

## Precontractuele fase en beginselen van behoorlijke aanbesteding

HR 4 april 2003, C01/169HR RZG Zorgverzekeraar / ComforMed

Eerder gepubliceerd in: *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2003, p. 411-415 (de originele paginanummering is in de tekst aangebracht)

### 1. Feiten en procesverloop

[411] ComforMed drijft een groothandel in medische hulpmiddelen. Een van haar klanten is het ziekenfonds RZG, dat actief is in de regio's Groningen en Gelderland. Tot 1999 betrok RZG van vijf verschillende leveranciers wasbare incontinentie-onderleggers, maar vanaf 2000 was RZG van plan om de onderleggers voortaan van slechts één leverancier af te nemen. Daarom werden de vijf leveranciers elk voor een gesprek uitgenodigd, waarin RZG aangaf dat zij een offerte moesten indienen om mee te dingen naar de exclusieve opdracht. ComforMed bracht een offerte uit en kreeg enige tijd later telefonisch te horen dat de keuze was gevallen op een andere leverancier, Domein. Met Domein is vervolgens ook een contract tot stand gekomen, terwijl de afzet van onderleggers voor ComforMed in de regio's Groningen en Gelderland nagenoeg weggevallen is.

ComforMed vordert in kort geding een verbod op uitvoering van het contract met Domein en een verbod op gunning alvorens een nieuwe aanbesteding is gehouden volgens objectieve, transparante en verifieerbare criteria. De President van de rechtbank Groningen en het Hof Leeuwarden wijzen de vorderingen van ComforMed toe. RZG stelt cassatieberoep in.

De Hoge Raad stelt eerst vast dat in feitelijke instanties is komen vast te staan dat RZG een aanbestedingsplichtig overheidslichaam is in de zin van de Richtlijn Leveringen<sup>1</sup> en dat het Hof heeft beslist – in cassatie is dit oordeel niet aangevallen – dat het aanbestedingsregime van deze Richtlijn toch niet van toepassing is omdat de geraamde waarde van de opdracht lager uitviel dan het zogenaamde 'drempelbedrag' uit de Richtlijn.

Vervolgens komt het oordeel van het Hof aan de orde dat RZG als ziekenfonds tot doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang en wordt gefinancierd door de overheid en daarom hier niet alleen is gebonden aan civielrechtelijke normen, maar ook aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Het Hof was tot het oordeel gekomen dat RZG in strijd met deze beginselen heeft gehandeld omdat van tevoren niet kenbaar was gemaakt welke [412] gunningscriteria zouden worden toegepast en wat de omvang van de order was. Zonder deze informatie was het ComforMed niet mogelijk een deugdelijke offerte op te stellen, en dus was gunning aan Domein in strijd met het gelijkheidsbeginsel, aldus het Hof.

Tegen dit oordeel voert RZG in cassatie twee klachten aan. In de eerste plaats stelt RZG dat zij bij dit soort contracten niet als overheid handelt en dat dus geen strengere normen gelden dan voor andere private partijen. In de tweede plaats meent zij dat het

---

<sup>1</sup> Richtlijn 93/36/EEG van 14 juni 1993, Pb EG 1993, L 199/1 (gewijzigd bij richtlijn 97/52/EG, van 13 oktober 1997, Pb EG 1997, L 328/1), betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen.

gelijkheidsbeginsel niet is geschonden, omdat alle meedingende leveranciers op dezelfde wijze zijn behandeld.

