

Aanbesteden, het blijft een hele opdracht

Rede

Uitgesproken ter gelegenheid van het afscheid als
bijzonder hoogleraar in het aanbestedingsrecht
aan de Universiteit van Amsterdam
op vrijdag 28 oktober 2005

door

W.G.Ph.E. Wedekind



Aanbesteden, het blijft een hele opdracht

Mijnheer de Rector,
Mijnheer de Decaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid,
Zeer gewaardeerde toehoorders,
Graag heet ik U allen van harte welkom in deze prachtige Aula van de Universiteit van Amsterdam.

Ik ben verheugd over de velen die naar dit afscheidscollege gekomen zijn:
Velen, uit de verschillende disciplines die bij het aanbesteden betrokken zijn, vertegenwoordigers van overheidsinstellingen, aanbestedende diensten, bedrijfsleven, aanbestedingsadviseurs en uiteraard veel juristen.
Veel oud studenten ook, en veel vrienden en bekenden.
Allen hartelijk welkom.

In 2000 hield ik vanaf deze plaats mijn inaugurele rede in het toen voor de Nederlandse universitaire wereld nieuwe vak aanbestedingsrecht. Aanbesteden betreft het creëren van een ad-hoc markt,- het uitlokken van concurrentie dus-, ten einde een bepaald bouw-
werk, een bepaald product of een bepaalde dienst te verkrijgen. Het aanbesteden doet zich zowel in de private- als overheidssector voor. Het gaat ons om "overheidsopdrachten", dus het aanbesteden door de overheid in ruime zin¹.

Ik zette in 2000 het doel en plaats van het vakgebied uiteen en maakte enige praktische opmerkingen over hoe Nederland daarmee zou dienen om te gaan. Met name wees ik op een goede regie aan de top.

De titel was: Aanbesteden, een hele opdracht. Aangezien het om aanbesteden van overheidsopdrachten ging leek mij dat toen een aardige woordspeling.

Inmiddels zijn er veel pakkender teksten bedacht, zoals het congres van het Midden en Kleinbedrijf in Amsterdam op 1 november 2004: Het aanbestedingenbeleid in Nederland, Dat gun je toch niemand? Of, recenter, de publicatie uit juli 2005 van VNO-NCW, Overheidsopdrachten? Vergeet het maar!

Als men dat hoort is er met het aanbesteden wel wat aan de hand. En dat is het ook. U leest er de kranten maar op na. Recent bijvoorbeeld: Amsterdam en Rotterdam willen een eigen terreurcampagne² gaan voeren. Deze steden wilden niet wachten op het Rijk omdat de aanbesteding van reclamebureau's aldaar te veel tijd in beslag nam.

Hedenmiddag, vijf jaar later, spreek ik over: "Aanbesteden, het blijft een hele opdracht". Wij zijn er nog lang niet. Want ondanks alle nieuwe beleidsvoornemens, nieuw ingezet beleid, nieuwe regelgeving en veel rechtspraak, blijft er enorm veel werk te doen: met name maak het niet nog ingewikkelder dan het al is!

Ik begin daartoe met een aantal uitgangspunten.

¹ Aanbesteden, een hele opdracht, Procurement a huge project, Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2001

² De Telegraaf, 14 oktober 2005



Vergrote belangstelling: een waarschuwing

Het feit dat overheidsopdrachten voor bouwwerken, leveringen van producten en diensten niet buiten concurrentie om vergeven (in vaktaal: gegund) mogen worden, of anders gezegd moeten worden aanbesteed, heeft in brede kring aandacht gekregen! Sinds het Actieplan Professioneel Inkopen en Aanbesteden van het toenmalig Ministerie van Economische Zaken (EZ) uit december 1999³ is er veel gebeurd. Het leidde onder meer tot de interdepartementale projectdirectie PIA dat veel zendingswerk verrichtte. Daarnaast werd voor lagere overheden Europa Decentraal opgericht. Recent kregen wij een Kenniscentrum aanbesteden dat luistert naar de naam PIANOo, "Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers".

Vergeleken met vijf jaar geleden lijkt thans iedereen er op alle niveaus mee bezig te zijn. En met alle niveaus bedoel ik met name ook bestuurders en politici. Werd aanbesteden eerst gezien als iets "technisch" waarop men niet kon "scoren" nu ligt dat anders. Een ieder lijkt zich ervan bewust dat er iets aan de hand is.

Dat is enerzijds een winstpunt, anderzijds kan het gaan leiden tot spraakverwarring. Zo is marktwerking, een woord dat politici graag in de mond nemen, niet identiek met aanbesteding. Want als U aanbesteding zegt dan haalt U veel zorgen in het "overheids"huis, met name hoe u dat moet organiseren. Aanbesteden betekent veel meer dan het volgen van een bepaalde aanbestedingsprocedure. Nee, aanbesteden slaat als het ware door de hele overheidsorganisatie heen. Vandaar mijn toenmalige oproep tot een goede regie.

Ten tweede: aanbesteden is een middel en niet een doel op zich. Het is een methode om concurrentie uit te lokken. Maar dat veronderstelt ook dat er een markt is waarop concurrentie mogelijk is. Bij imperfecte markten met slechts een paar aanbieders, denk bijvoorbeeld aan concessies voor diensten van openbaar vervoer ingevolge de Wet Personenvervoer 2000, of markten van zeer complexe aard, denk bijvoorbeeld aan reïntegratietrajecten, heeft het optuigen van aanbestedingsprocedures op dit moment in wezen minder zin, zeker wanneer Europa daarvoor geen dwingende regels kent⁴.

Dat is ook de reden dat er wereldwijd in het kader van de World Trade Organization en ook in Europa financiële drempels zijn ingevoerd waarboven aanbesteed dient te worden en in de dienstensector nog niet alle diensten, en zeker niet concessies voor diensten, geschikt geacht worden voor een volledig aanbestedingsregime.

