Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Actualia
contractspraktijk

AANBESTEDING

Toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht buiten de werkingssfeer van de richtlijnen

Een bespreking van HR 4 april 2003[1]

Mr. H.C. Leemreize

Het is duidelijk aan welke regelgeving een aanbestedende dienst gebonden is bij de plaatsing van een opdracht voor een levering, dienst of werk. Zijn optreden in een aanbesteding wordt in de eerste plaats getoetst aan de Europese aanbestedingsrichtlijnen en, voorzover van toepassing, de Uniforme Aanbestedingsreglementen. In literatuur en jurisprudentie wordt algemeen aangenomen dat in aanbestedingen onder de Richtlijnen daarnaast een drietal niet gecodificeerde normen geldt, de zogenoemde algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Te onderscheiden zijn het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het concurrentiebeginsel. Deze beginselen staan aan de basis van de Richtlijnen: de in de Richtlijnen vervatte procedurevoorschriften zijn er een uitwerking van.

Het gelijkheidsbeginsel is het belangrijkste van de drie. Aan het gehele aanbestedingsrecht ligt ten grondslag dat gegadigden en inschrijvers voor een bepaalde opdracht steeds gelijk behandeld dienen te worden. Het gelijkheidsbeginsel verzet zich tegen benadeling of bevoordeling van inschrijvers of gegadigden jegens hun collega's in een aanbesteding.[2] Gelijke monniken, gelijke kappen kortom. Ter controle op de naleving van het gelijkheidsbeginsel beoogt het transparantiebeginsel aanbestedingsprocedures voor aanbieders zo eenvormig en zo doorzichtig mogelijk te laten verlopen.[3] Het concurrentiebeginsel vloeit voort uit de twee voorgaande beginselen (die immers de concurrentie bedoelen te stimuleren) en houdt in dat in aanbestedingen de vrije concurrentie tussen aanbieders steeds voldoende[4] gewaarborgd dient te zijn.[5]

De vraag is of (en in hoeverre) de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn op het handelen van een aanbestedende dienst in een aanbesteding die niet aan een Europese aanbestedingsrichtlijn of aan een uniform aanbestedingsreglement is onderworpen, bijvoorbeeld omdat de desbetreffende opdracht in waarde beneden de in de Richtlijnen genoemde drempelwaarde blijft.

Hof Den Haag meende in 1990 nog van niet.[6] In een aanbesteding door de provincie Zeeland van een wegenbouwkundig werk dat in waarde beneden de geldende drempelwaarde bleef, stelde een afgewezen inschrijver dat een van de gestelde selectiecriteria '… naar EG-maatstaven niet geoorloofd was'. Hij bepleitte in dat verband dat, hoewel de Richtlijn niet van toepassing was, de '… EG-regels analogisch toegepast behoorden te worden...', maar het hof achtte dat niet verenigbaar met de aard van de nu eenmaal in de wetgeving neergelegde drempeltechniek, die meebrengt dat de juridische situatie boven de drempel anders is dan daaronder.

1 LJN-nummer: AF2830, zaaknr: C01/169HR.

2 Het Hof van Justitie van de EG overwoog in dit verband in het arrest Commissie/Denemarken ('Storebaelt'), dat de Richtlijnen het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers weliswaar niet uitdrukkelijk noemen, maar dat desalniettemin de verplichting voor aanbesteders om dit beginsel te respecteren behoort tot de essentie van de Richtlijn. In het desbetreffende geval oordeelde het hof dat het gelijkheidsbeginsel zich ertegen verzet dat aanbiedingen die niet aan de gestelde bestekvoorwaarden voldoen toch in aanmerking worden genomen.

3 Het Hof van Justitie van de EG refereerde in dit verband in een zaak van de Europese Commissie tegen België (Waalse bussen) aan een overweging in de considerans bij de Richtlijn Nutssectoren, die bepaalt '… dat ter bevordering van het onderlinge vertrouwen een minimum aan doorzichtigheid dient te worden gewaarborgd en passende methoden dienen te worden vastgesteld om toe te zien op toepassing van deze richtlijn'.

