

Schoordijk Instituut
Centrum voor aansprakelijkheidsrecht



Redactie:
W.H. van Boom
C.E.C. Jansen
J.V. Weijnen

Aanbesteding en aansprakelijkheid

Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij
aanbestedingsgeschillen

BJu

Boom Juridische uitgevers

Aanbesteding en aansprakelijkheid

Schoordijk Instituut
Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

Aanbesteding en aansprakelijkheid

**Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij
aanbestedingsgeschillen**

W.H. van Boom
C.E.C. Jansen
J.V. Weijnen (red.)

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2001

© 2001 A.J. Akkermans, W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, L.C. Makkinga, E.R. Manunza, D.C. Orobio de Castro, E.H. Pijnacker Hordijk, W.J. Slagter, D.A.M. van Steensel, A.G.J. van Wassenauer van Catwijck, J.V. Weijnen, Schoordijk Instituut, Centrum voor aansprakelijkheidsrecht.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of op enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90-5454-118-0

Voorwoord

Aanbestedingsgeschillen gaan in de regel over de vraag of een aanbestedder in een concreet geval de regels van het publieke aanbestedingsrecht juist heeft toegepast. Over deze problematiek bestaat weliswaar nog geen absolute duidelijkheid, maar inmiddels kan uit de relevante regelgeving, rechtspraak en literatuur tot op zekere hoogte worden afgeleid wat in het aanbestedingsproces wel en wat niet is toegestaan.

Die duidelijkheid ontbreekt evenwel goeddeels waar het gaat om de privaatrechtelijke gevolgen van overtreding van aanbestedingsregels. Kan een reeds gesloten contract worden teruggedraaid als komt vast te staan dat de aanbesteding onregelmatig was? Kan schadevergoeding worden gevorderd indien de aanbestedder een onjuiste gunningsbeslissing heeft genomen? En zo ja, door wie? Van wie? Op welke grondslag? Wat is de aard en de omvang van die vergoeding? Kunnen gebods- of verbodsacties uitkomst bieden? Welke feitelijke drempels – in de zin van bijvoorbeeld bewijs-, informatie- en geschilbeslechtsingsproblemen – staan in de weg aan een optimale privaatrechtelijke sanctionering van schending van aanbestedingsregels? En hoe kunnen we die drempels wegnemen?

Op geen van deze en aanverwante vragen heeft de rechtswetenschap en rechtspraktijk tot op heden een eenduidig antwoord kunnen geven. Dit gegeven was voor ons de aanleiding om een nadere gedachtewisseling over het thema *Aanbesteding en aansprakelijkheid* uit te lokken. Daarom benaderden wij in september 2000 deskundigen uit wetenschap en praktijk met het verzoek een bijdrage te schrijven over een van de thema's die wij hadden voorgesteld. Het resultaat ligt thans voor u. Wij hopen dat dit boek aan de verdere ontwikkeling van het leerstuk 'aanbestedingsaansprakelijkheid' zal bijdragen. Onze verwachting is dat het laatste woord over aansprakelijkheidsaspecten van aanbestedingen nog lang niet is geschreven; vandaar dat wij van een conclusie hebben afgezien.

Wij zijn de auteurs die we bereid vonden om een bijdrage aan dit boek te leveren zeer erkentelijk. Onze dank gaat ook uit naar onze collega Rogier van Bijnen, die een belangrijke rol speelde bij het camera ready maken van de teksten.

Tilburg, 7 mei 2001

Willem van Boom

Chris Jansen

Line Weijnen

Inhoudsopgave

W.J. SLAGTER

Aanbestedingsaansprakelijkheid: grondslagen en knelpunten **1**

1	Inleiding	1
2	De grondslagen	2
3	De rechtsgevolgen	4
4	De gepasseerde aannemer	6
5	Niet gunnen	10
6	Schadevergoeding	14
7	Conclusie	16

A.J. AKKERMANS EN E.H. PIJNACKER HORDIJK

Schadevergoeding en schadeberekening **19**

1	Inleiding	19
2	In welke situaties komt welke schade voor vergoeding in aanmerking?	19
2.1	Vermogensschade en ander nadeel	19
2.2	Vergoeding van het positief belang	20
2.3	Vergoeding voor het verlies van een kans	21
2.4	Ver verwijderde schadeposten	22
2.5	Vergoeding van het negatief belang	23
2.6	Uitgangspunten	33
2.7	Als gunning nog niet heeft plaatsgevonden	33
2.8	Als gunning reeds heeft plaatsgevonden	34

2.9	Als de gesloten overeenkomst nietig wordt verklaard	36
3	Begroting van de schadevergoeding	38
3.1	Algemene uitgangspunten	38
3.2	Schadebeperking door vervangingsopdrachten	40
3.3	Nadere bespreking van de jurisprudentie	41
3.4	Gederfde netto-winst	42
3.5	Onderdekking van algemene kosten	44
3.6	Onderbezetting materieel	46
3.7	Onderbezetting personeel	48
3.8	Andere schadeposten	49
4	Tot besluit	50

L.C. MAKKINGA EN J.V. WEIJNEN

**Andere vorderingen dan schadevergoeding:
niet alleen geld maakt gelukkig** **51**

1	Inleiding	51
2	De maatschappelijke context van het aanbestedingsrecht en de rechtsbescherming	52
3	De stand van zaken in de Nederlandse rechtspraak wat betreft de alternatieve schadevergoedingsactie	55
3.1	Inleiding	55
3.2	Voor de gunning	55
3.2.1	Verboden en geboden	55
3.2.2	Heraanbesteding	57
3.2.3	Belangenafweging	58
3.2.4	In behandeling nemen inschrijving	59
3.3	Na de gunning	59
3.3.1	Nietigheid of beëindiging van de overeenkomst	60
3.3.2	(Her)aanbesteding	63
3.3.3	Fictief werk	66
4	Conclusie	66

C.E.C. JANSEN

Aanbesteding en offertekostenvergoeding 69

1	Inleiding	69
2	Het containerbegrip 'offertekosten'	71
3	De wenselijkheid van een vergoedingsplicht voor offertekosten	74
3.1	Inleiding	74
3.2	Wie betaalt uiteindelijk de offertekosten?	75
3.3	Wie zou de offertekosten behoren te dragen?	76
3.3.1	Inleiding	76
3.3.2	Economische invalshoek: efficiënte kostenallocatie	77
3.3.3	Juridische invalshoek: vermogensverschuiving	82
3.3.4	De vergoedingsplicht per afzonderlijke offertekosten-component bezien	85
4	Mogelijke rechtsgronden voor de vergoedingsplicht	88
4.1	Inleiding	88
4.2	Precontractuele werking van de redelijkheid en billijkheid	88
4.3	Uitloving	91
4.4	Intermezzo: voorstellen inzake precontractuele verhoudingen	94
4.5	Een op contract gebaseerde vergoedingsplicht	98
5	Samenvatting	102

W.H. VAN BOOM EN D.A.M. VAN STEENSEL

Aansprakelijkheid voor verboden mededingings-beperkende afspraken in een aanbestedingsprocedure 105

1	Inleiding	105
2	Schets van de mededingingsrechtelijke achtergrond	106
2.1	Mededinging en aanbesteding	106
2.2	Het Europese mededingingsrecht	108
2.3	Het Nederlandse mededingingsrecht	109

2.4	Van kartel-nietigheid naar kartel-aansprakelijkheid	110
3	Bewijs van mededingingsbeperking	111
3.1	Vermoedens en aanwijzingen	111
3.2	De NMa als ‘fact finder’?	112
4	Remedies voor de aanbesteder	115
4.1	Ingrijpen in de aanbestedingsprocedure	115
4.2	Ongedaanmaking van de overeenkomst	117
4.3	Schadevergoeding bij onrechtmatige daad	118
5	De positie van de meedingende derde	122
6	Aanbevelingen en suggesties	124

D.C. OROBIO DE CASTRO

**Het recht op informatie bij de afwikkeling van
aanbestedingsgeschillen** **127**

1	Inleiding	127
2	De Government Procurement Agreement	127
3	De Europese aanbestedingsrichtlijnen	129
3.1	De Algemene Richtlijnen	130
3.2	Richtlijn Nutssector	131
3.3	Tekstvoorstel nieuwe richtlijnen	133
3.4	De rechtsbeschermingsrichtlijnen	133
4	Europees recht overig	134
5	Aanbestedingsreglementen	134
6	Wet Openbaarheid van Bestuur	135
7	Aspecten van Rechtsvordering	136
7.1	Artikel 19a Rechtsvordering	136
7.2	Artikel 176 Rechtsvordering (bepalingen van bewijsrecht)	137
7.3	Artikel 843a Rechtsvordering	137
7.4	Artikel 1039 lid 4 Rechtsvordering	138
8	Conclusie	138

A.G.J. VAN WASSENAER VAN CATWIJCK

**Alternatieven voor de afwikkeling van
aanbestedingsgeschillen 141**

1	Inleiding	141
2	Aanbestedingsgeschillen	142
3	Alternatieve geschillenbeslechting	144
4	Concrete ervaringen met ADR bij aanbestedings- geschillen	145
5	Belangen bij aanbestedingsgeschillen	146
6	Welke aanbestedingsgeschillen lenen zich voor ADR (niet zijnde arbitrage)?	148
7	De bestuursrechter of andere autoriteiten als beslechter van aanbestedingsgeschillen?	151

R.G.T. BLEEKER EN E.R. MANUNZA

**De nationale rechter en een aantal problemen bij de
handhaving van het Europees aanbestedingsrecht 155**

1	Inleiding	155
1.1	De te behandelen problemen	155
1.2	Enkele opmerkingen over de Nederlandse situatie	156
2	De nationale rechter en de verkeerde toepassing van het stelsel van de prejudiciële procedure	157
2.1	Het stelsel van de prejudiciële procedure	157
2.2	De Italiaanse rechter en het stelsel van de prejudiciële procedure	160
2.2.1	Ente Fiera I	161
2.2.2	Ente Fiera II	162
2.2.3	Ente Fiera III en IV	163
2.2.4	Siena Parcheggi	164
2.2.5	Lombardia informatica S.p.a.	164
2.3	De Nederlandse Raad van Arbitrage en het stelsel van de prejudiciële procedure	166

3	Verkeerde kwalificatie van de feiten door de nationale rechter	169
3.1	Inleiding	169
3.2	BFI en RI.SAN. Srl	169
3.3	Teckal	174
3.4	Gevolgen onjuiste kwalificatie	176
4	Aantasting van onjuiste gunningsbeslissingen	176
5	De rol van de nationale rechter bij de handhaving van derde pijler-besluiten	179
6	Slot	182

Aanbestedingsaansprakelijkheid: grondslagen en knelpunten

1 Inleiding

Toen de redactie van dit boek mij verzocht om daaraan een bijdrage te leveren op het terrein van de grondslag van de aansprakelijkheid in het aanbestedingsrecht, kon ik het niet nalaten daarbij terug te denken aan mijn proefschrift over de rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad,¹ al is mijn belangstelling later ten dele in een andere richting gegaan. Via het privaatrechtelijke mededingingsrecht (een species van het genus onrechtmatige daad)² kwam ik voor een deel terecht bij het aanbestedingsrecht. Dit moge een rechtvaardiging zijn voor mijn medewerking aan dit boek, hoewel ik mij voor het overige in belangrijke mate beweeg op het terrein van het ondernemingsrecht.

Het aanbestedingsrecht als functioneel rechtsgebied binnen het privaatrecht en het publiek recht moet voor deze en dergelijke vragen een oplossing bieden, zowel qua grondslag als qua uitwerking. Het aanbestedingsrecht beweegt zich:

- tussen publiek- en privaatrecht;
- tussen contract en precontractuele verhoudingen;
- tussen wanprestatie en onrechtmatige daad;
- tussen eenmalig contract en standaardvoorwaarden;
- tussen procedurele regels en materiële regels;
- tussen marginale en integrale toetsing.

Wij houden ons in hoofdzaak bezig met aanbesteding door een overheidslichaam, hetzij de centrale overheid, hetzij lagere overheden maar moeten niet vergeten, dat alle vormen van aanbesteding ook kunnen worden toegepast door een private aanbesteder. Dit maakt het verschil voor de toepasselijkheid van het UAR en het UAR-EG.

* W.J. Slagter is emeritus-hoogleraar privaatrecht en ondernemingsrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en tevens werkzaam als advocaat bij NolstTrenité te Rotterdam.

1 W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Jongbloed & Zn, Den Haag, 1952.

2 W.J. Slagter, *Dient de wet ten aanzien van ongeoorloofde mededinging nadere bijzondere regelen te bevatten, en zo ja welke?*, Preadvies NJV 1963, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle, 1963.

Beperken wij ons verder tot de overheidsaanbesteder, dan heeft de berusting (als een aannemer niet was uitgenodigd om voor een werk in te schrijven of aan hem een werk niet gegund was) plaats gemaakt voor het besef, dat thans een rechtsweg open staat en dat voor boycot door de overheid minder behoeft te worden gevreesd. Daarbij kan onderscheiden worden of een aannemer wordt gepasseerd, doordat de opdrachtgever het werk in één-op-één-verkeer aan een andere aannemer heeft gegund, het geval dat de aannemer gepasseerd wordt bij een onderhandse aanbesteding en het geval, dat een aannemer gepasseerd wordt bij een openbare aanbesteding na voorafgaande selectie.

2 De grondslagen

Zij die zich plegen te bewegen op het terrein van het privaatrecht, realiseren zich vaak niet dat zij hetzelfde denkprocédé moeten toepassen als de beoefenaren van het internationaal privaatrecht, namelijk de kwalificatie. Indien wij geconfronteerd worden met een rechtsfiguur, moeten wij eerst onderzoeken hoe die rechtsfiguur moet worden gekwalificeerd voordat wij de rechtsgevolgen kunnen vaststellen. Op het terrein van de aanbesteding komen met name drie kwalificaties in aanmerking:

- contract;
- precontractuele verhouding;
- onrechtmatige daad.

Van een contractuele grondslag is uiteraard sprake wanneer na de aanbesteding een aannemingscontract tot stand komt. Dat valt echter buiten de grondslagen van het aanbestedingsrecht, van de periode dus, die aan het aannemingscontract vooraf gaat. Men kan echter stellen, dat er tussen de aanbesteder en de inschrijvers een voorbereidende hulpovereenkomst wordt gesloten, waarin de inschrijvers zich onder meer verbinden om een offerte in te dienen conform bestek en tekeningen en wellicht met een alternatieve prijsaanbieding te komen (een variant) en waarin de aanbesteder daarvoor faciliteiten ter beschikking stelt (nadere inlichtingen, eventueel een calculatievergoeding). Op die voorbereidende hulpovereenkomst kan het UAR toepasselijk zijn, dan te beschouwen als algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 BW en volgende. Vervolgens rijst de vraag: betreft het hier een meer-partijen-contract of sluit de aanbesteder met iedere inschrijver een afzonderlijk contract? Daarbij sluit aan een andere vraag: ontstaan er door die voorbereidende hulpovereenkomst niet alleen rechten en verplichtingen tussen enerzijds de aanbesteder en anderzijds de inschrijvers, maar ontstaan er ook contractuele relaties tussen de gegadigden onderling? Indien men die vraag in

laatstgenoemde zin beantwoordt, zou daaraan het praktische voordeel zijn verbonden, dat er voor een vordering van de ene inschrijver jegens een andere inschrijver (aan wie bijvoorbeeld, naar de ene meent, het werk ten onrechte is gegund) een contractuele basis zou zijn, bij gebreke waarvan men op een onrechtmatige daad zou zijn aangewezen.

Van een meer-partijen-contract kan ten deze niet worden gesproken. Dit is aanstonds duidelijk bij een openbare aanbesteding, waarbij de inschrijvers niet van elkaar weten, wie er verder aan de aanbesteding zullen deelnemen. Maar ook bij een openbare aanbesteding met voorafgaande selectie komt de constructie van een meer-partijen-contract gekunsteld voor. De inschrijvers beogen ook niet met elkaar te contracteren en indien zij dat al zouden doen, dan zou van nietigheid sprake kunnen zijn op grond van de uitspraak van HvJ EG in de *SPO-zaak*.³ Er blijft dus over als mogelijkheid, dat de aanbesteder gelijke contracten sluit met iedere afzonderlijke inschrijver. Van den Berg⁴ biedt voor dat geval de oplossing, dat in iedere voorbereidende hulpovereenkomst geacht moet worden een derdenbeding te zijn opgenomen. Ik meen deze vernuftige oplossing op drie gronden te moeten betwisten. In de eerste plaats: het is zuivere fictie. In werkelijkheid bedingt geen enkele inschrijver een prestatie ten gunste van zijn concurrerende inschrijvers. In de tweede plaats, indien er al sprake zou zijn van een derdenbeding, dan nog zouden de andere inschrijvers daaraan alleen rechten kunnen ontlenen, indien zij dat derdenbeding zouden aanvaarden. Van zo'n aanvaarding is echter nimmer sprake. In de derde plaats biedt een derdenbeding blijkens artikel 6:253-254 BW alleen gelegenheid voor het toekennen van rechten aan derden, maar niet voor het – na aanvaarding – opleggen van verplichtingen aan derden (bijvoorbeeld een verplichting jegens de andere inschrijvers om niet in strijd met de waarheid aan de aanbesteder te berichten, dat de inschrijver aan de gestelde kwalificaties voldoet). Hoezeer het derhalve aantrekkelijk zou zijn om een contractuele basis te construeren voor wederzijdse rechten en verplichtingen tussen de inschrijvers onderling, te vrezen valt, dat deze hulpconstructie voor een hulpovereenkomst faalt en dat de verhoudingen tussen inschrijvers onderling van niet-contractuele aard zijn en aanspraken slechts gebaseerd kunnen worden op een onrechtmatige daad.⁵

Van een precontractuele verhouding is sprake indien partijen met elkaar in onderhandeling zijn met het oog op een eventueel te sluiten overeenkomst. Ook wanneer uiteindelijk geen contract tot stand komt, blijft er sprake van een

3 HvJ EG 25 maart 1996, zaak C-137/95 P, BR 1996, p. 689, waaromtrent W.J. Slagter, *Aanbestedings- en mededingingsrecht in de bouw, stand van zaken*, BR 1997, p. 186 en E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, tweede druk, SDU, Den Haag 1999, p. 449-452.

4 M.A.M.C. van den Berg, *Een faire kans*, inaugurele rede Leiden, Kluwer, Deventer 1991, p. 28.

5 Reeds eerder oefende ik kritiek uit op de constructie van het derdenbeding: W.J. Slagter, BR 1987, p. 108. Zie voorts omtrent deze constructie M.A.M.C. van den Berg, a.w. (noot 4), p. 28 noot 91.

precontractuele verhouding die door de redelijkheid en billijkheid wordt geregeerd.⁶ In een aanbestedingsprocedure met bijvoorbeeld tien gegadigden kan men nog niet spreken van een precontractuele verhouding. Wanneer dan ook de aanbesteder het werk gunt aan één van de tien inschrijvers, kunnen de andere inschrijvers geen schadevergoeding vorderen wegens ontijdig afgebroken onderhandelingen.⁷ Daarvan zou pas sprake kunnen zijn, indien de aanbesteder na de inschrijving nog niet tot gunning overgaat maar met de laagste inschrijver in onderhandeling treedt. Zelfs dan zal de aanbesteder vaak bevoegd moeten worden geacht om die onderhandelingen af te breken zonder tot enige schadevergoeding verschuldigd te zijn.⁸ Een en ander brengt mede, dat, indien men zoekt naar een grondslag voor vorderingen tot een gebod of verbod of tot schadevergoeding vaak eerder de onrechtmatige daad aan de orde komt dan de precontractuele verhouding.

3 De rechtsgevolgen

De kwalificatie is nodig om vast te stellen welke rechtsgevolgen aan de onderzochte rechtsfiguur dienen te worden verbonden. Die rechtsgevolgen zullen met name sancties zijn. Men kan hierbij aan vier soorten sancties denken:

- vernietiging van een rechtshandeling;
- een gebod of verbod;
- schadevergoeding;
- een verklaring voor recht.

De Hoge Raad heeft in het reeds genoemde arrest *Uneto/De Vliert*⁹ beslist, dat overtreding van Europese aanbestedingsregels geen aanleiding geeft tot een vordering tot vernietiging of inroepen van nietigheid.¹⁰ Hetzelfde geldt dan voor overtreding van Nederlandse mededingingsregels. Men kan zich over deze beslissing aanvankelijk verbazen. Artikel 3:40 lid 2 BW bepaalt dat een rechtshandeling in strijd met een bepaling van dwingend recht leidt tot nietigheid of

6 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp).

7 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg).

8 HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (Combinatie/Staat).

9 HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305, Ondernemingsrecht 1999, 4, p. 111-114, nt. W.J. Slagter, *Tender Nieuwsbrief* april 1999, p. 6-7, nt. L.J.W. Sueters, BR 1999, p. 985-990, nt. A.G.J. van Wassenaeer van Catwijk.

10 Zie omtrent de rechtsbescherming bij aanbestedingsprocedures in het algemeen M.J.J.M. Essers, *De GPA: een complicerende factor bij overheidsaanbestedingen*, Gemeentestem 1997 (7062), p. 570-575; H.P.M. Braams, *Acties en sancties bij inbreuken op de Europese Mededingingsrichtlijnen*, BR 1996, p. 972-986; de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht van 11 juni 1998, *Tender Nieuwsbrief* augustus 1998, p. 4-6; vraag van Koenders (lid Tweede Kamer) over naleving van Europese regels voor overheidsopdrachten, *Kamerstukken II*, 1997/98, 21.501-01, nr 111, NJB 1998, p. 1092.

vernietigbaarheid. Op die hoofdregel wordt echter een uitzondering gemaakt in lid 3: het voorgaande geldt niet indien de overtreden wettelijke bepaling niet de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten. De Hoge Raad meent, dat die uitzondering ten deze aanwezig is, omdat noch de Europese Richtlijn Rechtsbescherming noch de Europese Richtlijn Werken overtreding met nietigheid treft. Sterk vind ik die motivering niet. Indien een wettelijke regeling omtrent de sanctie bij overtreding niets bepaalt, blijft mijns inziens de hoofdregel van artikel 3:40 BW gelden. Een wettelijke regeling behoeft niets te bepalen omtrent nietigheid. Omgekeerd, indien een regelgever geen nietigheid wenst, dient bepaald te worden, dat bijvoorbeeld de sanctie uitsluitend gelegen kan zijn in een verplichting tot schadevergoeding. Wij bevinden ons hier weer duidelijk op het grensterrein tussen privaats- en publiekrecht. De publiekrechtelijk georiënteerde regelgever heeft niet stilgestaan bij privaatrechtelijke sancties. Kennelijk liever boetes met handhaving van de verboden aanbesteding dan dat de grondslag om een boete op te leggen zou verdwijnen bij nietigheid van de rechtshandeling. Het zou mij niet verbazen indien het HvJ EG bij strijd met het Europese mededingingsrecht tot nietigheid zou concluderen, anders dan de Hoge Raad inzake *Uneto/De Vliert*. Overigens moeten wij beseffen, dat dankzij de uitzondering van lid 3 – die een codificatie is van hetgeen onder oud BW reeds gold blijkens het arrest *Flora/Van der Kamp*¹¹ – destijds het opzetcontract van nietigheid gesauveerd is.¹²

Al moge het dan zo zijn, dat overtreding van aanbestedingsregels niet leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid, dat laat onverlet dat rechtshandelingen ook op andere gronden vernietigbaar kunnen zijn, zoals op grond van een wilsgebrek of wegens de Pauliana.

In de tweede plaats komt als sanctie aan de orde een gebod of een verbod (artikel 3:296 lid 1 BW). Een verzoek tot een gebod aan de aanbesteder om het werk aan de verzoeker te gunnen, dient in het algemeen te worden afgewezen, tenzij omtrent de ‘gerechtigdheid’ nauwelijks twijfel mogelijk is. Die twijfel zal er dus bijvoorbeeld wel bestaan, indien de op één na laagste inschrijver stelt dat de aanbieder van de laagste inschrijver dient te worden gepasseerd, omdat deze niet aan alle kwalificaties voldoet.

Of een verbod kan worden uitgevaardigd, hangt van de omstandigheden af. Indien de aanbesteder nog niet tot gunning is overgegaan maar te kennen heeft gegeven zulks te gaan doen, kan nog in kort geding voor de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven een verbod worden gevorderd. Indien de gunning echter reeds heeft plaatsgevonden, dient een nader onderscheid te worden gemaakt; indien de wederpartij (de andere aannemer) in het vertrouwen op de reeds gesloten

¹¹ HR 11 mei 1951, NJ 1952, 127.

¹² HR 22 november 1918, NJ 1919, p. 42; anders HR 8 juni 1923, NJ 1923, p. 1031.

overeenkomst (of verrichte rechtshandeling, zoals het opzeggen door de werknemer van een arbeidsovereenkomst) reeds handelingen heeft verricht, die niet meer kunnen worden teruggedraaid (zoals de aanstelling van een ander in de door de opzegging ontstane vacature), dan wordt het *fait accompli*¹³ gerespecteerd, zodat dan een ongedaan maken van de gunning niet meer mogelijk is (tenzij de schade door een schadevergoeding kan worden afgekocht).

Veel eerder aanvaardbaar is een gebod tot een heraanbesteding, waarbij alle gegadigden uit de eerste aanbesteding opnieuw worden uitgenodigd om in te schrijven op een al dan niet gewijzigd bestek.

Ongeacht de kwalificatie maar meestal toch gebaseerd op een onrechtmatige daad, is een vordering tot schadevergoeding toewijsbaar. De zeer onbevredigende afloop van de procedure *Uneto/De Vliert* zou mijns inziens zijn voorkomen, indien men er mee had volstaan om schadevergoeding te vorderen of een verklaring voor recht, dat de aanbesteder in strijd had gehandeld met Nederlandse en Europese aanbestedingsregels. Dat van dit laatste sprake was, was eigenlijk onbetwistbaar bijvoorbeeld wegens de dubieuze rol van Gibros B.V. daarbij en wegens het feit, dat de aannemer, aan wie gegund was, niet aan de kwalificaties voldeed en dat de inschrijvingseisen na de inschrijving waren gewijzigd.

4 De gepasseerde aannemer

In drie stadia kan een gepasseerde aannemer een vordering in kort geding bij de Raad van Arbitrage instellen: er kan worden gevorderd een gebod aan de aanbesteder om ook de eisende aannemer uit te nodigen tot inschrijving. Hij kan vorderen een verbod tot gunning aan een bepaalde andere aannemer en hij kan een vordering instellen niet alleen tegen de aanbesteder maar ook tegen de aannemer, aan wie het werk (ten onrechte) gegund is, waarbij gevorderd wordt een verbod om na gunning met het werk te starten. Indien de aannemer, aan wie het werk gegund is, weet of moet weten, dat de gunning aan hem betwist wordt, maar de aannemer er op gokt, dat deze betwisting ongegrond zal worden bevonden, kan hij voor eigen risico reeds met de uitvoering van het werk beginnen. Wordt echter de betwisting toch gegrond bevonden, dan moet die aannemer van het werk afgehaald worden en kan de aldus benadeelde aannemer tegen de aannemer, aan wie uiteindelijk het werk rechtsgeldig gegund wordt, slechts een vordering uit

13 RvA 1 maart 1996, No. 18.581, BR 1996, p. 762. Anders dan de titel zou doen vermoeden, heeft het proefschrift van mevr. mr. B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss Tilburg, Kluwer, Deventer 1991, niet betrekking op het voldongen feit als grondslag om aan een bepaalde rechtshandeling niet bepaalde rechtsgevolgen te verbinden, maar op het vertrouwen op een *fait accompli* als grondslag voor het ontstaan van een verbintenis.

ongegronde vermogensverrijking instellen.¹⁴ Ik ben geneigd hierin wat royaler te zijn dan in de rechtspraak soms geschiedt. Indien de ‘afgedankte’ aannemer reeds werkzaamheden heeft verricht, waarop de nieuw ingeschakelde aannemer kan voortbouwen, zodat deze zich kosten kan besparen, is het mijns inziens redelijk dat de nieuwe aannemer aan de oude aannemer een vergoeding betaalt tot het bedrag van de besparing voor de nieuwe aannemer. Aan de eis, dat de nieuwe aannemer ongerechtvaardigd verrijkt is ten koste van de oude aannemer, zal mijns inziens steeds zijn voldaan.¹⁵ Er kunnen derhalve drie gevallen worden onderscheiden:

In kort geding verbod tot uitvoering toewijsbaar:

- (1) De aannemer aan wie betwistbaar is gegund, heeft in vertrouwen op de gunning nog niets gedaan.
- (2) De aannemer, aan wie het werk betwistbaar is gegund, is met de uitvoering begonnen hoewel hij bekend was met de betwisting.

In kort geding geen verbod tot uitvoering toewijsbaar:

- (3) De aannemer, aan wie het werk betwistbaar is gegund, is met het werk begonnen:
 - (a) en wist noch behoefde te weten van de betwisting;
 - (b) had goede reden de betwisting ongegrond te achten.

Past men het voorgaande toe op de casus van *Uneto/De Vliert*, en wordt bewezen dat de aannemer, aan wie het werk wordt gegund, niet aan de inschrijvingseisen voldeed, dan kan dus zowel tegen de aanbesteder als tegen die aannemer, aan wie gegund is, een vordering worden ingesteld tot schadevergoeding, en, indien zulks tijdig geschiedt, ook in kort geding een verbod tot uitvoering. De van die andere aannemer te vorderen schadevergoeding kan ook bestaan uit een winstafdracht (artikel 6:104 BW).

Het Hof van Justitie EG heeft in zijn uitspraak van 28 oktober 1999¹⁶ de Conclusie van A-G Jean Mischo gevolgd: er moet een zekere minimumtermijn in acht worden genomen tussen het moment van de gunning en dat van het sluiten van de overeenkomst met de aannemer, waarbinnen tegen de gunningsbeslissing beroep moet kunnen worden ingesteld. Deze uitspraak zal ingrijpende gevolgen

14 Art. 6:212 BW; HR 18 april 1969, NJ 1969, 336: een aannemer was, vertrouwend op een gunning, die uiteindelijk niet kwam, reeds met de werkzaamheden begonnen. Hij kreeg de besparing voor de aannemer, aan wie wel werd gegund, niet vergoed.

15 Asser-Hartkamp III (1998) nr. 349-367.

16 HvJ EG 28 oktober 1999, NJ 2000, 528 (Alcatel); Tender Nieuwsbrief november 1999, p. 2-3, nt. M.O. Meulenbelt, december 1999, p. 2-3 en januari 2000, p. 2-3; E.H. Pijnacker Hordijk, *Arrest Alcatel Austria: Hof van Justitie EG velt impliciet vernietigend oordeel over het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken*, BR 1999, p. 1024-1025.

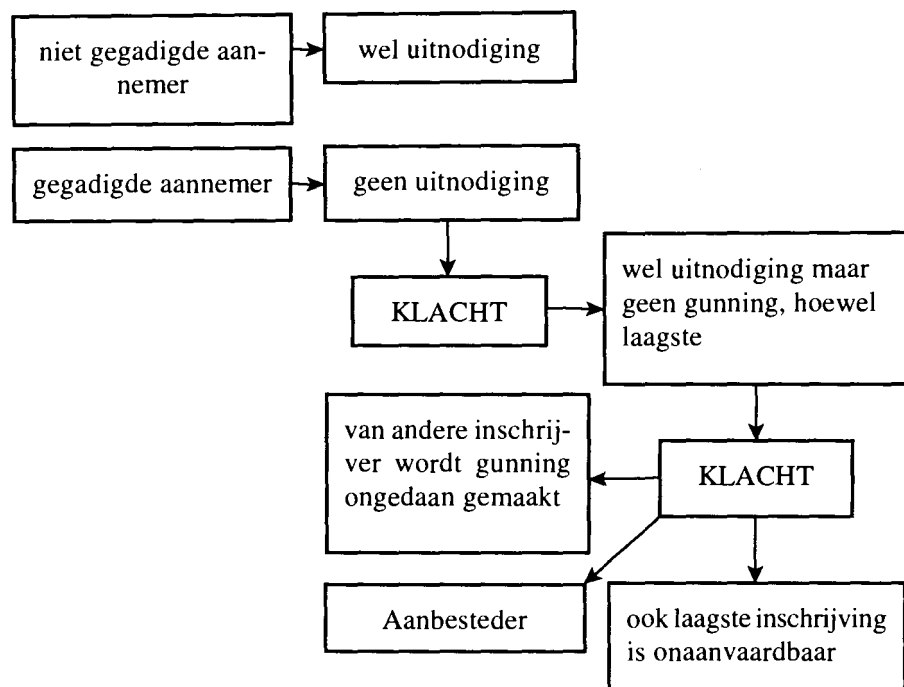
hebben voor de rechtsbescherming van gepasseerde aannemers, leveranciers en dienstverleners in Nederland. Tot dusverre wordt in Nederland in het algemeen aanvaard, dat in beginsel met het gunnen aan de winnende inschrijver naar Nederlands recht een overeenkomst tot stand komt. Na het arrest van HvJ EG inzake *Alcatel Austria* – waaromtrent Pijnacker Hordijk in de titel van zijn bijdrage aan het tijdschrift *Bouwrecht* schrijft, dat dit arrest impliciet een vernietigend oordeel uitspreekt over het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken¹⁷ – zijn er derhalve thans twee mogelijkheden bij gekomen:

1. de aanbesteder heeft geen termijn in acht genomen tussen het moment van de gunning en het sluiten van de aannemingsovereenkomst; die aannemings-overeenkomst is dan aantastbaar (als het HvJEG anders dan de Hoge Raad inzake *Uneto/De Vliert* hier wel tot nietigheid besluit);
2. de aanbesteder heeft wel een termijn in acht genomen en binnen die termijn kan (met schorsende werking) de gepasseerde aannemer aan de rechter of arbiter een verbod vragen om de aannemingsovereenkomst te sluiten en een gebod om tot een nieuwe gunning over te gaan.

De uitspraak in de *Alcatel*-zaak leidt er privaatrechtelijk toe te aanvaarden, er van uit te gaan, dat niet langer kan worden gesteld, dat de inschrijving beschouwd moet worden als een bindend aanbod van de aannemer, terwijl de gunning beschouwd moet worden als een acceptatie van dat aanbod, zodat daarmee een perfecte aanneemovereenkomst tot stand komt (artikel 6:217 BW). Wij kunnen evenmin stellen, dat de inschrijving slechts zou kunnen worden beschouwd als een uitnodiging aan de aanbesteder om een aanbod te doen, zodat pas door de aanvaarding van de gunning een overeenkomst tot stand zou komen. Juister lijkt het mij om aan het *Alcatel*-arrest recht te doen, door er van uit te gaan, dat door de gunning een contract tot stand komt onder een opschortende termijn en een opschortende voorwaarde, namelijk dat gedurende die termijn geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid van beroep.

Het *Alcatel*-arrest brengt ook mede, dat paragraaf 7 lid 1 UAV 1989 moet worden gewijzigd, thans luidende: 'Als datum van aanvang zal worden aangemerkt de vijfde werkdag waarop de aannemer het werk is opgedragen.' Daarbij ga ik ervan uit, dat gunning gelijk staat met het opdragen van het werk, en dat de in de *Alcatel*-uitspraak bevolen periode om gelegenheid te geven beroep in te stellen, langer is dan vijf dagen. Hoe lang die periode dan wel moet zijn, is nog niet duidelijk. Aan paragraaf 7 lid 2 UAV 1989 zou moeten worden toegevoegd: 'op eigen risico' (reeds eerder met het werk beginnen). Een en ander kan als volgt schematisch worden weergegeven:

17 Zie de vorige noot.

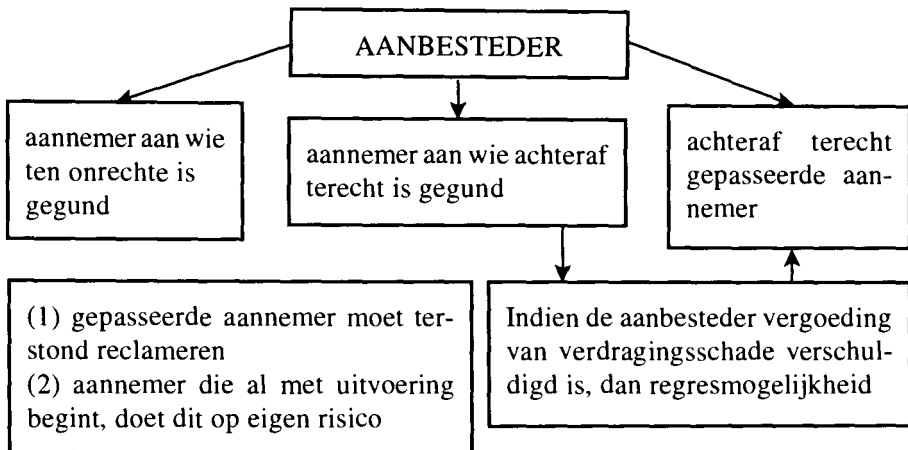


Indien het beroep wordt afgewezen, blijft de aannemer, aan wie het werk gegund was – om een verouderde term te gebruiken – ‘rechthebbende.’ Die aannemer zal door het vruchteloos beroep vertragingsschade hebben geleden. Indien de aannemer de aanbesteder voor deze schade aansprakelijk stelt (paragraaf 26 lid 7 UAV 1989), kan deze weer regres nemen op de aannemer die, naar achteraf blijkt, terecht is gepasseerd.¹⁸

Uit het voorgaande blijkt, dat wij nu trapsgewijze een overzicht kunnen geven van de versterking van de rechtspositie van de gepasseerde aannemer, vergeleken met vroeger, toen hij slechts van gunsten, welwillendheid en netwerken afhankelijk was. In feite is de aannemer van een achtergestelde in een zelfs bevoorrechte positie terecht gekomen. Nergens anders in het privaatrecht kennen wij de mogelijkheid, dat een afgewezen minnaar zich kan beklagen over het niet sluiten of het niet verlengen van een contract.¹⁹ Ook de bekende rechtspraak over een schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen is hier niet toepasselijk, omdat na een inschrijving bij geen enkele inschrijver (behalve bij de laagste) de redelijke verwachting kan bestaan, dat enige overeenkomst zal worden gesloten. In het volgende schema heb ik hieraan een nieuw element toegevoegd: ook de prijsaanbieding van de laagste inschrijver is voor de aanbesteder onaanvaardbaar.

18 Art. 6:102 BW; Asser-Hartkamp I (2000) nr. 460-463.

19 HR 26 februari 1993, NJ 1993, 289 (McDonald/Antilliaanse ex franchisee).



5 Niet gunnen

Dat het werk niet gegund wordt aan de laagste inschrijver, kan voortvloeien uit verscheidene oorzaken:

- de laagste inschrijver voldeed niet aan de kwalificaties;
- diens inschrijving voldeed niet aan de formele eisen;
- er is sprake van een niet passende inschrijving;
- er is sprake van een onaanvaardbare inschrijving;
- een andere inschrijving was economisch voordeliger.

Indien niet wordt gegund aan de laagste inschrijver zijn twee rechtsvorderingen denkbaar:

1. een gebod aan de aanbesteder om aan de laagste inschrijver te gunnen (al ligt die inschrijving boven de interne begroting van de aanbesteder);
2. een verbod om aan een andere gegadigde te gunnen.

Het eerste gebod is in het algemeen niet toewijsbaar. Het tweede verbod is mijns inziens slechts toewijsbaar, zolang de derde nog geen uitvoeringsmaatregelen heeft getroffen, die niet meer kunnen worden teruggedraaid. Er moeten mijns inziens dan twee schadevergoedingsclaims tegen elkaar worden afgewogen: enerzijds een vergoeding van de schade door de tevergeefs reeds verrichte uitvoeringsmaatregelen en anderzijds een vordering tot schadevergoeding van de winstderving. In ieder geval komt uit de rechtspraak wel naar voren, dat een aanbesteder, die geconfronteerd wordt met een laagste inschrijving, die nog boven zijn begroting ligt, wel

geheel van gunning mag afzien maar niet bevoegd is zonder meer in een één-op-één-verkeer met een andere aannemer in zee te gaan.

Wanneer niet aan de laagste inschrijver wordt gegund, zijn er vervolgens drie mogelijkheden:

1. die inschrijver voldoet niet aan de eisen;
2. die inschrijver voldoet wel aan de eisen;
3. aan die laagste inschrijver wordt ten onrechte niet gegund.

In het eerste geval (voldoet niet aan de eisen) zijn er verschillende mogelijkheden (artikel 7 UAR-EG):

- die inschrijver kan niet aantonen in het verleden in dit soort werk de vereiste omzet te hebben gehaald;
- die inschrijver mist voldoende ervaring en deskundigheid;
- die inschrijver kan onvoldoende referentiewerken opgeven;
- die inschrijver heeft onvoldoende financiële draagkracht;
- die inschrijver is onvoldoende integer (bij een preventieve screening zou hij reeds aanstonds zijn afgefallen en geen uitnodiging hebben ontvangen).

De tweede categorie omvat de gevallen, waarin de laagste inschrijver wel aan alle eisen voldoet maar niettemin terecht gepasseerd wordt, omdat een andere hogere inschrijver economisch de meest voordelige aanbieding doet, of een aantrekkelijke alternatieve aanbieding doet. Het belangrijkste geval betreft echter het feit, dat de laagste inschrijving nog ligt boven de interne begroting van de aanbesteder.

Doen die uitzonderingen zich niet voor, dan blijft over de derde categorie van de gevallen, waarin ten onrechte aan de laagste inschrijver het werk niet is gegund, hoewel hij de laagste inschrijver is, niet of nauwelijks de interne begroting van de aanbesteder overschrijdt, voldoet aan alle eisen, terwijl de andere inschrijvers geen hogere aanspraken geldend kunnen maken.

Deze problematiek spitst zich toe tot het geval, dat de aanbesteder van gunning afziet, omdat er zijns inziens geen sprake is van een aanvaardbare of van een passende aanbieding. Uitgangspunt was, dat een aanbesteder niet verplicht is het werk op te dragen, doch thans geldt de regel, dat de aanbesteder verplicht is het werk aan een inschrijver te gunnen, tenzij hij goede gronden heeft zulks niet te doen (artikel 31 lid 1 UAR EG; artikel 24 lid 9 UAR 2001). Of dit laatste het geval is, zal de aanbesteder moeten bewijzen. Daartoe kan hij bijvoorbeeld onder overlegging van zijn interne begroting en/of van het hem ter beschikking gestelde budget aantonen, dat zelfs de laagste inschrijving voor hem financieel onhaalbaar is. Dit spreekt eigenlijk vanzelf. Afgezien van de Mededingingswet bestaat er geen contracteerplicht in Nederland en van de aanbesteder kan niet gevergd worden,

dat hij meer geld betaalt, dan hij beschikbaar heeft of stelt. Van de Meent²⁰ trekt deze vrijheid van de aanbestedder in twijfel: die mogelijkheid van terugtrekken – nu niet van de aannemer maar van de aanbestedder – zou oneigenlijk gebruik van de Richtlijnen in de hand kunnen werken, dat aldus onbestraft zou blijven. Mijns inziens levert noch dit argument noch een beroep op redelijkheid en billijkheid in precontractuele verhoudingen een argument op om inbreuk te maken op de contractueervrijheid.

Indien de aanbestedder van gunning afziet, omdat er zijns inziens geen sprake is van een aanvaardbare of passende aanbieding, zijn er weer drie mogelijkheden:

1. in een geschil hierover toont de aanbestedder zijn interne begroting niet;
2. in dit geschil toont de aanbestedder zijn interne begroting maar deze blijkt onjuist te zijn en daarom te laag;
3. de aanbestedder toont zijn interne begroting en deze blijkt juist te zijn, dus de prijs van de laagste inschrijver was te hoog.

Er bestaat in het Nederlandse burgerlijk procesrecht geen algemene exhibitieplicht,²¹ maar in feite wordt de aanbestedder genoopt zijn interne begroting over te leggen op straffe van het verliezen van de procedure voor de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven.

In het eerste geval (de aanbestedder weigert zijn interne begroting over te leggen) kan de aanbestedder niet het bewijs leveren, dat de laagste inschrijving niet passend was, zodat de klacht van de laagste inschrijver wordt toegewezen. Hetzelfde is het geval, indien de aanbestedder wel zijn interne begroting overlegt maar deze blijkt onjuist te zijn. In het derde geval (de aanbestedder toont zijn interne begroting en deze blijkt juist te zijn) heeft de aanbestedder geen plicht tot gunning, zodat dan de klacht van de laagste inschrijver wordt afgewezen. Er zijn dan weer drie mogelijkheden:

In de eerste plaats: wijziging van de begroting. In het tweede geval dient de aanbestedder het bestek te wijzigen, bijvoorbeeld door een versobering aan te brengen. In alle drie gevallen ligt het voor de hand over te gaan tot een heraanbesteding, waarbij in ieder geval ook de laagste inschrijver uit de vorige aanbesteding wordt uitgenodigd. De EG Richtlijn Werken maakt in artikel 7 een onderscheid tussen het geval, dat de laagste inschrijving onaanvaardbaar is en het geval, dat deze niet passend is. Anders dan het woordgebruik zou doen vermoeden, is een een niet-passende inschrijving een ernstiger inbreuk op de aanbestedingsprocedure dan een inschrijving, die voor de aanbestedder niet aanvaardbaar is. Van een

20 G.W.A. van de Meent, *Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context*, diss. Rotterdam, Kluwer, Deventer 1995, p. 158-159.

21 Zie de literatuur en rechtspraak, vermeld bij model IV.39 in de uitgave *Modellen voor de Rechtspraktijk* (bewijsbeslag ex art. 843 a Rv).

onaanvaardbare inschrijving is sprake, indien het slechts gaat om een prijsverschil. Bij een niet-passende inschrijving gaat het om gevallen, waarbij geen inschrijvingen voorliggen dan wel daaraan vrijwel gelijk te stellen situaties.

Het onderscheid tussen een onaanvaardbare inschrijving en een niet-passende inschrijving is met name van belang voor het antwoord op de vraag, of artikel 7 lid 2 of artikel 7 lid 3 EG Richtlijn Werken dient te worden toegepast. Daarom is onlangs een interessante uitspraak gedaan door de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland. Het gaat om de zaak *ULC Verwarming b.v./gemeente Rotterdam*.²² De gemeente vond de inschrijving van de laagste inschrijver niet passend en heeft vervolgens het werk in een één-op-één-onderhandeling en gunning aan een ander opgedragen. De laagste inschrijver achtte deze handelswijze onjuist. Tussen de directiebegroting (NLG 1.508.637,01) en de inschrijvingsbegroting (NLG 1.852.082,95) zat een verschil van niet minder dan 23%. In het geschil heeft de gemeente haar interne begroting overgelegd. Daarbij bleek, dat enerzijds de directiebegroting te laag was en dat anderzijds de laagste inschrijving NLG 94.823,45 te hoog lag.

Het geschil spitte zich toe tot de vraag, of het de gemeente vrij stond om na de niet-gunning de niet-competitieve onderhandelingsprocedure van artikel 7 lid 3 EG Richtlijn Werken te volgen, terwijl de inschrijver het standpunt innam, dat er slechts sprake was van een niet-aanvaardbare inschrijving, zodat de competitieve aanbestedingsprocedure van artikel 7 lid 2 van die Richtlijn diende te worden toegepast. De gemeente had inmiddels het werk onderhands gegund voor NLG 1.547.306,87. De Raad van Arbitrage stelde de gepasseerde laagste inschrijver in het gelijk en gaf een verklaring voor recht, dat de gemeente jegens hem onrechtmatig had gehandeld. Er was hier slechts sprake van een onaanvaardbare inschrijving, dus boven de interne begroting, zodat de competitieve aanbestedingsprocedure van artikel 7 lid 2 EG Richtlijn Werken had moeten worden gevolgd. De Raad van Arbitrage maakt mijns inziens niet duidelijk, wanneer er volgens de Raad sprake is van een niet-passende inschrijving. Ik ben voorlopig geneigd een niet-passende inschrijving aanwezig te achten, indien een inschrijver een prijsaanbieding doet, hoewel deze door de aanbesteder is geweerd (voor enige tijd), omdat hij zich bij de uitvoering van eerdere opdrachten van dezelfde aanbesteder had schuldig gemaakt aan malversaties.²³ De beslissing is in belangrijke mate gebaseerd op de recente handleiding: 'Voorschriften van de Gemeenschap inzake Overheidsopdrachten voor de Uitvoering van Werken,' te beschouwen als een inofficiële standpuntbepaling van de Europese Commissie. Uit de motivering citeer ik nog één overweging: 'Het is immers niet aan inschrijfster om aan te tonen

22 RvA 28 december 2000, No. 22.767, nog niet gepubliceerd.

23 Ten onrechte besliste RvA 1 maart 1996, No. 18.552, BR 1996, p. 760-762, dat het de aanbesteder niet zou vrijstaan om op die grond een inschrijver niet tot de inschrijving toe te laten.

of en in hoeverre begrotingen van anderen niet deugen, doch aan de gemeente om aan te tonen dat de begroting van de inschrijver onredelijk is.’

6 **Schadevergoeding**

In deze procedure werd slechts een verklaring voor recht gevorderd. Nu de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven de handelswijze van de gemeente onrechtmatig heeft verklaard, is de volgende stap het vorderen van een schadevergoeding. Ook daarbij kunnen twee gevallen worden onderscheiden:

1. schadevergoeding wordt gevorderd door de aannemer, die hetzij bij de uitnodiging voor de inschrijving gepasseerd is, hetzij bij de gunning is gepasseerd;
2. schadevergoeding wordt gevorderd door de aannemer, aan wie aanvankelijk reeds was gegund, maar welke gunning ongedaan wordt gemaakt.

In het eerste geval is er sprake van een precontractuele verhouding maar de schadevergoedingsplicht is hier niet, zoals men snel geneigd is te denken wanneer men spreekt over precontractuele verhoudingen, gebaseerd op de bekende rechtspraak, begonnen met het *Plas/Valburg*-arrest,²⁴ betreffende aansprakelijkheid voor schade door afgebroken onderhandelingen. Hier is de aansprakelijkheid voor hypothetische schade gebaseerd op het feit, dat de aanbesteder in strijd heeft gehandeld met regels, die ter bescherming van de inschrijver zijn opgesteld.

Ik twijfel over de vraag, of hier de aansprakelijkheid gebaseerd is op strijd met de redelijkheid en billijkheid, die precontractuele verhoudingen beheerst dan wel op een onrechtmatige daad. In het eindresultaat maakt dit geen verschil. Toen ik in de aanvang er van repte dat het aanbestedingsrecht zich mede beweegt op het grensterrein tussen marginale en integrale toetsing, had ik daarbij vooral de onderhavige situatie voor ogen. De rechter dient zich hier mijns inziens niet zo terughoudend op te stellen als bij een marginale toetsing is voorgeschreven maar hij moet evenmin overgaan tot een integrale toetsing, waardoor er geen enkele beoordelingsmarge voor de aanbesteder zou overblijven.

Het tweede geval (de aannemer aan wie het werk aanvankelijk was gegund terwijl daarna de gunning ongedaan wordt gemaakt) kan zich in de volgende gevallen voordoen:

- de gunning wordt in kort geding op vordering van een gepasseerde aannemer vernietigd;

24 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723.

- tussen het moment van de sluiting van de inschrijving en de gunning wordt in kort geding aan de aanbesteder verboden om tot gunning over te gaan;
- aan de aanbesteder wordt geboden tot een heraanbesteding over te gaan.

In al deze gevallen heeft mijns inziens deze aannemer, die de gunning en daardoor het werk uiteindelijk misloopt, geen recht op schadevergoeding, tenzij er sprake zou zijn van een onrechtmatige daad van de aanbesteder.²⁵

Anders ligt de zaak, indien de klacht van de gepasseerde aannemer uiteindelijk wordt afgewezen. In dat geval heeft de aannemer die enige tijd in onzekerheid heeft verkeerd over de vraag of de aan hem verleende gunning in stand zou blijven, wel recht op schadevergoeding. Daarbij kan men zowel denken aan vergoeding van vertragingsschade als aan vergoeding van winstderving. Op dat laatste heeft die aannemer mijns inziens geen aanspraak.

Stelt men zich tenslotte de vraag door wie van de bij de aanbestedingsprocedure betrokken partijen eventueel schadevergoeding verschuldigd is, dan komt men tot het volgende overzicht:

Schadevergoeding verschuldigd door

aanbesteder (verweren)	eigen schuld gepasseerde aannemer screening door aanbesteder gedurende enige tijd uitgesloten geen causaal verband hypothetische schade
aannemer wiens klacht wordt afgewezen	proceskosten vertragingsschade
aannemer op wiens klacht een gunning ongedaan wordt gemaakt	aannemer van wie gunning ongedaan wordt gemaakt: geen schadevergoeding

25 Mijns inziens terecht wordt de mening van Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w. (noot 3), die van oordeel zijn dat een heraanbesteding niet aan de orde komt, bestreden door J.G.J. Janssen, *Een kaleidoscoop van het aanbestedingsrecht*, BR 2000, p. 312-313 (zie ook Janssen, t.a.p., p. 306-307) en door W.G.Ph.E. Wedekind in RMTh. 2000/7, p. 279-280, in hun besprekingen van het in noot 3 aangehaalde boek, en die met een verwijzing naar HvJ EG 16 september 1999, *Metalmeccanica Fracasso SpA*, zaak C-27/98, Jur EG 1999, p. I-5697, stellen, 'dat het door Richtlijn 93/37 stilzwijgend erkende recht van de aanbestedende dienst van de aanbestede opdracht niet te plaatsen of de aanbestedingsprocedure opnieuw te beginnen niet afhankelijk wordt gesteld van de voorwaarde dat er sprake is van gewichtige of uitzonderlijke omstandigheden.'

Daaruit blijkt, dat men moet onderscheiden tussen de aanbestedder, de aannemer wiens klacht wordt afgewezen en de aannemer op wiens klacht een gunning ongedaan wordt gemaakt. Wordt de aanbestedder tot schadevergoeding aangesproken, dan staan hem de volgende verweren ten dienste:

1. er is sprake van eigen schuld van de gepasseerde aannemer:
 - a. de aannemer zou bij een deugdelijke screening reeds eerder uit de boot zijn gevallen;
 - b. de aannemer was door de aanbestedder wegens misdragingen gedurende enige tijd van uitnodigingen uitgesloten;
2. er is geen causaal verband tussen de niet-uitnodiging of de niet-gunning en de door de gepasseerde aannemer gestelde schade;
3. er is slechts sprake van hypothetische, niet van reële schade.

Wordt de aannemer, wiens klacht wordt afgewezen, voor de schade aansprakelijk gesteld, dan kan de schade bestaan uit de proceskosten en uit vertragingsschade. Indien de aannemer, op wiens klacht een gunning ongedaan wordt gemaakt, door de aannemer, van wie de gunning ongedaan wordt gemaakt, tot schadevergoeding wordt aangesproken, heeft die eerste aannemer geen recht op schadevergoeding.

In het voorgaande kwam de vordering tot ongedaanmaking aan de orde. Die vordering kan blijkens artikel 6:25 BW worden ingesteld, indien een opschortende voorwaarde niet in vervulling gaat. Wij zagen reeds, dat voor een implementatie van de *Alcatel*-uitspraak reeds thans moet worden aanvaard, dat er een korte periode moet verstrijken tussen de gunning en het sluiten van de aanneemovereenkomst. Als men naar Nederlands recht de gunning reeds beschouwt als de aanvaarding van een bindend aanbod, zodat reeds op dat moment de aanneemovereenkomst tot stand komt, dan kan zulks geschieden zonder in strijd te handelen met genoemd arrest, door er van uit te gaan, dat die aanneemovereenkomst wordt gesloten onder de opschortende voorwaarde, dat in de door het HvJ EG voorgeschreven periode niet door een gepasseerde aannemer een beroep wordt ingesteld. Daarin past de vordering tot ongedaan making.

7 Conclusie

Het voorgaande kan als volgt worden samengevat:

1. Het aanbestedingsrecht (geen plicht tot gunning) past in het Nederlandse privaatrecht (geen contracteerplicht, tenzij de Mededingingswet toepasselijk is), doch niet ten volle (beklag over het niet sluiten van een contract past wel in het aanbestedingsrecht maar niet in het Nederlandse privaatrecht).

2. Het aanbestedingsprocesrecht kent een ruimere exhibitieplicht dan het Nederlandse burgerlijk procesrecht.
3. Fouten in de aanbestedingsprocedure kunnen worden geredresseerd door een gebod (bijvoorbeeld tot heraanbesteding), een gebod, een verklaring voor recht en een plicht tot schadevergoeding.
4. Nu volgens HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 (*Uneto/De Vliert*) een contract, gesloten in strijd met Europese aanbestedingsregels, niet nietig is, blijven als sancties slechts over een verbod in kort geding (zolang de aannemer, aan wie ten onrechte is gegund, nog geen uitvoeringsmaatregelen heeft genomen, die niet door een schadevergoeding vereffend kunnen worden) en vorderingen tot verklaring voor recht en tot schadevergoeding.
5. Nu volgens het *Alcatel*-arrest van het HvJ EG van 28 oktober 1999, NJ 2000, 528 er een periode moet verstrijken tussen het moment van de gunning en het moment van het sluiten van het aannemingscontract (opdat in de tussenperiode de gepasseerde aannemer desgewenst nog beroep kan instellen), zal naar Nederlands privaatrecht moeten worden aangenomen, dat weliswaar de gunning is te beschouwen als de aanvaarding van een onvoorwaardelijk aanbod (zodat op dat moment blijkens artikel 6:217 BW reeds een perfecte overeenkomst tot stand komt), doch dat strijd met het *Alcatel*-arrest wordt voorkomen, door er van uit te gaan, dat die aanneemovereenkomst wordt gesloten onder een opschortende termijn en een opschortende voorwaarde (dat in de periode van de opschortende termijn door de gepasseerde aannemer geen beroep wordt ingesteld).
6. Indien de opschortende voorwaarde (dat in de tussenperiode door de gepasseerde aannemer geen beroep wordt ingesteld) niet in vervulling gaat (dus de gepasseerde aannemer gaat wel in beroep) en indien dit beroep gegrond wordt geacht, is er over en weer plaats voor een vordering tot ongedaanmaking ex artikel 6:25 BW.
7. Tussen de aanbestedende en de inschrijvers bestaat weliswaar een precontractuele verhouding, maar daarop is niet toepasselijk de rechtspraak betreffende aansprakelijkheid voor schade door afgebroken onderhandelingen (Hoge Raad inzake *Plas/Valburg*). Die geldt slechts voor de laagste inschrijver.
8. Daarnaast kan de laagste doch gepasseerde aannemer zich beklagen over een handelen van de aanbestedende in strijd met regels, die geschreven zijn mede ter bescherming van de belangen van de inschrijvers. Onverschillig, of dan de aansprakelijkheid van de aanbestedende gebaseerd is op onrechtmatige daad dan wel op handelen in strijd met de redelijkheid en billijkheid, die precontractuele verhoudingen beheerst, in ieder geval dient de rechter hier een toetsing toe te passen, meer dan marginaal maar minder dan integraal.

9. De aannemer, die 'voor eigen risico' reeds met de uitvoering van het werk begint, hoewel de gunning nog niet heeft plaatsgevonden of aan betwisting onderworpen is, heeft aanspraak op schadevergoeding jegens de aannemer, aan wie het werk uiteindelijk gegund wordt en die profiteert van de werkzaamheden van de eerste aannemer, wegens ongegronde vermogensverrijking.
10. Indien een klacht tegen een gunning wordt afgewezen, lijdt de aannemer, aan wie het werk, naar achteraf blijkt, terecht gegund is, vertragingsschade, waarvoor de klagende aannemer aansprakelijk kan worden gesteld.

Schadevergoeding en schadeberekening

1 Inleiding

In deze bijdrage wordt nagegaan (i) in welke situaties de aanbesteder verplicht kan zijn schade te vergoeden, (ii) wat de aard van de schade is die voor vergoeding in aanmerking komt en (iii) hoe de te vergoeden schade wordt berekend. De eerste twee vragen zullen gezamenlijk worden behandeld, de derde vraag apart. Terwijl het eerste gedeelte van deze bijdrage een meer theoretisch, bespiegeld en verkennend karakter heeft, behelst het tweede gedeelte veeleer een inventarisatie van voorhanden – maar nog niet eerder in kaart gebrachte – jurisprudentie.

2 In welke situaties komt welke schade voor vergoeding in aanmerking?

2.1 *Vermogensschade en ander nadeel*

De bepaling van de omvang van de schadevergoedingsplicht vindt plaats volgens de regels van de artikelen 6:95 e.v. BW. Ongeacht of het schadeveroorzakende feit nu als wanprestatie of als onrechtmatige daad moet worden gekwalificeerd geldt dat vermogensschade in alle gevallen voor vergoeding in aanmerking komt (artikel 6:95 BW). Vermogensschade omvat zowel geleden verlies als gederfde winst (aldus artikel 6:96 lid 1 BW). Ingevolge artikel 6:95 BW kan ook ‘ander nadeel’ dan vermogensschade voor vergoeding in aanmerking komen ‘voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.’ Dit ‘ander nadeel’ betreft immateriële schade waarvoor vergoeding (‘smartengeld’) kan worden toegekend indien sprake is van één van de situaties bedoeld in artikel 6:106 lid 1 BW. Dit laatste is in een aanbestedingsrechtelijke context slechts onder uitzonderlijke omstandigheden denkbaar.¹ Praktijkvoorbeelden zijn tot dusver niet bekend.

* A.J. Akkermans is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Vrije Universiteit te Amsterdam en E.H. Pijnacker Hordijk is partner bij De Brauw Blackstone Westbroek (Linklaters Alliance) te Amsterdam.

1 Vergelijk HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 nt. MA (Kip en Sloetjes/Rabobank), betreffende smartengeld wegens het ten ondergaan van een eigen bedrijf.

2.2 *Vergoeding van het positief belang*

Uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht is dat de geleden schade volledig moet worden vergoed. Naar algemeen wordt aangenomen betekent dit bij wanprestatie dat het zogenaamde ‘positief belang’ of ‘positief contractsbelang’ voor vergoeding in aanmerking komt.² Onder vergoeding van het positief (contracts)belang wordt verstaan dat de gelaedeerde in de situatie wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd indien de opdracht aan hem zou zijn gegund en de overeenkomst behoorlijk zou zijn nagekomen. In de aanbestedingsrechtelijke context heeft dezelfde maatstaf te gelden wanneer het schadeveroorzakende feit als onrechtmatige daad wordt aangemerkt.³

Als uitgangspunt geldt dat alleen een vergoedingsplicht bestaat wanneer kan worden aangetoond dat de gegadigde de opdracht zou hebben verworven indien de opdrachtgever conform de toepasselijke voorschriften zou hebben gehandeld. Slaagt de gegadigde in dat bewijs dan heeft hij recht op vergoeding van zijn positief belang. Is echter onvoldoende aannemelijk dat de opdracht aan de gegadigde had moeten worden gegund, dan is niet vast komen te staan dat hij door de onregelmatige aanbesteding schade heeft geleden, en is voor vergoeding in het geheel geen plaats. In de regel zal de rechter over deze vraag – had eiser de opdracht gekregen in het hypothetische geval dat de aanbesteder de opdracht wél conform de regels zou hebben gegund, ja of nee – de knoop kunnen doorhakken, en is de kwestie van de vergoedingsplicht er een van alles of niets. Met name wanneer het gunningscriterium van de laagste prijs is toegepast, zal veelal aan de hand van de inschrijfcijfers kunnen worden bepaald welke inschrijver voor gunning van de opdracht in aanmerking had moeten komen, terwijl de toetsing aan de geschiktheidseisen zich in beginsel eveneens leent voor volledige rechterlijke toetsing. In de in paragraaf 2.2. nader te bespreken jurisprudentie van de Raad van Arbitrage wordt (impliciet) als algemeen uitgangspunt gehanteerd de gedachte dat enkel ruimte bestaat voor vergoeding van schade (geleden verlies en gederfde winst) verband houdend met een gemiste opdracht, indien voldoende is komen vast te staan dat die opdracht bij een regelconform verloop van de aanbestedingsprocedure aan de eisende partij zou zijn gegund.

2 Zie voor dit begrip Asser-Hartkamp I (2000) nr. 413, Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 32.

3 Vergelijk HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 nt. CJHB (Plas/Valburg) waarin de Hoge Raad oordeelde dat ingeval van ongeoorloofd afbreken van onderhandelingen het positief belang voor vergoeding in aanmerking kan komen.

2.3 Vergoeding voor het verlies van een kans

Onder omstandigheden is het voor de rechter niet mogelijk om uit te maken of een opdracht aan de gepasseerde gegadigde had moeten worden gegund of niet. Het gaat immers om de beoordeling van de uitkomst van een hypothetische gang van zaken. Die heeft nooit werkelijk plaatsgevonden en is dus niet vatbaar voor strikt bewijs. Soms blijft over die hypothetische uitkomst zodanige twijfel bestaan dat niet méér kan worden vastgesteld dan dat eiser een bepaalde *kans* zou hebben gehad om de opdracht te krijgen. Met name wanneer het gunningscriterium van de economisch meest voordelige aanbieder is gehanteerd kan het – vooral wanneer de aanbesteder een groot aantal subcriteria heeft geformuleerd en sprake is van een meer complexe opdracht – voor de rechter onmogelijk zijn om tot een eenduidig oordeel te komen over de uitkomst in het hypothetische geval dat de aanbesteder de opdracht wél conform de regels zou hebben gegund. Onder die omstandigheden kan een beslissing volgens het alles of niets schema onbevredigende resultaten opleveren. Gaat men ervan uit dat de opdracht niet aan eiser zou zijn gegund dan wordt eiser met lege handen naar huis gestuurd ondanks de reële mogelijkheid dat hij de opdracht wel degelijk zou hebben verworven. Beslist men dat de opdracht wél zou zijn gegund dan moet de aanbesteder de volledige schade vergoeden ondanks de reële mogelijkheid dat eiser de opdracht ook bij regelconforme aanbesteding niet zou hebben gekregen. Is het voor de rechter – ondanks de rechtens vereiste objectivering van het gunningstraject – niet mogelijk te bepalen welke inschrijving in het licht van de toepasselijke gunningscriteria als winnende aanbieder uit de bus had moeten komen, dan biedt de zogenaamde proportionele benadering uitkomst.⁴ Daarin knoopt men aan bij de constatering dat de benadeelde door de onregelmatige aanbesteding in elk geval een bepaalde kans heeft verloren om de opdracht te verwerven, en wordt schadevergoeding toegekend voor het verlies van die kans. De omvang van deze schade wordt dan begroot op basis van een inschatting van de grootte van de verloren kans. Wordt bijvoorbeeld de kans die de inschrijver bij correcte aanbesteding zou hebben gehad op 1/3 geschat, dan dient de aanbesteder in beginsel 1/3 van het positieve belang te vergoeden. Het toekennen van een proportionele schadevergoeding voor het verlies van een kans op het sluiten van een contract is aanvaardbaar geacht door de Hoge Raad.⁵ De proportionele benadering wordt op een toenemend aantal terreinen van het

4 Zie hierover in het algemeen A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Tilburg 1997 en over het verlies van een kans op het afsluiten van een contract in het bijzonder A.J. Akkermans, Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid, in: A.J. Akkermans, M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2000, p. 113-115.

5 HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456 nt. CJHB (Heesch/Reijs) waarover Akkermans, a.w. (noot 4), p. 113 en Akkermans, t.a.p. (noot 4), p. 113-114.

aansprakelijkheidsrecht gehanteerd.⁶ Het tot dusver enige bekende Nederlandse⁷ praktijkvoorbeeld van toepassing bij een onregelmatige aanbesteding is het hierna (onder gevaltype d) te bespreken vonnis van de Rechtbank Den Haag van 29 maart 2000.⁸

Niet ondenkbaar is dat een gegadigde ook op vergoeding van de tegenwaarde van een verloren kans aanspraak kan maken in gevallen waarin überhaupt geen aanbesteding heeft plaatsgevonden en de aanbesteder in strijd met de toepasselijke regelgeving de opdracht onderhands heeft gegund. Zie nader over deze situatie hierna onder gevaltype a. Het problematische aan deze situatie is dat niet vaststaat wat de totale populatie van potentiële gegadigden is, welke andere aanbieders realiter een serieus aanbod zouden hebben gedaan respectievelijk⁹ in staat zouden zijn gesteld een aanbod te doen, noch wat de inhoud van die aanbiedingen zou zijn geweest. Daarom lijkt ons dat een potentiële gegadigde in een dergelijk geval realiter nimmer zal kunnen aantonen dat de opdracht bij een aanbesteding volgens de regels juist aan hem zou zijn gegund. Maar ook het bewijs dat hij een reële *kans* op gunning van de opdracht zou hebben gehad zal slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden te leveren zijn.

2.4 *Ver verwijderde schadeposten*

Is eenmaal uitgemaakt dat de opdracht aan de gepasseerde gegadigde had moeten worden gegund, dan is het causaliteitsvraagstuk voor het overige zelden voorwerp van debat. In aanbestedingsaangelegenheden bestaat tussen partijen meestal geen verschil van mening over de vraag welke schadeposten aan het schadeveroorzakende handelen kunnen worden toegerekend in de zin van artikel 6:98 BW. Een uitzondering hierop zijn de pogingen die zijn gedaan om vervolgschade in de vorm van gederfde winst op mogelijke latere opdrachten vergoed te krijgen. Een argument daarvoor is bijvoorbeeld dat de gemiste ervaring had kunnen meewegen bij de verwerving van volgende opdrachten. Dergelijke pogingen hebben tot nog toe nooit succes opgeleverd. Het verband met het schadeveroorzakende handelen wordt te ver verwijderd en te onzeker geacht. In de jurisprudentie zijn hiervan de nodige voorbeelden aan te treffen. Ook pogingen schade in de vorm van aantasting van de goede naam vergoed te krijgen hebben tot nu toe nooit succes opgeleverd. Op een en ander wordt teruggekomen in paragraaf 3.

6 Voor een overzicht zie Akkermans, t.a.p. (noot 4), p. 102-128.

7 Voor praktijkvoorbeelden uit het Belgische recht zie M.G. Faure Het verlies van een kans in België, in: A.J. Akkermans, M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2000, p. 181-183. Deze voorbeelden zien overigens op situaties waarin naar Nederlands recht het recht op vergoeding van het positieve belang ten volle toegekend zou worden.

