

# **Quod non est in actis ...**

## **Van proportionaliteit naar professionaliteit**

**Rede**

in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt  
van bijzonder hoogleraar Aanbestedingsrecht  
aan de Rijksuniversiteit Groningen  
op dinsdag 9 december 2014

door

prof. mr H.D. van Romburgh

*Mijnheer de Rector Magnificus,  
Leden van het bestuur en van de Raad van Advies van de Nederlandse Vereniging voor  
Aanbestedingsrecht,  
Dames en heren bestuurders van deze universiteit,  
Hooggeleerde en Zeergeleerde dames en heren,  
Dames en heren studenten,  
Zeer gewaardeerde toehoorders,*

Dit jaar is voor de Rijksuniversiteit Groningen een belangrijk jaar; het vierhonderdjarig bestaan van deze universiteit! Zij heeft daarmee een eerbiedwaardige leeftijd bereikt, maar daarbij haar jeugdig elan behouden. Dat is ruim gevierd. Zo hoort dat ook! Bij belangrijke gebeurtenissen hoort een feestje.

Het is voor mij dan ook een groot genoegen vandaag deze nieuwe leerstoel aanbestedingsrecht formeel te mogen aanvaarden.

Hiertoe wil ik u meenemen voor een korte rondreis door het aanbestedingsrecht.

### **Relatief nieuw rechtsgebied**

Het aanbestedingsrecht is te beschouwen als een smeltkroes waarin vele juridische disciplines samenkomen: het internationale recht, het Europees recht, het privaatrecht, het mededingingsrecht, het procesrecht, het publiekrecht en dat alles gelardeerd met een snufje fiscaal- en strafrecht.<sup>1</sup> De ingrediënten wisselen naar gelang van de voorliggende vraag. Voor de fijnproever is er daarmee steeds voor een ieder wat wils. Het heeft veel weg van een lopend buffet. Het aanbestedingsrecht is echter een complex rechtsgebied geworden. Dat vereist vele chef-koks.

Het aanbestedingsrecht is een relatief nieuw rechtsgebied. Tot rond 2002 was het een vrijwel slapend rechtsgebied. Het was er wel, maar - behalve in de bouw - deed niemand er echt iets mee. Laat staan dat men bij een niet-aanbesteden van een opdracht naar de rechter zou gaan. Of het moest wel heel ernstig zijn.

De laatste jaren heeft dit rechtsgebied steeds meer in belang gewonnen. Wedekind had het al in 2000 in zijn oratie opgemerkt.<sup>2</sup> Het is een afzonderlijk vakgebied binnen de rechtswetenschap. *'Het is ingebed tussen reeds bestaande vakken. Voorzien van een duidelijke Europese saus is het in Nederland terechtgekomen op het bord van het privaatrecht'*, zo stelde Wedekind het destijds.

Door de Parlementaire Enquête Bouwnijverheid had dit rechtsgebied opeens de volle aandacht. De prins op het witte paard had de schone slaapster eindelijk wakker gekust. Het rechtsgebied is daarmee blijvend op de kaart gezet.

Een stroom van jurisprudentie volgde. In de periode vanaf 2001 tot nu heb ik rond de 1.900 uitspraken over dit rechtsgebied kunnen achterhalen. Het zullen er vast meer zijn. Dat zijn gemiddeld drie uitspraken per week. Waarbij u moet bedenken dat de frequentie in de laatste jaren alleen maar is toegenomen. Het wakker gekuste prinsesje bleek een heuse, maar ook een behoorlijk struise dame te zijn.

Het aanbestedingsrecht is niet meer weg te denken uit de huidige rechtspraktijk. De vraag is echter of het een dergelijke prominente plaats binnen ons rechtssysteem ook verdient. Dat klinkt wat vreemd uit de mond van een recent benoemd hoogleraar aanbestedingsrecht. Het belang van het rechtsgebied wil ik echter beslist niet bagatelliseren. Maar soms bekruipt mij het gevoel dat het rechtsgebied door deze grote aandacht zijn feitelijke doel weleens voorbij zou kunnen schieten.

---

<sup>1</sup> Van Romburgh, H.D., 'Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland', diss. UvA, Bouwrecht monografieën nr. 25, Deventer: Kluwer 2005, p. 6.

<sup>2</sup> Wedekind, W.G.Ph.E., 'Aanbesteden, een hele opdracht', oratie UvA, Amsterdam: Vossiuspers 2001, p. 10-11.

## **Gereguleerde inkoop**

Laat ik voorop stellen dat wij het bij het aanbestedingsrecht hebben over een gereguleerde vorm van inkoop. Het gaat hier dus primair om 'inkoop'. Het is weliswaar een bijzondere vorm van inkoop, omdat de overheid daarbij de opdrachtgever is. Aan inkoopende overheden worden bijzondere eisen gesteld.

Bij het aanbestedingsrecht gaat het om het bevorderen van het interstatelijk handelsverkeer. In die doelstelling ligt de oorsprong van het aanbestedingsrecht.

## **Interstatelijk handelsverkeer**

Toen in maart 1957 in Rome de Europese Economische Gemeenschap werd opgericht was dat iets heel bijzonders. Niet zo zeer omdat de EEG een stimulans zou leveren aan het interstatelijk handelsverkeer - dat óók - maar veel meer aan het bewaren van de vrede in aanvankelijk West-Europa. Het idee van Robert Schuman tot het oprichten van de Europese Gemeenschap voor Kolen en Staal in 1952 met het Verdrag van Parijs, gevolgd door de oprichting van de EEG, was niet zozeer geboren uit zuiver economische motieven maar veel meer uit ideële motieven.

Als loot van een Lotharingse familie wilde Schuman voorkomen dat er ooit nog oorlog zou komen tussen Duitsland en Frankrijk. Daarvoor hield hij te veel van beide culturen. Zijn oplossing daarvoor was: verbindt landen met elkaar door middel van handelsrelaties. Onder dergelijke omstandigheden voeren zij geen oorlog met elkaar.

Tot op heden - nu bijna zeventig jaar na het einde van de Tweede Wereldoorlog - blijkt deze gedachte bewaarheid te zijn geworden. In de tijd daarvoor was er iedere dertig jaar in het westen van Europa wel ergens een brandhaard met vijandige schermutselingen aan te wijzen. Het samen met Monnet ontwikkelde initiatief bleek dus achteraf geniaal van aard.

Toen in oktober 2012 de Nobelprijs voor de Vrede aan de Europese Unie werd toegekend, vroegen velen zich af: 'waarom toch?' Nu is dat eenvoudig te beantwoorden: de Unie heeft gezorgd voor een duurzame vrede binnen Europa.<sup>3</sup> Daarvoor mogen wij allen dankbaar zijn.

Aan die vrede moeten wij echter wel blijven werken. Ieder op de plaats waar hij is gesteld. Dat is onze gezamenlijke opdracht! Die vrede is een randvoorwaarde voor onze vrijheid. Dat is wat men kan noemen een ware communautaire zegening!