4 Pijnacker Hordijk is van mening dat het onderhavige beginsel een minimum aan concurrentie bedoelt te waarborgen, maar die niet per se bedoelt te maximeren. (Pijnacker Hordijk, Aanbestedingsrecht, Den Haag 1999, p. 29). Anders Van der Meent op p. 219 t/m 223 van zijn dissertatie.

5 Het Europese Hof van Justitie verwijst in voornoemde Storebaelt-uitspraak naar de in de considerans van Richtlijn 71/305 genoemde doelstelling om te komen tot een daadwerkelijke mededinging op het gebied van overheidsopdrachten.

6 Hof Den Haag 19 juni 1990, kenbaar uit HR 24 april 1992, NJ 93/232.

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

Verdere rechtspraak op dit gebied was tot voor kort schaars.[7] In een nog niet gepubliceerd arrest van 4 april jongstleden, dat alleen al om de uitgebreide conclusie van Langemeijer zeer lezenswaardig is, heeft de Hoge Raad zich echter expliciet uitgelaten over de reflexwerking van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht in een geval waar de Richtlijnen niet (rechtstreeks) van toepassing waren.

Het betrof de aanbesteding door RZG, een Gronings ziekenfonds, van de levering van wasbare onderleggers voor incontinente patiënten. De geraamde waarde van die levering was lager dan voornoemde drempelwaarde, in dit geval uit de Richtlijn Leveringen. RZG had medio februari 2000 aan verschillende aanbieders, waaronder Comformed, telefonisch laten weten één leverancier te willen selecteren voor de levering en daarbij al die aanbieders uitgenodigd voor een toelichtend gesprek. In dat gesprek werd meegedeeld dat een eventuele offerte voor 1 april 2000 diende te zijn ingediend. Comformed diende haar offerte voor die datum in, maar kreeg op 14 april 2000 te horen dat de keuze op een andere leverancier, Domein, was gevallen. Comformed verkocht sindsdien vrijwel geen onderleggers meer in de regio Groningen. Comformed stelde daarop in kort geding voor de president van de Rechtbank Groningen dat haar vooraf onvoldoende helderheid was verschaft over de omvang van de opdracht en dat aan haar niet kenbaar was gemaakt welke gunningscriteria zouden gelden. Ze vorderde een verbod om gevolg te geven aan de overeenkomst met Domein zolang geen nieuwe, regelmatige aanbesteding was gehouden op basis van objectieve, transparante en verifieerbare criteria. RZG verweerde zich door te stellen dat hij geen aanbesteding had gehouden, maar slechts een aantal offertes had opgevraagd. RZG achtte zich bovendien vrij in zijn keuze voor een leverancier nu de levering de drempelwaarde uit de Richtlijn Leveringen niet oversteeg. De president wees echter Comformeds vordering toe. Hij stelde dat RZG, met zijn dominante marktaandeel in de regio, een machtspositie had ten opzichte van leveranciers als Comformed. Die machtspositie bracht met zich dat RZG, door ervoor te kiezen een met een aanbesteding vergelijkbare procedure te volgen, de precontractuele – civielrechtelijke[8] – normen van redelijkheid en billijkheid jegens de gegadigden in acht diende te nemen. Die normen hielden in dat RZG gegadigden gelijk en objectief diende te behandelen en voldoende transparantie in acht diende te nemen. Daaraan had het, aldus de president, ontbroken.

Het hof bekrachtigde in het door RZG aangespannen hoger beroep de uitspraak van de president, maar met een andere motivering. Het hof stelde dat RZG via artikel 3:14 BW niet alleen gebonden was aan civielrechtelijke normen, maar ook aan de – administratiefrechtelijke[9] – algemene beginselen van behoorlijk bestuur en meer in het bijzonder het gelijkheidsbeginsel. Dit beginsel had RZG naar de mening van het hof niet in acht genomen door Comformed niet vooraf duidelijk te maken welke gunningscriteria golden en welke de omvang van de opdracht zou zijn, waardoor Comformed niet in staat was een deugdelijke concurrerende offerte te maken.

