UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Aanbesteden, een hele opdracht

Wedekind, W.G.P.E.

Publication date

2001

Document Version

Final published version

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Wedekind, W. G. P. E. (2001). *Aanbesteden, een hele opdracht*. (Oratiereeks Faculteit der Rechtsgeleerdheid). Vossiuspers UvA.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Aanbesteden, een hele opdracht

Procurement, a huge project

Vossiuspers UvA

Deze uitgave is tot stand gekomen onder auspiciën van de Universiteit van Amsterdam.

Omslag: Colorscan, Voorhout

Opmaak: Japes, Amsterdam

Foto omslag: Carmen Freudenthal, Amsterdam

ISBN 90 5629 190 4

Vossiuspers UvA, Amsterdam, 2001

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912⁰ het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorrecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Aanbesteden, een hele opdracht

Procurement, a huge project

Rede

uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt
van bijzonder hoogleraar in het Aanbestedingsrecht
aan de Universiteit van Amsterdam
op woensdag 13 december 2000

door

W.G.Ph.E. Wedekind

VOSSIUSPERS UvA

*Rector Magnificus,
Zeer gewaardeerde toehoorders,
Ladies and Gentlemen,*

May I extend first a very warm welcome to our guests from abroad. Public Procurement has itself become a huge project over the last decade. This has largely resulted from a number of European directives which embrace not only the construction sector, but also the supply of moveable goods, and the services sector.

This poses problems not only for contracting entities but also for the business community, given that in the majority of cases a move had and has to be made from the traditional ‘negotiation model’ in which the parties were able to reach agreement in free negotiations, to a strictly regulated ‘procurement model’, which in principle is a written procedure and which in principle actually excludes negotiations. Not for nothing is the sister association of the Dutch Association for Procurement Law in the United Kingdom called the Association for Regulated Procurement.

In practice many practical and thus legal problems arise because the provisions of the directives leave many *lacunae*, and the directives are often unclearly drafted. Thus judicial interpretation plays a major role, as does interpretation by arbitrators, particularly in the construction sector. Procurement has thus become highly law-led. Thus in the Netherlands, as elsewhere in Europe, the Dutch Association for Procurement Law was established: it celebrated its first lustrum on 24 November 2000. Among other speakers on that occasion European Commissioner Bolkestein paid tribute to the active role played by the Association, noting *inter alia* the establishment of the first Chair in this field in the Netherlands in this University.

*Mijnheer de Rector,
Zeer gewaardeerde toehoorders,*

Het aardige van aanbesteden is wel dat er zoveel disciplines bij betrokken zijn: inkopers, verkopers, bedrijfs- en projectleiders, technische adviseurs en ‘last but not least’ juristen.

In ongeveer die samenstelling bent u hier hedenmiddag ook aanwezig. Maar bovendien zijn er nog een groot aantal andere genodigden voor wie het ‘aangeboden’ een vrijwel gesloten boek zal zijn.

Wat is nu eigenlijk aanbesteden?

Als men het woord ‘aangeboden’ laat vallen dan wordt dat meestal direct met de bouwwereld geassocieerd. Zo zal het u ook vergaan. Dat is logisch: aanbesteden wil in het kort zeggen: het creëren van een ‘ad hoc’ markt¹ teneinde voor een bepaald bouwwerk de aannemer met de laagste prijs of de economisch meest voordelige aanbieder, de beste prijs/kwaliteits-verhouding, te krijgen. Civielrechtelijk bevinden wij ons in de precontractuele fase, dus de fase voorafgaand aan het contract van aanneming van werk. Het aanbesteden wordt in het algemeen gezien als een uitnodiging tot het doen van een aanbod, waarna in beginsel door middel van aanvaarding door de aanbestedder – de gunning – de aannemingsovereenkomst tot stand komt.² Aldus wordt men van aanbestedder tot opdrachtgever.

Maar het aanbesteden bleef in de afgelopen decennia niet tot de bouwsector beperkt. Voor de zogenaamde overheidsopdrachten, en daartoe wil ik mij in deze rede beperken, werden zowel op mondiaal niveau – men denke aan de General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), de huidige World Trade Organization (WTO) – als op Europees vlak eveneens de levering van roerende producten en zelfs diensten

in de scope van het aanbesteden betrokken.³ In beginsel dienen de daarop betrekking hebbende opdrachten, althans boven bepaalde drempelbedragen – die overigens vrij laag liggen – door de zogeheten aanbestedende diensten te worden aanbesteed.

Waarom moet de overheid aanbesteden?

Dat is omdat ter bevordering van de wereld- en de intracommunautaire handel, een steeds grotere marktopenstelling noodzakelijk wordt geacht. Doel is dat buitenlandse ondernemingen kunnen toetreden tot de onze en wij tot hun markten.⁴ Een bijkomend doch niet onbelangrijk doel is het bereiken van *better value for tax-payers-money*: door aan te besteden kan de overheid doelmatiger inkopen, hetgeen niet altijd, zo zeg ik er maar bij, goedkoper inkopen behoeft te zijn.

De markt voor overheidsopdrachten in Nederland wordt geschat op circa 51 miljard gulden, waarvan slechts circa 6,7 miljard wordt aanbesteed. De mate van aanbesteding bij gemeenten zou slechts circa 25% zijn.⁵

Aanbesteden, een hele opdracht

Uitgaande van de genoemde premisse is het aanbesteden van overheidsopdrachten een hele opdracht geworden en dit niet alleen voor de overheid, maar ook voor aannemers, leveranciers en dienstverleners. De zo vertrouwde aannemer uit de buurt en de huisleverancier hebben, vanwege die aanbesteding, hun tijd gehad. Dit was vooral het gevolg van de komst, aan het eind van de jaren '80 en begin jaren '90 van de vorige eeuw,⁶ van de coördinatie-richtlijnen voor het aanbesteden van overheidsopdrachten van de toenmalige Europese (Economische) Gemeenschap:

- drie richtlijnen voor aanbestedende diensten in de traditionele sectoren (in het kort, de Staat, mede-overheden en publiekrechtelijke instellingen, betrekking hebbende op [bouw]werken, leveringen en diensten), en
- één richtlijn met een soepeler regime voor aanbestedende diensten in de nutssectoren (water, energie, vervoer en de telecommunicatiesector).

Daarnaast zijn er twee zogeheten ‘handhavings- of rechtsbeschermingsrichtlijnen’ – één voor de traditionele sectoren en één voor de nutssectoren – aan voornoemd complex toegevoegd.⁷

In plaats van het ‘onderhandelingsmodel’, waarin men vrij was te onderhandelen met wie men wilde, kwam er een sterk gereguleerd ‘aanbestedingsmodel’.⁸ De boodschap daarvan luidde: Gij, Overheid, moet weg van dat onderhandelingsmodel. Gij zult aanbesteden: U dient bepaalde procedures in acht te nemen, met name de zogenaamde ‘openbare procedure’ waarbij een ieder kan inschrijven, of de ‘niet-openbare procedure’ die bij sommige bestuurders in het bijzonder de verkeerde suggestie wekt dat deze geheim zou zijn. Niets is minder waar: ook deze procedure wordt ‘openbaar’ aangekondigd. Daarom kan men dus beter over een procedure met voorafgaande selectie spreken – u bent slechts gegadigde – waarna u al dan niet wordt uitgenodigd om in te schrijven.⁹ Onderhandelingsprocedures zijn er nog wel, doch de gevallen waarin die mogen worden toegepast worden limitatief opgesomd en door de rechter restrictief uitgelegd. U wordt voorts gebonden aan modellen voor het opstellen van verschillende aankondigingen,¹⁰ die in Europa, en zelfs wereldwijd worden bekendgemaakt.

