

Regels voor het gunnen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten en opdrachten door speciale-sectorbedrijven (Aanbestedingswet)

NADERE MEMORIE VAN ANTWOORD

Ik constateer dat uit het nader voorlopig verslag blijkt dat de leden van de fracties van het CDA, de VVD en de SP in het bijzonder nog grote vraagtekens zetten bij de gekozen wetgevingsarchitectuur. Alvorens hierop en op andere specifieke vragen in te gaan hecht ik er aan de context van dit wetsvoorstel kort te duiden. Op dit moment – en al sinds 1993 - geldt als formeelwettelijk kader voor aanbestedingen de ‘Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen’. Deze wet is exact wat de citeertitel aangeeft: een raamwet waarop de kwalificatie van de leden van de fractie van de VVD ‘vrijwel perfect leeg’ zonder meer van toepassing is. Deze raamwet strekt slechts tot het bij gedelegeerde regelgeving formeel om kunnen zetten van de betrokken richtlijnen in de Nederlandse rechtsorde. Om recht te kunnen doen aan de conclusies van de Parlementaire Enquête Commissie Bouwnijverheid (PEC, 2002) en om tegemoet te kunnen komen aan de breed levende zorgen over de huidige regelgeving en praktijk wordt nu voorgesteld deze lege raamwet te vervangen door een in zekere mate inhoudelijker wet met een duidelijk bredere werking. Een wet die het mogelijk maakt ook in aanvulling op de richtlijnen regels te stellen, deze op een heldere manier bij elkaar te zetten en zo ook de kwaliteit en de toegankelijkheid van de aanbestedingsregelgeving te verbeteren. Ik hoop dat de leden van de Commissie naast de argumentatie voor de gekozen wetgevingsarchitectuur en de beantwoording van de specifieke vragen in deze nadere memorie ook deze aspecten zullen wegen in hun verdere beoordeling van het wetsvoorstel. Uiteindelijk is het aan Uw Kamer om het belang van uw bezwaren tegen de gekozen wetgevingsarchitectuur af te wegen tegen het belang van belastingbetalers, aanbestedende diensten en bedrijfsleven bij invoering van de nieuwe regelgeving. Indien dit wetsvoorstel niet wordt aanvaard is het gevolg immers dat de bestaande lege raamwet van kracht blijft zo lang een nog te ontwerpen nieuw wetsvoorstel nog niet tot wet is verheven en in werking is getreden. Verder uitstel van de gewenste inhoudelijke verbeteringen is dan een onvermijdelijk gevolg. Ook de verdere ontwikkeling van de gedelegeerde regelgeving zou in afwachting van duidelijkheid over de nieuwe delegatiestructuur uiteraard moeten worden stopgezet.

Ik realiseer me dat deze beantwoording ook de nodige tijd gevraagd heeft. Dit hangt samen met de indringendheid en het bijzondere gewicht van de vragen en opmerkingen. Deze hebben mij genoopt tot beraad op mogelijkheden om tegemoet te komen aan de geuite bezwaren, anders dan door indiening van een geheel nieuw wetsvoorstel. Ik zie daarvoor een mogelijkheid op het punt dat Uw Kamer als gevolg van de gekozen wetgevingsarchitectuur op het moment van aanvaarding slechts beperkt zicht heeft op de uiteindelijk beoogde normstelling. Een AMvB zal immers pas na aanvaarding van het wetsvoorstel formeel worden voorgehangen. Gevolg van de gekozen wetgevingsarchitectuur is ook dat, indien het wetsvoorstel wet wordt, de wet om nuttig effect te kunnen hebben tegelijk met de nieuwe

AMvB in werking moet treden. Tijdens de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel heeft de ontwikkeling van de gedelegeerde regelgeving dan ook niet stilgestaan. Inmiddels is een gerijpt concept voor een geheel nieuw Besluit aanbestedingen beschikbaar. Aan de hand daarvan kunnen de leden van Uw Kamer zich in deze fase een beeld vormen van het beoogde wetgevingscomplex als geheel. Zo bevat de linkerkolom van iedere bijlage bij het concept de *Europese* procedure. Dit is in hoofdzaak implementatie van gedetailleerde voorschriften uit de richtlijn. De rechterkolom bevat daarentegen de *nationale* procedure ‘onder de drempel’. Ook illustreert dit concept hoe ik voornemens ben de door het wetsvoorstel gehandhaafde vrijheid om regels bij algemene maatregel van bestuur vast te stellen te benutten om elke procedure afzonderlijk helder, stapsgewijs, volledig en integraal uit te schrijven. Het concept is als gevolg van deze aanpak omvangrijk omdat er onder de richtlijn in totaal 14 procedures te onderscheiden zijn en bepaalde voorschriften in meerdere bijlagen terugkeren. Het grote voordeel is uiteraard dat volstrekt duidelijk is welke regels binnen een bepaalde procedure moeten worden toegepast. De omvang is in de praktijk ook niet bezwaarlijk omdat bij een concrete aanbesteding volstaan kan worden met toepassing van het besluit zelf, waaruit volgt welke procedure kan of moet worden gevolgd, en alleen de desbetreffende bijlage. Deze opzet komt tegemoet aan veelgehoorde klachten en aan de aanbevelingen van de PEC en acht ik een belangrijke stap in de verbetering van de toegankelijkheid - en daarmee de naleving - van de aanbestedingsregelgeving. Het aanpassen van het mee te zenden concept aan de jongste inzichten uit de consultatieronde kostte vervolgens nog enige tijd. Ik stel u dit concept met genoegen bij deze beschikbaar.

