

REACTIE

VAN HET INSTITUUT VOOR BOUWRECHT

EN DE NEDERLANDSE VERENIGING VOOR

AANBESTEDINGSRECHT

Op het Consultatiedocument Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijn bij Aanbesteden

1. INLEIDING

Bij brief van 30 december 2008 zijn het Instituut voor Bouwrecht (IBR) en de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht (NVvA) afzonderlijk uitgenodigd tot het geven van een reactie op het Consultatiedocument Implementatie Rechtsbeschermingsrichtlijn bij Aanbesteden. Gezien de beperkte omvang van het wetsvoorstel en vooral technische aard ervan is door het IBR en de NVvA voor een gezamenlijke reactie gekozen. Het onderwerp van de consultatie, omtrent implementatie van de gewijzigde rechtsbeschermingsrichtlijn, valt onder de doelstellingen van beide organisaties.

Het doel van het IBR is blijkens de statuten: *"Het op onafhankelijke wijze bevorderen van de wetenschappelijke en praktische beoefening van het bouwrecht, alsmede van de studie van juridische en maatschappelijke vraagstukken en verschijnselen in het algemeen, voor zover die betrekking hebben op of van betekenis kunnen zijn voor de kennis en verdieping van het bouwrecht."*

Het doel van de NVvA is blijkens de statuten: *"De vereniging stelt zich ten doel het zowel in theorie als in praktijk bestuderen en uitdragen van vraagstukken op het gebied van het nationale, het Europese en het internationale aanbestedingsrecht, een en ander in de meest ruime zin des woord."*

Gezien de beperkte termijn die is gegeven voor een reactie, deze verloopt 30 januari 2009, is er door het IBR en de NVvA voor gekozen met een klein aantal gespecialiseerd juristen¹, van gedachten te wisselen over het Consultatiedocument en het wetsvoorstel WIRA met memorie van toelichting. De bijeenkomst heeft plaatsgevonden op 20 januari 2009 ten kantore van het Instituut voor Bouwrecht te Den Haag. Tijdens de

¹ In bijlage 1 zijn de namen van de deelnemers aan deze bijeenkomst opgenomen.

bijeenkomst is aan de hand van de vragen in het Consultatiedocument gediscussieerd.

In deze reactie wordt verslag gedaan van de resultaten van deze bespreking. Eerst wordt ingegaan op een aantal algemene punten en vervolgens op de in het Consultatiedocument gestelde vragen. Afgesloten wordt met een aantal aanvullende opmerkingen.

2. OPMERKINGEN VAN ALGEMENE AARD

In algemene zin merken de deelnemers op dat de termijn voor het geven van een reactie op het Consultatiedocument en het wetsvoorstel met MvT als aanzienlijk kort wordt ervaren. Voor organisaties als het IBR en de NVvA, die hun leden/achterban omtrent de consultatie gewoonlijk raadplegen of de mogelijkheid geven vanuit hun expertise te reageren, is het niet eenvoudig geweest binnen de gegeven termijn een reactie op te stellen. Het IBR en de NVvA zijn de deelnemers dan ook zeer erkentelijk voor hun inbreng en bijdrage aan deze reactie.

De MvT wordt door de deelnemers als goed leesbaar beoordeeld. Daarbij wordt echter wel opgemerkt dat de MvT op een aantal punten explicieter verwoord zou kunnen worden en valt het op dat er zo nu en dan verschillen bestaan tussen de tekst van het wetsvoorstel en de tekst van de MvT. Ook redactioneel moet er nog een slag gemaakt worden.

3. REACTIE OP VRAGEN CONSULTATIEDOCUMENT

1. OPSCHORTENDE TERMIJN

Vragen Consultatiedocument:

“De Minister verneemt graag uw commentaar op handhaving van de huidige opschortingstermijn van 15 kalenderdagen ongeacht de wijze van communicatie:

1.1 Is een termijn van 15 kalenderdagen in de praktijk goed te hanteren? Waarom wel/niet?

1.2 Wat vindt u van één vaste opschortende termijn in plaats van een termijn die varieert aan de hand van de methode waarop de aanbestedende dienst het voornemen tot gunning bekend maakt?”

REACTIE OP 1.1

Een opschortingstermijn van 15 dagen wordt door de deelnemers als uiterst krap, maar nog net een voldoende termijn aangemerkt. Uiterst krap omdat binnen deze termijn de dagvaarding moet zijn betekend. Het is geen sinecure voor inschrijvers om dat binnen de gestelde termijn voor elkaar te krijgen en aanbestedende diensten dienen zich daarvan bewust te zijn.² Hoewel de deelnemers kunnen leven met de gestelde minimumtermijn, achten zij het gepast wanneer aanbesteders bijvoorbeeld bij omvangrijke of complexe opdrachten een ruimere termijn in acht nemen.

