

Vergaderjaar 2008–2009

32 027

## Implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden)

Nr. 4

### ADVIES RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Raad van State d.d. 19 juni 2009 en het nader rapport d.d. 23 juli 2009, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken. Het advies van de Raad van State is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 17 april 2009, no. 09.001.064, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet houdende implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden), met memorie van toelichting.*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

<sup>2</sup> Richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (Pb EU L 134) en Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Pb EU L 134).

<sup>3</sup> Richtlijn nr. 89/665/EEG van de Raad van de Europese Unie van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken (Pb EG L 395) en Richtlijn nr. 92/13/EEG van de Raad van de Europese Unie van 25 februari 1992 tot coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing van de communautaire voorschriften inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie (Pb EG L 76).

*Het voorstel strekt tot implementatie van Richtlijn nr. 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten (PbEU L 335)(hierna: de wijzigingsrichtlijn).*

*De Raad van State onderschrijft de strekking van het wetsvoorstel, maar merkt daarbij op dat het voorstel dient te worden gezien in relatie met de voorgenomen fundamentele herziening van de Nederlandse aanbestedingswetgeving. Voorts maakt de Raad een paar opmerkingen van meer technische aard. De Raad is van oordeel dat aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 17 april 2009, no. 09.001.064, machtigde Uwe Majesteit de Raad van State zijn advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 19 juni 2009, no. W10.09.0128/III, bied ik U hierbij aan.

*1. Herziening van de Nederlandse aanbestedingswetgeving*  
*Het Europese aanbestedingsrecht is hoofdzakelijk neergelegd in een tweetal (aanbestedings)richtlijnen.<sup>2</sup> Deze richtlijnen stellen randvoorwaarden waaraan aanbestedingen moeten voldoen met het oog op transparantie en non-discriminatie.*

*In een tweetal richtlijnen zijn ter aanvulling hierop regels gegeven over hoofdzakelijk de rechtsbescherming.<sup>3</sup> Met de thans voorliggende wijzigingsrichtlijn wordt beoogd de werking van deze rechtsbeschermingsrichtlijnen te verbeteren en daarin verduidelijkingen aan te brengen die voortkomen uit arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Daartoe voorziet de wijzigingsrichtlijn in een verplicht in acht te nemen termijn waarbinnen betrokken inschrijvers en gegadigden doeltreffend beroep kunnen instellen tegen een gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst vóórdat*

de aanbestedende dienst overgaat tot het sluiten van een overeenkomst met een beoogde wederpartij. Voorts regelt de wijzigingsrichtlijn dat een overeenkomst die door een aanbestedende dienst is gesloten zonder dat deze termijn in acht is genomen of zonder dat een verplichte voorafgaande bekendmaking van de opdracht heeft plaatsgevonden, onverbindend kan worden verklaard.

De huidige Nederlandse aanbestedingswetgeving is neergelegd in de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen en een tweetal algemene maatregelen van bestuur<sup>1</sup>. In 2006 is een wetsvoorstel ingediend om te komen tot volwaardiger aanbestedingswetgeving.<sup>2</sup> Dat wetsvoorstel is door de Eerste Kamer der Staten-Generaal verworpen. Onlangs (29 april 2009) heeft de Minister van Economische Zaken een voorontwerp voor een nieuw wetsvoorstel in consultatie gebracht.<sup>3</sup> In de toelichting bij het onderhavige voorstel wordt niet ingegaan op de verhouding tussen beide voorstellen, behalve de opmerking (in paragraaf 1) dat het de bedoeling is beide voorstellen uiteindelijk samen te voegen.

Gelet op de implementatietermijn die eindigt op 20 december 2009, wordt de onderhavige wijzigingsrichtlijn – naar het oordeel van de Raad terecht – in een afzonderlijke wet omgezet op basis van de huidige aanbestedingswetgeving, en wordt niet gewacht op de aangekondigde stelselherziening. Dat neemt echter niet weg dat er een inhoudelijke samenhang bestaat tussen beide wetsvoorstellen. Over de inhoudelijke samenhang en de keuzes in dat verband geeft de toelichting geen inzicht. Ook wordt niet ingegaan op de vraag of het onderhavige voorstel als een tijdelijke oplossing moet worden gezien, uitgaande van de bestaande wettelijke kaders, in afwachting van een meer fundamentele herziening, of dat dit als de definitieve benadering moet worden gezien en de aangekondigde samenvoeging slechts als een wetstechnische operatie moet worden gezien.

