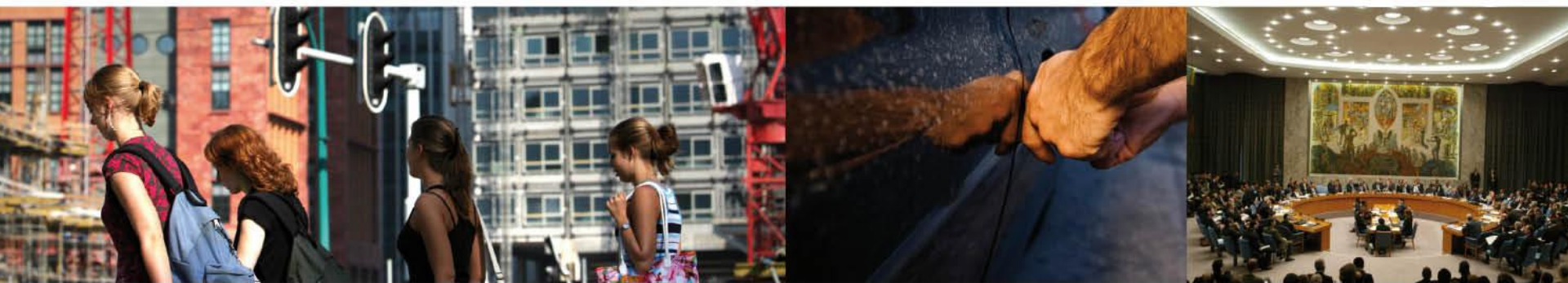




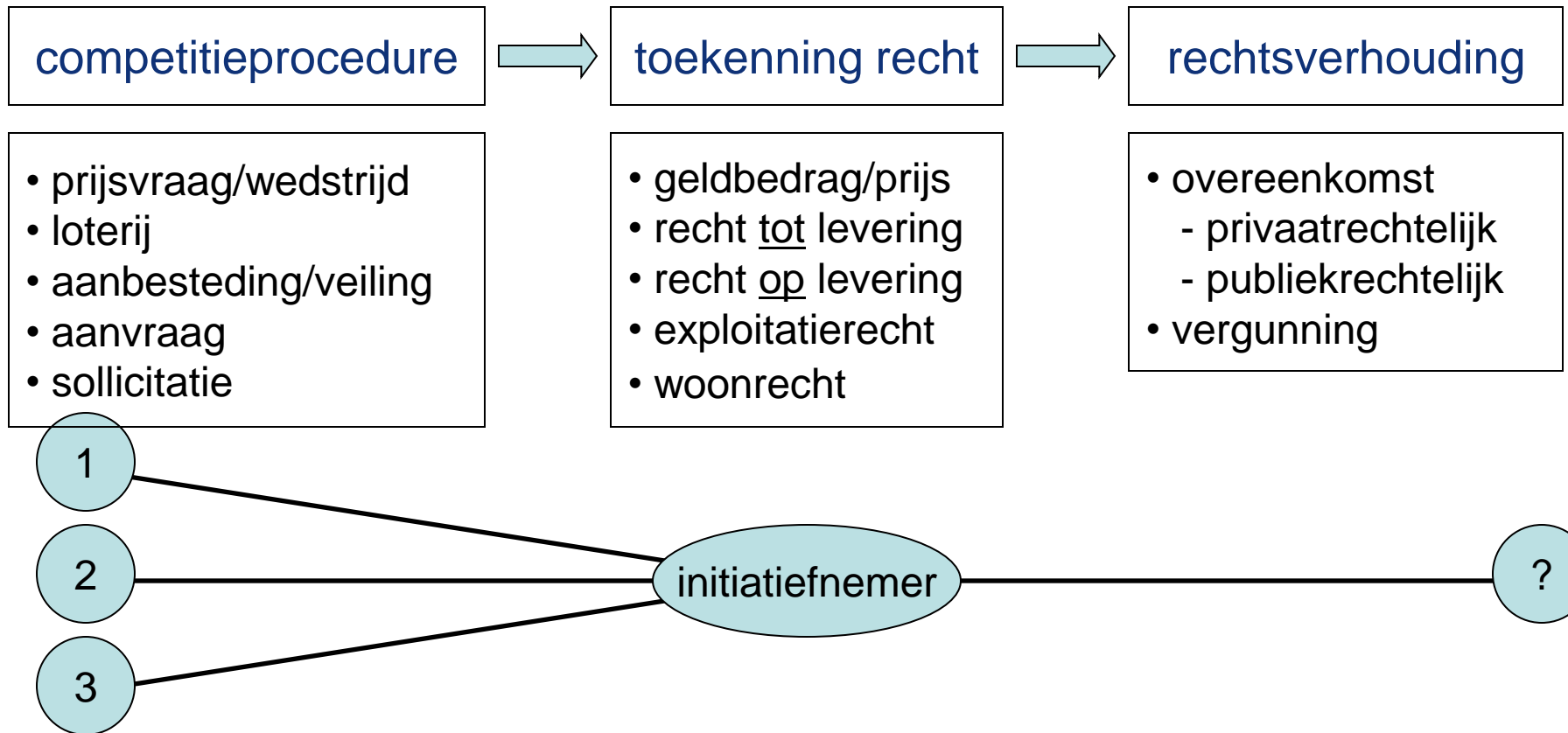
Aanbesteden in verbintenrechtelijk perspectief

## De aanbestedingsovereenkomst

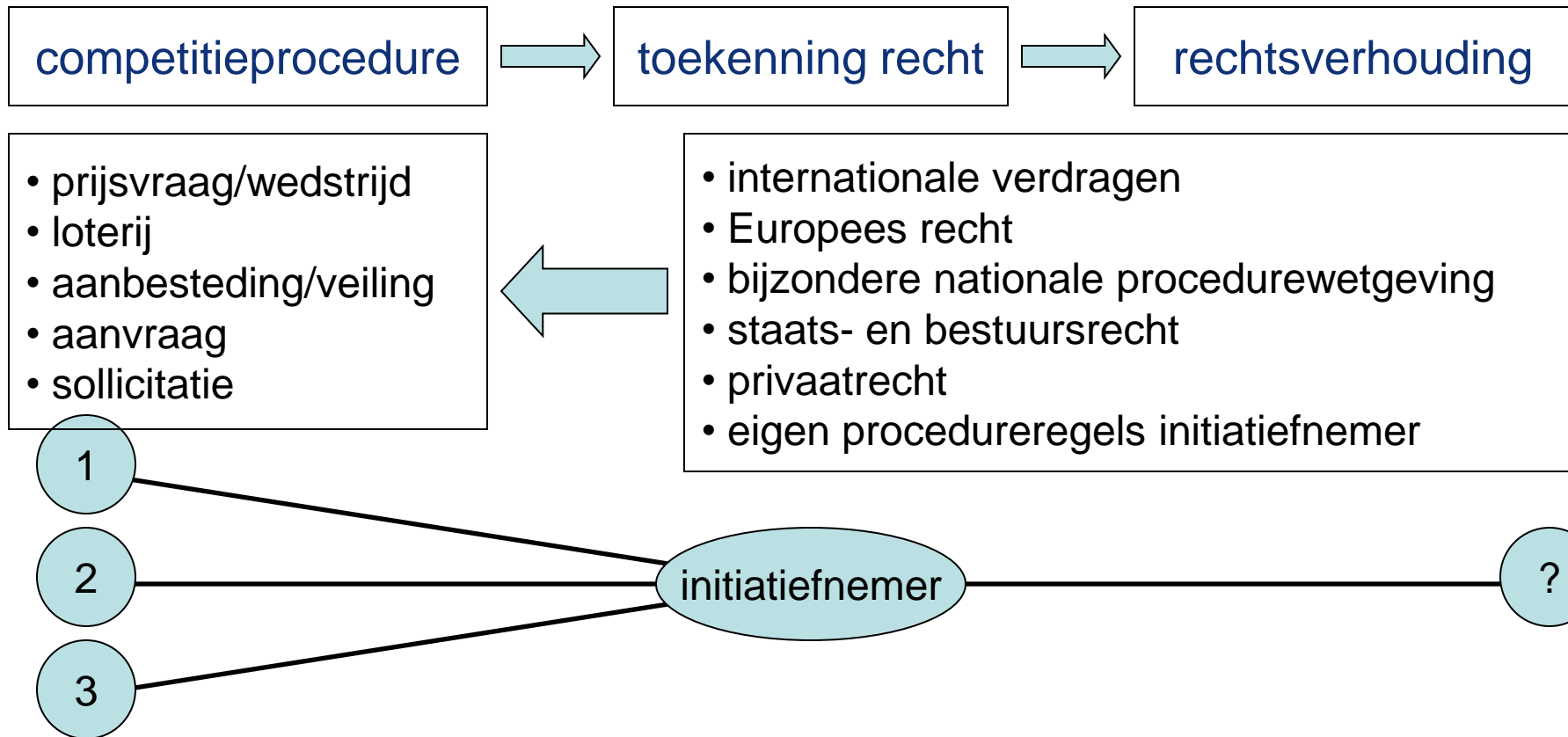
Chris Jansen – Najaarsvergadering NVvA, 17 november 2009