Ten derde: aanbestedingsregels zijn er voor de mensen in het aanbestedingsveld zoals inkopers, projectleiders, technici, en managers, kortom een breed scala van personen

³ Kamerstukken 1999-2000, nr.26 966

⁴ Zie G.Verberne, Wil weet de weg wel in: Aan Wil Besteed, Liber Amicorum, onder redactie van D.L.M.Th. Dankers-Hagenaars en P.A.W.Piepers, Kluwer 2003, p. 123 e.v. Vgl. over de Wet Personenvervoer 2000, G.W.A.van de Meent en A.Stellingwerff Beintema, Wet Personenvervoer 2000, Tekst en Toelichting, Editie 2005-2006, Sdu Uitgevers 2005. Zie voor het tweede voorbeeld de recente intrekking van een aantal aanbestedingsregels in het Besluit SUWI, Besluit Structuur en Uitvoering Werk en Inkomen van 17 juni 2005 en de discussie over de Wet Werk en Bijstand, Kamerstukken 30 202 nr.4 d.d. 30 september 2005.

⁵ H.van Harssel, Voorzitter NVB, vereniging voor ontwikkelaars en bouwondernemers, Cobouw 30 augustus 2005

met een technische of financiële achtergrond. De regels zijn er niet als “zoekplaatje” voor hooggespecialiseerde adviseurs en juristen. Men krijgt dan een reactie als: “Stop juristen terug in hun hok”⁵. Dat het een “lawyers paradise” is geworden heb ik altijd betreurd. Maar het moet niet gekker worden. Een oproep tot vereenvoudiging dus. En dat zal geen gemakkelijke opgave zijn, want “het aanbestedingsrecht dijt uit”⁶.

Bovendien, markten beïnvloed je maar in beperkte mate met regelgeving. Ook moet de noodzaak gevoeld worden bij de marktdeelnemers dat het zin heeft om aan te besteden. Met die uitgangspunten in het achterhoofd ga ik nu verder.

Met welk doel moeten wij ook al weer aanbesteden⁷?

Voornamelijk omdat wij deel uitmaken van de Europese Unie en er daarom vanwege de interne markt een steeds verdere marktopenstelling dient plaats te vinden. Het aanbestedingsrecht is niet met ons geboren: een vaste huisleverancier heeft ook zijn voordelen. De gedachte is echter: ons bedrijfsleven moet ongehinderd elders kunnen opereren en buitenlanders moeten hier vrijelijk tot de markt kunnen toetreden. Dit beginsel wordt ook keer op keer door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen benadrukt.⁸

Als bijkomend aspect hoopt men dat daardoor de concurrentiekracht van het Europese bedrijfsleven wordt vergroot, en dat de overheid doelmatiger kan inkopen, zodat de belastingbetaler uiteindelijk minder betaalt: best value for taxpayers money.

Men zou het ook anders kunnen zeggen: de aanbestedingsregels zijn niet in de eerste plaats gericht op de belangen van de overheid, maar op de belangen van de marktdeelnemers. Zij moeten tot de markt kunnen toetreden. Doelmatigheid is geen doelstelling op zichzelf⁹, maar veeleer een gevolg van het met inachtneming van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (het rechtmatigheidsaspect) uitvoeren van een verwervingsproces door de overheid.

Maatschappelijk belang: besparingen

In diverse studies wordt gewezen op de geweldige omvang in geld van de overheidsmarkt. Voor Europa werd in 2002 (de toenmalige 15 lidstaten) een schatting gemaakt van € 1500 biljoen, hetgeen 16,3% van het Bruto Binnenlands Product (GDP) betekent van de Unie¹⁰. Een schatting voor Nederland bedraagt € 50 miljard aan inkoop in de

6 Zie R.D.Luteijn, Het aanbestedingsrecht dijt uit, Vastgoedrecht 2004-5/6, p. 169 e.v.; Zie ook diens Staatssteun en PPS-projecten, Vastgoedrecht 2005-4, p.95 e.v.; Zie ook E.Manunza, Uitbreiding van de aanbestedingsplicht en ander nieuws in het aanbestedingsbeleid, Tijdschrift Aanbestedingsrecht, 2005, p.87

7 Vgl. P.Trepte, Regulating Procurement, understanding the ends and means of public procurement regulation, diss.Tilburg, 2004

8 Zie bijvoorbeeld: HvJEG, 12 december 2002, zaak C 470/99 (Universale Bau), overweging 51

9 Anders m.i. Visiedocument aanbesteden, Kamerstuk 29 709, nr 1, p.2

10 A Report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 03/02/2004

publieke sector. Er worden besparingen genoemd van 15% tot 20% indien men professioneel zou inkopen en aanbesteden. Als men het voorzichtig houdt op 5% dan is dat nog gigantisch¹¹.

Waarom loopt dat aanbesteden dan niet goed?

Uitgaande van de bepalingen van het EG Verdrag inzake het vrij verkeer van goederen, diensten, personen en kapitaal heeft de Europese regelgever sedert 1971 in een aantal richtlijnen het aanbestedingsproces neergelegd, die vervolgens in wetgeving van de Lidstaten werden omgezet.

Maar het aanbesteden loopt Europa-breed niet echt goed. In de zojuist genoemde Europese studie over 2002 blijkt dat slechts 3% "echt" grensoverschrijdend wordt aanbesteed. Meer succes, te weten 30%, boeken inschrijvingen door middel van grensoverschrijdende fusies of samenwerking met bedrijven elders.

In Nederland werd eveneens over het jaar 2002 een nalevingsmeting gedaan¹². Het aanbestedingsresultaat was, op zijn zachtst gezegd, niet overtuigend, hetgeen onder meer tot een brandbrief van 19 april 2004 van de Minister van Binnenlandse Zaken aan de gemeenten leidde. Met name zij zouden het niet goed doen. Deze nalevingsmeting wordt thans verfijnd en geactualiseerd.

