb; noot van Bartel onder ABRvS 20 december 2006, *JB* 2007, 25.

overeenkomst.⁹⁶ In tegenstelling tot hun voorgangers, waaronder het UAR 1971 en het UAR 1986, konden het ARW 2004 en het ARW 2005 aanbesteders en inschrijver uitsluitend binden, doordat zij waren overeengekomen.⁹⁷ Het ARW 2004 en het ARW 2005 waren dus geen ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO.

De Hoge Raad heeft zich tot dusver niet uitgelaten over het rechtskarakter van het ARW 2004, het ARW 2005 en het ARW 2012.⁹⁸ Opvallend is dat de Hoge Raad vrij recent in *Vivare/Dura Vermeer* het UAR 2001 als ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO heeft aangemerkt.⁹⁹ Een motivering voor deze overweging ontbreekt helaas. In het arrest wordt slechts verwezen naar *Staat/Hasler*. Naar mijn mening biedt *Staat/Hasler* geen steun voor de opvatting dat het UAR 2001 tot het ‘recht’ moet worden gerekend. Waar de Hoge Raad aan voorbij lijkt te zijn gegaan, is dat het UAR 2001 in tegenstelling tot het UAR 1971 geen wettelijke basis heeft gehad.¹⁰⁰ Het UAR 2001 voldeed dus niet aan het door de Hoge Raad in *Staat/Hasler* gehanteerde criterium voor de kwalificatie als ‘recht’.

Ook procureur-generaal Fokkens kwam in zijn conclusie voor *Vivare/Dura Vermeer* tot het oordeel dat het UAR 2001 als ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO kon worden aangemerkt. Hij baseerde zich, net als de Hoge Raad later, op *Staat/Hasler*. Hij onderkende dat het aanbestedingsreglement in het voorliggende geval vrijwillig was toegepast.¹⁰¹ Volgens procureur-generaal Fokkens stond dit niet in de weg aan de kwalificatie als ‘recht’, althans bestond er reden voor een uitleg “als ware het UAR 2001 recht in de zin van art. 79 RO”.¹⁰² Procureur-generaal Fokkens zocht voor zijn standpunt steun in een arrest van de Hoge Raad uit 2006,¹⁰³ waarin de uitleg van de CAO Academische Ziekenhuizen centraal stond. Slechts een aantal academische ziekenhuizen was op grond van de wet aan deze cao gebonden. Voor hen gold de CAO Academische Ziekenhuizen dus zonder meer als ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO. De Hoge Raad zag hierin aanleiding om de cao ook als ‘recht’ te beschouwen in een geschil waarbij een academisch ziekenhuis was

96 PG Awb III, p. 40-41. Zie voorts Van Ommeren 1992, p. 102; Timmermans in zijn noot onder ABRvS 20 december 2006, *Gst.* 2007, 58. Timmermans komt in zijn noot onder HR 5 februari 2010, *Gst.* 2010, 105 op grond van een andere redenering tot dezelfde conclusie. Volgens hem betreft een beleidsregel omtrent de uitoefening van privaatrechtelijke bevoegdheden het (interne) besluit van het bestuursorgaan tot het aangaan van de overeenkomst. Anders: Nijholt 2000, p. 20 en Nijholt 1998, p. 714, die meent dat gebondenheid aan algemene voorwaarden bestaat zowel op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur als op grond van de overeenkomst.

97 Zie art. 1.3.1 en art. 1.3.6 ARW 2004, ARW 2005 en ARW 2012.

98 Zie echter A-G Keus in zijn conclusie voor HR 26 juni 2009, *NJ* 2009, 306 (gemeente Roermond/Vissers-Ploegmakers), punt 3.3; A-G Verkade in zijn conclusie voor HR 10 februari 2012, *LJN* BV0892, punt 3.1.

99 HR 4 mei 2012, *NJ* 2012, 295 (*Vivare/Dura Vermeer*), r.o. 4.3.

100 Dat in de zaak *Vivare/Dura Vermeer* voor de betrokken aanbesteders nooit een wettelijke verplichting heeft bestaan tot naleving van aanbestedingsreglementen laat ik dan nog even buiten beschouwing.

101 Het geschil betrof een aannemingsovereenkomst tussen een woningcorporatie en een aannemer.

102 Conclusie P-G Fokkens voor HR 4 mei 2012, *NJ* 2012, 295 (*Vivare/Dura Vermeer*), punt 4.24.2.

103 HR 20 oktober 2006, *NJ* 2006, 573, r.o. 3.4.

betrokken dat niet op grond van de wet aan de CAO Academische Ziekenhuizen was gebonden.¹⁰⁴

In tegenstelling tot procureur-generaal Fokkens meen ik dat het UAR 2001 evenmin op basis van een analoge toepassing van het arrest van de Hoge Raad over de uitleg van de CAO Academische Ziekenhuizen als ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO is aan te merken. De CAO Academische Ziekenhuizen gold voor een aantal academische ziekenhuizen daadwerkelijk als ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO. Daarin onderscheidt de CAO Academische Ziekenhuizen zich van het UAR 2001. Anders dan procureur-generaal Fokkens meent, kon het UAR 2001 namelijk voor geen enkele aanbesteding als ‘recht’ worden aangemerkt, zelfs niet voor de ‘bouwministeries’. Het UAR 2001 was en is een set algemene voorwaarden. De ‘bouwministeries’ hadden zich door middel van een beleidsregel tot toepassing van dit aanbestedingsreglement verplicht. Binding aan de voorschriften van het UAR 2001 ontstond door het aanbestedingsreglement op een aanbesteding van toepassing te verklaren, gevolgd door aanvaarding daarvan door de inschrijvers. Vanaf dat moment bestond er uitsluitend gebondenheid op grond van een overeenkomst. Dat is zoals gezegd onvoldoende voor de kwalificatie als ‘recht’.¹⁰⁵

De Hoge Raad heeft in *Vivare/Dura Vermeer* een set van algemene voorwaarden, die nota bene van toepassing was op een rechtsverhouding tussen twee private partijen, tot ‘recht’ gepromoveerd. Dit valt niet te rijmen met de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad dat algemene voorwaarden niet als ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO kunnen worden aangemerkt. Uit *Vivare/Dura Vermeer* blijkt niet dat de Hoge Raad op eerdere jurisprudentie heeft willen terugkomen. In tegendeel: door verwijzing naar *Staat/Hasler* wekt de Hoge Raad de indruk bij dit arrest te hebben willen aansluiten. Aangenomen moet worden dat *Vivare/Staat* op een vergissing berust.

Op 1 april 2013 is het ARW 2012 in werking getreden.¹⁰⁶ In tegenstelling tot zijn voorgangers is dit aanbestedingsreglement in de wet verankerd. Het ARW 2012 is in artikel 11 van het Aanbestedingsbesluit aangewezen als richtsnoer als bedoeld in artikel 1.22 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012. Toch kan het ARW 2012 waarschijnlijk niet als ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO worden aangemerkt. Aanbestedende diensten mogen namelijk, mits gemotiveerd, van de voorschriften in het ARW 2012 afwijken.¹⁰⁷ De voorschriften in het ARW 2012 ontberen hierdoor het karakter van algemeen verbindende voorschriften.¹⁰⁸ Het ARW 2012 is net als zijn voorgangers een

104 Een vergelijkbaar verschijnsel doet zich voor in de jurisprudentie van het HvJ. Het HvJ acht zich in zuiver nationale kwesties bevoegd begrippen uit te leggen die aan het Unierecht zijn ontleend; HvJ EG 15 januari 2002, C-43/00 (Jensen), r.o. 18.

105 HR 5 februari 2010, NJ 2010, 242.

106 *Stcr.* 2013, 3075.

107 Art. 1.22 lid 2 Aanbestedingswet 2012. Voor speciale-sectorbedrijven ontbreekt een verplichting tot toepassing van het ARW 2012.

108 PG Aanbestedingswet 2012, p. 241. Voor de Gids proportionaliteit geldt hetzelfde. Zie voor de discussie over het rechtskarakter van de Gids proportionaliteit *Kamerstukken I, 2012/13, Handelingen*, nr. 4, item 4, p. 28-32.

set van algemene voorwaarden, dat partijen bindt door aanbod en aanvaarding.¹⁰⁹ Dat de Hoge Raad het ARW 2012 desondanks als ‘recht’ in de zin van artikel 79 RO zal aanmerken, valt mede gelet op *Vivare/Dura Vermeer* niet uit te sluiten. Vanuit het oogpunt van rechtseenheid en rechtszekerheid valt daarvoor zeker iets te zeggen. Om het ARW 2012 als ‘recht’ te kunnen kwalificeren is het wel noodzakelijk het begrip ‘recht’ verder op te rekken.

3 DE BETEKENIS VAN PRECONTRACTUELE NORMEN IN AANBESTEDINGEN

3.1 INLEIDING

Hiervoor heb ik betoogd dat de rechtsverhouding tussen aanbestedder en inschrijver in de eerste plaats een precontractuele rechtsverhouding is. Er bestaat een mogelijkheid om (aspecten van) deze rechtsverhouding bij aanbestedingsovereenkomst te regelen. In deze paragraaf komen de verplichtingen aan bod die voor de aanbestedder kunnen voortvloeien uit de normen die de precontractuele fase beheersen. De betekenis van deze normen in aanbestedingsprocedures hebben een behoorlijke ontwikkeling doorgemaakt in de jurisprudentie van de Hoge Raad.

Ingevolge vaste jurisprudentie van de Hoge Raad komen partijen die in onderhandeling treden over het sluiten van een overeenkomst tot elkaar te staan in een bijzondere door de redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding, die hen verplicht rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.¹¹⁰ Volgens Slagter zou bij een aanbesteding waaraan tien gegadigden deelnemen niet kunnen worden gesproken van een precontractuele verhouding.¹¹¹ Uit *Vogelaar/Skil* kon echter al worden afgeleid dat de reikwijdte van de precontractuele redelijkheid en billijkheid ruimer is dan het ‘traditionele onderhandelingsmodel’, waarin partijen één op één onderhandelen over het sluiten van een overeenkomst.¹¹² In *provincie Zeeland/Hoondert* heeft de Hoge Raad bevestigd dat de rechtsverhouding tussen aanbestedder en inschrijvers door de redelijkheid en billijkheid wordt beheerst.¹¹³ In *RZG/Comformed* heeft de Hoge Raad

109 Art. 1.3.1 en art. 1.3.6 ARW 2012.

110 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (Baris/Riezenkamp). Zie voorts o.a. HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO); HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 (VSH/Shell); HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg).

111 Slagter 2001, p. 4.

112 HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647 (Vogelaar/Skil). Vogelaar en Skil werkten aan een gezamenlijk plan om een door Skil gesponsorde wielerploeg op te zetten. Skil had Vogelaar een aanstelling als teamleider van deze wielerploeg in het vooruitzicht gesteld. Toen Skil onvoldoende cosponsors kon vinden, blies hij het plan af. In geschil was of Skil hierdoor onrechtmatig jegens Vogelaar had gehandeld. De HR overwoog dat deze vraag moest worden beoordeeld aan de hand van de maatstaf die geldt voor het afbreken van onderhandelingen.

113 HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (provincie Zeeland/Hoondert), r.o. 3.3.

vervolgens de rechtsverhouding tussen aanbestedder en inschrijver als een precontractuele rechtsverhouding bestempeld en uit de redelijkheid en billijkheid concrete verplichtingen afgeleid die door de aanbestedder ten opzichte van inschrijvers in acht moeten worden genomen.¹¹⁴ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad kort gezegd dat de omstandigheid dat RZG onverplicht een aanbestedingsprocedure had georganiseerd, meebracht dat zij op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid gehouden was inschrijvers gelijk te behandelen. Uit *RZG/Comformed* blijkt dus dat het bestaan van een precontractuele rechtsverhouding niet afhankelijk is van het aantal partijen dat meedingt naar de overeenkomst en dat de aanbestedder zijn gedrag mede moet laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de inschrijvers. Aanbesteden is met andere woorden geen ‘vrijheid blijheid’. In *KLM/CCC* tot slot heeft de Hoge Raad gepoogd criteria te formuleren aan de hand waarvan moet worden bepaald of er gebondenheid bestaat aan aanbestedingsrechtelijke beginselen.¹¹⁵

In paragraaf 3.2 wordt aandacht besteed aan de reikwijdte van de aanbestedingsrechtelijke beginselen in vrijwillige aanbestedingsprocedures. Deze paragraaf is hoofdzakelijk gewijd aan particuliere aanbestedingen. De gebondenheid van aanbestedende diensten aan aanbestedingsrechtelijke beginselen in vrijwillige aanbestedingsprocedures is namelijk sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet 2012 op 1 april 2013 wettelijk verankerd en kan daardoor als zodanig niet ter discussie staan.

De betekenis van de precontractuele redelijkheid en billijkheid in aanbestedingen is niet beperkt tot mogelijke grondslag voor gebondenheid aan aanbestedingsrechtelijke beginselen. Net als in het traditionele onderhandelingsmodel kan tijdens een aanbestedingsprocedure vertrouwen worden gewekt op de totstandkoming van een overeenkomst. Een voor de aanbestedingspraktijk belangrijke vraag is in hoeverre het de aanbestedder is toegestaan in de fase na aanbesteding van gunning af te zien en de aanbesteding in te trekken. Deze kwestie komt in paragraaf 3.3 aan bod.