# Onderzoekslijn VU



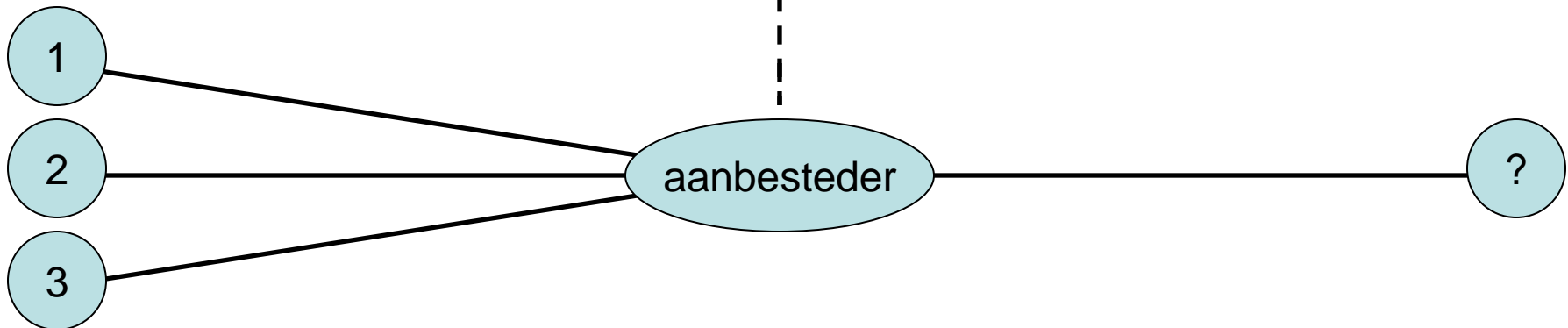
# Bronnen van procedurerecht



# Two legal relationships

aanbestedingsverhouding

overeenkomst



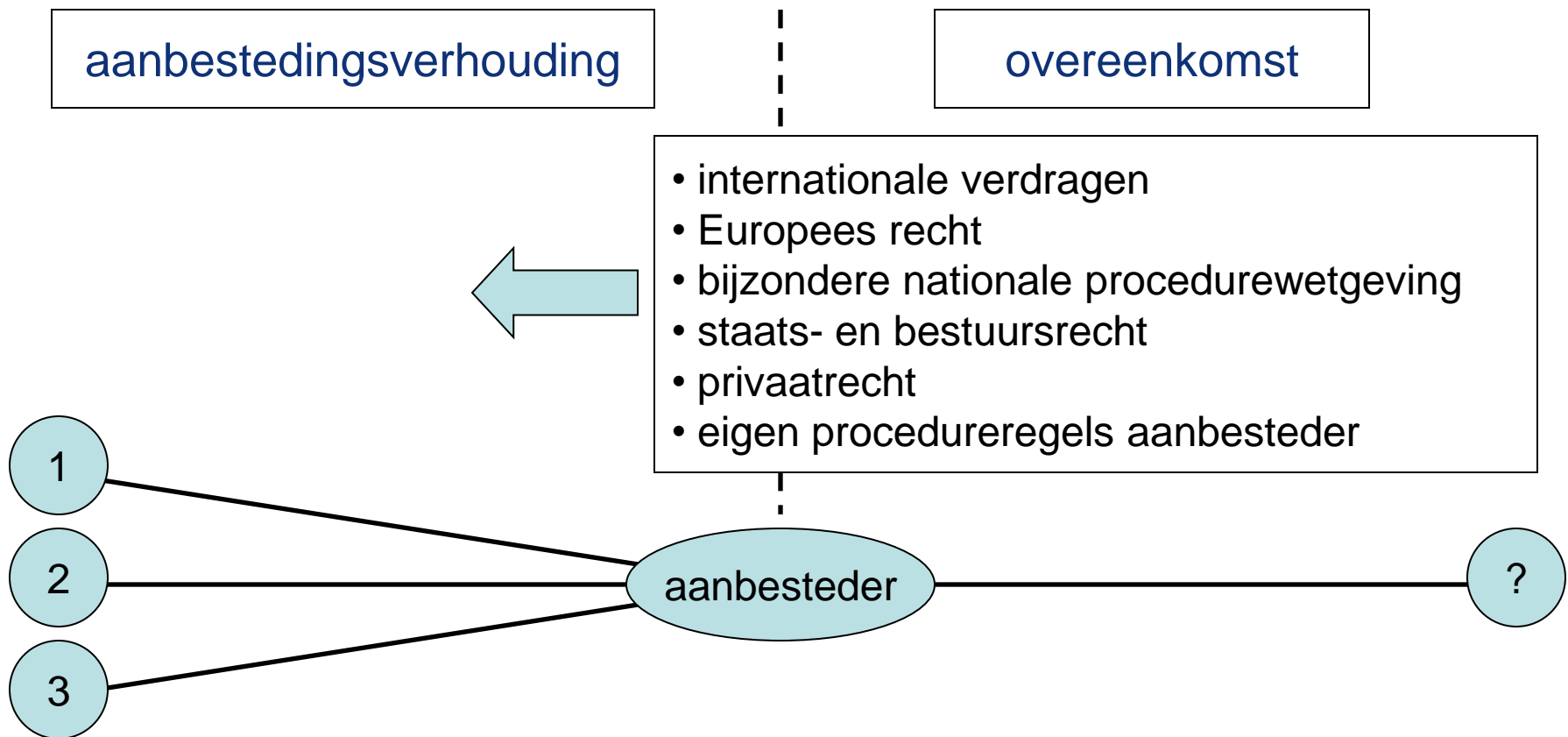
# Aanbestedingsverhouding (1)

- bilaterale rechtsverhouding
  - tussen aanbesteder en inschrijver
- inschrijver kan uit uitnodiging tot deelname aan procedure afleiden dat
  - één of meer andere inschrijvers een gelijklopende uitnodiging hebben ontvangen
  - in een rechtstreekse competitie met die andere inschrijvers zal worden getreden
- gaat aan de totstandkoming van een overeenkomst vooraf

## Belangen bij aangaan overeenkomst (2)

- normale (één-op-één) verhouding
  - totstandkoming van een overeenkomst die zoveel mogelijk economisch voordeel oplevert
    - geïnformeerde beslissing tot contracteren
    - beperking transactiekosten
- aanbestedingsverhouding
  - naast serieuze kans ook *dezelfde* kans
  - beheersen van gevolgen van procedurefouten
  - (soms) vrij verkeer tussen de lidstaten

# Bronnen van procedurerecht



## Kwalificatie aanbestedingsverhouding (3)

- publieke én private aanbesteders
- publieke én private overeenkomsten
- belang van vrij verkeer tussen lidstaten niet in alle gevallen in het geding
- publiekrechtelijk aanbestedingsrecht reguleert aanbestedingsverhouding niet volledig
  - nevenverplichtingen overheidsaanbesteder
  - verplichtingen inschrijver

