

De aanbestedende overheid

Beginselen van behoorlijke openbare aanbesteding

W.H. van Boom*

Verschenen in *Bouwrecht* 1999, p. 644-653 en ook opgenomen in: T. Hartlief, C. Stolker (eds.), *Contractvrijheid*, Kluwer 1999, p. 299-316.

1 INLEIDING

Onderhandelingen over een contract worden beheerst door redelijkheid en billijkheid. Dat geldt ook voor onderhandelingen gevoerd door een overheidslichaam. Bovendien dient de onderhandelende overheid – voorzover dat tot meer of anders zou verplichten dan de genoemde redelijkheid en billijkheid – de beginselen van behoorlijk bestuur in acht te nemen.¹ Dit is nauwelijks nieuws te noemen. Het is ook niet buitengewoon concreet.

Nieuwer en concreter zijn de normen die voor overheidslichamen gelden op grond het publieke aanbestedingsrecht. Deze normen, die nu eens een Europeesrechtelijke herkomst hebben, dan weer van nationale oorsprong zijn, die meestal geschreven maar soms ook ongeschreven van aard zijn, en die een gemengd bestuurs- en privaatrechtelijke aard en uitwerking hebben, staan centraal in deze bijdrage. Ik zal met name aandacht besteden aan de wijze waarop aanbestedingsregels het onderhandelingsproces normeren (§ 3). In een slotparagraaf wordt kort aandacht besteed aan 'reflexwerking' van de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht (§ 4). Ik begin echter met een korte schets van de achtergronden van het (Europese) aanbestedingsrecht (§ 2).

2 HET UITDIJENDE AANBESTEDINGSRECHT

De rijksoverheid hanteerde bij aanbesteding (van bouwwerken) al langere tijd aanbestedingsreglementen.² Geen van die reglementen ging zo ver in beperking van de onderhandelingsvrijheid als de aanbestedingsregels die sinds begin jaren zeventig uit Brussel kwamen. Vanaf die tijd namelijk hebben de instellingen van de E(E)G zich in toenemende mate beziggehouden met het beslechten van barrières die in de weg stonden aan vrije mededinging naar gunning door overheidslichamen van bouwwerkzaamheden en – later – aankoop van zaken. Inzet van de Europese wetgever – daarin bijgestaan door het Hof van Justitie – was en is het creëren en waarborgen van gelijke kansen en gelijke marktvoorwaarden voor Europese ondernemers bij gunning van overheidsopdrachten.³ De resulterende aanbestedingsrichtlijnen zijn derhalve

*Universitair docent, Afdeling burgerlijk recht, Universiteit Leiden. De tekst van deze bijdrage is ook opgenomen in de opstellenbundel 'Contractvrijheid' (red. T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker), Deventer: Kluwer 1999.

¹Zie bijv. HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Amsterdam/Ikon), HR 15 maart 1991, NJ 1991, 399 (Körfer), HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert).

²Zie voor een kort overzicht M.A. van Wijngaarden, m.m.v. A.A. Boot, *Hoofdstukken bouwrecht*, deel 18, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, nr. 904.

³Zie over e.e.a. bijv. J.P.L. van Marissing, *De regelgeving voor overheidsopdrachten op het niveau van de Europese Gemeenschap en de GATT, alsmede de gevolgen hiervan voor de Nederlandse regelgeving*, diss. Leiden 1995, blz. 3 e.v., blz. 305 e.v., O.J.M. Olmer, W. Wedekind, *Overheidsopdrachten en EG-aanbestedingsrichtlijnen*, in: B. Wessels, T.H.M. van Wechem (red.), *Contracteren in de internationale praktijk II*, Deventer: Kluwer 1995, p. 143 e.v., H. Nijholt, *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw*, diss. Maastricht 1996, blz. 16 e.v., Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, Londen:

gericht op het wegnemen van de Europese 'landsgrenzen', maar dat neemt niet weg dat zij ook aanbestedingsprocedures normeren waaraan slechts onderdanen van één lidstaat deelnemen.⁴

De regels van de eerste aanbestedingsrichtlijnen uit de jaren zeventig bleken in de praktijk nauwelijks te worden gevolgd. Een tweede offensief van Europese zijde volgde in de jaren tachtig. Het streven naar een gemeenschappelijke markt bracht namelijk vernieuwing en uitbreiding van het aanbestedingsrecht met zich. Met het verder uitdijen van het Europese aanbestedingsrecht rijst de vraag of de gestelde regels daadwerkelijk tot toename van grensoverschrijdend communautair economisch verkeer (kunnen) leiden. Hoewel de meningen daarover verschillen, kan worden geconstateerd dat de effecten tot op heden niet bijzonder groot zijn gebleken.⁵

Hoe dat ook zij, inmiddels zijn vele contracten aan een aanbestedingsregime onderworpen. Kort samengevat komt het erop neer dat wanneer een overheidslichaam als opdrachtgever een aannemingsovereenkomst, als koper een koopovereenkomst, of als opdrachtgever een overeenkomst met betrekking tot 'dienstverlening'⁶ wil sluiten, dan moeten – mits de waarde van de overeenkomst een bepaalde drempelwaarde te boven gaat⁷ – aanbestedingsregels worden gevolgd. Een flinke order voor kantoormeubilair door een ministerie, aanleg van een provinciale weg, schoonmaakwerkzaamheden voor een universiteit, tot het afsluiten van een WA-verzekering door een gemeente: het zijn alle aanbestedingsplichtige opdrachten. Aanbestedingsplichtig zijn kort gezegd overheidslichamen, onder welke noemer een breed scala aan rechtspersonen schuilt.⁸ Bovendien bestaat er een regime voor aanbestedingen door nutsbedrijven.⁹

Alhoewel het nog steeds slecht gesteld is met de naleving van aanbestedingsregels, lijken de betrokken partijen (overheidslichamen en meedingende ondernemers) zich steeds meer bewust van het belang van aanbestedingsregels. Die bewustwording is overigens veelal uit nood geboren: overheidslichamen realiseren zich steeds beter dat niet-naleving van deze regels tot heraanbesteding (en dus tot vertraging) en aanzienlijke schadevergoedingsplichten kan leiden, terwijl meedingende ondernemers de aanbestedingsregels steeds meer als dwangmiddel gebruiken om hun eigen aanbestedingspositie te verwerven en veilig te stellen. Het gevolg hiervan is dat contractvorming door aanbesteding in toenemende mate een geformaliseerd en transparant proces is (althans zou moeten zijn) waarbij aanbestede en meedingende ondernemers als tegenstanders 'tegenover elkaar staan'.¹⁰ Dit wordt in bepaalde gevallen als belemmerend en

Sweet & Maxwell 1996, blz. 50 e.v. en – naar aanleiding van het Groenboek van de Europese Commissie 'De overheidsopdracht in de Europese Unie: beschouwingen over een toekomstig beleid', opgenomen in losbl. Handboek Aanbestedingsrecht, bijlage 1.6. – J.A.M. Schlangen, BR 1997, blz. 895 e.v. en M.J.J.M. Essers, NTER 1998, blz. 129 e.v. Zie inmiddels ook de mededeling van de Europese Commissie COM (98) 143 d.d. 11 maart 1998, 'De overheidsopdrachten in de Europese Unie', opgenomen in losbl. Handboek Aanbestedingsrecht, bijlage 1.6A, en daarover bijv. H.C.T.M. Borburgh, De Gemeentestem 7086 (1998).