De Raad adviseert nader in te gaan op de samenhang tussen beide voorstellen en op het perspectief van waaruit het voorliggende wetsvoorstel dient te worden gezien.

## 2. Arbitrage

In aanbestedingszaken is arbitrage een gebruikelijke wijze van oplossing van geschillen. In het advies bij het voorstel voor de Aanbestedingswet is reeds gewezen op de spanning tussen de Europeesrechtelijke randvoorwaarden inzake rechtsbescherming en het Nederlandse stelsel van arbitrage.<sup>4</sup> Naar aanleiding daarvan was in dat wetsvoorstel in artikel 22 bepaald dat artikel 1020 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering niet van toepassing is op – kort gezegd – aanbestedingsgeschillen. In het nader rapport werd vermeld dat aldus de door de Raad gesignaleerde spanning werd weggenomen. Het vervallen van die bepaling door de verwerping van het wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet doet de eerdergenoemde spanning herleven. Tegen deze achtergrond wijst de Raad op de randvoorwaarden die de wijzigingsrichtlijn stelt ten aanzien van arbitrage. Zo stelt artikel 2, negende lid, van Richtlijn 89/665/EEG, zoals gewijzigd door de wijzigingsrichtlijn, voor beroepsinstanties die geen rechterlijke instanties zijn, de voorwaarde dat ten minste de voorzitter dezelfde juridische en beroepskwalificaties als een rechter moet hebben. Hoewel dit in Nederland gebruikelijk is, schrijft het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dit niet voor. Genoemd artikel 2, negende lid, schrijft voorts voor dat van een uitspraak van een arbitrale geschillencommissie beroep moet kunnen worden ingesteld bij een rechterlijke instantie in de zin van artikel 234 EG. Op deze problematiek heeft de Raad in eerdergenoemd advies reeds gewezen.

De Raad adviseert in het voorstel nadere voorzieningen te treffen zodat de spanning van de Nederlandse wetgeving met de randvoorwaarden die de wijzigingsrichtlijn stelt ten aanzien van arbitrage, wordt weggenomen. Wellicht ten overvloede merkt de Raad daarbij op dat dit geenszins hoeft te betekenen dat arbitrage als zodanig bij voorbaat wordt uitgesloten (zoals eerder was voorgesteld), maar ook kan worden volstaan met enkele aanpassingen van de bestaande wetgeving.

## 3. Schorsende werking

Het ingevolge de wijzigingsrichtlijn gewijzigde artikel 2, derde lid, van Richtlijn 89/665/EEG schrijft voor dat bij het beroep in eerste instantie tegen een gunningsbesluit de lidstaten ervoor dienen te zorgen dat de overeenkomst niet

<sup>1</sup> Het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren. Hiermee zijn de aanbestedingsrichtlijnen geïmplementeerd.

<sup>2</sup> Voorstel van wet houdende regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale-sectorbedrijven (Aanbestedingswet) (Kamerstukken II 2005/06, 30 501).

<sup>3</sup> Gepubliceerd op de website van het Ministerie van Economische Zaken.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 2005/06, 30 501, nr. 4, punt 2.

*kan worden gesloten voordat de beroepsinstantie een besluit heeft genomen over het verzoek tot voorlopige maatregelen of het beroep. Mede uit het vierde lid van dat artikel maakt de Raad op dat het hier gaat om automatisch schorsende werking.*

*Artikel 7 van het voorstel implementeert dit voorschrift door te bepalen dat er alleen sprake is van schorsende werking indien om een onmiddellijke voorziening bij voorraad wordt verzocht. Naar het oordeel van de Raad vormt dit een te beperkte implementatie van bovengenoemde richtlijnbeoordeling. De Raad adviseert het voorstel aan te vullen.*

*4. Voor een redactionele kanttekening verwijst de Raad naar de bij het advies behorende bijlage.*

