

# 88. Aandachtspunten bij een private aanbesteding: met welke regels heeft de private opdrachtgever te maken?

MR. S. ENGELS EN MR. M.J. VERBAKEN

Over het algemeen wordt aangenomen dat er reeds sprake is van een aanbesteding wanneer opdrachtgever verschillende ondernemers<sup>1</sup> uitnodigt tot het doen van een aanbod met de bedoeling de verschillende uitgenodigde ondernemers met elkaar in rechtstreekse competitie te laten treden.<sup>2</sup> Wat geldt er voor aanbestedingen die door partijen worden georganiseerd die niet kwalificeren als aanbestedende dienst, de zogenaamde 'private aanbestedingen'? Hoe kunnen private partijen het beste een opdracht in de markt zetten en waar dienen ze daarbij op te letten?

Het wettelijk kader van het aanbestedingsrecht wordt in Nederland gevormd door de Aanbestedingswet 2012 (AanbW 2012).<sup>3</sup> Een aantal zaken uit de AanbW 2012 is nader uitgewerkt in het Aanbestedingsbesluit, waarin onder meer de Gids Proportionaliteit<sup>4</sup> en het Aanbestedingsreglement Werken 2016<sup>5</sup> zijn opgenomen. Dit wettelijk kader is van toepassing op overheidsopdrachten. Een overheidsopdracht is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners/leveranciers/aannemers en een of meer aanbestedende diensten.<sup>6</sup> Indien de geraamde waarde van een dergelijke overheidsopdracht boven de betreffende Europese drempelwaarden<sup>7</sup> uitkomt, dient de opdracht Euro-

pees te worden aanbesteed.<sup>8</sup> Voor overheidsopdrachten met een geraamde waarde lager dan deze drempelwaarden, gelden in principe minder regels. Wel zijn op deze opdrachten in beginsel de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing.<sup>9</sup> Op deze beginselen gaan wij verderop in dit artikel nader in.

Maar wat geldt er voor aanbestedingen die door partijen worden georganiseerd die niet kwalificeren als aanbestedende dienst, de zogenaamde 'private aanbestedingen'?<sup>10</sup> Vaak heerst de gedachte dat voornoemd gereguleerd kader voor aanbestedingen uitsluitend van toepassing is op (semi-)overheidsopdrachtgevers, aangezien die als aanbestedende dienst kwalificeren. Voor private partijen die een opdracht in de markt willen zetten en die niet tot naleving van het hiervoor beschreven gereguleerde aanbestedingsrecht verplicht zijn, zou dan niets gelden of alleen de eventueel tussen partijen in dat kader gemaakte afspraken. Dit is echter niet het geval. Er gelden ook bij dergelijke private aanbestedingen verschillende regels die private opdrachtgevers in acht dienen te nemen.

Aan de andere kant zien wij in de praktijk juist ook gevallen waarin private opdrachtgevers onnodig het wettelijke kader volgen en zelfs een Europese aanbestedingsprocedure

1 Zie de definitie van een ondernemer in art. 1.1 AanbW 2012: 'een aanne-mer, leverancier of dienstverlener'.

2 Zie C.E.C. Jansen, 'Grenzen aan de contracteervrijheid van private aanbesteders?' *Contracteren*, oktober 2010/3, p. 79-88.

3 Met deze nationale wet geeft Nederland invulling aan de Europese richtlijnen voor aanbesteden, te weten Richtlijn (EU) nr. 2014/24, *PbEU* 2014, L94/65 (gunnen overheidsopdrachten), Richtlijn (EU) nr. 2014/25, *PbEU* 2014, L94/243 (gunnen opdrachten water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten) en Richtlijn (EU) nr. 2014/23, *PbEU* 2014, L94/1 (gunnen concessieopdrachten).

4 De Gids Proportionaliteit beschrijft de wijze waarop met het begrip 'proportionaliteit' bij aanbestedingen moet worden omgegaan.

5 Het Aanbestedingsreglement Werken 2016 beschrijft de procedures voor het aanbesteden van opdrachten voor werken (onder de Europese drempelwaarden).

6 Zie art. 1.1 AanbW 2012, waarin een aanbestedende dienst als volgt is gedefinieerd: 'de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen'.

7 De Europese Commissie stelt deze bedragen elke twee jaar vast. Zo bedraagt het huidige drempelbedrag voor overheidsopdrachten voor werken € 5.350.000, voor leveringen en diensten voor centrale overheden € 139.000 en voor decentrale overheden € 214.000.

8 In dat geval dient te opdracht vooraf bekend te worden gemaakt in het Europese Publicatieblad (in Nederland via de publicatiemodule van TenderNed), waardoor ondernemers uit alle EU-lidstaten zich kunnen inschrijven op de opdracht. Daarbij kan in beginsel gekozen worden uit een van de twee Europese standaardprocedures, te weten de openbare procedure (art. 2.26 AanbW 2012) of de niet-openbare procedure (art. 2.27 AanbW 2012), en verschillende specifieke procedures. Op deze procedures zijn de (procedurele) regels uit deel 2, 2A en 3 AanbW 2012 van toepassing.

