

“Wetgever moet heldere grenzen stellen aan discretionaire ruimte”

Grote beslisruimte een oorzaak van corruptie

Discrepancie tussen perceptie burgers en juridische definitie

In de laatste jaren halen steeds vaker berichten over Nederlandse corruptieschandalen in relatie tot aanbestedingen de pers. Alleen al in de maand oktober waren er berichten over corruptie bij aanbestedingen van de gemeente Rotterdam, de nationale politie en het ministerie van Defensie. Is Nederland corrupt? Neemt corruptie toe?

Op de *ranking* van Transparency International, de “global civil society organisation leading the fight against corruption” stond Nederland in 2012, respectievelijk 2013, op de negende en de achtste plaats van de 177 in kaart gebrachte landen (<http://www.transparency.org/cpi2013/results>). Volgens deze wereldwijd invloedrijke ranking is Nederland dus een van de minst corrupte landen in de wereld en er is zelfs sprake van een (lichte) verbetering door de jaren, althans in relatieve zin.

Laten we ons wel realiseren dat het bij deze index om de perceptie van corruptie in algemene termen gaat en niet om empirische gegevens. Empirische gegevens die specifiek gaan over de mate waarin corruptie bij aanbestedingen in Nederland plaatsvindt, zijn er niet. Het opzetten en uitvoeren van dergelijke onderzoeken is sowieso geen eenvoudige bezigheid.

Er is een grote discrepantie tussen wat men – vaak te snel – in de pers als corruptie bestempelt en de juridische definitie daarvan. De term corruptie wordt vaak gehanteerd als containerbegrip voor allerlei gedragingen die maatschappelijk als onwenselijk worden ervaren maar die vaak moeilijk – of zelfs helemaal niet – onder een wettelijk verbod te brengen zijn, laat staan onder een strafrechtelijke delictomschrijving (zie ook het rechercheonderzoek tegen ex-wethouder Van Rey over een aantal gebiedsontwikkelingsprojecten in Roermond dat zo lang heeft geduurd voordat gedagvaard werd wegens fraude en corruptie).

Ondanks de verruiming die (na de bouwfraude) heeft plaatsgevonden van de omstandigheden waaronder het mogelijk is om van ambtelijke corruptie in strafrechtelijke termen te spreken, blijft Nederland in de ogen van de internationale gemeenschap achter bij de aanpak van corruptie. Dat heeft de Group of States against Corruption (GRECO), een werkgroep van de Raad van Europa die permanent onderzoek verricht naar dit fenomeen in de 49 aangesloten landen en aanbevelingen uitbrengt, de laatste jaren herhaaldelijk verklaard. Zo adviseerde GRECO Nederland onder meer om extra aandacht aan de opsporing van corruptie te besteden, liet zij zich kritisch uit over het gebrek

aan betrouwbare statistieken en analyses over corruptiezaken en over de lage strafmaat – in vergelijking met fraude en diefstal – voor omkoping in de private en publieke sector. Nog groter wordt de discrepantie als specifiek corruptie ‘bij aanbestedingen’ in kaart wordt gebracht. Op het eerste gezicht sluit het dit jaar in februari uitgebrachte EU *anti corruption report* van de Europese Commissie aan de Raad en aan het Europees Parlement, dat ook over corruptie bij aanbestedingen gaat, aan op de hoge positie van Nederland in de lijst van schone landen. Slechts 21 procent van de ondervraagden in Nederland is van mening een overheidsopdracht in de laatste drie jaar te hebben misgelopen wegens corruptie. Nederland staat hierdoor op een mooie zevende plaats in de EU.

Ambtenaren

Maar bij verdere lezing van het rapport volgt een tamelijk ernstig verschijnsel: 64 procent van de ondervraagde betrokkenen is van mening dat corruptie bij aanbestedingen onder ambtenaren wijd verspreid is, en dat percentage valt hoger dan in landen als Griekenland (55 procent), Slovenië (60 procent), Kroatië (58 procent) en Italië (55 procent) die van oudsher als corrupte landen bekend staan. Wat is er dan aan de hand? Het rapport noemt als vormen van corruptie onder andere ook de op maat gemaakte bestekken (57 procent), belangenverstengeling (54 procent), collusieve biddingen (52 procent), onduidelijk geformuleerd selectie- en gunningscriteria (51 procent), de betrokkenheid van inschrijvers bij de opstelling van de specificaties (48 procent), het misbruik van de onderhandelingsprocedure (47 procent), het wijzigen van de contractuele eisen na contractsluiting (44 procent). Alle gedragingen van de aanbesteder die onrechtmatig in het licht van het aanbestedingsrecht (kunnen) zijn, maar die in de Nederlandse praktijk niet als ‘corruptie’ worden beschouwd, laat staan als zodanig in de regelgeving gedefinieerd zijn. De aanbesteder heeft immers op grond van de regels een grote beslissingsruimte bij de inrichting van een aanbestedingsprocedure: het is die aanbesteder die bepaalt welke procedure, eisen en voorwaarden op de markt zullen

worden gezet.

Privilege

In de perceptie van de aanbesteder wordt de wijze waarop men met deze discretionaire ruimte omgaat nog als een “privilege du préalable” gezien en dus – vaak ten onrechte – als conform het recht te zijn gebruikt. De grenzen waarbinnen beslissingen genomen mogen worden zijn immers ruim en de waarborgen die de inschrijvers hebben om zich tegen ongewenste praktijken te verweren, niet altijd even sterk. Maar het is juist bij het nemen van deze beslissingen dat het fout gaat. Zorgelijk is ook dat onlangs – bij de totstandkoming van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen – onder het motto van de noodzaak voor eenvoudigere en flexibeler procedures, deze ruimte door sterke lobbies van met name decentrale overheden, op EU niveau verder is opgerekt. Frappant eigenlijk, want de eerste generatie Europese aanbestedingsrichtlijnen in de jaren zeventig juist werden ingevoerd om deze bevoegdheden te beperken en daardoor discriminerend en protectionistisch gedrag van nationale overheden tegen te gaan. De Nederlandse wetgever zou er daarom goed aan doen om niet alleen met beleid en professionalisering van de aanbesteders het rechtmatige gebruik van deze ruimte te waarborgen. Bij de implementatie van de nieuwe Europese richtlijnen, zal hij – mede om de steeds vaker voorkomende corruptieschandalen bij aanbestedingen te reduceren – heldere grenzen aan deze ruimte dienen te stellen en die gepaard laten gaan met sterke waarborgen voor inschrijvers. Dan pas zal de discrepantie tussen de perceptie van burgers van wat corruptie is en de juridische sanctiëring daarvan kleiner worden.

Elisabetta Manunza
Hoogleraar internationaal en Europees aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht en verbonden aan het Public Procurement Research Centre.
www.pprc.eu

WIJZIGINGEN COBOUW

Met ingang van heden bestaat deze rubriek Aanbesteden uit één pagina. Volgende week donderdag introduceert Cobouw de pagina Juridisch, waarin juridische informatie met betrekking tot de bouw wordt opgenomen. U treft hierin wekelijks professionele duiding van onder meer wetgeving en gerechtelijke vonnissen. Op die pagina treft u vanaf volgende week ook de maandelijkse rubriek ‘De Arbitrer’ aan, die tot nu toe steeds een plaats vond op de pagina Economie. Met ingang van heden verhuist de pagina waarop elke vrijdag één artikel – achtergrond, interview of anderszins – verschijnt, naar de zaterdag/maandageditie.