3.2 GEBONDENHEID AAN AANBESTEDINGSRECHTELIJKE BEGINSELEN IN VRIJWILLIGE AANBESTEDINGEN

3.2.1 Inleiding

Gebondenheid van particulieren aan aanbestedingsrechtelijke beginselen in vrijwillige aanbestedingsprocedures is een onderwerp dat zich in grote belangstelling mag verheugen. De Hoge Raad heeft op dit terrein twee belangrijke arresten gewezen; *RZG/Comformed* uit 2003 en *KLM/CCC* uit 2013.¹¹⁶ Ook na *KLM/CCC* bestaat er in mijn ogen nog steeds geen volledige duidelijkheid over de reikwijdte van aanbestedingsrechtelijke beginselen in

114 HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/Comformed).

115 HR 3 mei 2013, JAAN 2013, 111 (KLM/CCC).

116 HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/Comformed); HR 3 mei 2013, JAAN 2013, 111 (KLM/CCC).

particuliere aanbestedingen. In deze paragraaf doe ik een poging opheldering te verschaffen.

In paragraaf 3.2.2 wordt *RZG/Comformed* uitgebreid besproken en in paragraaf 3.2.3 *KLM/CCC*. In paragraaf 3.2.4 werk ik vervolgens mijn visie op de gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen uit. In paragraaf 3.2.5 komt tot slot de praktische betekenis van die beginselen in vrijwillige aanbestedingsprocedures aan de orde.

3.2.2 *RZG/Comformed* nader belicht

De feiten in *RZG/Comformed* waren in het kort als volgt. RZG was een ziekenfonds in de zin van artikel 43 van de Ziekenfondswet. Tot april 2000 kocht zij bij vijf verschillende leveranciers, onder wie Comformed, incontinentiemateriaal in. In februari 2000 had RZG Comformed telefonisch medegedeeld voornemens te zijn één leverancier te selecteren voor het leveren van incontinentiemateriaal. Vervolgens heeft RZG de leveranciers ieder afzonderlijk uitgenodigd voor een gesprek. RZG heeft Comformed in het gesprek dat op 3 maart 2000 tussen partijen plaatsvond medegedeeld dat zij voor april van dat jaar een offerte moest uitbrengen, als zij wilde meedingen naar de opdracht. Comformed heeft op 14 maart 2000 een offerte uitgebracht. Een maand later liet RZG Comformed weten dat de keuze op een andere leverancier was gevallen.

Comformed kon zich niet met de beslissing van RZG verenigen. In het kort geding dat zij daarop tegen RZG aanspande, vorderde zij onder meer een verbod voor RZG om gevolg te geven aan de overeenkomst die zij inmiddels met de door haar geselecteerde leverancier had gesloten. Comformed legde aan haar vordering ten grondslag dat RZG bij de selectie van deze leverancier de beginselen van gelijkheid, transparantie en objectiviteit had geschonden.

Vaststond dat RZG een aanbestedende dienst was in de zin van de Richtlijn leveringen.¹¹⁷ De Richtlijn leveringen was echter niet van toepassing, omdat de toepasselijke drempelwaarde niet werd overschreden. De gebondenheid van RZG aan aanbestedingsrechtelijke beginselen kon dus niet rechtstreeks op de Richtlijn leveringen worden gebaseerd. Omdat RZG bij de aankoop van incontinentiemateriaal niet als bestuursorgaan optrad, kon die gebondenheid evenmin op de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden gebaseerd.¹¹⁸ De grondslag die in cassatie overbleef was de precontractuele redelijkheid en billijkheid. Op deze grondslag nam de Hoge Raad gebondenheid van RZG aan het gelijkheidsbeginsel aan:¹¹⁹

117 Richtlijn 93/96/EEG (*PbEG* 1993, L 317/59).

118 Zie over de reikwijdte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur bij aanbestedingen hierna § 4.3.

119 HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (*RZG/Comformed*), r.o. 3.4.4.

“De omstandigheid dat RZG, hoewel de Richtlijn haar daartoe naar 's Hofs oordeel niet verplichtte, toch heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, bracht mee dat zij gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als de onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen. Het oordeel van het Hof dat het gelijkheidsbeginsel in dit geval voor RZG gold, is dan ook juist.”

De reikwijdte van *RZG/Comformed* was onduidelijk.¹²⁰ Dit kwam door het gebruik door de Hoge Raad van de woorden “een aanbesteding als de onderhavige”. In zijn conclusie stelde advocaat-generaal Langemeijer de Hoge Raad voor een keuze uit een tweetal criteria voor de bepaling van de reikwijdte van de aanbestedingsrechtelijke beginselen, overigens zonder zelf een duidelijke voorkeur voor een van beide criteria uit te spreken. Wanneer de Hoge Raad het beginsel van gelijke behandeling als inherent aan een aanbesteding zou erkennen, zou het enkele feit dat RZG onverplicht voor een aanbestedingsprocedure had gekozen, voldoende zijn gebondenheid aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen aan te nemen. Mocht de Hoge Raad deze opvatting in haar algemeenheid te ver gaan, dan zou de Hoge Raad de regel kunnen beperken tot publiekrechtelijke instellingen in de zin van de Richtlijn leveringen.¹²¹ De Hoge Raad liet zich niet tot het maken een keuze verleiden. Onzeker was hierdoor of de Hoge Raad (doorslaggevende) betekenis heeft toegekend aan het feit dat RZG een publiekrechtelijke instelling en dus een aanbestedende dienst was.

De les die uit het *RZG/Comformed* kon worden geleerd is dat aanbestedende diensten in de zin van de Aanbestedingsrichtlijnen die onverplicht een aanbestedingsprocedure organiseren, ten opzichte van inschrijvers gehouden zijn het aanbestedingsrechtelijke beginsel van gelijke behandeling in acht te nemen.¹²² Het arrest heeft zijn betekenis voor de rechtspraak in belangrijke mate verloren. De verplichting voor aanbestedende diensten om in vrijwillige aanbestedingsprocedures de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht in acht te nemen, volgt inmiddels rechtstreeks uit de Aanbestedingswet 2012.¹²³

120 Mede hierdoor heeft het arrest op ruime belangstelling mogen rekenen. Het arrest is maar liefst zes keer geannoteerd; *NJ* 2004, 35 (*RZG/Comformed*), m.nt. Van den Berg; *BR* 2003, 190, m.nt. Nijholt; *RZA* 2003, 155, m.nt. De Groot; *NTBR* 2003, p. 411-415, m.nt. Van Boom; *AB* 2003, 365, m.nt. Van Ommeren; *JB* 2003, 121, m.nt. Peters. Zie voorts o.a. Jansen 2009, p. 47 e.v.; Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 70; Leemreize 2003, p. 78-80; Van Werven 2003, p. 163-172.

121 Conclusie A-G Langemeijer voor HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 (*RZG/Comformed*), punt 3.13.

122 Aldus ook Nijholt in zijn noot onder HR 4 april 2003, *BR* 2003, 190 (*RZG/Comformed*); Van den Berg in zijn noot onder dit arrest in *NJ* 2004, punt 7; Jansen 2009, p. 49.

123 Zie art. 1.12 en art. 1.13 Aanbestedingswet 2012 voor nationale aanbestedingen en art. 1.15 en art. 1.16 Aanbestedingswet 2012 voor de meervoudig onderhandse procedure. Zie ook Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 70.

3.2.3 KLM/CCC nader belicht

RZG/Comformed gaf geen antwoord op de vraag of particulieren zijn gebonden aan aanbestedingsrechtelijke beginselen en liet veel ruimte voor discussie.¹²⁴ In *KLM/CCC* kreeg de Hoge Raad de kans aan de onduidelijkheid over de reikwijdte van de aanbestedingsrechtelijke beginselen een einde te maken.

De feiten in *KLM/CCC* waren als volgt. KLM liet door verschillende bedrijven, waaronder CCC, schoonmaakwerkzaamheden verrichten. Op een gegeven moment schreef zij een zogenaamde 'Request for Quotation' (RFQ) uit, waarvoor zij naast CCC twee andere bedrijven uitnodigde, waaronder Asito. De RFQ omvatte twee percelen. CCC bleek de laagste prijs te hebben aangeboden. De inschrijvers hebben vervolgens een proefschoonmaak uitgevoerd, waarna zij door KLM een aantal keren in de gelegenheid werden gesteld hun prijs aan te passen. CCC had haar prijs niet verlaagd. Asito had haar prijs gaandeweg wel verlaagd, maar de prijs van CCC bleef daar beneden. Vervolgens heeft KLM Asito buiten medeweten van CCC om gevraagd de synergievoordelen in verband met haar werkzaamheden op Schiphol-centrum in kaart te brengen en is alleen Asito nogmaals in de gelegenheid gesteld haar prijs aan te passen. Vervolgens gunde KLM één perceel aan Asito en één aan CCC. CCC maakte bezwaar tegen de gang van zaken. KLM besloot daarop het perceel dat zij in eerste instantie aan CCC had gegund, aan een ander op te dragen.

CCC spande een procedure aan tegen KLM en vorderde daarin onder meer een verklaring voor recht dat KLM jegens haar toerekenbaar tekort was geschoten in de nakoming van de verbintenissen uit de RFQ, althans toerekenbaar onrechtmatig had gehandeld. CCC verweet KLM in strijd te hebben gehandeld met het in de RFQ neergelegde gunningscriterium, althans de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

In *KLM/CCC* stond niet ter discussie dat KLM een particuliere aanbesteder was, die niet was gebonden aan de Europese en nationale aanbestedingsregels. De Hoge Raad overwoog dat voor het antwoord op de vraag of een particuliere aanbesteder op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid gebonden is aan de beginselen van gelijkheid en transparantie de verwachting die (potentiële) inschrijvers redelijkerwijs aan de aanbesteding kunnen ontlenen beslissend is. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen.¹²⁵

124 Sleeking & Roks 2013; Jansen 2009, p. 48-49; Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 34-36; Van Werven 2003, p. 170; Van Boom in zijn noot bij HR 4 april 2003, *NTBR* 2003, p. 411-415.

125 HR 3 mei 2013, *JAAN* 2013, 111 (*KLM/CCC*), r.o. 3.4.

De Hoge Raad verwees in zijn uitspraak naar *RZG/Comformed*. Anders dan de Hoge Raad hierdoor suggereerde, is *KLM/CCC* naar mijn mening niet als een logisch vervolg op dit arrest aan te merken. In *RZG/Comformed* was het enkele feit dat RZG er vrijwillig voor had gekozen een aanbestedingsprocedure te organiseren, voor de Hoge Raad voldoende om gebondenheid van RZG aan aanbestedingsrechtelijke beginselen aan te nemen.¹²⁶ Dit vond het gerechtshof in *KLM/CCC* trouwens ook.¹²⁷ Het in *KLM/CCC* geïntroduceerde criterium van – kort samengevat – ‘gewekte verwachtingen’ is nieuw. Bij de bruikbaarheid van dit criterium, dat op de conclusie van advocaat-generaal Keus voorafgaand aan dit arrest geïnspireerd lijkt te zijn,¹²⁸ zijn kanttekeningen te plaatsen. Het eerste gezichtspunt aan de hand waarvan de gewekte verwachtingen moeten worden beoordeeld, ‘de aanbestedingsvoorwaarden’, veronderstelt de aanwezigheid van een aanbestedingsovereenkomst.¹²⁹ Van een aanbestedingsovereenkomst is lang niet altijd sprake.¹³⁰ Wanneer er geen aanbestedingsovereenkomst is gesloten, valt er niets uit te leggen en komt aan het gezichtspunt van ‘de aanbestedingsvoorwaarden’ geen betekenis toe.¹³¹ In dat geval blijven ‘de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen’, over als gezichtspunt. Dit gezichtspunt biedt nauwelijks houvast.¹³² Uit *KLM/CCC* kan worden geleerd dat ook particuliere aanbesteders onder omstandigheden gebonden kunnen zijn aan aanbestedingsrechtelijke beginselen. Het is afwachten hoe lagere rechters met het door de Hoge Raad geïntroduceerde criterium van gewekte verwachtingen zullen omgaan, met name wanneer geen aanbestedingsovereenkomst is gesloten.¹³³

126 HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 (*RZG/Comformed*), 3.4.4.

127 Hof Amsterdam 20 september 2011, *LJN* BT1963 (*CCC/KLM*), r.o. 3.2.2. De lezing van de HR van het arrest van het hof is dan ook onjuist. Het hof nam als uitgangspunt dat KLM gebonden was aan de beginselen van gelijkheid en transparantie. De hoedanigheid van KLM en CCC als professionele partijen bracht daar volgens het hof geen verandering in.

128 A-G Keus in zijn conclusie voor HR 3 mei 2013, *JAAN* 2013, 111 (*KLM/CCC*), punt 2.7-2.8.

129 Zie HR 3 mei 2013, *JAAN* 2013, 111 (*KLM/CCC*), r.o. 3.7, waarin de HR spreekt van “overeengekomen aanbestedingsvoorwaarden” en vervolgens verwijst naar r.o. 3.4, waarin het criterium van gewekte verwachtingen is geformuleerd.