Oorzaken van slechte naleving

Die oorzaken zijn ten dele ook al geïnventariseerd¹³. In 2000 noemde ik reeds een aantal remmende factoren: taal-, cultuur- en juridische verschillen tussen de lidstaten. Voor Nederland wees ik met name op onze volksaard, onze poldermaatschappij. Wij willen dingen samen doen. Denk maar aan onze PPS (Publiek-Private Samenwerkings)-praktijk. Aanbesteden brengt een boel rompslomp met zich. En dan denk ik niet alleen aan de papierwinkel, doch ook binnen een overheidsorganisatie. Hoe regel je bijvoorbeeld de coördinatie van het aanschafbeleid binnen een grotere stad of tussen faculteiten in een Universiteit? Maar ook binnen lagere overheden en andere entiteiten rijzen problemen. Men ziet er ook vaak het nut niet van in: "Er doen toch alleen maar Nederlanders mee". Bovendien is aanbesteden risicovol. Juridische procedures is het laatst waar je als overheid op zit te wachten. Ik ga op deze begrijpelijke oorzaken hier niet verder in omdat er mijns inziens fundamentele oorzaken van niet naleving zijn.

Is Europa misschien te ambitieus?

Over het beginsel is men het eens: er moet, wat men zo mooi noemt, een "level playing field" geconstrueerd worden waarbij de zogenoemde algemene beginselen van aanbesteden

11 Zie J.Telgen en J.P.Papenhuijzen, 'De Parlementaire Enquête Bouwnijverheid dreigt de hoofdoorzaken te missen', in: *Aan Wil Besteed, Liber Amicorum*, onder redactie van D.L.M.Th. Dankers-Hagenaars en P.A.W.Piepers, Kluwer 2003, p. 118 e.v.

12 Significant, Nalevingsmeting Aanbesteden 2002, Resultaten van een onderzoek naar de naleving van de aanbestedingsrichtlijnen, Barneveld, 2004

13 Zie onder meer Visiedocument aanbesteden, Kamerstukken 29 709, nr.1, p.8

dingsrecht als non-discriminatie (niet alleen naar nationaliteit maar ook door technische specificaties), transparantie (doorzichtigheid), objectiviteit en gelijkheid gewaarborgd zijn. Doch de vraag is hoe men dat uitwerkt. Nu de Europese Commissie recent aan een “dereguleringslag”¹⁴ lijkt te gaan beginnen veroorloof ik mij het volgende op te merken.

Inbreuk op contracteervrijheid

Men hoort vaak de klacht dat Europa de richtlijnen te veel heeft dichtgetimmerd. Fundamenteel lijkt mij dat aanbesteden een enorme inbreuk maakt op het diep gewortelde beginsel van de contracteervrijheid: men is bij een aanbesteding in beginsel niet meer vrij om vormvrij te onderhandelen over wat men wil en met wie men wil. Ik noemde dat eerder: “van onderhandelingsmodel naar aanbestedingsmodel”¹⁵. Ten eerste verloopt een Europese aanbestedingsprocedure, afgezien van enkele zeer beperkte uitzonderingen, geheel schriftelijk, neergelegd in aanbestedingsdocumenten, en straks wellicht geheel of ten dele elektronisch zodat er geen of weinig manoeuvreerruimte is.¹⁶

Alles, maar dan ook alles, moet door de aanbestedende overheid vooruit bedacht worden en op papier worden vastgelegd. Vergeet hij iets dan bestaat de kans dat dit hem later wordt nagedragen.

Vervolgens hebben vaak inlichtingenbijeenvakomen met ondernemers plaats met soms vele vragen. Dat leidt weer tot uitvoerige nota's van inlichtingen.

Ten tweede door de binding aan bepaalde selectie-eisen van ondernemers als zodanig (geschiktheidseisen zoals financiële goeioedheid en technische bekwaamheid van de ondernemer), en slechts twee gunningscriteria voor het gunnen van een opdracht (hetzij de laagste prijs hetzij de economische voordeligste aanbieding) voelt de aanbesteder en ook de ondernemer zich in een keurslijf gedwongen. Bij het gunningscriterium “economisch voordeligste aanbieding” worden soms vele subcriteria en sub-subcriteria geformuleerd om maar zoveel mogelijk informatie van de ondernemer te krijgen.

De ondernemers moeten de soms vele vragen van de aanbesteder schriftelijk beantwoorden. Dat leidt dan weer bij selectie en gunning tot ingewikkelde beoordelingsmethodieken (puntenmatrixen en wegingsfactoren) van de zijde van de aanbesteder¹⁷.

Begrijpt U nu waarom vooral kleinere aanbestedende diensten en het midden- en kleinbedrijf hier niet of nauwelijks aan kunnen voldoen¹⁸?

¹⁴ Zie: Better Regulation: Commission intends to withdraw one third of screened proposals, (IP/05/1189), 27/09/2005.

¹⁵ Overheidsaanbestedingen in de IT; Van aanbestedingsmodel naar onderhandelingsmodel, onder redactie van S. Corvers, F. van der Klaauw-Koops en W. Wedekind, Samsom, 1995.

¹⁶ Zie onder meer de bijdrage van F.A.M. van der Klaauw-Koops, Van een traditioneel naar een elektronisch aanbestedingsmodel, in: Aan Wil Bestede, a.w.p. 21 e.v.

¹⁷ Zie het recent verschenen rapport: “Waarom vraagt U dat?”, Significant, Barneveld, 8 september 2005

¹⁸ Vgl. Handreiking voor Aanbestedingenbeleid, MKB Amsterdam, november 2004. Zie ook het voor de Europese Commissie verrichte onderzoek: The access of SME's to public procurement contracts, EIM Business and Policy Research, Zoetermeer; March 22, 2004 en recent: Meer MKB bedrijven in openbare aanbestedingen, Drs. P. Th. van der Zeijden en Drs. R.M. Braaksma, EIM, Zoetermeer; augustus 2005.