4HvJ EG 25 april 1996, Jur. 1996, blz. I-2043, SEW 1997, blz. 448 nt. J.P.L. van Marissing (Waalse bussen II).

5Zie over e.e.a. bijv. Arrowsmith, a.w. (nt. 3), blz. 45-50, A.S.M.L. Prompers, NTER 1997, blz. 6 e.v., J.A.M. Schlangen, BR 1997, blz. 895 e.v.

6Onder deze term worden verschillende overeenkomsten verstaan, zoals bank- en verzekeringsovereenkomsten, vervoer, onderhoud en reparatie, onderzoek en ontwikkeling, marktonderzoek, advisering etcetera. Zie Bijlage IA bij de richtlijn Diensten, opgenomen in losbl. Handboek Aanbestedingsrecht, bijl. 1.3. Vgl. E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, Aanbestedingsrecht, tweede druk, Den Haag: SDU 1999, blz. 76 e.v.

7Deze drempelbedragen zijn voor diensten 200.000 Ecu, 130.000 SDR of 200.000 SDR (afhankelijk van het soort opdracht en opdrachtgever), voor leveringen 200.000 SDR of 130.000 SDR en voor bouwwerken 5.000.000 SDR. Zie over deze bedragen (met omrekening) D.C. Orobio de Castro, BR 1998, blz. 578-579 en M.J.J.M. Essers, De Gemeentestem 7061 (1997), blz. 538-539.

8Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w. (nt. 6), blz. 33 e.v.

9Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w. (nt. 6), blz. 48 e.v.

10 Zie over e.e.a. Schlangen, t.a.p., blz. 901-902, TK 1997-1998, 21 501-01, nr. 111, blz. 2 en J.C.E. Ackermans-Wijn, De overheidsonderneming en Europese aanbesteding, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), Overheid en onderneming, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 270.

soms ook als contraproductief ervaren; mogelijk is hierin een verklaring gelegen voor moedwillige schending en ontduiking van aanbestedingsregels.

3 BEGINSELEN VAN BEHOORLIJKE AANBESTEDING

3.1 *beginselen en hun bronnen*

Fundamenten van het publieke aanbestedingsrecht kan men op verschillende wijzen groeperen. In de literatuur treft men bijvoorbeeld onderverdelingen aan in het gelijkheidsbeginsel (ook wel: non-discriminatiebeginsel), het doorzichtigheidsbeginsel en het concurrentiebeginsel.¹¹ Gangbaar zijn ook de onderverdelingen in fundamentele vereisten waar vanuit Europeesrechtelijk perspectief aan moet zijn voldaan.¹² Denkbaar is voorts een benadering waarin de fundamenten worden gezocht in de bestuursrechtelijke beginselen van behoorlijk bestuur.¹³

Het is noodzakelijk noch zinvol om alle fundamenten van het aanbestedingsrecht te verklaren vanuit één bepaalde optiek. Het is waarschijnlijk ook niet mogelijk. Sommige fundamenten van het aanbestedingsrecht laten zich nu eenmaal beter verklaren vanuit de Europese behoefte om een gemeenschappelijke markt te creëren dan vanuit enig rechtsstatelijk principe of beginsel van behoorlijk bestuur. Dit staat overigens niet in de weg aan wederzijdse beïnvloeding. Zo zijn naar mijn mening bijvoorbeeld de beginselen die overheidslichamen bij aanbesteding in acht dienen te nemen, zowel civielrechtelijke zorgvuldigheidsnorm als bestuursrechtelijke norm van behoorlijk bestuur.

Ik zal mij hierna niet verder bezighouden met de vraag of de fundamenten van het aanbestedingsrecht zijn te herleiden tot een bestuursrechtelijke, Europeesrechtelijke of privaatrechtelijke bron; ik richt mij uitsluitend op inhoudelijke behandeling van de genoemde fundamenten. Daarbij zal ik trachten aan te geven hoe zij in regels zijn neergeslagen en hoe problematisch nakoming daarvan in de praktijk kan zijn. Uitputtende behandeling is overigens niet nagestreefd.

3.2 *gelijke rechten en kansen*

Aan de aanbestedingsrichtlijnen ligt het beginsel ten grondslag dat ondernemers uit alle lidstaten gelijke rechten en kansen hebben bij het meedingen naar een opdracht. Uiteraard is dit beginsel geënt op het Europeesrechtelijke verbod van discriminatie (art. 6 EG-verdrag).¹⁴ Het vormt een van de pijlers voor een werkelijk vrij verkeer van goederen, personen en diensten. De lidstaten – en op grond van de aanbestedingsrichtlijnen: de aanbestedende diensten – zijn op grond hiervan verplicht zich ‘zonder discriminatie en onder dezelfde voorwaarden als die welke zij voor hun eigen onderdanen stellen, tot aannemers van de andere Lid-Staten (te) wenden die aan de vereisten voldoen’.¹⁵ Zij dienen ervoor te zorgen dat geen discriminatie tussen leveranciers plaatsvindt.¹⁶

Het non-discriminatiebeginsel staat in rechtstreeks verband met verschillende concrete

11W.J. Slagter, BR 1997, blz. 189.

12Zie bijv. A.C.M. Braams, BR 1996, blz. 972.

13Zie bijv. J. Spier, Overeenkomsten met de overheid, diss. Leiden 1981, blz. 19 e.v. en H. Nijholt, BR 1997, blz. 223 e.v. Vgl. Nijholt, a.w. (nt. 0), blz. 29 e.v., 77 e.v., 89 e.v. alsmede blz. 160 e.v., alwaar schrijver vier bestuursrechtelijke ‘structuurbeginselen’ formuleert: gelijkheid, openbaarheid, motivering en doelmatigheid.

14Vgl. Nijholt, a.w. (nt. 0), blz. 93.

15Art. 22, lid 4, richtlijn Werken. Zie ook art. 2 Besluit overheidsaanbestedingen (laatstelijk gewijzigd bij besluit van 27 augustus 1998, Stb. 1998, 542). Vgl. Pres. Rb. Haarlem 26 juli 1994, BR 1995, blz. 260, r.ov. 3.2 en Pres. Rb. Middelburg 8 november 1990, KG 1990, 385, BR 1991, blz. 408.

16Art. 5 lid 7 richtlijn Leveringen, art. 6 lid 6 richtlijn Werken. Vgl. art. III GPA (WTO Agreement on Government Procurement), Trb. 1994, 235, (onofficieel) vertaald in PbEG 1996, C 256 en Trb. 1995, 130. Zie over art. III GPA M.J.J.M. Essers, De Gemeentestem 7061 (1997), blz. 539-540. Vgl. ook nog art. 2 Besluit overheidsaanbestedingen.

procedurevoorschriften. Die voorschriften dienen veelal een tussengelegen doel, zoals doorzichtigheid van de procedure. Openbaarheid van de gunningscriteria en -beslissingen maken beslissingen van de aanbesteder – dat is althans de bedoeling – inzichtelijk en daardoor controleerbaar op discriminatoire motieven. Maar het non-discriminatiebeginsel vindt ook zijn uitwerking in verplichtingen tot actief handelen, zoals de plicht om Europese ruchtbaarheid te geven aan de uitnodiging tot inschrijving en aan voornemens om in de nabije toekomst tot bepaalde aanbestedingsprocedures over te gaan. Zo worden niet alleen gelijke *rechten*, maar ook gelijke(re) *kansen* gecreëerd.

