

Aanbestedingswet gaat weer op de schop

Na een paar jaar moet de Aanbestedingswet 2012 alweer worden aangepast. Een evaluatie is onderweg en nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen krijgen hun weerslag in de wet. Maar niet alle heil kan uit de wet zelf komen.

tekst: **Freek Blankena**

De Aanbestedingswet 2012, die inmiddels twee jaar in werking is, moest zorgen voor lagere administratieve lasten, meer opdrachten voor het mkb, een grotere doelmatigheid, eenduidigheid en transparantie. Of die doelen ook daadwerkelijk zijn behaald, moet blijken uit een uitgebreide evaluatie door het ministerie van Economische Zaken (EZ), die rond deze tijd zou verschijnen. Dat wordt nu volgens EZ 'rond de zomer'. In een paar kleinere onderzoeken is het afgelopen jaar al wel een voorschot genomen op de evaluatie. Zo maakt een studie van het Aanbestedingsinstituut Bouw & Infra melding van een duidelijke verhoging (naar 70 procent) van het aantal EMVI-aanbestedingen (economisch meest voordelige inschrijving), waarbij niet alleen naar de prijs wordt gekeken. De aanbidders onderscheiden zich ook graag op kwaliteit, maar ze hebben evenwel vaak weinig vertrouwen in de manier waarop aanbesteders die proberen af te dwingen en beoordelen. Inschrijven op een EMVI-procedure pakt voor aanbidders ook vaak duurder uit. Een ander onderzoek, van consultancybedrijf Aeves, zag een beperkte groei van het aantal mkb-opdrachten en een groei van de administratieve lasten bij maar liefst 74 procent van de overheidsorganisaties.

Disproportionele eisen

“Statistieken moet je interpreteren”, zegt Elisabetta Manunza, hoogleraar Internationaal en Europees Aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht. “Cijfers op zich zeggen weinig. Naast deze onderzoeken zijn er grotere Europese onderzoeken, zoals ‘Costs and Effectiveness’, die laten zien dat de kosten per land, per sector en per aanbesteder verschillen. Kosten worden veroorzaakt door het vraaggedrag van de aanbesteder. In de praktijk worden de meeste kosten gemaakt door het bedrijfsleven en niet door de overheid. En het bedrijfsleven klaagt het minst; het zijn met name overheidsaanbesteders die klagen. Dat is toch frappant? Wat de cijfers in ieder geval wel zeggen, is dat je de kosten kunt reduceren. Maar daar moet de overheid wel aan bijdragen. Nog steeds worden vaak te veel en te hoge eisen gesteld. Disproportionele eisen, terwijl

**ELISABETTA MANUNZA, HOGLERAAR
INTERNATIONAAL EN EUROPEES AANBESTEDINGSRECHT
AAN DE UNIVERSITEIT UTRECHT:**

‘Uit het onderzoek van EZ zou wel naar voren kunnen komen dat de wet onvoldoende voor positieve resultaten heeft gezorgd, maar dat komt doordat die niet goed worden toegepast’



Foto: Diederik van der Laan



JAN TELGEN, HOGLERAAR INKOOPMANAGEMENT VOOR DE PUBLIEKE SECTOR AAN DE UNIVERSITEIT TWENTE:

‘Men denkt: als er maar regels zijn, loopt het wel los. Maar het is ook het opvoeden, het verhogen van de professionaliteit van de aanbestedende dienst’

we niet voor niets de Gids Proportionaliteit hebben. En proportionele eisen betekenen ook lagere kosten.”

Noviteiten

Over de uitslag van de EZ-evaluatie van de toepassing van de wet in de praktijk wil ze niet speculeren. “Ik wacht tot die resultaten bekend zijn. Los daarvan kun je een oordeel vellen over de inhoud van de wet en of die afdoende is om de markt voor overheidsopdrachten goed te laten functioneren. De wet moet immers de basis creëren om die goede werking tot stand te brengen. Naar mijn mening zijn er met de wet een paar interessante noviteiten ingevoerd, waar ik positief over ben. Uit het onderzoek van EZ zou wel naar voren kunnen komen dat de wet in onvoldoende mate positieve resultaten heeft laten boeken, maar dat komt doordat die niet goed worden toegepast.”

Professionaliteit

Haar collega Jan Telgen, hoogleraar Inkoopmanagement voor de publieke sector aan de UTWente, onderschrijft dat inzicht. “De administratieve lasten worden maar voor een deel bepaald door wat er in de regels staat en voor een veel groter deel door de manier waarop de aanbestedende diensten met die regels omgaan. Je mag als aanbesteder vragen om dit en om dat en nog heel veel meer. Maar je hóéft niks te vragen. Als een aanbestedende dienst nergens om vraagt – geen bewijs van de Kamer van Koophandel, geen bewijs van beroepsbekwaamheid, geen bewijs van financiële gegoedheid, geen plan van aanpak, geen uitgebreide beschrijving – dan zijn de administratieve lasten heel gering.” Dat is geen interpretatiekwesbie, vindt hij. “Dat heeft vooral te maken met professionaliteit.”