De vraag ligt nu voor of alle Europese regelgeving op zich ook een zodanige communautaire zegening is. De vracht aan verordeningen en richtlijnen die de afgelopen decennia over ons zijn uitgestort, doen ons soms met afgrijzen vervullen. Het lijkt wel of de Europese wetgever zich met alles bemoeit: van regels voor de kantelbeveiliging voor tractoren, regels voor de roodvleesbandkeuringen in de slachthuizen tot aan regels voor de bevordering van het interstatelijk handelsverkeer. U kunt wellicht hieruit mijn ambtelijke afkomst afleiden.

Gelukkig beschikt de Europese Commissie nu over een Eurocommissaris belast met het terugdringen van regelgeving in de persoon van de voormalige minister van Buitenlandse Zaken, drs F.C.G.M. Timmermans. Dat lijkt een hele opdracht.

Die Europese aanbestedingsregels hebben echter allemaal ten minste één ding gemeen: zij zijn gericht op het voorkomen van vormen van discriminatie naar nationaliteit. Dat kan alleen als je regels zodanig harmoniseert dat in alle landen van de Unie dezelfde uitgangspunten en waarborgen gelden. Dat is een voorwaarde voor een onbelemmerd en vrij handelsverkeer. Het gelijkheidsbeginsel, het transparantiebeginsel en het beginsel van proportionaliteit spelen daarin een centrale rol. Alleen onder dié voorwaarden kunnen burgers en de interne markt in een voldoende mate tegen - ongewenste - handelsbeperkingen worden beschermd. Dit alles vindt zijn basis in de zogenoemde vrij-

---

<sup>3</sup> Zie artikel 3, eerste lid, VEU.

verkeersbepalingen en de non-discriminatiebepalingen als genoemd in het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie.

Afgelopen februari heeft de Europese wetgever een drietal nieuwe aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld.<sup>4</sup> De Europese wetgever heeft het aanbestedingsrecht hoog in het vaandel staan. Het verstrekken van overheidsopdrachten is door de Europese Commissie zelfs aangemerkt als een van de twaalf ‘hefbomen’ voor een verdere totstandkoming en versterking van de interne markt.<sup>5</sup> In de huidige richtlijnen zijn de juridische instrumenten voor op een innovatiegericht aanbesteden nog nog beperkt.<sup>6</sup> In de nieuwe richtlijn voor de klassieke overheid zijn innovatie en professionaliteit tot centrale thema’s verheven. Innovatie en professionaliteit moeten een bijdrage leveren aan de Europa 2020-strategie voor een slimme, duurzame en inclusieve groei.<sup>7</sup>

### **Vereenvoudiging**

De Europese richtlijnen op het terrein van het aanbestedingsrecht volgen elkaar sinds de eerste richtlijn van 1971 met een steeds kortere doorlooptijd op. Tussen de eerste en de tweede richtlijn voor overheidsopdrachten op het terrein van werken zat een periode van 22 jaar. De periode tot de derde richtlijn - richtlijn 2004/18/EG - duurde nog maar elf jaar. Nu is er al weer een vierde generatie richtlijnen na een periode van nog geen tien jaar. Het is goed dat de Europese wetgever zoveel aandacht heeft voor het aanbestedingsrecht. Het is echter de vraag of deze frequentie van wijzigen van deze - toch al niet eenvoudige - regelgeving ten goede komt aan diegenen voor wie deze regelgeving feitelijk bedoeld is: de marktpartijen. Steeds de regels van het spel aanpassen, komt het naleven daarvan en de stabiliteit van regelgeving meestal niet ten goede.

Het gaat zelfs verder. Volgens het Europees Parlement vormt het aanbestedingsrecht een zodanig complex stelsel van regelgeving dat dit naar het oordeel van het parlement niet bijdraagt aan een efficiënte aanbestedingspraktijk. Een praktijk die volgens het Europees Parlement leidt tot risicomijdend gedrag, waarbij *‘juridische onduidelijkheden en dreigende juridische procedures’* voor alle betrokkenen beeldbepalend zijn geworden. *‘Er is bijna geen enkel gebied aan te wijzen waarop zoveel juridische geschillen zijn ontstaan als op het gebied van de openbare aanbesteding’*.<sup>8</sup> Deze resolutie van het Europees Parlement van mei 2010 - die eigenlijk beter als een ‘cahier de doléances’ kan worden aangemerkt<sup>9</sup> - is de opmaat geweest voor het afgelopen februari vastgestelde pakket van richtlijnen.

Als ik het speelveld goed overzie, zal het aanbestedingsrecht als geheel er niet eenvoudiger op worden. Aan enkele wensen van het Europese Parlement is door de Europese wetgever inderdaad gevolg gegeven. Zo heeft er een - weliswaar gedeeltelijke - codificatie van de Europese jurisprudentie plaatsgevonden. Ook een verduidelijking en vereenvoudiging van de bestaande procedures is deels doorgevoerd, maar echt eenvoudiger lijkt het er voor de aanbestedingspraktijk niet op te zijn geworden; zeker niet voor de marktpartijen.

Het is met het aanbestedingsrecht zelfs zo gesteld dat sommigen dit rechtsgebied een ‘mandarijnenwetenschap’ zijn gaan noemen.<sup>10</sup> Dat lijkt mij niet op te vatten als een compliment. Het geeft echter wel aan hoe complex de materie sinds de totstandkoming van de eerste aanbestedingsrichtlijn is geworden. Dat is ook te zien aan de aanbestedingspraktijk.

---

<sup>4</sup> Richtlijn 2014/24/EU voor de klassieke overheid, richtlijn 2014/25/EU voor de speciale sectoren en richtlijn 2014/26/EU voor concessieovereenkomsten.

<sup>5</sup> COM (2011) 206 def. van 13 april 2011.

<sup>6</sup> Apostol, A.R., ‘Pre-commercial procurement – regulatory effectiveness?’, diss. Leiden, 2014.

<sup>7</sup> Richtlijn 2014/24/EU.

<sup>8</sup> Resolutie 2009/2175(INI), PbEU 2010, C-161 E/38, p. 17.

<sup>9</sup> Vrij naar het systeem van klaagschriften uit het Frankrijk van 1789.

<sup>10</sup> Hart, G. ‘t, ‘Herziening van de richtlijnen: blijft aan deze nieuwe zakken het meel hangen?’, TA 2012, p. 126.

Het heeft er de schijn van dat het aanbestedingsrecht in de afgelopen jaren is verheven tot ‘kunst’ in plaats van een middel om een tijdelijke markt te creëren waar binnen concurrentie wordt uitgelokt. Het creëren van een dergelijke tijdelijke markt noemt men ook wel marktwerking.

### **Marktwerking**

Doel van de gewenste marktwerking is dat de aanbestedende dienst datgene verkrijgt wat hij uit de markt wil hebben tegen de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Dat laatste noemt men in de praktijk de ‘economisch meest voordelige inschrijving’. Bij een aanbesteding moet er dus een ‘ad hoc-markt’ ontstaan waarbinnen die marktwerking plaatsvindt.