Voor de goede orde wijs ik er op dat het meegezonden concept bedoeld is als achtergrondinformatie bij de behandeling van het wetsvoorstel. Inhoudelijke bespreking van het concept als zodanig zou voorbarig zijn nu ambtelijk en bestuurlijk nog overleg plaatsvindt, advies over de administratieve lasten (‘Actal’) nog moet worden uitgebracht en de ministerraad er nog over moet besluiten. Nadien volgt uiteraard nog de in het wetsvoorstel opgenomen formele voorhangprocedure bij beide Kamers. Ook zal dan een inhoudelijk en technisch beperktere wijziging van het bestaande besluit voor speciale sectoren worden voorgehangen.

De inhoud van het wetsvoorstel

Delegatie en tijdige omzetting

De leden van de fractie van het **CDA** vroegen of de verwijzing in de memorie van antwoord naar de gedachtewisseling bedoeld aan te geven dat er nog iets is toe te voegen of af te dingen aan hetgeen reeds gewisseld is in het debat van 15 mei met de Minister van Justitie en de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties. Dit is niet het geval, bedoeld was te refereren aan de daar beschreven gedachtewisseling in den brede over de mate waarin gebruik gemaakt wordt of zou moeten worden van delegatie aan de regering. In dat kader zal de Minister van Justitie nog relevante toezeggingen nakomen en zodoende de gedachtewisseling afronden.

De leden van de fractie van het **CDA** zien voor de delegatiestructuur twee argumenten in de memorie van antwoord en vragen nadere toelichting en bewijsvoering. Op dit punt lijkt het debat gediend met een korte weergave van de argumentatie zoals ik die zie. Daarbij merk ik

op dat de strekking van het betoog in de memorie van antwoord vooral was dat het wetsvoorstel in lijn is met het algemeen wetgevingsbeleid en dat het beweerde karakter van 'lege raamwet' gerelativeerd kan worden door te wijzen op enkele belangrijke inhoudelijke elementen. Daarmee is niet beoogd te relativiseren dat het de bedoeling is de materiële normstelling - net als in de huidige regelgeving - in hoofdzaak bij AMvB te laten plaatsvinden. Hoewel primair ingegeven door het implementatiekarakter zal er ook een behoorlijke mate van nationale invulling plaats (moeten) vinden (zie ook p. 4 van de memorie van antwoord). In hoofdzaak zijn de argumenten de volgende.

(1) Hoewel in aanvulling op de Europese voorschriften regels onder de drempel gaan gelden en de richtlijnen op sommige onderwerpen een zekere vrijheid laten aan de lidstaten, gaat het grotendeels toch om voorschriften waarvan de strekking al vérgaand gedetailleerd op Europees niveau is vastgelegd. Het is niet doelmatig om ten aanzien van die voorschriften de zwaarste reguliere besluitvormingsprocedure - wetgeving in formele zin - in te zetten uitsluitend om dergelijke voorschriften materieel voor de Nederlandse rechtsorde te 'herbevestigen' en formeel tot gelding te brengen. Ter illustratie van het gedetailleerde karakter van dit type voorschriften mag dienen de zinsnede uit de richtlijn die een drempel vaststelt voor telecommunicatiediensten 'van categorie 5 waarvan de CPV-posten overeenkomen met de CPC-indelingen 7524, 7525 en 7526'¹. Deze mate van detail is in wetgeving in formele zin zeldzaam, in aanbestedingsrichtlijnen echter bepaald niet. De bepalingen in het conceptbesluit die bepalen wanneer welke procedure moet of mag worden gevolgd en de linkerkolom van de bijlagen van het conceptbesluit geven een indruk van omvang en aard van de voorschriften die voor de lidstaten in beginsel bindend zijn.

(2) Een tweede argument voor de wenselijkheid is dat tijdig kunnen implementeren gebaat is bij adequate reguliere delegatie. Hieronder ga ik daar nog nader op in.