Opvoeden

Telgen noemt het een gegeven dat als inkopers professioneler zijn, de lasten voor de inschrijver ook veel lager zijn. “Dat is allemaal wel bekend, maar

WAT ER VERANDERT

Eind maart 2014 heeft de EU drie nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen gepubliceerd: 2014/24/EU, 2014/25/EU en 2014/23/EU (Richtlijn Concessies). Deze vervangen de eerdere richtlijnen uit 2004. De huidige Aanbestedingswet 2012, die deels al vooruitloopt op de richtlijnen, moet op diverse punten alsnog worden aangepast. De conceptmemorie van toelichting van het voorstel tot wetwijziging somt onder andere de volgende wijzigingen op:

- Meer ruimte voor innovatie en duurzaamheid, door introductie van een procedure voor het innovatiepartnerschap. Ook wordt verduidelijkt hoe strategische beleidsdoelstellingen zoals duurzaamheid kunnen worden meegewogen bij opdrachten.
- Meer flexibiliteit bij aanbestedingsprocedures. Het gaat om de mededingingsprocedure met onderhandeling, de concurrentiegerichte dialoog en het dynamisch aankoopstelsel. Ook komt er een mogelijkheid kortere termijnen te stellen.
- Verlaging van de administratieve lasten, middels verplicht elektronisch aanbesteden.
- Integriteit: ook aanbestedende diensten moeten belangenconflicten binnen hun organisatie bij aanbestedingsprocedures op doeltreffende wijze voorkomen, onderkennen en oplossen.
- Publiek-publieke samenwerking: het wetsvoorstel verduidelijkt welke grenzen worden gesteld aan deze samenwerking, met strikte voorwaarden voor gunning.
- Meer ruimte voor voorbehouden opdrachten. Opdracht zijn voor te behouden aan sociale
- werkvoorzieningen met een lager percentage gehandicapten (minimaal 30 in plaats van 50).
- De categorie niet-prioritaire (vaak cultuurgebonden) diensten met een licht aanbestedingsregime wordt aangepast.
- De concessierichtlijn introduceert een nieuw regime voor concessieopdrachten voor diensten en vult de bestaande bepalingen aan. Hierdoor ontstaat één licht regime voor concessieopdrachten.

er wordt eigenlijk heel weinig aan gedaan. Dus men denkt heel erg van ‘als er maar goede regeltjes zijn, loopt het wel los’, maar het is ook het opvoeden, het verhogen van de professionaliteit van de aanbestedende dienst.” Telgen ziet op korte termijn geen tekenen van verbetering. Zo is het budget van PIANOo (het aanbestedingsexpertisecentrum van EZ) sinds de invoering van de wet gehalveerd. “Dat vind ik veelzeggend. Net als de manier waarop de tegelijk met de wet ingestelde Commissie van Aanbestedingsexperts opereert. Die commissie was eigenlijk bedoeld om *best practices* te ontwikkelen en richting te geven aan professioneel inkopen. Maar het is een soort eerstefaserechtbank



ROB JONKMAN, WETHOUDER FINANCIËN IN DE GEMEENTE OPSTERLAND:

“Wij zijn als decentrale overheid best voorzichtig met aanbesteden. Voor je het weet, heb je een klacht aan je broek via de Commissie van Aanbestedingsexperts of de rechter”

geworden. Het gaat niet over professionaliteit van inkopen, maar over juridisch toelaatbaar inkopen. Terwijl die commissie nou juist in de professionele praktijk een belangrijke rol kan vervullen. Aan het hoofd zitten sinds kort drie juristen, maar helaas niemand met een inkooptechnische achtergrond.”

Betreiberswaardig

Manunza benadrukt net als Telgen het belang van meer aandacht voor de professionaliteit van inkopers/aanbesteders. “Ik vind de geringe aandacht voor professionaliteit betreiberswaardig. Telgen en ik hebben een opleiding aan de Universiteit Utrecht opgezet. Daar zien we nog steeds dat er te weinig verbinding is tussen inkoopkennis en juridische kennis. En het is tegenwoordig noodzakelijk dat inkopers ook juridische kennis hebben. Ze hoeven geen juristen te zijn, maar begrijpen waar de regels voor zijn. Dan zou men er automatisch positiever over worden en ze beter toepassen. Men moet de gedachte verlaten dat juristen diegenen zijn die ‘regels weten te vinden’. Het werk van een jurist is waarheidsvinding en objectieve toepassing van het recht.”

