

DE KUNST VAN HET KIEZEN

Elisabetta Manunza*

Bij de inrichting van aanbestedingsprocedures dienen aanbesteders vele keuzes te maken. De laatste aanbestedingsrichtlijnen uit 2014 hebben deze keuzemogelijkheden verruimd. De slechte scores die het EU rapport *Single Market Scoreboard, Performance in the Public Procurement Area* over het jaar 2016 voor Nederland toont, rechtvaardigen de vraag of aanbestedende diensten niet met te veel keuzes worden belast en of het niet beter is om meer keuzes door de wetgever te laten maken.

Aanbestedende diensten spelen bij de inrichting van onze samenleving een cruciale rol. Ze organiseren via aanbestedingen tal van diensten die – direct of indirect – essentieel zijn voor het leven van burgers, zoals de (thuis)zorg, de levering van water, gas of elektriciteit, de verwijdering en verwerking van afval, het verzekeren van de fysieke veiligheid van burgers, de huisvesting voor vluchtelingen, etc. Deze invloed is in de laatste jaren nog toegenomen door een economische groei van de markt voor overheidsopdrachten. Volgens de meest recente telling uit oktober 2016 is de omvang van dergelijke bestedingen in Nederland in de laatste jaren gegroeid van jaarlijks 58 naar 73 miljard euro.¹ Ook de soorten overheidscontracten die aan competitieve procedures moeten worden onderworpen en de soorten entiteiten die deze moeten initiëren zijn verruimd, zowel na een wijziging van de Aanbestedingswet in 2016 als gevolg van Europese regulering, als door beslissingen van de Europese en nationale rechter.² Zo hebben individuele ondernemers zich bij gebreke van adequate regels en consistent beleid ter zake bij de rechter – met succes – beroepen op een schending van het non-discriminatiebeginsel en de daaruit voortvloeiende beginselen, zoals het transparantiebeginsel, om daarmee een competitieve *verdeling* van kansspelen en speelautomaten³ of een competitieve *verkoop* van overheidsbezit⁴ op te eisen.

Bij het opzetten van de aanbestedingsprocedures maken aanbesteders ingrijpende keuzes van verschillende aard, juridisch en niet-juridisch

Bij het opzetten van deze aanbestedingsprocedures maken aanbesteders ingrijpende keuzes van verschillende aard, juridisch en niet-juridisch, om de beste wijze van uitvoering van deze diensten tegen de beste prijs te selecteren, zoals die later door burgers zullen worden benut of die op hun leven van invloed zullen zijn. Deze keuzes betreffen bijvoorbeeld de toe te passen procedure (openbare, niet openbare, innovatiepartnerschap, concurrentiegerichte dialoog, etc.), de selectie-eisen om de beroep- en technische bekwaamheid van de inschrijver te toetsen, de gunningscriteria om het niveau van de prestatie te meten (hoe duurzaam of innovatief is deze inschrijving?) en de gunningsmethodieken die uiteindelijk de winnende inschrijving zullen bepalen.⁵

Een belangrijke vraag is op basis waarvan aanbesteders die keuzes maken en welke ruimte het recht hen daarbij laat. De laatste wijziging van de Aanbestedingswet 2012 (Aw) die per 1 juli 2016 in werking is getreden heeft nog meer keuzemogelijkheden voor aanbesteders ingevoerd, maar daarbij heeft de wetgever niet geregeld hoe die keuzes gemaakt moeten worden. Zo is de eis uit artikel 1.4 Aw ingevoerd om bij de inrichting van de procedure zoveel mogelijk 'maatschappelijke waarde' te creëren, en het uitgangspunt uit artikel 2.114 Aw om een overheidsopdracht op grond van de *naar het oordeel* van de aanbestedende dienst economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) te gunnen.

In eenvoudige termen gaat het bij aanbesteden om het vormgeven aan en het definiëren van wensen die in de samenleving of bij de overheid leven. Zodra die wensen uitgesproken zijn, gaat het om het maken van keuzes tussen alle bestaande mogelijkheden en vervolgens om het beoordelen van die mogelijkheden. Men zou aldus het aanbesteden kunnen definiëren als een methode om op objectieve wijze doelmatige en rechtmatige keuzes te maken. Vakgebieden zoals

* Prof.mr. E.R. Manunza is hoogleraar internationaal en Europees aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht en co-directeur van het Public Procurement Research Centre (www.pprc.eu).