U dient een ‘bestek’ te maken. Wat dit is, was buiten de bouwsector onbekend.¹¹ Zeg maar: een beschrijving van de te vervullen opdracht en de daarbij geldende voorwaarden. Voorts is er een vrij strak stelsel van selectie-eisen – de eisen waaraan de leveranciers, aannemers en dienstverrichters als zodanig moeten voldoen – en gunningscriteria, de eigenschappen waaraan het te leveren product of de te leveren dienst dient te voldoen. Ruimte voor eigen beleid is er in veel gevallen nauwelijks.¹²

Men zou kortom kunnen stellen dat ons poldermodel,¹³ de onderhandelende overheid én daarmee de contractsvrijheid, op de helling staan. Anderzijds zijn wij een volk van kooplieden: gezegden als ‘Better value for tax-payers money’ of, op zijn Hollands, ‘Haal pegels uit de regels’¹⁴ spreken ons wel aan. Er zit een zekere dualiteit in het aanbesteden: aan de ene kant willen wij wel met die open Europese en mondiale competitie meedoen, maar het moet niet te gek worden. Dat is nuchter en dat zijn wij. Dat willen wij weten ook, maar willen wij dat ook uitdragen? Mijns inziens gebeurt dat veel te weinig. ‘Meer markt, minder Brussel’ is wat dat betreft een pakkende kreet.¹⁵

Richtlijnen zijn een verschijningsvorm van Europese wetgeving, en niet, zoals zovelen in de praktijk nog denken, een soort vrijblijvende regels. Deze richtlijnen

dienen te worden ‘geïmplementeerd’ of ‘getransponeerd’ in het nationale recht van de lidstaten. De lidstaat Nederland koos daarbij voor een systeem van rechtstreekse ‘verwijzing’ naar de richtlijnen. Dat is praktisch. Maar door deze ‘verwijzingsmethode’ in de Nederlandse implementatiewetgeving, te weten de Raamwet EEG voorschriften aanbestedingen (1993) en twee op die wet gebaseerde Algemene maatregelen Bestuur – het Besluit overheidsaanbestedingen en het Besluit aanbestedingen nutssector – is men in de praktijk op de tekst van de richtlijnen zelf aangewezen. Hierdoor wordt het ‘gevoel’ dat dit eigen Nederlands recht betreft tekort gedaan.¹⁶

Dat aangewezen zijn op de richtlijnen zelf blijkt ‘een hele opdracht’ te zijn, aangezien de richtlijnen verre van duidelijk zijn. Gelukkig zijn er voor de bouwsector het thans nog op een wettelijke basis steunende Uniform Aanbestedingsreglement (UAR 1986) en het UAR-EG 1991¹⁷ – voor werken respectievelijk onder en boven de drempelwaarde – die veel verduidelijken. Bovendien verwijzen zij voor geschilbeslechting naar de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland.

Voor de dienstensector werd een dergelijk reglement (ARvD EG-2000) bij de lustrumviering van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht op 24 november 2000 aan commissaris Bolkestein overhandigd.¹⁸ Dit reglement ontbeert weliswaar een wettelijke basis, doch zal als set algemene voorwaarden bij de aanbesteding van diensten toegepast kunnen worden.

Het gehele in het kort geschilderde complex wordt uitgelegd en nader ingevuld door de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, de nationale rechter en de arbiter. Ook de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht zijn en worden bij die instanties ontwikkeld.¹⁹

Daarnaast zoekt men naarstig naar *Best Practices*, die ik zou willen karakteriseren als aanbestedingsrechtelijk gewoonterecht.²⁰ Dit vooral ter vermijding van de hoge transactiekosten die met het aanbestedingsproces gemoeid zijn. Men denke daarbij bijvoorbeeld aan de door VNO NCW in 1999 opgestelde ‘Best Practices met betrekking tot eisen en bewijsstukken bij aanbesteden’.

Remmende factoren

Het lijkt zo eenvoudig: men publiceert vanuit Brussel een aantal richtlijnen, waarnaar vervolgens in nationale wetgeving wordt ‘verwezen’ en dan zou alles vanzelf moeten lopen.

Dat deed en doet het dus niet.²¹ Er waren en zijn een aantal belangrijke oorzaken die dit proces remmen. Mijns inziens zijn dat met name de drie volgende:

Ten eerste, een gedeeltelijke strijd van de aanbestedingsrichtlijnen met onze volksaard en ons rechtsgevoel. Het is niet leuk uw goede contractuele relatie met uw zittende leverancier na afloop van het lopende contract te moeten beëindigen omdat men moet aanbesteden. Het is niet leuk de ‘kleine knusse kartelletjes’ van Gormley²² te moeten opgeven. Waarom die aanbestedingsrechtelijke problemen bij een Publiek-Private samenwerking (PPS), als wij als gemeente reeds een goede partner op het oog hebben of daar zelfs al contacten mee hebben? Het is niet praktisch als men verneemt dat men misschien nog wel ‘een raamcontract’ mag afsluiten, doch deze qua inhoud of tijdsduur ‘misschien’ moet beperken.²³

Ten tweede, het gebrek aan aanbestedingstraditie in ons land, zeker waar het leveringen en diensten betreft. Juist bij die sectoren wordt weinig aanbesteed.²⁴

Ten derde, de ‘juridisering’ van het aanbesteden. Mag ik de gevoelens van Telgen, en naar ik aanneem, de gehele in- en verkoopwereld, citeren: ‘Zodra je er juristen bijhaalt, krijg je een hoop ellende op je dak. Dan is een gemeente per definitie iets van plan dat eigenlijk niet mag. Bij een aanbesteding gaat het om de inkoop van iets, niet om juridisch gesteggel over de interpretatie van grijze vlakken.’²⁵

Die juridisering is inderdaad te betreuren omdat het aanbesteden daarmee met iets oneigenlijks wordt belast. Men wijze de beschuldigende vinger echter naar de Europese wetgever die het ons vaak ook heel moeilijk heeft gemaakt. Niet aanbesteden is in een groot aantal gevallen even gevaarlijk als wel aanbesteden en betrapt worden op fouten.

Ondanks die remmende factoren is aanbesteden van overheidsopdrachten thans een fenomeen geworden dat – en ik overdrijf niet – vrijwel elke vezel van het maatschappelijk leven beroert. Nogmaals, het gaat dan om levering van roerende zaken, of die nu eigendom verschaffen of niet, dus ook huur- of leasecontracten, vrijwel alle belangrijke opdrachten inzake dienstverlening en een scala van klassieke tot moderne bouwopdrachten.

Ik geef u een paar willekeurige voorbeelden uit het laatste jaar.²⁶ Daaruit blijkt dat het niet alleen gaat om in het oog springende projecten als de Betuwelijn of de HSL-Zuid, die u uit de pers kent. Zo wil het ‘Wetterskip Fryslân’ de levering van een financieel systeem, de bijbehorende consultancydiensten, implementatie en opleidingen. De Onderlinge Waarborgmaatschappijen Zilveren Kruis Ziekenfonds, PWZ en Groene Land Zorgverzekeraar willen passend vervoer voor circa 1,5 miljoen gerechtigde verzekerden. De Regionale Scholengemeenschap Het Esdal College te Emmen wil een schoolgebouw in drie bouwlagen realiseren. De Stichting tot bevordering van de Volksgezondheid en Milieuhygiëne te Bilthoven wil de levering van griepvaccins. Cadans uitvoeringsinstelling B.V., ten slotte, besteedt reïntegratieprojecten voor langdurig werklozen en arbeidsongeschikten aan.²⁷

Wat een mooie maar vaak ook juridisch moeilijke opdrachten. Uit mijn voorbeelden blijkt tevens dat wij het begrip ‘overheid’ ruim moeten opvatten, en juist dát geeft zo’n impact aan het aanbesteden.

De inhoud en plaats van het aanbestedingsrecht

Nu we gezien hebben wat aanbesteden is en hoe omvangrijk en belangrijk dit mechanisme van vraag en aanbod in de maatschappij is, rijst de vraag of wij kunnen spreken van een apart en zelfstandig vakgebied: aanbestedingsrecht.