(3) Ten derde is het wenselijk om tegemoet te komen aan veelgehoorde klachten over versnippering en onduidelijkheid van de regelgeving. De voornemens om dit te verwezenlijken zijn sinds de verzending van de memorie van antwoord verder uitgekristalliseerd. Zoals blijkt uit het bijgevoegde concept zal de redactionele structuur van de richtlijn niet langer leidend zijn voor de opbouw van het nieuwe Besluit aanbestedingen. Dit besluit zal daarentegen zodanig worden ingericht dat hieruit zelf stapsgewijs volgt in welke situatie welke van de onderscheiden aanbestedingsprocedures gevolgd moet of kan worden. Hoewel omvangrijk zal deze structuur de kenbaarheid en de duidelijkheid van de geldende regels naar verwachting sterk verbeteren en ook de behoefte aan allerlei verduidelijkende reglementen terugdringen. De veel betreurde 'lappendeken' aan regelingen en reglementen zal hierdoor zo niet geheel effen, dan toch in ieder geval wel veel minder bont worden. Op wetsniveau is hiervoor echter noodzakelijk dat de vrijheid bestaat de materiële normen - ook die waarvoor nationale keuzes gemaakt moeten worden - bij elkaar in een AMvB op te nemen. Volledigheidshalve merk ik nog op dat het streven naar kenbaarheid en eenvoud een natuurlijke grens kent in het feit dat de voorschriften inhoudelijk uiteraard niet wezenlijk eenvoudiger kunnen worden dan de bepalingen van de richtlijn.

De wenselijkheid van de gekozen wetgevingsarchitectuur is daarmee naar mijn mening beargumenteerd. Aan het belangrijkste bezwaar tegen delegatie - verminderde formele betrokkenheid van het parlement - wordt tegemoetgekomen door artikel 23 van het wetsvoorstel. Dit artikel maakt reeds vanaf de indiening deel uit van het wetsvoorstel en

¹ Artikel 7, onderdeel a, derde gedachtestreepje, van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

voorziet in een formele voorhangprocedure. Na aanvaarding van het wetsvoorstel waarborgt deze procedure met name dat daar waar een nationale invulling aangewezen is geen ‘blanco cheque’ voor de regering gegeven is en ook geen sprake is van een ‘stap in het duister’. Tenslotte hecht ik er aan op te merken dat deze delegatiestructuur niet betekent dat voortaan alle aanbestedingsgerelateerde onderwerpen zonder meer in algemene maatregelen van bestuur zullen worden opgenomen. Steeds zal moeten worden bezien of de clausulering van de delegatiegrondslag en het wetgevingsbeleid inzake delegatie - ondanks de delegatiegrondslagen - nopen tot indiening van een regulier wetsvoorstel. Zo zijn eind 2007 de rechtsbeschermingsrichtlijnen gewijzigd. Hoewel de delegatiegrondslag in het wetsvoorstel zich - geclausuleerd - ook uitstrekt tot de rechtsbeschermingsrichtlijnen (artikel 17 spreekt van 'administratieve voorschriften' betreffende de rechtsbescherming) is een aantal wijzigingen daarin van dien aard dat voor de implementatie een apart wetsvoorstel zal worden ingediend.

De leden van de fractie van het **CDA** zetten vraagtekens bij de mate waarin de opgenomen definities ‘helder en bondig’ te noemen zijn. De memorie van antwoord koppelt de kwalificatie ‘helder en bondig’ niet aan de definities in de artikelen 1 tot en met 8 - deze volgen inderdaad rechtstreeks uit de richtlijn - maar aan de in de artikelen 9 tot en met 12 opgenomen beginselen van het aanbestedingsrecht. Deze zijn -hoewel uit de aard der zaak abstract - helder, bondig én op formeel wetsniveau vastgelegd. Het ‘Teckal criterium’ zoals opgenomen in artikel 12, derde lid, van het wetsvoorstel is in de jurisprudentie weliswaar niet uitputtend ingevuld, maar biedt aanbestedende diensten in de meeste gevallen toch een helder afwegingskader om te bepalen of een specifieke overheidsopdracht moet worden aanbesteed of dat kan worden “inbesteed”. Sinds het Teckal-arrest in 1999 is dit criterium overigens nog vele malen en bestendig door het Hof toegepast, ook in 2007 (zie o.a. C-26/03, Stadt Halle e.a., d.d. 11 januari 2005, zaak C-29/04, Commissie/Oostenrijk, d.d. 10 oktober 2005, en recentelijk in zaak C-220/05, Auroux e.a., d.d. 18 januari 2007 en zaak C-295/05, d.d. 19 april 2007). Dit beginsel is daarom naar mijn mening niet omstreden en kan gecodificeerd worden. Terecht merken deze leden op dat het vierde lid van artikel 12 voorziet in een mogelijkheid van (sub)delegatie. Het was beter geweest in een betoog dat ertoe strekt aan te tonen dat het wetsvoorstel niet louter delegatiegrondslagen bevat, dit lid expliciet van de opsomming uit te zonderen.

De leden van de fractie van het **CDA** stelden dat nu de Europese wetgeving op het punt van aanbesteding stabiel is, rechtspraak niet vaak tot aanpassing van de regelgeving hoeft te leiden en de oorzaken van vertraging bij implementatie niet eenduidig vaststaan, het argument dat het moeten volgen van de wetsprocedure een risico is, nadere toelichting en bewijsvoering vergt.

