

JAARREDE voorzitter NVvA 2018

Dames & heren,

Welkom op de najaarsvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht. Dit is een wat ongebruikelijk moment voor de jaarrede van de voorzitter – dat moet eigenlijk op de jaarvergadering in juni – maar op dat moment lukte het mij niet de rede voldoende voor te bereiden. Vandaar vandaag, omdat ik de voor onze vereniging prille traditie van een jaarrede niet al direct in de kiem wil smoren.

Dit is de 22^e keer dat het bestuur van de NVvA verantwoording aflegt over zijn beleid. 2017 voelde voor het gedeeltelijk nieuwe bestuur als een interim jaar, waarin nieuwe projecten zijn opgestart maar nog niet allemaal gerealiseerd. In de najaarsvergadering van 2017 is het bestuur uitgebreid met twee nieuwe leden (Willem Janssen van de Universiteit Utrecht en Mike Nusteen van TenneT). Zo kunnen de bestuurstaken beter worden verdeeld. Een vereniging met ruim 800 leden heeft recht op een divers aanbod aan activiteiten, maar met bestuursleden die ook allemaal zelf in de praktijk werkzaam zijn, schuurt dat soms een beetje. In het vervolg van mijn rede zal u duidelijk worden dat bestuur en leden samen niettemin tot een mooi jaarprogramma weten te komen.

Ik wil eerst met u kort terugblikken op het afgelopen jaar en vervolgens de plannen voor de nabije toekomst doornemen. Ik sluit af met een paar kanttekeningen die ik heb bij de in mijn ogen wat zorgelijke ontwikkelingen rond de private aanbesteding na het KLM-arrest van de Hoge Raad van 5 jaar geleden.

Eerst de periode die achter ons ligt.

In 2017 zijn er drie wetenschappelijke vergaderingen gehouden.

De eerste vond plaats tijdens de jaarvergadering van donderdag 15 juni 2017. In het huishoudelijke deel van de vergadering werden vijf nieuwe leden van de Raad van Advies benoemd: twee leden voor de maatschappelijke sectie (de heren Sylvo Thijsen, directeur van Staatsbosbeheer, en Stephan Corvers, directeur van Corvers Procurement Services) en drie nieuwe leden voor de

wetenschappelijke sectie van de Raad (de hoogleraren Jan Telgen uit Twente, Pieter Kuijpers uit Nijmegen en de NVvA hoogleraar Gert-Wim van de Meent van de Universiteit van Amsterdam). De andere NVvA hoogleraar Huib van Romburgh (uit Groningen) maakte al deel uit van de Raad.

Het wetenschappelijk deel van de vergadering ging over het onderwerp: Aanbesteding & Schaarse rechten. Sprekers waren Annemarie Drahmman, universitair docent bestuursrecht in Leiden en toen ook nog advocaat bij Stibbe, en de twee NVvA-leden Dorien Zweers (advocaat bij Nysingh en buitenpromovenda in Leiden) en Paul Heijnsbroek (toen nog advocaat bij Houthoff Buruma, nu bij Straatman Koster) – ja, er zijn weer behoorlijk wat nieuwe uitdagingen aangegaan.

De recente ontwikkelingen in het bestuursrecht met betrekking tot de verdeling van schaarse rechten, zoals schaarse vergunningen en subsidies (denk aan de uiterst schaarse vergunning voor Holland Casino), hebben duidelijke raakvlakken met het aanbestedingsrecht. In de vergadering kwamen de gemeenschappelijke Europeesrechtelijke wortels van de onderwerpen ‘aanbesteding’ en ‘schaarse rechten’ aan de orde. Daarnaast werden voordrachten gehouden over de ontwikkelingen met betrekking tot de verdeling van schaarse publieke- en schaarse private rechten (zoals grond en aandelen). Door de snelle ontwikkelingen die het leerstuk van de verdeling van schaarse *publieke* rechten doormaakt, leent het onderwerp zich goed voor verdere verdieping in een komende wetenschappelijke vergadering. De interesse bij de leden lijkt er zondermeer te zijn.

De tweede wetenschappelijke vergadering van 2017 was een Special op woensdag 20 september, in samenwerking met de rechtenfaculteit van de Vrije Universiteit Amsterdam.

