

Rechtsbescherming bij private aanbestedingen

Onderzoeksrapport

Romy Tetteroo

De CLERCQ Advocaten • Notarissen

27 juni 2017

Hogeschool Leiden

Onderzoek ter afronding van de bachelor

Naam:	Romy Tetteroo
Studentnummer:	1081852
Klas:	Law 4D
Onderzoekdocent:	Mevrouw Cramer
Onderzoeksbegeleider:	Mevrouw Hiemstra De heer De Wijs
SVA code:	RE441C

Voorwoord

Voor u ligt mijn afstudeeronderzoek dat is toegespitst op het aanbestedingsrecht. Het onderzoek is uitgevoerd in opdracht van De CLERCQ Advocaten • Notaris. Voor de totstandkoming wil ik graag de heer De Wijs bedanken voor de praktijkondersteuning. Hiernaast wil ik zowel mevrouw Hiemstra, als mevrouw Cramer bedanken voor de ondersteuning vanuit de Hogeschool Leiden.

Zoetermeer, 27 juni 2017

Samenvatting

In dit onderzoek zal getracht worden een antwoord te geven op de vraag wat de grondslag van de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding is.

Het aantal private aanbestedingen zijn de afgelopen jaren gestegen, gezien de publiciteit van de overheidsaanbestedingen. De aanbestedingsprocedure is voor de genererende onderneming een overzichtelijke procedure, waarin hij specifiek kan aangeven waar de opdracht aan dient te voldoen, waarna iedere ondernemer vrij is een inschrijving in te dienen, zonder dat de genererende onderneming hierbij specifieke verplichtingen heeft ten opzichte van deze inschrijvers.

Hiermee wordt ook het probleem dat in dit onderzoek de hoofdrol speelt duidelijk. Genererende ondernemingen zijn in het geval van een private aanbesteding niet aan de voorgeschreven Aanbestedingswet 2012 gehouden. Hierdoor is er tijdens een private aanbesteding voor zowel de genererende onderneming als de inschrijvers enorm veel onduidelijkheid over welke rechten en plichten zij hebben.

In het onderzoek zal dan ook door middel van deelvragen getracht antwoord te kunnen geven op de voornoemde centrale vraag. De deelvragen zijn tot stand gekomen aan de hand van literatuur. De deelvragen zien op het aanbestedingsrecht in zijn algemeen, private aanbestedingen, de rechtsbescherming die geldt in het geval van een publieke aanbesteding, en tot slot wat de Nederlandse rechters hebben geoordeeld ten aanzien van de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding. De eerste drie deelvragen zien enkel op een theoretische invulling, waarbij er gebruik gemaakt is van literatuur en de wet. De laatste deelvraag ziet op het praktijkgedeelte van het onderzoek en is aan de hand van een jurisprudentie onderzoek beantwoord.

Tevens zijn aan de hand van literatuur de volgende grondslagen van de rechtsbescherming naar voren gekomen:

1. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase;
2. Het (aanbestedingsrechtelijke) gelijkheids- en transparantiebeginsel;
3. Het (aanbestedingsrechtelijke) non-discriminatie- en proportionaliteitsbeginsel, en;
4. Het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel.

Deze grondslagen spelen dan ook een belangrijke rol in het jurisprudentie onderzoek.

Naar aanleiding van de resultaten van het jurisprudentie onderzoek kan geconcludeerd worden dat de Nederlandse rechter hedendaags een eenzijdige lijn aanhoudt met betrekking tot de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding, en dat deze lijn vrijwel geen afwijkingen vertoont met de gestelde literatuur.

Afkortingen

Aw 2012	Aanbestedingswet 2012
BW	Burgerlijk Wetboek
PIANOO	Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers
R.o.	Rechtsoverweging

Inhoudsopgave

Samenvatting	4
Afkortingen	5
Inhoudsopgave	6
HOOFDSTUK 1. Inleiding	8
§ 1 Probleemanalyse	8
§ 2 Juridische achtergrond	10
§ 3 Doelstelling	11
§ 4 Centrale vraag en deelvragen	11
§ 5 Onderzoeksmethoden	12
HOOFDSTUK 2. Aanbestedingsrecht	16
§ 1 Terminologie	16
§ 2 Verplichting tot aanbesteden	17
§ 3 Procedures	18
§ 3.1 Openbare procedure	18
§ 3.2 Niet-openbare procedure	19
§ 3.3 Specifieke procedures	20
§ 4 Aanbesteden onder de Europese drempelwaarde	21
§ 5 Tussenconclusie	21
HOOFDSTUK 3. Private aanbesteding	22
§ 1 Uitsluitingsgronden	22
§ 2 De precontractuele fase	22
§ 2.1 Plas/Valburg	23
§ 3 Hoge Raad de Nederlanden	25
§ 3.1 RZG/ConforMed	25
§ 3.2 KLM/Crombeen	25
§ 3.3 KLM/Crombeen	26
§ 4 Tussenconclusie	27
HOOFDSTUK 4. Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht	28
§ 1 Algemene rechtsbescherming Aanbestedingswet	28
§ 1.1 Gelijkheidsbeginsel	28
§ 1.2 Transparantiebeginsel	29
§ 1.3 Overige beginselen en uitgangspunten	29

§ 2	Specifieke rechtsbescherming	31
§ 2.1	Termijnen	31
§ 2.2	Geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria	31
§ 3	Gevolgen niet-nakoming	33
§ 4	Tussenconclusie	33
HOOFDSTUK 5. Nederlandse jurisprudentie		34
§ 1	Verklaring topics	34
§ 2	De maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase	36
§ 3	Het (aanbestedingsrechtelijke) gelijkheids- en transparantiebeginsel	37
§ 4	Het (aanbestedingsrechtelijke) non-discriminatie- en proportionaliteitsbeginsel	38
§ 5	Het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel	38
§ 6	Tussenconclusie	39
HOOFDSTUK 6. Conclusie en advies		41
§ 1	Deelvragen	41
§ 1.1	Wat is het aanbestedingsrecht	41
§ 1.2	Wat is een private aanbesteding	41
§ 1.3	Welke rechtsbescherming is van toepassing op een publieke aanbesteding	42
§ 1.4	Wat heeft de Nederlandse rechter bepaald	42
§ 2	Centrale vraag	43
§ 3	Advies	44
§ 4	Bruikbaarheid	45
Literatuurlijst		46
Bijlagen		49
Bijlage 1	De maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase	49
Bijlage 2	Het (aanbestedingsrechtelijke) gelijkheids- en transparantiebeginsel	52
Bijlage 3	Het (aanbestedingsrechtelijke) non-discriminatie en proportionaliteitsbeginsel	58
Bijlage 4	Het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel	60
Bijlage 5	Beknopte samenvatting van de in de analyse gebruikte uitspraken	65

HOOFDSTUK 1. Inleiding

§ 1 Probleemanalyse

De CLERCQ Advocaten Notarissen is een advocatenkantoor gevestigd te Leiden. Van de vele rechtsgebieden die op dit kantoor worden behandeld, is het aanbestedingsrecht er een van. Vandaag de dag zijn enkele advocaten uitgegroeid tot huisadvocaat van bepaalde bedrijven die vaak inschrijven bij aanbestedingen of deze genereren.

Een aanbesteding is een specifieke procedure waarbij een ondernemer leveranciers vraagt een offerte in te dienen voor een werk, dienst of levering. Een voorbeeld hiervan kan zijn wanneer de gemeente Leiden voor al haar computers nieuwe schermen wil aanschaffen, en hiervoor dus een aanbesteding start.

Op aanbestedingen is doorgaans de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aanbestedingswet) van toepassing. Echter, voordat de wet in toepassing treedt, moet er wel aan een paar voorwaarden voldaan zijn. Een van deze voorwaarden vindt zijn grondslag in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet, deze stelt namelijk dat onder een aanbestedende dienst het volgende verstaan wordt:

"De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen."

Een onderneming die een aanbesteding wil genereren, wordt in dit onderzoek de genererende onderneming genoemd. Wanneer de genererende onderneming dus niet als een aanbestedende dienst op grond van de Aanbestedingswet gekwalificeerd kan worden, zou de Aanbestedingswet niet van toepassing zijn. Als een genererende onderneming er dan toch voor kiest om een aanbestedingsprocedure te volgen, noemt men dit een private aanbesteding. Een voorbeeld van een private aanbesteding, is als KLM voor al haar computers nieuwe beeldschermen wil aanschaffen, en daarvoor een opdracht openbaar maakt zodat verschillende leveranciers een offerte kunnen indienen.

Bij een aanbesteding legt de onderneming haar opdracht vast in bepaalde stukken, ook wel de aanbestedingsstukken genoemd. Hierbij moet het altijd gaan om een dienst, werk of levering. In het geval van het voorgenoemde voorbeeld, laat KLM op grond van artikel 2.63 Aanbestedingswet weten om welke soort beeldschermen het moet gaan, aan welke voorwaarden het moet voldoen, en uiteraard om welke prijs. Wanneer deze opdracht duidelijk geformuleerd is, worden deze stukken gepubliceerd, waarna ondernemingen de kans krijgen om hierop te reageren. Deze reactie geschiedt in de vorm van een inschrijving, waarin de betreffende onderneming aangeeft op welke manier hij de opdracht in wil gaan vullen, en welke prijzen hier onder andere aan zijn verbonden. Dit doet zij in lijn met hetgeen bepaald in §2.3.6.1 uit de Aanbestedingswet, te weten de paragraaf met betrekking tot de geschiktheidseisen. Nadat alle inschrijvingen zijn ontvangen, zal de genererende onderneming de inschrijvingen toetsen aan haar aanbestedingsstukken, en op grond daarvan een 'winnaar' selecteren, wat zij aan de hand van het in artikel 2.113 Aanbestedingswet zal doen. De genererende onderneming verzoekt andere ondernemingen dus om op een aparte manier in onderhandeling te treden.

Wanneer een inschrijver niet als winnaar van de aanbesteding geselecteerd wordt, kan men dus stellen dat de onderhandelingen met deze inschrijver zijn afgebroken. In het geval van een onderhandeling tussen partijen ontstaat er een algemene rechtsbescherming, die de precontractuele fase genoemd wordt. Deze rechtsbescherming heeft geen directe grondslag in het Burgerlijk Wetboek, maar vindt voornamelijk zijn oorsprong in het Plas/Valburg arrest, waarbij een concrete invulling van deze term is gegeven. Echter, de bescherming vindt indirect zijn grondslag in de artikelen 3:11 BW, 3:12 BW, 6:2 BW en tot slot artikel 6:248 BW.¹

De precontractuele fase zorgt voor rechtsbescherming voor beide partijen in de periode van onderhandelingen. Deze periode begint direct wanneer partijen met elkaar in onderhandeling treden. In het geval van de aanbesteding begint dit dus wanneer een onderneming zijn inschrijving indient. Deze bescherming komt pas te vervallen op het moment dat partijen daadwerkelijk een overeenkomst met elkaar sluiten. Met andere woorden is het een zekerheid voor de periode voordat het contract gesloten is, en begint direct wanneer partijen met elkaar in onderhandeling treden.

Wanneer er een private aanbesteding wordt gegenereerd, is het voor zowel de genererende onderneming als de inschrijver(s) onduidelijk hoe de rechtsbescherming hierbij geregeld is. Hierover adviseert De CLERCQ deze genererende ondernemingen of inschrijvers bij het nemen van eventuele rechtsmaatregelen.

Het concrete probleem waar – in het geval van een private aanbesteding – tegenaan gelopen wordt, is of de Aanbestedingswet 2012 (hierna: Aanbestedingswet) van toepassing is. Wanneer de Aanbestedingswet wel van toepassing zou zijn, heeft dat als gevolg dat er enorm strikte regels en termijnen zijn waar partijen gedurende de aanbesteding aan gebonden zijn. Onder deze strikte regels en termijnen valt bijvoorbeeld artikel 2.71 van de Aanbestedingswet, waarin per soort aanbesteding vaststaat hoelang de minimumtermijn is voor de indiening van inschrijvingen. Ook artikel 2.87 waarin de uitsluitingsgronden worden benoemd, en artikel 2.103 waarin beschreven wordt hoe een mededeling van uitsluiting en afwijzing moet verlopen, vallen onder deze relevante strikte regels en termijnen. De toepassing van deze regels en termijnen brengt veel zekerheid en duidelijkheid mee in aanbestedingen, voor voornamelijk inschrijvers. Wanneer zij van mening zijn dat zij niet gelijk behandeld worden, of van mening zijn dat de aanbesteding niet verloopt zoals dat zou moeten, hebben zij een directe en concrete wettelijke grondslag waarop zij een beroep kunnen doen.

Zoals hiervoor benoemd, is de voornaamste reden waarom de Aanbestedingswet niet van toepassing zou kunnen zijn – en er dus sprake is van een private aanbesteding – als de genererende onderneming niet als een aanbestedende dienst gekwalificeerd kan worden.

Wanneer – kortgezegd – een niet-publiekrechtelijk rechtspersoon een aanbesteding wil genereren, is er dus sprake van een private aanbesteding, en is de Aanbestedingswet in eerste instantie dus niet van toepassing, waarmee haar rechtsbescherming ook komt te vervallen. In deze gevallen willen de ondernemingen die de aanbesteding willen genereren, vaak wel de vorm van een aanbesteding volgen.

¹ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405.

Inschrijvers van private aanbestedingen zijn echter van mening dat – naast de algemene rechtsbescherming voortvloeiend vanuit de precontractuele fase – wanneer een onderneming kiest om gebruik te maken van een vorm van een aanbesteding, de Aanbestedingswet hierop van toepassing moet zijn.² Als gevolg van de onzekerheid over de toepassing van de Aanbestedingswet, zijn hierover veel rechtelijke procedures gestart. Als gevolg hiervan heeft de Nederlandse rechter in de afgelopen jaren veel (uiteenlopende) uitspraken gedaan, waarin sommige uitspraken als leidraad gebruikt worden.³

Het concrete probleem in dit onderzoek is dan ook dat er veel onduidelijkheid en onzekerheid bestaat omtrent de rechtsbescherming bij private aanbestedingen. Aan dit duidelijke praktijkprobleem zal de volgende kennisvraag worden gekoppeld:

"Hoe is de rechtsbescherming bij private aanbestedingen geregeld?"

Op grond van dit onderzoek zal een advies richting De CLERCQ gegeven worden over het voorgenomde probleem.

§ 2 Juridische achtergrond

In Nederland is het aanbestedingsrecht voornamelijk geregeld in de Aanbestedingswet 2012. Echter, voor de toepassing van de wet moet er onder andere voldaan worden aan de (verkapte) voorwaarden in de definitie van de term "aanbestedende dienst" ex artikel 1.1 Aanbestedingswet. De definitie luidt als volgt:

"De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen."

In het geval dat er niet aan deze voorwaarden wordt voldaan, maar de betreffende onderneming toch een aanbesteding wil genereren, noemt men dit een private aanbesteding. Private aanbestedingen hebben geen directe grondslag, dan wel in de Aanbestedingswet, dan wel in het Burgerlijk Wetboek. Het is juridisch enkel te kwalificeren als een onderhandeling tussen partijen, waarbij de genererende onderneming de overige ondernemingen verzoekt om een aanbod te doen, waarna hij er hier een van aanvaardt, ex artikel 6:217 Burgerlijk Wetboek. Echter, omdat partijen tevens in onderhandeling met elkaar treden, zijn artikel 3:11 BW, artikel 3:12 BW, artikel 6:2 BW en artikel 6:248 BW door de Hoge Raad in de uitspraak in de zaak Plas/Valburg van toepassing verklaard.⁴ Hierbij wordt tevens geacht dat partijen zich conform het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel gedragen. Deze artikelen tezamen, in combinatie met de voorgenomde uitspraak, regelen de precontractuele fase.

In het geval van een private aanbesteding kan men dus in theorie niet terugvallen op de Aanbestedingswet. Hierdoor kan de genererende onderneming de aanbesteding dus vrij inrichten, en hoeft hij dus geen rekening te houden met de strikte regels uit de Aanbestedingswet. Wanneer de genererende onderneming geen rekening hoeft te houden met deze regels, levert dit voor inschrijvers onzekerheid op. Onder deze strikte regels valt

² Zie onder andere de standpunten van Crombeen in ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

³ O.a. ECLI:NL:HR:2003:AF2830 en ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

⁴ HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723, LJN AG4405 (Plas/Valburg arrest).

namelijk onder andere de minimumtermijn voor het indienen van inschrijvingen, ex artikel 2.70 Aanbestedingswet, maar ook de geschiktheidseisen en de selectiecriteria die in §2.3.6 van de wet zijn vastgelegd.

De onzekerheid van de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding heeft in de afgelopen jaren drie uitspraken van de Hoge Raad opgeleverd, te weten:

1. ECLI:NL:HR:2003:AF2830;
2. ECLI:NL:HR:2013:BZ2900;
3. ECLI:NL:HR:2016:1484.

Deze uitspraken zijn in het onderhavige onderzoek als rechtsbron gebruikt. In deze uitspraken kwam naast de redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase, ook de beginselen van gelijkheid en transparantie naar voren als grondslag van de rechtsbescherming. Artikel 1.8 Aanbestedingswet omschrijft het gelijkheidsbeginsel als volgt:

"Een aanbestedende dienst behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze."

In artikel 1.9 lid 1 ligt de grondslag van het transparantiebeginsel:

"Een aanbestedende dienst handelt transparant."

Deze beginselen zijn te allen tijde – ongeacht of de Aanbestedingswet van toepassing is op de betreffende aanbesteding – van toepassing op aanbestedingen.

§ 3 Doelstelling

In dit onderzoek wordt getracht antwoord te geven op de kennisvraag:

"Hoe is de rechtsbescherming bij private aanbestedingen geregeld?"

Deze vraag geeft enkel weer wat het doel is van het onderzoeksrapport zelf, maar laat niet zien wat De CLERCQ met dit onderzoek wil bereiken. Om dit te kunnen weergeven is er een doelstelling nodig, welke als volgt is geformuleerd:

"Het doel van dit onderzoek is om inzicht te krijgen in hoe de rechtsbescherming is geregeld in het geval van een private aanbesteding, door het analyseren van de Aanbestedingswet 2012, de wetsgeschiedenis hiervan, het Aanbestedingsbesluit, de Gids Proportionaliteit, en een analyse van 23 uitspraken met betrekking tot private aanbestedingen, zodat er een goed onderbouwd advies gegeven kan worden."

§ 4 Centrale vraag en deelvragen

De centrale vraag luidt in dit onderzoek als volgt:

"Welk advies kan op basis van jurisprudentieonderzoek, literatuuronderzoek en een wetsanalyse worden gegeven aan De CLERCQ Advocaten Notarissen over de rechtsbescherming ten opzichte van private aanbestedingen?"

Om een antwoord te kunnen formuleren op de centrale vraag, zijn er in dit onderzoek ook enkele deelvragen van belang. Deze zijn als volgt geformuleerd:

1. *Wat is het aanbestedingsrecht volgens literatuur en de Aanbestedingswet?*
2. *Wat is blijkens literatuur een private aanbesteding?*
3. *Welke rechtsbescherming is blijkens de Aanbestedingswet, het Aanbestedingsbesluit en de Gids Proportionaliteit van toepassing op een aanbesteding?*
4. *Wat heeft de Nederlandse rechter bepaald met betrekking tot de grondslag van de rechtsbescherming bij een private aanbesteding?*

Deze deelvragen zijn elk ondergebracht in een apart hoofdstuk, waarin deze zo duidelijk en concreet mogelijk worden uitgelegd, waardoor aan het eind van elk hoofdstuk een beknopte conclusie volgt.

