Zoeken naar El Dorado

Enkele punten van aandacht bij een zich snel ontwikkelend rechtsgebied

Rede

Uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van bijzonder
hoogleraar in het Aanbestedingsrecht aan
de Universiteit van Amsterdam
op vrijdag 16 november 2007

door

G.W.A. van de Meent

Mevrouw de Rector Magnificus,
Mijnheer de Decaan,
Geachte leden van het Curatorium, leden van het bestuur en de raad van advies van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht
Geachte toehoorders,

1. In de zomer is er in de regel weinig nieuws. Goed, er sluipt wel eens een Poema rond zoals op de Veluwe in de zomer van 2005, en er ontstaat wel eens spontaan een graancirkeltje, maar daar blijft het in de regel bij.[1] Zo niet deze zomer! Deze zomer stond de berichtgeving in het teken van de overheidsaanbesteding. De aanleiding was de organisatie van een groot publieksevenement op Schokland. Op 30 juni jl. verplichtten honderden organisaties, bedrijven en particulieren zich in zogenaamde Schoklandakkoorden bij te dragen aan allerlei nobele Milleniumdoelstellingen. Het evenement was belangrijk, groot opgezet en ook succesvol.[2]

2. Het was daarom zo jammer dat de minister van Ontwikkelingssamenwerking de opdracht voor de organisatie van dit evenement 'onderhands', dat wil zeggen niet in concurrentie, had gegund. Het bureau dat de opdracht had gekregen bleek in handen te zijn van partijgenoten van de Minister. Een rel was geboren. Diverse fracties spraken zich in minder vleiende bewoordingen over de gang van zaken uit. De Minister moest erkennen dat de Europese aanbestedingsregels ten onrechte niet waren nageleefd. De redenen? Tijdsdruk en goede eerder opgedane ervaringen met het bureau.[3] Ingewijden in het aanbestedingsrecht weten het al. Dit zijn gebruikelijke excuses die een aanbestedingsrechtelijke toets meestal niet doorstaan. Hoe liep dit af? De Minister erkende in de Kamer dat de overheid een voorbeeldfunctie heeft bij het naleven van de aanbestedingsregels en nam maatregelen om nieuwe schendingen te voorkomen. De nalevingskous was daarmee niet af. Ook de Minister voor Jeugd en Gezin moest aan de Kamer toegeven dat de organisatie van zijn Kindertop niet was aanbesteed. En tenslotte kon ook de minister-president de bekostiging van een ander evenement in het kader van de 100-dagentoernee van het Kabinet tot in detail aan de Kamer blootleggen. Ook hij

---

[1] 'Veluwse Poema blijkt kater', in: website NOS journaal, http:/www/nos.nl/nosjournaal/artikelen/2005/9/21/21905_poema.html.21 september 2005.

[2] Zie www.hetakkoordvanschokland.nl.

[3] TK 2006-2007, Aanhangsel van de Handelingen, nr. 2326, p. 4925 e.v. (Kamervragen leden Ferrier en Knops (beiden CDA) met antwoord van de minister voor Ontwikkelingssamenwerking).

onderstreepte daarbij de voorbeeldfunctie van de overheid bij de naleving van de aanbestedingsregels[4]

3. Nam het maatschappelijk en politiek debat over de naleving van deze regels daarmee een vlucht, zoals de Algemene Rekenkamer hoopvol opmerkte? Wat betreft het politieke debat bleef het bij wat 'klapwieken'. Dat illustreert de incidentele aandacht die de politiek heeft voor mijn leeropdracht 'aanbestedingsrecht'. Onderhandse gunning wekt op zijn minst de schijn van niet-integer handelen en daar is soms, zoals deze zomer, politieke munt uit te slaan. Aan structurele aandacht van de Kamer heeft het de afgelopen jaren ontbroken.

4. Op het maatschappelijke vlak gebeurde er wel wat. Er is meer aandacht van de media voor nalevingsproblemen bij overheidsaanbestedingen en meer bekendheid bij het 'grote publiek'. Tot mijn verbazing las ik enkele weken geleden dat Maurice de Hond aan aanbestedingen zelfs een heuse opiniepeiling had gewijd. De uitkomsten waren voorspelbaar: '*Het beeld dat de Nederlander van de overheid heeft waar het gaat om aanbesteden, is ronduit negatief*', aldus De Hond. Driekwart van de Nederlanders denkt dat de gunning van overheidsopdrachten in 'achterkamertjes' gebeurt, vindt dat er toezicht nodig is door een onafhankelijke controledienst en dat overtredende overheden streng moeten worden gestraft. Dezelfde groep vindt dat áls de overheid 'pegels uit de regels' haalt, zij deze inkoopvoordelen onmiddellijk aan de burger moet teruggeven. Dat zal u wellicht aanspreken.[5]

Overheidsaanbesteding en aanbestedingsrecht

5. Laten we starten bij het begin. Overheidsaanbesteding? Aanbestedingsrecht? Waar hebben we het over? Een overheidsaanbesteding moet u zien als een uitnodiging van een overheid aan twee of meer ondernemers om een aanbod te doen. Voor de levering van goederen of diensten, of om een bepaald werk uit te voeren. Om in contact te komen met de markt initieert de overheid een ontmoeting. Dit gebeurt in principe met een openbare aankondiging. De aankondiging omschrijft de opdracht en geeft de (procedurele) criteria voor deelname aan de aanbesteding. Op de aankondiging reageren geïnteresseerde ondernemers die, al dan niet na

---

[4] TK 2006-2007, Aanhangsel van de Handelingen nr. 2561, p. 5421 e.v. (Vragen van het lid Aptroot (VVD) met antwoorden van de minister-president, minister van Algemene Zaken).

[5] 'Burger wil grip op aanbestedingen gemeenten en Rijk', bericht van 24 oktober 2007 op www.gemeente.nu waar ook het citaat van de heer De Hond is te vinden.

voorafgaande selectie, een inschrijving doen. Vraag en aanbod ontmoeten elkaar dan en er is tijdelijk sprake van een markt.

6. Aanbestedingsregels reguleren dit spel van overheidsvraag en particulier aanbod. Juist omdat de overheid partij is gaat het hier om meer en andere regels dan de gewone regels van verbintenissenrecht waar u en ik mee te maken hebben bij onze aankopen. De overheid is bij haar inkoop gehouden de algemene beginselen van aanbestedingsrecht toe te passen, meer in het bijzonder: het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel. Deze beginselen zijn deels van Europeesrechtelijke snit – zij zijn bijvoorbeeld te vinden in de Europese aanbestedingsrichtlijnen[6] - maar maken ook deel uit van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur die de overheid eveneens bij privaatrechtelijk handelen moet naleven. Door objectief en transparant aan te besteden kunnen ondernemers op gelijke grondslag onderling concurreren en kan de ondernemer die laagste prijs of de beste 'value for money' biedt, de opdracht krijgen.

7. Het totaal aan publieke bestedingen in de Europese Unie is gigantisch. In 2002 ging het om 1500 miljard euro, ongeveer zestien procent van het bruto nationaal product van de Europese Unie. Gelet op de economische groei van de afgelopen jaren en de uitbreiding van de Unie, is de omvang verder toegenomen. Op het niveau van de lidstaten varieert het percentage van ca. 12% (Italië) tot 22% (Nederland).[7] In Nederland zou het volgens een recente schatting van de Chief Procurement Officer gaan om ca. 58 miljard euro aan bestedingen, waarvan het Rijk dertien miljard voor zijn rekening neemt en andere overheden ca. 45 miljard euro.[8] In Duitsland gaat het om 360 miljard euro (17% van het bnp). We praten dus over 'Big Spenders', dames en heren.

Ontwikkeling van het aanbestedingsrecht

8. Met deze cijfers is ook meteen het Europese belang gegeven. Er kan pas een volwaardige interne markt in de Europese Unie zijn als de nationale markten voor overheidsopdrachten volledig geopend zijn voor concurrentie. Het EG-Verdrag wijdt echter geen expliciete

---

[6] Art. 2 Richtlijn Overheden. Art. 10 Richtlijn Speciale Sectoren.