Ten aanzien van de eerste klacht stelt de Hoge Raad voorop dat RZG geen bestuursorgaan is in de zin van art. 1:1 lid 1, *onder a*, Awb, en dat slechts sprake kan zijn van een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1, *onder b*, als de rechtspersoon een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent die is toegekend voor de vervulling van hem opgedragen overheidstaken. De Hoge Raad oordeelt dat een ziekenfonds bij het inkopen van medische hulpmiddelen geen publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefent. Op grond hiervan komt de Hoge Raad tot de beslissing dat het Hof zijn oordeel dat RZG gebonden is aan algemene beginselen van behoorlijk bestuur, dus terecht *niet* heeft gebaseerd op art. 1:1 Awb. Het Hof had deze gebondenheid immers gebaseerd op het gegeven dat ziekenfondsen voorzien in behoeften van algemeen belang en dat zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd. Maar de Hoge Raad acht dit onvoldoende basis voor toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur:

“Deze omstandigheden brengen echter niet mee dat de onderhavige inkoopactiviteiten van RZG, die niet door het geschreven publiekrecht worden beheerst, wel kunnen worden aangemerkt als handelingen waarvoor (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur gelden”.

In zoverre is de klacht in cassatie gegrond. Maar tóch moet RZG het gelijkheidsbeginsel in acht nemen. In r.ov. 3.4.4 overweegt de Hoge Raad namelijk:

“Het oordeel van het Hof (in rov. 11) dat RZG aan civielrechtelijke normen is gebonden, is in cassatie terecht niet bestreden. ComforMed heeft zich subsidiair op algemene beginselen van aanbestedingsrecht beroepen en gesteld dat RZG de beginselen van gelijkheid tussen inschrijvers, transparantie en objectiviteit heeft geschonden. Het Hof is kennelijk ervan uitgegaan dat de hiervoor (...) weergegeven gang van zaken inhield dat sprake was van een aanbestedingsprocedure. Dit uitgangspunt is in cassatie niet bestreden. De omstandigheid dat RZG, hoewel de Richtlijn haar daartoe naar ‘s Hofs oordeel niet verplichtte, toch heeft gekozen voor een aanbestedingsprocedure, bracht mee dat zij gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid, hetgeen bij een aanbesteding als de onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen. Het oordeel van het Hof dat het gelijkheidsbeginsel in dit geval voor RZG gold, is dan ook juist.”

Ook oordeelt de Hoge Raad dat het Hof terecht schending van het gelijkheidsbeginsel heeft aangenomen:

“Anders dan het onderdeel tot uitgangspunt neemt, heeft het Hof niet geoordeeld dat sprake is geweest van ongelijke behandeling omdat niet alle aanbieders door RZG op dezelfde wijze zouden zijn behandeld. Volgens het Hof heeft RZG het gelijkheidsbeginsel geschonden door niet vooraf helderheid te verschaffen over de criteria die RZG bij de gunning zou toepassen en over een aantal voor het uitbrengen van de offerte van belang zijnde feitelijke gegevens met betrekking tot de omvang van de opdracht. Het oordeel van het Hof dat het beginsel van gelijke behandeling in het kader van deze aanbestedingsprocedure meebracht dat aan de (geselecteerde) potentiële aanbieders vooraf duidelijkheid diende te worden verschaft over de

gunningscriteria en over de omvang van de opdracht geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en is evenmin onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd. Het waarborgen van gelijke kansen voor de verschillende aanbieders omvat immers ook het aan hen verschaffen van gegevens die zij nodig hebben om de naleving van het gelijkheidsbeginsel te kunnen controleren en een deugdelijke (concurrerende) aanbidding te kunnen doen.”

Het cassatieberoep wordt verworpen.

