

Vergaderjaar 2004–2005

29 709

Aanbestedingsbeleid

Nr. 6

LIJST VAN VRAGEN EN ANTWOORDEN

Vastgesteld 7 juli 2005

De vaste commissie voor Economische Zaken¹, heeft een aantal vragen voorgelegd aan de minister van Economische Zaken over zijn brief d.d. 8 juni 2005 inzake ontwerpbesluiten ter implementatie van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (2004/17/EG en 2004/18/EG) (29 709, nr. 5). De minister heeft de vragen beantwoord bij brief van 7 juli 2005. De vragen alsmede de daarop gegeven antwoorden, voorzien van een inleiding, zijn hieronder afgedrukt.

De voorzitter van de commissie,
Hofstra

De griffier van de commissie,
Tielens-Tripels

¹ Samenstelling:

Leden: Crone (PvdA), Bakker (D66), Hofstra (VVD), voorzitter, Schreijer-Pierik (CDA), ondervoorzitter, Atsma (CDA), Timmermans (PvdA), Vendrik (GL), Ten Hoopen (CDA), Weekers (VVD), Slob (CU), Van den Brink (LPF), Kortenhorst (CDA), Hessels (CDA), Gerkens (SP), Van Velzen (SP), Varela (LPF), Algra (CDA), Aptroot (VVD), Blom (PvdA), Smeets (PvdA), Douma (PvdA), De Krom (VVD), Heemskerk (PvdA), Van Dam (PvdA), Dezentjé Hamming-Bluemink (VVD), Jonker (CDA), Jungbluth (GL).

Plv. leden: Tichelaar (PvdA), Dittrich (D66), Örgü (VVD), De Nerée tot Babberich (CDA), Van Hijum (CDA), Koenders (PvdA), Duyvendak (GL), Joldersma (CDA), Van Egerschot (VVD), Van der Vlies (SGP), Hermans (LPF), Verburg (CDA), Van Vroonhoven-Kok (CDA), Vacature (SP), De Ruiter (SP), Van As (LPF), De Haan (CDA), Blok (VVD), Samsom (PvdA), Van Dijken (PvdA), Van Heteren (PvdA), Snijder-Hazelhoff (VVD), Tjon-A-Ten (PvdA), Waalkens (PvdA), Szabó (VVD), Van Dijk (CDA), Van Gent (GL).

Hierbij zend ik u antwoorden op de vragen die over de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen. De vragen werden mij toegestuurd op 5 juli jl.

Na beantwoording van de vragen kom ik in deze brief terug op het bezwaar dat de Vaste kamercommissies van EZ en VROM in het AO van 30 juni jl. naar voren hebben gebracht ten aanzien van de nieuwe verplichting in de aanbestedingsrichtlijnen om bedrijven uit te sluiten wanneer zij bijvoorbeeld zijn veroordeeld wegens deelnemen aan een criminele organisatie.

Beantwoording van de vragen

1

Wat zijn de argumenten om de ontwerpbesluiten ter implementatie van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG vertrouwelijk aan de Kamer voor te leggen?

De reden hiervoor is formeel juridisch. Ingevolge artikel 25a, tweede lid, van de Wet op de Raad van State zijn deze ontwerpbesluiten in deze fase vertrouwelijk. Overigens voorziet de Raamwet EEG-voorschriften aanbesteden niet in een voorhangprocedure.

2

Is het mogelijk de voorhangprocedure om te zetten in een openbare behandeling? Zo neen, wat houdt een openbare behandeling tegen?

Zie mijn antwoord op vraag 1.

3

De vertrouwelijke behandeling staat een publieke discussie met VNG, IPO, maatschappelijke instellingen en bedrijfsleven in de weg. Bent u van mening dat dit tot een betere implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen leidt?

Via het Interdepartementaal Overlegorgaan Europees Aanbesteden (IOEA), waarvan ook een vertegenwoordiger van het IPO en VNG lid zijn, heeft discussie plaats gevonden met voornoemde organisaties voorafgaand aan de advisering door de Raad van State.

