

Jaarrede voorzitter NVvA 2017

Dames & heren,

Welkom op de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, opgericht in 1995. Dit is dus de 21e keer dat het bestuur verantwoording aflegt over zijn beleid.

Ik wil met u in deze inleiding kort terugblikken op het afgelopen jaar en de plannen voor de komende periode doornemen. Tot slot is er een ontwikkeling in het aanbestedingsrecht die ik met enige zorg aanschouw.

Ik begin met de periode die achter ons ligt.

Na een succesvolle lustrumviering in het spoorwegmuseum te Utrecht in november 2015, met kopstukken van het aanbestedingsrecht zoals prof. Sue Arrowsmith als spreker, is in 2016 de reguliere draad weer opgepakt met ledenbijeenkomsten in juni, oktober en november.

De onderwerpen waren gevarieerd. In februari 2016 was het wetsontwerp Wijziging Aanbestedingswet 2012 aan de orde, dat een aantal voor de praktijk belangrijke ontwikkelingen vastlegt. In juni 2016 hebben we van gedachten gewisseld over het hoe en waarom van de veel gebruikte inkoopmethoden Bestuurlijk Aanbesteden en Best Value Procurement. Duidelijk werd dat het laatste woord over die inkoopmethoden nog niet is gesproken.

In oktober 2016 is een gezamenlijke bijeenkomst gehouden met de Vereniging voor Mededingingsrecht. Deze gezamenlijke bijeenkomsten blijken aan een duidelijke behoefte van de leden te voldoen, om ook over de grenzen van het eigen rechtsgebied heen te kijken. Een jaar eerder was een eerste experiment op dat gebied, samen met de Vereniging Jonge Onroerend Goed Juristen in het Olympisch Stadion van Amsterdam, zeer succesvol gebleken. Het bestuur gaat door met het zoeken van die samenwerkingen. Voor dit najaar staat een gezamenlijke bijeenkomst met de Vrije Universiteit Amsterdam op het programma over 'Mensenrechten en aanbesteden'.

In november 2016 is de verlate jaarvergadering gehouden, omdat een lustrum toch altijd weer uitmondt in een latere sluiting van de boeken. Om u gerust te stellen, voor zover u die vergadering niet heeft bijgewoond, het lustrum is op ongeveer € 150,- na

volgens begroting verlopen. Aansluitend aan de jaarvergadering hebben we inhoudelijk van gedachten gewisseld over het thema 'Concessies van meerdere kanten belicht'. Dat is een onderwerp dat ook raakvlakken heeft met het thema van vanmiddag, want moeten die rondvaartboten in Amsterdam nu varen op basis van een vergunning of ligt een concessie meer voor de hand? Ik hoop het antwoord op die vraag vanmiddag te weten te komen.

Op de jaarvergadering is ook de 2-jaarlijkse scriptieprijs uitgereikt, en wel aan de heer Mr Martijn Maas voor zijn Utrechtse scriptie over 'Rechtsbescherming in het Aanbestedingsrecht'. De juryleden worden binnenkort al weer benaderd voor de scriptieprijs 2018. Als u scriptieklanten kent die dit of volgend jaar afstuderen op een aanbestedingsrechtelijk onderwerp, schroom dan niet hen te wijzen op deze prestigieuze prijs.

Tijdens de november bijeenkomst heeft het gedeeltelijk vernieuwde bestuur ook zijn plannen ontvouwd voor de komende jaren. Die plannen hebben als doel de leden meer nog dan voorheen te betrekken bij activiteiten van de vereniging.

Op bestuurlijk niveau gebeurt dat door een bestuurslidmaatschap te beperken tot maximaal twee periodes van 3 jaar, zodat wisselingen vaker plaatsvinden. Verder zullen nieuwe bestuursleden worden aangezocht door middel van een open sollicitatie en is afscheid genomen van de onderhandse procedure zonder voorafgaande bekendmaking. Als hoofdregel bij de bestuursbenoeming staat transparantie voorop, net als bij een overheidsaanbesteding. Bij de voorliggende vacature voor een bestuursfunctie heeft deze nieuwe procedure al direct succes opgeleverd: 14 reacties waarvan 11 sollicitaties. Het nadeel van deze transparantie is wel, het klinkt vooral voor aanbestedende diensten waarschijnlijk herkenbaar, dat het maken van een goede keuze meer tijd kost. Deze zomer verwacht het bestuur de sollicitatieprocedure af te kunnen ronden, zodat in de najaarsvergadering de officiële benoeming kan plaatsvinden.

Maar belangrijker dan wat er op bestuurlijk niveau verandert, zijn de plannen om niet alleen het wetenschappelijk karakter van de vereniging nader gestalte te geven maar ook de maatschappelijke rol te versterken.