Desalniettemin pleiten de deelnemers voor handhaving van de opschortende termijn van minimaal 15 dagen.

Van groot belang wordt geacht de motivering van de aanbestedende dienst bij de gunningsbeslissing. Op basis van een goede/uitgebreide motivering kan door een gegadigde of inschrijver een betere afweging worden gemaakt of het starten van een procedure zin heeft. Hoewel aanbestedende diensten misschien de indruk hebben zich met een meer uitgebreide motivering kwetsbaarder op te stellen, leert de ervaring dat met een uitgebreide motivering procedures juist worden voorkomen. Een deugdelijke motivering geeft naar gegadigden/inschrijvers ook meer vertrouwen dat een procedure juist is gevolgd en zal daarmee ook bijdragen in het wegnemen van prikkels tot procederen. Aanbestedende diensten mogen zich daarvan meer bewust zijn.

Een belangrijk punt wat betreft de motivering van de gunningsbeslissing, is dat in artikel 4 van het wetsvoorstel WIRA wordt vereist dat de gunningsbeslissing vergezeld gaat van een "samenvattende beschrijving van de relevante redenen". In de considerans bij Richtlijn 2007/66 (overweging 6) wordt aangegeven dat de gunningsbeslissing vergezeld moet gaan van "alle relevante inlichtingen die nodig zijn voor een succesvol beroep". Dat is meer dan een samenvattende beschrijving. In het BAO is bepaald dat de mededeling van de gunningsbeslissing de gronden van de gunningbeslissing moet bevatten. In dit besluit is tevens geregeld dat op verzoek van een afgewezen inschrijver de nadere motivering van de afwijzing binnen vijftien dagen moeten worden verstrekt. In de praktijk blijkt voor opdrachtgevers en opdrachtnemers niet altijd duidelijk is hoe deze twee motiveringsplichten zich tot elkaar verhouden. Uit de jurisprudentie kan overigens een zwaardere motiveringsplicht worden afgeleid dan vereist volgens het BAO. Ook in het kader van de Aanbestedingswet zijn er voorstellen de motiveringsplicht van aanbestedende diensten uit te breiden.

² Zo werd nog opgemerkt, dat het raadzaam is dat bij complexe aanbestedingen de aanbestedende dienst een langere termijn aanhoudt (hetgeen in de praktijk ook regelmatig voorkomt).

Voorstel is om aan te sluiten bij overweging 6 van Richtlijn 2007/66³, de Nederlandse jurisprudentie en de voorstellen die zijn gedaan in het kader van de (door de Eerste Kamer verworpen) Aanbestedingswet en het Besluit aanbestedingen.

REACTIE OP 1.2

Deelnemers kunnen zich vinden in de keuze voor één termijn. Een termijn van 10 kalenderdagen is sowieso te krap en onwerkbaar in de praktijk.

AANVULLENDE REACTIES M.B.T. DE OPSCHORTENDE TERMIJN

- Artikel 5 heeft enige verduidelijking. Bedoeld is de voorlopige voorziening in eerste aanleg. Om misverstanden te voorkomen zou dit in artikel 5 en de MvT (op p. 16) dienen te worden vermeld.
- Artikel 2, lid 1, beperkt zich ten onrechte tot gunningsbeslissingen. In artikel 1, lid 1, van Richtlijn 2007/66 wordt immers gesproken van 'op rechtsgevolg gerichte besluiten'. Zie ook artikel 2, lid 1, onder a ('enig door de aanbestedende diensten genomen besluit') van de Richtlijn. Daarbij moet volgens de deelnemers ook gedacht worden aan selectiebeslissingen en beslissingen tot beperking van het aantal inschrijvers in het kader van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog. Ook in die gevallen zou de termijn van 15 dagen in acht genomen moeten worden.⁴

2. VERJARINGSTERMIJN INSTELLEN VORDERING

Vragen Consultatiedocument:

“De Minister verneemt graag uw commentaar op de keuze voor een eenduidige verjaringstermijn van 6 maanden:

2.1 Vindt u het een voordeel dat de Minister voor een enkele verjaringstermijn heeft gekozen, in plaats van verschillende?

