

## Jaarrede voorzitter NVvA 2020

Dames & heren,

Welkom op de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht. Althans dit is het moment dat de jaarvergadering eigenlijk zou moeten worden gehouden. Maar de Goden hebben anders beslist. De Corona pandemie heeft ons hele jaarprogramma in de war gegooid. Alleen deze jaarrede en het wetenschappelijk deel zijn nog overgebleven. De huishoudelijke vergadering, met de verantwoording van het bestuur over het jaar 2019, vindt in het najaar plaats. Misschien wordt dat ook weer zo'n digitale bijeenkomst als nu, maar als het enigszins kan willen we proberen daaraan dan tenminste een *live* element toe te voegen. Dus als de voorschriften van de overheid én onze inschatting van de risico's het toelaten, gaan we op 14 november weer 'ouderwets' vergaderen. Dat wordt dan wel op 1,5 meter afstand en met een beperkt aantal lijfelijk aanwezige leden. De rest van de leden kan digitaal de vergadering volgen, als dat allemaal realiseerbaar én betaalbaar is. Even afwachten dus.

Maar eerst een terugblik op 2019.

Het bestuur heeft in 2019 vijfmaal vergaderd, waarvan tweemaal tevens met de Raad van Advies. De bestuursvergaderingen vinden meestal plaats op het kantoor van een van de bestuursleden. In 2019 was dat bij de Universiteit Utrecht en bij CMS omdat beide nu eenmaal in de centrale locatie Utrecht zijn gevestigd. Hierbij spreek ik mijn dank uit aan deze beide organisaties voor het belangeloos faciliteren van deze bijeenkomsten. Met de Raad van Advies is vergaderd in een zaaltje van een openbare gelegenheid, eveneens in Utrecht, omdat vergaderingen met de Raad van Advies vergezeld gaan van een beetje catering.

Het bestuur heeft in 2019 beraadslaagd over de ledenbijeenkomsten, de nieuwe website, de leerstoelen, de NVvA werkgroepen en over het lustrumjaar 2020. De ledenbijeenkomsten, de werkgroepen en het lustrum kom ik zo op terug. De leerstoelen houden de voortdurende aandacht van het bestuur en de nieuwe website begint inmiddels gestalte te krijgen, inclusief een nieuw logo. Het bestuur hoopt de nieuwe website in de november vergadering te kunnen presenteren.

We zitten inmiddels midden in het lustrumjaar. Dat jaar zag er veelbelovend uit, maar heeft door de pandemie een heel ander karakter gekregen. Het 25<sup>e</sup> bestaansjaar van de NVvA wordt een gewoon jaar, maar ook weer niet. Gewoon, omdat er wel de gebruikelijke wetenschappelijke vergaderingen plaatsvinden. Maar ook weer niet, omdat de vergaderingen dit jaar – zoals nu – online plaatsvinden. Mijn persoonlijke wens is dat dit online bij elkaar komen niet te lang duurt, want van *socialising* in de marge van de vergadering is dan geen sprake. Online is uiteraard wel een stuk efficiënter en daarom voor veel leden ook best aantrekkelijk. Het bestuur gaat deze voor- en nadelen de komende maanden tegen elkaar afwegen.

Maar ik dwaal af van de terugblik op 2019.

Voor 21 maart 2019 was een *special* gepland waar de eindrapportage van de werkgroep Sociaal Domein zou worden gepresenteerd. De werkgroep kon echter niet tijdig tot een eensluidend eindrapport komen, zodat deze bijeenkomst bij nieuwsbrief van 5 maart is uitgesteld. Ik hoop dat het de werkgroep nog gaat lukken een gezamenlijk ei te leggen.

De eerste daadwerkelijke ledenbijeenkomst in 2019 was zodoende de regiobijeenkomst bij Tennet in Arnhem op vrijdag 10 mei. Voor die bijeenkomst waren de NVvA leden uitgenodigd die bij de ledenadministratie geregistreerd staan in de provincies Overijssel en

Gelderland. Zoals ik in mijn jaarrede van vorig jaar heb gemeld, was het een geslaagd informeel samenzijn. Om die reden was voor 16 april dit jaar een tweede regiobijeenkomst gepland, die zou plaatsvinden bij het advocatenkantoor Boels Zanders in Eindhoven voor de leden die in onze ledenadministratie geregistreerd staan in de provincies Noord-Brabant en Limburg. Ten gevolge van de Corona toestanden heeft het bestuur jammer genoeg moeten besluiten die bijeenkomst te annuleren. De leden zijn daarover bij nieuwsbrief van 23 maart jl. geïnformeerd. Maar ook voor deze bijeenkomst geldt: wat in het vat zit, verzuurt niet.