Om met dat laatste te beginnen. In november vorig jaar is een NVvA werkgroep aangekondigd over aanbesteding in het sociale domein. Dit onderwerp houdt de gemoearden in die sector al jaren bezig en de ontwikkelingen lopen niet naar ieders tevredenheid. Inmiddels hebben zich 12 leden aangemeld voor deze werkgroep,

afkomstig uit alle voor het onderwerp relevante bloedgroepen, en hebben de eerste bijeenkomsten plaatsgevonden. In de novembervergadering later dit jaar zal de werkgroep naar verwachting tussentijds verslag doen van haar bevindingen.

Maar het bestuur wil het niet bij deze ene werkgroep laten en roept alle leden op met onderbouwde voorstellen te komen voor het opzetten van andere werkgroepen. Voorstellen kunnen worden ingediend bij de secretaris Matthijs Mutsaers.

Onderwerpen voor werkgroepen en wetenschappelijke bijeenkomsten kunnen ook het resultaat worden van het brainstormen dat het bestuur vanaf dit najaar gaat doen met de leden van de nieuw samengestelde Raad van Advies van de NVvA.

In de najaarsvergadering van 2016 hebben de leden ingestemd met een statutenwijziging, die meebrengt dat de Raad van Advies in de toekomst bestaat uit een maatschappelijke en een wetenschappelijke raad. De maatschappelijke raad zal bestaan uit personen met een vooraanstaande positie in het maatschappelijk veld en interesse in het aanbestedingsrecht. De wetenschappelijke raad wordt gevormd door hoogleraren met een herkenbaar aanbestedingsprofiel. In het huishoudelijke deel van de vergadering straks wordt de benoeming van de eerste tranche van nieuwe leden van de Raad aan u ter beslissing voorgelegd. Overigens zijn de bijzonder hoogleraren die een NVvA leerstoel bezetten, op grond van de statuten qq lid van de Raad. In de loop van komend jaar verwacht het bestuur meer leden voor de Raad van Advies te benaderen. Zij zullen dan in een volgende vergadering worden voorgedragen.

Het bestuur zal met de leden van de Raad van Advies tenminste tweemaal per jaar brainstormen over relevante ontwikkelingen in het aanbestedingsrecht. Ook zullen zij worden betrokken bij de keuze van onderwerpen en auteurs voor de preadviezen die met ingang van de najaarsvergadering van 2018 weer aan de leden ter bespreking zullen worden voorgelegd. In 2009 heeft prof. Chris Jansen een belangwekkend preadvies geschreven over 'De Aanbestedingsovereenkomst' en het is de uitdrukkelijke wens van het bestuur dit preadvies van Jansen het eerste deel te laten worden van een fraaie serie over belangwekkende aanbestedingsrechtelijke onderwerpen.

Internationaal heeft het bestuur ook plannen, maar die zijn nog grotendeels in wording. Eén recent wapenfeit is het vermelden waard, namelijk het verzorgen van een workshop eerder deze week op het 2-jaarlijkse aanbestedingscongres van Sue Arrowsmith in Nottingham (UK): Global Revolution (inmiddels no. VIII). Het bestuur ontving daarvoor eerder dit jaar een uitnodiging, waar het op is ingegaan door een korte workshop te geven over de totstandkoming en werking van de Gids Proportionaliteit. Sprekers waren Chris Jansen en ondergetekende. Sue Arrowsmith heeft na

afloop van de workshop de beide sprekers uitgenodigd hun bijdragen om te zetten in een artikel voor Public Procurement Law Review, waarvan zij hoofdredacteur is. Dat gaan we natuurlijk doen.

Tijdens het congres heeft het bestuur van de NVvA een drankje aangeboden aan de Nederlandstalige deelnemers. Nagenoeg alle Nederlandse deelnemers en één Belg waren aanwezig. We waren met z'n zessen.

U hoort het ... er zijn weer vele nieuwigheden. Ook het aanbestedingsrecht staat er bol van. Maar jammer genoeg lijken nog niet alle bij het aanbestedingsrecht betrokken instanties bereid te zijn om nieuwigheden direct een serieuze kans te geven. De kat wordt liever, soms zelfs heel erg lang, uit de boom gekeken. Ik doel hiermee op flankerend aanbestedingsbeleid.

Sinds de behandeling van het eerste wetsontwerp voor een nieuwe Aanbestedingswet vanaf 2006, is een duidelijke ontwikkeling waarneembaar in het Nederlandse aanbestedingsrecht om noodzakelijke verbeteringen vorm te geven in het informele traject, dus niet in de wet maar op een andere manier. Daarom was er in 2010 de aanstelling van een 'Aanbestedingsambassadeur' en loopt nu het 'Beter Aanbesteden'-traject.