- 1 R. van Weert e.a., *Het inkoopvolume van de Nederlandse overheid. Een macronalyse*, Barneveld: Significant 2016.
- 2 Begin jaren 70 omvatte dit rechtsgebied alleen leveringen en werken; in de jaren 80 ook diensten en begin jaren 90 de nutssectoren; vervolgens concessies voor diensten en opdrachten onder de drempelwaarden van de richtlijnen en sinds 2009 ook defensieopdrachten. Ook steeds meer entiteiten en types overeenkomsten zijn onder het aanbestedingsrecht gaan vallen door hantering van een functionele uitleg van het begrip overheid.
- 3 HvJ EU 3 juni 2010, C-203/08, ECLI:EU:C:2010:307 (*Sporting Exchange Ltd t. Minister van Justitie*).
- 4 Zie bijvoorbeeld ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4344, ECLI:NL:RBALM:2008:BC8034, ECLI:NL:RBZUT:2012:BW6294 en ECLI:NL:RBAMS:2014:9336.
- 5 Het moment waarop de inschrijving wordt beoordeeld, is cruciaal voor het resultaat van een aanbesteding en het minst gereguleerd. Over de problemen die daardoor in de praktijk ontstaan, presenteerden E. Manunza en J. Telgen de paper 'Relative scoring and the limits of the principles of equal treatment and transparency', tijdens het congres 'Global Revolution VIII', Nottingham University, Nottingham, 12 en 13 juni 2017 te vinden op: www.pprc.eu/elisabetta-manunza-jan-telgen-presenteren-op-global-revolution-viii-2/.



de *Decision Making Sciences* of de geesteswetenschappen leren ons dat het maken van de juiste keuze bemoeilijkt wordt door informele mechanismen die tot gevolg kunnen hebben dat besluitvorming niet het optimale resultaat oplevert, zoals waarden, traditie, cultuur, retorische politieke beeldspraak, geschiedenis, etc. Kennis over de invloed van deze mechanismen kan voorkomen dat besluitvorming in complexiteit vastloopt en dat op *subjectieve* wijze beslissingen worden genomen, in plaats van op objectieve wijze.

Een complicerende factor daarbij is dat aanbesteders bij het maken van al die keuzes in toenemende mate *secundaire* beleidsdoelstellingen zijn gaan hanteren die hen dwingen om deze keuzes te maken op basis van tal van andere – ook nobele – aspecten zoals financiële, sociale en duurzaamheidsaspecten, de bescherming van mensenrechten of de bevordering van innovatie, die het nemen van deze beslissingen bemoeilijken. Dit is mede een gevolg van het gewijzigde internemarktconcept in het Verdrag van Lissabon, dat niet meer aan de hand van het leidende beginsel van een 'open markteconomie met vrije mededinging' (art. 4 EG) tot stand moet worden gebracht maar aan de hand van een 'sociale markteconomie gericht op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang' (art. 3 lid 3 VEU). Een concept dat door de Europese beleidsmakers vertaald is in de EU 2020-strategie.

Om al die talloze secundaire doelen te kunnen nastreven, hanteren aanbesteders op dit ogenblik in Nederland ongeregelde inkoopmethoden die erg populair zijn, zoals *Best Value Procurement* (BVP), bestuurlijk aanbesteden, *the right to challenge* en maatschappelijk aanbesteden. Bij de toepassing van deze inkoopmethoden, die niet altijd bij de door de wet voorziene aanbestedingsprocedures aansluiten, is het risico op discriminerende en onrechtmatige beslissingen sterk aanwezig.

De kennelijke aantrekkingskracht van dergelijke meer subjectieve systemen is opvallend, want de eerste generatie Europese aanbestedingsrichtlijnen uit de jaren 70 werd juist ingevoerd om de bevoegdheden van overheden tot het hanteren van deze secundaire beleidsdoelstellingen te beperken, om de risico's op subjectief, discriminerend en protectionistisch gedrag van nationale overheden en dus van onrechtmatige beslissingen tegen te gaan.⁶ Maar overheden zijn aanbestedingen opnieuw als een krachtig instrument gaan beschouwen om de samenleving op duurzame en rechtvaardige wijze in te richten, in plaats van als een optelsom van enkel procedurele regeltjes.

De Europese wetgever heeft de lidstaten in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen op veel terreinen bovendien ruimere optionele implementatiemogelijkheden gegeven.⁷ De Nederlandse wetgever heeft bij het overnemen in de nieuwe Aanbestedingswet evenwel niet of nauwelijks gebruik gemaakt van deze keuzemogelijkheden. Het is de vraag of de Nederlandse wetgever daarbij het subsidiariteitsbeginsel uit artikel 5 VEU niet verkeerd heeft afgewogen en toegepast en of de wetgever niet regulerend dient op te treden daar waar Europa dat niet kan, niet mag of liever – uit doelmatigheidsoverwegingen – niet doet. Waarom bijvoorbeeld geen specifieke – wel eenvoudige – procedure voor de inkoop van sociale diensten? Of een objectief afwegingskader om een