Het is juist dat het aantal wijzigingen van de aanbestedingsrichtlijnen sinds de vaststelling in 1992 en 1993 in kwantitatieve zin niet groot is. Wel zijn er in het verleden grote problemen geweest met die wijzigingen, en wel met name vanwege de relatief korte implementatietermijn ervan. Zo werden de huidige richtlijnen (vastgesteld in 2004) nog vóór afloop van de implementatietermijn gewijzigd. Hierdoor moest in aanvulling op de algemene maatregel van bestuur die in september 2005 was vastgesteld met spoed (namelijk vóór 1 december 2005) een nieuwe AMvB tot stand gebracht worden om de oorspronkelijk juiste implementatie met terugwerkende kracht aan te passen.²

² Stb. 2005, 650

Ook zegt het aantal wijzigingen van de richtlijnen in het verleden nog niet zoveel over het aantal wijzigingen in de toekomst. Op dit moment is daarover het volgende bekend:

- de Commissie heeft een voorstel voor een richtlijn ‘Groen aanbesteden’ aangekondigd alsmede een voorstel voor een richtlijn voor aanbestedingen op het terrein van Defensie³;
- de Commissie heeft onlangs een voorstel ingediend voor een richtlijn inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen die onder meer leidt tot wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen⁴;
- de Raad heeft recent een richtlijn tot wijziging van de rechtsbeschermingsrichtlijn vastgesteld⁵. Hoewel hiervoor een apart wetsvoorstel zal worden ingediend laat het zich aanzien dat de richtlijn ook door zal werken in de in de algemene maatregelen van bestuur te regelen materie;
- de Commissie heeft eind vorig jaar een verordening vastgesteld tot wijziging van de zogenoemde CPV (gemeenschappelijke woordenlijst voor overheidsopdrachten) die tevens leidt tot wijziging van beide aanbestedingsrichtlijnen⁶;
- de Commissie heeft het voornemen een Interpretatieve Mededeling op te stellen over de zogenoemde Institutionalised Public Private Partnerships en de Europese regels met betrekking tot overheidsopdrachten en concessies⁷;
- tenslotte wordt op dit moment door de Commissie onderzocht of zij een richtlijn zal ontwikkelen op het punt van concessies.

Deze voornemens geven aan dat de Europese wetgeving op dit terrein nog sterk in beweging is. Ook kan de Europese Commissie zelf nog op een aantal deelonderwerpen gedelegeerde wetgeving vaststellen zoals bijvoorbeeld - niet onbelangrijk – de bevoegdheid om om de twee jaar de hoogte van de drempels aan te passen en bepaalde formulieren vast te stellen. Deze regels lijken zich merendeels echter goed te lenen voor implementatie door middel van dynamische verwijzing zodat hiervoor wijzigingen van de AMvB niet nodig zullen zijn.

Daarnaast meen ik dat in het aanbestedingsrecht belangrijke rechterlijke beslissingen te verwachten zijn die mogelijk onverwachts nopen tot wijziging van de wetgeving. Dit hangt samen met de zienswijze van het Hof op de verhouding tussen primair gemeenschapsrecht (EG-verdrag) en secundair gemeenschapsrecht (o.a. richtlijnen). Juist in het aanbestedingsrecht geeft dit de nodige dynamiek. De drempels en procedures van de bestaande gedetailleerde richtlijnen zijn een uitwerking van de verdragsbepalingen in de zin dat zij voor lijken te schrijven in welke gevallen in ieder geval aanbesteed moet worden. Daarnaast heeft het Hof echter bepaald dat een aanbestedende dienst in bijzondere gevallen ook rechtstreeks op grond van de verdragsbeginselen een niet nader bepaalde

³ Zie voor beide voornemens de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: wetgevings- en werkprogramma van de Commissie voor 2008, COM (2007) 640 definitief, Brussel, 23 oktober 2007.

⁴ Zie voor het door de Commissie ingediende richtlijnvoorstel inzake schone en energiezuinige wegvoertuigen het Gewijzigd voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen, d.d. 19 december 2007, COM (2007) 817 definitief.

⁵ Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2007 tot wijziging van de Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot de verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten, Pb EG L 2007, 335.

⁶ Verordening (EG) nr. 213/2008 van de Commissie van 28 november 2007 tot wijziging van Verordening (EG) van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV) en tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, in verband met de herziening van de CPV (PbEU L74).

⁷ Zie hiervoor de Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: wetgevings- en werkprogramma van de Commissie voor 2008, COM (2007) 640 definitief, Brussel, 23 oktober 2007.