§ 5 Onderzoeksmethoden

Dit onderzoek bestaat uit zowel een theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte, als een praktijkonderzoek gedeelte. Per deelvraag zal dit leiden tot het volgende overzicht:

1. Wat is het aanbestedingsrecht volgens literatuur en de Aanbestedingswet?

Deze deelvraag is gericht op het theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte. Om de deelvraag te beantwoorden, zijn de hoofdlijnen van het aanbestedingsrecht aan de hand van de Aanbestedingswet uitgelegd. Bij de uitleg is het van belang dat het duidelijk wordt wat het aanbestedingsrecht inhoudt, gezien dat essentieel is om het verschil tussen een publieke en private aanbesteding duidelijk te maken.

De focus lag hierbij dan ook bij de terminologie die terugkomt in de wet, het verloop van de verschillende aanbestedingsprocedures, en uiteraard wanneer de verplichting tot aanbesteden volgens de Aanbestedingswet verplicht is. Om dit zo duidelijk mogelijk uiteen te zetten is gebruik gemaakt van artikelen van www.pianoo.nl. Dit is het expertisecentrum aanbesteden van het Ministerie van Economische zaken. Gezien de Aanbestedingswet in juli 2016 gewijzigd is zijn de meeste boeken niet meer relevant. Echter, wel is gebruik gemaakt van tekst en commentaar van de Aanbestedingswet, de wetsgeschiedenis van de Aanbestedingswet, en de Gidsproportionaliteit.

2. Wat is blijkens literatuur een private aanbesteding?

Deze deelvraag is tevens gericht op het theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte. Bij de beantwoording van deze deelvraag is een duidelijke omschrijving gevormd van de term private aanbesteding en wanneer hier sprake van is. Er is sprake van een private aanbesteding wanneer de Aanbestedingswet niet van toepassing is. Deze 'uitsluitingsgronden' zullen dan ook ruim besproken worden.

Hiernaast is er toegelicht waarom een onderneming die niet verplicht is een aanbesteding te genereren, toch kiest om een soortgelijke procedure te volgen. Ook speelt de precontractuele fase in de beantwoording van deze deelvraag een rol, waarbij deze uitgelegd is, en hierbij een koppeling gemaakt is naar private aanbestedingen. Hierbij is er gebruik gemaakt van zowel de *Groene serie verbintenissenrecht*, als van de *Asser-serie*.

Tevens heeft het artikel *Private aanbestedingen: (weer) vrijheid blijheid?* van mr. Hebly en mr. Meesters een rol gespeeld in de beantwoording van deze deelvraag.

Tot slot zijn er drie uitspraken van de Hoge Raad met betrekking tot de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding, geanalyseerd, waar in de praktijk vaak op terug wordt gevallen. De uitspraken zijn:

1. ECLI:NL:HR:2003:AF2830;
2. ECLI:NL:HR:2013:BZ2900;
3. ECLI:NL:HR:2016:1484.

Bij de beantwoording van deze deelvraag is er tevens gebruik gemaakt van www.pianoo.nl. Dit is het expertisecentrum aanbesteden van het Ministerie van Economische Zaken. Tevens is er gekeken naar de Aanbestedingswet en tekst en commentaar hiervan, om de 'uitsluitingsgronden' concreet te kunnen formuleren, hierbij lag de focus op onder andere artikel 1.1 van de Aanbestedingswet.

Tot slot is er ter verduidelijking van de precontractuele fase gebruik gemaakt van zowel van het boek *Compendium van het Nederlands vermogensrecht* van Kluwer, als van het boek *De Zeug vermogensrechtelijke arresten ten behoeve van praktijk en studie* van Kluwer.

3. Welke rechtsbescherming is blijkens de Aanbestedingswet, het Aanbestedingsbesluit en de Gids Proportionaliteit van toepassing op een publieke aanbesteding?

Ook deze deelvraag is gericht op het theoretisch-juridisch onderzoeksgedeelte. Hierbij is, door middel van een analyse van zowel de Aanbestedingswet, alsmede Tekst & Commentaar hiervan, een uiteenzetting gegeven van de rechtsbescherming die op grond van de Aanbestedingswet geldt. Hierbij is hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet als eerst besproken, gezien dit de algemene rechtsregels zijn, waar ook de algemene aanbestedingsbeginselen in zijn opgenomen.

Hiernaast is er een uitleg gegeven over de rechtsbescherming bij publieke aanbestedingen in het geval van fouten en onduidelijkheden in de stukken, maar ook over termijnen, geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria. Hiervoor is tevens gebruik gemaakt van de Gids Proportionaliteit, waardoor een duidelijk en concreet beeld van de rechtsbescherming in het geval van een publieke aanbesteding is ontstaan.

4. Wat heeft de Nederlandse rechter bepaald met betrekking tot de grondslag van de rechtsbescherming bij een private aanbesteding?

Deze deelvraag is volledig gericht op het praktijkgedeelte van het onderzoek. Voor de beantwoording hiervan, is een analyse gemaakt van 24 uitspraken. Hierbij is ervoor gekozen om niet alleen uitspraken te gebruiken van een specifieke rechtbank, dan wel gerechtshof, maar van alle uitspraken die er in Nederland hierover zijn gepubliceerd. Deze keuze is gemaakt met het oog op het feit dat er zo duidelijk wordt wat de algemene gedachte is in de Nederlandse rechtspraak. Tevens bleek uit het onderzoek dat er relatief weinig uitspraken, dan wel arresten, over dit vraagstuk gepubliceerd worden. De oorzaak hiervan is echter onduidelijk gebleven.

Tevens zijn het niet enkel uitspraken van rechtbanken, maar ook van gerechtshoven. Hiervoor is gekozen omdat het gerechtshof ook toetst aan de feiten, en in sommige gevallen een gedetailleerdere motivatie geeft.

De 24 uitspraken komen voornamelijk voort uit een onderzoek op www.rechtspraak.nl, waarbij er onder andere gekeken is naar de termen 'private aanbesteding' in combinatie met 'precontractuele fase'. Tevens is er ook gezocht in de Kluwer Navigator, met dezelfde zoektermen.

In het onderzoek ligt de focus op de concrete keuze die de rechter maakt tussen zowel de toepassing van de Aanbestedingswet, de precontractuele fase, of zelfs een combinatie hiervan. Hierbij is er uiteraard aandachtig gekeken naar de motivering die hieraan ten grondslag ligt. Hierbij is eerst een analyse gemaakt van de betreffende grondslag die de rechter volgt, waarbij dit beoordeeld is aan de hand van de volgende topics:

1. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend vanuit de precontractuele fase;
2. Het (aanbestedingsrechtelijke) gelijkheids- en transparantiebeginsel;
3. Het (aanbestedingsrechtelijke) non-discriminatie- en proportionaliteitsbeginsel, en;
4. Het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel;

De eerste topic, te weten de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase, is tot stand gekomen aan de hand van de inhoud van dit leerstuk. Een aanbesteding, ongeacht of dit een publieke of private is, kan namelijk gekwalificeerd worden als onderhandeling, waarop de precontractuele fase geldt. Uit zowel de drie voornoemde arresten van de Hoge Raad⁵, als uit relevante literatuur blijkt dat dit leerstuk van belang is bij een private aanbesteding.⁶

De tweede topic, te weten het (aanbestedingsrechtelijke) gelijkheids- en transparantiebeginsel, vloeit voort uit de eerste topic. In de drie voornoemde arresten van de Hoge Raad wordt tussen deze twee leerstukken een directe koppeling gemaakt. Tevens sluit relevante literatuur aan bij deze koppeling.⁷

De derde topic, te weten het (aanbestedingsrechtelijke) non-discriminatie en proportionaliteitsbeginsel, vloeit voort uit de toepassing van de tweede topic. Deze beginselen vormen samen met het gelijkheids- en transparantiebeginsel de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Tevens wordt er in enkele literatuur gesteld dat ook deze beginselen van toepassing zijn in het geval van een private aanbesteding.⁸

Tot slot is de vierde topic, te weten het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel, een opmerkelijke topic. Gezien dit beginsel zijn grondslag vindt in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, wordt er niet snel een koppeling gemaakt met private aanbestedingen. Echter, uit de voornoemde drie arresten van de Hoge Raad, in combinatie met *De groene serie* waarin mr. Blei Weissmann stelde dat er een directe koppeling bestaat tussen de toepassing van het vertrouwensbeginsel en de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase.

Hierdoor is er een concreet beeld ontstaan van de gedachtegang van de Nederlandse rechter met betrekking tot de grondslag van de rechtsbescherming bij een private aanbesteding.

⁵ ECLI:NL:HR:2003:AF2830, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 en ECLI:NL:HR:2016:1484.

⁶ Van den Berg, 2017, 71.

⁷ Van den Berg, 2017, 70.

⁸ J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, 2013.

De volgende 24 uitspraken zijn geanalyseerd:

1. ECLI:NL:RBMNE:2016:6545
2. ECLI:NL:RBROT:2016:6025
3. ECLI:NL:RBNNE:2016:568
4. ECLI:NL:RBZWB:2016:2285
5. ECLI:NL:RBZWB:2016:1623
6. ECLI:NL:RBGEL:2016:1384
7. ECLI:NL:RBAMS:2016:5733
8. ECLI:NL:RBAMS:2015:7492
9. ECLI:NL:RBDHA:2015:707
10. ECLI:NL:GHDHA:2014:3501
11. ECLI:NL:GHDHA:2014:3028
12. ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960
13. ECLI:NL:GHARL:2013:4715
14. ECLI:NL:RBROT:2012:BW3238
15. ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015
16. ECLI:NL:RBDHA:2012:BY0155
17. ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139
18. ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963
19. ECLI:NL:RBARN:2011:BT2628
20. ECLI:NL:GHDHA:2010:BO2080
21. ECLI:RBAMS:2009:BI4270
22. ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9582
23. ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682
24. ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755

Hierbij is de focus blijven liggen bij de rechtbanken en gerechtshoven, gezien deze instanties naar alle relevante feiten kijken. Tevens is er geen selectie gemaakt in uitspraken uit een bepaalde regio, gezien er niet veel inhoudelijke uitspraken over een private aanbestedingen gepubliceerd worden.

HOOFDSTUK 2. Aanbestedingsrecht

In dit hoofdstuk worden de hoofdlijnen van het aanbestedingsrecht aan de hand van de Aanbestedingswet uitgelegd, waardoor duidelijk wordt wat er onder het aanbestedingsrecht verstaan wordt, en zal er een concreet beeld zal ontstaan van private aanbestedingen en hoe deze in hun werking gaan. Een uitleg van de rechtsbescherming voortvloeiend uit de Aanbestedingswet zal in hoofdstuk 4 worden uitgelegd.

§ 1 Terminologie

Op 1 april 2013 trad de Aanbestedingswet 2012 in werking, waardoor er door middel van de opgenomen bepalingen een eenvoudig kader gecreëerd werd voor aanbestedingsprocedures. Een aanbesteding is een specifieke procedure, waarbij een (overheids)opdracht in de markt gezet wordt. De opdrachtgever in deze (Europese) procedure wordt een aanbestedende dienst genoemd. Deze term wordt in de Aanbestedingswet als volgt gedefinieerd:

*"De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen."*⁹

In deze definitie blijft een onduidelijke term, te weten een publiekrechtelijke instelling. Echter, deze term wordt tevens in artikel 1.1 Aw 2012 verduidelijkt:

"Een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

- a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd;*
- b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling, of;*
- c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen."*

Deze twee termen samen vormen dus het complete beeld van een aanbestedende dienst. In deze twee termen komt duidelijk naar voren dat de aanbestedende dienst dan wel een overheidsorgaan is, dan wel de activiteiten gefinancierd worden door een overheidsorgaan, dan wel het beheer is onderworpen aan toezicht door een overheidsorgaan, dan wel dat de leden van het bestuur of leidinggevend- of toezichthoudend orgaan voor de helft bestaan uit leden van een overheidsorgaan.

Dat de Aanbestedingswet voornamelijk op overheidsopdrachten is gericht, komt ook duidelijk naar voren in de inleiding van de memorie van toelichting van de eerste Aanbestedingswet:

"Dit wetsvoorstel handelt over het aanbesteden van (overheids)opdrachten. Een belangrijk deel van de opdrachten voor werken, leveringen en diensten door overheid en semi-overheid moet op grond van Europese en internationale

⁹ Artikel 1.1, *aanbestedende dienst*, Aanbestedingswet 2012.

*aanbestedingsregels plaatsvinden volgens een specifieke aanbestedingsprocedure.*¹⁰

De Aanbestedingswet is dus gericht op (semi)overheidsopdrachten. De opdrachten kunnen verdeeld worden in drie soorten. Artikel 1.1 stelt dat de opdracht een werk kan inhouden, wanneer het product een resultaat is van bouwkundige of civieltechnische werken, dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen. Ten tweede kan de opdracht een levering inhouden, wat inhoudt dat de opdracht de aankoop, huur, lease of huurkoop van een product is. Dit zijn zaken die tastbaar zijn en niet onder de definitie van de term 'werken' vallen. Tot slot kan de opdracht een dienst inhouden, wat simpelweg een opdracht inhoudt die niet onder de definitie van de termen 'werken' of 'leveringen' valt.

§ 2 Verplichting tot aanbesteden

Nu duidelijk is welke partijen er deelnemen aan een aanbesteding, en wat een opdracht in kan houden, rest de vraag wanneer de verplichting tot het aanbesteden volgens de Aanbestedingswet ontstaat.

Om aan deze verplichting te voldoen, moet er te allen tijde sprake zijn van de correcte invulling van een aanbestedende dienst. Er moet dus sprake zijn van een (semi)overheidsbedrijf als opdrachtgever. Hiernaast bepaalt artikel 2.1 van de Aanbestedingswet dat de waarde van de opdracht de Europese drempelwaarde moet overstijgen. De hoogte van de Europese drempel verschilt zowel per soort opdracht, als per aanbestedende dienst, en wordt elke twee jaar opnieuw vastgesteld. De huidige drempelwaarden zijn vastgesteld voor zowel 2016 als 2017. Wanneer de 'klassieke' overheid de aanbestedende dienst is, gelden de volgende drempelwaarden:

- Werken € 5.225.000,-
- Leveringen € 209.000,- *
- Diensten € 209.000,- *

* Voor opdrachten aanbesteed door de centrale overheid, zijn deze bedragen vastgesteld op € 135.000,-.¹¹

Tevens kan de opdracht ook een concessieopdracht inhouden, welke enkel kan gelden voor werken of voor diensten. Een concessieopdracht houdt in, het laten uitvoeren van een opdracht door een ander, zoals bijvoorbeeld het verzorgen van de catering bij een overheidsdienst. Het verschil met een reguliere opdracht, is dat in het geval van een concessieopdracht de tegenprestatie niet bestaat uit een betaling, maar uit het verlenen van een exploitatierecht.¹² Bij deze opdrachten is de Europese drempel vastgesteld op € 5.225.000,-.¹³

Hiernaast zijn er ook aparte drempelbedragen vastgesteld voor aanbestedingen van speciale-sectorbedrijven. Onder een speciale-sectorbedrijf verstaat men een

¹⁰ Kamerstukken II 2005/06 30501, nr. 3, p. 3.

¹¹ Verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PbEU L 307/5), p. 1, artikel 1.

¹² S.A.D. Garsse 2016.

¹³ Verordening (EU) 2015/2172 van de Commissie van 24 november 2015 tot wijziging van Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedure voor het plaatsen van opdrachten (PbEU L 307/9), p. 1, artikel 1.

aanbestedende dienst waarvan de opdracht is gericht op de sectoren watervoorziening en energievoorziening, vervoer en postdiensten.¹⁴ Hierbij gelden de volgende Europese drempelwaarden:

- Opdrachten voor leveringen en diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten € 418.000,-
- Opdrachten voor werken in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten € 5.225.000,-
- Opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten € 1.000.000,-¹⁵

Tot slot zijn er Europese drempelbedragen vastgesteld voor opdrachten met betrekking tot defensie. Hierbij gelden de volgende Europese drempelwaarden:

- Opdrachten voor leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied € 418.000,-
- Opdrachten voor werken op defensie- en veiligheidsgebied € 5.225.000,-¹⁶

§ 3 Procedures

Wanneer de aanbestedingsplicht op een aanbestedende dienst rust, zijn er op grond van de Aanbestedingswet verschillende procedures waarop een opdracht aanbesteed kan worden. De meest gebruikelijke procedures zijn de openbare en de niet-openbare (Europese) procedure, dit zijn dan ook de standaardprocedures voor opdrachten boven de Europese drempelwaarde.

§ 3.1 Openbare procedure

Zoals hiervoor benoemd is de openbare procedure de meest gebruikte procedure in het aanbestedingsrecht, welke kort en duidelijk wordt omschreven in artikel 2.26 van de Aanbestedingswet. De procedure mag dan ook voor elke opdracht gebruikt worden. Echter, deze procedure wordt voornamelijk toegepast in gevallen waarbij de opdracht in een markt die een overzichtelijk is en beperkt aantal partijen bevat.

De openbare procedure bestaat uit een enkele ronde, waarbij de opdracht, inclusief haar geschiktheidseisen, selectiecriteria en uitsluitingsgronden algemeen bekend wordt gemaakt. Deze termen worden in de praktijk geregeld door elkaar gehaald, maar zijn allen onmisbaar voor een goed verloop van de procedure. Onder uitsluitingsgronden verstaat men de gronden die zijn bedoeld om (bijvoorbeeld) niet integere bedrijven uit te sluiten van de aanbesteding. Inschrijvers worden dus aan deze gronden getoetst voordat hun inschrijving inhoudelijk wordt beoordeeld. De geschiktheidseisen daarentegen toetsen of de inschrijver wel geschikt is om de betreffende opdracht uit te voeren. Hierdoor kan onder andere de technische of de beroepsbekwaamheid getoetst worden, maar ook de financiële en economische draagkracht van partijen. Wanneer een inschrijver niet aan de gestelde geschiktheidseisen voldoet, mag zij niet deelnemen aan de verdere procedure van de aanbesteding. Tot slot dienen de selectiecriteria ervoor om het aantal geschikte inschrijvers die voldoen aan zowel de uitsluitingsgronden als de geschiktheidseisen, te beperken tot

¹⁴ Zie ook artikel 1.1 *Speciale-sectorbedrijf*, Aanbestedingswet 2012 voor de juridische definitie.

¹⁵ Verordening (EU) 2015/2171 van de Commissie van 24 november 2015 tot wijziging van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PbEU L 307/7), p. 1, artikel 1.

¹⁶ Verordening (EU) 2015/2171 van de Commissie van 24 november 2015 tot wijziging van Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PbEU L 307/7), p. 1, artikel 1.

een vooraf vastgesteld aantal. De selectiecriteria liggen vaak in het verlengde van de geschiktheidseisen, en zien dus ook op de technische en beroepsbekwaamheid.¹⁷

Na de bekendmaking van deze eisen staat het iedere geïnteresseerde vrij om in te schrijven voor de betreffende aanbesteding. Nadat de inschrijffperiode gesloten is, is het aan de aanbestedende dienst om vast te stellen welke inschrijvingen aan de gestelde geschiktheidseisen en selectiecriteria voldoen, en dus in aanmerking komen voor de gunning van opdracht.¹⁸ In deze procedure is het voor een aanbestedende dienst niet toegestaan om met de gegadigden in onderhandeling te treden over de ingediende inschrijvingen.

Nadat de aanbestedende dienst de inschrijvers heeft geselecteerd die aan alle voorgenoemde eisen voldoen, kan de opdracht gegund worden. Dit wordt gedaan aan de hand van de gunningscriteria. In de openbare procedure kan dit op basis van de beste prijs kwaliteitsverhouding, de laagste prijs, of de laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit. Artikel 2.114 van de Aanbestedingswet stelt dat wanneer er niet gekozen wordt voor de beste prijs-kwaliteitverhouding, dit gemotiveerd dient te worden in de aanbestedingsstukken.