[7] European Commission, A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 3 februari 2004, p. 4.

[8] S.Eilander, J. Telgen, Reconciling departmental silos in procurement (2007), op: www.siepeilander.web-log.nl.

bepalingen aan de integratie ervan. Bevreesd om een vitaal instrument van economisch beleid kwijt te raken, wisten de onderhandelaars van de oorspronkelijke zes lidstaten hierover geen overeenstemming te bereiken.[9] Pas sinds de jaren negentig hebben we een volwaardig communautair aanbestedingsregime bestaande uit richtlijnen, toezicht door de Europese Commissie en voorlichting aan overheden en bedrijven.

9. Dit regime heeft absoluut effect. Werden er in 1995 55.000 aanbestedingen aangekondigd in het Publikatieblad van de EG, in 2002 was dit aantal bijna verdubbeld tot 106.000 aankondigingen. In Nederland steeg het aantal aankondigingen van circa 1800 in 2001 naar circa 3400 in 2006. Het aantal Europese aanbestedingen neemt dus in snel tempo toe. Hierbij moet u bedenken dat in de EU minder dan 20% van de daarvoor in aanmerking komende overheidsopdrachten daadwerkelijk Europees worden aanbesteed. Er is dus nog de nodige winst te behalen.

10. Alhoewel 'winst'? Een vraag die continu door ondernemers, aanbesteders en nu ook blijkbaar door De Hond wordt gesteld, is wat nu precies het positieve effect is van die 'lastige Europese regeltjes'. Op macroniveau geldt dat de Europese aanbestedingsregels ontegenzeggelijk helpen de interne markt binnen de Europese Unie te realiseren. Economisch onderzoek laat zien dat correcte toepassing van deze regels tot belangrijke economische voordelen leidt. Het zou de overheid bij de door haar ingekochte goederen en diensten een 'overall' prijsdaling van circa dertig procent hebben opgeleverd.[10] Oftewel forse besparingen voor het overheidsbudget! Ik plaats echter drie kanttekeningen.

    1. De effecten zijn wel meetbaar maar in de praktijk nauwelijks 'zichtbaar'. Zichtbaar in de zin dat er daadwerkelijk buitenlandse ondernemers inschrijven op aanbestedingen. Slechts in drie procent van alle op Europese aanbestedingen uitgebrachte offertes, gaat het om '*direct cross-border procurement*'; oftewel om biedingen die direct door in andere lidstaten gevestigde ondernemingen worden uitgebracht.
    2. De Europese aanbestedingsregels bevorderen paradoxaal dus vooral de marktwerking binnen de lidstaten. Vele gevestigde relaties tussen overheden en huisleveranciers zijn

[9] Van de Meent 1995, p. 21 e.v. (met literatuurverwijzingen).

[10] 'Public procurement rules deliver big savings for taxpayers; scope for more gains', persbericht Europese Commissie, 3 februari 2004. Het persbericht verwijst naar het onderzoeksrapport, geciteerd in voetnoot 7, p. 8 e.v. Het betrof hier een omvangrijk onderzoek onder 1500 ondernemingen uit acht lidstaten die actief zijn op overheidsopdrachtmarkten.

door toedoen van deze regels doorgesneden. Dit komt ook omdat de drempels waarboven Europees moet worden aanbesteed, laag zijn. Een ministerie moet een opdracht voor diensten al Europees aanbesteden indien de waarde ervan meer bedraagt dan € 137.000. Dit proces zal de komende jaren aan dynamiek winnen, ook voor opdrachten onder de drempels! Ik kom daar zo op terug.

3. De macrovoordelen doen zich niet automatisch voor op het microniveau van de individuele aanbesteding. Aan de vraagtechniek van aanbesteding kleven wat ik maar noem 'intrinsieke' bezwaren. Het grootste bezwaar is wel dat aanbesteder én aanbieders omvangrijke kosten moeten maken om vraag en aanbod bij elkaar te brengen. Voor Nederland zijn deze kosten wel eens geschat op circa een half miljard euro per jaar.[11] Deze kosten zijn veel hoger dan bij particuliere transacties en worden veroorzaakt door de verplichte toepassing van de regels.[12] De kosten voor het bedrijfsleven stijgen verder naarmate de overheden ieder op hun eigen manier de regels toepassen.

11. Ik plaats deze kanttekeningen niet voor niets. Het sentiment rond de overheidsaanbesteding is de laatste jaren ronduit negatief. '*Overheidsopdrachten? Vergeet het maar!*' zo noemde VNO NCW haar rapport naar praktijkervaringen van haar leden. Bij aanbestedende diensten zelf is op zijn best sprake van 'mixed emotions'. De door De Hond ondervraagde ambtenaren vond zeventig procent dat de aanbestedingsregels zo complex zijn dat het behalen van inkoopvoordeel onmogelijk is. Naar mijn mening is het goed enige nuchterheid te betrachten en de regels op de juiste waarde te schatten. Ik doe dit aan de hand van een actueel voorbeeld van aanbestedingen in de zorg. Ik had ook het openbaar vervoer als voorbeeld kunnen nemen, maar dat terzijde.

Aanbestedingen in de zorg

12. Op 1 januari van dit jaar is de Wet maatschappelijke ondersteuning ('Wmo') in werking getreden. Deze wet verplicht gemeenten burgers met beperkingen zo te compenseren dat zij zo volwaardig mogelijk kunnen functioneren. De daarvoor benodigde voorzieningen moeten

---

[11] Zie de diverse lastenmetingen van Sira Consulting uitgevoerd in opdracht van het ministerie van EZ, onder meer: '*Meting lasten van aanbesteden door de centrale overheid',* 5 april 2005.

[12] Zie het onderzoek uitgevoerd in opdracht van de Europese Commissie door Europe Economics, Evaluation of Public Procurement Directives, Markt/2004/10/D, 15 september 2006.

gemeenten bij voorkeur inkopen bij derden.[13] Een belangrijke dienst is de huishoudelijke verzorging. Nog voordat de wet in werking trad, waren honderden gemeenten gezamenlijk bezig met het organiseren van tientallen Europese aanbestedingen voor de inkoop van deze zorg. Onder het oude AWBZ regime was slechts beperkte concurrentie mogelijk. In elke zorgkantoorregio maakten zorgverzekeraars via een zorgkantoor productieafspraken met een beperkt aantal in de regio toegelaten zorginstellingen. Aanbestedingen waren nagenoeg niet aan de orde. De verhoudingen tussen de instellingen waren stabiel. Er waren veel lokale en regionale kampioenen. Hier kwam vanaf 2003 langzaam verandering door invoering van marktwerking. Op deze markt in transitie vonden de aanbestedingen plaats. U kunt zich wellicht voorstellen wat er gebeurde. Een groot aantal zorginstellingen verloor in de 'eigen gemeenten' de aanbesteding.. Soms vanwege fouten. Vaker omdat ze de concurrentie op het criterium 'tarieven' met nieuwe toetreders (zonder vast relatief duur personeel) niet aankonden. In de regel waren er geen voorzieningen getroffen voor de overgang van personeel. Aanzegging van ontslagen, commotie, demonstraties én rechtszaken waren het gevolg. Uiteindelijk werd één op de vijf aanbestedingen in rechte aangevochten.

13. De Tweede Kamer reageerde verrast. Een groot aantal moties werd ingediend. Zo zou de Wmo de winnende aanbieders alsnog moeten verplichten een deel van het personeel van de verliezers over te nemen. Zelfs werd voorgesteld in de Wmo vast te leggen dat Europese aanbesteding niet verplicht is,[14] respectievelijk werd de regering verzocht maatregelen te treffen om de aanbestedingen in de WMO te stoppen.[15] De regering erkende enkele maanden geleden dat het gebruik van het aanbestedingsinstrument had geleid tot deels onvoorziene en negatieve effecten. De negatieve effecten werden vervolgens op het conto van de aanbesteding gebracht. Zo deelde de staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn in Sport aan de Tweede Kamer mee dat zij, vanwege de ervaringen met de Wmo, zij niet meer popelde taken aan de markt op andere terreinen over te hevelen indien daarbij ' *ook aanbestedingen aan de orde zouden zijn'*.[16]

14. Ik vind dat niet terecht en plaats de volgende opmerkingen:

---

[13] Art. 10 Wmo.