9 Zoals volgt uit art. 1.11 AanbW 2012.

10 Waar wij hierna spreken over 'private aanbestedingen' en 'private partijen', doelen wij op aanbestedingen georganiseerd door organisaties die niet als 'aanbestedende dienst' kwalificeren in de zin van de AanbW 2012.

opzetten in de veronderstelling dat zij daartoe verplicht zijn. Dit brengt echter hoge administratieve lasten met zich mee en een grotere kans op discussies met de inschrijvers<sup>11</sup>, aangezien in dat geval ook buitenlandse partijen de mogelijkheid hebben om aan de aanbestedingsprocedure deel te nemen waardoor de kring van potentiële gegadigden veel groter is.<sup>12</sup> Bovendien krijgt de private opdrachtgever dan te maken met complexe regelgeving waarmee hij doorgaans geen ervaring heeft.

De vraag is dan ook hoe private partijen het beste een opdracht in de markt kunnen zetten en waar ze daarbij op dienen te letten. Teneinde daarvoor een duidelijk kader te kunnen geven, gaan wij hierna eerst (kort) in op de in de aanbestedingsfase geldende eisen van redelijkheid en billijkheid en de relevante algemene beginselen van het aanbestedingsrecht. Vervolgens komen wij op basis van een uiteenzetting van de relevante jurisprudentie voor private aanbestedingen tot verschillende aandachtspunten voor private opdrachtgevers.

## 1. Precontractuele redelijkheid en billijkheid

Zoals bekend, komt een overeenkomst tot stand door aanbod en aanvaarding.<sup>13</sup> Het aanbod en de aanvaarding moeten daartoe op elkaar aansluiten.<sup>14</sup> Doorgaans betekent dit dat er wilsovereenstemming tussen partijen bestaat, dan wel dat de ene partij de wilsverklaring van de andere partij redelijkerwijs op een bepaalde manier heeft mogen opvatten.<sup>15</sup>

Voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst wordt door partijen echter regelmatig onderhandeld over de vormgeving van de overeenkomst en de afspraken die daarin vastgelegd dienen te worden. In beginsel zijn partijen vrij om al dan niet een overeenkomst aan te gaan en kunnen zij de onderhandelingen staken als zij niet tot een overeenkomst komen (zoals volgt uit het beginsel van contractsvrijheid). Onder bepaalde omstandigheden kan dit echter anders zijn. De rechtsverhouding van de onderhandelende partijen is immers onderworpen aan de eisen van redelijkheid en billijkheid.<sup>16</sup> Deze eisen gelden ook in de fase voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst, de zogenaamde precontractuele fase, en brengen onder andere mee dat partijen in deze fase hun gedrag mede moeten laten

bepalen door elkaars gerechtvaardigde belangen.<sup>17</sup> Dit kan als gevolg hebben dat het partijen in het geheel niet meer is toegestaan zich terug te trekken uit het onderhandelingsproces, althans niet zonder daarvoor schadevergoedingsplichtig jegens de wederpartij te zijn.<sup>18</sup> Als maatstaf voor de beoordeling of de partij die de onderhandelingen afbreekt verplicht is de schade aan de kant van de wederpartij te vergoeden, geldt onder andere of deze laatste partij er gerechtvaardigd op heeft vertrouwd dat een overeenkomst tot stand zou komen.<sup>19</sup> Is dat het geval, dan is de afbrekende partij verplicht niet alleen de in het kader van de onderhandelingen gemaakte kosten van de wederpartij te vergoeden, maar ook het zogenaamde positief contractbelang, bestaande uit de gederfde winst van deze partij.<sup>20</sup>

Een aanbesteding betreft eveneens de precontractuele fase, zij het dat de aanbestedingsprocedure een gereguleerd kader geeft waarin in beginsel geen ruimte is voor onderhandelingen, maar partijen zich nog steeds dienen te gedragen overeenkomstig de in deze fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid.<sup>21</sup> De deelnemers aan de aanbestedingsprocedure doen ieder een aanbod in de zin van art. 6:217 BW. Het betreft een onherroepelijk aanbod dat geldt zolang de zogenaamde gestanddoeningstermijn loopt, waarbinnen dit aanbod niet kan worden teruggenomen.<sup>22</sup> Een aanbestedende dienst kan vervolgens overgaan tot (voorlopige) gunning, maar dient daarbij wel een termijn van minimaal twintig kalenderdagen in acht te nemen om de inschrijvers in staat stellen om bezwaar aan te tekenen tegen de (voorlopige) gunningsbeslissing, voordat de overeenkomst tot stand kan komen.<sup>23</sup> Voor een private opdrachtgever geldt een dergelijke regel niet: zijn bericht dat de opdracht gegund wordt aan een bepaalde partij, houdt een aanvaarding in van het aanbod van die partij. Hiermee komt de overeenkomst tussen partijen tot stand.