De tweede ledenbijeenkomst in 2019 was de jaarvergadering in Utrecht op donderdag 20 juni. Na het huishoudelijk deel van de bijeenkomst is in het wetenschappelijke deel de Actieagenda Beter Aanbesteden vanuit juridische optiek behandeld. Sprekers waren Maret Oomen van het ministerie van economische zaken en klimaat - wegens verhindering van de 'Aanjager' Karsten Klein. Zij ging in op de stand van zaken van de Actieagenda Beter Aanbesteden. Haar inleiding werd gevolgd door de presentatie van Arthur van Heeswijk, Aanbestedingsadvocaat, die sprak over de verplichting tot het creëren van zoveel mogelijk maatschappelijke waarde en de vraag of deze verplichting een kapstok zou kunnen zijn voor het realiseren van de ambitie van het Beter Aanbesteden-traject. Hij denkt van wel. Als laatste spreker ging Georg Huith, advocaat bij Croon Advocaten, in op het clusterverbod met de vraagstelling of bij het clusterverbod sprake is van wetgeving met meerwaarde. De vergadering werd afgesloten met een vragenronde en een borrel.

Op 12 juli 2019 kwam de staatssecretaris van EZK met de langverwachte brief aan de Kamer met haar reactie op de ontwikkelingen op het gebied van de rechtsbescherming in aanbestedingszaken, waaronder het rapport van de KWINK groep. Deze brief was aanleiding voor het bestuur om te proberen in oktober een ronde tafel bijeenkomst over dit onderwerp te

organiseren. De drukke agenda's van de beoogde deelnemers bleken echter een struikelblok om op korte termijn bij elkaar te komen, en uitstel naar november zou tot een conflict met de najaarsvergadering leiden. Bij rondschrijven van 10 oktober zijn de leden over het niet-doorgaan geïnformeerd. Ik ben dan ook verheugd dat vandaag een deel van die problematiek alsnog aan de orde komt. Overigens staat ook bij de najaarsvergadering de rechtsbescherming weer op de agenda.

Uiteindelijk was de najaarsvergadering op 14 november dus de derde ledenbijeenkomst van 2019. In het huishoudelijk deel werd het bestuur décharge verleend voor het gevoerde beleid over 2018, nadat de financiële stukken waren beoordeeld door de kascommissie bestaande uit de NVvA leden Maarten Rauws (Provincie Utrecht) en Jelle Terpstra (Liance Legal). De leden van de kascommissie zijn herbenoemd voor komend jaar en ik maak graag van de gelegenheid gebruik hen voor dit werk op de achtergrond hartelijk te bedanken.

Het wetenschappelijk deel van de vergadering had als onderwerp 'Past performance als uitsluitingsgrond'. Dit wetenschappelijk deel was voorbereid door een werkgroep, bestaande uit de NVvA leden Carlyne Bakker van Dura Vermeer, Elske Haagsma van Tennenet, Mariska Pinas van de Belastingdienst, Charles Petit van Rijkswaterstaat en Jan Coen Binnerts van Pot Jonker Advocaten, onder voorzitterschap van Janet Meester, advocaat bij DLA Piper. De werkgroep presenteerde ter vergadering haar concept rapportage in de vorm van vijf discussieonderwerpen die telkens door twee leden van de werkgroep werden toegelicht en door een referent kritisch beschouwd. De concept rapportage was tevoren aan alle leden toegezonden. Over de onderwerpen ontstond dan ook telkens een levendige discussie. De toegemeten tijd voor de discussie bleek echter niet voldoende om iedereen aan het woord te laten. Het onderwerp blijft de gemoederen immers bezig houden. De prangende vragen die zijn blijven liggen, kunnen overigens later dit

jaar nog aan bod komen bij de presentatie van het definitieve rapport van de werkgroep in de najaarsvergadering van donderdag 12 november a.s.

Tot zover over 2019.