## 2. Aanbestedingsrecht aan civilisten besteed?

Het openbare aanbestedingsrecht is voor veel civilisten een mandarijnenwetenschap: heel moeilijk, uitgeoefend door een kleine groep ingewijden en nauwelijks praktisch relevant. Ik zal niet ontkennen dat het aanbestedingsrecht behoorlijk ingewikkeld is – met name vanwege het kruispuntkarakter van het rechtsgebied en de bijbehorende stormachtige rechtsontwikkelingen – en dat slechts een relatief kleine groep (praktijk)juristen er verstand van heeft, maar wél zou ik willen ontkennen dat het geen praktische relevantie heeft. Het aanbestedingsrecht normeert op ingrijpende wijze de precontractuele rechtsverhouding van overheidslichamen en aanbieders van diensten, werken en leveringen, en het strekt ertoe het totstandkomingsproces van deze overeenkomsten objectief toetsbaar en doorzichtig te maken ten behoeve van alle meedingende ondernemers. Het aanbestedingsrecht heeft daarom een vergaand dwingend karakter voor die contracten die van voldoende omvang zijn om de drempelwaarden te overschrijden. Bij koopovereenkomsten van roerende zaken<sup>2</sup> (zoals onderleggers) is tegenwoordig die drempelwaarde hier 200.000 SDR (€ 214.326).<sup>3</sup> Opdrachten [413] die een waarde hebben boven die drempelwaarde dienen openbaar te worden aanbesteed – ook door “publiekrechtelijke instellingen” zoals ziekenfondsen<sup>4</sup> – volgens vaste regels die transparantie, gelijke behandeling en evenredigheid beogen te waarborgen.<sup>5</sup> In de onderhavige zaak betrof het blijkbaar een kleine opdracht, nu de drempelwaarde niet werd bereikt. Voor die ‘kleine’

---

<sup>2</sup> Art. 1, sub a), Richtlijn Leveringen spreekt van wederkerige overeenkomsten met betrekking tot ‘aankoop’ van ‘produkten’. Het begrip ‘produkt’ is niet nader gedefinieerd; E.H. Pijnacker Hordijk, G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, 2e druk Den Haag 1999, blz. 75, menen dat slechts roerende zaken onder het begrip ‘produkt’ vallen.

<sup>3</sup> Dat betreft althans de in art. 5, lid 1, onder a (i), Richtlijn 93/36/EEG (Richtlijn Leveringen) bedoelde publiekrechtelijke instellingen. Voor de onder a (ii) bedoelde overheidsinstellingen (centrale overheid) geldt een lagere drempel van 130.000 SDR.

<sup>4</sup> In het algemeen over “publiekrechtelijke instellingen” als aanbestedende dienst Pijnacker Hordijk en Van der Bend, a.w., blz. 35 e.v., en specifiek met betrekking tot ziekenfondsen J.H.A.M. Scheiffers, in: *Grensoverschrijdende zorg*, Lelystad: Vermande 2000, blz. 35. B. Hermans en M. Buijsen, *Aanbesteding in de gezondheidszorg*, Maarsen: Elsevier gezondheidszorg 2000, zijn terughoudend over de vraag of zorgverzekeraars publiekrechtelijke instellingen zijn (‘volledige zekerheid (is) hierover nog niet te geven’).

<sup>5</sup> Over deze uitgangspunten W.H. van Boom, ‘De aanbestedende overheid. Beginselen van behoorlijke aanbesteding’, *BR* 1999, blz. 644-653. Vgl. het beginselmatige § 97 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Duitsland), waarin expliciet het concurrentiebeginsel, transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling centraal worden gesteld; daarover Manfres Zuleeg, ‘Öffentliches Recht und Privatrecht im Europarecht’, *ZEuP* 2001, p. 543-544.

koopovereenkomsten bestaat geen dwingend aanbestedingsregime. Betekent dit dat een aanbesteder bij die kleinere opdrachten geheel vrij is in het vaststellen van selectie- en gunningscriteria, dat hij aanbieders tegen elkaar mag uitspelen door met aanbiedingen te leuren, of dat hij ongemotiveerd de aanbestedingsprocedure mag afbreken? In dit arrest geeft de Hoge Raad een richtinggevend antwoord, waarvan het alleen niet geheel duidelijk is welke reikwijdte het heeft. Zie daarover hierna onder 4. Voorts is belangwekkend dat de Hoge Raad onderscheid maakt tussen ziekenfondsen en bijvoorbeeld gemeenten. Daarover iets onder 3.