Ik meen dat men van een zelfstandig vakgebied mag spreken. De stormachtige ontwikkeling die het aanbestedingsrecht zowel in de theorie als in de praktijk doormaakt, rechtvaardigt dit niet alleen, maar maakt het zelfs noodzakelijk.²⁸ Naast de inmiddels overvloedig aanwezige literatuur in monografieën, losbladige werken en tijdschriften, zijn er in Nederland een relatief groot aantal dissertaties op het gebied van de aanbesteding van overheidsopdrachten verschenen.²⁹ Het vak werd onlangs door Hessel bestempeld als een ‘omvangrijk en zeer specialistisch terrein’.³⁰

Ik zou het aanbestedingsrecht als volgt willen karakteriseren:

Aanbestedingsrecht is het geheel van geschreven en ongeschreven regels dat de rechtsverhouding tussen de aanbesteder en één of meer inschrijvers of gegadigden – en deze onderling – normeert, en dit met het oog op de totstandkoming van een overeenkomst betreffende een in de aanbestedingsdocumenten beschreven, en voldoende bepaalde opdracht.

Deze ruime definitie is mijns inziens gerechtvaardigd, omdat, zoals wij zagen, de Europese richtlijnen betrekking hebben op een groot scala van overeenkomsten. Men vatte het begrip ‘opdracht’ dan ook niet uitsluitend op in de beperkte zin van ons Burgerlijk Wetboek.³¹ Dat ik het zogenaamde ‘één op één verkeer’ tot het aanbestedingsrecht reken, is ook geënt op de richtlijnen. Men denke aan de gevallen van de onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging.³² Ook de relatie van de inschrijvers of gegadigden onderling reken ik tot het terrein aan het aanbestedingsrecht en niet uitsluitend tot het gebied van het mededingingsrecht.³³

Inzake de plaats van het aanbestedingsrecht binnen de rechtswetenschap is evenzeer discussie mogelijk. De vraag is met name of het een eigen ‘body’ heeft dan wel of wij dit vakgebied maar moeten onderbrengen bij een van de bestaande vakgebieden – een mening die men nogal eens hoort, doch waarbij direct het probleem opdoemt wie dat dan kan opeisen.

Ik zou het aanbestedingsrecht in ons land willen kwalificeren als een zelfstandig rechtsgebied dat is ‘ingebod’ tussen de ‘bestaande’ vakgebieden. Ik noem het mondiale internationale recht (men denke aan de multilaterale Government Procurement Agreement [GPA], waarvan ook landen als de VS, Japan en Zwitserland deel uitmaken),³⁴ uiteraard het Europese recht, het mededingingsrecht, waarvan het zeker geen bijwagen is,³⁵ het staats- en bestuursrecht, het privaatrecht en mogelijk, als men de fraudebestrijding bij overheidsopdrachten gaat betrekken, zelfs het strafrecht.

Ik zou het zo willen formuleren: met al deze vakgebieden heeft het aanbestedingsrecht raakvlakken, zonder dat men kan zeggen dat het van elk van die vakgebieden in zijn geheel deel uitmaakt. Ik beperk mij nu tot enige attaches met het staats- en bestuursrecht en daarna met het privaatrecht.

Enige raakvlakken met het staats- en bestuursrecht

Het overheidsaanbestedingsrecht heeft uiteraard, alleen al omdat het om overheidsaanbestedingen gaat, veel raakvlakken met het staats- en bestuursrecht. Ik geef een enkel voorbeeld. De richtlijnen moeten worden toegepast door ‘aangebestede diensten’. Daartoe behoren, naast onder meer de Staat, provincies, gemeenten en waterschappen, ook de zogenaamde publiekrechtelijke instellingen. Deze laatste,

met name aan het Franse administratief recht ontleende instituties, vallen in een bij ons onbekend kader.

Let wel, er staat niet: publiekrechtelijke rechtspersonen. Dan was de zaak helder geweest.³⁶ Nee, men wilde een zo ruim mogelijke personele werkingssfeer. Dus ook privaatrechtelijke rechtspersonen vallen eronder, mits zij aan de overige in de richtlijnen genoemde criteria voldoen, die ik u vanwege de lengte ervan zal besparen. Het kunnen voorts bestuursorganen zijn, maar dit behoeft niet. Welke instellingen hiertoe in Nederland behoren, is nog steeds geen uitgemaakte zaak. Bij een voorzichtige schatting zou het om ongeveer 1000 instellingen in ons land kunnen gaan.³⁷ Zo oordeelde de president van de rechtbank Den Haag, zich mijns inziens terecht strikt houdend aan de definitie in de richtlijn, dat de Nederlandse Orde van advocaten geen publiekrechtelijke instelling is.³⁸ En dit, terwijl de Memorie van toelichting op de Raamwet de openbare lichamen voor beroep en bedrijf ex artikel 134 Grondwet wel ziet als publiekrechtelijke instellingen.

Het in 1999 ingediende wetsontwerp Bevordering integriteitsbeoordelingen door het openbaar bestuur, afgekort tot BiBoB³⁹ – dat overigens ook om andere redenen op gespannen voet staat met het aanbestedingsrecht – ziet eveneens de lichamen van artikel 134 GW als aanbestedende dienst, hetgeen, mede in het licht van de uitspraak van de zo-even genoemde president, toch vreemd is. De publiekrechtelijke instellingen worden overigens in dit ontwerp buiten beschouwing gelaten, wat ook eigenaardig is omdat het begrip ‘aangebestedende dienst’ in het ontwerp dan afwijkt van het overeenkomstige begrip in de richtlijnen.

Nog aardiger is het wanneer de rechter er ‘veronderstellenderwijs’ vanuit gaat dat een bepaalde NV – voor kenners: NV De Vliert – een publiekrechtelijke instelling is.⁴⁰ Dit kan toch niet: willen de richtlijnen toepasbaar zijn dan is men een publiekrechtelijke instelling of niet!

Welke ophief maakte ook niet de ARA/BFI-zaak, waarin, bij het Hof Arnhem, de vraag rees of een door de gemeenten Arnhem en Rheden opgerichte NV (ARA) op het gebied van afvalverwijdering een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn diensten was. Deze vraag werd door het Hof Arnhem aan het HvJEG voorgelegd en uiteindelijk op 15 februari 2000 door het Hof Arnhem positief beantwoord.⁴¹ Duur van de procedure: vijf jaar.

Veel gekraakel was en is er over de positie van gezondheidsinstellingen. Om welke instellingen gaat het?⁴² De Minister van VWS laat dit in een zeer onduidelijk-

ke circulaire open door het aan de zogeheten ‘toegelaten’ instellingen zelf over te laten of dit het geval is.⁴³ Ga er als eenvoudige instelling maar aan staan!

Ter illustratie waar dit toe kan leiden. Het Ministerie van Economische Zaken publiceert sinds 1999 een lijst van publiekrechtelijke instellingen op het internet. Dit is geen limitatieve maar, zoals men zegt, indicatieve lijst. Akkoord, doch het is wel vreemd dat genoemde gezondheidsinstellingen op de ene versie van internet, én in de officiële schriftelijke publicatie van het Ministerie, wel vermeld zijn,⁴⁴ en in een latere internetversie niet. Dit komt de rechtszekerheid niet ten goede, als men überhaupt al van rechtszekerheid kan spreken bij een dergelijke onduidelijke definitie van een publiekrechtelijke instelling.⁴⁵

Het is pijnlijk als men als inschrijver in een procedure met een gezondheidsinstelling moet vernemen, dat het moeilijk ligt. In het arrest van het Hof Amsterdam inzake SIG Services BV/Stichting Sanquin Bloedvoorziening merkt het Hof op dat in het onderhavige kort geding niet ‘zonder nader onderzoek, buiten twijfel ervan (kan) worden uitgegaan dat Sanquin een aanbestedende dienst is’, en ‘dat niet uitgesloten is dat de bodemrechter er behoefte aan zal hebben over de vraag of Sanquin een aanbestedende dienst is prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie van de EG.’⁴⁶ En wat moet die arme bodemrechter als hij verneemt dat hij zuinig moet zijn met het stellen van prejudiciële vragen?⁴⁷

Een ander punt. Anders dan in Frankrijk en België⁴⁸ kennen wij geen van het privaatrecht afgescheiden *contrat administratif*, een publiekrechtelijke overeenkomst, met het gevolg dat de rechtsbescherming in die landen, hetzij geheel, hetzij ten dele, is ondergebracht bij de administratieve of bestuursrechter. Onlangs werd in het licht van dit kader artikel 8:3 Algemene wet bestuursrecht actueel. Dat artikel luidt: ‘Geen beroep kan worden ingesteld tegen een besluit ter voorbereiding van een privaatrechtelijke rechtshandeling.’ Geen beroep dus op de bestuursrechter als het gaat om voorbereidingsbesluiten voor een privaatrechtelijke rechtshandeling. In dat soort gevallen is de burgerlijke rechter bevoegd.

