

Vergaderjaar 2009–2010

32 027

Implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden)

Nr. 6

VERSLAG

Vastgesteld 1 oktober 2009

De vaste commissie voor Economische Zaken¹, belast met het voorbereidend onderzoek van bovengenoemd wetsvoorstel, heeft de eer als volgt verslag uit te brengen van haar bevindingen.

Onder het voorbehoud dat de regering de vragen en opmerkingen in dit verslag afdoende zal beantwoorden, acht de commissie hiermee de openbare behandeling van het voorstel van wet voldoende voorbereid.

Inhoudsopgave

I. Algemeen	1
1. Doel en aanleiding	2
2. Plaats van dit wetsvoorstel in het systeem van rechtsbescherming	2
3. De wijzigingsrichtlijn en de implementatie in nationale wetgeving	3
II. Artikelsgewijs	4

¹ Samenstelling:

Leden: Van der Vlies (SGP), Schreijer-Pierik (CDA), Vendrik (GL), Ten Hoopen (CDA), Spies (CDA), Van der Ham (D66), Van Velzen (SP), Aptroot (VVD), Smeets (PvdA), Samsom (PvdA), Timmer (PvdA), voorzitter, Irrgang (SP), Jansen (SP), Biskop (CDA), ondervoorzitter, Ortega-Martijn (CU), Blanksma-van den Heuvel (CDA), Van der Burg (VVD), Graus (PVV), Zijlstra (VVD), Besselink (PvdA), Gesthuizen (SP), Ouwehand (PvdD), Vos (PvdA), de Rouwe (CDA) en Elias (VVD).

Plv. leden: Van der Staaij (SGP), Van Dijk (CDA), Sap (GL), Van Vroonhoven-Kok (CDA), Aasted Madsen-van Stiphout (CDA), Koşer Kaya (D66), Ulenbelt (SP), Blok (VVD), Boelhouwer (PvdA), Kalma (PvdA), Kraneveldt-van der Veen (PvdA), Karabulut (SP), Luijben (SP), De Nerée tot Babberich (CDA), Wiegman-van Meppelen Scheppink (CU), Atsma (CDA), Dezentjé Hamming-Bluemink (VVD), Bosma (PVV), Meeuwis (VVD), Van Dam (PvdA), Gerkens (SP), Thieme (PvdD), Heerts (PvdA), Uitslag (CDA) en Weekers (VVD).

I. ALGEMEEN

De leden van de CDA-fractie hebben met instemming kennisgenomen van het wetsvoorstel. Naar aanleiding van het wetsvoorstel hebben de leden van de CDA-fractie nog enkele vragen.

De leden van de PvdA-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wetsvoorstel. Over een aantal punten willen de leden van de PvdA-fractie graag nader van gedachten wisselen. Hebben de leden van de PvdA-fractie het goed begrepen dat dit wetsvoorstel leidt tot een verduidelijking en verbetering van de rechtspositie van ondernemers bij aanbesteding? Kan de regering uitsluiten dat dit niet leidt tot meer jurisprudentie en procedures, die opgestart worden door partijen die zich benadeeld voelen?

De leden van de SP-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het wijzigingsvoorstel. Naar aanleiding van het wetsvoorstel hebben de leden van de SP-fractie nog enkele vragen.

De leden van de VVD-fractie hebben met belangstelling kennisgenomen van het voorstel tot implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden. Naar aanleiding van het wetsvoorstel hebben de leden van de VVD-fractie nog enkele vragen en opmerkingen.

1. Doel en aanleiding

Waarom is gekozen voor een aparte inwerkingtreding ten opzichte van de Aanbestedingswet, zo vragen de leden van de PvdA-fractie. Hoe verhoudt dit zich tot de vaste verandermomenten, die op zich weer als doel hadden om het aantal wetswijzigingen te minimaliseren? Wanneer is de nieuwe Aanbestedingswet in de Kamer te verwachten? Zal de uiterste implementatietermijn van 20 december 2009 gehaald worden? Waarom is het wetsvoorstel niet eerder ingediend?

Deze leden vragen of de regering in kan gaan op de stelling van dhr. Van der Horst¹ dat het wetsvoorstel implementatie richtlijn rechtsbescherming aanbesteden (Wira) op onderdelen achterhaald zou kunnen zijn. Is er strijdigheid tussen de Wira en de op 30 juni 2009 aangekondigde aanbestedingsrichtlijn voor defensie- en veiligheidsopdrachten?² In hoeverre zou deze aanbestedingsrichtlijn voor defensie- en veiligheidsopdrachten nu al meegenomen moeten worden in de Wira? Wordt bij het opstellen van de nieuwe Aanbestedingswet rekening gehouden met de aanbestedingsrichtlijn voor defensie- en veiligheidsopdrachten? Zo ja, op welke manier? Zo nee, waarom niet?

De leden van de VVD-fractie merken op dat de implementatietermijn van deze wet 20 december 2009 is. Deze leden vragen echter of de aanpassingen van de onderliggende wetten besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (BAO) en besluit aanbestedingen speciale sectoren (BASS) ook binnen deze termijn zullen zijn afgerond, of dat hier een andere datum voor gehanteerd wordt.