## (vervolg)

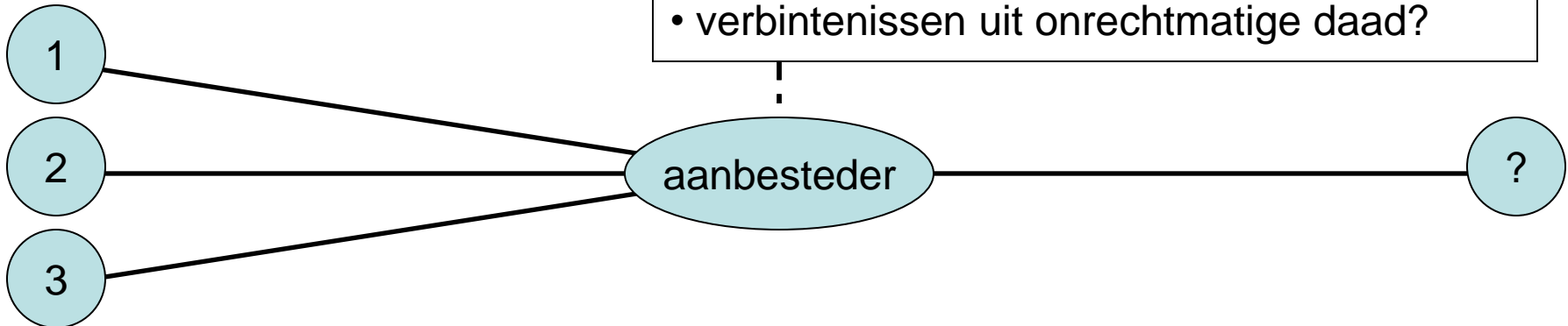
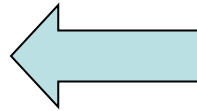
- bijzondere wijze van totstandkoming van private overeenkomsten
  - primair verbintenisrechtelijke verhouding
- verbintenisrechtelijke verhouding wordt publiekrechtelijk ingekleurd wanneer sprake is van een overheidsaanbesteder
  - algemene beginselen van behoorlijk bestuur
  - Europees aanbestedingsrecht

# Verbintenissenrechtelijke kwalificatie

aanbestedingsverhouding

overeenkomst

- overeenkomst?
  - Spier, Wedekind, Van den Berg, e.a.
- pre-contractuele maatstaven van redelijkheid en billijkheid?  
HR 4 april 2003, *NJ* 2004, 35 (ComforMed)
- verbintenissen uit onrechtmatige daad?

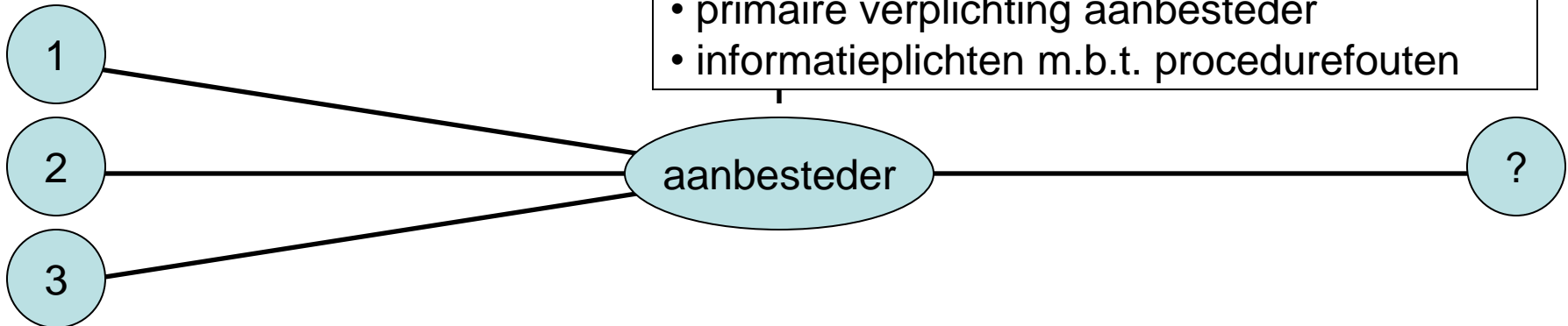
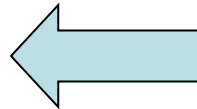


# Overeenkomst als denkraam (4)

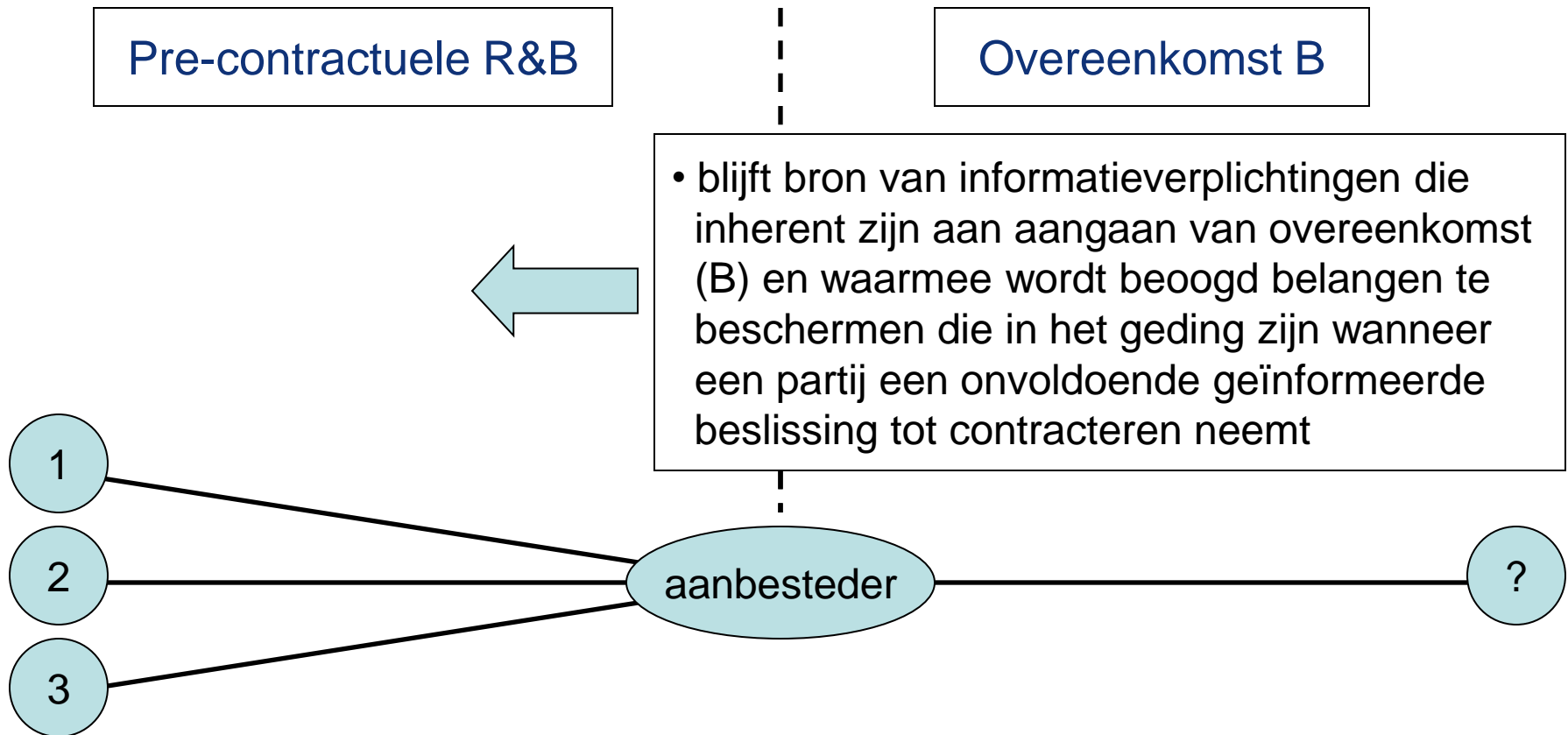
Overeenkomst A

Overeenkomst B

- bron van verplichtingen die inherent zijn aan afwikkeling van aanbestedingsverhouding en waarmee wordt beoogd belangen te beschermen die in het geding zijn ook zonder dat Overeenkomst B tot stand komt
- primaire verplichting aanbesteder
- informatieplichten m.b.t. procedurefouten