8 Niet gepubliceerd, hoger beroep ingesteld.

9 In het geval van een niet-openbare procedure.

2.5 Vergoeding van het negatief belang

Onder bepaalde omstandigheden kan enkel vergoeding van de gemaakte kosten – het negatief belang – op zijn plaats zijn. Deze mogelijkheid komt in beeld wanneer een aanbesteding wordt afgelast zonder dat het tot gunning van een opdracht komt. Heeft de aanbesteder de opdracht wél gegund dan bestaan in beginsel slechts de drie hiervoor reeds besproken mogelijkheden: (1) als aan eiser had moeten worden gegund: vergoeding van het positieve belang, (2) als een reële kans bestaat dat aan eiser had moeten worden gegund: vergoeding van het verlies van die kans, of (3) als aan een derde had moeten worden gegund (althans als *geen* reële kans bestaat dat aan eiser had moeten worden gegund): geen vergoeding. Maar wanneer de aanbesteding wordt afgelast zonder dat het tot gunning van een opdracht komt, kan plaats zijn voor een vierde mogelijkheid, namelijk (4) vergoeding van het negatief belang. Omdat een aanbesteder in beginsel niet gehouden is een aanbestede opdracht daadwerkelijk te gunnen, bestaat bij afgelasting hooguit ruimte voor vergoeding van de door inschrijvers gemaakte kosten, en niet voor vergoeding van het positief contractsbelang. Deze mogelijkheid dient zich aan wanneer feiten en omstandigheden kunnen worden aangevoerd die een in beginsel rechtmatige annulering van een aanbestedingsprocedure toch onrechtmatig doen zijn jegens de inschrijvers. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn indien de redenen voor annulering (uitsluitend) terug kunnen worden gevoerd op verwijtbare tekortkomingen van de aanbesteder bij het opstellen van de voorwaarden, en niet op gedragingen van gegadigden/inschrijvers of op (onvoorzienbare) externe ontwikkelingen. In dat geval kan de aanbesteder gehouden zijn tot vergoeding van het negatief belang: de door de inschrijvers gemaakte kosten.

In dit kader behoeft tot slot nog bespreking artikel 2 lid 7 van Richtlijn 92/13/EEG, de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren,¹⁰ dat luidt als volgt:

Wanneer een eis tot schadevergoeding wordt ingediend uit hoofde van de kosten van het opstellen van een offerte of van de deelneming aan een aanbestedingsprocedure moet degene die de vordering instelt uitsluitend aantonen dat er sprake is van schending van het Gemeenschapsrecht inzake aanbestedingen of van nationale voorschriften waarin dit recht is omgezet en dat hij reële kansen had om de opdracht in de wacht te slepen als deze schending niet had plaatsgevonden.

Deze bepaling – die overigens geen evenknie vindt in Richtlijn 89/665/EEG, de ‘Algemene’ Rechtsbeschermingsrichtlijn¹¹ – is enkel relevant voor opdrachtgevers

¹⁰ PbEG 1992, L 76/14.

¹¹ PbEG 1989, L 395/33.

in de nutssectoren. Daargelaten dat niet valt in te zien waarom deze categorie aanbesteders zwaardere aansprakelijkheidscriteria dienen te gelden dan voor andere categorieën aanbestedende diensten, menen wij dat ook overigens deze bepaling niets toevoegt aan de geldende Nederlandsrechtelijke aansprakelijkheidsregels (en ook niets zou dienen toe te voegen). In dat verband moet worden bedacht dat de Richtlijn bepaling als voorwaarde voor aansprakelijkheid niet alleen eist dat de gelaedeerde reële kansen had om de opdracht in de wacht te slepen, maar dat bovendien die kansen *door de schending* zijn verkleind (zie hiervoor de laatste zinsnede van de bepaling). In verband met dat laatste biedt de Richtlijn bepaling per saldo geen bewijsverlichting. In die gevallen waarin de gepasseerde gegadigde een aanspraak op het positief belang, respectievelijk op vergoeding van de waarde van een gemiste kans, niet hard kan maken – zie hetgeen hiervoor is besproken – zal hij evenmin kunnen slagen in een claim tot vergoeding van het negatief belang op grond van het bepaalde in de Richtlijn.

Tegen de hiervoor geschetste achtergrond zullen wij nu de diverse gevaltypen nader onder de loep nemen.¹²

Gevaltype a

Een aanbestedder gaat in het geheel niet over tot het volgen van een aanbestedings-procedure maar knoopt direct contacten aan met een bepaalde onderneming. Een andere onderneming voelt zich hierdoor benadeeld en verlangt van de aanbestedder dat deze het nadeel compenseert.

Het geval dat überhaupt geen aanbesteding heeft plaatsgevonden en de aanbestedder in strijd met de toepasselijke regelgeving onderhands heeft gegund, werd hiervoor al aangestipt. Zoals gezegd is het problematische aan deze situatie dat niet vaststaat welke andere aanbidders een aanbod zouden hebben gedaan respectievelijk zouden hebben kunnen doen,¹³ noch wat de inhoud van hun aanbod zou zijn geweest. Het enige dat vaststaat is aan wie en onder welke voorwaarden onderhands is gegund. De benadeelde ondernemer zal feiten en omstandigheden moeten kunnen aanvoeren die aannemelijk maken dat hij een kansrijke gegadigde zou zijn geweest. Zonder dergelijke feiten en omstandigheden is er immers niets wat de benadeelde onderscheidt van willekeurig welke andere aanbieder die in zijn algemeenheid in staat is de betrokken opdracht uit te voeren, en kan van enige schadevergoeding

12 Het gaat hier om de gevaltypen die ons door de redactie van dit boek zijn voorgelegd.

13 Bedacht moet worden dat de aanbestedder te allen tijde de keuze heeft tussen een openbare en een niet-openbare aanbesteding, alsmede dat hij in het laatste geval totale vrijheid heeft om een minimum en maximum te stellen aan het aantal inschrijvers, mits het minimum niet kleiner is dan vijf.

geen sprake zijn. Slechts onder bijzondere omstandigheden zal de benadeelde in deze stelplicht en het daarbij behorende bewijs kunnen slagen.

Een eerste stap is dat de benadeelde aannemelijk moet maken dat hij behoort tot een – in beginsel beperkte – kring van aanbieders die zich bij uitstek voor gunning van de opdracht kwalificeert. Een voorbeeld is de onderhandse gunning van een duurcontract als vervolgopdracht voor een lopend contract, waarbij de zittende contractant door een een-tweetje tussen de opdrachtgever en een derde de kans wordt ontnomen om de herhalingsopdracht in de wacht te slepen. In een dergelijk geval is duidelijk dat de zittende contractant – mits hij gedurende de looptijd van het oorspronkelijke contract zijn verplichtingen correct is nagekomen – in een positie verkeert waarin hij normaal gesproken tenminste een kans zou hebben gemaakt op gunning van de vervolgopdracht.

Een tweede stap is dat moet worden aangetoond dat de benadeelde de opdracht ook daadwerkelijk zou hebben verworven, althans dat hij een reële kans daarop zou hebben gehad. Wil de benadeelde vergoeding van zijn *positieve belang* dan zal hij voldoende aannemelijk moeten maken dat de opdracht bij aanbesteding aan hem zou zijn gegund, en niet aan een ander. Dit betekent dat de mogelijkheid dat de opdracht bij aanbesteding aan een andere gegadigde zou zijn gegund met voldoende zekerheid moet kunnen worden uitgesloten. Zoals gezegd lijkt ons dat zulks in de praktijk realiter niet zal kunnen worden aangetoond. Gaat het om vergoeding voor *het verlies van een kans* dan ligt de drempel lager. In dat geval hoeft de bedoelde mogelijkheid niet te kunnen worden uitgesloten. Die enkele *mogelijkheid* neemt immers niet weg dat (ook) de benadeelde een reële kans op gunning zou hebben gehad. Maar wanneer met *overwegende waarschijnlijkheid* de opdracht aan een andere gegadigde zou zijn gegund is ook voor vergoeding van het verlies van een kans geen plaats meer. Dan moet de eventuele kans dat de benadeelde de opdracht zou hebben gekregen in elk geval te klein worden geacht om nog voor vergoeding in aanmerking te komen.¹⁴ Acht men een schadeclaim uit hoofde van een gemiste kans op zijn plaats, dan zal de omvang van die kans zeer moeilijk te bepalen zijn. Dat hangt samen met de eerdergenoemde factoren: de onbekendheid van de populatie van gegadigden en de procedurele keuzevrijheid van de aanbesteder. Veel meer dan een beredeneerde schatting zal de rechter niet kunnen maken.¹⁵

Bij de beoordeling van de hypothetische gang van zaken indien zou zijn aanbesteed spelen uiteraard de voorwaarden waaronder de daadwerkelijke

14 Zie over de minimale en maximale grootte van een te vergoeden kans Akkermans, a.w. (noot 4), p. 244-254.

15 Dat is inherent aan een proportionele oplossing, net zoals bijvoorbeeld aan de toepassing van art. 6:101 BW over 'eigen schuld' (vergelijk HR 5 december 1997, NJ 1998, 400, (Terminus/ZAO)). Dat exactheid bij de begroting van schade in de praktijk wel vaker te hoog is gegrepen, is een realiteit die ook de wetgever volledig heeft aanvaard, zie art. 6:97 BW, tweede volzin.

opdrachtnemer de opdracht gegund heeft gekregen een belangrijke rol. Zo zal in het voorbeeld van de misgelopen herhalingsopdracht, indien de daadwerkelijke opdrachtnemer bij de onderhandse aanbesteding van de herhalingsopdracht aanmerkelijk gunstiger condities heeft geboden dan waaronder de zittende contractant tot dusver had gewerkt, dat in de regel¹⁶ een aanwijzing kunnen zijn dat hij ook wanneer de opdracht conform de regels zou zijn aanbesteed, een aanmerkelijk betere kans op gunning zou hebben gehad dan de zittende contractant.¹⁷

Opmerking verdient nog dat in gevallen waarin de benadeelde kan aantonen dat hij een bijzonder belang heeft bij de opdracht, in de regel van hem zal mogen worden verwacht dat hij van de (voorgenomen) gunning van de opdracht op de hoogte is. Is dat het geval – zo zou kunnen worden betoogd – dan mag ook worden verwacht dat hij tijdig tegen de (voorgenomen) gunning in het geweer komt. Verzuimt hij rechtsmaatregelen te nemen, dan stelt hij zich bloot aan het verweer dat het mede aan hemzelf is te wijten dat hem de mogelijkheid om een reële kans op gunning van het werk te krijgen werd onthouden. Dat kan leiden tot gehele of gedeeltelijke afwijzing van zijn vordering onder toepassing van artikel 6:101 BW ('eigen schuld').

Gevaltype b

Een aanbesteder gaat over tot het houden van een aanbesteding. Een bepaalde onderneming wordt ten onrechte niet als gegadigde geselecteerd en voelt zich daardoor benadeeld. Dat nadeel wenst hij door de aanbesteder gecompenseerd te zien (alle typen aanbestedingsprocedures).

Een dergelijke situatie kan zich enkel voordoen bij aanbestedingsprocedures met voorafgaande selectie (met inbegrip van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking). In de onderhavige situatie komt de benadeelde aannemer niet toe aan het verrichten van een inschrijving, omdat hij reeds in de selectiefase uit de procedure valt. Het antwoord op de vraag of een aanspraak bestaat op schadevergoeding, hangt af van wat de uitkomst van de aanbesteding zou zijn geweest wanneer de benadeelde *niet* ten onrechte in de selectiefase zou zijn uitgesloten. Het komt dus (ook hier) aan op de hypothetische gang van zaken bij regelconforme aanbesteding. Voor vergoeding voor het *positief contractsbelang* is nodig dat voldoende aannemelijk wordt dat de opdracht aan de benadeelde zou

16 Dit is uiteraard anders wanneer de zittende contractant aannemelijk kan maken dat ook hij tegen aanmerkelijk gunstiger condities zou hebben kunnen offeren, bijvoorbeeld wegens wijziging van externe omstandigheden (bijvoorbeeld prijsdaling van materiaal) die bij *beide* gegadigden (de zittende contractant en de daadwerkelijke opdrachtnemer) een gunstiger prijsstelling in de hand werken.

17 Een en ander laat uiteraard voor de zittende contractant de mogelijkheid onverlet om de onderhandse opdrachtverlening als zodanig (in kort geding) aan te vechten.

zijn gegund. Net als in gevaltype a lijkt ons dat zulks in de praktijk geen haalbare kaart zal zijn. En schadevergoeding voor *het verlies van een kans* zal slechts in uitzonderlijke omstandigheden toewijsbaar zijn. Anders dan in gevaltype a staat vast wie de wél geselecteerde aanbieders zijn. Wordt ook het verlies van een reële kans op gunning niet voldoende aannemelijk, dan houdt het in principe voor de benadeelde op. Het enkele ten onrechte niet als gegadigde worden geselecteerd, zonder dat ten minste een reële kans had bestaan om de opdracht gegund te krijgen, levert immers geen vermogensschade op.¹⁸

Ook voor vergoeding van eventueel tevergeefs gemaakte inschrijvingskosten (het *negatief belang*) is dan strikt genomen geen plaats. De benadeelde zou immers ook geen aanspraak op vergoeding van inschrijvingskosten hebben gehad als hij wél aan de aanbesteding zou hebben deelgenomen en de opdracht vervolgens niet aan hem zou zijn gegund. Toch kunnen wij ons voorstellen dat in een geval als hier bedoeld op grond van de redelijkheid en billijkheid tóch een vergoeding wordt toegekend ter hoogte van het negatief belang, bijvoorbeeld wanneer de kans op gunning bij regelconforme aanbesteding te klein wordt geoordeeld om schadevergoeding toe te kennen op basis van het verlies van een kans,¹⁹ terwijl tegelijkertijd niet gezegd kan worden dat de benadeelde evident van meet af aan volstrekt kansloos zou zijn geweest. De flexibele maatstaf van artikel 6:97 BW,²⁰ en de grote rechterlijke vrijheid die op het punt van de schadebegroting bestaat, bieden naar onze mening voor een dergelijk billijkheidsoordeel voldoende ruimte.

In het onderhavige gevaltype staat vast dat de benadeelde van de voorgenomen gunning op de hoogte was, en ligt het aanwenden van rechtsmiddelen in kort geding eigenlijk meer voor de hand dan het achteraf claimen van schadevergoeding. Een te ruimhartige toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid zou kunnen leiden tot 'frivole claims' van niet al te serieuze gegadigden. Een gegadigde die meent dat hij ten onrechte is uitgesloten, heeft de mogelijkheid daartegen tijdig in rechte op te komen. Verzuimt hij dat te doen, dan stelt hij zich bloot aan het verweer dat het mede aan hemzelf is te wijten dat een kans op gunning van de opdracht hem ontging. Daarmee komt artikel 6:101 in beeld.

18 Misschien zou men kunnen zeggen dat wel een bepaalde immateriële schade is geleden (al is dat een kwestie van appreciatie) maar vergoeding daarvan stuit in elk geval af op de vereisten van art. 6:106 BW.

19 Dat wil zeggen de 'normale' vergoedingswijze van het verlies van een kans waarbij schadevergoeding wordt toegekend ter hoogte van een bepaald breukdeel (afhankelijk van de grootte van de verloren kans) van het positief belang. Zie paragraaf 2.3 van deze bijdrage.

20 'De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.'

Gevaltype c

Een aanbestedder gaat over tot het houden van een aanbesteding. Een bepaalde onderneming wordt ten onrechte als gegadigde geselecteerd. Een of meer andere gegadigden voelen zich hierdoor benadeeld en verlangen van de aanbestedder dat deze het nadeel compenseert (alle typen aanbestedingsprocedures).

Ook deze situatie kan zich enkel voordoen bij een aanbestedingsprocedure met voorafgaande selectie. Bedacht moet worden dat tegen de tijd dat de vordering tot schadevergoeding door de rechter wordt beoordeeld de onderlinge rangorde van alle aanbiedingen vast zal staan, met inbegrip van die van de ten onrechte geselecteerde gegadigde. Dit betekent dat, indien de betrokken gegadigde niet de winnende aanbieding heeft verricht, er geen sprake kan zijn van schade bij de overige inschrijvers. In het tegenovergestelde geval zal een vordering tot schadevergoeding – positief contractsbelang – enkel toekomen aan de inschrijver wiens aanbieding na eliminering van de aanbieding van de betrokken gegadigde als winnaar uit de bus had moeten komen. In dat laatste geval onderscheidt het onderhavige gevaltype zich niet van gevaltype d. Eventueel is ruimte voor proportionele aansprakelijkheid binnen de hierna te bespreken grenzen.

Gevaltype d

In het kader van een aanbestedingsprocedure wordt de inschrijving van een bepaalde onderneming door de aanbestedder ten onrechte gepasseerd. Die onderneming voelt zich daardoor benadeeld en wenst dat nadeel door de aanbestedder gecompenseerd te zien (alle typen aanbestedingsprocedures).

Ook hier hangt het antwoord op de vraag of een aanspraak bestaat op schadevergoeding af van de hypothetische uitkomst bij een correcte gang van zaken. Is de opdracht gegund aan een andere inschrijver terwijl de inschrijving van de 'gepasseerde' onderneming in het licht van de toepasselijke gunningscriteria in beginsel voor gunning in aanmerking had moeten komen, dan heeft de gepasseerde inschrijver aanspraak op vergoeding van het positief contractsbelang. Overigens maakt het geen verschil of de inschrijving ten onrechte is gepasseerd in het licht van de geschiktheidseisen (in het kader van een openbare aanbesteding)²¹ dan wel in het licht van de gunningscriteria. Werd de inschrijving geëcarteerd zonder dat een vergelijking met de overige inschrijvingen heeft plaatsgevonden, dan geldt dat voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag deze vergelijking alsnog moet worden uitgevoerd. Indien die vergelijking uitwijst dat de aanbieding van

21 Bij procedures met voorafgaande selectie heeft de toetsing aan de geschiktheidseisen in beginsel reeds vóór de inschrijvingsfase plaatsgehad (zie gevaltypen b en c). Bij onderhandse procedures spelen geschiktheidseisen geen rol.

de gepasseerde inschrijver *niet* op grond van de toepasselijke gunningscriteria als winnende inschrijving had moeten worden aangemerkt, is er geen ruimte voor toekenning van enige vorm van schadevergoeding. Als voorbeeld kan worden genoemd RvA 11 maart 1988:²² eiseressen waren als negende, tiende en elfde bij een openbare aanbesteding geëindigd. Hoewel zij een verklaring voor recht verkregen dat de opdracht ten onrechte aan de laagste inschrijver was gegund, stond daarmee de schadevergoedingsplicht van de aanbesteder niet vast. Daartoe diende te worden aangetoond dat geen van de lagere inschrijvers voor gunning van de opdracht in aanmerking kwam.

In de jurisprudentie zijn tal van voorbeelden aan te wijzen waarbij een ten onrechte gepasseerde inschrijver een vordering tot schadevergoeding geldend heeft kunnen maken. In al die gevallen was buiten discussie dat de inschrijving van de betrokken inschrijver in beginsel voor gunning in aanmerking kwam; in al die gevallen betrof het de laagste geldige inschrijving. Zoals reeds in de inleiding van deze bijdrage aangegeven, kan de te maken onderlinge vergelijking vooral dan tot minder eenduidige uitkomsten leiden, wanneer de aanbesteder het gunningscriterium van de economisch meest voordelige prijsaanbieding toepast en meer in het bijzonder wanneer sprake is van een groot aantal subcriteria, en bovendien sprake is van een complexe opdracht. Het is dan alleszins denkbaar dat de rechter enerzijds vaststelt dat de inschrijving in kwestie ten onrechte als zijnde ongeldig terzijde is geschoven, en anderzijds oordeelt dat de inschrijving van eiser en één of meer andere inschrijvingen elkaar in het licht van de gunningscriteria niet of nauwelijks ontlopen en dat om die reden de aanbesteder tot het oordeel zou hebben kunnen komen dat de opdracht aan een van de andere inschrijvers diende te worden gegund. Blijft naar het oordeel van de rechter tegelijkertijd de reële mogelijkheid open dat de aanbesteder ook tot het oordeel was gekomen dat de opdracht – ware de bewuste inschrijving niet gepasseerd – aan eiser moest worden gegund, dan dient zich de mogelijkheid aan om een proportionele schadevergoeding toe te kennen wegens het verlies van een kans.

Een praktijkvoorbeeld van deze situatie is de procedure voor de Haagse Rechtbank rond de aanbesteding van de levering van kazerneringsgoederen tussen een tweetal inschrijvers als eiseressen en de Staat en Nederlands Inkoopcentrum N.V. ('NIC') als gedaagden. In een tussenvonniss van 13 maart 1996²³ oordeelde de Rechtbank dat de gunning aan de laagste inschrijver onrechtmatig was geweest, omdat een ongeoorloofde wijziging van de offerte had plaatsgevonden. Hoewel voor elk van de vier relevante deelopdrachten telkens een van eiseressen de laagste geldige aanbieding had gedaan, meende de Rechtbank dat niet uitgesloten kon worden geacht dat NIC de opdracht niet zonder meer zou hebben gegund aan een

22 No. 13.221, BR 1988, p. 787.

23 Niet gepubliceerd.

van eiseressen omdat hun offertes aanzienlijk hoger waren dan de geëcarteerde laagste aanbieding. De Rechtbank onderschreef het standpunt van gedaagden dat NIC niet verplicht was tot gunning en dat zij ook een geheel nieuwe inschrijving hadden kunnen openstellen. Daarop liet de Rechtbank volgen:

‘Dat neemt niet weg dat ook de mogelijkheid bestaat dat NIC de opdracht zonder nieuwe inschrijving zou hebben gegund aan Van der Stroom en/of Etesmi en dat in geval van een opnieuw geopende inschrijving ook eiseressen hun geluk opnieuw hadden kunnen beproeven. Deze kansen zijn hen thans ontnomen, hetgeen in beginsel schade oplevert. De grootte van die schade wordt bepaald door enerzijds de grootte van deze kansen en anderzijds het financiële belang van de te verwerven opdracht.’

In haar eindvonnis van 29 maart 2000²⁴ komt de Rechtbank op dit oordeel terug en oordeelt zij als volgt:

‘De rechtbank ziet aanleiding van dit oordeel terug te komen. (...) De rechtbank is thans van oordeel dat het NIC en de Staat niet vrijstond een nieuwe inschrijving open te stellen. Dat zou alleen mogelijk zijn geweest wanneer er uitsluitend onregelmatige of onaanvaardbare aanbiedingen waren geweest of als geen passende aanbiedingen zouden zijn gedaan. Daarvan is in dit geval echter in redelijkheid geen sprake. (...) De aanbiedingen van Van der Stroom en Etesmi hadden dan ook niet als onaanvaardbaar hoog terzijde mogen worden gelegd. (...) Nu niet is gesteld dat de opdracht aan derden had moeten worden gegund, volgt uit het vorenstaande dat NIC gehouden was de opdracht te gunnen aan Van der Stroom, aan Etesmi of aan ieder van hen voor een gedeelte. Van der Stroom was de goedkoopste aanbieder voor de groepen 1, 2 en 5, Etesmi voor groep 3. Aangezien het gunningscriterium niet was de voordeligste aanbieding, maar de uit economisch oogpunt voordeligste aanbieding, is niet zeker welke aanbieder welk gedeelte had gekregen (...) Bij het bepalen van de schadevergoeding acht de rechtbank, gezien alle omstandigheden van het geval, de kans dat Van der Stroom de opdracht voor het totale pakket van de groepen 1, 2, 3, en 5 zou hebben gekregen (en Etesmi dus niets) op 50% en de kans dat Van der Stroom de opdracht zou hebben voor alleen de groepen 1, 2 en 5 en Etesmi alleen die voor groep 3 eveneens op 50%. Bij de bepaling van het totale

24 Evenmin gepubliceerd. Hoger beroep ingesteld.

bedrag aan schadevergoeding zal de rechtbank steeds uitgaan van de laagste aangeboden bedragen, zodat NIC en de Staat niet worden benadeeld door een verdeling van het totale bedrag tussen Van der Stroom en Etesmi.'

Dit eindvonnis is niet alleen interessant vanwege de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans, maar ook vanwege de specifieke wijze waarop de Rechtbank de knoop doorhakt over de verdeling van de schadevergoeding tussen de twee eiseressen. De Rechtbank gaat uit van de hypothese dat de onderdelen van de opdracht hadden moeten worden gegund aan eiseressen, en acht zich vervolgens genoodzaakt een inschatting van de kansen van elk van beide eiseressen te maken. Aan de proportionele toewijzing van de vorderingen wordt vervolgens op zodanige wijze invulling gegeven dat de aanbesteder niet slechter af is dan wanneer alle deelopdrachten telkens aan de laagste inschrijver daarvoor waren gegund. Gelet op de omstandigheden van het geval lijkt dat een te billijken aanpak. De Rechtbank werd hier overigens bepaaldelijk geholpen door de omstandigheid dat beide afgewezen inschrijvers gezamenlijk een procedure hadden aangespannen.

Gevaltype e

Na een gehouden aanbesteding wordt de opdracht ten onrechte door de aanbesteder aan een bepaalde inschrijver of een derde gegund. Een of meer andere inschrijvers voelen zich daardoor benadeeld en verlangen van de aanbesteder dat deze het nadeel compenseert (alle typen aanbestedingsprocedures).

Dit gevaltype belichaamt voor de plicht tot schadevergoeding geen relevante verschillen met gevaltype d. Ook hier dient te worden nagegaan wie van de benadeelde inschrijvers in het licht van de gunningscriterium voor gunning in aanmerking had moeten komen. Lukt dat met voldoende waarschijnlijkheid dan geldt het *winner takes all*: alleen de inschrijver die in de hypothetische regelconforme procedure zou hebben gewonnen heeft aanspraak op schadevergoeding en wel op zijn positieve contractsbelang. Lukt dat niet met voldoende waarschijnlijkheid dan kan aan een of meer mogelijke winnaars in de hypothetische regelconforme procedure schadevergoeding worden toegekend op basis van het verlies van een kans.

Gevaltype f

Vergelijkbare situaties als hiervoor genoemd zijn mogelijk in geval van een aanbesteding op basis van een onderhandelingsprocedure, waarbij het ten onrechte wel/niet uitnodigen voor post-inschrijvingsonderhandelingen centraal staat.

Dit gevaltype verschilt in zoverre van de gevaltypen d en e dat het veel moeilijker wordt om te reconstrueren of de benadeelde inschrijver, indien de onrechtmatige uitsluiting van de onderhandelingsfase niet had plaatsgevonden, een serieuze kans op gunning van de opdracht zou hebben gehad. Men vergelijkt hier immers niet twee of meer prijsaanbiedingen – momentopnamen – maar de mogelijke uitkomsten van twee of meer gelijktijdige onderhandelingsprocessen. Dit brengt mee dat de ten onrechte uitgesloten inschrijver moeilijk zal kunnen claimen dat hij in het licht van de gunningscriteria de onderhandelingen ‘winnend’ zou hebben moeten afsluiten. In een dergelijk scenario lijkt de vergoeding van een gemiste kans het maximaal (en tevens het minimaal) haalbare, waarbij de grootte van de kans zal moeten worden bepaald in het licht van de gunningscriteria en aan de hand van een onderlinge vergelijking van de startpositie van de deelnemers aan de onderhandelingen en de ten onrechte uitgesloten inschrijver.

Overigens moet worden bedacht dat in de praktijk gelijktijdige onderhandelingen met meer dan twee inschrijvers een zeldzaam zijn, en dat bij de ‘grote’ onderhandelingsprocedures van de laatste jaren zelden gelijktijdig met meer dan één inschrijver is onderhandeld. In de meeste gevallen is de definitieve onderlinge rangorde van de inschrijvers reeds voor de aanvang van de onderhandelingsfase bekend (althans bij de aanbestede), hetgeen impliceert dat een onderbouwde bepaling van de verloren kans doorgaans heel goed mogelijk moet zijn.

Gevaltype g

Gesteld dat één van de voorafgaande situaties zich heeft voorgedaan en de benadeelde ondernemer erin is geslaagd de aanbestede in een procedure veroordeeld te krijgen tot het ‘rechtbuigen’ van de aanbestedingsprocedure, bijvoorbeeld doordat de laatste tot heraanbesteding moet overgaan of dat het hem verboden wordt onderhandelingen met een bepaalde partij voort te zetten of dat de gunning aan een bepaalde partij ongedaan wordt gemaakt (of moet worden gemaakt) of, in het uiterste geval, dat het sluiten van een reeds gesloten overeenkomst nietig wordt verklaard. In dergelijke gevallen is er telkens sprake van een partij die meende op rozen te zitten maar die door het terugkrabbelen van de aanbestede (al dan niet door een geschilbeslechtende instantie daartoe gedwongen) schade lijdt (loopt contract immers alsnog mis). Kan deze ‘nieuwe benadeelde’ met succes de geleden schade van de aanbestede vorderen?

Er is nog geen rechtspraak die op dit gevaltype betrekking heeft. Over wat in de bedoelde situatie rechtens is kan uiteenlopend worden gedacht. Dat moge zijn geïllustreerd door de omstandigheid dat wij beiden als co-auteurs van deze bijdrage het over de beantwoording van de vragen die door dit gevaltype worden opgeworpen niet met elkaar eens hebben kunnen worden. Daarom stellen wij onze

beider meningen in het navolgende tegenover elkaar, opdat ons debat voor de lezer een aanknopingspunt kan zijn voor eigen meningsvorming.

2.6 *Uitgangspunten*

Voor Akkermans is het vertrekpunt voor de analyse van dit gevaltype de vraag of de ‘nieuwe benadeelde’ ten aanzien van de gevolgde aanbestedingsprocedure te goeder trouw was. Is dat het geval, dan geldt in de onderlinge verhouding tot de aanbesteder dat de gevolgen van de onregelmatigheden in de procedure voor rekening en risico van de aanbesteder behoren te komen.

Pijnacker Hordijk denkt hier anders over. Volgens hem dient allereerst te worden vastgesteld dat dit gevaltype ziet op een situatie waarin een aanbestedingsprocedure *reeds door rechterlijk ingrijpen is ‘rechtgebogen.’* Aannemende dat de bodemrechter die moet oordelen over de schadevergoedingsaanspraken van de ‘nieuwe benadeelde’ het eerdere rechterlijk ingrijpen niet desavoueert, zal als uitgangspunt voor de beoordeling van die schadevergoedingsaanspraken hebben te gelden dat de aanbesteder rechtens de litigieuze opdracht niet aan de ‘nieuwe benadeelde’ mocht gunnen. Een ‘nieuwe benadeelde’ als bedoeld in gevaltype g zal in de regel geen aanspraak kunnen maken op enige vorm van schadevergoeding, omdat rechtmatig handelen – hier niet ter zake doende uitzonderingen daargelaten – in beginsel geen aansprakelijkheid meebrengt.

2.7 *Als gunning nog niet heeft plaatsgevonden*

Naar mening van Akkermans kan, wanneer nog geen overeenkomst met de ‘verkeerde’ gegadigde is gesloten, een schadevergoeding in de rede liggen volgens het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen.²⁵ Bij goede trouw van de ‘nieuwe benadeelde’ komen de gevolgen van de onregelmatigheden in de procedure voor rekening en risico van de aanbesteder. Anders dan in de overige gevaltypen hangt het antwoord op de vraag of een aanspraak op schadevergoeding bestaat hier niet, of althans niet zonder meer, af van de hypothetische uitkomst bij een correcte gang van zaken. Welke schade voor vergoeding in aanmerking kan komen – enkel het negatief of ook het positief belang – is afhankelijk van het stadium waarin de aanbestedingsprocedure wordt ‘rechtgebogen.’²⁶ Was de aanbestedingsprocedure zover gevorderd dat het de aanbesteder (jegens de ‘nieuwe benadeelde!’) niet meer vrij stond deze af te breken dan kan vergoeding van het positieve contractsbelang op zijn plaats zijn. In een eerdere fase is het nog niet zo ver dat de aanbesteder de aanbestedingsprocedure (opnieuw: jegens de ‘nieuwe benadeelde’) niet meer

25 Zie Asser-Hartkamp II (2001) nr 162.

26 Vergelijk HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 nt. CJHB (Plas/Valburg).

mag afbreken, maar kan de procedure al wel in het stadium zijn dat het de aanbesteder niet meer vrij staat haar af te breken zonder het 'negatief belang' van de 'nieuwe benadeelde' te vergoeden. Verwezen zij naar de literatuur over het onderwerp van de afgebroken onderhandelingen.²⁷

Volgens Pijnacker Hordijk geldt het zojuist genoemde uitgangspunt dat rechtmatig handelen in beginsel geen aansprakelijkheid meebrengt. Aan dat uitgangspunt kan niet afdoen het feit dat de 'nieuwe benadeelde' aanvankelijk door toedoen van de aanbesteder in de veronderstelling verkeerde dat zijn aanbieding was of zou worden uitverkoren. Er is naar mening van Pijnacker Hordijk hooguit sprake van frustratie van een – rechtens niet voor honorering vatbare – verwachting en niet van schending van een recht. Het is nu eenmaal een gegeven dat een aanbesteding slechts één winnaar kan kennen, en niet twee. Binnen het kader van de spelregels van de aanbesteding opereert niet alleen de aanbesteder maar ook de 'nieuwe benadeelde' (en de overige deelnemers aan de aanbesteding). Binnen het verband van de meerpartijenverhouding tussen aanbesteder en de deelnemers aan de aanbesteding is de goede trouw van de 'nieuwe benadeelde' niet beslissend: goede trouw alléén is in een aanbestedingsrechtelijke context een onvoldoende grondslag voor het vestigen van een recht op gunning van een opdracht. A fortiori is er geen ruimte voor de gedachte dat de 'nieuwe benadeelde' met een beroep op de (precontractuele) goede trouw vergoeding van het positief belang zou kunnen vorderen.

2.8 *Als gunning reeds heeft plaatsgevonden*

Akkermans is van mening dat, wanneer met de 'verkeerde' gegadigde een overeenkomst is gesloten die de aanbesteder – al dan niet door een geschilbeslechtende instantie daartoe gedwongen – niet nakomt, sprake is van een tekortkoming in de nakoming van die overeenkomst door de aanbesteder die in beginsel ook aan hem toerekenbaar zal zijn. De 'nieuwe benadeelde' heeft dan recht op vergoeding van zijn positieve contractsbelang wegens toerekenbare tekortkoming door de aanbesteder in de zin van artikel 6:74 BW. Dat kan anders zijn bij kwade trouw van de 'nieuwe benadeelde,' bijvoorbeeld omdat hij van de onregelmatigheden op de hoogte was of had moeten zijn, of deze zelfs (mede) in de hand heeft gewerkt (bijvoorbeeld als hij zich tegen beter weten in de opdracht onderhands heeft laten gunnen). Met name in zo'n laatste geval staat niet bij voorbaat vast dat de tekortkoming van de aanbesteder in de onderlinge relatie met zijn contractspartij aan de aanbesteder moet worden toegerekend. Bij lichtere vormen van 'eigen schuld' van de 'nieuwe benadeelde' zal eerder een gedeeltelijke

27 Zie Asser-Hartkamp II (2001) nr. 162.

vermindering van de vergoedingsplicht van de aanbesteder in de rede liggen (zie artikel 6:101 BW).

Volgens Pijnacker Hordijk ontstaat in het geval waarin de aanbesteder de opdracht formeel reeds gegund heeft en de opdracht door rechterlijk ingrijpen ongedaan wordt gemaakt een grote spanning tussen enerzijds het aanbestedingsrecht en het 'normale' civiele recht. Naar civiel recht gelden de navolgende uitgangspunten:

1. waar de inschrijving als bindend aanbod geldt, geldt de gunningsbeslissing als aanvaarding van dat aanbod. De gunningsbeslissing belichaamt derhalve de totstandkoming van een overeenkomst tussen de aanbesteder en de desbetreffende inschrijver;
2. een overeenkomst die tot stand komt op basis van een 'onreglementaire' aanbestedingsprocedure is niet uit dien hoofde nietig;²⁸
3. niet-nakoming van een eenmaal gegunde overeenkomst levert in beginsel een toerekenbare tekortkoming op, met als gevolg dat de gelaedeerde aanspraak kan maken op vergoeding van het positieve contractsbelang (vergelijk artikel 6:74 j° artikelen 6:95 en 6:96 BW).

Volgens Pijnacker Hordijk lijkt het tegen deze achtergrond voorshands vanuit 'zuiver' civielrechtelijke optiek onmogelijk dat een aanbesteder ingevolge een rechterlijk (of arbitraal) oordeel gehouden kan worden geen gevolg te geven aan een eenmaal genomen gunningsbesluit, maar is de realiteit echter anders. Inmiddels daartoe mede geïnspireerd door het arrest van het Hof van Justitie van de EG in de zaak *Alcatel Austria*,²⁹ deinzende burgerlijke rechter en de Raad van Arbitrage er niet voor terug om – mits een vordering rechtstijdig is ingesteld en mits de afweging van de belangen van alle betrokken partijen, inclusief de 'nieuwe benadeelde,' tot een andersluidende uitkomst noopt – in te grijpen tegen reeds genomen gunningsbeslissingen, met dien verstande dat de aanbesteder wordt verboden enig gevolg te geven aan die gunningsbeslissing, of, anders gezegd, hem wordt geboden de gunningsbeslissing ongedaan te maken.³⁰ Er zij nogmaals aan het herinnerd dat het voorliggende gevaltype enkel ziet op een situatie waarin een zodanig rechterlijk ingrijpen daadwerkelijk heeft plaatsgevonden.

28 Aldus HR 22 januari 1999, BR 1999, p. 985, nt. A. G.J. van Wassenae van Catwijk (Uneto/De Vliert).

29 HvJ EG 28 oktober 1999, *Alcatel Austria AG e.a./Siemens AG Österreich e.a.*, Jur EG 1999, p. I-7671 en in extenso gepubliceerd in BR 2000, p. 984. In dit arrest oordeelde het Hof dat de zogenaamde rechtsbeschermingsrichtlijnen de Lid-Staten verplichten binnen het eigen nationale rechtstelsel de mogelijkheid van beroep tegen een gunningbeslissing te creëren, ook in die gevallen waarin gunningbeslissing en totstandkoming van de aanbestede overeenkomst naar nationaal recht samenvallen. Duidelijk is dat het Nederlandse rechtstelsel niet – evenmin als het in het geschil in kwestie toepasselijke Oostenrijkse recht – aan de door het Hof geformuleerde eisen voldoet.

30 Vergelijk Pres. Rb. Breda 27 maart 2000, KG 2000, 93.

In een dergelijk geval kan de ‘nieuwe benadeelde’ naar mening van Pijnacker Hordijk niet met een enkel beroep op artikel 6:74 BW vergoeding van het positief belang vorderen. Daaraan doet niet af dat mogelijk reeds een overeenkomst tot stand was gekomen. Het gevolg geven aan een rechterlijke uitspraak – dat is de situatie waar het onderhavige gevaltype op doelt³¹ – kan weliswaar een ‘toerekenbare tekortkoming’ in de zin van artikel 6:74 BW opleveren, maar naar mening van Pijnacker Hordijk staan de redelijkheid en billijkheid er in de regel aan in de weg dat de ‘nieuwe benadeelde’ op vergoeding van het positief contractsbelang aanspraak kan maken. Doorslaggevend acht hij in dit verband dat de ‘nieuwe benadeelde’ bekend moet worden verondersteld met de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht en bijgevolg ook met het gegeven dat een gunningsbesluit – mist tijdig aangevochten – voor rechterlijke toetsing vatbaar moet kunnen zijn. Overigens wreekt zich hier naar zijn oordeel het feit dat de Nederlandse wetgever nog niet de noodzakelijke consequenties uit het arrest *Alcatel Austria* heeft getrokken.

Volgens Pijnacker Hordijk kan voor vergoeding van gemaakte kosten (negatief belang) wél ruimte bestaan, doch uitsluitend wanneer (i) het een te goeder trouw handelende ‘nieuwe benadeelde’ betreft (ii) die op grond van het door de aanbesteder opgewekte vertrouwen met het oog op de uitvoering van de opdracht redelijke kosten heeft gemaakt die uitstijgen boven de ‘normale’ kosten inherent aan de deelneming aan de aanbestedingsprocedure.

2.9 *Als de gesloten overeenkomst nietig wordt verklaard*

De omschrijving van het gevaltype vermeldt de mogelijkheid ‘dat het sluiten van een reeds gesloten overeenkomst nietig wordt verklaard.’ Pijnacker Hordijk heeft er reeds op gewezen dat een overeenkomst die op basis van een ‘onregelementaire’ aanbestedingsprocedure tot stand komt niet uit dien hoofde nietig is.³² Akkermans meent dat, mocht het op een zeker moment toch zover komen dat een tussen aanbesteder en de ‘verkeerde’ gegadigde gesloten overeenkomst nietig wordt verklaard, het naar Nederlands recht omstreden is of het positieve contractsbelang voor vergoeding in aanmerking kan komen, dan wel maximaal het negatieve belang.³³ De juridische grondslag voor deze vergoedingsplicht is de onrechtmatige daad van artikel 6:162 BW. Een contract is er immers niet (meer), en de vergoeding van het positieve of negatieve contractsbelang kan ook niet op onverschuldigde

31 Een spontaan besluit van de aanbesteder om om hem moverende redenen de aanbesteding af te blazen valt buiten de omschrijving van het gevaltype (en is van een fundamenteel andere aard).

32 Aldus HR 22 januari 1999, BR 1999, p. 985, nt. A.G.J. van Wassenae van Catwijck (Uneto/De Vliert).

33 Zie over deze materie in algemene zin Asser-Hartkamp II (2001) nr. 487.

betaling (artikel 6:203 e.v. BW) worden gebaseerd omdat zij niet ongedaan te maken prestaties van de ene contractspartij jegens de andere betreft.

Dat de schadevergoedingsvordering is gebaseerd op onrechtmatige daad lijkt volgens Akkermans op het eerste gezicht mee te brengen dat maximaal vergoeding van het negatief contractsbelang mogelijk is. De benadeelde moet immers worden teruggebracht in de (financiële) positie waarin hij zou hebben verkeerd als de normschending niet had plaatsgevonden, en in dat geval zou hij de opdracht überhaupt niet gegund hebben gekregen. Zo bezien zal hij onder omstandigheden zelfs zijn negatief belang niet vergoed kunnen krijgen.³⁴ Dit is volgens Akkermans niet alleen een merkwaardig resultaat als men vergelijkt met de hiervoor besproken situatie dat het de aanbesteder verboden wordt het contract met de ‘verkeerde’ gegadigde uit te voeren zonder dat het tot nietigverklaring komt (welk verschil toch vooral van juridisch-technische aard lijkt te zijn, zonder materiële merites voor wat de verhoudingen tussen partijen betreft), maar ook als men vergelijkt met de eveneens hiervoor besproken situatie dat het nog niet tot het sluiten van een contract was gekomen en de aanbesteder gehouden is schade te vergoeden volgens het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen (in beide gevallen: althans in de opvatting van Akkermans). Als het mogelijk is dat de onderhandelingen met de ‘nieuwe benadeelde’ zover waren gevorderd dat de aanbesteder het positieve contractsbelang heeft te vergoeden, dan moet die vergoedingsplicht toch al helemaal mogelijk zijn wanneer het contract daadwerkelijk tot stand kwam, en het later nietig bleek te zijn. In de literatuur is wel betoogd dat bij nietigheid van een overeenkomst toch vergoeding van het positieve contractsbelang mogelijk moet zijn, waarbij aantekening verdient dat men daarbij (primair) het oog heeft op een andere situatie, namelijk wanneer een overeenkomst wordt vernietigd doordat de benadeelde contractspartij een beroep doet op dwaling of een ander wilsgebrek.³⁵ Het komt Akkermans voor dat, net als bij een verbod tot uitvoering van de overeenkomst (althans in zijn opvatting), ook bij nietigheid daarvan een vergoedingsplicht ter zake van het positieve belang mogelijk moet zijn. Een alternatieve grondslag daarvoor is om de schadevergoedingsplicht niet te baseren op onrechtmatige daad, maar zeer algemeen op de precontractuele goede trouw.³⁶ Deze bijdrage is niet de plaats om verder op de dogmatische merites van deze kwestie in te gaan.

34 Namelijk wanneer de ‘nieuwe benadeelde’ bij regelconforme aanbesteding wél zou hebben ingeschreven (en dus zijn kosten zou hebben gemaakt) maar de opdracht niet aan hem zou zijn gegund. Alleen voor zover hij bij een regelconforme gang van zaken minder kosten zou hebben gemaakt (of in het geheel niet aan de procedure zou hebben deelgenomen) zouden deze voor vergoeding in aanmerking komen.

35 Zie Asser-Hartkamp II (2001) nr. 487.

36 Zie voor deze suggestie Hartkamp, t.a.p. (noot 35), die overigens meent dat zij minder goed in het stelsel van ons verbintenissenrecht past.

Tot slot meent Akkermans dat, indien de schadevergoedingsvordering wordt gebaseerd op onrechtmatige daad, dat uiteraard betekent dat de onregelmatigheden aan de aanbesteder moeten kunnen worden toegerekend in de zin van artikel 6:162 lid 3. Dat zal per saldo niet of nauwelijks verschil opleveren met de toerekeningsvraag in de hiervoor beschreven contractuele context. Ook hier kan eventuele kwade trouw van de ‘nieuwe benadeelde’ reden zijn om niet aan de aanbesteder toe te rekenen of aanleiding geven tot toepassing van artikel 6:101 inzake ‘eigen schuld.’

3 Begroting van de schadevergoeding

3.1 Algemene uitgangspunten

Deze paragraaf gaat over de vraag hoe de te vergoeden schade dient te worden begroot. De aandacht richt zich daarbij allereerst op situaties waarbij het positief belang voor vergoeding in aanmerking komt. In de vorige paragraaf is het al gememoreerd: uitgangspunt is dat de ten onrechte gepasseerde gegadigde in de situatie wordt gebracht als ware de opdracht hem gegund en de overeenkomst behoorlijk nagekomen.

Er is inmiddels de nodige jurisprudentie voorhanden met betrekking tot de bepaling van de schadefactoren en de berekening van de schade. De meeste relevante uitspraken zijn afkomstig van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland (RvA). De burgerlijke rechter heeft tot dusverre een meer bescheiden duit in het zakje gedaan. De hierna te bespreken vonnissen van de RvA hebben alle betrekking op de opdrachten voor de uitvoering van werken, waarbij zij aangetekend dat aard en omvang van de werken van geval tot geval sterk uiteenlopen. Dit komt ook tot uiting in de wijze waarop de schade wordt begroot. Een en ander betekent niet dat de vonnissen van de RvA enkel relevant zijn voor de bouwsector. De RvA hanteert algemene uitgangspunten die ook in de context van aanbestedingen van opdrachten voor leveringen en diensten kunnen, of beter nog, verdienen te worden toegepast.

Ingevolge artikel 6:97 BW dient de rechter de schade te *schatten* indien de omvang daarvan niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Algemeen wordt aangenomen dat economische schade, en meer in het bijzonder gederfde winst naar haar aard niet nauwkeurig kan worden vastgesteld in de hierbedoelde zin. Ingevolge vaste jurisprudentie van de Hoge Raad behoeft de rechter een op de voet van artikel 6:97 BW gemaakte schatting niet te motiveren.³⁷ Zoals in het onderstaande zal blijken, pleegt de RvA daarentegen zijn schadeberekeningen

37 Zie voor een en ander losbladige Schadevergoeding art. 97 (Lindenbergh), aant. 20.

gedetailleerd te motiveren. Mede gelet op de in het geding zijnde belangen komt zulks ook alleszins passend voor. In de doctrine wordt een onderscheid gemaakt tussen concrete en abstracte schadeberekeningsmethoden. Bij de bespreking van de aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie zal blijken dat in beginsel sprake is van concrete schadeberekening, maar dat op diverse onderdelen schattingen worden gemaakt. In economische aangelegenheden ligt dat ook in de rede: er moet worden gewerkt met veronderstellingen, en in veel gevallen zullen die veronderstellingen zijn gebaseerd op een extrapolatie van cijfers die aan een bredere context kunnen worden ontleend. Zo wordt de gederfde winst dikwijls bepaald met behulp van de gemiddelde winstcijfers van de gelaedeerde over een of meer jaren, in plaats van de voor het concrete werk begrote winst. Wijze van begroting van gederfde winst: netto winst + onderdeckingsverliezen

Wat omvat het begrip 'gederfde winst' nu eigenlijk? In beginsel is 'winst' niets anders dan het rekenkundige verschil tussen opbrengsten en kosten. Bij het missen van een opdracht is gemakkelijk vast te stellen welke opbrengsten worden gemist: de contractsom, waar nodig – indien het een contract met een lange looptijd betreft – contant gemaakt. Het is echter evident dat de gederfde winst niet met de gederfde inkomsten kan worden gelijkgesteld. Ter bepaling van de gederfde winst zullen op de gemiste inkomsten de bespaarde kosten in mindering moeten worden gebracht. Beter gezegd: de feitelijk bespaarde kosten plus eventueel de kosten die redelijkerwijs hadden *behoren* te worden bespaard. De wijze waarop kosten hadden behoren te worden bespaard, zal onvermijdelijk sterk uiteenlopen naar gelang de aard, duur en omvang van de opdracht. Aan het ene uiterste van het spectrum kan men denken aan een door een handelsbedrijf gemiste opdracht voor de eenmalige levering van kantoorbenodigdheden. De bij het niet-doorgaan van een dergelijke opdracht bespaarde kosten zullen doorgaans eenvoudig kunnen worden begroot als de netto-inkoopkosten van de handelaar, vermeerderd met een geringe opslag voor bespaarde kantoorkosten (telefoon, porti e.d.). Van het in aanmerking nemen van bespaarde loonkosten zal doorgaans geen sprake kunnen zijn; het betreft immers vaste kosten die ook bij het niet-doorgaan van de opdracht doorlopen. Aan het andere uiterste van het spectrum kan men denken aan een *design and construct* opdracht voor de realisatie van een groot infrastructuurwerk, met de uitvoering waarvan enige jaren gemoeid gaan. Bij een dergelijke opdracht is het doorgaans reeds buitengewoon moeilijk om te bepalen welke kosten wél gemaakt zouden zijn indien de opdracht zou zijn doorgegaan. De ervaring leert immers dat de werkelijke bouwkosten doorgaans substantieel afwijken van hetgeen ten tijde van de gunning de inschatting van aannemer én opdrachtgever was. Dat betekent dat ook niet voetstoots kan worden aangenomen dat de door de aannemer begrote winst daadwerkelijk zou zijn gerealiseerd indien de opdracht doorgang

had gevonden.³⁸ De gederfde winst over een gemiste opdracht van een dergelijke dimensie laat zich dan ook in de praktijk niet eenvoudigweg begroten als het verschil tussen de aanneemsom en de bespaarde kosten. In de jurisprudentie wordt een andere aanpak gevolgd: er wordt een inschatting gemaakt van de netto-winst die de aannemer had kunnen behalen. Bij dat bedrag worden vervolgens opgeteld onderdekkingsverliezen op indirecte-kostenposten. Ook dat is een zuivere inschattingskwestie: niet alleen moeten de indirecte kosten als zodanig worden begroot, maar tevens moet worden beoordeeld in hoeverre deze kosten als vast moeten worden aangemerkt, dan wel als kosten die (op een nader te bepalen termijn) als variabel kunnen worden gekwalificeerd. Voorts moet een inschatting worden gemaakt van de mogelijkheden om de betrokken kosten met behulp van vervangingsopdrachten alsnog gedekt te krijgen.

3.2 *Schadebeperking door vervangingsopdrachten*

Daarbij belanden wij bij de weerbarstige – maar juist in de aanbestedingsrechtelijke context evenzeer relevante – vraag in hoeverre gederfde omzet geacht kan worden te zijn goedgeemaakt door vervangingsopdrachten. In juridische termen: in hoeverre de schade ten gevolge van het missen van een bepaalde opdracht geacht kan/moet worden te zijn beperkt door inkomsten uit alternatieve opdrachten. Het betreft hier een lastige materie, zowel in economische als in juridische zin. Voor wat betreft de economische dimensie moet voorop worden gesteld dat de rol van eventuele vervangingsopdrachten sterk uiteenloopt naar gelang de aard en de omvang van de opdracht. Het leeuwendeel van de hierna te bespreken jurisprudentie heeft betrekking op aanbestedingen van werken. Veelal betreft het opdrachten van een substantiële omvang in verhouding tot de jaaromzet van de gelaedeerde. In alle gevallen komt de vraag aan de orde in hoeverre de schade door het binnenhalen van vervangingsopdrachten geacht moet worden te zijn beperkt. Daarbij speelt op de achtergrond het gegeven dat de productiecapaciteit van het aannemingsbedrijf op de kortere termijn slechts beperkt flexibel is, welke inflexibiliteit wordt vergroot door het gegeven dat het aannemingsbedrijf in beginsel enkel op bestelling werkt: enerzijds plotseling vrijgevalen productiecapaciteit kan niet onmiddellijk voor andere doelen worden ingezet; anderzijds zal het aannemingsbedrijf permanent op zoek zijn naar nieuwe opdrachten om de productiecapaciteit optimaal bezet te houden. In de sfeer van dienstverlening – wanneer de beloning primair is gekoppeld aan de door dienstverleners bestede tijd – geldt dikwijls hetzelfde als in de sfeer van de aannemerij. Het verlies van een duuropdracht voor intellectuele

38 Vergelijk RvA 17 oktober 1989, No. 12.930, BR 1990, p. 228: 'Of eiseres, wanneer zij het werk zou hebben gerealiseerd, in feite verlies zou hebben geleden of winst zou hebben gemaakt, valt – uit de aard der zaak – niet met zekerheid te zeggen.'

diensten kan op de korte termijn tot onderbezetting van productiefactoren leiden, op de langere termijn zullen vervangingsopdrachten deze onderbezetting kunnen opvangen. Waar de leverancier van goederen tevens producent is, zal dikwijls blijken dat de productieve output op de korte termijn betrekkelijk flexibel is (zowel opwaarts als neerwaarts). Het missen van een opdracht zal dan *ceteris paribus* eenvoudig neerkomen op het missen van extra output. Verkooporders zijn naar hun aard complementair en geen onderlinge substituten. Van 'vervangingsopdrachten' in de hiervoor bedoelde zin zal dan ook doorgaans geen sprake zijn. Bij de levering van goederen geldt dikwijls dat de omzetpotentie van een handelaar in een tamelijk los verband staat tot de omvang van het productieapparaat. Het missen van een opdracht door een handelaar zal doorgaans niet vatbaar zijn voor compensatie door een vervangingsopdracht. Ook hier zijn weer uitzonderingen op de regel denkbaar, bijvoorbeeld bij duurcontracten die een aanzienlijk hoeveelheid naverkoopondersteuning vergen.

De juridische dimensie van het vraagstuk van de schadebeperking spitst zich veelal toe op de bewijslastverdeling. Te dien aanzien kan worden opgemerkt dat in de jurisprudentie de bewijslast doorgaans wordt gelegd bij de partij die over relevante informatie kan beschikken; dat is doorgaans de opdrachtnemer en niet de opdrachtgever. Met name de RvA pleegt op basis van eigen inzichten veronderstellingen te formuleren ten aanzien van de termijnen waarbinnen vervangingsopdrachten verworven moeten kunnen worden, en de mate waarin door die vervangingsopdrachten de niet gedekte algemene, personeels- en materieelkosten kunnen worden terugverdiend. De bewijslast wordt aldus als het ware omgedraaid: het is aan de aannemer om de niet-passendheid van de door de RvA opgeworpen hypothesen aan te tonen.

3.3 *Nadere bespreking van de jurisprudentie*

Het leeuwendeel van de in deze paragraaf te bespreken jurisprudentie is als gezegd geproduceerd door de RvA. Men zal vergeefs zoeken naar een rechterlijke uitspraak of een vonnis van de RvA waarin de schade eenvoudig wordt bepaald als het verschil tussen gederfde omzet en bespaarde kosten. We hebben reeds besproken dat een dergelijke aanpak bij de aanneming van werken doorgaans onmogelijk is. In de regel construeert de RvA het bedrag van de schadevergoeding als de som van een aantal componenten: gemiste netto-winst; onderdekking van algemene kosten, van personeelskosten en van materieelkosten, eventuele andere verliesposten zoals gederfde inkoopwinsten. De burgerlijke rechter pleegt doorgaans deze benadering ook te volgen. Daarbij zij aangetekend dat deze methode specifiek is toegesneden op de aanneming van werken.

3.4 *Gederfde netto-winst*

Voor wat betreft de gederfde netto-winst blijkt dat de RvA de eigen begroting van de inschrijver als regel niet doorslaggevend acht. Veelal wordt gekeken naar de gemiddelde winst voor belasting over de totale omzet die de gelaedeerde in de aannemerij heeft behaald, en zulks gemiddeld over een reeks van jaren.³⁹ In de eerste zaak waarin de RvA een gedetailleerde schadeberekening opstelde,⁴⁰ baseerde de RvA zich met name op winstoverzichten zoals deze door een accountant waren opgesteld. Men kan zich afvragen of die benadering als regel de juiste is: de winst kan van opdracht tot opdracht zeer sterk uiteenlopen, en men kan zich afvragen of de rechter niet dient na te gaan of er gronden zijn die erop duiden dat de te verwachten winst sterk afwijkt van het gemiddelde. De eigen inschrijvingsbegroting van de inschrijver kan daarbij een factor van betekenis zijn. Hoe dit zij, het zal in beginsel aan de eisende partij zijn om aan te tonen dat de gederfde winst realiter hoger moet worden ingeschat dan de gemiddelde winst, en aan de aanbesteder om aan te tonen dat de winst lager moet worden begroot. Overigens heeft de RvA zelf de begroting van de inschrijver ook wel eens als leidraad genomen, en wel in een geval waarin de winstcijfers van de inschrijver niet uit de (geconsolideerde) jaarrekeningen van het concern waar de inschrijver deel van uitmaakt kunnen worden afgeleid. Ook is een geval aan te wijzen waarin in het geheel geen vergoeding voor gederfde winst is toegekend, omdat de eisende partij zelf in het licht van de eigen begroting stelde dat geen winst was begroot.⁴¹

Rechtbank Maastricht 24 december 1987,⁴² honoreerde de stelling van eiseres Kunicon dat 'de schadevergoeding, wegens winstderving en gemis aan dekking algemene kosten, op de voet van Hoofdstuk X par. 5 e.v. UAV op 10% van de aanneemsom begroot dient te worden,' omdat deze door de gemeente onvoldoende was weersproken. Een kennelijk verzuim van de kant van de gemeente dat in hoger beroep alsnog werd rechtgezet. Een en ander deed Hof Den Bosch bij tussenarrest van 26 november 1990,⁴³ een inlichtingencomparitie gelasten, waarbij Kunicon haar begroting, eventueel voorzien van een begeleidende accountantsverklaring, ter inzage diende te geven en de gemeente haar stelling dat Kunicon vervangend werk heeft gevonden nader mocht adstrueren. Nadien is van de zaak niets meer vernomen.

39 Zie RvA 6 november 1996, Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders en RvA 18 november 1993, No. 14.729, BR 1994, p. 626.

40 RvA 17 oktober 1989, No. 12.930, BR 1990, p. 228.

41 RvA 10 november 1993, No. 15.674, BR 1994, p. 354, nt. N.J.M. Donders.

42 BR 1987, p. 389.

43 BR 1991, p. 641.

In de eerdergenoemde zaak Van der Stroom en Etesmi/NIC en Staat begrootte Rechtbank Den Haag de gedeelde winst op 3% van de contractsom, waarbij gedaagden de redelijkheid van dit percentage kennelijk niet hadden bestreden.

In de arbitrale jurisprudentie zijn voorts diverse gevallen aan te wijzen waarin de schade door de RvA zonder veel omhaal wordt begroot op een rond bedrag.⁴⁴ Dit doet de vraag rijzen hoe deze kort-door-de-bocht aanpak zich verhoudt tot de eerder besproken meer gedetailleerde benadering. Twee aspecten spelen in dit verband een rol: de processuele opstelling van partijen en de omvang van de opdracht. Bedacht moet worden dat bij een kleinere opdracht de kosten van advocaten en – niet te vergeten – arbiters niet opwegen tegen het financiële belang.

Bij duuropdrachten rijst de vraag of de gedeelde winst over de gehele uitvoeringsperiode in rekening kan worden gebracht, of dat de periode waarover aanspraak kan worden gemaakt op gedeelde winst in de tijd dient te worden beperkt ('proratering'). Dit laatste vanuit het perspectief van de schadebeperkingsverplichting: na verloop van zekere tijd zou de gelaedeerde in staat moeten worden geacht een vervangingsopdracht in de wacht te hebben gesleept van een gelijke winstgevendheid. In het algemeen vindt een dergelijk verweer geen gehoor. RvA 17 oktober 1989, paste, terwijl de vergoeding wegens onderdekking van personeels- en materieelkosten slechts over een beperkte periode werd toegewezen, bij de schatting van de gedeelde netto-winst geen proratering toe.⁴⁵ RvA 18 november 1993, achtte het 'aannemelijk dat inschrijfter om zo snel mogelijk vervangend werk te vinden heeft afgezien van het maken van winst op die werken,' en wijst om die reden proratering van de gedeelde netto-winst af.⁴⁶ RvA 30 september 1998, achtte het gelet op de bijzondere omstandigheden van het geval voor de gelaedeerde niet mogelijk om vervangend werk te vinden.⁴⁷ Ook in dat geval was er geen grond voor proratering van de gedeelde netto-winst. RvA 6 november 1998, overwoog ten principale dat 'de winstderving vergoedbaar is, los van de winst die op eventueel vervangend werk is behaald.'⁴⁸ De enige uitzondering op de regel vormt RvA 18 januari 1999, No. 19.398. In deze zaak had de gelaedeerde echter aangevoerd dat in de begroting was uitgegaan van een nihilpercentage voor winst en algemene kosten omdat het om een 'extra werk' ging. De RvA prorateerde tegen deze achtergrond de vergoeding voor dekkingsverlies en gedeelde winst op personeel en op materieel. Met de eerdergenoemde uitspraken is niet te verenigen RvA 27 december 1995, No. 17.453, waar arbiters slechts 20% van de geschatte winst

44 Zie RvA 9 april 1991, No. 15.008, BR 1991, p. 798: schadevergoeding begroot op NLG 10.000 bij een aanneemsom van NLG 61.250.

45 No. 12.930, BR 1990, p. 228.

46 No. 14.729, BR 1994, p. 626.

47 No. 19.807, BR 1999, p. 263.

48 Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders.

toewijzen, waarbij het percentage correspondeert met de verhouding tussen de door arbiters vastgestelde leeglooperperiode en de geplande uitvoeringsduur.

3.5 *Onderdekking van algemene kosten*

‘Algemene kosten’ (‘AK’) vormen een standaardpost in iedere aannemersbegroting. Onder AK plegen te worden begrepen ‘kosten die op grond van het ontbreken van een (duidelijk) oorzakelijk verband met de afzonderlijke werken dan wel uit overwegingen van praktische doelmatigheid niet (direct noch indirect) aan afzonderlijke werken worden toegerekend.’⁴⁹ Onderdekking van algemene kosten behoort tot de schade die voor vergoeding in aanmerking behoort te komen. Hof Den Bosch 4 september 1996.⁵⁰

‘De algemene kosten, in hoofdzaak de kosten van de algemene leiding, de algemene en administratieve diensten, lopen door, ook wanneer een bepaald concreet werk niet doorgaat. Het karakter van deze kosten is juist dat deze slechts in betrekkelijk beperkte mate en met name ook niet onverwijld omgebogen kunnen worden naargelang een werk wel of niet doorgaat, anders dan ten aanzien van directe kosten zoals voor materieel en uitvoerend personeel. (...) Het niet in aanmerking nemen van algemene kosten als een te vergoeden post betekent, dat de aannemer in feite de vergoeding van (een deel van) zijn doorlopende kosten derft, met andere woorden niet zijn positief contractsbelang vergoed krijgt.’

In het aangehaalde arrest wees het Hof de vordering terzake van AK ten belope van een bedrag van 5% van de aanneemsom toe, conform hetgeen werd gevorderd. Het Hof achtte het gevorderde redelijk, in aanmerking genomen de (hogere) percentages die blijkens de brancheorganisatie VG Bouw en het Economisch Instituut voor de Bouwnijverheid in de praktijk plegen te worden gehanteerd.

Het Hof ging niet in op de vraag of de onderdekking AK had kunnen/moeten worden opgevangen door het aannemen van vervangend werk. In procedures voor de RvA wordt die vraag in de regel wél aan de orde gesteld. Sterker nog: de beantwoording van deze vraag is niet zelden doorslaggevend voor de hoogte van de schadevergoeding. De beantwoording door de RvA hangt – als altijd – sterk af van de concrete feiten van het geval. Het algemene uitgangspunt is verwoord in RvA 6 november 1998:⁵¹ AK zijn slechts vergoedbaar ‘voorzoveel deze niet zijn goedge maakt door gevonden vervangend werk.’

49 Aldus Hof 's-Hertogenbosch 4 september 1996, NJ 1997, 364.

50 NJ 1997, 364.

51 Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders.

RvA 18 november 1993, berekende aan de hand van accountantsgegevens dat de AK over de betrokken jaren gemiddeld 6,8% van de omzet van de gelaedeerde aannemer beliepen.⁵² Blijkens het vonnis stelden beide partijen dat de aannemer vervangende werken heeft uitgevoerd. De aannemer voerde echter aan dat hij op werken geen winst heeft gemaakt en geen dekking van algemene kosten heeft kunnen verkrijgen. Arbiters achten dat laatste onaannemelijk en oordelen als goede mannen naar billijkheid dat 60% van de AK geacht moet worden te zijn terugverdiend met vervangend werk. Toegewezen wordt derhalve 60% van 6,8% van de aanneemsom. Ook RvA 30 september 1998, wijst de vergoeding wegens onderdekking AK over de gehele contractperiode toe.⁵³ Aandacht verdient de navolgende overweging:

‘In het algemeen kan gesteld worden dat een aannemer die een werk mist zo spoedig mogelijk moet trachten een vervangend werk te verkrijgen teneinde haar schade te beperken. Met betrekking tot dit werk zijn arbiters van oordeel dat een soortgelijk vervangend werk, te weten een groen-onderhoudsbestek, zeer moeilijk binnen het jaar te verkrijgen is, omdat de meeste van die bestekken in het voorjaar en derhalve voor 1 mei van enig jaar worden aanbesteed. Arbiters zullen er derhalve van uitgaan dat het voor inschrijfter redelijkerwijs niet mogelijk moest worden geacht een vervangend werk te vinden, zodat zij haar schade niet heeft kunnen beperken.’

Deze overweging is mede interessant omdat zij een duidelijk licht werpt op de bewijslastverdeling: de mogelijkheid van het verkrijgen van vervangend werk wordt vooropgesteld, en het is aan de aannemer om aannemelijk te maken dat zulks in het betreffende geval om objectieve redenen niet mogelijk was. Dit is bijzonder gezien de gebruikelijke bewijslastverdeling met betrekking tot schadebeperkingsverweten.

RvA 10 november 1993 achtte geen grond aanwezig om de vergoeding voor niet gedekte AK te relateren aan de waarde van het totale contract.⁵⁴ Na op basis van de stellingen van de eisende partij te hebben geconcludeerd dat moeten worden uitgegaan van leegloop van personeel en materieel gedurende een periode van 7 weken bij een geplande uitvoeringsduur van 80 weken, bepaalde de RvA de vergoeding wegens onderdekking AK op 7/80 van het percentage dat de AK van de totale jaaromzet van eiseres uitmaken. Eenzelfde benadering werd gevolgd in

52 No. 14.729, BR 1994, p. 626.

53 No. 19.807, BR 1999, p. 263.

54 No. 15.674, BR 1994, p. 354 nt. N.J.M. Donders.

RvA 27 december 1995, waar de leeglooperperiode werd geschat op 1/5 van de geplande uitvoeringsduur.⁵⁵

Aannemers plegen nog wel eens aan te voeren dat het gemiste werk als een 'extra werk' moet worden aangemerkt, met dien verstande dat de vergoeding voor AK in zijn geheel als winst moet worden aangemerkt. Een en ander was aan de orde in RvA 6 november 1998.⁵⁶ Arbiters stelden op basis van de door eiseres verschaft gegevens vast dat geen onderdekking van AK was opgetreden, hetgeen op zich de feitelijke juistheid van de stelling van eiseres bevestigt. Hoewel in de begroting voor het werk was uitgegaan van een winstpercentage van 2%, wezen arbiters wegens gederfde winst een bedrag ter grootte van 4,4% van de aanneemsom toe, welk percentage correspondeerde met de gemiddelde winst van eiseres over een periode van vijf jaar. Nu vaststond dat het daadwerkelijk om een 'extra werk' ging, valt niet goed in te zien waarom arbiters de vergoeding wegens winstderving beperkten tot die 4,4% hoewel de begrotingsposten voor winst en AK gezamenlijk aanzienlijk hoger moeten zijn geweest. Hier is sprake van een abstrahering die onvoldoende recht lijkt te doen aan de feiten van het geval. In dit verband moet ook worden bedacht dat eiseres, juist omdat sprake was van een 'extra werk,' geen vergoeding voor leegloop van personeel en materieel had gevorderd. Wat resulteerde was een schadevergoeding die ver achterbleef bij hetgeen normaalgesproken voor vergoeding in aanmerking komt. Kort voordien, in RvA 30 september 1998, hadden arbiters het argument dat sprake was van een 'extra werk' afgewezen op grond van de feitelijke overweging dat het een werk betrof dat de aannemer reeds sedert jaren vast voor de aanbesteder uitvoerde.⁵⁷ Om die reden namen arbiters de door de aannemer in diens inschrijvingsbegroting verdisconteerde post AK in aanmerking als daadwerkelijk benodigd voor de dekking van AK.

In RvA 18 januari 1999, was het voor de afwisseling de aanbesteder die zich bediende van het argument dat van winstderving geen sprake was omdat de aannemer in de begroting van het werk was uitgegaan van een nihilpercentage voor winst en AK.⁵⁸ Ter zitting bleek dat het ging om een extra werk, waarbij de dekking voor AK en winst gelijkelijk over de diverse kostenposten was verdeeld. Langs die weg werd het dekkingsverlies door arbiters alsnog toegewezen.

3.6 *Onderbezetting materieel*

Kosten van deze categorie worden dikwijls opgevoerd, doch doorgaans slechts zeer ten dele als afzonderlijke schadepost aanvaard. Onderbezetting kan slechts

55 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

56 Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders.

57 No. 19.807, BR 1999, p. 263 nt. H. Nijholt.

58 No. 19.398 (niet gepubliceerd).

als schadepost worden opgevoerd voor zover aannemelijk kan worden gemaakt dat het materieel niet voor vervangend werk kan worden ingezet. In dat verband zijn aard en omvang van het werk van belang.

In RvA 27 december 1995, waren arbiters met eiseressen van oordeel 'dat een leeglooperperiode van dertien weken (door de aanbesteder erkend, AA & EPH) in het onderhavige geval, minder is dan billijk is te noemen.'⁵⁹ Arbiters overwogen daarbij dat het om een op dit gebied groot werk ging dat niet vaak in die omvang wordt aanbesteed, zodat het missen van dit werk meebracht dat het door meerdere kleinere werken voor ieder der combinanten afzonderlijk moest worden vervangen. Dit kon betekenen dat zelfs indien enig vervangend werk binnen dertien weken is gevonden na afloop van dit vervangende kleinere werk weer leegloop kon optreden. In casu werd een periode van 26 weken redelijk geacht. Daarbij namen arbiters tevens in aanmerking de ontwikkeling van de gemiddelde inzetpercentages van het materieel van de aannemer gedurende een periode van enkele jaren rond de geplande uitvoeringsperiode. De geplande duur van het werk zelf was als zodanig geen relevante factor, want geen factor die bepalend is voor het antwoord op de vraag binnen welke termijn vervangend werk kan worden gevonden. Omgekeerd werd weer wél relevant geacht het feit dat de aannemer in de periode vanaf de datum van de aanbesteding tot de datum waarop bij scheidsrechterlijk vonnis de – onrechtmatige – gunning van het werk aan een derde in stand werd gelaten, had mogen menen dat hij het materieel voor de uitvoering van het werk gereed moest houden. Als te vergoeden kosten werden aangemerkt de afschrijvingskosten, maar niet vaste lasten als verzekering en bepaalde vormen van onderhoud.

