

Vergaderjaar 2009–2010

32 027

Implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden)

Nr. 7

NOTA NAAR AANLEIDING VAN HET VERSLAG

Ontvangen 2 november 2009

Hoofdstuk I. Algemeen

Naar aanleiding van het wetsvoorstel hebben de leden van de fracties van het CDA, de PvdA, de SP en de VVD een aantal vragen gesteld die ik hierbij graag beantwoord.

De leden van de PvdA-fractie vroegen naar de gevolgen van dit wetsvoorstel voor de rechtspositie van ondernemers en of het voorstel niet leidt tot juridisering en procedures.

Het wetsvoorstel biedt een verduidelijking en een verbetering van de rechtspositie van de ondernemer bij aanbestedingsgeschillen. Onder andere regelt het wetsvoorstel dat een overeenkomst die door een aanbestedende dienst is gesloten zonder dat de opschortende termijn van 15 dagen in acht is genomen of zonder dat een verplichte voorafgaande bekendmaking van de opdracht heeft plaatsgevonden, op verzoek van de benadeelde ondernemer vernietigd kan worden door de rechter. Dat bevordert naar verwachting de naleving van het aanbestedingsrecht door aanbestedende diensten. Ik verwacht als gevolg van het wetsvoorstel evenwel geen grote toename in procedures. Het voorstel brengt namelijk geen fundamentele verandering teweeg in de rechtsbescherming voor belanghebbenden in de fase tussen gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver. De Raad voor de Rechtspraak heeft hier in zijn advies over het wetsvoorstel ook op gewezen. De Raad verwacht geen noemenswaardige effecten voor het aantal en de gemiddelde zaakswaarte van de voorlopige voorzieningen over aanbestedingsgeschillen.

1. Doel en aanleiding

De leden van de PvdA-fractie vroegen waarom gekozen is voor een aparte inwerkingtreding van dit wetsvoorstel ten opzichte van de inwerkingtreding van de nog in te dienen nieuwe Aanbestedingswet. Ook vroegen zij naar de relatie van de inwerkingtreding met het beleid inzake vaste verandermomenten, het moment waarop de nieuwe Aanbestedingswet in de Kamer te verwachten is en of de implementatiedatum van 20 december 2009 gehaald zal worden. De inwerkingtreding van dit wetsvoorstel houdt direct verband met de noodzaak van een spoedige imple-

mentatie van de specifieke richtlijn waarop het voorstel betrekking heeft. Om deze reden is ervoor gekozen om een separaat implementatiewetsvoorstel aanhangig te maken. Zoals in de memorie van toelichting is aangegeven zal te zijner tijd deze implementatiewet wel geïntegreerd worden in de nieuwe Aanbestedingswet. Het voorstel voor die wet zal naar verwachting in de eerste helft van 2010 bij de Tweede Kamer aanhangig gemaakt worden.

Het beleid inzake vaste verandermomenten kent een uitzondering voor implementatieregelgeving. Die uitzondering houdt verband met de plicht om zorg te dragen voor tijdige omzetting van Europese richtlijnen in nationale wetgeving. Mijn inzet is erop gericht dat deze datum gehaald wordt.

De leden van de PvdA-fractie vroegen naar de reden van de late indiening van dit wetsvoorstel.

Een aantal factoren heeft ertoe geleid dat het wetsvoorstel niet eerder is ingediend. In de eerste plaats was ik voornemens om de richtlijn te implementeren in een eerder wetsvoorstel voor een Aanbestedingswet (Kamerstukken 2005/2006 30 501 nr. 2). Dat wetsvoorstel werd door de Eerste Kamer in juli 2008 verworpen. Vanwege de implementatietermijn lag implementatie van de richtlijn in een nieuw wetsvoorstel voor de Aanbestedingswet niet meer voor de hand. Ten tweede bevat de richtlijn enkele aspecten die bij de implementatie meer tijd vergden dan aanvankelijk voorzien (o.a. de vernietiging en de boete). Ten slotte is ervoor gekozen over dit wetsvoorstel breed te consulteren om belanghebbenden en deskundigen in de gelegenheid te stellen zich uit te spreken over het wetsvoorstel. Deze consultatie vergde tijd maar heeft een bijdrage geleverd aan de definitieve vormgeving van het wetsvoorstel.