### 3 Overheid: a-organen en b-organen

De ‘vooropstelling’ door de Hoge Raad dat RZG geen bestuursorgaan is in de zin van art. 1:1 lid 1, *onder a*, Awb (een zogenaamd a-orgaan), komt een belangrijke rol toe bij de beoordeling van het geschil.<sup>6</sup> A-organen zijn (organen van) openbare lichamen en rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld, terwijl b-organen ‘een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed’ zijn.<sup>7</sup> Openbaar gezag wil zeggen dat het orgaan een publiekrechtelijke bevoegdheid uitoefenen kan. De b-organen kunnen dus privaatrechtelijke rechtspersonen zijn waar een publiekrechtelijke bevoegdheid aan toegekend is. RZG is een onderlinge waarborgmaatschappij, niet krachtens publiekrecht ingesteld, maar ze heeft als aangewezen ziekenfonds wel bijzondere publiekrechtelijke bevoegdheden.<sup>8</sup> Daarmee is RZG een b-orgaan. Dat is een belangrijke vaststelling, want voor a-organen geldt dat *alle* bestuurshandelingen door de Awb worden geregeerd; ook privaatrechtelijke rechtshandelingen kunnen daaronder vallen.<sup>9</sup>

Voor b-organen geldt een zekere samenvallende van het begrip ‘orgaan’ en het begrip ‘besluit’: het b-orgaan handelt slechts als orgaan bij de uitoefening van de publiekrechtelijke bevoegdheid die het heeft. Dat ziekenfondsen voorzien in behoeften van algemeen belang en dat zij in hoofdzaak door de overheid worden gefinancierd is dan niet relevant:<sup>10</sup> zolang geen sprake is van de uitoefening van een publiekrechtelijke bevoegdheid, handelt het ziekenfonds niet als bestuursorgaan en is de Awb niet van toepassing.<sup>11</sup>

De Hoge Raad verbindt aan de b-status van RZG de gevolgtrekking dat de inkoopactiviteiten van RZG niet door het geschreven publiekrecht worden beheerst en evenmin door (publiekrechtelijke) algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Bij een a-orgaan zou een dergelijke redenering ondenkbaar zijn, getuige de constante lijn van rechtspraak waarin overeenkomsten gesloten door a-organen rechtstreeks en vol

---

<sup>6</sup> Zo ook J.A.F. Peters, in zijn noot onder het arrest in *JB* 2003, no. 121, p. 681-683.

<sup>7</sup> Van Wijk/Konijnenbelt/Van Male, *Hoofdstukken van bestuursrecht*, 12e druk Den Haag: Elsevier 2002, blz. 83 e.v.

<sup>8</sup> Zoals bijv. op het vlak van vergoedingsbesluiten, waartegen bezwaar en beroep openstaat.

<sup>9</sup> PG Awb I, blz. 136-139. Via schakelbepaling art. 3:1, lid 2, Awb, zijn op deze rechtshandelingen van a-organen verschillende van de Awb-normen van toepassing.

<sup>10</sup> Vgl. in deze richting reeds PG Awb I, blz. 146, alsmede Afd. bestuursrechtspraak 3 oktober 1996, AB 1996, 474 (Vliegclub Schiphol).

<sup>11</sup> Aldus in essentie ook PG Awb I, blz. 133, blz. 144.