[14] TK 2006-2007, 30 131, nr. 112. Met name in oktober is gesproken over de gevolgen van de aanbesteding.

[15] TK 2006-2007, 29 538, nr. 50 (motie Kant)

[16] TK 2006-2007, 29 538 (Zorg en maatschappelijke ondersteuning), nr. 56, p. 6 (verslag van een algemeen overleg over de WMO met de vaste commissie voor VWS)

- Kabinet en Kamer hebben onvoldoende aandacht gehad voor de Europese aanbestedingsregels. In de memorie van toelichting komt het woord 'aanbesteding' niet één keer voor. Evenmin blijkt dat de regering een effectanalyse heeft laten maken om te bepalen of voor bepaalde effecten voorzieningen moeten worden getroffen en zo ja, wáár: in de wet, in beleid of zelfs door de individuele aanbesteder in zijn bestek;
- Onvoldoende is beseft dat de aanbesteding in principe een 'neutraal' instrument is en ten onrechte lijkt de gedachte te hebben postgevat dat de aanbestedingsregels een star en inflexibel kader voor gunning bieden. Dit is niet juist. De aanbestedingsregels geven een open en flexibel kader dat de aanbesteder *in concreto* moet invullen. Ik heb beroepshalve de meeste Wmo-bestekken gezien en moet constateren dat dit onvoldoende is gebeurd. Ik geef enkele voorbeelden. Als de aanbesteder niet wil dat aanbieders enkel laag geschoolde krachten inzetten, dan kan hij in het bestek eisen stellen aan het personeelsbestand van de aanbieder (hoeveel procent een vast/tijdelijk contract, hoeveel procent in loondienst, minimaal kwaliteitsniveau etc.). De aanbesteder kan oog hebben voor negatieve werkgelegenheidseffecten die op lokaal niveau ontstaan als de zittende aanbieder de aanbesteding verliest en personeel moet ontslaan. In het bestek kan een verplichting tot overname van personeel als eis worden opgenomen of kan de mate waarin een aanbieder bereid is personeel van de zittende aanbieder over te nemen gunstig beoordeeld worden. Door zijn opdracht in percelen te verdelen en die toe te spitsen op bepaalde typen cliënten, kan de aanbesteder rekening houden met in de markt aanwezige specialisaties van aanbieders of kleine aanbieders een kans geven om individueel te offreren. Er is een groot aantal variaties denkbaar die ieder voor zich ook weer 'geprijsd' kunnen worden.

15. Pas zeer recent is het kabinet op basis van extern onderzoek tot het inzicht gekomen dat 'op inhoud aanbesteden' of 'beleidsrijk' aanbesteden in de Wmo wel degelijk mogelijk is…[17]

16. Dat dit inzicht anno 2007 bij de wetgever doorbreekt, is tekenend. Het is wel verklaarbaar. Nederland heeft buiten aanbesteding in de bouw geen traditie van aanbestedingsregulering. De Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn tot 2006 geïmplementeerd door er naar te verwijzen. Op dit moment wordt gewerkt met Bao en Bass waarin de Richtlijnen voor het overgrote deel letterlijk zijn overgeschreven. Zeer veilig inderdaad; een inbreukprocedure wegens verkeerde

[17] Zie onder andere de voorbeelden de brochure Aanbesteden met beleid. Varianten in de aanbestedingen van de Wmo, samengesteld door Significant in opdracht van het Ministerie van VWS en de VNG. TK 2007-2008, 29 538, nr. 58, p. 2 en 13.

implementatie zal niet snel plaatshebben, maar er is in Nederland nooit structureel en systematisch nagedacht over de vraag wat een juridisch aanbestedingskader zou moeten inhouden. Een volgende stap – het ontwikkelen van beleid op basis van de vastgestelde normen – kan dan moeilijk gezet worden.

Nog te overwinnen barrières

17. Alle nuchterheid ten spijt. Het El Dorado van inkoopvoordelen ligt niet om de hoek. Het aanbestedingskader behoeft zeker invulling wil er rechtmatig én doelmatig aanbesteed kunnen worden. Met welke problemen hebben aanbesteders en ondernemers te maken? Ik noem er een paar:

- Het aanbestedingsrecht zelf;
- Het tekort aan naleving, handhaving en rechtsbescherming;

Er zijn er nog meer. De overheidsaanbesteding is bijvoorbeeld gevoelig voor sabotage. Dat is de les die valt te leren uit de meer dan duizend boetebesluiten die de NMa de afgelopen jaren heeft opgelegd aan aanbieders die met vooroverleg en afspraken de met de aanbesteding op te roepen concurrentie hebben beperkt. Ik laat deze en andere beperkingen omwille van de tijd rusten.

Snelle ontwikkeling van het aanbestedingsrecht

18. Het aanbestedingsrecht zelf, en met name de snelle ontwikkeling ervan, is misschien wel de belangrijkste hindernis. Geweldig voor juristen – de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht is niet voor niets stormachtig gegroeid naar meer dan 500 leden – maar bepaald frustrerend voor de aanbestedingspraktijk van alledag.

19. Zo wordt in Nederland al jaren geprocedeerd over de vraag of algemene ziekenhuizen zogenaamde ‘publiekrechtelijke instelling’ en daarmee aanbestedingsplichtig zijn. De impact van de aanbestedingsregels op publiek private samenwerking in het kader van gebiedsontwikkeling hangt af van de invulling van het begrip ‘overheidsopdracht’ en is voorwerp van fel debat.

20. Een illustratief voorbeeld is in hoeverre de aanbestedingsregels ingrijpen op verzelfstandiging en samenwerking tussen aanbesteders. Het uitgangspunt is simpel. Zijn opdrachtgever en

opdrachtnemer verschillende rechtspersonen, dan bestaat er in beginsel een verplichting tot Europese aanbesteding.[18]

21. Ik geef u een voorbeeld. Het ingenieursbureau Amsterdam (IBA) is een dienst van de gemeente Amsterdam en heeft geen rechtspersoonlijkheid. Zij kan dus onderhands engineeringsopdrachten voor Amsterdam uitvoeren. Komt de opdracht echter van de gemeente Lelystad, dan moet er in principe aanbesteed worden. Wat nu als de gemeente Amsterdam het ingenieursbureau zou verzelfstandigen en zou inbrengen in een nieuw opgerichte vennootschap? Indien het ingenieursbureau zou blijven werken voor Amsterdam, zou de aanbestedingsplicht onnodig ingrijpen op de vrijheid van de gemeente om haar diensten in te richten zoals zij dat wil. De Europese aanbestedingsregels voorzien niet in een expliciete vrijstelling voor deze situatie. Dit leidde in diverse lidstaten tot rechtsonzekerheid.

22. Uiteindelijk kon het HJEG in 1999 een vrijstelling formuleren. In onze casus zou de gemeente Amsterdam volgens het Hof onderhands opdrachten kunnen blijven verstrekken, zolang zij maar (i) voldoende toezicht houdt en (ii) het verzelfstandigde ingenieursbureau het merendeel van zijn opdrachten uitvoert voor de gemeente.[19]

23. Deze uitspraak leidde tot een hausse aan uitleggingsvragen die via de nationale rechter weer bij het HJEG terecht kwamen. Hoe moet bijvoorbeeld het begrip 'toezicht' worden uitgelegd? Het HJEG interpreteert de zelf gestelde voorwaarden restrictief.[20] Een te ruime interpretatie zou afbreuk doen aan het doel van de Europese aanbestedingsregels, te weten openstelling van de markt voor overheidsopdrachten voor een zo ruim mogelijke (grensoverschrijdende) concurrentie en het waarborgen van de mededinging op deze markt. Volgens het HJEG moet er sprake zijn van formeel toezicht, in de zin van de zeggenschap die een meerderheidsaandeelhouder in principe over de door hem gehouden onderneming uitoefent. Dit is echter niet voldoende. Belangrijk is ook dat er feitelijk toezicht wordt gehouden. Heeft het bestuur van de verzelfstandigde onderneming een grote mate van vrijheid op grond van bijvoorbeeld de statuten of het directiestatuut, kan er dus sprake zijn van onvoldoende toezicht.