De openbare procedure brengt als voordeel met zich mee dat de concurrentiedruk op de inschrijvers enorm vergroot wordt, gezien de hele markt zich kan inschrijven. Dit wordt als een voordeel gezien voor zover de aanbestedende dienst, als de consumenten, gezien de prijzen hierdoor zullen dalen. Hiernaast is de procedure ook objectief, transparant en niet-discriminerend, gezien er geen rondes zijn en elke inschrijver dus in aanmerking komt voor gunning.

Echter, de procedure brengt ook nadelen met zich mee. Zo is de procedure enorm strikt en is er beperkte ruimte om de procedure naar eigen hand te zetten. Ook is de duur van de procedure erg lang, waarbij er rekening gehouden moet worden met veel minimumtermijnen en de kosten ook hoog op kunnen lopen.¹⁹

§ 3.2 Niet-openbare procedure

Voor vertrouwelijke opdrachten kan er voor een niet-openbare procedure gekozen worden. Echter, de Aanbestedingswet is niet van toepassing op overheidsopdrachten die volgens de wet als geheim worden gekwalificeerd.²⁰ Tevens kan deze procedure gebruikt worden in het geval van een opdracht in een markt met een groot aantal partijen, dit met het oog op de tweede rondes, waarin een selectie gemaakt wordt. Naast de openbare procedure, mag de niet-openbare procedure ook te allen tijde gebruikt worden. De niet-openbare procedure wordt in artikel 2.27 van de Aanbestedingswet kort en bondig omschreven.

In het geval van deze procedure, wordt er gebruik gemaakt van twee rondes, waarbij in de eerste ronde elke geïnteresseerde zich als gegadigde kan aanmelden. Artikel 2.99 lid 3 van de Aanbestedingswet stelt dat voor het begin van deze ronde, heeft de aanbestedende dienst vastgesteld hoeveel gegadigden er in de procedure (de tweede ronde) worden toegelaten, dit aantal bedraagt een minimum van vijf gegadigden. De toegelaten

¹⁷ Wat is het onderscheid tussen geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en selectie- en gunningcriteria? PIANOo Expertisecentrum Aanbesteden.

¹⁸ Artikel 2.26 sub b Aanbestedingswet 2012.

¹⁹ Europese standaardprocedures, PIANOo Expertisecentrum Aanbesteden.

²⁰ Artikel 2.23 sub e Aanbestedingswet 2012.

gegadigden, voldoen allen aan de vooraf vastgestelde geschiktheidseisen en selectiecriteria.²¹

De aanbestedende dienst zal een selectie maken van de gegadigden die deel mogen nemen aan de tweede ronde. Deze tweede ronde is de eigenlijke inschrijving voor de opdracht. Het is niet toegestaan dat de aanbestedende dienst in onderhandeling treedt met de gegadigden over de ingediende inschrijvingen. Op grond van deze inschrijving, wordt de gunningsbeslissing genomen. De opdracht kan op grond van de beste prijs kwaliteitsverhouding, de laagste prijs of op de laagste kosten op basis van de kosteneffectiviteit gegund worden. Wanneer er gekozen wordt voor een andere criteria dan de beste prijs kwaliteitsverhouding, moet dit gemotiveerd worden in de aanbestedingsstukken, zo stelt artikel 2.144 van de Aanbestedingswet.

Het voordeel dat de niet-openbare procedure met zich meebrengt, is dat de opdracht wel openstaat voor de gehele markt, maar dat het aantal daadwerkelijke inschrijvers door de aanbestedende dienst beperkt kan worden. Hierdoor komt automatisch het voordeel mee dat de administratieve lasten relatief laag kunnen blijven.

Echter, naast deze voordelen kleven er ook een aantal nadelen aan deze procedure. Zo is de procedure enorm strikt en is er dus geen ruimte voor een eigen invulling, en zijn de termijnen in deze procedure nog langer dan in de openbare procedure, waardoor de kosten ook hoger op kunnen lopen.²²

§ 3.3 Specifieke procedures

Naast de twee standaard Europese aanbestedingsprocedures, de openbare en niet-openbare aanbestedingsprocedure, bestaan er ook procedures voor specifieke gevallen waarvan de opdrachten de Europese drempelwaarde overschrijden. Zo geldt er voor sociale en andere specifieke diensten een vereenvoudigde procedure, met het oog op het feit dat deze diensten maar een beperkt grensoverschrijdend effect hebben.

De overige procedures die in de Aanbestedingswet genoemd worden luiden als volgt;

- De mededingingsprocedure met onderhandeling, ex artikel 2.30 e.v. Aanbestedingswet 2012;
- De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging, ex artikel 2.32 e.v. Aanbestedingswet 2012;
- De versnelde procedure, ex artikel 2.74 e.v. Aanbestedingswet 2012;
- De prijsvraag, ex artikel 2.42 e.v. Aanbestedingswet 2012;
- De elektronische veiling, ex artikel 3.74 e.v. Aanbestedingswet 2012;
- De concurrentiegericht dialog, ex artikel 2.28 e.v. Aanbestedingswet 2012;
- Het innovatiepartnerschap, ex artikel 2.22 e.v. Aanbestedingswet 2012, en;
- Het dynamisch aankoopstelsel, ex artikel 2.48 e.v. Aanbestedingswet 2012.

Deze procedures zullen verder niet uitgelegd worden, omdat het merendeel van de aanbestedingen volgens de twee algemene procedures verlopen en uitzetting voor de beantwoording voor de hoofdvraag geen toegevoegde waarde zal hebben.

²¹ Uitleg over deze termen, zie hoofdstuk 2 § 3.1 van dit onderzoek.

²² *Europese standaardprocedures*, PIANOo Expertisecentrum Aanbesteden.

§ 4 Aanbesteden onder de Europese drempelwaarde

Wanneer een opdracht een geraamde waarde heeft die onder de Europese drempels blijft, komt de verplichting om Europees aan te besteden dus te vervallen. In deze procedures valt men terug op het eerste hoofdstuk van de Aanbestedingswet, de Gids Proportionaliteit, de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, en het Aanbestedingsreglement Werken 2016, waarover meer in de volgende hoofdstukken.

§ 5 Tussenconclusie

Het aanbestedingsrecht is dus het geheel van rechtsregels dat van toepassing is op het in de markt plaatsen van een (semi)overheidsopdracht, waardoor getracht wordt de mededinging te bevorderen, de innovatie te stimuleren, alsmede de interne Europese markt te bevorderen. In de Aanbestedingswet zijn hiervoor uitgebreide termen opgenomen, maar ook specifieke procedures, welke tevens tot in detail zijn vastgelegd. Ook wordt in de Aanbestedingswet duidelijk dat – voor de verplichting van een aanbesteding – er onder andere aan de voorwaarden dat er sprake is van een aanbestedende dienst, en dat de waarde van de opdracht boven de Europese drempelwaarden ligt, wordt voldaan.

HOOFDSTUK 3. Private aanbesteding

Wanneer de Aanbestedingswet niet van toepassing is, maar een onderneming wel gebruik wil maken van de vorm van een aanbesteding, is er sprake van een private aanbesteding. In dit hoofdstuk zal naar voren komen wanneer de Aanbestedingswet expliciet niet van toepassing is, en waarom een ondernemer dan wel voor de vorm van een aanbesteding kiest. Tevens zal er besproken worden welke onzekere en onduidelijke rechtsbescherming er meekomt met een private aanbesteding.

§ 1 Uitsluitingsgronden Aanbestedingswet

Zoals in het vorige hoofdstuk besproken werd, heeft het begrip “aanbestedende dienst” een specifieke betekenis met verkapte voorwaarden voor de toepassing van de wet.²³ Wanneer aan deze vereiste wordt voldaan, is het algemene hoofdstuk van de Aanbestedingswet, te weten hoofdstuk 1, te allen tijde van toepassing. Voor de toepassing van de specifiekere hoofdstukken, moeten de gestelde Europese drempelwaarden worden overstegen.²⁴ Wanneer een onderneming niet aan de “aanbestedende dienst” voorwaarden voldoet, wordt de toepassing van de Aanbestedingswet dus uitgesloten.

Een onderneming waarop de Aanbestedingswet niet expliciet van toepassing is, maar vrijwillig kiest om zijn uitvraag aan te kleden als een aanbesteding, genereert hiermee een private aanbesteding.²⁵

Ondernemingen kiezen met een reden om vrijwillig een aanbestedingsprocedure te genereren. Ten eerste kan de onderneming de doelen van de Aanbestedingswet na willen streven, te weten de mededinging in stand houden en de innovatie te stimuleren.²⁶ De mededinging zorgt ervoor dat er eerlijke concurrentie tussen ondernemingen in stand blijft, waardoor er een eerlijke prijs voor de consument ontstaat. Hierbij wordt onder andere kartelvorming tegengegaan. Door gebruik te maken van aanbestedingsprocedures, worden ondernemingen tevens gestimuleerd om te innoveren. Dit gezien inschrijvers een bepaalde zekerheid genieten, waardoor wanneer zij een kostbare innovatieve fase ingaan hier dan wel een zekerheid voor terugkrijgen, dan wel een vergoeding. Van de resultaten die uit deze innovatieprocedures komen, heeft de generende onderneming profijt van, gezien hij deze daarna kan inkopen en gebruiken. Hiernaast kan een onderneming ook vrijwillig een aanbestedingsprocedure genereren om op deze manier zijn dienst, werk of levering op een voor haar belangrijke onderdelen selecteren, zoals bijvoorbeeld beste prijs-kwaliteit verhouding, goedkoopste prijs, enkel goederen van een bepaald merk. Dit omdat bij een aanbesteding alle inschrijvers hun aanbod doen, en de genererende partij op deze manier een duidelijk overzicht krijgt van het marktaanbod.

§ 2 De precontractuele fase

Een private aanbesteding heeft geen wettelijke grondslag in de Aanbestedingswet, maar ook geen directe grondslag in het Burgerlijk Wetboek. De genererende onderneming verzoekt alle inschrijvers een aanbod te doen, waarvan hij er een aanvaardt, waardoor er ten slotte een overeenkomst ontstaat tussen de genererende onderneming en de geselecteerde inschrijver conform artikel 6:217 BW²⁷:

²³ Zie hoofdstuk 2, § 1 van dit onderzoek.

²⁴ Zie hoofdstuk 2, § 2 van dit onderzoek, en artikel 2.1 Aanbestedingswet 2012.

²⁵ Voor verduidelijking hiervan, zie hoofdstuk 1 § 1 van dit onderzoek.

²⁶ *Kamerstukken II* 2006/06, 30501, p. 11 en 15.

²⁷ Hartkamp & Sieburgh 2014, 163.

"Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan."

Echter, de inschrijvingen kunnen als onderhandelingen bestempeld worden. In het geval van onderhandelingen tussen partijen valt dit onder de precontractuele fase en vormt dit de grondslag voor de rechten en plichten van partijen in die fase. Hierbij worden partijen in meer of mindere mate beschermd, zodat het afbreken van deze onderhandelingen enkel onder strikte voorwaarden kan plaatsvinden.²⁸ Deze bescherming is van belang, gezien inschrijvers voor de inschrijving van een aanbesteding veel tijd nemen, en hiervoor kosten maken of investeringen doen.

Dat men aansprakelijk gehouden wordt voor (de schade als gevolg van) het onderbreken van onderhandelingen, is een uitzondering op het beginsel van contractsvrijheid. Onder dit beginsel verstaat men dat partijen vrij zijn om hun overeenkomsten in te vullen, rekening houdend dat dit niet in strijd is met regels van het dwingend recht, de openbare orde en de goede zeden, zoals vermeld in artikel 3:40 BW.²⁹ Hierbij is men dus vrij om te bepalen of er een overeenkomst gesloten wordt, met wie deze overeenkomst gesloten wordt, en tot slot hoe de inhoud van de overeenkomst luidt.

Echter, tijdens onderhandelingen – de precontractuele fase – dienen partijen zich redelijk en billijk jegens elkaar te gedragen. Deze verplichting volgt uit artikel 6:1 BW, waarin wordt bepaald dat schuldeiser en schuldenaar verplicht zijn zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig naar de eisen van redelijkheid en billijkheid.³⁰ Tevens dienen partijen zich conform het vertrouwensbeginsel te gedragen. Dit beginsel heeft geen directe wettelijke grondslag, maar ziet op het feit dat een burger erop moet kunnen vertrouwen dat bepaalde toezeggingen van bestuursorganen worden nagekomen.³¹

In het geval van de precontractuele fase zijn partijen nog geen schuldeiser en schuldenaar, maar hoe verder de onderhandelingen vorderen, hoe meer partijen hierop zullen gaan lijken. Wanneer men zich in deze situatie niet gedraagt jegens de redelijkheid en billijkheid, kan er sprake zijn van een onrechtmatige daad.³² Er kan niet gesteld worden dat er sprake is van een wanprestatie, gezien de genererende onderneming het aanbod van de inschrijver nog niet heeft aanvaard, is er nog geen daadwerkelijke overeenkomst is gesloten.³³

§ 2.1 Plas/Valburg

De precontractuele fase vindt (onder andere) verduidelijking in arrest van de Hoge Raad van 18 juni 1983, te weten het Plas/Valburg arrest.³⁴ Het arrest is niet het meest actuele arrest, maar wel de grondlegger van het leerstuk. De actualiteit van het arrest is verlopen, maar het wordt in de huidige literatuur nog frequent aangehaald.³⁵

²⁸ Timmer & Paffen 2008, p. 130-131.

²⁹ Artikel 3:40 BW: "1. Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig. 2. Strijd met een dwingende wetbepaling leidt tot nietigheid van de rechtshandeling (...).".

³⁰ Blei Weissmann, aantekening 1.34.6.1.

³¹ Blei Weissmann, aantekening 1.11.1.

³² Artikel 6:162 lid 2 BW: "Als onrechtmatige daad kan worden aangemerkt een inbreuk op een recht en een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht of met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, een en ander behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond.".

³³ Artikel 6:217 lid 1 BW: "Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan.".

³⁴ HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405.

³⁵ Over de precontractuele fase zijn over de afgelopen jaren meerdere malen uitspraken gedaan door de Hoge Raad, onder andere in VSH/Shell HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017, Vogelaar/Skil HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647, en CBB/JPO HR 12 augustus 2005, NJ 2005, 467. Gezien deze uitspraken niet frequent in de literatuur voorkomen is in dit onderzoek, mede omdat dit leerstuk inhoudelijk een dermate kleine rol speelt, gekozen om enkel het Plas/Valburg arrest inhoudelijk te bespreken.

In deze zaak had Plas op verzoek van de gemeente Valburg een offerte ingediend voor de bouw van een zwembad. Om tot deze offerte te komen heeft Plas kosten gemaakt. De gemeente laat aan Plas weten dat hij de laagste offerte heeft ingediend, en dat het plan aanvaardbaar plan is. Echter, daarna ontvangt de gemeente een lagere offerte, en besluiten ze de opdracht uiteindelijk aan die onderneming te gunnen. Plas eiste in de zaak een vergoeding van het positieve contractsbelang. Op grond van dit arrest is het volgende criterium tot stand gekomen:

*"Als onderhandelingen in een stadium terecht zijn gekomen waarin partijen er over en weer op kunnen vertrouwen dat een contract tot stand zal komen, is afbreken van die onderhandelingen in strijd met de goede trouw. Als de onderhandelingen dan toch worden afgebroken, kan de verplichting bestaan de gemaakte kosten (inclusief de kosten die voor dat moment werden gemaakt) en de gederfde winst te vergoeden."*³⁶

Op grond van dit arrest zijn er drie fasen ontwikkeld waarin de precontractuele fase kan worden opgesplitst, te weten:

Fase 1 Onderhandelingen kunnen zonder schadevergoedingsverplichting worden beëindigd.

Fase 2 Redelijkheid en billijkheid brengen mee dat bij het afbreken van de onderhandelingen het negatief contractsbelang moet worden vergoed.

In deze fase is het enkel onaanvaardbaar om de onderhandelingen af te breken zonder de door de wederpartij gemaakte kosten voor zijn rekening te nemen. Er ontstaat dan ook een vordering tot schadevergoeding met betrekking tot de gemaakte kosten.

Fase 3 Het afbreken van de onderhandelingen is in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Wie dan toch de onderhandelingen afbreekt moet het positieve contractsbelang vergoeden.³⁷

In deze fase is het onaanvaardbaar om de onderhandelingen af te breken. Deze fase breekt aan wanneer er bij de wederpartij het vaste vertrouwen is gewekt dat de overeenkomst gesloten zal worden. Er ontstaat een vordering tot schadevergoeding met betrekking tot zowel de gemaakte kosten, als de gederfde winst, ook wel het positieve contractsbelang genoemd.

Het afbreken van onderhandelingen is onaanvaardbaar, op grond van het gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van de overeenkomst, ex artikel 3:11 BW. Tevens kan het ook onaanvaardbaar zijn in verband met andere omstandigheden van het geval, zoals het al gemaakt hebben van kosten. In deze gevallen ontstaat er een vordering tot schadevergoeding, waarvan de hoogte afhankelijk is van de fase.³⁸

Wanneer de precontractuele fase op het aanbestedingsrecht wordt toegepast, hebben partijen op grond hiervan enkel de zekerheid dat de eventueel gemaakte kosten vergoed worden door de wederpartij, indien die de onderhandelingen (onaanvaardbaar) afbreken.

³⁶ A.V.T. de Bie, J. de Jong van Lier 2012, p. 128-129.

³⁷ A.V.T. de Bie, J. de Jong van Lier 2012, p. 128-129.

³⁸ Hijma & Olthof 2014, p. 341.

§ 3 Hoge Raad der Nederlanden

Met betrekking tot de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding, zijn tot de Hoge Raad der Nederlanden een drietal bekende arresten uitgesproken, te weten:

1. RZG/ConforMed³⁹;
2. KLM/Crombeen⁴⁰;
3. KLM/Crombeen⁴¹.

In deze uitspraken geeft de Hoge Raad haar visie op de grondslag van de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding. Echter, zowel de keuze voor de grondslag, als de motivering hiervan, zijn in de drie uitspraken niet identiek.

§ 3.1 RZG/ConforMed

Op 4 april 2003 stelde de Hoge Raad een arrest met betrekking tot de rechtsbescherming die geldt bij een private aanbesteding. In casu was sprake van een zorgverzekeraar, te weten RZG, die al een aantal jaar bij onder andere ConforMed producten inkocht. In 2000 besloot RZG de inkoop van deze producten aan de hand van een aanbestedingsprocedure opnieuw vorm te geven. Gezien het bedrag van de opdracht onder de toen geldende Europese drempel lag en RZG niet als aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet is aan te merken, was RZG op grond van de Aanbestedingswet niet verplicht om een aanbestedingsprocedure te volgen. Echter, hier kozen zij vrijwillig voor. Uiteindelijk kwam ConforMed niet als winnaar uit de aanbesteding en stelde dat zij geen reden zag om de opdracht niet gegund te krijgen.

ConforMed startte een kort geding tegen RZG waarin zij stelde dat RZG gedurende de aanbesteding in strijd had gehandeld met de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, en vorderde hierbij (onder andere) een nieuwe aanbesteding. Het geschil werd behandeld door de kortgedingrechter te Groningen, waarna het na beoordeling van het gerechtshof te Groningen bij de Hoge Raad terecht kwam. Deze oordeelde als volgt.

De Hoge Raad stelde voorop dat RZG niet als een aanbestedende dienst in de zin van de Aanbestedingswet kwalificeerde. Hiernaast stelde zij dat wanneer een onderneming vrijwillig voor de toepassing van een aanbestedingsprocedure koos, de ondernemer zich dient te gedragen naar de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, wat in het geval van een private aanbesteding inhoudt dat zij gehouden is (potentiële) aanbidders gelijk te behandelen. Hierdoor geldt de werking van het gelijkheidsbeginsel.