130 Zie hiervoor § 2.3.4.

131 Vgl. het commentaar van Jansen 2009, p. 51, op het standpunt van Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 36, en zijn bespreking van de uitspraak van de rechtbank in deze zaak op p. 56-60.

132 Anders: ‘t Hart in zijn noot onder HR 3 mei 2013, *JAAN* 2013, 111 (*KLM/CCC*).

133 Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 71a, verwacht terughoudendheid in de jurisprudentie. Het Hof Arnhem-Leeuwarden 2 juli 2013, *ECLI* NL:GHARL:2013:4715, r.o. 6.1-6.5, lijkt de primeur te hebben van de toepassing van het criterium van ‘gewekte verwachtingen’. Het hof, dat conform de verwachting van Van den Berg terughoudend is, lijkt er echter ten onrechte van uit te gaan dat gebondenheid van particulieren aan aanbestedingsrechtelijke beginselen alleen door zelfbinding zou kunnen ontstaan.

3.2.4 De gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen nader verklaard

3.2.4.1 Inleiding

Voor *KLM/CCC* bestond er zowel in de literatuur als in de lagere jurisprudentie verdeeldheid over het antwoord op de vraag of particulieren gebonden zijn aan aanbestedingsrechtelijke beginselen. *KLM/CCC* heeft naar mijn mening geen einde gemaakt aan de onduidelijkheid over de reikwijdte van die beginselen. Dat een particuliere aanbesteder zich door verklaringen en gedragingen kan binden aan aanbestedingsrechtelijke beginselen, leidt geen twijfel.¹³⁴ Onzeker is gebleven of er sprake is van gebondenheid van een particuliere aanbesteder aan aanbestedingsrechtelijke beginselen, wanneer er niets valt uit te leggen. In deze paragraaf onderzoek ik of en zo ja, op welke wijze in deze situatie gebondenheid aan aanbestedingsrechtelijke beginselen van particuliere aanbesteders kan worden aangenomen.

In paragraaf 3.2.4.2 komen eerst enkele opvattingen in de literatuur over dit onderwerp aan bod. In paragraaf 3.2.4.3 en 3.2.4.4 werk ik vervolgens aan de hand van de jurisprudentie over afgebroken onderhandelingen mijn visie uit. In paragraaf 3.2.4.5 wordt aandacht besteed aan eventuele bezwaren tegen gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen.

3.2.4.2 Opvatting in de literatuur

Vooraanstaande pleitbezorgers voor gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen zijn Van den Berg en Jansen. Van den Berg baseert de verplichting van particuliere aanbesteders om inschrijvers een gelijke kans te bieden op het verwerven van de opdracht op de precontractuele redelijkheid en billijkheid.¹³⁵ Aan deelname aan een aanbesteding zijn kosten verbonden. Bovendien kan de inschrijver zijn tijd maar een keer besteden. Door tijd te steken in de voorbereiding van een inschrijving, loopt de inschrijver een kans op andere opdrachten mis. Een mislukte inschrijving houdt dus een dubbel nadeel in, aldus Van den Berg.¹³⁶ Daarnaast verkrijgt de aanbesteder door de ontvangst van meerdere offertes waardevolle informatie. Tegen de achtergrond van deze omstandigheden is de aanbesteder volgens Van Berg gehouden de inschrijvers een faire, en dus gelijke, kans te bieden op het verwerven van de opdracht. Van den Berg brengt in dit verband het beginsel 'quid pro quo' in stelling.¹³⁷

134 Art. 3:37 BW. Jansen 2009, p. 51.

135 Van den Berg in zijn noot onder HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 (RZG/Comformed). Zie voorts Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 71.

136 Van den Berg in punt 8 in zijn noot onder HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 (RZG/Comformed).

137 Van den Berg in punt 8 in zijn noot onder HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 (RZG/Comformed). Zie ook Van den Berg 1991, p. 5-6; Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 71.

Jansen baseert de verplichting van de particuliere aanbesteder om inschrijvers een gelijke kans te bieden op het verwerven van de opdracht op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.¹³⁸ De keuze voor deze grondslag hangt samen met de opvatting van Jansen dat de rechtsverhouding tussen de aanbesteder en inschrijver als overeenkomst kwalificeert.¹³⁹ Jansen borduurt in zijn betoog dat de aanbesteder gehouden is inschrijvers op gelijke wijze te behandelen voort op de argumenten van Van den Berg. Ook hij wijst in de eerste plaats op het risico van een dubbel nadeel voor inschrijvers. Jansen voegt daar nog aan toe dat een inschrijver de verwezenlijking van zijn primaire belang, dat bestaat uit het sluiten van een overeenkomst, bij een aanbesteding niet langer, althans veel minder, zelf in de hand zou hebben. Dit zou het risico van een dubbel nadeel voor inschrijvers veel minder vanzelfsprekend maken dan in het normale geval, waarin partijen één op één onderhandelen.¹⁴⁰ In de tweede plaats wijst Jansen op een bijkomend voordeel voor de aanbesteder, namelijk op een grotere kans op het sluiten van een economisch zo voordelig mogelijke overeenkomst.¹⁴¹ In het verlengde hiervan ontleent hij een argument aan de aard van de aanbestedingsovereenkomst. De gelijke behandeling van inschrijvers zou een systeemeigenschap van de aanbesteding zijn.¹⁴²

De argumenten van Van den Berg en Jansen voor het aannemen van gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen klinken sympathiek. Is het immers niet redelijk dat tegenover de voordelen die de aanbesteder kan behalen door een aanbestedingsprocedure te organiseren en de kosten die inschrijvers voor deelname maken, een verplichting bestaat voor de aanbesteder om inschrijvers een gelijke kans te bieden op het verwerven van de opdracht? Toch valt er op de argumenten van beide schrijvers wel iets af te dingen. Zo heeft Jansen er al terecht op gewezen dat het door Van den Berg genoemde risico op een dubbel nadeel ook aanwezig is, wanneer een opdrachtgever met slechts één partij in onderhandeling treedt over het sluiten van een overeenkomst.¹⁴³ Daarin onderscheidt een aanbestedingsverhouding zich dus niet van het traditionele onderhandelingsmodel. In het traditionele onderhandelingsmodel komt het risico van een dubbel nadeel in beginsel voor eigen rekening van de onderhandelende partijen. Er is geen reden anders te oordelen voor inschrijvers op een aanbesteding. Uit het risico van een dubbel nadeel kan dus geen verplichting worden afgeleid voor de aanbesteder.

Dat een inschrijver de verwezenlijking van zijn primaire belang bij een aanbesteding veel minder zelf in de hand zou hebben, zoals Jansen stelt, is voorts geen vaststaand gegeven. Zo heeft een opdrachtgever bijvoorbeeld in

138 Jansen 2009, p. 52.

139 Jansen 2009, p. 36.

140 Jansen 2009, p. 53.

141 Jansen 2009, p. 54.

142 Jansen 2009, p. 54-55.

143 Jansen 2009, p. 53.

beginsel het recht om de onderhandelingen over het sluiten van een overeenkomst met de ene partij af te breken om vervolgens over dezelfde overeenkomst met een andere partij in onderhandeling te treden. Een opdrachtgever kan zonder een aanbestedingsprocedure te organiseren bij drie verschillende partijen offertes opvragen, terwijl al kan sprake zijn van een aanbesteding, wanneer twee partijen worden uitgenodigd om in directe concurrentie een inschrijving te doen. Wanneer beide situaties met elkaar worden vergeleken, kan op voorhand niet worden beweerd dat de twee partijen die aan de aanbestedingsprocedure deelnemen een kleinere kans hebben op het verwerven van een opdracht dan de drie partijen die ieder afzonderlijk één op één met de opdrachtgever onderhandelen. Naast dit getalsmatige aspect is de verwezenlijking van het primaire belang van een partij die één op één onderhandelt met een potentiële opdrachtgever, afhankelijk van vele andere factoren, waarop deze partij geen, althans beperkte invloed heeft en die de verwezenlijking van het primaire belang onvoorspelbaar maakt. Ook daarin onderscheidt de aanbestedingsverhouding zich niet, althans niet per definitie, van het traditionele onderhandelingsmodel.

In dit verband mag bovendien niet worden vergeten dat aanbestedingen marktpartijen ook nieuwe kansen bieden. Tegenover het nadeel van de ene marktpartij dat een vaste klant afziet van onderhandse gunning en in plaats daarvan een aanbestedingsprocedure organiseert, waardoor de kans van deze marktpartij op het verwerven van een nieuwe opdracht mogelijk kleiner wordt, staat het voordeel van een kans op een nieuwe klant voor andere marktpartijen. Als ook andere opdrachtgevers voortaan besluiten de concurrentie zijn werk te laten doen, verliezen alle marktpartijen vaste klanten, maar krijgen zij tegelijkertijd ook kansen op nieuwe klanten. Deze voor- en nadelen van aanbesteden kunnen tegen elkaar worden weggestrept.

Het feit dat een opdrachtgever mogelijk voordelen kan behalen uit het organiseren van een aanbesteding, levert naar mijn mening evenmin een sterk fundament op voor een verplichting tot gelijke behandeling. Voor het vergaren van economisch waardevolle informatie is het organiseren van een aanbestedingsprocedure niet noodzakelijk. Een particulier die een marktpartij verzoekt een prijsopgave te doen, is in beginsel geen vergoeding verschuldigd.¹⁴⁴ De vraag die zich opdringt is waarom nu juist bij aanbesteding tegenover de ontvangst van de economisch waardevolle informatie een tegenprestatie moet staan. En als dit al het geval is, waarom bestaat deze verplichting dan uit de gelijke behandeling van inschrijvers? Indien de waardevolle informatie bestaat uit de ontvangst van bijvoorbeeld een ontwerp van een inschrijver aan wie de opdracht niet is gegund, ligt een vergoeding uit ongerechtvaardigde verrijking aan deze specifieke inschrijver

144 Zie ook Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. Boeken 3, 5 en 6), p. 1441. Wanneer de opdrachtgever de verkregen informatie zou doorspelen aan een andere marktpartij, zou hij zich schuldig maken aan leuren, hetgeen onrechtmatig is. Zie hierover Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 60-62; Blei Weissmann (Verbintenissenrecht I), art. 6:217-227. I BW, aant. 130.

meer voor de hand dan een verplichting tot gelijke behandeling van alle inschrijvers.¹⁴⁵ Door het gebruik van de betrokken informatie wordt immers slechts één inschrijver ‘verarmd’.

Aan Jansen kan worden toegegeven dat de kans van de opdrachtgever op het sluiten van een economisch zo voordelig mogelijke overeenkomst bij een aanbesteding groter is dan wanneer met één partij in onderhandeling wordt getreden. De directe mededinging lokt inschrijvers uit een concurrerende offerte uit te brengen. Ook in deze omstandigheid zie ik geen doorslaggevend argument een verplichting tot gelijke behandeling van inschrijvers aan te nemen. Het voordeel dat de aanbesteder haalt uit het uitlokken van directe mededinging is het rechtstreekse gevolg van het besef van inschrijvers dat zij alleen een kans maken op het verwerven van de opdracht, als zij een concurrerende aanbieding doen. Van een prestatie van de inschrijvers is geen sprake. De verplichting tot gelijke behandeling kan dus niet worden gebaseerd op het beginsel ‘quid pro quo’.

Eerder heb ik betoogd dat de aanbestedingsverhouding niet als overeenkomst kan worden gekwalificeerd. Aan de aard van de overeenkomst tot slot kan dus evenmin een argument worden ontleend voor het aannemen van een verplichting tot gelijke behandeling.

De door Van den Berg en Jansen aangevoerde omstandigheden kunnen naar mijn mening niet verklaren dat particuliere aanbesteders gebonden zijn aan aanbestedingsrechtelijke beginselen. Beide schrijvers hebben echter wel aangetoond dat een inschrijver een gerechtvaardigd belang heeft bij een faire, en dus gelijke, kans op het verwerven van een opdracht. De vraag is hoe dit belang zich vertaalt in een verplichting voor de aanbesteder om de inschrijver een gelijke kans te bieden op het verwerven van de opdracht. Ik denk dat de jurisprudentie over afgebroken onderhandelingen aanknopingspunten kan bieden voor de beantwoording van deze vraag. Ik tegenstelling tot Van den Berg en Jansen ga ik hierna op zoek naar de overeenkomsten in plaats van de verschillen tussen de aanbestedingsverhouding en het traditionele onderhandelingsmodel.

3.2.4.3 *De jurisprudentie over afgebroken onderhandelingen*

In de literatuur worden doorgaans drie fasen of stadia onderscheiden waarin de onderhandelingen kunnen geraken.¹⁴⁶ In de eerste fase zijn partijen zonder meer vrij de onderhandelingen af te breken. In de tweede fase is het afbreken van de onderhandelingen geoorloofd, maar is de afbrekende partij verplicht de kosten van zijn wederpartij geheel of gedeeltelijk te vergoeden. In de derde fase is het afbreken van de onderhandelingen niet geoorloofd. Als grondregel in het onderhandelingsproces

¹⁴⁵ Mits natuurlijk aan alle voorwaarden van art. 6:212 BW is voldaan.