## 2. Algemene beginselen van het aanbestedingsrecht

De precontractuele redelijkheid en billijkheid kunnen er echter wel toe leiden dat de algemene beginselen van het

11 Art. 1.1 AanbW 2012: 'een ondernemer die een inschrijving heeft ingediend'.

12 Zoals hiervoor toegelicht, wordt een opdracht die Europees wordt aanbesteed immers vooraf bekendgemaakt in het Europese Publicatieblad, waardoor ondernemers uit alle EU-lidstaten zich kunnen inschrijven op de opdracht, met als waarschijnlijk gevolg meer gegadigden (een gegadigde is een ondernemer die heeft verzocht om een uitnodiging, of is uitgenodigd, om deel te nemen aan – kort gezegd – een aanbestedingsprocedure, zoals volgt uit art. 1.1 van de AanbW 2012).

13 Art. 6:217 BW.

14 Dit kan mondeling, schriftelijk, door een gedraging of onder omstandigheden door stilzwijgen kenbaar worden gemaakt (de wilsverklaring), zoals volgt uit art. 3:33 jo. 3:37 BW.

15 Art. 3:35 BW.

16 Art. 6:2 lid 1 BW.

17 HR 15 november 1957, *NJ* 1958/67, (*Baris/Riezenkamp*). Zie ook art. 3:11 en 3:12 BW.

18 Zie HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, p. 723 (*Plas/Valburg*), maar ook HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, p. 1017 (*VSH/Shell*) en HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005, p. 467 (*CBB/JPO*).

19 Zie HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005, p. 467 (*CBB/JPO*), r.o. 3.6, waarin de Hoge Raad verwijst naar HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, p. 1017 (*VSH/Shell*); HR 4 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2158, *NJ* 1997/65, (*ABB Industrie en ULC Groep/Staat, ABB/Staat, Combinatie/Staat*) en HR 14 juni 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2105, *NJ* 1997, p. 481, (*De Ruijterij/MBO-Ruiters*).

20 Hetgeen ook volgt uit onder meer HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, p. 723 (*Plas/Valburg*), maar ook HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, p. 1017 (*VSH/Shell*) en HR 12 augustus 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT7337, *NJ* 2005, p. 467 (*CBB/JPO*).

21 Zie onder meer HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, *NJ* 2004, p. 35 (*RZG/ComforMed*), waarop wij verderop in dit artikel nader zullen ingaan.

22 De gestanddoeningstermijn staat niet in de AanbW 2012 of de EU-richtlijnen vermeld, maar wel in het Aanbestedingsreglement Werken 2016.

23 Art. 2.127 AanbW 2012.

aanbestedingsrecht (kort gezegd: de aanbestedingsbeginselen) van toepassing zijn op een dergelijke private aanbesteding, zoals wij hierna zullen toelichten. Deze beginselen vinden hun oorsprong in de Europese verdragen en de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie.<sup>24</sup> Maar over welke beginselen hebben we het dan?

### De precontractuele redelijkheid en billijkheid kunnen ertoe leiden dat de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht van toepassing zijn op een private aanbesteding

Het wettelijk kader geeft aan dat het gelijkheidsbeginsel, het non-discriminatiebeginsel, het transparantiebeginsel en het proportionaliteitsbeginsel worden onderscheiden als de aanbestedingsbeginselen.<sup>25</sup> Op basis van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel dient een aanbestedende dienst de ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze te behandelen.<sup>26</sup> Als uitvloeisel van het gelijkheidsbeginsel is het transparantiebeginsel van toepassing, hetgeen onder meer inhoudt dat een aanbestedende dienst aan het begin van een aanbestedingsprocedure een passende mate van openbaarheid moet betrachten en dat de gunning van een opdracht moet worden gemotiveerd.<sup>27</sup> Het proportionaliteitsbeginsel verplicht dat een afweging plaats dient te vinden van de gevolgen, zowel in positieve als in negatieve zin, die door een bepaalde maatregel veroorzaakt worden.<sup>28</sup> Dit beginsel is voor overheidsopdrachten uitgewerkt in de hiervoor aangehaalde Gids Proportionaliteit.

Deze aanbestedingsbeginselen zijn (inmiddels) gecodificeerd in de Aanbestedingswet 2012. Het is echter lange tijd de vraag geweest in hoeverre en in welke mate deze beginselen ook van toepassing zijn op private aanbestedingen.

### 3. Juridisch kader van private aanbestedingen

Zoals eerder ook geconstateerd in de recent in dit tijdschrift verschenen aanbestedingsrechtelijke kroniek van de Europese en nationale jurisprudentie van 2019, is de spoeling qua recente jurisprudentie op het gebied van private aanbestedingen (zeer) dun.<sup>29</sup> De geldende rechtsregels voor private aanbestedingen vinden hun basis dan ook voornamelijk in jurisprudentie van vóór 2019.

