

# 229 Transparantie in plaats van opportunisme

MR. J.F. VAN NOUHUYS

Het mag geen twijfel lijden dat aanbesteden draait om het pakken van de kans. En in ogenschouw nemende dat de gegadigde die het meest gewetenloos voor de kans gaat dikwijls goede of zelfs de beste papieren heeft om de gunning te verwerven, zou aanbesteden wellicht als geïnstitutioniseerd opportunisme kunnen worden aangemerkt. Een vluchtige beschouwing van de betrokken belangen bij aanbestedingsprocedures maakt duidelijk dat er veel situaties kunnen spelen waarin enige vorm van opportunisme aantrekkelijker is. Denk aan de aanbesteder die graag iets door de vingers ziet, omdat hij anders duurder uit is of opzettelijk moet aanbesteden.

Of denk aan de opvolgend inschrijver die graag ziet dat de beoogd winnaar strenger wordt aangepakt dan nodig is. En ten slotte kan ook worden gedacht aan de winnaar die weet dat hij ten onrechte als zodanig is aangewezen, maar zich niet geroepen voelt om dat aan te kaarten en de winst uit handen te geven. In theorie zijn al deze situaties geregeld: de aanbestedingsstukken dienen duidelijk te zijn en het is aan de aanbesteder om de toepasselijke regels juist en op een voor alle inschrijvers gelijke wijze toe te passen. Of anders gezegd: het gelijkheidsbeginsel is de theoretische basis van het juridisch systeem.

De praktijk is weerbarstiger, allereerst omdat er binnen een aanbestedingsprocedure nooit sprake is van identieke gevallen. En in de tweede plaats omdat dikwijls geldt dat de toepasselijke regels zich zonder interpretatie en waardering van de situatie door de aanbesteder niet laten toepassen. En in de derde plaats omdat de aanbesteder een informatie-monopolie heeft. Uiteindelijk komt het derhalve aan op hetgeen de aanbesteder ervan maakt. Dat is op zichzelf niet zonder meer een probleem, maar het gaat ook wat ver om te veronderstellen dat dit vanzelfsprekend goed gaat. Immers, zelfs de aanbesteder die perfectie nastreeft, maakt fouten. De kwaliteit zal moeten worden gewaarborgd en het aanbestedingsrecht biedt ook een instrument om dat te realiseren: transparantie. Een aanbesteder kan immers wel zeggen dat hij zijn werk goed doet, maar alleen door middel van transparantie kunnen die woorden op waarde worden geschat. Natuurlijk kan een aanbesteder intern

ook allerlei kwaliteitsgerichte maatregelen treffen, maar daarvoor geldt evenzeer dat zij voor andere betrokkenen een papieren werkelijkheid blijven als er geen sprake is van transparantie.

Kortom, transparantie is de sleutel tot het waarborgen van kwaliteit van aanbestedingsprocedures. Aannemende dat alle betrokkenen bij een aanbestedingsprocedure in het algemeen gesproken belang hebben bij kwaliteit en niet bij ad hoc willekeur, zou je verwachten dat transparantie breed wordt nagestreefd. Het tegendeel is echter het geval. Veel gunningsbeslissingen bevatten niet de relevante redenen voor het niet gunnen, laat staan een uiteenzetting van alle redenen. De winnaar van een aanbestedingsprocedure krijgt doorgaans überhaupt geen inhoudelijke onderbouwing van de beoordeling en aanbesteders zijn weinig geneigd extra informatie te verstrekken. Dat laatste blijkt dikwijls ingegeven door de angst 'bedrijfsvertrouwelijke informatie' prijs te geven die objectief gezien in het geheel niet als zodanig kan worden beschouwd. Afhankelijk van de situatie waarin een marktpartij zich bevindt, verandert de aard van dergelijke informatie aanzienlijk. Al met al is het opvallend hoe weinig transparantie doorgaans wordt geboden, hoe minimaal gunningsbeslissingen zijn opgesteld en hoeveel weerstand verzoeken om meer transparantie bij de aanbesteder oproepen. Bij gebrek aan fundamentele argumenten om die transparantie niet te verschaffen, wekt het vooral de indruk dat er zaken te verbergen zijn. Dat is bepaald zorgelijk, al was het maar dat die indruk de enige

beschikbare oplossing stimuleert: procederen. Aanbesteden gaat in veel gevallen om aanzienlijke economische belangen en de wijze waarop aanbesteders te werk gaan, raakt het vertrouwen dat burgers hebben in de overheid. Onder dit soort omstandigheden justitiabelen dwingen om maar te gaan procederen, past niet in een rechtstaat.

