

A woman with blonde hair, wearing a black dress with a white ruffled collar and a pearl necklace, stands in a hallway. She is wearing black boots and has her arms crossed. The hallway has a wooden floor and a lamp on a side table in the background.

**HOOGLERAAR EUROPEES EN
INTERNATIONAAL AANBESTEDINGSRECHT
ELISABETTA MANUNZA:**

“De inbestedende
overheid? Te gék
voor woorden!”

“De overheid moet haar mentaliteit veranderen”, vindt Elisabetta Manunza. De hoogleraar Europees en internationaal aanbestedingsrecht vindt dat overheidsinkopers bij aanbestedingen wat meer respect zouden moeten tonen voor de markt. “Immers, zonder een goed werkende markt kan geen goed werkende overheid bestaan.”

tekst: **Freek Andriesse**

De inbestedende overheid? Te gék voor woorden, dat je zuiver commerciële taken zelf gaat uitvoeren! De overheid moet stimuleren, waar nodig controleren en bovenal een goede *pater familias* zijn voor het bedrijfsleven.” Hoogleraar Europees en internationaal aanbestedingsrecht Elisabetta Manunza neemt geen blad voor de mond. Ze wil haar haar positie bewaren om kritisch te mogen zijn, een reden om wetenschapper te zijn én te blijven. Manunza bekleedt in Nederland de eerste en nog steeds enige gewone leerstoel Europees en internationaal aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht. Samen met NEVI-inkoophoogleraar Jan Telgen werd ze vorig jaar benoemd tot lid van de Expertgroep Aanbestedingen van de Nationale Politie. Samen zijn zij de enige twee externe experts met de taak om over complexe lopende aanbestedingen te adviseren.

Over de inhoud en totstandkoming van de huidige Aanbestedingswet die vorig jaar is ingevoerd, is ze kritisch geweest. Dat duurde niet alleen extreem lang, ruim tien jaar, maar ook de timing verdient geen schoonheidsprijs. “We hebben die wet ingevoerd, terwijl je weet dat je die op korte termijn alweer moet wijzigen”, weet Manunza. “Want er is geen rekening gehouden met de richtlijnen die Europa in een voorstel al in 2011 bekend had gemaakt.” Toch velt de hoogleraar een positief totaaloordeel over de nieuwe Aanbestedingswet. Ze is te spreken over de Gids Proportionaliteit. “Het is een unicum in Europa, omdat we het proportionaliteitsbeginsel hebben geconcretiseerd. Hier zit je goed, daar zit je fout en daar zit je ertussenin.” Het is de allereerste regeling die in de Staatscourant met kleuren is afgedrukt om de nuances te laten zien. Positieve punten van de huidige Aanbestedingswet vindt zij ook de motiveringsplicht, de EMVI als uitgangspunt en de basisregels voor opdrachten onder de drempel. Sowieso heeft Nederland in tegenstelling tot andere EU-landen een civielrechtelijk systeem van rechtsbescherming, en dat biedt een betere rechtsbescherming van inschrijvers dan een administratief systeem.

De EU heeft dit jaar nieuwe aanbestedingsrichtlijnen vastgesteld, die in 2016 in de Aanbestedingswet moeten zijn opgenomen. Wat zijn de gevolgen voor de Nederlandse publieke sector?

“De ruimte van nationale overheden om zelf keuzes te maken, wordt groter. Helaas is dat alleen voor de overheid, niet voor de inschrijvers. Zo kunnen de inschrijvingstermijnen onder omstandigheden korter zijn. Dat is leuk voor de overheid, maar niet voor inschrijvers, die nu reeds alle zellen moeten bijzetten. Er komen ook meer uitsluitingsgronden en daarvoor houd ik m’n hart vast. Idealiter klinkt het prachtig dat bijvoorbeeld kinderarbeid een uitsluitingsgrond is, maar hoe bewijs je dat daar sprake van is? Een gevolg van meer uitsluitingsgronden is ook dat het gevaar van

willekeur groter wordt. Verder komen er ook extra procedures die overheden naar believen kunnen invoeren, en waarvan ik me afvraag of die nu wel meerwaarde hebben. Ik hoop dat de Nederlandse overheid binnen die grotere ruimte de juiste keuzes gaat maken. Meer ruimte betekent niet dat het eenvoudiger wordt om te handelen. Regels geven de overheidsinkoper kaders, maar hoe maak je binnen die kaders de juiste keuzes? Er zullen ongetwijfeld veel vragen komen over de rechtmatige toepassing van de nieuwe regels.”

Wat heeft de EU-wetgever níét gereguleerd, terwijl dat wel nodig was?

“De gunningsmethodieken ...”

In feite is van de basisgedachte van Europees aanbesteden – ook buitenlandse bedrijven moeten een kans maken op nationale aanbestedingsmarkten – maar heel weinig terechtgekomen. Hoe komt dat?