Het non-discriminatiebeginsel heeft ook gevolgen voor de wijze waarop de aanbesteder zijn wensen in het bestek formuleren moet. In het bestek mag bijvoorbeeld niet zondermeer worden verwezen naar merknamen van te gebruiken materiaal, mede omdat zulks belemmerend kan zijn voor buitenlandse inschrijvers.¹⁷ Voorts kan worden gewezen op het Europese streven om technische normen en omschrijvingen zoveel mogelijk te standaardiseren, opdat een bestek uit de ene lidstaat toegankelijk is voor een ondernemer uit een andere lidstaat.¹⁸ Voorwaarden die in het bestek worden gesteld aan de wijze van uitvoering van de overeenkomst, mogen evenmin indirect tot achterstelling van buitenlandse ondernemers leiden. Zo moest het Hof van Justitie zich in 1988 buigen over de vraag of een aanbesteder als voorwaarde mocht stellen dat de ondernemer bij uitvoering van de opdracht gebruik zou maken van de diensten van langdurig werklozen uit de regio. Het Hof benaderde dit sociale selectie criterium kritisch:

‘(...) een dergelijke voorwaarde (is) slechts verenigbaar met de richtlijn, indien zij alle relevante bepalingen van het gemeenschapsrecht eerbiedigt en met name de verboden die voortvloeien uit de in het Verdrag neergelegde beginsel inzake het recht van vestiging en het vrij verrichten van diensten. Het vereiste om langdurig werklozen in te zetten, zou met name inbreuk kunnen maken op het (...) verbod van discriminatie op grond van nationaliteit, indien mocht blijken dat alleen binnenlandse inschrijvers aan die voorwaarde kunnen voldoen dan wel dat inschrijvers uit andere Lid-Staten er moeilijker aan kunnen voldoen. Het staat aan de nationale rechter om met inachtneming van alle omstandigheden van het geval na te gaan, of het stellen van een dergelijke voorwaarde direct of indirect discriminerende gevolgen heeft.’¹⁹

Uit latere rechtspraak lijkt te volgen dat dergelijke aanvullende ‘sociale’ selectievoorwaarden op die gronden vrijwel altijd ontoelaatbaar zijn.²⁰ Het gebruik van aanvullende voorwaarden kan er ook toe strekken plaatselijke ondernemingen te steunen; afgezien dat zulks discriminatie zou opleveren, is alsdan sprake van overheidssteun (waar aparte regels voor gelden).

3.3 *strikte toepassing van gestelde voorwaarden*

Het is belangrijk dat vormvereisten in acht worden genomen, maar men kan zich wel afvragen of verzaking van een formaliteit tot algehele krachteloosheid van de aanbestedingsprocedure zou moeten leiden. Dat laatste brengt namelijk aanzienlijke vertraging met zich, jaagt alle

17HvJ 24 januari 1995, C-359/93, Jur. 1995, blz. I-157, BR 1997, blz. 651 (Unix): de aankondiging waarin een woordaanduiding van een te leveren systeem wordt gebruikt, moet worden gevolgd door de uitdrukking ‘of daarmee overeenstemmend’. Zie nader Arrowsmith, a.w. (nt. 3), blz. 581-585.

18Vgl. over technische specificaties Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w. (nt. 6), blz. 149 e.v.

19HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, Jur. 1988, blz. 4635, BR 1989, blz. 72 (Beentjes). Vgl. HvJ EG 9 juli 1987, 27-29/86, Jur. 1987, blz. 3347.

20Zie nader G.W.A. van de Meent, Overheidsaanbestedingen: de EG-rechtelijke context, diss. Rotterdam 1995, blz. 138-150, losbl. Handboek Aanbestedingsrecht, nr. C.3.3, Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w. (nt. 6), blz. 203 e.v. en vooral ook blz. 326-328, Arrowsmith, a.w. (nt. 3), p. 815 e.v. alsmede R. Mahler, SEW 1997, blz. 104. Voor zover het werkgelegenheidsdoeleinden betreft, is toelaatbaarheid van dergelijke aanvullende voorwaarden in aanbestedingszaken een politiek gevoelige kwestie. Vandaar dat het standpunt van Hof en Commissie in deze zaken niet altijd even helder is. Zie nader José M. Fernández Martín, The EC public procurement rules, Oxford 1996, blz. 43 e.v.

betrokkenen op kosten en voedt de proceslust van de betrokken ondernemers. Anderzijds: als verzaking van formaliteiten zonder gevolg voor de aanbestedingsprocedure blijft, betekent dit schending van het beginsel van gelijke rechten en kansen.

Bekend zijn de gevallen waarin een inschrijving luttele minuten te laat is ingediend. De Hoge Raad heeft zich daarover uitgelaten in de zaak Staat vs. Hasler.²¹ Aangezien het desbetreffende aanbestedingsreglement gericht was op waarborging van controleerbaarheid van de aanbesteding voor de meedingende ondernemers, ging het volgens de Raad niet aan om inschrijvingen in overweging te nemen die na sluiting van de gestelde termijnen arriveren. Recentelijk heeft het Hof Den Bosch in een opmerkelijke beslissing een ander geluid laten horen. Het Hof kwam te oordelen over de rechtmatigheid van de weigering van de gemeente om een inschrijving, die enige minuten te laat werd aangeboden, in aanmerking te nemen. Het Hof oordeelde:

De besluitvorming aan de zijde van de overheid, zowel inhoudelijk als ten aanzien van de te volgen procedure, met betrekking tot dergelijke aanbestedingen, is onderworpen aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Voorts dient centrale betekenis te worden toegekend aan art. 3 lid 2 van de Richtlijn Diensten, dat – kort gezegd – discriminatie verbiedt.

De vraag of en in hoeverre de geringe overschrijding van de aanbestedingstermijn kon en derhalve behoorde te worden getolereerd, dient men name tegen het licht van dat centrale non-discriminatiegebod te worden gezien. Dat gebod dient strikt te worden geïnterpreteerd, doch overigens dient toetsing daaraan te geschieden aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval.

De Gemeente heeft gesteld niet het risico te willen lopen dat andere inschrijvers haar aan zouden spreken als zij Doms alsnog toe zou laten. Het hof acht dat risico, daargelaten welke betekenis de gemeente aan dat risico behoorde toe te kennen, voorshands echter niet reëel, nu immers van enige onregelmatigheid die aan een eerlijke, onpartijdige en gelijke behandeling in de weg zou kunnen staan niet is gebleken, en voorts opgemerkt moet worden dat de wethouder zelfs niet heeft gevraagd of de aanwezige inschrijvers al dan niet bezwaar hadden tegen het alsnog toelaten van Doms (...).