weloverwogen keuze tussen aan- dan wel inbesteden te maken? Of een expliciete eis voor objectieve gunningsmethodieken die de weging van de criteria 'prijs' en 'kwaliteit' werkelijk mogelijk maakt? Of meer transparante, competitieve regels en betere rechtsbescherming voor de opdrachten die niet onder de werkingssfeer van de richtlijnen vallen omdat ze de Europese drempels niet overschrijden? Kunnen dergelijke keuzes, die niet alleen een concrete aanbesteding determineren maar per saldo ook de marktontwikkeling, niet veel doelmatiger en rechtmatiger op een hoger bestuurlijk niveau worden geregeld dan door aanbestedende diensten per geval?⁸

Dat de toename van deze keuzemogelijkheden een goede naleving van de aanbestedingsregelgeving niet bevordert, blijkt ook uit het meest recente onderzoek van de EU, *Single Market Scoreboard. Performance in the Public Procurement Area*, over het jaar 2016.⁹ Het rapport toont aan dat na bijna een halve eeuw van Europese (en nationale) interventie de naleving van de regels voor de markt voor overheidsopdrachten in Nederland tamelijk gebrekkig blijft. Een nog zorgelijker beeld kwam uit het eerder verschenen *EU anti-corruption report* uit 2014¹⁰ naar voren, dat meldt dat 64% van de (Nederlandse) ondervraagden van mening is dat corruptie onder ambtenaren bij aanbestedingen in Nederland *wijdverspreid* is. Dat percentage valt hoger uit dan in landen als Griekenland (55%), Slovenië (60%), Kroatië (58%) en Italië (55%). Verdere bestudering verklaart wat hier aan de hand is. Het rapport noemt als vormen van corruptie onder andere ook de op maat gemaakte bestekken (57%), belangenverstrengeling (54%), onduidelijk geformuleerde selectie- en gunningscriteria (51%), de betrokkenheid van inschrijvers bij de opstelling van de specificaties (48%). Dat zijn alle gedragingen van de aanbesteder die onrechtmatig zijn in het licht van het aanbestedingsrecht, maar die in Nederland niet als corruptie worden beschouwd, laat staan als zodanig in de regelgeving gedefinieerd zijn.

Aanbestedende diensten worden belast met onnodig veel keuzemogelijkheden

Volgens de minister van Economische Zaken zitten de problemen rond de naleving van het aanbestedingsrecht niet in de Aanbestedingswet zelf maar in de toepassing daarvan. Mede daarom startte hij in september 2016 het traject *Beter Aanbesteden*, met het doel de professionaliteit van de aanbestedingspraktijk te vergroten.¹¹ Het is natuurlijk een goede zaak dat de minister ook buiten het recht – interdisciplinair – naar oorzaken zoekt, want niet alle problemen kunnen met regels worden opgelost. Maar om het rechtmatig gebruik van de beslissingsruimte van aanbesteders te waarborgen en om een optimaal aanbestedingsresultaat te bereiken dienen keuzes op het goede niveau te worden gemaakt. In de Aanbestedingswet zijn te weinig keuzes gemaakt. Daardoor worden aanbestedende diensten belast met onnodig veel keuzemogelijkheden waardoor ze iedere keer weer onnodig veel knopen moeten doorhakken en het risico op fouten onnodig groot wordt.

- 6 E.R. Manunza, *EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatiseringen en bij de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit, Een beschouwing over de vraag of privatiseringsoperaties en de bestrijding van corruptie en georganiseerde criminaliteit een belemmering vormen voor de voltooiing van de Europese markt voor overheidsopdrachten* (diss. Amsterdam VU, Europese Monografieën, deel 68), Deventer: Kluwer 2001, p. 1-4.
- 7 Richtlijnen 2014/23/EU; 2014/24/EU en 2014/25/EU van 26 februari 2014, L 94/1-374 van 28 maart 2014.
- 8 E.R. Manunza, *Tien aanbevelingen ter verbetering van de aanbestedingswet, in het bijzonder t.b.v. het MKB* (position paper), voor de deelname aan het rondetafelgesprek MKB-problematiek bij de vaste commissie Economische Zaken van de Tweede Kamer, 25 november 2015, Den Haag, www.tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2015A04420.
- 9 http://ec.europa.eu/internal_market/scoreboard/_docs/2017/public-procurement/2017-scoreboard-public-procurement_en.pdf.
- 10 EU anti-corruption report. Report from the Commission to the Council and the European Parliament, Brussels, 3.02.2014 COM(2014)38 final.
- 11 Brief over 'Beter aanbesteden' van de minister van Economische Zaken van 31 maart 2016.