---

[18] HvJ EG arrest van 7 december 2000, zaak C-94/99, ARGE, Jur. 2000, p. I-11037, rov. 40.

[19] HvJ EG, arrest van 18 november 1999, zaak 107/98, Teckal, Jur. 1999, p. I-1821, rov. 50.

[20] Zie bijv. HvJ EG, arrest van 11 januari 2005, zaak C-26/03, Stadt Halle, Jur. 2005, p. I-1, rov. 46.

24. Maar wat is nu de situatie in ons voorbeeld dat naast Amsterdam twee andere gemeenten aandelen nemen in het ingenieursbureau en ieder van hen minderheidsaandeelhouder is? Aannemende dat aan geen van de aandelen speciale rechten kleven en er geen sprake is van een aandeelhoudersovereenkomst, zullen er voor elk te nemen besluit steeds wisselende coalities van aandeelhouders zijn, heeft dus geen van hen (individuele of gezamenlijke) zeggenschap en zou de vrijstelling niet kunnen gelden omdat er geen sprake is van formeel toezicht. Dit zou weer ongewenst zijn. In een van de meest recente zaken lijkt het HJEG deze mogelijkheid toch toe te staan, maar volledige zekerheid is er op dit moment niet.[21]

Verdragsaanbestedingsrecht

25. Het gaat niet alleen om de uitleg van de aanbestedingsrichtlijnen. Er is de laatste tijd veel te doen over het zogenaamde 'Verdragsaanbestedingsrecht'. Deze term slaat op jurisprudentie van het HJEG over de gunning van niet onder het volle regime van de aanbestedingsrichtlijnen vallende opdrachten. Bijvoorbeeld opdrachten met een waarde onder de drempelwaarden, of dienstenconcessies. Het belang van deze jurisprudentie is groot. Alleen decentrale overheden gunnen in Nederland jaarlijks meer dan 200.000 opdrachten onder de Europese drempels.[22]

26. Volgens het HJEG moeten aanbesteders bij gunning van dit soort opdrachten de fundamentele regels van het EG-Verdrag in het algemeen en het verbod van discriminatie op grond van nationaliteit in het bijzonder in acht nemen. Volgens het HJEG rust vanwege dit laatste verbod op aanbesteders een verplichting tot transparantie. Deze houdt in '*dat aan elke potentiële inschrijver een passende mate van openbaarheid wordt gegarandeerd, zodat de dienstenmarkt voor mededinging wordt geopend en de aanbestedingsprocedures op onpartijdigheid kunnen worden getoetst'*.[23] Er moet dus sprake zijn van transparantie vóór en ná gunning van de opdracht. Voor aanbestedingspuristen gaat het hier om een haast sacrale formule. Maar de toepassing ervan in de praktijk is niet altijd even makkelijk én niet altijd even zinvol als we daarbij de transactiekostenproblematiek nog even voor ogen nemen.

---

[21] HJEG, arrrest van 19 april 2007, zaak C-295/05, Asemfo/Tragsa, nng., rov. 60, 65.

[22] PricewaterhouseCoopers/Significant, Inkopen onder de Europese aanbestedingsdrempels, Den Haag/Barneveld, juni 2007.

[23] Zie bijv. HvJ EG, arrest van 18 november 1999, zaak C-275/98, Jur. 1999, I-8291, rov. 31 (Telaustria).

27. Want wanneer en hoe moet de individuele aanbesteder deze verplichting in de praktijk brengen? Een ruime uitleg van de interstatelijkheidseis leidt ertoe dat ongeacht de waarde van de opdracht of de geografische dimensie van de product- of dienstenmarkt –er zekerheidshalve een Europese aankondiging plaatshebben.[24] De potentieel geïnteresseerde aanbieder kan zich immers in alle regio's van de EU 'schuilhouden'; van Karelië in Finland tot Calabrië in Italië. Alternatief is dat de aanbestedende dienst elke keer bepaalt welke markt bestaat voor zijn opdracht, zodat hij zijn advertentie soms in het 'lokale sufferdje', soms in een landelijk vakblad en soms in het Supplement op het Publikatieblad van de EG moet plaatsen. De vraag is dan welke maatstaf hiervoor moet worden aangelegd. Mag enkel worden afgezien van Europese aankondiging indien de opdracht een zeer geringe economische betekenis heeft, zoals het HJEG oordeelde in de zaak Coname. Of is Europese aankondiging pas nodig als de opdracht 'een duidelijk belang' voor een onderneming in een andere lidstaat, hetgeen de Commissie had nagelaten aan te tonen zoals het Hof van Justitie drie dagen geleden oordeelde in de zaak An-Post. Hiertussen lijkt wel enig verschil tussen te zetten. Of toch niet. De officiële Engelse tekstversie spreekt namelijk van een 'certain interest' , hetgeen ik zou vertalen als 'van enig of van een zeker belang'.

28. Volgens de Europese Commissie is openbaarmaking alleen niet voldoende. In geval zich meer dan één geïnteresseerde ondernemer meldt, moet de aanbesteder ook een soort blauwdruk voor een aanbestedingsprocedure hebben klaarliggen.[25]

29. Verschillende lidstaten hebben scherpe kritiek geuit op deze interpretatie van de Commissie.[26] Door zes lidstaten en het Europees Parlement is beroep tot nietigverklaring tegen de bewuste

---

[24] Zie E.R. Manunza, (On)gewenste ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht, NJB 2006/19.

[25] Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen, Pb. 2006, C 179/2 e.v. waar de Commissie stelt dat de aanbesteder onder meer regels moet hebben voor de selectie van aanbieders en gunning van de opdracht. Zie ook haar Groenboek over PPS en het gemeenschapsrecht inzake overheidsopdrachten en concessieovereenkomsten van 30 april 2004, Com (2004) 327 fin. van 30 april 2004, randnr. 30. Voor de coördinatie van procedures voor de gunning van concessies heeft de Europese Commissie in haar werkprogramma voor 2007 een richtlijn aangekondigd.

[26] Zie bijvoorbeeld: Position of Austria, France and Germany on the draft communication of the European Commission on the Community law applicable to contract awards not or only partially covered by the public procurement Directives (document CC/2005/11 EN of 11 October 2005. Te vinden op: www.nima.no

mededeling van de Commissie ingesteld.[27] Of het beroep zal slagen, betwijfel ik op formele gronden.

30. Het 'Verdragsaanbestedingsrecht' zal de komende jaren aan gewicht winnen en niet alleen voor opdrachten onder de Europese drempels. Door 'creatief te priegelen met Europeesrechtelijke beginselen' kan ook getracht worden toegang te krijgen tot de verlening van vergunningen, de verkoop van gronden en andere eigendommen van de overheid, de selectie van private partijen als partner van de overheid, óók in situaties dat er geen sprake is van een overheidsopdracht.

31. Op dit moment vinden er al verschillende schermutselingen plaats. Bijvoorbeeld op het terrein van kansspelen waar buitenlandse kansspelaanbieders toegang tot de Nederlandse markt proberen af te dwingen.

32. De organisatie van een kansspel is een economische activiteit. Indien het Ministerie van Justitie een buitenlandse loterij-exploitant op grond van de Kansspeelwet een vergunning weigert, dan levert dat een beperking van het vrij dienstenverkeer op. Dit kan echter geoorloofd zijn ter bescherming van het algemeen belang (het tegengaan van kansspelverslaving bijv.) Het vergunningssysteem moet dan wel non-discrimatoir zijn en de vergunningsweigering moet een proportioneel instrument zijn om het in geding zijnde algemeen belang te beschermen. De bestuursrechter heeft echter enkele maanden geleden een besluit tot weigering van een loterijvergunning vernietigd omdat aan de verdeling van de vergunningen, ik parafraseer, niet enige vorm van aanbesteding ten grondslag zou hebben gelegen. Dit leverde een inbreuk op het proportionaliteitsbeginsel op zodat de rechtvaardigingsgrond niet kan gelden.[28] Deze uitspraak en recente uitspraken van de HJEG op dit terrein zullen ongetwijfeld een vervolg krijgen. Ter zake van kansspelen loopt in ieder geval nog één procedure.