# Pre-contractuele redelijkheid en billijkheid (4)

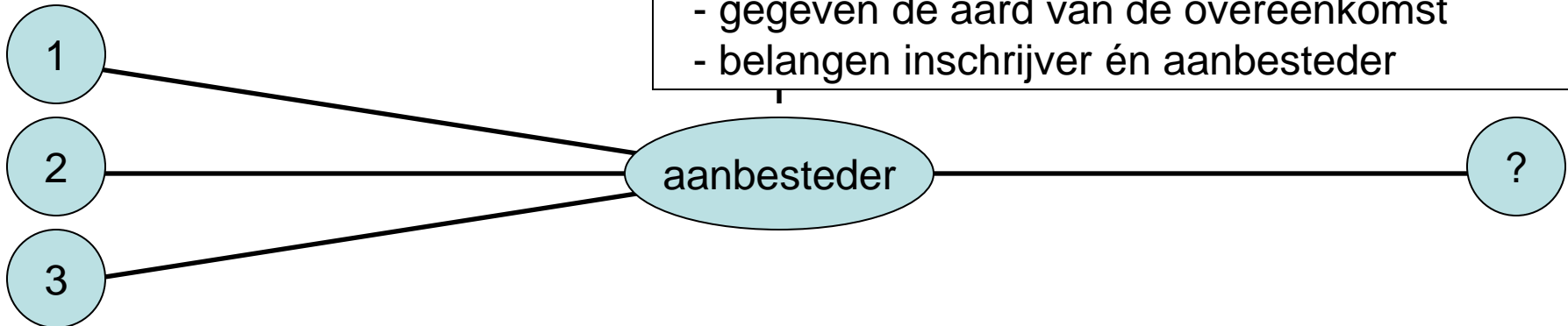
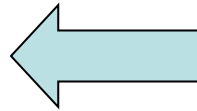


# Gelijke kans en transparantie (5)

Overeenkomst A

Overeenkomst B

- 6:248 lid 1 BW (aanvulling overeenkomst)
- overheidsaanbesteding: wet
  - grensoverschrijdend belang: Europees recht
  - geen grensoverschrijdend belang: abbb
- private aanbesteding: redelijkheid en billijkheid
  - gegeven de aard van de overeenkomst
  - belangen inschrijver én aanbesteder

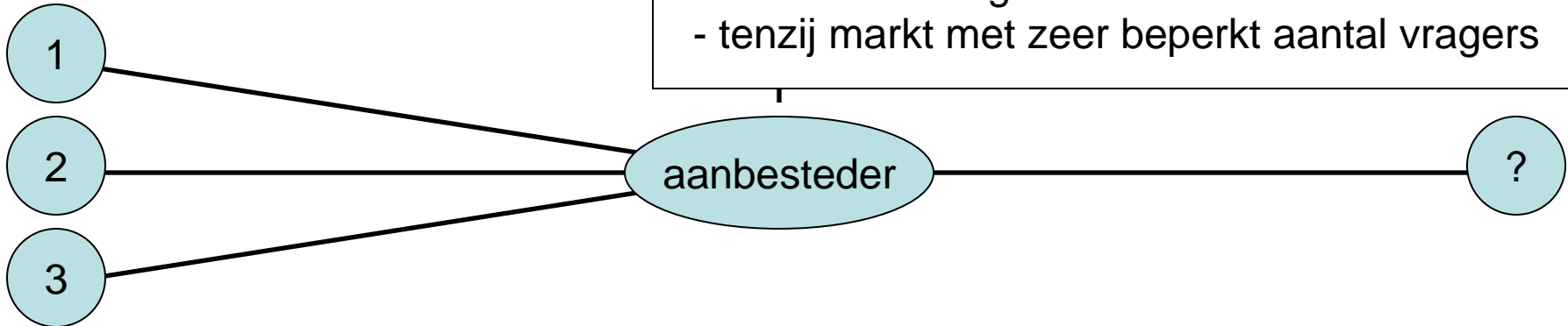
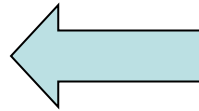


# Uitsluiten gelijke kansverplichting (6)

Overeenkomst A

Overeenkomst B

- overheidsaanbesteding: dwingend recht
- private aanbesteding: art. 6:248 lid 2 BW
  - beperkende werking redelijkheid en billijkheid
  - kerngezichtspunt: contractsvrijheid
  - uitsluiten in beginsel *niet* onaanvaardbaar
  - tenzij markt met zeer beperkt aantal vragers

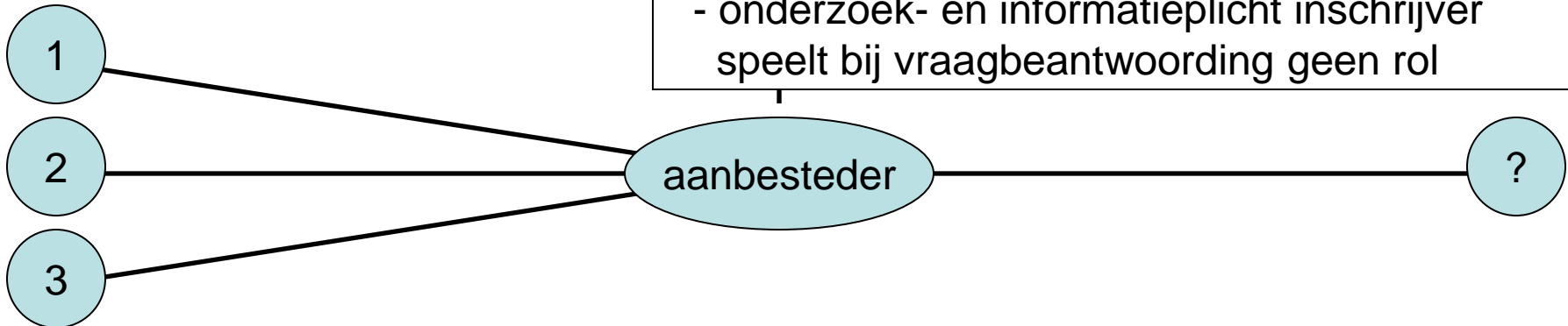
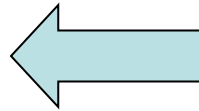


# Objectief duidelijke eisen stellen (7)

Overeenkomst A

Overeenkomst B

- concretisering gelijke kansverplichting
- ingeval van vermeende niet-nakoming:
  - vraag is niet: hoe de eis uit te leggen?
  - maar: is de eis objectief duidelijk?
  - abstraheren van subjectieve partijbedoeling
  - onderzoek- en informatieplicht inschrijver speelt bij vraagbeantwoording geen rol

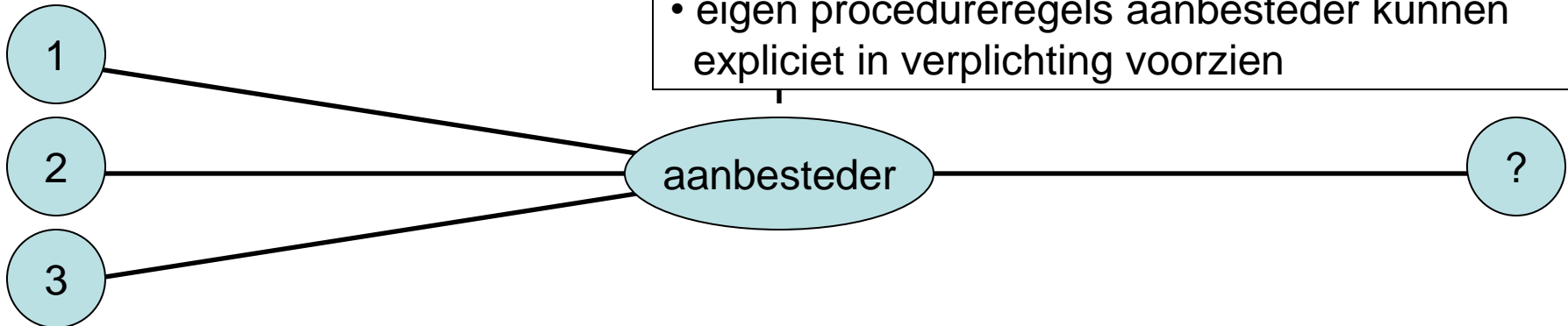
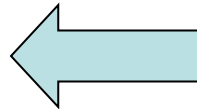


# Proportionaliteit (8)

Overeenkomst A

Overeenkomst B

- 6:248 lid 1 BW (aanvulling overeenkomst)
- alleen bij overheidsaanbesteding met een grensoverschrijdend belang: Europees recht
- is geen sprake van grensoverschrijdend belang, dan is aanvulling niet mogelijk
- eigen procedureregels aanbesteder kunnen expliciet in verplichting voorzien