getoetst worden aan de beginselen van behoorlijk bestuur.<sup>12</sup> Op zichzelf is het strakke onderscheid dat de Hoge Raad maakt, verdedigbaar. Wel kunnen een drietal opmerkingen worden geplaatst bij het onderscheid. In de eerste plaats kan – in retrospectief gezien – aan de Hoge Raad worden toegevoegd dat zijn oordeel in het Snoopy-arrest dat “moet worden aangenomen dat in het kader van de voormelde bepaling (i.e. art. 6:248 lid 2 BW, WvB), toegepast op overeenkomsten met de overheid, ook algemene beginselen van behoorlijk bestuur en publieke belangen in aanmerking dienen te worden genomen, zoals ook strookt met de art. 3:12 en 3:14 BW en art. 3:1 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb)”, wat losjes is geformuleerd.<sup>13</sup> Begrippen als “de overheid” en “overheidslichaam”<sup>14</sup> in dit type rechtsoverwegingen zijn kennelijk beperkt tot a-organen. In de tweede plaats kan worden opgemerkt dat aan de schakelbepaling van art. 3:14 BW in het licht van het onderhavige arrest een minder verstrekkende betekenis toekomt dan men op grond van de commentaren zou vermoeden; voor wat betreft toetsing aan beginselen van behoorlijk bestuur is het niet zozeer ‘de overheid’ die in het artikel centraal staat, maar veeleer de a-organen. Burgerrechtelijke bevoegdheden van b-organen worden immers niet getoetst aan deze beginselen. In de derde plaats kan er – bij wijze van relativering – nog op worden gewezen dat het door de Hoge Raad gestelde [414] onderscheid in werkelijkheid niet altijd zo strak zal zijn. Immers, daar waar het privaatrechtelijk handelen van een b-orgaan aan art. 6:248 BW of bijvoorbeeld art. 6:162 BW kan worden getoetst, zal het onaanvaardbare karakter van dat handelen mede bepaald kunnen worden door het gegeven dat sprake is van een b-orgaan. Dat een bepaalde rechtspersoon publiekrechtelijke bevoegdheden heeft, kan het namelijk een bijzondere machtspositie verschaffen in andere, civielrechtelijke betrekkingen. Zo kan het ziekenfonds vanwege de bijzondere marktordening in de gezondheidszorg een economische machtspositie hebben, bijvoorbeeld omdat zij nagenoeg de enige vrager is op de lokale markt van wasbare onderleggers.<sup>15</sup> Van die positie mag geen misbruik worden gemaakt.<sup>16</sup> Ook op die grond zal een weigering om te contracteren spoedig objectief en transparant – en dus gemotiveerd – moeten zijn.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Zie m.n. HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727, AB 1987, 273 (Amsterdam/IKON), HR 15 maart 1991, *NJ* 1991, 399 (Körfer), HR 24 april 1992, *NJ* 1993, 232 (Zeeland/Hoondert).

<sup>13</sup> HR 9 januari 1998, *NJ* 1998, 36 (Apeldoorn/Duisterhof).

<sup>14</sup> Zoals het in Amsterdam/Ikon heette (“Een overheidslichaam behoort bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden uit een erfpachtsverhouding de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en derhalve ook het gelijkheidsbeginsel als een van die beginselen - in acht te nemen.”).

<sup>15</sup> Ziekenfondsen zijn ondernemers voor de toepassing van de Mededingingswet, mede omdat zij hun activiteiten met een commerciële speelruimte kunnen uitoefenen. Zie *Kamerstukken II*, 1995/96, 24 707, nr. 3, blz. 57 e.v., en D-G NMa 18 juni 1999, zaak 882 (Amicon); vgl. D-G NMa 29 december 1998, zaak 1165 (ANOZ-ANOVA/ZAO). Vergelijk J.H.V. Stuyck, A.J. Vossestein, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Financiering en aansprakelijkheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, blz. 302. Zie in dit verband ook Pres. Rb. Rotterdam 1 april 1998, *TVvS* 1998, blz. 148. Voor zover het betreft het aanbieden van AWBZ-verzekeringen, gelden ziekenfondsen (vooralsnog) niet als onderneming, aldus *AWBZ-zorgmarkten*, informatie- en consultatiedocument NMa juni 2003, nr. 97.

<sup>16</sup> Bijvoorbeeld om te voorkomen dat – in economische termen – maatschappelijk welvaartsverlies optreedt door het bedingen van te lage prijzen. Zie daarover Erik Schut, ‘De markt voor gezondheidszorg’, in: Ruud Lapré e.a. (red.), *Algemene economie van de gezondheidszorg*, 2e druk Maarssen: Elsevier Gezondheidszorg 2001, p. 211-213.