Wil er sprake kunnen zijn van een reële marktwerking, dan moet deze eerlijk zijn. De marktwerking kan daarbij zowel door de markt als door de overheid negatief worden beïnvloed.<sup>11</sup>

Door overheidsdiensten kan dit negatief worden beïnvloed door het stellen van zodanige eisen dat deze in het licht van de opdracht niet redelijk of noodzakelijk zijn. Dat leidt er toe dat een deel van de markt niet meer kan of wil inrijven.<sup>12</sup> Dat worden disproportionele eisen genoemd. Het stellen van dergelijke eisen is aanbestedingsrechtelijk niet toegestaan. Het stellen van onnodige en disproportionele eisen heeft immers een onnodige markt beperkende invloed; maar dat begreep u al. Veelal zal het stellen van dergelijke disproportionele eisen niet te wijten zijn aan kwaadwilligheid of boos opzet, maar meer aan een gebrek aan professionaliteit.

Marktwerking kan echter ook worden beperkt door een handelen van marktpartijen.

De handelwijze van aannemers bij aanbestedingen in de bouw heeft aangetoond dat dergelijke de mededinging beperkende handelingen en afspraken een aanbestedingsprocedure tot een fictie maken.<sup>13</sup> Dit is nu al weer ruim tien jaar geleden uitgebreid gedocumenteerd in het eindrapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid. Vooroverleg en het maken van onderlinge prijsafspraken horen niet bij een zuiver aanbestedingsrechtelijk kader.

Ook het ‘smeren en fêteren’ van ambtenaren bevorderde een eerlijke marktwerking bepaaldelijk niet. In de meeste gevallen was er sprake van strijdigheid met de mededingingsregelgeving of zelfs van een zodanig handelen dat deze activiteiten voldeden aan de vereisten die gelden voor het zijn van een criminele organisatie. De enquêtecommissie oordeelde dat de overheid niet langer zaken moest doen met niet-integere marktpartijen. De conclusie van de enquêtecommissie dat er een ‘nieuwe zakelijkheid’ moest komen met een ‘gepaste afstand tussen markt en overheid’, lag dan ook voor de hand.<sup>14</sup>

De vraag is dan wat een zodanige gepaste afstand eigenlijk is. Bij onder meer Rijkswaterstaat werd er in de tijd daarna een zodanige afstand gecreëerd dat ambtenaren alleen nog maar met zijn tweeën potentiële opdrachtnemers te woord mochten staan. Dat werd een feitelijk onwerkbare situatie. In dergelijke omstandigheden slaat de overheid in zijn gedrag dan door. De voortgang van de werkzaamheden wordt dan vertraagd en in sommige gevallen zullen ambtenaren dan in een (juridische) lethargie geraken. Gelukkig maakt de tijd veel zaken zachter en normaliseert uiteindelijk alles weer.

Dat het ‘corruptiemonster’ bij aanbestedingen steeds op de loer ligt, bleek recentelijk weer uit de uitzending van het programma Zembla van 2 oktober 2014. In dit programma werd zeer belastende informatie over ICT-bedrijven getoond met betrekking tot het doorspelen van commercieel vertrouwelijke en aanbestedingsrechtelijk relevante informatie. Ook de aanbesteding van politievoertuigen is blijkbaar niet

<sup>11</sup> ‘Juridische aspecten van aanbesteding, mededinging en contractering in de bouwnijverheid’, *Kamerstukken II 2002-2003*, 28 244, nr. 11, p. 13.

<sup>12</sup> Van Romburgh, H.D., ‘Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland’, a.w., p. 11.

<sup>13</sup> ‘De bouw uit de schaduw’, Eindrapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid, *Kamerstukken II 2002-2003*, 28 244, nrs. 5-6.

<sup>14</sup> ‘De bouw uit de schaduw’, a.w., p. 305.

rimpelloos verlopen getuige de aandacht hiervoor in pers en politiek, alsmede de schorsing van daarbij betrokken personen. Of dit ook daadwerkelijk kan leiden tot de conclusie dat er sprake was van de mededinging beperkende – of zelfs van strafrechtelijke – gedragingen, zal nog door de daarvoor verantwoordelijke autoriteiten moeten worden vastgesteld maar de schijn daarvoor is er echter wel.<sup>15</sup>

Dergelijke gedragingen zijn – als deze inderdaad bewaarheid worden – niet te rijmen met een eerlijke mededinging en maken daarmee aanbestedingsprocedures in feite illusoir. Het betreft hier echter geen tekortkomingen in de aanbestedingsregelgeving zelf, maar zit hem veel meer in een gebrek aan loyaliteit en integriteit en frustreren het aanbestedingsproces als zodanig.

Een willens en wetens inschrijven in strijd met de marktordeningsregels door een telecombedrijf op een aanbesteding door de Staat, kan een aanbestedingsprocedure ernstig ontregelen.

Ook in het geval dat dit marktdeviante gedrag pas uitkomt ruim ná het verzenden van de mededeling van het voornemen tot gunning, mag de aanbestedende dienst de inschrijver naar het oordeel van de Hoge Raad - kort gezegd - niet zonder meer alsnog uitsluiten; ook niet op basis van nieuwe gronden. Dat zou naar het oordeel van de Hoge Raad, blijkens de Memorie van Toelichting op het wetsvoorstel Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (WIRA), in strijd zijn met de ‘wil’ van de wetgever.<sup>16</sup> De vraag is of de wetgever ooit over dit soort omstandigheden heeft nagedacht. De vraag stellen, is veelal hem ook beantwoorden.

*‘Een uitzondering kan echter gerechtvaardigd zijn in het geval van door de aanbestedende dienst aannemelijk te maken bijzondere redenen of omstandigheden’*, voegt de Hoge Raad gelukkig nog aan zijn overwegingen toe.<sup>17</sup> Misschien kan de rechtspraak met deze ‘escape’ nog uit de voeten.

Laat ik nog een ander voorbeeld van een negatieve beïnvloeding van de markt geven.

Strategisch inschrijven mag, manipulatief inschrijven mag niet. Maar wat is het verschil? Marktpartijen die manipulatief hebben ingeschreven, roepen vaak dat hun inschrijving strategisch van aard is, maar door hun wijze van inschrijven doorkruisen - of beter frustreren - zij de beoordelingssystematiek van de inschrijver. Zij zoeken de randen van het speelveld zodanig op, dat zij daarmee geheel over de zijlijn zijn heen gegaan. In dergelijke gevallen is de bal uit. Om het maar even in hockeytermen te zeggen.