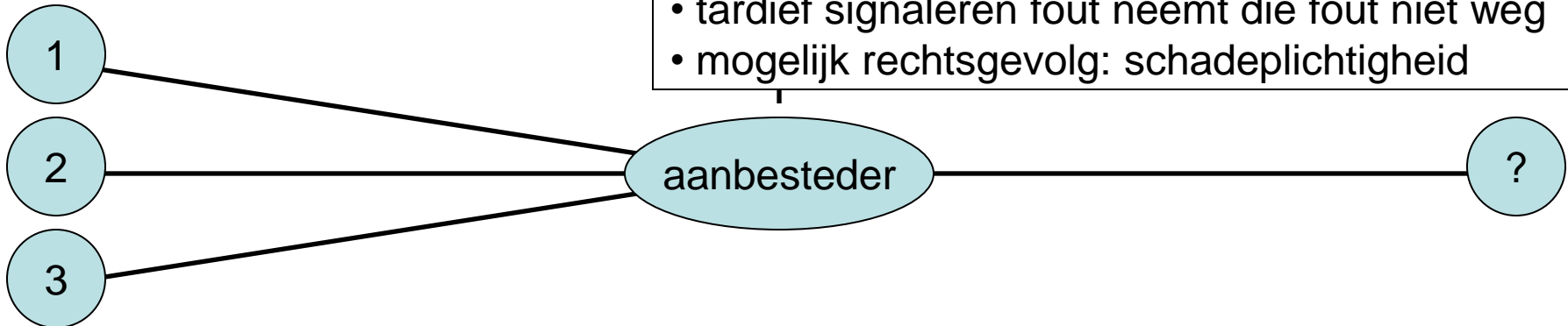
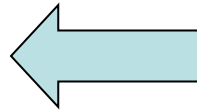


# Procedurefouten inschrijver (9)

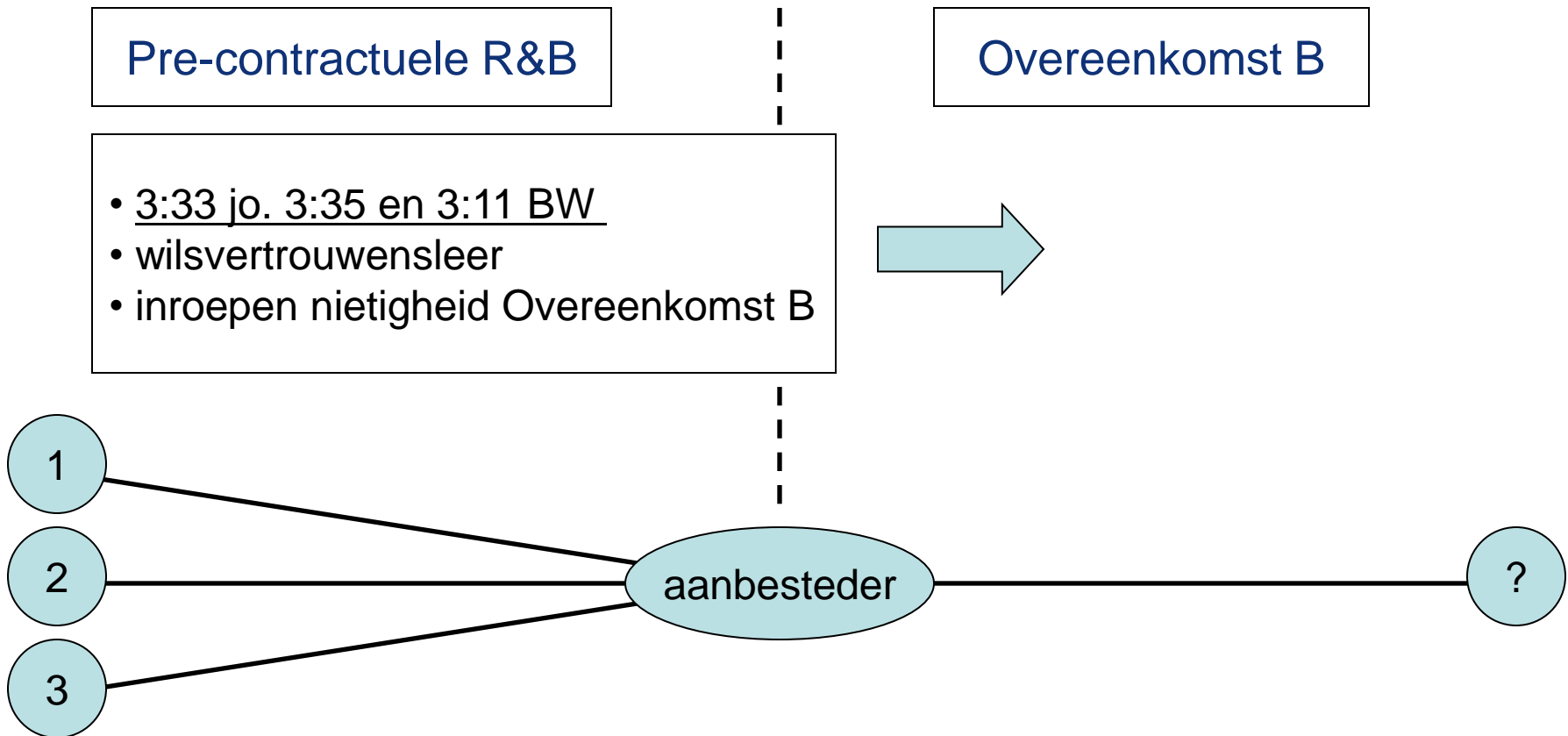
Overeenkomst A

Overeenkomst B

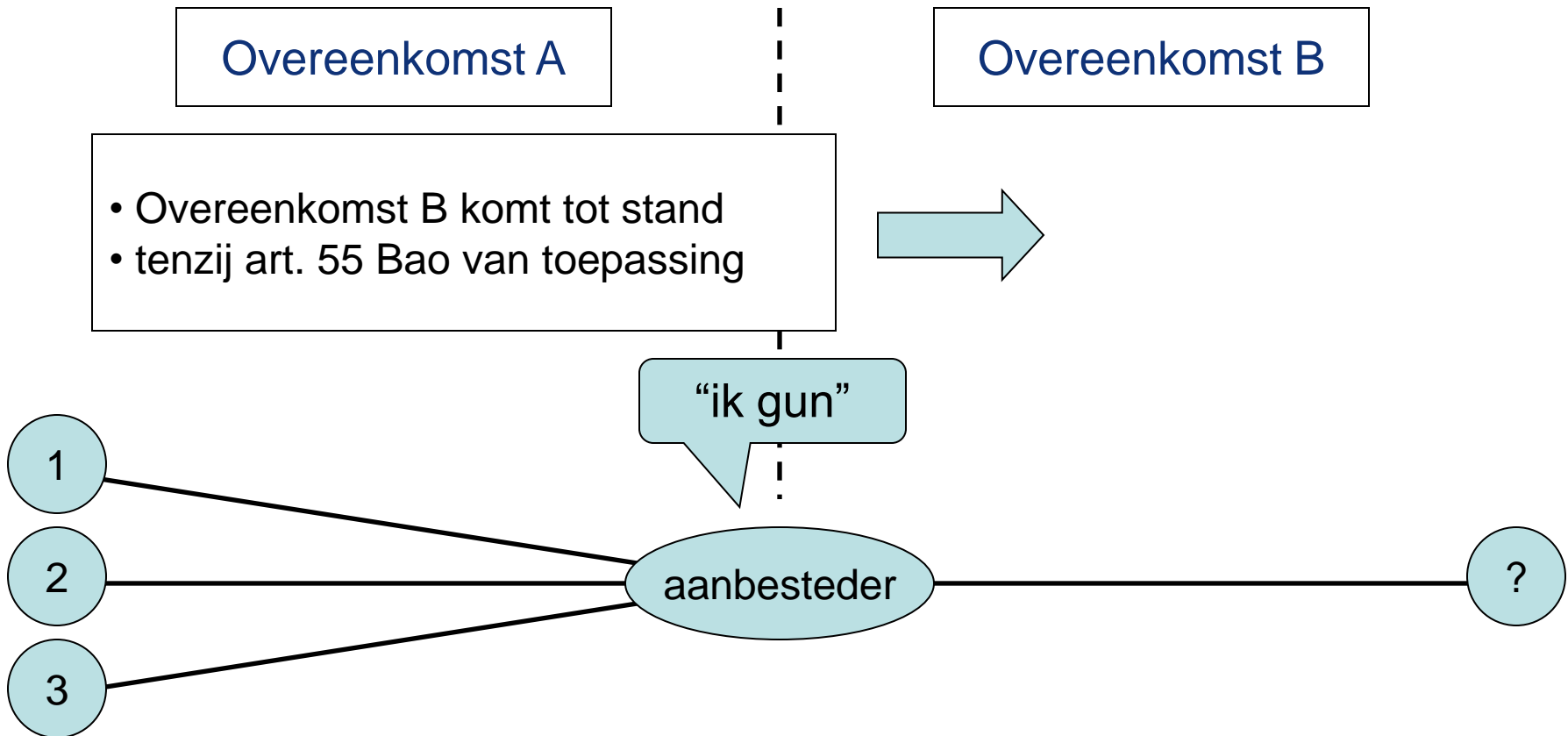
- 6:248 lid 1 BW (aanvulling overeenkomst)
- onderzoek- en mededelingsplicht aanbesteder
- fout die aanbesteder niet kan zijn ontgaan bij normale beoordeling van bewijsmiddelen in het licht van normale doel van die beoordeling
- tardief signaleren fout neemt die fout niet weg
- mogelijk rechtsgevolg: schadeplichtigheid