Deze Special had als onderwerp: ‘Mensenrechten en aanbesteden’. Vanuit het perspectief van de regulering van overheidsinkoop werd door sprekers vanuit praktijk en wetenschap ingegaan op de vraag of en hoe de naleving van mensenrechten in de productieketen zou kunnen worden verbeterd via het aanbestedingsrecht. We hoorden visies van Pauline Overeem (onderzoeker bij de Stichting Onderzoek Multinationale Ondernemingen), Albert Geuchies (contractmanager bij het Ministerie van OCW), Michiel Soeters (projectmanager Pilotprojecten bij het Convenant Natuursteen) en de NVvA leden Myrthe Vogel (adviseur bij PIANOo en promovenda aan de VU Amsterdam) en Elisabetta Manunza, tevens bestuurslid van de NVvA.

‘Mensenrechten en aanbesteden’ klinkt misschien op dit moment nog wat ‘ver van m’n bed’, maar het is duidelijk dat in onze huidige maatschappij het onderwerp aan belang wint. We gaan daar zeker meer over horen.

De derde wetenschappelijke vergadering vond plaats op donderdag 23 november 2017 en ging over de vraag of effectieve rechtsbescherming voor inschrijvers nog mogelijk is na de uitspraak van de Hoge Raad van 18 november 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2638). In die uitspraak beperkte de Hoge Raad - in navolging van het Haagse gerechtshof - de mogelijkheid van een effectief hoger beroep tot een aantal specifieke situaties.

Sprekers waren de NVvA leden Maarten van Rijn (advocaat bij Pels Rijcken) en Rob Bleeker (advocaat bij Rozemond), waarbij Van Rijn met name inging op de rechtspositie van de aanbestedende dienst en Bleeker op die van de klagende inschrijver die zijn kort geding heeft verloren. De beide voordrachten zijn inmiddels gepubliceerd in het Tijdschrift voor Bouwrecht (TBR 2018/57 en 58).

Voorafgaande aan deze gedachtewisseling was er een voordracht van de heer Huizing, op dat moment nog aanjager van het overheidstraject ‘Beter Aanbesteden’, en een korte tussenrapportage vanuit de NVvA werkgroep ‘Aanbesteden in het Sociaal Domein’ door Tim Robbe (advocaat bij Victor advocaten).

De bijeenkomsten van 2018 komen in de jaarrede van volgend jaar aan de orde, maar het is mooi om te zien dat de agenda voor de vergadering van vandaag ook weer ruim gevuld is met actualiteit en bijdragen van NVvA leden.

Voor 2019 staan – naast de twee wetenschappelijke vergaderingen - regiobijeenkomsten op het programma voor de regio’s Gelderland/Overijssel en Noord-Brabant/Limburg. De regio Gelderland/Overijssel gaat de serie begin volgend jaar aftrappen bij het kantoor van TenneT in Arnhem. Daarna is de regio Noord-Brabant/Limburg aan de beurt, waarvoor het kantoor Boels Zanders haar vestiging Eindhoven als locatie heeft aangeboden. De uitnodigingen gaan binnenkort de deur uit. Daarna volgen – zo hoopt het bestuur - bijeenkomsten voor de overige regio’s.

In maart 2019 staat vervolgens een Special op het programma, waarin de bevindingen van de NVvA werkgroep ‘Aanbesteden in het Sociaal Domein’ besproken gaan worden. Een belangrijk en actueel onderwerp, dat overigens

sinds het Falk Pharma-arrest van het Hof van Justitie EU (HvJEU 2 juni 2016, C-410/14) deels een beetje wegdrijft van het aanbestedingsrecht.

De NVvA doet komend jaar ook weer mee aan een workshop op het – alweer 9^e - internationale aanbestedingscongres Global Revolution van Sue Arrowsmith in Nottingham (UK). Dit gebeurt in samenwerking met de Universiteit Utrecht. De NVvA leden Manunza en Janssen (beiden van de Universiteit Utrecht) zullen daar – onder voorzitterschap van het NVvA lid Jansen van de VU - als spreker optreden.

Het plan van het bestuur om deze bijeenkomst door middel van een werkgroep voor te bereiden, kon niet meer worden gerealiseerd. Het bestuur prijst zich dan ook gelukkig dat de NVvA in samenwerking met de Universiteit Utrecht toch aan het congres kan deelnemen.

In mijn jaarrede van vorig jaar heb ik aangegeven dat het bestuur het preadvies nieuw leven wil inblazen. Dat idee is afgelopen jaar voorgelegd aan de Raad van Advies, die een preadvies als zodanig wel ‘een beetje 2017’ vond. Bij gebreke van een echte traditie op dat vlak, stelden zij voor een andere, modernere aanpak te hanteren. Het bestuur heeft dat advies overgenomen en gekozen voor een werkgroep van leden die gezamenlijk tot het gewenste eindresultaat moeten komen.