Van een manipulatieve inschrijving is naar het oordeel van de rechter sprake *‘... wanneer - als gevolg van miskennen door de inschrijver van bepaalde aannames van de aanbestedende dienst - de beoordelingssystematiek zo wordt gemanipuleerd dat het daarmee beoogde doel wordt verstoord, zoals het innemen van een realistische positie’*.<sup>18</sup> In een andere uitspraak oordeelde de rechter dat *‘een bijkomende consequentie van de wijze waarop [de inschrijver] heeft geoffreerd is dat zij, mogelijk onbedoeld, de uitkomst van de aanbesteding heeft gemanipuleerd’*.<sup>19</sup>

U ziet hoe complex het aanbestedingsrecht inmiddels is geworden en welke bedreigingen er bestaan voor een daadwerkelijke en reële marktwerking. Dit maakt een korte reis vanaf het ontstaan van de regels voor het verstrekken van overheidsopdrachten wel zo interessant.

### **Ontstaansgeschiedenis in vogelvlucht**

Het Europese aanbestedingsrecht in eigenlijke zin is feitelijk ontstaan met de - eerder genoemde - richtlijn voor werken in 1971.<sup>20</sup> Dat was met de ogen van nu gezien een gedenkwaardig moment. Al ras kwam er in

<sup>15</sup> Brief van de minister voor Wonen en Rijksdienst van 27 oktober 2014 betreffende de beantwoording van Kamervragen van het lid Gesthuizen.

<sup>16</sup> *Kamerstukken II* 2008-2009, 32 027, nr. 3, p. 7 en 18.

<sup>17</sup> HR 7 december 2012, Tele2/KPN, ECLI:NL:HR:2012:BW9231, r.o. 3.14.

<sup>18</sup> V.zr. Rotterdam 2 augustus 2012, Mediacyber/Gemeente Rotterdam, ECLI:NL:RBROT:2012:BX3795, r.o. 4.10.

<sup>19</sup> V.zr. Den Haag 29 oktober 2013, Douwe Egberts Professional Netherlands/Staat, ECLI:NL:RBDHA:2013:16423, r.o. 4.2.

<sup>20</sup> Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971, PbEG 1971, L 185.

1976 ook een richtlijn voor leveringen.<sup>21</sup> In het in 1985 verschenen - zogenoemde - Witboek vroeg de Europese Commissie opnieuw aandacht voor het aanbestedingsrecht. Er werden voorstellen gedaan voor het aanscherpen van de richtlijnen en het verbeteren van het toezicht op de naleving.<sup>22</sup> De bestaande richtlijnen zouden onder meer moeten worden herzien. Dit alles heeft geleid tot een viertal nieuwe richtlijnen waardoor ook overheidsopdrachten voor dienstverlening en opdrachten voor de nutssectoren onder het aanbestedingsregiem zouden worden gebracht.<sup>23</sup>

Daarnaast werden er ook twee rechtsbeschermingsrichtlijnen vastgesteld.<sup>24</sup> Op basis van deze laatste richtlijnen werden de lidstaten gedwongen zodanige voorzieningen te treffen dat marktpartijen op een snelle en doeltreffende wijze toegang tot de rechter zouden kunnen krijgen. Een snelle en doeltreffende rechtsbescherming wordt als het 'nuttig effect' van de rechtsbescherming aangemerkt. Bij de uitleg van Europese wetgeving staat dat 'nuttig effect' centraal. Voor Nederland bestond deze directe toegang tot de voorzieningenrechter al, zodat een formele implementatie van de richtlijnen - toen nog - achterwege kon blijven.

Daarmee was er - althans in theorie - een alles overdekkend en fijnmazig stelsel van Europese regels voor het verstrekken van overheidsopdrachten tot stand gekomen.

Ik maak nu een kleine sprong in de tijd.

Op 10 mei 2000 verschenen er voorstellen voor een nieuw pakket van richtlijnen. Doelstelling van de richtlijnvoorstellen was er voornamelijk in gelegen om te komen tot een flexibilisering, modernisering, vereenvoudiging en verduidelijking van regels. Dit heeft uiteindelijk geleid tot een akkoord tussen de Raad, het Europees Parlement en de Europese Commissie waardoor er op 30 april 2004 twee nieuwe richtlijnen het licht zagen.<sup>25</sup>

Europese richtlijnen moeten worden vastgelegd in regels van nationaal recht. Er bestaat echter geen noodzaak tot een materiële omzetting. In Nederland hebben wij bij het aanbestedingsrecht lang volstaan met een één-op-één-verwijzingswetgeving.<sup>26</sup> Daar is vanuit Europeesrechtelijk perspectief ook niets tegen. Het is een charmante, maar een niet echt effectieve vorm van omzetting. Bij de verwijzingsmethode neemt men immers ook de onduidelijkheden, de vaagheden en de dubbelheden van de richtlijnen over.<sup>27</sup> Het omzetten van de aanbestedingsregelgeving naar vormen van zuiver Nederlands recht leek aanvankelijk een brug te ver te zijn.

### **Een nieuwe aanbestedingswet**

De nationale implementatie van de Europese aanbestedingsregels vormde destijds in Nederland een ware lappendeken. Het stelsel van regels was verwarrend en niet overzichtelijk. Dat is geen te ambiëren situatie. Dat was ook de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid opgevallen. De enquêtecommissie vond het dan ook tijd voor een schoon schip. Zij riep op om te komen tot één coherent, wettelijk verankerd stelsel van regels voor overheidsopdrachten. Dit samen met de totstandkoming van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG vormde de opmaat voor het opstellen van een op 23 maart 2006 ingediend voorstel voor een nieuwe aanbestedingswet.<sup>28</sup> De Raad van State had ernstige kritiek op dit eerste wetsvoorstel.<sup>29</sup> De wetgever hoorde deze kritiek wel, maar luisterde niet.

---

<sup>21</sup> Richtlijn 77/62/EEG van de Raad van 21 december 1976, PbEG 1977, L 13.

<sup>22</sup> COM (85) 310 def.

<sup>23</sup> Het betreft hier de richtlijnen 92/50/EG, 93/36/EG, 93/37/EG en 93/38/EG.

<sup>24</sup> Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EG, later gewijzigd door richtlijn 2007/66/EG.

<sup>25</sup> Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG.

<sup>26</sup> Manunza, E.R., 'Enkele problemen bij de toepassing van het Europees aanbestedingsrecht in de Nederlandse (rechts)praktijk', SEW, Tijdschrift voor Europees en economisch recht, jaargang 52, februari 2004, p. 60, noemde dit de 'directe verwijzingsmethode'.

<sup>27</sup> Van Romburgh, H.D., 'Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland', a.w., p. 62.

<sup>28</sup> *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 501, nrs. 1-2.

<sup>29</sup> *Kamerstukken II* 2005-2006, 30 501, nr. 4.

Het komt niet vaak voor dat de Eerste Kamer zich zo uitgesproken kritisch uitlaat over een voorstel van wet als in het onderhavig geval. Het voorlopig verslag sluit af met een passage, die ik u niet wil onthouden: *'Het komt haar voor dat het voorliggende wetsvoorstel de kennelijke urgente professionalisering van de aanbesteding op bovengenoemde punten op geen enkele wijze ondersteunt, noch afdwingt'*.<sup>30</sup> Daarmee sloeg de Eerste Kamer de spijker op de kop. Het gaat bij inkopen en daarmee bij aanbesteden om de 'professionalisering' van de inkoopfunctie. Daar is de wetgever geheel aan voorbij gegaan. Dat bedoelde ik hiervoor met de opmerking dat de grote aandacht voor het aanbestedingsrecht zijn feitelijke doel weleens voorbij zou kunnen schieten.