<sup>17</sup> Vgl. Van de Gronden 2003, blz. 45 en NMa-richtsnoeren voor de zorgsector, § 4.2.

#### 4 Beginselen van behoorlijke aanbesteding

De Hoge Raad oordeelt dat, nu RGZ had gekozen voor “een aanbestedingsprocedure”, zij zich had te gedragen overeenkomstig de precontractuele redelijkheid en billijkheid, “hetgeen bij een aanbesteding als de onderhavige betekent dat zij gehouden was de verschillende (potentiële) aanbieders gelijk te behandelen.” Dat aanbestedingen door overheidslichamen aan de precontractuele redelijkheid en billijkheid onderworpen zijn, is een reeds langer aanvaarde regel.<sup>18</sup> De overweging die de Hoge Raad in dit arrest daar op laat volgen, roept ten minste twee vragen op: is hier sprake van een strikt civielrechtelijke norm, die ook buiten het overheidscontractenrecht geldt, en: welke ongeschreven plichten roept de keuze voor een aanbestedingsprocedure ‘als de onderhavige’ in het leven?

Om met de eerste vraag te beginnen: is elke burger die “een aanbestedingsprocedure” aanvangt, gehouden om de verschillende aanbieders gelijk te behandelen? Zo op het eerste gezicht lijkt dit een onschuldige vraag, waarop het antwoord bevestigend kan luiden; waarom zou het een burger toegestaan zijn om aanbieders ongelijk te behandelen? Bij nadere beschouwing denk ik dat er goede redenen zijn om het arrest op dit punt met enige terughoudendheid te interpreteren. In de eerste plaats is niet duidelijk wat “een aanbesteding als de onderhavige” nu precies kenmerkt. Mogelijk doelt de Hoge Raad op de aanbesteding door een professionele, semi-overheidsinstelling waarbij verschillende aanbieders in een openbare competitie worden uitgenodigd. Uit het arrest blijkt het niet, dus een andere uitleg is denkbaar. Moet een particulier die drie verhuisbedrijven uitnodigt tot het uitbrengen van een offerte, op grond van het beginsel van gelijke behandeling van tevoren duidelijk mededelen dat hij niet alleen de laagste prijs zal hanteren als gunningscriterium, maar ook de kwaliteit van dienstverlening volgens opgave door vrienden en kennissen? De overwegingen van de Hoge Raad sluiten geenszins uit dat ook dergelijke, meer huiselijke aanbestedingsgevallen door de regel worden bestreken: RGZ wordt immers beoordeeld volgens civielrechtelijke aanbestedingsnormen, en het civielrechtelijke beginsel van gelijke behandeling verplicht de aanbesteder om gegevens te verschaffen die de deelnemers nodig hebben om een deugdelijke (concurrerende) aanbieding te kunnen doen. Zou het kunnen betekenen dat het de particulier in het voorbeeld van de verhuizer niet is toegestaan om zonder waarschuwing vooraf na het uitbrengen van de offertes – die in het geval van verhuizingen in de regel gewoonlijk alleen een globale werksomschrijving en een prijs omvatten – op andere gronden te gunnen dan dat van de prijs (zoals: eerdere goede ervaringen met een van de tot offereren uitgenodigde verhuizer)? Ik betwijfel sterk of aanbesteders bij dergelijke huis-tuin-en-keuken ‘aangebestedingen’ zich van deze beperkingen bewust zijn, en ook of zij aansluiten bij de maatschappelijke behoeften. Aan de andere kant moet er ook in particuliere verhoudingen voor worden gewaakt dat een aanbesteder de deelnemers op het