De leden van de PvdA-fractie vroegen om een inhoudelijke reactie op het artikel van de heer Van der Horst in het Financieel Dagblad van 24 september 2009 waarin wordt gesteld dat het wetsvoorstel op onderdelen achterhaald zou kunnen zijn, gelet op de nieuwe aanbestedingsrichtlijn voor defensie- en veiligheidsopdrachten. Deze leden vroegen of die richtlijn niet nu al meegenomen zou moeten worden in dit wetsvoorstel, en of bij de nieuwe Aanbestedingswet met de richtlijn rekening wordt gehouden.

De recent aangenomen aanbestedingsrichtlijn op het gebied van defensie en veiligheid heeft een eigen reikwijdte en is specifiek bedoeld voor opdrachten met een militair karakter. De rechtsbescherming voor dit type opdrachten is in deze richtlijn toegespitst op de specifieke kenmerken van de defensie- en veiligheidssector. Daarentegen is het voorliggende wetsvoorstel van toepassing op «gewone» opdrachten die aanbesteed moeten worden volgens het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass). Er is dus geen sprake van een wetsvoorstel dat achterhaald is. Het ligt om die reden niet voor de hand om de aanbestedingsrichtlijn op het gebied van defensie en veiligheid in het onderhavige wetsvoorstel te implementeren. Bij de implementatie van de aanbestedingsrichtlijn op het gebied van defensie en veiligheid zal nadrukkelijk aandacht worden besteed aan de verhouding tot de nieuwe Aanbestedingswet.

De leden van de VVD-fractie vragen of het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) ook tijdig zullen worden aangepast.

Mijn inzet is erop gericht de aanpassing van deze algemene maatregelen van bestuur, die in relatie tot het voorliggende wetsvoorstel overigens slechts beperkte wijziging behoeven, inderdaad gerealiseerd te hebben op het moment dat deze wet in werking treedt. De aanpassing houdt in dat

enkele onderdelen uit die maatregelen geschrapt zullen worden omdat zij thans in dit wetsvoorstel geregeld worden.

2. Plaats van het wetsvoorstel in het systeem van rechtsbescherming

De leden van de PvdA-fractie vragen om een nadere toelichting waarom krachtens artikel 257 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering een voorlopige voorziening niet bindend zou zijn, maar tegelijkertijd wel onherstelbare gevolgen kan hebben.

Een voorlopige voorziening is wel bindend voor partijen, maar bindt de rechter in een later mogelijke bodemprocedure niet. Dat laatste is bepaald artikel 257 van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Wel kan een voorlopige voorziening feitelijke gevolgen hebben die in een bodemprocedure niet meer ongedaan gemaakt kunnen worden. De rechter die in een voorlopige voorziening een uitspraak doet, maakt in dat licht dan ook een afweging.

De leden van de SP-fractie vroegen om duidelijkheid ten aanzien van de gevolgen van een lopende arbitrageprocedure voor het al dan niet opgeschort zijn van de mogelijkheid om een gunning om te zetten in een overeenkomst. Verder vroegen zij naar de opschorting van het sluiten van de overeenkomst als er via kort geding een beroep wordt ingesteld tegen de arbitrage-uitspraak.

Ook indien partijen bij een aanbesteding arbitrage zijn overeengekomen geldt onverminderd dat de aanbestedende dienst na het mededelen van zijn gunningsbeslissing ten minste een termijn van vijftien dagen in acht moet nemen na de (mededeling van) de gunningsbeslissing. Indien een betrokken inschrijver of gegadigde gedurende die termijn via arbitrage om een voorlopige voorziening verzoekt, moet de aanbestedende dienst wachten tot de arbiters een uitspraak hebben gedaan. In artikel 7 van het wetsvoorstel is deze termijn expliciet van toepassing verklaard op arbitrage.