2. Plaats van dit wetsvoorstel in het systeem van rechtsbescherming

De leden van de PvdA-fractie vragen of de regering nader kan toelichten waarom krachtens artikel 257 Wetboek van Rechtsvordering een voorlopige voorziening niet bindend zou zijn, maar tegelijkertijd wel onherstelbare gevolgen kan hebben.

De leden van de SP-fractie merken op dat het onduidelijk is wat de materiële gevolgen zijn voor de (eventuele opschorting) van de gunning/overeenkomst indien arbitrage bij een aanbestedingsgeschied plaatsvindt. In de memorie van toelichting staat expliciet genoemd dat arbitrage een snel en goedkoop alternatief kan vormen voor een kort geding of bodemprocedure, merken deze leden op. Zij vragen waarom de wijziging niet in duidelijkheid voorziet wat betreft de gevolgen van een lopende arbitrageprocedure voor (tijdelijke) opschorting van het omzetten van de gunning in een overeenkomst. Onder welke voorwaarden kan een arbitrageprocedure als gevolg hebben dat het omzetten van de gunning in een overeenkomst wordt opgeschort? Of kan dit nooit? En wat gebeurt er als er via kort geding een beroep wordt ingesteld tegen de arbitrage-uitspraak? Wordt het sluiten van de overeenkomst dan opgeschort?

¹ Financieel Dagblad, «Aanbestedingswet herschrijven», 24 september 2009.

² Kamerstuknummer 26 231, nummer 17, 30 juni 2009.

3. De wijzigingsrichtlijn en implementatie in nationale wetgeving

De leden van de CDA-fractie merken op dat bij afwijzing aan gegadigden en inschrijvers een samenvattende beschrijving met alle relevante redenen van afschrijving van de inschrijving gegeven moet worden. Hoe wordt bepaald wat relevant is en waarom kan niet volstaan worden met toezending aan degenen die daarom gevraagd hebben, zo vragen deze leden.

Deze leden merken tevens op dat er een algemene opschortende werking is van zes maanden nadat een overeenkomst gesloten is. Zij vragen of de regering kan aangeven wanneer deze periode van toepassing is en wat daarvan de mogelijke consequenties kunnen zijn.

De leden van de PvdA-fractie merken op dat het voorstel niet ingaat op de positie van de wederpartij van de opdrachtgever bij een vernietigde overeenkomst. In hoeverre verhoogt de uitbreiding van de rechtsbescherming tegen onwettige gunningsbeslissingen het risico voor aanbestedende diensten en opdrachtnemers dat reeds gesloten overeenkomsten ongedaan worden gemaakt, zo vragen deze leden. Heeft de opdrachtnemer recht op schadevergoeding jegens de opdrachtgever (bijvoorbeeld wegens kosten van leegloop, of zelfs op vergoeding van misgelopen winst) als de situatie zich voordoet dat een gunningsbeslissing wordt vernietigd? Denkbaar is dat de opdrachtverlening in strijd met de aanbestedingsregels als een onrechtmatige daad van de betrokken overheid wordt gezien, maar is dat dan ook onrechtmatig jegens de partij die van de niet-naleving van die regels hoopte te profiteren? Of is hij zelf schuldig, als hij zich er van bewust was dat aan de opdrachtverlening dat risico kleefde? Doet hij er daarom goed aan, alvorens de opdracht te aanvaarden, een garantie te vragen van de overheid dat opdrachtverlening in overeenstemming is met de aanbestedingsregels? En werkt zo'n garantie dan ook werkelijk?

De leden van de SP-fractie achten het van belang dat de beroepsprocedure bij aanbestedingen voldoende waarborgen biedt voor belanghebbenden om hun recht te halen. Deze leden vragen echter of met deze wet voor alle typen belanghebbenden in gelijke mate die waarborgen worden geboden. Zij merken op dat er in de wet expliciet twee gronden voor onverbindendheid genoemd zijn: de overeenkomst is gesloten op basis van een onwettig onderhandse gunning; de overeenkomst is gesloten zonder inachtneming van de verplichte opschortende termijn. Waarom zijn discriminatoire criteria in de aanbestedingsprocedure niet expliciet in de wet opgenomen als grond om de overeenkomst te vernietigen? Laat de wet überhaupt nog ruimte om de overeenkomst te vernietigen op andere dan de twee expliciet genoemde gronden?

Verder vragen deze leden, met betrekking tot de alternatieve sancties, of bij het maken van het wetsvoorstel de positie van de partij aan wie de opdracht ten onrechte gegund is, is gewogen. Zo kan het verkorten van de looptijd van een overeenkomst aanzienlijke schade opleveren voor de partij die de opdracht uitvoert, zo merken zij op. Denk aan gederfde inkomsten of verzonken investeringen. Aan de andere kant komt een boete weer eenzijdig terecht bij de aanbestedende dienst. Kan in de beslissing om over te gaan tot verkorten van de looptijd van de overeenkomst danwel het opleggen van een boete de positie van de partij die de opdracht uitvoert, een rol spelen?