### **Geen raamwetgeving meer**

De Eerste Kamer was ook de mening toegedaan dat *'Het rechtstaatbeginsel eist dat ingrepen van de overheid waar ze een dwingend karakter hebben, rechtstreeks of onmiddellijk op een formele wet berusten'*.<sup>31</sup> De Eerste Kamer stelde zich daarmee uitdrukkelijk op het standpunt dat een nieuwe raamwet met daaronder hangende algemene maatregelen van bestuur - zoals tot dan bij de aanbestedingsregelgeving gebruikelijk - niet langer een optie was. Zij verwierp met grote meerderheid het wetsvoorstel.

Regels moeten voor alle betrokken partijen helder en ondubbelzinnig zijn. Het gaat er om dat wetgeving door de geadresseerden begrepen moet kunnen worden. Wetgeving moet voor een ieder kenbaar zijn.<sup>32</sup> Partijen moeten een helder beeld hebben van hun rechten en plichten en daarbij niet steeds van de ene naar de andere regeling moeten schakelen voordat zij er achter komen wat de wetgever nu eigenlijk van hen verwacht.<sup>33</sup> Hebly verwoordde het zo: *'Vanaf artikel 1 dient een wet - bij wijze van spreken - als een spannend jongensboek de lezer te leiden door het woud van regels.'*<sup>34</sup> Daaraan schortte het in de voorgaande aanbestedingsregelgeving. Maar ook in de huidige wetgeving mis ik overigens nog veel elementen die horen in een spannend jongensboek. Wellicht is dat een illusie.

### **Aanbestedingswet 2012**

Na het verwerpen van het eerste wetsvoorstel door de Eerste Kamer heeft de wetgever in de huidige Aanbestedingswet 2012 voor een andere structuur gekozen.<sup>35</sup> Nu is alle regelgeving omgezet naar daadwerkelijk echt Nederlandse regelgeving. Daarin is de wetgever meer dan te prijzen. De nieuwe wet ligt voor het overgrote deel in lijn met hetgeen de Enquêtecommissie Bouwnijverheid destijds heeft aanbevolen.

De wetgever beoogt in deze nieuwe wet het wettelijk kader zo beperkt mogelijk te houden en de overige gewenste elementen te regelen in zogenoemd flankerend beleid. Zij heeft duidelijk rekening willen houden met het beperken van de lasten voor de marktpartijen. Daar lijkt de wetgever behoorlijk in te slagen. De verwachting is dan ook - nu veel zaken gemeenschappelijke kenmerken vertonen met de uit de natuurkunde bekende communicerende vaten - dat deze lasten aan overheidszijde zullen toenemen. Dat kan echter nu nog niet empirisch worden vastgesteld. Dit zal bij de evaluatie van de wet wel aan de orde komen.

De Aanbestedingswet 2012, zoals deze per 1 april 2013 in werking is getreden, heeft de ongewenste lappendeken niet weggenomen. De hoop van de Tweede Kamer was destijds gevestigd op één wet.<sup>36</sup> Er

<sup>30</sup> Kamerstukken I 2006-2007, 30 501, B, p. 3.

<sup>31</sup> Kamerstukken I 2006-2007, 30 501, B, p. 1.

<sup>32</sup> Van Romburgh, H.D., 'Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland', a.w., p. 95.

<sup>33</sup> Van Romburgh, H.D., 'Hoe een eerbiedwaardig instituut het aanbesteden op de kaart heeft gezet!', in: *'Honderd jaar Raad van Arbitrage voor de bouw 1907-2007'*, M.A.B. Chao-Duivis (red.), Den Haag: IBR 2007, p. 274.

<sup>34</sup> Hebly, J.M., 'Nieuwe zakelijkheid in het aanbestedingsrecht', in: E.H. Pijnacker Hordijk en J.M. Hebly, *'Naar nieuwe vraag- en aanbodverhoudingen in de bouw'*, preadvies Vereniging voor Bouwrecht, Publicatie van de Vereniging voor Bouwrecht nr. 31, Alphen aan de Rijn Kluwer 2003, p. 94.

<sup>35</sup> Aanbestedingswet 2012, *Stb.* 2012, 542.

<sup>36</sup> 'De bouw uit de schaduw', Eindrapport van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid, a.w., p. 298.



zijn nu een Aanbestedingswet 2012, een Aanbestedingsbesluit,<sup>37</sup> een Aanbestedingsreglement voor werken 2012 (ARW 2012), een model-‘eigen verklaring aanbesteden’, een Gids Proportionaliteit en als flankerend beleid ‘Richtsnoeren voor Leveringen en Diensten’. Het is daarmee weer een totaalpakket van diverse samenhangende regelingen geworden; een nieuwe lappendeken.

De Aanbestedingswet 2012 zelf is overzichtelijk voor wat betreft de opbouw, maar voorwaar niet eenvoudig te hanteren. Zo tracht de Aanbestedingswet 2012 wel invulling te geven aan de praktijk van alle dag, maar slaagt daar maar ten dele in. Deels komt de wetgever hieraan tegemoet door het instellen van een laagdrempelige regeling voor klachtafhandeling.<sup>38</sup>

### **Ernstige beroepsfout**

Ik zal u nog een voorbeeld van de complexiteit van deze regelgeving geven.

In artikel 2.87 van de Aanbestedingswet 2012 worden een aantal uit de Europese richtlijn overgenomen zogenaamde ‘facultatieve uitsluitingsgronden’ genoemd. Deze uitsluitingsgronden zijn echter niet zo facultatief als men zou denken. De aanbestedende dienst is alleen voorafgaand aan de procedure vrij in de keuze welke uitsluitingsgronden hij in dié procedure wil toepassen. Indien tijdens het verloop van een procedure blijkt dat één van de voor die procedure toegepaste uitsluitingsgronden zich bij een partij voordoet, dan kan de aanbestedende dienst niets anders doen dan deze partij uitsluiten. Anders zou dat neer komen op een schending van het gelijkheidsbeginsel.

Het uitsluiten op één van deze uitsluitingsgronden heeft niet alleen consequenties voor die ene specifieke aanbesteding, maar mogelijk ook voor andere (volgende) aanbestedingen. De gevolgen kunnen voor een marktpartij daarom verstrekkend zijn.

Nu deed zich de volgende situatie voor. Een aanbestedende dienst had in zijn programma van eisen als wens opgenomen, dat inschrijvers met een aansprekend, vernieuwend idee zouden komen met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst. Daarmee zouden relatief veel punten kunnen worden behaald.