RZG stelt beroep in cassatie in tegen het arrest van het Hof. In de eerste plaats stelt RZG niet gebonden te zijn aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur nu RZG bij de inkoop van materialen als de onderhavige niet kan worden beschouwd als overheidslichaam. Bovendien stelt RZG dat hij, voorzover hij wel onderworpen is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, niet heeft gehandeld in strijd met het gelijkheidsbeginsel.

Alvorens in te gaan op de rechtsmiddelen van RZG geeft Langemeijer in zijn conclusie een uitgebreid overzicht van de literatuur over de reflexwerking van de Richtlijnen (en daarmee van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht die aan die Richtlijnen ten grondslag liggen) via nationaalrechtelijke normen – administratiefrechtelijke, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en civielrechtelijke, zoals de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW – op opdrachten van publiekrechtelijke instellingen[10] voor leveringen met een waarde beneden het drempelbedrag.[11] Hij vindt ruimschoots steun voor de stelling dat van een dergelijke reflexwerking dient te worden uitgegaan. Zo haalt hij Spier[12] aan, die meent dat regels over de toelaatbaarheid van bepaalde selectiecriteria in een aanbesteding, zoals die volgen uit EG-regelgeving terzake '… zeer wel en zonder bezwaar kunnen worden toegepast buiten de scope van de EG-wetgeving'. Of tot het aannemen van een dergelijke reflexwerking in een concreet geval aanleiding bestaat, zal naar zijn mening afhangen van de aard van de regel en de omstandigheden van het geval. Pijnacker Hordijk neemt in dit verband aan '… dat het beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers in zijn verschijningsvorm van algemeen beginsel van behoorlijk bestuur op alle aanbestedingen door overheidsaanbestedingen van toepassing is'. Het transparantiebeginsel, als 'aanhangsel' van het gelijkheidsbeginsel, impliceert in dat verband dat wanneer een overheid eenmaal concurrentie heeft opgeroepen tussen een aantal marktpartijen, de concurrentiestrijd gevoerd dient te worden op basis van vooraf aan alle deelnemers bekendgemaakte criteria.[13] Ook Van Boom stelt dat wanneer een overheidslichaam bij de plaatsing van een opdracht kiest voor enige openbare procedure, haar contractsvrijheid vergaand beperkt wordt. In dergelijke gevallen brengen de beginselen van behoorlijk bestuur en de contractuele redelijkheid en billijkheid een

7 Pijnacker Hordijk (zie supra, p. 30-31) wijst in dit verband nog op een uitspraak van de president van de Rechtbank Arnhem die in kort geding op 23 november 1994 oordeelt dat op (lagere) overheden bij aanbestedingen van opdrachten met een waarde beneden de in de Richtlijnen gestelde drempelwaarden in zijn algemeenheid geen verplichting rust om opdrachten in concurrentie aan te besteden. Hij concludeert daaruit dat die verplichting derhalve niet kan worden ontleend aan de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. In het midden blijft daarbij echter of die algemene beginselen van aanbestedingsrecht al dan niet *van toepassing zijn* in aanbestedingen beneden de drempelwaarde.

8 Toevoeging HCL.

9 Idem.

10 Niet betwist werd in cassatie het oordeel van het hof dat RZG een publiekrechtelijke instelling en daarmee een aanbestedende dienst in de zin van de Richtlijnen was.

11 Langemeijer maakt in dit verband een onderscheid tussen 'EG-richtlijnen' en nationaalrechtelijke normen, dat niet helemaal zuiver is. De Richtlijnen zijn immers door de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen omgezet in Nederlandse wetgeving.

12 In NTBR 1993, p. 125-127.

13 Zie supra, p. 30 en 80.

Dit artikel uit Contracteren is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor anonieme bezoeker

verscherpte zorgvuldigheidsplicht met zich die het effect van geschreven aanbestedingsregels dicht nadert.[14]

Langemeijer gaat vervolgens in op de vraag of RZG als ziekenfonds bij de inkoop van producten als de onderhavige is aan te merken als een bestuursorgaan in de zin van de Awb, en dus onderworpen is aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Langemeijer meent van niet. RZG is geen rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub a Awb. RZG is een 'ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed' in de zin van artikel 1:1 lid 1 sub b Awb en als zodanig slechts een bestuursorgaan indien en voorzover zij handelt in de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid. De inkoop van de onderhavige onderleggers valt daar niet onder. Toepasselijkheid van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht 'via de ingang' van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ligt dus niet in de rede.