Aansluitend aan het jaar 2019 zou de NVvA in 2020 haar 5<sup>e</sup> lustrum vieren, omdat de vereniging dit jaar 25 jaar bestaat. Het bestuur had voor de organisatie van de feestelijkheden in november van dit jaar een lustrumcommissie samengesteld, bestaande uit de NVvA leden Sanne Groenwold van Croon Advocaten, Brenda Nijhuis van de Provincie Noord-Holland, Erik Plas van Infense Advocaten, Walter Engelhart van Van Benthem & Keulen en Fred Wijnhof van Wijn Advies. Vanuit het bestuur zijn Christiaan van Seeters en Willem Janssen de coördinerende bestuursleden geworden. Door de Corona perikelen bleek de organisatie van een grootschalige feestelijke bijeenkomst in november echter buitengewoon gecompliceerd en een groot financieel risico. Om die reden heeft het bestuur, mede op advies van de lustrumcommissie zelf, besloten de feestelijke lustrumviering een jaar vooruit te schuiven. Ditzelfde lot was beschoren voor de lustrumreis naar Brussel die op 14 en 15 mei jl zou plaatsvinden. In Brussel zouden de Europese Commissie en de Permanente Vertegenwoordiging van Nederland worden bezocht en stond ook een aardig informeel programma op de agenda. Wat het bestuur betreft vindt ook dit bezoek aan Brussel alsnog volgend jaar plaats.

@ @ @

Dat brengt mij op het onderwerp van de wetenschappelijke vergadering van vandaag, de verbetering van de rechtsbescherming in aanbestedingszaken, en dan wat mij betreft vooral de brief van de staatssecretaris van EZK van 12 juli 2019, waarover ik graag een paar persoonlijke opmerkingen maak.

Het onderdeel ‘Beleidsconclusies’ uit die brief begint met de constatering dat het stelsel van rechtsbescherming bij aanbesteden verschillende mogelijkheden bevat om rechtsbescherming in te roepen. Direct daarna volgt dan – en ik citeer - dat ‘ondernemers aanvullend met name behoefte hebben om problemen bij aanbestedingen aan te kunnen kaarten, inhoudelijk te kunnen laten beoordelen en te zien dat problemen op passende wijze worden geadresseerd. Ik [*aldus de staatssecretaris, jmh*] wil aan die behoefte tegemoetkomen.’ (pagina 5).

Daarna volgen zes nuttige, maar in mijn ogen niet altijd voldoende v er strekkende beleidsmaatregelen, zoals (i) verdere professionalisering van de aanbestedingspraktijk – een maatregel die bij ieder beleidsvoornemen terugkomt, (ii) klachtafhandeling op lokaal niveau – wat me een marginale verbetering lijkt van de bestaande situatie, (iii) hoger beroep in de Aanbestedingswet – mijns inziens een zeer noodzakelijke actie in het licht van het standpunt van de Hoge Raad in de zaak Xafax, (iv) een heldere rol voor de CvAE – het werd tijd, want nu wordt de positie van de Commissie elke dag verder ondermijnd, (v) inperken van extreme toepassing van rechtsverwerkingsclausules – daar wordt al aan gewerkt in het kader van de Gids Proportionaliteit, en (vi) verkennen van de mogelijkheden gebruik te maken van de Experimentenwet rechtspleging – een verkenning is uiteraard altijd verstandig, maar een probleem lost het op de korte termijn niet op.

Interessanter vond ik daarom het onderdeel van de brief met de titel ‘Alternatieven’ (op pagina 9/10). Daarin lees ik dat de resultaten van het rechtsbeschermingsonderzoek van KWINK geen aanleiding geven om het stelsel van rechtsbescherming ingrijpend te veranderen. Alternatieve mogelijkheden, zoals een aanbestedingstoezichthouder, zouden – en ik citeer de staatssecretaris – ‘naast bovengenoemde wijzigingen een onnodig vergaande wijziging van het stelsel met zich meebrengen’ (pagina 9). Verderop in de brief wordt gesteld dat de

kosten voor het actief controleren van aanbestedingen zeer hoog zouden liggen, dan wel dat controle slechts steekproefsgewijs zou kunnen plaatsvinden. Tot slot stelt de staatssecretaris – als klap op de vuurpijl – en ik citeer weer: ‘dat het de vraag is ‘welke maatregelen een dergelijke autoriteit kan nemen. Boetes opleggen aan andere overheidsorganen is hoogst ongebruikelijk en stuit bovendien op problemen in de rechtsbescherming van aanbestedende diensten’(pagina 10).