Eenzelfde uiterst gedetailleerde benadering spreekt uit andere arbitrale vonnissen. RvA 17 oktober 1989, de eerste zaak waarin het tot een gedetailleerde schadebegroting komt, zijn de lijnen uitgezet die in de latere jurisprudentie consequent worden doorgetrokken:⁶⁰ toegewezen wordt schadevergoeding wegens onderdekking materieelkosten over een periode van 15 weken. Deze periode is de som van de periode tussen de datum van de aanbesteding en de datum van de afwijzing van de inschrijving van eiseres en de periode waarin eiseres vervangend werk had moeten vinden. Arbiters achtten enkel de kosten van rente en afschrijving vergoedbaar; onderhoudskosten en benzinekosten bleven buiten beeld. In RvA 10 november 1993, claimde de inschrijver verlies wegens stilstand van zeker voor de aanbestede zandwinning benodigd materieel.⁶¹ Arbiters oordeelden op basis van eigen kennis en ervaring dat 50% van het genoemde materieel gedurende 2,5 weken volledig zou zijn ingezet. Op de gestelde kosten werden voorts (bespaarde) onderhoudskosten in mindering gebracht.

59 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

60 No. 12.930, BR 1990, p. 228.

61 No. 15.674, BR 1994, p. 354 nt. N.J.M. Donders.

Frappant is RvA 18 januari 1999.⁶² De gemiste opdracht betrof onderhoud van groenvoorzieningen over een periode van drie jaar. Omdat vaststond dat het in te zetten materieel onderbezet was, achtten arbiters het gerechtvaardigd het dekkingsverlies (met inbegrip van de gedeelde winst) over materieel toe te kennen over een periode van twee jaar, waarbij zij aanvoerden dat eiseres geacht moest worden binnen twee jaar voldoende vervangend werk te vinden.

3.7 Onderbezetting personeel

Hiervoor gelden in beginsel dezelfde uitgangspunten als voor onderbezetting van materieel, met dien verstande dat als te vergoeden kosten het bruto-loon inclusief sociale lasten over de leeglooperperiode in aanmerking wordt genomen.⁶³ In zijn algemeenheid geldt zowel voor materieel als personeel dat de alternatieve inzetbaarheid mede afhangt van de aard en omvang van het werk, alsook van de aard (specialisatie) en omvang van de werkzaamheden. RvA 18 januari 1999, dat betrekking had op groenonderhoud over een periode van drie jaar, wees de vergoeding voor dekkingsverlies en winstderving op personeel toe voor een periode van één jaar, daarbij in aanmerking nemend 'dat onderhoudsbestekken in het algemeen eenmaal per jaar worden aanbesteed in het voorjaar, zodat inschrijfter geacht moet worden in 1996 (dat wil zeggen een jaar later, AA & EPH) voor voldoende vervangend werk te hebben kunnen zorgen.'⁶⁴ Overigens had de RvA in diezelfde zaak een overeenkomstige vordering terzake van materieel toegewezen over een periode van twee jaar (zie boven), waarmee wordt onderstreept dat de periode waarover vergoeding wegens leegloop kan worden gevorderd kan verschillen voor materieel en personeel.

Uit laatstgenoemde uitspraak moet niet worden afgeleid dat de RvA voor leegloop van materieel en personeel altijd verschillende perioden in aanmerking neemt. Het tegendeel is het geval: RvA 27 december 1995, oordeelt dat voor het personeel eenzelfde periode in aanmerking moet worden genomen als voor het materieel⁶⁵: in casu 26 weken. Over de mogelijkheid de schade te beperken door (tijdelijk) ontslag van personeel onderschrijven arbiters de stelling van de gepasseerde inschrijver 'dat tenminste de normale opzegperiodes in acht genomen dienen te worden en dat vervolgens de procedure bij het GAB nog zoveel tijd in beslag neemt, dat het doorgaans de moeite niet loont het personeel tijdelijk te ontslaan.'

62 No. 19.398 (niet gepubliceerd).

63 Zie in dit verband RvA 27 december 1995, No. 17.453 (niet gepubliceerd).

64 No. 19.398 (niet gepubliceerd).

65 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

RvA 10 november 1993, was nog zeer restrictief waar het de vergoeding wegens onderdekking loonkosten betreft.⁶⁶ de inschrijver voerde aan dat twee uitvoerders wegens het mislopen van het werk enkele weken werkloos waren geweest. De RvA constateerde dat het blijkens de loonstaten ging om assistent-uitvoerders, die ingeval van gebrek aan werk recht hebben op een werkloosheidsuitkering. Om die reden kon van een verlies geen sprake zijn. Bovendien oordeelden arbiters dat een aanvulling op de werkloosheidsuitkering onder de AK viel, en reeds via de band van de onderdekking AK in de schadebegroting waren verdisconteerd. RvA 17 oktober 1989, volgde eenzelfde benadering.⁶⁷ Uit de gepubliceerde tekst van het vonnis lijkt te kunnen worden afgeleid dat een vergoeding wegens onderdekking personeelskosten in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komt: 'Ook te dezer zake zijn arbiters van oordeel, dat eiseres verplicht was de schade zoveel mogelijk te beperken door personeel op ander werk of in de werkplaats in te schakelen of in de WW te plaatsen.' Dit uitgangspunt lijkt in de latere jurisprudentie te zijn verlaten.

3.8 *Andere schadeposten*

Ten slotte kunnen nog enige restposten worden onderscheiden waarvan een enkele keer vergoeding is gevorderd. De uitkomsten kunnen als volgt worden samengevat.

Gederfde inkoopwinsten zijn als schadepost erkend in RvA 27 december 1995.⁶⁸ In mindering werden gebracht betalingskortingen, omdat deze 'wegens snellere dan verplichte betaling geen winst opleveren doch slechts een wijze van financiering betekenen.' In diezelfde uitspraak wezen arbiters de gevorderde vergoeding van gederfde winst en dekking van AK over meerwerk toe. De vordering van eiseres was gebaseerd op een 'normaal' percentage van de aanneemsom, de toewijzing was gebaseerd op het door gedaagde opgegeven bedrag dat in werkelijkheid met meerwerk gemoeid was geweest (het werk was kennelijk inmiddels opgeleverd).

Tot AK worden onder meer gerekend intern uitgevoerde calculatiekosten⁶⁹ en meer in het algemeen voorbereidingskosten,⁷⁰ met als consequentie dat deze kosten in beginsel niet separaat voor vergoeding in aanmerking kunnen komen. De desbetreffende vorderingen werden dan ook afgewezen. RvA 6 november 1996, wees daarentegen een separate vordering wegens gemaakte kosten ter verkrijging van het werk toe.⁷¹ Ook wezen arbiters een 'rekenvergoeding' toe, waarmee zij

66 No. 15.674, BR 1994, p. 354 nt. N.J.M. Donders.

67 No. 12.930, BR 1990, p. 228.

68 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

69 RvA 10 november 1993, No. 15.674, BR 1994, p. 354 nt. N.J.M. Donders.

70 RvA 27 december 1995, No. 17.453 (niet gepubliceerd).

71 Nos. 70.255 en 70.263, BR 1997, p. 535 nt. N.J.M. Donders.

doelden op de kosten van het maken van een begroting. De (enige) reden voor toewijzing van deze bedragen zal gevonden moeten worden in het feit dat in de betreffende zaak geen sprake bleek te zijn van onderdekking AK.

Ingevolge artikel 6:96 lid 2 sub b BW komen 'redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid' voor vergoeding in aanmerking. Dat geldt uiteraard ook in de aanbestedingsrechtelijke context. Niettemin wordt vergoeding van deze kosten zelden gevorderd. RvA 18 januari 1999, vormt een uitzondering op de regel:⁷² vergoeding van de kosten van het opstellen van een accountantsrapport werd gevorderd en toegewezen.

Schade die niet op het gemiste werk zelf betrekking heeft komt, zo werd in het inleidende deel van deze bijdrage reeds opgemerkt, in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking. In het verleden werd nog wel eens vergoeding gevorderd van winstderving op mogelijke toekomstige werken via de band van het mislopen van relevante ervaring door de niet-gunning van het werk in kwestie. Volgens RvA 27 december 1995, is geen sprake van vergoedbare schade.⁷³ Immers, het is 'voor de Combinatie onmogelijk te bewijzen dat zij binnen vijf jaar na oplevering van het werk een ander werk mist alleen doordat zij de ervaring van het onderhavige werk mist, zodat zij daardoor schade lijdt. Het gaat daarbij om een loutere toekomstverwachting.'

Schade wegens naamsverlies is in het verleden een aantal keren gevorderd, door de RvA echter steevast afgewezen.⁷⁴

4 Tot besluit

De inhoud van deze bijdrage moge duidelijk hebben gemaakt dat de problematiek van schadevergoeding en schadeberekening in aanbestedingszaken nog veel onbeantwoorde vragen kent. Dat die vragen bijwijken aanleiding geven tot stevige discussies tussen de beide auteurs onderling, onderstreept de noodzaak van verdere rechtsvorming door wetgever, rechter en arbiters. Het laat ook zien dat het hier gaat om een boeiend rechtsgebied, waar zich ontwikkelingen voordoen die niet alleen wetenschappelijk interessant zijn, maar die ook van groot belang zijn voor de praktijk. Het aanbestedingsrecht is ook op dit punt voorlopig bepaald geen 'rustig bezit.'

72 No. 19.398 (niet gepubliceerd).

73 No. 17.453 (niet gepubliceerd).

74 Zie onder meer RvA 17 oktober 1989, No. 12.930, BR 1990, p. 228.

Andere vorderingen dan schadevergoeding: niet alleen geld maakt gelukkig

1 Inleiding

Uitgangspunt van het Nederlandse civiele schadevergoedingsrecht is schadevergoeding in geld. De rechtspraak achtte al ruim voor de invoering van het NBW afwijking van dit uitgangspunt mogelijk. Dat blijkt uit een arrest van de Hoge Raad uit 1903, waarin de gemeente Rotterdam door de Hoge Raad werd veroordeeld tot wederopbouw en herstel van de voor- en achtergevel van de panden Schoutenstraat 136 en 138 te Rotterdam van de heer Boels. De gemeente had deze panden laten slopen in het kader van een later door de rechter onrechtmatig geachte aanschrijving op grond van de 'verordening betreffende gebouwen, die wegens bouwvalligen toestand gevaarlijk worden geacht voor de openbare veiligheid'.¹ Met dit arrest werd duidelijk dat de schadevergoedingsactie anders dan geld² in het Nederlandse recht tot de mogelijkheden behoorde. Na 1903 zijn verschillende arresten door de Hoge Raad gewezen waarin dit nogmaals werd bevestigd.³ Thans is in de tweede zin van art. 6:103 BW de uitzondering op het algemene uitgangspunt vastgelegd: 'Nochtans kan de rechter op vordering van de benadeelde schadevergoeding in andere vorm dan betaling van een geldsom toekennen'. Alternatieve schadevergoeding is zowel mogelijk bij toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van een overeenkomst, als bij een onrechtmatige daad. Bij alternatieve schadevergoeding zal het meestal gaan om een actie die tot doel heeft de voor de normschending aanwezige situatie zoveel mogelijk te herstellen.

In deze bijdrage staan de mogelijkheden voor een benadeelde om alternatieve schadevergoeding te vorderen in geval van een normschending door een aanbestedder, centraal. We onderzoeken in deze bijdrage niet wanneer en in welke gevallen sprake is van een normschending door een aanbestedder: de normschending door de aanbestedder wordt voorondersteld. We zullen daarentegen wel de

* L.C. Makkinga is werkzaam als bedrijfsjurist bij de NV Westerscheldetunnel te Goes en J.V. Weijnen is als onderzoeker verbonden aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de K.U. Brabant.

1 HR 13 maart 1903, W.7899.

2 De zinsnede 'schadevergoeding anders dan geld' wordt hierna aangeduid als 'alternatieve schadevergoeding'.

3 Onder andere HR 17 november 1967, NJ 1968, 42, nt. GJS, HR 15 mei 1981, NJ 1982, 85, HR 10 december 1982, NJ 1983, 687, nt. EAA en HR 10 september 1993, NJ 1996, 3, nt. MS. Zie Asser-Hartkamp I (2000), nrs. 410 en 411.

verschillende alternatieve schadevergoedingsmogelijkheden die het huidige Nederlandse recht de benadeelde van een dergelijke normschending biedt, onderzoeken. Zoals hiervoor al is opgemerkt, is het in het civiele recht al vrij lang mogelijk een alternatieve schadevergoeding te verkrijgen. Bij ons weten zijn dergelijke vorderingen – in het kader van onregelmatige aanbestedingen – tot eind jaren tachtig van de vorige eeuw nauwelijks ingesteld, laat staan toegewezen.⁴ De rechtspraak over alternatieve schadevergoeding bij normschendingen in het aanbestedingsrecht is daarom van betrekkelijk recente datum.

Deze bijdrage is als volgt opgebouwd. Allereerst wordt de (Europese) aanbestedingsrechtelijke context van een alternatieve schadevergoedingsactie en de rechtsbeschermingsaspecten aan de orde. Daarna volgt een analyse van de huidige stand van zaken aan de hand van jurisprudentie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland (hierna: RvA) en de gewone rechter. Gemakshalve wordt daarbij een onderscheid gemaakt tussen de fase voorafgaand aan het sluiten van het contract dat door de normschending tot stand zou moeten komen, en de situatie dat er al een contract tot stand is gekomen. Afsluitend worden enige conclusies getrokken en worden suggesties ter verandering van de huidige praktijk gedaan.

2 De maatschappelijke context van het aanbestedingsrecht en de rechtsbescherming

Door middel van een aanbestedingsprocedure ‘benadert’ een overheidsaanbesteder de markt. Het aanbesteden is voor de overheid geen doel op zich. De overheid besteedt aan met het doel te bewerkstelligen dat op een zo goedkoop mogelijke wijze onder meer gehandicapten worden vervoerd, gras langs snelwegen wordt gemaaid, gebouwen worden schoongemaakt, vuilnis wordt opgehaald en werken

4 Een mogelijke verklaring hiervoor wordt gegeven door N.J.M. Donders in zijn annotatie onder RvA 26 januari 1989, Nos. 13.704 en 13.713, BR 1989, p. 552, nt. N.J.M. Donders. Donders achtte de gevolgen voor de opdrachtgever en de opdrachtnemer te ingrijpend welke mening *communis opinio* zou zijn in de bouw. Overigens zag Donders wel mogelijkheden voor een dergelijke schadevergoedingsactie bij onreglementaire aanbestedingen, maar alleen wanneer aan een aantal strikte voorwaarden zou zijn voldaan: de gunning dient te zijn verkregen als gevolg van een door de aannemer aan wie is gegund gepleegde onrechtmatige daad ten opzichte van de gepasseerde inschrijver, de aanbesteder moet jegens de gepasseerde inschrijver een wanprestatie hebben gepleegd en de redelijkheid en de billijkheid moeten zich niet anderszins verzetten tegen toewijzing van de vorderingen. Bij dat laatste dacht Donders vooral aan de stand van zaken met betrekking tot de feitelijke werkzaamheden. Toewijzing van de vorderingen werd door hem alleen redelijk geacht indien de feitelijke werkzaamheden nog niet waren begonnen, dan wel in een zodanige beginfase verkeren dat wisseling van aannemer nog zonder al te veel verlies van tijd en geld kon plaatsvinden.

tot stand worden gebracht. De overheid heeft er alle belang bij dat de rechtsbescherming bij onregelmatige aanbestedingen snel en effectief werkt. Het is niet altijd feitelijk mogelijk, noch maatschappelijk wenselijk dat de uitvoering van een contract kan wachten op het einde van een rechtsbeschermingstraject dat in Nederland gerust een paar jaar kan duren. Anderzijds is het voor de geloofwaardigheid van het aanbestedingsrecht belangrijk dat bij overtreding daarvan serieuze maatregelen kunnen worden getroffen. Het mag nooit zo zijn dat een aanbesteder bewust onreglementair gunt in de wetenschap dat een schadevergoedingsactie zich slechts in geld zal oplossen. Daarnaast is het voor de overheid – net zoals voor iedere andere opdrachtgever – belangrijk dat de aanbestede contracten regelmatig en ononderbroken kunnen worden uitgevoerd, zodat een geslaagde alternatieve schadevergoedingsactie meestal niet in het belang van de maatschappij als geheel zal zijn, indien het contract al is gesloten. Dit leidt ertoe dat bij een alternatieve schadevergoedingsactie zal moeten worden beoordeeld in hoeverre het particuliere belang van de gelaedeerde bij het alsnog daadwerkelijk mogen uitvoeren van de opdracht opweegt tegen het maatschappelijke belang bij een ongestoorde uitvoering van een aanbesteed contract.⁵

Voor de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn een tweetal rechtsbeschermingsrichtlijnen vastgesteld. Voor wat betreft de alternatieve schadevergoedingsactie is het zesde lid van artikel 2 van de rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG belangrijk, omdat daarin de Europese wetgever de Nederlandse wetgever de vrijheid laat om te bepalen of bij een onregelmatige aanbesteding – die al tot een contract heeft geleid – de schadevergoedingsactie slechts tot geld wordt beperkt. De Nederlandse wetgever heeft bij de implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen door middel van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen⁶ van deze bevoegdheid geen gebruik gemaakt, zodat de gevolgen van een onregelmatige aanbesteding wat betreft de schadevergoeding bepaald worden door het nationale recht.⁷

De rechtsbeschermingsrichtlijnen hebben in Nederland niet geleid tot het instellen van een aparte aanbestedingsrechter met een daarbij behorend apart aanbestedingsprocesrecht. De Nederlandse regering meende bij de implementatie

5 Zie art. 6:168 BW waarin is bepaald dat de rechter een vordering, strekkende tot verbod van een onrechtmatige gedraging, kan afwijzen op de grond dat deze gedraging op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen behoort te worden geduld waarbij de benadeelde slechts recht op schadevergoeding heeft.

6 Stb. 1993, 212. De Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen zet de Richtlijnen middels een statische verwijzing om in Nederlands recht.

7 Zie onder meer A.E.L. Tucker, *Interpretatie Nederlandse rechtsmiddelen bij aanbestedingszaken in strijd met Europese normen?*, NTER 1997, p. 193 en A.C.M. Braams, *Zijn met de EG-aanbestedingsrichtlijnen strijdige overeenkomsten nietig?*, in: H.D. van Romburgh (red.), *Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, Jaarboek 1998*, Alphen aan den Rijn 1998, p. 73-91.

van deze richtlijnen dat het Nederlandse rechtsbeschermingstelsel voldeed aan de door de rechtsbeschermingsrichtlijnen gestelde eisen. Hierdoor geschiedt rechtsbescherming tegen vermeende onregelmatigheden bij aanbestedingen en beoordeling van de daarbij ingestelde vorderingen door de gewone rechter en, indien overeengekomen, door de RvA.⁸ Bij de bespreking van de jurisprudentie – in paragraaf 3 van deze bijdrage – wordt dan ook alleen jurisprudentie van de RvA en de gewone rechter behandeld.

Voor wat betreft de rechtsbescherming bij onregelmatige aanbestedingen is het tenslotte van belang dat uit het *Alcatel*-arrest van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen⁹ lijkt voort te vloeien dat het besluit van een aanbestedder om een contract, dat onderwerp was van een aanbesteding, te gunnen, zelfstandig vatbaar voor rechtsbescherming zou moeten zijn zodat er enige tijd gelegen zou moeten zijn tussen de beslissing om te gunnen en het sluiten van het contract. Dit impliceert dat – voor wat betreft de alternatieve schadevergoedingsactie – deelnemers aan een aanbesteding die buiten de boot dreigen te vallen enige tijd na de gehouden aanbesteding de mogelijkheid hebben om het sluiten van het contract te voorkomen.¹⁰ Aangezien in Nederland het besluit om te gunnen samenvalt met het sluiten van het contract ontstaat er voor de aanbestedende dienst en degene aan wie de aanbestedende dienst voornemens is het contract te gunnen, een vervelende situatie. Het aanbestede contract wacht op uitvoering maar men weet niet of een derde nog met succes de uitvoering van het contract kan belemmeren of dat een derde wellicht later schadevergoeding kan eisen. In het *Alcatel*-arrest is niet aangegeven hoe lang precies de termijn tussen de gunningbeslissing en het sluiten van het contract zou moeten zijn.¹¹

8 Voor de voor- en nadelen van arbitrage dan wel de gewone rechter zie de artikelen van A.C.M. Braams en G.M. Bierman, in: D. Waterman (red.), *De lustrumbundel ter gelegenheid van het vijfjarig bestaan van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht: Wat nu....?, rechtsbescherming in aanbestedingsrecht*, Alphen aan den Rijn 2000, p. 27-43. Een belangrijk voordeel van de RvA lijkt de snelheid te zijn waarmee in een bodemprocedure uitspraak kan worden gedaan: daar waar de civiele rechter slechts de mogelijkheid heeft om in kort geding voorlopige voorzieningen te treffen in een tijdsperiode waarin de RvA een uitspraak in een bodemprocedure kan doen.

9 HvJ EG 28 oktober 1999, zaak C-81/98. Zie A.C.M. Braams, t.a.p. (noot 8), p. 41-42 en E.H. Pijnacker Hordijk, *Arrest Alcatel Austria: Hof van Justitie EG vel impliciet vernietigend oordeel over het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken*, BR 1999, p. 1024. Opmerkelijk is het verschil van inzicht tussen Pijnacker Hordijk en Braams wat betreft de gevolgen van het arrest voor de Nederlandse aanbestedingsregelgeving. Pijnacker Hordijk acht enkele aanpassingen hoe dan ook noodzakelijk, terwijl Braams hiertoe absoluut niet concludeert.

10 Zie hierover E.H. Pijnacker Hordijk, *Arrest Alcatel Austria: Hof van Justitie EG vel impliciet vernietigend oordeel over het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken*, BR 1999, p. 1024-1025.

11 Zie over dit arrest ook de bijdrage van Slagter in dit boek.

3 De stand van zaken in de Nederlandse rechtspraak wat betreft de alternatieve schadevergoedingsactie¹²

3.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt de huidige stand van zaken in de Nederlandse jurisprudentie met betrekking tot de alternatieve schadevergoeding geïnventariseerd. Dit gebeurt aan de hand van de jurisprudentie van de RvA en die van de gewone rechter. Gemakshalve wordt onderscheid gemaakt tussen de fase voorafgaand aan het sluiten van een contract – welk contract het resultaat is van een onreglementaire aanbesteding – en de fase nadat een contract na een dergelijke aanbesteding is gesloten.

3.2 Voor de gunning

In principe is er voor een aanbesteder weinig aan de hand indien vóór de gunning van het contract één van de deelnemers aan de gehouden aanbesteding de rechtmatigheid van het verloop van de aanbesteding bestrijdt. Immers, het contract is nog niet gegund, zodat in principe een aanbesteder – behalve enige vertraging bij de gunning van de opdracht – geen schade lijdt. Evenmin is er sprake van een partij aan wie onregelmatig zou zijn gegund, zodat een derde evenmin schade lijdt door een fout die de aanbesteder zou kunnen hebben gemaakt. In het onderstaande worden de vorderingen geïnventariseerd die een benadeelde deelnemer aan een aanbesteding ten dienste staan in de fase voorafgaand aan de gunning en wordt bekeken hoe in de jurisprudentie met deze vorderingen wordt omgegaan.

3.2.1 Verboden en geboden

Een voor de hand liggende vordering van alternatieve schadevergoeding in geval van een normschending door de aanbesteder, is het verbod van gunning aan een ander dan de eiser. De uitspraken op dit punt zijn talrijk en verschillen in principe niet veel van elkaar.¹³ Ter illustratie de beschrijving van de volgende zaak die leidde tot een (nog niet gepubliceerd) vonnis van de RvA. De aanbesteder wenst vanwege de niet-passendheid van de aanbieding van de laagste inschrijver een aanvang te

12 Zie voor een uitgebreid overzicht van de rechtspraak op dit gebied E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, tweede druk Den Haag 1999, met name p. 413-442.

13 Onder andere RvA 20 juli 1995, No. 17.994, BR 1996, p. 81 nt. N.J.M. Donders: toewijzing van een verbod om het werk aan een ander dan de laagste inschrijver te gunnen, omdat de bezwaren van de aanbesteder – gebaseerd op eerdere ervaringen met de laagste inschrijver – afwijzing van de laagste inschrijver niet kunnen rechtvaardigen.

maken met de onderhandelingen met een derde.¹⁴ De laagste inschrijver vordert daarop onder meer een verbod voor de aanbesteder om onderhandelingen met een derde te voeren, alsmede een verbod om het werk aan een derde op te dragen. Arbiters wijzen deze vorderingen toe nu de laagste inschrijver terecht stelt dat de aanbesteder zich ten onrechte de bevoegdheid toemeet om het werk via een onderhandelingsprocedure met een derde, aan een derde te gunnen. Het verdient opmerking dat dit uit te spreken verbod geen gunningplicht van de aanbesteder aan de laagste inschrijver inhoudt.¹⁵

In hoger beroep volgt bekrachtiging van het door de aanbesteder bestreden vonnis.¹⁶ Appel-arbiters zijn met arbiters in eerste aanleg van oordeel dat geen sprake is van een niet-passende inschrijving op het werk. Weliswaar heeft de aanbesteder het recht om het werk niet op te dragen, maar daaruit volgt nog niet dat de aanbesteder het recht heeft na beëindiging van de onderhavige aanbestedingsprocedure hetzelfde werk aan een derde te gunnen.¹⁷

Een vordering strekkende tot een gebod van gunning aan de eiser wordt slechts zelden toegewezen, mede met het oog op de contracteervrijheid van de aanbesteder.¹⁸ Een voorbeeld van een geval waarin een dergelijke vordering succesvol bleek, is RvA 26 juni 1995.¹⁹ De aanbesteder wenste hier de laagste inschrijver te passeren omdat hij volgens eerstgenoemde niet in staat moest worden geacht het werk op vakkundige en regelmatige wijze uit te voeren. De aanbesteder meende deze onbekwaamheid van de inschrijver te mogen aannemen, omdat in de overgelegde lijst geen in omvang met het onderhavige werk overeenkomende referentiewerken voorkwamen. De laagste inschrijver stelde hierop dat hij aan

14 RvA 24 februari 2000, No. 21.962 (nog niet gepubliceerd).

15 Zie voor een toewijzing van een gebod van gunning aan de laagste inschrijver RvA 1 oktober 1990, No. 14.630, BR 1991, p. 241: 'In de omstandigheden zoals in het vonnis beschreven, prevaleert de verplichting, gebaseerd op zorgvuldigheid en goede trouw, ten opzichte van de laagste inschrijver om hem het werk te gunnen, boven de verplichting ten opzichte van de hogere inschrijvers deze gunning op formele gronden af te wijzen.' Vernietiging en alsnog afwijzing van dit gunninggebod door arbiters in hoger beroep in RvA 14 januari 1992, No. 70.026, BR 1993, p. 147 nt. N.J.M. Donders: 'Vast is komen te staan dat niet juist is het in No. 14.630 ingenomen uitgangspunt dat de laagste inschrijver voldeed aan de inschrijvingsvereisten.' Vergelijk ook RvA 5 juli 1990, No. 14.563, BR 1991, p. 238.

16 RvA 5 juni 2000, No. 70.482 (nog niet gepubliceerd).

17 Zie voor toewijzing van een door de op één na laagste inschrijver gevorderd gunningverbod in het kader van het niet voldoen aan de gestelde geschiktheideisen door de laagste inschrijver: RvA 12 februari 1991, No. 14.876, BR 1991, p. 499. Arbiters achten in casu de door de aanbesteder en de laagste inschrijver bepleite beleidsvrijheid voor de aanbesteder onverenigbaar met de door de aanbesteder jegens de andere inschrijvers in acht te nemen goede trouw. Alsmede RvA 25 maart 1991, No. 14.963, BR 1991, p. 563 waarin arbiters een vordering inhoudende een verbod van gunning aan een ander toewijzen, maar daaraan wel de voorwaarde verbinden dat ten aanzien van de inschrijvers, die lager hebben ingeschreven dan de eiser, niet alsnog een recht op gunning komt vast te staan.

18 Zie onder meer RvA 14 mei 1998, No. 20.381, BR 1998, p. 694 en RvA 17 juni 1998, No. 20.424, BR 2000, p. 256 nt. H. Nijholt.

19 No. 18.027, BR 1996, p. 79 nt. N.J.M. Donders.

het gunningcriterium – het uitgevoerd moeten hebben van gelijksoortige werken – voldeed en vorderde een gebod om het werk aan hem te gunnen. Volgens arbiters was in feite sprake van het ontbreken van een selectiecriterium. Voor de stelling dat de inschrijver niet geacht kon worden het werk vakkundig en op regelmatige wijze uit te voeren, was niet genoegzaam dat de inschrijver in de referentieperiode geen gelijksoortige werken met een gelijkwaardige omvang had uitgevoerd. Arbiters wezen daarop de vordering van de laagste inschrijver toe: bij gunning van het werk moest aan hem worden gegund.²⁰ Overigens lijkt het ontbreken van een selectiecriterium hier de doorslaggevende factor wat betreft het toewijzen van het gunninggebod te zijn geweest, zodat moet worden aangenomen dat normaliter een gunninggebod in verband met de contractsvrijheid van de aanbesteder niet snel zal worden toegewezen.

Wanneer kan het vorderen van een gunningverbod uitkomst bieden? In de praktijk blijkt dit met name het geval te zijn bij te zwaar geachte ervarings- en omzeteisen: dan volgt regelmatig toewijzing van een dergelijke vordering. Zo ook arbiters in RvA 11 mei 2000,²¹ waarin de door de aanbesteder gestelde ervaringseis te hoog werd bevonden, waarna deze eis buiten beschouwing moest blijven. Het door de laagste inschrijver gevorderde verbod om het werk te gunnen aan een ander dan aan hem werd vervolgens toegewezen.²² Vergelijk ook RvA 28 april 1994.²³ Ook hier was een excessieve omzeteis aanleiding voor arbiters om tot toewijzing van een zelfde verbod van gunning aan een ander dan de laagste inschrijver te komen.²⁴

3.2.2 Heraanbesteding

Afgezien van de hiervoor besproken vorderingen strekkende tot het uitspreken van een verbod of gebod van gunning, is ook het vorderen van een heraanbesteding een optie. Een dergelijke vordering was ook onderwerp van discussie in twee – qua casus en problematiek – volstrekt identieke vonnissen in kort geding.²⁵

20 Zie ook N.J.M. Donders in zijn (kritische) annotatie onder dit vonnis.

21 No. 22.178 (nog niet gepubliceerd).

22 Andere voorbeelden zijn: RvA 6 juli 2000, No. 22.346 (nog niet gepubliceerd) waarin een verbod van gunning aan een derde door arbiters wordt gehonoreerd na ecartering van een niet in redelijke verhouding tot de aard en de omvang van het werk staande omzeteis en RvA 5 september 2000, No. 22.435 (nog niet gepubliceerd), waar sprake was van een onredelijke verbijzondering van een ervaringseis. Daardoor werd de gestelde eis geacht niet meer in redelijke verhouding te staan met de aard van het te besteden werk en door arbiters geëcarteerd. De aanbesteder werd voorwaardelijk verboden het werk op te dragen aan een hogere inschrijver dan de inschrijver (eiser).

23 No. 17.106, BR 1994, p. 710 nt. N.J.M. Donders.

24 En ook RvA 10 maart 1995, No. 17.716, BR 1996, p. 76, nt. Donders: excessieve omzeteis en daarom strijdig met art. 8, lid 1 UAR 1986. Vergelijk ook de annotatie van N.J.M. Donders in verband met het rechtverwerkingsaspect.

25 Pres. Rb. Zwolle 27 juli 1994, KG 1994, 315 en Pres. Rb. Zutphen 5 augustus 1994, KG 1994, 316.

Aanleiding voor deze vordering was dat de eiser niet werd toegelaten tot een aanbestedingsprocedure, naar hij meende vanwege een onjuiste toepassing van de Richtlijn Diensten door de aanbesteder. Het door de aanbesteder gestelde criterium werd door de President inderdaad als kennelijk onredelijk bestempeld, waardoor de aanbesteder in strijd met de Richtlijn Diensten, alsmede onrechtmatig jegens de eiser had gehandeld. Hierop volgde een bevel aan de aanbesteder om de lopende aanbestedingsprocedure te staken en opnieuw een procedure te starten. Voor toewijzing van een bevel tot heraanbesteding wegens het onvoldoende waarborgen van de mededinging door de aanbesteder, alsmede strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel en tenslotte ongeoorloofde belangenverstrengeling zie RvA 3 juni 1997.²⁶

3.2.3 Belangenafweging

Een belangrijke rol bij de beoordeling van een alternatieve schadevergoedingsactie is weggelegd voor de afweging van alle betrokken belangen. De toewijzing van een vordering tot alternatieve schadevergoeding enerzijds, impliceert immers veelal een 'nieuwe' gedupeerde en vertraging in de uitvoering van de opdracht anderzijds. Meerdere uitspraken kunnen hier ter illustratie worden aangehaald. Bijvoorbeeld Hof Amsterdam 5 maart 1998,²⁷ waar gelet op de ernst van het onrechtmatig handelen van de aanbesteder – het eerst achteraf kenbaar maken van de bij de selectie te hanteren criteria – het Hof bij een afweging van al de aan de orde zijnde belangen tot de slotsom komt dat een voorziening is geboden. In casu kan niet worden volstaan met een voorziening waarbij uitsluitend aan de appellant de gelegenheid wordt geboden alsnog een offerte uit te brengen. De belangen van de bedrijven die reeds offerte hebben uitgebracht zijn beter gediend indien ook zij – en niet alleen de appellant – de gelegenheid krijgen opnieuw in de aanbestedingsprocedure mee te dingen. De aanbesteder wordt verplicht tot het opnieuw voeren van de aanbestedingsprocedure, ditmaal in overeenstemming met het

26 No. 19.554, BR 1998, p. 343. Bekrachtigd in hoger beroep: RvA 14 oktober 1997, No. 70.313, BR 1998, p. 347 nt. A.G.J. van Wassenae van Catwijck. Opmerkelijk is de volgende passage afkomstig uit een ander vonnis van de RvA: 'Een aanbesteder is niet verplicht om het werk op te dragen en kan na aanbesteding overgaan tot heraanbesteding, dan wel opdrachtverlening aan een derde, indien de aanbesteder beschikt over concrete gegevens op grond waarvan aannemelijk is dat het werk, zoals aanbesteed, voor een aanmerkelijk lagere, aannemelijke prijs te realiseren valt.' Zie RvA 21 mei 1991, No. 14.661, BR 1991, p. 802. Zie ook RvA 30 november 1995, No. 18.316, BR 1996, p. 448 nt. N.J.M. Donders waarin de aanbesteder nog eens een schepje bovenop de zo zwaar door hem bepleite contracteervrijheid doet. Arbiters gaan overigens voorbij aan zijn stellingname dat de aanbesteder bij toewijzing van het verbod van gunning in een dwangpositie wordt gebracht.

27 BR 1998, p. 610.

toepasselijke gemeenschapsrecht.²⁸ Ook in het geval waarin de normschending van de aanbesteder bestond uit de ontbrekende stellingname een alternatief van de eiser niet in beschouwing te zullen nemen, speelden belangen van derden een grote rol.²⁹ Immers, de vorderingen – inhoudende een verklaring voor recht dat het betreffende alternatief de economisch meest voordelige aanbieding is, alsmede een verbod aan de aanbesteder om het werk aan een ander dan de eiser te gunnen – werden toegewezen onder het voorbehoud van de rechten van derden ter zake. In dit kader is ook het al eerder aangehaalde vonnis van RvA 28 april 1994³⁰ het vermelden waard. In casu diende een gestelde excessieve omzeteis buiten beschouwing te blijven. Het argument van de aanbesteder dat van schending van belangen van derden niet was gebleken, aangezien alle aanvankelijk geïnteresseerden ook daadwerkelijk hadden ingeschreven, echter met een hogere inschrijfsom dan de inschrijver, kon hier niet aan af doen.

3.2.4 In behandeling nemen inschrijving

Een effectieve manier om een dreigende schending van aanbestedingsrecht te voorkomen is de vordering om alsnog in de gelegenheid te worden gesteld om een aanbieding te doen. Zie President Rechtbank Alkmaar 29 december 1994³¹ voor een voorbeeld van een zaak waarin werd gevorderd alsnog een inschrijving in beschouwing te nemen. De weigerachtige houding van de aanbesteder om de inschrijving van de eiser in beschouwing te nemen en daarmee het beëindigen van de aanbestedingsprocedure door de aanbesteder, werd door de President aangemerkt als onrechtmatig en als een schending van de zorgvuldigheidsplicht. De aanbesteder werd dan ook veroordeeld mee te werken aan het alsnog regelmatig doen verlopen van de aanbesteding.

3.3 Na de gunning

Heeft de benadeelde inschrijver vóór de gunning verschillende mogelijkheden om bij een aanbesteding een normschending ongedaan te maken, na de gunning wordt dit voor hem een stuk lastiger. De opdracht is al gegund, zodat naast de aanbesteder ook een derde een rechtens te respecteren belang heeft. Daarnaast moet de benadeelde vaak aannemelijk maken dat hij de opdracht had kunnen

28 Ook in RvA 23 juni 1995, Nos. 18.020 en 18.023, BR 1996, p. 265 nt. E.H. Pijnacker Hordijk bracht een onjuiste toepassing van het UAR 1986 door de aanbesteder met zich dat – behoudens het geval dat de aanbesteder wenst af te zien van aanbesteding en gunning van het werk – de aanbestedingsprocedure opnieuw zal moeten worden gevoerd.

29 RvA 25 april 1994, No. 17.113, BR 1994, p. 707 nt. N.J.M. Donders.

30 No. 17.106, BR 1994, p. 710 nt. N.J.M. Donders.

31 KG 1995, 41.

verwerven. Tenslotte is het een feit dat het niet altijd praktisch mogelijk en maatschappelijk wenselijk zal zijn om een contract ongedaan te maken.³² Na de gunning liggen de alternatieve vormen van schadevergoeding voor de benadeelde inschrijver dan ook minder voor het oprapen. En als ze er al zijn, dan worden dergelijke vorderingen niet snel gehonoreerd.

3.3.1 Nietigheid of beëindiging van de overeenkomst

Moet het feit dat een overeenkomst in strijd met de Europese aanbestedingsregels – dus op basis van een onregelmatig verlopen aanbestedingsprocedure – tot stand zou zijn gekomen, ingevolge art. 3:40 lid 2 BW tot nietigheid van deze overeenkomst leiden? Deze vraag was onder meer de inzet van het arrest *Uneto/De Vliert* en werd door de Hoge Raad ontkennend beantwoord:

‘De Richtlijn Rechtsbescherming, noch de Richtlijn Werken, houdt in dat een overeenkomst nietig is, wanneer de in de Richtlijn Werken vervatte voorschriften niet zijn nageleefd bij een aanbestedingsprocedure die tot die overeenkomst heeft geleid. Ook de Raamwet stelt op de niet-naleving van de desbetreffende regels niet de sanctie van nietigheid van de overeenkomst waartoe een onregelmatige aanbestedingsprocedure heeft geleid.’

Met een verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van art. 3:40 lid 1 BW wordt vervolgens ook korte metten gemaakt met het beroep op de vermeende daaruit voortvloeiende nietigheid:

‘Zoals is opgemerkt in de MvA bij art. 3:40 (Parl. Gesch. Boek 3, p. 192) zal een rechtshandeling die in strijd is met een wettelijke bepaling die niet de strekking heeft de geldigheid van daarmee strijdige rechtshandelingen aan te tasten, ook niet op grond van alleen die strijdigheid door inhoud of strekking in strijd met de goede zeden of de openbare orde kunnen worden geacht. Het enkele feit dat de aanbestedingsregels in het onderhavige geval niet zouden zijn nageleefd, wettigt aldus niet de conclusie dat de overeenkomst tussen De Vliert en Gibros nietig zou zijn. Dat zich in het onderhavige geval bijzondere

32 De computers kunnen al zijn geleverd, het kunstwerk kan al in uitvoering zijn, enzovoort.

omstandigheden hebben voorgedaan die tot een ander oordeel zouden moeten leiden, is in dit geding niet aangevoerd.³³

Voor de alternatieve schadevergoedingsactie is het arrest *Uneto/De Vliert* dan ook een behoorlijke belemmering. De gesloten overeenkomst wordt bij een onregelmatige aanbesteding niet van rechtswege nietig, zodat de beëindiging van het gesloten contract via een andere weg zal moeten worden bewerkstelligd. Iets wat veel moeizamer gaat dan het enkele vaststellen van civielrechtelijke nietigheid.

Voor beëindiging van een reeds gesloten overeenkomst was volgens arbiters daarentegen wel plaats in RvA 13 maart 2000.³⁴ De aanbesteder bleek hier ten onrechte een inschrijving van de laagste inschrijver terzijde te hebben gelegd en had de opdracht inmiddels aan een derde gegund. Aan de aanbesteder werd daarop een verbod opgelegd verdere uitvoering te geven aan deze opdracht die aan de derde-aannemer was gegeven. De beëindiging van deze overeenkomst werd mogelijk geacht omdat het werk zich nog in de planningsfase bevond, uit de administratieve voorwaarden volgens het bestek een aan de opdrachtgever toekomende beëindigingbevoegdheid bleek en de laagste inschrijver bereid was direct de op te dragen werkzaamheden ter hand te nemen zodat vertraging in de voortgang van het project zoveel mogelijk beperkt zou blijven. Kortom, na afweging van alle betrokken belangen achtten arbiters de beëindiging van de overeenkomst mogelijk, omdat de aanbesteder niet al teveel zal worden benadeeld. Voor de goede orde: van civielrechtelijke nietigheid op grond van art. 3:40 BW was hier geen sprake. Arbiters dwongen de aanbesteder slechts om van zijn contractuele opzeggingsrecht³⁵ gebruik te maken, zodat feitelijk gezien hetzelfde resultaat bereikt werd als bij het vaststellen van de nietigheid van de overeenkomst. Voor wat betreft de wijze van afrekening van de aanbesteder bij de beëindiging van de overeenkomst met de zittende contractant is juridisch gezien wel een verschil tussen een afrekening vanwege nietigheid van de overeenkomst of een opzegging van het contract.³⁶

33 HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 en BR 1999, p. 985 nt. A.G.J. van Wassenae van Catwijk. Zie in dit kader ook W.H. van Boom, *Aannemingscontract geldig ondanks overtreding Europese aanbestedingsregels*, Bb 1999, p. 72-75, A.E.L. Tucker, *Interpretatie Nederlandse rechtsmiddelen bij aanbestedingszaken in strijd met Europese normen?*, NTER 1997, p. 193-196 en M.J.M.M. Essers, J.P.F.W. van Eijck en A. de Jong, *Kroniek aanbestedingsrecht 1997-1998 (II)*, NTER 1999, p. 110.

34 No. 22.025 (nog niet gepubliceerd).

35 In geval van opzegging is een tekortkoming van de wederpartij niet vereist.

36 Zie voor de gevolgen van nietigheid Asser-Hartkamp II (1997), nr. 479 en verder. Bij nietigheid van een overeenkomst zal er naar moeten worden gestreefd om de toestand voor het sluiten van het contract te herstellen, zodat in principe alleen de daadwerkelijk uitgevoerde werkzaamheden voor vergoeding in aanmerking komen. In uitzonderlijke gevallen kan het vaststellen van de nietigheid van een overeenkomst leiden tot een schadevergoedingsactie op grond van art. 6:162 BW. Bij het opzeggen van een aannemingsovereenkomst op grond van art. 7A:1647 BW komt ook gederfde winst voor vergoeding in aanmerking.

Opzegging van een overeenkomst is echter ook een zware maatregel. Arbiters in RvA 18 oktober 2000³⁷ erkennen dit. Wederom prevaleren echter na afweging van alle betrokken belangen, de belangen van de benadeelde partij (de laagste inschrijver). In casu bestond de normschending van de aanbesteder uit het niet tijdig bekendmaken van een beleidswijziging. Door vervolgens het werk te gunnen aan de opvolgende inschrijver was de aanbesteder jegens de laagste inschrijver tekort geschoten. Ook de omstandigheid dat de aanbesteder tot gunning over was gegaan ondanks het naar het oordeel van arbiters tijdig gedane verzoek van de laagste inschrijver de gunning aan te houden totdat een uitspraak van de RvA zou zijn verkregen, speelde een rol. Door deze uitspraak niet af te wachten had de aanbesteder willens en wetens het risico genomen dat hij door de onterechte gunningbeslissing tot opzegging zou kunnen worden gedwongen. Daarnaast had de aanbesteder weliswaar een kennelijk zeer spoedeisend belang bij gunning van een beperkt deel van het werk, maar had hij niet slechts dit beperkte (en spoedeisende) deel van het werk aan een derde opgedragen. Al met al werd de aanbesteder onzorgvuldig handelen verweten. Aangezien het beperkte, spoedeisende deel van het werk inmiddels was voltooid, was voor de aanbesteder de reden om ontijdig tot gunning over te gaan daarmee verdwenen. De aanbesteder werd daarom verplicht het restant van het werk aan de laagste inschrijver op te dragen en de aan de derde verstrekte opdracht te beëindigen.

In dit kader kan ook worden gewezen op een ander vonnis van de RvA, waarin het stellen van een zinledige eis de aanbesteder niet in dank wordt afgenomen:³⁸ volgens arbiters mogen aan het niet voldoen aan deze eis geen gevolgen worden verbonden. Tussen partijen staat vast dat de inschrijver overigens voldoet aan de selectievereisten en dat zijn aanbieding voldoet aan de gunningvereisten. Daarom had het werk aan hem moeten worden gegund. Nu de aanbesteder het werk aan een ander heeft gegund, die daarvoor minder in aanmerking komt, dient de aanbesteder de schadelijke gevolgen daarvan voor de inschrijver weg te nemen: na voltooiing van het eerste deel van het werk moet de overeenkomst met de uitvoerende aannemer worden opgezegd en het overige deel van het werk aan de eiser worden opgedragen. Op deze manier zal aan alle betrokken partijen minimale schade worden toegebracht.³⁹

Ook in RvA 15 juli 1992⁴⁰ is sprake van een reeds gesloten overeenkomst. Hier wordt de handelwijze van de aanbesteder door arbiters als strijdig met het systeem, het doel, de strekking en de geest van het UAR 1986 aangemerkt. Ook wordt opgemerkt dat de inschrijver aan wie is gegund, heeft geprofiteerd van deze

37 No. 22.675 (nog niet gepubliceerd).

38 RvA 30 oktober 1998, No. 20.757, BR 1999, p. 607.

39 Hoger beroep ingesteld.

40 No. 15.798, BR 1993, p. 157.

handelwijze van de aanbestedder. Ondanks dit vernietigende oordeel wordt de vordering van de laagste inschrijver waarin aanbestedder onder meer wordt verplicht tot opzegging van de overeenkomst en tot heraanbesteding van de opdracht, na afweging van alle betrokken belangen afgewezen: 'Toewijzing van deze vorderingen onder de huidige omstandigheden zou te veel schade toebrengen aan de belangen van zowel de gemeente als de aannemer, terwijl het belang hierbij van de eiser ongewis is, nu hij geen aanspraak op gunning aan hem kan maken. Daarnaast is van belang dat de aannemer reeds aanzienlijke investeringen heeft gedaan ingevolge de opdrachtverlening.'⁴¹

3.3.2 (Her)aanbesteding

Alternatieve schadevergoeding kan ook in de vorm van een bevel tot (her)aanbesteding worden gevorderd. Zo ook het Hof Den Haag dat besliste tot toewijzing van een vordering tot heraanbesteding in zijn arrest van 19 februari 1996,⁴² vanwege een discrepantie tussen de omschrijving van de opdracht in de aankondiging en in de feitelijke opdracht. Hierdoor was volgens het Hof onrechtmatig gehandeld tegenover de potentiële gegadigden voor de opdracht, waaronder de eiser: de eventuele gegadigden zouden na lezing van de aankondiging wellicht van inschrijving hebben kunnen afgezien en dus mogelijk zijn benadeeld. Daarnaast achtte het Hof van cruciaal belang dan met de naleving van de Richtlijn Werken belangen zijn gemoeid die de openbare orde binnen de EG raken. Daarom werd de naleving van die richtlijn boven de belangen van de aanbestedder en de aannemer aan wie de opdracht was gegund, gesteld. Het Hof stelde dat de aanbestedder het project slechts mocht verwezenlijken nadat alsnog één van de in de Richtlijn Werken geregelde procedures was gevolgd. Het Hof sloeg bij het nemen van deze beslissing geen acht op de tevergeefs door de aanbestedder en de aannemer aan wie was gegund gevoerde verweren: toewijzing van het bevel tot aanbesteding betekende nog geen gunning aan de eiser; het feit dat de aanbestedder een forse schadevergoeding zou zijn verschuldigd aan de aannemer; het belang van de aanbestedder bij een snelle realisatie van de opdracht en het op kosten jagen van de aannemer en anderen in het kader van de nieuw te voeren aanbestedingsprocedure. Belangrijk hierbij was dat slechts een klein gedeelte van de opdracht was uitgevoerd en dat het noch voor de aanbestedder noch voor de 'zittende' opdrachtnemer draconische consequenties zou hebben indien het resterende gedeelte van de opdracht opnieuw zou worden aanbesteed.

41 Hoger beroep ingesteld.

42 BR 1996, p. 531.

In dezelfde lijn: het arrest van het Hof Arnhem 3 februari 1998.⁴³ Hier wordt het primair gevorderde gunninggebod afgewezen op basis van respectievelijk de contracteervrijheid van de aanbestedder, alsmede de onzekerheid of de eiser (de aanbieder) wel de economisch voordeligste aanbieding heeft gedaan. De subsidiaire vordering (bestaande uit een gebod tot heraanbesteding) acht het Hof wel toewijsbaar. Het Hof acht van doorslaggevende aard dat de aanbestedder bij de gehouden aanbesteding en de daarop gevolgde gunning in strijd met de Richtlijn heeft gehandeld. Daarnaast neemt het Hof in overweging dat de aanbestedder de mogelijkheid heeft opengehouden om de reeds gesloten overeenkomst tussentijds te beëindigen, indien het onderhavige kort geding ongunstig voor hem mocht verlopen. Bij afweging van de belangen van de aanbestedder, die voor extra kosten zal komen te staan, tegenover die van de aanbieder (de eiser) een faire kans te verkrijgen de opdracht te verwerven, dienen de belangen van de laatstgenoemde te prevaleren.

Ook in het volgende vonnis van de President Rechtbank Breda diende na een ernstige schending van de zorgvuldigheid die de aanbestedder tegenover de inschrijvers in acht behoorde te nemen,⁴⁴ het algemene belang te wijken voor het individuele belang van de inschrijver (de eiser).⁴⁵ De genoemde onrechtmatigheden worden als zeer ernstig aangemerkt en geven in beginsel reden tot een verbod om de uitkomsten van de gunningprocedure jegens de eiser (de inschrijver) te handhaven. Bij de belangenafweging wordt enerzijds in aanmerking genomen dat de eiser bij toepassing van de voorkeurslijst zeer grote commerciële schade zal lijden en anderzijds de belangen van de gedaagden, bestaande uit financiële kosten en vertraging. Uitkomst van deze afweging is zoals gezegd dat onder de gegeven omstandigheden het algemene belang dient te wijken voor het bijzondere belang van de eiser: het subsidiair gevorderde verbod om, zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure te hebben gehouden op basis van objectieve en verifieerbare criteria, ter zake van de levering van incontinentiematerialen Modelovereenkomsten met andere fabrikanten of importeurs te sluiten of daaraan uitvoering te geven, wordt toegewezen.⁴⁶

43 BR 1999, p. 78. Hoger beroep van Pres. Rb. Zwolle 17 januari 1997, KG 1997, 99.

44 Te weten intransparantie en ongelijke behandeling: de gedaagden (de aanbestedder) bedienen als zorgverzekeraars grotendeels het zuiden van Nederland. In het verzekeringspakket behoren onder meer medische hulpmiddelen, waaronder incontinentiematerialen. Bij het afnemen van deze zorgmaterialen werken de gedaagden met zogenaamde voorkeurslijsten. Per 1 januari 2000 wensen de gedaagden nog slechts te contracteren met drie fabrikanten/importeurs. Daartoe is een aanbesteding gehouden en is de eiser geen overeenkomst aangeboden.

45 Pres. Rb. Breda 27 maart 2000, KG 2000, 93.

46 De primaire vordering van de eiser de door hem aangeboden producten op de voorkeurslijst te zetten wordt afgewezen, omdat onduidelijk is hoe de voorkeurslijst zal gaan uitvallen wanneer een aanbestedingsprocedure op de juiste wijze zal zijn afgewikkeld. Hoger beroep ingesteld.

Een vonnis dat haaks op het eerder genoemde arrest van het Hof Den Haag staat, is dat van de President Rechtbank Utrecht 6 juli 1999.⁴⁷ Het feit dat enerzijds werd erkend dat de aanbesteder met gunning van het werk uit de hand in strijd met de Richtlijn Werken en onrechtmatig jegens een (potentiële) gegadigde had gehandeld, mocht de benadeelde gegadigde anderzijds niet baten. Zijn vorderingen – bestaande uit een bevel tot stilleggen van de werkzaamheden en tot (her)aanbesteding – konden na afweging van alle betrokken belangen niet worden toegewezen. Hier werd wel belang toegekend aan argumenten als dat het onzeker was of bij een bevel tot (her)aanbesteding het werk aan de benadeelde gegadigde zal moeten worden gegund; het feit dat de reeds gesloten aannemingsovereenkomst enkel met aanzienlijke schade tussentijds kon worden beëindigd; het maatschappelijk belang dat met de activiteiten van de aanbesteder was gemoeid en de concrete gevolgen van het bevel tot heraanbesteding en stillegging van het werk. De aanbesteder werd slechts in de proceskosten veroordeeld.

Ook in het volgende vonnis viel een belangenafweging bij een onregelmatige aanbesteding in het voordeel van de aanbesteder uit.⁴⁸ De onregelmatigheid bestond in casu hieruit dat tekort was geschoten op het vlak van de samenstelling van het bestek en de beoordeling van de geschiktheid. Inmiddels was reeds op basis van deze onregelmatig verlopen aanbestedingsprocedure een overeenkomst gesloten. Primair werd een gunningbevel gevorderd en subsidiair een bevel tot heraanbesteding. Centraal stond de vraag of de opdracht alsnog aan de eisers moest worden verstrekt of dat wellicht opnieuw een aanbestedingsprocedure moest worden gevolgd. Beide vorderingen werden uiteindelijk afgewezen. Het gunningbevel omdat niet voldoende aannemelijk was geworden dat de eisers meer dan de aannemer aan wie was gegund aan de gunningcriteria voldeden. De afwijzing van de vordering tot heraanbesteding werd gebaseerd op de volgende argumenten: het inmiddels gegund zijn van de opdracht en de met het oog op de uitvoering reeds gedane aanzienlijke investeringen en de daaruit voortvloeiende schade indien de aanbesteder geen gevolg zou geven aan de overeenkomst; de aanzienlijke vertraging in geval van heraanbesteding; het feit dat gesteld noch gebleken was dat de betrokken aannemer op de gunning aan hem invloed had gehad of dat hij wist of moest weten dat sprake was van een onregelmatige gunning; de omstandigheid dat niet was gebleken dat de eisers met het oog op de uitvoering reeds omvangrijke investeringen hadden gedaan, respectievelijk door de gunning aan de aannemer ernstige problemen zouden ondervinden en tenslotte de mogelijkheid voor de eisers

47 BR 1999, p. 990.

48 Pres. Rb. Middelburg 4 september 1998, BR 1999, p. 982. Andere voorbeelden die passen in deze denklijn (het niet laten prevaleren van de belangen van de inschrijver) zijn: Pres. Rb. Arnhem 1 september 1995, BR 1996, p. 674 nt. E.H. Pijnacker Hordijk, alsmede Pres. Rb. Arnhem 4 februari 2000, KG 2000, 64. Bij beide vonnissen wordt in het bijzonder gewezen op de belangenafwegingen.

om in een bodemprocedure eventuele schade als gevolg van het handelen van de aanbesteder te vorderen.⁴⁹

3.3.3 Fictief werk

Een aparte alternatieve schadevergoedingsvorm werd gevorderd in de arbitrage die leidde tot de stellige uitspraak van de RvA dat 'fictief werk' nimmer kan worden toegewezen. Dat wil zeggen: men kan niet van een aanbesteder verlangen dat een inschrijver in de toekomst zal worden behandeld als ware het werk aan de inschrijver gegund, op regelmatige wijze uitgevoerd en opgeleverd. Werkervaring kan niet worden vervangen door fictieve werkervaring, mede gelet op de bij de aanbesteding en uitvoering van toekomstige werken betrokken belangen van derden, waaronder de mede-inschrijvers op de aan te besteden werken.⁵⁰

4 Conclusie

Wanneer de jurisprudentie betreffende de alternatieve schadevergoedingsactie bij onregelmatige aanbestedingen in ogenschouw wordt genomen, kan niet anders worden geconcludeerd dan dat deze schadevergoedingsactie over het algemeen genomen in Nederland naar tevredenheid functioneert. Zowel de RvA als de gewone rechter zijn in staat om de belangen van alle betrokkenen op een evenwichtige wijze tegen elkaar af te wegen en zijn indien nodig bereid om de normschending ongedaan te maken. Het ongedaan maken van een normschending kan op verschillende manieren worden bewerkstelligd. Zo kan een verbod van gunning aan een bepaalde partij worden uitgesproken, maar ook geboden tot heraanbesteding, het uitstellen van de gunning van een contract, het alsnog toelaten van een partij tot een aanbesteding, het gebod om een contract alsnog te gunnen aan een gelaedeerde of het opzeggen van een gesloten contract zijn opties. Donders pleitte eind jaren tachtig al voor terughoudendheid bij het toewijzen van vorderingen strekkende tot een alternatieve schadevergoeding.⁵¹ Hij meende dat voor toewijzing van een dergelijke vordering alleen plaats was indien aan de volgende voorwaarden was voldaan: de gunning dient te zijn verkregen als gevolg van een door de aannemer aan wie is gegund gepleegde onrechtmatige daad ten opzichte van de gepasseerde inschrijver, de aanbesteder moet jegens de gepasseerde inschrijver een wanprestatie hebben gepleegd en de redelijkheid en de billijkheid moeten zich

49 Zie voor een helder commentaar op dit vonnis ook I.L. Kortenbach-Buys, *Consequenties van onregelmatigheden bij de beoordeling van aanbestedingen*, NTER 1999, p. 3.

50 RvA 22 januari 1992, Nos. 70.030 en 70.032, BR 1992, p. 422 nt. N.J.M. Donders.

51 RvA 26 januari 1989, Nos. 13.704 en 13.713, BR 1989, p. 552 nt. N.J.M. Donders.

niet anderszins verzetten tegen toewijzing van de vorderingen. De rechtspraak heeft met name deze laatste voorwaarde – met betrekking tot de redelijkheid en billijkheid – overgenomen. De door Donders gestelde eis voor de toewijzing van een alternatieve schadevergoeding dat de zittende contractant een onrechtmatige daad jegens de ten onrechte gepasseerde inschrijver moet hebben gepleegd, wordt daarentegen niet in de rechtspraak gehanteerd. Het hanteren van deze eis zou overigens bezwaarlijk zijn voor de gepasseerde inschrijver: op laatstgenoemde zou dan de bewijslast ten aanzien van de beweerdte onrechtmatigheid komen te rusten.

In het jurisprudentie-onderzoek is een onderscheid gemaakt, wat betreft de alternatieve schadevergoedingsactie, tussen de fase voorafgaand aan het sluiten van het contract en de fase daarna. Het meest problematisch voor alle betrokkenen is de alternatieve schadevergoedingsactie na het sluiten van het contract in gevallen waarin al uitvoering is gegeven aan het contract. Zie onder meer Hof Arnhem 3 februari 1998,⁵² Hof Den Haag 19 februari 1996,⁵³ RvA 15 juli 1992⁵⁴ en RvA 13 maart 2000.⁵⁵ In deze uitspraken viel de belangenafweging soms ten faveure van de benadeelde inschrijver en soms ten faveure van de aanbestedder uit. Een echte lijn is in de rechtspraak niet te ontdekken vanwege de grote verschillen tussen de gevallen. Het is daarom ook niet mogelijk aan te geven welke alternatieve schadevergoedingsactie de beste resultaten (voor wie?) lijkt te geven. Elke concrete situatie is weer anders en afgezien van het feit dat alle relevante belangen zorgvuldig zullen worden gewogen, kan geen enkele inschatting worden gemaakt over de kans van slagen van een dergelijke vordering. Wel kan de stelling worden betrokken dat hoe groter het maatschappelijk belang bij een ongestoorde uitvoering van een aanbestede opdracht is, hoe kleiner de kans van slagen van een alternatieve schadevergoedingsactie is. Mutatis mutandis geldt het laatste ook voor de feitelijke stand van zaken. Is een werk reeds in uitvoering dan zal een rechter of een arbiter niet snel genegen zijn om een alternatieve schadevergoedingsactie toe te wijzen.

Bij de alternatieve schadevergoedingsactie moeten verschillende belangen tegen elkaar worden afgewogen: het belang van de zittende contractant, het belang van de aanbestedder bij een regelmatig verloop van de aanbestede opdracht en het belang van de gelaedeerde bij het alsnog kunnen uitvoeren van de opdracht. In een dergelijk geval zal veel afhangen van de omstandigheden van het geval waarbij met name de maatschappelijke urgentie bij een snelle en ongestoorde uitvoering van de aanbestede opdracht een grote rol spelen. Uit de jurisprudentie van zowel de RvA als de gewone rechter blijkt dat deze afweging in het algemeen uitermate

52 BR 1999, p. 78.

53 BR 1996, p. 531.

54 No. 15.798, BR 1993, p. 157.

55 No. 22.025 (nog niet gepubliceerd).

zorgvuldig en genuanceerd geschiedt. Een verschil in aanpak tussen de RvA enerzijds en de gewone rechter anderzijds lijkt er niet te zijn.⁵⁶ De Nederlandse wetgever heeft daarom nog geen zwaarwegende reden om de mogelijkheid die de rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665/EEG biedt om de schadevergoeding na het sluiten van een overeenkomst resulterend uit een onregelmatig verlopen aanbesteding, tot geld te beperken.

Anders dan de alternatieve schadevergoedingsactie bij onregelmatige aanbestedingen verdient de rechtsbescherming bij aanbestedingen ons inziens wel aandacht van de wetgever. Met name het *Alcatel*-arrest zou de wetgever moeten aansporen om te bezien of het huidige stelsel van rechtsbescherming bij aanbestedingen de toets der kritiek kan doorstaan. Hiermee doelen wij niet alleen op de feitelijke vormgeving van de rechtsbescherming in Nederland maar ook op de functie hiervan. Rechtsbescherming dient namelijk niet alleen de belangen van een gelaedeerde maar evenzeer de belangen van een aanbesteder en de belangen van degene die een aanbesteed contract uitvoert. Zowel de aanbesteder als de zittende contractant willen zekerheid dat er rechtmatig is gehandeld, zodat zij tijdens de uitvoering van het contract niet meer kunnen worden verrast door schadevergoedingsacties. Idealiter zou een gunningbesluit na verloop van tijd formele rechtskracht moeten krijgen waardoor het als het ware rechtens onaantastbaar is geworden en betrokkenen dienen uit te gaan van de rechtmatigheid van dat gunningbesluit. Om een dergelijke situatie te bereiken zou het Nederlands aanbestedingsrecht naar analogie van het mededingingsrecht fundamenteel moeten worden herzien, welk onderwerp echter buiten het bereik van deze bijdrage valt.⁵⁷ De alternatieve schadevergoedingsactie, waar het in deze bijdrage om draait, noopt echter niet tot een dergelijke herziening. Integendeel, de jurisprudentie laat zien dat niet alleen geld gelukkig kan maken.

56 Hierbij moet wel worden aangetekend dat de RvA bij het ingrijpen in lopende contracten een mindere terughoudendheid betracht dan de gewone rechter.

57 Wanneer wordt gesproken over formele rechtskracht gaan de gedachten al snel uit naar beschikkingen die besluiten zijn in de zin van de Awb. Aangezien niet elke aanbesteder een bestuursorgaan zal zijn is het niet goed mogelijk om, zonder speciale wettelijke maatregelen, de rechtsbescherming bij aanbestedingen geheel op bestuursrechtelijke leest te schoeien. Een en ander kan wellicht opgelost worden door de rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht een geheel eigen wettelijke grondslag te geven waardoor kan worden bereikt dat elk gunningbesluit binnen een bepaalde periode na het nemen daarvan ter toetsing kan worden voorgelegd aan een daartoe bevoegde rechter.

Aanbesteding en offertekostenvergoeding

1 Inleiding

De schrijvers van de voorafgaande bijdragen aan dit boek zijn allen uitgegaan van de vooronderstelling dat één of meer ondernemingen, die deelnemen aan een aanbestedingsprocedure, nadeel lijden als gevolg van normschendend gedrag van de aanbesteder. Een deel van dat nadeel zou dan kunnen bestaan uit de kosten die ondernemingen hebben gemaakt in het kader van hun deelname aan de aanbestedingsprocedure, in het bijzonder de kosten ter voorbereiding van hun offertes. Dergelijke offertekosten – ook wel rekenkosten of calculatiekosten genaamd – worden echter in *iedere* aanbestedingsprocedure gemaakt, hetgeen de vraag doet rijzen of de betrokken ondernemingen vergoeding daarvan óók zouden kunnen verlangen, indien er géén sprake is van normschendend gedrag van de aanbesteder. Dat is de centrale vraag waarop ik in deze bijdrage zou willen ingaan.

Velen zullen geneigd zijn die vraag ontkennend te beantwoorden, wanneer het voorbeeld wordt genoemd van de offertekosten die worden gemaakt door een leverancier van een gestandaardiseerd product, een werk of een dienst. De inspanningen die deze onderneming in een aanbestedingsprocedure zal leveren, zijn in de regel gering en bestaan uit niet veel meer dan het maken van een rekensom met behulp van standaard prijs- of tarieflijsten.¹ Dat ligt echter al een slag anders wanneer de aanbesteder om een op zijn specifieke behoefte toegesneden product, werk of dienst vraagt. Niet zelden zullen de leveranciers, dienstverleners of aannemers in zo'n geval moeten overgaan tot het berekenen van de kosten, die in een later stadium met het ontwikkelen van het specifieke werk of product of de specifieke dienst gemoeid zullen zijn. In een dergelijk voorbeeld zijn de

* C.E.C. Jansen is als universitair hoofddocent verbonden aan de vakgroep privaatrecht en aan het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de KU Brabant. Hij is tevens werkzaam als part-time bedrijfsjurist bij de afdeling juridische zaken van de Koninklijke Volker Wessels Stevin N.V. te Rotterdam.

1 In de bouwsector ligt dat overigens niet zo eenvoudig als in andere sectoren. De architect maakt een directiebegroting, de verschillende aannemers een inschrijfbegroting. Alle partijen moeten daarvoor in feite dezelfde werkzaamheden verrichten. Recent is bepleit om te werken met een basisbegroting die zou kunnen worden opgesteld door een onafhankelijk bouwkostenadviesbureau. Die basisbegroting bevat dan een hoeveelhedenbegroting, een materiaalbegroting en de staartkosten. De aannemers behoeven dan enkel nog de begroting af te prijzen. Het bestedingsproces zou daardoor efficiënter, transparanter en objectiever kunnen verlopen, aldus A.C. Klein Gunnewiek, *Basisbegroting bespaart tijd en kosten bij aanbesteding*, Cobouw 1 augustus 2000.

offertekosten van de verschillende ondernemingen hoger dan in het eerder genoemde voorbeeld. De ontwikkelingskosten zelf worden in het voorbeeld echter pas gemaakt nadat de aanbesteder de opdracht aan een onderneming heeft gegund.² Dat behoeft overigens niet altijd het geval te zijn. Om voor sommige opdrachten een realistische offerte te kunnen doen, is het soms nodig dat een deel van de ontwikkelingskosten reeds gedurende de aanbestedingsprocedure wordt gemaakt. De meest spectaculaire voorbeelden van de laatste jaren zijn ongetwijfeld te vinden in de railinfrastructuurbouw. Daar investeren bouwcombinaties tijdens een aanbestedingsprocedure die enkele maanden kan duren, miljoenen guldens in het maken van een bouwontwerp, dat vervolgens als basis fungeert voor hun uiteindelijke prijsoffertes.³ Net als voor iedere andere aanbestedingsprocedure geldt, kan er ook in een dergelijk voorbeeld maar één onderneming met de opdracht gaan strijken en een poging doen de offertekosten met het uitvoeren daarvan terug te verdienen. De andere ondernemingen blijven in beginsel met die aanzienlijke kosten zitten. Hier zullen velen zich afvragen of een verplichting van de aanbesteder tot vergoeding van deze kosten niet op de een of andere manier in het recht kan worden gefundeerd.⁴

Ik zou in deze bijdrage als volgt te werk willen gaan. In de eerste plaats wil ik proberen de verschillende soorten kosten in beeld te brengen, die ik in het voorgaande steeds heb aangeduid met het containerbegrip 'offertekosten' (paragraaf 2). Zoals uit de bovenstaande voorbeelden moge blijken, varieert de aard en de omvang van die kosten van geval tot geval. Vervolgens wil ik de vraag aan de orde stellen of het eigenlijk wel *wenselijk* is dat ondernemingen de tijdens een aanbestedingsprocedure gemaakte offertekosten van de aanbesteder vergoed krijgen (paragraaf 3). Op die vraag – vooral economisch, maar ook juridisch van principieel belang – zal men een antwoord moeten geven, alvorens aan een onderzoek naar een mogelijke rechtsgrond van zo'n vergoedingsplicht te kunnen toekomen (paragraaf 4). Vooral bij de beoordeling van de wenselijkheid van de vergoedings-

2 En zij worden derhalve ook alléén gemaakt door de onderneming die de opdracht in de wacht heeft gesleept.

3 Vergelijk Cobouw 13 oktober 2000, *Aannemers HSL tekenen zich arm*, waarin wordt gesteld dat de drie consortia die op dat moment nog in de race waren voor de aanleg van de bovenbouw van de HSL-Zuid, gezamenlijk inmiddels zo'n 60 miljoen gulden aan teken- en rekenwerk hadden geïnvesteerd.

4 Zie over de verandering in opvatting hieromtrent bijvoorbeeld J.M.J.F. Houben, *De Europese markt als brughoofd voor de bouwindustrie*, inaugurele rede Erasmus Universiteit Rotterdam 1992, p. 14-15. Toegegeven moet worden dat bij dergelijke grote infrastucturele projecten, die op basis van design & construct worden aanbesteed, in de regel vaste ontwerpkostenvergoedingen door de aanbesteder aan de offerende bouwcombinaties worden aangeboden. Aan die vergoeding ligt dan evenwel een overeenkomst ten grondslag die de aanbesteder onverplicht is aangegaan. Bovendien is er inderdaad sprake van een *vergoeding*, die veelal slechts een fractie bedraagt van de ontwikkelingskosten die in werkelijkheid zijn gemaakt door de betrokken ondernemingen.

plicht zal ik nog bezien of het zinvol is een onderscheid te maken naar de aard en de omvang van de in een aanbestedingsprocedure gemaakte offertekosten.