¹⁴⁶ Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 53-54. Sommige schrijvers onderscheiden twee stadia, die elkaar niet noodzakelijkerwijs opvolgen; zie Ruygvoorn 2009, p. 55 e.v.; Bollen 2004, p. 859-861.

geldt dat partijen verplicht zijn hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen.¹⁴⁷

In de jurisprudentie en de literatuur heeft met name de derde fase de aandacht getrokken. Het standaardarrest van de Hoge Raad op dit gebied is *CBB/JPO*.¹⁴⁸ In dit arrest formuleerde de Hoge Raad een algemene maatstaf voor de beoordeling van de schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen, die kort samengevat op het volgende neerkomt. Als uitgangspunt geldt dat ieder van de onderhandelende partijen vrij is de onderhandelingen af te breken. Dit leidt uitzondering wanneer het afbreken van de onderhandelingen op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.¹⁴⁹

De tweede fase in de leer van afgebroken onderhandelingen, die in de jurisprudentie en de literatuur veel minder aandacht heeft gekregen, vindt haar oorsprong in *Plas/Valburg*.¹⁵⁰ De Hoge Raad overwoog in dit arrest dat een verplichting tot vergoeding van de kosten van de wederpartij zelfs kan bestaan, wanneer de onderhandelingen nog niet een zodanig stadium hebben bereikt dat afbreken niet langer is toegestaan, maar wel reeds in een stadium dat afbreken een partij niet meer vrijstaat zonder de door haar wederpartij gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk te vergoeden.¹⁵¹ Deze vergoedingsplicht is nog niet uitgekristalliseerd. Onduidelijk is onder welke omstandigheden plaats is voor de toekenning van een vergoeding.¹⁵² Voorts bestaat er discussie over de grondslag van de vergoedingsplicht.¹⁵³

In zijn noot onder *Plas/Valburg* noemde Brunner twee omstandigheden op grond waarvan in de tweede fase een vergoedingsplicht kan bestaan. Ten eerste wanneer de partij die de onderhandelingen afbreekt gebruik kan maken van waardevolle inlichtingen, gegevens en ontwerpen.¹⁵⁴ Deze grond is door Van den Berg uitgewerkt.¹⁵⁵ Ten tweede kan volgens Brunner een vergoedingsplicht bestaan, wanneer kort samengevat het vertrouwen van een aannemer op een reële kans op de gunning van een werk wordt beschaamd, doordat de aanbesteder afziet van de gunning van het werk of het werk gunt aan een derde die niet eerder gegadigde was, een situatie die zich voordeed in *Plas/Valburg*.¹⁵⁶ Onder deze omstandigheden kunnen de

147 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (Baris/Riezenkamp); Van den Berg 1993, p. 417.

148 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO).

149 HR 12 augustus 2005, *NJ* 2005, 467 (CBB/JPO), r.o. 3.6.

150 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg), m.nt. Brunner; *BR* 1983, p. 398, m.nt. Pels Rijcken.

151 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg), r.o. 3.5.

152 Sommige schrijvers menen zelfs dat de tweede fase is verdwenen; zie bijv. Hartlief 2007, p. 2067. Dit wordt door anderen bestreden; zie voor een overzicht van literatuur Blei Weissmann (Verbindenissenrecht I), art. 6:217-227. I BW, aant. 116.1. Sporen van de vergoedingsplicht voor het afbreken van de onderhandelingen in de tweede fase zijn te vinden in HR 31 mei 1991, *NJ* 1991, 647 (Vogelaar/Skil), r.o. 3.5. Zie voorts HR 16 juni 1995, *NJ* 1995, 705 (Shell/Esta Tjallingii), m.nt. Stein, r.o. 3.7.

153 Ruygvoorn 2009, p. 111-145, Bollen 2004, p. 857-866; Van den Berg 1993, p. 417-424.

154 Brunner in zijn noot onder HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg).

155 Van den Berg 1993, p. 419-420.

156 Brunner in zijn noot onder HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg).

kosten die een partij heeft gemaakt voor het doen van een prijsopgave worden beschouwd als nodeloos gemaakte kosten. In de lagere jurisprudentie zijn inmiddels verscheidene voorbeelden te vinden van zaken waarin een vergoedingsplicht voor dergelijke kosten aan de orde kwam.¹⁵⁷ Voorts is in de literatuur steun te vinden voor de opvatting dat er een vergoedingsplicht rust op de partij die bij haar wederpartij de verwachting heeft gewekt dat zij kans maakt op het verwerven van een opdracht, terwijl dit in werkelijkheid niet het geval blijkt te zijn.¹⁵⁸

De grondslagen die op het eerste gezicht in aanmerking lijken te komen voor de hiervoor genoemde vergoedingsplicht zijn de redelijkheid en billijkheid, onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking. Ik zie geen reden bij voorbaat een grondslag voor de vergoedingsplicht uit te sluiten. Als uitgangspunt geldt immers dat indien verschillende bepalingen voor toepassing in aanmerking komen op één feitencomplex en cumulatie niet mogelijk is, de keuze aan de gerechtigde is op welke rechtsgrond hij zijn vordering wil baseren.¹⁵⁹ Voor de vergoedingsplicht die kan bestaan wegens het gebruik kunnen maken van waardevolle informatie, lijken onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking logische rechtsgronden.¹⁶⁰ Voor de vergoedingsplicht voor nodeloos veroorzaakte kosten biedt onrechtmatige daad een voor de hand liggende grondslag. Degene die de ander in de waan brengt (of laat) een kans te maken op het verwerven van een opdracht, terwijl van een reële kans geen sprake is, handelt in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁶¹

3.2.4.4 *De jurisprudentie over afgebroken onderhandelingen toegepast op de aanbestedingsverhouding*

De vraag is nu of, en zo ja welke aanknopingspunten de jurisprudentie van onder andere de Hoge Raad over afgebroken onderhandelingen biedt voor het aannemen van gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen. Of is deze jurisprudentie zo specifiek

157 Hof Den Bosch 27 juli 2004, *LJN* AR4682, r.o. 7.4.1; Hof Amsterdam 21 juli 1994, kenbaar uit Van Velten 1994, p. 668. Specifiek op het gebied van aanbestedingen: Rb. Utrecht 24 augustus 2011, *LJN* BS1672, r.o. 4.6; Rb. Den Bosch 5 november 2008, *LJN* BW2949, r.o. 4.1.3, waarover De Kreuk 2009, p. 1-2; Rb. Rotterdam 8 oktober 2008, *LJN* BG3796, r.o. 4.5; Vzr. Rb. Haarlem 23 november 2007, *LJN* BB9853, r.o. 4.10. Zie ook Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, *LJN* BY8197; Vzr. Rb. Amsterdam 22 januari 2013, *LJN* BZ0664, r.o. 4.25, waarin de aanbesteder waarschuwingen voor procedurefouten in de wind had geslagen, waardoor heraanbesteding onvermijdelijk was.

158 Ruygvoorn 2009, p. 134-135; Blei Weissmann (Verbintenissenrecht I), art. 6:217-227 I. BW, aant. 129. Zie voorts Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 60, die op grond van vergelijkbare overwegingen een verbod op leuren verdedigt. Zie voorts Van den Berg 1991, p. 5.

159 HR 14 juni 2002, *NJ* 2003, 112 (Bramer/Colpro), m.nt. Hijma, r.o. 3.7. Bovendien lijkt er een zekere overlap te bestaan van verschillende normen, in het bijzonder van de redelijkheid en billijkheid en de in art. 6:162 lid 2 BW bedoelde ongeschreven zorgvuldigheidsnormen; Van den Brink 2012, p. 23; Hebly 2003, p. 88-89.

160 Art. 6:212 BW. Aldus ook Bollen 2004, p. 862.

161 Art. 6:162 lid 2 BW. Aldus ook Ruygvoorn 2009, p. 135.

toegesneden op het traditionele onderhandelingsmodel, dat daaruit geen maatstaf kan worden gedestilleerd voor particulieren die vrijwillig een aanbestedingsprocedure organiseren?

De hiervoor genoemde derde fase biedt naar mijn mening in ieder geval geen aanknopingspunten voor een verplichting tot gelijke behandeling van inschrijvers.¹⁶² Inherent aan een aanbesteding is dat tegelijkertijd meerdere partijen meedingen naar dezelfde opdracht. Tot aan de bekendmaking van de uitkomst van de aanbesteding kan er geen vertrouwen ontstaan bij de deelnemers aan de aanbestedingsprocedure op de totstandkoming van een overeenkomst.

De hiervoor genoemde, enigszins in de vergetelheid geraakte tweede fase biedt naar mijn mening wel aanknopingspunten. De grondregel, die bepaalt dat rekening moet worden gehouden met elkaars gerechtvaardigde belangen, loopt als een rode draad door het onderhandelingsproces. Zij geldt dus ook op het moment dat er nog geen vertrouwen bestaat op de totstandkoming van een overeenkomst. De particuliere aanbesteder is ook aan die grondregel gebonden. Hiervoor kwam aan de orde dat in de zogenaamde tweede fase een vergoedingsplicht kan bestaan voor nodeloos veroorzaakte kosten. Het is in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt om de ander in de waan te brengen of te laten, dat hij een kans maakt op het verwerven van een opdracht. Op de wederpartij van degene die een aanbieding doet en onderhandelingen voert en daarvoor kosten maakt, rust een rechtsplicht om de ander een reële kans te bieden op het verwerven van de opdracht.¹⁶³ In de specifieke context van een aanbestedingsverhouding omvat deze rechtsplicht een verplichting om alle inschrijvers een gelijke kans te bieden op het verwerven van de opdracht.¹⁶⁴ Inschrijvers aan wie die gelijke behandeling wordt onthouden, hebben geen reële kans op het verwerven van de opdracht. De kosten die zij maken voor het indienen van een inschrijving kunnen als nodeloos veroorzaakte kosten worden beschouwd.

Als uitgangspunt geldt dat particuliere aanbesteders zijn gebonden aan aanbestedingsrechtelijke beginselen. Er is geen reden daarin principieel onderscheid te maken tussen professionele partijen en consumenten.¹⁶⁵ De ongeschreven zorgvuldigheidsnorm om de ander niet nodeloos op kosten te jagen is universeel. In tegenstelling tot aanbestedende diensten, die rechtstreeks op grond van de Aanbestedingswet 2012 aan de aanbestedingsregels gebonden zijn, genieten particuliere aanzienlijke vrijheid om een aanbestedingsprocedure naar eigen goeddunken in te richten. Er is naar mijn mening in beginsel niets op tegen dat een particuliere aanbesteder

162 De derde fase speelt wel een rol bij de beantwoording van de vraag of de aanbesteder de aanbesteding mag intrekken. Zie over dit onderwerp hierna § 3.3.

163 Zie ook Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 60.

164 Vgl. Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 71.

165 Anders: A-G Keus in zijn conclusie voor HR 3 mei 2013, JAAN 2013, 111 (KLM/CCC), punt 2.13; Van Boom in zijn noot bij HR 4 april 2003, NTBR 2003, p. 414 (RZG/Comformed).

bepaalde voorbehouden maakt of de toepassing van aanbestedingsrechtelijke beginselen zelfs volledig uitsluit.¹⁶⁶ Bijzondere omstandigheden, bijvoorbeeld het bestaan van een machtspositie, kunnen dit anders maken.¹⁶⁷ Door inschrijvers op voorbehouden en uitsluitingen te wijzen houdt de particuliere aanbesteder voldoende rekening met de belangen van inschrijvers. Een marktpartij die kennis neemt van dergelijke voorbehouden en uitsluitingen, weet waar zij aan toe is en kan een bewuste keuze maken of zij ondanks de onzekerheid over haar kans op het verwerven van de opdracht een inschrijving indient of niet.

Uit *KLM/CCC* blijkt dat uitsluiting van de toepasselijkheid van aanbestedingsrechtelijke beginselen snel moet worden aangenomen. Een expliciete mededeling is niet noodzakelijk. Van uitsluiting is volgens de Hoge Raad al sprake, wanneer de aanbesteder voorbehouden maakt waarvan gebruikmaking onverenigbaar zou zijn met de aanbestedingsrechtelijke beginselen.¹⁶⁸ Dit oordeel gaat in mijn ogen erg ver. Wanneer gebruikmaking van een specifiek voorbehoud aan de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen in de weg staat, hoeft een (potentiële) inschrijver er nog geen rekening mee te houden dat de aanbesteder op alle mogelijke fronten de aanbestedingsrechtelijke beginselen aan zijn laars zal lappen. Wanneer een aanbesteder zich in algemene zin wil vrijtekenen voor gebondenheid aan aanbestedingsrechtelijke beginselen, dan mag van hem naar mijn mening worden verwacht dat hij dit ondubbelzinnig in de aanbestedingsdocumenten tot uitdrukking brengt.¹⁶⁹

3.2.4.5 *Bezwaren tegen gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen*

Hiervoor is door mij gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen bepleit. In deze paragraaf bespreek ik enkele bezwaren uit de jurisprudentie en literatuur tegen die gebondenheid. Twee bezwaren blijken uit een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Dordrecht van 15 juni 2006.¹⁷⁰ De voorzieningenrechter overwoog dat toepassing van aanbestedingsrechtelijke beginselen op een private aanbesteding tot onaanvaardbare consequenties zou leiden. Bovendien zou onverkorte toepassing van deze beginselen niet aansluiten bij de maatschappelijke behoeften.¹⁷¹

166 HR 3 mei 2013, *JAAN* 2013, 111 (KLM/CCC), r.o. 3.4.

167 HR 3 mei 2013, *JAAN* 2013, 111 (KLM/CCC), r.o. 3.7. HR 8 april 2005, *NJ* 2005, 482 (Apotheker Hoevelaken c.s./Agis), m.nt. Mok. Vgl. Jansen 2010b, p. 86. Zie bijv. Vزر. Rb. Arnhem 8 augustus 2012, *LJN* BX4463.