Zelfs het enkele niet (tijdig) verschijnen van Doms zonder dat nog een inschrijving was ontvangen, had al vragen bij de wethouder kunnen en moeten oproepen, omdat hij naar mag worden aangenomen wist dat Doms als geen ander gespist was op het binnenhalen van deze order, en daartoe een inschrijving zou willen deponeren. Het alsnog toelaten van Doms had mitsdien geen (ontoelaatbare) voorkeursbehandeling van Doms geïmpliceerd en had, gezien de hiervoor vermelde bijzondere omstandigheden van het geval, voor de hand gelegen.

Het vorenoverwogene leidt ertoe dat, ook gezien in het licht van artikel 3 lid 2 van de Richtlijn Diensten, de Gemeente Doms alsnog tot de aanbesteding had kunnen en moeten toelaten, eventueel na raadpleging van de overige belanghebbenden. Door de door de Gemeente ingenomen, nodeloos formalistische stellingname, heeft zij naar 's hofs voorlopig oordeel onzorgvuldig gehandeld jegens Doms.'

Anders dan het Hof lijkt te suggereren, hebben inschrijvingstermijnen goede zin. Dergelijke formaliteiten beogen de controleerbaarheid van het aanbestedingsproces te waarborgen.²² Niet alleen tegenover inschrijvers – die zich mogelijk nog akkoord zouden kunnen verklaren met toelating van een verlate inschrijving – maar ook tegenover controlerende instanties en vooral ook tegenover degenen die mogelijk hebben overwogen in te schrijven, maar dat bijvoorbeeld om redenen van tijdsdruk achterwege lieten. Die laatste groep kan zich uiteraard niet verzetten tegen, of akkoord verklaren met toelating van de verlate inschrijving. Licht men de hand met termijnen omdat deze late inschrijver om welke reden dan ook clementie verdient, dan is hoe

21HR 31 mei 1985, NJ 1985, 648, AB 1985, 480, BR 1985, blz. 788 (Staat/Hasler). Weliswaar betrof het een nationale aanbestedingscontext, maar het lijkt niet onmogelijk het arrest mede toe te passen op Europese aanbestedingsgevallen. Zie uitgebreid over dit arrest M.A.M.C. van den Berg, Een faire kans, oratie Leiden 1991.

22M.A.M.C. van den Berg, BR 1993, blz. 35.

dan ook sprake van schending van het beginsel van gelijke rechten en kansen. De benaderingswijze van het Hof verdient dus geen navolging.²³

Een ander probleem, dat met het voorgaande samenhangt, is dat van de aanbesteder die bekneld raakt door strikt de hand te houden aan de door hem gestelde voorwaarden. Een voorbeeld daarvan biedt het arrest *Zeeland vs. Hoondert*.²⁴ Hoondert, die in het verleden al werkzaamheden had verricht voor de provincie Zeeland, schreef in op een aanbesteding van een kleine opdracht (die dus niet aan Europese procedure was onderworpen). Hoondert was weliswaar de laagste inschrijver, maar hij werd niettemin gepasseerd omdat hij niet voldeed aan een in het bestek gestelde voorwaarde, te weten aansluiting bij het SFB. Achtergrond van een dergelijke voorwaarde is dat daarmee min of meer vaststaat dat de ondernemer zijn verplichtingen uit sociale zekerheidswetgeving nakomt. Wat betreft Hoondert stond overigens het tegendeel niet vast, maar strikt genomen voldeed hij niet aan de voorwaarde van aansluiting. Hoondert beklagt zich erover dat jegens hem onrechtmatig is gehandeld. Het Hof onderzoekt in dit verband niet of de aanbesteder *in het algemeen* de eis van aansluiting bij het SFB mag stellen, maar slechts of door het stellen van deze eis onrechtmatig *jegens Hoondert* was gehandeld. Daarvan was volgens het Hof sprake. De Hoge Raad stemt in met deze benadering van het Hof. Het arrest laat zich aldus verstaan dat het stellen van de eis onrechtmatig was jegens inschrijver Hoondert, aangezien hij in casu de laagste inschrijver was, hem reeds eerder vergelijkbaar werk was gegund, hij bovendien in het verleden had aangetoond dit naar behoren te kunnen uitvoeren en er ook overigens geen materiële bedenkingen tegen hem bestonden.

De Hoge Raad voegt daar aan toe dat het enkele feit dat gunning aan Hoondert onrechtmatig zou zijn jegens de andere inschrijvers, niet in de weg hoeft te staan aan het oordeel dat de aanbesteder jegens Hoondert onrechtmatig heeft gehandeld door hem het werk niet te gunnen. Dat is op zichzelf niet onbegrijpelijk, maar het beknelt de aanbesteder wel. Heeft hij de voorwaarde eenmaal gesteld, dan moet hij er strikt de hand aan houden. Doet hij dat namelijk niet, dan schendt hij het beginsel van gelijke rechten en kansen. Maar als hij het wel doet, dan kan dat jegens een der inschrijvers een onrechtmatige daad opleveren. De aanbesteder doet het dan dus nooit goed. Hij bedenke zich dus twee keer alvorens hij de gunningsvoorwaarden en -criteria formuleert. Maar betekent dit ook dat de aanbesteder op voorhand rekening moet houden met de mogelijkheid dat er oude bekenden zullen meedingen jegens wie mogelijkwijs minder strenge voorwaarden mogen worden gesteld? Dat kan toch niet de bedoeling zijn? Trouwe contractanten hebben immers geen recht op een voorkeursbehandeling.²⁵ Zoveel is duidelijk: aanbesteders doen er verstandig aan de voorwaarde van aansluiting bij het SFB niet te stellen, althans niet bij wijze van exclusieve manier waarop betrouwbaarheid aannemelijk gemaakt kan worden.²⁶

3.4 *doorzichtigheid: geen dialoog, geen onderhandelingen*

De richtlijnen gaan uit van een openbare procedure, waarbij de aanbesteder verondersteld wordt

23Vgl. voor een voorbeeld van een (mijns inziens terechte) 'formalistische' benadering Pres. Rb. Utrecht 5 februari 1998, NJ 1998, 563 (r.ov. 4.3): als een aanbesteder bepaalde recentelijk afgegeven documenten bij de inschrijving gevoegd wil zien, dan kan een inschrijving met minder recente documentatie terzijde worden gelegd.

24HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert), m.n. r.ov. 3.5.

25Vgl. Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 september 1997, KG 1997, 304. Vgl. over de vraag of eigen ervaringen van de aanbesteder met de inschrijver toelaatbaar zijn als bewijs van ervaring en vakbekwaamheid N.J.M. Donders, noot onder RvA bouwbedrijven 5 augustus 1997, BR 1998, blz. 424. Anderzijds moet de aanbesteder ook oppassen dat hij een contractant uit het verleden niet achterstelt vanwege slechte ervaringen met deze contractant. Zie bijv. RvA bouwbedrijven 12 juni 1997, BR 1997, blz. 970 nt. N.J.M. Donders.