Een tekort aan naleving en handhaving

33. Net als in de EU schiet ook in Nederland de naleving tekort. Dit blijkt uit zogenaamde 'Nalevingsmetingen'[29] die in opdracht van het ministerie van EZ worden uitgevoerd. Decentrale

---

[27] Beroep ingesteld op 12 september 2006, zaak T-258/06 Duitsland/Commissie, Pb. 2006, C 294/52.

[28] LJN BA9831, ABRvS, uitspraak van 18 juli 2007, AB 2007, 302 met een kritische noot van J.H. Jans

[29] Bijv. Significant, Nalevingsmeting Aanbesteding 2004. Een onderzoek naar de naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijnen in Nederland, Barneveld 2005. Een nieuwe nalevingsmeting (2006) is in voorbereiding.

overheden besteden slechts de helft van hun inkoop die daarvoor kwalificeert, Europees aan. De rijksoverheid doet het beter. Opvallend slecht gesteld lijkt het echter te zijn met de naleving door toezichthouders die nota bene de marktwerking hoog in het vaandel hebben staan. De Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) zou slechts drie procent van haar voor Europese aanbesteding in aanmerking komend inkoopvolume ook daadwerkelijk Europees aanbesteden. De OPTA kwam tot dertien procent. En de Algemene Rekenkamer? Die zou net onder de veertig procent zijn blijven steken.[30]

34. Kunnen overheden die 'Europese' opdrachten onwettig onderhands gunnen daadwerkelijk 'gestraft' worden, zoals het publiek van De Hond dat klaarblijkelijk wil? Dat valt in de praktijk tegen. Ten eerste worden de meeste inbreuken niet op tijd opgespoord. 'Onderhands' betekent in de regel zonder publiciteit. Ten tweede is er geen effectieve controle op onderhandse gunning.

35. Natuurlijk er is controle achteraf, zoals de Algemene Rekenkamer uiteindelijk de rechtmatigheid van de departementale uitgaven controleert. Aanbieders die de opdracht willen krijgen hebben hier niets aan. Dit geldt ook voor klagen bij de Europese Commissie die op grond van het EG-Verdrag gehouden is de toepassing van het communautaire recht te controleren. Haar capaciteit is beperkt, zodat de klager er niet op mag rekenen dat zijn klacht snel in behandeling wordt genomen. Intern zou de Commissie een termijn van een jaar aanhouden om te bepalen of de ontvangen klacht aanleiding geeft tot het starten van een onderzoek.[31]

36. In Nederland moet de ondernemer die meent benadeeld te zijn, zelf de handhavingsklus klaren. Hij moet een civiel kort geding starten en vorderen dat de aanbesteder de gunning staakt en alsnog overgaat tot aanbesteding. Indien vaststaat dat de opdrachtgever een 'aanbestedende dienst' is en er ook geen twijfel bestaat over de vraag of de opdracht een 'overheidsopdracht' boven de drempelwaarde is, is zo'n procedure relatief eenvoudig te winnen. Maar daarmee heeft eiser niets in handen. De aanbesteding moet vervolgens nog plaatshebben, áls de aanbesteder hiertoe al overgaat. En dan moet de 'lastpak' ook nog even winnen…. Weinig

---

[30] N. Uenk, Nalevingsonderzoek Europees aanbesteden van toezichthoudende organen, Universiteit Twente, 9 maart 2007. Het onderzoek is uitgevoerd conform de systematiek van de eerdere Nalevingsmetingen.

[31] Zie Mededeling Europese Commissie aan het Europees Parlement en de Raad, 'Relations with the complainant in respect of infringements of Community law', Com (2002) 141. Zie ook D. Pachnou, Factors influencing bidders' recourse to the European Commission to enforce EC procurement law, (2005) 14 P.P.L.R. (2), p. 55 e.v., m.n. p.91.

ondernemingen hebben trek in zo'n procedure. Als de opdracht al gegund is, dan rest onze ondernemer slechts een – vanwege de bewijsproblematiek - weinig kansrijke schadeactie.

37. Er is dus sprake van een handhavingstekort dat zelfs assertieve marktpartijen en hun brancheorganisaties in de praktijk niet kunnen oplossen. Alhoewel er vaak sprake is fouten en niet van bewuste overtreding, kan ik kan voor het laten voortbestaan van dit tekort weinig begrip opbrengen. Onwettige onderhandse gunning door overheden is net als overtreding door ondernemingen van het kartelverbod een ernstige schending van het communautaire recht.[32] Aannemelijk is dat de schade eveneens hoog zal zijn.[33]

38. De nieuwe Aanbestedingswet zou in dit handhavingsdeficiet moeten voorzien, maar dat zal vooralsnog niet gebeuren. Hierop is veel kritiek geuit. Door de Raad van State, door branchevereningingen als MKB Nederland maar bijvoorbeeld ook door de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht. Toch lijkt de noodzaak voor een regeling alleen maar urgenter te worden. Er komt namelijk nog een belangrijk stuk Europese regelgeving aan. Dit is het door de Europese Commissie gedane voorstel tot wijziging van de rechtsbeschermingsrichtlijnen inzake overheidsaanbestedingen.[34] Deze richtlijn beoogt onder meer het door mij gesignaleerde probleem van onwettige onderhandse gunningen tegen te gaan. Op dit moment bevat het voorstel daartoe de volgende maatregelen:
    - het voornemen tot onderhandse gunning van Europese opdrachten moet vooraf bekend worden gemaakt met een specifieke aankondiging op Europees niveau; motivering waarom géén Europese aanbesteding plaatsheeft is daarbij verplicht;
    - daarna geldt een 'standstill' termijn van tien kalenderdagen waarbinnen de opdracht niet gegund kan worden. Binnen deze termijn kan het voornemen tot onderhandse gunning in rechte worden aangevochten;
    - voldoet een aanbesteder niet aan deze verplichtingen, dan is het door hem gesloten contract in principe onverbindend. Een onafhankelijke beroepsinstantie moet deze onverbindendheid uitspreken en de gevolgen ervan moeten worden bepaald door het nationale recht. De lidstaten kunnen bepalen dat de onverbindendheid ex tunc of enkel ex

---

[32] Meer precies van het communautaire aanbestedingsrecht, aldus HvJEG, arrest van 11 januari 2005, zaak C-26/03, Stadt Halle, rov. 37.

[33] Opgemerkt door M.J.J.M. Essers, 'Aanbesteden in nieuw jasje', FD 27 september 2007.

[34] Com (2006) 195, 4 mei 2006. Het voorstel is inmiddels met wijzingen aangenomen door het Europees Parlement. Het is nu aan de Commissie zich hierover uit te laten. Zie http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=nl&DosId=194171#377907

nunc werkt. Dit laatste mag de aanbesteder echter geen voordeel opleveren in de situatie dat de overeenkomst al (bijna) is uitgevoerd. In dat geval moet worden voorzien in 'krachtdadige' alternatieve sancties.[35] Gelet op de huidige tekst zou het gaan om het opleggen van boeten aan de aanbestedende dienst, of het verkorten van de looptijd van de overeenkomst. Het toekennen van schadevergoeding zou daarentegen geen passende sanctie zijn.[36]

39. Zou dit voorstel in de huidige vorm worden aangenomen, dan zal voor de onwettige onderhandse gunningen toch een wettelijke voorziening (in nietigheid of vernietigbaarheid) moeten worden getroffen. Ook kan voor deze categorie inbreuken niet meer door de Hoge Raad worden gezegd dat de overtreden aanbestedingsregels niet de strekking hebben de geldigheid van de daarop gesloten overeenkomst aan te tasten.[37] De noodzaak alternatieve sancties – 'administratieve boeten' – voorhanden te hebben, doet bovendien de vraag weer rijzen of er geen rol moet zijn voor een toezichthouder. De regering meent tot nu toe van niet, maar ik zie wel degelijk voordelen. Ik zou de rol overigens willen beperken tot toezicht op onwettige onderhandse gunning.