De behoefte aan althans enige dialoogruimte uit zich natuurlijk met name bij ingewikkelde opdrachten zoals in de Informatietechnologie (ICT contracten),¹⁹ publiek-private samenwerkingsverbanden, en de aanbesteding van zogenaamde innovatieve- of geïntegreerde contractvormen. Daar wordt dit ook in de praktijk gedaan omdat men meent gebruik te kunnen maken van een onderhandelingsprocedure met voorafgaande aankondiging.²⁰

Daarnaast heeft Europa onlangs ook voor dit soort gevallen een aparte procedure ontworpen, de “competitive dialogue” of “concurrentie gerichte dialoog”, doch deze kent een groot aantal beperkingen waardoor het de vraag is of die nieuwe procedure wel uit de verf zal komen.

Maar ook elders, waar een onderhandelingsprocedure niet gebruikt mag worden, doet zich steeds weer de behoefte aan een dialoog voor. In de praktijk gebeurt dat uiteraard ook daar wel. Een aansluiting daarvoor is te vinden in de Verklaring van de Raad en Commissie uit 1993²¹, dat het Europese leuverbod bevat: Bij de openbare- en niet openbare procedure mag men niet onderhandelen over fundamentele punten van de opdracht waarvan de wijziging de mededinging kan vervalsen en met name niet over prijzen. “Wel mogen er besprekingen met gegadigden of inschrijvers plaatsvinden, maar alleen met het oog op een verduidelijking of aanvulling van de inhoud van hun offerte, alsmede van de eisen van de aanbestedende diensten, en voor zover zulks geen discriminatie veroorzaakt”.

Maar nu komt het vreemde van de Europese regelgever: hij laat die belangrijke Verklaring als het ware “zweven”. Zo wordt er nu naar verwezen in een belangrijk document dat ook moeilijk te verkrijgen is²². Waarom deze Verklaring nu niet uitdrukkelijk in de Europese richtlijn verwoorden teneinde het bezwaar van de gevoelde inbreuk op de contracteervrijheid te verzachten?

Te groot aantal aanbestedende diensten.

Een groot bezwaar van de Europese richtlijn(en) is dat de materiële werkingssfeer ervan soms niet vaststaat. Europa begon in 1971 met een paar ook bij ons bekende aanbestedende diensten: overheidsinstellingen die moesten aanbesteden. Daartoe behoorden ook de publiekrechtelijke rechtspersonen.

Waarom moest dit begrip in 1989 vervangen worden door het begrip “publiekrechtelijke instelling”²³, een begrip ontleend aan het Franse administratieve recht doch bij ons en in andere lidstaten onbekend. Een begrip ook dat zo moeilijk is geformuleerd dat men er pas na een grondige analyse uitkomt. De achtergrond was dat men ontsnappingsroutes voor de overheid wilde voorkomen door bijvoorbeeld een privaatrechtelijke rechts-

19 Vgl. C. Stuurman en H. S. A. Wijnands, ICT en Europese aanbestedingsregels: conflict of interests?, in: Aan Wil Besteed, a.w.p. 107 e.v.

20 Zie bijvoorbeeld artikel 7 lid 2 sub 2 van richtlijn 93/37/EEG(werken). Zie thans artikel 30 lid 1 sub b richtlijn 2004/18/EG

21 Pb.EG L111 van 30 april 1994, p.114

22 Explanatory note on the competitive dialogue, Brussels, 1 March 2005 CC/2005/04 FR, p.9

23 Namelijk bij de herziening van de oude richtlijn werken door richtlijn 89/440/EEG.

persoon in het leven te roepen, die dan aan de aanbestedingsplicht onttrokken zou zijn. Maar daarin is men mijns inziens doorgeslagen. Ik denk dat de nalevingsscore enorm zou toenemen als men zich zou beperken tot die aanbestedende diensten die men ook daadwerkelijk controleren kan. Akkoord, dan ontglippen een aantal vissen het net, doch beter eenvoudig begonnen en later uitbreiden, dan steeds maar weer klagen over de slechte naleving.

Hoeveel jurisprudentie van het Hof van Justitie te Luxemburg verscheen er de afgelopen jaren niet over dit begrip “publiekrechtelijke instelling”?

En in eigen land: dit begrip kan het bij ons bekende begrip “bestuursorgaan” dekken, doch dit behoeft niet zo te zijn. Gevolg: daarover rijst in ons land dan ook steeds weer verwarring.

Natuurlijk, mogelijkheden de richtlijnen te ontgaan moeten vermeden worden. Maar als men een begrip introduceert dat in zoveel lidstaten vragen oproept dan is er iets niet goed met de regelgeving. Bovendien moet men dat begrip “functioneel” interpreteren, hetgeen neerkomt op een teleologische uitlegging, dus rekening houdend met de doelstelling van de richtlijnen²⁴.

Vandaar dat ik U eerder die doelstelling nog eens gaf, maar wat zegt dat de gewone practicus die de vraag moet beantwoorden of zijn instelling een publiekrechtelijke instelling is. De zaak spitste zich bij ons verleden jaar toe op de vraag of een algemeen (dus niet academisch) ziekenhuis een publiekrechtelijke instelling is, en daarmee dus een aanbestedende dienst²⁵. En dan rijst vervolgens de vraag wat de positie van een dergelijk ziekenhuis is onder het nieuwe zorgstelsel. En vervolgens weer hoe het dan moet met de contracten tussen ziekenhuizen en zorgverzekeraars.

Ik geef U nog een voorbeeld van de ambitie van Europa. Aanbesteden ook beneden de drempels van de Europese richtlijnen.

Een aantal jaren terug²⁶ werden wij opgeschrikt door de idee van de Europese Commissie dat men ook buiten de werkingssfeer van de richtlijnen zou dienen aan te besteden. Het betreft dan het aanbesteden van concessieovereenkomsten voor diensten, voorts zogenaamde IB diensten en aanbestedingen beneden de financiële drempelwaarden van de richtlijnen.