Wat doen wij daarmee bij overheidsaanbestedingen, nu er door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in het Alcatel-arrest van 28 oktober 1999⁴⁹ is gezegd dat de Lidstaten gehouden zijn te voorzien in de mogelijkheid van vernietiging van het, aan de overeenkomst voorafgaande, gunningsbesluit, ongeacht de mogelijkheid om schadevergoeding te verkrijgen wanneer de overeenkomst is gesloten.

Wij moeten kennelijk onderscheid gaan maken tussen het gunningsbesluit en het sluiten van de overeenkomst, iets wat afwijkt van de Nederlandse opvatting tot op heden.⁵⁰ Sommige auteurs willen op grond van dit Alcatel-arrest het Nederlandse systeem van rechtsbescherming ingrijpend veranderen.⁵¹ Dat lijkt mij voorbarig, mede nu er nog een zaak over beslissingen in aanbestedingsprocedures bij het Hof aanhangig is.⁵² De praktijk behelpt zich ondertussen met *best practices*, maar die zijn niet waterdicht.

In het eerder genoemde Uneto/De Vliert-arrest van de Hoge Raad van 22 januari 1999 werd bepaald dat een in strijd met de aanbestedingsregelgeving gesloten overeenkomst in beginsel niet nietig is ex artikel 3:40 Burgerlijk Wetboek. Dit laat echter de mogelijkheid van schadevergoeding voor een ten onrechte gepasseerde inschrijver onverlet. Het gevolg is dat aanbestedende diensten zich thans 'bekneld' voelen tussen de inschrijver, aan wie zij eigenlijk dienen te gunnen, en gepasseerde inschrijvers die, gesterkt door het Alcatel-arrest, daartegen zouden willen opkomen.

De boodschap is duidelijk: men moet als ten onrechte gepasseerde inschrijver niet kunnen worden overvallen door een *fait accompli*, hetzij van het gunningsbesluit, hetzij van de inmiddels gesloten overeenkomst. Deze jurisprudentie zal er mijns inziens toe bijdragen dat aanbestedende diensten, om claims te voorkomen, de grootst mogelijke zorgvuldigheid in hun aanbestedingsprocedures zullen moeten gaan betrachten.

Ook om andere redenen gaan er wel stemmen op om het overheidsaanbestedingsrecht, of onderdelen daarvan, apart te gaan normeren door middel van het bestuursrecht. Dat deed bijvoorbeeld Nijholt in zijn eerder genoemde Maastrichtse dissertatie.

Ik ontken niet dat er beleidsaspecten aan het aanbestedingsrecht zitten – Nijholts dissertatie gaat daar over – doch in het verlengde daarvan ziet hij mijns inziens ook de aanbesteding als een publiekrechtelijke overeenkomst, met het gevolg dat hij de geschilbeslechting betreffende de aanbesteding van overheidsopdrachten eveneens bij de bestuursrechter wil onderbrengen.⁵³ Ik heb daar als bezwaar tegen dat men aldus het overheidsaanbestedingsrecht, of althans onderdelen daarvan, losmaakt van het gehele, ook private, aanbestedingsrecht. Op zich kan dat natuurlijk, maar het is een breuk met onze traditie. Wij komen dan in Frans vaarwater terecht en het is de vraag of wij daarmee zo goed af zijn.⁵⁴ Juist in een tijdsgewricht waarin

de overheid uitdagende oplossingen van het bedrijfsleven verwacht, lijkt mij die bestuursrechtelijke oplossing niet de aangewezen weg.

Er zijn bovendien een aantal praktische problemen met de bestuursrechtelijke optie: Wat te doen met de publiekrechtelijke instellingen, die privaatrechtelijke rechtspersonen en niet tevens bestuursorgaan zijn? Zij vallen onder het regime van Boek 2 BW. Moeten wij die instellingen dan maar even tot bestuursorganen bombarderen en dat alleen voorzover het om aanbestedingen gaat?⁵⁵ Wat te doen met de geschillenbeslechting door middel van arbitrage, die overigens juist internationaal zo bewonderd wordt?

Maar ook op meer bescheiden schaal wordt er ‘geflirt’ met het bestuursrecht. Zo is er het voornemen om het ‘nieuwe’ Uniform Aanbestedingsreglement, dat nu al twee jaar ‘boven de markt’ hangt, en ook het UAR-EG via een beleidsregel in de zin van de Algemene wet bestuursrecht verplicht te stellen voor de bouwdepartementen. Van een verplichte uniforme toepassing voor de gehele Rijksoverheid, zoals thans het geval is, behoeft dan geen sprake meer te zijn.

Zo leven er kennelijk ideeën om de Publiek Private Samenwerking in de Wet Ruimtelijke Ordening op te nemen.⁵⁶ PPS’en komen echter niet alleen in de bouwsector voor. Een sectorspecifieke regeling in de Wet Ruimtelijke Ordening is daarom niet aan te raden omdat dan weer het gevaar van inconsistenties elders kan optreden. Wij moeten mijns inziens meer coördinatie betrachten bij die departementale invalshoeken en aanpak van aanbestedingsvraagstukken.

Enige raakvlakken met het privaatrecht

Als u mij vraagt wat in het bonte palet van attaches de doorslag geeft, dan is dat mijns inziens het privaatrecht. Het overheidsaanbestedingsrecht behoort in Nederland voor het overgrote deel tot het privaatrecht, of zoals Nijholt dat zo aardig opmerkte: ‘uitgangspunt is privaatrecht met een snuffje publiekrecht’.⁵⁷ Daar sta ik geheel achter.

Dat ‘snuffje’ is gericht op ‘de publieke belangenbehartiging’, waarna hij zich afvraagt of de in beginsel privaatrechtelijke benadering (dogmatisch) wel de meest correcte is.⁵⁸ Ik meen van wel. Het publieke element is bij het aanbesteden niet specifiek, in die zin dat de bevoegdheden hier voor de overheid essentieel anders liggen dan voor een particuliere aanbesteder. En ook al zou dat wel zo zijn, dan is dat niet

genoeg om de verhouding als geheel publiekrechtelijk te doen zijn. De aanbestedingsrichtlijnen richten zich tot de overheid omdat die zoveel aanbesteedt en dus zo'n belangrijke markt vormt.⁵⁹ De Richtlijnen komen met deze economisch-politieke achtergrond, te weten het openstellen van de belangrijke overheidsmarkt, bij ons vooral in een privaatrechtelijk kader terecht. Wij moeten bovendien niet vergeten dat het slechts om coördinatie-richtlijnen gaat, die beogen de in de lidstaten bestaande aanbestedingsprocedures naar elkaar toe te buigen, en niet meer dan dat.

De Nederlandse wetgever heeft zich bij de implementatie van de richtlijnen wel met de systematiek van wetgeving ingelaten, doch slechts summier met vragen van rechtssystematiek.⁶⁰ Waren Europese richtlijnen op andere gebieden min of meer eenvoudig in het huidige Burgerlijk Wetboek te incorporeren (men denke bijvoorbeeld aan de richtlijnen in het rechtspersonenrecht, de richtlijn productaansprakelijkheid, de richtlijn overgang van onderneming in het arbeidsrecht, of de richtlijn inzake *timesharing* en nog vele meer),⁶¹ met het aanbestedingsrecht komt men, gezien de veel grotere scope ervan, in praktische problemen.

