

Meer coherentie gewenst tussen aanbestedingsrecht en bestuursrecht

Na bijna een halve eeuw Europese regulering op het terrein van de markt voor overheidsopdrachten blijft de naleving daarvan in Nederland tamelijk moeizaam verlopen, zoals wederom blijkt voor het jaar 2016 uit het meest recente onderzoek van de EU, *Single Market Scoreboard, Performance in the Public Procurement Area*.

ECONOMIE

Volgens minister Kamp van Economische Zaken zitten de problemen in ieder geval 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.

Hiermee reduceert de minister echter de rechtmatigheid tot wetmatigheid en miskent hij het feit dat een goede toepassing van de

Aanbestedingswet ook afhankelijk is van andere rechtsterreinen. Een goed voorbeeld hiervan is de wijziging van de Algemene wet bestuursrecht die de ministeries van Binnenlandse Zaken en Veiligheid en Justitie voorbereiden om de rechtsbescherming van burgers te verbeteren. Aanleiding hiervoor zijn geschillen in het sociaal domein tussen burgers en gemeenten.

Zoals regeringscommissaris Michiel Scheltema stelt in een discussiestuk bij de internetconsultatie die tot 1 november aanstaande voor deze wetswijziging wordt gehouden, sluit de rechtsbescherming van burgers niet (meer) aan bij de werkwijze van gemeenten en zorgaanbieders omdat die zich uitsluitend richt op het verweer van burgers tegen een besluit van de gemeente, terwijl de zorg door gecontracteerde zorgaanbieders wordt verleend. Het probleem doet zich voor wanneer gemeenten willen innoveren om enerzijds de zorg betaalbaar te houden en anderzijds creativiteit en efficiëntie te stimuleren. Een

AANBESTEDINGSRECHT

Elisabetta Manunza is hoogleraar internationaal en Europees aanbestedingsrecht aan de Universiteit Utrecht en co-directeur van het Public Procurement Research Centre (PPRC). Niels Uenk is als onderzoeker en promovendus verbonden aan het PPRC.



goede methode om beide doelstellingen te bereiken is de zogenoemde 'uitkomstbepaling', waarbij eisen aan het resultaat (een schoon huis) worden gesteld en de gemeente uitkomsten monitort, in plaats van de te leveren zorg in tijdseenheden toe te wijzen (drie uur hulp bij het huishouden).

Wanneer zorgaanbieders – bewust of onbewust – deze resultaten niet in voldoende mate bereiken, kunnen burgers moeilijk in het verweer komen tegen een gemeentelijk

besluit om 'een schoon huis' toe te wijzen. De bestuursrechter die de zorgaanbieder in de procedure niet kan betrekken, beschermt de burger door gemeenten te dwingen om opnieuw tot overdetaillering van de ouderwetse inzet van zorg over te gaan; welke zorg de burger moet ontvangen wordt dan weer in uren, activiteiten, handelingen, frequentie en dergelijke gespecificeerd in plaats van in resultaten. De oplossing van dit rechtsbeschermingsprobleem ligt dus niet in de Aanbestedingswet noch in het

ruimere aanbestedingsrecht – zoals wellicht simplistisch zou kunnen worden gedacht – maar in het bestuursrecht. De aanbestedingsregulering juicht 'functioneel' aanbesteden – waarbij de inschrijver tot de oplossing van het probleem wordt uitgedaagd – juist toe. Een goede bestuursrechtelijke rechtsbescherming maakt de discussie over de kern van het probleem mogelijk, namelijk of de geleverde zorg doelmatig, effectief en efficiënt is, en draagt tevens bij aan het succes van de decentralisaties.

De Nederlandse wetgever zou – om de naleving te vergroten – naar de consistentie van het juridisch aanbestedingskader moeten streven door de samenhang met andere regelgeving te beschouwen. Consistentie is immers een redelijke eis die aan de wetgever gesteld kan worden, en nodig om goede aanbestedingsprocedures op de markt te kunnen zetten.

Elisabetta Manunza
Niels Uenk