168 HR 3 mei 2013, *JAAN* 2013, 111 (KLM/CCC), r.o. 3.7. Het hof was, naar mijn terecht, veel kritischer; Hof Amsterdam 20 september 2011, BT1963 (KLM/CCC), r.o. 3.2.4.

169 Aldus ook Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 71b.

170 Vزر. Rb. Dordrecht 15 juni 2006, *BR* 2007, 38, m.nt. Orobio de Castro & Janssen.

171 Vزر. Rb. Dordrecht 15 juni 2006, *BR* 2007, 38, r.o. 5.4. Zie ook Vزر. Rb. Rotterdam 27 maart 2013, *LJN* BZ6325, r.o. 4.3.

Voor de overwegingen van de voorzieningenrechter ontbreekt een motive-ring. Reeds hierdoor mist het vonnis overtuigingskracht. Ik zie niet in tot welke onaanvaardbare consequenties een verplichting tot gelijke behan-deling kan leiden. Deze verplichting is immers niet meer dan een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Dat toepassing van de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht niet zou aansluiten bij de maatschappelijke behoeften lijkt mij evenmin juist. Het tegendeel blijkt al uit het toenemende aantal zaken over particuliere aanbestedingen. Die maatschappelijke behoeften betreffen de gerechtvaardigde belangen van inschrijvers bij een eerlijke kans op het verwerven van de opdracht en het vermijden van onnodige kosten. De door de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Dordrecht aangevoerde bezwaren tegen gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen overtuigen mij dus niet.

Een ander bezwaar tegen gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen wordt gezocht in het beginsel van contractsvrijheid.¹⁷² Contractsvrijheid omvat mede het recht om een over-eenkomst te sluiten met wie men wil.¹⁷³ Toepassing van het beginsel van gelijke behandeling kan in de weg staan aan het sluiten van een overeen-komst met de gewenste partij, bijvoorbeeld wanneer de aanbesteder de partij die op basis van het gunningscriterium als winnaar uit de bus komt, wil passeren. Het beginsel van gelijke behandeling maakt dus inbreuk op de contractsvrijheid, zo zou men kunnen stellen.

Dit argument overtuigt mij niet. Dat toepassing van aanbestedingsrechte-lijke beginselen de contractsvrijheid van de aanbesteder in zekere zin beperkt, valt niet te ontkennen. Het beginsel van contractsvrijheid is echter niet absoluut.¹⁷⁴ Eenieder is gehouden zich in het economisch verkeer behoorlijk te gedragen. Contractsvrijheid is geen vrijbrief voor het schaden van de belangen van anderen. Het recht om een overeenkomst te sluiten met wie men wil vindt zijn grenzen in hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.¹⁷⁵ De ongeschreven zorgvuldigheidsnorm om inschrijvers gelijk te behandelen is in mijn ogen een legitieme beperking van het beginsel van contractsvrijheid.

Bovendien is de inbreuk van aanbestedingsrechtelijke beginselen op het beginsel van contractsvrijheid gering. Een particulier is niet verplicht om een aanbestedingsprocedure te organiseren. De beperking van de vrijheid van de particuliere aanbesteder om een overeenkomst te sluiten met wie hij wil is direct het gevolg van zijn eigen beslissing om directe concurrentie tussen marktpartijen uit te lokken. Voorts is de particuliere aanbesteder vrij in de keuze van de partijen die hij uitnodigt voor het indienen van een

172 Sleeking & Roks 2013, p. 19-20; Van Boom in zijn noot bij HR 4 april 2003 in *NTBR* 2003, p. 415 (RZG/Comformed).

173 Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III, nr. 41.

174 Sleeking & Roks 2013, p. 20 lijken dit te miskennen en het beginsel van contractsvrijheid op een voetstuk te plaatsen.

175 Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburg 6-III, nr. 63; Blei Weissmann (Verbintenissenrecht I), art. 6:217-227-I BW, aant. 41.

inschrijving, bepaalt hij zelf de gunningscriteria en beoordeelt hij de inschrijvingen. De particuliere aanbestedder behoudt dus wezenlijke invloed op de keuze van zijn contractspartij. Betoogd kan zelfs worden dat toepassing van aanbestedingsrechtelijke beginselen helemaal geen beperking inhoudt van het recht om een overeenkomst te sluiten met wie men wil. Verdedigbaar is dat een aanbestedder zijn keuze voor een aanbieder, en daarmee indirect voor een contractspartij, maakt door het formuleren van gunningscriteria. Bij een aanbesteding wordt het moment waarop de aanbestedder zijn keuze voor een bepaalde inschrijver maakt ten opzichte van het traditionele onderhandelingsmodel als het ware in tijd vooruitgeschoven. In zoverre kan het passeren van een inschrijver die op basis van het gunningscriterium als winnaar uit de bus komt, hetgeen een schending inhoudt van het beginsel van gelijke behandeling, worden beschouwd als het terugkomen door de aanbestedder op een eerder gemaakte keuze in plaats van een beperking van de uitoefening van het recht van contractsvrijheid.

Zoals gezegd geniet de particuliere aanbestedder tot slot veel vrijheid bij het inrichten van een aanbestedingsprocedure en kan hij zich in beginsel in ruime mate vrijtekenen voor gebondenheid aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen.¹⁷⁶ De inbreuk van aanbestedingsrechtelijke beginselen op de contractsvrijheid van de particuliere aanbestedder is hierdoor beperkt.

3.2.5 De betekenis van aanbestedingsrechtelijke beginselen in vrijwillige aanbestedingen

3.2.5.1 Inleiding

Nu de vraag of particuliere aanbesteders door het vrijwillig organiseren van een aanbestedingsprocedure gebonden zijn aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen, bevestigend is beantwoord, resteren twee vragen. De eerste vraag is aan welke beginselen de aanbestedder is gebonden, de tweede in welke mate. Het antwoord op deze vragen is trouwens niet alleen interessant voor particuliere aanbesteders, maar ook voor aanbestedende diensten. Beide categorieën van aanbesteders komen in deze paragraaf aan bod.

In paragraaf 3.2.5.2 komt de betekenis van aanbestedingsrechtelijke beginselen in vrijwillige aanbestedingen door aanbestedende diensten aan de orde. Paragraaf 3.2.5.3 is de gewijd aan de betekenis van de aanbestedingsrechtelijke beginselen in particuliere aanbestedingen.

3.2.5.2 De betekenis van aanbestedingsrechtelijke beginselen in nationale aanbestedingen

Voor aanbestedende diensten lijkt de vraag naar de toepasselijke beginselen op vrijwillige aanbestedingen sinds de inwerkingtreding van de Aanbestedingswet

¹⁷⁶ Zie ook 't Hart in zijn noot onder HR 3 mei 2013, JAAN 2013, 111 (KLM/CCC).

2012 eenvoudig te beantwoorden. Tussen de nationale aanbesteding en de meervoudig onderhandse procedure bestaat echter een aantal opmerkelijke verschillen.

Ingevolge de artikelen 1.12 en 1.13 van de Aanbestedingswet 2012 is de aanbestedende dienst in 'nationale aanbestedingen' als bedoeld in artikel 1.11 van deze wet gebonden aan de 'uitgangspunten' van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en proportionaliteit. Voor de 'meervoudig onderhandse procedure' als bedoeld in artikel 1.14 van de Aanbestedingswet 2012 lijkt een lichter regime te gelden. In de 'meervoudig onderhandse procedure' is de aanbestedende dienst op grond van de artikelen 1.15 en 1.16 van de Aanbestedingswet 2012 slechts gehouden *inschrijvers* op gelijke wijze te behandelen, de gunningsbeslissing met de relevante redenen mede te delen en proportionele eisen te stellen.

De uitkering van de meervoudig onderhandse procedure houdt kennelijk verband met de wens van de wetgever om lasten te verlichten.¹⁷⁷ De beperking van het 'uitgangspunt' van gelijke behandeling in de 'meervoudig onderhandse procedure' tot inschrijvers in plaats van ondernemers is nog verklaarbaar door de aard van de meervoudig onderhandse procedure, waarvan de toegang is beperkt tot partijen die van de aanbestedende dienst een uitnodiging tot inschrijving hebben ontvangen. Voor het ontbreken van het 'uitgangspunt' van non-discriminatie is echter geen logische verklaring te bedenken. Meent de wetgever dat discriminatie op grond van nationaliteit in nationale aanbestedingen niet is toegestaan, maar in meervoudig onderhandse procedures wel?

De enkel voor de meervoudig onderhandse procedure voorgeschreven verplichting tot mededeling van de gunningsbeslissing is voorts ronduit misleidend. De mededeling van de gunningsbeslissing is een aspect van transparantie. Een verplichting om de gemotiveerde gunningsbeslissing bekend te maken, geldt dus ook in nationale aanbestedingen. Artikel 1.15 lid 2 van de Aanbestedingswet 2012 suggereert ten onrechte het tegendeel. De strekking van deze bepaling is kennelijk de verplichting tot het betrachten van transparantie in meervoudig onderhandse procedures ten opzichte van nationale aanbestedingen te verlichten. Daarmee heeft de wetgever in mijn ogen miskend dat het beginsel van transparantie in het gelijkheidsbeginsel besloten ligt.¹⁷⁸ Aanbestedende diensten zijn ook in meervoudig onderhandse procedures gehouden transparantie te betrachten. Deze verplichting is niet beperkt tot de mededeling van de gunningsbeslissing, maar geldt in alle fasen van de aanbestedingsprocedure.¹⁷⁹ Al voor de inwerking-treding van de Aanbestedingswet 2012 was het vaste jurisprudentie dat een aanbestedende dienst die vrijwillig een aanbestedingsprocedure organiseert,

177 PG Aanbestedingswet 2012, p. 186.

178 HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/Comformed). Zie tevens Jansen 2009, p. 46; Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 69.

179 Naar analogie HvJ EG 18 oktober 2001, C-19/00 (SIAC). Zie ook Vزر. Rb. Den Haag 3 juni 2013, JAAN 2013, 142, m.nt. Zweers-te Raaij, r.o. 3.2.

gebonden is aan de beginselen van gelijkheid en transparantie, ongeacht de aard van de procedure.¹⁸⁰ Hier brengt de Aanbestedingswet 2012 geen verandering in.

Ook voor de beantwoording van de tweede vraag, die betrekking heeft op de mate van gebondenheid aan aanbestedingsrechtelijke beginselen, geeft de Aanbestedingswet 2012 aanleiding tot discussie. Het gebruik van het begrip 'uitgangspunten' in de titel van de Afdelingen 1.2.3 en 1.2.4 van de Aanbestedingswet 2012 suggereert dat de verplichtingen tot gelijke behandeling, het betrachten van transparantie en het stellen van proportionele eisen in nationale aanbestedingen en meervoudig onderhandse procedures zwakkere werking hebben dan in Europese aanbestedingen, waarvoor het begrip 'beginselen' is gereserveerd. Dit is blijkens de parlementaire geschiedenis van de Aanbestedingswet 2012 een bewuste keuze van de wetgever geweest.¹⁸¹ De minister is er naar mijn mening niet in geslaagd de concrete verschillen tussen 'beginselen' en 'uitgangspunten' uit te werken,¹⁸² waardoor het onderscheid gekunsteld overkomt. Bovendien heeft hij miskend dat voor relativering van het beginsel van gelijke behandeling, dat een binair karakter heeft, in ieder geval geen plaats is.¹⁸³ Relativering van de verplichtingen tot het betrachten van transparantie en het stellen van proportionele eisen is denkbaar, maar een verklaring, laat staan een noodzaak, om met de bestaande jurisprudentie over vrijwillige aanbestedingen door aanbestedende diensten te breken, is er niet.

3.2.5.3 *De betekenis van aanbestedingsrechtelijke beginselen in particuliere aanbestedingen*

Voor de gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen ontbreekt een expliciete wettelijke grondslag. De vraag naar de toepasselijke beginselen is hierdoor voor deze categorie aanbesteders minder eenvoudig te beantwoorden dan voor aanbestedende diensten.

Particuliere aanbesteders zijn in ieder geval gebonden aan het beginsel van gelijke behandeling en het daarin besloten liggende beginsel van transparantie. Deze beginselen kunnen worden beschouwd als de grondregels voor de uitvoering van een aanbestedingsprocedure.¹⁸⁴ Particuliere aanbesteders zijn naar mijn mening niet tevens gebonden aan het

180 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 33.

181 PG Aanbestedingswet 2012, p. 186.

182 Zie voor de toelichting van de minister bij het gebruik van de begrippen 'beginselen' en 'uitgangspunten' PG Aanbestedingswet 2012, p. 186.