Tenslotte vragen deze leden in hoeverre de praktijk van een aanbesteding zich verhoudt tot een zorgvuldige, afgewogen, rechtspraak. Zoals ook de Raad voor de Rechtspraak opmerkt, is het voeren van een bodemprocedure voor een ondernemer nauwelijks interessant, omdat een definitieve uitspraak in een geschil drie jaar op zich laat wachten, zo merken zij op. De opdracht is dan al uitgevoerd. Deze leden vragen of dat niet de facto

een belemmering voor de zorgvuldigheid van de rechtsspraak betekent. De uitspraak in een kort geding is immers een voorlopige beslissing, waarvoor door de rechter vooral gekeken is naar de onmiddellijke belangen van de betrokken partijen en minder naar de juridische finesses van de onderhavige rechtsvraag. In de bodemprocedure vindt een meer zorgvuldige rechtsspraak plaats.

Deze leden verzoeken de regering hier eens op reflecteren. Zou het wetsvoorstel niet aangepast kunnen worden, zodat het aantrekkelijker wordt om een bodemprocedure te starten – zonder dat wordt getornd aan de rechtszekerheid van de aanbestedende dienst en de partij aan wie de opdracht is gegund? Bijvoorbeeld door de maximumboete te verhogen? Of door de mogelijkheid in te bouwen dat aan benadeelden alsnog een schadevergoeding wordt uitbetaald?

De leden van de VVD-fractie vragen waarom er toch is gekozen voor de termijn van minimaal 15 kalenderdagen en in geval van elektronische verzending een minimum van slechts tien dagen. Dit terwijl er uit de reacties op de consultatie van het conceptvoorstel bleek dat de huidige 15 kalenderdagen veelal voldoet, mits de gunningbeslissing elektronisch verzonden wordt. De leden van de VVD-fractie verzoeken uitleg van deze keuze voor tien in plaats van 15 dagen in het geval van elektronische verzending. Daarnaast verzoeken deze leden antwoord op de vraag waarom er is gekozen voor het opnemen van de uitzondering van tien dagen bij elektronische verzending als in het wetsvoorstel wordt vastgehouden aan de verplichting om de mededeling elektronisch te verzenden. Deze leden merken op dat op het gebied van de onderbouwing en verantwoording van de keuze voor een «winnaar» van een aanbestedingsprocedure nu gekozen is voor de tekst: «de relevante redenen kunnen onder meer de volgende elementen omvatten». Deze leden vragen waarom deze vrijblijvende keuze is gemaakt en niet is gekozen voor het verplicht stellen van bepaalde elementen.

Deze leden lezen met verbazing de passage over «Gronden voor onverbindendheid». Hierin lezen deze leden dat een tweede grond voor onverbindendheid zou kunnen zijn indien een overeenkomst is gesloten zonder inachtneming van de termijn van 15 kalenderdagen. Deze leden vragen zich af hoe deze termijn strookt met de eerdere bewering dat tien kalenderdagen in het geval van elektronische verzending ook tot de mogelijkheden behoort.

Tenslotte merken deze leden op dat als laatste in dit wetsvoorstel gekozen is voor de vormgeving van een bestuursrechtelijke boete in plaats van het Amerikaanse «punitiva damages». De hoogte van het voorstel van deze boete is afhankelijk van de interpretatie van de rechter. Deze leden vragen waarop het percentage van 15% van de waarde van de opdracht in dit geval op is gebaseerd.

II. ARTIKELSGEWIJS

De leden van de CDA-fractie merken naar aanleiding van artikel 9 dat na de gunning volgens het wetsvoorstel een periode van 15 kalenderdagen in acht wordt genomen voor het aangaan van een overeenkomst. In de Richtlijn is deze termijn beperkt tot tien dagen. Waarom is voor dit verschil gekozen en waarom is niet gekozen voor tien werkdagen, zo vragen deze leden.

De leden van de CDA-fractie merken naar aanleiding van artikel 11 op dat bij verkeerde aanbestedingen de rechter kan bepalen dat de overeenkomst niet nietig is omdat algemeen belang dat niet toestaat. Dit kan volgens de regering niet vanwege economische belangen. Kan de regering aangeven waar de grens ligt tussen economische belangen en algemene belangen, zo vragen deze leden.

De leden van de PvdA-fractie vragen of de regering nader kan ingaan op de schadevergoedingsregeling en boetes voor aanbestedende diensten als omschreven in artikel 14. Hoe gaat deze schadevergoedingsregeling er uit zien. Deelt de regering de mening dat het bestaande artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (BW), onrechtmatige daad, uiteraard geen specifieke schadevergoedingsregeling voor aanbesteding is? Zijn er gevallen bekend waarin een bedrijf succesvol een beroep heeft kunnen doen op artikel 6:162 BW jegens een aanbestedende overheidsdienst?

De voorzitter van de vaste commissie voor Economische Zaken,
Timmer

De adjunct-griffier van de vaste commissie voor Economische Zaken,
Zaal