‘aanbestedingsachtige’ procedure moet volgen. Deze rechtspraak is nog in ontwikkeling, naar verwachting zal op termijn meer duidelijkheid ontstaan over de invulling van maatstaven als ‘passende mate van openbaarheid’ en ‘duidelijk grensoverschrijdend belang’ en over de vraag in hoeverre de wetgever die invulling moet of mag overnemen. Recent wees het Hof in deze categorie nog twee belangrijke arresten.⁸

Het is op zichzelf juist dat Hofuitspraken casuïstisch zijn in de zin dat slechts een bepaalde casus beslecht wordt. Dat wil in dit soort zaken echter zeker niet zeggen dat de betekenis ervan beperkt is tot de betrokken partijen. Ten eerste al niet omdat de geldigheid van de algemene regelgeving in een infractieprocedure als zodanig voorwerp van rechterlijke beoordeling kan zijn. Een dergelijke uitspraak heeft alleen al een algemenere betekenis omdat het om regelgeving gaat. Indien een dergelijke uitspraak de Nederlandse regelgeving treft, is aanpassing vanzelfsprekend onvermijdelijk, maar aanpassing kan ook noodzakelijk zijn indien bepaalde vergelijkbare bepalingen uit andere lidstaten onverenigbaar worden geacht met het Europese recht. De Commissie houdt hierop overigens ook actief toezicht. Tevens is aanpassing nodig indien uit een uitspraak in een concreet geval blijkt dat een bepaald wettelijk voorschrift uitging van een verkeerde interpretatie van het gemeenschapsrecht. Tenslotte kan het omwille van de uitvoerbaarheid van de aanbestedingsregelgeving nodig zijn dat de nationale wetgever zijn verantwoordelijkheid neemt en de op zichzelf casuïstische uitleg van het Hof vertaalt in een werkbare en uitvoerbare algemeen geldende norm. Dit heeft zich reeds voorgedaan naar aanleiding van de uitspraak van het Hof inzake Alcatel Austria (HvJ EG, zaak C-81/98, 1999, blz. I-7671). Door deze uitspraak is het noodzakelijk gebleken om in de regelgeving een aanvullende voorziening te treffen ter implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen⁹.

De door de leden van de fractie van de **SP** (onder “Geschillenbeslechting”) gestelde vraag of de wetgever zich op voorhand een brevet van onvermogen geeft wanneer zij opmerkt dat uitspraken van het Hof van Justitie nog regelmatig zullen leiden tot aanpassing van de regelgeving beantwoord ik in het licht van bovenstaande dan ook ontkennend.

Tenslotte deel ik de mening van de leden van de fractie van het **CDA** op het punt dat vertraging bij implementatie in een concreet geval verschillende oorzaken kan hebben, niet in het minst ook het te laat indienen van een wetsvoorstel. Een algemene conclusie over ‘de’ oorzaak van achterstanden zou ik dan ook niet durven trekken. Wel wordt vrij algemeen aangenomen dat er een verband bestaat tussen de mate van delegatie en de doorlooptijd, eenvoudigweg vanuit de gedachte dat een lichtere procedure in de regel sneller zal verlopen. Het wetgevingsbeleid zoals neergelegd in de brief van de Minister van Justitie aan uw Kamer van 27 juli 2004 over versnelde implementatie Europese richtlijnen¹⁰ en zoals neergelegd in Aanwijzing 339, onderdeel c, van de Aanwijzingen voor de regelgeving gaat er van uit dat dit verband bestaat. Ook de Europese Commissie ziet dit verband. Zij dringt in haar Aanbeveling

⁸ Op 13 november jl. wees het HvJ EG in deze materie een nieuw arrest (zaak C-507/03, Commissie/Ierland - An Post-) waarin het Hof oordeelt dat indien een opdracht voor een zogenoemde IIB-dienst een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft door de aanbestedende dienst een passende mate van transparantie moet worden betracht. Met deze uitspraak is evenmin als met de voorgaande arresten (o.a. Parking Brixen en Coname) duidelijk geworden welke vorm van openbaarheid in welke gevallen “passend” moet worden geacht. Voorts is er een nieuw criterium toegevoegd, “duidelijk grensoverschrijdend belang” waarvan de reikwijdte en betekenis voornamelijk onduidelijk is. Ook de relatie met een ander recent arrest is nog onduidelijk. (Arrest Europees Hof van Justitie van 18 december 2007 in prejudiciële zaak Asociación Profesional/Administración General del Estado (zaak C-220/06).

⁹ Richtlijn nr. 89/665/EEG van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1989 houdende de coördinatie van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen betreffende de toepassing inzake het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen en voor de uitvoering van werken, PbEG 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 de opdrachten door diensten die werkzaam zijn in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en telecommunicatie PbEG L 76.

¹⁰ Kamerstukken I 2004/05, 29200 VI, nr F

omzetting "interne markt"-richtlijnen (SEC (2004) 918 final, Brussel, 12 juli 2004), waarin zij aandringt op implementatie via algemene maatregelen van bestuur of ministeriële regelingen als remedie tegen te late implementatie. In meer kwantitatieve zin bleek dit verband in 2004 voor het beleidsterrein van EZ¹¹. Meer recent blijkt uit een blik op het (rijksbrede) overzicht van implementatieachterstanden over het derde kwartaal van 2007 niet een wezenlijk ander beeld: in zestien (mogelijk zeventien) van de achttien als te laat aangeduide implementaties is voor volledige implementatie blijkens dit overzicht in ieder geval ook wetswijziging vereist¹². Uit verschillende (rechtsvergelijkende) onderzoeken¹³ kan geconcludeerd worden dat ook in andere lidstaten een dergelijk verband bestaat. Dit alles betekent uiteraard niet dat implementatie per definitie via gedelegeerde regelgeving moet geschieden. Daartoe moet steeds een kritische afweging worden gemaakt.