Het standpunt van de Commissie zou dus met name betekenen dat men ook beneden de drempelwaarden van de richtlijnen zou dienen aan te besteden. En dan gaat het uiteraard

24 Vgl. HR 9 juli 2004, RvdW 2004,91 (Vereniging Bergersbelangen) en mijn bespreking daarvan in: Jaarboek Rechtspraak Burgerlijk Wetboek 2004, Kluwer, Deventer, 2005

25 Zie Vznr:Arnhem 9 juli 2004, LJN AP 9659 (Parkeermanagement Nederland BV tegen Stichting Gezondheidszorg Rivierenland) en hoger beroep daarvan bij Hof Arnhem, 14 juni 2005, LJN AT 8733, waarbij dit vonnis vernietigd werd; en Vznr Breda, 137513/KGZA04-486, 30 november 2004 (Sortrans BV/Stichting Amphia), hoger beroep ingesteld.

26 Zie M.O.Meulenbelt, Alles aanbesteden, in: Aan Wil Besteed, p. 57. Zie ook: A bridge too far: Why the European Commission's attempts to Construct an Obligation to tender outside the scope of the public procurement directives should be dismissed, Public Procurement Law Review, 2005, nr.3, p.123 e.v.

om de “bulk” van de aanbestedingen. Voor de dagelijkse praktijk vormen dergelijke oprispingen van de Commissie een grote onzekerheid.

Het standpunt van de Commissie moge in overeenstemming zijn met de uitgangspunten van het EG Verdrag, immers de vrij verkeersbepalingen en de daarvan afgeleide beginselen zoals het transparantiebeginsel²⁷.

Maar zolang niet exact duidelijk is wat het transparantiebeginsel, - ten deze door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen uitgelegd als “een passende mate van openbaarheid”, inhoudt, blijft de onzekerheid. De aanbestedende overheid moet in ieder geval de voorgenomen opdracht in voldoende mate publiceren²⁸, doch wat moet er dan eventueel nog meer? Mag hij nu wel of niet met belangstellenden gaan onderhandelen? Of moet hij toch weer een aanbestedingsprocedure entameren?

Zolang de onzekerheid blijft moet de nationale rechter zelf met inachtneming van de rechtspraak van het Hof van Justitie, de oplossing zoeken. Een mooi voorbeeld daarvan vindt men in het vonnis van de voorzieningenrechter te Utrecht van 16 augustus 2005, inzake een concessieovereenkomst voor parkeerbeheer te Zeist.²⁹

Nu kan men mij tegenwerpen dat de “spelregels” nu eenmaal zo zijn, dat het in Europa vrijwel altijd om compromiswetgeving gaat en dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen nu eenmaal de hoogste rechter is.

Natuurlijk³⁰, maar dat leidt in de lidstaten soms wel tot een gigantische rechtsonzekerheid en daarmee tot rechtsongelijkheid. Want de interpretatie door de nationale rechter van aanbestedingsrechtelijke vraagstukken is verre van eenduidig.

Nederland: drie grote ontwikkelingen

De afgelopen jaren zijn er in ons land drie grote ontwikkelingen. Ten eerste de niet aflatende stroom rechtspraak zowel op Europees als op nationaal niveau, ten tweede de Parlementaire enquête Bouwnijverheid en de gevolgen daarvan, en ten derde de nieuwe Europese regelgeving.

De niet aflatende stroom rechtspraak.

Het eerste punt betreft de niet aflatende stroom rechtspraak zowel op Europees- als nationaal niveau. Deze stroom is maar moeilijk bij te houden. Gelukkig heeft het internet er voor gezorgd dat de uitspraken, zowel op Europees- als nationaal niveau, beter en sneller toegankelijk zijn dan vroeger. Het probleem zit hem echter ook in de grote gevarieerdheid van onderwerpen die in de jurisprudentie aan de orde komen en de veelal verschillende wijzen waarop de verschillende rechtbanken en Hoven daarmee omgaan.

27 Zie Mevr. C.Judmaier; Het Europese aanbestedingsrecht is altijd van toepassing, in: Tender Nieuwsbrief, 2003, nr.7, p.4. Vgl. ook considerans nr.2 van de hierna te noemen richtlijn 2004/18 EG

28 Zie J.M.Hebly, Gemeente, maak toch bekend wat u wilt uitbesteden, Het Financieele Dagblad, 26.9.2005.

29 Vzngr: Utrecht, 16 augustus 2005, Parkeer Management Nederland Holding BV e.a. tegen Gemeente Zeist en Q Park Exploitatie BV

30 Zie E.R.Manunza, Enkele problemen bij de toepassing van het Europese aanbestedingsrecht in de Nederlandse (rechts)praktijk, SEVV, januari 2004, p.58

Ik geef U een indruk uit de recente Nederlandse rechtspraak zonder daarmee volledig te zijn:

Het begrip aanbestedende dienst en met name de subcategorie van de “publiekrechtelijke instelling;” dan de kwestie of een opdracht wel of niet aanbestedingsplichtig is en onder welke richtlijn men dan valt. Ik denk daarbij bijvoorbeeld aan de uitgebreide jurisprudentie inzake de hijsinstallaties voor decors van theaters, de zogenaamde “trekkeninstallaties.” Vervolgens procedures over het in het geheel niet aanbesteden, het terecht of onterecht gebruik van onderhandelingsprocedures of het overstappen op onderhandelingen; dan de geschillen over uitsluitingsgronden alsmede de selectie- en gunningscriteria; niet alleen het onderscheid daartussen (bijvoorbeeld: mag men de ervaring van inschrijver als gunningscriterium gebruiken?) doch met name de vermeende onjuiste weging van de verschillende subcriteria bij het gunningscriterium van de economisch voordeligste aanbieding. Deze categorie vormt mijns inziens het overgrote deel van de zaken bij onze rechterlijke colleges.