26Opgemerkt dient te worden dat het vereiste van aansluiting bij het SFB op zichzelf reeds een belemmering is van meedinging door buitenlandse ondernemers. Bij Europese aanbestedingen is een dergelijke voorwaarde derhalve zonder meer taboe, maar ook wat betreft zuiver nationale aanbestedingen kan men grote vraagtekens zetten bij de houdbaarheid van een dergelijke voorwaarde. Staat zij niet potentieel in de weg aan communautair goederen- en dienstenverkeer?

een kant en klaar, volledig uitgewerkt bestek te presenteren waarop de inschrijvende ondernemer slechts zijn prijs hoeft te zetten. In sommige gevallen zal dit model voldoen. Vaak ook zal een aanbesteder wel zijn behoeften kennen, maar niet de meest efficiënte wijze om die behoefte te bevredigen. Het alternatief voor een gunning aan de laagste inschrijver zou dus zijn gunning aan de economisch meest voordelige aanbieder. Dat gunningscriterium is inderdaad toegestaan, en het heeft als voordeel dat de inschrijvers dan zogenaamde alternatieve aanbiedingen mogen doen.²⁷ Het nadeel van het gunningscriterium is dat de kwalificatie 'meest voordelige' slechts aan de hand van nadere objectieve en verifieerbare gezichtspunten kan worden toegekend.²⁸ Ook dat vergt een gedegen voorbereiding (en bekendmaking²⁹) door de aanbesteder. Inschrijvers hebben er namelijk recht op van tevoren te weten aan de hand van welke gezichtspunten hun inschrijving wordt beoordeeld, zodat zij daarop kunnen anticiperen.³⁰ Het verbaast niet dat veel conflicten zich toespitsen op de kwalificatie 'economisch meest voordelig'; daarover valt natuurlijk meer te twisten dan over de vraag welke inschrijving de laagste prijs heeft.

Het voornaamste praktische obstakel bij aanbesteding is dus dat zowel bij gunning aan de laagste inschrijving als bij gunning aan de economisch meest voordelige aanbieder, de aanbesteder al het nodige voorwerk moet hebben verricht. Als een aanbesteder er geen idee van heeft hoe aan zijn wensen gestalte gegeven moet worden, dan kan hij – ongeacht welk gunningscriterium hij hanteert – geen oproep tot inschrijving plaatsen. De aanbesteder kan uiteraard adviseurs inschakelen die de wensen van de aanbesteder vertalen in een voorgekookt bestek, maar de aanbesteder wake er dan vervolgens wel voor dat de adviseur niet zonder meer meedingt naar de opdracht. Gunning van het werk aan de adviseur zal al snel wenkbrauwen doen fronsen: is hier misschien sprake van belangenverstrengeling of een ongerechtvaardigde voorsprong?³¹

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor als tijdens de aanbestedingsprocedure vragen rijzen. De inschrijver wil bijvoorbeeld nadere inlichtingen over de wensen van de aanbesteder, of andersom: de aanbesteder wenst tekst en uitleg bij een inschrijving. Aanbesteder en ondernemer kunnen niet zomaar naar de telefoon grijpen om nadere informatie te vragen. De gelijkheid tussen de concurrerende ondernemers zou hierdoor in het gedrang kunnen komen. Het uitgangspunt dat alle ondernemers gelijke kansen op gunning moeten hebben, brengt met zich mee dat de inschrijvingen van de meedingende ondernemers definitief zijn. Wanneer een van de inschrijvers (al dan niet op verzoek) nadere informatie geeft over zijn inschrijving en deze informatie zou de andere inschrijvingen in een geheel ander daglicht stellen, dan zou daardoor de gelijkheid tussen de inschrijvers onderling in het gedrang komen. Zo moest het Hof van Justitie onlangs oordelen over een openbare aanbesteding van de levering van autobussen aan een Waalse openbaarvervoermaatschappij. Enige tijd na inschrijving stuurde een van de inschrijvers een nadere nota aan de aanbesteder, waarin de oorspronkelijke aanbieder werd aangevuld met informatie over benzineverbruik en onderhoudsfrequentie. Prompt werd aan deze inschrijver gegund, terwijl de Waalse busmaatschappij voordien op het punt stond aan een ander te gunnen. Het was derhalve duidelijk dat de nadere nota relevant was voor de gunningsbeslissing. Het Hof van Justitie achtte deze gang van zaken onverenigbaar met de richtlijn Leveringen:

27Tenzij zulks op voorhand is uitgesloten door de aanbesteder. Zie bijv. RvA bouwbedrijven 5 januari 1998, BR 1998, blz. 608.

28De aanbestedingsrichtlijnen geven een enuntiatieve opsomming van relevante gezichtspunten: de prijs, de termijn voor uitvoering, de gebruikskosten, rentabiliteit, technische waarde (art. 30 richtlijn Werken), alsmede klantenservice, technische bijstand (art. 26 richtlijn Leveringen), kwaliteit, esthetische en functionele kenmerken en datum van levering (art. 36 richtlijn Diensten).

29Zie art. 30 lid 2 richtlijn Werken, 26 lid 2 richtlijn Leveringen, art. 36 lid 2 richtlijn Diensten.

30Vgl. HvJ EG 20 september 1988, C-31/87, Jur. 1988, blz. 4635 (Beentjes), r.ov. 35. Zie ook RvA bouwbedrijven 3 juni 1997, BR 1998, blz. 343.

31Vergelijk over de ongeoorloofde voorsprong van de adviseur RvA bouwbedrijven 14 oktober 1997, BR 1998, blz. 347 nt. A.G.J. van Wassenauer van Catwijk.

De procedure van vergelijking van de aanbiedingen dient (...) steeds in overeenstemming te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als het beginsel van doorzichtigheid, opdat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben. (...) Vastgesteld moet worden, dat wanneer een aanbestedende dienst rekening houdt met een wijziging in de oorspronkelijke aanbieding van een enkele inschrijver, deze laatste wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten, hetgeen indruist tegen het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers en afbreuk doet aan de doorzichtigheid van de procedure.³²

Het lijkt overigens niet in strijd met het gelijkheidsbeginsel om aan alle inschrijvers dezelfde nadere informatie te vragen. Niettemin is onduidelijk in hoeverre dergelijke 'technische dialogen' mogen plaatsvinden, hetgeen als belemmerend wordt ervaren.³³ Inmiddels heeft de Europese Commissie het plan opgevat om meer mogelijkheden te bieden voor een technische dialoog.³⁴ Uitgangspunt daarbij zal wel zijn dat de dialoog tussen alle betrokkenen moet plaatsvinden, opdat doorzichtigheid en gelijkheid gewaarborgd blijven. Hoe men bij dergelijke 'dialogen' voorkomt dat de aanbesteder de ondernemers tegen elkaar uitspeelt (doordat zij tegen elkaar gaan opbieden), is mij overigens niet duidelijk.