Dit beginsel brengt – volgens de Hoge Raad – met zich mee dat ervoor gezorgd moet worden dat voor verschillende aanbidders gelijke kansen gelden. Hierdoor moet de genererende onderneming onder andere gegevens verschaffen die een aanbieder nodig heeft om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controleren en een deugdelijke (concurrerende) aanbidding te kunnen doen.

§ 3.2 KLM/Crombeen

De Hoge Raad wees op 3 mei 2013 opnieuw een arrest in een geschil over een private aanbesteding. Hierna zal een korte samenvatting van het betreffende geschil volgen. Crombeen verzorgde voor de betreffende aanbesteding schoonmaakwerkzaamheden in

³⁹ Hoge Raad, 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

⁴⁰ Hoge Raad, 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

⁴¹ Hoge Raad, 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1484.

bepaalde vliegtuigen van KLM. In 2014 besloot KLM deze werkzaamheden in twee verschillende opdrachten op te splitsen en deze (opnieuw) aan te besteden. KLM was niet verplicht om deze opdracht aan te besteden, gezien zij op grond van de Aanbestedingswet niet als aanbestedende dienst kwalificeerde, waardoor de aanbesteding aangemerkt werd als een private aanbesteding. Tijdens deze aanbesteding heeft KLM (niet alle) partijen hun inschrijving (meerdere malen) aan laten passen. Uiteindelijk kreeg Crombeen een opdracht gegund, waarbij de andere opdracht gegund werd aan een concurrent van Crombeen. Echter, Crombeen maakte bij KLM bezwaar tegen het verloop van de aanbestedingsprocedure. KLM wees deze bezwaren van de hand, waarna Crombeen een procedure startte.

In deze procedure stelde Crombeen onder andere dat KLM toerekenbaar onrechtmatig gehandeld zou hebben, dan wel in strijd met de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, meer in het bijzonder door te handelen in strijd met de beginselen van gelijkheid en transparantie.

De Hoge Raad bevestigde ten eerste dat er sprake is van een private aanbesteding, waardoor de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing is. Echter, zij bepaalde tevens het volgende:

*"Wel brengt de keuze van KLM voor een aanbestedingsprocedure mee dat zij was gehouden zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Die maatstaven houden in elk geval in de eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en in het verlengde daarvan het transparantiebeginsel. Die beginselen vormen immers de grondregels voor het voeren van een aanbestedingsprocedure."*⁴²

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad hier een koppeling legt tussen de redelijkheid en billijkheid die voortvloeit uit de precontractuele fase en de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Zij stelt in haar arrest dat wanneer een ondernemer niet verplicht is tot het volgen van een aanbestedingsprocedure, maar enkel vrijwillig kiest voor het volgen hiervan, hij direct gebonden is aan ten minste de beginselen van gelijkheid en transparantie van het aanbestedingsrecht.⁴³

§ 3.3 KLM/Crombeen

De Hoge Raad verwees het geschil tussen KLM en Crombeen, met vernieuwde uitleg terug naar het gerechtshof. Nadat het gerechtshof Den Haag op 4 november 2014 in de zaak een arrest uitsprak, stelde Crombeen hiertegen cassatie in. Echter, na het advies van het Parket van de Hoge Raad, besloot de Hoge Raad dat de door Crombeen in de middelen aangevoerde klachten niet tot cassatie kunnen leiden. Dit behoeft, gezien artikel 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

Het Parket van de Hoge Raad stelde namelijk in haar advies dat het arrest dat het gerechtshof Den Haag d.d. 4 november 2014 had gewezen, bekrachtigd moest worden door de Hoge Raad.⁴⁴ Het gerechtshof stelde namelijk dat bij de beantwoording van de

⁴² Hoge Raad, 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, overweging 3.2.2.

⁴³ Voor de definitie van deze beginselen, zie hoofdstuk 4 § 1 van dit onderzoek.

⁴⁴ HR 4 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3501.

vraag of een genererende onderneming bij een private aanbesteding, op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, gekeken dient de worden of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontleden dat de genererende onderneming deze beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen.

In de vraag of deze verwachting is gewekt, stelde het Parket van de Hoge raad dat dit afhankelijk is van de aanbestedingsvoorwaarden en van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen. Dit kan ertoe leiden dat de door partijen overeengekomen aanbestedingsvoorwaarden afbreuk doen aan de toepasselijkheid van het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Uit de contractsvrijheid vloeit voort dat het partijen, bij onder andere een private aanbesteding, in beginsel vrijstaat om in die voorwaarden de toepasselijkheid van deze beginselen uit te sluiten. Echter, de uitsluiting van de beginselen kan, in verband met de bijzondere omstandigheden van het betreffende geval, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn, aldus het Parket van de Hoge Raad.

§ 4 Tussenconclusie

Er is sprake van een private aanbesteding wanneer de genererende onderneming niet aan de eisen van de Aanbestedingswet voldoet, waardoor deze niet van toepassing is, maar de genererende onderneming er vrijwillig voor kiest een aanbestedingsprocedure te volgen.

Bij een vrijwillige aanbestedingsprocedure worden er tussen de genererende onderneming en de inschrijvers geen bindende afspraken gemaakt tot de opdracht daadwerkelijk gegund wordt. Tot deze gunning zijn partijen in onderhandeling met elkaar, wat op grond van jurisprudentie de precontractuele fase genoemd wordt. In het Plas/Valburg-arrest bepaalde de Hoge Raad dat in het geval van onderhandelingen partijen gehouden zijn zich te gedragen aan de hand van de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid, voortvloeiend uit de precontractuele fase.

De hoofdlijn die uit deze verschillende arresten naar voren komt, is dat de Hoge Raad in het geval van een private aanbesteding enorm veel waarde hecht aan zowel de toepassing van de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid, voortvloeiend uit de precontractuele fase, alsmede de toepassing van het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

De voorgenoemde beginselen zullen in hoofdstuk 4 van dit onderzoek verduidelijkt worden. Tevens zal in hoofdstuk 5 een uitgebreide analyse volgen van de uitspraken van zowel de verschillende rechtbanken, als gerechtshoven in Nederland met betrekking tot de grondslag van de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding. Hierbij wordt de lijn van de Hoge Raad als hoofdlijn aangehouden.

HOOFDSTUK 4. Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht

In dit hoofdstuk zal een uiteenzetting volgen van de rechtsbescherming die van toepassing is in het geval van een aanbesteding die onder de Aanbestedingswet valt, ook wel een publieke aanbesteding. Het belang van een uiteenzetting van de rechtsbescherming van de Aanbestedingswet is in dit onderzoek van belang, om ten eerste de algemene bescherming uit hoofdstuk 1 van de Aanbestedingswet uiteen te zetten, gezien de Nederlandse rechter er in sommige gevallen voor kiest om deze – in het geval van een private aanbesteding – van toepassing te verklaren, waarover in hoofdstuk 5 meer. Hiernaast is het van belang om dit uiteen te zetten, gezien er op deze manier een duidelijk contrast ontstaat van de rechtsbescherming die geldt bij een aanbesteding onder de Aanbestedingswet, en wanneer er sprake is van een private aanbesteding.

In het geval van een aanbesteding boven de Europese drempelwaarde, zijn er in de Aanbestedingswet nauwkeurig procedures beschreven, met daarin strenge voorwaarden, eisen en termijnen.⁴⁵ Wanneer een gegadigde van mening is dat de aanbestedende dienst de betreffende procedure niet correct heeft nageleefd, en deze gegadigde aan te merken valt als een direct belanghebbende, is het voor hem mogelijk om een kort geding te starten. Dit is dan ook direct de meest ingrijpende vorm van rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht.

§ 1 Algemene rechtsbescherming Aanbestedingswet

Het eerste hoofdstuk van de Aanbestedingswet bestaan uit verschillende onderdelen. Het eerste deel staat in het licht van de begripsbepalingen, waarna de beginselen en uitgangspunten bij aanbesteden besproken worden. Deze eerste twee delen zullen hierna besproken worden.

In het eerste deel van de Aanbestedingswet ligt de nadruk op de uitleg en toelichting van de begrippen die in de Aanbestedingswet voor komen. In dit onderzoek zijn de begrippen 'aanbestedende dienst' en 'publiekrechtelijke instelling' van belang, gezien in de uitleg van deze begrippen verkapte voorwaarden voor de toepassing van de Aanbestedingswet zijn opgenomen.⁴⁶ De overige termen die in dit artikel worden besproken, zijn niet relevant in dit onderzoek.

Het tweede deel van het eerste hoofdstuk van de Aanbestedingswet is toegespitst op de beginselen en de uitgangspunten bij het aanbesteden. De beginselen uit dit hoofdstuk worden ook wel de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht genoemd, en dienen zowel voor, gedurende, als na de aanbestedingsprocedure in acht te worden genomen. De belangrijkste twee beginselen uit het aanbestedingsrecht zijn het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.

§ 1.1 Gelijkheidsbeginsel

Het gelijkheidsbeginsel vindt zijn grondslag in artikel 1.8 van de Aanbestedingswet, deze stelt namelijk het volgende:

⁴⁵ Voor de inhoudelijke behandeling van deze procedures, zie hoofdstuk 2, §3 Procedures van dit onderzoek.

⁴⁶ Zie hoofdstuk 2, §1, en hoofdstuk 3, §1 van dit onderzoek voor verdere uitleg.

"Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze."

Het beginsel doelt voornamelijk op het feit dat alle gelijke gevallen in gelijke omstandigheden niet verschillend behandeld mogen worden, tenzij hier een objectieve rechtvaardiging voor bestaat. Gezien tijdens een aanbesteding gelijke omstandigheden voor alle inschrijvers gelden, moeten deze dan ook gelijk behandeld worden.

Wanneer het gelijkheidsbeginsel concreet op een aanbesteding wordt toegepast, volgen hieruit een aantal voorwaarden waar de genererende dienst zich aan dient te houden. Een genererende dienst dient op grond van dit beginsel onder andere alle aanbieders dezelfde kansen te bieden, alsmede dezelfde eisen te stellen aan alle ingediende inschrijvingen. Door de toepassing hiervan is het voor een aanbestedende dienst niet mogelijk om – tijdens de aanbestedingsprocedure – enkel een inschrijver zijn inschrijving later nog aan te laten passen.

§ 1.2 Transparantiebeginsel

Het transparantie beginsel vindt zijn grondslag in het volgende artikel, te weten artikel 1.9 lid 1 van de Aanbestedingswet. Deze stelt het volgende:

"Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf handelt transparant."

Het beginsel houdt ten eerste in dat elke (potentiële) aanbieder een passende mate van openheid wordt gegarandeerd en de relevante eisen en criteria voorafgaand aan de inschrijvingen aan de (potentiële) aanbieders kenbaar worden gemaakt. Deze openheid kan men onder andere terugvinden in het feit dat een aanbestedende dienst al haar beslissingen aan iedere inschrijver kenbaar dient te maken, en deze alsmede dient te onderbouwen. Hiernaast brengt dit beginsel met zich mee dat de genererende onderneming de gunning van de opdracht dient te motiveren. Tevens brengt de correcte toepassing van dit beginsel mee dat de toepassing van het gelijkheidsbeginsel (en het non-discriminatiebeginsel) gecontroleerd wordt.

Wanneer het transparantiebeginsel concreet op een aanbesteding wordt toegepast, volgen ook hieruit nieuwe voorwaarden waar de genererende dienst zich aan dient te houden. Een genererende dienst dient onder andere zorg te dragen voor aan toegankelijke aankondiging, zodat alle (potentiële) aanbieders op de hoogte zijn van de opdracht, en de mogelijk hebben om een inschrijving in te dienen.

§ 1.3 Overige beginselen en uitgangspunten

Naast het gelijkheids- en transparantie beginsel, hebben nog twee beginselen hun grondslag in het eerste hoofdstuk van de Aanbestedingswet, namelijk het non-discriminatiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

Het non-discriminatie vindt zijn grondslag in hetzelfde artikel als het gelijkheidsbeginsel, te weten 1.8 van de Aanbestedingswet:

"Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf behandelt ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze."

Het beginsel is gericht om discriminatie op grond van nationaliteit tegen te gaan. Het stellen van zwaardere eisen aan ondernemingen uit andere lidstaten is op grond van dit beginsel niet toegestaan. Wel is het toegestaan om zwaardere eisen te stellen aan ondernemingen uit de eigen lidstaat van de genererende onderneming. Dit beginsel hangt dan ook nauw samen met het gelijkheidsbeginsel, maar wordt wel gezien als een specifiek beginsel. Dit gezien het enkel ziet op het verbod op discriminatie op grond van nationaliteit.

Tot slot is het proportionaliteitsbeginsel in het aanbestedingsrecht van belang. Het beginsel vindt zijn grondslag in artikel 1.10 van de Aanbestedingswet. Het artikel luidt als volgt:

"Een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf stelt bij de voorbereiding van en het tot stand brengen van een overheidsopdracht, een speciale-sectoropdracht of een concessieopdracht of het uitschrijven van een prijsvraag uitsluitend eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht."

Het begrip proportionaliteit betekent concreet in een aanbesteding in een redelijke verhouding staan tot. Dit zinsdeel komt dan ook terug in het betreffende artikel. Tevens vindt het beginsel zijn verdere uitwerking in de Gids Proportionaliteit.⁴⁷ In de Gids Proportionaliteit wordt de volledige werking van het beginsel omschreven, alsmede de gevolgen die de werking hiervan met zich meebrengt, zowel voor aanvang van de aanbestedingsprocedure, gedurende, maar ook na afloop.

Zoals in artikel 1.10 van de Aanbestedingswet duidelijk naar voren komt, brengt het proportionaliteitsbeginsel de meest concrete gevolgen met zich mee voor de genererende onderneming. Een genererende onderneming mag dus niet te strenge eisen stellen, moeten de aanbestedingsdocumenten aan strenge eisen voldoen⁴⁸, moet de soort aanbestedingsprocedure bij de betreffende opdracht passen⁴⁹ en dienen tot slot zowel de selectie- als de gunningscriteria in verhouding te staan tot de opdracht.

In de huidige rechtspraak wordt er wisselende waarde toegekend aan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Deze toepassing zou voor inschrijvers voor meer (rechts)zekerheid zorgen, en voor genererende onderneming enkel zorgen voor zwaarwegende verplichtingen.⁵⁰

Naast de voornoemde algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, blijkt uit literatuur dat het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel in acht genomen dient te worden tijdens een publieke aanbesteding.⁵¹ Hiermee worden zowel de aanbestedende dienst, als de inschrijvers verplicht om zich te houden aan de toezeggingen die zij doen, maar ook aan de verwachtingen die zij wekken. Echter, gezien dit beginsel geen grondslag kent in de Aanbestedingswet, maar indirect is terug te leiden naar de Algemene Wet Bestuursrecht en hiervoor geen concrete maatstaven zijn ontwikkeld, vloeit hier een minder concrete rechtsbescherming uit voort.

⁴⁷ Schrijfgroep Gids Proportionaliteit, *Gids Proportionaliteit*, (april 2016) Den Haag, p. 9.

⁴⁸ Schrijfgroep Gids Proportionaliteit, *Gids Proportionaliteit*, (april 2016) Den Haag, hoofdstuk 3.

⁴⁹ Schrijfgroep Gids Proportionaliteit, *Gids Proportionaliteit*, (april 2016) Den Haag, p. 29 ev.

⁵⁰ J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, 2013.

⁵¹ T. Van Wijk en F.J.J. Cornelissen, JAAN 2017 aflevering 1, p. 14.

§ 2 Specifieke rechtsbescherming

Naast de voorgenoemde algemene regels waar een aanbestedende dienst zich aan dient te houden, gelden er op grond van de Aanbestedingswet per procedure ook concrete en strikte eisen waar een aanbestedende dienst zich aan dient te houden. Hierbij moet gedacht worden aan gestelde termijnen, maar ook aan de eisen waaraan de geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria aan moeten voldoen

§ 2.1 Termijnen

De voorgenoemde algemene beginselen van het aanbestedingsrecht beheersen de gehele aanbestedingsprocedure, en dus ook de termijnen. Dit komt onder andere duidelijk naar voren in artikel 1.10, waarin het transparantiebeginsel zijn grondslag vindt. Dit artikel stelt namelijk dat de aanbestedende dienst het transparantiebeginsel ook moet toepassen op de te stellen termijnen.

Echter, naast dit ruim in te vullen beginsel, gelden er per gekozen vorm van aanbestedingsprocedure strikte termijnen. De bekendste termijn die het aanbestedingsrecht kent is de Alcateltermijn, of ook wel de verplichte standstill-termijn, dit is de termijn tussen het bekendmaken van het gunningsvoornemen en de daadwerkelijke gunning, en bedraagt minimaal twintig dagen. De standstill-termijn vindt zijn oorsprong in het Alcatel-arrest, alsmede artikel 4.16 van de Aanbestedingswet.⁵²

Echter, naast deze bekende termijn, kent de aanbestedingswet per handeling verschillende termijnen. Zo stelt artikel 2.71 onder andere de volgende termijnen vast:

- Ten minste 45 dagen voor het indienen van inschrijvingen in het geval van een openbare procedure;
- Ten minste 30 dagen voor het indienen van inschrijvingen in het geval van een niet-openbare procedure;
- Ten minste 30 dagen voor het indienen van inschrijvingen in het geval van een concurrentiegericht dialogo of het innovatiepartnerschap;

Van deze termijnen kan enkel afgeweken worden aan de hand van hetgeen bepaald in artikel 2.71 lid 6, of wanneer er sprake is van een urgente situatie ex artikel 2.74 van de Aanbestedingswet.

Indien een aanbestedende dienst zich niet aan deze strikt gestelde termijnen houdt, is iedere inschrijver vrij om een kortgeding te starten gezien zij dan onrechtmatig behandeld (kunnen) zijn.

§ 2.2 Uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, selectie- en gunningscriteria

De termen geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria zijn in paragraaf 3.1 van hoofdstuk 2 duidelijk naar voren gekomen. Echter, de Aanbestedingswet stelt aan uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, en selectie- en gunningscriteria strikte eisen. Al deze voorwaarden worden door de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken opgenomen. Artikel 2.73 lid 1 sub d van de Aanbestedingswet bepaalt dat wanneer de aanbestedingsstukken aanzienlijk worden gewijzigd, inschrijvers hierdoor langer (of opnieuw) de tijd krijgen om de inschrijving in te dienen. Het is voor een aanbestedende dienst belangrijk om de inhoud van de aanbestedingsstukken direct goed op te stellen, omdat het wijzigen van deze stukken meebrengt dat inschrijvers hun inschrijving mogen

⁵² HvJ EG 28 oktober 1999, C-81/98, *Jur.* 1999 (Alcatel).

aanpassen. Hierdoor begint de aanbestedingsprocedure feitelijk dus weer opnieuw, wat hoge kosten mee kan brengen voor de aanbestedende dienst.

Naast het feit dat de inhoud van deze voorwaarden zelden veranderd kan worden tijdens de aanbestedingsprocedure, stelt de Aanbestedingswet aan elk specifieke voorwaarden.