2 Het containerbegrip ‘offertekosten’

Wat dient nu precies te worden verstaan onder het begrip ‘offertekosten’ binnen de context van een aanbestedingsprocedure? Ik denk dan aan alle kosten die worden gemaakt door leveranciers van producten, werken en diensten, voorzover die kosten verband houden met hun deelname aan die aanbestedingsprocedure. Anders gezegd: het gaat om kosten die door een producent of dienstverlener niet zouden zijn gemaakt wanneer deze niet aan de aanbestedingsprocedure zou hebben deelgenomen.⁵

Welke kosten maakt een onderneming wanneer deze deelneemt aan een aanbestedingsprocedure? Om deze vraag goed te kunnen beantwoorden, moet allereerst een onderscheid worden gemaakt tussen de verschillende typen aanbestedingsprocedures die in Nederland kunnen worden gevolgd:

1. de openbare procedure;
2. de niet-openbare procedure;
3. de procedures van gunning via onderhandelingen, al dan niet met voorafgaande bekendmaking.

Dit zijn de ‘bekende’ aanbestedingsprocedures die hun oorsprong vinden in de Europese aanbestedingsrichtlijnen.⁶ Gesteld dat de aanbesteder verplicht is de opdracht voor de levering van een product, de realisatie van een werk of het verrichten van een dienst ‘Europees’ aan te besteden, dan is hij vrij dat te doen op basis van de openbare dan wel de niet-openbare procedure. Slechts in uitzonderingsgevallen mag hij de onderhandelingsprocedures gebruiken.⁷ Wanneer de aanbesteder niet is gebonden aan de Europese richtlijnen, zal hij niet zelden opteren voor een aanbestedingsprocedure die in feite overeenkomt met één van

5 Ik zou op deze plaats nog niet te zeer vooruit willen lopen op normatieve onderscheidingen die in de juridische literatuur zijn gemaakt met de bedoeling verschillende typen vergoedbare en niet vergoedbare offertekosten van elkaar te onderscheiden. Ik volsta hier met een verwijzing naar paragraaf 3.3.3.

6 Zie de Richtlijnen Diensten (92/50/EEG), Leveringen (93/36/EEG) en Werken (93/37/EEG), alle gewijzigd door Richtlijn 97/52/EG, alsmede de Richtlijn Nutssectoren (93/38/EEG), gewijzigd door Richtlijn 98/4/EG.

7 Dat geldt overigens weer niet voor opdrachten die worden aanbesteed onder de Richtlijn Nutssectoren. In dat geval is de aanbesteder namelijk vrij om te kiezen uit de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de procedure van gunning via onderhandelingen.

de reeds genoemde Europese procedures.⁸ Ik zou derhalve van *die* procedures willen uitgaan in het verdere verloop van mijn betoog.⁹

Wat zijn dan precies de offertekosten die een onderneming maakt wanneer zij deelneemt aan een *openbare* procedure? Allereerst zijn dat de kosten met betrekking tot de aanschaf van de door de aanbesteder opgestelde documentatie. Het belang van deze documenten is gelegen in het feit dat zij de geïnteresseerde ondernemingen een inzicht geven in de selectie- en gunningscriteria waaraan zij zullen moeten beantwoorden, willen zij een serieuze kans maken op het verwerven van de opdracht. Daarmee komt meteen een tweede kostenpost in beeld. De aanbestedingsdocumenten worden door de ondernemingen geanalyseerd ten einde na een bedrijfseconomische afweging te kunnen beslissen of het zinvol is mee te dingen naar het verwerven van de aanbestede opdracht. Ook aan dat proces zijn voor de onderneming kosten verbonden. Besluit de onderneming inderdaad om verder deel te nemen aan de aanbestedingsprocedure, dan zullen vervolgens kosten worden gemaakt ten behoeve van het opstellen van documenten waarmee kan worden aangetoond dat de onderneming als zodanig voldoet aan de door de aanbesteder gestelde selectiecriteria. Die documenten vormen bij de openbare procedure immers onderdeel van de prijsaanbieding. Voorts maakt de onderneming nog kosten bij het opstellen van de documenten die het hart van haar prijsaanbieding vormen en die door de aanbesteder worden getoetst aan de gunningseisen. Enerzijds gaat het dan om documenten waarmee wordt aangegeven met welke oplossing de onderneming voornemens is aan de in de markt uitgezette vraag te voldoen. Anderzijds betreft het documenten die dienen ter onderbouwing van het prijskaartje dat aan de aangeboden oplossing hangt. Ten slotte moeten nog de kosten worden genoemd die in het kader van de zogenaamde post-inschrijvingsonderhandelingen worden gemaakt. Het gaat dan om de kosten die worden gemaakt door de onderneming die als 'winnaar' uit de bus is gekomen en die van de aanbesteder

8 Met name in de bouwsector zijn deze procedures van oudsher sterk ontwikkeld en zelfs vastgelegd in gestandaardiseerde reglementen, zoals het UAR 1986 en het UAR-EG 1991.

9 Uiteraard komt het in de praktijk ook regelmatig voor dat een 'aangebesteder' een prijsofferte vraagt aan slechts één onderneming. Vervolgens wordt een andere onderneming om een prijsofferte voor dezelfde opdracht gevraagd, niet zelden onder overlegging van de informatie die de 'aangebesteder' heeft verkregen van de eerste onderneming. Hier is mijns inziens niet langer meer sprake van een aanbestedingsprocedure. Bij een aanbestedingsprocedure heeft de aanbesteder er voor te zorgen dat de voorwaarden waaronder de ondernemingen hun prijsoffertes moeten uitbrengen, voor alle ondernemingen zo veel mogelijk gelijk zijn. Ik zal dit afwijkende scenario dan ook niet verder bespreken en volsta hier met een verwijzing naar M.A.M.C. Van den Berg, Plas-Valburg in de toekomstige tijd, in: B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu wat worden zal, Liber amicorum H.C.F. Schoordijk*, Deventer 1991, p. 16, en dezelfde, Van 'alles of niets' tot gedeelde draaglast in de precontractuele fase, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer 1997, p. 21.

een verzoek tot wijziging of aanvulling van zijn aanbieding heeft ontvangen.¹⁰ Resumerend worden in het kader van een openbare procedure de volgende offertekosten gemaakt:

1. aanschafkosten aanbestedingsdocumenten;
2. analysekosten vraag;
3. besliskosten met betrekking tot verdere deelname aan de procedure;
4. prekwalificatiekosten;
5. ontwikkelingskosten aangeboden oplossing;
6. prijscalculatiekosten;
7. onderhandelingskosten post-inschrijving.

Ook wanneer een onderneming meedingt naar een opdracht in het kader van een *niet-openbare* procedure, zal zij in de regel dezelfde kosten maken. Een belangrijk verschil is echter dat elke onderneming, die na de analyse van de vraag eenmaal heeft beslist om aan de verdere procedure deel te nemen, bij een openbare procedure zowel de onder (4) als de onder (5) en (6) bedoelde kosten zal maken. Bij deelname aan een niet-openbare procedure ligt dat evenwel anders: daar maakt de onderneming eerst de prekwalificatiekosten, waarna het vervolgens van de beslissing van de aanbesteder afhankelijk is, of die onderneming aan het verdere verloop van de procedure mag deelnemen. Alleen in het bevestigende geval maakt die onderneming vervolgens ook ontwikkelings- en prijscalculatiekosten.¹¹

Bij een procedure van *gunning via onderhandelingen* ligt de zaak wat gecompliceerder. Vooropgesteld moet worden dat in een dergelijke procedure wederom de hierboven weergegeven kostenposten (1) tot en met (4) door de geïnteresseerde ondernemingen zullen worden gemaakt. Vervolgens beslist de aanbesteder welke ondernemingen zich prekwalificeren voor de zogenaamde overlegfase.¹² Het is mogelijk dat in die fase reeds een deel van de onder (5) genoemde kosten worden gemaakt. Aan het einde van de overlegfase beslist de aanbesteder welke van de geprekwalificeerde ondernemingen worden uitgenodigd

10 Vergelijk bijvoorbeeld art. 27 UAR-EG 1991. De gemeenschappelijke verklaring van de Raad en de Commissie ad art. 7 lid 4 Richtlijn Werken (PbEG 1994, L 111/114) lijkt zulks uit te sluiten, doch ik meen dat het standpunt van Pijnacker Hordijk en Van der Bend in deze kan worden onderschreven. De concurrentie tussen de inschrijvers is op dat moment uitgespeeld. Men moet er echter voor waken dat de wijzigingen of aanpassingen niet zo ver gaan dat daarmee buiten de kaders van de oorspronkelijk aanbestede opdracht wordt getreden. Zie E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht*, tweede druk, 's-Gravenhage 1999, p. 340 e.v. De genoemde onderhandelingskosten kunnen dus slechts worden gemaakt door de 'winnende inschrijver' en vormen dus geen onderdeel van de offertekosten die door de overige aan de openbare procedure deelnemende ondernemingen worden gemaakt.

11 En ook hier geldt weer dat eventuele kosten met betrekking tot de post-inschrijvingsonderhandelingen alleen worden gemaakt door de 'winnende' onderneming.

12 Zie bijvoorbeeld de artikelen 45 en 46 UAR-EG 1991.

tot het doen van een prijsaanbieding. De daartoe uitgenodigde ondernemingen maken vervolgens weer de hierboven onder (5) en (6) genoemde ontwikkelings- en prijscalculatiekosten. Na de inschrijving zullen er kosten met betrekking tot de post-inschrijvingsonderhandelingen worden gemaakt, hetgeen eventueel opnieuw gepaard kan gaan met het maken van de onder (5) en (6) genoemde kosten. Wat de post-inschrijvingsonderhandelingen betreft, is er een verschil met de openbare en de niet-openbare procedure: niet alleen kan de aanbesteder met meer dan één offerende onderneming post-inschrijvingsonderhandelingen voeren,¹³ maar is ook het voorwerp van die onderhandelingen anders en ruimer van aard bij de hier beschreven procedure. Dat betekent dat bij een procedure van gunning via onderhandelingen de onderhandelingskosten meeromvattend zullen zijn dan bij een (niet-)openbare procedure.¹⁴

3 De wenselijkheid van een vergoedingsplicht voor offertekosten

3.1 Inleiding

Juristen zijn vooral geïnteresseerd in het antwoord op de vraag of er eigenlijk wel een *rechtsgrond* voor een vergoedingsplicht kan worden gevonden¹⁵ en houden zich minder bezig met de vraag of het eigenlijk wel *wenselijk* is dat ondernemingen, die in het kader van een voor hen minder gelukkig afgelopen aanbestedingsprocedure tevergeefs offertekosten hebben gemaakt, voor een vergoeding van die kosten in aanmerking zouden moeten komen. De vraag naar de rechtsgrond lijkt echter alleen dan zinvol, wanneer we inzicht hebben verkregen in de economische gevolgen van de aanvaarding of afwijzing van zo'n vergoedingsplicht. De kernvraag luidt dan ook: Wie zou economisch gezien – dat wil zeggen: vanuit een oogpunt van efficiënte kostenallocatie – de meest aangewezen partij zijn om de in paragraaf

13 Post-inschrijvingsonderhandelingen met meerdere inschrijvers tegelijk zijn echter niet toegestaan wanneer de bestekken waarop de inschrijvers zich hebben moeten baseren, inhoudelijk aan elkaar gelijk zijn, zie bijvoorbeeld art. 47 lid 4 UAR-EG 1991.

14 Kosten met betrekking tot post-inschrijvingsonderhandelingen zullen bij een (niet-)openbare procedure bovendien in de regel alleen worden gemaakt door de onderneming die de opdracht uiteindelijk ook in de wacht sleept. Bij een procedure van gunning via onderhandelingen ligt dat anders, nu die kosten daar immers door meer dan één onderneming kunnen worden gemaakt.

15 Die vraag wordt dan in de regel afwijzend beantwoord. Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp II (2001) nr. 160. Vergelijk ook H.A. Groen en M.A. van Wijngaarden, *Enige opmerkingen over precontractuele verhoudingen in de bouw*, BR 1970, p. 723-729. Anderen hebben daarentegen wel degelijk aandacht gevraagd voor de bedrijfseconomische kant van deze problematiek, vooral voorzover die problematiek in de bouwsector speelt. Vergelijk in dit verband bijvoorbeeld A.M. Biegman-Hartogh, *Kostenvergoeding bij precontractuele verhoudingen in de bouw*, BR 1972, p. 157, alsmede W.J. Slagter, *Mededingingsrecht in de bouw*, BR 1975, p. 246. Zie ook M.A.M.C. van den Berg, *Samenwerkingsvormen in de bouw*, diss. Tilburg 1990, Bouwrechtmonografieën nr. 8, Deventer 1991, nr. 345.

2 onderscheiden offertekosten voor diens rekening te nemen?¹⁶ Alvorens nader op die vraag in te gaan, zou ik eerst willen nagaan wie die kosten in de praktijk *uiteindelijk draagt* wanneer deze hetzij aan de aanbesteder hetzij aan de offererende ondernemingen zouden worden toegerekend.

3.2 Wie betaalt uiteindelijk de offertekosten?

Wanneer men zou aanvaarden dat op de aanbesteder een vergoedingsplicht behoort te rusten ten aanzien van de offertekosten die zijn gemaakt door de ondernemingen die tevergeefs aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen, dan staat daarmee nog niet vast dat die kosten uiteindelijk ook uit de zak van de aanbesteder zelf zullen worden betaald. In directe zin geldt de aanbesteder weliswaar als betaler van die kosten, doch indirect zullen zij worden gedragen door de afnemers van de producten, werken of de diensten die de aanbesteder op zijn beurt weer aan het publiek aanbiedt.¹⁷

Anders ligt het, wanneer men een vergoedingsplicht van de aanbesteder zou afwijzen. In dat geval namelijk zullen de ondernemingen, aan wie de aanbestede opdracht niet wordt gegund, die kosten in eerste instantie zelf moeten dragen. Met name wanneer het economische tij gunstig is en er voldoende vraag naar producten, werken en diensten is, zal een onderneming de offertekosten die in het kader van gemiste opdrachten zijn gemaakt, doorbelasten in de algemene kosten van de opdrachten die wél worden verworven.¹⁸ In dat geval worden de in het kader van de ene aanbestedingsprocedure tevergeefs gemaakte offertekosten betaald door de aanbesteder van een andere opdracht.¹⁹ Laatstgenoemde zal die kosten weer doorberekenen aan de afnemers van de door *die* aanbesteder aangeboden producten,

16 Het lijkt er op dat deze problematiek in de economische wetenschap nog maar weinig aandacht heeft gekregen, hetgeen toch verbazingwekkend mag worden genoemd. Vergelijk E. Van Damme, *Aanbesteding en veilingmechanismen: Economische theorie en toepassingen*, studie uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken en verschenen in de onderzoeksreeks directe Marktwerking van het Onderzoekcentrum Financieel Economisch Beleid, Rotterdam 1997, p. 127. Van Damme zelf beveelt nader onderzoek aan, Van Damme, a.w., p. 130.

17 Hetzelfde geldt voor de offertekosten van de onderneming aan wie na de aanbesteding de opdracht wordt gegund. Zij zal die kosten in haar offerte hebben verdisconteerd en deze door uitvoering van de opdracht terugverdienen. Onder 'afnemers' versta ik nadrukkelijk ook 'belastingbetalers'. Denk bijvoorbeeld aan de kosten die door Rijkswaterstaat worden gemaakt om een snelweg aan te leggen en die via de Motorrijtuigenbelasting (deels) worden betaald door diegenen die over een auto beschikken en gerechtigd zijn om op die weg rijden.

18 En zo hoort het ook volgens A. Hendriks, *De prijsvorming in het bouwbedrijf*, diss. Amsterdam 1957, p. 307; N. Cortlever, *De N.V. 1957-1958*, p. 112; N. De Vreeze, *Beraadslagingen over het preadvies van W.J. Slagter*, BR 1987, p. 87.

19 Zie ook Bieganman-Hartogh, t.a.p. (noot 15), p. 157. In kritische zin Slagter, t.a.p. (noot 15), p. 241 en 246, die in dit verband spreekt van 'parasiteren'. Hij herhaalde zijn kritiek in *Aanbestedings- en mededingingsrecht in de bouw, stand van zaken*, BR 1997, p. 185, op p. 186. Vergelijk ook Van den Berg, a.w. (noot 15), nr. 345 en de annotatie in *fine* van N.J.M. Donders bij Ktr. Zaandam 29 september 1994, BR 1996, p. 443.

werken of diensten. Laat de economische vraag echter te wensen over, dan zal een onderneming haar tevergeefs gemaakte offertekosten minder snel opnemen in de algemene kosten van de opdrachten die wél worden verworven. Dat zou de concurrentiepositie van die onderneming immers niet ten goede komen.²⁰ De druk van de concurrentieverhoudingen kan er derhalve toe leiden dat tevergeefs gemaakte offertekosten uiteindelijk bij de onderneming blijven liggen, wanneer men een vergoedingsplicht van de aanbesteder niet zou aanvaarden.²¹

3.3 *Wie zou de offertekosten behoren te dragen?*

3.3.1 Inleiding

Ik ben me er van bewust dat bij de beantwoording van deze vraag mede een rol kan spelen het onderscheid tussen de verschillende soorten offertekosten die in een aanbestedingsprocedure door een onderneming kunnen worden gemaakt.²² Voorzover dat onderscheid relevant kan zijn voor die beantwoording, kom ik daar zodadelijk nog op terug.²³ Bij de analyse van de wenselijkheid van een vergoedingsplicht kan voor een deel echter van het genoemde onderscheid worden geabstraheerd en kunnen bepaalde uitspraken worden gedaan die in feite gelden voor alle kostenposten die onderdeel uitmaken van het containerbegrip 'offertekosten'.

Naar mijn mening kan de vraag naar de wenselijkheid van een vergoedingsplicht in het kader van een aanbesteding niet worden afgedaan met eenvoudige one-liners als 'de kosten gaan voor de baat uit'²⁴ of 'de kosten dienen zo veel mogelijk te worden gedragen door degene die ze oproept'.²⁵ Met het eerstgenoemde economische principe wordt immers voorbijgegaan aan het gegeven dat ondernemingen die deelnemen aan een aanbesteding soms zeer aanzienlijke voorinvesteringen moeten plegen. Dergelijke investeringen kunnen niet worden afgewimpeld met

20 Zie hierover D. Spekkink, *Prestatiebeginsel en aanbiedingskosten. Naar een aanpak voor de verrekening van aanbiedingskosten bij aanbesteding volgens het prestatiebeginsel*, Stichting Bouwresearch, Rotterdam 1998, p. 17.

21 Vergelijk Van den Berg, a.w. (noot 15), nr. 345.

22 Zie voor een analyse van die verschillende kostenposten paragraaf 2 hierboven.

23 Zie paragraaf 3.3.4.

24 Zie L. Hardenberg, *De onderhandeling, enkele beschouwingen over de zogenaamde precontractuele verhouding*, WPNR 4971 (1967), p. 471-472. In dezelfde zin G. Schrans, *Precontractuele verhoudingen naar Belgisch recht*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1967, p. 25. Zie ook Groen en Van Wijngaarden, t.a.p. (noot 15), p. 727. Ook de gedachte dat offertes worden uitgebracht op basis van 'no cure no pay' beschouw ik als een toepassing van dit beginsel, zie Asser-Thunnissen 5-III (1994) nr. 734.

25 Afhankelijk van welk van deze twee economische principes men ondersteunt, komt men tot een verschillende beantwoording van de vraag of een vergoedingsplicht van de aanbesteder zou moeten worden aangenomen.

een verwijzing naar dat principe.²⁶ Dat geldt zeker in een klimaat waarin de overheid het zogenaamde 'innovatief aanbesteden' stimuleert. In plaats van een vraag in de markt te zetten waaraan meteen al tot in details vastgelegde oplossingen worden gekoppeld die enkel nog van een prijs behoeven te worden voorzien, beperkt de overheid zich steeds vaker tot het in louter functionele termen formuleren van haar vraag, om vervolgens de markt de keuzevrijheid te laten voor wat betreft het aanbieden van gedetailleerde en geprijsde oplossingen. Deze nieuwe inkoopmethode van de overheid verbreedt weliswaar de concurrentiemogelijkheden van de markt²⁷ maar vraagt anderzijds aanzienlijk meer van die ondernemingen op het vlak van offertekosten.

Ook het tweede economische principe, dat kosten zoveel mogelijk dienen te worden gedragen door degene die die kosten oproept, lijkt mij onvoldoende fijnmazig om onverkort te worden toegepast op offertekosten die in een aanbestedingsprocedure tevergeefs worden gemaakt.²⁸ In sommige gevallen gaat het om hele kleine bedragen en zullen de te vergoeden kosten geringer zijn dan de kosten die gemoeid zijn met zowel het effectueren van de vergoedingsplicht als de daarmee gepaard gaande administratieve lasten. Bovendien gaat het principe eraan voorbij dat zowel de financiële positie van de aanbesteder als van degenen die direct dan wel indirect door de inkoop van producten, werken en diensten worden geraakt, niet in alle gevallen door de tevergeefs gemaakte offertekosten gebaat zullen zijn. De wenselijkheid van de vergoedingsplicht van de aanbesteder wordt naar mijn mening juist mede bepaald door tegenover het maken van offertekosten de directe en indirecte opbrengsten daarvan te plaatsen. Dat kan men doen zowel vanuit een economische als een juridische invalshoek.

3.3.2 Economische invalshoek: efficiënte kostenallocatie

De inkoop van producten, werken of diensten door middel van een aanbesteding genereert transactiekosten. Transactiekosten zijn *alle* kosten – inclusief (tevergeefs) gemaakte offertekosten – die worden gemaakt om bijvoorbeeld de levering van een product door één van de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen aan de aanbesteder te realiseren. Van een economisch optimale

26 Ook aanbesteders realiseren zich dat. Het komt steeds vaker voor dat zij de ondernemingen, die tijdens de aanbestedingsprocedure dergelijke ingrijpende investeringen plegen, een tegemoetkoming in de kosten aanbieden. Zie in dit verband ook Spekkink, a.w. (noot 20), p. 14.

27 De prijs geldt dan immers niet meer als de enige concurrentiefactor.

28 Verwant aan dit economische principe is mijns inziens het juridische 'toedoencriterium', dat voor sommigen een op zichzelf staand argument vormt om een vergoedingsplicht van aanbesteders voor tevergeefs gemaakte offertekosten in de bouw aan te nemen. Vergelijk in dit verband H.J. de Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, diss. VU 1992, nr. 310, alsmede de bespreking van diens gedachten op dit punt door M.A.B. Chao-Duivis, *Vrijheid en aansprakelijkheid van (pre)contractuele partijen*, BR 1994, p. 565, op 576.

inkoop is sprake wanneer een zo goed mogelijk product tegen zo laag mogelijke kosten wordt ingekocht.²⁹ Anderzijds moet er voor worden gewaakt dat 'goedkoop' niet uitmondt in 'duurkoop'.³⁰ Niet alleen de *ex ante* maar ook de *ex post* transactiekosten dienen zo laag mogelijk te zijn.³¹ Verlaging van transactiekosten kan worden bereikt door de kosten, die in het kader van het inkoopproces worden gemaakt, zo efficiënt mogelijk te alloceren over diegenen die bij de inkoop van het product betrokken zijn. Efficiënte kostenallocatie kan worden bereikt door bepaalde kosten toe te delen aan diegene bij wie de meeste incentives aanwezig zullen zijn om die kosten vervolgens zoveel mogelijk te beperken. Vanuit dat perspectief bezien, kan de vraag worden gesteld hoe en aan wie de tevergeefs gemaakte offertekosten zouden moeten worden toegeedeeld.

In paragraaf 3.2 heb ik gesteld dat de in een aanbestedingsprocedure tevergeefs gemaakte offertekosten *uiteindelijk* zullen worden afgewenteld op de afnemers van de producten, werken of diensten die de aanbesteder op zijn beurt weer in de markt zet, ongeacht of men een vergoedingsplicht van de aanbesteder ter zake die kosten zou aanvaarden. Daaraan mag men echter niet de conclusie verbinden dat het antwoord op de vraag, hoe die offertekosten *primaire* gealloceerd dienen te worden – dat wil zeggen: toedeling aan hetzij de aanbesteder hetzij de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen – *derhalve* niet zo relevant zou zijn. Aanbesteders zijn in de regel immers vooral overheidsinstanties dan wel nauw aan de overheid gerelateerde instanties, die producten, werken en diensten inkopen met geld dat afkomstig is van de belastingbetaler.³² Dat laatste aspect vormt de logische verklaring voor het feit dat overheidsgoederen met behulp van een *aanbestedingsprocedure* worden ingekocht. De overheid draagt immers de verantwoordelijkheid voor een zo *doelmatig* mogelijke besteding van de publieke

29 Van Damme, a.w. (noot 16), p. 2, 13, 55-56.

30 Van Damme, a.w. (noot 16), p. 11, 13, 16-18, 23, 62-63 en 70-71.

31 Het inkopen van producten, werken of diensten door middel van een aanbesteding zal initieel weliswaar tot een verlaging van de transactiekosten leiden, doch de kans bestaat dat er in de aanbestedingsfase sprake is geweest van een te hoge concurrentiedruk. Dat zou negatief kunnen uitpakken in de fase waarin het inkoopcontract wordt uitgevoerd en de onderneming, aan wie de aanbestede opdracht is gegund, de overeengekomen prijs onder druk probeert te zetten. Vergelijk in dit verband H. Lingard, W. Hughes en E. Chinyio, *The Impact Of Contractor Selection Method on Transaction Costs: A Review*, Journal of Construction Procurement 1998, p. 89 op 90-91. De schrijvers maken een onderscheid tussen *ex-ante* en *ex-post* transactiekosten, waarbij onder de eerste categorie de kosten worden geschaard die samenhangen met 'tendering, negotiating and writing the contract'. De tweede categorie kosten kunnen ontstaan tijdens de uitvoering van het contract en of tijdens het afwickelen van geschillen die samenhangen met die uitvoering.

32 Vergelijk Van Damme, t.a.p. (noot 16), p. 16 en met name p. 62. De overheid streeft het maximaliseren van de sociale welvaart na. Die bestaat volgens Van Damme 'uit de som van het consumentensurplus en de winsten van de producenten waarbij rekening houdend dient te worden met het feit dat overdrachten die via de overheid verlopen niet welvaartsneutraal zijn. Er zijn immers kosten verbonden met het effectueren van deze overdrachten.'

middelen.³³ Dat zo zijnde, hebben de afnemers van de producten, werken of diensten die de aanbesteder op zijn beurt in de markt zet, wel degelijk belang bij een *efficiënte allocatie* van die offertekosten, omdat daardoor – zoals hierboven reeds werd gesteld – een *verlaging* van de totale transactiekosten kan worden bewerkstelligd die die afnemers indirect ten goede komt.

Het moge duidelijk zijn dat er twee stelsels van offertekostenallocatie denkbaar zijn. In de eerste plaats is dat het huidige stelsel, waarbij de tevergeefs gemaakte offertekosten niet door de aanbesteder worden vergoed en waarbij iedere onderneming die kosten doorberekent in de algemene kosten van de opdrachten die *wel* worden verworven. In het tweede, alternatieve stelsel betaalt de aanbesteder de offertekosten die de ondernemingen tevergeefs hebben gemaakt in het kader van hun deelname aan de door die aanbesteder geïnitieerde aanbestedingsprocedure. De vraag, welk stelsel de meest efficiënte offertekostenallocatie teweegbrengt, is onlosmakelijk verbonden met de vraag bij wie van beide partijen de meeste incentives aanwezig zullen zijn om de offertekosten zo veel mogelijk te beperken.

De primaire beslissing *om* offertekosten te maken alsmede de secundaire beslissing *in welke mate en omvang* offertekosten zullen worden gemaakt, liggen volledig bij de ondernemingen die overwegen aan een aanbestedingsprocedure deel te nemen. Zij kunnen voor zichzelf ook het beste beoordelen of het zin heeft aan een procedure deel te nemen en binnen welke marges het nog verantwoord is om in dat kader kosten te maken. Zouden zij de tevergeefs gemaakte offertekosten echter *zonder enige begrenzing* kunnen verhalen op de aanbesteder, dan zou hen daarmee de prikkel worden ontnomen om de eerdergenoemde beslissingen op een verantwoorde wijze te nemen. Dat zou zelfs kunnen leiden tot het ongewenste verschijnsel van ‘aanbestedingstoerisme’, waarbij het genereren van omzet door middel van deelname aan aanbestedingsprocedures een doel op zichzelf wordt. Het zou bovendien betekenen dat er extra kosten zouden moeten worden gemaakt in het kader van de administratie en de betaling van de offertekostenvergoedingen. Dat zou al met al tot een verhoging van transactiekosten kunnen leiden waar noch de aanbesteder noch diens afnemers bij zijn gebaat. Met het bestaande stelsel van allocatie van tevergeefs gemaakte offertekosten wordt die ongewenste situatie voorkomen. Het ontbreken van een vergoedingsplicht prikkelt de aan een aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen om die kosten zo beperkt mogelijk te houden of zelfs helemaal niet te maken.

Het huidige stelsel van offertekostenallocatie heeft echter ook een keerzijde. Het feit dat in dat stelsel geen vergoedingsplicht op de aanbesteder rust, neemt niet weg dat hij wel degelijk offertekosten zal betalen zodra hij tot gunning van de aanbestede opdracht aan één van de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende

33 Zie over het (financiële) doelmatigheidsbeginsel ook H. Nijholt, *Ontwikkelingen in het nationale overheidsaanbestedingsrecht; toekomstig aanbestedingsbeleid*, BR 1997, p. 213 op p. 225.

ondernemingen is overgegaan. Het betreft dan enerzijds de offertekosten die die onderneming heeft gemaakt in het kader van de zojuist ‘gewonnen’ aanbestedingsprocedure. Anderzijds zijn in haar algemene kosten *ook* de offertekosten verdisconteerd die zij tevergeefs tijdens *andere* aanbestedingsprocedures heeft gemaakt. Het huidige stelsel legt niet echt een prikkel bij die onderneming om *die* kosten buiten haar offerte te houden. Integendeel, toerekening aan de algemene kosten wordt juist als een vanzelfsprekende consequentie van dat stelsel beschouwd.³⁴ Weliswaar zal de onderneming onder de druk van de concurrentieverhoudingen die in iedere nieuwe aanbestedingsprocedure bestaat, maat moeten houden bij het in haar offerte verdisconteren van eerder gemaakte offertekosten, maar zij kan er anderzijds niet tot in lengte van dagen mee blijven doorgaan die kosten voor zich uit schuiven. Het voorgaande betekent dat ook het huidige stelsel – net als het hierboven kritisch beschreven alternatieve stelsel, waarin ondernemingen hun tevergeefs gemaakte offertekosten bij de aanbesteder in rekening kunnen brengen – tot een verhoging van transactiekosten leidt. Ook hier betreft het dan weer een verhoging met een kostencomponent waar noch de aanbesteder noch diens afnemers bij zijn gebaat.

In het verlengde van het voorgaande kan nog een aanvullend bezwaar met betrekking tot het huidige stelsel van offertekostenallocatie worden geformuleerd. De aanbesteder heeft in dat stelsel namelijk onvoldoende *inzicht* in en *invloed* op de aard en omvang van de offertekosten die hij aan de ‘winnende onderneming’ betaalt en die door die onderneming in het kader van deelname aan eerdere aanbestedingen tevergeefs zijn gemaakt. Het valt ook moeilijk in te zien hoe iets aan dat bezwaar kan worden gedaan binnen de kaders van het bestaande stelsel. Dat is een groot voordeel van het alternatieve stelsel, waarin de aanbesteder alleen die offertekosten vergoedt die ondernemingen tevergeefs hebben gemaakt doordat ze aan de door die aanbesteder geïnitieerde aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen. Inherent aan die vergoedingsplicht is immers dat die kosten voor hem inzichtelijk worden gemaakt waardoor kostenbewustheid wordt gecreëerd. Dat legt bij hem voorts een prikkel om in de toekomst het inkoopproces op die kostenfactor projectspecifiek te sturen, bijvoorbeeld door het type aanbestedings*procedure* te variëren of door in meer of juist in mindere mate gebruik te maken van een innovatieve vorm van aanbesteding.³⁵ Dat betekent vervolgens weer dat de

34 Zie bijvoorbeeld de in noot 18 aangehaalde auteurs.

35 De aanbesteder kan er voor zorgen dat de offertekosten laag zullen uitvallen wanneer hij kiest voor de niet-openbare procedure en daarbij dan een vraag in de markt zet die reeds voorzien is van gedetailleerd uitgewerkte oplossingsrichtingen die door de geprekwalificeerde ondernemingen enkel nog van een prijs behoeven te worden voorzien. Kiest hij daarentegen voor de openbare procedure in combinatie met een innovatieve aanbestedingsvorm, dan zullen niet alleen de aanschafkosten, de vraaganalysekosten, de besliskosten en de prekwalficatiekosten hoog uitvallen, maar zullen vooral ook de kosten met betrekking tot de ontwikkeling van de aan te bieden oplossingen, gelet op het ongelimiteerde aantal ondernemingen dat aan de procedure kan meedoen, tot hoge

aanbesteder beter in staat zal zijn om invloed uit te oefenen op zijn concurrentiepositie als aanbieder van producten, werken en diensten. Veel belangrijker is nog dat – in het alternatieve stelsel van offertekostenallocatie – in de transactiekosten voor de levering van de producten, het werk of de diensten alleen *die* kosten zijn opgenomen die met die levering verband houden, zodat zowel de aanbesteder als diens afnemers verschoond zullen blijven van kosten die voor hen geen enkel nut hebben gehad.

Vooropgesteld dat er een oplossing kan worden gevonden voor de nadelen die aan het alternatieve stelsel kleven³⁶ – waarover ik in paragraaf 3.3.4 nog kom te spreken – krijg ik toch sterk de indruk dat met dat stelsel een efficiëntere offertekostenallocatie zou kunnen worden bereikt, die uiteindelijk zelfs zou kunnen resulteren in een verlaging van transactiekosten,³⁷ dan wanneer men vast blijft houden aan het huidige stelsel. Vanuit het oogpunt van efficiënte kostenallocatie zou ik dan ook een vergoedingsplicht van de aanbesteder ter zake tevergeefs gemaakte offertekosten willen bepleiten. Ik besef terdege dat dat grote woorden zijn en dat de voorgaande onderbouwing nauwelijks het predikaat ‘economische analyse’ mag dragen.³⁸ Economisch vervolgonderzoek is zeer zeker noodzakelijk, waarbij voorgaande hypothesen bijvoorbeeld aan de hand van een model worden getoetst.³⁹

Ik wil er op wijzen dat het voorgaande geen toepassing is van het eerder genoemde economische principe dat kosten zoveel mogelijk dienen te worden gedragen door degene die die kosten oproept. De aanvaarding van een vergoedingsplicht wordt vooral gemotiveerd vanuit de gedachte dat niet alleen de aanbesteder maar vooral ook diens afnemers niet moeten worden geconfronteerd met kosten die voor hen *geen nut* hebben gehad. Omgekeerd betekent dat dan, dat zij in principe alleen die kosten dienen te dragen waarvan gezegd kan worden dat ze

transactiekosten leiden. Vergelijk de uiteenzetting van de offertekostencomponenten in paragraaf 2. Overigens moet worden opgemerkt dat bij een keuze voor de innovatieve aanbestedingsvorm de ontwikkelingskosten weliswaar tot een stijging van de offertekosten zullen leiden, doch de transactiekosten als geheel nemen weer af doordat de aanbesteder, anders dan bij traditionele aanbestedingsvormen het geval is, minder kosten maakt bij het *in de markt zetten* van zijn vraag. Anderzijds nemen de transactiekosten weer toe doordat de aanbesteder meer kosten zal maken bij het *analyseren* van de in de innovatieve aanbestedingsprocedure aangeboden oplossingen.

36 Namelijk (1) het ontbreken van een prikkel voor de ondernemingen om op een verantwoorde wijze beslissingen te nemen met betrekking tot het maken van offertekosten en (2) het genereren van extra kosten als gevolg van het administreren en betalen van offertekostenvergoedingen.

37 In zijn analyse van de Beschikking van de Europese Commissie inzake *Samenwerkende Prijsregelende Organisatie*, 5 februari 1992, PbEG 7 april 1992, L 92/1, stelt ook Van Damme dat het niet op voorhand is uit te sluiten dat toerekening van de offertekosten aan het aanbestede bouwproject de totale transactiekosten en de totale prijs per project zou kunnen reduceren en efficiëntieverhogend zou kunnen werken, zie Van Damme, a.w. (noot 16), p. 131 en 133.

38 Ik troost me echter met de gedachte dat in de juridische literatuur, voor zover daarin handhaving van het huidige stelsel wordt bepleit, evenmin een overtuigende op economische argumenten gebaseerde motivering is terug te vinden.

39 Zie ook noot 16.

er *wel baat* bij hebben gehad.⁴⁰ Dat brengt mij op een volgend aanvullend argument voor de aanvaarding van een vergoedingsplicht ter zake tevergeefs gemaakte offertekosten.

3.3.3 Juridische invalshoek: vermogensverschuiving

Het is al vaker opgemerkt dat de aanbesteder in zekere zin voordeel kan hebben van het feit dat (de aan een aanbestedingsprocedure deelnemende) ondernemingen offertekosten maken en dat dat een rechtvaardiging zou kunnen betekenen voor een vergoedingsplicht (van de aanbesteder) voor tevergeefs gemaakte offertekosten.⁴¹ Ik zou daar om te beginnen de volgende twee kanttekeningen bij willen maken. Gelet op het voorgaande denk ik in de eerste plaats dat de aanbesteder kan worden beschouwd als degene die *direct* voordeel geniet van het feit dat de offertekosten worden gemaakt. *Indirect* zijn het echter de afnemers van de producten, werken of diensten die door de aanbesteder worden aangeboden. In de tweede plaats is de aard van het voordeel dat ik in de voorgaande analyse in beeld heb geprobeerd te brengen (namelijk: efficiënte kostenallocatie resulterend in nutsmaximalisatie op macro-niveau) van een andere orde dan het voordeel waarop door de meeste juridische auteurs wordt gedomd (namelijk: vermogensverschuiving op micro-niveau). Daarmee wordt de discussie omtrent de onderbouwing van de wenselijkheid van een vergoedingsplicht langzaam maar zeker verplaatst van het economische naar het juridische vlak: het gegeven dat Partij A kosten maakt die Partij B ten goede komen, vormt voor de jurist de aanleiding om op zoek te gaan naar een rechtsgrond voor een vergoedingsplicht van Partij B jegens Partij A.⁴²

Wat opvalt is dat bij die zoektocht door verschillende auteurs een economisch onderscheid wordt gemaakt tussen vergoedbare en niet vergoedbare offertekosten, waar dan vervolgens een normatieve waarde aan wordt toegekend. Niet vergoedbare offertekosten zijn de zogenaamde *zuivere acquisitiekosten* die voor de baat uitgaan. Voor vergoeding komen alleen in aanmerking de *voorbereidings- of uitvoeringskosten* die de aanbesteder tot voordeel strekken.⁴³ Ik zou de volgende kanttekeningen

40 Ook dat houdt nog steeds niet de toepassing in van het eerder genoemde principe dat kosten zoveel mogelijk dienen te worden gedragen door degene die ze heeft opgeroepen. Niet alle offertekosten die door de aanbesteder worden opgeroepen, behoeven per definitie immers kosten te zijn waardoor hij of zijn afnemers zijn gebaat.

41 Zie bijvoorbeeld de hierna nog te bespreken publicaties van Biegman-Hartogh, Nieskens-Isphording en Van den Berg.

42 Vergelijk B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg, Deventer 1991, p. 133-134 en Van den Berg, t.a.p. (noot 9), p. 24.

43 Zie bijvoorbeeld over het onderscheid tussen 'zuivere offertekosten' en 'voordeelkosten' Biegman-Hartogh, t.a.p. (noot 15), p. 157. Nieskens-Isphording spreekt in dit verband van 'kosten-vóór-de-baat' en 'kosten-van-uitvoering', a.w. (noot 42), p. 133-134. Van den Berg hanteert het onderscheid tussen 'zuivere acquisitiekosten' en 'kosten die strekken tot voorbereiding of uitvoering van de

bij dat normatieve onderscheid willen plaatsen. In de eerste plaats merk ik op dat deze schrijvers zich vooral hebben gebogen over de vergoeding van kosten die worden gemaakt in de precontractuele fase in meer algemene zin, zonder de kwestie in de specifieke context van een aanbesteding te plaatsen.⁴⁴ Dat heeft er vervolgens toe geleid dat zij het containerbegrip offertekosten niet zo gedetailleerd hebben ontleed als ik dat in paragraaf 2 hierboven heb kunnen doen. Desalniettemin denk ik dat, als zij dat wel zouden hebben gedaan, zij sommige van de door mij onderscheiden kostencomponenten als 'kosten voor de baat' of 'zuivere acquisitiekosten' zouden betitelen. Ik denk dan in het bijzonder aan de *prijscalculatiekosten*.⁴⁵ Onduidelijk is hoe zij de *ontwikkelingskosten* zouden kwalificeren die ondernemingen in het kader van een innovatieve aanbesteding maken, wanneer zij niet alleen een prijs moeten aanbieden maar ook een oplossing voor de door de aanbesteder geformuleerde vraag moeten ontwikkelen.⁴⁶ Het meest duidelijk is Biegman-Hartogh, die in het verleden heeft opgemerkt dat wanneer de ene aannemer tekeningen en berekeningen maakt en de aanbesteder vervolgens kiest voor het ontwerp van een andere aannemer, er sprake is van 'zuivere offertekosten' die niet voor vergoeding in aanmerking komen. Pas wanneer de aanbesteder de tekeningen en berekeningen van de ene aannemer gebruikt om het werk te laten uitvoeren door een ander, zou er sprake zijn van een situatie waarin de aanbesteder *voordeel* heeft gehad van de voorbereidingswerkzaamheden van de eerste aannemer.⁴⁷

prestatie zelf', zie Van den Berg, t.a.p. (noot 9), p. 18, en Van den Berg, t.a.p. (noot 9), p. 23.

44 Van den Berg doet dat overigens wel, maar gaat daarbij vooral uit van de situatie dat de in een aanbesteding verkregen (prijs)informatie door de aanbesteder wordt doorspeeld aan een derde, die op zijn beurt een prijsaanbieder mag uitbrengen *buiten de aanbesteding om*. Gegeven die bijzondere omstandigheden onderzoekt hij een eventuele vergoedingsplicht van de aanbesteder jegens de onderneming, die op grond van de uitkomsten van de aanbestedingsprocedure voor de opdracht in aanmerking had moeten komen. Die situatie heb ik zoals gezegd in deze bijdrage niet op het oog.

45 Zie paragraaf 2 hierboven, in het bijzonder kostencomponent 6. Vergelijk Van den Berg, t.a.p. (noot 9), p. 24: 'Dat calculatiekosten ook bij een eerlijke competitie onbeloond kunnen blijven, hoort typisch tot het risico van een partij aan de aanbodzijde'. Vergelijk ook Biegman-Hartogh, t.a.p. (noot 15), p. 158-159. Ook Akkermans en Pijnacker Hordijk lijken hier in beginsel van uit te gaan, zie paragraaf 2.5 van hun bijdrage aan dit boek onder gevaltype b.

46 Zie paragraaf 2 hierboven, in het bijzonder kostencomponent 5.

47 Biegman-Hartogh, t.a.p. (noot 15), p. 158. Het is met name deze laatste situatie die ook Van den Berg in zijn beschouwingen voor ogen heeft gehad. Hij onderkent dat het hier om werkzaamheden gaat die strekken tot voorbereiding van de uiteindelijk beoogde prestatie zelf en dat de wederpartij door die werkzaamheden de beschikking krijgt over waardevolle informatie, zie Van Berg, t.a.p. (noot 9), p. 24-25. Anderzijds verbindt ook hij daaraan niet de conclusie dat het hier *dus* om kosten gaat die ook bij een *normaal* verlopen aanbestedingsprocedure voor vergoeding in aanmerking zouden behoren te komen. Nieskens-Isphording lijkt ontwikkelingskosten duidelijk te beschouwen als kosten die voor de baat uitgaan, t.a.p. (noot 42), p. 133. Pas wanneer de onderneming echt kosten gaat maken ter uitvoering van het nog niet gesloten contract, ziet zij reden voor het aannemen van een vergoedingsplicht, t.a.p. (noot 42), p. 134. Van den Berg en Nieskens-Isphording gebruiken voorbeelden die betrekking hebben op kleine verbouwingen geïnitieerd door kleine particulieren en consumenten.

Opvallend is dat Biegman-Hartogh destijds leek te veronderstellen dat de kosten, die ik eerder als ontwikkelingskosten heb aangeduid, in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen (in een aanbesteding die zonder normschending verloopt, zo vul ik het maar even in) *omdat de aanbesteder daar geen voordeel van heeft gehad*. Daar denkt men tegenwoordig toch een slag anders over, zo is mijn indruk. Het concept 'innovatief aanbesteden' is door de overheid juist geïntroduceerd om voordelen te bereiken die de meer traditionele aanbestedingsvormen niet bieden. Door meer gebruik te maken van het vermogen van de markt om met innovatieve oplossingen te komen, wordt de aanbesteder het voordeel geboden om zijn inkoopbeslissing niet louter meer op het statische prijs criterium te baseren maar ook tal van andere aspecten in zijn overwegingen te kunnen betrekken, hetgeen uiteindelijk tot een economisch efficiëntere inkoop van producten werken en diensten zou moeten leiden.⁴⁸ Aan die wijze van aanbesteden is mijns inziens nu juist inherent dat de door de ene onderneming aangeboden oplossing voor de aanbesteder cruciaal is om te kunnen beoordelen of een door een andere onderneming aangeboden oplossing de meeste voordelen voor hem biedt. De tijdens een aanbestedingsprocedure door de verschillende ondernemingen gemaakte ontwikkelingskosten leveren de aanbesteder derhalve wel degelijk voordelen op.⁴⁹ Bovendien is hij in staat om de aard en omvang van die kosten zelf te beïnvloeden door de wijze waarop hij de opdracht aanbesteedt.⁵⁰ Ik zou al met al dan ook menen dat een aanbesteder *die kosten in ieder geval* zou moeten vergoeden.⁵¹ Maar ik zou zelfs een stap verder willen gaan.

Ik denk dat in de eerder aangehaalde juridische literatuur onvoldoende wordt onderkend dat een aanbesteder volgens de economische theorie óók gebaat kan

48 Vergelijk ook Van Damme, a.w. (noot 16), p. 55, die het onderzoek bespreekt van B. Sinclair-Desgagné, *On the regulation of procurement bids*, Economic Letters 33 (1990) 229-232: 'Het totale surplus (en daarmee ook het deel dat aan de koper toekomt) is groter als zoveel mogelijk beslissingsbevoegdheid aan de beter geïnformeerde verkopers ("de markt") wordt overgelaten.' Zie ook de resultaten van het uitvoerige onderzoek van de Universiteit van Reading over de voordelen van toepassing van Design & Build in de Engelse bouw, waaronder een gemiddelde kostenreductie van 13% ten opzichte van traditionele bouwprocesmethoden en een vergrote kans van 50% dat de totale transactiekosten binnen het budget blijven. Zie over dit onderzoek Spekkink, a.w. (noot 20), p. 18-19.

49 Ik wijs er voorts nog op dat de totale transactiekosten afnemen doordat de aanbesteder zelf geen kosten meer hoeft te maken in het kader van het opstellen van een gedetailleerde vraagspecificatie die reeds voorzien is van oplossingen die enkel nog moeten worden geprijsd door de ondernemingen. Anderzijds nemen de transactiekosten weer toe doordat de aanbesteder meer tijd en kennis zal moeten aanwenden om de verschillende aangeboden oplossingen te analyseren. Zie eerder ook hetgeen is opgemerkt in noot 35.

50 Zie in dit verband de aanvullende economische argumenten genoemd in paragraaf 3.3.2, in het bijzonder in voetnoot 35. Zie ook A.G.J. van Wassenae van Catwijk, *Hoe de aanbesteding is geregeld, een kwestie van vraag, aanbod en aanvaarding*, reeks Studiekring Drion, geschrift nr. 9, 1990, p. 36. Spekkink stelt dat 'de huidige knelpunten met betrekking tot de aanbestedingskosten bij aanbestedingen volgens het prestatiebeginsel met een getrappt selectieproces voor een belangrijk deel kunnen worden geëlimineerd', zie Spekkink, a.w. (noot 20), p. 15.

51 Zie overigens de kanttekeningen in paragraaf 3.3.4 hierna.

zijn door de 'zuivere offerte- of acquisitiekosten' die hij met het uitlokken van een aanbestedingsprocedure oproept.⁵² Door leveranciers, aannemers en dienstverleners te vragen met elkaar in concurrentie te treden, zet de aanbesteder de offertes van alle deelnemers aan de aanbestedingsprocedure onder druk. Dit prijsdrukkend effect is het belangrijkste voordeel dat de aanbesteder beoogt te bereiken met het organiseren van een aanbestedingsprocedure.⁵³ Onderzoek van het Ministerie van Economische Zaken heeft bijvoorbeeld uitgewezen dat met Europees aanbesteden besparingen van 20-30% mogelijk zijn.⁵⁴ Hoewel kwantitatief vervolgonderzoek op dit punt is gewenst,⁵⁵ denk ik dat mag worden geconcludeerd dat het oproepen van concurrentie door middel van een aanbesteding voor de aanbesteder financiële voordelen oplevert. Dat voordeel kan alleen worden gerealiseerd doordat de in de aanbestedingsprocedure betrokken ondernemingen wordt gevraagd om, onder druk van de concurrentieverhoudingen die inherent zijn aan een aanbesteding, *prestaties* te verrichten. Om die prestaties te kunnen verrichten, maken die ondernemingen kosten. De aard en omvang van de te leveren prestaties alsmede de daarmee verband houdende kosten kunnen door de aanbesteder zelf worden beïnvloed. Daarin zou naar mijn mening een aanvullend argument kunnen worden gevonden om ook sommige van de overige tevergeefs gemaakte offertekosten onder de vergoedingsplicht te scharen.⁵⁶ Ik zou daar echter wel een aantal kanttekeningen bij willen plaatsen.

3.3.4 De vergoedingsplicht per afzonderlijke offertekostencomponent bezien

In paragraaf 2 heb ik een onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten offertekosten die in het kader van een aanbestedingsprocedure gewoonlijk worden

52 Het betreft dan in beginsel alle overige offertekostencomponenten die ik in paragraaf 2 heb onderscheiden naast de component 'ontwikkelingskosten'. Zie ook hier echter de in paragraaf 3.3.4 gemaakte kanttekeningen.

53 Vergelijk ook de bespreking door Van Damme, a.w. (noot 16), p. 54, van het onderzoek van C.A. Holt, *Competitive bidding for contracts under alternative auction procedures*, J. Political Economy 88 (1980) 433-455.

54 Zie de discussienota *Europees aanbesteden: Haal pegels uit die regels*, Ministerie van Economische Zaken, 1 oktober 1999, p. 6, 7, 14-15 en 41-42. Kritisch over de financiële voordelen van Europees aanbesteden is J. Kerstens in Cobouw 11 april 2000, *Europees aanbesteden niet zaligmakend*. Onduidelijk is overigens of bij het bepalen van het genoemde percentage al rekening is gehouden met de administratieve lasten die gepaard gaan met het opzetten en afwickelen van een aanbestedingsprocedure. Die lasten verhogen immers weer de totale transactiekosten. Zie over deze lasten de aangehaalde discussienota, p. 40-41 en 53. In de bouwsector wordt geprobeerd om met behulp van het Europees Advertentiesysteem voor Bouwopdrachten (Eurasbo) onder andere op die kosten te besparen, zie Cobouw 19 september 2000, *Aanbestedingssysteem kan miljoenen besparen*.

55 Op p. 71 van de in de vorige noot aangehaalde discussienota wordt opgemerkt dat het gaat om beperkt onderbouwde indicaties en dat het aanbeveling verdient om op microniveau te onderzoeken wat de kosten en baten van Europees aanbesteden zijn.

56 Dat wil zeggen, de offertekosten anders dan de ontwikkelingskosten. Zie het overzicht vermeld in paragraaf 2. Zie ook de kanttekeningen hierna in paragraaf 3.3.4.

gemaakt. In de paragrafen 3.3.2 en 3.3.3 heb ik betoogd waarom de aanbesteder die kosten in beginsel zou moeten vergoeden wanneer ze zijn gemaakt door ondernemingen die vruchteloos aan een door hem geïnitieerde aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen. Ik zou in het navolgende per kostencomponent willen bezien in hoeverre er reden is om tot nuancering van dat beginsel over te gaan, waarbij die nuanceringen dan zoveel mogelijk consistent zouden moeten zijn met de argumentatielijnen die in de paragrafen 3.3.2 en 3.3.3 worden gevolgd.

Van een vergoedingsplicht met betrekking tot de eerste door mij onderscheiden categorie offertekosten – de kosten met betrekking tot de *aanschaf van de aanbestedingsdocumenten* – zou alleen sprake kunnen zijn wanneer aanbesteders die documenten niet kosteloos aan geïnteresseerde ondernemingen ter beschikking stellen. In de regel worden aanbestedingsdocumenten echter gratis verstrekt, zodat men dan niet aan een vergoedingsplicht toekomt. In gevallen waarin ondernemingen alleen door het ‘kopen van bestekken’ inzicht in de aanbestedingsdocumenten kunnen krijgen, probeert de aanbesteder vaak een drempel op te werpen tegen niet in de uitvoering van de opdracht geïnteresseerde pottenkijkers. De aanbesteder heeft daar immers geen enkel voordeel van. Integendeel, hij wordt slechts nodeloos op kopieerkosten gejaagd, hetgeen een transactiekostenverhogend effect zal hebben. Dat probleem lost men bepaald niet op met de introductie van een verplichting tot vergoeding van de genoemde aanschafkosten. Beter lijkt het om een systeem te ontwikkelen waarbij iedere geïnteresseerde onderneming gratis toegang kan krijgen tot de aanbestedingsdocumenten en waarbij de kosten voor de aanbesteder zo laag mogelijk blijven. Men zou in dit verband bijvoorbeeld kunnen denken aan het toegankelijk maken van aanbestedingsdocumenten via internet. In sommige sectoren wordt daar overigens al volop mee gewerkt.

Daarnaast denk ik dat de vierde in paragraaf 2 onderscheiden categorie offertekosten – de zogenaamde *prekwalificatiekosten* – voor een groot deel niet voor vergoeding in aanmerking zouden moeten komen. Ondernemingen die regelmatig aan aanbestedingen meedoen, hebben de documentatie waarmee hun geschiktheid voor het uitvoeren van de opdracht kan worden aangetoond in de regel standaard gereed liggen. Het opstellen van die documentatie is een prestatie die in het verleden zal zijn verricht onafhankelijk van de deelname aan een concrete aanbestedingsprocedure. Afhankelijk van de orderportefeuille en de verdere ontwikkeling van de onderneming zal die documentatie op gezette tijden worden geactualiseerd, waarbij ook die prestatie los kan worden gezien van de deelname aan een concrete aanbesteding. In een concrete aanbestedingsprocedure ondervindt de aanbesteder weliswaar profijt van die prestaties, maar dat geldt ook voor de andere aanbesteders die de betreffende onderneming tijdens een aanbesteding ontmoeten. Slechts wanneer in die procedure bijzondere, op het aanbestede project

toegesneden prestaties dienen te worden verricht in het licht van de prekwalificatie, zou ik *die* prestaties voor vergoeding in aanmerking willen laten komen.

Vraaganalysekosten, besliskosten met betrekking tot verdere deelname aan de procedure, *ontwikkelingskosten* alsmede *prijscalculatiekosten* zouden mijns inziens alleen moeten worden vergoed wanneer aan drie voorwaarden is voldaan. In de eerste plaats moet het gaan om kosten die zijn gemaakt door ondernemingen die een *geldige* prijsaanbieding hebben gedaan.⁵⁷ In de tweede plaats moet het gaan om *serieuze* prijsaanbiedingen, hetgeen bijvoorbeeld zou kunnen worden vastgesteld aan de hand van de vraag of er sprake is van een *passende* aanbieding.⁵⁸ Ongeldige en niet passende aanbiedingen leveren de aanbesteder geen enkel voordeel op. Het zou dan inconsistent zijn met de eerder gebruikte argumenten wanneer ondernemingen de ter zake gemaakte offertekosten vergoed zouden krijgen. Het stellen van deze twee voorwaarden draagt er voorts toe bij dat ‘aanbestedingstoerisme’ wordt ontmoedigd.⁵⁹ Een derde voorwaarde die aan de vergoeding van de genoemde kostencomponenten zou moeten worden gesteld, is dat het een vergoeding van *in redelijkheid* gemaakte kosten betreft. Denkbaar in dit verband is dat per bedrijfstak voor opdrachten van verschillende aard en omvang tot een zekere normering wordt gekomen, zodat ook de administratieve lasten die ontstaan door de introductie van een vergoedingsplicht, tot een minimum worden beperkt.⁶⁰

Met betrekking tot de laatste kostencomponent – de *post-inschrijvingsonderhandelingskosten* – zou ik ten slotte nog het volgende willen opmerken. Ik denk dat aan de onderneming aan wie de opdracht uiteindelijk wordt gegund, geen enkele vergoeding voor gemaakte offertekosten – welke dan ook – zou moeten worden toegekend. Die onderneming zal, wanneer zij een bedrijfseconomisch gezonde aanbieding heeft gedaan, over voldoende financiële marges beschikken om de gemaakte offertekosten terug te verdienen.⁶¹ Bij de openbare en de niet-openbare procedure worden de post-inschrijvingsonderhandelingen per definitie alleen gemaakt door de aanbieder die als eerste voor gunning van de opdracht in aanmerking zou komen. Daar speelt het probleem van de vergoedingsplicht terzake tevergeefs gemaakte onderhandelingskosten derhalve niet. Dat zou wel het geval

57 Vergelijk bijvoorbeeld art. 30 en art. 31 lid 2 UAR-EG 1991.

58 Vergelijk bijvoorbeeld art. 7 lid 3 sub a Richtlijn Werken alsmede art. 55 lid 1 sub a UAR-EG 1991. Over de uitleg van het begrip is inmiddels de nodige (arbitrale) jurisprudentie voorhanden.

59 Voor dat gevaar (in de bouwsector) werd reeds gewaarschuwd door de Commissie Aanbestedingswezen, *Aanbestedingswezen en prijsvorming*, 's-Gravenhage 1957, p. 28 en 34.

60 Ten tijde van de door de overheid geregementeerde mededingingsregelingen in de bouwsector vond een dergelijke normering in zekere zin reeds plaats door toepassing van Uniforme Prijsregulende Reglementen. Voor wat betreft de bouwsector werd nader onderzoek naar de in werkelijkheid gemaakte offertekosten al 10 jaar geleden bepleit door V.P. Kouwenhoven, C.J.J. van Steijn en M.J.F. van Waes, *Evaluatie Besluit Mededingingsregelingen in de bouwsector*, advies uitgebracht aan (en in opdracht van) het Ministerie van Economische Zaken, Amsterdam 1991, p. 54.

61 In dezelfde zin reeds de Commissie Aanbestedingswezen, a.w. (noot 59), p. 62.

kunnen zijn bij de procedure van gunning via onderhandelingen, waar de aanbesteder binnen bepaalde voorwaarden gerechtigd is om met meerdere inschrijvers tegelijk te onderhandelen.⁶² In dat geval zou de vergoeding zich mijns inziens moeten beperken tot (tevergeefs) *in redelijkheid* gemaakte onderhandelingskosten.

4 Mogelijke rechtsgronden voor de vergoedingsplicht

4.1 Inleiding

Met inachtneming van de kanttekeningen die ik in paragraaf 3.3.4 heb geplaatst, zou een aanbesteder mijns inziens de tijdens een door hem geïnitieerde aanbestedingsprocedure tevergeefs gemaakte offertekosten dienen te vergoeden. De vraag die dan rijst is, hoe we die vergoedingsplicht in het systeem van ons verbintenissenrecht zouden kunnen funderen.⁶³ Verscheidene auteurs hebben zich daarover in het verleden reeds het hoofd gebroken.⁶⁴ Ik heb een keuze moeten maken uit de verschillende bronnen van verbintenissen die eventueel in aanmerking zouden kunnen komen. Ik heb gekozen voor de precontractuele werking van de redelijkheid en billijkheid, omdat die in de literatuur van de afgelopen decennia de meeste aandacht heeft gehad (paragraaf 4.2). De figuur van de uitloving wil ik bespreken omdat die tien jaar geleden als oplossing voor de onderhavige problematiek is aangedragen zonder daarna ooit te zijn getoetst (paragraaf 4.3). Tot slot zou ik de overeenkomst als bron van de vergoedingsplicht willen bespreken, omdat daar naar mijn mening de oplossing ligt (paragraaf 4.5).⁶⁵ Zijdelings bespreek ik nog de in het verleden gestrande voorstellen inzake een wettelijke regeling van precontractuele verhoudingen (paragraaf 4.4).

4.2 Precontractuele werking van de redelijkheid en billijkheid

De aanbesteder beoogt door middel van de aanbestedingsprocedure te komen tot de selectie van een leverancier, een aannemer of een dienstverlener, met wie hij

62 Zie daarvoor eerder paragraaf 2, in het bijzonder noot 13.

63 Goudsmit heeft in het verleden de vraag wat de bron van zo'n vergoedingsverbintenis zou kunnen zijn, van weinig gewicht geacht. Zie J.J. Goudsmit, *Reglementen in het precontractuele stadium*, NJB 1974, p. 234.

64 Zie bijvoorbeeld Biegman-Hartogh, t.a.p. (noot 15); Slagter, t.a.p. (noot 15).

65 En om die reden bespreek ik de figuur van de ongerechtvaardigde verrijking niet (artikel 6:212 BW). Een verrijking mag immers niet ongerechtvaardigd worden genoemd indien zij op een rechtshandeling berust, zie Asser-Hartkamp III (1998) nr. 356. Zie over de ongerechtvaardigde verrijking in dit verband ook Hardenberg, t.a.p. (noot 24), p. 471; Biegman-Hartogh, t.a.p. (noot 15), p. 161; Slagter, t.a.p. (noot 15), p. 247; Van den Berg, a.w. (noot 15), nr. 408.

aan het einde van de procedure een overeenkomst hoopt te sluiten. Vanuit de optiek van die nog te sluiten overeenkomst bezien, is men lange tijd geneigd geweest de relatie tussen de aanbesteder en de verschillende ondernemingen die aan de aanbestedingsprocedure deelnemen, in de sleutel van de precontractuele goede trouw te plaatsen.⁶⁶ Dat leerstuk werd in het verleden door verschillende schrijvers te licht bevonden als mogelijk fundament voor een vergoedingsplicht van de aanbesteder jegens de ondernemingen, aan wie de opdracht uiteindelijk niet wordt gegund.⁶⁷ De ontwikkelingen in de rechtspraak, ingezet met het arrest *Plas/Valburg*, hebben daar weinig tot geen verandering in gebracht.⁶⁸ Tevergeefs zal men proberen de verhouding tussen de aanbesteder en de ondernemingen, aan wie de opdracht uiteindelijk niet wordt gegund, te positioneren binnen de tweede of misschien zelfs de derde door de Hoge Raad onderkende precontractuele onderhandelingsfase.⁶⁹

Dat de derde fase hier niet aan de orde is, moge duidelijk zijn. De teleurgestelde ondernemingen mogen er immers met de beste wil van de wereld niet op vertrouwen dat er, na het uitbrengen van hun offertes, enigerlei overeenkomst met hen zal worden gesloten.⁷⁰ Al deze ondernemingen zullen tot aan het moment van gunning beseffen dat er maar één kan winnen en dat de winstkansen kleiner worden naarmate er meer kapers op de kust zijn. Gelet op het criterium dat de Hoge Raad heeft geformuleerd voor wat betreft het toepassingsbereik van de derde fase, moet op basis van het voorgaande worden geconstateerd dat deze ondernemingen heel bewust het risico hebben genomen dat het maken van offertekosten achteraf tevergeefs zal blijken te zijn.

Daarmee is nog niet gezegd dat ook de tweede door de Hoge Raad onderkende fase buiten beeld raakt. Vooropgesteld moet worden dat het de aanbesteder vrij staat om de ondernemingen die hij wenst te passeren ten faveure van de inschrijver die zijn voorkeur geniet, ook daadwerkelijk te passeren.⁷¹ Daar staat de precontractuele werking van de goede trouw in de tweede fase niet aan in de weg, aangezien

66 Vergelijk bijvoorbeeld D.E. van Werven, Aanbestedings- en mededingingsrecht, in: M.A.M.C. van den Berg e.a. (red.), *Bouwrecht in kort bestek*, vierde druk, Deventer 2000, p. 323. Zie voor de aannemingsovereenkomst Biegman-Hartogh, t.a.p. (noot 15), p. 160; Slagter, t.a.p. (noot 15), p. 247; J. Rozemond, *Beraudslagingen over de preadviezen Aanbestedings- en mededingingsrecht in de bouw*, BR 1987, p. 94.

67 Vergelijk Biegman-Hartogh, t.a.p. (noot 15), p. 160, alsmede Slagter, t.a.p. (noot 15), p. 247.

68 HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723, BR 1983, p. 398. De *Plas/Valburg*-doctrine is in latere rechtspraak weliswaar genuanceerd, maar dat heeft voor de problematiek die onderwerp is van deze bijdrage geen inhoudelijke betekenis. Zie over die nuanceringen in de rechtspraak onder andere Van den Berg, t.a.p. (noot 9), p. 19-20.

69 Vergelijk ook opnieuw Slagter in diens bijdrage aan dit boek.

70 Dat geldt mijns inziens ook in het geval van een procedure van gunning via onderhandelingen, waarbij de aanbesteder met verschillende ondernemingen post-inschrijvingsonderhandelingen voert en uiteindelijk aan een van hen de opdracht gunt. De teleurgestelde ondernemingen zullen zich niet op het standpunt kunnen stellen dat de post-inschrijvingsonderhandelingen met de aanbesteder zich in de derde fase bevonden.

71 Vanzelfsprekend met inachtneming van de beginselen van aanbestedingsrecht, al dan niet gecodificeerd in een op de aanbestedingsprocedure van toepassing verklaard aanbestedingsreglement.

het organiseren van een aanbesteding voor de aanbesteder anders een zinledige aangelegenheid zou worden. Maar is het wellicht zo dat de aanbestedingsprocedure zich inmiddels in een zodanig stadium bevindt dat het naar huis sturen van de gepasseerde ondernemingen voor de aanbesteder *in de gegeven omstandigheden* niet meer vrijstaat, zonder de door die ondernemingen gemaakte offertekosten geheel of gedeeltelijk te vergoeden? Advocaat-generaal Biegman-Hartogh heeft er op gewezen dat er dan in feite een nieuwe vraag rijst, die door de Hoge Raad in *Plas/Valburg* onbeantwoord is gelaten.⁷² In de context van deze bijdrage luidt die vraag dan: Wat zijn die omstandigheden, op basis waarvan de aanbesteder verplicht wordt om de offertekosten van de afgewezen ondernemingen te vergoeden?⁷³

In zijn noot onder het arrest *Plas/Valburg* heeft Brunner de omstandigheid genoemd dat een onderneming op verzoek van de aanbesteder voorbereidingskosten heeft gemaakt, hoewel zij geen zekerheid heeft dat de opdracht hem zal worden gegund, maar hij er wel op mag vertrouwen dat zijn kans op gunning groot genoeg is om het maken van die kosten te rechtvaardigen. Los van de vraag dat niet duidelijk is welke kosten volgens Brunner precies onder die 'voorbereidingskosten' kunnen worden geschaard, zal toepassing van diens criterium in het kader van een openbare procedure, een niet-openbare procedure of een procedure van gunning via onderhandelingen iedere terecht gepasseerde onderneming weinig soelaas bieden. Immers, zelfs wanneer er maar twee ondernemingen in de race zijn en er derhalve voor ieder van hen sprake is van een kans op gunning van 50%, zal geen van tweeën er mijns inziens op mogen vertrouwen dat *die* kans op gunning groot genoeg is om het maken van voorbereidingskosten te rechtvaardigen.

Men zou bij het inkleuren van de omstandigheden die in de tweede fase aanleiding kunnen geven tot een vergoedingsplicht van de aanbesteder, ook kunnen terugvallen op het preadvies van Drion.⁷⁴ Een omstandigheid kan zijn dat de aanbesteder er mee doorgaat een of meer van de ondernemingen op kosten te jagen, terwijl hij eigenlijk al besloten heeft om de opdracht aan een andere onderneming te gunnen. Drion noemt voorts de omstandigheid dat de aanbesteder misbruik maakt van tijdens de onderhandelingen verkregen gegevens. Het moge zo zijn dat dergelijke omstandigheden aanleiding kunnen geven tot een strijd met ongeschreven normen, maar ik ben er in mijn eigen vraagstelling vanuit gegaan dat zulke omstandigheden zich nu juist *niet* voordoen. De enige omstandigheid die zich

72 Daarover kritisch Van den Berg, t.a.p. (noot 9), p. 27.

73 Indien dergelijke omstandigheden in het concrete geval niet kunnen worden geïdentificeerd, bevindt men zich nog in de eerste fase, waarin de aanbesteder binnen de grenzen van de beginselen van aanbestedingsrecht afscheid kan nemen van de ondernemingen, zonder tot enige vergoeding verplicht te zijn.

74 H. Drion, *Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht*, Preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1967-1968, p. 268.

voordoet is dat de aanbesteder, afhankelijk van de wijze waarop hij zijn vraag formuleert en vervolgens in de markt zet, geïnteresseerde ondernemingen in meer of mindere mate beweegt tot het maken van een of meer van in paragraaf 2 onderscheiden categorieën offertekosten. De precontractuele werking van de redelijkheid en billijkheid brengt ons in het kader van het onderwerp van deze bijdrage derhalve niet zo veel verder.

4.3 *Uitloving*

Een tweede mogelijke rechtsgrond voor de vergoedingsplicht van de aanbesteder, de figuur van de uitloving, is in het verleden aangedragen door VerLoren van Themaat en Van Wassenae van Catwijck.⁷⁵ Bij mijn weten is hun redenering nooit door anderen getoetst. Ik zou dat alsnog willen doen. Artikel 6:220 BW luidt:

1. Een bij wijze van uitloving voor een bepaalde tijd gedaan aanbod kan wegens gewichtige redenen worden herroepen of gewijzigd.
2. In geval van herroeping of wijziging van een uitloving kan de rechter aan iemand die op grond van de uitloving met de voorbereiding van een gevraagde prestatie is begonnen, een billijke schadeloosstelling toekennen.

Ongetwijfeld kunnen er tot op zekere hoogte parallellen worden getrokken tussen de figuur van de uitloving en een door een aanbesteder in gang gezette aanbestedingsprocedure. Ik betwijfel echter of de rechtmatig door de aanbesteder gepasseerde ondernemingen op basis van artikel 6:220 BW vergoeding van hun tevergeefs gemaakte offertekosten kunnen vorderen.