3.5 *doorzichtigheid: openbaarheid en inzichtelijkheid*

Het beginsel van doorzichtigheid is een belangrijk fundament van de aanbestedingsprocedure; het strekt ertoe de betrokken ondernemingen inzicht te verschaffen in de totstandkoming van de gunningsbeslissing, zodat zij kunnen toetsen of op de juiste gronden aan een hunner is gegund en zodat zij voor zichzelf kunnen achterhalen waarom de opdracht aan hun neus is voorbijgegaan. Doorzichtigheid is een doel op zichzelf, maar het is tegelijk middel om gelijke kansen voor alle betrokkenen te scheppen.³⁵

Openbaarheid is gelegen in de manier waarop aanbesteders de uitnodigingen tot mededinging moeten publiceren en in de manier waarop zij indicatieve aankondigingen van voorgenomen aanbestedingen moeten doen. Openbaarheid is gelegen in de plicht tot aankondiging van de gunning. Al deze aankondigingen geschieden, zeker wanneer het Europese aanbestedingen betreft, volgens een vaststaand model. De aankondiging moet bijvoorbeeld vermelden wanneer opening van de inschrijvingen geschiedt en wie daarbij aanwezig mogen zijn; ratio van deze verplichting is dat de meedingende ondernemers aldus de identiteit van hun concurrenten kunnen achterhalen. Meedingende ondernemers hebben er – zo lijkt het althans – min of meer recht op de identiteit van hun concurrenten te kennen.³⁶ De identiteit van de begunstigde en de motivering voor de keuze voor zijn offerte moeten in elk geval openbaar worden gemaakt.³⁷

32HvJ EG 25 april 1996, C-87/94, Rec. 1996, blz. I-2043, SEW 1997, blz. 448 nt. J.P.L. van Marissing (Waaalse bussen II). Vgl. Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w. (nt. 6), blz. 348-349, E.H. Pijnacker Hordijk, BR 1997, blz. 210-211. Zie voorts HvJ EG 22 juni 1993, C-243/89, Jur. 1993, blz. I-3353 (Storebaelt): '(...) dat de eerbiediging van het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers vereist, dat alle offertes beantwoorden aan de voorschriften van het bestek, teneinde een objectieve vergelijking van de door de verschillende inschrijvers ingediende offertes te waarborgen.'

33Vgl. E.H. Pijnacker Hordijk, A.C. de Groot, BR 1997, blz. 731-732, M.J.J.M. Essers, NTER 1998, blz. 129 e.v.

34Zie alinea 2.1.2.2 van de mededeling van de Europese Commissie COM (98) 143 d.d. 11 maart 1998, 'De overheidsopdrachten in de Europese Unie', opgenomen in losbl. Handboek Aanbestedingsrecht, bijlage 1.6A.

35Vgl. HvJ EG 25 april 1996, C-87/94, Rec. 1996, blz. I-2043, SEW 1997, blz. 448 nt. J.P.L. van Marissing (Waaalse bussen II): '(...) de procedure van vergelijking van aanbiedingen steeds in overeenstemming dient te zijn met zowel het beginsel van gelijke behandeling van de inschrijvers als het beginsel van doorzichtigheid, opdat alle inschrijvers bij het formuleren van hun aanbieding dezelfde kansen hebben.'

36Vgl. HvJ 24 januari 1995, C-359/93, Jur. 1995, blz. I-157, BR 1997, blz. 651 (Unix), r.ov. 20.

37Zie art. 8 lid 3 richtlijn Werken, art. 12 lid 3 richtlijn Diensten, art. 7 lid 3 richtlijn Leveringen. Vgl. RvA bouwbedrijven 19 juni 1992, BR 1992, blz. 153.

Daarnaast is de aanbestedende dienst verplicht – als gevolg van een recente wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen – om desgevraagd de redenen mee te delen van de afwijzing van de inschrijving. Bovendien is de aanbesteder verplicht aan de meedingende ondernemers mede te delen wat de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen offerte zijn en wie de begunstigde ondernemer is.³⁸ Mededeling van bepaalde gegevens mag achterwege blijven indien openbaarmaking schadelijk voor de aanbesteding zou zijn of voor de commerciële belangen van betrokken ondernemingen of schadelijk voor de mededinging.^{39, 40}

3.6 *objectiviteit, doorzichtigheid en proportionaliteit van selectie- en gunningscriteria*

De bij de aanbesteding gehanteerde gunningscriteria dienen duidelijk en doorzichtig te zijn. Zo moeten zij objectieve vergelijking van de aanbiedingen mogelijk maken. Daaraan ontbrak het bijvoorbeeld bij een aanbesteding waarbij de aanbesteder verstrikt raakte in zijn zelfbedachte 'puntenstelsel' en erachter kwam dat dit stelsel nauwelijks bijdroeg aan vergemakkelijking van de vergelijking. Het Hof Arnhem oordeelde:

'Voorts moet in het oog worden gehouden dat voor overheden het beginsel geldt van gelijke behandeling. Daaruit vloeien voort de vereisten van doorzichtigheid, controleerbaarheid, objectiviteit en kansgelijkheid in de procedure van aanbesteding en gunning. Aan die vereisten is in casu niet voldaan. Het CIB (vertegenwoordiger van de aanbestedende dienst, WvB) beschikte immers niet over een duidelijke en doorzichtige norm voor de toetsing van het onderhavige gunningscriterium. Het CIB schrijft in zijn advies dat het getracht heeft een gemeenschappelijke lijn in de offertes te ontdekken om 'appels met appels' te vergelijken en dat hem dat 'in enige mate' is gelukt. (...)

Het hof kan uit zijn advies slechts de conclusie trekken dat de gemeente verzuimd heeft zorg te dragen voor hetzij de ontwikkeling van een duidelijke toetsingsnorm hetzij een bestek en een programma van eisen die wel een duidelijke, controleerbare, doorzichtige en objectieve toetsing van de aangeboden prijzen mogelijk maakten. (...)

De Gemeente heeft op grond van het vorenstaande een norm gehanteerd die niet voldoet aan de eisen van de Richtlijn en zij heeft in het bijzonder het beginsel van gelijke kansen geschonden.⁴¹

Het Hof oordeelt terecht dat een duidelijke, controleerbare, doorzichtige en objectieve toetsing dient plaats te vinden. Daarbij moet door de aanbesteder op voorhand worden aangegeven welke factoren worden beoordeeld en welk gewicht aan elk van die factoren toekomt. Ondernemers kunnen zo hun kansen op gunning enigszins inschatten. Een puntenstelsel is daarom onvoldoende objectief en eenduidig als onduidelijk blijft volgens welke maatstaf de punten worden toegekend.⁴² Verwant hieraan is het vereiste dat de gehanteerde criteria voldoende concreet en

38Vgl. Pres. Rb. Utrecht 23 oktober 1997, NJ 1998, 562, idem, 5 februari 1998, NJ 1998, 563.

39Art. 12 lid 1 richtlijn Diensten, art. 7 lid 1 richtlijn Leveringen, art. 8 lid 1 richtlijn Werken. Zie daarover bijv. D.C. Orobio de Castro, BR 1998, blz. 579. Een en ander is uitvloeisel van art. XVIII lid 2 GPA; zie daarover het opmerkelijke vonnis van Pres. Rb. Utrecht 19 december 1997, KG 1998, 86.

40De openbaarmakingsplichten in de richtlijnen vertonen raakvlakken met de verplichtingen uit de Wet openbaarheid van bestuur. De Afdeling rechtspraak van de Raad van State heeft in verband hiermee voorrang gegeven aan toetsing aan de openbaarmakingsregeling in de richtlijnen boven toepassing van de Wob-gronden. Zie ARRvS 5 mei 1997, JB 1997, 169 nt. H. Koning. In vergelijkbare zin: Rb. Zwolle 8 oktober 1997, behandeld door M.J.J.M. Essers, NTER 1998, blz. 1. e.v.