Met de gestelde uitsluitingsgronden wordt getracht niet integere bedrijven uit te sluiten van deelname aan de aanbesteding. Het begrip "niet integere bedrijven" is een open term, waardoor er in artikel 2.86 van de Aanbestedingswet strikt wordt benoemd wat er onder "niet integer" wordt verstaan. Hieronder valt onder andere een bij onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak tot veroordeling in zaken als terroristische misdrijven, kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel.⁵³

Artikel 2.90 lid 2 van de Aanbestedingswet bepaalt dat geschiktheidseisen betrekking kunnen hebben op de financiële en economische draagkracht, de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid en tot slot de beroepsbevoegdheid. De overige leden van dit artikel stellen nadere eisen aan de inhoud van de gestelde geschiktheidseisen. Zo mogen er enkel geschiktheidseisen gesteld worden die kunnen garanderen dat een inschrijver over de juridische capaciteiten, de financiële middelen, de technische bekwaamheid en de beroepsbekwaamheid beschikt om de overheidsopdracht uit te voeren.⁵⁴ Artikel 2.91 geeft hierbij aan op welke manier een inschrijver kan aantonen dat hij aan de gestelde financiële en economische draagkracht voldoet, waar artikel 2.93 dit verduidelijkt voor de technische bekwaamheid en de beroepsbekwaamheid. Bij geschiktheidseisen en selectiecriteria wordt op dezelfde criteria getoetst, waardoor er bij de toepassing en naleving van de selectiecriteria dezelfde artikelen uit de Aanbestedingswet van toepassing zijn als in het geval van geschiktheidseisen.

De uitsluitingsgronden, de geschiktheidseisen en de selectiecriteria worden gecontroleerd aan de hand van artikel 2.101 en 2.102 van de Aanbestedingswet. De artikelen maken het mogelijk voor een aanbestedende dienst om gedurende de aanbesteding te allen tijde actuele bewijsstukken op te vragen, die aantonen dat de inschrijver nog steeds aan de eisen voldoet.

Tot slot wordt een overheidsopdracht aan de hand van de vastgestelde gunningscriteria gegund. Artikel 2.113a van de Aanbestedingswet stelt hierover het volgende:

"Gunningscriteria waarborgen de mogelijkheid van daadwerkelijke mededinging en gaan vergezeld van specificaties aan de hand waarvan de door de inschrijvers verstrekte informatie daadwerkelijk kan worden getoetst om te beoordelen hoe goed de inschrijvingen aan de gunningscriteria voldoen."

Het is dan ook van belang dat er rondom het opstellen en de naleving van de gunningscriteria strikte regels zijn opgenomen in de wet. De gunningscriteria dient toe te zien op de economisch meest voordelige inschrijving, welk kan worden vastgesteld aan de hand van drie verschillende criteria:

1. De beste prijs-kwaliteitverhouding;

⁵³ Artikel 2.86 lid 2 sub e en f Aanbestedingswet 2012.

⁵⁴ Artikel 2.90 lid 4 Aanbestedingswet 2012.

2. De laagste prijs op basis van kosteneffectiviteit;
3. De laagste prijs.

De beste prijs-kwaliteitverhouding kan onder andere zien op technische verdienste, esthetische en functionele kenmerken, toegankelijkheid of de geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers, aldus artikel 2.115 lid 2 van de Aanbestedingswet. De laagste prijs op basis van kosten effectiviteit ziet voornamelijk op levenscyclussen. Hierbij kan gekeken worden voor de kosten in verband met de verwerving, gebruikskosten, onderhoudskosten, of externe milieueffecten.⁵⁵ Tot slot ziet de laagste prijs simpelweg op de laagste prijs van de opdracht, waarbij niet gekeken wordt naar overige factoren.

§ 3 Gevolgen niet-naleving

Wanneer de voorgenoemde artikelen niet nageleefd worden door inschrijvers van een aanbesteding, bijvoorbeeld in het geval dat een inschrijver weigert om relevante bewijsstukken aan te leveren, brengt dit met zich mee dat een aanbestedende dienst kan besluiten deze inschrijvers uit te sluiten van de aanbesteding.

Wanneer een aanbestedende dienst zich niet aan de voorgenoemde artikelen leeft, brengt dit een onrechtmatigheid mee in de aanbestedingsprocedure. Hierdoor staat het iedere belanghebbende, waaronder alle inschrijvers vallen, vrij om een kort geding te starten, waarin zij zowel herbeoordeling van de inschrijvingen, als een schadevergoeding kunnen vorderen.

§ 4 Tussenconclusie

In de Aanbestedingswet ligt vast wanneer de verplichting ontstaat om volgens de Aanbestedingswet een aanbesteding te genereren. Tevens liggen alle specifieke procedures tot in detail vast in de wet, waaronder alle bijkomende termijnen en voorwaarden. Wanneer men van de inhoud van de procedures wil afwijken, kan dit enkel in bijzondere gevallen en moet dit uitgebreid gemotiveerd worden in de aanbestedingsstukken. Opmerkelijk is dan ook dat, gezien er zulke strikte regels toe worden gepast in het geval van een publieke aanbesteding, er in het geval van een private aanbesteding dus zeer beperkte houvast is.

⁵⁵ Artikel 2.115a lid 1 Aanbestedingswet 2012.

HOOFDSTUK 5. Nederlandse jurisprudentie

In dit hoofdstuk zal een analyse gemaakt worden van de uitspraken die de rechters in Nederland hebben gedaan in het geval van een geschil met betrekking tot een private aanbesteding, waardoor de gedachtegang van de Nederlandse rechter met betrekking tot het onderhavige probleem duidelijk zal worden. Hierdoor zal een antwoord gegeven kunnen worden op de laatste deelvraag.

§ 1 Verklaring topics

Zoals reeds naar voren kwam, is in deze analyse gebruik gemaakt van achttien uitspraken van rechtbanken, alsmede van zes arresten van gerechtshoven.⁵⁶ In deze analyse is gekeken naar de keuze en motivering van de rechter(s) voor de grondslag van de rechtsbescherming. In de analyse ligt de nadruk op de volgende topics:

1. De maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase;
2. Het (aanbestedingsrechtelijke) gelijkheids- en transparantiebeginsel;
3. Het (aanbestedingsrechtelijke) non-discriminatie- en proportionaliteitsbeginsel, en;
4. Het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel.

Zoals in de juridische achtergrond van dit onderzoek reeds naar voren kwam, ligt er aan elke topic een motivering ten grondslag. De eerste topic is gericht op de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase. De relevantie van deze topic vindt zich voornamelijk terug in het theoretisch kader van dit onderzoek dat ziet op de leer van de precontractuele fase. Gezien een private aanbesteding gekwalificeerd kan worden als “onderhandelingen”, zou in theorie de bescherming uit dit leerstuk automatisch van toepassing zijn. Hiernaast komt de relevantie van deze topic duidelijk naar voren in de als kennisbron in dit onderzoek gebruikte arresten van de Hoge Raad.⁵⁷ In deze arresten wordt het zwaartepunt van de rechtsbescherming voornamelijk bij dit leerstuk gelegd. Onder andere mr. P.B.J. van Oord sloot zich, in een noot bij het arrest van de Hoge Raad⁵⁸, aan bij de gedachtegang van de Hoge Raad.⁵⁹ Hiernaast stelt ook mr. M.A.M.C. van den Berg dat de redelijkheid en billijkheid, die de precontractuele fase beheersen, een grote rol spelen in de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding.⁶⁰

De tweede topic is gericht op de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie.⁶¹ De relevantie van deze topic vloeit voort uit de toepassing van de voornoemde topic (de maatstaven van redelijkheid en billijkheid). In de drie voornoemde arresten van de Hoge Raad wordt er namelijk een uitdrukkelijke koppeling gemaakt tussen de toepassing van de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid en de beginselen van gelijkheid en transparantie. Mr. P.B.J. van Oord gaat tevens volledig mee in deze koppeling in zijn noot bij het arrest van 3 mei 2013.⁶² Tevens stelt mr. M.A.M.C. van den Berg dat uit de combinatie van de Aanbestedingswet en het arrest van de Hoge Raad inzake

⁵⁶ Zie hoofdstuk 1 § 5 van dit onderzoek.

⁵⁷ ECLI:NL:HR:2003:AF2830, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900 en ECLI:NL:HR:2016:1484. Deze arresten zullen in hoofdstuk 3 van dit onderzoek inhoudelijk besproken worden.

⁵⁸ ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

⁵⁹ P.B.J. van Oord 2015.

⁶⁰ Van den Berg, 2017, 71.

⁶¹ Deze beginselen zullen inhoudelijk uitgelegd worden in hoofdstuk 4 van dit onderzoek.

⁶² P.B.J. van Oord 2015.

RZG/ComforMed meebrengt dat de beginselen van gelijkheid en transparantie ook van toepassing zijn in private aanbestedingen.⁶³

De derde topic is gericht op de beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit.⁶⁴ De relevantie van deze topic hangt samen met de toepassing van de topic die ziet op de beginselen van gelijkheid en transparantie. Mr. J.M. Hebly en mr. J.W.A. Meesters stellen dat in de rechtspraak geregeld waarde werd toegekend aan de beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit, en niet enkel aan de beginselen van gelijkheid en transparantie.⁶⁵ Hierbij geven zij tevens aan dat in het arrest van de Hoge Raad inzake KLM/Crombeen de Hoge Raad ervoor heeft gekozen "de deur open te laten staan" voor de toepassing van alle beginselen van het aanbestedingsrecht.

De vierde topic richt zich enkel op het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel. Dit is een beginsel dat zijn grondslag vindt in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en houdt in dat een burger erop moet kunnen vertrouwen dat een bepaalde toezegging van een bestuursorgaan ook wordt nagekomen. De relevantie van deze topic vloeit voort uit de toepassing van de eerste topic, te weten de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase. Mr. Y.G. Blei Weissmann stelt in zijn uitleg over de redelijkheid en billijkheid dat de toepasselijkheid van het vertrouwensbeginsel van belang is in de precontractuele fase, gezien deze de risicoverdeling tussen de partijen draagt tot de rechtshandeling daadwerkelijk tot stand komt.⁶⁶ Tevens oordeelden mr. T. Van Wijk en mr. F.J.J. Cornelissen in hun noot bij de uitspraak van het Gerecht in Eerste Aanleg van Sint-Maarten dat het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel ook een rol kan spelen in sommige publieke aanbestedingen.⁶⁷ Hierbij stelden zij dat de toepassing van dit beginsel voortkomt uit artikelen 1.12 en 1.13 van de Aanbestedingswet.⁶⁸

Door het uitvoeren van het jurisprudentie onderzoek is het volgende schema voortgekomen. Voor de helderheid is de onderstaande legenda bijgevoegd.

-
- | | |
|------------|--|
| WG | Wel gehonoreerd; de rechter koos voor de onderhavige grondslag. |
| NG | Niet gehonoreerd; de rechter koos niet voor de onderhavige grondslag. |
| IG | Indirect gehonoreerd; de rechter benoemt de grondslag niet expliciet, maar uit de overweging en achterliggende leerstukken kan worden opgemaakt dat het van toepassing wordt verklaard. |
|
 | |
| NIB | Niet inhoudelijk beoordeeld; uit de uitspraak komt geen keuze voor een grondslag naar voren, tevens is er geen sprake van een motivering. Er is enkel sprake van een dictum. |
-

⁶³ Van den Berg, 2017, 70.

⁶⁴ Deze beginselen worden inhoudelijk uitgelegd in hoofdstuk 4 van dit onderzoek.

⁶⁵ J.M. Hebly & J.W.A. Meesters, 2013.

⁶⁶ Blei Weissmann, aantekening 1.11.1.

⁶⁷ ECLI:NL:OGEAM:2016:80.

⁶⁸ T. Van Wijk en F.J.J. Cornelissen, JAAN 2017 aflevering 1, p. 14.

Uitspraken	Redelijkheid en billijkheid	Gelijkheid- en transparantie-beginsel	Non-discriminatie- en proportionaliteitsbeginsel	Vertrouwensbeginsel
ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755	WG	NG	NG	NG
ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682	WG	NG	NG	NG
ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9582	WG	WG	NG	IG
ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4270	WG	NG	NG	NG
ECLI:NL:RBARN:2011:BT2628	WG	WG	WG	IG
ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155	WG	WG	WG	WG
ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015	WG	WG	NG	NG
ECLI:NL:RBROT:2012:BW3238	WG	WG	NG	WG
ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960	NIB	NIB	NIB	NIB
ECLI:NL:RBDHA:2015:707	WG	WG	NG	IG
ECLI:NL:RBAMS:2015:7492	WG	WG	NG	IG
ECLI:NL:RBAMS:2016:5733	NIB	NIB	NIB	NIB
ECLI:NL:RBGEL:2016:1384	NIB	NIB	NIB	NIB
ECLI:NL:RBZWB:2016:1623	WG	WG	NG	IG
ECLI:NL:RBZWB:2016:2285	WG	WG	NG	IG
ECLI:NL:RBNNE:2016:568	WG	WG	WG	WG
ECLI:NL:RBROT:2016:6025	WG	WG	NG	NG
ECLI:NL:RBMNE:2016:6545	WG	WG	NG	IG
ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080	NG	NG	NG	WG
ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963	WG	WG	NG	NG
ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139	NG	WG	NG	NG
ECLI:NL:GHARL:2013:4715	NG	NG	NG	IG
ECLI:NL:GHDHA:2014:3028	WG	WG	WG	IG
ECLI:NL:GHDHA:2014:3501	WG	WG	NG	IG

Het schema zal in de volgende paragrafen per topic worden uitgelegd.

§ 2 De maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase

De eerst bekeken grondslag (topic) van de rechtsbescherming zijn de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase. Deze rechtsbescherming kent geen directe wettelijke grondslag, maar is over de jaren heen gevormd door jurisprudentie. Hierbij wordt er gekeken naar de gedragingen van alle partijen jegens elkaar.⁶⁹

Hetgeen wat direct opvalt uit het schema is dat er enkel in drie van de inhoudelijk beoordeelde uitspraken niet gekozen werd voor deze grondslag. Opmerkelijk is dat enkel gerechtshoven deze opvatting deelden, maar hier geen motivering aan ten grondslag leggen. Hierdoor blijft deze gedachtegang van gerechtshoven onduidelijk.⁷⁰

In de overige uitspraken wordt er wel gekozen voor de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase als grondslag voor de rechtsbescherming. Uit de motiveringen van de rechters blijkt dat wanneer er sprake is van een offerte aanvraag, dan wel een (private) aanbestedingsprocedure, geacht wordt

⁶⁹ Voor uitgebreide uitleg over dit leerstuk, zie hoofdstuk 3 § 2 e.v.

⁷⁰ Zie bijlage 1; ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080, ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139 en ECLI:NL:GRARL:2013:4715.

dat er dan sprake is van een precontractuele verhouding tussen partijen, waardoor de maatstaven van redelijkheid en billijkheid van toepassing worden verklaard.⁷¹

§ 3 Het (aanbestedingsrechtelijke) gelijkheids- en transparantiebeginsel

De tweede grondslag (topic) ziet op de rechtsbescherming van het (aanbestedingsrechtelijke) gelijkheids- en transparantiebeginsel. Deze beginselen zijn de twee belangrijkste beginselen van het Aanbestedingsrecht en zijn vrijwel altijd gezamenlijk van toepassing.⁷²

Bij de beoordeling van deze grondslag valt op dat er enkel in vijf van de inhoudelijk beoordeelde uitspraken niet gekozen werd voor de toepassing van deze grondslag. Hierbij lag in een enkele uitspraak geen motivering aan deze keuze ten grondslag.⁷³ In twee uitspraken stelde de rechter dat gezien de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving niet van toepassing is op private aanbestedingen, dit met zich meebrengt dat de in het aanbestedingsrecht geldende regels en beginselen niet direct van toepassing zijn.⁷⁴ Een enkele rechter oordeelde dat de toepassing van deze beginselen zou leiden tot onaanvaardbare consequenties, en zou de toepassing tevens niet aansluiten bij de maatschappelijke behoefte. Gezien deze stelling uiterst opmerkelijk is, is het evenzeer opmerkelijk dat deze stelling niet concreet onderbouwd wordt met voorbeelden c.q. argumenten.⁷⁵

In de overig inhoudelijk geanalyseerde uitspraken oordelen de rechters wel positief ten aanzien van deze grondslag. Hierbij komt de koppeling tussen de toepassing van de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase en de toepassing van de beginselen van gelijkheid en transparantie duidelijk naar voren. Voor 2015 lag hierbij een simpele motivering aan ten grondslag, waarbij kort werd aangegeven dat gezien er sprake is van naleving van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase, dit meebracht dat de beginselen ook van toepassing zijn.⁷⁶ Echter, in de uitspraken vanaf 2015 wordt in iedere uitspraak, van zowel de rechtbank als het gerechtshof, gebruik gemaakt van exact dezelfde motivering voor deze keuze. De motivering luidt als volgt:

*"Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontleenen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen."*⁷⁷

Duidelijk is dus dat het merendeel van de Nederlandse rechters een directe koppeling maken tussen de toepassing van de redelijkheid en billijkheid en de toepassing van de

⁷¹ Zie bijlage 1: onder andere ECLI:NL:RBNNE:2016:568 en ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155.

⁷² Voor uitgebreide uitleg over dit leerstuk, zie hoofdstuk 4 § 1 e.v.

⁷³ Zie bijlage 2: ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080.

⁷⁴ Zie bijlage 2: ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682 en ECLI:NL:2009:BI4270.

⁷⁵ Zie bijlage 2: ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755.

⁷⁶ Zie bijlage 2: onder andere ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9582 en ECLI:NL:RBROT:2012:BW3238.

⁷⁷ Zie bijlage 2: v.a. ECLI:NL:RBDHA:2015:707.

beginselen van gelijkheid en transparantie, waarbij (hedendaags) vrijwel altijd dezelfde motivatie aan ten grondslag ligt.

§ 4 Het (aanbestedingsrechtelijke) non-discriminatie- en proportionaliteitsbeginsel

De derde grondslag (topic) ziet op de toepassing van de (aanbestedingsrechtelijke) beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit. Deze beginselen worden gezamenlijk met de beginselen van gelijkheid en transparantie ook wel de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht genoemd.⁷⁸

Bij de beoordeling van deze grondslag dat hij enkel in vier uitspraken wel gehonoreerd wordt als grondslag. Hierbij werd er ten eerste geoordeeld dat, wanneer het verwacht kan worden dat het de genererende onderneming zijn intentie is om deze beginselen van toepassing te verklaren, dit meebrengt dat de beginselen daadwerkelijk ook van toepassing zijn.⁷⁹ Tevens stelt de rechter dat aanbieders erop mogen rekenen dat een genererende onderneming de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht toepassen. Een gemotiveerde onderbouwing van deze stelling blijft echter uit.⁸⁰

In de overige twee uitspraken waarbij de rechter (onder andere) deze beginselen van toepassing verklaarde, lag hier geen motivering aan ten grondslag.⁸¹

In de overige uitspraken werd deze grondslag niet gehonoreerd, waarbij er in het merendeel geen onderbouwing werd gegeven. In een aantal gevallen oordeelde de rechter dat de beginselen niet van toepassing waren onder de bondige motivering dat gezien het een private aanbesteding was, de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving niet van toepassing is, waardoor de beginselen ook geen werking kunnen vinden.⁸² Tot slot oordeelde het gerechtshof een enkele keer dat het voor een genererende onderneming wel mogelijk was om zich te binden aan de beginselen van het aanbestedingsrecht, maar dat hiervoor dan wel concrete aanwijzingen moeten zijn die meer inhouden dan alleen het organiseren van een aanbestedingsprocedure.⁸³

§ 5 Het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel

De vierde en tevens laatste grondslag (topic) ziet op de toepassing van het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel. Dit beginsel vindt zijn grondslag in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, en houdt in dat een burger erop moet kunnen vertrouwen dat een bepaalde toezegging van een bestuursorgaan ook wordt nagekomen.