40. Zo'n toezichthouder zou de nodige toezichthoudende en opsporingsbevoegdheden moeten krijgen en de snelle overlegging van de benodigde informatie moeten kunnen afdwingen. De toezichthouder zou ambtshalve, steekproefsgewijs en sectorgewijs kunnen optreden, maar zou ook kunnen reageren op anonieme klachten. Met een prioriteringsbeleid zou een eventuele stortvloed aan klachten beheersbaar blijven. Er zou een aanbestedingskamer kunnen worden ingericht bij de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Maar dat hoeft niet; voorzien van voldoende bevoegdheden zou de toezichthouder ook onderdeel kunnen zijn van een departement.

41. In het opleggen van boeten zie ik overig weinig. Laat de toezichthouder vaststellen of er sprake is van onwettige gunning en indien ja, dit vastleggen in een openbaar besluit. Dit openbare besluit zou door iedere belanghebbende (concurrent, daarvoor in aanmerking komende

---

[35] Art. 2 sexies, lid 2 voorstel.

[36] Art. 2 septies, lid 2 voorstel.

[37] HR 22 januari 1999, NJ 2000, p. 305 (Uneto/De Vliert). Zie voor een kritische beoordeling W.J. Slagter, Aanbestedingsaansprakelijkheid: grondslagen en knelpunten, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen en J.V. Weijnen (red.), Aanbesteding en aansprakelijkheid. Preventie, vergoeding en afwikkeling van schade bij aanbestedingsgeschillen, Den Haag: Boom 2001, p. 4-5.

brancheverenigingen) kunnen worden aangegrepen om de gang naar de rechter te maken en het contract te laten vernietigen. Fricties met privaatrechtelijke handhaving zie ik dan niet zo snel ontstaan. Integendeel met zijn besluiten zou de autoriteit beslissingen van de burgerlijke rechter over nietigheid juist kunnen prejudiciëren.

42. Ik plaats hierbij nog twee kanttekeningen. Zoals ik net heb verteld is de werkingssfeer van de aanbestedingsregels niet altijd duidelijk. Er zal daarom tegelijk moeten worden geïnvesteerd in voorlichting. Door middel van interpretatieve mededelingen zal er duidelijkheid geschapen moeten worden over diverse begrippen. Individuele aanbestedende diensten zullen meer gehoed moeten worden bij de toepassing van de Europese aanbestedingsregels. Een tweede kanttekening is dat er meer handhavingstekorten zijn. Het wezenlijk wijzigingen van een na aanbesteding gesloten contract komt, zo blijkt uit onderzoek, regelmatig voor maar blijft in de regel onontdekt. Ook hier geldt dat een ondernemer weinig lust zal hebben hiertegen actie te ondernemen.

Tekort aan rechtsbescherming?

43. Op grond van het communautaire recht moet de rechtzoekende snelle en effectieve procedures tot zijn beschikking hebben. Dit geldt zeker in aanbestedingsgeschillen, omdat ná het sluiten van de overeenkomst vaak nog slechts een vordering tot schadevergoeding resteert. In Nederland bestaat voor aanbestedingsgeschillen geen aparte rechtsgang. Omdat besluiten die worden genomen in het kader van de aanbesteding gelden als besluiten ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling, is niet de bestuursrechter maar de civiele rechter bevoegd.[38] Spoedeisend belang is er altijd, zodat aanbestedingsgeschillen in kort geding worden afgewikkeld. Het is vaak druk en hectisch in de zittingszaal. Druk omdat naast de inschrijver die vindt dat hij benadeeld is en de aanbestedende dienst vaak ook de voorlopige winnaar zich voegt of tussenkomt. Hectisch omdat de in geding zijnde ondernemers- en publieke belangen groot zijn.

[38] Op deze regels bestaan uitzonderingen. Zo is in de Wet Personenvervoer 2000 het College van Beroep voor het bedrijfsleven aangewezen om aanbestedingsgeschillen rond de gunning van concessies voor verrichting van openbaar vervoer te beslechten.

44. Het verkeer op deze rechtsweg neemt in snel tempo toe. Per 1 november jl. zijn er al 98 gepubliceerde uitspraken.[39] Een paar jaar geleden hadden we nog enkele tientallen uitspraken. Dit is het gevolg van de stijging van het aantal Europese aanbestedingen. Op basis van eigen waarneming merk ik ook dat ondernemers assertiever worden. Zij zijn eerder bereid te bijten in 'the hand that feeds them'. Inmiddels is het bijvoorbeeld voor ingenieurs en architecten niet langer ondenkbaar te procederen tegen de overheid.

45. Er is de nodige discussie geweest over de effectiviteit van het civiel kort geding. In de literatuur is gewezen op een gebrek aan consistentie in uitspraken, op marginale toetsing waar het handelen van de aanbesteder juist volle toetsing behoefde en op de geringe bijdrage van de kort geding rechtspraak aan de rechtsvorming. Ook wordt wel een gebrek aan (technische) kennis verondersteld.[40] De bezwaren zijn deels terecht. Deels ook niet. De meeste aanbestedingsgeschillen zijn niet ingewikkeld en zijn feitelijk van aard. Mijn persoonlijke waarneming is dat er in de diverse arrondissementen steeds meer vaste rechters zijn die aanbestedingszaken 'doen' en die kritisch en vol toetsend waar de regels dat toestaan tot een oordeel komen. Moet in een zich snel ontwikkelend rechtsgebied juist geen ruimte zijn voor wat ik maar noem 'pluriforme' rechtspraak? Kortom ik twijfel over het nut van drastische ingrepen als de bevoegdverklaring van de bestuursrechter of het instellen van een of meer aanbestedingskamers bij de rechtbanken. Ik zie meer in de door Hebly, Wilman en De Boer op basis van grondig onderzoek gedane aanbeveling dat de rechtsgang van het civielrechtelijk kort geding zo nodig verbeterd kan worden (inschakeling van deskundigen).[41]

46. Ik zou de aandacht daarom eerder willen vestigen op een aantal 'systeemfouten' in de regelgeving waarvan wegneming positief zal bijdragen aan de rechtsbescherming van aanbieders. De uitkomst van een procedure is nu vaak onbevredigend. De meeste aanbestedingsgeschillen hebben betrekking op selectie- en gunningscriteria. Volgens het HJEG zijn selectie- en gunningscriteria zo belangrijk voor het concurrentieproces dat de door de aanbesteder gemaakte fouten bij formulering of toepassing ervan in de regel maar één gevolg kunnen hebben: heraanbesteding. Volgens het HJEG doet deze oplossing recht aan alle betrokken belangen waaronder die van ondernemers die juist vanwege de onrechtmatige

---

[39] Gebruik is gemaakt van www.rechtspraak.nl. Gezocht is op het trefwoord 'aanbesteding'. Dat leidde tot 144 uitspraken. Na bestudering bleek dat 46 uitspraken geen betrekking hadden op een aanbestedingsgeschil. Uitspraken waar een beroep is gedaan op Europees (aanbestedings)recht om aanbesteding af te dwingen zijn wel meegenomen.

[40] Zie bijv. R.G.T. Bleeker, De gewone rechter in aanbestedingszaken', TA 2006, p. 279 e.v.

[41] Hebly c.s. (2007), met name hoofdstuk V.

criteria hebben afgezien van deelname. Dit is een zuivere maar in de praktijk loodzware sanctie voor aanbesteder en aanbieders. Reparatie, bijvoorbeeld door het alsnog laten vallen ('ecarteren') van criteria is in de regel niet mogelijk.

47. Ik bemerk in de praktijk dat deze consequentie verlammend uitwerkt op aanbestedende diensten. De angst voor een procedure, zeker bij minder ervaren aanbestedende diensten is groot. Er kunnen dan diverse, begrijpelijke maar verkeerde reflexen optreden. Ten eerste het op zeker spelen in de aanbestedingsprocedure. Het strikt volgen van de regels wordt belangrijker dan de inhoud. Ten tweede: terughoudende beantwoording van op zich valide vragen van aanbieders. Ten derde: het verleggen van het risico voor nog te constateren gebreken in de procedure naar de inschrijvers.