Eerder zagen we dat de aanbesteder een aanbestedingsprocedure start door het in de markt zetten van zijn vraag. Het is algemeen aanvaard dat die handeling gelijk staat aan een uitnodiging tot het doen van een aanbod. In tegenstelling tot het volledige aanbod in de zin van artikel 6:220 BW mist de uitnodiging tot het doen van een aanbod bindende kracht. Dat betekent dat de aanbesteder, die een uitnodiging tot het doen van een aanbod in de markt zet, niet gebonden is wanneer die uitnodiging door een onderneming wordt 'aanvaard'. Een reactie die op de uitnodiging binnenkomt, bestaande uit een prijsofferte, kan ook niet als een aanvaarding worden beschouwd maar wordt als een zuiver juridisch aanbod in de zin van artikel 6:217 BW gezien. De aanbesteder is vervolgens vrij deze op zijn uitnodiging tot het doen van een aanbod binnengekomen prijsofferte al dan

75 I.W. VerLoren van Themaat en A.G.J. van Wassenae van Catwijck, *Achterin rokerige café's zijn aannemers beslist niet te vinden*, NRC Handelsblad 13 februari 1992. Zie eerder reeds Van Wassenae van Catwijck, a.w. (noot 50), p. 18 en p. 33.

niet te aanvaarden.⁷⁶ Aanvaardt de aanbesteder de prijsofferte, dan is er een overeenkomst totstandgekomen.

Voor wat betreft de figuur van de uitloving ligt dit wezenlijk anders. Uit lid 1 van artikel 6:220 BW kan worden afgeleid dat de uitloving wel degelijk als een aanbod in de zin van artikel 6:217 BW wordt beschouwd. Bij de parlementaire behandeling werd de uitloving als voorbeeld genoemd van een openbaar aanbod: een aanbod dat naar haar aard is gericht tot ieder die in aanmerking komt om door aanvaarding de in het aanbod bedoelde overeenkomst aan te gaan.⁷⁷ Een uitloving is bijvoorbeeld een door een gemeente uitgeschreven prijsvraag voor het binnen een bepaalde termijn vervaardigen van een ontwerp voor een speeltuin. Wanneer de gemeente tevens bekend maakt dat het ontwerp dat haar het beste bevalt, ook in werkelijkheid zal worden gebouwd, doet de gemeente een volledig juridisch aanbod – zij het bij wijze van uitloving – dat door geïnteresseerde ontwerpers kan worden aanvaard. Aangenomen wordt dat eerst dan van aanvaarding kan worden gesproken, indien de handeling waarvoor een beloning of prijs is uitgelooft, is verricht.⁷⁸ Wanneer de gemeente naderhand een aanbesteding zou houden voor de *bouw* van de speeltuin volgens het winnende ontwerp, doet zij *geen* juridisch aanbod doch slechts een uitnodiging tot het doen van een aanbod. De offertes die op die uitnodiging binnenkomen, kunnen elk als een juridisch aanbod worden beschouwd dat door de gemeente al dan niet kan worden aanvaard.

In het verlengde van dit eerste verschil tussen de aanbesteding en de uitloving, bevindt zich nog een tweede verschil. De uitloving is een voor een bepaalde tijd gedaan aanbod en is in beginsel onherroepelijk.⁷⁹ Kan een bij wijze van uitloving gedaan aanbod in beginsel niet worden herroepen, dat geldt niet voor de uitnodiging tot het doen van een aanbod. Als het degene die de uitnodiging deed uitgaan reeds vrij staat om het op die uitnodiging binnengekomen aanbod terzijde te schuiven, dan staat het hem zeker vrij zijn uitnodiging reeds voorafgaande aan het uitbrengen

76 Sommigen betogen dat deze vrijheid alleen bestaat indien degene die de uitnodiging deed uitgaan, vooraf te kennen heeft gegeven dat hij zich enigerlei recht van 'nadere acceptatie' voorbehoudt. Zie Verbintenissenrecht, art. 217, lid 1, (Blei Weismann), aant. 129.

77 MvA I Inv. Ad art. 3:50 e.v. Parl. Gesch. Bok 3 (Inv. 3, 5 en 6) p. 1162 en Toelichting op art. 6.5.2.3. OO, blz. 744 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 884. Zie ook Asser-Hartkamp II (2001) nr. 142. Zie ook het *Rapport van de Commissie Boek 6 NBW*, WPNR 5388 (1977), p. 261 op p. 269. Zie bijvoorbeeld ook het tussenarrest van Hof 's-Hertogenbosch 17 juni 1992, NJ 1993, 354 (X/Bouwmachines Damoiseaux).

78 Verbintenissenrecht, art. 220 (Blei Weismann), aant. 25. In andere zin Asser-Hartkamp II (2001) nr. 142 die zich aansluit bij de opvatting van Eggens, *Boekbespreking: mr. L.E.H. Rutten, De overeenkomsten en de verbintenis uit de wet*, WPNR 4294 (1953), p. 221, dat de aanvaarding bestaat in de wilsverklaring jegens de uitloper het uitgelooft te willen aanvaarden. In de Toelichting op art. 6.5.2.3 OO, p. 744, Parl. Gesch. Boek 6, p. 884, wordt er op gewezen dat de aanvaarding van een uitloving als regel niet door een enkele wilsverklaring kan geschieden.

79 Toelichting op art. 6.5.2.3 OO, p. 744; Parl. Gesch. Boek 6, p. 884. Zie ook H. Drion, *Het tot stand komen van overeenkomsten: Afd. 6.5.2. van het ontwerp B.W.*, WPNR 4828 (1964), p. 417. De uitzondering op het beginsel zal hierna nog worden besproken.

van prijsoffertes ongedaan te maken door intrekking of herroeping van de uitnodiging.⁸⁰ Zelfs wanneer deze twee dogmatische verschillen tussen de uitloving en de aanbesteding niet zouden bestaan en men – zoals VerLoren van Themaat en Van Wassenauer van Catwijck hebben geprobeerd – de figuur van de uitloving als aanknopingspunt zou willen gebruiken voor het construeren van een vergoedingsplicht van de aanbesteder jegens rechtmatig afgewezen ondernemingen, stuit men op een ander onoverkomelijk probleem.

Zoals hiervoor werd gesteld is een bij wijze van uitloving gedaan aanbod *in beginsel* onherroepelijk. Een uitzondering op dat beginsel is geformuleerd in lid 1 van artikel 6:220 BW, namelijk wanneer er gewichtige redenen zijn die herroeping of wijziging van de uitloving rechtvaardigen. Door de herroeping vervalt het oorspronkelijke aanbod en komt er geen overeenkomst tot stand tussen de uitloper en degenen die op de uitloving reageerden. Eerst *dan* kan er eventueel ruimte zijn voor een recht op een billijke vergoeding van kosten, gemaakt door degene die op grond van de uitloving met de voorbereiding van de in de uitloving gevraagde prestatie is begonnen, aldus artikel 6:220 lid 2 BW. De parallel die VerLoren van Themaat en Van Wassenauer van Catwijck proberen te trekken, is de volgende. De aanbesteder die zijn vraag in de markt heeft gezet, ontvangt daarop diverse offertes van ondernemingen. De aanbesteder wenst de opdracht aan één van die ondernemingen op te dragen en stuurt de overige met lege handen naar huis. Die andere ondernemingen hebben ter voorbereiding van hun offerte echter kosten gemaakt die behoren tot de in paragraaf 2 hierboven beschreven kostencategorieën. De ‘herroeping’ door de aanbesteder zou hen vervolgens recht geven op een billijke vergoeding van die offertekosten. Mijns inziens staat de bedoeling van de wetgever aan deze constructie in de weg. Meijers heeft gesteld dat het in beginsel onherroepelijke karakter van het bij wijze van uitloving gedaan aanbod slechts in bijzondere gevallen mag worden doorbroken.⁸¹ Als voorbeeld geeft hij een te kort gestelde termijn voor de beantwoording van een prijsvraag, of het feit

80 Verbintenissenrecht, art. 217, lid 1, (Blei Weismann), aant. 123. Men kan zich afvragen of het dogmatisch wel helemaal juist is om te stellen dat degene die een uitnodiging tot het doen van een aanbod doet uitgaan, die uitnodiging ongedaan kan maken door herroeping in de zin van art. 6:219 BW. De herroeping heeft immers slechts betrekking op het volledige aanbod in de zin van art. 6:217 BW en we zagen eerder dat de uitnodiging tot het doen van een aanbod daar nu juist niet onder kan worden geschaard. In oude, lagere rechtspraak is echter uitgemaakt dat de uitnodiging tot het doen van een aanbod is te herroepen en dat dit in feite neerkomt op het niet aanvaarden van het op de uitnodiging volgend aanbod, zie Rb. Utrecht 10 april 1918, WPNR 2527 (1918), p. 270 (Simon/Elzas). In een andere uitspraak werd overwogen dat, ook al zou de uitnodiging tot het doen van een aanbod niet herroepen kunnen worden, het ingekomen aanbod in ieder geval verworpen kan worden, zie Rb. Amsterdam 16 november 1943, NJ 1944, 541.

81 E.M. Meijers, *Ontwerp voor een Nieuw Burgerlijk Wetboek, Toelichting derde gedeelte (Boek 6)*, 1961, p. 744.

dat er onjuistheden in de formulering van de prijsvraag zijn gesloten.⁸² Het moet derhalve om *gewichtige* redenen gaan. Van een aanbesteder die volgens het gebruikelijke patroon één onderneming de opdracht gunt en de overige op rechtmatige wijze met lege handen naar huis stuurt, kan in de eerste plaats niet worden gezegd dat hij zijn jegens die andere ondernemingen gedane ‘aanbod’ heeft ‘herroepen’, zo zagen we eerder. Daarenboven geldt nog dat die ‘herroeping’ niet omwille van gewichtige redenen heeft plaatsgevonden. Het feit dat de aanbesteder de opdracht aan slechts één onderneming gunt en de overige met lege handen naar huis stuurt, kan men immers moeilijk als een bijzondere situatie beschouwen. Die situatie is uit de aard der zaak eerder *regel* en dat is ook hetgeen alle ondernemingen die aan een aanbesteding deelnemen zich steeds zullen realiseren.⁸³ De billijke schadeloosstelling waarover artikel 6:220 lid 2 rept, moet naar mijn mening dan ook gereserveerd blijven voor het geval de uitloper op grond van *gewichtige* redenen het bij wijze van uitloving gedaan aanbod herroept of intrekt. De figuur van de uitloving is derhalve geen solide rechtsgrond voor een vergoedingsplicht van de aanbesteder terzake tevergeefs gemaakte offertekosten.

4.4 *Intermezzo: voorstellen inzake precontractuele verhoudingen*

Wel beschouwd heeft de wettelijke regeling van de uitloving iets heel bijzonders. Immers, in artikel 6:220 lid 2 BW heeft de wetgever in feite een aansprakelijkheid erkend terzake van in de precontractuele fase gemaakte kosten.⁸⁴ De wetgever doet dat nergens anders in afdeling 6.5.2. Bekend is echter dat na het wijzen van het arrest *Plas/Valburg* de wetgever overwogen heeft om alsnog een wettelijke bepaling inzake de precontractuele (onderhandelings)fase in het Burgerlijk Wetboek op te nemen. Dit artikel 6.5.2.8a luidde:

Onderhandelende partijen zijn verplicht hun gedrag mede door elkaars gerechtvaardigde belangen te laten bepalen. Ieder van hen is vrij de

82 Schoordijk geeft het voorbeeld van een door een gemeente uitgeschreven prijsvraag voor een monument voor een verzetsheld, die achteraf een contra-spion blijkt te zijn geweest, zie *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het NBW*, Deventer 1979, p. 482.

83 In dezelfde zin de Commissie Verbintenissenrecht: ‘De Commissie is echter van mening, dat men bij nadere beschouwing zal dienen te stellen dat de billijkheid deze schadeloosstelling nimmer eist. Degene, die met de voorbereiding van de gevraagde prestatie na de uitloving is begonnen, doet dit immers steeds op eigen risico. Hij is nooit zeker dat de uitgelopen prestatie hem in concreto zal toekomen zolang niet omtrent de uitloving een beslissing is genomen, daar tot op dat moment onzeker is wie als winnaar recht op de uitgelopen prestatie heeft.’ Zie het *Rapport uitgebracht door de Commissie, ingesteld door het Hoofdbestuur van de Broederschap der Notarissen in Nederland en het Hoofdbestuur van de Broederschap der Candidaat-Notarissen, ter bestudering van Boek 6 van het Ontwerp NBW betreffende de Vijfde Titel van Boek 6, en op 22 november 1967 aangeboden aan de Minister van Justitie*, WPNR 4982 (1968), p. 70.

84 Asser-Hartkamp II (2001) nr. 142 *in fine*.

onderhandelingen af te breken, tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn.

Bij de behandeling van de parlementaire vaststellingswetten is het standpunt ingenomen dat een wettelijke regeling inzake precontractuele verhoudingen achterwege diende te blijven.⁸⁵ De gedachte was dat onderhandelende partijen een binding niet moest worden opgedrongen. Zij verrichten immers op eigen risico inspanningen en datzelfde geldt voor het verstrekken van gegevens over en weer in die onderhandelingsfase. Wanneer er zich bijzondere gevallen voordoen kan men aansprakelijkheid nog altijd op de onrechtmatige daad doen stoelen. Het werd wenselijker geacht de rechtspraak de volledige vrijheid te geven om zich verder te kunnen ontwikkelen. Hier duikt wederom het argument op, dat partijen zich nog in een precontractuele stadium bevinden en op eigen risico inspanningen verrichten nog vóór zij er zeker van zijn dat er een redelijke kans bestaat op het totstandkomen van een eventuele overeenkomst. Met vergelijkbare argumenten wees de Regering een eerder voorstel af van Drion.

In zijn beschouwingen over afdeling 6.5.2 BW merkte Drion ooit op dat alleen in geval van een herroeping of intrekking van een uitleg voorzien was in een regeling van de eventuele nadelige gevolgen die hieruit zouden kunnen voortvloeien.⁸⁶ Drion wees er op dat er zich ook buiten de gevallen van uitloving problemen zouden kunnen voordoen met precontractuele verhoudingen die niet tot een contract leiden. Daarbij doelde hij onder meer op de problematiek van kosten die in het kader van de precontractuele onderhandelingen door partijen zijn gemaakt. Drion heeft in dit verband voorgesteld om een bepaling in afdeling 6.5.2 op te nemen, luidende:

1. In geval van onderhandelingen, die niet tot een overeenkomst leiden is de partij die gebruik maakt of heeft gemaakt van waardevolle inlichtingen, gegevens of ontwerpen van de wederpartij, een naar billijkheid te bepalen vergoeding voor dit gebruik verschuldigd.
2. In hetzelfde geval kan de rechter aan de partij die, op grond van een redelijk vertrouwen dat de onderhandelingen tot een overeenkomst zouden leiden, voorbereidingskosten heeft gemaakt waarvan de wederpartij moest begrijpen dat zij anders niet gemaakt zouden zijn,

85 Zie het amendement Van den Burg en Korthals, TK 1986-87, 17541, nr. 16; Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1443. Zie ook de algemene opmerkingen over de Boeken 3, 5 en 6, Handelingen I, Parl. Gesch. Boek 3, p. 42, 46 en 49.

86 H. Drion, *Het tot stand komen van overeenkomsten: Afd. 6.5.2. van het ontwerp B.W.*, WPNR 4829 (1964), p. 430.

een naar billijkheid te bepalen schadeloosstelling ten laste van de andere partij toekennen.

Ik denk dat met name het eerste lid interessant zou zijn geweest voor de vraagstelling die in deze bijdrage centraal staat.⁸⁷ Dat geldt minder voor wat betreft het tweede lid. Die bepaling vooronderstelt immers weer het bestaan van een situatie waarvan bij een normale aanbestedingsprocedure nu juist geen sprake is. Tot aan het moment waarop de prijsoffertes zichtbaar voor alle partijen kunnen worden getoetst aan de gunningscriteria, zal geen van de betrokken ondernemingen er mijns inziens op mogen vertrouwen dat de opdracht aan hem wordt gegund.

Het voorstel van Drion is door andere schrijvers positief ontvangen.⁸⁸ Ook de bijzondere commissie voor de herziening van het BW uit de Eerste Kamer vroeg zich af of het geen aanbeveling verdiende het voorstel van Drion over te nemen. De Regering achtte een bepaling van deze strekking echter niet wenselijk. In het Eindverslag lezen we:

‘In het algemeen behoort voor eenieder de vrijheid te bestaan aan een reeks mogelijke gegadigden voor een opdracht om een uitgewerkte offerte of om nadere informatie te vragen zonder dat hij gevaar loopt voor de kosten daarvan aangesproken te worden, als hij niet op de offerte ingaat. Dit behoort slechts anders te zijn, als de wederpartij zich uitdrukkelijk niet dan tegen betaling tot de offerte of de informatie bereid heeft verklaard. Een regeling in andere zin zou een ernstige inbreuk vormen op de bescherming van hen die niet in staat zijn om te beoordelen met welke oplossing of met welke wederpartij zij het beste af zijn. Ook behoort men in het algemeen niet aansprakelijk te kunnen worden gesteld voor de kosten van verdere voorbereidingshandelingen, indien omtrent het verrichten daarvan niets was overeengekomen. Wel kan hier in bijzondere omstandigheden een aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bestaan. Men denke aan het geval dat de wederpartij het verrichten van de betreffende werkzaamheden zelf heeft uitgelokt ten einde zich kosteloos vast een deel van de prestatie te verschaffen, waar de afgesprongen overeenkomst recht op zou hebben gegeven.’⁸⁹

87 Vervolg vragen die dan zou moeten worden beantwoord zijn, of de bij een aanbesteding ingediende prijsoffertes te beschouwen zijn als ‘inlichtingen, gegevens of ontwerpen’, of die inlichtingen en dergelijke ‘waardevol’ zijn (en voor wie eigenlijk?) en of een aanbesteder ‘gebruik maakt’ van die inlichtingen en dergelijke wanneer hij op basis daarvan tot een keuze voor een van de ondernemingen komt.

88 Biegman-Hartogh, t.a.p. (noot 15), p. 161-162. Zie ook Van den Berg, a.w. (noot 15), p. 352, noot 233.

89 Eindverslag I van de bijzondere commissie voor de herziening van het BW uit de Eerste Kamer, Parl. Gesch. Van het NBW, 1981, Boek 6, p. 878-879.

Tijdens het mondeling overleg wordt door Regeringscommissaris Snijders nog aan de commissie meegedeeld:

‘dat een regel die in beginsel een recht op vergoeding terzake van het uitbrengen van een – uiteindelijk niet geaccepteerde – offerte zou toekennen, in het bijzonder onwenselijk zou zijn uit het oogpunt van bescherming van consumenten. Met name voor hen geldt immers enerzijds dat zij er goed aan doen alvorens een belangrijke aankoop te doen of opdracht te geven zich een overzicht over de markt te verschaffen, en anderzijds, dat zij dat overzicht moeilijk anders dan voor het vragen van verschillende offertes kunnen verkrijgen. Dergelijke offertes behoren kosteloos te zijn, tenzij uitdrukkelijk anders is afgesproken. Voor bedrijfsmatig gevraagde offertes dient mijns inziens in beginsel hetzelfde te gelden; afspraken als voormeld zijn daar overigens niet ongebruikelijk.’⁹⁰

In haar afwijzing van het voorstel van Drion hanteert de Regering dezelfde argumenten als die welke bij de afwijzing van artikel 6.5.2.8a Ontwerp BW naar voren werden geschoven. Ook de hierboven geciteerde mening van Snijders kwam in vergelijkbare bewoordingen aan de orde in de discussie over dat artikel. In de Memorie van Antwoord heeft de Regering er op gewezen dat in beginsel vrijheid moest bestaan om ter verkrijging van inzicht in prijzen en voorwaarden aan verschillende bedrijven of beroepsuitoefenaars een offerte te vragen zonder met de kosten daarvoor te worden belast. Dit uitgangspunt diende met name ten aanzien van de particuliere consument in het oog te worden gehouden.⁹¹ Daarentegen zal tussen ondernemers onderling eerder een gewoonte, stilzwijgende afspraak of zorgvuldigheidsverplichting mogen worden aanvaard, leidend tot een kostenvergoeding.⁹²

Ik heb niet de indruk dat men zich door deze uitdrukkelijke afwijzingen van de weergegeven voorstellen uit het veld moet laten slaan bij het zoeken naar een mogelijke rechtsgrond voor de vergoedingsplicht van de aanbesteder terzake de *in een aanbesteding* tevergeefs gemaakte offertekosten. Artikel 6.5.2.8a Ontwerp BW lijkt mij sterk geïnspireerd te zijn geweest door de casus van *Plas/Valburg*. In die casus was zoals bekend echter geen sprake van een ‘normale’ aanbesteding waarbij verschillende ondernemingen op *hetzelfde moment onder dezelfde voorwaarden* een prijsaanbieding doen *en ook in het besef verkeren* dat er concurrenten zijn die in een vergelijkbare positie zitten. Bovendien wordt ter

90 Zie de vorige noot.

91 MvA sub 4, p. 64-65; Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1440-1441.

92 Vergelijk Nota Eindverslag, p. 16, sub e; Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1443.

afwijzing van het voorgestelde artikel een beroep gedaan op het economische principe dat kosten voor de baat uitgaan, een principe waarvan ik eerder heb betoogd dat het onvoldoende rekening houdt met de bijzondere omstandigheden van een aanbesteding.⁹³ Ook de afwijzing van het voorstel van Drion gaat mijns inziens voorbij aan de specifieke situatie van een aanbesteding. Een aanbesteding zoals ik die hierboven heb omschreven, zal zelden of nooit door een consument worden geïnitieerd. Het beroep op de consumentenbescherming lijkt me in dit kader dan ook niet relevant. Bovendien gaat de Regering voorbij aan de economische werkelijkheid dat een koper die, na de markt te hebben verkend, overgaat tot het sluiten van een overeenkomst met een marktpartij, uiteindelijk ook een deel van de offertekosten zal betalen die die marktpartij eerder tevergeefs maakte in het kader van andere offerte-aanvragen en die voor die koper geen enkele waarde hebben gehad.⁹⁴ Wat overblijft is de stelling dat kopers voorafgaande aan het doen van een belangrijke aankoop zich eerst een overzicht over de markt zullen moeten verschaffen en dat dat alleen mogelijk is door van verschillende ondernemingen offertes te vragen. Dat moge juist zijn, maar daarmee is nog niet verklaard waarom de door die ondernemingen in het kader van een aanbesteding verschaft informatie kosteloos dient te worden verschaft. Die informatie vertegenwoordigt voor de aanbesteder immers een economische waarde die is gecreëerd doordat die ondernemingen prestaties hebben geleverd waarvoor kosten zijn gemaakt.

4.5 *Een op contract gebaseerde vergoedingsplicht*

Het rechtskarakter van de ontmoeting tussen een aanbesteder en een onderneming in het kader van een aanbesteding heeft eigenlijk een duaal karakter. Immers, vanuit de invalshoek van de nog te sluiten overeenkomst tot de levering van een product, de uitvoering van een werk of het verrichten van een dienst, kan die ontmoeting in de eerste plaats in de sleutel van de precontractuele fase worden geplaatst.⁹⁵ De opdrachtgever doet een uitnodiging tot het doen van een aanbod uitgaan, waarop een zuiver juridisch aanbod in de zin van artikel 6:217 BW van de daartoe uitgenodigde ondernemingen volgt. Een *overeenkomst* (van koop, aanneming of opdracht) is *daarmee* nog steeds niet tot stand gekomen.⁹⁶ Dat zal pas het geval

93 Zie paragraaf 3.3.1 hierboven.

94 Vergelijk in dit verband paragraaf 3.3.2 hierboven.

95 Zie ook paragraaf 4.2 hierboven.

96 En dat was in de *SPO*-beschikking voor de Europese Commissie dan ook aanleiding om te overwegen dat op de aanbesteder geen vergoedingsplicht rust 'voor zover volgens het burgerlijk recht geen contractuele betalingsverplichtingen ontstaan uit de uitnodiging tot het doen van een aanbod en uit het aanbod zelf', t.a.p. (noot 37), overweging 74.

zijn zodra de aanbesteder te kennen heeft gegeven één van de prijsaanbiedingen te aanvaarden.⁹⁷

Anderzijds kan worden betoogd dat tussen de aanbesteder en iedere aan de aanbestedingsprocedure deelnemende onderneming reeds tijdens die procedure *wilsovereenstemming* bestaat om die procedure volgens bepaalde geschreven en ongeschreven voorwaarden te laten verlopen. De aanbesteder die een aanbestedingsprocedure in gang zet, doet niet alleen een uitnodiging tot het doen van een aanbod, maar tevens ook een volwaardig *aanbod* om die procedure volgens genoemde voorwaarden te doen plaatsvinden. Door aan die procedure deel te nemen,⁹⁸ *aanvaarden* de geïnteresseerde ondernemingen dit aanbod van de aanbesteder.⁹⁹ Aldus kan worden gesteld dat er in zoverre een overeenkomst tussen de aanbesteder en ieder van die aan de aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen tot stand is gekomen.¹⁰⁰

De vraag hoe deze overeenkomst getypeerd moet worden en de vraag welke verbintenissen daaruit voortvloeien, hangen nauw met elkaar samen. Van den Berg karakteriseert de overeenkomst als een *procedure*-overeenkomst en kent aan deze overeenkomst de volgende strekking toe:

‘De strekking ervan is te waarborgen dat via een volgens de voorgestelde spelregels verlopende procedure, wordt onderzocht of met één der gegadigden die onder vigeur van die regels een prijsaanbieding doen, een aannemingsovereenkomst kan worden gesloten. Het gaat hier dus

97 Zie ook paragraaf 4.3 hierboven.

98 In paragraaf 3.3.4 heb ik onder andere betoogd dat offertekosten alleen vergoed moeten worden aan de ondernemingen die een geldige prijsaanbieding hebben gedaan. Met ‘deelname aan de procedure’ doel ik dit verband dan ook op het indienen van een prijsaanbieding.

99 Deze gedachte is met name uitgewerkt door M.A.M.C. van den Berg, *Een faire kans*, inaugurele rede Rijksuniversiteit Leiden, Kluwer, Deventer 1991, p. 24, met in noot 24 verwijzingen naar auteurs die steun bieden voor die gedachte. Zie voor een bevestiging RvA 24 december 1998, No. 70.397, BR 1999, p. 361 nt. M.A.M.C. van den Berg. Anders dan Van den Berg acht ik het in dit verband niet noodzakelijk dat de aanbesteder bij het doen van zijn aanbod uitdrukkelijk een aanbestedingsreglement van toepassing verklaart. Het aanbestedingsrecht is inmiddels voldoende tot ontwikkeling gekomen om te kunnen vaststellen hoe de bij een aanbestedingsprocedure betrokken partijen zich jegens elkander dienen te gedragen, ook wanneer er geen aanbestedingsreglement van toepassing is verklaard. Vergelijk ook J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid*, diss. Leiden 1981, p. 61-62. Zie voorts W.G.Ph.E. Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, inaugurele rede UvA 2001, p. 17.

100 Van den Berg, a.w. (noot 99), p. 26 neemt het standpunt in dat die overeenkomst als een meerpartijenovereenkomst zou kunnen worden gekwalificeerd. Zie ook diens annotatie onder RvA 24 december 1998, No. 70.397, BR 1999, p. 361. Kritisch daarentegen J.B.M. Vranken, Een niet wenkend perspectief. Over meerpartijenverhoudingen en de vlucht in het derdenbeding, in B.W.M. Nieskens-Isphording e.a. (red.), *In het nu wat worden zal, Liber amicorum H.C.F. Schoordijk*, Deventer 1991, p. 295 op p. 300-306. Zie ook Wedekind, a.w. (noot 99), p. 17 alsmede de bijdrage van Slagter aan dit boek. Het voert te ver om op deze plaats op die discussie in te gaan. Voor de problematiek van de vergoeding van offertekosten, het onderwerp van mijn bijdrage, is dat overigens ook niet nodig.

om een procedure-overeenkomst die erop is gericht de totstandkoming van een andere, uiteindelijk beoogde overeenkomst, voor te bereiden.’¹⁰¹

Eerder al onderstreepte hij dat de strekking van de procedure-overeenkomst ‘niet meer, maar ook niet minder’ is dan hetgeen hierboven is weergegeven.¹⁰² Wat zijn dan vervolgens, gelet op die beperkte strekking, de verbintenissen die over en weer uit deze overeenkomst voortvloeien? In zijn dissertatie noemt Van den Berg de verplichting van de aanbestedder om de aanbestedingsprocedure correct te laten verlopen. De aan de procedure deelnemende ondernemingen zouden zich op hun beurt niet mogen bezondigen aan ongeoorloofde mededingingsafspraken en meer in het algemeen rekening dienen te houden met de redelijke belangen van de aanbestedder.¹⁰³ Het meest opvallend vind ik echter dat hij in het verlengde van de verbintenis van de aanbestedder, om de procedure correct te laten verlopen, wijst op het

‘gerechtvaardigd en voor de aanbestedder ook alleszins kenbaar en navoelbaar belang (...), dat de aanbesteding correct zal verlopen, opdat tegenover de aan de inschrijving te spenderen moeite, ook een eerlijke kans op succes zal staan.’¹⁰⁴

Als ik het goed zie, erkent Van den Berg dat de aan een aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen reeds tijdens die procedure prestaties verrichten en dat zij daarbij kosten maken die voor de aanbestedder een economische waarde vertegenwoordigen. De daartegenover staande verbintenis van de aanbestedder zou zijns inziens bestaan uit het aan ieder van die ondernemingen bieden van een faire kans op het verwerven van de aanbestede opdracht.¹⁰⁵ Niet meer, maar ook niet minder. Ik vraag mij echter af of de overeenkomst niet wat ruimer zou moeten worden uitgelegd ten einde daarin ook een plaats te kunnen toekennen voor een verbintenis van de aanbestedder om de tevergeefs gemaakte offertekosten te vergoeden.¹⁰⁶

Dat een aanbestedder voor zichzelf economisch voordeel kan bereiken door producten, werken en diensten door middel van een aanbestedingsprocedure in te kopen, heb ik in het voorgaande reeds laten zien. Dat dat voordeel onlosmakelijk

101 Zie diens annotatie voor RvA 24 december 1998, No. 70.397, BR 1999, p. 361 op p. 365. Gelet op die functie wordt de procedure-overeenkomst door hem als ‘voorbereidende hulpovereenkomst aangeduid’. Zie ook Van den Berg, a.w. (noot 99), p. 26.

102 Van den Berg, a.w. (noot 99), p. 25.

103 Van den Berg, a.w. (noot 15), nr. 393.

104 Zie de vorige noot.

105 Van den Berg, t.a.p. (noot 9), p. 17-18.

106 Met inachtneming van de voorwaarden genoemd in paragraaf 3.3.4.

is verbonden met de prestaties die worden verricht door de aan de aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen – namelijk het aan de aanbesteder verschaffen van economisch waardevolle *informatie* – heb ik eveneens duidelijk gemaakt.¹⁰⁷ Naast het oproepen van concurrentie vormt het genereren van deze informatie voor de aanbesteder juist de belangrijkste drijfveer om producten, werken en diensten door middel van een aanbestedingsprocedure in te kopen.¹⁰⁸ De aanbesteder zal ook beseffen dat wanneer hij die informatie op deze manier uit de markt probeert te halen, hij de markt daarmee tevens *vraagt* om de daarvoor noodzakelijke prestaties te verrichten en daarvoor kosten te maken. Mij lijkt dat wanneer ondernemingen in de markt aan die vraag vervolgens gehoor geven en daarmee ‘de contractsband rondsmeden’,¹⁰⁹ er ook een verbintenis van de aanbesteder in het leven wordt geroepen om – met inachtneming van de kanttekeningen die ik in paragraaf 3.3.4 heb geplaatst – de tevergeefs gemaakte offertekosten te vergoeden.¹¹⁰

Ik zou in dit verband tot slot – en wellicht ten overvloede – nog twee opmerkingen willen maken. In de eerste plaats zie ik geen reden om een onderscheid te maken tussen de door ondernemingen tijdens een aanbestedingsprocedure verschaft *prijsinformatie* enerzijds en de informatie met betrekking tot de *oplossing(en)* van de door de aanbesteder in de markt gezette vraag anderzijds. In beide gevallen vraagt de aanbesteder immers om die informatie omdat die voor hem economisch waardevol is.¹¹¹ In beide gevallen vraagt hij de markt om daarvoor prestaties te verrichten waarvoor kosten moeten worden gemaakt.¹¹²

In de tweede plaats ben ik van mening dat een contractuele vergoedingsplicht binnen de context van een aanbestedingsprocedure ontstaat ook zonder dat de aanbesteder daarover uitdrukkelijk iets heeft vastgelegd aan het begin van de

107 Het betreft dan alleen die prestaties waarvoor de offertekosten worden gemaakt waarvan in paragraaf 3.3.4 is betoogd dat ze voor vergoeding in aanmerking zouden moeten komen.

108 Die informatie omvat in ieder geval een prijscomponent (traditionele aanbesteding) maar kan daarnaast ook een of meer oplossingen omvatten ten aanzien van de door de aanbesteder in de markt gezette vraag (innovatieve aanbesteding).

109 Zie Van den Berg, a.w. (noot 15), nr. 393 *in fine*.

110 Men zou hier zelfs raakvlakken met de overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) kunnen zien. Wie een ander vraagt om een prestatie te verrichten die bestaat uit het genereren van informatie en eventueel het uitbrengen van een advies, zal die ander daarvoor een redelijke beloning dienen te betalen, ook wanneer daaromtrent niets is overeengekomen (artikel 7:405 BW). Vergelijk in dit verband Ktr. Zaandam 29 september 1994, BR 1996, p. 443, nt. N.J.M. Donders, inzake de vergoeding van ‘voortijloon’ aan de reparateur van een wasdroger die wel een prijsopgave mocht komen geven maar geen opdracht tot reparatie kreeg.

111 Zie eerder de paragrafen 3.3.2 en 3.3.3.

112 Frappant is bijvoorbeeld dat in de bouwsector een duidelijke tendens waarneembaar is om vergoedingen aan te bieden aan ondernemingen die tijdens een (innovatieve) aanbestedingsprocedure kosten maken bij het produceren van het tweede type informatie.

procedure, bijvoorbeeld in de aanbestedingsdocumenten.¹¹³ Wellicht zal men betogen dat het aantal, de aard en de omvang van de door de aanbesteder te betalen offertekostenvergoeding voor hem volstrekt niet beïnvloedbaar en oncontroleerbaar is en dat *dat* gegeven mitsdien aan een vergoedingsplicht in de weg staat, wanneer de aanbesteder daarover niets in de aanbestedingsdocumenten heeft bepaald. Ik wijs er slechts op dat wanneer men die *beïnvloedbaarheid* en *controleerbaarheid* van doorslaggevend belang acht, men het huidige systeem onmiddellijk dient te verwerpen en voor het door mij bepleite systeem zal moeten opteren. Immers, in het huidige systeem betaalt de aanbesteder aan de ‘winnende’ onderneming niet alleen de door die onderneming voor de aanbestede opdracht gemaakte offertekosten, maar ook de offertekosten die die onderneming tevergeefs heeft gemaakt in het kader van eerdere aanbestedingen.¹¹⁴ De aard en omvang van *die* kosten zijn voor de aanbesteder noch te beïnvloeden noch te controleren. Het door mij bepleite systeem heeft juist het voordeel dat de aanbesteder zijn inkoopproces op het punt van het aantal, de aard en de omvang van de te vergoeden offertekosten projectspecifiek kan sturen, bijvoorbeeld door het type aanbestedingsprocedure te variëren of door in meer of juist in mindere mate gebruik te maken van een innovatieve vorm van aanbesteding.¹¹⁵ Het voorgaande neemt overigens niet weg dat het verstandig is om in de aanbestedingsdocumenten juist wel iets vast te leggen over het aantal, de aard en de omvang van de te betalen offertekostenvergoeding.¹¹⁶ Op langere termijn lijkt het zelfs raadzaam om per bedrijfstak voor opdrachten van verschillende aard en omvang tot een zekere normering te komen.¹¹⁷

5 Samenvatting

In deze bijdrage heb ik betoogd dat het wenselijk is dat aanbesteders de offertekosten¹¹⁸ vergoeden die tevergeefs worden gemaakt door ondernemingen die aan een door die aanbesteder geïnitieerde aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen.¹¹⁹ In de eerste plaats lijkt het vanuit het oogpunt van een efficiënte kostenallocatie

113 Geeft hij daarentegen vooraf uitdrukkelijk te kennen dat ondernemingen geen aanspraak kunnen maken op tevergeefs gemaakte offertekosten, dan zal hij jegens teleurgestelde ondernemingen naar mijn mening niet vergoedingsplichtig zijn.

114 Zie de paragrafen 3.2 en 3.3.2.

115 Zie eerder paragraaf 3.3.2, in het bijzonder ook voetnoot 35.

116 Daarbij zouden de in paragraaf 3.3.4 geplaatste kanttekeningen van nut kunnen zijn. Ik ben benieuwd hoe het nieuwe Uniforme Aanbestedingsreglement er op dit punt uit zal zien. Zie in dit verband ook G.L. van 't Hoff, *Kostenbesparing -en vergoeding in het UAR 2000*, BR 2000, p. 29 op p. 32.

117 Zie eerder paragraaf 3.3.4.

118 Voor een uiteenzetting van het begrip ‘offertekosten’ in het kader van een aanbestedingsprocedure, zie paragraaf 2.

119 De vergoedingsplicht moet echter worden begrensd, zie paragraaf 3.3.4.

vooral nog beter dat die kosten in eerste instantie worden gedragen door de aanbestederen dat hij deze vervolgens afwentelt op de afnemers van de producten, werken en diensten die hij zelf op zijn beurt in de markt zet. Daarmee wordt voor de aanbesteder een prikkel in het leven geroepen om, anders dan in de huidige situatie, zijn inkoopproces projectspecifiek op deze kostenfactor te sturen en worden uiteindelijk alleen die kosten betaald die voor hem (direct) en voor zijn afnemers (indirect) van nut zijn geweest. Het voordeel van de huidige situatie, namelijk dat de aan een aanbestedingsprocedure deelnemende ondernemingen voldoende worden geprikkeld om verantwoorde beslissingen te nemen bij het maken van offertekosten, kan in het door mij bepleite stelsel behouden blijven door het recht op vergoeding van tevergeefs gemaakte offertekosten aan bepaalde voorwaarden te binden.

In de tweede plaats kan de verplichting tot vergoeding van tevergeefs gemaakte offertekosten ook juridisch worden verantwoord, wanneer men inziet dat de aanbesteder een aanbestedingsprocedure mede in gang zet om economisch waardevolle informatie te verwerven en dat hij dat voordeel alleen kan verwerven doordat anderen prestaties verrichten waaraan kosten zijn verbonden. Daarbij maakt het dan niet uit of de verworven informatie enkel bestaat uit *prijsinformatie* dan wel uit prijsinformatie in samenhang met informatie over *oplossing(en)* ten aanzien van de door de aanbesteder in de markt gezette vraag. De economisch wenselijke en ook juridisch te rechtvaardigen vergoedingsplicht vloeit mijns inziens voort uit de overeenkomst die tot stand komt wanneer een aanbesteder te kennen geeft een aanbesteding volgens bepaalde geschreven en ongeschreven voorwaarden te willen laten verlopen en een onderneming door deelname aan de aanbestedingsprocedure te kennen geeft dat aanbod te willen aanvaarden.

Aansprakelijkheid voor verboden mededingings- beperkende afspraken in een aanbestedingsprocedure

1 Inleiding

Aanbestedende diensten kunnen, zo blijkt uit onderzoek, veel geld besparen wanneer zij tot openbare aanbesteding overgaan. Die besparing kan oplopen tot ongeveer 10 tot 30 procent.¹ Vrije mededinging doet namelijk wonderen voor de prijsaanbiedingen.² Maar die wonderen kunnen weer goeddeels teniet worden gedaan indien de meedingende ondernemers het op een akkoordje gooien ten nadele van de aanbestedende dienst. En dat komt voor.³ De meedingende ondernemers zouden bijvoorbeeld in een geheim vooroverleg kunnen afspreken wie welke aanbidding gaat doen, zodat zij daarmee het heft in eigen hand nemen en de uitkomst van de aanbestedingsprocedure 'orkestreren'. Zo zijn er meer voorbeelden: opzettelijke prijscollusie, marktverdelingsafspraken, maar ook afspraken die de kwaliteit of herkomst van het te leveren materiaal betreffen, of de voorwaarden waaronder de meedingende ondernemers bereid zijn te contracteren: het zijn allemaal afspraken die de mededinging bij een aanbesteding (kunnen) beperken. Maar ook kan worden gedacht aan op het eerste gezicht 'onschuldiger' vormen van aanbodregulering, zoals een vergoedingsstelsel onder meedingende ondernemers voor gemaakte calculatiekosten.⁴

Een van de doelstellingen van het overheidsaanbestedingsrecht is het bevorderen van optimale (tussenstaatse) concurrentie tussen aanbieders van diensten

* W.H. van Boom is als universitair hoofddocent verbonden aan de vakgroep privaatrecht en het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht van de KU Brabant; D.A.M. van Steensel is als juriste werkzaam bij Eiffel Consultancy, Arnhem.

1 Zie over besparingspercentages uitgebreid de discussienota *Europees aanbesteden: haal pegels uit die regels!*, uitgave Ministerie van Economische Zaken, 1 oktober 1999, p. 14-15. Zie ook *Kamerstukken II* 1999/00, 26.966, nr. 1, p. 5, en nr. 2, p. 7.

2 Dat dit wonder in de praktijk tenietgedaan kan worden door doorkruisende factoren – zie daarover bijvoorbeeld W.J. Slagter, *Aanbestedings- en mededingingsrecht in de bouw, stand van zaken*, BR 1997, p. 191 – doet aan de theoretische waarde van het wonder niet af.

3 'Het is denkbaar (...) dat niet alleen aanbestedende diensten soms bewust aanbestedingsregels niet naleven', aldus – met gevoel voor understatement – de discussienota *Europees aanbesteden: haal pegels uit die regels!*, (noot 1), p. 70. Zie ook E.H. Pijnacker Hordijk, *Geschillenbeslechting in aanbestedingszaken; een tussenstand*, BR 1999, p. 1005, die kartelvorming door aanbieders als een van de gevaren noemt die op de loer liggen in aanbestedingsaangelegenheden. Vergelijk Slagter, t.a.p. (noot 2), p. 192.

4 Daarover nader in paragraaf 2.

en goederen bij de plaatsing van opdrachten door de aanbestedende diensten.⁵ In Brusselse kringen en inmiddels ook in Haagse kringen is de gedachte gemeengoed dat mededingingsbeperking deze doelstelling frustreert en (mede) daarom spoedig in strijd is met het mededingingsrecht. Bestrijding van mededingingsbeperking krijgt – als onderdeel van aanbestedingsfraude in bredere zin – toenemende aandacht; in Europees verband wordt bijvoorbeeld inmiddels gedacht aan strafrechtelijke sanctionering van aanbodcollusie.⁶ De aandacht voor bestrijding van mededingingsbeperking is terecht; aangenomen wordt namelijk dat mededingingsafspraken bij aanbestedingen een prijsopdrijvend effect van ten minste 10 procent hebben.⁷ En hoewel de genoemde percentages geen nauwkeurige indicatie opleveren van de werkelijke effecten in een concreet geval, lijkt het zeer aannemelijk dat verboden mededingingsbeperkende overeenkomsten economische schade berokkenen aan de aanbesteder. En niet alleen de aanbesteder, maar ook de ‘onschuldige’ meedingende ondernemers kunnen deze schade lijden.

In onze bijdrage willen we een deelaspect van de sanctionering van mededingingsbeperking behandelen, namelijk de *civielrechtelijke* sanctionering. Eerst schetsen we in paragraaf 2 de mededingingsrechtelijke achtergrond, waarbij we (voor de niet-ingewijden) kort stilstaan bij de relevante Europese en Nederlandse regelgeving. Vervolgens besteden we in paragraaf 3 aandacht aan het bewijs van mededingingsbeperking. In paragraaf 4 gaan we in op de vraag welke civielrechtelijke remedies de aanbestedende dienst kan aanwenden tegen mededingingsbeperking. In paragraaf 5 besteden we vervolgens kort aandacht aan enkele bijzonderheden van de positie van de ‘onschuldige’ meedingende derde, waarna we in paragraaf 6 afsluiten met enkele aanbevelingen.

2 Schets van de mededingingsrechtelijke achtergrond

2.1 Mededinging en aanbesteding

Vandaag de dag worden mededingingsbeperkende afspraken in de regel als onwenselijk bestempeld, maar nog niet zo heel erg lang geleden werd daar anders over gedacht. Toen aanbestedingen door overheidslichamen nog niet waren onderworpen aan het keurslijf van de vergaande procedurevoorschriften van nu, was in veel gevallen – en dan hebben we het met name over aanbesteding van *bouwwerken* – sprake van een onevenwichtige verhouding tussen aanbesteder en

5 Zie daarover bijvoorbeeld G.W.A. van de Meent, *Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context*, diss. Rotterdam 1995, p. 9 e.v.

6 Zie art. 2 voorstel-kaderbesluit Raad van de Europese Unie, 2000/C 253/02.

7 Zie Van de Meent, a.w. (noot 5), p. 249.

meedingende ondernemers tengevolge van het (sociaal-)economisch overwicht aan de zijde van de aanbestedder, die een van de voornaamste vragende partijen is op de betreffende markt, en het ontbreken van een juridisch tegenwicht in de vorm van aanbestedingsregels. Hierdoor bestond de kans op leuren door de aanbestedder.⁸ Daarom dienden afspraken tussen de meedingende ondernemers van oudsher als tegenwicht. Zo ontstonden in de bouwwereld verschillende prijsregulerende organisaties, die zich in 1963 verenigden in de Samenwerkende Prijsregulerende Organisaties (SPO). Door aanbodregulering kon misbruik van zowel aanbestedder als van meedingende ondernemers voorkomen worden, zo was de gedachte.⁹ Deze vorm van mededingingsbeperking was gedurende lange tijd een aanvaard verschijnsel in de Nederlandse bouwwereld.¹⁰ Zoals bekend kwam in 1992 een einde aan deze officiële aanbodregulering met de SPO-beschikking¹¹ van de Europese Commissie, waarin de Commissie oordeelde dat de SPO een inbreuk vormde op het Europees kartelverbod. In vervolg op de SPO-beschikking werd in 1994 het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen ingevoerd. Sindsdien zijn in Nederland ook mededingingsbeperkende afspraken zonder communautaire dimensie bij een aanbesteding in hun algemeenheid verboden.

Toch blijken (bouw)ondernemers tot op de dag van vandaag een diepgewortelde behoefte te voelen aan aanbodregulering, met name daar waar geen stevig, alomvattend raamwerk van aanbestedingsregels bestaat dat leuren tegengaat.¹² Onlangs nog moest de Directeur-Generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit (D-G NMa) zijn licht laten schijnen over een vorm van onverbloemde aanboden prijsregulering in de schilders- en bouwbranche; de betrokken regelingen bevatten afspraken over afgestemd gedrag van ondernemingen in situaties waarin opdrachtgevers voor een bouwproject via aanbesteding proberen de meest geschikte contractspartij te vinden. Dergelijke horizontale afspraken hebben (in)direct effect op de relatie tussen de meedingende ondernemers en de aanbestedder, want ze

8 Onder leuren verstaan we het door de aanbestedder achtereenvolgens benaderen van verschillende gegadigden met een verzoek om prijsopgave, waarbij de latere gegadigde wordt geïnformeerd over de prijsaanbieding van de eerdere met het doel aldus een lagere prijs te krijgen. Vergelijk M.A.M.C. van den Berg, *Een faire kans*, oratie Leiden 1991, p. 3, en E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, tweede druk Den Haag 1999, p. 455-456. Een aangrenzend probleem is dat van de bescherming van het ontwerp c.q. de bedrijfsgeheimen die in de aanbieding zijn verwerkt en die de aanbestedder gebruikt bij het uitlokken van andere aanbiedingen.

9 Zie voor een kort overzicht Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 456 e.v.

10 Zie het overzicht bij E. van Damme, *Aanbesteding en Veilingsmechanismen: Economische theorie en Toepassingen*, Onderzoekssreeks Directie Marktwerving Ministerie Economische Zaken 1997, p. 86 e.v.

11 Beschikking van de Europese Commissie van 5 februari 1992, 92/204/EEG, PbL 92/1, BR 1992, p. 476 e.v. Zie over een en ander bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 449-452.

12 Zie M.A.M.C. van den Berg, *Verticale aanbestedingsregeling: een wenkend alternatief?*, BR 1993, p. 3 e.v.

kunnen leiden tot een verhoging van de prijzen of een beperking van het aanbod. De D-G oordeelde deze kartels deswege ontoelaatbaar. Opmerkelijk genoeg kwalificeerde hij in zijn beschikking 'leuren' gewoonweg als de quintessens van volledige mededinging.¹³ Het kan verkeren...

2.2 *Het Europese mededingingsrecht*

Artikel 81 EG verbiedt overeenkomsten tussen ondernemingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen¹⁴ die tot doel of gevolg hebben dat de mededinging tussen deelnemers aan aanbestedingen onderling wordt beperkt en die daadwerkelijk of potentieel de tussenstaatse handel merkbaar beïnvloeden.¹⁵ Dergelijke afspraken zijn - behoudens groepsvrijstelling of individuele ontheffing - van rechtswege *nietig*.¹⁶ Bij toepassing van artikel 81 EG op mededingingsbeperking bij aanbestedingen kan onderzoek nodig zijn naar de relevante markt waar de mededingingsbeperking zich voordoet en naar het potentiële effect van de overeenkomst op die markt. Pas dan is namelijk de conclusie mogelijk dat *beperking* het gevolg was.¹⁷ Betreft het bijvoorbeeld prijscollusie bij een Europese aanbesteding, dan kunnen wij ons voorstellen dat niet alleen spoedig vaststaat dat de overeenkomst er blijkens de inhoud ertoe *strekt* de mededinging te beperken, maar ook dat spoedig aan het merkbaarheidsvereiste is voldaan, omdat de te vergeven

- 13 Besluit D-G Nma 19 februari 2001, zaak nr. 381 (Vereniging Belangen Behartiging Schildersbedrijf; het besluit is te raadplegen op www.nma-org.nl), overweging nr. 155.
- 14 Hetzelfde geldt overigens voor besluiten van ondernemingsverenigingen. In het navolgende beperken wij ons tot overeenkomsten, waaronder we voor het gemak in beginsel ook de onderling afgestemde feitelijke gedragingen verstaan. Bedacht dient overigens te worden dat het begrip 'overeenkomst' in art. 81 EG/6 Mw. ruimer is dan de obligatoire afspraak bedoeld in art. 6:213 BW, het omvat namelijk elke consensus omtrent (toekomstig) marktgedrag. Zie *Kamerstukken II*, 1995/96, 24.707, nr. 3, p. 57 en verder, en W. van Gerven c.s., *Kartelrecht II*, tweede druk Deventer 1997, p. 127 en verder. Dus ook niet-afdwingbare 'gentlemen's agreements' vallen er onder.
- 15 Zie over deze bestanddelen bijvoorbeeld Van Gerven c.s., a.w. (noot 14), nr. 132 en volgende, M.R. Mok, *Kartelrecht I*, vierde druk Deventer 1998, p. 122 e.v. Vergelijk ook het overzicht bij F.J. Leeftang, *De toepassing van de Mededingingswet door de Nederlandse rechter 1998 en 1999*, Deventer 2000, p. 23 e.v., p. 31 e.v., p. 85 e.v.
- 16 Art. 81, lid 2, EG. Zie over de reikwijdte van de nietigheidssanctie HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, Jur. 1966, 391 (Société Technique Minière), 25 November 1971, zaak 22/71, Jur. 1971, 949 (Beguelin) en 14 December 1983, zaak 319/82, Jur. 1983, 4173 (Ciments et Betons de l'Est/Kempens), alsmede bijvoorbeeld H. Schneider, *Zivilrecht und praktische Wirksamkeit der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag*, diss. Keulen 2000, p. 41 e.v. Vergelijk voor Nederland met name Hof Den Bosch 19 april 1994, NJ 1995, 102 en G.W. van der Klis, S.A.C.M. Lavrijssen, *Gedane zaken nemen geen keer: de beperkte werking van de nietigheid*, M&M 1998, p. 79 e.v. Vergelijk ook Rb. Utrecht 22 juli 1998, besproken bij Leeftang, a.w. (noot 15), p. 100.
- 17 Vergelijk Kapteyn/VerLoren van Themaat, *Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen*, vijfde druk Deventer 1995, p. 493-496, alsmede HvJ EG 30 juni 1966, zaak 56/65, Jur. 1966, 391 (Société Technique Minière). Zie over de mogelijke onderverdelingen in dit verband I.W. VerLoren van Themaat, *De toepassing van het Europese kartelrecht door de Nederlandse rechter 1987-1995: 'te ingewikkeld'?*, SEW 1996, p. 159-161. Vergelijk ook (voor art. 6 Mw.) de nuanceringen aangebracht door C.T. Dekker, *Mededingingsafspraken, machtsposities en procedures: NMa-besluiten in 2000*, M&M 2001, p. 51-52.

opdracht in dat geval reeds een min of meer aanzienlijke omvang heeft (door de drempelwaarden in de verschillende aanbestedingsrichtlijnen), op grond waarvan de Europese wetgever heeft gemeend dat voor die opdrachten een tussenstaats aanbod bestaat.¹⁸ Maar het omgekeerde geldt niet: prijscollusie bij openbare aanbesteding *onder* de drempelwaarden is niet per definitie een *niet*-merkbare beperking van de tussenstaatse handel. Ook mededingingsbeperking bij kleine overheidsopdrachten kan derhalve worden gesanctioneerd door artikel 81 EG. Steeds zal dus naar de concrete omstandigheden en de economische kaders moeten worden gekeken om te kunnen vaststellen of de betreffende afspraak per saldo een (potentieel) negatief effect op de (tussenstaatse) mededinging heeft.

2.3 *Het Nederlandse mededingingsrecht*

Het uitgangspunt van de WEM 1956 was dat mededingingsafspraken in beginsel waren toegestaan, tenzij sprake was van aanwijsbaar misbruik van economische macht. In dat geval kon de afspraak door de rijksoverheid onverbindend worden verklaard.¹⁹ Het nationale kartelbeleid had zodoende lange tijd het karakter van uitwassenbestrijding, en dat spoorde steeds minder goed met het Europese verbodsstelsel.²⁰ In de jaren negentig is het spoor dan ook verlegd met de (partiële) invoering van een verbod van marktverdeling, prijsbinding en mededingingsregelingen op het terrein van aanbestedingen.²¹ In 1998 tenslotte trad de nieuwe Mededingingswet (Mw) in werking. De Mededingingswet is geheel gebaseerd op het model van het Europese kartelrecht.²² Artikel 6, lid 1 Mw bevat derhalve een verbodsbepaling geschoeid op de leest van artikel 81 EG, inclusief de nietigheidssanctie.²³

18 Bovendien merkt de aanbesteder zelf heel concreet de gevolgen van de prijscollusie; in die zin kan worden gezegd dat de mededinging direct wordt verstoord.

19 Zie nader de historische beschouwingen bij Mok, a.w. (noot 15), p. 28 e.v. Vergelijk over het (rechts)karakter van de na-oorlogse aanpak van kartels in Europa David J. Gerber, *Law and Competition in Twentieth Century Europe: Protecting Prometheus*, Oxford 1998, p. 173 e.v.

20 Aldus M.R. Mok, *Het voorstel-Mededingingswet*, TVvS 1996, p. 157. Zie ook M.R. Mok, *Kartelrecht I*, derde druk Zwolle 1995, p. 39 e.v., over de transitie van het misbruikstelsel naar het verbodsstelsel onder de WEM na onder meer de wijziging van 1994.

21 Besluit marktverdelingsregelingen, Stb. 1994, 56; Besluit horizontale prijsbinding, Stb. 1993, 80; Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen, Stb. 1994, 55.

22 Zie over de parallelen en verschillen tussen art. 81 EG en art. 6 Mw en de doorwerking van art. 81 EG in art. 6 Mw bijvoorbeeld P.J. Slot, *De Europeesrechtelijke achtergronden van de Mededingingswet*, in: P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak (red.), *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief*, Deventer 2000, p.17 e.v.

23 Overigens volgt de nietigheidssanctie ook al uit art. 3:40 BW, zodat de nietigheidssanctie in art. 6 lid 2 Mw in zoverre strikt genomen overbodig is. Om een vergelijkbare reden is in Duitsland in de nieuwe § 1 GWB (inwerkingtreding 1998) de nietigheidssanctie geschrapt, nu nietigheid reeds uit het algemene § 134 BGB voortvloeit. Zie Ch. Hootz, *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und Europäisches Kartellrecht, Gemeinschaftskommentar*, vijfde druk, eerste deel Keulen 1999, § 1, rdnr. 186.

Net als op communautair niveau bestaat er ook op nationaal niveau de mogelijkheid van de verlening van individuele ontheffingen en van groepsvrijstellingen.²⁴ Een belangrijke vrijstelling in verband met aanbestedingen is het besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten (Bvc).²⁵ Het Bvc – dat geen communautair equivalent kent – staat combinatieovereenkomsten bij inschrijving op aanbestedingen toe, tenzij het aantal deelnemers onevenredig groot is en aldus restconcurrentie wordt belemmerd. De voorwaarden voor de vrijstelling – die van rechtswege geldt en waarvoor dus geen aanvraag of iets dergelijks nodig is – zijn overigens in zeer algemene en vage bewoordingen geformuleerd. Per geval zal bekeken moeten worden of de betreffende combinatie al dan niet onder de vrijstelling valt, hetgeen bij (rechterlijke) toetsing achteraf nog wel eens tot verrassingen zou kunnen leiden. Blijkt de combinatie niet toegelaten te zijn, en is de combinatie strijdig met artikel 6 Mw, dan is niet alleen de (eventuele) combinatieovereenkomst nietig, maar zal vervolgens de vraag onder ogen moeten worden gezien welke gevolgen dit heeft voor de (al dan niet reeds voltooide) aanbestedingsprocedure.²⁶

2.4 Van kartel-nietigheid naar kartel-aansprakelijkheid

Mededingingsbeperking komt in verschillende maten en soorten voor. Vanuit mededingingsrechtelijke optiek zijn de precieze bedoeling en gezindheid van partijen bij de mededingingsbeperking minder relevant; of partijen *opzettelijk* wilden benadelen c.q. bevoordelen, is niet terzake. Of zij hun afspraak nu openlijk – bijvoorbeeld bij wijze van aanbodregulering – uitvoerden of juist verborgen wilden houden, voor de civielrechtelijke nietigheid van hun afspraak is het in beginsel niet relevant.²⁷ Doorslaggevend is namelijk dat hun afspraak de strekking danwel het gevolg heeft de mededinging negatief te beïnvloeden; daarmee is de nietigheid van de afspraak in de regel gegeven.²⁸ In deze bijdrage staat evenwel niet zozeer deze nietigheid van de afspraak centraal, maar juist de gevolgen in de rechtsverhouding tussen de colluderende partijen enerzijds en de aanbesteder of benadeelde meedingende derde anderzijds. En voor die verhouding liggen de zaken in bepaalde opzichten gecompliceerder; soms zal in die verhouding de intentie van de colluderende partijen wel relevant zijn. Maar voordat aandacht kan worden besteed aan de beweegredenen van partijen, moeten *feiten* op tafel komen. En daarin schuilt ook een groot probleem. Zo kan het vergaren van bewijs

24 Zie art. 17 en 15 Mw.

25 Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, Stb. 1997, 592.

26 Zie daarover bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 467 e.v.

27 Vergelijk HvJ EG 25 maart 1996, zaak C-137/95, Jur. 1996, I-1611 (SPO), overweging 55, waar het Hof overweegt dat uit onachtzaamheid gepleegde inbreuken vanuit oogpunt van de mededinging niet minder ernstig zijn dan opzettelijk gepleegde inbreuken.

28 Zie nader over deze nietigheid bijvoorbeeld Van der Klis en Lavrijssen, t.a.p. (noot 16).

feitelijk worden beïnvloed door de intenties van partijen. Immers: wat in het geniep geschiedt, ziet een buitenstaander niet. Daar gaan wij in de volgende paragraaf nader op in.

3 Bewijs van mededingingsbeperking

3.1 Vermoedens en aanwijzingen

Dat de aanbestedende dienst *vermoedt* dat sprake is van mededingingsbeperking, biedt weinig perspectief voor civielrechtelijke sanctionering. Er moet bewijs komen, en aangezien degene die de collusie stelt, haar ook moet bewijzen, zal de aanbesteder met (begin van) bewijs op de proppen moeten komen. Het lastige is natuurlijk dat, als er al documenten bestaan die bewijs van de mededingingsbeperking zouden kunnen opleveren, deze in handen zijn van de samenspannende ondernemers. Meedingende ondernemers zijn niet zonder meer verplicht om hun administratie te overleggen ten behoeve van onderzoek door de aanbestedende dienst naar mogelijke collusie.²⁹ Daar is vanuit aanbestedingsperspectief misschien ook wel iets voor te zeggen omdat de aanbestedende dienst op haar beurt in omgekeerde gevallen evenmin verplicht is om volledig open kaart te spelen: de aanbestedingsrichtlijnen verplichten weliswaar tot het prijsgeven van bepaalde – summiere – informatie,³⁰ maar de WOB is bijvoorbeeld niet van toepassing op overheidsdocumenten inzake aanbestedingszaken.³¹

Het bewijsprobleem vormt dus een obstakel bij sanctionering van mededingingsbeperking, maar daarmee is niet gezegd dat de aanbestedende dienst het hoofd in de schoot moet leggen. De positie van de aanbesteder kan verbeteren indien er *aanwijzingen* zijn die in de richting van mededingingsbeperking wijzen. Die aanwijzingen kunnen uiteraard gelegen zijn in concrete mededelingen, getuigenissen

29 De exhibitieplicht van art. 843a Rv is daarop niet van toepassing, nu die correspondentie geen betrekking heeft op een rechtsbetrekking waarbij de aanbesteder als partij betrokken is. Vergelijk HR 18 februari 2000, RvdW 2000, 61. Zie ook I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg 2001, p. 17 e.v.

30 Zie nader Verbintenissenrecht II (Van Boom), aant. 41.9.3.

31 Zie Afd. bestuursrechtspraak RvS 5 mei 1997, JB 1997, 169 nt. H. Koning, Rb. Zwolle 8 oktober 1997, BR 1999, p. 70, NTER 1998, p. 1 nt. M.J.J.M. Essers, Pres. Rb. Utrecht 19 december 1997, KG 1998, 86, en nader E.J. Daalder, Openbare aanbesteding: bedrijfsgegevens en transparantie; inherente tegenstellingen, die met elkaar moeten worden verenigd, in: H.D. van Romburgh (red.), *Jaarboek 1998 Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht*, Alphen aan den Rijn 1998, p. 96 e.v. Vergelijk ook nog A.C.M. Braams, Ervaringen met rechtsbescherming in civiele aanbestedingszaken: de visie van de centrale overheid, in: D. Waterman (red.), *Wat nu? Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht* (lustrumbundel ter gelegenheid van het vijfjarig bestaan van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht), Alphen a.d. Rijn 2000, p. 37 en N.J.M. Donders, *Over motiveren, informeren, het UAR/UAR-EG en de WOB*, BR 2000, 733 e.v. Zie over deze materie voorts de bijdrage van Orobio de Castro aan dit boek.

of klachten van (werknemers of vertegenwoordigers van) de meedingende ondernemers, maar ook in de uiterlijke schijn van de biedingen. Het kan bijvoorbeeld verdacht zijn dat van vijf prijsbiedingen er vier ongebruikelijk hoog zijn, dat alle prijsbiedingen elkaar zeer dicht naderen en bovendien de begroting van de aanbesteder met meer dan 150% overstijgen,³² of dat op ongebruikelijke wijze van dezelfde formuleringen gebruik wordt gemaakt in de biedingen. In een civiele procedure kunnen deze aanwijzingen c.q. gestelde feiten niet alleen aanleiding geven tot getuigenverhoor,³³ maar ze kunnen de rechter er ook toe brengen om bij comparitie van de gedaagde ondernemer(s) de overlegging van bepaalde documenten te vorderen.³⁴ Dit instrument biedt echter geen onbegrensde mogelijkheden; een colluderende ondernemer die ontkent en dus ook ontkent dat er documenten zijn die in de richting van collusie wijzen, zal stellen geen documenten te kunnen overleggen. De civiele rechter kan in dat geval niet veel meer doen dan de aanbesteder een bewijsopdracht geven. Wel is denkbaar dat de aanwijzingen aanleiding geven tot het vermoeden van collusie, zodat de gedaagde ondernemer met het bewijs van het tegendeel wordt belast.³⁵ Wij denken dat de civiele rechter hiertoe slechts bij hoge uitzondering zal overgaan; het enkele feit dat de omstandigheden waaronder biedingen zijn gedaan 'verdacht' zijn te noemen, lijkt ons onvoldoende.

Overigens kan hier nog worden gemeld dat verboden combinatieovereenkomsten een aparte categorie vormen. Als nu na gunning aan een combinatie komt vast te staan dat de combinatie toch niet aan de voorwaarden van het vrijstellingsbesluit voldeed, of de combinatie in strijd wordt geoordeeld met artikel 81 EG, dan is er uiteraard geen bewijsprobleem ten aanzien van het bestaan van de combinatieovereenkomst. De overeenkomst is immers 'open en bloot' aan de aanbesteder gepresenteerd.³⁶ Het bewijs van het bestaan van de afspraak behoeft dus geen problemen op te leveren.

3.2 *De NMa als 'fact finder'?*

Kan de Nederlandse Mededingingsautoriteit als 'fact finder' soelaas bieden? Dat klinkt aantrekkelijk: de aanbestedende dienst die mededingingsbeperking vermoedt,

32 Vergelijk bijvoorbeeld de casus die wordt geschetst in het besluit D-G NMa 22 December 2000, zaak nr. 1044 (inzake klacht aanbodcollusie bij aanbesteding Gemeente Werken Rotterdam).

33 Strikt genomen zijn dergelijke aanwijzingen niet noodzakelijk voor een (voorlopig) getuigenverhoor, maar om te weten wie men moet oproepen lijkt het in praktische zin wel nodig.

34 Vergelijk art. 19a Rv. Ook kunnen de aanwijzingen een verzwaarde stelplicht aan de zijde van de ontkennende gedaagde in het leven roepen; in algemene zin bestaat een dergelijke verzwaarde stelplicht echter niet. Zie nader Giesen, a.w. (noot 29), p. 39 e.v.

35 Giesen, a.w. (noot 29), p. 12-13, spreekt in dit verband overigens van omkering van bewijsvoeringslast.

36 Nota bene: de combinatieovereenkomst moet op schrift zijn gesteld (art. 1 Bvc).

dient een klacht in bij de NMa, die doet het onderzoek, verkrijgt met behulp van de aan de Mededingingswet ontleende dwangmiddelen³⁷ het nodige bewijsmateriaal en sanctioneert eventueel de ontdekte mededingingsbeperking.³⁸ Ook het Ministerie van Economische Zaken ziet hier been in:

‘De Mededingingswet biedt, zo dat nodig mocht blijken, voldoende middelen om dergelijke kartelvorming effectief aan te pakken.’³⁹

Immers:

‘Overtreding (van artikel 6 Mw, *auteurs*) kan door de directeur-generaal van de Nederlandse mededingingsautoriteit worden bestraft met een bestuurlijke boete, terwijl tevens een last kan worden opgelegd om aan de overtreding een eind te maken. De directeur-generaal kan daartoe ambtshalve of naar aanleiding van een klacht een onderzoek instellen. Naast deze bestuursrechtelijke gevolgen is er het civielrechtelijke gevolg dat een overeenkomst of besluit in strijd met het verbod van mededingingsafspraken van rechtswege nietig is. Ook kunnen ondernemingen geconfronteerd worden met een eis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad.’⁴⁰

Het is dus inderdaad mogelijk dat de aanbesteder een klacht indient bij de NMa,⁴¹ dat deze vervolgens een onderzoek instelt, bewijs verzamelt, een rapport opstelt, concludeert dat artikel 6 Mw is geschonden en eventueel sancties oplegt. De aanbesteder kan zijn voordeel doen met het aldus verzamelde bewijsmateriaal, want als belanghebbende heeft de aanbesteder op grond van artikel 60 lid 2 Mw recht op inzage van het door de NMa opgestelde rapport. Dat kan een sterke basis

37 Zie art. 5:15 Awb (het betreden van plaatsen, zonodig met de sterke arm), art. 5:16 Awb (inlichtingen), art. 5:17 Awb en art. 55 Mw (inzage in zakelijke bescheiden, zonodig met hulp van de sterke arm), art. 54 Mw (bedrijftruimten en voorwerpen verzegelen). Zie overigens ook art. 53 Mw (cautieplicht). Over een en ander uitgebreid D. Samkalden, *Handhaving Mededingingswet*, in: P.J. Slot, Ch.R.A. Swaak, *De Nederlandse Mededingingswet in perspectief*, Deventer 2000, p. 209 e.v.

38 Zie bijvoorbeeld de boetes genoemd in art. 57 Mw en de mogelijkheid tot het opleggen van een last onder dwangsom (art. 56 en 58 Mw).

39 Deze enthousiaste inval is te lezen in *Europees aanbesteden: haal pegels uit die regels!*, a.w. (noot 1), p. 38.

40 Nota van Toelichting bij het Besluit vrijstelling combinatieovereenkomsten, Stb. 1997, 592, p. 4.

41 De aanbesteder geldt stellig als belanghebbende; zie over het begrip ‘belanghebbende’ in verband met klachten bijvoorbeeld P. Glazener e.a., *Kroniek mededingingsrecht; beschikkingspraktijk van de NMa in het tweede halfjaar 1999*, SEW 2000, p. 371, J.P.L. van Marissing, *De NMa in actie*, eerste druk Den Haag 2000, p. 106.

voor een civiele actie zijn.⁴² Via een 'omweg' krijgt de aanbestedder dan toch gedaan dat de ondernemers hun administratie overleggen ten behoeve van onderzoek (indirect) door de aanbestedende dienst naar mogelijke collusie.