In dat kader is allereerst *RZG/ComforMed* uit 2003 van belang.<sup>30</sup> Hierin oordeelde de Hoge Raad dat indien een publiekrechtelijke instelling (in dit geval een ziekenfonds) onverplicht, vanwege de relatief geringe waarde van de opdracht, kiest om een aanbestedingsprocedure op te starten, zij gehouden is zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Voor 'een aanbesteding als de onderhavige'<sup>31</sup> betekent dat volgens de Hoge Raad dat een dergelijke opdrachtgever gehouden is de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen (en zich dus dient te gedragen conform het gelijkheidsbeginsel).<sup>32</sup>

Dit oordeel van de Hoge Raad werd vervolgens overgenomen door de lagere rechters en eveneens toegepast in het geval van private aanbestedingen.<sup>33</sup>

Zo overwoog de Rechtbank Den Haag in 2012 in *Van Rhijn Bouw/Het Raamwerk* dat Het Raamwerk, een particuliere zorginstelling, door het uitschrijven van een onderhandse biedprocedure gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid in de precontractuele fase en de aanbieders erop mochten rekenen dat daarbij door Het Raamwerk de algemene beginselen van aanbestedingsrecht zoals het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het vertrouwensbeginsel<sup>34</sup> in acht zouden worden genomen.<sup>35</sup>

In de lagere rechtspraak werd de werkingssfeer van de aanbestedingsbeginselen in het geval van private aanbestedingen in feite steeds verder opgerekt, zelfs zover dat de contractsvrijheid van private partijen in het gedrang leek te komen.

#### 3.1 Contractsvrijheid

Hieraan werd in 2013 door de Hoge Raad in *KLM/CCC* een einde gemaakt.<sup>36</sup> In deze zaak had KLM een zogenoemde Request for Quotation (RFQ) uitgeschreven voor het verrichten van bepaalde schoonmaakwerkzaamheden en gunde KLM de opdracht uiteindelijk aan de partij die

24 Dit volgt onder meer uit HvJ EG 25 april 1996, nr. C-87/94 (*Waalse Bussen*).  
Volgt uit art. 1.7 AanbW 2012.

26 Zie art. 1.8 AanbW 2012.

27 Zie art. 1.9 en art. 1.12 lid 2 AanbW 2012.

28 Zie art. 1.10 en 1.13 AanbW 2012.

29 I.J. van den Berge e.a., 'Kroniek Europese en nationale jurisprudentie aanbestedingsrecht en adviezen van de Commissie van Aanbestedings-experts 2019', *TA* 2020/52, Den Haag: Sdu 2020, p. 13-74.

30 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, *NJ* 2004, p. 35 (*RZG/ComforMed*).

31 De Hoge Raad heeft in 2013 in het *KLM/CCC*-arrest (zie ook hierna) verduidelijkt wat hieronder dient te worden verstaan, namelijk de gevallen waarin een aanbestedende dienst onverplicht tot aanbesteden overgaat. Daarmee werd duidelijk dat dit derhalve niet gold voor private partijen die een opdracht in de markt zetten.

32 HR 4 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF2830, *NJ* 2004, p. 35 (*RZG/ComforMed*), r.o. 3.4.4.

33 Zie bijvoorbeeld Rb. Utrecht (vzr.) 19 september 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BF1682, Rb. Amsterdam (vzr.) 6 mei 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BI4270 (*Commercial Cleaning BV/KLM NV*), zijnde de uitspraak in eerste aanleg van het hierna aangehaalde *KLM/CCC*-arrest en Rb. Amsterdam (vzr.) 8 april 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BM1229.

34 Het vertrouwensbeginsel valt overigens niet onder de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zoals gecodificeerd in de AanbW 2012, zoals wij die hiervoor kort hebben beschreven.

35 Rb. Den Haag, 3 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY0155, «JAAN» 2012, p. 175 (*Van Rhijn Bouw/Het Raamwerk*), r.o. 4.2.

36 HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, *NJ* 2013, p. 572 (*KLM/CCC*).

zij als enige een tweede keer in staat had gesteld haar prijs naar beneden bij te stellen. Volgens de Hoge Raad was dit echter toegestaan omdat het een private aanbesteding betrof en KLM in haar aanbestedingsvoorwaarden duidelijk had aangegeven dat zij hiertoe over zou kunnen gaan.

