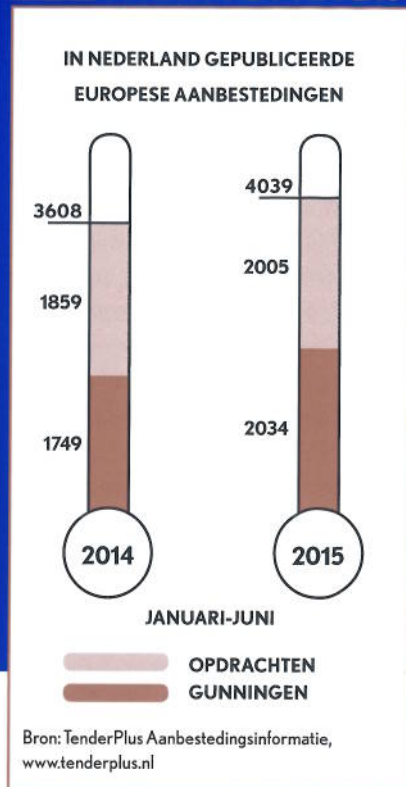


# TENDER 5

## N I E U W S B R I E F

### TENDER THERMOMETER



IN DIT NUMMER:

**1** Doelmatigheid versus rechtmatigheid **3** Een keurmerk voorschrijven, een (makkelijke) optie? **4** Verslag voorjaarsvergadering NvVA **5** Het gebruik van certificaten om social return aan te tonen **6** DE ZAAK: Aanbestedingen en 'gecertificeerde' geschiktheidseisen **8** COLUMN en GEZIEN?!

## Doelmatigheid versus rechtmatigheid

**Aanbesteden heeft soms veel weg van voetballen: er is een doel en er zijn regels waar de spelers zich aan moeten houden. Maar een (te) stricte handhaving van de regels kan het spel platleggen. Misschien is het tijd voor een andere benadering van het begrip rechtmatigheid in het kader van aanbestedingen: de 'rule based'-benadering die nu wordt gehanteerd vervangen door een 'principle based'-benadering. Dus geen gedetailleerde regels, maar beginselen in de wet opnemen en deze beginselen ook als uitgangspunt hanteren bij rechtszaken.**

### Geen dilemma

Ik werd uitgedaagd door de redactie van deze nieuwsbrief om het dilemma doelmatigheid versus rechtmatigheid in aanbestedingen te behandelen. Dat is makkelijk: dat is geen dilemma! Bij aanbestedingen gaat het om het bereiken van een doel: iets aanschaffen, een werk laten uitvoeren of diensten laten verrichten. Het zo veel mogelijk bereiken van dat doel noemen we doelmatigheid. In de Aanbestedingswet 2012 staat het ook heel mooi: aanbesteden gaat om het realiseren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde. Voor de manier waarop dat dan moet gebeuren hebben we wetten, waarvan de Aanbestedingswet de meest relevante is. Daar moeten we ons aan houden. Dan zijn we rechtmatig bezig. Doelmatigheid versus rechtmatigheid is dan ook geen tegenstelling of dilemma: we moeten doelmatig handelen en daarbij binnen de grenzen van de rechtmatigheid blijven. Een simpele metafoor: het gaat in het voetballen om het maken van doelpunten en dat moet

binnen de spelregels gebeuren, dus niet met de hand of vanuit buitenspelpositie. Het voetballen is het aanbesteden en het spelregelboek is de Aanbestedingswet. Doelpunten maken en niet buitenspel lopen is dan ook geen tegenstelling; die twee kunnen best samengaan.