Het zou zijn plaats moeten vinden in boek 6 BW, titel 5, afdeling 2: 'Het totstandkomen van overeenkomsten', doch qua omvang is dit ondoenlijk. Dit laat onverlet dat er in het BW geen bepaling of afdeling zou kunnen worden gewijd aan overeenkomsten die totstandkomen door middel van een aanbesteding. Ik zou aldaar ook een verwijzingsbepaling willen opnemen naar de Nederlandse implementatiewetgeving, opdat de samenhang zichtbaar wordt, en het ook gevoeld wordt als zijnde 'ons' recht, een aspect dat, zoals ik reeds zei, in de praktijk belangrijk is.⁶²

Na deze rechtssystematische opmerking noem ik u, vanwege de beperkte tijd, nog één essentieel punt. Voorop gesteld zij dat een aanbestedingsprocedure gehouden wordt met het oog op het totstandkomen van een bepaalde, door de aanbestedende dienst gewenste, overeenkomst tot levering van goederen, diensten of de totstandkoming van een bouwwerk. Dit betekent dat er een consequente lijn dient te bestaan tussen de aankondiging, de selectie-eisen, het bestek, de gunningscriteria én het contract. De overeenkomst, met name bij de openbare en niet-openbare procedure, dient als het ware voort te bouwen op, en logischerwijs voort te vloeien uit de aanbestedingsdocumenten.

Dit is in de praktijk, zeker bij leveringen en diensten, echter vaak niet het geval. Vaak wordt onder tijdsdruk van hogerhand – bijvoorbeeld wanneer een automatiseringssysteem moet draaien voor 1 februari – de aankondiging alvast ter publicatie naar Luxemburg verzonden, terwijl het bestek nog niet (geheel) gereed is, om nog

maar te zwijgen over de conceptovereenkomst, die men vaak rangschikt onder het kopje financiële bepalingen. Men heeft vaak helemaal nog niet terdege nagedacht over het onderscheid tussen selectie-eisen en gunningscriteria en de beoordeling daarvan. Velen denken nog dat met de gunning weliswaar de leverancier is aangewezen, maar dat men daarna rustig een onderhandelingstraject kan beginnen over de te sluiten overeenkomst! Nu kan dat uiteraard op ondergeschikte punten wel, maar men loopt daardoor het gevaar af te wijken van het in de aanbestedingsdocumenten gestelde, en aldus achteraf de mededinging geweld aan te doen.

De vraag is ook of wij bij de aanbestedingsprocedures ingevolge de richtlijnen nog steeds moeten blijven stilstaan bij de precontractuele fase. Nu het overheidsaanbestedingsrecht immers nader geconcretiseerd is in richtlijnen en wetgeving, voel ik er iets voor, in navolging van Van Nouhuys en later Van den Berg, te spreken over een 'voorbereidende hulpovereenkomst'.⁶³ Van den Berg verdedigde dit standpunt voor aanbestedingen onder de vigour van het UAR; ik zou echter thans een stap verder willen gaan. Daar waar een aanbestedende dienst een aanbesteding houdt onder de vigour van een bepaalde aanbestedingsrichtlijn, en de aanbestedingsprocedure nader specificeert in de aanbestedingsdocumenten, en daar vervolgens een inschrijver of gegadigde op ingaat door in te schrijven of zich als gegadigde te melden, zou er naar mijn mening een dergelijke overeenkomst totstandkomen, althans tussen inschrijver c.q. gegadigde en de aanbesteder. Voor de totstandkoming van een meerpartijenovereenkomst, hoe mooi dat ook zou zijn, zie ik althans onder vigour van enkel de richtlijnen, geen mogelijkheid.

Waarom die aanbestedingsovereenkomst? Ten eerste heeft de overeenkomst een groot psychologisch voordeel boven de precontractuele fase: doordat men weet aan elkaar gebonden te zijn, zal men over en weer ook nauwkeuriger en zorgvuldiger te werk gaan.

Ten tweede meen ik dat veel aanbestedingsproblemen eerder in een contractuele *setting* dan in een delictuele *setting* thuishoren. Kwesties over onduidelijkheid van het bestek, selectie-eisen, gunningscriteria en de beoordeling daarvan, zijn vragen die eigenlijk niet in de onrechtmatige daadsfeer thuishoren.

Nu nog iets geheel anders:

De toekomst van het aanbesteden en het aanbestedingsrecht

Als men de afgelopen tien jaar overziet, dan is het beeld niet bemoedigend. Soms twijfelt men wel eens aan de toekomst. Maar *la critique est aisée, l'art est difficile*, vooral als men de hele Europese Unie op één lijn moet zien te krijgen. De conclusie van mijn rede is dat het zogeheten ‘overheidsaanbestedingsrecht’ een afzonderlijk vakgebied binnen de rechtswetenschap is. Het is ingebed tussen reeds bestaande vakken. Voorzien van een duidelijke Europese saus is het in Nederland voornamelijk terechtgekomen op het bord van het privaatrecht. Een verandering van deze benadering is niet opportuun en gezien de onzekerheid op dit rechtsgebied evenmin aanbevelenswaardig. Er zijn niettemin een aantal punten die ik voor de nabije toekomst zou willen aanstippen.

1. Leer en ontwikkelingsproces

Ik meen dat wij inzake het aanbesteden en aanbestedingsrecht nog steeds in een leer- en ontwikkelingsproces zitten, waar uiteindelijk de generaties na ons hun voordeel mee kunnen doen. Dit proces duurt, om door mij aangevoerde redenen – met name het ontbreken van een aanbestedingstraditie – langer dan verwacht.

2. Informatie en onderwijs

Een leerproces brengt onderwijs met zich mee: in een op 16 en 17 november jl. door de Europese Commissie te Brussel belegde conferentie werd dit nog eens benadrukt.⁶⁴ Daarop was overigens door het samenwerkingsverband van de Europese Verenigingen voor aanbestedingsrecht (ERPA) reeds aangedrongen.⁶⁵ Het is duidelijk dat er hier een taak is weggelegd óók voor Universiteiten.

3. Duidelijkheid, coherentie en coördinatie van aanbestedingsproblematiek

In ons land ontbreekt het mijns inziens aan duidelijkheid, coherentie en coördinatie op het gebied van de aanbestedingsproblematiek. Gelukkig werd precies een jaar geleden het Actieplan Professioneel Inkopen en Aanbesteden en het bijgevoegde rapport *Haal pegels uit de regels!* gepubliceerd. Maar waarom is het zo ‘angstig’ stil geworden rond dit actieplan? Met duidelijkheid, coherentie en coördinatie bedoel

AANBESTEDEN, EEN HELE OPDRACHT

ik dat er in ons land een eenduidige aanpak van de aanbestedingsproblematiek dient te komen, een samenhangend beleid, gedragen en vooral ook uitgedragen op het hoogste niveau. Belangrijk is de politieke wil om er iets van te maken.⁶⁶ Ik geef u een paar voorbeelden.

Duidelijkheid in informatievoorziening door de overheid

Het mag niet zo zijn dat er over de door EZ gepubliceerde internetlijsten met aanbestedende diensten discussie mogelijk is; het mag niet zo zijn dat er een onduidelijke circulaire van het Ministerie van Volksgezondheid ten aanzien van de aanbestedingsplicht van gezondheidsinstellingen is; het mag niet zo zijn dat een nieuw 'UAR 2000' gedurende twee jaar boven de 'markt' hangt; het mag niet zo zijn dat het Ministerie van VROM een informatiebulletin over de PPS-problematiek uitgeeft, maar daarin zegt dat aan dit bulletin geen rechten kunnen worden ontleend. Dit schept in de markt alleen maar verwarring en dan krijgen wij als juristen het verwijt dat wij zitten te steggelen over grijze vlakken!