“Bedrijven zijn inderdaad nauwelijks actief in andere Europese landen. Uit de meest recente cijfers blijkt dat slechts 2,4 procent van het totale aanbestedingsvolume in de EU, dat is zo’n 3 biljoen euro, voor rekening komt van bedrijven uit andere landen. Dat is door de jaren heen een stabiel cijfer. →

“Het aanbestedingsgedrag in Nederland is aanzienlijk verbeterd de laatste jaren, wel moet de juridische kennis bij inkopers omhoog”

Het primaire doel van de aanbestedingsregelgeving was echter om het gedrag van nationale overheden te reguleren. Die hadden de neiging om uit politieke overwegingen het eigen bedrijfsleven systematisch te bevoorraden. De regels zijn vervolgens ingevoerd om gedrag van overheden te reguleren, zodanig dat ze transparant en niet discriminerend handelen. De aanbestedingsregelgeving heeft grote positieve effecten gehad binnen de lidstaten zelf. Weliswaar is de interstatelijke concurrentie nauwelijks toegenomen, maar binnen landen is de concurrentie voor overheidsopdrachten wel toegenomen. Ook zijn de rechten van inschrijvers beter beschermd.”

Maar waarom is dan toch slechts 2,4 procent van die enorme aanbestedingsmarkt internationaal?

“Waarschijnlijk om dezelfde reden waarom na de toetreding van landen als Griekenland, Spanje en Portugal toch geen massale immigratie van werknemers uit die landen hebben gekregen. Het is gebleken dat mensen toch het liefst werken en wonen in eigen land. Maar dit is geen juridische, laat staan economische uitleg.”

“Uit ons onderzoek naar de toepassing van gunningsmethodieken bleek dat de prijs toch de doorslag geeft en de kwaliteit is ondergesneeuwd”

Aan openbaar aanbesteden hangt een prijskaartje, onder meer de transactiekosten. Uit onderzoek van het Economisch Instituut voor de Bouw blijkt dat alleen de transactiekosten van aanbesteden in de Nederlandse bouw al 185 miljoen euro zijn ...

“Absoluut gezien is dat een hoog bedrag, maar procentueel gezien zijn de aanbestedingskosten bescheiden: in de EU liggen ze tussen de 1 en 1,4 procent. Het verschilt per soort procedure, per sector en per land. In Engeland en Italië zijn de aanbestedingskosten 1 procent, in Duitsland 1,4 procent. Nederland zit ertussenin. Driekwart van die kosten worden door de inschrijvers gemaakt. Toch wordt daar opvallend weinig over geklaagd. De Eigen Verklaring heeft reeds tot kostenverlaging geleid en de kosten zullen verder dalen door elektronisch aanbesteden. Hoe meer eisen de overheid stelt, des te hoger de aanbestedingskosten. De overheid moet goed beseffen dat zij de sleutel tot kostenverlaging in handen heeft.

Wat vindt u de grootste baten van de Aanbestedingswetgeving?

“Door concurrentiestelling bij overheidsinkoop is de prijs-prestatieverhouding sterk verbeterd. Tweede voordeel is dat bedrijven gelijke kansen hebben. De overheid mag niet willekeurig te werk gaan.”

Profiteert de burger ook van competitieve aanbestedingen?

“De burger heeft veel aan een *level playing field*. Publieke middelen worden beter besteed en daardoor kunnen we geld aan andere belangrijke zaken uitgeven. Opvallend is dat burgers expliciet vragen om een goede, transparante besteding van publieke middelen. Ik word vaak door journalisten gebeld die vragen: “Mag dit? Kan dat?” Let wel: als er iets misgaat met de besteding van overheidsgeld, dan wordt dat echt niet aan de kaak gesteld door de NS, UWV of de politie zelf. Het zijn onderzoeksjournalisten die er werk van maken, omdat burgers klagen. Denk aan de bouwfraude of aan de recente ICT-affaire die door Zembla naar buiten is gebracht.”

De Aanbestedingswetgeving begint verdacht veel op een Zwitsers zakmes te lijken: de hoogste kwaliteit tegen de laagste prijs, duurzaamheid bevorderen, social return, innovatie bewerkstelligen. Is dat niet wat veel van het goede?

“Daar heeft het wel wat van weg, ja. Maar aan de andere kant: we kunnen niet meer om duurzaamheid heen. Social return vind ik een opgave voor alle bedrijven, niet alleen voor bedrijven die meedingen naar een overheidsopdracht. Ik pleit daarom voor algemene regels voor maatschappelijk verantwoord ondernemen. Dan verlaag je de noodzaak en de complexiteit van kwesties als social return.”

Nog maar een paar jaar geleden werd slechts 31 procent van het totale inkoopvolume van de Nederlandse overheid dat volgens de regels zou moeten worden aanbesteed, ook daadwerkelijk aanbesteed. Vooral de gemeenten gooiden er met de pet naar.