De Hoge Raad oordeelde dat als uitgangspunt bij een private aanbesteding geldt dat de Europese en Nederlandse regelgeving met betrekking tot overheidsaanbestedingen *niet* van toepassing is. Uit de contractsvrijheid vloeit volgens de Hoge Raad voort dat het een private opdrachtgever in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten. Dit laat onverlet dat een beroep op een zodanige uitsluiting in verband met de bijzondere omstandigheden van het betrokken geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn.<sup>37</sup> Daarbij dient men bijvoorbeeld te denken aan een sterke onevenwichtigheid in de relatie tussen de aanbestedder en potentiële gegadigde marktpartijen door de economische machtspositie / dominante marktpositie van de aanbestedder.<sup>38</sup>

Van belang voor de vraag of het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel bij een private aanbesteding in acht moeten worden genomen, is de uitleg die aan de aanbestedingsvoorwaarden dient te worden gegeven en de verwachtingen die de (potentiële) aanbidders op basis daarvan redelijkerwijs mochten hebben. Of in een concreet geval een dergelijke verwachting is gewekt, is volgens de Hoge Raad eveneens afhankelijk van de aanbestedingsvoorwaarden alsmede van de overige omstandigheden van het geval, waaronder de hoedanigheid van de betrokken partijen.<sup>39</sup>

Uit dit arrest van de Hoge Raad kan opgemaakt worden dat een private opdrachtgever op grond van de contractsvrijheid in beginsel vooraf duidelijk mag aangeven dat hij op onderdelen zal afwijken van de van toepassing zijnde aanbestedingsbeginselen. Door de Rechtbank Oost-Brabant wordt deze leer ook wel aangeduid als de *'lossere beoordelingsmaatstaf'*, waarin aan het beginsel van de contractsvrijheid onder omstandigheden meer gewicht kan worden toegekend dan in het strikte regime bij publieke aanbestedingen het geval is.<sup>40</sup>

### 3.2 Hoedanigheid van de betrokken partijen

Wat moet worden verstaan onder de 'hoedanigheid van de betrokken partijen' is vervolgens in 2013 nader gepreciseerd door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in *PG Goutum/Smederij*.<sup>41</sup>

Het hof overwoog daarin dat een private opdrachtgever zich wel kan binden aan het (overheids)aanbestedingsrecht dan wel delen daarvan, maar dat er in dat geval wel concrete aanwijzingen moeten zijn die meer inhouden dan alleen het organiseren van enige vorm van een aanbestedingsprocedure. Volgens het hof kan de omvang van PG Goutum (de private opdrachtgever), die enkele kerkgebouwen beheert, als speler op de relevante markt geen verwachtingen op dit punt in het leven hebben geroepen en geldt dat PG Goutum zich niet vrijwillig aan de voor overheidsaanbestedingen geldende regels heeft onderworpen en ook niet de indruk heeft gewekt dat zij dat zou doen.<sup>42</sup>

## Een private opdrachtgever kan zich binden aan het (overheids)aanbestedingsrecht, maar daarvoor is meer nodig dan enkel het organiseren van een aanbestedingsprocedure

Indien wij dit arrest vergelijken met *KLM/CCC*, dan valt hieruit op te maken dat (i) in het geval de private opdrachtgever *geen grote speler* is op de relevante markt waarin de opdracht wordt aanbesteed, zoals bij PG Goutum het geval was, de aanbestedingsbeginselen *niet* van toepassing zijn, *tenzij* de private opdrachtgever zich expliciet (in de aanbestedingsvoorwaarden) aan de werking van deze beginselen heeft onderworpen dan wel de indruk heeft gewekt dat hij zulks zou doen<sup>43</sup> en dat (ii) in het geval de private opdrachtgever *wel een grote speler* is op de relevante markt, zoals bij KLM het geval was, de aanbestedingsbeginselen *wel* van toepassing zijn, *tenzij* de private opdrachtgever uitdrukkelijk in de aanbestedingsstukken van deze beginselen is afgeweken.<sup>44</sup>

De lijn zoals uiteengezet door de Hoge Raad in *KLM/CCC* en aangevuld door het Hof Arnhem-Leeuwarden in *PG Goutum/Smederij* is vervolgens de maatstaf geworden voor private aanbestedingen.

Zo oordeelde het Gerechtshof Den Haag in *Het Raamwerk/Van Rhijn Bouw*<sup>45</sup> in lijn met *KLM/CCC* dat het een private opdrachtgever is toegestaan om, ook indien de algemene beginselen van aanbestedingsrecht van toepassing zijn, een

37 R.o. 3.4, 3.5 en 3.7 van dat arrest.

38 Zie ook: P. van den Oord, 'Private aanbestedingen', *ORP* 2015/195, p. 4.

39 R.o. 3.4 en 3.7 van het *KLM/CCC*-arrest.

40 Zie V.zr. Rb. Oost-Brabant 27 februari 2015, ECLI:NL:RBOBR:2015:1327, r.o. 4.7.

41 Hof Arnhem-Leeuwarden, 2 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:4715, «JAAN» 2013, p. 149 (*PG Goutum/Smederij*).