De titel van dit redactioneel roept op tot een overtuigende keuze tot transparantie in plaats van opportunisme en alle betrokkenen alle betrokkenen bij aanbestedingen zouden moeten beseffen dat uit overtuiging openheid van zaken geven de enige manier is om kwaliteit te waarborgen en het wederzijds vertrouwen op te bouwen en te funderen als het gaat om aanbesteden. Een aanbesteder die relevante zaken niet aan het papier durft toe te vertrouwen, omdat hij weet dat daarover discussie ontstaat, voelt instinctief al aan dat er iets niet klopt. Transparantie zal hem derhalve kunnen behoeden om die fout te maken. Een aanbesteder die uit overtuiging zoveel mogelijk inzicht geeft in zijn beoordeling en besluitvorming, heeft automatisch de meeste kans om een deugdelijk en overtuigend besluit te nemen waarover juist niet wordt geprocedeerd. Aanbesteders zijn echter niet de enigen die een andere overtuiging zouden moeten hebben. Deelnemers aan aanbestedingsprocedures dienen evenzeer van transparantie overtuigd te worden. Sterker nog, elke deelnemer aan een aanbestedingsprocedure in de zin van de Aanbestedingswet 2012 zou moeten beseffen, en zelfs moeten eisen, dat er openheid omtrent de relevante aspecten van de inschrijvingen (zoals prijs, kwaliteitsnormen, etc.) wordt gegeven. Die openheid borgt dat terecht wordt gewonnen of verloren en draagt bij aan de marktwerking. Immers, als concurrenten weten hoe ze ten opzichte van elkaar staan, weten ze ook hoe ze zich kunnen verbeteren. Dat inzicht dwingt elke marktdeelnemer dat ook te gaan doen. Ondernemingen die dat niet aankunnen, zouden hun heil elders moeten zoeken. Bijkomend voordeel

is dat marktpartijen elkaar na gunning in de gaten houden en zo ook druk zetten op de juiste nakoming van de beloftes.

De bepleite mentaliteitsverandering zal niet vanzelf gaan, zeker niet als de wetgever geen duidelijke kaders stelt. Gelukkig is er op dat vlak een kans voor de wetgever. Op dit moment wordt er als het goed is hard gewerkt in Den Haag aan de nieuwe Aanbestedingswet. De nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen die eerder dit jaar zijn aangenomen dienen per april 2016 te zijn geïmplementeerd, zodat het wetsvoorstel van de nieuwe wet naar verwachting eind dit jaar of begin 2015 naar de Tweede Kamer gaat. Laten we hopen dat in dit geval de wetgever de kans pakt en met overtuiging kiest voor transparantie als basisbeginsel voor het handelen van aanbesteders. Door uit te werken wat wel en niet bedrijfsvertrouwelijke informatie is, functioneel en materieel te beschrijven in welke informatie de aanbesteder inzicht moet geven én richting deelnemers aan aanbestedingsprocedures duidelijk te maken welke informatie uit hun inschrijvingen openbaar zal worden gemaakt, kan de wetgever het verschil maken. Volstaan met een algemeen beginsel dat in de praktijk moet worden ingevuld, is opportunistisch en onvoldoende. Een kwaliteitsverbetering bij Europees aanbesteden, een toename van vertrouwen in de overheid en het afnemen van juridische procedures zullen het gevolg zijn. De nieuwe Aanbestedingswet zal naar verwachting voor de komende tien jaar het juridisch kader vormen. Als het nu niet opportuun is dat de wetgever transparantie als borging van de kwaliteit afdwingt, dan weet ik het niet meer.

#### Over de auteur

Frederik van Nouhuys is advocaat bij Straatman Koster Advocaten B.V. en redacteur van dit blad.