### Wel een dilemma?

Toch wil ik niet beweren dat de redactie domme vragen stelt. In de praktijk wordt het dilemma tussen doelmatigheid en rechtmatigheid wel degelijk ervaren. Hoe komt dat dan? Weer terug naar het voetballen. Toen ik eind jaren zeventig in de USA voetbalde met het college team van de University of Tennessee in Knoxville was de sport daar nog redelijk onbekend. De meeste van mijn teamgenoten hadden pas als student kennisgemaakt met de sport. Ze hadden een prima conditie en ook met de balvaardigheid viel het wel mee. Maar werken met de spelregels was nog geen ingesleten gewoonte. Dat is niet zo'n probleem als je met een balaan de voet gaat

dribbelen of gaat schieten op het doel, maar wel als je op de buitenspelval moet letten. Met een paar keer oefenen konden mijn teamgenoten en ik vrijwel iedere aanval simpel afbreken door een paar stappen naar voren te doen: iedere pass naar voren resulteerde in buitenspel voor de tegenstander! Het gevolg was dat de tegenstanders in de tweede helft geen pass meer durfden te geven en maar bleven dribbelen. Dat schiet niet op: voetbal is een teamsport. De tegenstanders kwamen nauwelijks de middellijn meer over en maakten geen doelpunten. De angst en frustratie om na iedere pass afgefloten te worden had hen als het ware verlamd. In mijn beleving is het zo ook gegaan met aanbesteden: de angst om fouten te maken verlamt de inkoopers. Inkoopers zijn bang om fouten te maken tegen de spelregels en blijven daarom maar dribbelen in plaats van het spel te spelen en een pass te geven, waardoor ze niet aan scoren toekomen. In aanbestedingstermen: inkoopers zijn bang om niet rechtmatig te handelen en schieten

daardoor in de kramp met als gevolg dat de doelmatigheid uit zicht raakt.

Een voorbeeld: ik zie vrijwel geen bestekken, UTI's (uitnodiging tot inschrijving) of aanbestedingsleidraden die minder dan 25 pagina's beslaan. Zelfs voor de meest simpele recht-toe-recht-aan inkopen worden hele boekwerken geproduceerd vanuit de angst om maar niet onrechtmatig te handelen.

## Het dilemma vergroten

Maar het zijn niet alleen de inkopers die voor deze situatie hebben gezorgd. Een belangrijke rol is ook weggelegd voor de juristen. En met de algemene term 'juristen' bedoel ik dan zowel de wetgevende macht (wetgevingsjuristen in Brussel en Den Haag) als de rechterlijke macht, als de vele hele en halve juristen die zich als adviseurs en advocaten met aanbestedingen bemoeien. Zij hebben in mijn ogen in de loop der tijd twee fouten gemaakt, daarbij vaak ook nog aange-moedigd door klagende aanbieders, die al dan niet vermeende vormfouten aangrijpen om te proberen een hen onwelgevallige beslissing terug te laten draaien.

In de eerste plaats is gepoogd om het 'hoe' van het inkopen te vatten in gedetailleerde regels. Zowel in de regels zelf als in de jurisprudentie daaromheen zie je die gedetailleerde uitwerking: welke selectiecriteria zijn toegestaan? Hoe lang moet je wachten op een offerte? Wat moet je duidelijk maken in een terugkoppeling? Wat is wel en niet proportioneel? Et cetera. Dat zijn voor het merendeel issues die te maken hebben met de procedure, dus het middel, en niet met de inhoud, het te bereiken doel.

In de tweede plaats zijn de regels een eigen leven gaan leiden: ze zijn belangrijker geworden dan hun bedoeling. Voorbeelden te over: de bedoeling van de regels is om eerlijke concurrentie te waarborgen, daarom mag de ene aanbieder niet meer tijd hebben om een offerte in te dienen dan de ander. Maar wordt dat echt bereikt door

een offerte die vijf minuten te laat binnen komt (terwijl de andere nog niet geopend zijn) uit te sluiten? En is het echt slim om een aanbieder uit te sluiten als hij vergeet een bewijs van inschrijving bij de KvK in te dienen of als dat bewijs meer dan zes maanden oud is? Juist ook klagende aanbieders grijpen vaak dit soort procedure-onderwerpen aan om het hen aangedane onrecht breed uit te meten. Mij doet het denken aan de 'Schwalbe' in het voetbal: meteen een duikeling maken bij het geringste contact – maar was die duikeling ook echt wel het onvermijdelijke gevolg van het contact?