Klacht aan je broek

Voor Rob Jonkman, wethouder financiën in de gemeente Opsterland, ligt dat niet zo eenvoudig. “In onze gemeente hebben we decentrale inkoop. Dat betekent dat mensen van het gemeentebedrijf die nieuwe maaimachines willen aanschaffen, bijvoorbeeld zelf het programma van eisen opstellen. Maar door de huidige Aanbestedingswet is de juridisering zó groot, dat je het als eenvoudige inkoper niet meer alleen kunt, en dat als er ingekocht moet worden er altijd weer een inkoopadviseur of -jurist bij moet zitten. Zo complex is het geworden. Bij de wat grotere aanbestedingen ontkomt je daar niet meer aan. Dus ik ben het wel met Telgen eens dat het hele inkopen een professionaliseringslag moet hebben, maar de vraag is of je dat op deze manier wilt. Een normale uitbesteding zou gewoon bij een inkoper moeten kunnen liggen en daar loop je nu toch wel heel veel risico's. Wij zijn als decentrale overheid best voorzichtig met aanbesteden. Voor je het weet heb je een klacht aan je broek via de Commissie van Aanbestedingsexperts of de rechter, en dat wil je niet.”

Grijs gebied

Maar een *lawyers paradise*, zoals Jonkman aanvankelijk vreesde, is het niet geworden. “Het aantal geschillen is me wel meegevallen. De Commissie van Aanbestedingsexperts heeft het best druk. Er zijn genoeg klachten, dus dat zegt wel iets over de toepassing van de regels in de praktijk. Maar de rechtszaken hebben geen enorme vlucht genomen.” Volgens Jonkman zijn er bijvoorbeeld problemen met de interpretaties van zaken die in de Gids Proportionaliteit staan. “Wat is nou precies een opdracht, is er sprake van een samenloop van opdrachten, hoe zit het met splitsen en samenvoegen van opdrachten, en zo kan ik er nog wel een paar noemen. Er is een behoorlijk grijs gebied.”

Impact

Het is nog de vraag hoe groot de impact zal zijn van de herziene EU-richtlijnen die in april 2016 in de Nederlandse Aanbestedingswet moeten zijn verwerkt. Volgens Jonkman en Telgen niet groot. Jonkman wijst wel naar de Tweede Kamer: “Uit Europa komt een richtlijn die de lasten naar beneden brengt en het ministerie doet zijn best met een wetsvoorstel te komen dat daar wat aan doet. En dan hopen wij dat de Tweede Kamer niet weer allerlei zaken gaat optuigen, want daar hebben decentrale overheden gewoon last van. Bij decentrale overheden nemen de lasten alleen maar toe met de eisen die gesteld worden, en het is de vraag of het dan ook voor het mkb makkelijker wordt. Maar zoals het nieuwe wetsvoorstel nu is, denk ik dat het positief is voor zowel de decentrale overheden als de aanbieders.”

Stevige consequenties

Voor Telgen en Manunza, die erop wijzen dat de huidige Aanbestedingswet al op veel van de Europese regels vooruitloopt, is het uitgangspunt dat publieke inkopen strategische maatschappelijke doelstellingen moeten realiseren een belangrijke wijziging. Telgen: “Dat kan stevige consequenties hebben als daaruit afgeleid mag worden dat ook burgers een belanghebbende partij zijn bij overheidsinkopen. Als burgers zich gaan bemoeien met de manier waarop de gemeente onkruidverwijdering inkoop, bijvoorbeeld. Als burgers zich mogen afvragen hoeveel gif er daarbij in het milieu terecht zou kunnen komen, dan zou dat een essentiële verandering kunnen blijken.”

Eerlijk spel

Manunza wijst op de vergrote beslissingsruimte voor aanbesteders in de nieuwe richtlijnen: meer soorten procedures, de mogelijkheid secundaire beleidsdoelstellingen te stellen en meer samen te werken – publiek-publiek. Zij vreest juist voor toepassingsproblemen en dus extra juridisering: “De wetgever moet de grenzen van die toegenomen beslissingsruimte wel helder aangeven. De uitgangspunten van het aanbestedingsrecht blijven immers onveranderd: transparantie, gelijkheid, objectiviteit en vooral proportionaliteit. Maar die nieuwe richtlijnen verduidelijken ook: mag je onderhandelen, en wanneer? Er komen extra uitsluitingsgronden die de praktijk fors zullen veranderen, zoals belangenverstremming. Als je als overheidsaanbesteder goed voor ogen houdt dat het gaat om een éerlijk spel tussen inschrijver en aanbesteder, dan moet het wel te volgen zijn.”