2.2 Zou u als aanbestedende dienst gebruik willen maken van een verkorte verjaringstermijn, op voorwaarde van publicatie?

³ De deelnemers aan de IBR/NVvA bijeenkomst merken wellicht ten overvloede nog op dat de jurisprudentie van het HvJEG leert, dat de considerans bij een richtlijn in samenhang dient te worden gezien met de daarin opgenomen bepalingen en niet op zichzelf staat.

⁴ Vergelijk ook de rechtspraak van het HvJ EG (11 januari 2005, zaaknr. C 26/03 (Stadt Halle)).

2.3 *Zou u als ondernemer de toename aan transparantie, doordat aanbestedende diensten gestimuleerd worden om meer te publiceren, hoger waarderen dan het inkorten van de verjaringstermijn?"*

REACTIE OP 2.1

De deelnemers kunnen zich vinden in de keuze voor één verjaringstermijn. Zij menen overigens dat hier sprake is van een vervaltermijn in plaats van een verjaringstermijn. Zie hierna onder de 'Aanvullende reacties met betrekking tot "Verjaringstermijn instellen vordering"'.

REACTIE OP 2.2

Naar aanleiding van deze vraag is kort gediscussieerd. Deelnemers betwijfelden of de mogelijkheid van een verjaringstermijn van 30 dagen in de praktijk tot meer transparantie zou leiden in de gevallen genoemd in artikel 2 septies, lid 1, onder a, Richtlijn 2007/66. Daarbij is de kans op misbruik van deze bepaling door aanbestedende diensten niet ondenkbaar.

Overigens moet bedacht worden dat de verjaringstermijn ziet op de vordering tot onverbindendheid. De verjaringstermijn geldt volgens deelnemers niet voor de vordering tot schadevergoeding, daarvoor geldt de verjaringstermijn in het BW (5 jaar). Het zogenoemde zwaard van Damocles van vernietiging of gedeeltelijke vernietiging (en de sancties verkorting van de looptijd van de overeenkomst en de boete) hangt dan na 6 maanden niet meer boven de uitvoering van de overeenkomst, dat geldt evenwel niet voor eventuele schadevergoedingsacties.

Tijdens de bijeenkomst is nog opgemerkt dat degene die geen beroep op vernietiging tijdens verjaringstermijn heeft ingesteld – of zelfs tijdens de 15 dagentermijn en een verbod tot gunning bij de voorzieningenrechter heeft gevraagd - daarmee in feite ook zijn kans op schadevergoeding kleiner maakt; waarom kwam hij niet eerder in actie? Volgens bestendige jurisprudentie van het Hof van Justitie EG is immers het nuttig effect van de rechtsbeschermingsrichtlijnen gelegen in snelheid en doelmatigheid. Stroperigheid en traag gedrag passen daar uitdrukkelijk niet in.

REACTIE OP 2.3

Deze vraag is onduidelijk. Deelnemers gaan ervan uit dat hier wordt bedoeld te vragen of ondernemers meer transparantie als gevolg van de verkorte 30-dagen termijn op prijs zouden stellen of als een gemis wordt ervaren nu in het wetsvoorstel ervoor is gekozen één termijn van 6 maanden aan te houden. De deelnemers denken niet dat ondernemers

dat voordeel zo groot achten dat de verkorte termijn moet worden ingevoerd.

AANVULLENDE REACTIES M.B.T. “VERJARINGSTERMIJN INSTELLEN VORDERING”

- Een belangrijk punt dat naar voren wordt gebracht door de deelnemers is dat het hier geen verjaringstermijn betreft maar een *vervaltermijn*.⁵ Het verschil is niet onbelangrijk. In tegenstelling tot een vervaltermijn kan een verjaringstermijn immers worden gestuit waardoor de verjaringstermijn steeds kan worden verlengd. Dat laatste kan niet de bedoeling van de opstellers van het wetsvoorstel zijn geweest nu in de MvT duidelijk is aangegeven, dat een langere verjaringstermijn niet gewenst is i.v.m. de rechtszekerheid (p. 7). De tegenstrijdigheid tussen de tekst van het wetsvoorstel en de MvT leidt tot rechtsonzekerheid. Voorstel is om in artikel 6 de gangbare formulering betreffende vervaltermijnen op te nemen: *“de vordering tot gehele of gedeeltelijke vernietiging van de overeenkomst is niet-ontvankelijk, indien zij wordt ingesteld na verloop van 6 maanden na het sluiten van de met een gunningsbeslissing beoogde overeenkomst”*.
- In Richtlijn 2007/66 (artikel 2 septies, lid 1, onder b) en het wetsvoorstel WIRA (artikel 6) wordt ervan uitgegaan, dat de termijn start na het sluiten van de overeenkomst. In de Nederlandse situatie vallen de definitieve gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst niet per definitie samen (artikel 55 lid 1 BAO). Het komt regelmatig voor dat de overeenkomst weken of maanden na de definitieve gunningsbeslissing wordt gesloten. Deelnemers beseffen dat de Richtlijn hier geen keuze laat – ook na lezing van de Franse tekst van de richtlijn - en duidelijk uitgaat van het moment van sluiten van de overeenkomst. Het is wellicht goed om in de MvT hierop te wijzen.