42 R.o. 6.4 van dat arrest.

43 R.o. 6.4 van dat arrest.

44 Zoals ook volgt uit HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ2900, *NJ* 2013, p. 572 (*KLM/CCC*). Zoals ook betoogd door C.E.C. Janssen in de noot bij dit arrest (pnt. 6), is de ratio hierachter dat professionele private opdrachtgevers op basis van eerdere ervaringen veelal voldoende inzicht zouden moeten hebben in de belangen van de (potentiële) deelnemers en de mogelijkheid om de aanbestedingsbeginselen uit te sluiten, waarbij ook de economische machtspositie die de private opdrachtgever op de desbetreffende markt inneemt relevant is.

45 Hof Den Haag, 30 september 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:3028, «JAAN» 2014, p. 213 (*Het Raamwerk/Van Rhijn Bouw*). Dit betrof het hoger beroep van de zaak *Van Rhijn Bouw/Het Raamwerk* bij Rb. Den Haag van 3 oktober 2012, zoals hiervoor beschreven.

aanbestedingsprocedure af te breken en vervolgens niet te kiezen voor een nieuwe aanbestedingsprocedure, maar met één partij te onderhandelen om te komen tot een overeenkomst die hij passend acht, ongeacht of die onderhandelingen tot een wezenlijke wijziging van de opdracht leiden.<sup>46</sup>

### 3.3 Expliciet uitsluiten van de aanbestedingsbeginselen

Indien het de bedoeling is dat de aanbestedingsbeginselen niet van toepassing zijn, is nog wel van belang dat de private opdrachtgever deze beginselen *expliciet* uitsluit en dit door de inschrijver wordt aanvaard (door in te schrijven), zoals de Rechtbank Amsterdam in 2013 oordeelde in *Brinks/GSN*.<sup>47</sup> Het is immers de vraag in hoeverre een inschrijver op basis van een algemene bepaling erop kan vertrouwen dat alle aanbestedingsbeginselen op de betreffende aanbesteding niet van toepassing zijn.<sup>48</sup>

### 3.4 Gewekte verwachtingen

Ook als de aanbestedingsbeginselen niet van toepassing zijn, dient de private opdrachtgever nog steeds rekening te houden met de verwachtingen die hij heeft gewekt bij de deelnemende partijen. In hoeverre is het een private opdrachtgever bijvoorbeeld toegestaan om een aanbestedingstraject af te breken en de opdracht opnieuw in de markt te zetten?

Hier ging de Rechtbank Limburg in 2018 in *Monsdal/Daelzicht* op in, waarbij het de aanbesteding van onderhoudswerkzaamheden in de buitenruimte betrof.<sup>49</sup> De private opdrachtgever Daelzicht (een zorgorganisatie) had de aanbestedingsbeginselen niet expliciet van toepassing verklaard en evenmin uitdrukkelijk uitgesloten. De inschrijver Monsdal mocht er volgens de rechtbank dan ook als ervaren, landelijke speler op de markt van groenonderhoud in alle redelijkheid niet van uitgaan dat sprake was van een private aanbesteding die zich aan het aanbestedingsrecht of de aanbestedingsbeginselen wenste te binden. Echter, door de beoordelingsprocedure en de gunningscriteria uitgebreid te beschrijven, had Daelzicht volgens de rechtbank wel de verwachting gewekt dat daarvan niet zou worden afgeweken.<sup>50</sup> Zo had Daelzicht opgeschreven dat (i) inschrijvingen die niet voldoen aan de eisen uit de eigen verklaring niet verder in behandeling zouden worden genomen, en dat (ii) de inschrijver die voldoet aan de gestelde eisen én de economisch meest voordelige inschrijving heeft gedaan recht heeft op gunning van het werk. Daarbij achtte de

rechtbank het ook relevant dat een beoordelingscommissie de inschrijvingen toetst aan een vast kader van kwaliteitscriteria.<sup>51</sup>

## Een private opdrachtgever kan zodanig verwachtingen hebben gewekt waardoor hij niet zomaar de aanbestedingsprocedure kan afbreken zonder een schadevergoeding te betalen

Daelzicht besloot echter om Monsdal de opdracht te onthouden op andere gronden dan die volgden uit de beoordelingsprocedure en die voor Monsdal ook niet te voorzien waren, hetgeen volgens de rechtbank een situatie vormde die, gezien de omstandigheden van het geval, gekarakteriseerd moest worden als het afbreken van onderhandelingen op een moment dat zulks op grond van de precontractuele redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.<sup>52</sup> Desondanks was de rechtbank wel van oordeel dat het Daelzicht in het licht van de contractsvrijheid vrijstond om 'het offer-tetraject' geheel af te breken en de opdracht opnieuw in de markt te zetten, maar dat zij dan wel een schadevergoeding verschuldigd was aan Monsdal.<sup>53</sup>

Dit sluit aan bij de eerder genoemde jurisprudentie over het afbreken van onderhandelingen in de precontractuele fase.<sup>54</sup> De rechtbank verwijst in *Monsdal/Daelzicht* niet expliciet naar deze jurisprudentie, maar overweegt in lijn daarmee wel het volgende:

'Dat in de procedure elke ruimte tot onderhandelen ontbreekt, betekent immers niet dat er met de uitnodiging deel te nemen en met het uitbrengen van de offerte niet reeds een situatie kan zijn ontstaan waarin zonder dat reeds een overeenkomst tot stand is gekomen, er een gerechtvaardigd vertrouwen is dat daartoe ook daadwerkelijk wordt overgegaan.'<sup>55</sup>

Hieruit volgt dat ook als de aanbestedingsbeginselen niet van toepassing zijn, een private opdrachtgever door de wijze waarop hij de aanbestedingsprocedure heeft ingestoken, verwachtingen kan hebben gewekt bij de aan de aanbesteding deelnemende partijen en hij daardoor niet zomaar de aanbestedingsprocedure kan afbreken zonder

46 R.o. 8 van dit arrest.

47 Rb. Amsterdam, 18 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8748, «JAAN» 2014, p. 47 (*Brinks/GSN*), r.o. 4.15.

48 Zie ook de annotatie van C.E.C. Jansen op deze uitspraak.

49 Rb. Limburg 19 juni 2018, ECLI:NL:RBLIM:2018:5956, «JAAN» 2018, p. 165 (*Monsdal/Daelzicht*), r.o. 4.3.

50 R.o. 4.3 van deze uitspraak.

51 Eveneens r.o. 4.3 van deze uitspraak.

52 R.o. 4.4 van deze uitspraak.

53 R.o. 4.6 van deze uitspraak.

54 Zie ook P. van den Oord, 'Private aanbestedingen', *ORP* 2015/195, p. 6, die in het kader van het beëindigen van een private aanbestedingsprocedure nadat inschrijvers een offerte hebben uitgebracht een vergelijking trekt met de derde fase van het leerstuk van afgebroken onderhandelingen zoals volgt uit het hiervoor aangehaalde *Plas/Valburg*, in welke fase de beëindigende partij gehouden is om het positieve contractbelang te vergoeden.

55 R.o. 4.4 van deze uitspraak.

verplicht te zijn daarvoor een schadevergoeding te betalen aan deze partijen.<sup>56</sup>

#### 4. Aandachtspunten

Juist de vrijheid van een private opdrachtgever om de aanbestedingsprocedure zo in te richten als hem goeddunkt, kan dan ook een valkuil zijn. Private opdrachtgevers zullen door het ontbreken van een duidelijk kader zoals geldt voor gereguleerde aanbestedingen immers eerder in strijd handelen met de precontractuele redelijkheid en billijkheid.<sup>57</sup>

Zoals hiervoor al kort opgemerkt, is bijvoorbeeld in art. 2.129 AanbW 2012 expliciet bepaald dat de mededeling van de (voorlopige) gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst geen aanvaarding inhoudt als bedoeld in art. 6:217 BW. Dit zorgt ervoor dat een inschrijver er niet snel gerechtvaardigd op kan vertrouwen dat een overeenkomst met hem gesloten wordt. Daarentegen kan een private opdrachtgever in lijn met *Monsdal/Daelzicht* al in een betrekkelijk vroeg stadium verplicht zijn de schade aan de kant van de inschrijvers te vergoeden indien hij een private aanbesteding afbreekt terwijl de inschrijvers er gerechtvaardigd op vertrouwden dat er een overeenkomst tot stand zou komen.<sup>58</sup>

### Het is van belang om als private opdrachtgever een voldoende duidelijk kader neer te zetten, zodat de inschrijvers weten waaraan ze moeten voldoen

De precontractuele redelijkheid en billijkheid kunnen daarnaast meebrengen dat de private opdrachtgever gebonden raakt aan de aanbestedingsbeginselen door de uitleg van de aanbestedingsstukken. Dit zal vermoedelijk tot weinig discussie tussen partijen leiden indien daarin expliciet is aangegeven of de aanbestedingsbeginselen van toepassing worden verklaard of juist worden uitgesloten. Maar wat nu als dit niet of niet voldoende expliciet heeft plaatsgevonden? Zo kan bijvoorbeeld uit de aanbestedingsvoorwaarden onvoldoende duidelijk blijken welk gunningscriterium de aanbestedende partij voornemens is te hanteren, of kunnen dergelijke aanbestedingsvoorwaarden zelfs in zijn geheel ontbreken. Is een private opdrachtgever in dergelijke gevallen, op grond van de contractsvrijheid, dan niet aan de aanbestedingsbeginselen gebonden en heeft hij alle vrijheid bij het maken van zijn keuze wat de winnende inschrijving zal zijn?