Wanneer de arbiters een uitspraak hebben gedaan op het verzoek om voorlopige maatregelen, kan de aanbestedende dienst overgaan tot het sluiten van een overeenkomst tenzij de arbiters hebben geoordeeld dat de opdracht niet verstrekt mag worden zoals was voorzien.

Beroep tegen een arbitrage-uitspraak geschiedt in beginsel via het instellen van arbitraal appel. Het instellen van beroep tegen een uitspraak in een verzoek om een voorlopige voorziening heeft geen opschortende werking. Dat geldt zowel voor uitspraken van de burgerlijk rechter als voor uitspraken van een arbiter.

3. Wijzigingsrichtlijn en implementatie in nationale wetgeving

De leden van de CDA-fractie vroegen hoe wordt bepaald wat relevante redenen zijn zoals genoemd in het wetsvoorstel. Waarom wordt in dit wetsvoorstel niet volstaan met het op verzoek toezenden ervan, zo vroegen zij.

De relevante redenen van een gunningsbeslissing zijn alle redenen die een aanbestedende dienst ertoe hebben gebracht om de beslissing te nemen wie de winnaar van de aanbesteding is geworden. Het is primair de aanbestedende dienst zelf die dit bepaalt.

In de richtlijn is voorgeschreven dat de aanbestedende dienst deze relevante redenen uit eigen beweging direct aan de betrokkenen dient mee te delen. Daarom kan niet worden volstaan met het op verzoek toezenden ervan. Bovendien zou een opschortende termijn van vijftien dagen voor de ondernemer, wanneer hij om de relevante redenen van afwijzing moet verzoeken, in veel gevallen onvoldoende tijd geven om een volledige

beoordeling te maken van de relevante redenen én een zaak aanhangig te maken bij de rechter.

De leden van de CDA-fractie vroegen daarnaast wanneer de algemene opschortende periode van zes maanden na het sluiten van de overeenkomst van toepassing is en wat daarvan de mogelijke consequenties kunnen zijn.

Gedurende zes maanden na het sluiten van een overeenkomst kan een belanghebbende aan de burgerlijke rechter verzoeken de overeenkomst te vernietigen. Deze vernietiging kan worden uitgesproken indien een van de volgende gevallen zich voordoet:

- a. de overeenkomst is ten onrechte gesloten na een onderhandse gunning van de opdracht terwijl die openbaar aanbesteed had moeten worden;
- b. de overeenkomst is gesloten terwijl de opschortende termijn ingegaan na (het mededelen van) de gunningsbeslissing nog niet verstreken was;
- c. de overeenkomst is gesloten met gebruikmaking van een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel, waarbij partijen niet opgeroepen zijn om een nieuwe offerte uit te brengen, terwijl dat wel verplicht was.

Een ondernemer kan met een beroep op een van de bovenstaande gronden dus gedurende zes maanden een door de aanbestedende dienst met een andere ondernemer gesloten overeenkomst betwisten. De mogelijke consequentie daarvan is dat de opdracht alsnog openbaar aanbesteed moet worden in de gevallen onder a en c, of dat de opdracht opnieuw in concurrentie gebracht moet worden. Gedurende de termijn van zes maanden kan overigens wel uitvoering worden gegeven aan de overeenkomst, zij het dat gedurende die termijn nog onzekerheid kan bestaan over de overeenkomst wanneer een van de drie gronden van toepassing blijkt te zijn. De termijn van zes maanden kan door de aanbestedende dienst worden verkort indien de dienst voor het sluiten van de overeenkomst vrijwillig bekendmaakt dat het voornemen bestaat de overeenkomst te sluiten zonder deze openbaar aanbesteed te hebben. Deze bekendmaking dient dan wel de rechtvaardiging van de aanbestedende dienst te bevatten om de opdracht te gunnen zonder voorafgaande bekendmaking. Na het doen van deze vrijwillige bekendmaking wordt de termijn van zes maanden tot dertig dagen teruggebracht.