Om een aantal redenen acht ik overleg met maatschappelijke instellingen en het bedrijfsleven over de implementatie van de aanbestedingsrichtlijnen niet nodig. Ten eerste zijn de voorschriften in de aanbestedingsrichtlijnen voor het overgrote deel gericht tot aanbestedende diensten. Slechts een enkel voorschrift is gericht op ondernemers. Ten tweede zijn de aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd via de methode van overschrijven. Dat betekent dat de voorschriften uit de richtlijn in beginsel één op één zijn overgenomen in de aanbestedingsbesluiten. Ten slotte laten de aanbestedingsrichtlijnen slechts op een beperkt aantal aspecten beleidsruimte en is er voor het overgrote deel sprake van zeer concrete voorschriften waarvan bij implementatie niet kan worden afgeweken. Zoals ik u reeds heb medegedeeld in het AO van november 2004 heb ik slechts in zoverre gebruik gemaakt van deze beleidsruimte dat alle nieuwe procedures voor de aanbestedende diensten toegankelijk zijn gemaakt. Voor het overige heb ik mij beperkt tot het één-op-één overschrijven van de tekst van de aanbestedingsrichtlijnen. Gelet op bovenstaande acht ik het niet nodig om over de aanbestedingsbesluiten te overleggen met maatschappelijke organisaties of bedrijfsleven.

4

In de Memorie van Toelichting staat dat er niet meer door verwijzing maar zoveel mogelijk door omzetting of overschrijving wordt gewerkt bij de omzetting van de richtlijn. Aangezien de Europese richtlijn zelf wel openbaar is, wat is dan de meerwaarde van een vertrouwelijke behandeling?

Zoals uiteengezet in het antwoord op vraag 1, is hier sprake van een wettelijk voorschrift op grond waarvan geheimhouding is geboden ten aanzien van ontwerpbesluiten waarover de Raad van State heeft geadviseerd, zolang die ontwerpbesluiten nog niet zijn gepubliceerd.

5

De gekozen systematiek maakt het vrijwel ondoenlijk na te gaan waar het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO) afwijkt van de Europese richtlijn dan wel is toegespitst op de Nederlandse situatie. Kunt u in een overzicht aangeven waar het BOA afwijkt van de richtlijn en beargumenteren waarom hiervoor is gekozen?

De tekst van de richtlijnen is voor 98% letterlijk overgenomen. Afwijken van de tekst van de richtlijnen is soms nodig wegens fouten in de tekst van de richtlijnen, vanwege onduidelijke «richtlijnentaal» of vanwege de Vlaamse oorsprong van de «Nederlandse» vertaling. Voorts gelden er ingevolge de Aanwijzing voor de regelgeving een aantal eisen waaraan sommige formuleringen in de richtlijnen moesten worden aangepast. Ook voor wat betreft de volgorde van de bepalingen, wordt in de aanbestedingsbesluiten slechts in een enkel geval afgeweken van de volgorde van de richtlijnen, namelijk indien dit voor de duidelijkheid van de verplichtingen noodzakelijk is. Zo zijn alle bepalingen over het toepassingsbereik van de besluiten ten opzichte van de volgorde in de richtlijnen meer bij elkaar gezet.

Voorschriften die niet expliciet in de richtlijnen zijn opgenomen en wel in de aanbestedingsbesluiten betreffen de volgende drie voorschriften:

- Voor de uitvoering van de statistiekverplichting van de Nederlandse regering is in de aanbestedingsbesluiten een nadere verplichting voor aanbestedende diensten gesteld. Dit betreft het verstrekken van informatie aan ondergetekende opdat ik de statistiekverplichting die op de Nederlandse regering rust, kan nakomen. Deze verplichting bestaat reeds in de huidige besluiten (Besluit overheidsaanbestedingen en Besluit aanbestedingen nutssector).
- Ingevolge de zogenoemde Alcatel-jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen is een nadere verplichting voor aanbestedende diensten opgenomen. Deze bepaling is aldus noodzakelijk om te bereiken dat de Nederlandse regering de aanbestedingsrichtlijnen daadwerkelijk implementeert, en voorts om te bereiken dat zij niet langer in gebreke wordt gesteld door de Europese Commissie vanwege niet-implementatie van deze jurisprudentie.
- Een laatste aanvulling op de richtlijnen dient ter nakoming van de verplichtingen die voortvloeien uit de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte en de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten (WTO). Ook dit voorschrift is reeds opgenomen in de bestaande besluiten (Besluit overheidsaanbestedingen en Besluit aanbestedingen nutssector).

6

Indien er vertrouwelijk overleg is geweest met VNG, IPO en eventueel andere organisaties, is voorzien in een terugkoppeling opdat de organisaties helder krijgen wat er met hun opmerkingen en zorgen is gebeurd? Zo neen, kunt u hier alsnog in voorzien?

Zie onder 3.

7

In hoeverre zijn de beleidsmatige consequenties van het BAO doordacht? Heeft er bijvoorbeeld een ex ante toets plaats gevonden van het BAO en de consequenties voor bijvoorbeeld aanbestedingen in de zorg, WMO, onderwijs, sociale woningbouw, etc.? Zo neen, waarom is dit niet gebeurd? Acht u dit niet zinvol of ziet u dit niet als uw verantwoordelijkheid? Zo ja, kunt u de Kamer informeren over uw bevindingen?

Zie ook onder 5. De besluiten dienen ter implementatie van de richtlijnen met nummers 2004/17/EG en 2004/18/EG. Deze richtlijnen hebben hoofdzakelijk tot doel de bestaande richtlijnen, te moderniseren, te vereenvoudigen en te verduidelijken. De nieuwe elementen ten opzichte van de oude richtlijnen betreffen voornamelijk verruiming van de mogelijkheden van aanbestedende diensten om andere, soms soepeler aanbestedingsprocedure toe te passen. De verplichtingen voor aanbestedende diensten om (in bepaalde gevallen) Europees aan te besteden en de daarbij toe te passen voorschriften zijn niet wezenlijk veranderd. Gelet hierop acht ik een ex ante toets niet noodzakelijk.

8

In hoeverre is voorzien in een communicatie- en informatietraject waarin de betrokken overheden worden gewezen op de gevolgen van het BAO? Op welke wijze is dit traject afgestemd met bijvoorbeeld het kenniscentrum Europa Decentraal, het Kenniscentrum Aanbesteden, etc.?

Na publicatie is er een periode van 3 maanden voorzien waarin de aanbestedingsbesluiten nog niet van toepassing zijn. In die periode kunnen aanbestedende diensten en de voornoemde kenniscentra zich deze besluiten «eigen maken». Mede hierom is het wenselijk de besluiten op korte termijn vast te stellen en bekend te maken. Zie ook mijn antwoord op vraag 7.

9

Wat zijn de praktische consequenties indien de kamer besluit tot een behandeling na het zomerreces?

Als de kamer hiertoe besluit voel ik mij politiek genoodzaakt om de vaststelling en bekendmaking van deze ontwerpbesluiten uit te stellen tot na dat AO.

Indien de kamer hiertoe besluit heeft dit een aantal nadelige gevolgen:

1. Zoals reeds vermeld in het antwoord op vraag 5 zou het tenslotte tot gevolg hebben dat de Nederlandse regering vooralsnog niet voldoet aan de Alcatel-jurisprudentie. Dit betekent aldus dat de ingebrekestellingsprocedure die de Europese Commissie voert tegen de Nederlandse regering, gehandhaafd zal blijven zolang de onderhavige aanbestedingsbesluiten nog niet inwerking zijn getreden.
2. Aanbestedende diensten kunnen dan nog geen kennis nemen van de nieuwe regelgeving, terwijl zij er juist belang bij hebben om op zo kort mogelijke termijn te weten hoe de nieuwe regelgeving luidt.
3. Zolang de besluiten nog niet zijn vastgesteld en inwerking zijn getreden, kunnen de nieuwe procedures die op grond van de nieuwe richtlijnen zijn toegestaan nog niet worden toegepast, terwijl een aantal aanbestedende diensten dat wel al zouden willen.