183 Jansen 2009, p. 61.

184 Hof Amsterdam 20 september 2011, *LJN BT1963 (CCC/KLM)*, r.o. 3.2.2. Het oordeel van het hof is in zoverre niet (met succes) in cassatie bestreden. Zie voorts Jansen 2009, p. 46; Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 68-69.

proportionaliteitsbeginsel.¹⁸⁵ Een particulier is in beginsel vrij aan zijn beoogde contractspartij die kwaliteitseisen te stellen die hem goedgevallen. Er bestaat geen ongeschreven zorgvuldigheidnorm die een particulier verbiedt zijn bereidheid tot het sluiten van een overeenkomst afhankelijk te stellen van zeer ruime ervaring met de uitvoering van vergelijkbare opdrachten, terwijl naar objectieve maatstaven drie of minder referentieprojecten al als toereikend mogen worden beschouwd, om maar een voorbeeld te noemen. Het vrijwillig organiseren van een aanbesteding brengt hier geen verandering in. Toepassing van het proportionaliteitsbeginsel op particuliere aanbestedingen zou leiden tot een inbreuk op het beginsel van contractsvrijheid, waarvoor, in tegenstelling tot toepassing van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie, geen legitieme grond aanwezig is.¹⁸⁶ Voor de mate van gebondenheid van particuliere aanbesteders aan aanbestedingsrechtelijke beginselen, de tweede vraag, speelt naar mijn mening de professionaliteit van partijen een belangrijke rol. Aan consumenten mogen in beginsel minder hoge eisen worden gesteld dan aan professionele aanbesteders.¹⁸⁷ Wanneer de uitvoering van de aanbestedingsprocedure uit handen is gegeven aan een adviseur, bijvoorbeeld een architect, dan mag de kennis van die adviseur aan de aanbesteder worden toegerekend.¹⁸⁸ Er moet voor worden gewaakt dat de bescherming die inschrijvers aan de aanbestedingsrechtelijke beginselen ontnemen, volledig wordt uitgehold.¹⁸⁹ Zoals gezegd verzet het beginsel van gelijke behandeling zich naar zijn aard tegen iedere relativering.¹⁹⁰ Het transparantiebeginsel leent zich wel voor een minder strikte toepassing, bijvoorbeeld ten aanzien van de mate van uitwerking van het gunningscriterium.

3.3 DE PRECONTRACTUELE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID EN HET VERBOD TOT INTREKKING VAN DE AANBESTEDING

3.3.1 Inleiding

In *Plas/Valburg* oordeelde de Hoge Raad voor het eerst dat onderhandelingen over een overeenkomst een stadium kunnen bereiken waarin het afbreken van die onderhandelingen niet langer is toegestaan.¹⁹¹ De partij die de onderhandelingen in de zogenoemde derde fase afbreekt kan worden

185 Zie ook Jansen 2009, p. 76-77. Anders: Van Boom in zijn noot bij HR 4 april 2003 in *NTBR* 2003, p. 415 (RZG/Comformed). V.zr. Rb. Rotterdam 31 januari 2012, *LJN* BW3238 ziet mogelijk wel ruimte voor toepassing van het proportionaliteitsbeginsel op private aanbestedingen.

186 Zie ook Jansen 2009, p. 66-67.

187 Aldus ook Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 71a; Orobio de Castro & Janssen in hun noot onder V.zr. Rb. Dordrecht 15 juni 2006, *BR* 2007, 38.

188 Toerekening van de kennis van een adviseur aan de principaal vindt bijv. ook plaats bij de uitleg van contracten. Zie voorts art. 6:77 BW en art. 6:171 BW.

189 Zie in dit verband met name V.zr. Rb. Utrecht 19 september 2008, *TBR* 2009, 61, m.nt. Van den Berg.

190 Zie ook Jansen 2009, p. 61.

191 HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (*Plas/Valburg*), r.o. 3.4.

veroordeeld de onderhandelingen voort te zetten of de door de wederpartij geleden schade te vergoeden.¹⁹² Een interessante vraag is in hoeverre deze jurisprudentie zich leent voor toepassing op aanbestedingsverhoudingen en of een aanbesteder in rechte kan worden verboden een aanbesteding in te trekken. Deze vraag wordt in paragraaf 3.3.2 beantwoord. De maatstaf voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van het intrekken van een aanbesteding komt in paragraaf 3.3.3 aan de orde.

3.3.2 De ruimte voor toepassing van de jurisprudentie over afgebroken onderhandelingen op aanbestedingsverhoudingen

Volgens Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys is de jurisprudentie over afgebroken onderhandelingen slechts beperkt toepasbaar op aanbestedingsverhoudingen. Het optreden van de aanbesteder zou primair moeten worden getoetst aan de aanbestedingsregelgeving, de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht en eventueel het toepasselijke aanbestedingsreglement. Voor de precontractuele redelijkheid en billijkheid zou slechts een aanvullende rol zijn weggelegd.¹⁹³ Onder verwijzing naar *Hospital Ingenieure* stellen Pijnacker Hordijk, Van der Bend en Van Nouhuys dat de aanbesteder in ieder stadium van het sluiten van een overeenkomst kan afzien en dat onder bijzondere omstandigheden slechts grond kan bestaan voor vergoeding van het positief contractsbelang.¹⁹⁴

Naar mijn mening is voor de precontractuele redelijkheid en billijkheid bij aanbestedingen meer dan slechts een aanvullende rol weggelegd. De aanbesteding speelt zich af in de precontractuele fase. De Hoge Raad heeft expliciet geoordeeld dat deze rechtsverhouding wordt beheerst door de precontractuele redelijkheid en billijkheid.¹⁹⁵ Vanzelfsprekend moet het optreden van de aanbesteder aan specifieke aanbestedingsrechtelijke normen worden getoetst, maar daarnaast blijft plaats voor toetsing aan de precontractuele redelijkheid en billijkheid. De jurisprudentie over afgebroken onderhandelingen leent zich in mijn ogen uitstekend voor toepassing op de aanbestedingsverhouding. De maatstaf die de Hoge Raad in het standaardarrest *CBB/JPO* heeft geformuleerd voor de beoordeling van het gedrag van onderhandelende partijen vergt een afweging van de omstandigheden van het geval en biedt daardoor ruimte om rekening te houden met de specifieke context van de aanbestedingsverhouding. De precontractuele redelijkheid en billijkheid komen dan niet in botsing met de specifieke aanbestedingsrechtelijke normen. Deze opvatting zal ik in de volgende paragraaf uitwerken.

192 Zie hierover uitgebreid Ruygvoorn 2009; Asser/Hartkamp 6-III, nr. 189 e.v.

193 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 645-646.

194 HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (*Hospital Ingenieure*); Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 476-478.

195 HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (provincie Zeeland/Hoondert), r.o. 3.3.

Hospital Ingenieure staat niet in de weg aan een verbod tot intrekking van de aanbesteding. Weliswaar heeft het HvJ overwogen dat in de Aanbestedingsrichtlijnen een stilzwijgend recht ligt besloten om de opdracht niet te gunnen,¹⁹⁶ maar reeds uit *Hospital Ingenieure* volgt dat dit recht niet ongeclausuleerd is. Volgens het HvJ moet het besluit tot intrekking immers worden gemotiveerd, zodat het op rechtmatigheid kan worden getoetst.¹⁹⁷ Toetsing impliceert dat intrekking onder omstandigheden ongeoorloofd is en dat daartegen een rechtsmiddel moet openstaan. Dit is in *Koppensteiner* bevestigd.¹⁹⁸ Het Unierecht verzet zich naar mijn mening niet tegen een nationale bepaling die de vrijheid van de aanbestedende dienst om van gunning af te zien verder aan banden legt dan het Unierecht zelf.

3.3.3 De maatstaf voor de beoordeling van een verbod tot intrekking van de aanbesteding

Aan *CBB/JPO* kan rekeninghoudend met de specifieke context van de aanbestedingsverhouding de volgende maatstaf worden ontleend voor het intrekken van een aanbesteding door de aanbesteder.¹⁹⁹ Het staat de aanbesteder vrij de aanbesteding in te trekken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van een inschrijver op het tot stand komen van een overeenkomst ongeoorloofd is.²⁰⁰ Daarbij dient rekening te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de aanbesteder tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen en met de gerechtvaardigde belangen van de aanbesteder. Hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de aanbestedingsprocedure onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan, terwijl, in het geval de aanbestedingsprocedure ondanks de gewijzigde omstandigheden over een lange tijd wordt voortgezet, wat betreft dit vertrouwen doorslaggevend is hoe daaromtrent ten slotte op het moment van intrekking van de aanbesteding moet worden geoordeeld tegen de achtergrond van het gehele verloop van de aanbestedingsprocedure. Wanneer een partij de vrijheid mist om de onderhandelingen af te breken, kan zij in beginsel op grond van artikel 3:296 BW tot voortzetting van de onderhandelingen worden veroordeeld.²⁰¹ In een aanbestedingsverhouding

196 Zie ook HvJ EG 16 september 1999, C-27/97 (*Metalmeccanica*), r.o. 25.

197 HvJ EG 18 juni 2002, C-92/00 (*Hospital Ingenieure*), r.o. 41.

198 HvJ EG 2 juni 2005, C-15/04 (*Koppensteiner*), r.o. 30.

199 Zie hierover ook Jansen 2009, p. 99 e.v., die deze kwestie evenwel benadert vanuit zijn visie dat de rechtsverhouding tussen aanbesteder en inschrijver kwalificeert als een overeenkomst.

200 Het afbreken van onderhandelingen kan ook 'in verband met de andere omstandigheden van het geval' onaanvaardbaar zijn. Wat die 'andere omstandigheden van het geval' zijn, is nog niet uitgekristalliseerd, maar zou onder meer verband kunnen houden met de maatschappelijke belangen die gemoeid zijn met de totstandkoming van de betrokken overeenkomst, zoals bijv. een cao; zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. Boeken 3, 5 en 6), p. 1440. Bij het intrekken van een aanbesteding spelen dergelijke omstandigheden aan de zijde van de inschrijver een minder grote rol. De 'andere omstandigheden' worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

201 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III, nr. 193 en nr. 195; Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 61. Zie ook Lubach 1982, p. 113 en p. 122 e.v.

komt dit neer op een verbod tot intrekking van de aanbesteding. De inschrijver bij wie het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt op de totstandkoming van een overeenkomst, hoeft in voorkomend geval in beginsel dus niet genoeg te nemen met schadevergoeding.²⁰²

Tot het moment van de bekendmaking van de beoordeling van de inschrijvingen is vertrouwen op het tot stand komen van een overeenkomst niet aan de orde. Inherent aan een aanbesteding is immers dat meerdere partijen tegelijkertijd meedingen naar dezelfde opdracht. Totstandkomingsvertrouwen kan pas ontstaan, wanneer de uitkomst van de aanbesteding bekend is en een partij kan worden aangewezen die voor gunning in aanmerking komt. In dit proces speelt de mededeling van de gunningsbeslissing een belangrijke rol.²⁰³ Het doel van de mededeling van de gunningsbeslissing is om gepasseerde inschrijvers de gelegenheid te bieden een rechtsmiddel in te stellen tegen de gunningsbeslissing van de aanbesteder. Zolang de termijn die daarvoor geldt nog loopt, moet de inschrijver aan wie de opdracht voorlopig is gegund, er rekening mee houden dat de aanbesteder naar aanleiding van bezwaren van andere inschrijvers op zijn voornemen kan terugkomen. De aanbesteder kan door de rechter worden gedwongen de gunningsbeslissing in te trekken, maar noodzakelijk is dat niet. Hij kan daartoe ook zelf besluiten.²⁰⁴ In de periode tussen de mededeling van de gunningsbeslissing en het verstrijken van de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel, of eventueel tot aan het vonnis van de rechter, zal van gerechtvaardigd vertrouwen op het tot stand komen van een overeenkomst dus nog geen sprake kunnen zijn.²⁰⁵ Voor een verbod tot intrekking van de aanbesteding is dan geen plaats.

Het totstandkomingsvertrouwen wordt naar mijn mening pas relevant na het verstrijken van de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel tegen de gunningsbeslissing. De aanbesteding is dan bijna afgewikkeld en de aanbesteder staat dan nog tegenover slechts één partij. Vanaf dat moment is er niet langer sprake van een situatie die zich wezenlijk onderscheidt van die waarin partijen één op één onderhandelen over het sluiten van een

202 Zie ook Asser/Van den Berg 7-VI, nr. 62. Anders: Jansen 2009, p. 104-105, die stelt dat ook in normale situaties geen plaats zou zijn voor een veroordeling tot het sluiten van een overeenkomst.

203 Wanneer aan de gunningsbeslissing geen voornemen tot gunning voorafgaat, komt direct een overeenkomst tot stand en is intrekking van de aanbesteding een gepasseerd station. Of door de mededeling van de gunningsbeslissing van de aanbesteder direct een overeenkomst tot stand komt moet, tenzij art. 2.129 Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, op basis van art. 3:33 - 35 BW door uitleg worden vastgesteld.