De leden van de PvdA-fractie vroegen naar 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 vroegen deze leden. Heeft de opdrachtnemer recht op schadevergoeding jegens de opdrachtgever? Is onrechtmatig aanbestedingsgedrag ook onrechtmatig jegens de partij met wie wel een overeenkomst is gesloten? Of kan die partij ook eigen schuld hebben, indien die zich er van bewust was dat aan de opdrachtverlening het risico kleefde van een mogelijke vernietiging van de overeenkomst? Zou de opdrachtnemer er daarom goed aan kunnen doen een garantie te vragen van de aanbestedende dienst dat de opdrachtverlening in overeenstemming is met de aanbestedingsregels?

Het wetsvoorstel en de daaraan ten grondslag liggende richtlijn verhogen in beperkte mate het risico dat reeds gesloten overeenkomsten ongedaan worden gemaakt. Dat risico ontstaat echter alleen in het geval een ernstige overtreding van de aanbestedingsregels komt vast te staan. Ik wijs daarvoor op de gronden voor vernietiging zoals die zijn opgenomen in artikel 8 van het wetsvoorstel. Een vernietigde overeenkomst kan schade met zich brengen voor de oorspronkelijke contractspartij van de

aanbestedende dienst. Indien de schade te wijten is aan een onrechtmatige gedraging van de aanbestedende dienst is er in beginsel grond voor verhaal van deze schade op de aanbestedende dienst. De omvang van de schade kan de gemaakte kosten omvatten maar onder omstandigheden ook het positieve contractsbelang (de gedeerde winst) dat de ondernemer had bij de overeenkomst. Schadeverhaal zal echter beperkt of uitgesloten zijn indien de contractspartij wist of behoorde te weten dat de overeenkomst in strijd met het aanbestedingsrecht was gesloten. Door aanbestedingsvoorschriften goed in acht te nemen en daar zonnodig ook als wederpartij oog voor te hebben, wordt het risico op vernietiging beperkt. Het staat een wederpartij vrij aan de aanbestedende dienst een verklaring of «garantie» te vragen dat in overeenstemming is gehandeld met de aanbestedingsregels. Een dergelijke verklaring zal, zo die wordt afgegeven door opdrachtgevers, niet zozeer als garantie kunnen werken maar mogelijk wel de verhaalspositie van opdrachtnemers kunnen versterken indien achteraf schade wordt geleden als gevolg van een reeds in uitvoering genomen overeenkomst die wegens strijd met het aanbestedingsrecht alsnog wordt vernietigd. Het risico op vernietiging kan overigens worden beperkt door gebruik te maken van de hiervoor beschreven mogelijkheid die aanbestedende diensten hebben om de termijn te verkorten waarbinnen vernietiging van de overeenkomst kan worden verzocht.