In zeven uitspraken wordt deze grondslag niet gehonoreerd, waarbij er slechts in een enkel geval een motivering aan ten grondslag ligt.⁸⁴ Hierbij stelde de rechter dat gezien de genererende onderneming niet is te kwalificeren als een bestuursorgaan en uit haar gedragingen niet bleek dat zij de beginselen van toepassing wilde laten zijn, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (waaronder het vertrouwensbeginsel) niet van toepassing zijn.

⁷⁸ Voor uitgebreide uitleg over dit leerstuk, zie hoofdstuk 4 § 1 e.v.

⁷⁹ Zie bijlage 3: ECLI:NL:RBARN:2011:BT2628.

⁸⁰ Zie bijlage 3: ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155.

⁸¹ Zie bijlage 3: ECLI:NL:RBNNE:2016L568 en ECLI:NL:GHDHA:2014:3028.

⁸² Zie bijlage 3: onder andere ECLI:NL:

⁸³ Zie bijlage 3: ECLI:NL:GHARL:2013:4715.

⁸⁴ Zie bijlage 4: ECLI:NL:RBROT:2016:6025.

In de overige uitspraken wordt de grondslag wel gehonoreerd, dan wel direct, dan wel indirect. In het merendeel van deze uitspraken komt de werking indirect naar voren in de motivatie die ten grondslag ligt aan de toepassing van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, te weten:⁸⁵

"Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlelen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. 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." (Onderstreping toegevoegd)

De rechters stellen hiermee dat wanneer een genererende onderneming een bepaalde verwachting hebben gewekt, of aanbidders juist (redelijkerwijs) een verwachting hebben kunnen ontlelen, ook aan deze verwachting voldaan moet worden. Hiermee bevestigingen rechters indirect de werking van het vertrouwensbeginsel.

§ 6 Tussenconclusie

Uit de voorgaande analyse is een heldere lijn ontstaan in de gedachtegang van de Nederlandse rechters met betrekking tot de grondslag van de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding.

Zoals reeds benoemd oordelen rechters vrijwel altijd dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase van toepassing zijn in het geval van een private aanbesteding. Aan deze grondslag wordt tevens vrijwel altijd de koppeling gemaakt met de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie. Hierbij wordt hedendaags in veel uitspraken dezelfde motivatie aangehouden, te weten:

"Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlelen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. 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."

Uit deze motivering komt tevens (indirect) de werking van het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel naar voren. Wanneer de genererende onderneming een zodanige

⁸⁵ Zie bijlage 4: onder andere ECLI:NL:RBMNE:2016:6545.

verwachting heeft opgewekt, mogen de (potentiële) aanbieders ook op de toepassing van deze verwachting vertrouwen.

Tevens is duidelijk uit de analyse naar voren gekomen dat de beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit vrijwel nooit automatisch van toepassing zijn. Dit komt omdat rechters van mening zijn dat Europese en Nederlandse wet- en regelgeving niet (automatisch) van toepassing is op een private aanbesteding. Wel kan de genererende dienst ervoor kiezen om deze wet- en regelgeving (gedeeltelijk) van toepassing te verklaren op de aanbestedingsprocedure. Om dit te kunnen realiseren dient de genererende onderneming dit expliciet op te nemen in de aanbestedingsstukken.

HOOFDSTUK 6. Conclusie & advies

In dit onderzoek is getracht om door middel van de beantwoording van meerdere deelvragen, uiteindelijk een antwoord te kunnen geven op de centrale vraag, te weten:

"Welk advies kan, op basis van jurisprudentieonderzoek, literatuuronderzoek en een wetanalyse, worden gegeven aan De CLERCQ over de rechtsbescherming ten opzichte van private aanbestedingen?"

In de voorgaande hoofdstukken is aanhoudend ter afsluiting van de hoofdstukken een beknopte tussenconclusie geformuleerd. Deze beknopte tussenconclusies zullen in de volgende paragrafen uitgebreider behandeld worden. Door middel van deze uitgebreide antwoorden op deelvragen zal er een duidelijk antwoord op de centrale vraag gegeven worden.

§ 1 Deelvragen

Door middel van vier algemene deelvragen is het algemene beeld van het aanbestedingsrecht in beeld gebracht en welke rechtsbescherming hierin geldt, inhoudelijk gemaakt wat een private aanbesteding is en wat de rechters in Nederland hebben geoordeeld over de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding.

§ 1.1 Wat is het aanbestedingsrecht?

In hoofdstuk 2 is getracht door middel van een analyse van zowel de Aanbestedingswet als haar wetgeschiedenis een antwoord te geven op de deelvraag die ziet op een algemene uitleg van het aanbestedingsrecht.

Het aanbestedingsrecht is het geheel van rechtsregels dat van toepassing is op het in de markt plaatsen van (semi)overheidsopdrachten, waardoor getracht wordt de mededinging in stand te houden en innovatie te stimuleren. In het aanbestedingsrecht komt duidelijk naar voren wanneer de verplichting tot aanbesteden ontstaat. Hiervoor moet de genererende onderneming als "aanbestedende dienst" worden aangemerkt, en moet de waarde van de opdracht de Europese drempels overstijgen. Wanneer dit het geval is, is de Aanbestedingswet van toepassing.

In het aanbestedingsrecht bestaan er veel verschillende procedures, waarvan de openbare en niet-openbare procedure de meest voorkomende zijn. Zowel deze, als alle andere procedures worden tot in detail in de Aanbestedingswet beschreven. Hierdoor verlopen de (overheids)aanbestedingen dus (bijna) altijd hetzelfde.

Doordat de procedures tot in detail vast zijn gelegd in de wet, weten alle partijen wat hun rechten en plichten zijn.

§ 1.2 Wat is een private aanbesteding?

In hoofdstuk 3 is er getracht door middel van analyse van zowel de Aanbestedingswet, literatuur, alsmede drie uitspraken van de Hoge Raad der Nederlanden een antwoord te geven op de deelvraag die ziet op de verduidelijking van de term private aanbesteding.

Er is sprake van een private aanbesteding in het geval de genererende onderneming niet aan de term "aanbestedende dienst" voldoet, wat inhoudt dat het geen (semi)overheidsinstelling is. De genererende onderneming is in dit geval niet verplicht om

een aanbestedingsprocedure te starten, maar kiest hier zelf voor. Doordat er niet aan de gestelde voorwaarden wordt voldaan, vervalt de toepassing van de Aanbestedingswet.

De vrijwillige aanbestedingsprocedure kan worden gezien als een onderhandeling tussen partijen. De genererende onderneming nodigt de inschrijvers uit om een aanbod te doen, waaruit hij uiteindelijk een winnaar selecteert. Het Burgerlijk Wetboek kent geen bepalingen die direct betrekking hebben of rechtszekerheid creëren in het geval van onderhandelingen. Echter, door middel van jurisprudentie is er enige rechtszekerheid ontstaan. In het Plas/Valburg-arrest is de term precontractuele fase ontstaan, waarmee wordt bedoeld op de fase waarin partijen met elkaar onderhandelen. In onderhandelingen dienen partijen zich daardoor te gedragen naar de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid, voortvloeiend uit de precontractuele fase.

Tevens heeft de Hoge Raad der Nederlanden drie keer een inhoudelijk arrest gewezen in geschillen waarbij de rechtsbescherming in een private aanbesteding centraal stond. De hoofdlijn die uit deze drie arresten naar voren komt, is dat de Hoge Raad in het geval van een private aanbesteding enorm veel waarde hechten aan zowel de toepassing van de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid, voortvloeiend uit de precontractuele fase, alsmede de toepassing van het gelijkheids- en transparantiebeginsel.

§ 1.3 Welke rechtsbescherming is van toepassing op een publieke aanbesteding?

In hoofdstuk 4 is er getracht om door middel van een analyse van de Aanbestedingswet 2012, alsmede van haar wetsgeschiedenis, een antwoord te geven op de deelvraag die ziet op de verduidelijking van de rechtsbescherming in het geval van een publieke aanbesteding.

In het geval van een publieke aanbesteding is de gehele Aanbestedingswet van toepassing. In deze wet zijn alle specifieke procedures individueel vastgelegd, met de bijbehorende termijnen en voorwaarden. Wanneer men van de inhoud van een specifieke procedure wil afwijken, kan dit enkel in bijzondere gevallen en moet dit uitgebreid gemotiveerd worden in aanbestedingsstukken.

Wanneer een inschrijver zich niet houdt aan de in de Aanbestedingswet vastgelegde bepalingen, loopt hij het risico uitgesloten te worden van deelneming aan de aanbestedingsprocedure. Wanneer een aanbestedende dienst zich niet aan de bepalingen uit de wet houdt, brengt dit met zich mee dat de gehele procedure als onrechtmatig gekwalificeerd kan worden. Hierdoor staat het voor iedere belanghebbende, waaronder alle inschrijvers, vrij om dan wel herbeoordeling van de aanbesteding, dan wel een schadevergoeding te vorderen.

§ 1.4 Wat heeft de Nederlandse rechter bepaald?

In hoofdstuk 5 is er getracht om door middel van een analyse van 24 uitspraken van zowel de rechtbank als het gerechtshof een antwoord te geven op de deelvraag die ziet op het oordeel van de Nederlandse rechters met betrekking tot de grondslag van de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding.

Uit de analyse is een heldere lijn ontstaan in de gedachtegang van de Nederlandse rechters met betrekking tot de grondslag van de rechtsbescherming in het geval van een private aanbesteding.

Zoals reeds benoemd oordelen rechters vrijwel altijd dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase van toepassing zijn in het geval van een private aanbesteding. Aan deze grondslag wordt tevens vrijwel altijd de koppeling gemaakt met de toepassing van de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie. Hierbij wordt hedendaags in veel uitspraken dezelfde motivatie aangehouden, te weten:

"Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontleen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. 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."

Uit deze motivering komt tevens (indirect) de werking van het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel naar voren. Wanneer de genererende onderneming een zodanige verwachting heeft opgewekt, mogen de (potentiële) aanbieders ook op de toepassing van deze verwachting vertrouwen.

Tevens is duidelijk uit de analyse naar voren gekomen dat de beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit vrijwel nooit automatisch van toepassing zijn. Dit komt omdat rechters van mening zijn dat Europese en Nederlandse wet- en regelgeving niet (automatisch) van toepassing is op een private aanbesteding. Wel kan de genererende dienst ervoor kiezen om deze wet- en regelgeving (gedeeltelijk) van toepassing te verklaren op de aanbestedingsprocedure. Om dit te kunnen realiseren dient de genererende onderneming dit expliciet op te nemen in de aanbestedingsstukken.

§ 2 Centrale vraag

Om de centrale vraag te kunnen beantwoorden, is in de voorgaande paragrafen antwoord gegeven op de gestelde deelvragen. Om de grondslag van de rechtsbescherming te kunnen bepalen moet er gelet worden op de volgende factoren:

1. Er wordt niet voldaan aan de voorwaarden voor de toepassing van de Aanbestedingswet;
2. In de aanbestedingsstukken wordt geen directe keuze gemaakt voor de grondslag van de rechtsbescherming;

Indien er aan beide factoren wordt voldaan, ligt er geen directe wettelijke grondslag aan de rechtsbescherming. Echter, uit de beantwoording van de voornoemde deelvragen is duidelijk geworden op welke grondslagen er een beroep gedaan kan worden, namelijk:

- De maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase, en in het verlengde hiervan het vertrouwensbeginsel;
- Het gelijkheids- en transparantiebeginsel, en in het verlengde hiervan het vertrouwensbeginsel;

- Indien de genererende onderneming het expliciet in de aanbestedingsstukken opneemt, kunnen de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving (gedeeltelijk) van toepassing worden verklaard.

In dit geval zal het hiernavolgende advies handvaten bieden.

§ 3 Advies

In de vorige paragraaf is het antwoord op de centrale vraag geformuleerd. Op grond hiervan wordt in de huidige paragraaf een concreet advies geformuleerd.

In het geval van juridische bijstand aan een genererende onderneming, volgt uit dit onderzoek het volgende advies:

1. Indien de genererende onderneming de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving op haar aanbesteding van toepassing wil verklaren, dient zij dit expliciet in haar aanbestedingsstukken op te nemen. Dit is mogelijk door een overweging als de volgende op te nemen in de aanbestedingsstukken:

"Op de onderhavige aanbestedingsprocedure is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing."

"Op de onderhavige aanbestedingsprocedure zijn de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing.";

2. Indien de genererende onderneming de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving niet van toepassing wil verklaren, zijn er twee opties:
 - a. In de aanbestedingsstukken expliciet opnemen dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase, alsmede de beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn op de onderhavige aanbesteding;
 - b. In de aanbestedingsstukken expliciet opnemen dat de inschrijver aan de hand van de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase niet kan verwachten dat de beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn. Dit dient de genererende dienst voldoende te onderbouwen. Dit is mogelijk door een overweging als de volgende op te nemen in de aanbestedingsstukken:

"Gezien de onderhavige offerteprocedure/inkoopprocedure minimaal als aanbestedingsprocedure valt aan te merken, worden de (aanbestedingsrechtelijke) beginselen van gelijkheid en transparantie niet van toepassing verklaard."

In het geval van juridische bijstand aan een inschrijver, volgt uit dit onderzoek het volgende advies:

1. Indien de inschrijver uit de aanbestedingsstukken niet duidelijk op kan maken welke expliciete grondslag voor de rechtsbescherming van toepassing is, dient zij de uitdrukkelijke schriftelijke vraag te stellen aan de genererende onderneming welke rechtsbescherming van toepassing is op de onderhavige aanbesteding;
2. Indien de onduidelijkheid ontstaat na het indienen van de inschrijving, of het uitspreken van de gunningsbeslissing, dient de inschrijver een kort geding te starten, waarin zij op de volgende rechtsbescherming een beroep doet;

- a. Primair zal zij een beroep moeten doen op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase;
 - b. Subsidiair zal zij een beroep moeten doen op de beginselen van gelijkheid en transparantie, welke voortvloeien uit de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase;
 - c. De voorgenoemde grondslagen kunnen tevens aangevuld worden met de toepassing van het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel.
 - d. In combinatie met de voorgenoemde gronden, kan de inschrijver dan wel een schadevergoeding, dan wel herbeoordeling van de aanbesteding vorderen.
3. Indien de genererende onderneming de Europese en/of Nederlandse wet- en regelgeving van toepassing heeft verklaard in de aanbestedingsstukken, dient de inschrijver hiervan nakoming te vorderen bij de voorzieningenrechter;
 - a. In combinatie met de voorgenoemde gronden, kan de inschrijver dan wel een schadevergoeding, dan wel herbeoordeling van de aanbesteding vorderen.

§ 4 Bruikbaarheid

Onderhavig advies is bruikbaar voor De CLERCQ, gezien zij voornamelijk opzoek waren naar bevestiging dat de huidige visie op dit leerstuk van de aanbestedingsrecht advocaten aansloot op de huidige theorie en praktijk. Hierbij is enkel naar voren gekomen dat er, naast de reeds bekende grondslagen – de maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase en in het verlengde hiervan de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht, en meer specifiek het gelijkheids- en transparantiebeginsel – rekening gehouden dient te worden met het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel.

LITERATUURLIJST

A.V.T. de Bie, J. de Jong van Lier 2012

De Zeug Vermogensrechtelijke arresten ten behoeve van praktijk en studie, A.V.T. de Bie en J. De Jong van Lier, Kluwer, Deventer, 2012.

Blei Weissmann, aantekening 1.11.1

Groene Serie Verbintenissenrecht artikel 6:225 lid 1 en 2 BW, aantekening 1.11.1 Invloed van de precontractuele fase vigerende normen. Betekenis redelijkheid en billijkheid. Rol vertrouwensbeginsel, Y.G. Blei Weissmann.

Blei Weissmann aantekening 1.34.6.1

Groene Serie Verbintenissenrecht artikel 6:217 BW, aantekening 1.34.6.1 Grondslag verplichtingen bij afgebroken onderhandelingen, afgesprongen overeenkomsten of anderszins afhaken, Y.G. Blei Weissmann.

Hartkamp & Sieburgh 2014, 163

Asser-serie 6-III 163 Wijze van totstandkoming: aanbod en aanvaarding, A.S. Hartkamp en C.H. Sieburgh, 2014.

Hijma & Olthof 2014

Compendium van het Nederlands vermogensrecht, Jac. Hijma en M.M. Olthof, Kluwer, Deventer, 2014.

J.M. Hebly & E.R. Manuza 2016

Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht, J.M. Hebly en E.R. Manuza, Kluwer, Deventer, 2016.

J.M. Hebly & J.W.A. Meesters 2013

Private aanbestedingen: (weer) vrijheid blijheid?, J.M. Hebly en J.W.A. Meesters, Maandblad voor vermogensrecht nr. september 2013, p. 231-237.

P.B.J. van Oord 2015

Private aanbestedingen. Het spanningsveld tussen contractsvrijheid, precontractuele redelijkheid en billijkheid en de beginselen van het aanbestedingsrecht, P.B.J. van Oord, 2 september 2015, ORP 2015, p. 26-33.

PIANOO Expertisecentrum Aanbesteden van het Ministerie van Economische Zaken www.pianoo.nl

- *Europese standaardprocedures*, als elektronische bron:
<https://www.pianoo.nl/inkoopproces/fase-1-voorbereiden-inkoopopdracht/mogelijke-aanbestedingsprocedures/europese-standaardprocedures>
- *Wat is het onderscheid tussen geschiktheidseisen, uitsluitingsgronden en selectie- en gunningscriteria?*, als elektronische bron:
<https://www.pianoo.nl/metrokaart/wat-is-onderscheid-tussen-geschiktheidseisen-uitsluitingsgronden-selectie-gunningcriteria>

T. van Wijk & F.J.J. Cornelissen, JAAN 2017 aflevering 1, p. 14

JAAN 2017/3 Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten, T. van Wijk en F.J.J. Cornelissen, 30 januari 2017.

Timmer & Paffen 2008

Verbintenissenrecht begrepen, I. Timmer en A.L.A.M. Paffen, Boom Juridische uitgevers, Den Haag, 2008.

S.A.D. Grasse 2016

Het begrip concessieopdracht in de gewijzigde Aanbestedingswet, S.A.D. Grasse, TA 2016/33 (aflevering 3), 23 juni 2016.

Schrijfgroep Gids Proportionaliteit, Gids Proportionaliteit (april 2016)

Gids Proportionaliteit, A. Slootsm H.J.I.M. Keulen, M.A.Th. de Koning-van Rutte, M.A.J. Stuijts MSc en J.M. Hebly, Den Haag, 22 april 2016.

Van den Berg, 2017, 70

Asser-serie 7-VI 70, Toepasselijkheid beginselen van aanbestedingsrecht op aanbestedingen buiten bereik aanbestedingsrichtlijnen, M.A.M.C. van den Berg, 2017.

Van den Berg 2017, 71

Asser-serie 7-VI 71 Toepasselijkheid beginselen van aanbestedingsrecht op private aanbestedingen, M.A.M.C. van den Berg, 2017.

Kamerstukken

Kamerstukken II 2005/06, 30501, 3.

Kamerstukken II 2006/06, 30501, 11 en 15.

Kamerstukken II 2009/10, 32440, 3.

Uitspraken

HvJ EU 12 februari 2004, ECLI:EU:C:2004:93.

HR 18 juni 1982, ECLI:NL:HR:1982:AG4405 (Plas/Valburg).

HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell).

HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil).

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

HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1484.

Parket bij de HR 13 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:368.

Hof Amsterdam, 20 september 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 24 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139.

Hof Arnhem-Leeuwarden, 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4715.

Hof Den Haag, 30 september 2009, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028.

Hof Den Haag, 26 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080.

Hof Den Haag, 4 november 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3501.

Rb. Amsterdam, 23 april 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9582.

Rb. Amsterdam, 6 mei 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4270.

Rb. Amsterdam, 4 november 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7492.

Rb. Amsterdam, 28 juli 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:5733.