In de voorjaarsvergadering eerder dit jaar is een oproep gedaan aan de leden om zich voor een werkgroep over Past Performance aan te melden, welke oproep is herhaald in de nieuwsbrief die deze zomer aan de leden is toegezonden. Twee leden hebben zich gemeld en maken thans deel uit van de werkgroep. De werkgroep is aangevuld met leden die door het bestuur daarvoor zijn benaderd.

In de werkgroep zitten thans de NVvA leden Binnerts (advocaat in Haarlem), Petit (werkzaam bij Rijkswaterstaat), Bouwman (promovenda bij de Universiteit Utrecht), Pinas (werkzaam bij de Belastingdienst) en Haagsma (werkzaam bij TenneT) en staat onder leiding van Janet Meesters, advocaat bij DLA Piper. De eerste bijeenkomst van deze werkgroep vindt volgende week plaats. Zij gaat zich bezighouden met het opstellen van een modelregeling voor het gebruik van de nieuwe uitsluitingsgrond Past performance. Het resultaat van de werkzaamheden zal worden besproken in de najaarsvergadering van 2019.

U hoort het ... de leden krijgen nog steeds veel waar voor hun geld, al is de contributie vanaf 2018 licht verhoogd. Er zijn nu eenmaal middelen nodig om

vergaderzalen te reserveren, maar ook voor het updaten van – bijvoorbeeld - website en ledenadministratie.

Tot zover mijn mededelingen van voornamelijk huishoudelijke aard. Maar zoals ik in het begin van mijn rede al aangaf, maak ik mij zorgen over de ontwikkelingen bij de private aanbesteding. Daar geldt sinds de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak KLM/Crombeen uit 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BZ2900) het recht van de sterkste. Die uitspraak beleeft dit jaar haar eerste lustrum, wat mij een goede reden lijkt om daar nog eens aandacht aan te besteden.

U kent de zaak wel. De KLM heeft in 2005 contracten met 4 bedrijven voor het schoonmaken van het interieur van haar vliegtuigen tijdens periodieke (lichtere en zwaardere) technische controles. Ze wil echter naar een organisatie met één schoonmaakbedrijf per perceel en stelt haar bestaande contractanten in de gelegenheid in een private aanbesteding naar die posities mee te dingen. Drie van de vier bedrijven doen mee aan de aanbesteding en Crombeen biedt tot tweemaal toe de laagste prijs voor beide percelen. Daarna krijgt alleen een concurrent van Crombeen van de KLM inkoper de kans haar prijs nog een keer aan te passen, waarna de concurrent voor één perceel de laagste wordt. Crombeen wint het andere perceel.

Crombeen stapt naar de kort geding-rechter die oordeelt dat de procedure een aanbesteding is, dat KLM zich daarbij volledige vrijheid van handelen had voorbehouden ook wanneer dat tot ongelijke behandeling van de inschrijvers zou leiden, en dat het KLM vrijstond de aanbestedingsprocedure in te richten zoals zij had gedaan (r.o. 3.2).

Crombeen gaat uiteraard in beroep en vindt het Hof aan haar zijde. Het Hof oordeelt dat de keuze van KLM voor een aanbestedingsprocedure meebrengt dat zij gehouden was zich te gedragen overeenkomstig de in de precontractuele fase geldende maatstaven van redelijkheid en billijkheid. Dat betekent eerbiediging van de fundamentele beginselen van het aanbestedingsrecht. Die regels waken er onder meer tegen dat een private aanbesteding inschrijvingen, waarvoor veelal aanzienlijke kosten zijn gemaakt, louter gebruikt als pressiemiddel jegens de partij die hij bij voorbaat heeft uitverkozen als toekomstige contractspartij (r.o. 3.3 onder 3.2.2).

De bepalingen in de aanbestedingsleidraad waarin KLM zich een zekere mate van vrijheid van handelen had voorbehouden (r.o. 3.3 onder 3.2.3) leiden er niet toe, aldus het Hof, dat KLM de fundamentele beginselen van gelijkheid en transparantie zou mogen negeren. Er is, volgens het Hof, geen reden om aan te

nemen dat de gemaakte voorbehouden niet ook met inachtneming van die fundamentele beginselen konden worden uitgeoefend.