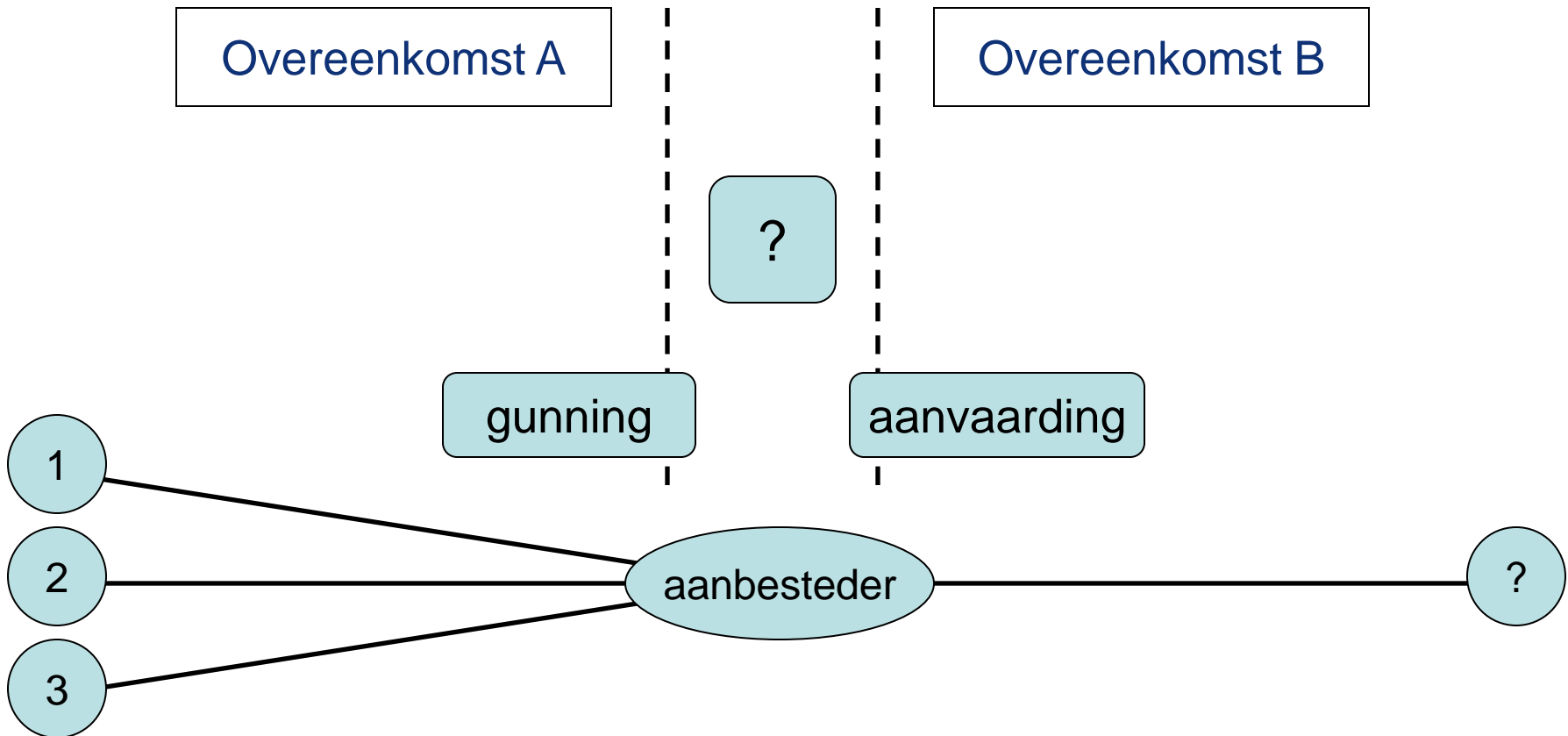
# Abnormaal lage inschrijving (10)