⁵ Overigens wordt opgemerkt, dat uit de tekst van artikel 6 wetsvoorstel WIRA zou kunnen worden opgemaakt dat het hier een vervaltermijn betreft. In de MvT (p. 7) en het Consultatiedocument (p. 7) wordt echter expliciet gesproken van een *verjaringstermijn*.

3. ALGEMEEN BELANG MEEWEGEN BIJ Vernietigen OVEREENKOMST

Vragen Consultatiedocument:

“De Minister verneemt graag uw commentaar op de keuze om de mogelijkheid van instandhouding in het wetsvoorstel op te nemen:

3.1 Zou het voor de rechtszekerheid beter zijn als het schenden van een publicatie of bekendmakingsverplichting in alle gevallen tot vernietiging van de overeenkomst zou leiden?

3.2 Wat zijn de voor en de nadelen van het voorgestelde systeem en de uitwerking hiervan in de praktijk?

3.3 Als u het niet met het voorgestelde systeem eens bent, hoe zou een alternatief systeem er dan uitzien?

3.4 Welke instelling zou naar uw mening het beste de boete op kunnen leggen?”

REACTIE OP 3.1

Nee, dat zou veel te ver gaan. Daarbij zou het de discretionaire bevoegdheid (vrije beslissingsruimte) van de rechter aanzienlijk beperken, waar de deelnemers geen voorstander van zouden zijn.

REACTIE OP 3.2

Aan de hand van deze vraag is door de deelnemers uitgebreid gediscussieerd over de voorgestelde systematiek van vernietiging en alternatieve sancties. In algemene zin kwalificeren de deelnemers het systeem als log en in de praktijk moeilijk werkbaar; de term draconisch werd gebruikt.

Men kan echter de MvT volgen op het punt dat juiste implementatie van de Richtlijn noopt tot invoering van het voorgestelde systeem. Het is immers denkbaar dat een rechter beslist (om “dwingende redenen van algemeen belang”) de overeenkomst niet of slechts deels te vernietigen. In dat geval eist de Richtlijn het opleggen van een alternatieve sanctie: verkorting van de looptijd van de overeenkomst of een boete. Omdat verkorting van de looptijd van de overeenkomst niet altijd mogelijk is (denk aan een leveringsovereenkomst tot levering van computers; verkorting van een dergelijke overeenkomst is moeilijk denkbaar laat staan dat deze sanctie in dit geval doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend is, zie artikel 2 sexies, lid 2, Richtlijn 2007/66), ziet de wetgever zich genoodzaakt ook een boetesysteem in te voeren in dit wetsvoorstel. De deelnemers zien die noodzaak ook. Een belangrijk punt

van kritiek van de deelnemers is echter dat de implementatie van het systeem in het wetsvoorstel WIRA en de MvT nog niet voldoende doordacht is. Men constateert een aantal (ernstige) tekortkomingen. Het was niet mogelijk in het korte tijdsbestek van de bijeenkomst alle tekortkomingen te adresseren en te bespreken. Hier volgen de belangrijkste zaken die werden besproken tijdens de bijeenkomst:

- In de processuele sfeer: hoe ligt de verhouding tussen de civiele rechter en het orgaan dat de boete oplegt? Zo zal eerst de bodemprocedure afgewacht moeten worden voordat een ander onafhankelijk orgaan (door de deelnemers wordt ervan uitgegaan dat dit niet de civiele rechter kan zijn om redenen die in de MvT op p. 11/12 worden genoemd) een onderzoek instelt en de boete bepaalt. Dit betekent dat er soms jaren kunnen zijn verstreken voordat een aanbestedende dienst met de boeten wordt geconfronteerd.
- Deelnemers wensen meer duidelijkheid over wat verstaan dient te worden onder dwingende redenen van algemeen belang. In de Richtlijn (waarnaar de MvT verwijst) worden wel aanwijzingen gegeven wat daaronder niet mag worden verstaan (zie ook artikel 2 quinquies, lid 3, tweede en derde alinea Richtlijn 2007/66) maar in de MvT zou meer inzicht gegeven moeten worden (met een aantal voorbeelden) wanneer daarvan mogelijk wel sprake zal of kan zijn.
- De boete is in artikel 11, lid 3, wetsvoorstel WIRA beperkt tot ten hoogste 10% van de geraamde waarde van de overheidsopdracht. De deelnemers betwijfelen of de hoogte van de boete met die beperking voldoende doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend zal zijn, zoals de Richtlijn vereist. Voorstel is om geen percentage in artikel 11 te noemen en de hoogte van de boeten te laten bepalen door het onafhankelijke orgaan dat daartoe voldoende expertise zal hebben, dan wel zal moeten ontwikkelen.
- Deelnemers wijzen erop dat de sanctie tot verkorting van de looptijd van de overeenkomst tot onredelijke en onbillijke situaties kan leiden voor bonafide contractspartijen van de aanbestedende dienst. Wanneer de onderneming te goeder trouw de langdurige overeenkomst is aangegaan (en op basis van de duur van de overeenkomst zijn prijs heeft bepaald) is het niet billijk wanneer die onderneming te lijden heeft van fouten die zijn gemaakt door de aanbestedende dienst m.b.t. de aanbesteding. Voorstel is dit te regelen in het wetsontwerp WIRA en degene die te goede trouw is te beschermen.
- Aansluitend is gediscussieerd over andere mogelijke rechtsmiddelen om te komen tot onverbindendheid (behalve vernietiging). In de MvT valt te lezen dat implementatie van het wetsvoorstel WIRA niet verder gaat dan strikt noodzakelijk is. Zo wordt er in het wetsvoorstel onvoldoende rekening gehouden met een in de bouwpraktijk nuttig middel: opzegging van de overeenkomst door de opdrachtgever (artikel 7:764 BW en paragraaf 14 UAV 1989). Zoals bekend, is er al

enige jurisprudentie waarbij de rechter de opdrachtgever bevolen heeft om van dit opzeggingsrecht gebruik te maken (zie bijvoorbeeld de verwijzing naar een uitspraak van de Rechtbank Maastricht in het volgende punt waarin op die mogelijkheid wordt gewezen). Als een groot voordeel wordt gezien dat daarbij de gewraakte overeenkomst met directe ingang (namelijk na opzegging) eindigt en dat er vervolgens tussen de opdrachtgever en de oorspronkelijk aannemer/contractant nog een discussie kan ontstaan over de vraag of de aannemer recht heeft op vergoeding van kosten en eventueel gederfde winst.

- Ook in spoedappel is het nu reeds mogelijk dat de voorzieningenrechter als voorlopige voorziening de uitvoering van de overeenkomst verbiedt (zie Hof Amsterdam 3 oktober 2002, Doge/Achmea & Sowecare, BR 2004, p. 551, met nt. Nijholt (rolstoelenzaak). Daarin verbood het Hof (in kort geding) met verwijzing naar het Alcatel-arrest en op grond van een belangenafweging, mede omdat het een duurovereenkomst betrof, verdere uitvoering van een reeds gesloten overeenkomst met Sowecare en Fitform. Het Hof ging ervan uit dat het Alcatel-arrest een doeltreffende beroepsprocedure tegen gunningsbeslissingen vereist en dat zulks niet uitsluit dat ook in (spoed)appel tot doorbreking van een reeds gedane gunning wordt geconcludeerd).⁶ Zie ook: Rechtbank Maastricht 8 oktober 2008, P1 Holding B.V./Gemeente Maastricht, LJN: BF7031, r.o. 3.3.2.: *“Uit het Europese recht volgt dat het aangaan van een overeenkomst in strijd met de Europese regelgeving op het terrein van het aanbestedings- of mededingingsrecht niet leidt tot nietigheid of vernietigbaarheid van die overeenkomst. Wel beschikt de nationale rechter, indien er sprake is van (dreigend) handelen in strijd met deze Europese regelgeving over ruime mogelijkheden om het onrechtmatige handelen dan wel de gevolgen daarvan ongedaan te maken. Tot die mogelijkheden behoort onder omstandigheden ook het gebieden van de opdrachtgever om gebruik te maken van een eventueel hem toekomende wettelijke dan wel contractuele bevoegdheid om de overeenkomst op te zeggen of te ontbinden dan wel het geven van een verbod om gevolg te geven aan de uitvoering van de overeenkomst.”*⁷
- De voorgaande twee punten doen de deelnemers van mening zijn dat in het wetsvoorstel en MvT onvoldoende is nagedacht over andere

⁶ Hierbij zei wel opgemerkt, dat dit de enige bekende Hofuitspraak is die een zo vergaand oordeel bevat.