De Raad merkt op dat het voorstel van wet samenhang vertoont met de aangekondigde Aanbestedingswet en adviseert nader in te gaan op die samenhang en op het perspectief van waaruit het voorliggende wetsvoorstel dient te worden gezien. Tevens vraagt de Raad om aan te geven of de benadering in dit wetsvoorstel een definitieve, dan wel tijdelijke is. Dit wetsvoorstel is inhoudelijk de definitieve regeling op het gebied van rechtsbescherming. Het betreft bovendien implementatie van een Europese richtlijn die uiterlijk op 20 december 2009 in de Nederlandse regelgeving moet zijn omgezet. Uitgangspunt bij implementatie is dat deze gescheiden van nationaal beleid wordt omgezet. Het in de memorie van toelichting aangekondigde uiteindelijke samengaan van beide wetsvoorstellen betreft een wetstechnische operatie die zal plaatsvinden zodra de nieuwe aanbestedingsregelgeving van kracht wordt. De memorie van toelichting is op dit punt verduidelijkt.

De Raad signaleert spanning tussen hetgeen artikel 2, negende lid, van richtlijn nr. 89/665/EG voorschrijft en de praktijk van arbitrage in het aanbestedingsrecht. Het gaat hierbij om de mogelijkheid om beroep bij de rechter in te kunnen stellen en om de juridische en beroeps-kwalificaties die dat lid stelt aan de voorzitter van een scheidsrecht als bedoeld in artikel 1026 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

De opmerkingen van de Raad geven aanleiding om deze spanning op te heffen door in het wetsvoorstel voorschriften op te nemen met betrekking tot de genoemde twee onderwerpen. In het wetsvoorstel is daartoe in artikel 20 een voorziening opgenomen. De memorie van toelichting is daarop aangepast.

De Raad is van oordeel dat het een te beperkte implementatie zou zijn, wanneer de automatisch schorsende werking enkel wordt toegekend aan het kort geding en niet aan de bodemprocedure. De schorsende werking is bedoeld om een belanghebbende te beschermen tegen een gunning die snel gedaan wordt terwijl er een rechtszaak aanhangig is. In dergelijke gevallen gaat het doorgaans om een kort geding waarin om een voorlopige voorziening wordt verzocht en waarbij een spoedeisend belang snel aangenomen wordt. Om het door de richtlijn beoogde effect van de schorsende werking te realiseren volstaat het naar mijn oordeel om dat effect toe te kennen aan een kort geding en niet aan de bodemprocedure. Het toekennen van schorsende werking aan een bodemprocedure zou bovendien een aantal nadelen kennen. Ten eerste zou de rechtsonzekerheid omtrent de aanbesteding enkele maanden duren. Daarbij is er een risico dat van deze mogelijkheid misbruik wordt gemaakt. Een en ander strookt niet met de gewenste snelheid van de procedure. De toelichting is aangevuld met de hierboven genoemde overwegingen.

Overigens is van de gelegenheid gebruik gemaakt om, naar aanleiding van de uitvoerbaarheids- en handhaafbaarheidstoets van de Nederlandse Mededingingsautoriteit een aantal wijzigingen door te voeren in het wetsvoorstel. Naar aanleiding van deze toets zijn de artikelen 16 tot en met 19 toegevoegd. Deze artikelen betreffen het onderzoek dat ambtenaren van de NMa kunnen doen en het geconcentreerde beroep en hoger beroep bij de rechtbank Rotterdam, respectievelijk het College van beroep voor het bedrijfsleven. Deze artikelen sluiten aan bij wat gebruikelijk is in het mededingingsrecht, en maken mogelijk dat de NMa een vergelijkbare werkwijze hanteert. Tenslotte is een voorziening opgenomen voor het zeer

uitzonderlijke geval dat de NMa een boete moet opleggen aan zichzelf. In dat geval wordt de boete opgelegd door de Minister van Economische Zaken.

*De Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De Vice-President van de Raad van State,  
H.D. Tjeenk Willink*

Ik moge U hierbij het gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting doen toekomen en U verzoeken overeenkomstig dit voorstel van wet te besluiten.

De minister van Economische Zaken,  
M. J. A. van der Hoeven

**Bijlage bij het advies van de Raad van State betreffende  
no. W10.09.0128/III met een redactionele kanttekening die de Raad in  
overweging geeft.**

- In artikel 11, eerste lid, in overeenstemming met de wijzigingsrichtlijn, «een dwingende reden van algemeen belang» vervangen door «dwingende redenen van algemeen belang».