De leden van de SP-fractie vroegen of met het wetsvoorstel voor alle typen belanghebbenden in gelijke mate waarborgen worden geboden om bij aanbestedingen hun recht te halen. Waarom, zo vroegen zij, is het gebruik van discriminatoire criteria in de aanbestedingsprocedure niet ook 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 in het wetsvoorstel expliciet genoemde gronden? De verplichte opschortende termijn na de gunningsbeslissing en ook de mogelijkheid om onder omstandigheden vernietiging van een door de aanbestedende dienst reeds gesloten overeenkomst te verzoeken bieden waarborgen aan belanghebbende inschrijvers en gegadigden om een transparant en non-discriminair aanbestedingsproces te bewaken. Door de opschortende termijn en de termijn waarbinnen vernietiging van een overeenkomst kan worden verzocht te begrenzen, en ook door de gronden voor vernietiging te beperken tot de meest zware overtredingen van het aanbestedingsrecht, worden tevens waarborgen gegeven aan aanbestedende diensten en aan opdrachtnemers met wie een overeenkomst is gesloten. Waarborgen dat geen te grote of lang durende onzekerheid ontstaat over de vraag of een overeenkomst gesloten kan worden en vervolgens vlot genoeg uitgevoerd kan worden. Met de maatregelen in het wetsvoorstel en de daaraan ten grondslag liggende richtlijn is nadrukkelijk beoogd een evenwicht te vinden tussen de genoemde verschillende belangen. Hierin ligt tevens de verklaring waarom de gronden voor vernietiging van een overeenkomst beperkt zijn tot die welke genoemd zijn in de richtlijn en het wetsvoorstel. Gedurende de verplichte opschortende termijn die voorafgaat aan het sluiten van de overeenkomst kan echter wel het initiatief worden genomen om een eventueel gebruik van discriminatoire criteria in de aanbestedingsprocedure aan te vechten, al dan niet door aan de rechter een voorlopige voorziening te vragen. Wat betreft de vraag of het überhaupt mogelijk is op andere gronden tot vernietiging van een overeenkomst te komen, wijs ik op de in het Burgerlijk Wetboek al bestaande regeling volgens welke rechtshandelingen aantastbaar zijn wegens zogenaamde wilsgebreken. De wilsgebreken zijn dwaling (artikel 6:228 van het Burgerlijk Wetboek), bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden (artikel 3:44 van het Burgerlijk Wetboek). Voorts wordt genoemd de vernietigingsgrond wegens een met wet of openbare orde strijdige strekking (artikel 3:40 van het Burgerlijk Wetboek).

Met betrekking tot laatstgenoemde grond heeft de Hoge Raad in het arrest Uneto/De Vliert (HR 22 januari 1999, NJ 2000/305) geoordeeld dat een overeenkomst die gesloten is in strijd met het aanbestedingsrecht geen met de wet strijdige strekking oplevert. Een overeenkomst kan wel door de inhoudelijke strekking in strijd met andere regelgeving dan de aanbestedingsregelgeving zijn. In dat geval is de overeenkomst mogelijk reeds nietig of kan de vernietiging worden gevorderd.

De leden van de SP-fractie vroegen voorts aandacht voor de partij aan wie de opdracht ten onrechte gegund is. Zij wezen erop dat voor die partij aanzienlijke schade kan ontstaan indien een overeenkomst wordt vernietigd of de looptijd van de overeenkomst wordt verkort. Zij vroegen of in de beslissing om over te gaan tot verkorten van de looptijd van de overeenkomst dan wel het opleggen van een boete aan de aanbestedende dienst de positie van de partij die de opdracht uitvoert een rol speelt. Bij deze beslissing dient voorop te staan dat op niet naleving van aanbestedingsregels een voldoende afschrikwekkende sanctie wordt getroffen. Dat betekent evenwel niet dat de positie van de partij die de opdracht uitvoert geen enkele rol kan spelen. Voorts kan de partij in voorkomend geval de schade die hij lijdt tengevolge van onrechtmatig aanbestedingsgedrag van zijn wederpartij/opdrachtgever in beginsel op die partij verhalen. Ik verwijs ook naar mijn antwoord hierboven op de gelijkkluidende vragen van de leden van de PvdA-fractie in deze paragraaf.