Ik snap dat in het kader van de rechtszekerheid een set aan afspraken nodig is, maar genoemde voorbeelden zorgen in ieder geval niet voor verbetering van de doelmatigheid – de uitgesloten aanbiedingen zouden wel eens beter kunnen zijn dan de toegelaten aanbiedingen.

## Het dilemma verkleinen

Het dilemma doelmatigheid versus rechtmatigheid zou gediend zijn met een andere benadering van het begrip rechtmatigheid in het kader van aanbestedingen. In het kort zou ik graag de 'rule based'-benadering die nu wordt gehanteerd (in Brussel en in de rechtbanken en bijgevolg ook in de aanbestedingen zelf) willen vervangen door een 'principle based'-benadering. Dus geen gedetailleerde regels, maar beginselen in de wet opnemen en deze beginselen ook als uitgangspunt hanteren bij rechtszaken. Als voorbeelden van beginselen noem ik de verplichting om eerlijk en objectief te handelen of de verplichting om de administratieve lasten voor aanbieders en aanbestedende diensten te beperken. Hoe dat dan precies moet is van geval tot geval in te vullen. Wederom de parallel met het voetbal: niet vastleggen hoe lang het mag duren voor een vrije trap wordt genomen, maar stellen dat het de voortgang van het spel niet mag belemmeren. Of: niet zeggen hoe hoog het been opgebeurd mag worden, maar verbieden dat het gevaarlijk is.

Ik beseft dat dit andere problemen creëert: wanneer is het wel en wanneer is het niet gevaarlijk? In het voetbal wordt dat overgelaten aan de scheidsrechter en die is ook niet onfeilbaar en krijgt regelmatig veel kritiek. Het leidt tot een beoordeling van geval tot geval. Maar voor de doelmatigheid is dat alleen maar gunstig. Het is nu eenmaal zo dat niet in alle gevallen vijf minuten te laat ook echt te laat is en dat het altijd nodig is 37 dagen (of enige andere vaste termijn) te wachten op offertes. Doelmatigheid is niet in vaste regels te vangen.

Een heel andere metafoor kan dit duidelijk maken. Op een buitenweg geldt een maximum snelheid van 80 km/uur. Voor u rijdt een ouder echtpaar dat gecontroleerd 70 km/uur rijdt. U heeft geen echte haast, maar wilt wel inhalen. U wacht tot u een stuk van 500 meter weg ziet waarop geen tegenliggers zijn te bekennen: u gaat inhalen. Daarvoor moet u harder rijden dan uw voorganger. Wat doet u: met 80 km/uur inhalen, waardoor u langer naast uw voorligger moet rijden en het inhalen langer duurt en er meer kans is dat er toch nog tegenliggers aankomen? Of even 90 km/uur rijden waardoor u er sneller voorbij bent en het verkeer niet verder hindert? Heel formeel mag u niet harder rijden dan 80 km/uur, maar voor de doorstroming in het verkeer kunt u beter even 90 km/uur rijden. Om doelmatigheid te bereiken moet je de ruimte geven aan de spelers. De regels waarbinnen het spel moet worden gespeeld, moeten naar de geest van het spel worden toegepast, niet naar de letter van de regels. 'Schwalbes' horen bestraft te worden en hoe mooi is het niet als bij een overtreding de scheidsrechter door laat spelen omdat de benadeelde partij geen echt nadeel heeft en alsnog het doelpunt kan maken. Dat is echte doelmatigheid.

prof. dr. J. Telgen  
Universiteit Twente en Public Procurement Research Center ([www.pprc.eu](http://www.pprc.eu))

# Kennisbank Inkoop en Aanbesteden

De Kennisbank Inkoop en Aanbesteden sluit perfect aan op uw werkproces met onder andere:

- ✓ Artikelsgewijs commentaar op de aanbestedingswet
- ✓ Meer dan 33 praktische tools
- ✓ Boek *Aanbestedingsrecht voor overheden* - hét standaardwerk door mr. M.J.J.M. Essers
- ✓ Jurisprudentie inclusief samenvattingen
- ✓ Gerenommeerde redactie en auteurs

Bekijk de kennisbank direct op [www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl](http://www.kennisbankinkoopenaanbesteden.nl)