Ook aan de totstandkoming van de Aanbestedingswet 2012 was een omvangrijk flankerend beleid gekoppeld, met schrijfgroepen voor de invulling van het proportionaliteitsbeginsel, klachtenbehandeling en het opstellen van nationale reglementen voor de aanbesteding van werken en van leveringen en diensten.

Deze initiatieven in het informele traject hebben alleen zin als alle betrokken partijen en instanties ze een welwillende kans geven. Kenmerkend voor dit flankerend beleid is immers dat het geen afdwingbaar karakter heeft; zonder welwillendheid van de betrokken partijen staat op voorhand vast dat het weinig tot niets gaat opleveren. Ik heb de indruk dat het aan die welwillendheid nog wel eens schort. De keerzijde van die medaille is, dat als de bereidheid om flankerend beleid serieus te nemen niet aanwezig is, er niet aan valt te ontkomen om van flankerend beleid officiële regelgeving te maken. Ik geef een paar voorbeelden.

Een eerste voorbeeld. In het voorjaar van 2010 is op verzoek van het ministerie van economische zaken (toen nog ELI geheten) een schrijfgroep aan de slag gegaan om een uitwerking te maken van het proportionaliteitsbeginsel. Dat leidde in september 2011 tot een consultatie-versie van de Gids Proportionaliteit. Er was dus sprake van een officieel 'opgezet informeel traject', waarvan de consultatie-versie van de Gids het resultaat was.

Toen op dit document door een partij in rechte een beroep werd gedaan, oordeelde de voorzieningenrechter in Amsterdam in zijn vonnis van 27 oktober 2011 (ECLI:NL:RBAMS:2011:BU7796): *'dat de Gids Proportionaliteit geen bindende kracht heeft en slechts de visie geeft van een aantal personen betrokken bij de aanbestedingspraktijk'*. Als dat de insteek van de rechter is ten aanzien van flankerend beleid, valt aan regelgeving nauwelijks meer te ontkomen, althans zo zagen de kamerleden Schouten en Ziengs dat. Zij dienden bij de behandeling van het wetsontwerp Aanbestedingswet in de Tweede Kamer in februari 2012 een amendement in met als doel de Gids Proportionaliteit een wettelijke verankering te geven, welk amendement met ruime meerderheid werd aangenomen. De Gids Proportionaliteit heeft dan ook nu ingevolge artikel 1.10 AW 2012 - en overeenkomstige bepalingen - in beginsel een bindende status (*'comply or explain'*). Misschien was deze stap bij iets meer 'open oog' voor flankerend beleid niet nodig geweest.

Een tweede voorbeeld. Op basis van artikel 4.27 Aanbestedingswet 2012 is een Commissie van Aanbestedingsexperts ingesteld, die door een zorgvuldige afhandeling moet zorgen voor het oplossen van klachten in aanbestedingsprocedures. Het oordeel van de commissie is niet bindend, maar uit de totstandkomingsgeschiedenis van de Aanbestedingswet 2012 is duidelijk dat het de taak van de Commissie is een gang naar de rechter te voorkomen.

Die totstandkomingsgeschiedenis noopt tot een welwillende houding van alle betrokken partijen ten opzichte van het functioneren van de Commissie van Aanbestedingsexperts. En daar schort het mijns inziens aan.

Het begon al direct twijfelachtig. Een paar maanden na de inwerkingtreding van de nieuwe Aanbestedingswet 2012 gebruikt een aanbestedende dienst in een zaak bij de voorzieningenrechter Gelderland ieder denkbaar argument om een advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts te ontkrachten, nadat eerst al afwijzend was gereageerd op het verzoek van de Commissie om een week uitstel te gunnen voor de advisering. Dat was dus niet erg welwillend.

Positiever in die zaak is de benadering van de voorzieningenrechter die aangaf dat *'betekenis kan toekomen aan deskundigheid van de leden van de Commissie en de daarbij betrokken experts'* en de essentie van het advies overnam omdat dit onvoldoende inhoudelijk was weersproken (ECLI:NL:RBGEL:2014:454).

Kort daarna blijkt uit een zaak bij de voorzieningenrechter in Limburg dat de aanbestedende dienst, zonder enige motivering, evenmin bereid was de standstill-termijn te verlengen ten behoeve van advisering door de Commissie

(ECLI:NL:RBLIM:2014:11487). En in een zaak bij de voorzieningenrechter in Breda van voorjaar 2015 legt de aanbestedende dienst een advies van de Commissie zonder deugdelijke reden naast zich neer (ECLI:NL:RBZWB:2015:2951).

Eind 2015 gebeurt hetzelfde in een zaak in Rotterdam. De voorzieningenrechter in die zaak oordeelt naar aanleiding van het beroep van eiser op het advies van de Commissie, dat geen rechtsregel noopt tot een verzwaarde motiveringsplicht en dat bewijskracht niet aan de orde is (ECLI:NL:RBROT:2015:9802).