⁷ Een voorbeeld van de laatst genoemde mogelijkheid (verbod gevolg te geven aan de uitvoering van de overeenkomst) is een uitspraak van de Voorzieningenrechter Rechtbank 's-Gravenhage 2 november 2006, LJN: AZ9621 (GOM Schoonhouden BV/Gemeente Leidschendam-Voorburg).

rechtsmiddelen die partijen ter beschikking staan.⁸ In paragraaf 3.3 van de MvT wordt uitdrukkelijk gekozen voor vernietiging. Echter, ontbinding of opzegging van de overeenkomst blijft ook mogelijk (het wetsvoorstel WIRA en de MvT sluiten dat niet uit) en daarop is het wetsvoorstel WIRA niet van toepassing. Dat lijkt in overeenstemming met het doel van de wet te zijn, het komt immers de rechtsbescherming ten goede. Het heeft echter de voorkeur van de deelnemers indien uit de MvT expliciet blijkt dat de WIRA deze mogelijkheden onverlet laat.

De deelnemers achten het voorstelbaar, gezien de eerdere typering van deze systematiek in deze reactie (log, moeilijk werkbaar, draconisch), dat men in de praktijk eerder geneigd zal zijn opzegging of ontbinding te vorderen in plaats van vernietiging.

REACTIE OP 3.4

Deelnemers hebben uitgebreid gediscussieerd over de mogelijkheid en wenselijkheid om de civiele rechter tevens de boete te laten opleggen (niet ambtshalve maar op vordering van een der partijen). Het zou immers wel zo efficiënt zijn als de civiele rechter tevens zou oordelen over de boete en de hoogte ervan. Echter, de deelnemers zijn het met de argumentatie in de MvT eens dat de civiele rechter niet het onafhankelijke orgaan kan zijn dat de boete oplegt. Daarbij vragen de deelnemers zich af of de civiele rechter in zijn beslissing over zijn afweging een mogelijke schadevergoeding ook de hoogte van een eventuele boete zal betrekken, hetgeen evenwel strijdig zou zijn met de Richtlijn, zo menen de deelnemers. Overigens vragen deelnemers zich af welk belang een contractspartij heeft om een boete te vorderen als die boete hem niet toekomt. Daarbij is het ook maar de vraag of een vordering van een boete door een marktpartij kans van slagen heeft. Hij heeft immers geen eigen belang bij een op te leggen boete; en geen belang, geen actie.

Na enige discussie waren de deelnemers het met elkaar eens dat het meest voor de hand ligt dat de NMa of een vergelijkbare – nog in het leven te roepen - autoriteit de boete, als bedoeld in het wetsvoorstel WIRA, oplegt. Daarbij stellen de deelnemers met nadruk voor dat in het wetsvoorstel en de MvT meer aandacht wordt besteed aan de processuele gang van zaken (denk aan artikel 6 EVRM). Daarom trekt de huidige wetsvoorstel te weinig duidelijkheid.

⁸ Deelnemers gaan ervan uit dat artikel 6 wetsvoorstel WIRA niet exclusief de mogelijkheid van vernietiging voorschrijft en dat andere rechtsmiddelen open blijven staan. Zou dat niet het geval zijn dan heeft dat een onwenselijke beknotting van de rechtsbescherming tot gevolg hebben.

AANVULLENDE REACTIES N.A.V. “ALGEMEEN BELANG MEEWEGEN BIJ
VERNIETIGEN OVEREENKOMST”