“Nederland doet het systematisch slecht in Europa. Tot 2011 stonden we qua naleving van de Europese regels helemaal onderaan. Inmiddels zijn we derde van onder. In Nederland is men niet blij om die regels te moeten invoeren. Veel inkopers vinden regels vervelend. Vaak blijkt echter dat men de regels niet goed kent. Of dat men zich onvoldoende bewust is van het waarom van de regels. En als dat het geval is, dan kun je ook niet verwachten dat de regels worden gevolgd. De Nederlandse overheid had beter moeten uitleggen waarom aanbesteden mag en soms moet in plaats van daar altijd maar zo negatief over te zijn.”



Elisabetta Manunza bekleedt in Nederland de eerste en nog steeds enige gewone leerstoel Europees en internationaal aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht.

ke deler van deze problemen niet dat er slechte inkopers bij de overheid zitten?

“Ik zou het niet zo willen stellen, en het zijn ook onvergelykbare zaken. Het aanbestedingsgedrag in Nederland is aanzienlijk verbeterd in de laatste jaren. Er wordt meer aanbesteed, er wordt beter aanbesteed. Wel moet de juridische kennis bij inkopers omhoog.”

Waarom verplichten we overheidsinkopers niet om die juridische kennis op te doen?

“Dat zou een goede zaak zijn. In Utrecht hebben we in ieder geval een postdoctorale opleiding Aanbestedingsrecht voor de Inkooppraktijk opgezet, die ieder jaar van maart tot juni wordt verzorgd. Het is de eerste en voorsnog enige opleiding in Nederland die juridische en inkooptechnische aspecten behandelt en waar deelnemers leren om zowel met de belangen van de aanbesteder als met die van de inschrijver rekening te houden. We streven er niet naar om van inkopers juristen te maken, maar we willen ze wel meer vertrouwd maken met het recht.”

De juridisering van Europees aanbesteden is veel in het nieuws. Is het echt zo erg?

“Het aantal rechtszaken is mede door de huidige Aanbestedingswet afgenomen. Inschrijvers laten al tijdens de procedure meer hun stem horen. Zo komt het minder vaak tot een gang naar de rechter. Daarnaast kennen we inmiddels een Commissie van Aanbestedingsexperts die je een issue kunt voorleggen. Mede door de geringe kosten is de drempel laag. Voorts krijgen overheden het advies een klachtenmeldpunt in te richten. Lang niet alle overheden hebben dit ingevoerd. Doe je het wel, dan verklein je de kans op juridische problemen later. Kortom: de overheid kan dus zelf veel doen tegen juridisering. Juridisering heeft ook een positieve kant. Het geeft blijk van een mondig bedrijfsleven, dat voor zijn rechten durft op te komen. Dat is zeer gezond in een rechtsstaat. Je ziet hier zelfs een positieve uitstraling van de Aanbestedingswet naar de niet-publieke aanbestedingsmarkt. Neem de KLM-kwestie over de inkoop van schoonmaakwerk. Een inschrijver voelde zich gepasseerd en stapte naar de rechter met als argument dat dit bij een openbare aanbesteding op basis van de aanbestedingsbeginselen niet had gekund. Ik heb meer van dit soort voorbeelden. De Aanbestedingswet is hier absoluut niet van toepassing, maar de burger pikt het niet meer om niet goed door de overheid te worden behandeld. Dat is een trend.”

U heeft als Universiteit Utrecht samen met de Universiteit van Twente, concreet Jan Telgen, met het Public Procurement Research Center een interdisciplinair samenwerkingsverband. U doet onder meer samen wetenschappelijk onderzoek. Kunt u een voorbeeld geven van een resultaat?

“We deden onderzoek naar de toepassing van gunningsmethodieken die aanbesteders gebruiken om de Economisch Meest Voordelige Inschrijving te selecteren. Daaruit bleek dat de prijs toch de doorslag geeft en de kwaliteit is ondergesneeuwd. De systematiek is weliswaar transparant en rechtmatig, maar niet effectief.”

Dat kun je wel zeggen. Volgens sommigen is de Aanbestedingswet een regelrechte ramp!

“Dat is jammer, want de overheid heeft de markt nodig. De markt voert niet alleen uit, maar innoveert ook. Overheidsinkopers denken negatief over de markt, ze zijn wantrouwend. Dat wantrouwen blijkt ook uit het taalgebruik in aanbestedingsdocumenten. Die taal mag best wat vriendelijker.”

Gezond wantrouwen is toch prima?

“De aanbestedingsregels zijn juist ooit ingevoerd om het overheidsgedrag aan banden te leggen, maar als je kijkt naar de uitsluitingsgronden, wordt alleen naar het gedrag van de inschrijver gekeken. Is die wel integer?”

Wat stelt u voor?

“Er is een mentaliteitsverandering nodig: de overheid zou meer respect voor de markt moeten tonen en voor de uitdagingen waar de markt voor staat. Ben je je als overheidsinkoper wel bewust van het leven van iemand die zich in de markt moet zien te redden? Er moet meer oog zijn voor de belangen van de inschrijver, die per definitie in een zwakkere positie zit. Immers, zonder een goed werkende markt kan er geen goed werkende overheid bestaan.”

Rond overheidsinkoop zijn eigenlijk voortdurend problemen. Is de gemeenschappelijk-