De klachtprocedure voor de NMa biedt dus perspectief, maar toch speelt ze tot op heden geen prominente rol bij de opsporing (en voorkoming) van mededingingsbeperking in aanbestedingszaken. Dat kan meerdere redenen hebben; allereerst brengt de beleidsvrijheid van de NMa om onderzoek in te stellen naar aanleiding van klachten met zich dat de NMa in elk geval geen genoeg zal nemen met blote vermoedens van mededingingsbeperking. Er zullen concrete aanwijzingen moeten zijn – en dat dit een probleem kan opleveren zagen we al in paragraaf 3.1. Bovendien is het de NMa toegestaan de kosten van het in te stellen onderzoek af te wegen tegen de verwachten baten, mede gezien de schaarse personele middelen.⁴³ Of de NMa bestrijding van mededingingsbeperking in de toekomst tot speerpunt van haar toezichthoudende taken zal rekenen, hangt met name ook af van het aantal klachten dat van aanbestederszijde wordt ingediend. Wat dat betreft kan er het nodige worden verbeterd, want tot op heden zijn dergelijke klachten nauwelijks ingediend. Ook zal nadere bezinning moeten plaatsvinden op de verhouding tussen de klaagmogelijkheid bij de NMa en het civiele kort geding; zolang de NMa zich op het standpunt stelt dat van een benadeelde partij bij een spoedeisende kwestie kan worden gevergd dat deze een civiel kort geding aanspant tegen de partij die de Mw overtreedt,⁴⁴ heeft klagen in veel gevallen geen zin. Maar wat heeft men aan een civielrechtelijk kort geding als het juist de NMa is die de dwangmiddelen in handen heeft om de harde bewijzen van mededingingsbeperking boven water te krijgen? Nadere bezinning op de verhouding tussen de civiele rechter en de NMa lijkt ook in meer algemene zin nodig.⁴⁵ Zo meende de regering bij het concipiëren

42 Overigens kan bepaalde informatie (bijvoorbeeld bedrijfsgevoelige gegevens) uit het rapport worden gehouden. Over het spanningsveld dat dan ontstaat tussen transparantie en geheimhouding zie men P.J.M. Koning, N.U.N. van den Heuvel-Kien, *Formeel mededingingsrecht*, Den Haag 2000, p. 71-73. Informatie die in het rapport ontbreekt, maar die voor de civiele procedure wel van belang blijkt te zijn, kan door de civiele rechter bij de gedaagde ondernemer(s) worden 'opgevraagd'. Zie hiervoor paragraaf 3.1.

43 Zie over de beleidsvrijheid van de NMa in dit verband bijvoorbeeld Van Marissing, a.w. (noot 41), p. 105 e.v.

44 Zie bijvoorbeeld overweging 6.7 van het Besluit D-G NMa 10 september 1998, zaak nr. 1 (Telegraaf/NOS en HMG): 'Van partijen die stellen een (spoedeisend) belang te hebben bij beëindiging van een handelen dat indruist tegen de Mw, kan binnen redelijke grenzen worden gevergd dat zij gebruik maken van de civielrechtelijke instrumenten die hen daartoe ter beschikking staan.' Om het nog gecompliceerder te maken: in een andere zaak besliste Pres. Rb. Den Haag 10 juli 1998, M&M 1998, p. 98, dat de in art. 83 Mw neergelegde procedure voor dwangsom met last bij wijze van voorlopige maatregel exclusieve werking toekomt en dat dus het civiele kort geding in het geheel niet tot de mogelijkheden behoort.

45 Dat wordt ook overtuigend geïllustreerd door de tegenstrijdige oordelen van NMa en civiele rechter in de procedure Free Record Shop/Erasmus Muziekproducties; zie daarover Koning en Van den Heuvel-Kien, a.w. (noot 42), p. 119. Vergelijk voor (een begin van) afstemming het Duitse § 90 GWB, op grond waarvan het Bundeskartellamt als 'amicus curiae' bij civiele procedures optreedt.

van de Mededingingswet bijvoorbeeld dat de civiele rechter efficiëntere – althans snellere – rechtsbescherming zou kunnen bieden dan de NMa;⁴⁶ voor wat betreft de hiervoor geschetste bewijsvoeringsproblematiek lijkt ons dit niet juist.

Vermeld zij nog dat de onderzoeksbevoegdheid van de NMa met betrekking tot overtreding van artikel 6 Mw beperkt is in die zin dat mededingingsbeperking waarbij (ook) buitenlandse ondernemingen betrokken zijn, moeilijker te onderzoeken is omdat de bijzondere dwangmiddelen deze ondernemingen niet regarderden.⁴⁷

4 Remedies voor de aanbesteder

4.1 Ingrijpen in de aanbestedingsprocedure

Een ondernemer die meent dat de aanbesteder bij de aanbestedingsprocedure steken heeft laten vallen, staat een aantal remedies ter beschikking. Daar is reeds het nodige over beslist in de rechtspraak en over geschreven in de literatuur.⁴⁸ Maar welke remedies komen de aanbestedende dienst toe indien hem blijkt of indien hij vermoedt dat meedingende ondernemers mededingingsbeperkende afspraken hebben gemaakt? Het beeld is diffuus. Allereerst kan, als tijdens de aanbestedingsprocedure aanwijzingen van mededingingsbeperking worden gevonden, aan de meedingende ondernemers natuurlijk tekst en uitleg worden gevraagd.⁴⁹ Mocht dat geen bevredigend antwoord opleveren, dan bestaat een (beperkt) aantal mogelijkheden. Zo kan een vermoeden van mededingingsbeperking rijzen als gevolg van abnormaal hoge of lage inschrijvingen. Deze kunnen op die grond terzijde worden gesteld.⁵⁰ Om onregelmatigheden in de lopende aanbestedingszaak aan te pakken, kan de aanbestedende dienst de aanbestedingstrein soms op een ander spoor brengen: bij onregelmatige inschrijvingen mag men immers overgaan tot het instellen van de onderhandelingsprocedure.⁵¹ Een inschrijving die in nauw verband staat met een verboden mededingingsafpraak, zal naar onze mening in

46 *Kamerstukken II* 1995/96, 24.707, nr. 3, p. 41.

47 *Zie Kamerstukken II* 1995/96, 24.707, nr. 3, p. 10.

48 *Zie daarover de bijdrage van Slagter aan dit boek, alsmede de bijdrage van Makkinga en Weijnen.*

49 *Indien de verdenking ook op andere ondernemers rust, zullen uit oogpunt van gelijke behandeling dezelfde vragen aan hen moeten worden gesteld.*

50 *Bij abnormaal lage aanbiedingen moet de aanbesteder om precisering verzoeken alvorens de inschrijving te weigeren; zie art. 30 lid 4 Richtlijn Werken, art. 27 Richtlijn Leveringen, art. 37 Richtlijn Diensten; vergelijk art. 54 voorstel consolidatierichtlijn (COM (2000) 582) en ook art. 63 UAR-EG 1991. Bij abnormaal hoge aanbiedingen kan sprake zijn van niet-passende inschrijvingen of van onregelmatige inschrijvingen; zie over deze categorieën Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 120 e.v.*

51 *Art. 7 Richtlijn Werken, art. 6 Richtlijn Leveringen resp. art. 11 Richtlijn Diensten. Vergelijk art. XV, lid 1 sub a, GPA, dat expliciet rept van onderling afgestemde offertes.*

dit verband als onregelmatig kunnen worden gediskwalificeerd.⁵² Voor wat betreft Europese aanbestedingen zou men zelfs kunnen stellen dat de aanbestedende overheid de *plicht* heeft, voortvloeiend uit het beginsel van gemeenschapstrouw, om dergelijke inschrijvingen terzijde te stellen.⁵³ Daarbij geldt uiteraard dat de aanbestedende dienst *aannemelijk* moet kunnen maken dat sprake is van collusie; een bloot vermoeden volstaat niet.⁵⁴

Overigens kan de aanbesteder een ondernemer die in het verleden al eens 'betrapt' is op aanbodcollusie van verdere mededinging uitsluiten,⁵⁵ maar daarvoor is in de regel nodig dat de betreffende ondernemer voor dat feit is veroordeeld.⁵⁶ Dat zal niet vaak voorkomen, en het zet ook geen zoden aan de dijk voor zover het betreft verboden afspraken in de aanbestedingsprocedure die *thans* aan de orde is. Misschien dat dit instrument op de lange duur meer 'tanden' krijgt, wanneer het Bureau BIBOB werkelijkheid is geworden en de door dat bureau beheerde gegevensbestanden in toenemende mate dergelijke informatie bevatten.⁵⁷ Dat is evenwel toekomstmuziek.

Het kan ook gebeuren dat de mededingingsbeperking na de gunning wordt ontdekt. Mocht het contract nog niet zijn gesloten,⁵⁸ dan zou de aanbesteder kunnen

-
- 52 Wij menen dat de aanbesteder een dergelijke inschrijving als onregelmatig mag uitsluiten; zou dit namelijk anders zijn dan zou aanbestedingsrechtelijke sanctionering van mededingingsbeperking alleen kunnen plaatsvinden indien alle inschrijvers daarbij betrokken waren (pas dan komt namelijk de 'sanctie' van de onderhandelingsprocedure in zicht). Zie diepgaand over deze problematiek Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 120 e.v.; voorts melden zij op p. 471 dat het ontwerp-UAR hier met een expliciete bepaling in voorziet.
- 53 Vergelijk A.J. Braakman, *Naar een nieuwe Mededingingswet*, BR 1997, p. 202 en, ten aanzien van nietige combinaties, - voorzichtig - Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 468. Zie over gemeenschapstrouw in meer algemene zin ten aanzien van aanbestedingsrecht José M. Fernández Martín, *The EC public procurement rules*, Oxford 1996, p. 93 e.v., en p. 184 e.v. In de rechtspraak van het HvJ EG met betrekking tot aanbestedingen lijkt de plicht van de lidstaten om de fundamentele regels van het EG-verdrag na te leven tot een actieve houding van de lidstaten in aanbestedingszaken te nopen. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 18 november 1999, zaak C-275/98, Jur. 1999, I-8291, en recentelijk HvJ EG 7 december 2000, zaak C-324/98 (naleving non-discriminatiegebod vergt een passende mate van openbaarheid bij aanbestedingen, ook indien deze niet door een van de richtlijnen wordt geregeerd).
- 54 Zo parafraseren wij RvA 5 juni 1997, no. 19.551, aangehaald bij Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 470.
- 55 Art. 24 Richtlijn Werken, art. 20 Richtlijn Leveringen, art. 29 Richtlijn Diensten; daarover (en de beperkingen ervan) E. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, diss. VU 2001, p. 280 e.v. Vergelijk ook art 47 voorstel consolidatierichtlijn (COM (2000) 275).
- 56 Manunza, a.w. (noot 55), p. 283.
- 57 *Kamerstukken II* 1999/00, 26.883, nr. 1-2 (Wet bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur). Zie daarover, in verband met aanbestedingen, E. Manunza, *Openbare aanbesteding en corruptie*, in: W.E.C.A. Valkenburg en A.A.G.J.M. de Weert (red.), *Corruptie*, Lelystad 1998, p. 77 e.v., met name p. 95 en volgende, en ook Manunza, a.w. (noot 55), p. 314 e.v.
- 58 Gunning is de einduitkomst van de aanbestedingsprocedure, en hoewel in de praktijk wordt aangenomen dat het moment van gunning samenvalt met het moment van contracteren, is in juridische zin sprake van gescheiden rechtshandelingen. De consequentie van de Alcatel-zaak (HvJ EG 28 oktober 1999, zaak 81/98, Jur EG 1999, p. I-7671, NJ 2000, 528) zal waarschijnlijk zijn dat deze twee handelingen voortaan ook in tijd uit elkaar gelegen zullen moeten zijn.

besluiten om niet te contracteren maar om opnieuw aan te besteden.⁵⁹ De aanbesteder die daartoe besluit, moet sterk in zijn (bewijs)schoenen staan, want degene aan wie gegund is zal de beslissing om niet te contracteren uiteraard willen aanvechten. Ook hier geldt dat een enkel vermoeden van mededingingsbeperking niet volstaat.

4.2 Ongedaanmaking van de overeenkomst

Voor welk anker kan de aanbesteder gaan liggen indien hij onder een reeds gesloten overeenkomst uit wil, zodat hij na heraanbesteding alsnog tegen een marktconforme prijs kan contracteren? Vooropgesteld moet worden dat nietigheid van de ondernemersafspraken op grond van het kartelverbod als zodanig geen gevolgen heeft voor de geldigheid van de overeenkomst van een hunner met de aanbesteder; een dergelijke 'afgeleide' nietigheid wordt niet gevorderd door het Europese kartelrecht, en ons nationale recht kent haar evenmin.⁶⁰ Dat biedt dus geen mogelijkheden. Maar wel kan worden gedacht aan vernietiging van de overeenkomst wegens bedrog. Kan de aanbesteder het bewijs voor opzet van de mededingingsbeperking leveren, dan zal hij de overeenkomst in de regel kunnen aantasten op grond van artikel 3:44 lid 3 BW. Dit is in zekere zin voordelig voor de aanbesteder, omdat met het bewijs van opzet in het algemeen ook het bewijs is geleverd voor een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad.⁶¹ Daarmee is een ferme grondslag gegeven voor een additionele vordering tot schadevergoeding.

Ook kan worden gedacht aan een beroep op dwaling in de zin van artikel 6:228 BW. Wanneer het gaat om verborgen mededingingsbeperking zou de aanbesteder zich op het standpunt kunnen stellen dat hij heeft gecontracteerd onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken, veroorzaakt door het ongeoorloofde zwijgen van de wederpartij. Weliswaar is tijdens de parlementaire behandeling van artikel 6:228 BW opgemerkt dat een mededelingsplicht niet te snel mag worden aangenomen,⁶² maar indien de wederpartij door deelname op de hoogte is van de mededingingsbeperking, en hij weet dan wel kan bevroeden dat zulks voor de

59 In dat opzicht zou de opschortende termijn die door de Alcatel-uitspraak in essentie wordt gevorderd, nog wel eens een voordeel voor de aanbesteder kunnen opleveren.

60 Zie bijvoorbeeld Schneider, a.w. (noot 16), p. 158 e.v., en Pijnacker Hordijk/Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 469. Schneider wijst overigens nog wel op de gemeenschapsrechtelijke verplichting voor de lidstaten om de praktische werking van het kartelverbod, ook tegenover derden, te waarborgen.

61 Zie Vermogensrecht, art. 44 (Hijma), aant. 31, en aant. 106.

62 Parl. Gesch. Boek 6, p. 909.

contracteerbeslissing van de aanbesteder een wezenlijke kwestie oplevert, dan zal hij naar maatschappelijke opvattingen de dwalende toch behoren in te lichten.⁶³ Als er opzettelijke benadelende afspraken zijn gemaakt, dan is een actie wegens bedrog of dwaling naar onze mening kansrijk. Dat ligt gecompliceerder bij subtieler vormen van mededingingsbeperking, zeker wanneer ze openlijk plaatsvinden. Bij openbare aanbodregulering zal bijvoorbeeld – afgezien van het gegeven dat een dergelijke regulering veelal wegens strijd met artikel 6 Mw nietig is – niet spoedig sprake zijn van dwaling of bedrog; de aanbesteder wordt geen rad voor ogen gedraaid en hij kan evenmin een onjuiste voorstelling van zaken hebben wanneer de aanbodregulering openlijk voor zijn ogen geschiedt.

Indien vernietiging mogelijk is, zal in beginsel ongedaanmaking van het gehele contract kunnen worden gevorderd.⁶⁴ Dat lijkt een fraaie basis voor heraanbesteding: het onder invloed van de mededingingsbeperking gesloten contract wordt ongedaangemaakt en de aanbesteder begint opnieuw. Die rigoureuze oplossing doet echter lang niet altijd recht aan alle betrokken belangen, vooral niet wanneer het contract al (gedeeltelijk) is uitgevoerd. In dat geval zal de aanbesteder namelijk hetgeen reeds aan hem is gepresteerd niet kunnen of willen restitueren, zodat ofwel het vernietigingsberoep in zoverre niet tot werkelijke ongedaanmaking leidt,⁶⁵ ofwel naar een minder ingrijpend alternatief wordt gezocht. Dat laatste is heel goed mogelijk met bijvoorbeeld artikel 3:53, lid 2, BW: indien de gevolgen van de overeenkomst bezwaarlijk ongedaan kunnen worden gemaakt, kan de rechter op verzoek geheel of gedeeltelijk de werking ontzeggen aan een vernietiging en in plaats daarvan een schadevergoedingsplicht op te leggen aan degene die daardoor onbillijk wordt bevoordeeld.⁶⁶

4.3 *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*

Wanneer ongedaanmaking van het contract geen reële optie is, treedt schadevergoeding nadrukkelijker op de voorgrond. En dan moeten we niet alleen denken aan

63 Indien de aanbesteder desgevraagd - maar in strijd met de werkelijkheid - zou worden medegedeeld dat geen ongeoorloofde ondernemersafspraken bestaan, bestaat ook grond voor vernietiging wegens dwaling: in de regel mag men afgaan op de juistheid van de door de inschrijvers gedane mededelingen. Zie HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 nt. LEHR (Baris/Riezenkamp).

64 Art. 3:53 BW juncto 6:203 BW.

65 Indien bijvoorbeeld de geleverde zaken verbruikt zijn, is nakoming van de verbintenis ex art. 6:203 BW voor de aanbesteder blijvend onmogelijk geworden en ontstaat - indien de tekortkoming hem toerekenbaar is - een recht op vervangende schadevergoeding (art. 6:74, 75 juncto art. 6:87 BW); deze schadevergoeding zal gerelateerd zijn aan de waarde van de geleverde zaken. De verbintenis tot betaling van vervangende schadevergoeding staat daarmee in wezen tegenover de verplichting van de wederpartij om de betaalde geldsom te restitueren, zodat uiteindelijk verrekening zal plaatsvinden (art. 6:127 BW). Per saldo blijven op deze wijze de gevolgen van het contract goeddeels in stand.

66 Een vergelijkbaar alternatieve restitutiewijze is neergelegd in art. 6:230 BW voor wat betreft de afwikkeling van een dwalingsgeval.

schadeplichtigheid van de colluderende contractant, maar ook die van andere betrokkenen. Bij de mededingingsbeperking zijn per definitie meer partijen dan alleen de contractuele wederpartij van de aanbestedende dienst betrokken, en hun aansprakelijkheid zal in de regel van buitencontractuele aard zijn. Wij concentreren ons daarom hierna op de onrechtmatige daad als rechtsgrond voor schadeplichtigheid van de betrokken meedingende ondernemers.⁶⁷

Voor een geslaagde actie uit onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) is vereist dat de aangesproken ondernemers toerekenbaar onrechtmatig hebben gehandeld jegens de aanbestedder, en dat deze daardoor daadwerkelijk in een vermogensbelang is geschaad. Nu is wel gesteld dat de overtreding van artikel 6 Mw (en hetzelfde zou dan gelden voor artikel 81 EG) op zichzelf niet onrechtmatig is jegens de benadeelde partij, omdat deze bepaling veeleer gericht is op bescherming van optimale mededinging in algemene zin en niet zozeer direct ziet op bescherming van concrete marktpartijen,⁶⁸ maar dat lijkt ons een onjuist uitgangspunt.⁶⁹ Er zijn met name uit de rechtspraak op artikel 81 EG voldoende aanknopingspunten te putten voor het standpunt dat individuele ondernemingen, instellingen en dus ook aanbestedende diensten rechtstreekse bescherming kunnen ontleen aan de kartelverboden.⁷⁰ Overtreding van artikel 6 Mw/artikel 81 EG geeft daarom ook recht op civielrechtelijke bescherming. Voor ons recht is het flexibele artikel 6:162 BW een van de civielrechtelijke vehikels voor deze bescherming.⁷¹

Binnen de 'normale' kaders van het onrechtmatigedaadsrecht (artikel 6:162 BW) kan schending van het kartelverbod tot aansprakelijkheid leiden tegenover

67 Daar wordt overigens anders over gedacht door diegenen die in de rechtsverhouding van meedingende ondernemers onderling (en ook in hun verhouding tot de aanbestedder) een contractuele verhouding menen te kunnen ontwaren. Zie bijvoorbeeld recentelijk W.G.Ph.E. Wedekind, *Aanbesteden, een hele opdracht*, oratie UvA 2000, p. 17. Wij denken dat de door ons gevolgde delictuele denklijn niet anders kan of mag zijn indien de grondslag van de precontractuele redelijkheid en billijkheid of van contract (voor diegenen die in de aanbestedingsrechtsverhoudingen een contract ontwaren) zou worden gekozen. Wedekind, t.a.p., oordeelt blijkbaar anders; hij stelt ronduit - zij het zonder nadere onderbouwing - het primaat van een 'contractuele setting' voorop. Zie over deze discussie ook de beschouwingen van Slagter in dit boek.

68 Zie bijvoorbeeld M.M. Slotboom, *Ten dienste van de mededinging?*, SEW 1996, p. 295.

69 Zo ook reeds Samkalden, t.a.p. (noot 37), p. 204-205. Vergelijk ook uitgebreid Gleiss/Hirsch, *Kommentar zum EG-Kartellrecht*, Bd. 1, vierde druk Heidelberg 1993, rdnr. 1723 e.v., alwaar wordt gesproken van de 'Doppelnatur' van (thans) art. 81 EG en waar de conclusie luidt dat deze bepaling naar de voorwaarden van het Duitse aansprakelijkheidsrecht (§ 823 BGB) 'Schutzgesetz' is.

70 Zie het betoog van Schneider, a.w. (noot 16), p. 159 e.v., met verwijzing naar relevante rechtspraak: HvJ EG 30 januari 1974, zaak 127/73, Jur. 1974, 51, overweging 15-16 (BRT/Sabam), HvJ EG 30 April 1974, zaak 155/73, Jur. 1974, 409, overweging 18 (Sacchi), HvJ EG 17 januari 1980, zaak 792/79, Jur. 1980, 119, overweging 19 (Camera Care). Zie voor wat betreft rechtstreekse en onmiddellijke werking van de nietigheidssanctie van art. 81, lid 2, EG ook nog HvJ EG 6 februari 1973, zaak 48/72, Jur. 1973, 77, overweging 24-27 (Brasserie de Haecht II) en ook HvJ EG 10 juli 1980, zaak 99/79, Jur. 1980, 251 I, overweging 17 (Lancôme/Etos en Albert Heijn). Vergelijk Braakman, t.a.p. (noot 53), p. 197-198.

71 In die zin heeft het Nederlandse rechtstelsel minder moeite met inpassing binnen het delictuele aansprakelijkheidsrecht dan bijvoorbeeld het Duitse (zie hiervoor noot 69) of het Engelse (zie daarover bijvoorbeeld D.G. Goyder, *EC Competition Law*, derde druk Oxford 1998, p. 515 e.v.).

diegenen wier vermogensbelangen door dat verbod worden beschermd (artikel 6:163 BW).⁷² Voor een concrete actie uit onrechtmatige daad is dus relevant welk beschermingsbereik toekomt aan het kartelverbod. Een ruim beschermingsbereik ligt voor de hand, aangezien het kartelverbod de belangen beoogt te beschermen van alle concurrenten wier keuze- en contractermogelijkheden potentieel door het kartel worden beïnvloed.⁷³ Bij mededingingsbeperking zal daarom ook in beginsel sprake zijn van een toerekenbare onrechtmatige daad van elk van de betrokken ondernemers jegens de aanbestede.⁷⁴

Op dit beginsel zijn uitzonderingen denkbaar. Wij denken bijvoorbeeld niet dat deelname door een combinatie aan de aanbesteding, die op het eerste gezicht geldig leek maar naar achteraf komt vast te staan toch niet binnen de vrijstellingsvereisten van het Bvc viel en die bovendien ex artikel 6 Mw nietig blijkt te zijn, per definitie een *toerekenbare* onrechtmatige daad jegens de aanbestede oplevert. Afgezien van de vraag of een dergelijke deelname schade berokkent aan de aanbestede, kunnen wij ons namelijk voorstellen dat indien zowel de combinatie als de aanbestede in dwaling verkeerden omtrent de strijdigheid van de combinatie met artikel 6 Mw, het risico van een dergelijke dwaling bij de aanbestede blijft rusten. Ook hier komt het aan op de omstandigheden van het geval: wederzijdse rechtsdwaling moet anders worden beoordeeld dan opzettelijke misleiding door de combinerende ondernemingen.⁷⁵

Naast overtreding van artikel 81 EG of artikel 6 Mw kan naar onze mening ook aanleiding voor aansprakelijkheid van de meedingende ondernemers worden gevonden in handelingen die ernstig strijden met de beginselen die ten grondslag liggen aan het aanbestedingsrecht.⁷⁶ Weliswaar gelden deze beginselen primair voor de aanbestede, maar wij denken dat de omgekeerde denkrichting ook zinvol kan zijn. Waarom zou de door meedingende ondernemers in acht te nemen maatschappelijke betamelijkheid niet mede mogen worden ingekleurd aan de hand van de aanbestedingsbeginselen zoals dat van non-discriminatie, transparantie, en concurrentie?

72 Vergelijk M.B.W. Biesheuvel, M.R. Mok, H.G. Sevenster, *Van ordening naar marktwerking* (preadvis Vereniging Handelsrecht/Vereniging voor Mededingingsrecht), Den Haag 1996, p. 95.

73 Zie hierover bijvoorbeeld Schneider, a.w. (noot 16), p. 164 e.v. Vergelijk ook W.J. Slagter, *preadvis NJV 1963*, p. 42.

74 In voorkomende gevallen zal overigens ook sprake kunnen zijn van collusie in groepsverband, zodat art. 6:166 BW van toepassing is.

75 Ook komt het aan op de vraag of de nietige combinatie in strijd is met art. 81 EG. Voor dat geval sluiten wij niet uit dat, in afwijking van hetgeen wij in de hoofdttekst schrijven, de nietigheid wel voor rekening komt van de combinatie, omdat zij nu eenmaal een ontheffingsverzoek had kunnen doen.

76 Zie over beginselen van aanbestedingsrecht bijvoorbeeld W.H. van Boom, *De aanbestedende overheid. Beginselen van behoorlijke openbare aanbesteding*, BR 1999, p. 644 e.v.

De volgende stap bij een schadevergoedingsactie ex artikel 6:162 BW is natuurlijk het begroten van de schade die is geleden door de onrechtmatige daad. De omvang van de schadevergoeding is vooral afhankelijk van het stadium waarin de aanbesteding zich bevindt op het moment dat de mededingingsbeperking wordt ontdekt, en van de reactie die daarop van een redelijk handelend aanbesteder in de gegeven omstandigheden verwacht kan worden. Vindt de ontdekking in een vroeg stadium plaats, dan is denkbaar dat de meerkosten verbonden aan heraanbesteding (inclusief vertragingsschade) voor vergoeding in aanmerking komen. Was het de aanbesteder op het moment van ontdekking echter (nog) toegestaan om de colluderende ondernemers uit te sluiten,⁷⁷ maar heeft hij dit nagelaten, dan komen de meerkosten verbonden aan heraanbesteding niet voor vergoeding in aanmerking.⁷⁸

Vindt ontdekking pas plaats na uitvoering van het met de winnende inschrijver gesloten contract, dan zal de schade voor de aanbesteder in veel gevallen voornamelijk gelegen zijn in de hogere geldsom die hij heeft moeten betalen als gevolg van de collusie. Hoewel de voorkeur uitgaat naar een zo exact mogelijke begroting van deze schade, staat het de rechter vrij om een schatting te maken (artikel 6:97 BW). Bovendien kan, indien vaststaat dat de aanbesteder door de mededingingsbeperking schade heeft geleden, bij wijze van schadebegroting een veroordeling tot *winstafdracht* volgen (artikel 6:104 BW).⁷⁹ Dat zal in de eerste plaats de winst zijn die de aangesproken ondernemer met wie is gecontracteerd, zelf heeft gerealiseerd. Wij achten het echter ook mogelijk dat elk van de andere colluderende ondernemers tot afdracht van deze winst kan worden verplicht, omdat elk van hen hoofdelijk aansprakelijk is voor de door de collusie ontstane schade (artikel 6:102 BW) en het instrument van winstafdracht nu eenmaal de vorm heeft gekregen van een methode van schadeberekening (artikel 6:104 BW).

Met betrekking tot de omvang van deze winstafdracht is het soms mogelijk om bij wijze van schadebegroting uit te gaan van statistische gegevens. Als gezegd wijzen deze er op dat met aanbesteding een gemiddelde kostenbesparing van 10 tot 30% is gemoeid, en dat prijscollusie een prijsopdrijvend effect van 10 procent kan hebben.⁸⁰ Nu is niet gezegd dat de concrete wijze waarop de aanbidders hebben gecolludeerd in het concrete geval een dergelijke besparing teniet heeft gedaan

77 Zie daarover hiervoor paragraaf 4.1.

78 Als grondslag voor afwijzing van vergoeding daarvan kan zowel worden gedacht aan de schadebeperkingsplicht van de aanbesteder (art. 6:101 BW) als aan een begrenzing van het causaal verband (art. 6:98 BW).

79 Zie HR 24 december 1993, NJ 1995, 421 nt. CJHB.

80 Zie noot 7.

c.q. een dergelijk prijsopdrijvend effect heeft gehad, maar bij prijscollusie kunnen dergelijke percentages naar onze mening wel degelijk uitkomst bieden.⁸¹

5 De positie van de meedingende derde

De aanbesteder is niet de enige die door mededingingsbeperking wordt geschaad. Meedingende derden kunnen gunning van het contract aan hun neus voorbij zien gaan en aldus schade lijden, of ernstig in hun *kansen* op gunning zijn beknot en het gevoel hebben dat zij de inspanningen (lees: kosten) van de aanbestedingsprocedure achterwege kunnen hadden laten omdat de uitkomst door de collusie eigenlijk al vast stond. Veel van hetgeen wij in de voorgaande paragrafen schreven over de positie van de aanbesteder, is *mutatis mutandis* van toepassing op deze derde. We noemen hier nog enkele complicaties.

De meedingende derde die meent dat zijn kansen op gunning door mededingingsbeperking worden gefrustreerd, kan zich beklagen bij de aanbesteder. Er is weinig bekend over de manier waarop de aanbesteder op een dergelijke klacht moet reageren. Wel is duidelijk dat de aanbesteder in zijn hoedanigheid van overheidslichaam de klacht met inachtneming van de beginselen van behoorlijk bestuur moet afwikkelen,⁸² maar daarmee is niet gezegd dat de aanbesteder ook uitgebreid zelfstandig onderzoek moet instellen naar de feitelijke gegrondheid van de klacht. Uit hetgeen wij in paragraaf 3 schreven, mag duidelijk zijn geworden dat aanbesteders geen breed wapenarsenaal voor waarheidsvinding hebben. Dat noopt tot een zekere terughoudendheid van de aanbesteder: indien hij de meedingende derde te zeer tegemoetkomt zonder harde bewijzen, schendt hij tegenover de andere ondernemers de aanbestedingsbeginselen van gelijke behandeling, doorzichtigheid, fair play et cetera. Anderzijds loopt de aanbesteder, indien hij niets onderneemt naar aanleiding van de klacht, het risico dat hij later wordt veroordeeld tot heraanbesteding.⁸³ Wellicht dat de aanbesteder een procedurele uitweg kan vinden door de klacht van de derde als het ware door te geleiden aan de NMa (vergelijk paragraaf 3.2) en hangende deze procedure de aanbestedingspro-

81 Waarbij wij ons er overigens wel bewust van zijn dat een verloren gegane besparing bij de aanbesteder van 20% niet automatisch ook een winst van 20% bij de winnende inschrijver teweeg hoeft te brengen; het fraaie van abstracte schadeberekening is nu juist dat men van dat gegeven kan abstraheren.

82 Zie Verbintenissenrecht II (Van Boom), aant. 7, met verdere verwijzingen.

83 En, indien het mededingingsbeperking met een communautaire dimensie betreft, kan de aanbesteder bovendien verdragsschending worden verweten gelegen in het nalaten op te treden tegen schending van art. 81 EG.

cedure op te schorten.⁸⁴ In veel gevallen is dit laatste geen wenkend perspectief, maar het achterwege laten van de opschorting herbergt het risico dat de D-G NMa op een later tijdstip vaststelt dat inderdaad sprake was van collusie. En dan kan het voor de aanbesteder al te laat zijn om de aanbestedingstrein nog te stoppen. Indien de derde na contractsluiting wil optreden tegen de mededingingsbeperking, dan is in theorie voorstelbaar dat een benadeelde inschrijver een vordering instelt ex artikel 6:162 BW tot beeindiging van het contract tussen aanbesteder en de ondernemer aan wie is gegund.⁸⁵ Wij denken echter niet dat een dergelijke vordering spoedig zal worden toegewezen. Allereerst zal de civiele rechter de bij het concrete geval betrokken belangen in hun onderlinge samenhang moeten afwegen.⁸⁶ De uitkomst daarvan kan zijn dat het belang van de benadeelde inschrijver bij beëindiging van het contract niet opweegt tegen de belangen van aanbesteder en de ondernemer aan wie is gegund, bijvoorbeeld omdat reeds kostbare voorbereidingswerkzaamheden zijn uitgevoerd. In de tweede plaats is er de min of meer bestendige lijn in de rechtspraak dat een vordering tot nakoming of een gebodsactie alleen kan worden toegewezen indien de gedaagde in redelijkheid aan het vonnis kan voldoen.⁸⁷ Indien uitvoering van het contract al zo ver is gevorderd (danwel reeds is uitgevoerd) dat beeindiging ervan niet mogelijk is, dan zal de vordering om die reden worden afgewezen.

Een vordering tot *schadevergoeding* ligt in dergelijke gevallen meer voor de hand. De bescherming die het onrechtmatigedaadsrecht kan bieden aan de aanbesteder, staat tevens ter beschikking aan de meedingende derde.⁸⁸ Een bijzondere moeilijkheid ten aanzien van de meedingende derde is echter de vaststelling van de schade. Lijdt een inschrijver wel schade wanneer niet aan hem gegund wordt? Het is buitengewoon lastig aan te geven wat er gebeurd zou zijn indien er geen sprake was geweest van de verboden afspraken; er kan lang niet altijd met zekerheid gezegd worden dat dan aan *deze* derde zou zijn gegund. Vaststelling van schade en *conditio sine qua non*-verband in dit soort gevallen is altijd een kwestie van 'retrospectief koffiedik kijken', maar daarnaast lijkt de laatste tijd steeds meer belangstelling te bestaan voor het alternatief van de

84 De meedingende derde zou tijdens de aanbestedingsprocedure bovendien ook zelf een klacht bij de NMa kunnen indienen met betrekking tot de verdenking van collusie. Voor die klacht gelden alle 'caveats' die hiervoor in paragraaf 3.2 aan de orde kwamen. Ook een kort geding - of in voorkomende gevallen een spoed-arbitrage - tegen de colluderende ondernemer(s) behoort tot de mogelijkheden. Onder vigeur van het UAR(-EG) beoordeelt de RvA ook vorderingen tussen inschrijvers onderling. Zie M.A. van Wijngaarden, *Hoofdstukken Bouwrecht*, tweede druk Deventer 1999, deel 16, nr. 911, en deel 18, nr. 1003.

85 Vergelijk RvA 26 januari 1989, nos. 13.704 en 13.713, BR 1989 p. 552 nt. N.J.M. Donders.

86 Zie daarover vooral ook de bijdrage van Makkinga en Weijnen aan dit boek. Vergelijk K.I. de Jong, *Remedies in the Netherlands*, in: A. Tyrrell, B. Bedford (eds.), *Public Procurement in Europe: Enforcement and Remedies*, Londen 1997, p. 198.

87 Zie Verbintenissenrecht I, art. 74 (Broekema-Engelen), aant. 27, met verdere verwijzingen.

88 Zie daarover dus paragraaf 4.3.

‘verlies van een kans’-schade. De belangwekkende discussie om ook schade gelegen in de ‘verlies van een kans’ als volwaardig schadebegrip te erkennen, kunnen we binnen het bestek van deze bijdrage echter niet behandelen. Wij verwijzen daarom naar de bijdrage van Akkermans en Pijnacker Hordijk elders in dit boek.

6 Aanbevelingen en suggesties

Het laatste woord over aansprakelijkheid voor mededingingsbeperking bij aanbestedingen is nog niet geschreven, althans dat hopen wij. Want veel is onduidelijk, onderbelicht of gewoon niet goed geregeld. Met het oog op toekomstige discussie over dit onderwerp willen wij daarom de volgende aanbevelingen en suggesties doen.

Allereerst blijkt uit het voorgaande dat het voor aanbesteders moeilijk kan zijn om vermoedens van mededingingsbeperking om te zetten in concrete bewijzen. Wij denken dat een nadrukkelijker rol voor de NMa weggelegd zou kunnen zijn bij het opsporen en vaststellen van mededingingsbeperkingen bij aanbestedingen; aanbesteders kunnen meer profiteren van de bevoegdheden die de NMa ten dienste staan dan tot op heden gebeurt. Daarvoor is uiteraard nodig dat bij sterke vermoedens van mededingingsbeperkende afspraken door de aanbesteder een klacht wordt ingediend.

In de tweede plaats, en dat hangt samen met het vorige punt, verdient het aanbeveling om de positie van de aanbesteder bij het vermoeden van mededingingsbeperking een uitdrukkelijker regeling te geven dan nu het geval is. De thans gebruikelijke aanbestedingsreglementen bepalen niets over wat een aanbesteder *mag* of *moet* doen bij het vermoeden van mededingingsbeperking. Gedacht zou kunnen worden aan een uitdrukkelijke bevoegdheid tot het indienen van een klacht bij de NMa, en tot het desgewenst opschorten van de procedure totdat deze klacht is behandeld. In elk geval zou duidelijk moeten blijken welke handelswijze van de aanbesteder mag worden verwacht wanneer door een mededingende ondernemer *bij hem* een klacht wordt ingediend over een mededingingsbeperkende afspraak van andere ondernemers. Duidelijkheid over de bevoegdheden en verplichtingen van de aanbesteder tijdens de aanbestedingsprocedure schept bovendien een duidelijker kader voor eventuele aansprakelijkstellingen na afronding van de procedure en kan de aanbesteder betere bescherming bieden tegen het verwijt dat bepaalde ondernemers ten onrechte (of juist ten onrechte *niet*) uit de procedure zijn geweerd of geschrapt.

Tenslotte vragen wij ons af of niet toch in een aanbestedingsreglement een opsomming kan worden opgenomen van gevallen waarin een inschrijving in ieder geval als ‘onregelmatig’ terzijde kan of zelfs *moet* worden gesteld; bij deze

opsomming zou het geval van mededingingsbeperkende afspraken dan niet mogen ontbreken.⁸⁹

89 Vergelijk E.H. Pijnacker Hordijk, *Het UAR-EG 1991 gewijzigd*, BR 1995, p. 913-914.

Het recht op informatie bij de afwikkeling van aanbestedingsgeschillen

1 Inleiding

Het vermoeden van een gegadigde of inschrijver dat een aanbesteding niet correct is verlopen, zal veelal slechts ontzenuwd – of bevestigd – kunnen worden door informatie waarover de aanbesteder beschikt. In veel gevallen zal de toe- of afwijzing van de vordering van een gegadigde of inschrijver er van afhangen of de betreffende informatie door de aanbesteder in het geding wordt gebracht.

De aanbesteder zal zich veelal voor het dilemma geplaatst zien dat zij een aantijging slechts (definitief) kan ontzenuwen door informatie in het geding te brengen, die andere gegadigden of inschrijvers betreft, en die door deze laatsten als vertrouwelijk wordt beschouwd. Bovendien geldt, dat selectie en gunningsrapporten – waarvoor in aanbestedingsgeschillen tenminste zoveel belangstelling bestaat als voor gegevens van de concurrent – nogal eens harde oordelen inhouden over gegadigden en aangeboden producten. In het geding brengen van dergelijke informatie kan leiden tot onnodige escalatie van het aanbestedingsgeschil. Rechter en arbiters moeten in (spoed-)geschillen betreffende aanbestedingen een praktische oplossing vinden die aan deze belangen recht doet.

Hierna zal worden nagegaan welke omvang het recht op informatie bij de huidige regelgeving en stand van de jurisprudentie heeft. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen het materiële aspect – op welke informatie kan een procederende gegadigde of inschrijver aanspraak maken – en meer procesrechtelijke aspecten.

2 De Government Procurement Agreement

De GPA is een overeenkomst betreffende de plaatsing van overheidsopdrachten en vormt een bijlage bij de overeenkomst tot oprichting van de WTO. Het is aannemelijk, dat bepalingen van de GPA directe werking hebben.¹ Bovendien

* D.C. Orobio de Castro is advocaat bij Stibbe te Amsterdam. Hij zegt G.H. Masselink, stagiaire, gaarne dank voor haar bijdrage aan dit artikel.

1 Zie hierover bijvoorbeeld E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, tweede druk, Den Haag 1999, p. 11 en D.C. Orobio de Castro *Aanbestedingsrecht: nieuwe regels uit Brussel en Den Haag*, BR

bepalen de Europese aanbestedingsrichtlijnen² en artikel 2 lid 2 van het Besluit Overheidsaanbestedingen – kort gezegd – dat aanbestedende diensten de voorwaarden uit de GPA dienen toe te passen, als deze voorwaarden gunstiger zijn voor inschrijvers dan de voorwaarden uit de Europese Aanbestedingsrichtlijnen.³ Van belang in deze is allereerst artikel XII, lid 3 sub c van de GPA dat luidt:

De instanties (de ‘aanbesteders,’ OdC) beantwoorden onverwijld alle redelijke verzoeken om relevante informatie van een leverancier (‘gegadigde/inschrijver,’ OdC) die deelneemt aan de aanbestedingsprocedure mits dergelijke informatie die leverancier niet bevoordeelt ten opzichte van zijn mededingers in de procedure voor de gunning van de opdracht.

In gevolge artikel XVIII lid 2 GPA verstrekt een aanbesteder aan een gegadigde/inschrijver op diens verzoek:

- a. een toelichting over haar werkwijze en procedures bij het plaatsen van opdrachten;
- b. relevante informatie betreffende redenen waarom de aanvraag van de leverancier om erkenning is afgewezen, waarom diens bestaande erkenning is beëindigd of waarom hij niet is uitgekozen;
- c. in het geval van een afgewezen inschrijver, relevante informatie betreffende de redenen waarom zijn offerte niet is uitgekozen en betreffende de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen offerte, alsmede de naam van de begunstigde.

Volgens artikel XVIII lid 4 GPA kunnen aanbesteders besluiten de in lid 2 bedoelde informatie niet vrij te geven als:

(...) zulks de toepassing van wettelijke bepalingen zou belemmeren of anderszins strijdig zou zijn met het algemeen belang, de legitieme commerciële belangen van bepaalde openbare of particuliere ondernemingen zou schaden dan wel de eerlijke mededinging tussen leveranciers in het gedrang zou brengen.

Bovendien kent artikel XIX van de GPA de mogelijkheid voor de regering van een land, waaruit een afgewezen inschrijver afkomstig is, om inlichtingen te vragen

1998, p. 574-582.

2 Zie bijvoorbeeld art. 33 bis Richtlijn Werken (93/37/EEG).

3 Zie hierover Orobio de Castro, t.a.p. (noot 1), p. 36.

aan de regering van het land van de aanbestedder. De regering van de afgewezen inschrijver mag deze informatie bekend maken aan de laatste *‘mits daarbij discretie wordt betracht.’* Als het vrijgeven van informatie de mededinging in het land van de aanbestedder nadelig kan beïnvloeden, wordt de informatie pas bekend gemaakt na overleg met, en toestemming van, de regering van de aanbestedder. Artikel XIX sub 4 van de GPA voegt daar nog aan toe:

vertrouwelijke informatie die aan een partij (‘een land, zijnde partij bij de GPA,’ OdC) is verstrekt en die de toepassing van wettelijke bepalingen zou belemmeren of anderzins strijdig zou zijn met het algemene belang, de legitieme commerciële belangen van openbare of particuliere onderneming zou schaden dan wel de eerlijke mededinging tussen leveranciers in het gedrang zou brengen, wordt niet bekend gemaakt zonder formele toestemming van de partij die de informatie heeft verstrekt.

Direct valt op, dat het – eerst geciteerde – artikel XII lid 3 sub c ruim geformuleerd is. Het betreft ‘alle redelijke verzoeken om relevante informatie,’ terwijl *de enige weigeringsgrond* beperking van mededinging in de betreffende aanbesteding is. Gezien de plaats van het artikel (artikel VII betreft ‘de aanbestedingsstukken’), lijkt verdedigbaar dat het artikel uitsluitend toelichtingen betreft op de aanbestedingsdocumentatie. Een ruimere uitleg is echter minstens zo verdedigbaar en sluit beter aan bij de tekst van de bepaling. Onder relevante informatie kan bijvoorbeeld ook worden verstaan de tijdstippen waarop de aanbestedder (tussen-)beslissingen in het kader van een aanbesteding zal nemen, de weging van te hanteren selectie- en gunningscriteria en de redenen waarom een aanbesteding zonder gunning werd beëindigd.

Anders gezegd: verdedigbaar is dat informatieverstrekking waarin artikel XVIII niet voorziet, valt onder artikel XII lid 3 c. Deze uitleg sluit aan bij de corresponderende bepaling in de Europese Aanbestedingsrichtlijnen, zie hieronder.

3 De Europese aanbestedingsrichtlijnen

Ingevolge nationale regelgeving zijn (semi-) overheden gehouden de voorschriften uit de Europese Aanbestedingsrichtlijnen toe te passen, als ware deze rechtstreeks tot hen gericht.⁴ Onderscheid kan gemaakt worden tussen de ‘Algemene Richtlijnen’

4 Het Besluit Aanbesteding van Werken 1973, Stb. 1973, 202, de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, Stb. 1993, 212, het Besluit Aanbestedingen Nutssector, Stb. 1993, 214 en het Besluit Overheidsaanbestedingen, Stb. 1993, 305).

(betreffende werken, leveringen en diensten)⁵ en de Richtlijn Nutssector (betreffende de plaatsing van opdrachten in de water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie).⁶

3.1 *De Algemene Richtlijnen*

De Algemene Richtlijnen bepalen⁷ dat aanbestedende diensten gegadigden en inschrijvers desgevraagd in kennis moeten stellen van besluiten die zijn genomen inzake de gunning van een opdracht, met inbegrip van de redenen waarom eventueel is besloten een opdracht niet te gunnen, of tot heraanbesteding over te gaan.

Opmerkelijk is dat deze bepaling uit de Algemene Richtlijnen *geen weigeringsgronden kent* (zoals strijd met de wet, het algemeen belang, commerciële belangen en schadelijkheid voor de mededinging).

De bepaling vertoont sterke overeenkomsten met artikel XII lid 3 sub C van de GPA, in de hierboven beschreven, ruime, uitleg. Laatstbedoeld artikel uit de GPA kent slechts een zeer beperkte grond voor het weigeren van informatie.

De Algemene Richtlijnen bepalen voorts dat aanbestedende diensten de gunning van opdrachten in een advertentie bekend moeten maken, volgens een bepaald model.⁸ Dit model voorziet onder meer in vermelding van de partij waaraan gegund is, de algemene kenmerken van de winnende offerte en de prijs daarvan. Van bekendmaking van gegevens over de gunning kan echter worden afgezien op basis van dezelfde gronden als genoemd in artikel XVIII lid 4 van de GPA.⁹

De Algemene Richtlijnen bepalen voorts dat de aanbestedende dienst op verzoek aan iedere afgewezen gegadigde of inschrijver de redenen moet meedelen voor de afwijzing van zijn aanvraag of van zijn inschrijving.¹⁰ Voorts moet aan iedere inschrijver die een, aan de eisen beantwoordende offerte heeft gedaan, de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen offerte alsmede de naam van de begunstigde worden meegedeeld.

Opnieuw kan de aanbesteder ingevolge de Richtlijnen het verstrekken van deze informatie weigeren op de gronden als genoemd in artikel XVIII lid 4 van de GPA.

De informatieverplichtingen voor aanbesteders, zoals beschreven in de Europese Richtlijnen, zijn in verschillende rechtelijke uitspraken aan de orde

5 Richtlijn Werken (93/37/EEG), Richtlijn Leveringen (93/36/EEG) en Richtlijn Diensten (92/50/EEG), allen recentelijk gewijzigd bij Richtlijn 97/52/EG.

6 Richtlijn 93/38/EEG, recentelijk gewijzigd bij Richtlijn 98/04/EG.

7 Zie bijvoorbeeld art. 8 lid 2 Richtlijn Werken.

8 Zie bijvoorbeeld art. 11 lid 5 Richtlijn Werken.

9 Op detailniveau wijkt de formulering van de weigeringsgronden af van de GPA, maar inhoudelijk lijkt er geen verschil te zijn.

10 Zie bijvoorbeeld art. 8 Richtlijn Werken.

gekomen. Ik geef een paar voorbeelden:

De Europese rechter¹¹ beschrijft als een van de doelen van de bekendmakingsverplichting uit de Richtlijnen ‘(...) het verkrijgen van de gegevens om in rechte te kunnen opkomen tegen het besluit tot gunning van de betrokken opdracht (...)’ In de kwestie *Uneto/De Vliert*¹² oordeelde de Hoge Raad dat de Richtlijn Werken in artikel 8 specificeert welke informatie aanbestedende diensten aan een afgewezen gegadigde dienen te verstrekken. Op meer gegevens dan genoemd in het artikel kan de afgewezen partij – volgens de Hoge Raad – geen aanspraak maken.

De sector Bestuursrecht van de Arrondissementsrechtbank Zwolle¹³ oordeelde dat het bekend maken van tarieven van concurrerende inschrijvers mag worden geweigerd omdat dit schade zou toebrengen aan de commerciële belangen van die ondernemingen terwijl het tevens de eerlijke mededinging tussen leveranciers kan aantasten. De Rechtbank vindt het daarbij van belang dat de markt in de betreffende sector klein was en dat de deelnemers aan de aanbesteding elkaar ook in de toekomst waarschijnlijk zullen beconcurreren. Ook achtte de Rechtbank van belang dat de aanbesteder – buiten de bekendmaking van de tarieven – de gunningsbeslissing wel uitvoerig had gemotiveerd.

De President van de Rechtbank Utrecht¹⁴ ging per onderdeel van de opgevraagde stukken na of deze voor openbaarmaking in aanmerking zouden komen. Dit, met de toepassing van artikel 8:29 Awb, welk artikel – kort gezegd – bepaalt dat de rechter kennis kan nemen van stukken die de ene partij in het geding brengt, zonder dat de andere partij die te zien krijgt. De betreffende stukken bestonden uit ‘acceptatievoorwaarden’ waarin een inschrijver had aangegeven onder welke voorwaarden (bijvoorbeeld de wijze van verpakking) zij bereid was afval van de aanbesteder te accepteren. De President oordeelde dat niet valt in te zien dat bekendmaking de commerciële belangen van de betreffende inschrijver zou schaden, dan wel afbreuk zou doen aan een eerlijke mededinging. Na toepassing van een belangenafweging oordeelt de President dat de betreffende onderdelen van de aanbieding (in het vonnis precies omschreven) aan de andere inschrijver moeten worden beschikbaar gesteld.

3.2 *Richtlijn Nutssector*

In geval van aanbesteding onder de Richtlijn Nutssector is de motiveringsverplichting van de aanbesteder in een aantal opzichten beperkter.

Allereerst zij vermeld, dat de verplichting om gegadigde inschrijvers

11 Beschikking 10 februari 2000, *Andriotis/Commissie en Cedefop*, T-5/99, Jur EG 2000, p. II-0235.

12 HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305.

13 Rb. Zwolle 25 november 1997, BR 1999, p. 73.

14 Pres. Rb. Utrecht 19 april 1997, AWB - katern 7 maart 1998.

desgevraagd te informeren over besluiten die zijn genomen inzake de gunning van een opdracht, zoals opgenomen in de Algemene Richtlijnen,¹⁵ niet is opgenomen in de Richtlijn Nutssector.

De verplichting om afgewezen gegadigden en inschrijvers de redenen voor afwijzing mee te delen alsmede te informeren over de kenmerken en relatieve voordelen en de indiener van de uitgekozen offerte, is beperkt tot aanbesteders werkzaam in bepaalde sectoren. Zo rust deze motiveringsverplichting niet op aanbesteders, werkzaam op het gebied van het vervoer, opslag en distributie van gas of warmte, op het gebied van exploratie en winning van brandstoffen en voor aanbesteders werkzaam op het gebied van telecommunicatie. Deze, wat wonderlijk aandoende uitzonderingen – waarom bijvoorbeeld moest de aanbesteder die electriciteit vervoert wel motiveren en de aanbesteder die gas vervoert niet? – vindt zijn grondslag in de wens van de Europese wetgever om aan aanbesteders in Europa geen verdergaande verplichtingen op te leggen, dan ingevolge de GPA strikt noodzakelijk.

De verplichting tot verstrekken van informatie onder de Richtlijn Nutssector is in verschillende arbitrale uitspraken aan de orde geweest. Arbiters¹⁶ oordeelden dat de uiterst beperkte motiveringsverplichting van aanbesteders van vervoersdiensten onder de Richtlijn Nutssector ertoe leidt dat inbreuken op het non-discriminatie-/ het transparantiebeginsel niet of nauwelijks meer vast te stellen zijn. Arbiters menen echter dat, waar dit de bedoeling lijkt te zijn van de Europese wetgever, het niet op de weg van arbiters ligt verdergaande motiveringsverplichtingen op te leggen. Overigens deed de aanbesteder ter zitting de toezegging om de voorgenomen gunningsbeslissing de afgewezen partij te zullen motiveren.

In vervolg op deze kwestie¹⁷ stelde de aanbesteder zich niet gerechtigd te achten inzage te verstrekken in de ontwerpen van concurrerende inschrijvers. Arbiters overwogen daaromtrent dat het resultaat van enig ontwerp zelf geen bedrijfsgeheim is: zij ligt straks voor op de bouwplaats. De wijze waarop een resultaat of betere kwaliteit wordt bereikt kan een bedrijfsgeheim zijn, maar de wijze waarop dat wordt bereikt is in het algemeen niet van belang voor de economie van de aanbesteder. Omdat de aanbesteder weigert inzage te vertrekken in ontwerpen van concurrenten, laten arbiters het verweer van de aanbesteder dat andere ontwerpen beter zouden zijn dan dat van de procederende inschrijver, buiten beschouwing. Arbiters beperken zich tot het verweer dat de inschrijving van laatstbedoelde *an sich* onvoldoende zou zijn.

In een andere zaak verwierpen arbiters¹⁸ de stelling dat, aangezien in de

15 Zie bijvoorbeeld art. 8 lid 2 Richtlijn Werken.

16 RvA 21 mei 1997, No. 19.545, BR 1999, p. 1051.

17 RvA 19 november 1997, No. 19.572, BR 1999, p. 1053.

18 RvA 10 september 1999, No. 21.484, BR 1999, p. 1057.

Richtlijn Nutssector voor bepaalde aanbesteders geen motiveringsverplichting is opgenomen, de gunningsbeslissing van deze aanbesteders slechts marginaal getoetst zou mogen worden.¹⁹

3.3 Tekstvoorstel nieuwe richtlijnen

Zowel voor de Algemene Richtlijnen, als voor de Richtlijn Nutssector heeft de Europese Commissie voorstellen gedaan die moeten leiden tot wijziging daarvan.²⁰ De formulering van de, hierboven besproken, bepalingen uit de Algemene Richtlijnen is in het tekstvoorstel weliswaar wat aangepast, maar inhoudelijk lijken er geen verschillen te zijn. De Commissie stelt voor om in een nieuw artikel²¹ te bepalen dat informatie verschaft door inschrijvers en gegadigden steeds vertrouwelijk moet worden behandeld. De Commissie maakt daarbij echter uitdrukkelijk een uitzondering voor de situatie waarin de aanbesteder gehouden is gegadigden en inschrijvers te informeren over het verloop van de aanbesteding en de gunning.

De Commissie stelt voor om de motiveringsverplichting van aanbesteders in de Nutssector uit te breiden tot alle sectoren die vallen onder deze Richtlijn, en derhalve niet uitsluitend tot de sectoren die vallen onder de GPA.²² De Commissie meent dat daartoe ook een noodzaak is gezien een uitspraak van de Europese rechter in eerste instantie.²³

3.4 De rechtsbeschermingsrichtlijnen

Hoezeer ook het recht op informatie essentieel is voor de rechtsbescherming in aanbestedingsgeschillen: de rechtsbeschermingsrichtlijnen²⁴ laten zich over dit onderwerp niet uit.

Betoogd is wel²⁵ dat de mate van rechtsbescherming, zoals voorgeschreven in de rechtsbeschermingsrichtlijnen, met zich brengt dat een procederende gegadigde of inschrijver moet kunnen beschikken over voldoende informatie. Deze stelling werd echter niet gehonoreerd.

19 Anders oordeelden het Hof Arnhem 5 september 2000 (nog niet gepubliceerd) en de Pres. Rb. 's-Hertogenbosch 23 januari 2001 (nog niet gepubliceerd) die aan de motiveringsverplichting als opgenomen in de Richtlijn wel degelijk een aanwijzing ontleenen omtrent de mate waarin aanbesteders beslissingen getoetst moeten worden.

20 Europese Commissie, Brussel 10 mei 2000, COM (2000) 275 final, 2000/0115 (COD) en 10 mei 2000 COM (2000) 276 final, 2000/0117 (COD).

21 Art. 5.

22 Zie art. 48 van het tekstvoorstel.

23 Gerecht van eerste aanleg, 17 december 1998, *Embassy Limousines/Europees Parlement*, T-203/96, Jur EG 1998, p. II-4239.

24 Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG.

25 Zie het hierboven in noot 12 besproken arrest van de Hoge Raad en de in noot 16 besproken uitspraak van de Raad van Arbitrage.

4 Europees recht overig

In de kwestie *Uneto/De Vliert* is nog een beroep gedaan op artikel 5 van het EG-verdrag dat de Lid Staten – kort gezegd – ‘verdragstrouw’ voorschrijft. Dat beroep werd verworpen op grond van de redenering – zo lijkt het – dat de algemene bepaling (artikel 5) moet wijken voor de bijzondere (toepasselijke) bepalingen in de aanbestedingsrichtlijnen.

Opgemerkt zij, dat in het mededingingsrecht veel vaker de vraag aan de orde komt, of en in welke mate inzage in documenten moet worden verleend. De bescherming van vertrouwelijke bedrijfsgegevens speelt daar minstens een zo grote rol. Onder meer bepaalt het Europese Hof in verschillende gevallen dat moet worden nagegaan of gedeeltelijke verstrekking van een document mogelijk is. Bespreking gaat het kader van dit artikel echter te buiten.

5 Aanbestedingsreglementen

Het UAR-EG 1991 bevat terzake van het recht op informatie van gegadigden en inschrijvers overeenkomstige bepalingen als de Richtlijn Werken.

Arbiters²⁶ oordeelden dat het UAR-EG geen enkele verplichting inhoudt voor de aanbestedende dienst om door haar ontvangen bescheiden van een inschrijver te overleggen aan de overige inschrijvers. Wel menen arbiters in navolging van hetgeen de aanbesteder kan worden verwacht dat deze de betreffende bescheiden na de gunning in het geding brengt ter controle van de naleving van de toepasselijke aanbestedingsregels. Zo’n verplichting kan er ook zijn – menen arbiters – als reeds voor de gunning moet worden gevreesd dat de rechten van enige andere inschrijver worden gefrustreerd.

Deze uitspraak neemt een verdergaande verplichting tot het verstrekken van informatie aan, dan bovengenoemde uitspraken omtrent de uitleg van de Europese Richtlijnen. Dat is op zich verwonderlijk, aangezien de formuleringen in het UAR-EG op dit punt niet inhoudelijk afwijken van die in de Europese aanbestedingsrichtlijnen. In de uitspraak wordt aangenomen dat op de aanbesteder de verplichting rust om, na de gunning, bescheiden in het geding te brengen waaruit blijkt dat een inschrijver aan bepaalde eisen voldoet. Dit, zonder dat de procederende inschrijver kon duidelijk maken waarom de uitverkoren inschrijver niet aan de betreffende eisen zou voldoen.

Ook overigens deden arbiters enige belangrijke uitspraken in verband met het recht op informatie. Zo oordeelden arbiters²⁷ onjuist de stelling dat de laagste

26 RvA 20 oktober 1995, No. 18.267, BR 1996, p. 680.

27 RvA 4 december 1991, No. 15.494, BR 1992, p. 341, nt. N.J.M. Donders.

inschrijver recht heeft op geheimhouding tegenover andere belanghebbenden bij de aanbesteding voor wat betreft overgelegde gegevens waaruit blijkt dat de laagste inschrijver aan de geschiktheidseisen voldoet. Arbiters bevelen verweerder op voet van 1039 lid 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering om de betreffende gegevens over te leggen. Uit die overgelegde gegevens bleek dat de aanbesteder weliswaar gelijk had, maar arbiters zagen in de weigerachtige houding van de aanbesteder wel reden hem in de proceskosten te veroordelen.

In een andere arbitrage²⁸ stelden arbiters *de eiser* in een arbitrage voor de keuze om ofwel bepaalde bescheiden niet in het geding te brengen, ofwel deze aan arbiters ter hand te stellen met de mogelijkheid dat arbiters in nader beraad zouden beslissen dat deze stukken ook ter kennis van de interveniënten moesten worden gebracht. Het betrof stukken over de omzet van de eiser. Vervolgens werd de eis afgewezen. Deze afwijzing werd niet gebaseerd op betreffende stukken en deze werden uiteindelijk niet ter kennis van interveniënten gebracht.

De RvA²⁹ oordeelde ook dat, als een opvolgend inschrijver gerechtvaardigde twijfel heeft over de vraag of de eerste inschrijver aan de gestelde criteria voldoet, de aanbesteder informatie aan de opvolgend inschrijver dient te verstrekken die deze twijfel kan weg nemen.

6 Wet Openbaarheid van Bestuur

Ingevolge artikel 3 van de Wet Openbaarheid van Bestuur dient de overheid in beginsel een verzoek om informatie neergelegd in documenten over een bestuurlijke aangelegenheid, in te willigen. Een document, in de zin van de Wet Openbaarheid van Bestuur, is een bij een bestuursorgaan berustend schriftelijk stuk of ander materiaal dat gegevens bevat. Het kan dus zowel betreffen selectie- en gunningsbesluiten van een aanbestedende dienst als documenten die door andere gegadigden en inschrijvers zijn ingediend. Een verzoek tot informatie mag worden afgewezen op grond van het bepaalde in artikel 10 en 11 van de Wet Openbaarheid van Bestuur, waarin onder meer is bepaald dat bedrijfs- en fabriekgegevens die vertrouwelijk aan de overheid zijn medegedeeld niet behoeven te worden verstrekt.

Er is discussie gaande over de vraag of de Wet Openbaarheid van Bestuur wel toepassing vindt in aanbestedingsgeschillen. Uit artikel 2 van de wet wordt afgeleid dat de algemene openbaarmakingsregeling van de Wet Openbaarheid van Bestuur moet wijken voor bijzondere openbaarmakingsregelingen in een wet in formele zin. In de jurisprudentie wordt dit aldus uitgelegd, dat wanneer een wet in formele zin een *uitputtende* openbaarheidsregeling bevat, voor de toepassing

28 RvA 18 juni 1992, No. 15.847 (nog niet gepubliceerd).

29 RvA 4 december 1991, No. 15.494, BR 1992, p. 341, nt. N.J.M. Donders.

van de Wet Openbaarheid van Bestuur geen plaats meer is.

De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State,³⁰ oordeelde dat de in artikel 9 lid 3 van de Richtlijn Leveringen vervatte openbaarheidsregeling een uitputtende regeling is, die toepassing – daarnaast – van de Wet Openbaarheid van Bestuur niet toelaat. Het oordeel dat regelingen in de Richtlijnen uitputtend zou zijn, motiveert de Afdeling niet. Uit de uitspraak van de Hoge Raad in de kwestie *Uneto/De Vliert*³¹ kan worden afgeleid dat de Hoge Raad eenzelfde standpunt inneemt. Toch werden in de praktijk wel verzoeken om informatieverschaffing getoetst aan de Wet Openbaarheid van Bestuur.³²

Niet valt in te zien hoe de bekendmakingsverplichting voor aanbestedende diensten, als vervat in de Europese Richtlijnen, een uitputtende regeling kan zijn in de zin van artikel 2 van de Wet Openbaarheid van Bestuur. Immers, de bepalingen in de aanbestedingsrichtlijnen zien slechts op de verplichting van aanbestedende diensten om bepaalde besluiten bekend te maken – veelal alleen aan aanbieders – en te motiveren. De bepalingen in de Richtlijnen behandelen *geheel niet* de eventuele verplichtingen van de aanbestedende dienst om documenten – in de zin van de Wet Openbaarheid van Bestuur – ter beschikking te stellen.³³ Meer in zijn algemeenheid lijkt niet houdbaar de stelling dat, daar waar de wet de wijze van bekendmaken en motiveren van beslissingen door overheden voorschrijft, voor toepassing van de Wet Openbaarheid van Bestuur geen ruimte meer zou zijn.

7 Aspecten van Rechtsvordering

7.1 Artikel 19a Rechtsvordering

Ingevolge dit artikel kan de civiele rechter partijen bevelen om bepaalde op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen. Een afschrift moet aan de wederpartij ter hand worden gesteld. Een partij die niet aan dit verzoek voldoet haalt zich al snel het vermoeden op de hals dat haar stellingen onwaar zijn, of niet zijn bewezen.

30 ABRRS 5 mei 1997, JB 1997, 169.

31 Zie noot 12.

32 Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 1997, KG 1997, 202, Pres. Rb. Zwolle 3 januari 1997, BR 1999, p. 69 en Pres. Rb. Utrecht 1 september 1997 (nog niet gepubliceerd). Zie in verband met afwijzing toepasselijkheid WOB Rb. Zwolle 8 oktober 1997, BR 1999, p. 70 en Rb. Zwolle 25 november 1997, BR 1999, p. 73.

33 Zie ter vergelijking de uitspraak Rb. Haarlem 9 maart 1998, te kennen uit de losbladige WOB Jurisprudentie (D-2) Vermande 1998, waarin onder meer een beroep op het beginsel van *equality of arms* werd gedaan en een uitleg door de rechtbank werd gegeven van het begrip 'uitputtend' aan de hand van het doel ('publieke toegang tot informatie') van de WOB.

7.2 *Artikel 176 Rechtsvordering (bepalingen van bewijsrecht)*

Wie eist bewijst, maar uit redelijkheid en billijkheid kan een andere verdeling van de bewijslast voortvloeien. Daar waar een procederende inschrijver of gegadigde de juistheid van zijn stellingen tot op zekere hoogte aannemelijk kan maken, is goed denkbaar dat tegenbewijs aan de aanbestedende dienst wordt opgedragen. Daarbij zal de aanbestedende dienst zich veelal genoodzaakt zien documenten, betrekking hebbende op de aanbesteding, in het geding te brengen. Interessant is bijvoorbeeld de vraag, of het in het geding brengen van verklaringen van deskundigen dat een concurrent onmogelijk aan bepaald geschiktheidseisen kan voldoen, aanleiding zou moeten geven tot een omkering van de bewijslast. Voorts zij opgemerkt, dat in gevallen waarin de eisende partij voor het leveren van bewijs in beginsel geheel afhankelijk is van de informatie (de gevoerde administratie) van de tegenpartij, aanleiding kan zijn tot het omkeren van de bewijslast.³⁴ Deze situatie doet zich in aanbestedingsgeschillen vaak voor. Ook in gevallen waarin de gedaagde partij 'bij uitstek in staat is opheldering te geven' is de bewijslast meermalen omgekeerd.³⁵

Aardig voorbeeld van de toepassing van bepaling van bewijsrecht in aanbestedingsgeschillen zijn de uitspraken van de Rechtbank en het Hof Den Haag in de kwestie *NIC/Van der Stroom*,³⁶ waar uit de weigering van de aanbesteder om bepaalde stukken in het geding te brengen werd geconcludeerd dat de aanbesteder ter zake geen afdoende bewijs kon leveren.

7.3 *Artikel 843a Rechtsvordering*

Op grond van het bepaalde in dit artikel kan een partij die een rechtmatig belang heeft inzage vorderen van een onderhandse akte aangaande een rechtsbetrekking waarin hij partij is. Dit, van degene die deze akte ter zijner beschikking of onder zijn berusting heeft.

Ten aanzien van het rechtmatig belang is betoogd dat dit aanwezig is waar de eisen van goede procesorde met zich brengen dat partijen in een procedure zoveel mogelijk over gelijke middelen moeten beschikken.³⁷ Tegenover dit belang zal de rechter rekening moeten houden met de belangen van de wederpartij bij niet-openbaarmaking, waaronder bijvoorbeeld bedrijfsgeheimen. Toepassing van de bepaling kan er toe leiden, dat inzage moet worden verschaft in gedeelten van akten.

Wil een beroep op de bepaling slagen, dan moet sprake zijn van een

34 Zie bijvoorbeeld HR 22 januari 1993, NJ 1993, 665.

35 Zie bijvoorbeeld HR 3 mei 1996, NJ 1996, 642.

36 Rb. Den Haag 13 maart 1996 (nog niet gepubliceerd) en Hof Den Haag 7 januari 1999 (nog niet gepubliceerd).

37 J.M. Barendrecht en W.A.J.P. van den Reek, *Exhibiteplicht en bewijsbeslag*, WPNR 6155 (1994).

onderhandse akte. Aan de correctheid van deze eis wordt in de literatuur getwijfeld.³⁸ In aanbestedingsgeschillen is de eis problematisch: veelal zullen de stukken waarom verzocht wordt, geen onderhandse akten zijn.³⁹ Voorgesteld is⁴⁰ om artikel 843a Rechtsvordering aan te passen, waarbij het begrip onderhandse akte wordt vervangen door een ruimer begrip.

7.4 *Artikel 1039 lid 4 Rechtsvordering*

Ingevolge dit artikel is het scheidsgerecht bevoegd overlegging van stukken te bevelen. De Raad van Arbitrage maakt in een aanbestedingsgeschil⁴¹ reeds gebruik van deze bevoegdheid.

Daar waar partijen aan dit verzoek geen gevolg geven, zullen arbiters daaraan de gevolgtrekking verbinden 'die zij geraden zullen achten.' In het algemeen zal dat processuele vermoeden niet ten gunste van de in gebreke blijvende partij strekken.

8 **Conclusie**

Ten aanzien van de verplichting van de aanbestedende dienst om informatie te verschaffen in aanbestedingsgeschillen, levert de rechtspraak een divers beeld op. Aan het ene uiterste staan de uitspraken volgens welke de aanbesteder niet tot meer gehouden zou zijn dan het motiveren van zijn beslissing overeenkomstig het bepaalde in de aanbestedingsrichtlijnen. In deze opvatting is bovendien toepassing van de Wet Openbaarheid van Bestuur niet aan de orde. Het andere uiterste is de opvatting dat de aanbesteder bij twijfel omtrent het correcte verloop van de aanbesteding steeds gehouden zou zijn al die stukken in het geding te brengen waarmee die twijfel wordt weggenomen.

Beide uitersten zijn niet voldoende verdedigbaar. In het eerste geval wordt geen recht gedaan aan het belang van de procederende gegadigde of inschrijver bij een behoorlijke behandeling van zijn vordering. In het merendeel van de gevallen is de eisende partij voor zijn bewijslevering immers afhankelijk van de documentatie waarover slechts de aanbestedende dienst beschikt. Het andere uiterste doet geen recht aan de belangen bij bescherming van bedrijfsgevoelige informatie en het belang van de aanbestedende dienst om 'oeverloos' procederen te voorkomen.

38 Barendrecht en Van den Reek, t.a.p. (noot 37).

39 Zie hierover ook de Hoge Raad in de kwestie *Uneto/De Vliert* t.a.p. (noot 12).

40 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26.855, nr. 3, p. 187-188.