- Een belangrijk voorstel dat door de deelnemers naar voren werd gebracht, is om mogelijk te maken dat de voorzieningenrechter de overeenkomst geheel of gedeeltelijk vernietigt. Het wordt als een groot nadeel gezien dat de gehele of gedeeltelijke vernietiging alleen in een bodemprocedure kan worden gevorderd. De MvT (pagina 16) noemt een gemiddelde duur van 18 maanden tot een uitspraak in eerste aanleg. Dat betekent dat, als de overeenkomst doorloopt tijdens de duur van de procedure, in veel gevallen de overeenkomst zal zijn voltooid voordat er een uitspraak is. Dat kan worden voorkomen door in kort geding opschorting van de uitvoering van de lopende overeenkomst te vorderen. Maar dat is een (te) zwaar middel, omdat bij toewijzing het betreffende project 18 maanden in een half voltooide staat moet blijven liggen. In de MvT (p. 16) wordt een dergelijke situatie dan ook - terecht - als onwenselijk aangemerkt. Dit alles komt voort uit de constatering (p. 10 van de MvT) dat de voorzieningenrechter nu eenmaal geen declaratoire of constitutieve uitspraken doet. De deelnemers zijn van mening dat voor effectieve rechtsbescherming niet moet worden uitgaan van het bestaande systeem in het Wetboek van Rechtsvordering (inclusief de huidige kort gedingprocedure), maar dat serieus overwogen moet worden om die procedure aan te passen of een nieuwe procedure in het leven te roepen als effectieve rechtsbescherming daar om vraagt. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een vergelijkbare regeling met de regeling van spoedgeschillen in artikel 20 van de statuten van de Raad van Arbitrage voor de bouw. Een dergelijk spoedgeschil (qua duur vergelijkbaar met een kort geding) leidt wel tot een uitspraak ten principale. Als dat een te grote stap is, zou ook onderzocht kunnen worden of in een aanbestedingskort geding bij wijze van een zogenoemde ‘paardensprong’ de voorzieningenrechter kan besluiten dat de zaak zich voldoende leent voor een afdoening ten principale, waardoor toch een declaratoire of constitutieve uitspraak kan worden verkregen (vergelijk het bestuursrecht).
- De deelnemers vragen zich af of ook de Raad voor de Rechtspraak en/of de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak is gevraagd om een reactie op het Consultatiedocument. Als dat niet het geval is, zijn de deelnemers van mening dat deze organisaties daartoe alsnog de mogelijkheid moeten krijgen. Het is immers van groot belang te vernemen hoe vanuit rechterlijke optiek wordt aangekeken tegen de voorgestelde systematiek, gezien de belangrijke rol van de civiele rechter en de afstemming die nodig is tussen de civiele rechter en het onafhankelijke orgaan dat de boete oplegt. Daarbij zouden deze organisaties geconsulteerd kunnen worden over het voorstel van de

deelnemers dat de voorzieningenrechter bij zaken die hij daartoe geschikt oordeelt, deze als bodemrechter kan afdoen en daarmee kan oordelen omtrent vernietiging van de overeenkomst.

REACTIES EN OPMERKINGEN IN AANVULLING OP HET CONSULTATIEDOCUMENT

In algemene zin willen de deelnemers benadrukken dat het huidige wetsvoorstel WIRA en MvT naar aanleiding van deze reactie (en mogelijk andere - vergelijkbare - reacties die zijn binnengekomen) op een aantal onderdelen heroverweging verdient of in ieder geval een betere onderbouwing van de gemaakte keuzes, waarbij beter aangesloten wordt bij de huidige (juridische) aanbestedingspraktijk. Het gaat dan met name om het bepaalde omtrent vernietiging en alternatieve sancties. Het IBR en de NVvA, vertegenwoordigd door de deelnemers, zijn bereid hierover mee te denken met de opstellers van het wetsvoorstel en nieuwe/aanvullende voorstellen te becommentariëren.

OVERIGE SUGGESTIES VOOR AANPASSING/VERBETERING:

- Bij artikel 7, lid 1, kan onduidelijkheid ontstaan of sub a gevolgd wordt door het voegwoord "of" dan wel door het voegwoord "en". Uit de MvT blijkt dat sub a, b en c cumulatief zijn; het verdient aanbeveling om na sub a het voegwoord "en" toe te voegen.
- Afgevraagd wordt of het gebruik van de terminologie "inschrijver" en "gegadigde" in het wetsvoorstel steeds consequent is doorgevoerd.
- Uit artikel 3 wetsvoorstel WIRA kan niet duidelijk worden opgemaakt of de uitsluiting rechtmatig moet zijn bevonden door de voorzieningenrechter of de bodemrechter (zie ook de MvT, p. 15).
- Op grond van artikel 3, lid 2, wetsvoorstel WIRA lijkt het erop dat gegadigden geen rechtsbescherming meer hebben nadat zij van de aanbestedende dienst informatie over hun afwijzing hebben gekregen. Daarna zijn ze immers niet meer 'bij de procedure betrokken'. Dit dient geregeld te worden conform de regeling voor de inschrijver in art 3, lid 1.
- Artikel 5 wetsvoorstel WIRA en de toelichting daarop in de MvT (p. 16, laatste alinea) lijken met elkaar in tegenspraak. De tekst in de MvT lijkt in strijd met artikel 2, lid 3, Richtlijn 2007/66 en geeft blijk van onvoldoende inzicht van de kort gedingpraktijk; de rechter doet nooit uitspraak binnen 15 dagen na verzending van de gunningsbeslissing. Als mogelijke oplossing wordt aangedragen dat de voorzieningenrechter op verzoek van de eiser op de dagvaarding meteen (door een aantekening op de dagvaarding vergelijkbaar met het verlot tot beslaglegging) opschorting beveelt van het sluiten van