De KLM gaat in cassatie en met succes. De Hoge Raad ziet het namelijk heel anders. De Hoge Raad meent dat uit de contractvrijheid voortvloeit dat het partijen in een aanbesteding door een private (rechts)persoon in beginsel vrijstaat om in de aanbestedingsvoorwaarden de toepasselijkheid van het gelijkheidsbeginsel en het transparantiebeginsel uit te sluiten (r.o. 3.7). Dat betekent dus: *laissez-faire* in private verhoudingen.

Ik heb geprobeerd te verklaren wat de achtergrond van deze uitspraak is. Daarvoor heb ik gekeken naar de jurisprudentie over private aanbestedingen in de periode van 10 jaar voorafgaande aan het KLM arrest. Die periode begint bij de uitspraak van de HR in de zaak RZG/Conformed uit 2003 (LJN: AF2830). De HR oordeelde toen dat in een aanbesteding tussen een ziekenfonds en een aantal leveranciers van zorgprodukten, waar geen Europese aanbestedingsplicht gold (de HR noemde dat 'een aanbesteding als de onderhavige'), de aanbesteder de in de precontractuele fase geldende beginselen van gelijkheid en transparantie – lees: de aanbestedingsbeginselen - in acht diende te nemen.

In de (rechts)praktijk is die uitspraak in de daarop volgende periode ruim uitgelegd, en ook op volledig private aanbestedingen van toepassing verklaard. Na verloop van enkele jaren ging de rechtspraak zelfs zo ver, dat vele leerstukken uit het publieke aanbestedingsrecht één-op-één van toepassing werden verklaard bij de private aanbesteding. Essers somt deze uitspraken op in zijn handboek (2017, par.5.9). Die verregaande gelijkschakeling met het publieke aanbestedingsrecht stuitte her en der – en niet zonder reden – op verzet (zie onder meer Sleeking/Roks in Bedrijfsjuridische berichten, januari 2013).

Het is dan ook niet verrassend dat de HR z'n kans schoon zag toen zich onder dit gesternte in 2013 de KLM zaak aandiende. Een stapje terug was nodig ... maar de HR ging terug in de tijd, naar het tijdperk dat aanbestedingsrecht nog niet bestond en de aannemer met de pet in de hand blij mocht zijn als de opdrachtgever hem een werk gunde (beeld van Maton Vd Berg). De uitspraak van de HR betekende terug naar af voor de beoordeling van leurgedrag van private aanbesteders. Als private aanbesteders zich in een aanbestedingsprocedure alle rechten om te leuren mogen voorbehouden, zolang ze maar uitdrukkelijk de aanbestedingsbeginselen buiten toepassing

verklaren, wordt een private aanbesteding een *free fight*. De aanbesteder kan dan immers met zijn aanbestedingsvoorwaarden voor zichzelf een nagenoeg absolute machtspositie creëren.

En die scheve machtsverhouding bij private aanbestedingen is te zien in de praktijk. Dat begint al met de KLM zaak zelf. Zodra Crombeen bezwaar maakt tegen de gang van zaken bij het door haar verloren perceel, dreigt de inkoper met het terugtrekken van het gunningsbericht bij het andere perceel als Crombeen haar bezwaren niet onmiddellijk intrekt (r.o. 3.1 onder vi). Dat is een zuivere vorm van machtsmisbruik van een private aanbesteder, die in dit geval gelukkig in rechte ook niet is geaccepteerd. Maar het geeft wel aan hoe dit soort private inkooporganisaties functioneren.

Ook supermarkten leggen leveranciers eenzijdig kortingen op. Grote bedrijven doen hetzelfde met hun dienstverleners. Hoofdaannemers zetten hun onderaannemers onder grote druk om prijzen te verlagen of met aanzienlijke kortingen genoeg te nemen. Ik hoorde laatst van een meerwerkclaim voor specialistisch werk, waarbij de hoofdaannemer bij de opdrachtgever circa anderhalve ton € in rekening bracht en de onderaannemer die het werk moest uitvoeren genoeg moest nemen met € 25.000,--. Dit is wat er gebeurt als de macht teveel bij één partij komt te liggen en het recht van de sterkste geldt.

De Hoge Raad baseerde zich op het beginsel van contractvrijheid. Maar is dat beginsel wel van toepassing op de aanbestedingsprocedure voorafgaande aan een gunning? Ik meen van niet. Contractvrijheid is de vrijheid om te contracteren met wie men wil. Het is een beginsel met een lange historie, gebaseerd op een 2-partijen relatie. Die partijen mogen overal over contracteren, zolang het maar niet in strijd is met de wet, openbare orde of de goede zeden.