De leden van de fractie van de **VVD** vroegen wat de inhoudelijk toegevoegde waarde van het wetsvoorstel is. In bijgevoegde concepten heb ik onder andere mijn ambities op het punt van uniformering, stroomlijning, proportionaliteit (en betrokkenheid van ondernemers uit het Midden en Kleinbedrijf, hierna: MKB) en integriteit geformuleerd. Verwezenlijking van vrijwel al deze ambities vraagt om een nieuw wettelijk kader waarin de grondslag voor dit nieuwe beleid wordt neergelegd.

De leden van de fractie van de **SP** stelden voor om in navolging van het wetsvoorstel betreffende het kindgebonden budget een voorhangprocedure op te nemen of te gaan volgen waarbij een AMvB per definitie een tijdelijk karakter heeft en gevolgd moet worden door een wetsvoorstel.

Ten eerste merk ik op dat de betrokken AMvB enkel zag op het vaststellen van de hoogte van het kindgebonden budget per kind in 2009. Doel van deze AMvB was om zo tijdig mogelijk de Belastingdienst/Toeslagen in staat te stellen zich voor te bereiden op de implementatie van het kindgebonden budget per kind in 2009 en de bedragen per kind in 2008 al kenbaar te hebben. De voorschotten voor januari 2009 dienen namelijk al in december 2008 te worden uitbetaald. Dit argument heeft inmiddels aan gewicht verloren, doordat vanwege een andere reden de Wet op het kindgebonden budget met ingang van 2009 gewijzigd moet worden. Daarop heeft de minister voor Jeugd en Gezin bij brief van 12 november 2007¹⁴ de Kamer medegedeeld dat hij de fase van regeling van AMvB met de in het amendement opgenomen voorhangprocedure overslaat en meteen een wetsvoorstel zal voorbereiden tot wijziging van de Wet op het kindgebonden budget, waarin de bedragen per kind in 2009 opgenomen zijn. Dit heeft het proceseconomische voordeel dat het inhoudelijke debat met de Kamer in één keer kan plaatsvinden. Naar mijn mening is de discussie rond het wetsvoorstel betreffende het kindgebonden budget dus niet vergelijkbaar met de discussie die in het kader van het voorstel voor de nieuwe Aanbestedingswet wordt gevoerd. In het geval van het wetsvoorstel betreffende het kindgebonden budget gaat het bovendien om nationaal beleid. Er is geen sprake van een implementatieverplichting waaraan binnen een beperkte periode moet worden voldaan (inclusief het hierboven geschetste risico van wijzigingen die het gevolg zijn van jurisprudentie van het Europese Hof). Voorts gaat het om een veel beperkter aantal regels dan bij aanbesteding aan de orde is.

¹¹ Kamerstukken II 2003/04, 29474, nr. 3

¹² Kamerstukken II 2007/08, 21109 nr. 171

¹³ Zie onder meer: (1) Implementatie van EG-richtlijnen vergeleken: Een onderzoek naar de implementatiepraktijk in een aantal EU-lidstaten in het bijzonder op het terrein van het maritiem vervoer, T.M.C. Asser Instituut, november 2004, ISBN: 90-76776-23-7, m.n. p.26-27. (2) De omzetting van Europese richtlijnen: Instrumenten, technieken en processen in zes lidstaten vergeleken, Universiteit Leiden in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum van het Ministerie van Justitie, 2005.

¹⁴ Kamerstukken II 2006/07, 30912, nr. 23

Ten tweede merk ik op dat het wetsvoorstel in artikel 23 reeds voorziet in een voorhangprocedure. Indien het wetsvoorstel wordt aanvaard en tot wet wordt verheven, dient de voorgestelde procedure voor een belangrijk deel dus al gevolgd te worden. In deze fase van het wetsvoorstel zou slechts een informele toezegging gedaan kunnen worden altijd een wetsvoorstel in te dienen ter vervanging van de algemene maatregel van bestuur. Ook daartegen heb ik echter bezwaar. De voorgestelde procedure is immers alleen zinnig in die gevallen dat de materie vraagt om regeling bij wet, maar dit om een bijzondere reden niet kan worden afgewacht. Die situatie doet zich hier niet voor, aangezien regeling bij AMvB naar mijn mening in deze gevallen nou juist passend is. Ten overvloede wijs ik nog op drie andere aspecten die deze procedure niet aantrekkelijk maken:

1. het is dubbel werk aangezien voor dezelfde materie zowel een wetsvoorstel als een AMvB nodig is;
2. zo lang de wet niet is aangenomen, is de bestendigheid van de normering in de tijdelijke AMvB voor normadressaten en andere belanghebbenden onzeker;
3. voor zover het implementatie betreft, zou verwerping van het wetsvoorstel en daaropvolgend verplichte intrekking van de AMvB onmiddellijk leiden tot een inbreuk op het Europees recht die vervolgens door middel van een nieuw wetsvoorstel zou moeten worden rechtgezet. Voor deze intrekking is overigens nóg een aparte AMvB tot intrekking noodzakelijk.