41Hof Arnhem 3 februari 1998, NJ 1998, 564 (r.ov. 4.4). Ik twijfel overigens of men kan spreken van schending van het beginsel van gelijke rechten en kansen. Het heeft er meer van weg dat de aanbesteder het lot heeft laten bepalen aan wie zou worden gegund, en dus heeft veeleer geen beoordeling en weging van de aanbiedingen op objectieve gronden plaatsgevonden. In dergelijke gevallen zijn de kansen op gunningen weliswaar gelijk, maar vindt gunning plaats op niet terzake doende gronden. Mogelijk kan men beter spreken van willekeur.

42Zie recentelijk RvA bouwbedrijven 25 mei 1998, BR 1998, blz. 696.

gedetailleerd zijn.⁴³ Selectiecriteria dienen als gezegd te voldoen aan de eisen van objectiviteit en eenduidigheid; zij dienen in redelijke verhouding te staan tot de aard en omvang van de opgedragen werkzaamheden.⁴⁴ Een eis die niets van doen heeft met de geschiktheid van de opdrachtnemer tot uitvoering, lijkt om die reden niet spoedig toegestaan. Dit betekent overigens niet dat 'politieke criteria' de toets der kritiek nimmer kunnen doorstaan, maar zij komen – zo zagen we in § 3.2 – al spoedig in botsing met (bijvoorbeeld) het non-discriminatiebeginsel.

4 TENSLOTTE: REFLEXWERKING IN HET 'VRIJE VELD'

In het 'vrije veld', daar waar geen geschreven aanbestedingsregels gelden, bestaat contractvrijheid.⁴⁵ De Europese regels zijn niet rechtstreeks van toepassing als de waarde van de opdracht onder een bepaalde financiële drempel blijft.⁴⁶ Voor aanbesteding van bouwwerkzaamheden door de Rijksoverheid geldt dan het UAR 1986, een aanbestedingsregime van nationale herkomst. Ook bij aanbesteding volgens het UAR 1986 dient de Rijksoverheid uiteraard de primaire verplichtingen uit het EG-verdrag na te komen. Voorts kan men zich afvragen of bij toepassing van het nationale aanbestedingsregime geen 'reflexwerking' toekomt aan de fundamentele uitgangspunten die aan de aanbestedingsrichtlijnen ten grondslag liggen. De Raad van Arbitrage voor de bouwbedrijven kent inderdaad enige reflexwerking aan de richtlijnen toe, maar – zoals bij elke analoge toepassing – zal zulks van geval tot geval moeten worden beoordeeld.⁴⁷ Het ligt in elk geval wel voor de hand om in zuiver nationaalrechtelijk genormeerde aanbestedingskwesities eenzelfde invulling en toepassing te geven aan beginselen en begrippen die door de Raad ook in Europeesrechtelijk genormeerde aanbestedingen worden gehanteerd.

Men kan zich ook de vraag stellen wat de betekenis is van de uitgangspunten van het aanbestedingsrecht in die gevallen waarin aanbesteding plaatsvindt waarop geen bijzondere regels van toepassing zijn. Gedacht kan worden aan aanbesteding van 'kleine bouwopdrachten' door lagere overheden en van andere 'kleine opdrachten' in het algemeen,⁴⁸ maar bijvoorbeeld ook aan openbare procedures met betrekking tot overeenkomsten die niet betreffen een 'werk', 'dienst' of 'levering', maar die veel weghebben van wél aanbestedingsplichtige opdrachten. In die gevallen verplicht geen geschreven rechtsregel tot openbare 'aanbesteding'. Het betreft hier een vraag van analogische toepassing en dus moet worden gekeken of de te beoordelen situatie sterk danwel minder sterk verwantschap vertoont met situaties waarin aanbestedingsregels rechtstreeks van toepassing zouden zijn. Een fraai voorbeeld van een geval waarin reflexwerking zou kunnen gelden, is concessieverlening.⁴⁹ Afgezien van specifieke (nationale) wettelijke bepalingen die openbare mededinging naar concessies regelen,⁵⁰ bestaat geen verplicht aanbestedingsregime

43Vgl. E.H. Pijnacker Hordijk, BR 1997, blz. 208-209.

44Zie in dit verband over de 'marginale toetsing' door de RvA bouwbedrijven onder werking van het UAR 1986: Nijholt, a.w. (nt. 0), blz. 106 e.v.

45Vgl. Hof 's-Gravenhage, te kennen uit HR 24 april 1992, NJ 1993, 232 (Zeeland/Hoondert), r.ov. 3: de wetgever heeft nu eenmaal gekozen voor de drempeltechniek, dus die brengt met zich mee dat de juridische situatie boven de drempel anders is als daaronder.

46Zie nt. 7.

47Zie J. Spier, NTBR 1993, blz. 126.

48Op aanbesteding van 'kleine' bouwwerken door andere overheden dan de Rijksoverheid is immers het UAR 1986 niet van rechtswege van toepassing. Op kleine opdrachten tot levering en dienstverlening zijn in het geheel geen aanbestedingsreglementen van toepassing, althans niet van rechtswege.

49Van concessie zou in dit verband kunnen worden gesproken wanneer de dienstverlening niet gericht is op het overheidslichaam maar op het publiek, de dienst een publieke taakstelling van het overheidslichaam betreft, de concessionaris kan beschikken over de baten en ook de economische risico's van de concessie draagt.

50Gedacht kan worden aan de veiling van telecommunicatieconcessies op grond van de Telecommunicatiewet.

voor concessies.⁵¹ Gaat een overheidslichaam niettemin over tot een openbare procedure tot concessieverlening, dan zullen daarbij vergelijkbare uitgangspunten gelden wat betreft waarborging van gelijke rechten en kansen, doorzichtigheid, selectie en gunning aan de hand van objectieve, eenduidige en relevante maatstaven.

In die gevallen waarin geen wettelijke openbare procedure hoeft te worden gevolgd, is er dus weliswaar contractvrijheid, maar deze is allerminst oneindig. De gedachte is bijvoorbeeld wel geopperd dat overheidslichamen eigenlijk altijd openbaar zouden moeten aanbesteden, althans eenieder gelijkelijk tot de onderhandelingstafel (beter: de inschrijvingstafel) toelaten.⁵² Of die stelling in zijn algemeenheid juist is, betwijfel ik.⁵³ Minder gewaagd is mijns inziens de stelling dat *als* voor enige openbare procedure (al dan niet met voorafgaande selectie) wordt gekozen, de contractvrijheid vergaand beperkt wordt. In dergelijke gevallen brengen de beginselen van behoorlijk bestuur en precontractuele redelijkheid en billijkheid een verscherpte zorgvuldigheidsplicht met zich die het effect van geschreven aanbestedingsregels dicht benadert. Het komt daarbij aan op de kracht van de argumenten die aan de desbetreffende aanbestedingsregel ten grondslag liggen. Die bepaalt of alsdan in meer dan wel mindere mate grenzen aan contractvrijheid moeten worden gesteld. Men zou kunnen spreken van sterke of minder sterke reflexwerking van aanbestedingsregels.⁵⁴