Ik ga nog even door: geschillen over de rechtsgevolgen van gunning in strijd met de richtlijnen en de rechtsbescherming tegen onrechtmatige gunningsbesluiten (voor insiders: de zogenaamde Alcatelproblematiek); procedures op grond van de Wet Openbaarheid Bestuur ter verkrijging van gegevens van de aanbestedende diensten; Voorts geschillen over het wezenlijk wijzigen van de opdracht gedurende de aanbestedingsprocedure of na gunning, en tot slot procedures over belangenverstrengeling tussen aanbestedende diensten en adviseurs die later zelf inschrijven en dus mogelijk over voorkennis beschikken.

Relatief zijn er weinig gevallen van veroordelingen van aanbestedende diensten tot schadevergoeding. Men komt dan meestal op lastige causaliteitsvragen. Bovendien laten inschrijvers het meestal bij een kort geding en het hoger beroep daarvan. Onze Hoge Raad werd tot nog toe, zo schat ik, slechts in een tiental aanbestedingszaken geadieerd. Dat zal zijn oorzaak hebben in het feitelijke karakter van veel aanbestedingsgeschillen.

Hoe gaat de Nederlandse rechter met het aanbestedingsrecht om?

In het algemeen blijkt dat deze het er veelal moeilijk mee heeft. Ook zij moeten zich door de richtlijnen en regelgeving heen werken. De rechter lijkt zich in toenemende mate te oriënteren op de zogeheten algemene beginselen van aanbestedingsrecht, zoals non-discriminatie (naar nationaliteit, maar ook door technische specificaties), het gelijkheids- en transparantiebeginsel. Dit in navolging van het HvJEG.

Er zijn rechters die aan de aanbestedende dienst een soms ruime of te ruime beleidsvrijheid toestaan. Dat is een ongunstige ontwikkeling voor inschrijvers; immers bij het toekennen van een dergelijke grote beleidsvrijheid zal de rechter ook slechts marginaal kunnen toetsen, hetgeen het transparantie- en gelijkheidsbeginsel juist weer geweld kan aandoen. Zodoende is er in onze rechtszalen een voortdurende strijd aan de gang tussen wat wel genoemd wordt: “rekkelijken en preciezen,” waarbij mijns inziens de “precie-

zen” het gelijk meer aan hun zijde hebben. Soms zijn daarom vonnissen met elkaar in tegenspraak: neemt de ene rechter genoegen met het noemen van de gunningscriteria in afnemende volgorde van belang,” anderen menen dat juist alles (al dan niet in detail) moet worden gespecificeerd.³¹

De tweede omvangrijke ontwikkeling is de Europese regelgeving. Het belangrijkste is wel de publicatie in april 2004 van het zogenaamde “wetgevend pakket”, een project dat vanaf mei 2000 onder de toenmalige Commissaris F. Bolkestein tot stand werd gebracht. Het bestaat uit twee nieuwe aanbestedingsrichtlijnen die de oude vier richtlijnen vervangen. Er is nu één richtlijn voor de zogenaamde klassieke sectoren³², de klassieke overheid in ruime zin (dus inclusief de publiekrechtelijke instellingen) die werken, leveringen of diensten wil opdragen en één voor de nutssectoren.³³

Het duurde dus ongeveer vier jaar voor Europa eruit was, doch reeds zijn de eerste wijzigingen en aanvullingen alweer gepubliceerd. Daarnaast verschijnen er regelmatig publicaties met nieuwe initiatieven of nadere uitlegging (Explanatory Notes) van de Europese Commissie. Die dient men ook tot zich te nemen, ook al hebben zij geen rechtskracht, want daar blijkt toch uit hoe de Commissie zich mogelijk in voorkomende gevallen zal opstellen. Ook de rechtsbeschermingsrichtlijnen, specifiek toegesneden op aanbestedingen -en dat zegt wel wat- hebben grote aandacht van de Commissie en het Hof van Justitie. Ook die richtlijnen³⁴ worden waarschijnlijk op de schop genomen.

Over de derde omvangrijke ontwikkeling de Parlementaire enquête bouwnijverheid uit 2002 wil ik kort zijn. Deze enquête was in de eerste plaats gericht op prijsafspraken in de bouw en het mededingingsrecht en niet zozeer op het aanbestedingsrecht zelf. Het mededingingsrecht betreft immers de horizontale verhouding van ondernemers onderling, terwijl het aanbestedingsrecht zich richt op de verticale verhouding aanbestedende en ondernemers.

De Parlementaire enquête is echter niet alleen voor de bouwwereld van belang geweest. Zij heeft de stoot gegeven om te komen tot een aanbestedingswetgeving op nationaal niveau, waarin de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen uit april 2004 verwerkt dienden te worden. “Een meer coherente wetgeving op het terrein van aanbestedingen” heet het in het Eindrapport, p. 62, hetzij via codificatie in het Burgerlijk Wetboek, - hetgeen ik ten dele in mijn oratie bepleitte-³⁵, hetzij via een aan te passen en uit te werken (Raam)wet EEG-voorschriften aanbestedingen. In het Kabinetstandpunt ten aanzien van het rapport wordt gesproken over een “dwingend uniform aanbestedingskader voor alle aanbestedingen en alle aanbestedende diensten.”³⁶

31 Vgl. bijvoorbeeld Hof den Haag, 16 april 2004, rolnr. 04/95 (Cibatax/Staat) en Hof Leeuwarden, 2 maart 2005,

LJN AT 1113 Welzorg Revalidatie Techniek / Heerenveen en Opsterland

32 Richtlijn 2004/18/EG, Pb.L.134 van 30 april 2004, p. 114 e.v.

33 Richtlijn 2004/17/EG, Pb.L. 134 van 30 april 2004, p. 1 e.v.

34 Richtlijn 89/665/EEG, Pb.L.395 van 30 december 1989 zoals gewijzigd bij richtlijn 92/50/EEG van 18 juni 1992, Pb.L.209 van 24 juli 1992, p.1; en Richtlijn 92/13/EEG, Pb.L.76 van 23 maart 1992, p.14, zoals laatstelijk gewijzigd bij de Toetredingsakte, Bijlage II, Pb.L.236 van 23 september 2003, p. 70

35 Zie aldaar, p.16

36 Zie thans Toelichting BAO.Stb.2005 408, p.46

De “trekker”, zoals dat heet, van dit wetgevend project werd het Ministerie van Economische Zaken. Die publiceerde daartoe om te beginnen op 15 juli 2004 een zogeheten visiedocument aanbesteden. Men opende daartoe een nieuwe serie Kamerstukken 29709 nr.1 e.v. onder het kopje “aanbestedingsbeleid.”