Coherentie en coördinatie van beleid door de overheid

In het reeds genoemde rapport *Haal pegels uit de regels!* wordt gezegd: De minister van EZ is geen coördinerend minister maar draagt primaire verantwoordelijkheid voor een beperkt aantal taken, namelijk implementatie van EU-wetgeving en het verschaffen van informatie (statistiekverplichting). Daarnaast ligt in Brussel de woordvoering bij EZ.

Dat is heel wat, doch te weinig. Ik zou ervoor willen pleiten dat er nu juist wél een coördinerend minister komt. In het Verenigd Koninkrijk is dat The Office of Government Commerce dat recent is opgezet. In Frankrijk is dat met name le Ministère de l'équipement. Ik laat daarbij in het midden welk ministerie het in Nederland zou moeten zijn, doch coördinatie op het hoogste niveau is absoluut noodzakelijk. Bovendien, waar het hier mede om een zeer ingrijpend juridisch terrein gaat, zou mijns inziens ook het Ministerie van Justitie zich meer moeten laten zien in het wetgevingstraject.

Het Interdepartementaal Overlegorgaan Europese Aanbestedingsvoorschriften

Er wordt op zich goed werk gedaan door het Interdepartementaal Overlegorgaan Europese Aanbestedingsvoorschriften (IOEA), doch dit orgaan is – typisch Nederlands – een ‘overlegorgaan’. Als dit orgaan wat meer steun en meer coördinerende bevoegdheden zou krijgen, zou dit, althans naar mijn mening, zeer gewenst zijn. Belangrijk is ook dat er menskracht voor wordt vrijgemaakt, en dat de overheid zuinig is op mensen met kennis van zaken. De veelvuldige wisseling van de wacht op ministeries is niet bevorderlijk voor het aanbestedingsbeleid.⁶⁷

Als dat wordt gerealiseerd, zou dit orgaan vanzelf ook meer gezag krijgen en is er mijns inziens ook geen nieuwe toezichthouder nodig, zoals door sommigen wordt bepleit.⁶⁸ Langzamerhand zou dit orgaan een conflictvoorkomende instantie kunnen worden. Men moet het probleem niet verschuiven naar het toezichtaspect, maar eerst zelf inhoudelijk de koe bij de horens vatten.

4. Het wetgevend pakket

Op Europees niveau is er sedert 10 mei 2000 een nieuw voorstel, het zogenaamde ‘wetgevend pakket’ van de Europese Commissie. Op den duur wil men dat er slechts twee Europese richtlijnen overblijven, één voor de klassieke sectoren en één voor de nutssectoren. De richtlijnen werken, leveringen en diensten worden aldus samengevoegd. Doel van deze operatie is verduidelijking, flexibilisering en modernisering. Het blijft echter een juridisch stuk met weer nieuwe problemen. Het kan allemaal eenvoudiger. Een goede aanbestedingsprocedure vereist:

- snelheid;
- lage transactiekosten;
- en toepasbaarheid door iedere aanbestedende dienst én iedere leverancier, aannemer en dienstverlener, hoe klein ook.

5. Het elektronisch aanbesteden.

Zowel op nationaal als Europees niveau wordt veel verwacht van de elektronische aanbesteding. In het zo-even genoemde wetgevend pakket wordt elektronisch aanbesteden op één lijn gesteld met het ‘schriftelijk’ aanbesteden. Dat terrein is echter nog omgeven met vele vraagtekens.⁶⁹

Los daarvan is het de vraag of de richtlijnen niet zullen worden ingehaald door de razendsnelle ontwikkeling van internet.⁷⁰ Men moet voor ogen houden dat de aanbestedingsrichtlijnen uitgaan van een ouderwetse structuur, die in oorsprong al teruggaat tot 1971 en in wezen niet veranderd is: de overheid dient het bestek te maken, ook bij de nieuw in de voeren ‘competitive dialogue’, voor bijzonder complexe contracten.⁷¹

Maar heden ten dage kan men zich bijvoorbeeld de vraag stellen in hoeverre de aanbestedingsrichtlijnen zich nog wel verhouden tot de op internet aanwezige marktplaatsen. Zijn die aanbestedingsrichtlijnen mogelijk al niet achterhaald? Kunnen aanbestedende diensten zich op die marktplaatsen ook manifesteren en daar inkopen, of vormen de richtlijnen daarvoor een barrière? Kortom, moeten wij niet naar een nog veel flexibeler systeem dan het wetgevend pakket ons voorhoudt?

Met die vraag wilde ik eindigen.

Slotwoord

*Rector Magnificus,
Ladies and Gentleman,*

The message of this Inaugural Lecture is that procurement law is a fully-fledged branch of the law, with a highly European flavour, which in the Netherlands has found its home in the haven of private law. A change in this approach would be inopportune and, given the uncertainties of this changing area of the law, is not to be recommended. The new legislative package which the Commission published on 10 May 2000 is knocking on our door. With this new guest arriving at our table, the Netherlands ought to ensure more clarity, coherence and coordination in the procurement menu.

Dames en Heren,

Ik heb hedenmiddag getracht een *tour d’horizon* te geven van inhoud, plaats en betekenis van het aanbesteden en aanbestedingsrecht op het gebied van de overheidsopdrachten. Aanbesteden is, dacht ik zo, een hele opdracht geworden. Het is mijns in-

ziens een nieuw vak aan het juridisch firmament. Het is mijn bedoeling dit vak gestalte te geven aan de Juridische Faculteit van de UvA, de faculteit waar ik reeds zoveel jaren aan verbonden ben.

Ik beschouw de vestiging van een leerstoel in dit nieuwe vak dan ook als een kroon op mijn werk. De meeste studenten heb ik tijdens mijn propedeuse-colleges in deze zelfde aula al mogen begroeten. Zij worden thans hartelijk uitgenodigd om van dit nieuwe vak te komen genieten.

Graag zeg ik dank aan het Bestuur en de Raad van Advies van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA) en met name prof. dr. Laurence Gormley, voor de inspanningen die u heeft verricht om een bijzondere leerstoel in het vak aanbestedingsrecht te willen vestigen.

Mijn collega's en vrienden bij PricewaterhouseCoopers en Landwell,

Het was Marcel van Oosten, die mij als *Of Counsel*, of, in goed Nederlands, als extern adviseur, bij het nu oude Coopers en Lybrand binnen haalde. Via het gefuseerde PricewaterhouseCoopers, en per 1 augustus van dit jaar het zelfstandige advocaten- en notarissenkantoor Landwell, ben ik thans als voorzitter van de *Of Counsel Board* in uw midden. De vriendschappelijke manier van werken – vaak onder hoge druk – in een zeer groot aantal aanbestedings- en andere zaken waardeer ik zeer.

Mede-redactieleden en vrienden van de 'Tender Nieuwsbrief',

Dat er gepubliceerd moet worden over het aanbesteden en aanbestedingsrecht is noodzaak. Sinds eind 1995 doen wij dat als redactie van de 'Tender Nieuwsbrief', een gezamenlijk initiatief van Customer Select, International Tender Services en de NVvA. Dat ik tot het inzicht ben gekomen dat aanbesteden niet alleen een juridische grootheid is, heb ik mede aan u te danken.

De werkgroep aanbestedingsrecht van CMS Derks Star Busmann Hanotiau,

en met name Mr. Maarten Meulenbelt te Brussel, dank ik voor de inspirerende wijze waarop wij niet alleen 'nieuwjes' uitwisselen, doch deze ook nog – als de werkdruk het toelaat – met elkaar bespreken.

AANBESTEDEN, EEN HELE OPDRACHT

Mocht ik u niet genoemd hebben: ik ben u niet vergeten!

Ik dank u allen zeer voor uw komst.