204 Rb. Zeeland-West-Brabant 27 februari 2013, *LJN* BZ4314, r.o. 3.11; Vzr. Rb. Amsterdam 22 januari 2013, *LJN* BZ0664, r.o. 4.20; Vzr. Rb. Amsterdam 5 juni 2012, *BR* 2012, 147, m.nt. Parlevliet, r.o. 4.5; Vzr. Rb. Amsterdam 29 maart 2011, *LJN* BQ3352, r.o. 6.3; Vzr. Rb. Den Haag 25 januari 2010, *LJN* BL0949, r.o. 4.6; Vzr. Rb. Zwolle-Lelystad 7 januari 2008, *LJN* BC1306. Zie ook Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 484; noot Lejeune onder Vzr. Rb. Den Haag 15 april 2008, *BR* 2008, 141. Zie voor een bijzonder geval Vzr. Rb. Noord-Nederland 11 januari 2013, *LJN* BY8197, r.o. 4.5-4.4.7, waarin de v.zr. voor de beoordeling van de bevoegdheid van de aanbesteder tot heraanbesteding van de opdracht zonder de specificaties daarvan wezenlijk te wijzigen, een belangenafweging noodzakelijk acht.

205 Zie ook Vzr. Rb. Overijssel 26 juli 2013, *ECLI* NL:RBOVE:2013:1598, r.o. 4.4.

overeenkomst. Het is gebruikelijk dat de aanbestedder na voorlopige gunning met de winnende inschrijver om tafel gaat. Vaak zijn deze gesprekken erop gericht de puntjes op de 'i' te zetten. Voorstelbaar is dat de aanbestedder in die gesprekken bij zijn wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen wekt op het tot stand komen van een overeenkomst. Dit geldt nog nadrukkelijker in aanbestedingen die onder de werkingssfeer van de Aanbestedingsrichtlijnen vallen of waarop het ARW 2012 van toepassing is. Op grond van de Aanbestedingsrichtlijnen en het ARW 2012 zijn onderhandelingen over wezenlijke aspecten van de inschrijving immers verboden.²⁰⁶ Wanneer de ruimte voor de aanbestedder om over de voorwaarden te onderhandelen beperkt is, is de mate waarin de inschrijver er rekening mee moet houden dat de onderhandelingen spaak zullen lopen in beginsel gering.

Volgens de maatstaf van *CBB/JPO* is de mate waarin de afbrekende partij aan het vertrouwen van de wederpartij op het tot stand komen van een overeenkomst heeft bijgedragen een belangrijk gezichtspunt. De aanbestedder heeft dus een zekere verantwoordelijkheid om gerechtvaardigd vertrouwen van de inschrijver op de totstandkoming van een overeenkomst te voorkomen, tenminste als hij de vrijheid wil behouden om van gunning af te zien. De aanbestedder die voorafgaand aan de gesprekken met de winnende inschrijver duidelijk aangeeft dat nog onzeker is of de opdracht kan worden gegund, bijvoorbeeld omdat de aangeboden prijs het beschikbare budget overschrijdt, loopt relatief weinig risico tegen een verbod aan te lopen, wanneer hij de aanbesteding na langdurige onderhandelingen uiteindelijk toch om budgettaire redenen intrekt. Voor de aanbestedder daarentegen die de indruk wekt zonder meer tot definitieve gunning van de opdracht te zullen overgaan, is de ruimte om zich uit de onderhandelingen met de winnende inschrijver terug te trekken veel beperkter.

In dit verband komt vanzelfsprekend tevens betekenis toe aan het gebruikelijke voorbehoud om van gunning van de opdracht af te zien.²⁰⁷ Een voorbehoud kan in de weg staan aan de totstandkoming van gerechtvaardigd vertrouwen op het sluiten van een overeenkomst.²⁰⁸ Een voorbehoud zal een aanbestedder niet altijd een uitweg kunnen bieden uit de onderhandelingen met de winnende inschrijver. De aanbestedder kan namelijk het vertrouwen wekken dat van het voorbehoud geen gebruik zal worden gemaakt en daardoor een beroep op het voorbehoud verspelen.²⁰⁹

Een ander gezichtspunt volgens de maatstaf van *CBB/JPO* voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van het afbreken van onderhandelingen, dat ook bij aanbestedingen een belangrijke rol kan spelen, zijn onvoorziene omstandigheden. Het is onmogelijk alle onvoorziene omstandigheden te benoemen die het afbreken van onderhandelingen in het zicht van de

206 Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 481-483. Zie voorts bijv. art. 2.23.1 ARW 2012.

207 Zie bijv. art. 2.27.1 ARW 2012.

208 Ruygvoorn 2009, p. 164; Van Wassenaer 1990, p. 31.

209 Vgl. Hof Den Bosch 27 juli 2007, *LJN* AR4682, r.o. 7.4.8. Zie ook Ruygvoorn 2009, p. 165.

ondertekening van de overeenkomst kunnen rechtvaardigen. Bij aanbestedingen valt in ieder geval aan de volgende twee situaties te denken.

Ten eerste kunnen na het verstrijken van de termijn voor het instellen van een rechtsmiddel tegen de gunningsbeslissing gebreken aan het licht komen in de inschrijving van de partij met wie aanbesteder na voorlopige gunning in onderhandeling is getreden. Deze gebreken hadden vanzelfsprekend direct tot uitsluiting van de betrokken inschrijver van deelname aan de aanbesteding moeten leiden. De aanbesteding is echter pas volledig afgewikkeld, wanneer de overeenkomst is gesloten.²¹⁰ Zolang dit nog niet het geval is, leveren gebreken in de inschrijving onvoorziene omstandigheden op, die het afbreken van de onderhandelingen onder omstandigheden kunnen rechtvaardigen.²¹¹

Ten tweede kunnen aan de zijde van de aanbesteder onvoorziene omstandigheden opkomen die zich tegen gunning van de opdracht verzetten. Denkbaar is bijvoorbeeld dat door politieke verschuivingen binnen de besluitvormende organen van de aanbesteder niet langer behoefte bestaat aan de aanbestede opdracht. Voorts kan de behoefte ontstaan om de specificaties van de opdracht te wijzigen, bijvoorbeeld in verband met de afstemming met een andere opdracht. Naar mijn mening kan niet als uitgangspunt gelden dat heraanbesteding geoorloofd is, zolang de voorwaarden van de opdracht maar wezenlijk worden gewijzigd. Tenzij in de aanbestedingsprocedure gebreken zijn geconstateerd die aan gunning in de weg staan, is een wezenlijke wijziging van de voorwaarden van de opdracht slechts een randvoorwaarde voor heraanbesteding. Een wijziging mag geen voorwendsel zijn van de aanbesteder om zich uit de onderhandelingen met een inschrijver terug te trekken. Er moet sprake zijn van reële onvoorziene omstandigheden die de beslissing van de aanbesteder om de aanbesteding in te trekken en de opdracht na het aanbrenge van wijzigingen opnieuw aan te besteden, objectief rechtvaardigen.²¹²

4 DE ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

4.1 INLEIDING

Veel aanbesteders zijn overheden. Het publiekrecht kent overheden met het oog op de behartiging van het algemeen belang vergaande, exclusieve bevoegdheden toe. Overheden nemen daardoor in het maatschappelijke leven een bijzondere plaats in. Adeldom verplicht.²¹³ Tegenover de exclusieve bevoegdheden kan en mag staan dat overheden aan strengere normen

210 En, in voorkomend geval, een aankondiging van de gunning is geplaatst in het supplement van het Publicatieblad van de EU. Vgl. in dit verband Vزر. Rb. Den Haag 24 januari 2012, *LJN* BV1636.

211 Vgl. Vزر. Rb. Assen 2 april 2012, *LJN* BW4855.

212 Vgl. Vزر. Rb. Amsterdam 5 juni 2012, *BR* 2012, 147, m.nt. Parlevliet; Vزر. Rb. Den Haag 9 januari 2007, *LJN* AZ5956. Anders: Pijnacker Hordijk, Van der Bend & Van Nouhuys 2009, p. 476-478.

213 Spier 1981, p. 63.

gebonden zijn dan particulieren.²¹⁴ Daarbij mag de vorm van het overheids-optreden niet bepalend zijn voor de toepasselijke normen. Aan privaatrechtelijk handelen mogen dezelfde eisen worden gesteld als aan bestuursrechtelijk handelen.²¹⁵ Dit brengt mee dat privaatrechtelijk handelen van overheden net als bestuursrechtelijk handelen moet worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voor de handelingen van aanbestedende overheden is dit door de Hoge Raad bevestigd in *provincie Zeeland/Hoondert*.²¹⁶

In deze paragraaf zal de betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor aanbestedingen nader worden belicht. Eerst komt in paragraaf 4.2 de grondslag van de verplichting tot inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur aan bod. Vervolgens wordt in paragraaf 4.3 aandacht besteed aan de reikwijdte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht. In paragraaf 4.4 komt de praktische betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in aanbestedingsprocedures aan de orde.

4.2 DE GRONDSLAG VOOR TOETSING VAN PRIVAATRECHTELIJK HANDELEN AAN DE ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR

De belangrijkste grondslag voor toetsing van privaatrechtelijk handelen van overheden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is artikel 3:14 BW, dat bepaalt dat een bevoegdheid die iemand toekomt, niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.²¹⁷ Artikel 3:1 lid 2 Awb is het pendant van artikel 3:14 BW, maar wijkt daarvan op twee punten af.

Ten eerste verklaart artikel 3:1 lid 2 Awb alleen de in Afdeling 2 tot en met 4 van Hoofdstuk 3 van de Awb gecodificeerde algemene beginselen van behoorlijk bestuur van overeenkomstige toepassing op onder meer privaatrechtelijk handelen. Artikel 3:14 BW kent deze beperking niet en bestrijkt ook ongeschreven algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²¹⁸

Ten tweede bevat artikel 3:1 lid 2 Awb een restrictie. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn slechts van toepassing voor zover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Deze restrictie zou ongerechtvaardigde of onpraktische uitkomsten moeten voorkomen. Volgens de wetgever zou het verschil maken of de overheid met behulp van het privaatrecht beleid uitvoert, terwijl zij ook gebruik kan maken van een beschikking als bedoeld

214 PG Awb I, p. 192.

215 PG Awb I, p. 85 en p. 188.

216 HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (provincie Zeeland/Hoondert), r.o. 3.3

217 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boeken 3, 5 en 6), p. 1054.

218 De werkingsfeer van art. 3:14 BW is ook in andere opzichten ruimer dan die van art. 3:1 lid 2 Awb. Ten eerste omvatten “geschreven en ongeschreven regels van publiekrecht” niet alleen algemene beginselen van behoorlijk bestuur, maar ook andere regels van publiekrecht. Ten tweede is art. 3:14 BW niet alleen gericht tot overheden, maar ook tot particulieren; zie Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boeken 3, 5 en 6), p. 1055.

in artikel 1:3 lid 2 Awb, of dat zij slechts als ‘marktpartij’ deelneemt aan het economisch verkeer. Alleen in het eerste geval zouden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur op dezelfde wijze kunnen worden toegepast. Bij ander privaatrechtelijk handelen zou bij de vaststelling van de specifieke eisen aan het overheidsoptreden rekening moeten worden gehouden met de context van het handelen van de overheid.²¹⁹ De concrete uitwerking is overgelaten aan de jurisprudentie.²²⁰ De toelichting bij artikel 3:1 lid 2 Awb lijkt op het eerste gezicht steun te bieden voor de opvatting dat bij deelname van een overheid als ‘marktpartij’ slechts plaats is voor marginale toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de *Ikon/Gemeente Amsterdam* heeft de Hoge Raad deze opvatting echter uitdrukkelijk afgewezen.²²¹ Privaatrechtelijk overheidsoptreden moet vol aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden getoetst.²²²

Artikel 3:14 BW en artikel 3:1 lid 2 Awb bieden een grondslag om overheidsoptreden rechtstreeks aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur te toetsen. Er bestaan ook er andere manieren waarop de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het privaatrecht kunnen doorwerken.²²³ Het privaatrecht kent verscheidene open normen die door de algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen worden ingekleurd en die meer in het algemeen ruimte bieden om het algemeen belang mee te wegen. Te denken valt met name aan artikel 3:12 BW,²²⁴ dat betrekking heeft op de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen en artikel 6:162 BW, waarin de onrechtmatige daad is geregeld.²²⁵ De doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur is bovendien niet beperkt tot het materiële privaatrecht. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur kunnen zich ook in het procesrecht laten gelden. Een directe grondslag hiervoor is artikel 3:1 lid 2 Awb. Indirect, namelijk via de schakelbepaling van artikel 3:15 BW, biedt artikel 3:14 BW een grondslag.²²⁶ Denkbaar is dat onder omstandigheden op grond van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur hogere eisen mogen worden gesteld aan de stel-

219 PG Awb I, p. 189 en p. 192.

220 Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. Boeken 3, 5 en 6), p. 1054. Zie voorts Snijders 2011, p. 11, p. 26 en p. 71.

221 HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727 (*Ikon/gemeente Amsterdam*), m.nt. Scheltema. Zie voorts HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (provincie Zeeland/Hoondert), r.o. 3.3.

