

# VU Research Portal

## Juridisering van overheidsinkoop is een schijnprobleem

Jansen, C.E.C.

### **published in**

Deal!

2018

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Jansen, C. E. C. (2018). Juridisering van overheidsinkoop is een schijnprobleem. *Deal!*, 2018(December), 36-38.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)



**Naam** Chris Jansen

**Functie** hoogleraar privaatrecht aan  
Centre for Public Contract Law &  
Governance (CPC) van de VU  
Amsterdam en voorzitter van de  
Commissie van Aanbestedingsexperts.

---

# JURIDISERING VAN OVERHEIDS- INKOOP IS EEN SCHIJNPROBLEEM

---

**Binnen overheidsinkoop zou al enige tijd sprake zijn van juridisering. Volgens hoogleraar Chris Jansen is echter sprake van een schijnprobleem. De grootste uitdaging is om kennis te ontwikkelen voor de hoognodige professionaliseringsslag in overheidsinkoop.**

---

**S**inds enkele jaren valt regelmatig de kritiek te beluisteren dat het domein van overheidsinkoop meer en meer is gejuridiseerd en dat die ontwikkeling problematisch is. Critici vinden dat overheidsinkopers te zeer en te eenzijdig zijn gefocust op de naleving van de beginselen en regels van het aanbestedingsrecht, uit angst daarmee in strijd te handelen. Die angst zou verlamdend werken en zorgen dat inkopers niet of onvoldoende bezig zijn met het primaire doel van overheidsinkoop: zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor publieke middelen realiseren.

Wanneer we veronderstellen dat het fenomeen zich in de praktijk inderdaad voordoet – empirisch bewijs is daarvoor niet voorhanden – hoe moeten we dat fenomeen dan duiden? Om die vraag te

kunnen beantwoorden, is het goed eerst wat verduidelijking aan te brengen in het onderscheid tussen de doelstellingen van het aanbestedingsrecht en de (mogelijke) doelstellingen van overheidsinkoop.

## **Doelstellingen**

Het aanbestedingsrecht bevat gedragsverplichtingen voor aanbestedende diensten. Daarmee heeft de wetgever primair beoogd dat een aanbestedende dienst ondernemingen gelijke kansen biedt op het verwerven van een opdracht. Een ander doel dient het aanbestedingsrecht in de kern niet. Dat het bieden van gelijke kansen het primaire doel van het aanbestedingsrecht is, betekent natuurlijk nog niet dat dit óók een doelstelling van overheidsinkoop is, en zeker niet dat het hier om de primaire doelstelling van overheidsinkoop zou gaan. Wat de



**In plaats van drukte te maken over het schijnprobleem van juridisering, kunnen we ons beter richten op kennisontwikkeling op het gebied van overheidsinkoop.**

doelstellingen van overheidsinkoop zijn of zouden moeten zijn, en hoe die zich tot elkaar zouden moeten verhouden, zou juist veel meer onderwerp van debat moeten zijn. We kunnen inmiddels immers een aardige lijst van onderwerpen samenstellen die allemaal doelstellingen van overheidsinkoop zouden kunnen zijn. Maar of ze dat ook zouden moeten zijn?

#### **Maatschappelijk waarde realiseren**

Daarmee kom ik op de vraag waar de juridisering van de overheidsinkoop precies uit zou bestaan. In de meest extreme benadering, die ik eigenlijk alleen heb kunnen terugvinden bij de voormalig directeur van PIANOo Wouter Stolwijk, wordt de verplichting van aanbestedende diensten om ondernemingen gelijke kansen te bieden als zodanig beschouwd als een ongewenste vorm van juridisering. Volgens Stolwijk zou een aanbestedende dienst zich volledig moeten kunnen laten leiden door wat hij ziet als de onbetwiste primaire doelstelling van overheidsinkoop, namelijk zoveel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen realiseren. Een eventuele verplichting tot het bieden van gelijke kansen is daaraan wat Stolwijk betreft ondergeschikt.

#### **Afschaffing Aanbestedingswet**

Met juridisering heeft dit natuurlijk niets van doen: dat de verplichting van een aanbestedende dienst om gelijke kansen te bieden in de wet verankerd ligt, is immers de resultante van een uitvoerig politiek besluitvormingsproces. Zelfs wanneer men vindt dat het bieden van gelijke kansen geen doelstelling van de overheidsinkoop dient te zijn, dan nog kan men er niet omheen dat aanbestedende diensten bij de organisatie van die overheidsinkoop

wettelijk tot het bieden van gelijke kansen verplicht zijn. Stolwijk is in zijn benadering in zoverre dan ook consequent dat hij de afschaffing van de Aanbestedingswet bepleit.