Het voorlopige hoogtepunt van deze ontwikkeling is een zaak bij de voorzieningenrechter in Den Haag van november vorig jaar. In die zaak was de eisende partij door toedoen van de aanbestedende dienst geforceerd een kort geding op te starten, terwijl al een klacht aanhangig was bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (ECLI:NL:RBDHA:2016:15833). De Commissie was al begonnen met de klachtafhandeling en had aangegeven binnen 25 dagen haar advies af te kunnen ronden. De eisende partij verzocht de voorzieningenrechter in een uitvoerig gemotiveerd betoog, waarin ook werd verwezen naar de totstandkomingsgeschiedenis van de klachtenregeling, het kort geding aan te houden totdat de Commissie haar advies had verstrekt. De aanbestedende dienst – een onderdeel van de rijksoverheid – achtte het echter niet wenselijk of noodzakelijk dat de Commissie zou worden verzocht de klachtbehandeling te hervatten en dus het kort geding aan te houden, waarna de voorzieningenrechter de vordering tot aanhouding afwees.

Naar het oordeel van de voorzieningenrechter was de Commissie alleen bevoegd te bemiddelen of niet-bindende adviezen te geven en zag de aanbestedende dienst geen ruimte voor bemiddeling of alternatieve geschilbeslechting.

Een teleurstellende gang van zaken. Het lijkt erop dat aanbestedende diensten de klachtafhandeling door de Commissie onvoldoende serieus nemen en dat de voorzieningenrechter die houding billijkt. Waarom niet een verdergaande toetsing van het standpunt van de aanbestedende dienst? Waarom niet toetsen of het in de omstandigheden van het geval gerechtvaardigd om het advies van de Commissie te negeren? Of de vraag of de aanbestedende dienst een gerechtvaardigd belang heeft om geen uitstel van een dwingende termijn te verlenen? Enzovoorts.

De wetgever heeft de Commissie van Aanbestedingsexperts ingesteld om de gang naar de rechter te beperken. Door een welwillende houding van aanbestedende diensten ten opzichte van klachtafhandeling door de Commissie ‘af te dwingen’ – door toetsing van de handelwijze van de aanbesteder, bijvoorbeeld ten aanzien van de weigering om uitstel van dwingende termijnen te verlenen – kan die gang naar de

rechter mogelijk worden beperkt. Dat is ook in het belang van de overbelaste rechterlijke macht zelf.

De trend in de jurisprudentie lijkt echter vooralsnog te wijzen op een weinig toeschietelijk oordeel van aanbestedende diensten en rechters als het gaat over de klachtafhandeling bij de Commissie van Aanbestedingsexperts, een trend die ook wordt onderkend door Blaisse-Verkooijen e.a. in hun 'Kroniek' in het Tijdschrift voor Bouwrecht van oktober 2016 (TBR 2016/150, paragraaf 20). Zij constateren dat de adviezen van de Commissie, gelet op de totstandkomingsgeschiedenis van de Aanbestedingswet 2012, ten onrechte slechts tot 'een mening' worden gedegradeerd en concluderen dat een aanbestedende dienst een advies van de Commissie niet ongemotiveerd naast zich mag neerleggen. Standpunten die ik onderschrijf.

Uit de rapportages van de Commissie zelf blijkt tenslotte dat nú al – na 4 jaar Commissie - een afgenomen bereidheid bestaat bij aanbestedende diensten om kritieke termijnen, zoals een Alcateltermijn, te verlengen, om de Commissie tijd te geven tot een advies te komen.

In de 1^e rapportage van mei 2014 is die bereidheid bij 24 verzoeken fifty-fifty, dus 50% verlenging en 50% weigering.

In de 2^e periodieke rapportage van mei 2015 gaat het om 28 klachten waarin de Commissie om termijnverlenging verzoekt, waarvan 18 worden toegestaan en 10 geweigerd. Dat is dus een verbetering naar 65% toegestaan en 35% geweigerd.

In de 3^e rapportage van mei 2016 gaat de score echter hard omlaag: van de 50 verzoeken worden er 14 ingewilligd en 36 afgewezen. Dat is dus 28% toegestaan en 72% afgewezen. Het aantal afgewezen verzoeken is dus in één jaar tijd meer dan verdubbeld van 35% naar 72%.

Een zorgelijke ontwikkeling, maar wel één die parallel loopt met de ervaringen uit de jurisprudentie. Ik zou het zeer betreuren als deze trend alleen maar kan worden doorbroken door – net als bij de Gids Proportionaliteit – de klachtprocedure bij de Commissie een bindende of dwingende status te geven.

Dames en heren, tot zover mijn inleiding voor vandaag. Het is tijd om de agenda verder te vervolgen. Dank voor uw aandacht.

Prof. Mr Jan-Michiel Hebly
Voorzitter NVvA
Utrecht, 15 juni 2017