Eén van de inschrijvers komt inderdaad met een dergelijk verfrissend en aansprekend idee. Hij heeft niet de laagste inschrijfprijs, maar blijkt mede door zijn behaalde punten voor het uitgewerkte idee wel de economisch meest voordelige inschrijving te hebben gedaan. Hij is daarmee de winnaar van de aanbesteding. Op grond van de desbetreffende CAO dient het met de uitvoering van de dienstverlening belaste personeel door de opvolgende dienstverlener te worden overgenomen. De verkrijgende en de zittende partij moeten daarover in overleg treden.

Nog voor het ondertekenen van de overeenkomst stelt de winnende partij aan de aanbestedende dienst voor de implementatie van het ‘verfrissende idee’ achterwege te laten. De aanbestedende dienst gaat hiermee niet akkoord. Dat zou niet eerlijk zijn naar de andere inschrijvers en daarmee niet in overeenstemming zijn met het gelijkheidsbeginsel.

Op een gegeven moment meldt de winnende partij dat zij in de inschrijving een ernstige rekenfout heeft gemaakt. Nakoming zou leiden tot een – naar haar oordeel - zodanig nadelige kostenpost dat zij daarop een enorm verlies zou leiden. Daarom deelt zij plompverloren aan de aanbestedende dienst mee dat zij de gesloten overeenkomst niet zal na komen. Zij doet de aanbestedende dienst daarbij twee oplossingsrichtingen aan de hand. Of direct van de overeenkomst afzien of de dienstverlening op het beoogde tijdstip tijdelijk in te laten gaan, gevolgd door een directe start van een nieuwe aanbesteding door de aanbestedende dienst. Beide oplossingsrichtingen komen voor de aanbestedende diensten op hetzelfde neer: de inschrijver wil zijn inschrijving niet langer gestand doen.

De aanbestedende dienst aanvaardt het gedane voorstel niet. Hij stelt zich op het standpunt dat dit een van de meest vergaande en ernstigste vormen van wanprestatie is. Het vertrouwen in deze marktpartij is

<sup>37</sup> Besluit van 11 februari 2013, *Stb.* 2013, 58.

<sup>38</sup> *Kamerstukken II* 2010-2011, 32 440, nr. 9, punt 5.

hierdoor volledig verdwenen. Nu duidelijk is dat het vorderen van nakoming geen enkele zin heeft, wordt de overeenkomst ontbonden. De marktpartij wordt aansprakelijk gesteld voor alle eventueel te lijden schade. Dit deelt de aanbestedende dienst aan de marktpartij mee.

De aanbestedende dienst deelt voorts aan de marktpartij mee dat hij het handelen van de marktpartij van een zodanige aard acht, dat hij dit aanmerkt als een ‘ernstige beroepsfout’.

Het leerstuk van de ‘ernstige beroepsfout’ is een lastig en een nog vrijwel onontgonnen terrein.

De Gids Proportionaliteit stelt dat aanbestedende diensten deze uitsluitingsgrond slechts onder zeer restrictieve omstandigheden mogen toepassen.<sup>39</sup> Dat is niet onbegrijpelijk. Ten tijde van het schrijven van de Gids was het begrip nog nauwelijks ingevuld. Ook na de bouwfraude heeft men lang met dit leerstuk geworsteld. Zonder dat dit heeft geleid tot een vast omschreven uitleg.

Het Europese Hof van Justitie heeft in het arrest Forposta geoordeeld dat het begrip “ernstige beroepsfout” gewoonlijk ziet op een gedrag dat wijst op kwaad opzet of nalatigheid van een zekere ernst van de marktdeelnemer. *‘Elke onjuiste, onnauwkeurige of gebrekkige uitvoering van een overeenkomst of een deel ervan kan derhalve eventueel wijzen op een beperkte vakbekwaamheid van de betrokken marktdeelnemer, maar staat niet automatisch gelijk met een ernstige fout.’*<sup>40</sup> Het vaststellen van een dergelijke fout kan volgens het Hof alleen plaatsvinden op basis van een individuele beoordeling.<sup>41</sup> Ook in onze casus heeft de rechter het niet aangedurfd om een ‘ernstige beroepsfout’ aan te nemen.<sup>42</sup> Een bewust inschrijven in strijd met de (regels voor de) eerlijke mededinging zou in aanbestedingsrechtelijke zin ook kunnen worden aangemerkt als een ernstige beroepsfout.<sup>43</sup> Het is inderdaad erg complex, glibberig en de consequenties kunnen voor de marktpartij enorm zijn.

### **Niet alles willen regelen**

Terug naar onze casus. De casus lijkt goed te passen in de uitspraak van het Europese Hof. Er is sprake van een door een professionele marktpartij in zijn inschrijving gemaakte ernstige fout, dat deze zijn inschrijving niet langer gestand wil (en kan) doen. Dat vindt plaats op een voor de aanbestedende dienst - in verband met het aflopen van de lopende overeenkomst - zodanig kritiek moment dat hij noodzakelijke maatregelen moet nemen om ernstige schade in zijn bedrijfsvoering te beperken.

Het willens en wetens niet willen nakomen van een overeenkomst is maatschappelijk aan te merken als een handelen dat een marktpartij niet langer als betrouwbaar kan worden aangemerkt. Het beroep op de ‘ernstige beroepsfout’ lijkt daarmee goed verdedigbaar. De nationale wetgever weet echter niet echt wat zij hiermee aan moet.

Een nationale wetgever kan - en moet - dit soort Europees-rechtelijke begrippen ook niet willen vastleggen of uitleggen. Het Hof van Justitie heeft immers bij de uitleg van dit soort begrippen altijd het laatste woord.

De nationale wetgever kan weliswaar vanuit politieke overwegingen een ‘kop’ op de Europese regelgeving willen zetten, maar kan dan wel tegen een aantal - ook Europeesrechtelijke - risico’s aan lopen. Zo besteedt de Aanbestedingswet 2012 veel aandacht aan het begrip ‘proportionaliteit’. Het is in de Aanbestedingswet 2012 een leidende factor geworden. Het is als een ‘rode draad’ door het gehele systeem van aanbesteden geworden. Dat is op zich zeer verdedigbaar maar door het systeem zo dicht te rijgen, kan dit ook tot negatieve effecten leiden. Daarnaast zal de uitleg van wat proportioneel is en wat niet toch altijd aan de rechter zijn voorbehouden.

---

<sup>39</sup> Gids Proportionaliteit, p. 31.

<sup>40</sup> HvJ EU van 13 december 2012, zaak C-465/11, Forposta, n.n.g., r.o. 30.

<sup>41</sup> Ibidem, r.o. 31.

<sup>42</sup> V.zr. Den Haag 18 februari 2014, Sodexo/Staat, ECLI:NL:RBDHA:2014:3338.

<sup>43</sup> Hof Den Haag 25 juni 2013, ZCN/BAR-gemeenten, ECLI:NL:GHDHA:2013:2081.

Met het bovenstaande heb ik getracht de complexiteit en het casuïstische karakter van de regelgeving aan te geven. Dit maakt duidelijk dat de wetgever niet alles kan en moet willen regelen. De theorie kan veel verzinnen, maar de praktijk is vaak veel weerbarstiger. Juist die weerbarstige omstandigheden zullen bij de rechter terecht komen. Die zal er zijn oordeel over moeten vellen. Dat heet rechtsvorming.