Naar Langemeijer meent, heeft het hof echter toch het juiste rechtsoordeel gegeven, zij het dat de motivering daarvan niet correct is. Voor toepassing van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht buiten het toepassingsgebied van de Richtlijnen is naar de mening van Langemeijer plaats wanneer een aanbestedende dienst – of zelfs iedere aanbesteder[15] – er onverplicht voor kiest een opdracht in concurrentie te gunnen. Langemeijer acht het een 'maatschappelijk verantwoorde keuze' in dat geval de civiel- en nationaalrechtelijke normen van de precontractuele redelijkheid en billijkheid als het ware in te vullen met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht. Door te overwegen dat RZG *niet alleen* – en daarmee dus *ook* – gebonden is aan civielrechtelijke normen, heeft het hof ruimte gelaten voor afwijzing van het cassatieberoep van RZG op grond van deze redenering.

Voor het antwoord op de vraag of RZG gehandeld heeft in strijd met het aldus toepasselijke gelijkheidsbeginsel haakt Langemeijer weer aan bij het oordeel van het hof, waar dat aangaf in welke opzichten het gelijkheids- en transparantiebeginsel door RZG niet in acht waren genomen. Die schending heeft afbreuk gedaan aan de waarborg van gelijke kansen voor alle aanbieders in de onderhavige aanbesteding. De uitspraak van het hof kan volgens Langemeijer dan ook in stand gelaten worden.
De Hoge Raad volgt Langemeijers conclusie geheel.

De aanbestedende dienst – bestuursorgaan of niet – die meent vrij te kunnen bepalen hoe hij zijn opdrachten wenst te plaatsen, zolang die opdracht in waarde maar onder de in de Richtlijnen genoemde drempelwaarde blijft of anderszins buiten de werking van de Richtlijn valt, komt dus bedrogen uit. De keuze voor een op een aanbesteding gelijkende procedure waarin in concurrentie wordt gegund, heeft als consequentie dat die procedure in overeenstemming met de algemene beginselen van aanbestedingsrecht ingericht dient te zijn .

Gesteld kan worden dat wie kiest voor het houden van een aanbesteding, daarmee aangeeft een opdracht in concurrentie te willen verstrekken en dus ook gehouden is de aanwezigheid van een eerlijke concurrentie tot op zekere hoogte te waarborgen. Verdedigbaar is dat dit a fortiori geldt voor een aanbestedende dienst in de zin van de Richtlijnen.Van een contractspartij met een zo specifieke positie mogen aanbieders wellicht meer zorgvuldigheid verwachten dan van een particuliere aanbesteder. Of echter de precontractuele redelijkheid en billijkheid een zo onverkorte toepassing van de algemene beginselen van aanbestedingsrecht op de plaatsing van een niet-aanbestedingsplichtige opdracht rechtvaardigen als de Hoge Raad hier aanneemt, valt te betwijfelen. Op die manier wordt bij de aanbesteding van een opdracht de toepasselijkheid aangenomen van normen die ten grondslag liggen aan de Richtlijnen, terwijl diezelfde Richtlijnen de desbetreffende opdracht nu juist bewust buiten hun eigen toepassingsbereik hadden geplaatst. Bijt de Hoge Raad zich met deze redenering in zijn eigen staart? Het wachten is op een uitspraak van het Hof van Justitie van de EG.

Mr. H.C. Leemreize, advocaat Kennedy Van der Laan te Amsterdam

14 W.H. van Boom, 'De aanbestedende overheid', in T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, Contractvrijheid, 1999, p. 313.

15 De vraag of de algemene beginselen van aanbestedingsrecht op grond van deze redenering wellicht zelfs van rechtswege van toepassing zouden kunnen zijn op aanbestedingen door particulieren laat ik hier buiten beschouwing.