

Naar een privaat aanbestedingsrecht?

Feiten

Op 4 april 2003 heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de zaak RZG/Conformed.¹ Het betrof een aanbesteding van medische hulpmiddelen door RZG. De waarde van de aanbesteding was lager dan het toepasselijke drempelbedrag krachtens de Europese aanbestedingsrichtlijnen, zodat in casu de Richtlijn Leveringen c.q. de daarin vervatte voorschriften niet van toepassing waren op deze aanbesteding. RZG – een ziekenfonds – is, zo wordt voorts door de Hoge Raad vastgesteld, in casu bovendien niet gebonden aan de a.b.b.b.

Echter, RZG is gehouden zich te gedragen overeenkomstig de in een precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding betekent dat zij gehouden is (potentiele) aanbieders gelijk te behandelen. De Hoge Raad concludeert vervolgens dat het gelijkheidsbeginsel door RZG diende te worden toegepast op deze aanbesteding. Vervolgens wordt vastgesteld dat dit beginsel in casu was geschonden door RZG doordat: a) niet vooraf was meegedeeld door RZG welke gunningscriteria zouden gelden, en b) RZG evenmin (voldoende) gegevens verstrekt had om een (deugdelijke) offerte te kunnen maken (Conformed was bijvoorbeeld niet meegedeeld hoe lang de overeenkomst zou gaan gelden).

Commentaar

Ogenscheinlijk – maar niets is minder waar – een voor de hand liggende uitspraak: het is de eerste maal dat de Hoge Raad sanctioneert dat ook indien de Europese aanbestedingsrichtlijnen en/of de a.b.b.b. niet van toepassing zijn, een aanbestede – zulks op grond van in de precontractuele fase geldende normen van redelijkheid en billijkheid – gebonden is aan het gelijkheidsbeginsel. Dit brengt klaarblijkelijk tenminste met zich mee dat gegadigden: a) vooraf op de hoogte dienen te worden gesteld van de gunningscriteria, en b) voldoende feitelijke gegevens dienen te worden verstrekt om een deugdelijke offerte te kunnen maken.²

Gegeven het feit dat het gelijkheidsbeginsel in de optiek van de Hoge Raad een uitwerking is van de precontractuele redelijkheid en billijkheid, leidt dit logischerwijs tot de conclusie dat dit beginsel ook van toepassing is op – wat genoemd kan worden – 'private aanbestedingsrelaties'. Of, anders

geformuleerd: iedere aanbestede, ongeacht of het een publieke of private entiteit is, dient in geval van een aanbesteding het gelijkheidsbeginsel (in voornoemde zin) toe te passen. De gedachte dat private aanbestedende partijen een (nagenoeg) ongelimiteerde vrijheid van handelen hebben in hun aanbestedings- of selectieproces lijkt met deze uitspraak dan ook in enige mate ingeperkt. Bovendien zou men op grond van dit arrest kunnen stellen dat de uitspraak niet alleen van toepassing is op aanbestedingen in de strikte zin van het woord – te weten: gevallen waarbij een partij tegen betaling goederen en/of diensten inkoop –, maar evenzeer van toepassing is op vergelijkbare selectiemechanismen, zoals prijsvragen of – om een voorbeeld uit de projectontwikkelingspraktijk te nemen – door overheden georganiseerde biedingsprocedures waarbij ontwikkelaars een grondbieding mogen doen.

Een van de vragen die men uiteraard kan stellen is wanneer sprake is van een 'aangebesteding' (of vergelijkbare procedure)? Het is verdedigbaar dat dat reeds het geval is, indien tenminste twee partijen uitgenodigd worden om een offerte of bieding in te dienen. Een vraag die voorts rijst, is of er nog meer beginselen zijn die als een uitvloeisel van de precontractuele redelijkheid en billijkheid kunnen worden aangemerkt, en zo ja, welke dat dan zijn. Het is denkbaar dat er meer 'beginselen van aanbestedingsrecht' – zoals objectiviteit en transparantie – als zodanig zijn te kwalificeren, maar welke dat precies zijn, zal in de toekomst moeten blijken. Indien voorgaande conclusies juist zijn, heeft dit arrest aanzienlijke consequenties. Immers, dat betekent dat indien een private entiteit (zowel ondernemingen als privé-persoon; min of meer) tegelijkertijd twee of meer offertes voor een dienst of leverantie opvragen, zij gehouden zijn aan het gelijkheidsbeginsel in voornoemde zin. Dat gegeven lijkt zich slecht te verdragen met het aan ons contractenrecht ten grondslag liggende beginsel van partij-autonomie (inhoudend dat een private partij een zeer aanzienlijke mate van vrijheid heeft om te bepalen of hij contracteert, met wie hij contracteert alsmede op welke voorwaarden hij wenst te contracteren). De vraag rijst dan ook of de Hoge Raad mogelijk te ver is doorgeschoten. Of dient wellicht bijzondere betekenis te worden toegekend aan de omstandigheid dat in deze uitspraak de aanbe-

stede een ziekenfonds was, naar haar aard een entiteit, die nauw verbonden is met de overheid en algemeen belang taken? Of is het gegeven dat RZG een aanzienlijke (machts)positie had hier van belang geweest? Uit het arrest blijkt niet (expliciet) dat de Hoge Raad aan deze omstandigheden (doorslaggevend) gewicht heeft toegekend. De toekomst zal het dan ook moeten leren, maar thans zal de praktijk met deze uitspraak rekening hebben te houden.

Verhouding tot Europese richtlijnen en a.b.b.b.

Indien voorgaande gevolgtrekkingen juist zijn, leidt dit in zekere zin tot een 'drielaagse structuur'. Bij aanbestedingen boven de drempelwaarden zullen in de regel de Europese aanbestedingsrichtlijnen toegepast dienen te worden. Indien het om (semi-)overheidsaangebestedingen gaat die buiten het bereik van de richtlijnen vallen, zullen veelal de a.b.b.b. van toepassing zijn. Echter, zoals uit deze uitspraak blijkt, hoeft dat niet noodzakelijkerwijs het geval te zijn nu de a.b.b.b. – kortweg – alleen van toepassing zijn op (semi-)overheden die handelen in hun hoedanigheid van 'overheidsorgaan'. In dat geval geldt vanzelfsprekend nog wel de precontractuele redelijkheid en billijkheid, waaronder men in geval van aanbestedingen (tenminste) het gelijkheidsbeginsel begrijpt.

De 'drielaagse structuur' ziet er dan als volgt uit: a) de open norm van redelijkheid en billijkheid die een juridisch vangnet vormt voor iedere aanbesteding waarop – zie hierna – de punten b en c niet van toepassing zijn; b) de a.b.b.b. die een uitgewerkter rechtskader vormen indien – c – de aanbestedingsrichtlijnen toepassing missen; en c) de Europese aanbestedingsrichtlijnen die gedetailleerde voorschriften bevatten.

Mr. R.D. (Robbert) Lutelijn
Lexecon (www.lexecon.nl)

Noten

1. Zie www.rechtspraak.nl onder Hoge Raad, dan naar Uitspraken.
2. Persoonlijk zou ik menen dat de plicht tot het bekendmaken van gunningscriteria en voldoende feitelijke gegevens als het transparantiebeginsel dient te worden aangemerkt, welk beginsel op zijn beurt ook wel beschouwd wordt als een species van het gelijkheidsbeginsel.