De verplichting om uit te sluiten wegens o.a. deelnemen aan een criminele organisatie

Bij het AO van 30 juni jl. heb ik u toegezegd bij de implementatie aandacht te schenken aan de wijze waarop de nieuwe verplichting in de richtlijnen tot uitsluiting van een onderneming die is veroordeeld wegens o.a. witwassen en deelnemen aan een criminele organisatie uitwerkt. Uw kamer vreesde met name dat hier sprake is van bestraffing met terugwerkende kracht.

Hierbij is ten eerste van belang dat juridisch-technisch gezien uitsluiting geen (bijkomende) straf is die met terugwerkende kracht wordt ingevoerd. De betrokken delicten staan al sinds jaar en dag in het Wetboek van strafrecht vermeld. Voorts dient het uitsluitingsbeleid een ander doel dan het strafrecht, namelijk bevordering van de integriteit van de overheid.

Ten tweede is van belang dat het ook reeds onder de oude richtlijnen juridisch mogelijk was om een ondernemer uit te sluiten wegens o.a. witwassen en deelnemen aan een criminele organisatie. Ondernemers hadden dus al langer kunnen weten dat zij wegens dit soort niet-integer gedrag het risico lopen opdrachten van de overheid te missen.

Ten derde is van belang dat de verplichting om uit te sluiten wanneer een ondernemer is veroordeeld wegens o.a. witwassen en deelnemen aan een criminele organisatie, gelet op het Communautaire beginsel van proportionaliteit niet een automatische uitsluiting behelst. De aanbestedende dienst zal in het specifieke geval aldus moeten afwegen of uitsluiting van een onderneming wegens bijvoorbeeld witwassen proportioneel (niet onevenredig benadelend) is. Daarbij is o.a. van belang wanneer de niet-integer gedraging heeft plaatsgevonden en welke maatregelen de onderneming heeft genomen om betrokken medewerkers of bestuurders te straffen en om herhaling van niet-integer gedrag te voorkomen. Overigens kan de onderneming die is uitgesloten zijn uitsluiting ter toetsing voorleggen aan de rechter.

Ten vierde is het in de ontwerpbesluiten overeenkomstig de richtlijnen mogelijk gemaakt om af te wijken van deze verplichting tot uitsluiting «om dwingende redenen van algemeen belang». Dat betekent bijvoorbeeld dat indien blijkt dat de enige ondernemer in de relevante markt die aan de gunningscriteria voldoet, uitgesloten zou moeten worden vanwege een veroordeling wegens «omkoping», er redenen kunnen zijn om toch aan die ondernemer te gunnen.

Tenslotte is van belang dat het kabinet in het kabinetsstandpunt ten aanzien van het rapport van de PEC Bouwnijverheid als uitgangspunt heeft ingenomen dat het Rijk niet langer in zee wenst te gaan met niet-integer ondernemers. Daarmee verhoudt zich niet dat alleen ondernemers kunnen worden uitgesloten die na inwerkingtreding van de aanbestedingsbesluiten (respectievelijk wegens gedragingen na deze datum) worden veroordeeld wegens o.a. witwassen of deelneming aan een criminele organisatie.

Alles afwegende komt de tekst in de richtlijn en daarmee van de ontwerpbesluiten naar mijn oordeel voldoende tegemoet aan de zorgen van de kamer. Ik zie dan ook geen noodzaak om in de besluiten nadere regels te treffen in aanvulling op de richtlijnen.

Ik verwacht dat ik hiermee uw vragen naar tevredenheid heb beantwoord. Behoudens tegenbericht voor het einde van de voorhangtermijn ga ik er vanuit dat u instemt met voortzetting van de procedure tot vaststelling van de ontwerpbesluiten.