Naar een nieuwe Nederlandse aanbestedingsregelgeving: de tweeslag: BAO en Bass alsmede de Aanbestedingswet.

Op de weg naar aanbestedingsregelgeving werd een tweeslag bedacht. Dit staat beschreven in het genoemde Visiedocument. Eerst zou men de nieuwe richtlijnen uit 2004 implementeren en vervolgens in 2006 met een nieuw juridisch kader (het ontwerp Raamwet aanbestedingen) doorkomen. Gegeven het feit dat de implementatie- of omzettingdatum voor de nieuwe richtlijnen op 31 januari 2006 afloopt, achtte men het kennelijk niet haalbaar een wetgevingstraject op tijd af te ronden.

Ik heb die tweeslag betreurd omdat marktdeelnemers eerst dienen in te spelen op de “loutere” implementatieregeling in een tweetal Algemene Maatregelen van Bestuur en vervolgens een jaar of wat later op weer nieuwe wetgeving. Dat “inspelen” brengt toch weer kosten en vooral nieuwe juridische onzekerheden met zich mee.³⁷

Ten aanzien van het eerste deel van die tweeslag, de genoemde implementatie van het wetgevend pakket, is kennelijk sprake van voortschrijdend inzicht: heet het in juli 2004 dat men die omzetting “één op één” wil doen³⁸, hetgeen op zich praktisch is omdat men dan een tekst heeft die volledig met de richtlijn overeenkomt, in maart 2005 wordt gerept over “een nagenoeg één op één omzetting”³⁹. Thans staat er dat “implementatie van de richtlijn...in tegenstelling tot voorheen niet meer plaats vindt door de methode van verwijzing maar voor het overgrote deel door middel van omzetting ofwel overschrijving”⁴⁰. Dat lijkt mij niet praktisch omdat men nu steeds dient na te gaan wat wel of niet overeenkomstig de richtlijn is.

Op een desbetreffende vraag van de vaste commissie voor Economische Zaken werd in juli 2005 als volgt geantwoord, een antwoord dat ik aan U eigen beoordeling overlaat: “De tekst van de richtlijnen is voor 98% letterlijk overgenomen. Afwijken van de tekst van de richtlijnen is soms nodig wegens fouten in de tekst van de richtlijnen, vanwege onduidelijke “richtlijnentaal” of vanwege de Vlaamse oorsprong van de “Nederlandse” vertaling. Voorts gelden er ingevolge de Aanwijzing voor de regelgeving een aantal eisen waaraan sommige formuleringen in de richtlijnen moesten worden aangepast”⁴¹. Stop nu maar eens een jurist terug in zijn hok!

Dan maar liever de oude “verwijzingsmethodiek”. Deze methodiek, die men in 1993 bij de Raamwet EEG voorschriften aanbestedingen toepaste, hield in dat in twee Algemene Maatregelen van Bestuur “verwezen” werd naar de Europese richtlijnen.

37 Zie over die kosten, Toelichting BAO, Stb. 2005 408, p.52

38 Kamerstuk 29 709, nr 1, Visiedocument aanbesteden, p.5

39 Kamerstuk 29 709, nr 4, p. 1.

40 Toelichting BAO, Stb.2005 408, p.49.

41 Kamerstuk 29 709, nr 6, p 3 (vraag 5).

Wetstechnisch is dat eenvoudig en ook efficiënt (met name omdat EG-regelgeving nogal eens gewijzigd wordt), doch het nadeel ervan is dat iedereen met de richtlijnen zelf op schoot zit.

Op 6 september jl. werden de twee nieuwe besluiten van 16 juli 2005 gepubliceerd die in de plaats treden van het thans vigerende Besluit Overheidsaanbestedingen (BOA) en het Besluit Nutssectoren uit 1993. Het onaardige is dat men tevens besloot deze ingeburgerde namen te wijzigen en het nieuwe besluit niet meer BOA doch BAO te noemen (Besluit aanbestedings-regels voor overheidsopdrachten). Daarnaast heten de nutssectoren nu speciale sectoren. (Besluit aanbestedingen speciale sectoren). Daarmee wordt bedoeld op de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten.

De beide besluiten treden op 1 december aanstaande in werking. Het oude besluit BOA en Besluit Nutssectoren worden ingetrokken. Een overgangsregeling bepaalt echter dat een aanbestedende dienst tot 31 januari 2006 de gunning nog kan afronden onder toepasselijkheid van de oude Besluiten, mits dat in aanbestedingsdocumenten is aangekondigd⁴².

De nieuwe aanbestedingswet.

Parallel met genoemde implementatie-arbeid startte het Ministerie van Economische Zaken, het tweede deel van de tweeslag, het wetgevingstraject dat dan in 2007 of 2008 moet zijn afgerond. Men hoopt medio 2006 het ontwerp naar de Kamer te zenden.

De contouren van de nieuwe wetgeving zijn kennelijk reeds bij insiders bekend en het lijkt er op dat EZ in de nieuwe aanbestedingswet weinig zal afwijken van het stramien van de eerste fase van de tweeslag. Of wij daarmee een wetgeving krijgen zoals indertijd door de enquêtecommissie Bouwnijverheid werd bedoeld is de vraag.