#### **Gelijke kansen**

In een andere benadering – die we bijvoorbeeld terugvinden bij emeritus hoogleraar Jan Telgen – wordt juridisering in verband gebracht met het inmiddels omvangrijke stelsel van gedetailleerde regels die een aanbestedende dienst moet naleven om te waarborgen dat ondernemingen gelijke kansen krijgen. De vraag die men dan opwerpt, is of handhaving van sommige van die regels eigenlijk wel bijdraagt aan het waarborgen van kansgelijkheid in het concrete geval, mede gelet op het feit dat die handhaving kan resulteren in een minder doelmatige inkoop. Deze benadering gaat eraan voorbij dat de regels als zodanig niet in de weg staan van een doelmatige inrichting van het inkoopproces: dat is ook een van de pijlers waarop het traject ‘Beter Aanbesteden’ is gebaseerd.

De regels schrijven als gezegd ook niet voor hoe de inkoop dient te worden georganiseerd om de beoogde doelstellingen te realiseren: daarover gaat het aanbestedingsrecht namelijk niet.

---

## *Zouden we ons niet veel meer bezig moeten houden met de vraag hoe we tot de ontwikkeling van kennis kunnen komen?*

---

Wanneer een inkoopproces onverhoopt toch ondoelmatig uitpakt, omdat een onderneming aandringt op handhaving van de regels, moet de oorzaak van die ondoelmatigheid niet worden toegeschreven aan de handhaving van die regels, maar aan de niet-naleving daarvan door de aanbestedende dienst. Dan past het natuurlijk niet om het verschijnsel dat ondernemingen die niet-naleving problematiseren – zonodig in rechte – als een vorm van ongewenste juridisering weg te zetten. Wie zich niet aan de wet houdt, dient zich immers gewoon te verantwoorden.

#### **Rechtsonzekerheid**

Voorgaande neemt niet weg dat het ook voor overheidsinkopers die zich aan de regels willen houden niet altijd eenvoudig is om dat te doen. Dat komt vooral doordat de ontwikkeling van al die gedetailleerde regels tot een in de praktijk eenvoudig toepasbaar regelstelsel dat inkopers in staat stelt zelfstandig voorspelbare uitkomsten te doen op dit moment nog volop gaande is. Dat die ontwikkeling nog niet geheel is voltooid, kan onder inkopers én juristen tot rechtsonzekerheid leiden. Dit is zeker niet ideaal, maar het ligt niet in de lijn der verwachtingen dat die situatie van rechtsonzekerheid maar eindeloos blijft voortduren. Het gaat hier om een normale ontwikkeling, waarbij het soms enige tijd duurt voordat in de wetgeving vastgelegde open normen zodanig zijn uitgekristalliseerd dat degenen tot wie die regels zich richten daar probleemloos mee weten om te gaan.

#### **Zelf uitvogelen**

En zelfs wanneer overheidsinkopers redelijk probleemloos met de gedetailleerde regels van het aanbestedingsrecht kunnen

omgaan, iets waar veel van hen overigens al toe in staat zijn, blijft de kwestie van de mogelijke ondoelmatigheid van de overheidsinkoop relevant. Want zoals hiervoor al opgemerkt, staan de regels op zichzelf het maken van doelmatige keuzes bij de voorbereiding en uitvoering van inkoop helemaal niet in de weg. Die regels zeggen alleen iets over die keuzes voor zover dat relevant is vanuit het perspectief van de doelstelling van het bieden van gelijke kansen aan ondernemingen. Zij zeggen niets over

## *Een jurist bemoeit zich niet met het realiseren van de doelstellingen die de aanbestedende dienst met overheidsinkoop beoogt: dat mag de inkoper zelf uitvogelen*

hoe die keuzes het beste zouden kunnen worden gemaakt vanuit de doelstellingen die de aanbestedende dienst met de overheidsinkoop als zodanig voor ogen heeft. Daar bemoeit de jurist zich dan ook niet mee: dat mag de inkoper zelf uitvogelen.