Voorts begrijp ik de leden van de fractie van de **SP** zo dat zij toepassing van deze voorhangprocedure voor alle wetsvoorstellen als nieuwe standaardprocedure ingevoerd wensen te zien. Dit impliceert een forse wijziging van het algemeen wetgevingsbeleid aangezien volgens het huidige wetgevingsbeleid, zoals dat is neergelegd in aanwijzing 38 van de Aanwijzingen voor de regelgeving, deze procedure – met goede reden – beperkt dient te blijven tot uitzonderlijke gevallen. Volledigheidshalve merk ik nog op dat over de kabinetsbrief over voorhangprocedures¹⁵ door de Tweede Kamer vragen zijn gesteld die nog door de Minister van Justitie zullen worden beantwoord.

De leden van de **SP** betogen dat indien de voorhangprocedure uit de Wet op het kindgebonden budget in dit wetsvoorstel zou worden toegepast daardoor de argumentatie over de vermeende noodzaak tot het vaak moeten wijzigen van de wet zou worden ontkracht en het risico dat omzetting niet op tijd geschiedt zou worden weggenomen. Voor wat betreft de frequentie van benodigde wetswijzigingen deel ik deze visie niet aangezien de crux van deze voorhang nou juist is dat na aanvankelijke (tijdige) implementatie bij AMvB altijd nog een wetswijziging moet volgen.

Tenslotte stelden de leden van de fractie van de **SP** dat mijn betoog inzake de rechtsonzekerheid niet deugt. Ik doelde hiermee op de rechtsonzekerheid die het gevolg kan zijn van achterstallige implementatie. Op het moment dat onzeker is in hoeverre de geldende wetgeving nog in overeenstemming is met het Europees recht, ontstaat voor alle betrokkenen een onzekere situatie. In bepaalde gevallen zal het nog te implementeren Europese recht met voorrang rechtstreeks toepassing moeten vinden, maar of zich dat in een bepaald geval voordoet en wat daarvan in concreto de consequenties moeten zijn, is afhankelijk van de beoordeling van de omstandigheden van het geval. Overigens merk ik op dat delegatie van wetgevende bevoegdheid op zichzelf geen rechtsonzekerheid tot gevolg kan hebben. Een AMvB of ministeriële regeling is juridisch gezien niet minder bindend dan een wet. Aan duidelijkheid, kenbaarheid en dergelijke worden bovendien vergelijkbare eisen gesteld.

¹⁵ Kamerstukken II 2006/07, 30800 VI C

Handhaafbaarheid

De leden van de fractie van de **VVD** vroegen hoe een betere naleving van de aanbestedingsregels kan worden gerealiseerd.

Evenals deze fractieleden maak ik mij zorgen over de gebrekkige naleving van de aanbestedingsregels door aanbestedende diensten. Uit onderzoek naar de naleving van de aanbestedingsregels blijkt dat die naleving verbetert¹⁶, maar die verbetering is vooralsnog onvoldoende. Het verbeteren van die naleving blijft de komende jaren een aandachtspunt en is dan ook een belangrijke doelstelling van onderhavig wetsvoorstel. Ten eerste zijn met het oog op de verbetering van de naleving, de algemene beginselen van het aanbestedingsrecht expliciet opgenomen in dit wetsvoorstel (artikelen 9-16). Hierdoor worden deze beginselen voor aanbestedende diensten en voor ondernemers beter kenbaar en daardoor beter naleefbaar. Ten tweede kan op basis van dit wetsvoorstel een aantal maatregelen worden getroffen om de naleving van de aanbestedingsregels te verbeteren. Daarnaast kunnen op grond van artikel 12, vierde lid en artikel 21, eerste lid, regels worden vastgesteld voor de transparantie van overheidsopdrachten. Voorts bevordert dit wetsvoorstel de naleving van de aanbestedingsregels alsmede de rechtsbescherming van ondernemers. Door het stellen van een aantal regels ter waarborging van een goed verloop en van uniformiteit van de aanbestedingsprocedure (artikel 21) wordt immers de toegankelijkheid, de kenbaarheid en de samenhang van aanbestedingsregels vergroot. Een voorbeeld van zo'n regel is de (voorgenomen) verplichting dat de aankondiging van opdrachten waarop de aanbestedingsrichtlijnen van toepassing zijn, via TenderNed gepubliceerd moeten worden. Een en ander zal ertoe leiden dat de aanbestedingsplicht duidelijker en beter kenbaar is voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers. Het wordt daardoor voor aanbestedende diensten gemakkelijker om de aanbestedingsregels na te leven. Tegelijkertijd wordt het voor ondernemers gemakkelijker om onjuiste toepassing van de aanbestedingsregels aan te vechten. Voor een goed begrip: deze maatregelen kunnen niet getroffen worden op basis van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen.