De wetgever lijkt terughoudend te zijn als het gaat om beperking van contractvrijheid in het 'vrije veld'. Op besluiten tot het aangaan van contracten zijn wel de artikelen 3:2, 3 en 4 Awb van toepassing, hetgeen concreet betekent dat het overheidslichaam contracteerbeslissingen pas na zorgvuldige afweging van de betrokken belangen neemt en na het vergaren van de nodige kennis, en dat hij daarbij geen misbruik van zijn bevoegdheid maakt (om niet te contracteren).⁵⁵ Maar de memorie van antwoord bij art. 3:1 lid 2 Awb is terughoudend, waar deze overweegt dat

de keuze van een bestuursorgaan voor één bepaalde contractpartner uit vele concurrenten steeds na een zorgvuldige belangenafweging tot stand (moet) komen. Irrelevante belangen mogen de voorkeur niet bepalen. Maar het zal duidelijk zijn dat de noodzaak te kiezen nu eenmaal met zich meebrengt, dat bij een vergelijkbare prijs-kwaliteitverhouding de uiteindelijke belangenafweging nauwelijks aangegeven kan worden. Dit gegeven gevoegd bij het feit dat bestuursorganen bij de keuze van contractpartners een ruime mate van beleidsvrijheid toekomt, zal ertoe leiden dat alleen bij een duidelijk onjuiste belangenafweging de keuze voor een contractpartner als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd.⁵⁶

Deze overweging is misleidend vanzelfsprekend. Marginale toetsing van de contracteerbeslissing is zeker op haar plaats wanneer het overheidslichaam de aanbiedingen van alle gegadigden zorgvuldig op merites heeft beoordeeld en op redelijke gronden een keuze heeft gemaakt. Er valt niets af te dingen op een contracteerbeslissing die aldus tot stand is gekomen. Maar als het fout gaat, gaat het vaak om andere redenen fout: aanbiedingen worden ongezien terzijde gelegd, er wordt geen enkele motivering gegeven van gunningsbeslissingen, de trouwe 'huisaannemer' gaat met de opdracht heen (ook als die meer rekent voor zijn diensten), de aanbieding wordt niet

51Zie M.J.J.M. Essers, NTER 1998, blz. 130-131, dezelfde, NTER 1998, blz. 66. Uitzondering is de opdracht tot verrichten van bouwwerkzaamheden 'in ruil' voor een concessie. Daarop is de richtlijn Werken gedeels van toepassing. Zie art. 1 d jo. art. 3 richtlijn Werken; daarover zie men W. Wedekind, BR 1993, blz. 507 e.v. De Europese Commissie heeft overigens wel plannen om concessieovereenkomsten aanbestedingsplichtig te maken. Zie alinea 2.1.2.4 van de mededeling van de Europese Commissie COM (98) 143 d.d. 11 maart 1998, 'De overheidsopdrachten in de Europese Unie', opgenomen in losbl. Handboek Aanbestedingsrecht, bijlage 1.6A.

52J. Spier, a.w. (nt. 13), blz. 26. Deze gedachte is overigens niet zonder kritiek gebleven; zie M.A.M.C. van den Berg, BR 1986, blz. 32, dezelfde, Samenwerkingsvormen in de bouw, diss. Tilburg 1990, blz. 237 e.v.

53Aldus ook Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w. (nt. 6), blz. 30-31.

54Vgl. J. Spier, NTBR 1993, blz. 126.

55Aangenomen wordt dat via art. 3:1 lid 2 Awb deze regels op contracteerbeslissingen van toepassing zijn.

56PG Awb I, blz. 192.

overwogen omdat de ondernemer niet op een voorkeurslijst staat, omdat hij niet in de regio is gevestigd, of omdat hij personeel in dienst heeft dat als lastig bekend staat bij de aanbestedder. In dergelijke gevallen overtuigt het argument van de contractvrijheid veelal niet. Veeleer zal sprake zijn van een onzorgvuldige contracteerbeslissing. Zorgvuldigheid brengt namelijk mee dat serieuze vergelijking van aanbiedingen plaatsvindt op basis van objectieve en relevante factoren die vergelijking mogelijk maken. Ik sluit bijvoorbeeld niet uit dat de aanbestedingsregels met betrekking tot selectie- en gunningscriteria analoge toepassing verdienen bij vergelijkbare gevallen van 'openbare contractvorming'.⁵⁷ Als een gemeente een bedrijfsterrein met een openbare verkoop aan de man probeert te brengen, en in dat verband de geboden prijs een van meer factoren is, dan hebben meedingende aspirant-kopers er recht op te weten welke de andere factoren zijn, hoe het gewicht van de factoren onderling wordt bepaald en aan de hand van welke maatstaf wordt beoordeeld of en in hoeverre zij aan de gestelde voorwaarden hebben voldaan. De gestelde eisen dienen in een dergelijk geval objectief, eenduidig, proportioneel en relevant te zijn, opdat eenieder gelijke rechten en kansen heeft.

Uit het voorgaande volgt dat bij openbare procedures ook de nodige doorzichtigheid moet worden nagestreefd. Hoewel wordt aangenomen dat overheidslichamen in beginsel hun contracteerbeslissingen niet behoeven te motiveren,⁵⁸ lijkt dat bij openbare contracteerprocedures een onjuist uitgangspunt. Het doel dat met openbaarheid wordt nagestreefd is immers veelal mededinging: door openbaarheid komt het meest aantrekkelijke aanbod naar voren. Het overheidslichaam heeft zich vooraf dus een beeld gevormd van hetgeen het 'meest aantrekkelijke aanbod is' en het zal verantwoording moeten afleggen over toekenning van dit predikaat aan een van de aanbiedingen. Een inzichtelijke motivering maakt het voor alle betrokkenen immers mogelijk te toetsen of het beginsel van gelijke rechten en kansen is geëerbiedigd. Bovendien kunnen veelal Wob-verzoeken worden gedaan ten aanzien van documenten over de besluitvorming.⁵⁹ Mede om het verwijt van willekeur te voorkomen, lijkt het formuleren van een dragende motivering van de genomen besluiten dan toch noodzakelijk.

Bij dit alles moet tenslotte worden bedacht dat Europese invloeden ook in vrije onderhandelingen merkbaar zijn. Zo is het bedrijven van 'correcte politiek' via aanbesteding een hachelijke zaak. Zou een Nederlandse gemeente Franse ondernemingen van mededinging uitsluiten vanwege de Franse kernproeven in de Stille Oceaan, dan sneuvelt een dergelijk negatief selectie criterium wegens strijd met het non-discriminatiebeginsel, ook wanneer het een overeenkomst betreft die niet aan een aanbestedingsregime is onderworpen. De contractvrijheid in het 'vrije veld' is dus zeker niet onbegrensd.

⁵⁷Aldus ook J. Spier, NTBR 1993, blz. 126.

⁵⁸Zie PG Awb I, blz. 86 en 189. Voorzichtiger: W. Snijders, WPNR 6074 (1992), blz. 1000.

⁵⁹Vgl. hierover Pres. Rb. Utrecht 1 september 1997, AB Awb-katern 1998, nr. 92, Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 1997, BR 1998, blz. 341, KG 1997, 202.