41 RvA 4 december 1991, No. 15.494, BR 1992, p. 341, nt. N.J.M. Donders.

De aanbestedingsrichtlijnen bepalen slechts dat de aanbestedende dienst bepaalde besluiten aangaande de aanbesteding bekend moet maken, op een bepaalde wijze. Een regeling omtrent openbaarmaking van stukken zoals bedoeld in de Wet Openbaarheid van Bestuur, bevatten de aanbestedingsrichtlijnen niet. De stelling dat de Wet Openbaarheid van Bestuur naast de aanbestedingsrichtlijnen geen toepassing zou kunnen vinden, lijkt dan ook niet houdbaar.

Ondertussen moet in de praktijk waarde gehecht worden aan de mogelijkheid om documenten, betrekking hebbende op de aanbesteding, *gedeeltelijk* in het geding te brengen. De passages met bedrijfsgevoelige informatie, of voor het geschil niet relevante passages, kunnen worden weggelaten.

Evenzeer voor de praktijk van belang is de regeling van artikel 8:29 AWB volgens welke de rechter kennis kan nemen van stukken die de ene partij in het geding brengt, zonder dat de andere partij die te zien krijgt. Dit, bijvoorbeeld, om te beoordelen of de aanbestedende dienst terecht weigert bepaalde stukken in het geding te brengen. Door arbiters wordt in aanbestedingsgeschillen een vergelijkbare figuur toegepast. De vraag dingt zich op, of de civiele rechter in kort geding bereid zal zijn volgens een dergelijke – praktische – figuur te werk te gaan. Gezien de grote vrijheid van de kort geding rechter waar het betreft de te volgen procesvoering lijkt dit zeker voorstelbaar.

Alternatieven voor de afwikkeling van aanbestedingsgeschillen

1 Inleiding

Zoals de titel al aangeeft, is deze bijdrage gewijd aan alternatieven voor de afwikkeling van aanbestedingsgeschillen. Om eventuele alternatieven zinvol te kunnen bespreken, dienen wij stil te staan bij de wijze waarop aanbestedingsgeschillen niet-alternatief, dat wil zeggen traditioneel, worden afgedaan. Voorts – en dat is eigenlijk de prealabele vraag – dient de vraag te worden beantwoord welke aanbestedingsgeschillen zich zoal voordoen, zodat kan worden gezien hoe deze normaliter plegen te worden afgedaan. Vervolgens komen de alternatieven voor de afdoening van dergelijke geschillen aan de orde, waarbij ik in hoofdzaak zal bezien in hoeverre dergelijke alternatieven vallen binnen de bekende vormen van alternatieve geschillenbeslechting. Tot slot bespreek ik het alternatief dat ook door de Europese Commissie is gesuggereerd: een onafhankelijke aanbestedingsautoriteit, dan wel de bestuursrechter.

In 1998 heeft een werkgroep van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA) zich over hetzelfde onderwerp gebogen, hetgeen heeft geresulteerd in een voorlopig rapport dat op 11 juni 1998 te Noordwijk aan de jaarvergadering van de NVvA is gepresenteerd. Aangezien dat rapport een voorlopig karakter droeg – daarin waren nog niet opgenomen de bijdragen waarin de mogelijke rol van de bestuursrechter bij de afdoening van aanbestedingsgeschillen nader wordt beschouwd – is het rapport nimmer gepubliceerd.

Ik zal niet ingaan op aanbestedingsgeschillen waarbij de afdwingbaarheid van bepaalde informatie aan de orde is die relevant kan zijn voor de beoordeling van de vraag of een aanbestede al of niet in strijd met het aanbestedingsrecht een beslissing in een aanbestedingsprocedure heeft genomen. Dat onderwerp komt immers aan de orde in de bijdrage van Orobio de Castro aan dit boek.

Uiteraard besteed ik in deze bijdrage aandacht aan de regelgeving op het gebied van de rechtsbescherming, alsmede aan de ontwikkelingen hieromtrent in beleidsstukken van de Europese Commissie.¹

* A.G.J. van Wassenauer van Catwijck is partner bij Houthoff Buruma Amsterdam.

1 Zoals het Witboek *De overheidsopdrachten in de Europese Unie*, 11 maart 1998 (Com (98) 143).

2 Aanbestedingsgeschillen

In de relatie tussen aanbesteder en markt kunnen ruwweg de volgende rubrieken aanbestedingsgeschillen worden omschreven:

1. Geschillen die betrekking hebben op de beslissing omtrent de wijze waarop een opdracht zal worden aanbesteed:
 - a. de keuze voor een Europese of niet Europese procedure. In geschil kan zijn het beweerdelijk ten onrechte niet hebben gekozen van een Europese procedure: de in te stellen vordering hangt af van de staat waarin een eventuele onderhandse procedure zich inmiddels bevindt;
 - b. de keuze voor een bepaald soort aanbestedingsprocedure (openbaar, niet openbaar, een van beide onderhandelingsprocedures). In geschil kan zijn het beweerdelijk ten onrechte hebben gekozen voor een onderhandelingsprocedure, terwijl een der uitzonderingsgronden daarvoor (zie bijvoorbeeld artikel 7 leden 2 en 3 van de Richtlijn Werken 93/37/EEG) zich niet voordeed;
 - c. de keuze voor bepaalde selectiecriteria en de wijze van toepassing daarvan. In geschil kan zijn het ten onrechte toepassen van disproportionele dan wel subjectieve selectiecriteria of selectieprocedures, dan wel de in verband daarmee te verstrekken gegevens;
 - d. de keuze voor bepaalde gunningscriteria en de wijze van toepassing daarvan. In geschil kan zijn het ten onrechte toepassen van disproportionele dan wel subjectieve gunningscriteria of gunningsprocedures, dan wel de in verband daarmee te verstrekken gegevens;
 - e. de inhoud van het bestek (met name de daarin voorkomende specificaties). In geschil kan zijn de vraag of bepaalde specificaties mogelijk discriminerend zijn, dan wel de mededinging ontoelaatbaar verstoren.
2. Geschillen die betrekking hebben op de beslissingen van de aanbesteder in een eenmaal aangekondigde aanbestedingsprocedure:
 - a. uitsluiting of selectie van bepaalde gegadigden door toepassing van de selectiecriteria. In geschil kan zijn het beweerdelijk te eng hebben toegepast van de criteria op de klager dan wel te ruim op een van de overige gegadigden of inschrijvers;
 - b. uitsluiting of selectie van bepaalde inschrijvers door toepassing van gunningscriteria dan wel besteksconformiteit. In geschil kan zijn het beweerdelijk onjuist hebben toegepast van de aangelegde gunningscriteria op de klager;

- c. het uitsluiten van een inschrijver omdat deze een niet-passende inschrijving zou hebben gedaan. In geschil is of de beslissing van de aanbesteder terecht is en of partijen mogelijk tot onderhandelingen kunnen worden verplicht.

De vraag wat belanghebbenden in voorkomende gevallen kunnen vorderen laat zich beantwoorden in artikel 2 lid 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn 89/665:

- a. het in kort geding kunnen treffen van voorlopige maatregelen om de beweerde schending ongedaan te maken of te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad, met inbegrip van maatregelen om de aanbestedingsprocedure of de ten uitvoerlegging van enig door de aanbestedende diensten genomen besluit op te schorten, c.q. op te doen schorten;
- b. het kunnen nietig verklaren c.q. nietig te doen verklaren, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken, dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de aanbestedingsprocedure;
- c. het toekennen van schadevergoedingen aan de gelaedeerden;
- d. het treffen van andere maatregelen, in kort geding dan wel in bodemgeschillen, om de geconstateerde inbreuk ongedaan te maken en te voorkomen dat de betrokken belangen verder worden geschaad (artikel 2 lid 2 sub c Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren (92/13/EEG)).

Deze vorderingen kunnen worden ingesteld bij afzonderlijke instanties die verantwoordelijk zijn voor verschillende aspecten van de beroepsprocedures.² Echter, wanneer de voor de beroepsprocedures verantwoordelijke instanties geen gerechten zijn, moeten hun beslissingen steeds schriftelijk en met redenen worden omkleed. Bovendien moeten in dat geval procedures worden gewaarborgd waarmee tegen de door de basisinstanties genomen vermoede onwettige maatregelen of vermoedelijke tekortkomingen bij de uitoefening van de haar opgedragen bevoegdheden, beroep kan worden gedaan bij een rechter of bij een andere instantie die een gerecht is in de zin van artikel 177 van het Verdrag en onafhankelijk is van de aanbestedende diensten en van de 'basisinstantie'.³

Los van deze duidelijk omschreven vorderingen, welke bij de betreffende 'basisinstantie' dienen te kunnen worden ingesteld kennen de Rechtsbeschermingsrichtlijnen en het Verdrag nog afzonderlijke procedures, waarbij voornamelijk de Europese Commissie aan zet is, en deze zetten zich richten tegen de betrokken Lid-Staten, ongeacht de vraag wie nu eigenlijk de aanbestedende dienst was.

Artikel 3 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn en artikel 8 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren kennen een procedure, 'correctiemechanisme'

2 Vergelijk art. 2 lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn.

3 Aldus art. 2 lid 8 Rechtsbeschermingsrichtlijn en art. 2 lid 9 Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren.

waarbij de Lid-Staat op verzoek van de Commissie (die mogelijk op klacht van een derde dan wel ambtshalve handelt) corrigerende maatregelen zou kunnen nemen. Deze procedure is echter onvoldoende duidelijk uitgekristalliseerd. Daarnaast heeft de Commissie de mogelijkheid om de zogenaamde Inbreukprocedure⁴ dan wel de herhaalde Inbreukprocedure⁵ toe te passen. Voorts kennen artikelen 185 en 186 EG het Europees kort geding, dat dient samen te hangen met een bij het Hof van Justitie EG dan wel het Gerecht Eerste Aanleg EG reeds aanhangige bodemprocedure.

De Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren kent in Hoofdstuk 4 reeds een soort ADR-procedure, te weten een bemiddelingsprocedure. De Commissie heeft zelf ingezien dat deze procedure thans zonder enige betekenis is.

Uit het vorengaande blijkt dat de Richtlijnen – afgezien van interventies door de Commissie en afgezien van de slapende bemiddelingsprocedure van Hoofdstuk 4 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren – uitgaan van beslechting van aanbestedingsgeschillen door ‘basisinstanties,’ tegen de beslissingen waarvan beroep open dient te staan bij onafhankelijke beroepsinstanties die gerechten dienen te zijn in de zin van artikel 177 EG. In Nederland vallen onder deze definitie in ieder geval de nationale gerechten, in beginsel civiele en – indien aan de orde – bestuursrechters. Zoals hierna nog zal blijken wordt verreweg het grootste gedeelte van de in Nederland aanhangige aanbestedingsgeschillen echter beslecht door tussenkomst van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland. Of arbitrage een vorm van ADR, van alternatieve geschillenbeslechting is, is een kwestie van definities.

3 Alternatieve geschillenbeslechting

Indien de gang naar de gewone rechter als gewone geschillenbeslechting wordt beschouwd dan vallen onder alternatieve vormen van geschillenbeslechting alle vormen van geschillenbeslechting, Anders Dan Rechtspraak (ADR), Alternative Dispute Resolution. Bij ADR kan de beslechting van geschillen zich op verschillende niveaus voordoen:

- a. door de partijen zelf, al onderhandelende;
- b. door de partijen, met de niet-bindende hulp van een derde: mediation, minitrial, bemiddeling, niet-bindend advies;
- c. door de bindende hulp van een derde: bindend advies (in wezen een vaststellingsovereenkomst), arbitrage.

4 Art. 169 EG.

5 Art. 171 lid 2 tweede volzin EG.

Los daarvan kunnen partijen ook werken aan de voorkoming van geschillen bijvoorbeeld door het toepassen van ‘best practices’ (het ontwikkelen van bedrijfsprocessen die zijn gericht op standaardisatie en op kwaliteitsverbetering, vaak op het communicatieve vlak). Deze vormen van geschillenbeslechting zijn alle verschillend van aard.

Arbitrage wordt beheerst door formeel recht: Boek 4 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Het eindproduct is een arbitraal vonnis, dat overigens ingevolge artikel 1069 Rv een vastlegging van een schikking kan zijn.

Bindend advies bestaat niet als zodanig, maar is een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 lid 2 BW. Het bindend advies is in wezen ook een vaststellingsovereenkomst tussen de betreffende partijen.

Alle andere vormen van ADR zijn niet gecodificeerd, zijn niet onderworpen aan enig rechterlijk toezicht, doch hebben alle gemeen dat zij – meer of minder gereguleerd – zijn gebaseerd op onderhandelings technieken.

Mediation is een vorm van geschillenbeslechting waarbij een of twee mediators, samen met partijen, trachten de partijen ertoe te bewegen om meer oog te ontwikkelen voor de belangen die aan een geschil (en de oplossing daarvan) ten grondslag liggen. Mediation is waarde vrij. Mediators zullen niet actief bijdragen bij het zoeken naar oplossingen in de zin dat zij in oplossingen, bemiddelingsoplossingen, aandragen. Zij zullen zich beperken tot luisteren, aanmoedigen, inventariseren, eventueel in vertrouwen met partijen afzonderlijk spreken, stimuleren. Het eindproduct van een geslaagde mediation is een vaststellingsovereenkomst tussen de daaraan deelnemende partijen.

Bemiddeling – hetgeen lijkt op mediation – veronderstelt een wat andere rol van de betrokken derde: deze zal op zeker moment wel voorstellen voor de oplossing van het geschil aandragen, of hij zal bijvoorbeeld desgevraagd aan partijen indiceren hoe hij het geschil juridisch taxeert. Ook daarin is het eindproduct van een geslaagde bemiddeling een vaststellingsovereenkomst tussen de deelnemende partijen.

Minitrial is een gemengde vorm, waarbij – na een gereguleerde voorfase waarin het geschil wordt gepresenteerd – een vervolgfase ontstaat waarbij partijen samen met een onafhankelijke derde een bemiddeling of mediation doormaken, afhankelijk van de achtergrond van die bemiddelaar.

4 Concrete ervaringen met ADR bij aanbestedingsgeschillen

De enige concrete ervaringen in Nederland met de beslechting van aanbestedingsgeschillen zijn die waarbij dergelijke geschillen worden beslecht door middel van arbitrage. Krachtens artikel 41 van het UAR-1986 en artikel 67 van het UAR-EG

1991 is de Raad van Arbitrage bevoegd te oordelen in geschillen tussen partijen omtrent een aanbesteding waarop een van deze aanbestedingsreglementen van toepassing is. Sedert 1986 heeft de Raad een schat aan ervaring met de beslechting van dergelijke geschillen opgedaan.⁶ De Raad merkt deze geschillen krachtens zijn statuten als spoedgeschillen aan. In de praktijk blijkt de Raad deze geschillen dan ook uitermate snel te kunnen afdoen. Het record staat op 48 uur tussen het moment van aanhangig maken en het moment van uitspraak.⁷ De Raad blijkt op adequate wijze in een enorme behoefte te kunnen voorzien. Inmiddels is ook wel voldoende uitgekristalliseerd in hoeverre de Raad van Arbitrage – bij de beslechting van geschillen omtrent aanbestedingen onder de Richtlijn Werken – kwalificeert als een gerechtelijke instantie in de zin van artikel 177 EG.⁸ Het antwoord daarop is: ja, indien de toepasselijkheid van het UAR-EG 1991 volgt krachtens wettelijk voorschrift. De eisende partij staat overigens al helemaal geen beroep op onbevoegdheid wegens onverenigbaarheid met Europees recht open, dus mogelijk is deze discussie alleen van academisch belang.⁹

Wel dient te worden bedacht dat dergelijke arbitrage zich alleen kan uitstrekken over aanbestedingen die concreet zijn aangevangen, bijvoorbeeld door plaatsing van de bekendmaking of door verzending van de uitnodigingen tot het doen van een inschrijving.

5 Belangen bij aanbestedingsgeschillen

Artikel 2 lid 4 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn en van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren bepaalt dat de Lid-Staten kunnen bepalen dat de ‘basisinstantie,’ bij het bezien of het dienstig is om voorlopige maatregelen te treffen, rekening kan houden met de vermoedelijke gevolgen van deze maatregelen voor alle belangen die kunnen zijn geschaad, alsmede met het algemeen belang. Daarbij kunnen deze basisinstanties besluiten deze maatregelen niet toe te staan wanneer hun negatieve gevolgen groter zouden zijn dan hun voordelen. De Europese wetgever heeft dus oog voor de belangen die bij de diverse partijen in het aanbestedingsproces aan de orde kunnen zijn. De vraag is wat voor belangen dat zijn. Dat is belangrijk voor het onderwerp van deze bijdrage, omdat ook bij de

6 Veel van de uitspraken van de Raad zijn opgenomen in M.A. van Wijngaarden, *Hoofdstukken Bouwrecht*, delen 16, 17 en 18, tweede druk, Deventer 1999. Daarin zijn ook kwantitatieve gegevens te vinden omtrent de hoeveelheid zaken die aldus is beslecht.

7 Dat was dan wel een mondelinge uitspraak, terwijl op grond van art. 1057 lid 2 Rv het vonnis op schrift behoort te worden gesteld.

8 Ik verwijs naar de beschouwingen van E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. Van der Bend in hun *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en Nederlandse aanbestedingsrecht*, tweede druk, Den Haag 1999, p. 410-412.

9 Aldus ook Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w. (noot 8), p. 410-412.

alternatieve afhandeling van aanbestedingsgeschillen met dergelijke belangen rekening dient te worden gehouden. Het gaat daarbij om de belangen van alle (potentieel) bij de aanbesteding betrokkenen. Deze belangen mogen door de eventuele alternatieve vormen van geschillenbeslechting niet (meer) worden geschaad dan het geval zou zijn bij de traditionele wijze van geschillenbeslechting.

De belangen in casu kunnen enorm variëren. Zo is er een algemeen belang dat aanbestedingsregelgeving correct wordt nageleefd, maar er zijn bij concrete aanbestedingen ook individuele belangen die er, althans in de perceptie van de betreffende belanghebbende, toe dienen te leiden dat in een concreet geval een bepaalde opdracht aan die belanghebbende zal worden gegund. Het tegemoetkomen aan een concreet individueel belang kan indruisen tegen andere individuele belangen.

Bij een aanbesteding kunnen aldus talloze belangen in het spel zijn. Het probleem daarbij is dat het niet altijd mogelijk is de diverse belanghebbenden te traceren. Indien bij een concrete aanbesteding een deelnemer daaraan in rechte met succes opkomt tegen de toegepaste selectiecriteria – hij acht deze onredelijk, discriminerend dan wel disproportioneel – dan zou de rechter (of arbiter) een beslissing kunnen nemen die er in dit geval op neer komt dat ten aanzien van deze deelnemer de criteria ruimer dienen te worden toegepast. Een dergelijke uitspraak heeft het grote gebrek dat andere potentiële deelnemers aan die aanbesteding daarvan niet meer kunnen profiteren; zij zijn met deze individuele verruiming niet bekend en hebben eerder een besluit genomen tot niet-deelneming, achteraf dus gebaseerd op te enge criteria. Een rechter, rekening houdende met deze belangen, kan in een dergelijk geval eigenlijk alleen maar oordelen dat de criteria inderdaad te eng waren (verklaring voor recht) met een wellicht daaraan te koppelen schadevergoeding, dan wel een verbod tot gunning op grond van deze criteria uitspreken, dan wel een bevel tot heraanbesteding (hetgeen ook weer ver gaat, omdat de aanbesteder wellicht geen behoefte heeft om de opdracht andermaal aan te besteden). Hieruit volgt dat het bij rechterlijke (en arbitrale) procedures al heel lastig is om met de belangen van de ‘niet-procespartijen’ om te gaan. Hoe gaat dat dan in zijn werk bij vormen van ADR waarbij het eindproduct een vaststellings-overeenkomst zou zijn (te weten onderhandelingen, mediation of bemiddeling)? Hoe kunnen een aanbesteder en een individuele deelnemer onderling iets afspreken dat niet ook de belangen van andere (potentiële) deelnemers aan die aanbesteding raakt?

In de volgende paragraaf zal de hiervoor geponeerde vraagstelling worden gezet in het licht van de eerder gesignaleerde mogelijke categorieën van aanbestedingsgeschillen.

6 Welke aanbestedingsgeschillen lenen zich voor ADR (niet zijnde arbitrage)?

Hieronder zal ik voor ieder van de eerdergenoemde categorieën mogelijke aanbestedingsgeschillen aangeven welke van de hiervoor genoemde methoden van geschillenbeslechting zich daarvoor mijns inziens lenen.

1. Geschillen die betrekking hebben op de beslissing omtrent de wijze waarop een opdracht zal worden aanbesteed:
 - a. *de keuze voor een Europese of niet Europese procedure*
 - in geschil kan zijn het beweerdelijk ten onrechte niet hebben gekozen van een Europese procedure: de in te stellen vordering hangt af van de staat waarin een eventuele onderhandse procedure zich inmiddels bevindt;
 - een dergelijk geschil kan leiden tot een vordering strekkende tot een verbod op onderhandse gunning, dan wel een bevel tot alsnog Europees aanbesteden, dan wel een schadevergoeding. In Nederland kan een dergelijke vordering, in beginsel uitsluitend worden neergelegd bij de gewone rechter. De aanbesteding is nog niet aangekondigd en het UAR is nog niet van toepassing;
 - ADR methoden om een dergelijk geschil op te lossen kunnen zijn: onderhandelen en mediation/bemiddeling. Indien de uitkomst van die ADR is dat het werk alsnog zal worden aanbesteed worden geen andere belangen geschaad of veronachtzaamd. Indien de uitkomst is dat het werk onderhands zal worden aanbesteed dan behoeft dit derden er niet van te weerhouden om alsnog een vordering in rechte in te stellen. Ten einde partijen behulpzaam te zijn bij het vinden van een oplossing kunnen zij niet-bindend advies inroepen. Tot slot is denkbaar dat zij hierover bindend advies inwinnen, dan wel arbitrage aangaan. Dat zal dan moeten gebeuren op grond van een afzonderlijk te sluiten arbitraal beding. De laatste twee mogelijkheden sluiten echter niet uit dat derden te zijner tijd alsnog de weg naar de rechter weten te vinden: zij worden niet gebonden door een arbitraal vonnis tussen derden, dan wel een tussen andere partijen tot stand gekomen vaststellingsovereenkomst.
 - b. *de keuze voor een bepaald soort aanbestedingsprocedure (openbaar, niet openbaar, een van beide onderhandelingsprocedures)*
 - in geschil kan zijn het beweerdelijk ten onrechte hebben gekozen voor een onderhandelingsprocedure, terwijl een der uitzonderingsgronden daarvoor (zie bijvoorbeeld artikel 7 leden 2 en 3 van de Richtlijn Werken 93/37/EEG) zich niet voordeed;

- vordering: zie hiervoor onder a. Als de aanbesteding reeds is aangekondigd kan het zo zijn dat een van beide UAR-en is overeengekomen. In dat geval is de Raad van Arbitrage al bevoegd;
 - ADR: zie onder a.
- c. *de keuze voor bepaalde selectiecriteria en de wijze van toepassing daarvan*
- in geschil kan zijn het ten onrechte toepassen van disproportionele dan wel subjectieve selectiecriteria of selectieprocedures, dan wel de in verband daarmee te verstrekken gegevens;
 - de vordering kan strekken tot heraanbesteding met hantering van juiste criteria. Deze dient te worden ingesteld bij de gewone rechter, tenzij de aanbesteding wordt gehouden onder de werking van een van beide UAR-en. Dan dient de vordering te worden ingesteld bij de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland;
 - ADR: ook hier kunnen onderhandelingen en mediation/bemiddeling uitkomst brengen. Zie verder de opmerkingen die zijn gemaakt onder 1 a. hiervoor.
- d. *de keuze voor bepaalde gunningscriteria en de wijze van toepassing daarvan*
- in geschil kan zijn het ten onrechte toepassen van disproportionele dan wel subjectieve gunningscriteria of gunningsprocedures, dan wel de in verband daarmee te verstrekken gegevens;
 - de vordering kan strekken tot heraanbesteding of tot verbod van voortzetting van de aanbesteding onder toepasselijkheid van de reeds aangekondigde criteria. Deze dient te worden aanhangig gemaakt bij de gewone rechter, tenzij een van beide UAR-en van toepassing is;
 - ADR: zie hiervoor onder 1 c.
- e. *de inhoud van het bestek (met name de daarin voorkomende specificaties)*
- in geschil kan zijn de vraag of bepaalde specificaties mogelijk discriminerend zijn, dan wel de mededinging ontoelaatbaar verstoren;
 - de vordering: kan strekken op een verbod om te gunnen op basis van het betreffende bestek, een bevel tot verwijdering van discriminerende technische, economische of financiële specificaties (zie artikel 2 lid 1a van de Rechtsbeschermingsrichtlijn), een bevel tot heraanbesteding met herziene specificaties. Deze dient te worden ingesteld bij de nationale rechter of, indien arbitrage is overeengekomen, bij de Raad van Arbitrage;
 - ADR: zie in grote lijnen 1 a.

2. Geschillen die betrekking hebben op de beslissingen van de aanbesteders in een eenmaal aangekondigde aanbestedingsprocedure:
 - a. *uitsluiting of selectie van bepaalde gegadigden door toepassing van de selectie-criteria*
 - in geschil kan zijn het beweerdelijk te eng hebben toegepast van de criteria op de klager dan wel te ruim op een van de overige gegadigden of inschrijvers;
 - de vordering kan strekken op een gunningsverbod of een prekwalificatieverbod aan de betreffende partij, dan wel een eis strekkende tot het zelf kunnen worden geprekwalificeerd, dan wel het opleggen van een gunningsbevel (hetgeen met grote terughoudendheid pleegt te worden gezien). Ook kan worden gevorderd de beoordeling van de betreffende gegadigde of inschrijver te doen herzien. Uiteraard kan een verklaring voor recht worden verzocht, alsmede een schadevergoeding. De vordering wordt ingesteld bij de gewone rechter dan wel bij de Raad van Arbitrage bij toepasselijkheid van het UAR;
 - ADR hier wreekt zich dat alle beslissingen die de aanbesteders in onderhandelingen (onder mediationparaplu of op eigen kracht) met de betreffende gegadigde of inschrijver neemt, mogelijk ook de belangen van de mede-inschrijvers of mede-gegadigden raken. Ten aanzien van hen kunnen de betreffende partijen geen vaststellingsovereenkomsten aangaan. Hoewel niet kan worden uitgesloten dat in voorkomende gevallen onderhandelingen of mediation voor de betreffende partijen zinvol kunnen zijn, hangt als een zwaard van Damocles het mogelijk willen geldend maken van de positie van de andere partijen door die andere partijen dus boven hun hoofd. Dat zou wellicht anders zijn als die anderen tot de ADR-fase toetreden. In geen geval kunnen daarbij anderen dan de reeds bij de concrete aanbesteding betrokkenen worden geacommodeerd. Zij zijn immers niet bekend bij de partijen, hoewel zij wel degelijk belang kunnen hebben bij de uitkomst: indien criteria worden opgerekt, zouden die partijen mogelijk ook hebben willen inschrijven.
 - b. *uitsluiting of selectie van bepaalde inschrijvers door toepassing van gunningscriteria dan wel besteksonconformiteit*
 - in geschil kan zijn het beweerdelijk onjuist hebben toegepast van de aangelegde gunningscriteria op de klager;
 - de vordering kan strekken op een gunningsverbod aan de betreffende partij, dan wel het opleggen van een gunningsbevel (hetgeen zoals gezegd met grote terughoudendheid pleegt te worden gezien). Ook kan worden gevorderd de beoordeling van inschrijving van de betreffende gegadigde of inschrijver te doen herzien. De vordering kan *niet* strekken tot vernietiging van een reeds

gesloten overeenkomst.¹⁰ Uiteraard kan een verklaring voor recht worden verzocht, alsmede een schadevergoeding. De vordering wordt ingesteld bij de gewone rechter dan wel bij de Raad van Arbitrage bij toepasselijkheid van het UAR;

- ADR: zie 2 a.
- c. *het uitsluiten van een inschrijver omdat deze een niet-passende inschrijving zou hebben gedaan*
 - in geschil is of de beslissing van de aanbesteder terecht is en of partijen mogelijk tot onderhandelingen kunnen worden verplicht;
 - de vordering: strekt tot het verbod de opdracht aan een andere inschrijver te gunnen, dan wel een bevel tot het voeren van onderhandelingen. Deze vordering dient bij de rechter te worden ingesteld dan wel bij de Raad van Arbitrage ingeval van toepasselijkheid van een van beide aanbestedingsreglementen;
 - ADR: deze casus leent zich bij uitstek voor onderhandelingen, gesteld echter dat dergelijke onderhandelingen niet in strijd komen met de Verklaring van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 14 juni 1993 ex artikel 7 lid 4 Richtlijn Werken. Over deze materie is overigens op 23 juni 2000 door de President van de Rechtbank Haarlem een tot nu toe ongepubliceerde uitspraak gewezen die er op neerkomt dat er – in lijn van hetgeen de Raad van Arbitrage constant oordeelt – weldegelijk een onderhandelingsverplichting kan bestaan. Dergelijke onderhandelingen (al dan niet in het kader van een mediation) kunnen tot doel hebben partijen behulpzaam te zijn bij het analyseren van het budget en bij de inschrijving, ten einde te bezien of de aanbidding werkelijk niet-passend is. Ook artikel 20 van het ontwerp UAR-2000 gaat uit van de mogelijkheid tot het voeren van overleg over eventuele passendheid van de aanbidding. Dit overleg kan – zo nodig – gefaciliteerd worden en leent zich dan bij uitstek voor mediation of bemiddeling.

7 De bestuursrechter of andere autoriteiten als beslechter van aanbestedingsgeschillen?

Hiervoor hebben we gezien dat behalve de gewone rechter en de Raad van Arbitrage, en behalve de niet gebruikte bemiddelingsprocedure van de Rechtsbeschermingsrichtlijn nutssectoren, bepaalde vormen van ADR mogelijk behulpzaam kunnen zijn bij het beslechten van aanbestedingsgeschillen, zolang daarbij maar

¹⁰ Zie HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305 en BR 1999, p. 985, nt. A.G.J. van Wassenae van Catwijck.

wordt erkend dat het niet mogelijk is om met alle betrokken belangen rekening te houden. Zou deze weg worden gevolgd dan lopen de partijen soms in meerdere of mindere mate het risico dat derden alsnog hun weg naar rechter of arbiter vinden.

Behalve de hier genoemde methoden, is in een beperkt aantal gevallen de bestuursrechter bevoegd. Behalve bij vorderingen onder de Wet Openbaarheid van Bestuur (waarover Orobio de Castro) zou dat bij andere aanbestedingen bijvoorbeeld het College van Beroep voor het Bedrijfsleven kunnen zijn, in het geval het betreft aanbestedingen van openbaar vervoer, of de OPTA bij de (op aanbesteding gelijkende) uitgifte van frequenties voor mobiele telefonie. Dergelijke aanbestedingen berusten echter niet op de voor reguliere overheidsopdrachten geldende aanbestedingsrichtlijnen en ik zal deze hier verder dan ook niet bespreken.

In het Commissie Document COM (98) 143 van 11 maart 1998, het vervolg op het Groenboek, pleit de Commissie ervoor dat Lid-Staten onafhankelijke autoriteiten in het leven roepen of om bestaande autoriteiten aan te wijzen die tot taak zullen hebben interpretatieproblemen te identificeren en de behandeling van afzonderlijke gevallen te bespreken. Zij zullen voorts, aldus de Commissie, het referentiepunt dienen te zijn voor een snelle en informele oplossing van problemen betreffende de toegang tot aanbestedingen. Zij zullen onderling en met de Commissie kunnen samenwerken.

In het op 28 oktober 1999 gewezen Alcatel-arrest oordeelde het Hof dat een gelaedeerde klager een mogelijkheid moest hebben om ingeval van een hem onwelgevallige gunningsbeslissing een beroep in te kunnen stellen, nog voordat de opdracht daadwerkelijk in een overeenkomst is vastgelegd.¹¹ Aldus lijkt het erop dat de gunningsbeslissing van een bestuursorgaan onderworpen zou dienen te worden aan bezwaar en beroep met als ultimum remedium de mogelijkheid om die beslissing te kunnen ecarteren. Nederland voorziet niet in een dergelijk systeem. Indien een overeenkomst eenmaal is gesloten is deze niet meer vernietigbaar.¹² Overigens is de facto hetzelfde resultaat te bereiken, indien de eiser bij wege van schadevergoeding in natura vordert dat de aanbesteder de gewraakte overeenkomst maar moet beëindigen.

Orobio de Castro en Van Angeren hebben geopperd om – ter implementatie van de gevolgen van het Alcatel-arrest – de toetsing van alle gunningsbeslissingen (naar ik aanneem van aanbesteders onder de Europese richtlijnen) maar onder te

11 In zijn bijdrage in BR 1999, p. 1024 en volgende, *Arrest Alcatel Austria: Hof van Justitie EG velt impliciet vernietigend oordeel over het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken*, bespreekt Pijnacker Hordijk het arrest HvJ EG 28 oktober 1999, *Alcatel Austria AG e.a./Siemens AG Österreich e.a.*, Jur EG 1999, p. I-7671.

12 Zie het eerder aangehaalde arrest *Uneto/De Vliert*, t.a.p. (noot 10).

brenge bij de bestuursrechter, ook indien zij een privaatrechtelijke rechtspersoon zijn.¹³

De oplossing van Orobio de Castro en Van Angeren zint mij niet. Ik acht het gekunsteld dat de bestuursrechter nu maar moet worden belast met de afdoening van aanbestedingsgeschillen. Mijns inziens kan de berechting van deze geschillen zeer wel bij de burgerlijke rechter blijven – het gaat toch ook om civielrechtelijke overeenkomsten – c.q. bij de Raad van Arbitrage. Wel zou de wetgever, om tegemoet te komen aan de bevindingen van het Hof van Justitie EG, in de Raamwet Aanbestedingen EEG, dan wel in het Besluit Overheidsbestedingen een bepaling kunnen opnemen die tegemoet komt aan artikel 2 lid 1a van de Rechtsbeschermingsrichtlijn, te weten die regelt dat de rechter (c.q. arbiter) zeer wel de mogelijkheid heeft om reeds gesloten overeenkomsten nietig te verklaren. Daarmee zou mijns inziens de angel er grotendeels uit zijn.

Voor wat betreft de aanbestedingsautoriteit behoeven mijns inziens geen afzonderlijke organen te worden opgericht. Daar kan heel goed een bestaand departement worden aangewezen om te intermediairen bij interpretatieproblemen.

13 D.C. Orobio de Castro en J.R. van Angeren, *Een voorstel om toetsing van gunningsbeslissingen bij de bestuursrechter onder te brengen; reactie op mr. E.H. Pijnacker Hordijk*, BR 1999, p. 1024, BR 2000, p. 650.

De nationale rechter en een aantal problemen bij de handhaving van het Europees aanbestedingsrecht

1 Inleiding

1.1 De te behandelen problemen

De mate waarin het Europees aanbestedingsrecht wordt toegepast en gehandhaafd, is afgezien van inbreuk-(en zogenoemde correctie)procedures door de Commissie ex artikel 226 EG (oud artikel 169 EG-Verdrag), grotendeels afhankelijk van de wijze waarop dat Europees recht wordt gehanteerd door de nationale rechter.¹ In deze bijdrage zullen wij een aantal problemen behandelen die zich voordoen bij de toepassing van het Europees aanbestedingsrecht door de nationale rechter.

Daarbij valt te onderscheiden in problemen die specifiek zijn voor de rechtsorde van die nationale rechter en problemen die zich voordoen in alle Lid-Staten. Als voorbeelden van specifieke problemen in de Nederlandse rechtsorde besteden wij aandacht aan de positie van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland als voornaamste geschillenbeslechter op het terrein van het aanbestedingsrecht in Nederland, en aan de wijze waarop de Nederlandse beroepsprocedures tegen beslissingen van de aanbesteder in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van de EG in de zaak *Alcatel*² moet worden gezien (paragrafen 1.2, 2.3 en 4).

Daarnaast besteden wij aandacht aan problemen die rechters in alle Lid-Staten ondervinden bij de toepassing van Europees aanbestedingsrecht, in het bijzonder bij de toepassing van de prejudiciële procedure (paragraaf 2.1 en 2.2) en bij de juridische kwalificatie van de feiten (paragraaf 3). In dit kader is Italië ten opzichte van Nederland als vergelijkingsland gekozen. Ten slotte behandelen wij een toekomstig probleem van handhaving, namelijk de juridische status van zogenoemde derde pijler-besluiten (paragraaf 5).

* R.G.T. Bleeker is als advocaat werkzaam bij Rozemond Van Ramshorst Smit te Amsterdam; E.R. Manunza is als universitair docent Europees recht verbonden aan de K.U. Brabant.

1 Zie voor een behandeling van het stelsel van rechtsbescherming ingevolge de Rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EEG (hierna: Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn) en 92/13/EEG: G.W.A. van de Meent, *Overheidsaanbestedingen: de EG-rechtelijke context*, diss. Rotterdam, Bouwrecht Monografieën nr. 13, 1995, p. 315 e.v.

2 HvJEG 26 oktober 1999, *Alcatel Austria AG e.a./Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr*, zaak C-81/98, Jur EG 1999, p. I-7671.

1.2 *Enkele opmerkingen over de Nederlandse situatie*

Bij de implementatie van de Rechtsbeschermingsrichtlijnen zijn in Nederland geen speciale voorzieningen getroffen om het bestaande procesrecht aan die richtlijnen aan te passen. Krachtens dat ongewijzigde procesrecht dient een belanghebbende bij een aanbesteding, die behoefte heeft aan rechtsbescherming, zich in beginsel te wenden tot de burgerlijke rechter, tenzij de bevoegdheid van die rechter bij overeenkomst is uitgesloten ten gunste van een arbitraal college. Ook ten aanzien van besluiten van een aanbestedende overheidsdienst, die aan een privaatrechtelijke rechtshandeling voorafgaan, is beroep op de bestuursrechter in artikel 8:3 Awb uitgesloten.

In de praktijk worden de meeste aanbestedingsprocedures gevoerd ten overstaan van de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland, die zijn bevoegdheid ontleent aan het UAR 1986 (straks aan het UAR 2001) of het UAR-EG 1991, en aan de aanbestedingsreglementen van NS RIB.

Waar het hier gaat om de toepassing van Europees recht in aanbestedingszaken zijn de bevoegdheden van civiele rechter en arbiters formeel grotendeels gelijk, sinds in de Statuten van de Raad van Arbitrage is opgenomen dat arbiters naar de regelen des rechts moeten oordelen wanneer de Richtlijn Werken van toepassing is (bij gebreke daarvan oordelen arbiters als goede mannen naar billijkheid, hetgeen overigens bij lezing van dergelijke vonnissen geen waarneembare gevolgen voor die oordelen heeft). Een belangrijk verschil is dat de Raad van Arbitrage aanbestedinggeschillen behandelt als bodemprocedure, terwijl de burgerlijke rechter, geadieerd in kort geding, alleen voorlopige voorzieningen kan treffen, hetgeen natuurlijk in ieder geval in theorie een beperking is.

Aan de andere kant is een belangrijk verschil in formele bevoegdheden tussen arbiters en civiele rechter de mogelijkheid voor de laatste om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Op dat verschil komen wij hierna (paragraaf 2.3) terug.

Een essentieel praktisch element van rechtsbescherming is de termijn waarop een beslissing van het bevoegde college kan worden verkregen. Op dat punt lijken zowel de procedures in kort geding bij de rechtbanken als bij de Raad van Arbitrage bevredigend te functioneren: de diverse Presidenten weten in het algemeen binnen een termijn van een of twee weken ruimte te vinden voor behandeling van het geschil, om twee weken later vonnis te wijzen. De Raad van Arbitrage slaagt er in het algemeen eveneens in een behandeling binnen twee weken te organiseren (eventueel bestaat het scheidsgerecht slechts uit één arbiter plus de adviserende secretaris), om zelfs direct na die mondelinge behandeling het dictum uit te spreken (of tenminste, in moeilijke gevallen, dat dictum enkele dagen later bekend te maken).

De gewenste rechtsbescherming kan worden onderscheiden in vorderingen gericht op nakoming en vorderingen gericht op schadevergoeding. Nakoming houdt in dat de aanbesteder afgehouden moet kunnen worden van beslissingen die in strijd zijn met het aanbestedingsrecht. In dit verband is een van de belangrijkste vragen over de uitleg van de rechtsbeschermingsrichtlijnen geweest of die ook eisen dat een reeds genomen beslissing van de aanbesteder door de rechter ongedaan gemaakt zou moeten kunnen worden. Over de Europeesrechtelijke aspecten van deze kwestie heeft het Hof van Justitie zich op 28 oktober 1999 uitgesproken in het *Alcatel*-arrest,³ nadat de Hoge Raad al op 22 januari 1999 had geoordeeld over de nationaalrechtelijke aspecten in het arrest *Uneto/De Vliert*⁴. Aan deze kwestie wijden wij hierna paragraaf 4. De mogelijkheden tot verkrijging van schadevergoeding in Nederland zijn, vanuit Europeesrechtelijk perspectief, niet problematisch, zodat wij dat aspect van rechtsbescherming verder onbesproken laten.

2 De nationale rechter en de verkeerde toepassing van het stelsel van de prejudiciële procedure

2.1 Het stelsel van de prejudiciële procedure⁵

Een van de belangrijkste rechtsinstrumenten die de nationale rechter ter beschikking staat teneinde het Europees recht correct toe te passen, is het Hof van Justitie van de EG (hierna: HvJEG) te verzoeken bij wege van prejudiciële beslissing op de voet van artikel 234 EG (ex artikel 177 EG-Verdrag) uitspraak te doen over vragen van uitleg van gemeenschapsrecht en van (on)geldigheid van secundair gemeenschapsrecht.⁶ Artikel 234 EG bepaalt: Indien een vraag te dien aanzien is opgeworpen voor een rechterlijke instantie van een der Lid-Staten *kan* deze

3 Zie het in noot 2 geciteerde arrest.

4 Zie het in noot 66 geciteerde arrest.

5 Uitgebreid over de prejudiciële procedure: J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Ars Aequi Libri, 1999, p. 282-297; K. Lenaerts en D. Arts, *Europees procesrecht*, tweede herwerkte uitgave, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu 1999, p. 161-187. Zie ook A.W.H. Meij, *Prejudiciële vragen van Nederlandse rechters en hun gevolgen*. Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1993; zie ook R. de Lange en S. Prechal, De glibberigheid van geloofwaardigheid: Over EG-recht en nationale rechtspraak, in: Fiege e.a. (red.), *De eerbied waardig? Een bezinning op de positie van de rechter en de officier van justitie*, Arnhem 1996, p. 111-131.

6 In het *Foto-Frost*-arrest heeft het HvJEG bepaald dat nationale rechterlijke instanties niet bevoegd zijn handelingen van de Gemeenschap ongeldig te verklaren. Het Hof motiveert dit als volgt. Het doel van de prejudiciële procedure is de uniforme toepassing van gemeenschapsrecht in de gehele Gemeenschap. Verschillen van inzicht tussen de rechterlijke instanties van de Lid-Staten over de geldigheid van gemeenschapshandelingen zouden de eenheid van de communautaire rechtsorde in gevaar kunnen brengen en afbreuk doen aan het fundamentele vereiste van rechtszekerheid. (HvJEG 22 oktober 1987, *Foto-Frost*, zaak 314/85, Jur EG 1987, p. 4199, ro. 15). Verdere behandeling van dit element van de prejudiciële procedure is voor dit betoog niet relevant.

instantie, indien zij een beslissing op dit punt noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis, het Hof van Justitie verzoeken over deze vraag een uitspraak te doen. De derde alinea van hetzelfde artikel bepaalt verder dat indien een dergelijke vraag wordt 'opgeworpen in een zaak aanhangig bij een nationale rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep', 'deze instantie *gehouden* [is] zich tot het Hof van Justitie te wenden'.⁷

Voor de correcte toepassing van deze bepaling is belangrijk te weten wat onder de bewoordingen '*indien een vraag te dien aanzien is opgeworpen*' dient te worden verstaan. 'Te dien aanzien' betekent: van gemeenschapsrecht. In dat geval *kan* (indien zijn uitspraak nog voor hoger beroep vatbaar is) en *moet* de nationale rechter (indien hoger beroep van zijn vonnis juist niet meer mogelijk is) overgaan tot toepassing van dit hem toekomende exclusieve recht, niet alleen op verzoek van partijen⁸ maar ook ambtshalve. Met andere woorden: als de beantwoording van een vraag van gemeenschapsrecht noodzakelijk is voor de oplossing van het geschil zijn lagere rechterlijke instanties *bevoegd*, en rechterlijke instanties, waarvan de uitspraken niet voor hoger beroep vatbaar zijn, *verplicht* een prejudiciële vraag aangaande de interpretatie van gemeenschapsrecht aan het HvJEG voor te leggen.

In twee situaties is echter de beantwoording van de vraag door het HvJEG niet vereist en geldt derhalve geen verwijzingsplicht. De eerste situatie betreft de zogenoemde *acte éclairé*, waarbij de opgeworpen vraag zakelijk 'gelijk is aan een vraag welke reeds in een gelijksoortig geval voorwerp van een prejudiciële beslissing is geweest'⁹ (i) of waarbij er al vaste rechtspraak van het HvJEG op het in het geding zijnde punt bestaat (ii).¹⁰ In beide gevallen verliest de verwijzingsverplichting zijn absoluut karakter en is verwijzing dus niet noodzakelijk. Wel behouden de nationale rechterlijke instanties hun vrijheid zich tot het Hof te wenden indien zij dit noodzakelijk achten.¹¹ De tweede situatie geldt wanneer er sprake is van een zogenaamde *acte claire*. Hiervan is er sprake 'wanneer de juiste toepassing van gemeenschapsrecht zo evident is, dat redelijkerwijs geen twijfel

7 Cursivering van auteurs.

8 Hoewel de nationale rechter daartoe niet verplicht is, wanneer zijns inziens die vraag niet relevant is voor de oplossing van het geschil en/of hij niet de rechter 'in laatste instantie' is. In het *CILFIT*-arrest (zie noot 9 hierna) preciseert het Hof dit als volgt: 'in de eerste plaats zij erop gewezen dat art. 177 (thans art. 234 EG) geen rechtsmiddel is ten behoeve van de partijen in een bij de nationale rechter aanhangig geschil. Het enkele feit dat een partij stelt dat het geschil een vraag van uitlegging van gemeenschapsrecht doet rijzen, is voor de betrokken rechter dus geen dwingende reden om aan te nemen dat er 'een vraag te dien aanzien is opgeworpen' in de zin van art. 177. Het staat integendeel aan de rechter zich in voorkomend geval ambtshalve tot het Hof te wenden' (ro. 9).

9 HvJEG in gevoegde zaken 28-30/62, *Da Costa en Schaake*, Jur EG 1963, p. 67; HvJEG 6 oktober 1982, *CILFIT*, zaak 283/81, Jur EG 1982, p. 3415, ro. 13.

10 HvJEG 6 oktober 1982, *CILFIT*, zaak 283/81, Jur EG 1982, p. 3415, ro. 14.

11 Idem, ro. 15.

kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost'.¹² In het *CILFIT*-arrest heeft het HvJEG precies aangegeven waaraan moet zijn voldaan, wil er sprake zijn van een zo evidente toepassing. De eis is streng: de in het geding zijnde kwestie moet net zo evident zijn voor de rechterlijke instanties uit andere Lid-Statens als voor het HvJEG zelf (a). Bij de vraag of zich een dergelijk geval voordoet, moet rekening worden gehouden met de kenmerken van het gemeenschapsrecht en de bijzondere moeilijkheden bij de uitlegging ervan (b). Omdat alle talen van de Lid-Statens gelijkwaardig authentiek zijn, zal de nationale rechter de verschillende taalversies met elkaar dienen te vergelijken (c). Voorts dient er rekening te worden gehouden met het feit dat zelfs wanneer deze taalversies volledig overeenstemmen, het gemeenschapsrecht een eigen terminologie bezigt (d) en dat de rechtsbegrippen in het gemeenschapsrecht niet noodzakelijkerwijs dezelfde inhoud hebben als in de verschillende nationale rechtssystemen (e). Ten slotte merkt het Hof op dat elke bepaling van gemeenschapsrecht in haar context dient te worden geplaatst en te worden uitgelegd in het licht van dit recht in het algemeen, zijn doelstelling en zijn ontwikkelingsstand op het ogenblik waarop de betrokken bepaling moet worden toegepast (f).¹³

De prejudiciële procedure is kortom een procedure waarin de nationale rechter en het HvJEG samenwerken aan de *uniforme* toepassing van gemeenschapsrecht. Het is niet uitsluitend een procedure die – zoals vaak (door de nationale rechter) wordt gedacht – naar eigen inzicht en behoefte ter beschikking staat van de nationale rechter, maar een procedure waarvoor strenge eisen gelden en die onder bepaalde omstandigheden door de nationale rechter verplicht moet worden toegepast.

Een verkeerde toepassing van dit stelsel in het kader van het Europees aanbestedingsrecht leidt tot verschillen in de toepassing en handhaving daarvan in de Lid-Statens van de Gemeenschap. Deze *non-uniforme* toepassing vormt ons inziens een belangrijke belemmering van de liberalisering van de markt voor overheidsopdrachten.

De wijze waarop de Italiaanse rechter het begrip 'behoeften van algemeen belang van andere dan industriële en commerciële aard' uit artikel 1 sub b van de drie – zogenoemde – algemene richtlijnen inzake overheidsopdrachten (Leveringen, Werken en Diensten) heeft geïnterpreteerd, illustreert duidelijk welke ingrijpende rechtsgevolgen een verkeerde toepassing van dit stelsel met zich mee brengt.

12 Idem, ro. 16.

13 Idem, ro. 16-20.

2.2 *De Italiaanse rechter en het stelsel van de prejudiciële procedure*

Een van de voornaamste problemen met betrekking tot de effectiviteit van het Europees aanbestedingsrecht wordt veroorzaakt door de interpretatie van het begrip aanbestedende dienst en in het bijzonder van het begrip 'publiekrechtelijke instelling'.¹⁴ Van de uitleg van deze begrippen is immers afhankelijk welke entiteiten zijn gehouden de Europese aanbestedingsrichtlijnen in acht te nemen. Daarnaast speelt dit begrip een doorslaggevende rol bij de beslissing of een overheidsopdracht in de zin van deze richtlijnen rechtstreeks kan worden gegund (dus zonder het houden van een openbare aanbestedingsprocedure) onder toepassing van artikel 6 van de Richtlijn Diensten (92/50/EEG).¹⁵ Deze bepaling geeft aanbestedende diensten de mogelijkheid om de dwingende voorschriften van de betreffende richtlijn buiten toepassing te laten wanneer een overheidsopdracht voor dienstverlening aan een instantie die zelf een aanbestedende dienst is, wordt gegund op grond van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet.

Het voornaamste probleem bij de vraag of er sprake is van een publiekrechtelijke instelling betreft de interpretatie van de eerste voorwaarde. Het is onduidelijk wat moet worden verstaan onder een '(...) instelling die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard'. Hoewel de reikwijdte van dit begrip beslissend is voor de werkingssfeer van de richtlijnen,¹⁶ is dit begrip noch in enige gemeenschapsregeling, noch in de jurisprudentie van het HvJEG uitgewerkt. Mede om deze reden zijn er veel geschillen geweest waarin de eisende partij bij de nationale rechter aanvoerde dat de in het geding zijnde opdracht ten onrechte zonder (Europese) aanbestedingsprocedure was geplaatst omdat de dienst de opdracht had verstrekt als een publiekrechtelijke instelling (en dus als een aanbestedende dienst) aangemerkt had dienen te worden, of waarin partijen juist betwistten dat een opdrachtnemer ten onrechte als publiekrechtelijke instelling kon worden

14 Onder een publiekrechtelijke instelling wordt in de drie algemene richtlijnen verstaan 'iedere instelling die: opgericht is met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard, rechtspersoonlijkheid heeft en waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd (i), ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste (ii), ofwel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen (iii)'.

15 Deze bepaling luidt: De bepalingen van deze richtlijn zijn niet van toepassing op overheidsopdrachten voor dienstverlening die worden gegund aan een instantie, die zelf een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1, onder b), op basis van een alleenrecht dat zij uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat de bepalingen verenigbaar zijn met het Verdrag.

16 Instellingen die zich met de uitoefening van behoeften van algemeen belang van industriële of commerciële aard (2) of uitsluitend met behoeften van commerciële aard (3) bezig houden, kunnen namelijk niet als een publiekrechtelijke instelling worden aangemerkt.

aangemerkt. Dit laatste doet zich met name voor in zaken waar de uitzonderingbepaling van artikel 6 Richtlijn Diensten is toegepast.

In tegenstelling tot de situatie in Nederland waar tot nu toe de rechter geen aandacht heeft geschonken aan de interpretatie van dit begrip en waar ten onrechte (ook in de literatuur) tot nu toe is gedacht dat er uitsluitend een onderscheid kon worden gemaakt tussen behoeften van algemeen belang in algemene zin (1) en van commerciële aard (2), hebben de Italiaanse administratieve en burgerlijke rechters al vanaf 1995 een parameter getracht te ontwikkelen om op objectieve wijze te kunnen onderscheiden tussen de twee soorten behoeften van algemeen belang. De Italiaanse rechter heeft dit criterium op een duidelijke en praktisch hanteerbare wijze ingevuld. De vraag is nu of dit is geschied onder een goede toepassing van het stelsel van prejudiciële verwijzing en zo niet wat dit voor gevolgen met zich meebrengt. Laten we daarom in het hierna volgende een vijftal beslissingen van de Italiaanse *giudice amministrativo* (administratieve rechter) en *giudice ordinario* (burgerlijke rechter) op dit punt bespreken.

2.2.1 Ente Fiera I

De eerste interessante zaak waarin de Italiaanse Raad van State (hierna: Consiglio di Stato)¹⁷ zich over de invulling van dit omstreden begrip heeft gebogen, is de zaak *Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*-zaak (hierna: Ente Fiera)¹⁸, waarin hij werd geadieerd om in hoger beroep te beslissen over een geschil naar aanleiding van de uitschrijving door deze beurs van een aanbesteding voor de bouw van nieuwe expositieruimten. Over de vraag of de Ente Fiera als een publiekrechtelijke instelling in de zin van de EG-richtlijnen overheidsopdrachten moest worden aangemerkt, besloot de Consiglio di Stato dat de Ente Fiera, ofschoon zij commerciële activiteiten uitoefende, als een publiekrechtelijke instelling diende te worden beschouwd, omdat zij opgericht was met het doel 'de economische ontwikkeling te stimuleren, door de kennis over Italiaanse en buitenlandse industriële producten onder verkopers en consumenten te vergroten, via de totstandbrenging en terbeschikkingstelling van een (gezamenlijk) ontmoetingspunt

17 De Consiglio di Stato, of wel Raad van State, is volgens art. 100, eerste lid, Costituzione della Repubblica Italiana (Italiaanse Grondwet), een juridisch-bestuurlijk adviesorgaan dat tevens belast is met administratieve rechtspraak. Meer informatie over de Consiglio kan worden gelezen in: E.R. Manunza/E.M.H. Hirsch Ballin, De Italiaanse Republiek, in: *Het Staatsrecht van de landen van de Europese Unie*, Deventer 1998, p. 454.

18 Consiglio di Stato, sez. VI, van 21 april 1995, nr. 353, in *Riv. Giur.* 1995, I, p. 667 e.v., nt. M. Gola, 'Appalti di opere ed enti pubblici economici: una questione da approfondire' (Overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken en de economische publiekrechtelijke instellingen: een dieper te bestuderen problematiek) en in *Giur. it.* 1995, III, p. 525 e.v., nt. B. Mameli, 'Gli enti fieristici e le procedure dell' evidenza amministrativa' (Jaarbeurzen en administratiefrechtelijke aanbestedingsprocedures).

voor producenten, verkopers en kopers', waarmee eigenlijk niets anders bedoeld wordt dan het verhuren van expositieruimten.

In zijn – op zich nobele – intentie volle werking aan het communautaire recht te verlenen door deze instelling als publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen aan te merken,¹⁹ heeft deze nationale rechter het stelsel van prejudiciële verwijzing evenwel genegeerd. De Raad van State had als hoogste rechter de *verplichting* zich tot het Hof van Justitie van de EG te wenden om uitlegging te vragen over de interpretatie van het in het geding zijnde begrip. Er was namelijk op dit punt noch sprake van een *acte éclairé*, noch van een *acte claire*.

2.2.2 Ente Fiera II

Desalniettemin is de Ente Fiera in een latere uitspraak van de lagere administratieve rechter, de T.A.R. Lombardia (Tribunale Amministrativo Regionale), wederom zonder prejudiciële verwijzing als een publiekrechtelijke instelling aangemerkt.²⁰ Deze T.A.R. heeft stellig uitgesloten dat de door de Beurs uitgeoefende activiteiten gericht op het promoten en het stimuleren van de economische activiteiten van derden tot het communautaire begrip 'behoeften van algemeen belang van industriële en commerciële aard' kunnen worden herleid, en wel omdat deze laatste soort behoeften alleen en uitsluitend 'op de directe voorziening in de behoeften van iedere afzonderlijk burger-consument'²¹ betrekking zouden hebben. 'In het bijzonder', volgens deze T.A.R.,

'moet de Ente Fiera als een publiekrechtelijke instelling worden aangemerkt ook wanneer deze Ente tijdens de uitoefening van activitei-

19 Garofoli betoogt overtuigend dat die kwalificatie onjuist is omdat de activiteiten van algemeen belang waarmee de Ente Fiera belast is van commerciële en industriële aard zijn: R. Garofoli, *Le privatizzazioni degli enti dell' economia. Profili giuridici* (De privatisering van de economische publiekrechtelijke instellingen. Juridische aspecten), Giuffrè Editore, Milano 1998, p. 402-403. Weliswaar houdt de jaarbeurs zich enerzijds met de uitoefening van zuiver commerciële activiteiten bezig, maar anderzijds behelzen de activiteiten van algemeen belang waarmee zij vanwege haar oprichtingsstatuten belast is, het verzekeren van de overheidsaanwezigheid in de economische betrekkingen. Juist dat laatste dient volgens Garofoli als een activiteit van algemeen belang van industriële of commerciële aard te worden beschouwd. Garofoli wijst er voorts op dat de door de Consiglio di Stato ingeslagen weg tevens apert in strijd is met de interpretatie van de Europese Commissie in haar omvangrijke beschikkingspraktijk over de wel en niet toelaatbare beperkingen opgelegd aan de deelname aan beurzen en tentoonstellingen, in het bijzonder de beperking dat niet tegelijkertijd op andere beurzen mag worden geëxposeerd. Zie de volgende beschikkingen van de Europese Commissie: 71/337/EEG, *Cematex*, PbEG 1971 L 277; 71/498E, *UNIDI* PbEG 1975 L 228; 77/722/EEG, *BPICA*, PbEG 1977 L 299; 83/666/EEG, *SMM & T.*, PbEG 1983 L 376; 86/499/EEG, *VIFKA*, PbEG 1986 L 291; 18 september 1987, *Internationale Dentalschau*, PbEG 1987 L 293; 69/90/EEG, *EMO*, PbEG 1990 L 69.

20 T.A.R. Lombardia, Milano, sex. III, 17 november 1995, nr. 1365, in TAR, 1996, I, p. 102 e.v.

21 In de letterlijke bewoordingen van de Italiaanse rechter: '(...) alla soddisfazione diretta della domanda di servizi del singolo cittadino-consumatore.'

ten gericht op het promoten en het stimuleren van economische activiteiten van derden, door gebruik te maken van een typische ondernemingsstructuur, met inachtneming van commerciële criteria handelt, maar zich niet bezighoudt met de *directe* uitoefening van industriële en commerciële activiteiten.’²²

Het criterium lijkt eenvoudig toepasbaar, maar niets is minder waar, getuige de beslissing in deze zaak: immers, het staat *in casu* formeel vast dat de Ente Fiera opgericht is met het doel ‘de economische ontwikkeling te stimuleren’ – zoals uit de aan de statuten ontleende zinsnede blijkt – maar materieel gezien betekent dit dat de jaarbeurs expositieruimten verhuurt en dat is zonder twijfel een dienst die *direct* aan de burgers-consumenten wordt verleend.

Alle reden kortom voor deze lagere nationale rechter om deze kwestie aan het Hof van Justitie van de EG voor te leggen bij wijze van prejudiciële beslissing. De lagere rechter is immers op grond van artikel 234 EG – hoewel niet *verplicht* – altijd *bevoegd* prejudiciële vragen aan het HvJEG voor te leggen. Het valt ook hier te betreuren dat deze rechter niet van deze bevoegdheid gebruik heeft gemaakt.

2.2.3 Ente Fiera III en IV

Inmiddels is het einde van het vervolgverhaal van de Ente Fiera in zicht. Nadat de Consiglio di Stato zich op 16 september 1998 opnieuw over de status van de Ente Fiera mocht uitspreken (Ente Fiera III), en daarbij ditmaal (wederom onder verzaking van zijn verplichting een prejudiciële vraag voor te leggen) tot de conclusie kwam dat de Ente geen publiekrechtelijke instelling was (arrest nr. 1267/98), is dezelfde rechtsvraag nu (door Agora s.r.l. en Excelsior s.n.c.) ter beoordeling voorgelegd aan de T.A.R. Lombardia (Ente Fiera IV). Geconfronteerd met zoveel tegenstrijdige jurisprudentie heeft dit gerecht de rechtsvraag uiteindelijk voorgelegd aan het HvJEG (gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99). Op 30 januari 2001 heeft A-G Alber zijn conclusie in beide zaken gepresenteerd.²³ Hij komt, op basis van een functionele uitleg van het begrip publiekrechtelijke instelling, tot de conclusie dat doorslaggevend is dat Ente Fiera zelf alle financiële en economische risico’s draagt van haar activiteiten, hetgeen volgens hem meebrengt dat de algemene belangen waarin de Ente moet voorzien van industriële of

22 In de letterlijke bewoordingen van de Italiaanse rechter: ‘(...) in particolare, l’ente è qualificabile come organismo di diritto pubblico anche quando, pur espletando un’ attività di promozione e di incentivo di altrui attività economica, e pur operando con una strumentazione imprenditoriale e con criteri di economicità, non sia dedito tuttavia all’ esercizio immediato di attività industriale e commerciale’.

23 Nog niet gepubliceerd.

commerciële aard zijn, zodat de Ente geen publiekrechtelijke instelling is. Het wachten is nu op het arrest van het HvJEG.

2.2.4 Siena Parcheggi

Een geheel andere richting met betrekking tot de interpretatie van dit begrip heeft de gewone rechter (in hoogste aanleg) gekozen in de *Siena Parcheggi S.p.a.*-zaak, waarin hij vastgesteld heeft dat de Siena Parcheggi, een *società per azioni a partecipazione pubblica locale* (naamloze vennootschap met een meerderheid aan overheidsaandelen) niet als publiekrechtelijke instelling in de zin van de richtlijnen kon worden aangemerkt en wel omdat de activiteiten van algemeen belang waarmee deze NV belast is, van commerciële en industriële aard zijn.²⁴ Om deze reden kon de gewone (cassatie)rechter zich bevoegd verklaren om kennis van deze zaak te nemen, die anders tot de competentie van de administratieve rechter zou hebben behoord. De Siena Parkeerplaatsen NV, die is opgericht voor het beheer van de parkeergarages en -ruimten en daaraan gerelateerde diensten in de gemeente Siena, gunde een opdracht voor de bouw van parkeergarages en parkeerruimten uit de hand aan een derde, zonder toepassing van de Europese aanbestedingsprocedures. Volgens de cassatierechter had deze NV niet in strijd met de Europese regelgeving gehandeld nu vast is komen te staan dat er niet aan de eerste voorwaarde werd voldaan omdat de activiteiten waarmee de NV belast was van algemeen belang van commerciële en industriële aard waren. De door de Siena Parkeerplaatsen NV uitgeoefende activiteiten voorzien namelijk 'direct in de behoeften van iedere afzonderlijke burger-consument'.

In deze zaak heeft de rechter dus hetzelfde criterium toegepast als in de eerste twee *Ente Fiera*-zaken maar desondanks het tegenovergestelde resultaat bereikt. Ook in dit geval had de Corte di Cassazione om de hiervoor genoemde redenen de *verplichting* een vraag op dit punt aan het Hof te voorleggen.

2.2.5 Lombardia informatica S.p.a.

Een andere interessante zaak die in Italië veel aandacht heeft gekregen, is de *Lombardia informatica S.p.a.*-zaak. Het betreft hier een door het gewest Lombardia – die de meerderheid van de aandelen bezat – opgerichte naamloze vennootschap die is belast met het beheer van een geautomatiseerd informatica systeem.²⁵ Deze

24 Cass. S.U., 6 mei 1995, nrs. 4991 en 4992, cit. V. Zie ook voor wat betreft zaak nr. 4992, Giorn. Dir. amm. 1996, p. 636 e.v., becommentarieerd door C. Varrone, 'Diritto amministrativo comunitario e riparto di giurisdizione' (Communitair administratief recht en relatieve jurisdictie).

25 Uitspraak in eerste aanleg van de T.A.R. Lombardia van 18 oktober 1994, ingeschreven op 11 januari 1995 en in hoger beroep van de Consiglio di Stato, sez. IV, 13 februari 1996, nr. 147, in Giorn. Dir. amm., 1996, p. 623 e.v., becommentarieerd door D. Galli en C. Cuccione, *Le società con*

NV heeft deze taak – die zij uitsluitend voor het gewest Lombardia uitoefent – rechtstreeks van het gewest opgelegd gekregen, zonder dat een openbare aanbestedingsprocedure werd gehouden. De *Commissione di controllo sull'amministrazione regionale*, een orgaan dat toezicht dient te houden op het goede verloop van het openbaar bestuur (hierna: Toezichtsc commissie), vernietigde de besluiten waarmee deze NV met de uitoefening van deze activiteiten werd belast op die grond. De T.A.R. Lombardia, in eerste aanleg en de Consiglio di Stato, in hoger beroep, hebben de beslissing van de Toezichtsc commissie ongeldig verklaard, omdat naar hun mening op de feiten uit deze casus artikel 6 van de Richtlijn Diensten van toepassing was.

De hoogste administratieve rechter, de Consiglio di Stato, kwam tot de vaststelling dat de Lombardia informatica S.p.a als een publiekrechtelijke instelling moest worden aangemerkt door de relatie te analyseren tussen de S.p.a. en het gewest, waarbij werd vastgesteld dat de voorwaarde van 'materieel derdenschap' ('terzietà sostanziale') ontbrak omdat de S.p.a. niets meer is dan een 'organisatorische eenheid' die door het gewest gebruikt wordt om in zijn eigen behoeften te voorzien. Met andere woorden, de Lombardia informatica S.p.a bezit weliswaar een typische ondernemingsstructuur, maar de uitoefening van haar activiteiten is niet gericht op de voorziening in de behoeften van de 'gemeenschap van consumenten' maar op de eenzijdige verrichting van een bepaalde dienst uitsluitend ten behoeve van dit specifieke openbaar bestuur. Het gaat daarom naar de mening van dit gerecht om een instelling die is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële en commerciële aard.

De door de Consiglio di Stato gevolgde *ratio* bij de vaststelling dat de Lombardia informatica S.p.a als een publiekrechtelijke instelling moest worden aangemerkt, is weliswaar interessant en bruikbaar voor de ontwikkeling van een criterium voor de toetsing van de voorwaarde 'behoefte van algemeen belang',²⁶

partecipazione pubblica e la normativa comunitaria.

- 26 Weer een andere parameter is te vinden in de beslissing van de T.R.G.A. Trentino-Alto Adige, de lagere administratieve rechtbank, (sez. Bolzano van 8 november 1995, nr. 226). De gemeenten van de provincie Bolzano hadden een consortium opgericht in de vorm van een *società cooperativa a responsabilità limitata* (een besloten vennootschap in de vorm van een coöperatie), waarin zij zelf participeerden, met als enig doel de gezamenlijke aanschaf tegen de beste marktprijzen van informaticasystemen, inclusief de distributie daarvan, te verzorgen voor alle in dit Consortium participerende gemeenten en de onder de gemeenten ressorterende scholen. De T.R.G.A. stelde vast dat dit Consortium niet als een publiekrechtelijke instelling kon worden aangemerkt omdat aan de eerste voorwaarde van het begrip publiekrechtelijke instelling niet voldaan werd, nu het Consortium niet was opgericht met het doel in algemene behoeften van de burgers te voorzien, maar juist om in de *economische* behoeften (de rationalisering van de aankopen) van de leden-Gemeenten te voorzien, welke voorziening de burgers uitsluitend *indirect* raakte. Als wij nu het criterium door de Consiglio di Stato ontwikkeld in de *Lombardia informatica s.p.a*-zaak op deze feiten zouden toepassen dan zouden we tot de tegenovergestelde conclusie komen, namelijk dat het Consortium wél een publiekrechtelijke instelling is omdat het diensten uitsluitend aan andere publiekrechtelijke instellingen aanbiedt en juist niet aan de individuele burgers. Vermeldenswaardig is dat deze uitspraak uiteindelijk door de Consiglio di Stato in hoger beroep is vernietigd, maar helaas niet

maar betekent toch een schending van het gemeenschapsrecht omdat de rechter verzuimd heeft een prejudiciële beslissing aan het HvJEG voor te leggen, terwijl toch geen sprake was van een *acte claire* of een *acte éclairé*.²⁷

De terughoudendheid van de nationale rechter bij de toepassing van de prejudiciële procedure demonstreert welke uiteenlopende gevolgen de verkeerde toepassing van het stelsel van prejudiciële verwijzing heeft: dezelfde instelling wordt zelfs binnen een Lid-Staat soms wel en soms niet als publiekrechtelijke instelling beschouwd. Ook vergelijkbare instellingen worden binnen een Lid-Staat verschillend gekwalificeerd. De interpretatieverschillen tussen de Lid-Staten onderling zullen alleen maar groter zijn. Dit betekent dat het Europees aanbestedingsrecht niet alleen binnen een land maar ook tussen twee landen op een zeer verschillende wijze wordt gehandhaafd. Dat dit de voltooiing van de interne markt niet ten goede komt, spreekt voor zich.

2.3 *De Nederlandse Raad van Arbitrage en het stelsel van de prejudiciële procedure*

Het feit dat Nederland op het terrein van het Europees aanbestedingsrecht geen vooraanstaande prejudiciële vragensteller is (anders dan bijvoorbeeld Italië of sinds kort Oostenrijk), hangt wellicht ook samen met het feit dat de meeste aanbestedingsgeschillen in Nederland door de Raad van Arbitrage worden beslecht.

De Raad van Arbitrage is, voor zover zijn bevoegdheid uitsluitend op het vrijwillig door de aanbesteder van toepassing verklaarde UAR-EG berust, in ieder geval niet bevoegd prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie te stellen. Dat blijkt nog eens uit het arrest dat het HvJEG op 1 juni 1999 heeft gewezen in de *Benetton*-zaak en waarin het Hof de overweging uit zijn arrest *Nordsee* herhaalt

‘dat een bij overeenkomst ingesteld scheidsgerecht geen rechterlijke instantie van een der Lid-Staten in de zin van artikel 234 EG is, omdat er voor de contractpartijen rechtens noch feitelijk een verplichting

wegens een (eventuele) verkeerde toepassing van de door de Raad van State zelf ontwikkelde toetsingsparameter, maar omdat op grond van art. 1, lid 3, sub b van de Raamwet 24 juli 1992, nr. 358 ‘provincies, gemeenten, berggemeenschappen, consortia en alle vormen van samenwerking tussen genoemde instellingen’ tot openbare aanbesteding verplicht zijn indien ook aan alle andere door deze wet gestelde voorwaarden wordt voldaan. Uitspraak van de Consiglio di Stato, sez. V, van 20 december 1996, nr. 1577.

