

Jaarrede voorzitter NVVA 2019

Dames & heren,

Welkom op de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht. Onze vereniging is opgericht in 1995 en bestaat dit jaar dus 24 jaar. Daarmee is dit de 23^e keer dat het bestuur verantwoording aflegt over zijn beleid. Ik doe dat met genoegen, omdat er weer veel mooie activiteiten zijn te melden. Ik begin uiteraard met een terugblik op 2018, maar kan het niet laten ook een paar highlights van dit jaar te bespreken. Ik sluit af met een korte signalering over een Europese aanbestedingsplicht.

In 2018 is het bestuur zes maal bij elkaar gekomen om alle zaken die de vereniging betreffen met elkaar te bespreken. In deze vergaderingen worden de ledenbijeenkomsten voorbereid en per bijeenkomst twee bestuursleden aangewezen die voor een bijeenkomst de inhoudelijke verantwoordelijkheid dragen. Zo is de wetenschappelijke vergadering van vandaag voorbereid door Meriam de Koning en Willem Janssen. Willem ziet u dus straks ook als voorzitter van het wetenschappelijk gedeelte.

Daarnaast vergadert het bestuur over nieuwe activiteiten (die zo ook aan de orde komen), over een nieuwe website, over de NVvA-leerstoelen en of uitbreiding daarvan zinvol is, en over de contacten met andere organisaties die zich met het aanbestedingsproces bezig houden. Zo is het bestuur eind vorig jaar benaderd door APMP, een organisatie van bidmanagers: dat zijn de functionarissen binnen een bedrijf die alle inschrijvingsactiviteiten van hun afdelingen coördineren. Op dit moment heeft die vereniging circa 150 leden in Nederland. De APMP vroeg aan de NVvA om op enigerlei wijze te participeren in de 15 jarige lustrumactiviteiten. Dat is gebeurd en op 11 april van dit jaar heeft ons lid Daan Versteeg (advocaat bij Rozemond) op het APMP-congres in Bunnik een workshop gegeven over circulair aanbesteden. Op dat congres is ook de prijs voor de beste bidmanager uitgereikt, waarbij ons lid Gerard 't Hart (jurist bij Boskalis) in de jury zat. Vertegenwoordigers van ons bestuur en de Raad van Advies van de NVvA waren verder aanwezig op het lustrumdiner de avond daarvoor.

De eerste wetenschappelijke vergadering vond plaats op 21 juni 2018 over het thema 'Inschrijvers & het aanbestedingsrecht'. De uitwerking van dit onderwerp zag op het actuele onderwerp van burgerinitiatieven en sociale ondernemingen.

Aan het woord kwamen Thijs van Mierlo (directeur Landelijk samenwerkingsverband actieve bewoners), Daphne van Rhee (beleidsadviseur Maatschappelijke initiatieven van de gemeente Utrecht), en onze bestuursleden Willem Janssen en Elisabetta Manunza, die in het kader van hun wetenschappelijke onderzoek aan de Universiteit Utrecht met dit onderwerp bezig zijn. Het was jammer dat de opkomst van de leden wat te wensen overliet. Niet iedereen realiseert zich kennelijk al voldoende welke vlucht de burgerinitiatieven en sociale ondernemingen in Nederland gaan nemen ... en vindt het bedrijfsleven - met name het MKB – de burgerinitiatieven wel een goede ontwikkeling?

In de zomer van 2018 is een uitgebreide informatiebrief naar de leden uitgegaan, waarin onder meer de mogelijkheid is geboden zich aan te melden als deelnemer aan werkgroepen die zouden worden opgezet voor (i) de voorbereiding van een workshop op het aanbestedingscongres Global Revolution IX van de universiteit van Nottingham op 18 en 19 juni 2019 en (ii) voor het opstellen van een preadvies over Past Performance voor de komende najaarsvergadering van november 2019.