48. Welke systeemfouten zijn er? Ten eerste zijn aanbestedende diensten niet verplicht veel werk te maken van snelle en inhoudelijk volledige motivering van selectie- en gunningsbesluiten. Als de afgewezen inschrijver erom vraagt moet de aanbesteder binnen vijftien dagen hem de redenen van zijn afwijzing verstrekken alsmede de naam van de winnaar. De motivering moet toereikend zijn in de zin dat daaruit de kenmerken en de relatieve voordelen van de winnende aanbieding moeten blijken ten opzichte van de afgewezen aanbieding. Binnen dit kader is de motivering in de praktijk vaak onvoldoende. Zeker nu er meer en meer gewerkt wordt met puntensystemen waarbij de medegedeelde puntenverschillen op de belangrijkste criteria de afgewezen aanbieders weinig inzicht verschaffen.

49. Het motiveringstekort wordt versterkt door de krappe termijn die inschrijvers hebben om zich te verzetten tegen de uitslag. Er geldt een minimumtermijn van vijftien dagen waarbinnen een aanbesteder niet over mag gaan tot definitieve gunning van de opdracht. In het bestek verplicht de aanbesteder de inschrijvers vaak om binnen deze termijn een kort geding aanhangig te maken. Deze termijn is vaak te krap, zeker als de motivering van de aanbesteder nog niet ontvangen is. Aanbieders en aanbesteders worden daardoor onnodig het kort geding ingedreven.

50. Is hier een oplossing voor? Waarom zouden aanbesteder en gegadigden in een vroeg stadium van de procedure, bijvoorbeeld bij de inlichtingenronde, niet worden verplicht enige (korte) tijd te nemen voor een 'consultatie' over de criteria en (de uitwerking van) het evaluatiesysteem? Er zijn verschillende voordelen te noemen:

1. Het verplicht partijen op voorhand kritisch te kijken naar de criteria en naar de uitwerking van het evaluatiesysteem. Aannemelijk is dat veel voorkomende fouten (als bijvoorbeeld wisseling van criteria) er op deze wijze uitgefilterd worden.
2. Mocht de aanbesteder zich kunnen vinden in de kritiek van de inschrijvers, dan kan zonder al te veel tijdverlies tot rectificatie worden overgegaan.
3. Aanbieders krijgen meer inzicht in de criteria en wijze van evaluatie en kunnen hier hun kwalificatie en aanbieding op afstemmen. Dit is weer in het voordeel van de aanbestedende dienst.
4. Blijft er verschil van inzicht bestaan, zouden er vaste deskundigen beschikbaar moeten zijn om snel (bijvoorbeeld binnen twee weken) een oordeel te geven. De aanbesteder is niet verplicht om het oordeel op te volgen.
5. Indien er vervolgens toch wordt geprocedeerd, zou de rechter de inhoud van het deskundigenbericht moeten meewegen in de door hem aan te leggen beoordeling. Dit zal de motivering ten goede komen.

Naar mijn mening is dit een simpele oplossing die veel onnodige procedures kan voorkomen en die relatief simpel – in de vorm van een 'pilot' wellicht? – kan worden ingevoerd.

Nieuwe Aanbestedingswet: toekomstbestendig bestek of gemiste kans

51. We staan aan de vooravond van de nieuwe Aanbestedingswet. Het voorstel daartoe ligt nu bij de Eerste Kamer. Verder zijn twee algemene maatregelen van bestuur in voorbereiding. In 2008 zouden wet en amvb's in werking moeten treden. Directe aanleiding voor deze operatie is het rapport van de PEC Bouwnijverheid. De Enquêtecommissie vroeg niet alleen aandacht voor structurele misstanden aan de aanbodzijde van de bouwmarkten. Ook wees zij op de relatie die er bestaat tussen de kwaliteit van het juridisch aanbestedingskader en de problemen die spelen in de aanbestedingspraktijk van alledag.[42] Zij wees onder meer op ontoegankelijke en versnipperde regelgeving, onvoldoende integriteit en professionaliteit aan de zijde van marktpartijen en aanbesteders, naleving die sterk te wensen overlaat, innovatief aanbesteden dat binnen het huidige stelsel van aanbesteden moeizaam van de grond komt, hoge lasten etc.

[42] TK 2002-2003, 28244, nrs. 5-6, p. 298.

Het PEC gaf daarbij aan dat enkel een uniform en dwingend aanbestedingskader deze problemen zou kunnen oplossen. Het kabinet omarmde deze aanbeveling.[43]

52. Het voorstel van wet werd kritisch ontvangen.[44] De Raad van State betwijfelt of het wetsvoorstel een oplossing biedt voor alle problemen. De Aanbestedingswet zal een kaderwet zijn. Veel materiële regelgeving zal via delegatie en subdelegatie op lager niveau tot stand komen. [45][46] De Raad van State meende zelfs dat daardoor het primaat van de wetgever op het spel staat.

53. Dit toch wel zeer negatieve advies van de Raad van State leidde slechts tot een beperkt aantal aanpassingen en daarna passeerde het voorstel van wet in alle rust – zonder 'schokjes' – de Tweede Kamer. Opmerkelijk genoeg geen fundamenteel debat, al was het alleen maar over de vraag of het kabinet een duidelijke keuze heeft gemaakt tussen wat bij wet en wat bij amvb geregeld zal worden. Waarom is in de wet geen innovatieparagraaf opgenomen? Of een MKB paragraaf? Of een hoofdstuk over PPS? Of over Duurzaam Aanbesteden. Ik zeg niet dat dat moet gebeuren. Ik zou als parlementariër echter wel willen weten of hieraan een gefundeerde keuze ten grondslag ligt, ook omdat de mogelijkheid van controle op inhoud van een algemene maatregel van bestuur beperkt is. Ik hoop dat dit debat er alsnog komt, maar dan met de Eerste Kamer. Naar mijn mening kan een puntig debat overigens niet plaatshebben zonder dat de Kamer dan ook kennis heeft kunnen nemen van de nieuwe amvb's. Al met al een wat bizarre situatie.

54. Tenzij de Eerste Kamer het wetsvoorstel alsnog afwijst, zal het moeten aankomen op de kwaliteit van de lagere regelgeving. Gezegd moet worden dat het ministerie van EZ niet stil gezeten. Het heeft diverse studies laten uitvoeren en marktpartijen en opdrachtgevers uitgebreid geconsulteerd. Mijn indruk is dan ook dat de aanvankelijk beperkte wijzigingen van

---

43 Brief van de minister VROM van 24 maart 2003, TK 2002-2003, 28 244, nr. 24, p. 11 e.v.

44 De NVvA heeft getracht actief bij te dragen aan het wetgevingsproces. Zij heeft vroegtijdig een groot aantal aanbeveling onder de aandacht van de minister van Economische Zaken gebracht. De voorjaarsvergadering 2006 waar ik het voorstel van wet mocht behandelen, leidde tot een kritische schriftelijke reactie die is gezonden aan de leden van de Tweede Kamer. Zie ook G.W.A. van de Meent, Een eerste kennismaking met de nieuwe Aanbestedingswet, TA 2006, p. 145-164. De bewuste brief is te vinden in hetzelfde nummer.

Er zijn diverse delegatiegrondslagen o.a. voor de implementatie van de Europese aanbestedingsregels (art. 17), voor regels voor integriteit (art. 19), het begrenzen van door aanbesteders te stellen eisen, voorwaarden en criteria onder de noemer proportionaliteit (art. 20) en de delegatiegrondslag voor diverse onderwerpen waaronder de regeling van opdrachten onder de drempels (art. 21).

46 Zie ook G.W.A. van de Meent, Een eerste kennismaking met de nieuwe Aanbestedingswet, TA 2006, p. 145.

de huidige amvb's (Bao en Bass) niet meer aan de orde zijn en dat er de afgelopen maanden zelfs een heuse materiële aanbestedingswet is gegroeid, zij het in de vorm van een algemene maatregel van bestuur… Wat gaat er gebeuren?