### **Nadere verkenning**

En daarmee komen we bij de kern van het werkelijke probleem. Een probleem dat de eerder genoemde critici hebben geprobeerd te vangen – ten onrechte, denk ik – met het containerbegrip juridisering. Want als het zo is dat het aanbestedingsrecht inkopers op zich geen strobreed in de weg legt wanneer zij zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen willen realiseren, wat zou er dan vervolgens moeten gebeuren om te bewerkstelligen dat zij dat ook daadwerkelijk gaan doen, ervan uitgaande dat dit nu nog onvoldoende gebeurt? Ik zie twee mogelijkheden die nadere verkenning en doordenking verdienen alvorens men besluit hoe de governance van de bevordering van de doelmatigheid van de overheidsinkoop in de toekomst verder vorm te geven.

### **Professionalisering**

Een eerste mogelijkheid veronderstelt dat het op zich objectief duidelijk is – in termen van kennis en vaardigheden – hoe overheidsinkopers, binnen de kaders van de Aanbestedingswet, de overheidsinkoop zouden moeten organiseren om de met die inkoop beoogde doelstellingen maximaal te kunnen realiseren. Het feit dat overheidsinkopers daar nu nog niet altijd in slagen, zou kunnen betekenen dat een aantal van hen die kennis en vaardigheden nog onvoldoende bezit. Als dat een juiste diagnose van het probleem is, dan liggen de uitdagingen inderdaad op het vlak van de professionalisering, zoals op dit moment in het kader van het traject 'Beter Aanbesteden' wordt verondersteld.

### **Doelmatige keuzes**

Er is ook nog een tweede mogelijkheid denkbaar. En die mogelijkheid houdt in dat het op dit moment nog onvoldoende inzichtelijk is hoe de overheidsinkoop in concrete gevallen het beste kan worden georganiseerd met het oog op alle doelen die een aanbestedende dienst met die inkoop zou willen en of moeten realiseren, rekening houdend met de verplichting om ondernemers gelijke

kansen te bieden. Dat die verplichting er op zich niet aan in de weg staat dat overheidsinkopers ook doelmatige keuzes maken bij de organisatie van de overheidsinkoop, hoeft immers nog niet te betekenen dat het ook objectief in alle opzichten duidelijk is hoe zij die keuzes dan moeten maken.

### **Vage zorgplichten**

Ik roep in dit verband in herinnering dat de aanbestedingswetgeving in hoofdzaak altijd sterk gericht is geweest op het bevorderen van gelijke kansen voor ondernemingen. De politiek is zich bij de totstandkoming van de Aanbestedingswet pas laat gaan realiseren dat overheidsinkoop over veel meer gaat. De wijze waarop dat gegroeide inzicht vervolgens in een aantal vage zorgplichten in de Aanbestedingswet is vertaald, geeft er weinig blijk van dat destijds goed is nagedacht over de precieze onderlinge verhouding tussen de doelstellingen die met die zorgplichten zijn beoogd, en hun interactie met de gedetailleerde regels die de verplichting tot het bieden van gelijke kansen uitwerken. Laat staan dat goed lijkt te zijn nagedacht over de integrale governance van de overheidsinkoop, gegeven alle daarmee gemoeide belangen en doelstellingen.

### **Schijnprobleem**

Als dat een juiste diagnose van het probleem is, dan ligt de uitdaging op een heel ander vlak en dient eerst kennis te worden ontwikkeld alvorens men überhaupt een professionaliseringslag kan maken. Kennis over hoe inkopers binnen de bestaande juridische kaders het beste keuzes kunnen maken om alle doelstellingen optimaal te realiseren. Kennis ook ten aanzien van de meest optimale mix van sturingsmechanismen om te bewerkstelligen dat inkopers die keuzes ook daadwerkelijk gaan maken. Ik vraag me af of al die kennis er al is en waar een inkoper die dan kan vinden. Zouden we, in plaats van ons druk te maken over het schijnprobleem van juridisering van de overheidsinkoop, ons niet veel meer bezig moeten houden met de vraag hoe we tot de ontwikkeling van de hiervoor bedoelde kennis kunnen komen? ●

## **TOELICHTING**

Dit artikel is de verkorte versie van de gelijknamige keynote die de auteur eerder dit jaar uitsprak aan de Vrije Universiteit Amsterdam tijdens het congres 'De stand van het aanbestedingsrecht: coherent kader of belemmering?' Een uitgebreide versie is verschenen onder de titel 'Over het vermeende dilemma tussen de doelmatigheid en de rechtmatigheid van de overheidsinkoop', in: Elisabetta Manunza & Fredo Schotanus (eds.), 'The Art of Public Procurement. Liber Amicorum in Honour of prof. dr. Jan Telgen', Enschede 2018, p. 171-183 en in Tijdschrift Aanbestedingsrecht 2018/61, p. 27-35.