Rb. Arnhem, 8 september 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BT2628.
Rb. Den Haag, 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155.
Rb. Den Haag, 26 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:707.
Rb. Dordrecht, 15 juni 2006, ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755.
Rb. Gelderland, 17 februari 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1384.
Rb. Leeuwarden, 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015.
Rb. Midden-Nederland, 7 december 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:6545.
Rb. Noord-Nederland, 17 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:568.
Rb. Rotterdam, 31 januari 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW3238.
Rb. Rotterdam, 1 mei 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960.
Rb. Rotterdam, 1 augustus 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:6025.
Rb. Utrecht, 19 september 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682.
Rb. Zeeland-West-Brabant, 14 april 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:2285.
Rb. Zeeland-West-Brabant, 21 maart 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:1623.
Gerecht in Eerste Aanleg van Sint Maarten, 25 november 2016, ECLI:NL:OGEAM:2016:80.

BIJLAGE 1

De maatstaven van redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase

Onderstaand schema is een uitgewerkte versie van het algemene schema uit hoofdstuk 5 van het onderzoek. In dit schema wordt aangegeven of de grondslag door de rechter(s) gehonoreerd werd, of deze keuze gemotiveerd werd en welke motivering er aan ten grondslag lag.

WG **Wel gehonoreerd;** de rechter koos voor de onderhavige grondslag.
NG **Niet gehonoreerd;** de rechter koos niet voor de onderhavige grondslag.
IG **Indirect gehonoreerd;** de rechter benoemd de grondslag niet expliciet, maar uit de overweging en achterliggende leerstukken kan worden opgemaakt dat het van toepassing wordt verklaard.

MM **Met motivering;** de rechter motiveerde zijn keuze voor de af- of toewijzing.
ZM **Zonder motivering;** de rechter motiveerde zijn keuze niet voor de af- of toewijzing.

NIB **Niet inhoudelijk beoordeeld;** uit de uitspraak komt geen keuze voor een grondslag naar voren, tevens is er geen sprake van een motivatie. Er is enkel sprake van een dictum.

Uitspraken			Motivering
ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755	WG	ZM	
ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682	WG	ZM	
ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9582	WG	ZM	
ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4270	WG	MM	R.o. 4.4: "Doordat partijen deze aanbestedingsprocedure zijn gaan volgen, is tussen hen wel een bijzondere, precontractuele, rechtsverhouding ontstaan die wordt beheerst door de eisen van redelijkheid en billijkheid."
ECLI:NL:RBARN:2011:BT2628	WG	ZM	
ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155	WG	MM	R.o. 4.2: "Wel brengt de keuze van Het Raamwerk voor het uitschrijven van een onderhandse aanbestedingsprocedure, waarin zij gericht partijen heeft uitgenodigd om een bieding te doen, mee dat zij was gehouden zich te gedragen overeenkomstig de geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase."
ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015	WG	MM	R.o. 5.3: "Wel brengt de keuze van het Kerkgenootschap voor een aanbestedingsprocedure met zich

			<i>mee dat zij was gehouden zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid."</i>
ECLI:NL:RBROT:2012:BW3238	WG	MM	P. 7: <i>"Wel brengt de keuze van de gemeente en PGV voor een aanbestedingsprocedure mee dat zij zijn gehouden zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid en naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur."</i>
ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960	NIB	NIB	
ECLI:NL:RBDHA:2015:707	WG	MM	R.o. 4.4: <i>"De tussen A en VTL bestaande precontractuele verhouding in het kader van de offerteprocedure wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid."</i>
ECLI:NL:RBAMS:2015:7492	WG	ZM	
ECLI:NL:RBAMS:2016:5733	NIB	NIB	
ECLI:NL:RBGEL:2016:1384	NIB	NIB	
ECLI:NL:RBZWB:2016:1623	WG	MM	R.o. 4.3: <i>"De precontractuele verhouding tussen Gerco en Laurentius in het kader van de offerteprocedure wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid."</i>
ECLI:NL:RBZWB:2016:2285	WG	MM	R.o. 4.3: <i>"De precontractuele verhouding tussen de Combinatie en Amphia van de onderhavige aanbestedingsprocedure wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid."</i>
ECLI:NL:RBNNE:2016:568	WG	MM	R.o. 6.2: <i>"Vast staat dat er sprake is van een private aanbestedingsprocedure, waarbij de (precontractuele) verhouding tussen DWF enerzijds en Witte Kruis anderzijds wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid."</i>
ECLI:NL:RBROT:2016:6025	WG	ZM	
ECLI:NL:RBMNE:2016:6545	WG	ZM	
ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080	NG	ZM	
ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963	WG	MM	R.o. 3.2.2: <i>"Wel brengt de keuze van KLM voor een aanbestedingsprocedure mee dat zij was gehouden zich te gedragen overeenkomstig de in de</i>

			<i>precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid."</i>
ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139	NG	ZM	
ECLI:NL:GHARL:2013:4715	NG	ZM	
ECLI:NL:GHDHA:2014:3028	WG	MM	R.o. 7: "De (precontractuele) verhouding tussen Het Raamwerk enerzijds en geïntimeerde anderzijds wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid."
ECLI:NL:GHDHA:2014:3501	WG	ZM	

BIJLAGE 2

Het (aanbestedingsrechtelijke) gelijkheids- en transparantiebeginsel

Onderstaand schema is een uitgewerkte versie van het algemene schema uit hoofdstuk 5 van het onderzoek. In dit schema wordt aangegeven of de grondslag door de rechter(s) gehonoreerd werd, of deze keuze gemotiveerd werd en welke motivering er aan ten grondslag lag.

WG **Wel gehonoreerd;** de rechter koos voor de onderhavige grondslag.
NG **Niet gehonoreerd;** de rechter koos niet voor de onderhavige grondslag.
IG **Indirect gehonoreerd;** de rechter benoemd de grondslag niet expliciet, maar uit de overweging en achterliggende leerstukken kan worden opgemaakt dat het van toepassing wordt verklaard.

MM **Met motivering;** de rechter motiveerde zijn keuze voor de af- of toewijzing.
ZM **Zonder motivering;** de rechter motiveerde zijn keuze niet voor de af- of toewijzing.

NIB **Niet inhoudelijk beoordeeld;** uit de uitspraak komt geen keuze voor een grondslag naar voren, tevens is er geen sprake van een motivatie. Er is enkel sprake van een dictum.

Uitspraken			Motivering
ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755	NG	MM	R.o. 5.4: "De toepassing van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, in een geval als het onderhavige (een private aanbesteding) voort tot onaanvaardbare consequenties leiden. Bovendien sluit onverkorte toepassing van deze beginselen niet aan bij de maatschappelijke behoeften."
ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682	NG	MM	R.o. 4.5: "Het gaat hier om een particuliere aanbesteding, waarop de regels voor overheidsaanbestedingen niet van toepassing zijn en ook geen andere specifieke regels op van toepassing zijn verklaard. De beginselen en regels van het aanbestedingsrecht voor overheidsopdrachten dan wel voor andere opdrachten kunnen dan niet direct op de onderhavige aanbesteding van toepassing zijn."
ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9582	WG	MM	R.o. 5.4.2: "In de onderhavige aanbestedingen hebben de aanbidders erop mogen rekenen dat bij de aanbesteding het gelijkheidsbeginsel en het

			<i>transparantiebeginsel door BAM in acht zou worden genomen. Partijen dienen zich immers tegenover elkaar te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid."</i>
ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4270	NG	MM	R.o. 4.3: <i>"De Europese aanbestedingsrichtlijnen en Nederlandse wet- en regelgeving op dat gebied zijn echter niet op die aanbesteding van toepassing, omdat KLM geen overheidsorgaan of publiekrechtelijke instelling is. Toetsing aan die regels is dan ook niet aan de orde."</i>
ECLI:NL:RBARN:2011:BT2628	WG	MM	R.o. 4.6: <i>"(...) dat Menzis de in het aanbestedingsrecht leidende beginselen van objectiviteit en transparantie in acht heeft te nemen (...)."</i> R.o. 4.7: <i>"Het verweer van Menzis dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht hier geen rol spelen worden dan ook verworpen."</i>
ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155	WG	MM	R.o. 4.2: <i>"Aanbieders mogen erop rekenen dat bij die aanbesteding de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zoals het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel door het Raamwerk in acht worden genomen."</i>
ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015	WG	MM	R.o. 5.3: <i>"Die maatstaven houden in elk geval in de eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en in het verlengde daarvan het transparantiebeginsel."</i>
ECLI:NL:RBROT:2012:BW3238	WG	MM	P. 7: <i>"Dit houdt in elk geval in de eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en in het verlengde daarvan het transparantiebeginsel."</i>
ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960	NIB	NIB	
ECLI:NL:RBDHA:2015:707	WG	MM	R.o. 4.4: <i>"Bij de beantwoording van de vraag of de maatstaven van redelijkheid en</i>

			<i>billijkheid meebrengen dat ook een private aanbestede de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbestede de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen."</i>
ECLI:NL:RBAMS:2015:7492	WG	MM	R.o. 4.5: "Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbestede de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbestede de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen (zie de uitspraak van de Hoge Raad van 4 april 2003, ECLI:NL:HR:AF2830)."
ECLI:NL:RBAMS:2016:5733	NIB	NIB	
ECLI:NL:RBGEL:2016:1384	NIB	NIB	
ECLI:NL:RBZWB:2016:1623	WG	MM	R.o. 4.3: "Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbestede de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbestede de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen."
ECLI:NL:RBZWB:2016:2285	WG	MM	R.o. 4.3: "Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbestede de beginselen van

			<i>dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen."</i>
ECLI:NL:RBNNE:2016:568	WG	MM	R.o. 6.2: <i>"Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen."</i>
ECLI:NL:RBROT:2016:6025	WG	MM	R.o. 4.9: <i>"Naar voorlopig oordeel brengen de precontractuele redelijkheid en billijkheid in de onderhavige vrijwillige aanbesteding met zich mee dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn."</i>
ECLI:NL:RBMNE:2016:6545	WG	MM	R.o. 5.6: <i>"Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen."</i>
ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080	NG	ZM	
ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963	WG	MM	R.o. 3.2.2: <i>"Die maatstaven houden in elk geval de eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en in het</i>

			<i>verlengde daarvan het transparantiebeginsel. (...) De regels waken er onder meer tegen dat de private aanbesteder de inschrijvingen, waarvoor veelal aanzienlijke kosten zijn gemaakt, louter gebruikt als pressiemiddel jegens de partij die zij bij voorbaat heeft uitverkozen als toekomstige contractspartij."</i>
ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139	WG	ZM	
ECLI:NL:GHARL:2013:4715	NG	MM	R.o. 6.4: <i>"Een private opdrachtgever kan zich wel binden aan het (overheids)aanbestedingsrecht dan wel delen daarvan, maar dan moeten daarvoor wel concrete aanwijzingen zijn die meer inhouden dan alleen het organiseren van enige vorm van aanbestedingsprocedure."</i>
ECLI:NL:GHDHA:2014:3028	WG	MM	R.o. 7: <i>"Bij de beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbesteder de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen."</i>
ECLI:NL:GHDHA:2014:3501	WG	MM	R.o. 2.2: <i>"Ingevolge het arrest van de Hoge Raad staat bij de beantwoording van de vraag of een aanbesteder, bij een private aanbesteding als de onderhavige op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden en</i>

			<i>van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen. Dat kan ertoe leiden dat de door partijen overeengekomen aanbestedingsvoorwaarden derogeren aan de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel.”</i>
--	--	--	---

BIJLAGE 3

Het (aanbestedingsrechtelijke) non-discriminatie- en proportionaliteitsbeginsel

Onderstaand schema is een uitgewerkte versie van het algemene schema uit hoofdstuk 5 van het onderzoek. In dit schema wordt aangegeven of de grondslag door de rechter(s) gehonoreerd werd, of deze keuze gemotiveerd werd en welke motivering er aan ten grondslag lag.

WG **Wel gehonoreerd;** de rechter koos voor de onderhavige grondslag.
NG **Niet gehonoreerd;** de rechter koos niet voor de onderhavige grondslag.
IG **Indirect gehonoreerd;** de rechter benoemd de grondslag niet expliciet, maar uit de overweging en achterliggende leerstukken kan worden opgemaakt dat het van toepassing wordt verklaard.

MM **Met motivering;** de rechter motiveerde zijn keuze voor de af- of toewijzing.
ZM **Zonder motivering;** de rechter motiveerde zijn keuze niet voor de af- of toewijzing.

NIB **Niet inhoudelijk beoordeeld;** uit de uitspraak komt geen keuze voor een grondslag naar voren, tevens is er geen sprake van een motivatie. Er is enkel sprake van een dictum.

Uitspraken			Motivering
ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755	NG	MM	R.o. 5.4: "De toepassing van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht, waaronder het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel, in een geval als het onderhavige (een private aanbesteding) voort tot onaanvaardbare consequenties leiden. Bovendien sluit onverkorte toepassing van deze beginselen niet aan bij de maatschappelijke behoeften."
ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682	NG	MM	R.o. 4.5: "Het gaat hier om een particuliere aanbesteding, waarop de regels voor overheidsaanbestedingen niet van toepassing zijn en ook geen andere specifieke regels op van toepassing zijn verklaard. De beginselen en regels van het aanbestedingsrecht voor overheidsopdrachten dan wel voor andere opdrachten kunnen dan niet direct op de onderhavige aanbesteding van toepassing zijn."
ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9582	NG	ZM	
ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4270	NG	MM	R.o. 4.3: "De Europese aanbestedingsrichtlijnen en Nederlandse wet- en regelgeving op dat gebied zijn echter niet op die aanbesteding van toepassing, omdat

			<i>KLM geen overheidsorgaan of publiekrechtelijke instelling is. Toetsing aan die regels is dan ook niet aan de orde."</i>
ECLI:NL:RBARN:2011:BT2628	WG	MM	R.o. 4.6: <i>"Hoewel er geen sprake is van een officiële aanbesteding, het wel haar intentie is om volgens een objectieve, non discriminatoire wijze zorg in te kopen."</i> R.o. 4.7: <i>"Het verweer van Menzis dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht hier geen rol spelen worden dan ook verworpen."</i>
ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155	WG	MM	R.o. 4.2: <i>"Aanbieders mogen erop rekenen dat bij die aanbesteding de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zoals het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel door het Raamwerk in acht worden genomen."</i>
ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015	NG	MM	R.o. 5.3: <i>"Op die aanbesteding is de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing."</i>
ECLI:NL:RBROT:2012:BW3238	NG	ZM	
ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960	NIB		
ECLI:NL:RBDHA:2015:707	NG	ZM	
ECLI:NL:RBAMS:2015:7492	NG	ZM	
ECLI:NL:RBAMS:2016:5733	NIB		
ECLI:NL:RBGEL:2016:1384	NIB		
ECLI:NL:RBZWB:2016:1623	NG	ZM	
ECLI:NL:RBZWB:2016:2285	NG	ZM	
ECLI:NL:RBNNE:2016:568	WG	ZM	
ECLI:NL:RBROT:2016:6025	NG	ZM	
ECLI:NL:RBMNE:2016:6545	NG	ZM	
ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080	NG	ZM	
ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963	NG	ZM	
ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139	NG	ZM	
ECLI:NL:GHARL:2013:4715	NG	MM	R.o. 6.4: <i>"Een private opdrachtgever kan zich wel binden aan het (overheids)aanbestedingsrecht dan wel delen daarvan, maar dan moeten daarvoor wel concrete aanwijzingen zijn die meer inhouden dan alleen het organiseren van enige vorm van aanbestedingsprocedure."</i>
ECLI:NL:GHDHA:2014:3028	WG	ZM	
ECLI:NL:GHDHA:2014:3501	NG	ZM	

BIJLAGE 4

Het (bestuursrechtelijke) vertrouwensbeginsel

Onderstaand schema is een uitgewerkte versie van het algemene schema uit hoofdstuk 5 van het onderzoek. In dit schema wordt aangegeven of de grondslag door de rechter(s) gehonoreerd werd, of deze keuze gemotiveerd werd en welke motivering er aan ten grondslag lag.

WG **Wel gehonoreerd;** de rechter koos voor de onderhavige grondslag.
NG **Niet gehonoreerd;** de rechter koos niet voor de onderhavige grondslag.
IG **Indirect gehonoreerd;** de rechter benoemd de grondslag niet expliciet, maar uit de overweging en achterliggende leerstukken kan worden opgemaakt dat het van toepassing wordt verklaard.

MM **Met motivering;** de rechter motiveerde zijn keuze voor de af- of toewijzing.
ZM **Zonder motivering;** de rechter motiveerde zijn keuze niet voor de af- of toewijzing.

NIB **Niet inhoudelijk beoordeeld;** uit de uitspraak komt geen keuze voor een grondslag naar voren, tevens is er geen sprake van een motivatie. Er is enkel sprake van een dictum.

Uitspraken			Motivering
ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755	NG	ZM	
ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682	NG	ZM	
ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9582	IG	MM	R.o. 5.4.2: "(...) althans moet worden geacht bekend te zijn met de gerechtvaardigde verwachtingen die door het houden van een aanbesteding als onderhavige bij de aanbidders wordt gewekt."
ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4270	NG	ZM	
ECLI:NL:RBARN:2011:BT2628	IG	MM	R.o. 4.6: "Op grond hiervan kan bij Vivisol dan ook in zodanig vergaande mate de indruk zijn gewekt (...)."
ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155	WG	MM	R.o. 4.2: "Aanbidders mogen erop rekenen dat bij die aanbesteding de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zoals het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel door het Raamwerk in acht worden genomen."
ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015	NG	ZM	
ECLI:NL:RBROT:2012:BW3238	WG	MM	P. 7: "Wel brengt de keuze van de gemeente en PGV voor een aanbestedingsprocedure mee dat zij

			<i>zijn gehouden zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid en naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur."</i>
ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960	NIB		
ECLI:NL:RBDHA:2015:707	IG	MM	R.o. 4.4: "Bij de beantwoording van de vraag of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbesteder de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder die beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van betrokken partijen."
ECLI:NL:RBAMS:2015:7492	IG	MM	R.o. 4.5: "Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen (zie de uitspraak van de Hoge Raad van 4 april 2003, ECLI:NL:HR:AF2830)."
ECLI:NL:RBAMS:2016:5733	NIB		
ECLI:NL:RBGEL:2016:1384	NIB		
ECLI:NL:RBZWB:2016:1623	IG	MM	R.o. 4.3: "Bij de beantwoording van de vraag of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbesteder de aanbestedingsrechtelijke beginselen

			van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder die beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van betrokken partijen.”
ECLI:NL:RBZWB:2016:2285	IG	MM	R.o. 4.3: <i>"Bij de beantwoording van de vraag of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbesteder de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder die beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van betrokken partijen."</i>
ECLI:NL:RBNNE:2016:568	WG	MM	R.o. 6.2: <i>"Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. In</i>

			<i>het onderhavige geval is een dergelijke verwachting gewekt, gelet op de inhoud van het door DWF in de markt gezette offerteaanvraag en het door haar gevolgde traject."</i>
ECLI:NL:RBROT:2016:6025	NG	MM	R.o. 4.7: <i>"Op deze aanbesteding (private) zijn in ieder geval niet toepasselijk de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Woonkracht 10 is immers geen bestuursorgaan en gesteld noch gebleken is dat eiser uit verklaringen en gedragingen van Woonkracht 10 niettemin heeft mogen begrijpen dat Woonkracht 10 deze beginselen (toch) van toepassing wilde laten zijn."</i>
ECLI:NL:RBMNE:2016:6545	IG	MM	R.o. 5.6: <i>"Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) aanbieders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. 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."</i>
ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080	WG	MM	R.o. 6: <i>"Het hof stelt voorop dat de Gemeente zich bij haar taakvervulling moet houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dat geldt ook als zij een privaat project als het onderhavige in dier voege aan zich trekt."</i>
ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963	NG	ZM	
ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139	NG	ZM	
ECLI:NL:GHARL:2013:4715	IG	MM	R.o. 6.4: <i>"Ook de omvang van PG Goutum als speler op de relevante markt kan geen verwachtingen op dit punt in het leven hebben geroepen."</i>
ECLI:NL:GHDHA:2014:3028	IG	MM	R.o. 7:

			<i>"Bij de beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een private aanbesteder de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen staat centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van betrokken partijen."</i>
ECLI:NL:GHDHA:2014:3501	IG	MM	R.o. 2.2: <i>"Ingevolge het arrest van de Hoge Raad staat bij de beantwoording van de vraag of een aanbesteder, bij een private aanbesteding als de onderhavige op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, centraal of de (potentiële) aanbidders aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de aanbesteder de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. 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. Dat kan ertoe leiden dat de door partijen overeengekomen aanbestedingsvoorwaarden derogeren aan de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel."</i>

BIJLAGE 5

Beknopte samenvatting van de in de analyse gebruikte uitspraken

Rechtbanken

ECLI:NL:RBDOR:2006:AX8755

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair gunning van de opdracht vordert. Eiseres beroept zich op het arrest dat de Hoge Raad op 4 april 2003 wees.⁸⁶ Hierin stelde de Hoge Raad namelijk dat in het geval van een private aanbesteding, de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Echter, de voorzieningenrechter stelt dat uit dit arrest niet valt af te leiden dat de algemene beginselen ook op de onderhavige procedure van toepassing zijn, nu de Hoge Raad stelde dat "bij een aanbesteding als de onderhavige" de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing waren, en er in het arrest sprake was van een genererende onderneming die, door het zijn van een zorgverzekeraar, een machtspositie bezat. In de onderhavige procedure is er volgens de voorzieningenrechter geen sprake van een dergelijke machtspositie van de genererende onderneming.