Uiteindelijk is de werkgroep voor Nottingham niet doorgegaan, omdat de aanmeldingstermijn te kort was voor een adequate voorbereiding. De NVvA heeft daar echter toch nog *acte de présence* kunnen geven, omdat we zijn aangehaakt bij de workshop die Elisabetta Manunza daar al had vastgelegd en - onder voorzitterschap van Chris Jansen - begin deze week heeft gegeven over het onderwerp '*Citizens initiatives and the concept of economic operator in EU public procurement law*'. Ook Willem Janssen gaf daar een workshop over zijn recente proefschriftonderwerp '*The limits of commercial activities by public-public corporations*'.

De werkgroep ter voorbereiding van het preadvies over Past Performance is wel tot stand gekomen en komt sinds december 2018 maandelijks bij elkaar, onder voorzitterschap van Janet Meesters (advocaat bij DLA Piper). In de werkgroep zitten verder Charles Petit (van Rijkswaterstaat), Carlyne Bakker (van Dura Vermeer), Jan Coen Binnerts (advocaat bij Pot Jonker), en de beide leden die zich voor de werkgroep hadden aangemeld Mariska Pinas (van de belastingdienst) en Elske Haagsma (van TenneT). Ik heb inmiddels de eerste veelbelovende deelconcepten van het preadvies kunnen bekijken.

Op donderdag 22 november 2018 heeft de tweede wetenschappelijke vergadering plaatsgevonden. Deze bijeenkomst werd voorafgegaan door de huishoudelijke vergadering waar Petra Heemskerk (advocaat bij CMS) als nieuw bestuurslid, en Alfred de Weert (directeur Sales- en bidmanagement bij CSU) en Chris Jansen (hoogleraar aan de VU Amsterdam) als nieuwe leden van de Raad van Advies werden benoemd. Verder is op deze vergadering afscheid genomen van Laurence Gormley als vertegenwoordiger van onze vereniging in de curatoria van de NVvA leerstoelen bij de Universiteit van Amsterdam (prof Van de Meent) en de Rijksuniversiteit Groningen (prof Van Romburgh). Hij is opgevolgd door Peter Kraak, oud bestuurslid van de NVvA.

Tot slot is medegedeeld dat Helma Dommerholt het secretariaat van de vereniging heeft overgenomen van Brenda Gielink, die deze taak jarenlang met overgave heeft vervuld.

Het huishoudelijk gedeelte werd afgesloten met de uitreiking van de Scriptieprijs 2018 aan Chayenne van Lavieren van de VU Amsterdam voor haar scriptie over 'Een modelcontract voor het innovatiepartnerschap'. In de jury zaten Jan Telgen (van de Universiteit Twente), Pieter Kuypers (van de KU Nijmegen/AKD) en onze Groningse NVvA-hoogleraar Huib van Romburgh.

Na het huishoudelijk deel hield Matty van Sloten van Corvers Procurement Services, als intermezzo tussen het huishoudelijk deel en het wetenschappelijk deel van de vergadering, een voordracht met als titel 'Facts en figures aanbestedingsrecht'. Zij gaf daarin een interpretatie van de recente aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie van de Nederlandse gerechten, zoals: hoeveel aanbestedingsrechtelijke uitspraken zijn er de afgelopen jaren geweest? Welke onderwerpen komen het meest aan de orde? Welke partijen winnen? Hoe vaak winnen inschrijvers? Zijn er verschillen tussen de rechtbanken? Voor de beantwoording van deze en soortgelijke vragen houdt Corvers een systeem bij en sinds vorig jaar doen zij jaarlijks verslag van deze informatie op onze najaarsvergadering.

Het wetenschappelijke deel van de najaarsvergadering was gewijd aan het thema 'wezenlijke wijziging'. Michel Klijn (advocaat bij Houthoff) en Daan Versteeg bespraken het onderwerp vanuit verschillende invalshoeken en gaven een update over de jurisprudentie.

Tot slot van de middag gaf Erik Plas (wetenschappelijk medewerker bij Infense advocaten en buitenpromovendus aan de Universiteit Leiden) een korte inleiding op de poster-presentatie die hij na afloop van de vergadering zou geven over zijn promotieonderwerp 'wezenlijke wijziging'. Het belangwekkende onderwerp van de wezenlijke wijziging blijft de aanbestedingsjuristen bezig houden.