- 27 Of een dergelijke schending van gemeenschapsrecht aanleiding zou zijn voor het verkrijgen van schadevergoeding op grond van de leer van de staatsaansprakelijkheid (waaronder ook miskenningen van de rechter vallen) valt na de uitspraak van het HvJEG in het *Brasserie*-arrest (gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93) van 5 maart 1996, Jur EG 1996, p. I-1029, sterk te betwijfelen. Dit arrest stelt namelijk zeer strenge eisen om een schending van gemeenschapsrecht door de Staat als een *voldoende gekwalificeerde schending* te erkennen die de basis vormt voor het toekennen van schadevergoeding.

bestaat hun geschillen aan een scheidsgerecht voor te leggen, en de overheid van de betrokken Lid-Staat noch betrokken is bij de beslissing om arbitrage te kiezen, noch de mogelijkheid heeft in te grijpen in het verloop van de procedure voor de arbiter'.²⁸

In de gevallen dat toepasselijkheid van het UAR-EG dus niet berust op het Besluit Aanbesteding van Werken 1973 (BAW)²⁹, is de Raad geen rechterlijke instantie zoals bedoeld in artikel 234 EG en kan hij geen prejudiciële vragen stellen.

Wanneer de bevoegdheid van de Raad van Arbitrage niet op contractuele basis berust, maar op een wettelijke verplichting tot toepassing van het UAR-EG uit hoofde van het BAW, zou de Raad misschien wel aangemerkt kunnen worden als een gerecht in de zin van artikel 234 EG.³⁰ Krachtens de zeer uitgebreide jurisprudentie van het HvJEG op dit punt is daarbij namelijk een samenstel van factoren van belang, zoals de wettelijke oorsprong van het orgaan, het permanente karakter, de bindende rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen van regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan. Alleen die eerste factor zal een probleem opleveren, omdat de Raad niet bij of krachtens wet is ingesteld.³¹

In de gevallen waarin de Raad van Arbitrage beschouwd zou kunnen worden als een gerecht in de zin van artikel 234 EG, is hij ingevolge datzelfde artikel 234 *in fine* tevens bij behandeling van een appèl gehouden een prejudiciële vraag aan het HvJEG voor te leggen in de daartoe door het Hof onderscheiden omstandigheden. In alle andere gevallen is de Raad, aangenomen dat hij rechtspreekt als artikel 234 EG-gerecht, gerechtigd prejudiciële vragen te stellen.

Het valt te betreuren dat de Raad van Arbitrage er tot op heden nooit toe is overgegaan een dergelijke vraag aan het Hof voor te leggen. Voor zover die terughoudendheid is ingegeven door de wens snel vonnis te wijzen, dient men zich te bedenken dat de vragenstellers uit andere Lid-Staten een soortgelijke afweging zullen hebben moeten maken. In ieder geval is het voor de juiste toepassing van het Europees aanbestedingsrecht van belang dat bij beoordeling van complexe kwesties (waarvan er, alleen al vanwege de redactie van de Richtlijnen, vele zijn),

28 HvJEG 1 juni 1999, *Eco Swiss China Time Ltd/Benetton International NV*, zaak C-127/99, Jur EG 1999, p. I-3055, NJ 2000, 339, en HvJEG 23 maart 1982, *Nordsee*, zaak 102/81, Jur EG 1982, p. 1095.

29 Besluit van 6 april 1973, Stb. 214, gewijzigd bij Besluit van 17 december 1998, Stb. 743.

30 In die zin E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht. Handboek van het Europese en het Nederlandse aanbestedingsrecht*, tweede druk, Den Haag 1999, p. 410.

31 Zie voor deze criteria HvJEG 17 september 1997, *Dorsch Consult/Bundesbaugesellschaft Berlin*, zaak C-54/96, Jur EG p. I-4961, met name ro. 23-25), HvJEG 4 februari 1999, *Köllensperger/Atzwanger*, zaak C-103/97, Jur EG 1999, p. I-0551 (en de Conclusie van A-G Antonio Saggio in *Abrahamsson e.a./Fogelqvist*, zaak C-407/98, Jur EG 2000, met name nr. 15 en noot 9, alsmede Jans e.a., a.w. (noot 5), p. 284 e.v.

ook door de Nederlandse rechter of arbitraal college prejudiciële vragen aan het Hof worden voorgelegd. Mocht een vraag van de Raad van Arbitrage afstuiten op niet-ontvankelijkheid vanwege de artikel 234 EG-toets, dan weet de wetgever meteen dat een voorziening op dit punt nodig is.

Het hiervoor genoemde *Benetton*-arrest³² is in dit verband ook belangwekkend omdat het arrest antwoord lijkt te geven op een andere vraag over de bevoegdheid van de Raad van Arbitrage in aanbestedingsgeschillen, en dat is de vraag of de Raad überhaupt kan worden aangemerkt als een ‘instantie’ in de zin van artikel 2 lid 8 van de zogenoemde Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn. Die bepaling schrijft voor dat van een beslissing van een voor de beroepsprocedure verantwoordelijke instantie die zelf geen gerecht (in de zin van artikel 234 EG) is, in ieder geval beroep openstaat bij een gerecht dat wel aan de eisen van artikel 234 EG voldoet. Van een vonnis van de Raad van Arbitrage staat alleen hoger beroep open bij een ander scheidsrecht van diezelfde Raad, en dus niet bij een gerecht in de zin van het Europees recht. De positie van de Raad van Arbitrage als geschillenbeslechter van Europese aanbestedingskwesties berust daarom op de stelling dat de mogelijkheid tot vernietiging van een arbitraal vonnis door de civiele rechter ex artikel 1064 en volgende van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, als de noodzakelijke beroepsmogelijkheid kan worden aangemerkt.³³

In het *Benetton*-arrest, dat overigens een geheel andere rechtsvraag betrof (naar aanleiding van een prejudiciële vraag van de Nederlandse Hoge Raad), heeft het HvJEG beslist dat vernietiging van een arbitraal vonnis in ieder geval mogelijk moet zijn bij schending van een belangrijke bepaling van gemeenschapsrecht (als in casu artikel 81 EG). Die waarborging van de naleving van gemeenschapsrecht via vernietiging motiveert het Hof expliciet met de onmogelijkheid voor arbiters om zelf een prejudiciële vraag te stellen, over welke mogelijkheid de civiele rechter, die de vernietigingsactie moet beoordelen, natuurlijk wel beschikt:

‘Ten slotte moet eraan worden herinnerd dat (...) arbiters, anders dan een nationale rechterlijke instantie, het Hof niet om een prejudiciële beslissing kunnen verzoeken over vragen van uitlegging van gemeenschapsrecht.’³⁴

Ofschoon het Hof hier dus niet oordeelde over de vraag of het betreffende arbitrale college (het NAI) een instantie was in de zin van artikel 2 lid 8 van de Rechtsbe-

32 Zie noot 28.

33 Zie bijvoorbeeld Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w. (noot 30), p. 411. Anders: J.P.A. van Marissing, *De Raad van Arbitrage voor de bouw en het Europese aanbestedingsrecht: een brug te ver?*, TvA 95/4, p. 202 en Van de Meent, a.w. (noot 1), p. 366.

34 Zie de in noot 28 aangehaalde zaak, ro. 40.

scherminsrichtlijn, lijkt de litigieuze constructie (verzekering van de nakoming van gemeenschapsrecht via een vernietigingsactie) voldoende vergelijkbaar om te aanvaarden dat de Raad van Arbitrage een instantie in de zin van artikel 2 lid 8 van de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn is.

Terzijde zij dan nog opgemerkt dat vernietiging van een arbitraal vonnis vanwege onjuiste toepassing van gemeenschapsrecht meteen een van de zeer weinige materiële vernietigingsgronden is, nu de Hoge Raad in een van zijn drie uitspraken uit het *Benetton*-feuilleton heeft uitgemaakt dat vernietiging vanwege een ondeugdelijke motivering (anders dan veelal werd aangenomen) naar Nederlands recht is uitgesloten.³⁵

3 Verkeerde kwalificatie van de feiten door de nationale rechter

3.1 Inleiding

Een ander probleem van handhaving van het Europees aanbestedingsrecht door de nationale rechter betreft de situatie waarin de nationale rechter de aan de orde zijnde feiten juridisch verkeerd kwalificeert. Als voorbeeld dienen drie prejudiciële zaken, de zaken *BFI*, *RI.SAN. Srl* en *Teckal*.³⁶ De conclusies van het Hof van Justitie van de EG in deze drie zaken zijn niet met elkaar te rijmen.

Een vergelijking van de twee hierboven eerstgenoemde arresten, de *BFI*- met de *RI.SAN. Srl*-zaak, laat zien dat de feiten in beide zaken veel op elkaar lijken, terwijl de beslissingen sterk van elkaar verschillen. Vergelijking van de *BFI*- met de *Teckal*-zaak toont precies een tegenovergesteld beeld: de feiten verschillen op wezenlijke punten van elkaar maar het resultaat is in essentie gelijk. Uit het navolgende blijkt dat dit een gevolg is van de verkeerde juridische kwalificatie van de feiten door de nationale rechter.

3.2 BFI en RI.SAN. Srl

In de *BFI*-zaak besloten twee Nederlandse gemeenten in 1994 een nieuwe (aandelen)vennootschap op te richten, de NV ARA, en haar een opdracht (die zij als een concessie bestempelden) te verlenen voor de huisvuilinzameling binnen

³⁵ Zie HR 25 februari 2000, NJ 2000, 508 nt. HJS.

³⁶ HvJEG 10 november 1998, *Gemeenten Arnhem en Rheden/BFI*, zaak C-360/96, Jur EG 1998, p. I-6821; HvJEG 9 september 1999, *RI.SAN. Srl/Comune di Ischia, Italia Lavoro S.p.a., voorheen GEPI S.p.a., Ischia Ambiente S.p.a.*, zaak C-108/98, Jur EG 1999, p. I-5219; HvJEG 18 november 1999, *Teckal Srl, Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, zaak C-107/98, Jur EG 1999, p. I-8121.

hun gemeentegrenzen.³⁷ De (100%) particuliere onderneming BFI was van mening dat deze opdrachtverlening in het openbaar overeenkomstig de Richtlijn Diensten diende te worden aanbesteed en ging tegen de beslissing van de gemeenten in beroep.

In de zaak *RI.SAN. Srl/Comune di Ischia* deed zich een vergelijkbare situatie voor. In 1996 besloot de gemeenteraad van de gemeente Ischia (een eiland voor de kust van Napels), een nieuwe (aandelen)vennootschap op te richten, Ischia Ambiente, en haar een opdracht (die zij als een concessie bestempelden) te verlenen voor de inzameling van stedelijk afval.³⁸ Voorheen werd deze taak uitgeoefend door RI.SAN. Srl³⁹ – een (100%) particuliere onderneming – op grond van een contract dat op 4 januari 1997 afliep. RI.SAN. Srl ging hiertegen in beroep omdat volgens haar (onder meer) de opdracht tot afvalinzameling op grond van de Richtlijn Diensten in het openbaar had moeten worden aanbesteed.⁴⁰

De feiten zoals beschreven in beide arresten zijn tot zover gelijk maar toch verschillen de overwegingen en beslissingen van het Hof totaal van elkaar, hetgeen niet uitsluitend het gevolg is van ofwel een ‘technisch’ mankement, namelijk dat partijen en de verwijzende rechter in de *RI.SAN. Srl*-zaak het Hof niet voldoende informatie hebben verschaft over de in het geding zijnde feiten, ofwel een ‘technisch’ gegeven, namelijk dat de beslissing in *BFI* door het voltallig Hof is genomen en in *RI.SAN. Srl* door de vijfde kamer van het HvJEG.⁴¹

De uitkomst werd bepaald door de wijze waarop de feiten door de nationale rechter waren gekwalificeerd. De verwijzende rechter in de *BFI*-zaak, het Gerechtshof te Arnhem, was – in tegenstelling tot de gemeenten Arnhem en Rheden – van mening dat de opdrachtverlening aan ARA geen concessie was en stelde daarover geen vragen aan het HvJEG.⁴² Naar aanleiding van de stelling van de

37 *De facto* bleven alle aandelen van de NV ARA in het bezit van de oprichtende gemeenten.

38 Overeenkomstig art. 22 lid 3 sub e van de Wet van 8 juni 1990, nr. 142, houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden, zoals gewijzigd met de Wet van 25 maart 1993, nr. 81 en met de Wet van 15 mei 1997, nr. 127 (*ordinamento delle autonomie locali*). Gepubliceerd in G.U.R.I. van 12 juni 1990. De gemeente bezat 51% en GEPI S.p.a. 49% van het kapitaal van deze vennootschap. GEPI S.p.a. is een bij wet opgerichte financieringsmaatschappij, wiens kapitaal volledig in de handen is van het Ministerie van de Schatkist en die tot doel heeft bij te dragen aan de instandhouding en groei van de werkgelegenheid en de herplaatsing van werknemers.

39 Een Italiaanse ‘Srl’, of wel ‘società a responsabilità limitata’, is een met de Nederlandse BV te vergelijken rechtspersoon.

40 Deze onderneming vond verder dat ook de aandelenplaatsing zonder een openbare aanbesteding in strijd was met het Europees aanbestedingsrecht.

41 Ook in de *Teckal*-zaak (zie noot 36) is de beslissing door de vijfde kamer van het HvJEG genomen.

42 De verwijzende rechter wenste van het HvJEG te vernemen wat de relatie is tussen de uitdrukking ‘behoeften van algemeen belang’ en de uitdrukking ‘andere dan die van industriële of commerciële aard’ in sub a) van art. 1 sub b) van de Richtlijn Diensten (92/50/EEG) en in het bijzonder of deze laatste uitdrukking het begrip ‘behoeften van algemeen belang’ wil beperken tot de behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn, dan wel integendeel betekent dat ‘alle’ behoeften van algemeen belang van andere dan industriële of commerciële aard zijn. Het Arnhemse Hof vroeg voorts of het begrip ‘behoeften van algemeen belang andere dan die van

Franse regering dat hier sprake was van een concessie, zei het Hof daarover wel dat zowel uit de door de gemeenten op zijn verzoek beantwoorde vragen als uit de raamovereenkomst en de dienstverleningsovereenkomst tussen de gemeente Rheden en ARA, duidelijk was dat de aan ARA betaalde vergoeding uitsluitend bestond in een betaling en niet in het recht op exploitatie van de dienst, waardoor de opdrachtverlening niet als een concessie kon worden aangemerkt. Het Hof van Justitie van de EG kwalificeerde de opdracht van de gemeenten aan ARA dus als een overeenkomst onder bezwarende titel in de zin van de Richtlijn Diensten, in overeenstemming met de mening van de verwijzende rechter. Aangezien deze opdracht in de vorm van een op een bekendgemaakte wettelijke en bestuursrechtelijke bepaling (de Wet milieubeheer en de gemeentelijke raadsbesluiten) gebaseerd alleenrecht werd verstrekt en de NV ARA als een publiekrechtelijke instelling kon worden aangemerkt, waardoor de exceptie ex artikel 6 van de Richtlijn Diensten op deze situatie van toepassing was, kon de opdracht in kwestie rechtstreeks aan ARA worden verleend.

In de *RI.SAN. Srl*-zaak was de verwijzende rechter juist van oordeel dat de Richtlijn Diensten helemaal niet relevant was voor de beslechting van het geschil, omdat er in casu geen sprake was van een 'overheidsopdracht' in de zin van de Richtlijn Diensten maar van een 'concessie' voor een openbare dienst en deze laatste niet onder de werkingssfeer van de betreffende richtlijn valt.⁴³ Door de formulering van de prejudiciële vraag kon het HvJEG die beoordeling niet toetsen.

Vanuit het systeem van prejudiciële verwijzing ex artikel 234 EG (ex artikel 177 EG-Verdrag) bezien, heeft niet alleen de nationale rechter zijn *verwijzingstaak* niet goed uitgeoefend, maar is ook de *houding* van het Hof van Justitie ten aanzien van de prejudiciële doorverwijzing voor kritiek vatbaar.

De Italiaanse rechter had geen genoegen mogen nemen met de stelling dat de opdracht *in casu* buiten de werkingssfeer van de richtlijnen viel omdat zij als een concessie diende te worden aangemerkt. Juist met betrekking tot de vraag wanneer en op grond van welke criteria kan worden vastgesteld dat een opdracht als een 'overheidsopdracht' dan wel als een 'concessie' in de zin van de richtlijnen moet worden aangemerkt, bestond namelijk in 1997 (en eigenlijk nog steeds) onduidelijkheid. Daarom was met betrekking tot deze kwestie een prejudiciële vraag niet alleen passend, maar zelfs nodig. Immers, ook die verwijzende rechter die in de hoedanigheid van rechter in eerste instantie geen verwijzings*plicht* heeft, maar toch van zijn verwijzings*bevoegdheid* gebruik maakt, is gehouden die vragen aan het Hof van Justitie voor te leggen die voor de oplossing van het geschil

industriële of commerciële aard', behoeften uitsluit waarin ook door particuliere ondernemingen wordt (of kan worden) voorzien.

43 De prejudiciële vraag was of de plaatsing van aandelen bij een private investeerder van een geprivatiseerde entiteit zonder aanbestedingsprocedure strijd opleverde met het gemeenschapsrecht.

noodzakelijk zijn omdat zij onduidelijke communautaire voorschriften betreffen die uitleg behoeven.⁴⁴

Ook de opstelling van het Hof van Justitie van de EG levert echter een handhavingsprobleem op. Zoals hiervoor reeds opgemerkt, vormt de prejudiciële procedure een samenwerking tussen nationale rechter en Hof van Justitie van de EG. Waarom heeft het Hof zich dan met betrekking tot de kwestie van de juridische kwalificatie van de in het geding zijnde opdracht (concessie of aanbesteding) beperkt tot de in de prejudiciële vragen uitdrukkelijk genoemde verdragsbepalingen (artikel 55 EG-Verdrag)?⁴⁵ Het feit dat partijen in het hoofdgeding hiertegen geen beroep hadden aangetekend en het feit dat de verwijzende rechter het Hof hierover geen prejudiciële vragen had gesteld, hoefde geen belemmering voor het Hof te zijn om deze elementen van gemeenschapsrecht (*ex officio*) inhoudelijk te onderzoeken omdat de uitleg daarvan noodzakelijk was voor de oplossing van het geschil.⁴⁶ Het Hof had zich natuurlijk ook alsnog onbevoegd, dan wel de verwijzende rechter niet-ontvankelijk kunnen verklaren aangezien de verwijzende rechter niet de gegevens had verschaft die '(...) voor een uitspraak van het Hof over de uitlegging van deze richtlijn noodzakelijk zijn'.⁴⁷ Die twee werkwijzen vormen de gangbare benadering van het Hof.⁴⁸

44 HvJEG 6 oktober 1982, *CILFIT*, zaak 283/81, Jur EG 1982, p. 3415, ro. 9-21 en HvJEG 22 oktober 1987, *Foto-Frost*, zaak 314/85, Jur EG 1987, p. 4199, ro. 15.

45 Het Hof overwoog in ro. 17 van het in noot 36 aangehaalde *RI.SAN. Srl*-arrest: 'In die omstandigheden moet het Hof zijn antwoord beperken tot de in de prejudiciële vragen uitdrukkelijke genoemde verdragsbepalingen'. De verwijzende rechter wenste namelijk te vernemen of een gemeente een financieringsmaatschappij als partner zonder (Europese) aanbestedingsprocedure kan kiezen in een (aandelen)vennootschap (Ischia Ambiente) waarin de gemeente een meerderheidsparticipatie heeft. Deze nationale rechter wenste verder te vernemen of deze 'directe' keuze van de aan de aandelenvennootschap deelnemende partij GEPI in strijd kan zijn met art. 90 lid 2 EG-Verdrag (thans art. 86 lid 2 EG).

46 HvJEG 13 december 1984, *Haug/Adrion*, zaak 251/83, Jur EG 1983, p. 4277, ro. 9 en 26 september 1996, *Arcaro*, zaak C-168/95, Jur EG 1995, p. I-4705, ro. 21.

47 Zie ro. 16 van het in noot 36 aangehaalde *RI.SAN. Srl*-arrest. Het Hof overwoog in ro. 16: 'Gesteld al dat richtlijn 92/50/EEG, in tegenstelling tot hetgeen de verwijzende rechter heeft geoordeeld, relevant is voor de beslechting van het hoofdgeding, de beschikking van laatstgenoemde en de gestelde vragen hebben enkel betrekking op verdragsbepalingen en de verwijzende rechter heeft niet de gegevens verschaft die voor een uitspraak van het Hof over de uitlegging van deze richtlijn noodzakelijk zijn'.

48 Mededeling van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen inzake indiening prejudiciële verzoeken door de nationale rechter, weekoverzichten nrs. 31/96 en 34/96. Tevens gepubliceerd in NJB 2, 1997, p. 91-92. Het Hof heeft in de laatste jaren diverse art. 234 EG-verwijzingen (ex art. 177 EG-Verdrag) niet-ontvankelijk verklaard, omdat de verwijzingsbeschikking van de nationale rechter onvoldoende aanknopingspunten en informatie bevatte om tot een zinvolle prejudiciële uitspraak te komen. Het Hof voelde zich hiertoe genoodzaakt door het feit dat in de laatste jaren prejudiciële verwijzingen in toenemende mate onvolledig, onduidelijk en/of onvoldoende gemotiveerd waren en/of het Hof niet genoeg informatie gaven over de als onbetwist vaststaande feiten in het nationale bodemgeschil en het relevante nationaalrechtelijke respectievelijk communautairrechtelijke rechtskader. Cfr. HvJEG 26 januari 1993, *Telemarsicabruzzo*, gevoegde zaken C-320-322/90, Jur EG 1993, p. I-393, bevestigd in HvJEG 9 augustus 1994, *La Pyramide*, zaak C-378/93, Jur EG 1994, p. I-3999, HvJEG 23 maart 1995, *Mostafa Saddik*, zaak C-458/93, Jur EG 1995, p. I-513. Zie met name HvJEG 7 april 1995, *Grau Gomis*, zaak C-167/94, Jur EG 1995, p. I-1025, p. I-1028,

Bovendien leidt de houding van het Hof in de zaak *RI.SAN. Srl* tot een opmerkelijk resultaat, omdat het Hof zich niet *expliciet* over de kwestie ‘concessie dan wel overheidsopdracht’ wilde uitspreken, maar dat toch *impliciet* heeft gedaan door voor waar aan te nemen dat het secundair gemeenschapsrecht – de Richtlijn Diensten – niet van toepassing was op het concrete geval, in plaats van zijn interpretatiecriteria voor de correcte beoordeling van die begrippen te formuleren.⁴⁹ Dat is te meer spijtig omdat de feiten in deze zaak een uitstekende gelegenheid vormden om bijvoorbeeld de opvatting van het HvJEG over het begrip concessie nader uit te werken, maar ook over de vraag of de opdrachtverlening in kwestie een contractuele grondslag had dan wel of deze op een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling was gebaseerd. Er waren voldoende aanwijzingen om te betwijfelen of de juridische kwalificatie van de opdracht in kwestie als een concessie correct was. Een van deze aanwijzingen was bijvoorbeeld het feit dat de aandelenvennootschap Ischia Ambiente op grond van artikel 22 (lid 3, sub e) van de Italiaanse Wet nr. 142/1990⁵⁰ inzake de plaatselijke overheden was opgericht. Deze wet geeft zes (limitatief opgesomde) mogelijkheden aan gemeenten, provincies, stedelijke agglomeraties en berggemeenschappen om (plaatselijke) diensten van algemeen belang te beheren. Een van deze mogelijkheden is de exploitatie van de dienst in concessie aan derden te verlenen, wanneer daarvoor technische en economische redenen bestaan of dit maatschappelijke wenselijk is (artikel 22 lid 3, sub c). Een

ro. 10 waarin het Hof de prejudiciële verwijzing niet-ontvankelijk heeft verklaard wegens onvoldoende motivering, precisering en gebrek aan duidelijke afbakening van de feitelijke en juridische context. Zie ten slotte de beschikkingen in de zaken C-157/92 (Banchero), Jur EG 1993, p. I-1085 en C-386/92 (Monin), Jur EG 1993, p. I-2049. Zie ten slotte hierover T. Heukels en M. Maas, *Mededeling EG-Hof inzake indiening prejudiciële verzoeken door de nationale rechter*, NTER 1997, nr. 3, p. 62-65.

49 Overeenkomstig het *formele* doel van de prejudiciële procedure, namelijk de interpretatie van het Gemeenschapsrecht en niet van het nationaal recht: het Hof kan zich in het kader van artikel 234 EG (ex art. 177 EG-Verdrag) niet uitspreken over de uitleg van nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen of over de verenigbaarheid daarvan met het gemeenschapsrecht. Wel kan het Hof de nationale rechter alle gegevens betreffende de uitleg van het gemeenschapsrecht verschaffen, welke hem in staat kunnen stellen de voor hem gerezen rechtsvraag op te lossen (HvJEG 4 mei 1993, *Distribuidores Cinematográficos*, zaak C-17/92, Jur EG 1992, p. I-2239, ro. 8). Dit is formeel juist en in overeenstemming met de intentie en de tekst van de oprichtingsverdragen op dit punt. *De facto* ligt de situatie anders. Tegenwoordig zijn de arresten waarin het Hof in het kader van een art. 234 EG-verwijzing (ex art. 177 EG-Verdrag) een bepaling van nationaal recht onverenigbaar met een direct werkende bepaling van gemeenschapsrecht heeft verklaard, talrijk. Zie bijvoorbeeld HvJEG 11 juli 1991, *Verholen/SVB*, gevoegde zaken C-87/90, C-88/90 en C-89/90, Jur EG 1991, p. I-3757, dictum 4, SEW 1993, p. 163, nt S. Prechal; zie ook de reeks jurisprudentie van de laatste jaren over staatsaansprakelijkheid.

50 Overeenkomstig art. 22 lid 3 sub e van de Wet van 8 juni 1990, nr. 142, houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden, zoals gewijzigd met de Wet van 25 maart 1993, nr. 81 en met de Wet van 15 mei 1997, nr. 127 (*ordinamento delle autonomie locali*). Gepubliceerd in G.U.R.I. van 12 juni 1990. De gemeente bezat 51% en GEPI S.p.a. 49% van het kapitaal van deze vennootschap. GEPI S.p.a. is een bij wet opgerichte financieringsmaatschappij, wiens kapitaal volledig in de handen is van het Ministerie van de Schatkist en die tot doel heeft bij te dragen aan de instandhouding en groei van de werkgelegenheid en de herplaatsing van werknemers.

andere van deze zes mogelijkheden is deze openbare dienst te laten beheeren door een aandelenvennootschap, die zichzelf oprichten en waarin zij een meerderheidsparticipatie behouden, wanneer deelneming door andere openbare of particuliere personen wenselijk lijkt wegens de aard van de dienst, zoals *in casu* (artikel 22 lid 3, sub e).⁵¹ Uit de tekst van de wet blijkt niet dat een plaatselijke overheid voor een 'gemengde' vorm van de daarin limitatief opgesomde mogelijkheden kan kiezen. Dat is een reden om te betwijfelen dat de opdracht aan Ischia Ambiente daadwerkelijk in de vorm van een concessie werd verleend.

De nationale rechter had natuurlijk ook aan het HvJEG de voor een goede toepassing van het Europees aanbestedingsrecht noodzakelijke vraag kunnen stellen of een bepaling als artikel 22 Wet nr. 142/1990, dat bepaalt dat lagere overheden kunnen beslissen dat de uitoefening van een taak van algemeen belang rechtstreeks aan een door hen op grond van dezelfde wet opgerichte vennootschap wordt toevertrouwd (vorm van verzelfstandiging geregeld door de wet in formele zin), als een verstrekking van de opdracht(/ takenpakket/ bruidsschat) op *wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag* dient te worden aangemerkt.⁵²

3.3 *Teckal*

Extra verwarrend met betrekking tot laatstgenoemde kwestie is de uitspraak van het HvJEG in het *Teckal*-arrest.⁵³ Ook in Italië kunnen, net zoals in Nederland, twee of meer lagere overheden (gemeenten en provincies)⁵⁴ beslissen om een gemeenschappelijke regeling aan te gaan voor de uitoefening van een taak van algemeen belang. In de *Teckal*-zaak hadden verschillende Italiaanse gemeenten uit de provincie Reggio Emilia, een speciale onderneming opgericht, AGAC (Azienda Gas-Acqua Consorziale) die belast was met het gezamenlijk beheer van meerdere diensten van algemeen belang, waaronder de levering van water en gas. AGAC was een samenwerkingsverband voor energie- en milieubeheer gevormd

51 Naast deze twee genoemde vormen van beheer van de plaatselijke openbare diensten (diensten van algemeen belang), worden er in art. 22 Wet nr. 142/1990 drie andere vormen geregeld: a) eigen beheer, wanneer wegens de geringe omvang of de kenmerken van de dienst de oprichting van een instelling of een onderneming niet wenselijk is; c) beheer door speciale ondernemingen, ook voor andere diensten van economisch en commercieel belang; d) beheer door instellingen, voor sociale diensten zonder commercieel belang. Verder kunnen gemeenten en provincies op grond van art. 25 van dezelfde wet, ook kiezen om de plaatselijke diensten van openbaar belang te laten beheeren via een consortium.

52 Dit arrest is ons inziens in diverse opzichten geen gelukkige beslissing geweest. Zie bijvoorbeeld Elisabetta Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit*, diss. VU, serie Europese Monografieën, nr. 68, Deventer 2001, p. 217 e.v.

53 Zie noot 36.

54 Een provincie in Italië heeft een andere bestuursrechtelijke status dan een provincie in Nederland. Deze laatste kan eerder met de Italiaanse 'gewesten' op een lijn worden gebracht. Zie hierover E.M.H. Hisch Ballin en E.R. Manunza, t.a.p. (noot 17), p. 416-426.

door verschillende gemeenten (een 'consorzio'), waaronder Viano, in de zin van artikel 25 van eerder genoemde Wet nr. 142/1990 inzake de plaatselijke overheden.⁵⁵ Volgens dit artikel kunnen gemeenten en provincies met het oog op het gezamenlijk beheer van een of meer diensten, en voor de uitoefening van bevoegdheden, een samenwerkingsverband vormen in de vorm van een *speciale onderneming* ('ente strumentale'). Deze *speciale onderneming* is een door het plaatselijke lichaam opgericht bedrijf, dat rechtspersoonlijkheid heeft, zelfstandig kan ondernemen en eigen statuten heeft, die door de gemeente - of provincieraad zijn goedgekeurd.⁵⁶ De particuliere onderneming Teckal Srl was van mening dat deze opdracht overeenkomstig de EG-richtlijnen overheidsopdrachten in het openbaar diende te worden aanbesteed en ging tegen het besluit van de gemeenten in beroep. De verwijzende rechter legde het Hof de vraag voor of de EG-richtlijnen inzake overheidsopdrachten van toepassing zijn wanneer een territoriaal lichaam aan een samenwerkingsverband waarvan het deel uitmaakt, opdraagt goederen te leveren en diensten te verlenen.⁵⁷

Ook in deze zaak – evenals in de *RI.SAN. Srl*-zaak – zijn de feiten door de verwijzende rechter juridisch apert onjuist gekwalificeerd, hetgeen geresulteerd heeft in een verkeerde formulering van de prejudiciële vraag. De Oostenrijkse regering had daarop ook kritiek: de verzoeker moest niet-ontvankelijk worden verklaard omdat het verzoek geen prejudiciële vraag bevatte, terwijl '(...) het zeer belangrijk is dat vragen over het recht betreffende overheidsopdrachten nauwkeurig worden geformuleerd'.⁵⁸ Het Hof merkte hier juist op dat het volgens vaste rechtspraak aan het Hof staat om, wanneer vragen onnauwkeurig zijn geformuleerd, uit alle door de nationale rechter verstrekte gegevens en uit het dossier van het hoofdgeding die *elementen van gemeenschapsrecht* te putten die, gelet op het onderwerp van het geschil, uitleg behoeven.⁵⁹

Helaas waren naar de mening van het Hof deze 'elementen van gemeenschapsrecht' niet de begrippen 'opdrachtverlening op wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag' maar de criteria om te kunnen vaststellen wanneer er sprake is van een 'in-' dan wel van een 'aanbesteding'. Daardoor lijkt het dat het Hof de mogelijkheid om opdrachtverlening op wettelijke of bestuursrechtelijke grondslag buiten de werkingssfeer van de EG-richtlijnen overheidsopdrachten te laten vallen, niet heeft willen erkennen. In Nederland heerst juist een *communis opinio doctorum et iudicium* dat een gemeenschappelijke regeling buiten de werkingssfeer van de EG-

55 Wet van 8 juni 1990, nr. 142, houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden (zie noot 50 hierboven).

56 Art. 23, lid 1 van de Wet van 8 juni 1990, nr. 142, houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden (zie noot 50 hierboven).

57 Zie de in noot 36 geciteerde *Teckal*-zaak, ro. 35.

58 *Idem*, ro. 28.

59 *Idem*, ro. 34.

richtlijnen overheidsopdrachten valt omdat deze een vorm van opdrachtverlening op wettelijke en bestuursrechtelijke grondslag is.⁶⁰

3.4 *Gevolgen onjuiste kwalificatie*

Een juridisch correcte kwalificatie van praktijkgevallen is kortom noodzakelijk teneinde een goede handhaving van het Europees aanbestedingsrecht te kunnen waarborgen. Een onjuiste kwalificatie kan – minstens – een drietal met elkaar verbonden nadelige rechtsgevolgen met zich meebrengen.

Ten eerste kan een foutieve kwalificatie van de feiten leiden tot een schending van het stelsel van prejudiciële verwijzing. De verkeerde kwalificatie vergroot namelijk de kans dat de nationale rechter niet zal inzien dat er een vraag van Europees (aanbestedings)recht ‘is opgeworpen’ zoals artikel 234 EG vraagt. Een relevante vraag over de uitlegging van het Europees aanbestedingsrecht zal dan – mogelijk – niet aan het HvJEG worden voorgelegd. Dat dit een goede handhaving van dit recht in de weg staat, spreekt voor zich.

Een tweede nadelig gevolg van een onjuiste kwalificatie is de pluriforme toepassing (en handhaving) van het Europees aanbestedingsrecht, waardoor gelijke gevallen binnen en tussen verschillende Lid-Staten op een verschillende wijze en ongelijke gevallen juist op een gelijke wijze worden beoordeeld.

Ten slotte kan dit verschijnsel (binnen bepaalde grenzen) zorgen voor ‘misleidende’ beslissingen van het HvJEG in die zin dat het goed mogelijk is dat het antwoord van het HvJEG op een bepaalde prejudiciële vraag anders zou hebben geluid indien de feiten correct zouden zijn geïnterpreteerd waardoor de aan het Hof voorgelegde vraag anders zou zijn geformuleerd.⁶¹

4 **Aantasting van onjuiste gunningsbeslissingen**

Ter waarborging van de juiste nakoming van verplichtingen ingevolge het toepasselijke aanbestedingsrecht dient de bevoegde rechter te kunnen bewerkstelligen dat een overheidsopdracht ten slotte wordt uitgevoerd door de inschrijver die daar recht op heeft. Daartoe dient die rechter over de mogelijkheid te beschikken

60 Zie voor de *opinio iudicium* ABRvS 28 oktober 1996, AB 1997/17, nt. F.C.M.A. Michiels (Van Gansewinkel BV/Gemeente Voerendaal); Pres. Rb. Groningen 22 juli 1999 (nog niet gepubliceerd). Zie voor de *opinio doctorum* W.G.Ph.E. Wedekind, *De onrechtmatige opdrachtverlening aan een WSW-instelling in het kader van de Wet gemeenschappelijke regelingen*, Tender Nieuwsbrief, actuele feiten en achtergronden over Europese aanbestedingen, nr. 6, september 1999, p. 2. Anders: Manunza, a.w. (noot 52), p. 189 e.v.

61 Voor een toetsingkader voor de juridische kwalificatie van praktijkgevallen zie Manunza, a.w. (noot 52), paragraaf 5.2.7, p. 206 e.v.

het gunningsvoornemen van de aanbesteder te beoordelen voordat de gunning (in de zin van de overeenkomst) tot stand komt, en dat gunningsvoornemen vervolgens te kunnen aantasten.

Het is steeds de vraag geweest of de Rechtsbeschermingsrichtlijnen een dergelijk afdoend stelsel van rechtsbescherming eisten, of dat de Lid-Staten ook mochten volstaan met het openstellen van schadevergoedingsacties, wanneer een onrechtmatige gunningsbeslissing al had geleid tot een opdracht.

Artikel 2 lid 1 van de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn doet het eerste vermoeden, artikel 2 lid 6 evenwel het tweede. Lid 1 bepaalt namelijk dat de bevoegde instantie niet alleen de bevoegdheid moet hebben om besluiten op te schorten (sub a), maar ook om die besluiten nietig te verklaren (sub b). Lid 6 geeft een Lid-Staat echter de mogelijkheid te bepalen

dat na de sluiting van een overeenkomst ingevolge de gunning van een opdracht, de bevoegdheden van de voor beroepsprocedures verantwoordelijke instantie beperkt blijven tot het toekennen van schadevergoeding aan een ieder die door een schending werd gelaedeerd.

Het HvJEG heeft in zijn *Alcatel*-arrest die bepalingen aldus uitgelegd dat lid 1 de situatie betreft vóór de totstandkoming van een overeenkomst, en lid 6 uitsluitend de situatie daarna.⁶² Die uitleg brengt mee dat een belanghebbende vóór het sluiten van de overeenkomst altijd de mogelijkheid moet hebben een onrechtmatig gunningsbesluit te doen vernietigen. Een andere uitleg, zegt het Hof, zou tot gevolg hebben

‘dat het belangrijkste besluit van de aanbestedende dienst, namelijk het besluit tot gunning van de opdracht, systematisch ontsnapt aan de maatregelen die volgens art. 2, lid 1, van richtlijn 89/665 in het kader van de in art. 1 bedoelde beroepsprocedures moeten worden genomen. Aldus wordt afbreuk gedaan aan het in punt 34 van dit arrest in herinnering gebrachte doel van richtlijn 89/665, namelijk voorzien in doeltreffende en snelle procedures van beroep tegen onwettige besluiten van de aanbestedende dienst in een fase waarin de schendingen nog kunnen worden gecorrigeerd.’

In landen waarin het gunningsbesluit en de totstandkoming van de overeenkomst niet altijd duidelijk kunnen worden onderscheiden (zowel in Oostenrijk als in Nederland kan de verklaring van de gunning van de opdracht en de totstandkoming

62 Zie het in noot 2 geciteerde arrest.

van de overeenkomst samenvallen), ontbreekt niet alleen een dergelijke procedure, maar kan de civiele rechter ook niet zelf een onderscheid tussen het bestuursrechtelijke besluit en de totstandkoming van de overeenkomst aanbrengen, zodat justitiabelen volgens het Hof uitsluitend het aanspreken van de Staat vanwege onjuiste implementatie rest.⁶³

Het arrest maakt dus in ieder geval duidelijk dat de Nederlandse wetgever alsnog moet zorgdragen voor een afdoende beroepsprocedure, waarin het gunningsvoornemen van de aanbesteder onderwerp van beoordeling door de bevoegde instantie kan zijn.⁶⁴ Die procedure hoeft niet per se bestuursrechtelijk van aard te zijn: ook kan (bijvoorbeeld in het UAR-EG) de verplichting worden opgenomen het gunningsvoornemen aan alle inschrijvers schriftelijk bekend te maken, waarna die inschrijvers gedurende een bepaalde termijn een rechtsvordering aanhangig kunnen maken.⁶⁵ In gevallen waarin het UAR-EG niet (verplicht) van toepassing is (onder meer bij aanbesteding van diensten en leveringen), dient de wetgever echter op andere wijze in een beroepsprocedure te voorzien.

De beperking van de acties van belanghebbenden tot schadevergoeding ingevolge artikel 2 lid 6 van de Algemene Rechtsbeschermingsrichtlijn is dan uitsluitend nog relevant voor zover die belanghebbenden verzuimd hebben beroep in te stellen tegen het bekend gemaakte gunningsvoornemen. In zoverre blijft dan ook het arrest van de Hoge Raad in de zaak *Uneto/De Vliert* relevant, waarin hij tot de conclusie kwam dat een overeenkomst, die is totstandgekomen in strijd met Europees aanbestedingsrecht, naar Nederlands recht niet nietig is, zodat alleen nog een aanspraak op schadevergoeding resteert.⁶⁶

Zolang in Nederland nog geen afdoende beroepsprocedures bestaan, zijn inschrijvers in de eerste plaats aangewezen op de bereidwilligheid van de aanbesteder om zijn gunningsvoornemen tijdig kenbaar te maken. Wanneer die bereidwilligheid ontbreekt en de aanbesteder zonder voorafgaande mededeling overgaat tot (onrechtmatige) gunning, resteert de belanghebbende inschrijver (behalve een aanspraak op schadevergoeding) de vordering tot het gebied door

63 Zie ro. 49 van het *Alcatel*-arrest. In aanvulling op datgene wat reeds in noot 27 is vermeld, dient te worden gezegd dat hier de kans voor het verkrijgen van schadevergoeding iets groter is dan in de in die noot behandelde situatie, omdat niet-implementatie van gemeenschapsrecht altijd een *voldoende gekwalificeerde schending* van gemeenschapsrecht vormt zoals door het HvJEG in het in noot 27 genoemde *Brasserie*-arrest geformuleerd.

64 Zo ook E.H. Pijnacker Hordijk, *Arrest Alcatel Austria: Hof van Justitie EG velт impliciet vernietigend oordeel over het Nederlandse stelsel van rechtsbescherming in aanbestedingszaken*, BR 1999, p. 1024 e.v.

65 Een oplossing met die strekking is gekozen door (NS) RIB in haar nieuwe aanbestedingsreglement (AR2k). Artikel 15.9 voorziet in een bericht van gunning aan alle inschrijvers. Die gunning geschiedt onder opschortende voorwaarde dat binnen vijf dagen door een van de inschrijvers schriftelijk een procedure wordt aangekondigd, na welke schriftelijke aankondiging de procedure ook binnen veertien dagen aanhangig gemaakt dient te worden.

66 HR 22 januari 1999, NJ 2000, 305.

de rechter aan de aanbesteder de gesloten overeenkomst te beëindigen.⁶⁷ Wanneer de opdracht de uitvoering van werken betreft, zal een dergelijke beëindiging mogelijk zijn op de voet van artikel 7A: 1647 BW of paragraaf 14 lid 7 UAV 1989⁶⁸. De Raad van Arbitrage heeft inmiddels al diverse malen een dergelijk gebod uitgesproken.⁶⁹ Dat wapen blijft echter inferieur aan beoordeling vóór de gunning, bijvoorbeeld omdat bij een belangenafweging ingeval van een vordering tot beëindiging ook de belangen van de gelukkige inschrijver kunnen worden meegewogen, die met de uitvoering van het werk reeds is aangevangen. Bovendien is het de vraag of bij leveringsopdrachten een vergelijkbare contractuele voorziening bestaat, gericht op beëindiging van de overeenkomst zonder tekortkoming van de wederpartij.⁷⁰

5 De rol van de nationale rechter bij de handhaving van derde pijler-besluiten

Ten slotte behandelen we nog een toekomstig probleem bij de handhaving van het Europees aanbestedingsrecht door de nationale rechter, namelijk het probleem dat zal ontstaan op het moment dat de door Europese Raad aan de Lid-Staten, de Raad van de Europese Unie en de Europese Commissie gedane aanbeveling een preventief systeem van selectie van de inschrijvers op een aanbestedingsprocedure in het nationale rechtsstelsel in te voeren met het doel corruptie en/of infiltratie van criminele organisatie in het kader van aanbestedingsprocedures te bestrijden, zal zijn uitgevoerd.

Terwijl op EG-niveau de regeling van de aanbesteding namelijk gedurende meer dan drie decennia beschouwd is als instrument om de interne markt te voltooien, is pas in 1997 op het niveau van de Europese Unie een verband gelegd tussen overheidsopdrachten en bestrijding van de georganiseerde criminaliteit met het door de Europese Raad krachtens Titel VI van het Verdrag betreffende de Europese Unie aangenomen Actieplan ter bestrijding van de georganiseerde criminaliteit.

Het actieplan bevat een aantal fundamentele aanbevelingen om de infiltratie van de georganiseerde misdaad bij aanbestedingsprocedures te voorkomen. Uitsluiting zou mogelijk moeten zijn niet alleen ingeval die inschrijver (reeds) delicten in verband met de georganiseerde criminaliteit heeft begaan, maar ook

67 Zie daarover ook de bijdrage van Makkinga en Weijnen aan dit boek.

68 Verondersteld dat de UAV 1989 op de reeds gesloten overeenkomst van toepassing zijn verklaard.

69 Zie RvA 20 april 2000, No. 22.118 en daarop aansluitend RvA 11 mei 2000, No. 22.203, RvA 18 september 2000, No. 22.514 en RvA 18 oktober 2000, No. 22.675, alle nog niet gepubliceerd.

70 Voor wat betreft opdrachten tot het verrichten van diensten zal de beëindiging mogelijk zijn op grond van art. 7:408 lid 1 BW.

indien tegen die inschrijver nog een onderzoek loopt of reeds vervolging gaande is wegens betrokkenheid bij georganiseerde misdaad.

De inhoud van de aanbevelingen van de Europese Raad aan Lid-Staten en gemeenschapsinstellingen gaat dus heel ver. Het probleem is nu dat de in het actieplan vervatte aanbevelingen voor de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit bij aanbestedingsprocedures veel verder gaan dan de (limitatief opgesomde) mogelijkheden die de EG-richtlijnen overheidsopdrachten bevatten om inschrijvers te selecteren, fundamentele problemen kan veroorzaken.

Wat staat namelijk de nationale rechter te doen indien hij door een krachtens een derde pijler-besluit op preventieve gronden uitgesloten inschrijver wordt geadieerd met het verzoek een dergelijke uitsluitingsgrond in strijd te verklaren met de beperktere uitsluitingsgronden uit de EG-richtlijnen overheidsopdrachten? Is het nu duidelijk welke bepaling voorrang boven de andere heeft en of de nationale rechter überhaupt bevoegd is tot de beslechting van dit geschil?

Immers, zowel een actieplan en de naar aanleiding daarvan op grond van Titel VI van het Unieverdrag aan te nemen besluiten behoren tot die besluiten van de Unie die niet juridisch bindend in *stricto sensu* en *erga omnes* zijn omdat deze in het kader van de derde pijler worden aangenomen. Dit in tegenstelling tot een krachtens artikel 249 EG vastgestelde richtlijn (eerste pijler-besluit) die wel juridisch bindend in *stricto sensu* is en rechtstreeks werkende bepalingen kan bevatten. De juridische status van de EG-richtlijnen overheidsopdrachten is kortom van hogere orde dan die van een actieplan omdat zij uit zichzelf rechten kan creëren, verplichtingen kan opleggen en voorrang heeft boven een daarmee strijdig derde pijler-besluit.

Ten tijde van de vaststelling van bovengenoemd actieplan werden de rechtsinstrumenten voor besluitvorming in het kader van Titel VI van het Unieverdrag in artikel K.3 genoemd. Deze waren het gemeenschappelijk standpunt (ex sub a), het besluit tot gemeenschappelijk optreden (ex sub b) en de overeenkomsten (ex sub c).⁷¹ Het ligt dus voor de hand dat het de bedoeling is geweest om de naar aanleiding van het actieplan te nemen besluiten op het oude artikel K.3, sub b Unieverdrag te baseren. Dit artikel is later door het Verdrag van Amsterdam⁷² in het huidige artikel 34 lid 2, sub c EU (Titel VI) gewijzigd. In sub c van dit artikel is geregeld dat de Raad met eenparigheid van stemmen op initiatief van elke Lid-Staat of van de Commissie besluiten kan aannemen voor elk ander doel dat met

71 De kaderbesluiten (art. 34 lid 2 sub b EU) die deels met het rechtsinstrument van de richtlijn ex art. 249 EG (oud art. 189 EG-Verdrag) kunnen worden vergeleken, zijn later met het op 2 oktober 1997 en op 1 mei 1999 in werking getreden Verdrag van Amsterdam ingevoerd.

72 Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het verdrag betreffende de Europese Unie, de verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten, Amsterdam, 2 oktober 1997, PbEG 10 november 1997 C 340, p. 1.

de doelstellingen van Titel VI verenigbaar is, met uitsluiting van elke onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de Lid-Staten.

Het handhavingsprobleem voor de nationale rechter wordt veroorzaakt door de keuze van de wetgever voor besluitvorming op grond van deze bepaling. Daarin wordt melding gemaakt van het feit dat hoewel deze besluiten verbindend zijn voor de Lid-Staten (krachtens het volkenrecht)⁷³, daaraan *geen rechtstreekse werking* toekomt.⁷⁴ Ofschoon het Hof van Justitie van de EG bevoegd is om krachtens artikel 35 EU (ex artikel K.7 Unieverdrag) bij wijze van prejudiciële beslissing een uitspraak te doen (onder andere) over de geldigheid en de uitleg van de besluiten die op grond van artikel 34 lid 2, sub c EU zijn aangenomen, kunnen particulieren zich niet (rechtstreeks) op bepalingen uit deze besluiten bij de nationale rechter beroepen.

Grote problemen zullen met name ontstaan wanneer op een praktijkgeval zowel een bepaling uit de EG-richtlijnen overheidsopdrachten van toepassing zal zijn (de limitatief opgestelde lijst van uitsluitingsgronden voor de selectie van inschrijvers) als een bepaling uit de naar aanleiding van het actieplan krachtens artikel 34 lid 2, sub c EU genomen besluiten die daarmee op gespannen voet staan (bijvoorbeeld de mogelijkheid om een inschrijver in een openbare aanbestedingsprocedure van de (verdere) deelneming daaraan uit te sluiten, ingeval tegen deze persoon *nog een onderzoek loopt* voor een delict dat verband houdt met de georganiseerde criminaliteit). Stel dan dat een inschrijver op grond van een nieuw door het besluit ex artikel 34 lid 2, sub c EU ingevoerde selectiegrond (vermoeden van betrokkenheid bij een criminele organisatie) van het verdere verloop van de procedure wordt uitgesloten. Bij de nationale rechter beroept hij zich vervolgens op een rechtstreeks werkend voorschrift uit de EG-richtlijnen, met name op het feit dat het door de aanbestedende dienst gehanteerde selectiecriterium niet op de limitatieve lijst van selectiecriteria uit de EG-richtlijnen overheidsopdrachten voorkomt. Hiertegen voert de aanbestedende dienst als verweer aan dat het op grond van artikel 34 lid 2, sub c EU aangenomen besluit een besluit *sui generis* is. Wat staat de nationale rechter nu te doen? Is het duidelijk welke bepaling voorrang boven de andere heeft en of de nationale rechter überhaupt bevoegd is tot beslechting van dit geschil?

Afwezigheid van rechtstreekse werking brengt hoe dan ook met zich mee dat aan particulieren geen verplichtingen kunnen worden opgelegd of rechten tegenover hen geldend gemaakt kunnen worden.

Dit neemt echter niet weg dat de nationale rechter op grond van het nationaal recht wellicht nog bevoegd kan zijn om het geschil te beslechten en rechtstreekse

⁷³ Toevoeging tussen haakjes van auteurs.

⁷⁴ De Raad neemt met gekwalificeerde meerderheid van stemmen de maatregelen die nodig zijn om deze besluiten op het niveau van de Unie uit te voeren.

werking aan de in het geding zijnde bepaling te verlenen of – indien daarvoor de ruimte bestaat – de leer van de zogenoemde ‘conforme uitleg’ toe te passen.

Ten slotte dient niet te worden vergeten dat met betrekking tot de interpretatie van deze besluiten het Hof van Justitie beperkte rechtsmacht heeft omdat dit afhankelijk is gesteld van de vrije wil van de Lid-Staten (artikel 35 lid 2 EU).⁷⁵

Het feit dat de Europese (maar ook de nationale) regelgever de economische en strafrechtelijke doelstelling los van elkaar ziet, en tot nu gekozen heeft om besluitvorming met betrekking tot deze terreinen op twee verschillende rechtsgrondslagen te baseren (de eerste dan wel de derde pijler), leidt tot een te beperkte benadering die een effectieve aanpak van het probleem verhindert en waardoor essentiële handhavingsproblemen door de nationale rechter zullen ontstaan.

Er is maar een weg om dit handhavingsprobleem effectief op te lossen en dat is de materie *uitsluitend* via de eerste pijler te regelen met een wijziging/aanvulling van de bestaande EG-richtlijnen overheidsopdrachten. Vragen over de (objectieve) vaststelling van de correcte rechtsgrondslag hoeven zich in dit verband niet voor te doen. Bij de analyse van het doel en de inhoud van het tot stand te brengen besluit houdende de bestrijding van corruptie en/of infiltratie van criminele organisaties bij aanbestedingsprocedures, teneinde het zogenoemde besluit-zwaartepunt vast te stellen,⁷⁶ komt duidelijk naar voren dat dit soort problemen een belemmering vormt voor de voltooiing van de markt voor overheidsopdrachten. In deze hoedanigheid zijn ze als één van de vele oorzaken te beschouwen die in de weg staan aan het bereiken van de economische doelstellingen van de EG. Zij dienen daarom als interne markt-aangelegenheden te worden beschouwd.

6 Slot

In het vorenstaande zijn enkele aspecten van handhaving van Europees aanbestedingsrecht belicht. In het algemeen blijken rechters weinig vertrouwd met het stelsel van de prejudiciële procedure als middel om te komen tot een juiste en uniforme toepassing van het Europees recht: in deze bijdrage ging het om de toepassing van het begrip publiekrechtelijke instelling en artikel 6 van de Richtlijn Diensten

75 Art. 35 lid 2 EU luidt: ‘Door middel van een verklaring afgelegd op het tijdstip van ondertekening van het Verdrag van Amsterdam of op enig later tijdstip kan een Lid-Staat de bevoegdheid van het Hof aanvaarden om, bij wijze van prejudiciële beslissing, een uitspraak te doen als bedoeld in lid 1’. Bij besluitvorming in het kader van de derde pijler komt het *acquis communautaire* in gevaar omdat het ten eerste onduidelijk blijft welke de rol van de Commissie is bij de totstandkoming en de handhaving daarvan en ten tweede het Europees Parlement minder invloed op deze besluitvorming heeft.

76 R.H. van Ooik, *De keuze der rechtsgrondslag voor besluiten van de Europese Unie*, diss. Utrecht, Deventer 1999, Europese Monografieën, deel 63, p. 375-417.

in (met name) Italië en Nederland, maar wij mogen gerust aannemen dat de situatie in andere Lid-Statens niet (veel) beter is. Prejudiciële vragen worden niet gesteld waar dat nodig of zelfs verplicht is, de feiten worden vanuit Europeesrechtelijk perspectief onjuist gekwalificeerd, en ook het Hof van Justitie treedt niet altijd op wanneer de mogelijkheid daartoe (en de behoefte daaraan) aanwezig is. In Nederland komt daarbij dat de belangrijkste rechter op dit terrein, de Raad van Arbitrage, een onduidelijke positie heeft als prejudiciële vragensteller, hetgeen zal hebben bijgedragen aan de volledige terughoudendheid van deze Raad ten aanzien van dit middel. De twijfel of de Raad van Arbitrage überhaupt gerechtigd is tot beslechting van Europese aanbestedingsgeschillen is evenwel met het *Benetton*-arrest van het Hof grotendeels weggenomen.

Een belangrijke verbetering van de mogelijkheid naleving van het Europees aanbestedingsrecht af te dwingen, is voorts gebracht door het *Alcatel*-arrest van het Hof. Voordat een overeenkomst tot stand komt, dient tegen het gunningsvoornemen van een aanbestedende dienst beroep mogelijk te zijn. Onder meer in Nederland dient de regelgeving daarvoor te worden aangepast.

Ten slotte dienen zich natuurlijk weer nieuwe handhavingsproblemen aan. Wanneer de Europese regelgever het verband tussen de besluiten uit hoofde van nieuwe bevoegdheden niet uiterst zorgvuldig bewaakt, zullen de nationale rechters straks bijvoorbeeld geconfronteerd worden met conflicterende eerste en derde pijler-besluiten, ook op het terrein van het aanbestedingsrecht.

Uitgaven van het Schoordijk Instituut in de reeks Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

Berekening van schadevergoeding

J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.)

Regresrechten

Afschaffen, handhaven of uitbreiden?

W.H. van Boom, T. Hartlief en J. Spier (red.)

De ontwerpende bouwer

Over turnkey- en design & build-contracten

M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.)

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing
van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid

A.J. Akkermans

Tussen 'Alles' en 'Niets'

Van toedeling naar verdeling van nadeel

W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.G.A. Linssen (red.)

Towards a European building contract law

Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch
and Belgian law

C.E.C. Jansen

Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid

I. Giesen

Vergoeding van letselschade en transactiekosten

W.C.T. Weterings

Hoofdelijke verbintenissen

W.H. van Boom

Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht?

J. Spier

Informatieplichten van dienstverleners

Van dwaling tot zelfstandig leerstuk: informatieplichten van artsen, advocaten,
notarissen, banken, aannemers, verzekeraars en anderen

J.M. Barendrecht en E.J.A.M. van den Akker

Beginselen van contractenrecht

Opstellen aangeboden aan mr. B.W.M. Nieskens- Isphording

J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.)

Recht rond onderhandeling

Naar verbintenissenrecht, procesrecht en rechtspraktijk die sporen met moderne geschiloplossingsmethoden

J.M. Barendrecht en E.J.M. van Beukering-Rosmuller

Bewijs en aansprakelijkheid

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht

I. Giesen

Beroepsaansprakelijkheid ten opzichte van derden

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de zorgplichten van accountants, advocaten en notarissen ten opzichte van anderen dan hun opdrachtgever

E.J.A.M. van den Akker

Aanbesteding en aansprakelijkheid

Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen

W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.V. Weijnen (red.)

Schoordijk Instituut



Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht

Aanbesteding en aansprakelijkheid

**Preventie, vergoeding en afwikkeling
van schade bij aanbestedingsgeschillen**

Symposium

14 juni 2001

Katholieke Universiteit Brabant

N.V.V.A.

NEDERLANDSE VERENIGING VOOR AANBESTEDINGSRECHT

Aanbesteding en aansprakelijkheid

Aanbestedingsgeschillen gaan in de regel over de vraag of een aanbesteder in een concrete situatie regels van aanbestedingsrecht correct heeft toegepast. Over dergelijke geschillen is sinds het midden van de jaren tachtig een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie en literatuur verschenen. Hieruit kan tot op zekere hoogte worden afgeleid wat aanbestedingsregels precies inhouden.

Er bestaat daarentegen nog betrekkelijk weinig literatuur en jurisprudentie over de vraag welke civielrechtelijke consequenties vervolgens verbonden zijn aan het niet naleven van regels van aanbestedingsrecht. Wordt er schade geleden? Door wie? Kan schadevergoeding worden gevorderd? Van wie? Op welke grondslag? Wat is de aard en de omvang van de vergoeding die kan worden gevorderd? Kunnen gebods- of verbodsacties uitkomst bieden? Bovendien kan de vraag worden gesteld of het traditionele aansprakelijkheidsrecht zich wel voldoende leent voor het compenseren van nadeel dat in een concreet geval wordt geleden ten gevolge van de niet-naleving van aanbestedingsregels. Wat zou er verbeterd moeten worden en zijn er wellicht ook alternatieven denkbaar? Het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht stelde een team van auteurs uit wetenschap en praktijk samen om een antwoord op bovenstaande vragen te geven. Dat heeft geresulteerd in het boek *Aanbesteding en aansprakelijkheid*, dat op 14 juni 2001 zal worden gepresenteerd tijdens het gelijknamige symposium.

Het symposium wordt georganiseerd door het *Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht* (CvA) en de *Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht* (NVvA). Tijdens het symposium zullen enkele sprekers van naam aan de hand van een viertal thema's op de hierboven gestelde vragen ingaan. In dat kader komen dan ook de bijdragen aan het boek aan bod.

Programma

- 
- 10.30 *Ontvangst met koffie/thee*
- 11.00 *Opening door de dagvoorzitter*
prof.mr. M.A.M.C. van den Berg
- 11.20 *Grondslagen van aansprakelijkheid*
mr. W.H. van Boom
- 12.05 *Schadevergoeding, schadeberekening en alternatieve remedies*
prof.mr. W.G.Ph.E. Wedekind
- 12.50 *Discussie*
- 13.10 *Lunch*
- 14.15 *Voorkoming van geschillen en aansprakelijkheid: sticks and carrots*
mr. P. Leyenaar
- 15.00 *Efficiënte afwikkeling van aanbestedingsgeschillen*
mr. P. Glazener
- 15.45 *Discussie*
- 16.05 *Sluiting gevolgd door een borrel*

Sprekers

- *prof.mr. M.A.M.C. van den Berg*
hoogleraar privaatrecht in het bijzonder bouwrecht, vakgroep privaatrecht/Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, KU Brabant, alsmede hoogleraar bouwrecht aan de Universiteit Leiden
- *mr. W.H. van Boom*
universitair hoofddocent, vakgroep privaatrecht/Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht, KU Brabant
- *mr. P. Glazener*
partner Allen & Overly Amsterdam

- *mr. P. Leyenaar*
directeur projectorganisatie professioneel inkopen en aanbesteden Ministerie van Economische Zaken
- *prof.mr. W.G.Ph.E. Wedekind*
hoogleraar aanbestedingsrecht, vakgroep privaatrecht, Universiteit van Amsterdam

Tijd en plaats

Het symposium vindt plaats op donderdag 14 juni 2001 in zaal YZ 2 van de Katholieke Universiteit Brabant, Warandelaan 2 te Tilburg. Na ontvangst van uw aanmelding wordt u een bevestiging, acceptgiro, routebeschrijving en plattegrond toegezonden.

Deelname

U kunt zich aanmelden voor het symposium door inzending van de aan deze folder gehechte inschrijfkaart. De kosten welke zijn verbonden aan deelname bedragen f 695,- per deelnemer. Personen die op 1 maart 2001 lid waren van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht kunnen deelnemen voor een bedrag van f 425,- per deelnemer. De deelnemersprijs omvat onder andere een lunch, een afsluitende borrel alsook het boek Aanbesteding en aansprakelijkheid dat op de dag van het symposium aan de deelnemers zal worden uitgereikt.

NOvA-punten

Voor het bijwonen van dit symposium worden opleidingspunten in het kader van de Permanente Opleiding Advocatuur toegekend. Informatie zal bekend worden gemaakt in het Advocatenblad.



Informatie

Voor nadere organisatorische informatie kunt u zich wenden tot een van de management assistentes van het Schoordijk Instituut, Marjolijn Verhoeven of Angélique van Dooren, tel. 013-4662739, fax 013-4663143, e-mail: schoordijk.instituut@kub.nl.

Postadres: Katholieke Universiteit Brabant, Schoordijk Instituut, kamer Y 327, Postbus 90153, 5000 LE Tilburg. Nadere inhoudelijke informatie is te vinden op de website van het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht: <http://schoordijk.kub.nl/cva/>

Schoordijk Instituut

Op 12 juni 1991 heeft de faculteit der rechtsgeleerdheid het Instituut voor Grondslagenonderzoek en Rechtsvergelijking opgericht. Bij gelegenheid van het afscheid van prof. mr. H.C.F. Schoordijk op 6 december 1991 is aan dit facultaire instituut officieel de naam gegeven van Schoordijk Instituut. Als onderzoeksinstituut stelt het Schoordijk Instituut zich ten doel de twee belangrijkste onderzoeklijnen van de faculteit te profileren, c.q. te intensiveren: het grondslagenonderzoek en de rechtsvergelijking. Profileren en intensivering van deze zwaartepunten tracht het instituut te bewerkstelligen door het initiëren van vakgroepoverstijgende onderzoekprojecten: intra- en interfacultair, interuniversitair en internationaal. Het onderzoeksinstituut richt zich bovendien met nadruk op het aantrekken van tweede- en derde-geldstroommiddelen. Via naamsbekendheid, opbouw van expertise, wetenschappelijke reputatie e.d. kan het Schoordijk Instituut ertoe bijdragen dat Tilburgse onderzoekers als aantrekkelijke en betrouwbare contractpartners worden gezien, hetgeen een belangrijke voorwaarde is voor het uitbouwen van het tweede- en derde-geldstroompotentieel.

Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht

Het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht maakt onderdeel uit van het Schoordijk Instituut. Binnen het Centrum wordt onderzoek verricht op het terrein van het nationale en internationale aansprakelijkheidsrecht in de breedste zin van het woord. Het gaat daarbij telkens om vragen als: *Wie is verantwoordelijk voor de vergoeding van welke schade?*, *Wat zijn de grondslagen van schadevergoedingsverplichtingen?*, *Wat zijn de problemen die bij de toepassing van de regels van aansprakelijkheidsrecht in de praktijk ontstaan?* en *Wat zouden daarvoor oplossingen kunnen zijn?* Onderzoek naar de contractuele en delictuele aansprakelijkheid van dienstverleners, meerpartijen-verhoudingen alsmede commerciële geschilbeslechting, vormt momenteel de hoofdmoot van de activiteiten van het Centrum. Deze thema's worden vooral bestudeerd in een rechtsvergelijkend perspectief, waarbij mede gebruik wordt gemaakt van contacten met collega-onderzoekers elders in Europa. De onderzoeksresultaten worden enerzijds geopenbaard door middel van symposia en publikaties. Anderzijds worden die resultaten en de expertise van het Centrum aangewend ten behoeve van opdrachtgevers binnen en buiten de universitaire wereld. Meer weten? Bezoek de website van het Centrum voor Aansprakelijkheidsrecht: <http://schoordijk.kub.nl/cva/>

Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht

De Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht is in 1995 opgericht en inmiddels uitgegroeid tot een bloeiende vereniging van ruim 300 leden. De NVvA beoogt het aanbestedingsrecht - een nog nieuw en dynamisch rechtsgebied - te bestuderen en uit te dragen. Zij wil een forum zijn waarin overheid, bedrijfsleven, adviseurs en advocatuur elkaar ontmoeten. De vereniging geeft jaarlijks een Jaarboek uit waarin de verslagen van en wetenschappelijke bijdragen aan haar tweemaal per jaar te houden vergaderingen zijn opgenomen. Tot nu toe zijn er drie Jaarboeken verschenen. Recent verscheen de bundel van het op 24 november 2000 gehouden lustrumcongres met het thema *Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht*. Tijdens het congres werd het door een studiegroep van de NVvA opgestelde Aanbestedingsreglement voor Diensten EG-2000 (ARvD EG-2000) aangeboden. Een van de activiteiten van de vereniging is de deelname in de European Regulated Procurement Associations (ERPA), een internationaal samenwerkingsverband van verenigingen voor aanbestedingsrecht. Sedert vorig jaar heeft de vereniging aan de Universiteit van Amsterdam een bijzondere leerstoel in het aanbestedingsrecht.

Boek

In het boek *Aanbesteding en aansprakelijkheid* zijn de volgende bijdragen opgenomen:

- *Prof. mr. W.J. Slagter*
Aanbestedingsaansprakelijkheid: grondslagen en knelpunten
- *Prof. mr. A.J. Akkermans en mr. E.H. Pijnacker Hordijk*
Schadevergoeding en schadeberekening
- *Mr. L.C. Makkinga en mr. J.V. Weijnen*
Schadevergoeding anders dan geld: geld alleen maakt niet gelukkig
- *Mr. C.E.C. Jansen*
Offertekostenvergoeding: een rechtseconomische analyse
- *Mr. W.H. van Boom en mr. D.A.M. van Steensel*
Aanbodcollusie en aansprakelijkheid: over aansprakelijkheid voor verboden mededingingsbeperkende afspraken in aanbestedingsprocedures
- *Mr. D.C. Orobio de Castro*
Het recht op informatie bij de afwikkeling van aanbestedingsgeschillen
- *Mr. A.G.J. van Wassenauer van Catwijk*
Alternatieven voor de afwikkeling van aanbestedingsgeschillen
- *Mr. E.R. Manunza*
Toezicht, sturing en handhaving op nationaal en communautair niveau

Inschrijfkaart

(a.u.b. retourneren vóór 1 juni 2001)

U kunt zich aanmelden voor het symposium door inzending van deze inschrijfkaart. De deelnamekosten kunnen worden voldaan door middel van de acceptgirokaart welke u later zal worden toegezonden.

naam

titulatuur + voorletters

functie

bedrijf/organisatie

adres

postcode

plaats

telefoon

telefax

e-mail

neemt op 14 juni 2001 deel aan het symposium
Aanbesteding en aansprakelijkheid.

opleidingspunten Nederlandse Orde van Advocaten

☐ ja ☐ nee

op 1 maart 2001 was ik lid van de Nederlandse
Vereniging voor Aanbestedingsrecht

☐ ja ☐ nee

Datum

handtekening

voldoende
frankeren
s.v.p.

Katholieke Universiteit Brabant
Schoordijk Instituut
Kamer Y 327
Postbus 90153
5000 LE Tilburg

Het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht maakt deel uit van het Schoordijk Instituut, waarin het onderzoeksinstituut en de onderzoeksschool van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Brabant zijn ondergebracht.

ISBN 90-5454-118-0



9 789054 541189

Aanbestedingsgeschillen gaan in de regel over de vraag of een aanbesteder in een concrete situatie regels van aanbestedingsrecht correct heeft toegepast. Over dergelijke geschillen is sinds het midden van de jaren tachtig een aanzienlijke hoeveelheid jurisprudentie en literatuur verschenen. Hieruit kan tot op zekere hoogte worden afgeleid wat aanbestedingsregels precies inhouden.

Er bestaat daarentegen nog betrekkelijk weinig literatuur en jurisprudentie over de vraag welke civielrechtelijke consequenties vervolgens verbonden zijn aan het niet naleven van regels van aanbestedingsrecht. Wordt er schade geleden? Door wie? Kan schadevergoeding worden gevorderd? Van wie? Op welke grondslag? Wat is de aard en de omvang van de vergoeding die kan worden gevorderd? Kunnen gebods- of verbodsacties uitkomst bieden? Bovendien kan de vraag worden gesteld of het traditionele aansprakelijkheidsrecht zich wel voldoende leent voor het compenseren van nadeel dat in een concreet geval wordt geleden ten gevolge van de niet-naleving van aanbestedingsregels. Wat zou er verbeterd moeten worden en zijn er wellicht ook alternatieven denkbaar? Het Centrum voor aansprakelijkheidsrecht stelde een team van auteurs uit wetenschap en praktijk samen om een antwoord op bovenstaande vragen te geven. Dat heeft geresulteerd in het boek *Aanbesteding en aansprakelijkheid*, dat op 14 juni 2001 in Tilburg werd gepresenteerd tijdens een gelijknamig symposium, georganiseerd door het Centrum in samenwerking met de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht.

Bju

Boom Juridische uitgevers