Een "echte" codificatie van aanbestedingsrecht in één handzame wet is ons waarschijnlijk niet "ge Gund". Het blijft, zoals het er nu naar uitziet, een systeem van "gelaagde" regelgeving. Gezien het enorme maatschappelijke belang dat met het aanbesteden in arbeid en kosten gemoeid is, -ik hoop u dat enigszins te hebben aangetoond-, moet de wetgever naar mijn mening toch aan het denken zetten. Men kan zich de vraag stellen waarom het Ministerie van Economische Zaken nu ineens zo'n haast maakt met die wet.

Dames en Heren,

Aan veel moest ik voorbij gaan, zoals bijvoorbeeld de kwestie in hoeverre er naast de genoemde regelgeving nog aparte aanbestedingsreglementen in de bouwsector blijven bestaan⁴³. Het vorig jaar voor de zogeheten "bouw" departementen ingevoerde Aanbestedingsreglement werken (ARW 2004) is thans alweer omgewerkt, mede vanwe-

42 Artikel 81 BAO en art.75 Bass

43 Vgl. Kamerstuk 29 709, nr 1 Visiedocument aanbesteden en nr:7

ge de aanpassing aan het nieuwe BAO, en zal één dezer dagen worden gepubliceerd. Het treedt ook op 1 december in werking⁴⁴. Veel andere aanbestedende diensten gebruiken echter nog de oudere reglementen zoals het UAR 2001 en het UAR-EG 1991, terwijl men zelfs ook nog het UAR 1986 tegenkomt.

Het moge duidelijk zijn: al die wijzigingen in regelgeving, en dan zo kort na elkaar, zijn niet bevorderlijk voor de rechtszekerheid. En zeker niet op het gebied van het aanbestedingsrecht dat mede vanwege de Europese component toch al zoveel vragen kent.

Zij betekenen voor de praktijk toch telkens weer een inwerken, aanpassen van bestekken of andere documenten, en dat terwijl aanbesteden eigenlijk op de “automatische piloot” zou moeten gaan.

Conclusie

Het aanbestedingsrecht is een “dagtaak” geworden. “Het blijft een hele opdracht”, wil men althans de voortdurende regelstroom uit Europa, de voortdurende regelstroom in Nederland en de rechtspraak, ook weer zowel uit Europa als van de nationale rechter, bijhouden.

Voor een pure practicus, of hij nu ambtenaar of ondernemer is, is dat vrijwel niet te doen. Er heeft een zeer sterke juridisering plaats. Dat is, ik zei het, zeer te betreuren. Het aanschafbeleid van de overheid wordt daardoor bemoeilijkt. Soms zal aanbesteden niet doelmatig zijn door bijvoorbeeld ook beneden de drempelwaarden “alles” te willen aanbesteden. Het kan ook de zo broodnodige “innovatie” remmen, aangezien de Overheid gezien de vele complicaties, in het algemeen risicomijdend zal willen optreden.

Waar de regelgeving vanuit Brussel zoveel rechtspraak van het Hof van Justitie te Luxemburg met zich brengt, dan is er iets niet goed met de Europese regelgeving! Voorshands is dat een gegeven waarmee wij moeten leven. Maar Brussel zal een zucht van verlichting door Europa doen gaan als zij ook op het gebied van de overheidsopdrachten zal willen dereguleren.

De nieuwe implementatiebesluiten maken de zaak helaas niet helderder. Integendeel, men is per 1 december toch weer verplicht de richtlijnen erbij te houden. Wat de nieuwe aanbestedingswet zal inhouden zien wij in 2006. Ik hoop dan in ieder geval op een rijk Kamerdebat. Want hoe breder het draagvlak in de maatschappij, hoe beter de naleving!

Slotwoord.

Ik ben zeer verheugd dat de Raad van Advies en het Bestuur van de Vereniging voor aanbestedingsrecht, de Universiteit van Amsterdam en de Faculteit der Rechtsgeleerdheid de bijzondere leerstoel in het vak aanbestedingsrecht willen continueren.

Het is een mooi vakgebied dat veel studenten trekt. Ook mag ik wijzen op een respectabel aantal promoties, waarvan er twee op deze faculteit. Mevr.Mr.Drs.D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, "Op het spoor van de concessie" (2000) en Mr.H.D.Van Romburgh, "Op weg naar een nieuw aanbestedingsrechtelijk kader in Nederland" (2005).

Het wetenschappelijk met dit vakgebied bezig zijn betekent dat men "generalistisch" zicht kan blijven houden op de vele ontwikkelingen die er zijn. Zoals ik al zei: Het aanbestedingsrecht is een "dagtaak" geworden. Dat betekent dat een constante monitoring en begeleiding door de wetenschap nodig is. Dit leidt dan ook weer tot veel Post Academisch Onderwijs.

Dat de Faculteit der Rechtsgeleerdheid daaromtrent iets vermag werd twee jaar geleden bewezen toen mij onder de titel "Aan Wil besteed" een Liber Amicorum en een symposium op de Koninklijke Nederlandse Academie van Wetenschappen werd aangeboden.

Het was een enorm feest waarvoor ik nogmaals velen heel veel dank verschuldigd ben. Aanbesteden gaat uiteindelijk ons allen aan: Best value for taxpayers money!

Ik dank U voor Uw aandacht.



Uit waardering voor de inzet en betrokkenheid van de heer Wedekind bij onze congressen, studiedagen en uitgaven op het gebied van aanbesteden wordt deze uitgave u aangeboden door Reed Business Information bv:

Elsevier Congressen
www.elseviercongressen.nl

Elsevier Overheid
www.elsevieroverheid.nl

Tender Nieuwsbrief

Aanbestedingskrant
www.aanbestedingskrant.nl

Reed Business Information bv, s'-Gravenhage, 2005