56 De grondslag van de schadevergoedingsplicht van de (private) opdrachtgever bij het afbreken van een aanbestedingsprocedure lijkt hier te zijn het uitbrengen van de offerte. Het is echter de vraag of daaraan een dergelijk gewicht zou moeten worden toegekend, gelet ook op de consequentie daarvan voor de (private) opdrachtgever indien meerdere inschrijvers een offerte indienen.

57 Zie ook: P. van den Oord, 'Private aanbestedingen', *ORP* 2015/195.

58 Zie par. 3.4 van dit artikel.

De beoordeling hiervan zal neerkomen op de uitleg van de aanbestedingsstukken en de verwachting die de inschrijver op basis daarvan (redelijkerwijs) mocht hebben. In beginsel dient dit naar objectieve maatstaven te worden uitgelegd, waarbij de bewoordingen van een specifieke bepaling, gelezen in het licht van het geheel van alle stukken van de procedure, van doorslaggevende betekenis zijn (de zogenaamde cao-norm).<sup>59</sup> Hierbij dient echter wel rekening te worden gehouden met hetgeen binnen de kring waartoe de inschrijvers behoren gebruikelijk is.<sup>60</sup> Bovendien dient volgens de rechtbank in aanmerking te worden genomen of een private opdrachtgever het recht heeft voorbehouden om een redelijke uitleg te geven in geval van onvolkomenheden, onduidelijkheden, tegenstrijdigheden of anderszins.<sup>61</sup>

Het is dan ook van belang om als private opdrachtgever een voldoende duidelijk kader neerzetten, zodat de inschrijvers weten waaraan ze dienen te voldoen.

Zo dient een private opdrachtgever voldoende transparant te communiceren met de partijen die hij wil uitnodigen voor een aanbesteding en verdient het aanbeveling dat de private opdrachtgever in de aanbestedingsvoorwaarden expliciet aangeeft of en zo ja, welke aanbestedingsbeginselen van toepassing zijn op de private aanbesteding of dat de toepasselijkheid van de aanbestedingsbeginselen geheel is uitgesloten. Daarbij doet de private opdrachtgever er ook verstandig aan om in de aanbestedingsvoorwaarden duidelijke voorbehouden te maken, bijvoorbeeld het voorbehoud dat een opdracht pas is gegund (aanvaard) bij definitieve ondertekening van de overeenkomst door partijen. Teneinde ervoor te zorgen dat er geen discussie ontstaat tussen partijen over de uitleg van bepaalde aanbestedingsvoorwaarden, kan de private opdrachtgever in de aanbestedingsvoorwaarden eveneens het recht voorbehouden om bij tegenstrijdigheden of onduidelijkheden een redelijke uitleg te mogen hanteren voor de betreffende aanbestedingsvoorwaarde.

Daarnaast is het raadzaam voor de private opdrachtgever om in de aanbestedingsvoorwaarden op te nemen dat het hem te allen tijde vrijstaat om over te gaan tot beëindiging van de aanbestedingsprocedure, zonder daarbij gehouden te zijn tot vergoeding van enige schade aan de kant van de

59 Zie onder meer HR 17 september 1993, *NJ* 1994/193 (*Gerritse/HAS*).

60 Zie in dat kader Rb. Den Haag 30 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:926, r.o. 4.4.

61 Eveneens r.o. 4.4 van deze uitspraak. Zoals ook aan de orde gesteld door A-G Keus in zijn conclusie bij *KLM/CCC*, is het de vraag of de cao-norm hiermee wordt doorbroken en de aanbestedingsstukken dienen te worden uitgelegd op basis van een tussencategorie waarbinnen de subjectieve *Haviltex*norm (HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635 (*Ernes/Haviltex*)) en objectieve en taalkundige elementen (de cao-norm) een rol spelen. Een en ander zou in ieder geval niet in strijd hoeven te zijn met vaste jurisprudentie, daar de Hoge Raad in *DMS/Fox* (HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427 (*DSM/Fox*)), r.o. 4.4) oordeelde dat tussen de *Haviltex*norm en de cao-norm geen tegenstelling, maar 'een vloeiende overgang' bestaat. Zie ook pnt. 2.26 en 2.27 van de conclusie van A-G Keus bij *KLM/CCC*.

deelnemende partijen. Wel zou kunnen worden overeengekomen dat een deelnemende partij in geval van voortijdige beëindiging van de aanbestedingsprocedure het recht heeft op een bepaalde kostenvergoeding voor het doorlopen daarvan.

Door uit te gaan van een dergelijk kader is het voor zowel de private opdrachtgever als de gegadigden duidelijk hoe de aanbestedingsprocedure eruit zal zien en waaraan partijen dienen te voldoen. Dit zal discussies tussen partijen en

mogelijk zelfs een onnodige gang naar de rechter kunnen voorkomen.

### Over de auteurs

**Mr. S. (Sander) Engels**

Werkzaam als advocaat bij AKD N.V. te Amsterdam.

**Mr. M.J. (Max) Verbaken**

Werkzaam als advocaat bij AKD N.V. te Amsterdam.