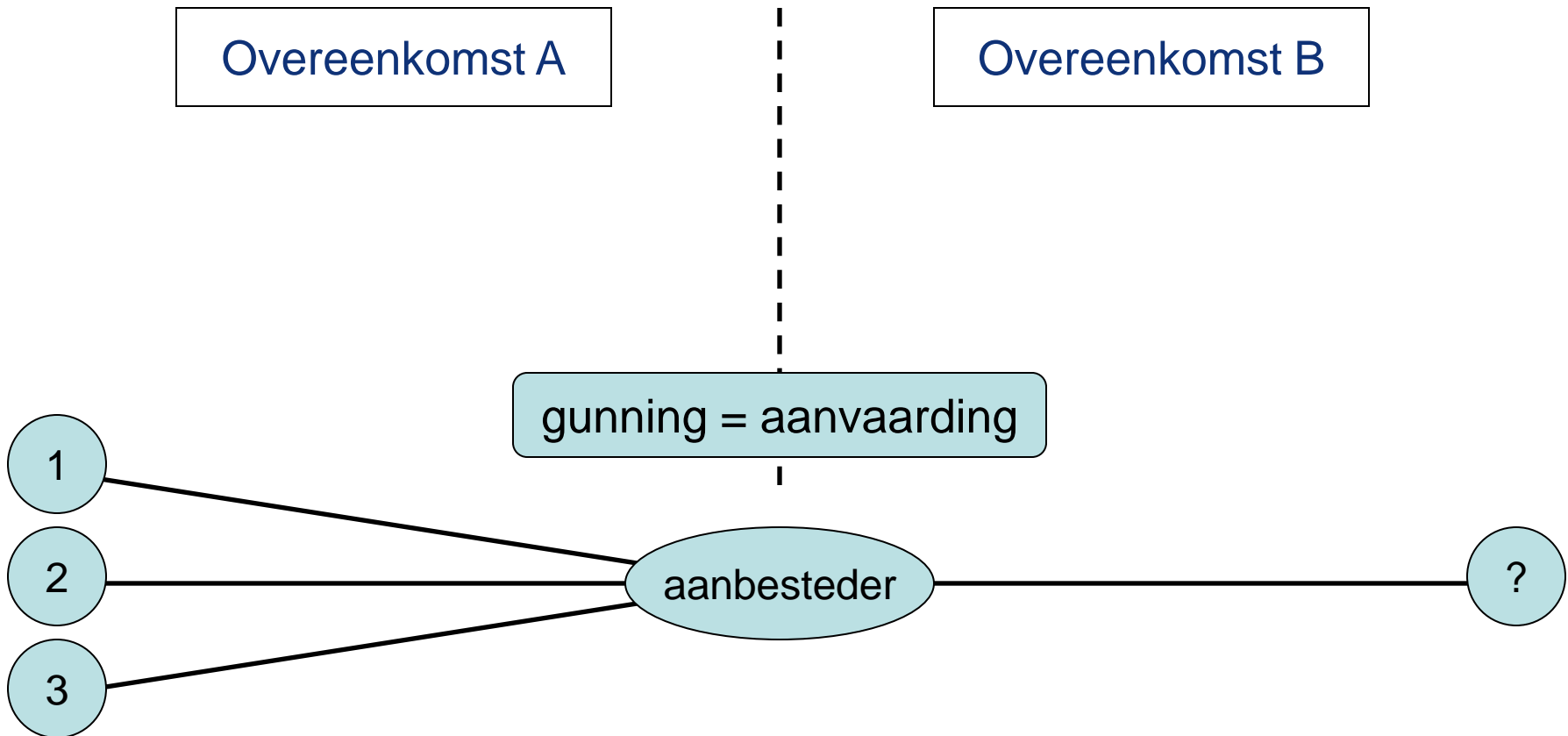
# Gunning en aanvaarding



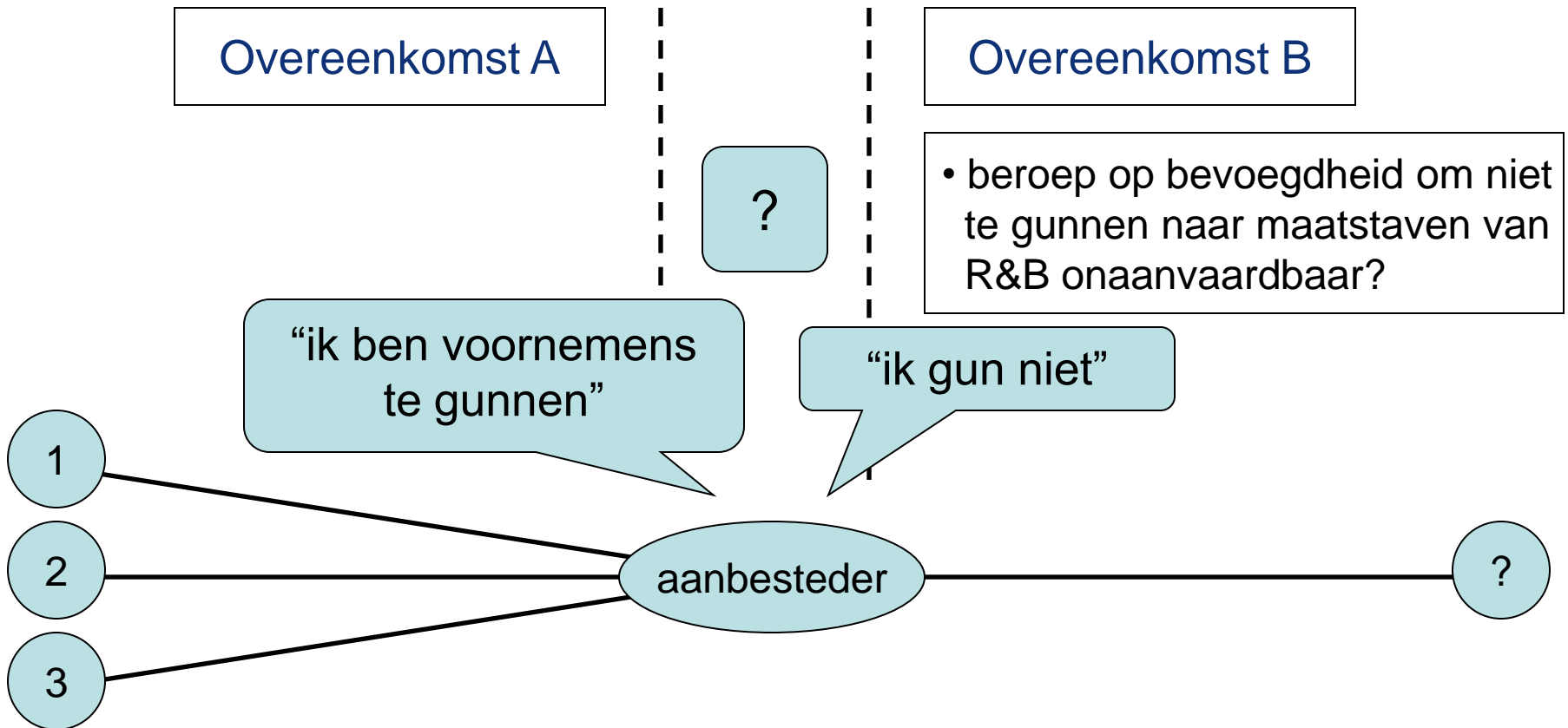
# Vacuüm als gevolg van art. 55 Bao



# B onder opschortende voorwaarden (11)



# 'Afgebroken onderhandelingen' (12)

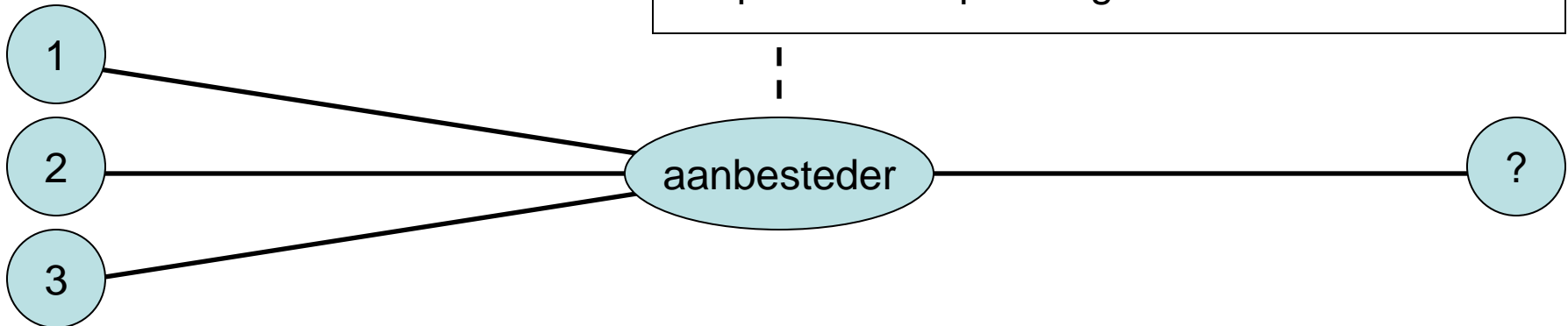
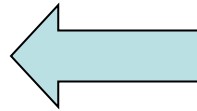


# Vergoeding offertekosten (12)

Overeenkomst A

Overeenkomst B

- art. 6:248 lid 1 BW (aanvulling overeenkomst)
- nee, vanuit efficiëntieoogpunt ongewenst, aldus Van Damme (2002)
- eigen procedureregels aanbestede kunnen expliciet in verplichting voorzien

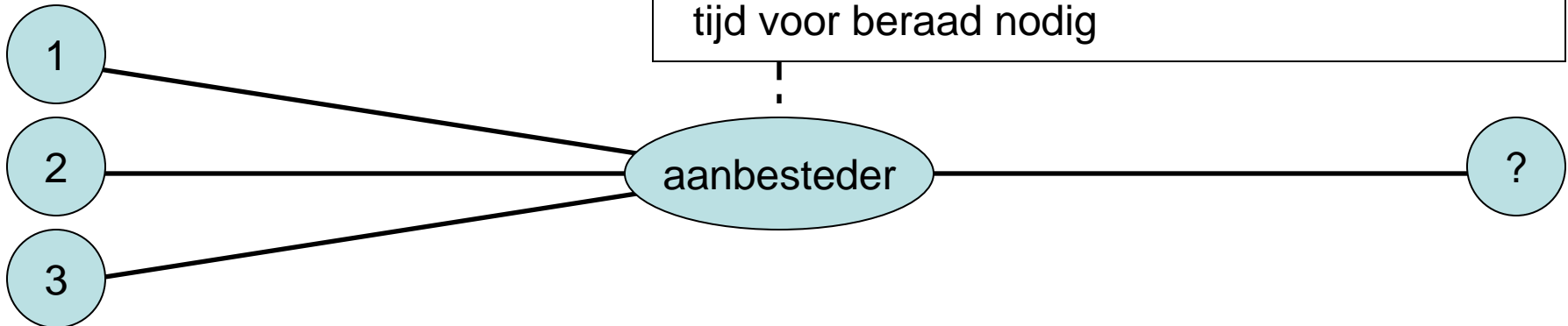
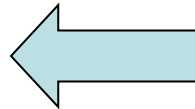


# Verplichting tot gestanddoening (13)

Overeenkomst A

Overeenkomst B

- art. 6:248 lid 1 BW
- aanvulling overeenkomst op grond van wet - art. 6:221 lid 1 BW
- aanbod vervalt indien niet binnen redelijke termijn aanvaard: aanbesteder heeft enige tijd voor beraad nodig