De leden van de SP-fractie vroegen tenslotte hoe de praktijk van aanbesteding zich verhoudt tot een zorgvuldige, afgewogen rechtspraak. Zij vroegen of de feitelijke onaantrekkelijkheid van een bodemprocedure in de aanbestedingspraktijk niet een belemmering voor de zorgvuldigheid van de rechtspraak betekent. In een uitspraak in een kort geding wordt immers minder gekeken naar de juridische finesses van de voorliggende rechtsvraag maar meer naar de onmiddellijke belangen van de betrokken partijen. Zou het wetsvoorstel niet aangepast kunnen worden, zo vroegen zij, zodat het aantrekkelijker wordt een bodemprocedure te starten, evenwel 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 omstandigheid dat aanbestedingsgeschillen die aan de rechter worden voorgelegd in de praktijk vrijwel uitsluitend via een voorlopige voorzieningsprocedure worden beslecht, acht ik op zich zelf niet problematisch. De aard van bepaalde onderwerpen maakt ten ene male dat geschillen daarover hoofdzakelijk effectief beslecht kunnen worden in een dergelijke procedure. Zoals belanghebbenden bij een stakingsconflict waar nodig hun zaak vrijwel altijd door de kortgedingrechter laten beslechten, geldt een vergelijkbare spoedeisendheid voor belanghebbenden bij een aanbestedingsconflict. Snel optreden is vereist om te voorkomen dat in strijd met aanbestedingsrecht een overeenkomst tot stand komt dan wel dat daaraan uitvoering wordt gegeven. De praktijk van een kort geding bij aanbestedingsgeschillen wordt door betrokkenen overwegend positief gewaardeerd. Die procedure wordt als zorgvuldig en efficiënt beschouwd en voldoet overigens aan de eisen van de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen voor aanbestedingen. Ik zie dan ook geen aanleiding om via aanpassing van dit wetsvoorstel het starten van een bodemprocedure aantrekkelijker te maken, in aanvulling op hetgeen in het wetsvoorstel reeds is geregeld over het in een bodemprocedure verzoeken om vernietiging van een overeenkomst.

Daardoor zou het belang van alle betrokken partijen om tijdig voldoende rechtszekerheid te verkrijgen over het kunnen sluiten of uitvoeren van overeenkomsten onder druk komen te staan.

Het verhogen van de maximumboete zal niet bijdragen aan de aantrekkelijkheid van het instellen van een bodemprocedure. Een boete die aan de aanbestedende dienst wordt opgelegd, leidt als zodanig niet tot een heraanbesteding en staat los van een schadevergoeding voor degene die schade heeft geleden als gevolg van de keuzes die door de aanbestedende dienst in de aanbestedingsprocedure zijn gemaakt.

De mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen bestaat zowel in kort geding als in een bodemprocedure. In een kort geding gaat het om een voorschot op schadevergoeding, die vervolgens desgewenst in een schadestaatprocedure definitief vastgesteld kan worden. Ook wanneer in een kort geding enkel de maatregelen gevorderd zijn die spoedeisend zijn met het oog op bijvoorbeeld het voorkomen van het sluiten of uitvoeren van een overeenkomst die in strijd is met het aanbestedingsrecht, kan in een afzonderlijke bodemprocedure over de eventuele schadeloosstelling geprocedeerd worden.

De leden van de VVD-fractie vroegen naar de motivering voor de lengte van de opschortende termijn. Zij verzochten uitleg van de keuze voor tien in plaats van vijftien dagen in het geval van elektronische verzending en 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.

De richtlijn schrijft een termijn van minimaal tien dagen voor in geval van elektronische verzending en minimaal vijftien dagen bij gebruik van niet-elektronische communicatiemiddelen. In het wetsvoorstel is gekozen voor een opschortende termijn van vijftien kalenderdagen in beide gevallen. Ook bij elektronische verzending geldt dus een termijn van vijftien dagen. Vijftien dagen geeft net voldoende tijd om, indien dat nodig is, een kort geding aanhangig te maken. Voor aanbestedende diensten geldt dat deze termijn niet leidt tot een significant langere duur van het project.

De leden van de VVD-fractie vroegen voorts waarom niet is gekozen voor bepaalde vaste elementen die de onderbouwing en verantwoording van de keuze voor een «winnaar» van een aanbestedingsprocedure moet bevatten.