- Aan de delegatiekapstokken van de Aanbestedingswet zullen twee algemene maatregelen van bestuur worden gehangen. Het Besluit Aanbestedingen Speciale Sectoren blijft bestaan maar zal gewijzigd worden. Het BAO wordt echter vervangen door een nieuw besluit: Het Besluit Aanbestedingen.
- Het nieuwe Besluit Aanbestedingen zal ingaan op Europese én nationale aanbestedingen. Het zal een beetje vergelijkbaar zijn met het Aanbestedingsreglement Werken 2005, dat overigens zal komen te vervallen. Het Besluit zal een basisdeel bevatten én een groot aantal bijlagen. Het basisdeel zal de inkoopfunctie van de aanbesteder chronologisch weergeven. Een publieke opdrachtgever zal aan de hand van een stappenplan kunnen bepalen of hij en zijn opdracht aanbestedingsplichtig zijn en zo ja, welke regels van toepassing zijn en welke procedures hem tot zijn beschikking staan. In de bijlagen zullen alle procedures stapsgewijs worden uitgewerkt.
- In het Besluit Aanbestedingen (en niet in het Bass) komt ook een regeling voor opdrachten onder de drempel. Aanbesteders worden verplicht deze regels toe te passen waarmee de ergernis van het bedrijfsleven over de versnippering van regelgeving hopelijk zal worden weggenomen. Onder een bagateldrempel van € 50.000 is gunning uit de hand mogelijk. Boven deze drempel maar onder de Europese drempels mag de aanbesteder alle Europese procedures (openbaar, niet-openbaar, onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) met verkorte termijnen gebruiken. Opmerkelijk genoeg mag hij daarnaast ook de meervoudig onderhandse procedure toepassen. Dit mag niet bij werken met een waarde van boven de anderhalf miljoen euro. Bedenk dat bij deze procedure geen sprake is van voorafgaande aankondiging. Niet uit te sluiten is dat de Europese Commissie een inbreukprocedure zal inleiden tegen de Staat der Nederlanden. Het ware daarom goed het gebruik van de meervoudig onderhandse procedure zorgvuldig te motiveren.
- Stroomlijning en vereenvoudiging van de procedures zal versterkt worden doorgevoerd. Er zal gewerkt moeten gaan worden met een Eigen Verklaring Aanbesteden. Hierop geeft de aanbieder aan in hoeverre hij voldoet aan de gestelde uitsluitings- en selectiecriteria. Dit voorkomt dat in een vroeg stadium reeds allerlei originele bewijsstukken en verklaringen moeten worden ingediend.

- De overheid wenst geen zaken te doen met niet-integere ondernemers. Er is dan ook een uitgebreide integriteitsregeling ontworpen. Aanbieders moeten een zogenaamde Integriteitsverklaring Aanbesteden hebben. Deze wordt afgegeven door het ministerie van Justitie nadat de strafrechtelijke en mededingingsrechtelijke antecedenten zijn geverifieerd. Is er sprake van onherroepelijke veroordeling voor het begaan van bepaalde strafbare feiten en bepaalde mededingingsrechtelijke overtredingen dan volgt uitsluiting gedurende een aantal jaren. Over de uitwerking en de reikwijdte van dit 'Berufsverbot' zal het laatste woord niet gesproken zijn. Er zal ook een interessante samenloop kunnen zijn met het mededingingsrecht waar sinds kort ook bestuurders en feitelijk leidinggevenden kunnen worden gesanctioneerd. Zonder IVA zal in ieder geval niet ingeschreven kunnen op Europese aanbestedingen.
- Aan te stellen geschiktheidseisen en selectiecriteria zal een bovengrens worden gesteld voor de meest voorkomende opdrachten. In bijzondere gevallen, vanwege de bijzondere risico's van een specifieke opdracht mag de aanbestedende dienst zwaardere of andere eisen stellen. Dit moet dan al in de aankondiging worden toegelicht (volgens het zogenaamde 'comply or explain' principe.

Als mijn schets van het Besluit Aanbestedingen juist is, ben ik daarover positief gestemd. Door de verduidelijking en harmonisatie zal de rechtsonzekerheid afnemen en zullen de lasten van het bedrijfsleven dalen. Ik denk wel dat de naleving en rechtsbescherming er nog steeds bekaaid afkomen. Er zal dus nog het nodige commentaar komen, al is het alleen maar via NVvA die hiertoe opnieuw in de gelegenheid zal worden gesteld.

Ik ga afronden. Om de 'hearts and minds' van de aanbestedingspartijen te winnen, is verbetering van regelgeving, controle en rechtsbescherming nodig. Er zal veel geïnvesteerd moeten worden in de vorm van 'best practices', kennis en opleiding. Op dat terrein is er inmiddels een veelvoud van goede initiatieven lopende – van het bedrijfsleven, van de overheid (ik denk aan Pianoo en Europa Decentraal) maar ook in PPS-verband - waarvan we de komende jaren de vruchten hopen te plukken. Probleem is dat veel van de noodzakelijke acties een concretisering van de in wet en regelgeving neer te leggen normen inhouden. Het wachten is dus op de wetgever en ik doe een dringende oproep om nu toch vooral door te pakken.

55. Deze leerstoel zal proberen bij te dragen aan de ontwikkeling van het vak en aan opleiding. Het verheugt mij u te kunnen vertellen dat zowel voor de colleges als het post academisch

onderwijs veel belangstelling is. Tevens ben ik er trots op u te kunnen vertellen dat in 2008 een speciale Grotius specialisatieopleiding aanbestedingsrecht van start zal gaan. Binnen de NVvA zijn we gestart met de organisatie van zogenaamde verdiepingsmodules; de eerste try-out is succesvol verlopen. Een volgende stap is te komen tot meer samenwerking met de inkoopwetenschap, waar ik zonder volledig te zijn de universiteiten Twente en Nijenrode zou willen noemen.

Dankbetuiging

56. Ik zou tenslotte nog graag enkele persoonlijke woorden van dank willen uitspreken. Allereerst dank ik, mevrouw de rector, in u het College van Bestuur en allen die hebben bijgedragen tot mijn benoeming.

57. In het curatorium, het bestuur en de raad van advies dank ik de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht voor de overigens in concurrentie gekregen leeropdracht en voor het in mij gestelde vertrouwen.

58. De afdeling Privaatrecht dank ik bijzonder voor de hartelijke wijze waarop zij op mijn binnenkomst heeft gereageerd. Een extra woord van dank gaat uit naar het secretariaat voor de plezierige en nooit aflatende ondersteuning.

59. Mijn voorganger Wil Wedekind dank ik voor de wijze waarop hij ‘het aanbestedingsvak’ op de kaart heeft gezet en voor het vriendschappelijke contact dat wij al jaren onderhouden. Ik dank verder Benno ter Kuile en Leigh Hancher voor de wijze waarop zij mij in een verder verleden het Europese Recht waaronder het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht hebben bijgebracht.

60. Het dagelijks bestuur en mijn praktijkgroepgenoten van Loyens & Loeff ben ik zeer erkentelijk voor de ruimte die ik heb gekregen heb om invulling te geven aan de leerstoel.

61. Lieve Arine, Sabine, Martijn, Joost, Lotje en ouders. Joost en Lotje zijn overigens thuis gebleven. Gelet op de voorbeeldige staat waarin de Lutherse kerk verkeert, leek dit ons verstandiger. Dank zij jullie warmte en afleiding is het toch weer gelukt. Martijn! Vanaf morgen

wordt er weer gecoached. Ik ben benieuwd naar het commentaar dat Sabine en mijn neefje Tobias straks ongetwijfeld zullen hebben.

62. Dames en heren toekomstige (contract)studenten, om u draait het allemaal. Door dit vak te volgen komt u in aanraking met Europees recht, privaatrecht, bouwrecht, mededingingsrecht, bestuursrecht, procesrecht, met markten en met allerlei praktijkproblemen en –ervaringen. Mijn enthousiasme voor dit rechtsgebied zal ik trachten op u over te brengen. Tijdens het laatste tentamen verzuchtte een student: '*Hij heeft zeker de vragen met hetzelfde enthousiasme gemaakt als waarmee hij college geeft*'. De scores waren echter heel behoorlijk…

Ik heb gezegd!