Overigens hoopt het bestuur promovendi op het gebied van het aanbestedingsrecht vaker de gelegenheid te kunnen geven de vergadering te informeren over de vorderingen bij hun promotieonderzoek.

Rest mij te vermelden dat op 10 mei jl. een succesvolle regiobijeenkomst heeft plaatsgevonden ten kantore van TenneT in Arnhem. Uitgenodigd waren de NVvA leden die in onze administratie geregistreerd staan in de provincies Overijssel en Gelderland. Het was een uiterst informeel samenzijn met leden en bestuur, zodat alle gelegenheid bestond met elkaar van gedachten te wisselen over zaken betreffende het aanbestedingsrecht. Voordrachten werden verzorgd door Jan Vorrink (manager System Operations van TenneT) over 'leveringszekerheid en balansvoering' en door ons bestuurslid Mike Nusteen over 'Aanbesteden bij een speciale-sectorbedrijf'. We kregen tot slot een rondleiding door het Nationaal Control Center. De bijeenkomst werd afgesloten met een goedverzorgde borrel.

Voor de nabije toekomst bestaan plannen voor een bezoek aan het Hof in Luxemburg, bijvoorbeeld bij de mondelinge behandeling van een inbreukprocedure tegen Nederland, of aan Brussel voor een bezoek aan de Europese Commissie en de Nederlandse vertegenwoordiging. Het bestuur hoopt u spoedig daarover nader te kunnen informeren.

Dit brengt mij op de korte signalering die ik u aan het begin van deze voordracht heb toegezegd.

In het Tijdschrift Bouwrecht van Kluwer van februari 2011 is een lezenswaardig artikel opgenomen van de hand van de heer W.R. Möhlmann met de titel 'Over aanbestedingsplichtige instellingen, woningcorporaties en zorgverzekeraars' (pagina 55 e.v.). Uit het artikel blijkt dat de heer Möhlmann werkzaam is bij de Europese Commissie. Uit het artikel blijkt ook dat er bij de Europese Commissie reeds in 2011 diepgaande kennis is van het aanbestedingsrecht én van de situatie in Nederland als het gaat over de positie en werkwijze van onder meer woningcorporaties.

Om een woningcorporatie als aanbestedende dienst te kunnen aanmerken, ontbreekt in 2011 echter nog een voldoende sterk argument om te kunnen betogen dat er overheidstoezicht is in de zin van de richtlijn.

Die situatie verandert echter als gevolg van de wijze waarop sommige corporaties met hun verantwoordelijkheden zijn omgegaan. De overheid voelt zich genoodzaakt om het toezichtregime te versterken, en met ingang van 1 juli 2015 wordt de Woningwet gewijzigd waarbij het toezicht op woningcorporaties ingrijpend verandert. A.G. Bregman en E.M. Bruggeman hebben daarover in het Tijdschrift voor Bouwrecht van het IBR van april 2018 een zeer lezenswaardig artikel geschreven onder de titel 'Aanbestedingsplicht voor woningcorporaties?' (TBR 2018/59). Eén van hun bevindingen is dat de kans bestaat dat de Woningwet nu zodanig is geformuleerd 'dat het de overheid in staat stelt de beslissingen van woningcorporaties ook op het gebied van overheidsopdrachten te beïnvloeden' (pagina 419). Bij een dergelijke uitleg is de conclusie onontkoombaar dat woningcorporaties aanbestedende diensten zijn.