De voorzieningenrechter bepaalt dan ook dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht niet van toepassing zijn op de onderhavige procedure. Zowel het gelijkheids-, als het transparantiebeginsel zijn daardoor dus ook niet van toepassing. Echter, de voorzieningen rechter stelt dat het voorgenoemde niet wegneemt dat de genererende partij gehouden was zich te gedragen naar de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.

ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair gunning van de opdracht vordert. De voorzieningenrechter is in het onderhavige geval van mening dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht niet direct van toepassing kunnen zijn, gezien het geen overheidsopdracht is.

Tevens stelt hij dat overwogen moet worden dat de maatstaven van de precontractuele fase volgens vaste rechtspraak inhouden dat partijen hun gedrag mede door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij moet laten bepalen. De voorzieningenrechter stelt dat er geen twijfel over kan bestaan dat in een aanbestedingsprocedure als de onderhavige, de inschrijvers een gerechtvaardigd belang hebben bij een gelijke behandeling en een gelijke kans op het verkrijgen van de opdracht, zodat op die grond kan worden uitgegaan van een verplichting voor de aanbesteder om de inschrijvers een gelijke behandeling en gelijke kansen te bieden. Echter, deze verplichting kan niet worden opgevat in de zin van het specifieke gelijkheidsbeginsel uit de Aanbestedingswet. De verplichting brengt enkel mee dat er sprake moet zijn van voldoende duidelijkheid, zodat inschrijvers weten dat de gunningsbeslissing op een eerlijke wijze tot stand is gekomen. Ook hierbij gaat het niet om het specifieke transparantiebeginsel, maar enkel om een verplichting.

ECLI:NL:RBAMS:2008:BE9582

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair een schadevergoeding van de genererende onderneming vordert. De voorzieningenrechter stelt dat uitspraken met betrekking tot verduidelijking of aanvulling van de Aanbestedingswet niet van toepassing zijn op private aanbestedingen. De aanbestedingswet, alsmede de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zijn evenmin van toepassing op aanbestedingen als onderhavige.

Echter, in het geval van een private aanbesteding dient een (professionele) genererende onderneming bekend te zijn met de gerechtvaardigde verwachtingen die door het houden van een (vrijwillige) aanbesteding als de onderhavige bij de inschrijvers worden gewekt. In de aanbesteding als onderhavige mogen de inschrijvers erop rekenen dat bij het gelijkheids- en transparantiebeginsel door de genererende onderneming in acht genomen

⁸⁶ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

zou worden. Partijen dienen zich immers tegenover elkaar te gedragen overeenkomstig aan de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, en in de onderhavige aanbesteding betekent dat voor de genererende onderneming dat zij de verschillende inschrijvers gelijk dient te behandelen en om de aanbesteding transparant te doen verlopen.

ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4270

Onderhavige uitspraak is de uitspraak in eerste aanleg van het kenmerkte KLM/Crombeen arrest van de Hoge Raad.

De rechtbank stelt dat op de onderhavige aanbesteding de Aanbestedingswet niet van toepassing is, gezien KLM geen overheidsorgaan is. Echter, de rechtbank stelt dat tussen partijen de maatstaven van de redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase van toepassing zijn, en op grond van het arrest van de Hoge Raad d.d. 4 april 2003⁸⁷, deze maatstaven met zich meebrengen dat de genererende partij de informatie dient te verstrekken die nodig is om naleving van het gelijkheidsbeginsel te controleren en een deugdelijke aanbidding te doen. Echter, de rechtbank stelt vervolgens – om onnavolgbare redenen – dat Crombeen niet behoefde verwachten dat KLM zich aan het gelijkheids- en transparantiebeginsel zou houden, en stelt zij dat KLM zich daarom dus ook niet aan de beginselen behoefde te houden.

ECLI:NL:RBARN:2011:BT2628

De eisende partijen zijn afgewezen inschrijvers, wie primair heraanbesteding vorderen.

De voorzieningenrechter stelt dat in onderhavige procedure sprake is van een private aanbesteding. De genererende onderneming heeft hiermee de indruk gewekt dat zij van doen heeft met een objectieve en transparantie aanbestedingsprocedure, en dat de genererende onderneming de in het aanbestedingsrecht leidende beginselen van objectiviteit en transparantie in acht heeft te nemen in de precontractuele fase van de procedure.

De voorzieningenrechter stelt dan ook dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn, waaronder ook de beginselen van gelijkheid en transparantie vallen.

ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair een schadevergoeding van de genererende onderneming vordert.

De rechtbank stelt voorop dat op een aanbesteding zoals onderhavige, partijen zich dienen te gedragen overeenkomstig aan de geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid zoals in de precontractuele fase. Deze beginselen vormen immers de grondregels voor het voeren van een aanbestedingsprocedure. Inschrijvers mogen erop rekenen dat bij deze aanbesteding de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zoals het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel in acht worden genomen.

Het gelijkheidsbeginsel in combinatie met de goede trouw vanuit de precontractuele fase brengen volgens de rechtbank met zich mee dat de genererende onderneming de opdracht in de gunningsfase niet wezenlijk mag wijzigen.

ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9015

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair gunning van de opdracht vordert.

De voorzieningenrechter stelt dat er sprake is van een private aanbesteding waarop zowel Nederlandse, als Europese wetgeving met betrekking tot het aanbestedingsrecht niet van toepassing op is. Echter, de keuze voor een aanbestedingsprocedure brengt met zich mee dat de genererende onderneming gehouden was zich te gedragen overeenkomstig aan de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Die maatstaven houden in elk geval in de eerbiediging van de fundamentele beginselen van

⁸⁷ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en in het verlengde daarvan het transparantiebeginsel. De voorzieningen rechter stelt vervolgens dat deze beginselen ervoor waken dat de genererende onderneming de inschrijvingen, waarvoor veelal aanzienlijke kosten zijn gemaakt, louter als pressiemiddel jegens de partij die zij bij voorbaat heeft uitgekozen als toekomstige contractspartij wordt gebruikt.

ECLI:NL:RBROT:2012:BW3238

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair gunning van de opdracht vordert. De voorzieningenrechter stelt dat op onderhavige aanbesteding de wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing is. Echter, de (vrijwillige) keuze voor het voeren van een aanbestedingsprocedure brengt met zich mee dat de genererende onderneming gehouden is zich te gedragen overeenkomstig aan de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid en naar de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Dit houdt in elk geval in de eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en in het verlengde daarvan het transparantiebeginsel. Tot slot stelt de voorzieningenrechter dat een te rigide toepassing van het aanbestedingsrecht, waarbij het mechanisme van de aanbesteding te veel tot doel op zich wordt verheven onwenselijk is.

ECLI:NL:RBROT:2013:CA2960

In onderhavige uitspraak maakt de rechter geen keuze in de grondslag van de rechtsbescherming, en geeft hiervoor dus ook geen motivering.

ECLI:NL:RBDHA:2015:707

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair gunning van de opdracht vordert. De rechtbank stelt als uitgangspunt dat de genererende partij in onderhavige aanbesteding niet gebonden is aan de Nederlandse of Europese regelgeving voor overheidsaanbestedingen. Echter, de aanbesteding wordt beheerst door de precontractuele fase, die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. De rechtbank stelt dat bij de beantwoording van de vraag of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat bij een private aanbesteding de genererende onderneming de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat zij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of deze verwachting is gewekt, is afhankelijk van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen.

Tevens stelt de rechtbank dat voortvloeiend uit het beginsel van contractsvrijheid, het partijen vrijstaat om in een aanbesteding in beginsel in de aanbestedingsstukken de werking van het gelijkheids- en transparantiebeginsel uit te sluiten, zij het dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

ECLI:NL:RBAMS:2015:7492

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair gunning van de opdracht vordert. De rechtbank stelt ten eerste dat onderhavige aanbesteding geen overheidsaanbesteding is, waardoor de Europese en Nederlandse wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing zijn.

De rechtbank stelt hiernaast het volgt. Bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de genererende onderneming de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) inschrijvers aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontleenen dat de genererende onderneming de beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen

daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Dit oordeelt zij in lijn met het arrest van de Hoge Raad d.d. 4 april 2003.⁸⁸

Hiernaast stelt de rechtbank dat uit de contractsvrijheid voortvloeit dat het partijen in een aanbesteding door een private persoon in beginsel vrij staat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel uit te sluiten. Dit laat echter onverlet dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar kan zijn. Dit oordeelt zij in lijn met het arrest van de Hoge Raad d.d. 3 mei 2013.⁸⁹

ECLI:NL:RBAMS:2016:5733

In onderhavige uitspraak maakt de rechter geen keuze in de grondslag van de rechtsbescherming, en geeft hiervoor dus ook geen motivering.

ECLI:NL:RBGEL:2016:1384

In onderhavige uitspraak maakt de rechter geen keuze in de grondslag van de rechtsbescherming, en geeft hiervoor dus ook geen motivering.

ECLI:NL:RBZWB:2016:1623

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair herbeoordeling van de inschrijvingen vordert.

De voorzieningen rechter dat de genererende dienst niet valt aan te merken als een aanbestedende dienst, en stelt dat zij dus niet gebonden is aan de Nederlandse of Europese regelgeving voor overheidsaanbestedingen.

Echter, bij de beantwoording van de vraag of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat de genererende onderneming de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) inschrijvers aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de genererende onderneming die beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid mag teleurstellen. De voorzieningenrechter stelt dat het afhankelijk is van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen, of er in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt.

ECLI:NL:RBZWB:2016:2285

De voorzieningenrechter stelt als uitgangspunt dat in de onderhavige aanbesteding de genererende onderneming niet gebonden is aan de Nederlandse of de Europese regelgeving voor overheidsaanbestedingen.

Tevens stelt zij dat bij de beantwoording van de vraag of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een genererende ondernemer de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, centraal staat of de (potentiële) inschrijver op de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de genererende onderneming die beginselen in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen. Daarbij heeft te gelden dat uit het beginsel van contractsvrijheid tussen partijen voortvloeit, dat het partijen in een aanbesteding in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het

⁸⁸ HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830.

⁸⁹ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

gelijkheids- en het transparantiebeginsel uit te sluiten, zij het dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.

De voorzieningenrechter beslist het voorgenoemde in lijn met het arrest van de Hoge Raad d.d. 3 mei 2013.⁹⁰

ECLI:NL:RBNNE:2016:568

De rechtbank stelt dat tussen partijen sprake is van een precontractuele verhouding, die wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Bij beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een genererende onderneming de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen staat centraal of de (potentiële) inschrijvers aan de aanbesteding redelijkerwijs e verwachting kunnen ontlenen dat de genererende onderneming de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen.

De rechtbank oordeelt dit in lijn met de uitspraak van het gerechtshof Den Haag d.d. 30 september 2014.⁹¹

Tevens stelt zij hierbij dat het een genererende onderneming is toegestaan, ook indien de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn, een aanbestedingsprocedure af te breken. Noch het gelijkheids- en het vertrouwensbeginsel noch de precontractuele goede trouw staan hieraan in de weg.

ECLI:NL:RBROT:2016:6025

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair herbeoordeling van de inschrijvingen vordert.

De voorzieningenrechter stelt dat de genererende onderneming niet kwalificeert als een aanbestedende dienst. Ten eerste stelt zij vast dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet van toepassing zijn. Ook heeft de genererende onderneming de beginselen van gelijkheid en transparantie niet uitgesloten, maar heeft zij ook niet expliciet genoemd dat zij wel van toepassing zouden zijn.

De voorzieningenrechter stelt dat de precontractuele redelijkheid en billijkheid in de onderhavige vrijwillige aanbesteding met zich mee brengen dat de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie van toepassing zijn.

ECLI:NL:RBMNE:2016:6545

Eiseres is een afgewezen inschrijver, wie primair herbeoordeling van de inschrijvingen vordert.

De voorzieningenrechter stelt dat bij de beantwoording van de vraag of bij een private aanbesteding als de onderhavige de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, meebrengen dat de genererende onderneming de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) inschrijvers aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de genererende onderneming de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen.

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. Uit de contractvrijheid vloeit voort dat het partijen in een aanbesteding door een private persoon in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten. Dit laat onverlet dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn, aldus de

⁹⁰ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

⁹¹ Hof Den Haag 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028.

voorzieningenrechter. Dit stelt zij vast in lijn met het arrest van de Hoge Raad d.d. 3 mei 2013.⁹²

Gerechtshoven

ECLI:NL:GHSGR:2010:BO2080

De gemeente was in onderhavig geschil niet verplicht tot het volgen van een aanbestedingsprocedure. Echter, aangezien de gemeente (vrijwillig) heeft gekozen voor het volgen van een aanbesteding, behoort tot het algemene beginsel van behoorlijk bestuur dat besluiten zorgvuldig worden voorbereid, dat de in het aanbestedingsrecht geldende beginselen van gelijke behandeling, objectiviteit en transparantie worden nageleefd.

ECLI:NL:GHAMS:2011:BT1963

Onderhavige uitspraak is de uitspraak in hoger beroep van het kenmerkte KLM/Crombeen arrest van de Hoge Raad.⁹³

Het hof stelde dat onderhavige aanbesteding een private aanbesteding is, waardoor de Europese- en Nederlandse wet- en regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen niet van toepassing is. Deze keuze brengt mee dat KLM was gehouden om zich te gedragen overeenkomstig aan de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Die maatstaven houden in elk geval in de eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht, te weten het gelijkheidsbeginsel en in het verlengde daarvan het transparantiebeginsel. Die beginselen vormen immers de grondregels voor het voeren van een aanbestedingsprocedure. De regels waken er onder meer tegen dat de genererende onderneming de inschrijvingen, waarvoor veelal aanzienlijke kosten zijn gemaakt, louter gebruikt als pressiemiddel jegens de partij die zij bij voorbaat heeft uitverkozen als toekomstige contractspartij.

Wanneer partijen kunnen worden aangemerkt als professionele partijen, wordt er geacht dat deze bekend zijn met de grondregels van het aanbestedingsrecht en dat zij de verwachting hebben dat die grondregels worden nageleefd.

ECLI:NL:GHARN:2012:BV1139

Het hof stelt hierbij dat het in onderhavige procedure om een private aanbesteding gaat, waardoor ten eerste de uitspraken met betrekking op de uitvoering van de Aanbestedingswet niet van toepassing zijn. In aansluiting hiermee stelt het hof dat de Europese richtlijnen en de uitwerkingen hiervan (de Aanbestedingswet), ook niet van toepassing zijn.

Het hof sluit zich aan bij het oordeel van de voorzieningenrechter, waarin zij stelde dat onderhavig geschil onder andere bekeken moet worden vanuit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiend uit de precontractuele fase. Hieruit vloeit tevens voort dat de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht genomen moeten worden.

ECLI:NL:GHARL:2013:4715

Het hof stelt hierbij dat het in onderhavige procedure om een private aanbesteding gaat, waardoor de Europese en Nederlandse wetgeving hier niet van toepassing op is. Tevens stelt zij dat de uitspraken met betrekking tot overheidsaanbestedingen ook niet van toepassing zijn op deze procedure.

Zij stelt dat een genererende onderneming zich wel kan binden aan het (overheids)aangebestedingsrecht dan wel delen daarvan, maar dan moeten daarvoor wel concrete aanwijzingen zijn die meer inhouden dan alleen het organiseren van enige vorm van aanbestedingsprocedure.

ECLI:NL:GHDHA:2014:3028

⁹² HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

⁹³ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

Onderhavige uitspraak is de uitspraak in hoger beroep van de uitspraak van de rechtbank Den Haag d.d. 3 oktober 2012.⁹⁴

Het Hof stelt dat de genererende onderneming als private partij niet gebonden is aan de Nederlandse of Europese regelgeving voor overheidsaanbestedingen. Echter, tussen partijen is er sprake van een precontractuele verhouding, die wordt beheerst door redelijkheid en billijkheid. Bij beantwoording van de vraag of de eisen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat ook een genererende onderneming de aanbestedingsrechtelijke beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) inschrijvers aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de genererende onderneming de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is afhankelijk van het bij de aanbesteding gehanteerde programma, de daarin neergelegde (rand)voorwaarden en de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen. Daarbij heeft te gelden dat uit het beginsel van contractsvrijheid tussen private partijen voortvloeit, dat het partijen in een aanbesteding in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheids- en het transparantiebeginsel uit te sluiten, zij het dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Dit oordeel van het Hof is in lijn met hetgeen bepaald in het arrest van de Hoge Raad d.d. 3 mei 2013.⁹⁵

Het Hof voegt tot slot nog eens expliciet toe dat ervanuit wordt gegaan dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn. Tevens betreft het Hof in de beoordeling van dit geschil ook kenmerkende arresten die uitgesproken zijn in het geval van overheidsaanbestedingen.

ECLI:NL:GHDHA:2014:3501

Onderhavige uitspraak is de uitkomst van de terug verwijzing van de Hoge Raad d.d. 3 mei 2013 naar het gerechtshof.⁹⁶

Het hof neemt hierbij volledig de rechtsoverweging van de Hoge Raad over, waarin zij bepaalt dat bij de beantwoording van de vraag of een genererende onderneming bij een private aanbesteding als de onderhavige, op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid die de precontractuele fase beheersen, de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht dient te nemen, staat centraal of de (potentiële) inschrijvers aan de aanbesteding redelijkerwijs de verwachting kunnen ontlenen dat de genererende dienst de beginselen van gelijkheid en transparantie in acht zal nemen, zodat hij hen daarin naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag teleurstellen. 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. Dat kan ertoe leiden dat de door partijen overeengekomen aanbestedingsvoorwaarden derogeren aan de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Uit de contractsvrijheid vloeit voort dat het partijen, bij een aanbesteding door een private (rechts)persoon, in beginsel vrijstaat om in die voorwaarden de toepasselijkheid van de beide beginselen uit te sluiten. Dit laat onverlet dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.

⁹⁴ Rb Den Haag 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155.

⁹⁵ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.

⁹⁶ HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900.