De nationale wetgever kan daarom veel willen regelen en soms ook politieke statements willen maken, maar moet daarbij steeds bedenken dat hij de uitvoeringspraktijk niet te zwaar moet belasten. Door heel veel te willen regelen, als bijvoorbeeld in de Aanbestedingswet 2012 en de daarom heen gecreëerde regelgeving, doet de wetgever dit nu juist wel. Dat kan voor de uitvoeringspraktijk belemmerend werken en zelfs innovatie beperken. Dat beschouw ik als een gemiste kans.

### **Van proportionaliteit naar professionaliteit**

De Gids Proportionaliteit die eerst was bedoeld als een handreiking naar betrokken partijen, werd na politieke druk vanuit de Tweede Kamer omgezet naar dwingende regelgeving. Met meer eisen ten aanzien van proportionaliteit zou het bedrijfsleven en in het bijzonder het midden- en kleinbedrijf meer kansen hebben op het verkrijgen van overheidsopdrachten, zo was de gedachte.

Wij zijn nu ruim anderhalf jaar na het in werking treden van de Aanbestedingswet 2012. Harde aanwijzingen dat deze aangescherpte regels hebben geleid tot positieve effecten op de inkoopfunctie zijn er op de voorhand niet. Dat zal verder onderzoek moeten uitwijzen. Wordt de markt met een zodanig stelsel van wet- en regelgeving wel zodanig bediend als zij verwachtte?

In dit kader ontstaat de vraag of het wel verstandig is zo veel rond proportionaliteit in wet- en regelgeving vast te leggen? Is de wetgever niet te ver gegaan met zoveel aandacht daaraan te besteden? Ik ben van mening dat het beter zou zijn een oordeel over wat wel en wat niet proportioneel is bij de rechter te laten.

Een aanbestedingswet is geen panacee voor een betere overheidsinkoop.<sup>44</sup> Een wetgever is ook niet in staat een alles regulerend stelsel van wetgeving op dit terrein te introduceren. Daardoor zou de overheid te veel beperkt worden in haar mogelijkheden voor innovatie en om professioneel in kopen. De wetgever moet zich naar mijn oordeel beperken tot een strak op hoofdlijnen geformuleerd wettelijk kader. Een kader dat wellicht wordt aangevuld met een aantal adviserende leidraden. Een kader dat verder aanstuurt op professionaliteit van alle bij de daadwerkelijke inkoop van overheidsopdrachten betrokkenen. Veel meer moet de aandacht worden gericht op het 'spannende jongensboek' van Hebly.<sup>45</sup>

Er moet meer gestuurd worden op professionalisering van de inkoopfunctie dan op de regels voor aanbesteden. Een professionele inkoper of aanbestedingsjurist weet heel goed wanneer hij wel of niet proportioneel opereert. De uiteindelijke toets daarvoor ligt bij de rechter. Die rechter - of de door de minister ingestelde Commissie van aanbestedingsexperts als men een klachtafhandeling meer laagdrempelig wil insteken - kan dat heel goed beoordelen. Recent werd duidelijk dat ook bij de Europese Commissie een voorzichtige verschuiving van haar visie op het verstrekken van overheidsopdrachten te zien is. Deze koerswijziging lijkt hem vooral te zitten in meer aandacht voor professionaliteit en innovatie. U begrijpt dat ik een dergelijke koerswijziging van harte toejuich.

Een professionele inkoper zal vanuit zijn vakmanschap goed kunnen beoordelen welke eisen en wensen in een redelijke verhouding staan tot hetgeen zij van de markt willen betrekken. Overschrijden zij het 'redelijke', dan is er altijd nog de rechter om dat alsnog in goede banen te leiden. Professionalisering zorgt ook dat ruimte in de regelgeving kan worden gezocht om innovatiegericht aan te besteden. Juist het ontbreken van onvoldoende professionaliteit kan aanleiding zijn voor een vergaand risicomijdend en alles

---

<sup>44</sup> 'Juridische aspecten van aanbesteding, mededinging en contractering in de bouwnijverheid', a.w., p. 162 en Van Romburgh, H.D., 'Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland', a.w., p. 399.

<sup>45</sup> Hebly, J.M., 'Nieuwe zakelijkheid in het aanbestedingsrecht', a.w., p. 94.

indekkend gedrag waardoor er zodanige eisen aan marktpartijen worden gesteld dat deze als disproportioneel moeten worden aangemerkt.

Om deze professionaliteit te kunnen borgen, zou certificering van aanbestedende diensten te overwegen zijn. Certificering komt in vele beroepsgroepen voor. Het geeft in ieder geval een (rechts)vermoeden aan van een ‘geborgde professionaliteit’ en een streven naar een grotere professionele volwassenheid. Het straalt in een zekere zin een vertrouwen uit van ‘het zit hier wel goed’. Het biedt geen garantie dat iedere aanbesteding rimpelloos verloopt, maar een verlies van een certificering is wel een belangrijke stok achter de deur. De rijksoverheid zou een dergelijke certificering moeten ondersteunen door het stellen van een ondergrens, door het aanwijzen van certificerende instellingen en door deze certificering te faciliteren. Een gecertificeerde ‘inkooporganisatie’ zal zoveel kennis en ervaring in huis moeten hebben dat dit leidt tot een professioneel handelen bij het verstrekken van overheidsopdrachten en een disproportioneel handelen als gevolg van ‘onkunde’ minimaliseert.

Een verdere ontwikkeling van de professionalisering van de inkoopfunctie moet overigens niet alleen gericht zijn op de ‘inkopers’ bij de overheid, maar ook op de ‘inschrijvers’; de marktpartijen dus. Dat zou het aantal ‘gebrekkige inschrijvingen’ aanmerkelijk - en daarmee de onnodige lasten bij de aanbestedende diensten en de rechterlijke macht - kunnen reduceren.

*Mijnheer de Rector Magnificus, ik kom tot een afronding.*

Ik heb gesproken over marktwerking in relatie tot de aanbestedingsregelgeving. Anders dan de wetgever in zijn huidige beleid doet blijken, kom ik tot de conclusie dat de wetgever niet moet streven naar een verdere uitwerking van de Europese regelgeving in nationale wetgeving. Dat past ook niet in het Europeesrechtelijk karakter van deze regelgeving. Daarbij heeft het Europese Hof van Justitie in de uitleg immers altijd het laatste woord. Dat er thans eindelijk een echt Nederlands nationaalrechtelijk wetgevend kader ligt, is overigens niet anders dan te prijzen.

Van veel groter belang acht ik het dat wij onze aandacht verschuiven van de inhoud van de regelgeving naar een professionalisering van de inkoopfunctie. Dat zou mogelijk kunnen leiden tot een vermindering van de opgetreden juridisering van de inkoopfunctie. Deze leidt immers tot een veel te grote aandacht voor het juridische kader. Het beperkt het zicht waar het bij het verstrekken van overheidsopdrachten echt om gaat. Bij die professionalisering zou voor wat mij betreft ook een stevige vorm van certificering horen.