de overeenkomst totdat hij uitspraak heeft gedaan, of het kort geding door eisende partij wordt ingetrokken.

- In artikel 6 wetsvoorstel WIRA wordt de bodemrechter bedoeld, dat blijkt echter uit de MvT en maar kan niet uit artikel 6 zelf worden opgemaakt.
- In artikel 7, lid 1 en lid 2, wetsvoorstel WIRA wordt de toepasselijkheid van artikel 6, onder a, afhankelijk gesteld van de mening van de aanbestedende dienst. De deelnemers stellen voor deze formulering niet uit de Richtlijn (artikel 2 quinquies, lid 4) over te nemen. Artikel 7, lid 1, onder a, luidt dan als volgt:

“1. Artikel 6, aanhef en onder a, is niet van toepassing indien [*schrappen*: de aanbestedende dienst:]

a. [*schrappen*: van mening is dat] de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de Europese Unie op grond van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten of het Besluit aanbesteding speciale sectoren is toegestaan, (...)”

Art. 7, lid 2, onder a, luidt dan als volgt:

“Artikel 6, aanhef en onder c, is niet van toepassing indien [*schrappen*: de aanbestedende dienst:]

a. [*schrappen*: van mening is dat] de gunning van een opdracht in overeenstemming is met artikel 32, tiende lid, onderdeel b, en artikel 33, elfde tot en met veertiende lid van het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten of artikel 39, elfde tot en met veertiende lid, van het Besluit aanbestedingen speciale sectoren, (...)”

- De laatste zin van artikel 8, lid 2, zou duidelijker kunnen. Bedoeld is dat het geen belangen zijn die dwingende eisen van algemeen belang kunnen opleveren.
- Paragraaf 3.1 MvT: miskend wordt dat de rechter slechts een *geclausuleerd* gebod tot heraanbesteding (overdoen van de aanbesteding) kan geven.
- Paragraaf 3.3.3 MvT: het is merkwaardig dat alleen het belang van de aanbestedende dienst bij vernietiging van de overeenkomst in de bodemprocedure wordt besproken. Daarbij dient nog opgemerkt dat in de bodemprocedure over vernietiging zowel de aanbestedende dienst als diens wederpartij bij de overeenkomst, worden gedagvaard.
- P. 14, 3^e alinea MvT: onjuiste aanduiding begin opschortende termijn (moet zijn de dag na verzending).

- P. 15, zin boven artikel 3 MvT: is onduidelijk.
- P. 15 laatste zin MvT: woord ‘zowel’ schrappen.
- P. 18 laatste zin boven artikel 7 MvT: met ‘overeenkomst’ wordt hier vermoedelijk bedoeld de ‘nadere’ overeenkomst op basis van een raamovereenkomst.
- P. 18 artikel 7 MvT: het is niet realistisch van potentiële gegadigden te verwachten, dat zij dagelijks TED en aanbestedingskalender.nl bijhouden om te bezien of er mogelijk sprake is van opdrachten die onrechtmatig onderhands worden gesloten.

BIJLAGE: DEELNEMERS BIJEENKOMST

mr. dr. H.D. van Romburgh, Bestuursraadadviseur
aanbestedingsaangelegenheden ministerie van LNV, voorzitter

mr. A.C.M. Fischer-Braams, advocaat Bartels Sueters Fischer
aanbestedingsadvocaten.

mr. J.G.J. Janssen, (schriftelijke bijdrage) advocaat Stibbe

mr. S. Könemann, advocaat Rozemond Advocaten

mr. J.H.W. Koster, advocaat Clifford Change

mr. D.E. van Werven, jurist directie Economische Zaken, Bouwend
Nederland

mr. A.Z.R. Koning, juridisch stafmedewerker IBR, secretaris