De Europese Commissie is de ontwikkelingen in Nederland kennelijk goed in de gaten blijven houden, want op 8 december 2017 start zij een inbreukprocedure tegen Nederland. Naar het oordeel van de commissie moeten woningcorporaties op grond van de Aanbestedingsrichtlijn uit 2014 worden aangemerkt als aanbestedende diensten en moeten zij dus voldoen aan de Europese aanbestedingsregels (Kamerstukken II 2017/18, 29453, nr.463). Inmiddels heeft de Commissie eerder dit jaar een aanvullende ingebrekestelling aan Nederland toegestuurd (Inbreukenpakket EC, 24 januari 2019). Het wachten is nu op de officiële reactie van Nederland. Officieus is die reactie, dat van een Europese aanbestedingsplicht geen sprake is.

Welke kant de procedure opgaat is nog onduidelijk, maar voor mij staat wel vast dat als de Commissie een probleem in het vizier heeft, zij niet schroomt om te wachten met actie totdat het juridisch kader zich zódanig heeft ontwikkeld dat haar kans op succes het grootst is.

Wat betekent dit nu voor de zorgverzekeraars?

Uit het artikel van Möhlmann uit 2011 blijkt dat er bij de Europese Commissie ook diepgaande kennis is over de positie en werkwijze van de zorgverzekeraars in Nederland. Zwakke punten om in 2011 een aanbestedingsplicht voor zorgverzekeraars aan te nemen zijn nog de elementen 'andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard' (artikel 2 lid 1 onder 4 sub a Richtlijn 2014/24) en het toezichtvereiste (artikel 2 lid 1 onder 4 sub c Richtlijn 2014/24). Niet ondenkbaar is dat een eventuele uitspraak van het Hof van Justitie EU in de inbreukprocedure tegen Nederland over de woningcorporaties meer duidelijkheid zal verschaffen over dit toezichtvereiste.

Dan resteert nog het element 'andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard'.

Möhlmann gaat in zijn artikel in het Tijdschrift Bouwrecht uit 2011 al uitgebreid in op dit element (pagina 58-60). Maar inmiddels heeft ook de Europese Commissie in het kader van een staatssteun-klacht bij besluit van 15 oktober 2014 het economische karakter van de Slowaakse zorgverzekering beoordeeld (Besluit (EU) 2015/248 van de Commissie van 15 oktober 2014).

Evenals bij de Nederlandse zorgverzekering is de centrale pijler onder het stelsel van de Slowaakse zorgverzekering het solidariteitsbeginsel. De Commissie concludeert in haar besluit dat de Slowaakse verplichte zorgverzekering niet-economisch van aard is, omdat – kort gezegd – aansluiting wettelijk verplicht is, de premies bij wet zijn vastgesteld in verhouding tot het inkomen van de verzekerde, voor iedere verzekeraar hetzelfde basisvergoedingsniveau bestaat inclusief een vereveningsregeling, en de verplichte verzekering wordt georganiseerd en uitgevoerd binnen een streng reguleringkader (overwegingen 84-89).

De wel aanwezige concurrentiemogelijkheid tussen de zorgverzekeraars betekent volgens de Commissie vervolgens niet noodzakelijkerwijs dat de betrokken activiteit alsnog een economisch karakter krijgt (overweging 92). In de woorden van de Commissie: *'De elementen van concurrentie en winstgerichtheid die in de Slowaakse verplichte zorgverzekering aanwezig zijn, [doen niet af] aan de duidelijk sociale kenmerken en kenmerken inzake solidariteit en regulering die wijzen op het niet-economische karakter van de activiteiten die zorgverzekeraars binnen dat stelsel ontplooiën.'* (overweging 95). Deze overweging kan mogelijk ook in het aanbestedingsrecht een rol gaan spelen bij de uitleg van het criterium 'of voorzien wordt in andere behoeften van algemeen belang dan die van commerciële aard'.

Bij een succesvolle afronding van haar inbreukprocedure over de woningcorporaties, acht ik het dan ook niet ondenkbaar dat kort daarna een inbreukprocedure over de aanbestedingsplicht van de Nederlandse zorgverzekeraars kan worden tegemoet gezien.

Met dit opbeurende bericht sluit ik mijn jaarrede af. Dank voor uw aandacht.

Prof. Mr Jan-Michiel Hebly

Voorzitter NVvA

Utrecht, 20 juni 2019