Het is duidelijk dat de staatssecretaris niet voelt voor een onafhankelijke toezichthouder, terwijl in mijn ogen een toezichthouder – naast de rechter - de enige instantie is die daadwerkelijk actie kan ondernemen waar een ondernemer wat aan heeft. De Europese Commissie dacht er in haar voorstel voor een nieuwe aanbestedingsrichtlijn in 2011 (artikel 84 COM(2011)896 def.) ook zo over, maar een aantal lidstaten – waaronder Nederland – heeft weten te bewerkstelligen dat uiteindelijk een sterk afgezwakte bepaling in de richtlijn van 2014 is opgenomen (artikel 83), waardoor onduidelijk is of nu wel of niet voor een lidstaat een verplichting bestaat een aanbestedingsautoriteit in te stellen. Ik lees het artikel als een verplichting.

Nationale toezichtinstanties – waartoe het artikel oproept - moeten de bevoegdheid hebben zelfstandig onderzoeken in te stellen, controles ter plaatse te verrichten en toezichtbeslissingen te nemen, aldus de mededeling van de Commissie inzake Europees financieel toezicht van 27 mei 2009 (COM(2009)252 def, p. 13). De accountant, de Ombudsman en de Commissie van Aanbestedingsexperts hebben deze bevoegdheden niet en kunnen dus niet als toezichthouders worden betiteld. Nog daargelaten dat de Commissie van Aanbestedingsexperts niets kan doen op eigen initiatief, de accountant pas een jaar later een rol speelt en de Ombudsman zeker een jaar de tijd nodig heeft om tot een beslissing te komen. De adviezen – of hoe je ze ook zou noemen – van deze instanties

voldoen dus ook niet aan de criteria die het Nederlandse Markttoezichthoudersberaad in een visiedocument van 11 februari 2014 heeft vastgelegd om de kwaliteit van toezichtinstanties te kunnen toetsen: een goed toezichthouder is in ieder geval effectief, doeltreffend en professioneel (pagina 2).

De accountant, de rekenkamers, de Ombudsman, de Commissie van Aanbestedingsexperts en het Parlement zijn de instanties die bij artikel 83 Richtlijn van de transponeringstabel van de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2016 worden genoemd als de Nederlandse toezichthouders in aanbestedingszaken. Een adequate rechtsbescherming - volgens artikel 1 van de Rechtsbeschermingsrichtlijn is dat: effectieve toegang tot beroepsprocedures, een snel en doeltreffend beroep, met de mogelijkheid om een voorlopige voorziening, een nietigverklaring of schadevergoeding te vorderen – een adequate rechtsbescherming is dus van deze instanties niet te verwachten.

Dan blijft alleen de rechter over, en daarover gaat nu net het rechtsbeschermingstekort, want de rechter kan niet zelf beslissen om actie in het kader van een aanbesteding te ondernemen. Verder vinden de meeste ondernemers de drempel naar de rechter te hoog; je bijt de hand die je voedt en de kosten zijn enorm. Naar verluidt zijn er daarom in het Verenigd Koninkrijk vanwege de hoge kosten van een procedure, jaarlijks maar een beperkt aantal aanbestedingszaken, veel minder dan verhoudingsgewijs in Nederland. In Zweden daarentegen, waar een aanbestedingsautoriteit is, loopt het aantal aanbestedingszaken in de duizenden.

Kortom, de haperende rechtsbescherming in Nederland heeft een aanbestedingsautoriteit nodig en de ACM kan die taak op zich nemen. De ACM kan namelijk ook nu al boetes opleggen aan een aanbestedende dienst op basis van artikel 4.21 lid 1 AW 2012. Die boete moet volgens lid 3 van dat artikel 'afschrikkend, evenredig en



doeltreffend' zijn, net als in het mededingingsrecht. En de aanbestedende dienst die het met de boete niet eens is, kan in beroep bij de bestuursrechter. Anders dan de staatssecretaris in haar brief stelt, is het opleggen van een boete aan 'een ander overheidsorgaan' dus niet nieuw of 'hoogst ongebruikelijk', en zijn er geen problemen in de rechtsbescherming voor de aanbestedende dienst.

Dames en heren, het wordt tijd voor de instelling van een aanbestedingsautoriteit. Dank voor uw aandacht.

Prof. Mr Jan M. Hebly

Zwolle, 18 juni 2020