222 Dit neemt niet weg dat op het moment dat een overheid privaatrechtelijk (contracts)vrijheid toekomt, de beoordeling van het gebruik van deze bevoegdheid in het kader van de belangenafweging slechts marginaal kan worden getoetst. Dit volgt uit art. 3:4 Awb en geldt tevens voor de beoordeling van de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden, waarbij het bestuursorgaan beoordelings- of beleidsvrijheid toekomt; zie ook Snijders 2011, p. 76-77; Scheltema in zijn noot onder HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (provincie Zeeland/Hoondert).

223 De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 537-538.

224 Bijv. HR 20 mei 1994, *NJ* 1995, 691 (*De Negende Oma*), r.o. 3.3; HR 25 oktober 1991, *AB* 1992, 88, m.nt. Van der Burg, r.o. 3.2.

225 PG Awb I, p. 86; Snijders 2011, p. 24-25; Scheltema (*Onrechtmatige overheidsdaad*), aant. 158.

226 Snijders 2011, p. 95. Ook de wetgever acht dit mogelijk, al zou daarbij voorzichtigheid geboden zijn; Parl. Gesch. Boek 3, p. 251. De HR heeft al bepalingen van materieel privaatrecht in het procesrecht toegepast; zie HR 22 oktober 2004, *NJ* 2006, 202 (*Brink en Lijftogt/ABN AMRO*), waarin toepassing werd gegeven aan art. 3:33 - 35 BW bij de uitleg van een exploit.

en motiveringsplicht van een overheid. In het verlengde daarvan kunnen de algemene beginselen een rol spelen bij de bewijslastverdeling.²²⁷ Aanbestedende overheden moeten naast de algemene beginselen van behoorlijk bestuur de regels van Hoofdstuk 2 van de Awb naleven. Dit hoofdstuk regelt in algemene zin het verkeer tussen burgers en overheden. Het heeft een ruime werkingssfeer en is ook op aanbestedingen van toepassing. Voor aanbestedingen is in het bijzonder artikel 2:4 Awb relevant, waarin een gebod van onpartijdigheid is opgenomen.²²⁸

4.3 DE REIKWIJDTE VAN DE ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN AANBESTEDINGEN

De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn uitsluitend van toepassing op privaatrechtelijk handelen van overheden en niet tevens op dat van particulieren. Deze beperking spreekt voor zich. Daarnaast geldt nog een belangrijke beperking van de reikwijdte van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Er zijn namelijk (semi-)overheidsinstellingen die slechts voor een deel van hun werkzaamheden onderworpen zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit hangt samen met het onderscheid dat de Awb maakt tussen zogenaamde a-bestuursorganen en b-bestuursorganen.

A-bestuursorganen zijn organen van rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld.²²⁹ Belangrijke voorbeelden hiervan zijn de organen van de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen.²³⁰ Maar ook het Uitvoeringsinstituut werknemersverzekeringen (UWV) is een a-bestuursorgaan.²³¹ A-bestuursorganen zijn voor al hun werkzaamheden gebonden aan de algemene beginselen van bestuur, dus ook voor privaatrechtelijk handelen. Alle verrichtingen in het kader van een aanbesteding van a-bestuursorganen, althans de rechtspersonen waartoe zij behoren, kunnen worden getoetst aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

B-bestuursorganen zijn 'andere personen of colleges, met enig openbaar gezag bekleed'.²³² Dit zijn (organen van) privaatrechtelijke rechtspersonen, zoals stichtingen of besloten vennootschappen, waaraan overheidstaken zijn opgedragen en publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend.²³³ Onder 'met enig openbaar gezag bekleed' wordt verstaan het beschikken over een exclusieve publiekrechtelijke bevoegdheid om eenzijdig de rechtspositie van rechtssubjecten te bepalen. Deze bevoegdheid hoeft niet op een uitdrukke-

227 Snijders 2011, p. 98. Vgl. HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727 (Ikon/gemeente Amsterdam), r.o. 3.4, waarin kort gezegd werd overwogen dat bij een beroep door een burger op het gelijkheidsbeginsel, het op de weg van de overheid ligt de eventuele ongelijke behandeling te verklaren.

228 Zie ook Braams 1996, p. 974.

229 Art. 1:1 lid 1 sub a Awb.

230 Art. 2:1 BW.

231 Art. 2 lid 2 Wet structuur uitvoeringsorganisatie werk en inkomen.

232 Art. 1:1 lid 1 sub b Awb.

233 PG Awb I, p. 133.

lijke bepaling te berusten. Voldoende is dat de publieke taak indirect tot een grondwettelijke of wettelijke bevoegdheidstoedeling kan worden herleid.²³⁴ Het klassieke voorbeeld van een b-bestuursorgaan is de APK-erkenninghouder.²³⁵ Personen en colleges die een b-bestuursorgaan zijn, zijn slechts bestuursorgaan voor zover zij een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefenen. Zij zijn dan ook uitsluitend bij de uitoefening van hun publiekrechtelijke bevoegdheden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur gebonden. Of een entiteit die b-bestuursorgaan is bij een aanbesteding gebonden is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, is dus afhankelijk van het antwoord op de vraag of het sluiten van de beoogde overeenkomst de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid betreft. Dat het sluiten van een overeenkomst een privaatrechtelijke rechtshandeling is, sluit niet uit dat er sprake is van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Bestuur kan namelijk ook het verrichten van privaatrechtelijke rechtshandelingen omvatten.²³⁶ Wanneer bijvoorbeeld een b-bestuursorgaan zich van een overeenkomst bedient, terwijl zij in plaats daarvan een beschikking als bedoeld in artikel 1:3 lid 2 Awb had kunnen nemen, zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur van toepassing.²³⁷ De aanschaf van goederen en diensten of het opdragen van werken betreft in de regel niet de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid.²³⁸ Daarmee wordt immers niet op basis van een exclusieve publiekrechtelijke bevoegdheid eenzijdig de rechtspositie van rechtssubjecten bepaald. Voor ziekenfondsen, die nu niet meer bestaan, is dit door de Hoge Raad bevestigd in *RZG/Comformed*.²³⁹ Dit betekent dat b-bestuursorganen, althans de rechtspersonen waartoe zij behoren, in tegenstelling tot a-bestuursorganen, bij aanbestedingen niet gebonden zijn aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

4.4 DE PRAKTISCHE BETEKENIS VAN DE ALGEMENE BEGINSELEN VAN BEHOORLIJK BESTUUR IN AANBESTEDINGEN

Binnen de aangegeven reikwijdte kunnen in beginsel alle handelingen van overheden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur worden getoetst. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn echter ontwikkeld ter normering van besluiten.²⁴⁰ Daarmee moet rekening worden gehouden bij toepassing ervan in het privaatrecht. Het privaatrecht kent een andere opzet dan het bestuursrecht.²⁴¹ In het privaatrecht staat niet het

234 PG Awb I, p. 133.

235 Art. 83 Wegenverkeerswet 1994.

236 PG Awb I, p. 136.

237 Zie ook De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 126; Van Ommeren in zijn noot onder HR 4 april 2003, AB 2003, 365 (RZG/Comformed).

238 Althans, ik kan geen voorbeeld bedenken van een situatie waarin dit wel het geval is.

239 HR 4 april 2003, NJ 2004, 35 (RZG/Comformed), r.o. 3.4.2. Zie in dit verband met name de noot van Scheltema onder dit arrest in AB 2003, 365 en die van De Groot in RZA 2003, 155.

240 De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 533.

eenzijdige besluit centraal van een overheid die over exclusieve bevoegdheden beschikt, zoals dit in het bestuurs(proces)recht het geval is, maar ontstaan materiële aanspraken door een samenloop van feiten en/of rechtshandelingen binnen een (rechts)verhouding tussen twee of meer in beginsel gelijkwaardige partijen. Hierdoor lenen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur zich niet in alle gevallen voor onverkorte toepassing op privaatrechtelijke verhoudingen en vervullen zij bovendien een andere rol dan in het bestuursrecht.²⁴² Voorts kan de bestuursrechter besluiten die in strijd zijn met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vernietigen. De burgerlijke rechter kan dit niet. Handelen in strijd met de algemene beginselen van bestuur is vaak slechts een factor bij de beoordeling van een schadevergoedingsplicht op grond van onrechtmatige daad.²⁴³

Een aanbesteding heeft een sterk procedureel karakter en vertoont daardoor in tegenstelling tot vele andere privaatrechtelijke rechtsverhoudingen grote gelijkenissen met het bestuursprocesrecht. De aanbesteder stelt eenzijdig de eisen en criteria vast en beoordeelt vervolgens op basis daarvan de inschrijvingen. In een geschil staat vervolgens de beslissing van de aanbesteder centraal, waarbij wordt getoetst of bij de totstandkoming van deze beslissing de procedureregels correct zijn toegepast. De beslissingen van een aanbesteder lijken zich net als besluiten in de zin van artikel 1:3 lid 1 Awb uitstekend te lenen voor toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Toch spelen de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in aanbestedingsgeschillen geen prominente rol. Rechters lijken slechts in zeer uitzonderlijke gevallen bereid te zijn gevolgen te verbinden aan handelen in strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁴⁴

Een volgende vraag is in hoeverre behoefte bestaat aan directe toetsing van de handelingen van aanbestedende overheden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Betoogd wordt wel dat via de open normen in het privaatrecht hetzelfde resultaat kan worden bereikt als via rechtstreekse toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.²⁴⁵ In veel situaties zal dit het geval zijn. Verscheidene algemene beginselen van

241 Zie ook Snijders 2011, p. 96.

242 Art. 3:1 lid 2 Awb onderkent dit en bepaalt dat overeenkomstige toepassing mogelijk is voor zover de aard van de handeling zich daartegen niet verzet. Zie ook De Haan e.a./Schlössels & Zijlstra 2010, p. 518; Scheltema & Scheltema 2008, p. 128. Een voorbeeld van een situatie waarin moeilijk voorstelbaar is dat algemene beginselen van behoorlijk bestuur een rol kunnen spelen, is de veroorzaking van een verkeersongeval door een dienstauto van een overheid dat op gelijke voet als andere verkeersdeelnemers aan het verkeer deelneemt.

243 Scheltema & Scheltema 2008, p. 128.

244 V.zr. Rb. Den Haag 19 oktober 2009, *LJN* BK0583, waarin een beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel werd gehonoreerd; V.zr. Rb. Maastricht 11 augustus 2011, *LJN* BR7091, waarin een beroep op het vertrouwensbeginsel werd gehonoreerd. Zie voor een geval waarin een beroep op het zorgvuldigheidsbeginsel werd gehonoreerd, maar de vordering op andere gronden werd afgewezen V.zr. Rb. Den Haag 31 oktober 2012, *LJN* BY8867, r.o. 4.1.

245 Snijders 1988, p. 57. Zie ook Van Werven 2003, p. 168.

behoorlijk bestuur kennen namelijk een pendant in het privaatrecht.²⁴⁶ Bovendien hebben de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in het aanbestedingsrecht een ruime reikwijdte. Uit deze beginselen kunnen vele specifieke verplichtingen worden afgeleid; van het formuleren van heldere criteria tot aan het verstrekken van een deugdelijke motivering. De aanbestedingsrechtelijke beginselen zouden (potentiële) inschrijvers dus afdoende bescherming moeten kunnen bieden tegen de handelingen van de aanbesteder. Toch kan rechtstreekse toetsing aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een belangrijke meerwaarde hebben. Ten eerste omdat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur vaak eenvoudiger en meer afdoende de specifieke rechtsgevolgen kunnen verklaren.²⁴⁷ Ten tweede, en dit geldt in het bijzonder in het aanbestedingsrecht, omdat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor overheden bijzondere verplichtingen scheppen die niet uit het privaatrecht kunnen worden afgeleid.²⁴⁸ Uit de gecombineerde toepassing van het zorgvuldigheidsbeginsel, de verplichte belangenafweging en het gelijkheidsbeginsel kan onder omstandigheden een verplichting voortvloeien voor overheden om schaarse rechten aan te besteden. Met name op dit terrein hebben de algemene beginselen van behoorlijk bestuur een meerwaarde in het aanbestedingsrecht. Deze aspecten vallen echter buiten het terrein van het onderzoek.²⁴⁹

246 De Haan e.a./Schlossels & Zijlstra 2010, p. 533.

247 Van der Veen (Verbintenissenrecht II), aant. 7.1 en aant. 7.5. Zie ook Van Ommeren in zijn noot onder HR 4 april 2003, AB 2003, 365 (RZG/Comformed), die spreekt van de “onuitgewerkte, amorfe redelijkheid en billijkheid”; Lubach 1982, p. 129.

248 Aldus ook Spier 1981, p. 13.

249 Zie hierover o.a. C.J. Wolswinkel, *De verdeling van schaarse publieke rechten: op zoek naar algemene regels van verdelingsrecht* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom juridische uitgevers 2013; F.J. van Ommeren, W. den Ouden & C.J. Wolswinkel (red.), *Schaarse publieke rechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2011; Scheltema 2010, p. 127-131; Hof Den Haag 26 oktober 2010, LJV BO2080. Zie over de betekenis van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur voor gronduitgifte door overheden P. Heijnsbroek, *Grond voor gelijkheid. Gelijke kansen op werken bij gronduitgifte door de overheid* (diss. Utrecht), Den Haag: IBR 2013, p. 360 e.v.