Noten

- 1 G.W.A. van der Meent, *Overheidsaanbestedingen, De EG-rechtelijke context*, diss. 1995, p. 6.
- 2 Zie over de verschillende opvattingen: H. Nijholt, *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw*, *Bouwrecht Monografieën*, nr. 14, Kluwer, Deventer, 1996, p. 1 e.v.
- 3 Zie voor de geschiedenis daarvan met name: J.P.L. van Marissing, *De regelgeving voor overheidsopdrachten op het niveau van de Europese Gemeenschap en de GATT, alsmede de gevolgen hiervan voor de Nederlandse regelgeving*, *Europese Monografieën*, nr. 43, Kluwer, Deventer, 1995.
- 4 Zie: recent HvJEG, 3 oktober 2000, prejudiciële beslissing in zaak C 380/98 (The Queen en H.M. Treasury, ex parte The University of Cambridge).
- 5 Zie de discussienota: *Europees aanbesteden: Haal pegels uit die regels!*, p. 6 en 13, behorend bij Actieplan Professioneel Inkopen en Aanbesteden, Kamerstuk 1999-2000, 26966, nr.1, dat precies een jaar geleden aan de Tweede Kamer werd aangeboden.
- 6 Weliswaar waren er een aantal ‘voorlopers’ uit 1971 voor bouwwerken en uit 1977 voor leveringen, doch de naleving van die richtlijnen was slecht. Zie: *Advies overheidsopdrachten in de interne markt EG*, SER, Publicatie 89/10, p. 24.
- 7 Voor de vindplaatsen en behandeling van die richtlijnen verwijs ik naar de gangbare handboeken, zoals E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, 2de druk 1999, Sdu, Den Haag.
- 8 Zie daarover mijn bijdrage in *Gegund werk, Opstellen aangeboden aan Mr. J. Rozemond ter gelegenheid van zijn afscheid van de advocatuur*, Rozemond Van Ramshorst Smit, Amsterdam, 1995, p. 208 en S. Corvers, F.A.M. van der Klauw Koops en W. Wedekind (red.), *Overheidsaanbestedingen in de IT: Van onderhandelingsmodel naar aanbestedingsmodel*, Samsom Bedrijfsinformatie, Alphen a/d Rijn, 1995.
- 9 Zie bijvoorbeeld Uniform Aanbestedingsreglement EG 1991 (UAR-EG 1991), zoals laatstelijk gewijzigd bij ministeriële regeling van 3 december 1998, Stcrt 239, artikel 34.
- 10 Zie voor het recente Europees Advertentie Systeem voor Bouwopdrachten, afgekort EURASBO-programma: A. ter Mors, “Tender Nieuwsbrief”, november 2000, p.1 e.v.
- 11 Zie voor een definitie daarvan: UAR-EG 1991, artikel 1; vaak ziet men in de praktijk (met name bij IT-opdrachten) termen als *Request for Information* (Rfi) en *Request for Proposal* (Rfp), welk woordgebruik moet worden ontraden omdat het tot verwarring aanleiding geeft.
- 12 In de praktijk blijkt dat steeds weer een groot probleem. Zie recent inzake een werkgelegenheidsvoorwaarde HvJEG, 26 september 2000, in zaak C-225/98 (Cie/Frankrijk).
- 13 Zie evenwel H.D. van Romburgh, *Jaarboek 1999 van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht*, Samsom, Alphen a/d Rijn, 2000, p. 119, die het ‘Algemeen Reglement

- voor Diensten 2000' als een eerste aanzet ziet voor een poldermodel in het aanbestedingsrecht. Ook het Breed Overleg bij het totstandbrengen van het UAR-EG 1991 kan men als zodanig beschouwen.
- 14 Zie de discussienota *Europees aanbesteden: Haal pegels uit die regels!*, bij het Actieplan Professioneel Inkopen en Aanbesteden, Kamerstukken 1999-2000, 26966, nr. 1.
 - 15 Zie verslag van het op 20 juni 2000 gehouden Mini-symposium Aanbesteden en Publiek Private Samenwerking, gepubliceerd op Internet <http://www.minfin.nl/pps>.
 - 16 Zie de discussienota *Europees aanbesteden: Haal pegels uit die regels!*, p. 32.
 - 17 In de nabije toekomst zal die wettelijke basis komen te vervallen. Zie D.E. van Werven, *Bouwrecht in kort bestek*, 4de druk, Kluwer, Deventer, 2000, p. 324 en 348 e.v., en nader hieronder.
 - 18 Aanbestedingsreglement voor Diensten EG 2000 (ARvD-EG 2000), Sdu Uitgevers, Den Haag. Zie voor dit lustrum D. Waterman (red.), *Wat nu? Rechtsbescherming in het aanbestedingsrecht*, Samsom, Alphen a/d Rijn, 2000.
 - 19 W.H. van Boom, *De aanbestedende overheid; beginselen van behoorlijke openbare aanbesteding*, BR. 1999, p. 644. Overigens gebruikt hij de term 'openbare' aanbesteding dus niet conform de richtlijnen. Die beginselen gelden ook voor de andere dan de openbare procedure.
 - 20 Zie voorts over dit onderwerp de bijdragen van Ir. J.H. Timmermans en Mr. S. Kahn in H.D. van Romburgh (red.), *Jaarboek 1999 van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht*, Samsom, Alphen a/d Rijn, 2000, en mijn bijdrage: 'Aanbestedingsrecht: *lawyers paradise* en *best practices*' in: *Concurrerende praktijken*, Jonge Balie Congres 1998, Sdu Uitgevers, Den Haag, 1998.
 - 21 Zie de discussienota *Europees aanbesteden: Haal pegels uit die regels!*, behorend bij het Actieplan Professioneel Inkopen en Aanbesteden.
 - 22 Geciteerd in H.D. van Romburgh (red.), *Jaarboek 1999 van de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht*, Samsom, Alphen a/d Rijn, 2000, p. 2.
 - 23 Zie Hof den Haag, 16 maart 2000 (Canon/Staat der Nederlanden). Vgl. over beperking in tijdsduur, E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, 2de druk, 1999, p. 112.
 - 24 Zie de discussienota *Europees aanbesteden: Haal pegels uit die regels!*, p. 24.
 - 25 J. Telgen in *Cobouw*, 15 juni 1998.
 - 26 Deze en andere gegunde opdrachten zijn te vinden in het tijdschrift *Tender Nieuwsbrief*, Elsevier Bedrijfsinformatie, Den Haag.
 - 27 F. Buurmeijer in de *Telegraaf* van 12 augustus 2000; op 19 augustus werd een aankondiging geplaatst in de *Volkskrant* en *Het Financiële Dagblad*. Op 21 oktober 2000 werd gedreigd met een kort geding (zie de *Volkskrant*, 21 oktober 2000). Kennelijk op 29 november wordt gegund aan dertien (!) reïntegratiebedrijven, aldus de *Telegraaf* van 1 december 2000. Deze gunning leidde tot een kort geding voor de president van de rechtbank te Utrecht op 21 december 2000.