Bij de onderbouwing en verantwoording van de keuze voor een winnaar blijft het uitgangspunt dat de mededeling van de relevante redenen inzichtelijk maakt aan de ondernemer waarom de opdracht al dan niet aan hem is gegund. De reden om niet te kiezen voor bepaalde vaste elementen voor die onderbouwing is dat het aan de aanbestedende dienst overgelaten wordt op welke wijze hij de inschrijvingen beoordeelt. De aanbestedende dienst is echter niet geheel vrij in de wijze waarop hij zijn gunningsbeslissing motiveert. De motivering van de gunningsbeslissing dient zodanig te zijn dat de ondernemer een goede beoordeling kan maken of hij de gunningsbeslissing wil aanvechten. De aanbestedende dienst hoeft niet zover te gaan dat de gunningsbeslissing aangeeft op welke manier de ondernemer wél had kunnen winnen.

De leden van de VVD-fractie vragen voorts waar het percentage voor de hoogte van de boete op gebaseerd is.

De boete bedraagt ten hoogste 15% van de geraamde waarde van de opdracht. Dit is gebaseerd op de gedachte dat daarmee een voldoende afschrikwekkende werking wordt gerealiseerd. In de consultatie van het wetsvoorstel werd door de Europese Commissie en door verschillende betrokkenen meegedeeld dat het aanvankelijk voorziene percentages van 10% niet voldoende afschrikwekkend zou zijn. Het nu opgenomen percentage komt aan die inbreng tegemoet. Overigens ziet het er naar uit dat enkele lidstaten van plan zijn lagere boetes (tot 5%) of juist hogere boetes

(tot 20%) in de implementatiewetgeving op te nemen. Tegen dat beeld pas het de boete ten hoogste 15% te laten bedragen.

II. Artikelen

De leden van de CDA-fractie vroegen waarom de regering in het wetsvoorstel een minimale opschortende termijn van vijftien kalenderdagen en niet gebruik is gemaakt van de mogelijkheid de termijn te verkorten tot tien dagen.

Ik verwijs hiervoor graag naar mijn eerder gegeven antwoord op soortgelijke vragen van de leden van de VVD-fractie in de vorige paragraaf.

De leden van de CDA-fractie vroegen naar de precieze afbakening van het begrip «dwingende redenen van algemeen belang» ten opzichte van het begrip «economische belangen» in artikel 11 van het wetsvoorstel. Economische belangen kunnen slechts onder bepaalde omstandigheden dwingende redenen van algemeen belang inhouden die kunnen rechtvaardigen dat een overeenkomst niet wordt vernietigd, ondanks wél aanwezige vernietigingsgronden. Economische belangen worden alleen als dwingende redenen beschouwd indien vernietiging in uitzonderlijke omstandigheden onevenredig grote gevolgen zou hebben. Daarbij zou gedacht kunnen worden aan het voorkomen van vertraging bij een infrastructureel project waarvan de oplevering cruciaal is voor het mogelijk maken van economische activiteit in een deel van Nederland. De vernietiging van de overeenkomst zou in dat geval veel bredere economische belangen treffen dan die van de aanbestedende dienst zelf.

Economische belangen die rechtstreeks verband houden met de betrokken overeenkomst kunnen niet als dwingende redenen worden aangemerkt. Dit volgt rechtstreeks uit artikel 2 quinquies, derde lid, van de richtlijn die aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt. Onder economische belangen die rechtstreeks verband houden met de overeenkomst moeten aldus in ieder geval begrepen worden de kosten voor de aanbestedende dienst die voortvloeien uit het vernietigen van de overeenkomst op grond van de bepalingen van het wetsvoorstel. Daarbij valt te denken aan de kosten die vertraging van het desbetreffende project met zich brengen, de kosten die ontstaan door een (her)aanbesteding, de kosten die volgen uit het voortzetten van de uitvoering van de opdracht door een andere ondernemer en de kosten die kunnen ontstaan door aansprakelijkheid van de aanbestedende dienst voor de vernietiging van de overeenkomst.