---

<sup>18</sup> HR 24 april 1992, NJ 1993, 232, AB 1992, 542 (Zeeland/Hoondert); daarover J. Spier, NTBR 1993, blz. 125-127. Over de vraag of niet sprake is van een ‘voorbereidende overeenkomst’ tussen aanbesteder en meedingende inschrijvers, zie nader M.A.M.C. van den Berg, *Een faire kans*, oratie Leiden 1991, blz. 24 e.v., W.J. Slagter, ‘Aanbestedingsaansprakelijkheid: grondslagen en knelpunten’, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.V. Weijnen (red.), *Aanbesteding en aansprakelijkheid*, Den Haag: BJU 2000, blz. 1 e.v., en W.G.Ph.E. Wedekind, *Aanbesteden, een gele opdracht*, oratie UvA 2000, blz. 17.

verkeerde been zet,<sup>19</sup> bijvoorbeeld met volstrekt onverwachte (achteraf geconstrueerde) gunningscriteria. Dat lijkt mij echter een andere benadering, waarbij niet zozeer het gebod om heldere criteria te hanteren en bekend te maken, centraal staat, maar een verbod om onaangekondigd buiten de lijn der verwachtingen gelegen criteria te hanteren.

Om kort te gaan: het lijkt mij onwaarschijnlijk dat de Hoge Raad dit heeft bedoeld. Ik zou vooralsnog [415] voor de uitleg voelen dat de Hoge Raad met het gebruik van het begrip “een aanbestedingsprocedure de onderhavige” het oog heeft gehad op een tussen professionele partijen gehouden mededinging naar de gunning van een contract, waarbij de betrokken partijen op voorhand op de hoogte worden gesteld van het concurrerende karakter van de procedure. In een dergelijke ‘race’ naar het contract dient de aanbesteder het gelijkheidsbeginsel – dat dus van civielrechtelijke oorsprong is! – in acht te nemen, en dat behelst in elk geval de plicht om van tevoren de gunningscriteria mede te delen, zodat elke meedingende concurrent weet aan welke maatstaven zijn offerte wordt getoetst. Dat is ongemerkt een flinke beperking van de contractsvrijheid. Ik acht bijvoorbeeld pleitbaar dat op grond van dit arrest het aan een aanbesteder bij een aanbestedingsprocedure “als de onderhavige” niet langer is toegestaan om te leuren, tenzij de mogelijkheid daartoe op voorhand wordt voorbehouden.<sup>20</sup> Door de aanbieders tegen elkaar uit te spelen, wijzigt men immers in wezen de procedureregels, hetgeen in strijd is met het genoemde gelijkheidsbeginsel. Dat beginsel verplicht namelijk – zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad – niet alleen tot gelijke behandeling, maar ook tot het in staat stellen de naleving van het beginsel te controleren en tot het doen van een concurrerende aanbieding. Daarnaast lijkt het mij aannemelijk dat, nu tussen civiele partijen het gelijkheidsbeginsel zijn intrede heeft gedaan, er weinig aan in de weg staat om ook andere beginselen van behoorlijke aanbesteding – zoals transparantie, concurrentie en evenredigheid – toe te passen op civiele aanbestedingsprocedures.

W.H. van Boom, hoogleraar privaatrecht, Universiteit van Tilburg.

---

<sup>19</sup> De opvatting dat een aanbesteder in een zuiver private rechtsverhouding tot een zekere zorgvuldigheid is gehouden, vindt steun in de rechtspraak. Leuren en tegen elkaar uitspelen van gegadigden kan onrechtmatig zijn, de wederpartij in de waan laten dat deze (nog) een kans maakt ook. Zie uitgebreid losbl. Verbintenissenrecht, Artikel 217-227. I. Precontractuele fase (Blei Weissmann), aant. 129 e.v. en HR 16 januari 1981, *NJ* 1981, 426.

<sup>20</sup> Opmerking verdient dat de regering overweegt om, naar aanleiding van de bouwfraude-enquete, het leuren door ‘de’ overheid (zowel a- als b-organen?) te verbieden. Zie *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 244, nr. 25, p. 3.