- 28 Zag bijvoorbeeld E.H. Pijnacker Hordijk het aanvankelijk als 'nietig' onderwerp (BR, maart 1997, p. 213), thans denkt hij daar anders over. Vgl. E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, 2de druk, 1999, p. 3.
- 29 Zonder mij te willen beroepen op volledigheid noem ik: J.P.L. van Marissing, 'De regelgeving voor Overheidsopdrachten op het niveau van de Europese Gemeenschap en de GATT, alsmede de gevolgen hiervan voor de Nederlandse regelgeving', *Europese Monografieën*, nr. 43, Kluwer, Deventer, 1995; G.W.A. van de Meent, *Overheidsaanbestedingen: De EG-rechtelijke context*, *Bouwrecht Monografieën*, nr. 13, Kluwer, Deventer, 1995; H. Nijholt, *Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw*, *Bouwrecht Monografieën*, nr. 14, Kluwer, Deventer, 1996; A.G. Dorée, *Gemeentelijk aanbesteden, een onderzoek naar de samenwerking tussen diensten gemeentewerken en aannemers in de grond-, weg- en waterbouwsector*, diss. Universiteit Twente, uitgave in eigen beheer, 1996; Mevr. D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie, Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en Frankrijk*, Meijers reeks, Boom Juridische Uitgevers, 2000; Mevr. M. Nijhof, *De concessie in Europees rechtelijk perspectief*, *Europese Monografieën*, nr. 67, Kluwer, Deventer, 2000. Binnenkort zal Mevr. E. Manunza promoveren op EG-aanbestedingsrechtelijke problemen bij privatisering en corruptiebestrijding.
- 30 B. Hessel, *Bouwen aan een stad in Europa, Europeesrechtelijk gereedschap voor Leidsche Rijn en Utrecht*, inaugurele rede, Utrecht, 1999.
- 31 Zie artikel 7:400 e.v. BW.
- 32 Vgl. daarbij tevens D.E. van Werven, *Bouwrecht in kort bestek*, 4de druk, 2000, p. 323.
- 33 Zie anders E.H. Pijnacker Hordijk en G.W. van der Bend, *Aanbestedingsrecht*, 2de druk, 1999, en mijn bezwaar daartegen in de bespreking van dit werk in *Themis*, augustus 2000, p. 279.
- 34 Zie over deze 'Overeenkomst inzake overheidsopdrachten' de gangbare handboeken over het aanbestedingsrecht.
- 35 Vgl. mijn eerder genoemde recensie in *Themis*, augustus 2000, p. 279 e.v. Bovendien is de rechtsbasis van het aanbestedingsrecht een andere (namelijk interne markt) dan die van het mededingingsrecht.
- 36 In de voorlopers van de huidige richtlijnen uit (1971 en 1977) beperkte het begrip zich met name tot publiekrechtelijke rechtspersonen.
- 37 Bron: Onderzoek PricewaterhouseCoopers (niet gepubliceerd).
- 38 Pres. Rb. Den Haag, 2 maart 2000 (Sdu/Ned. Orde van Advocaten).
- 39 Wetsontwerp 26.883.
- 40 HR 22 januari 1999, NJ. 2000,305, Concl. A-G.Mok (Uneto/de Vliert). Vgl. BR. 1996, p. 768 en april 1998, p. 341 e.v., en W.J. Slagter, *Ondernemingsrecht*, 1999, 4, p. 111 e.v.

- 41 Arrest HvJEG 10 november 1998 in zaak C 360/96, prejudiciële vragen van Gerechtshof Arnhem in zaak Gemeente Arnhem en Rheden/BFI Holding BV. Het Hof Arnhem besliste na deze uitspraak op 15 februari 2000 (rolnr. 95/403).
- 42 Zie recent Hof 's-Hertogenbosch 3 augustus 2000 met noot G.R.J. de Groot (VOC/Medeco) in RZA 2000, nr. 153 (p. 509).
- 43 Zie circulaire 'Informatievoorziening betreffende het plaatsen van opdrachten voor de uitvoering van werken', Stcrt. 250 van 30 december 1996.
- 44 Zie de brochure: *Europese Richtlijn voor overheidsopdrachten voor Werken*, april 1999, p. 71.
- 45 De stroom arresten van het HvJ EG lijkt niet op te houden. Zie recent HvJ EG 3 oktober 2000 in zaak C 380/98 (University of Cambridge), waar met name het financieringsselement uit de definitie aan de orde kwam en de conclusie van A.G. Mischo d.d. 19 oktober 1999 in zaak C 237/99, waar het gaat om het begrip 'beheer' bij de Franse 'Sociétés Anonymes d'habitations à loyer modéré'.
- 46 Gerechtshof Amsterdam, 2 maart 2000, rolnr. 1185/99 SKG, SIG Services BV/Stichting Sanquin Bloedvoorziening.
- 47 Concl. A.G. Mok bij het arrest Uneto/De Vliert, sub 4. Vgl. 'Actualiteiten' (inzake prejudiciële procedures), *NJB* 2000, p. 1312 e.v.
- 48 Zie bijvoorbeeld R.A. van der Pol, *Aspecten van overheid en privaatrecht in België*, WPNR 6143/44 (1994), p. 496 e.v. Zie voor Frankrijk de recente dissertatie van mevr. D.L.M.T. Dankers-Hagenaars genoemd in noot 29, hoofdstuk 6.
- 49 HvJEG, 28 oktober 1999 in zaak C 81/98 Alcatel Austria A.G. e.a./Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.
- 50 Zie bijvoorbeeld artikel 32 UAR-EG. Vgl. J. Boogaarts, F.A. van der Klaauw en J.G.J.M. de Zwaan, 'Administratief recht en aanbestedingen', in S. Corvers e.a., *Overheidsaanbestedingen in de IT*, Samsom, Alphen a/d Rijn, 1995, p. 118.
- 51 Zie: D.C. Orobio de Castro en J.R. van Angeren, BR 2000, p. 650.
- 52 Verzoek om prejudiciële beslissing in geding tussen Universale Bau AG en Bietergemeinschaft 1. Hinteregger en 2. Ostu Stettin Hoch und Tiefbau GmbH, zaak C 470/99, Pb. EG. C 63/11 van 4.3.2000.
- 53 Nijholt, diss. (genoemd in noot 29), p. 212.
- 54 Zie: *Les marchés publics de travaux à l'heure de la réforme*, themanr. *Revue du droit Immobilier*, okt./dec. 1998 en de bijdrage van F. Llorens in: *Het aanbestedingsrecht vergeleken: praktische en theoretische aspecten van het aanbestedingsrecht in verschillende landen van Europa*, Verslag van congres, 22 oktober 1999, BR. januari 2001.
- 55 Zoals Orobio de Castro en Van Angeren in hun eerdergenoemde bijdrage voorstellen.
- 56 Zie het onderzoeksrapport: *Publiek Private Samenwerking: Risico's en Regulering*, Centrum voor Recht en Belang, Faculteit der rechtsgeleerdheid, UvA, uitgegeven door het Ministerie van VROM, Rijksplanologische Dienst, september 2000.
- 57 H. Nijholt, diss., 1996, p. 25 e.v. en BR. 1997, p. 218.
- 58 H. Nijholt, diss., p. 33.

- 59 Zie: *Vademecum overheidsopdrachten in de gemeenschap*, Pb. EG C 358, p. 1.
- 60 MvT Raamwet EEG voorschriften aanbestedingen, Kamerstukken 1991-1992, 22669, nr. 3. Wat betreft de handavingsrichtlijnen wordt aldaar op p. 5 en 6 uitdrukkelijk naar het burgerlijk recht en de burgerlijke rechter verwezen.
- 61 Zie voor een opsomming: Filip de Ly, *Europese Gemeenschap en Privaatrecht*, inaugurele rede, Erasmus Universiteit Rotterdam, Tjeenk Willink, Zwolle, 1993, p. 6 e.v.
- 62 Zie: *Europees aanbesteden: Haal pegels uit die regels!*, deel II, sub 6.1: implementatie: geen eigen normen.
- 63 Zie daarvoor M.A.M.C. van den Berg, *Een faire kans*, inaugurele rede, Universiteit Leiden, 1991, p. 24 e.v.
- 64 Zie: 'Tender Nieuwsbrief', december 2000 (8), p. 1 en 6.
- 65 Zie over de ERPA (European Regulated Procurement Associations): 'Tender Nieuwsbrief', november 1998 (7) en januari 1999 (1).
- 66 Zie: Chr. Brèchon Moulènes, 'L'échec des directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976', in: *Les marchés Publics Européens, Dossiers et Documents de la Revue Française de Droit Administratif*, p. 8 e.v.
- 67 Vgl. K.J.M. Mortelmans, 'De ontwikkeling van de communautaire regelgeving en Haagse besognes: de visie van de Raad van State', *NJB*, 2000, p. 1009, e.v.
- 68 Zie: Monique Nillessen, 'Tender Nieuwsbrief', december 2000 (8).
- 69 Zie daarover J.M. Bosnak, 'Tender Nieuwsbrief', september 2000, p. 1 e.v.
- 70 Vgl. bijvoorbeeld: P. van der Heijden e.a., *E-commerce, elektronisch zaken doen bij de Overheid*, 2000; Fred van Blommesteijn (red.), *Elektronisch inkopen op een open markt*, Nevi, 2000.
- 71 Zie onder meer J.G.J. Jansen, BR, september 2000, p. 724.