Maar de vrijheid om al dan niet, over welk onderwerp dan ook, een contract te sluiten is iets anders dan dat een private partij gerechtigd is in een door hemzelf uitgeschreven competitie, inschrijvers tegen elkaar uit te spelen of willekeurig te behandelen. De private aanbesteder profiteert immers van het competitie-element, dat inschrijvers ertoe brengt om lager in te schrijven dan zij in een één-op-één aanbesteding zouden hebben gedaan. Maar tegenover dat voordeel staat dan wel dat die aanbesteder zich in de competitie fatsoenlijk hoort te gedragen, dat hij zorgt voor een *faire* procedure. Dus niet het recht van de sterkste, maar een procedure waarin wordt gehandeld overeenkomstig de precontractuele redelijkheid en billijkheid – die de HR in de zaak

RZG/Conformed heeft ingevuld met de aanbestedingsbeginselen. Als de uitkomst de private aanbesteder dan niet bevalt, heeft hij de vrijheid geen contract te sluiten.

In de zaak Baris/Riesenkamp uit 1957 wist de Hoge Raad nog heel goed op welke wijze *fairness* in de onderhandelingsfase werkte: ‘... door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst komen partijen tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.’

In een precontractuele fase met meer partijen – en dat is een aanbesteding – behoort die regel van Baris/Riesenkamp tenminste op gelijke wijze te gelden.

Daarom vind ik het zo jammer dat de Hoge Raad de KLM uitspraak niet heeft aangegrepen om de private aanbestedingsmarkt bij te sturen, door *enerzijds* enige afstand te nemen van de wat uit de hand gelopen toepassing van Europeesrechtelijke aanbestedingsleerstukken op de private aanbesteder en de lagere rechters fijntjes te wijzen op de verschillen tussen publiek en privaat aanbesteden, maar *anderzijds* duidelijk te maken aan private aanbesteders dat de basisbeginselen van een *faire procedure* bij alle aanbestedingen in acht behoren te worden genomen. ‘*Wat jij niet wilt dat u geschiedt, doe dat ook een ander niet*’.

Vele private aanbesteders die evenals KLM in een machtspositie verkeren - omdat marktpartijen zich niet kunnen veroorloven om onredelijke onderhandse aanbestedingen te negeren – leven zich de laatste jaren dankzij de Hoge Raad uit bij hun private aanbestedingen, door in hun aanbestedingsdocumentatie nadrukkelijk te bepalen dat de beginselen van aanbestedingsrecht op de aanbesteding niet van toepassing zijn. Door deze jurisprudentie komen ze met onredelijke voorwaarden weg, wat de kroniekschrijvers in het Tijdschrift Aanbestedingsrecht van 2016 doet verzuchten dat sprake is van ‘*tamelijk niet-transparante/willekeurige acties*’ (TA 2016/17, onder 9b).

En tot mijn ongenoegen voeren de zorgverzekeraars deze jurisprudentie zo’n beetje aan. In vele gevallen sluiten zij bij hun aanbestedingen toepassing van de aanbestedingsbeginselen expliciet uit (vgl. Van den Berge e.a., Kroniek 2015, TA 2016/17, onder 9a). Dit gedrag noopt wat mij betreft tot actie tegen de aanbestedingsgewoonten van zorgverzekeraars. Zorgverzekeraars vervullen een publieke taak en behoren in mijn visie bij hun aanbestedingen dan ook

aansluiting te zoeken bij het publieke aanbestedingsrecht. Zij zijn in feite bij wet ingestelde aankoopcentrales van de overheid ter uitvoering van de wettelijke zorgplicht van diezelfde overheid. Komend jaar wil ik die stellingname verder uitwerken, dus dit onderwerp wordt vervolgd.

Ik kom tot een afsluiting.

Ik hoop dat de private aanbestedingspraktijk meer oog krijgt voor het volgen van een in alle opzichten *faire* procedure. Op Europees niveau zijn in de aanbestedingsrichtlijnen regels neergelegd die een *faire* inkoopprocedure in internationale verhoudingen moeten waarborgen. Ik zie niet in waarom die beginselen van *fairness* niet ook in private verhoudingen het uitgangspunt zouden moeten zijn. De contractvrijheid laat dan de ruimte om al dan niet de overeenkomst aan te gaan.

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

Prof. Mr Jan-Michiel Hebly
Voorzitter NVvA
Utrecht, 22 november 2018