Een professionalisering van de inkoopfunctie zal de aanjager moeten zijn voor inkoop binnen de overheid die niet alleen gericht is op rechtmatigheid – waarop nu de primaire focus ligt – maar ook op doelmatigheid.<sup>46</sup>

Als titel voor mijn oratie heb ik een oude rechtsregel uit het privaatrecht genomen: ‘Quod non est in actis non est in mundo’. Vrij vertaald: ‘Alles wat niet in de geschriften staat, bestaat niet.’ Vandaag heb ik een pleidooi gehouden om in het aanbestedingsrecht de aandacht te verschuiven van de ‘starre regels’ naar een streven naar professionaliteit in de aanbestedingspraktijk.

Het is nu gezegd – en geschreven - en daarmee bestaat het.

Ik wil bij mijn onderwijs en onderzoek bijzondere aandacht besteden aan het Europeesrechtelijk perspectief van het aanbestedingsrecht. Waarbij het onder meer gaat om de bescherming van de markt en van de Europese burger.<sup>47</sup> Die bescherming wordt voor een belangrijk deel bevorderd door de professionaliteit van

---

<sup>46</sup> Zie ook G.W.A. van de Meent, ‘Doelmatig aanbesteden is rechtvaardig aanbesteden’, in: G.W.A. van de Meent en J.J.A.M. Reijnen (red.), ‘Aanbestedend inkopen: succes verzekerd’, Den Haag: Sdu uitgevers 2010, p. 51-58.

<sup>47</sup> Zie ook artikel 19 VEU.

de in de markt acterende partijen. Maar ook door een adequate rechtsbescherming die voor een belangrijk deel wordt begeleid door de elementen ‘snelheid’ en ‘doeltreffendheid’.<sup>48</sup> Twee elementen die samen het ‘nuttig effect’ bepalen van de rechtsbescherming.<sup>49</sup>

Bij de aandacht voor de bescherming van markt en burgers zal ik mij echter niet beperken tot de Europese beginselen en uitgangspunten. Ik zal deze met stevige scheerlijnen en tentharingen verankeren aan het Nederlandse recht. Daarmee kan de verbinding met de dagelijkse aanbestedingspraktijk worden geborgd. Dat bevestigt dat het nationale recht als ankerplaats voor de Europese rechtsvorming voor de rechtspraktijk onontbeerlijk is.<sup>50</sup>

## Slotwoord

*Mijnheer de Rector Magnificus,  
Leden van het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht,  
Dames en heren bestuurders van deze universiteit,*

Het aanbestedingsrecht is een rechtsgebied in ontwikkeling. Het is geen schone slaapster meer, maar een heuse stralende en trotse prinses geworden.

Ik dank u allen dat u met gezamenlijke inspanning met het vestigen van deze leerstoel hebt willen laten zien dat het aanbestedingsrecht ook aan deze universiteit zijn plaats heeft gevonden.

Graag zeg ik dank aan het bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, en in het bijzonder de inspanning van collega Gormley, voor het willen vestigen van deze bijzondere leerstoel. Ik zal mij dan ook die inspanningen getroosten om deze leerstoel die waarde en betekenis te geven die deze verdient.

*Hooggeleerde Gormley, waarde Laurence, Hooggeleerde Wedekind, waarde Wil,*

U beiden bent mijn leermeester geweest op het terrein van het aanbestedingsrecht. Uw liefde en enthousiasme voor het vak, de vele gezamenlijke bestuursvergaderingen, de vele anekdotes, maar ook de soms bijna chirurgisch verwoorde kritiek op de aanbestedingspraktijk werkten op mij aanstekelijk.

Toen ik na mijn terugkeer uit de ambtelijke staf van de Enquêtecommissie Bouwnijverheid in wat men noemt een ‘zwart gat’ viel en ik mij daarover tegen Wil uitsprak, zei hij - waarschijnlijk zonder daarover verder te hebben nagedacht - ‘*dan schrijf je toch een boek en wel bij mij*’. Zo is het allemaal begonnen.

Jullie beiden hebben mij bij mijn promotieonderzoek niet alleen begeleid, maar ook steeds zo gestimuleerd dat ik mijn manuscript binnen de daarvoor door mij destijds gestelde - strakke en ambitieuze - termijn kon afronden. Dat is gelukt!

Ik dank jullie daarvoor zeer!

*Lieve Saskia, beste heren zonen,*

Ik ben blij dat jullie er vandaag allemaal zijn. Niet alleen om dit moment met mij te delen en deze prachtige aula te aanschouwen, maar ook om te horen hoe onmisbaar jullie voor mij zijn.

---

<sup>48</sup> Zie ook A.J. van Heeswijk, ‘Rechtsbescherming van ondernemers in aanbestedingsprocedures’, diss. Groningen, 2014, p. 245.

<sup>49</sup> Van Romburgh, H.D., ‘Hoofdstukken aanbestedingsrecht – Een inleiding tot het verstrekken van overheidsopdrachten’, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2014, p. 141.

<sup>50</sup> Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, ‘De toekomst van de nationale rechtstaat’, Rapporten aan de regering nr. 63, Den Haag 2002, p. 10.

Werk, wetenschap en rechtspraak zijn voor mij belangrijk, maar jullie overtreffen dat al! Anders had ik hier waarschijnlijk niet gestaan. Het is goed dit hier bij een gelegenheid als deze eens gezegd te hebben.

*Lieve moeder, Zeergeleerde Payens,*

Jullie en mijn vader hebben een belangrijke rol gespeeld bij het stimuleren van mijn wetenschappelijke interesse. Jullie hebben mij steeds het belang van de interesse voor al wat nieuw is voorgehouden. Die nieuwsgierigheid is nog steeds niet gestild. Daar dank ik jullie voor.

Jullie kunnen er vandaag helaas niet bij zijn. Dat geldt ook voor mijn vader, die dit zeker had willen meemaken.

*Dames en heren studenten,*

Bij het ambt van hoogleraar staat voor mij - naast onderzoek - het lesgeven centraal. Dat vloeit ook logisch voort uit het woord 'hoogleraar'. Om u studenten draait het immers allemaal! Een keuzevak als het aanbestedingsrecht biedt u mogelijkheden om wegen te onderzoeken die verschillende verplichte vakken u niet (kunnen) bieden.

Het aanbestedingsrecht is een zich sterk ontwikkelend rechtsgebied. Een rechtsgebied dat in de dagelijkse praktijk nagenoeg niet meer is weg te denken. Ik wil u daarover vertellen. Ik wil daarover met u van gedachten wisselen. Ik wil mijn kennis op dit rechtsgebied aan u overdragen. Ik wil mijn enthousiasme voor dit vak met u delen en dit enthousiasme op u overbrengen. Dat maakt het uitdagend. Een uitdaging die ik graag samen met u wil aangaan. Daar nodig ik u van harte toe uit!

Ik heb gezegd.