De leden van de PvdA-fractie vroegen nader in te gaan op de schadevergoedingsregeling en boetes voor aanbestedende diensten als omschreven in artikel 14. Deelt de regering de mening dat artikel 6:162 Burgerlijk Wetboek (onrechtmatige daad) geen specifieke schadevergoedingsregeling voor aanbesteding is, zo vroegen zij. Ook vroegen zij of er gevallen bekend zijn waarin er een succesvol beroep op artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek is gedaan tegenover een aanbestedende dienst. De boetesanctie die in artikel 14 is geregeld, moet worden gezien binnen de specifieke aanpak die in de wijzigingsrichtlijn is vastgelegd om onwettig onderhands gegunde opdrachten tegen te gaan en zo de naleving van het aanbestedingsrecht te verbeteren. Indien een overeenkomst, ondanks de in het wetsvoorstel bedoelde zware schending van aanbestedingsregels, niet wordt vernietigd en niet in looptijd wordt verkort, dan volgt als alternatieve sanctie de oplegging van een boete door de Nederlandse Mededingingautoriteit (NMa). De rechtsbeschermingsrichtlijnen verplichten eveneens tot de mogelijkheid van schadevergoeding voor benadeelde inschrijvers en gegadigden. Die verplichting is algemeen gesteld en daarom is de algemene schadevergoedingsgrondslag van artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek afdoende om aan deze

richtlijnverplichting te voldoen. Een afzonderlijke schadevergoedingsregeling voor aanbestedingen kan daar niets aan toevoegen. Er zijn niet veel gevallen bekend zijn waarin de aanbestedingsregels werden overtreden en benadeelde ondernemers, aan wie de opdracht niet gegund werd, succesvol beroep konden doen jegens de aanbestedende dienst op artikel 6:162 van het Burgerlijk Wetboek. Naar verwachting is een belangrijke reden hiervoor dat de benadeelde ondernemer, om in aanmerking te komen voor de vergoeding van het zogenaamde positief contractsbelang, moet aantonen dat de opdracht aan hem zou zijn gegund indien de aanbestedende dienst overeenkomstig de aanbestedingsregels zou hebben gehandeld. Schadevergoeding van een positief contactsbelang betekent dat de benadeelde ondernemer in de toestand wordt gebracht waarin hij zou hebben verkeerd als hij de opdracht zou hebben gekregen; dit betekent vooral vergoeding van gederfde winst. Daarnaast kan de gemiste kans vergoed worden waarbij moet worden bepaald wat de grootte van de kans en het financiële belang van de te verwerven opdracht is. Deze bewijsrechtelijke problemen zijn niet de enige reden waarom er zo weinig over schadevergoeding geprocedeerd wordt. Op basis van onderzoek dat mijn ministerie liet uitvoeren, bleek dat veel ondernemers niet geïnteresseerd zijn in schadevergoeding (prof. mr. J.M. Hebly c.s., *Rechtsbescherming bij Aanbesteding*, 2006, p. 145). Zij wensen de overheidsopdracht te verwerven en als dit niet lukt, willen zij hun relatie met de desbetreffende overheidsdienst niet op het spel zetten door een schadevergoedingsprocedure.

In een beperkt aantal rechtszaken heeft de rechter geoordeeld dat er een schadevergoedingsplicht is, maar dat de omvang van de schade nog vastgesteld moet worden in een schadestaatprocedure. Voorbeelden hiervan zijn Rb. Zwolle, 31 januari 2007, LJN AZ7506, of Rb. Rotterdam, 3 november 2004, LJN AS3395. In zijn uitspraak van 19 mei 2009 (LJN BI4344), stelde het Gerechtshof van 's-Gravenhage zelf de hoogte van een schadevergoeding vast, waarbij vermeld dient te worden dat het hof hier gebruik kon maken van een deskundigenrapport dat reeds in de procedure was gebracht.

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