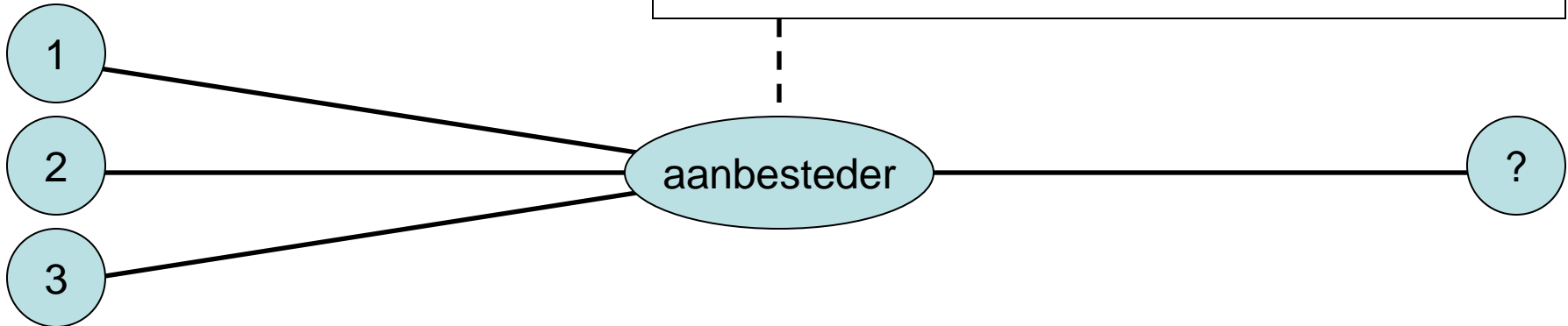
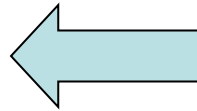


# Wat is 'een redelijke tijd'? (14)

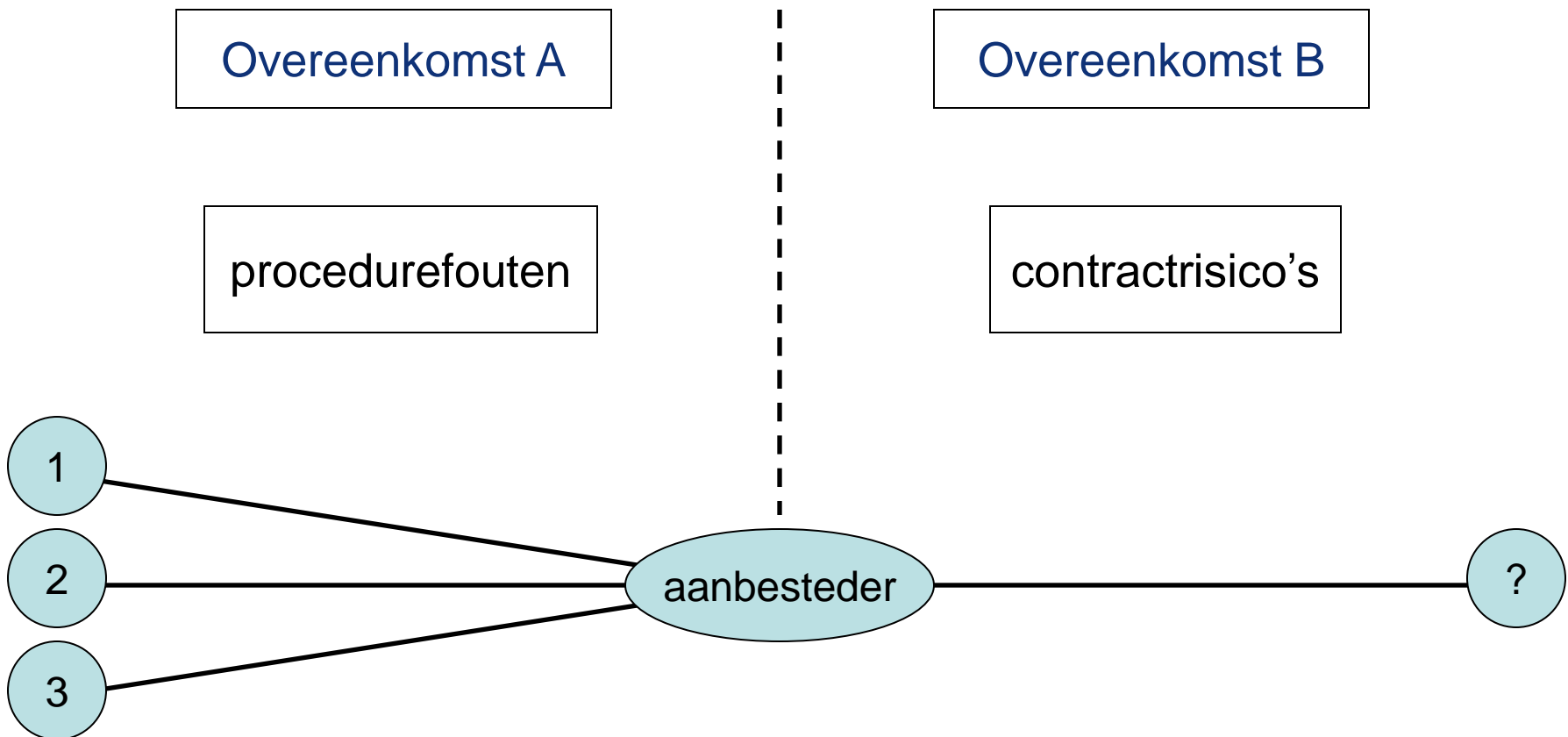
Overeenkomst A

Overeenkomst B

- art. 6:248 lid 1 BW
- aanvulling overeenkomst met verplichting tot gestanddoening aanbod leidt niet tevens tot objectief duidelijke gestanddoeningstermijn
- ingrijpen wetgever nodig?



# Onderzoek en mededeling inschrijver



## Veel voorkomende procedurefouten

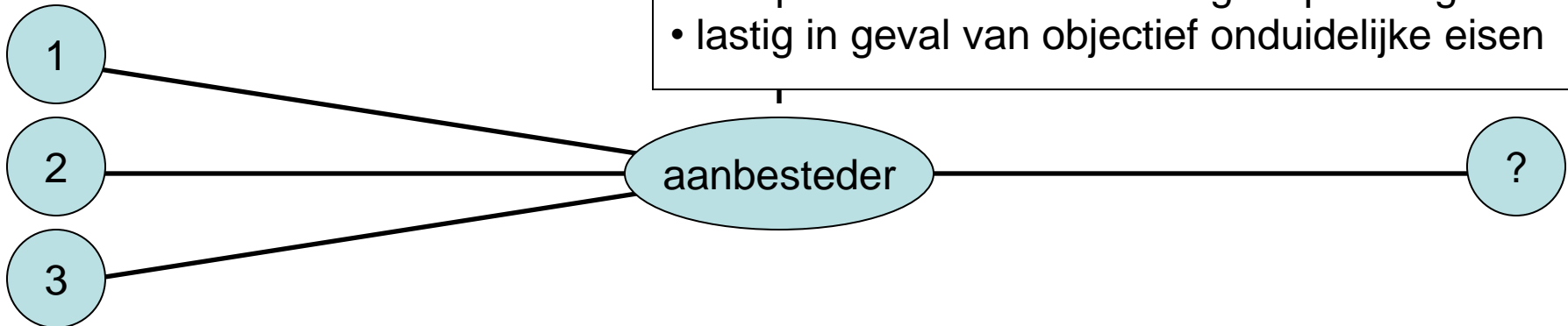
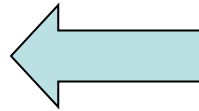
- aanbestedder stelt objectief duidelijke, doch *disproportionele* eisen (Grossmann)
- aanbestedder stelt objectief duidelijke eisen, maar past die vervolgens niet toe conform hun objectief duidelijke inhoud
- aanbestedder stelt *objectief onduidelijke* eisen

# Procedurefouten aanbestede (15)

Overeenkomst A

Overeenkomst B

- 6:248 lid 1 BW (aanvulling overeenkomst)
- onderzoek- en mededelingsplicht inschrijver
- fout die inschrijver niet kan zijn ontgaan bij normale deelname aan aanbesteding
- let op moment van activering verplichting
- lastig in geval van objectief onduidelijke eisen



## (vervolg)

- rechtsgevolgen verzuim mededelingsplicht
  - beroep op rechtsverwerking als procedurefout bestaat uit stellen van disproportionele eisen
    - afwikkeling aanbestedingsprocedure raakt dan niet aan belangen andere inschrijvers
  - geen beroep op rechtsverwerking in andere gevallen
    - afwikkeling aanbestedingsprocedure zou dan immers betekenen dat de rechter de aanbesteder een vrijbrief geeft om jegens andere inschrijvers te kort te schieten in nakoming van gelijke kansverplichting
    - mogelijk schadeplichtigheid inschrijver als enige remedie?