Ook onderschrijf ik het standpunt van deze fractieleden dat een gebrek aan kennis van de aanbestedingsregels geen excuus mag zijn voor aanbestedende diensten, zeker gezien het feit dat aanbestedende diensten overwegend (decentrale) overheden zijn. Het is dan ook een goede zaak dat de rechter aanbestedende diensten die de aanbestedingsregels door gebrek aan kennis niet of verkeerd hebben toegepast, kan veroordelen (o.a. tot schadevergoeding of het alsnog opstarten van een aanbestedingsprocedure). Ook toezicht van volksvertegenwoordigingen op het aanbestedingsgedrag van overheden kan mijns inziens in belangrijke mate bijdragen aan de bevordering van de naleving van de aanbestedingsregels. Voorts worden, zoals eveneens is vermeld in de toelichting op onderhavig wetsvoorstel (p.17), voorstellen voorbereid ter versterking van de toezichtinstrumenten ter bevordering van de naleving van Europese regels door de decentrale overheden. Deze voorstellen betreffen de uitwerking van het kabinetsstandpunt De Europese Dimensie van toezicht. Zoals de Minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties in de beleidsvisie Binnenlandse Bestuurskracht in Europa heeft aangekondigd¹⁷, wordt onder meer gedacht aan het invoeren van een wettelijke bevoegdheid tot het geven van een bijzondere aanwijzing als door de (nationale of Europese) rechter of de Europese Commissie is vastgesteld dat een decentrale overheid het gemeenschapsrecht heeft geschonden.

¹⁶ Kamerstukken II, 2007-2008, 30 501, nr. 17, p. 2

¹⁷ Kamerstukken II, 2007/2008, 31 200 VIII, nr. 4

Het blijkt dat veel aanbestedende diensten een gebrek aan kennis van de aanbestedingsregels hebben, hetgeen de naleving duidelijk negatief beïnvloedt. De oplossing voor het probleem van gebrekkige kennis van de aanbestedingsregels ligt niet in extra controle op de naleving maar vraagt om verbetering van de professionaliteit van aanbestedende diensten en om preventieve maatregelen, zoals verduidelijking en het beter toegankelijk maken van de aanbestedingsregelgeving. Derhalve zullen de regels voor elk van de stappen in de verschillende aanbestedingsprocedures worden uitgeschreven. Hierdoor wordt voor de aanbestedende dienst inzichtelijk welke stappen achtereenvolgens gezet moeten worden om een aanbestedingsprocedure te doorlopen en met welke regels hij op elk moment in de procedure rekening moet houden. Daarnaast is flankerend beleid ter vergroting van de aanbestedingskennis en –expertise van aanbestedende diensten van belang. In dit kader is een belangrijke rol weggelegd voor het kenniscentrum aanbesteden PIANOo. Ook zal een voor iedereen toegankelijk systeem voor elektronisch aanbesteden worden ontwikkeld. Ik verwacht dat de flankerende maatregelen zullen leiden tot aanmerkelijke verbetering van de naleving van de aanbestedingsregels. Voorts zal dit flankerend beleid naar verwachting leiden tot een kwalitatief betere aanbestedingsprocedure, tot innovatiever aanbesteden en zal het bijdragen aan het verlagen van de uitvoeringslasten van het aanbesteden.

Ook op Europees niveau wordt gestreefd naar verbetering van de naleving van de aanbestedingsregels. Daartoe is onlangs besloten om de Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen te wijzigen. Periodiek zal ik onderzoek (blijven) doen naar de naleving. Indien uit dit onderzoek knelpunten blijken, zal ik voorstellen doen voor het oplossen van die knelpunten.

Geschillenbeslechting

De leden van de fractie van de **VVD** vroegen of het de bedoeling is van artikel 22 van het wetsvoorstel dat arbitrage mogelijk blijft in de fase van uitvoering van een overheidsopdracht voor diensten, leveringen of werken. Voorts vroegen deze leden of het terecht is om vanwege de gang van zaken in de bouwsector arbitrage in geschillen over de toepassing van de aanbestedingsregels voor alle sectoren uit te sluiten.

Arbitrage in de zin van artikel 1020 Wetboek van Rechtsvordering maar ook andere vormen van alternatieve geschillenbeslechting, zoals mediation blijven zonder meer mogelijk in de uitvoeringsfase en zullen in die fase vaak ook een bijzonder nuttige functie vervullen. Dit wetsvoorstel en aanbestedingsregels in zijn algemeenheid zien uitsluitend op de fase voorafgaand aan de verlening van de opdracht.

Het verbod op arbitrage in geschillen over de toepassing van de aanbestedingsregels is niet primair ingegeven door de gang van zaken in de bouwsector. De PEC heeft in algemene zin geconcludeerd dat het gebruik van een arbitraal beding in het kader van een aanbestedingsprocedure op gespannen voet staat met de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Ook de Raad van State adviseert deze mogelijkheid expliciet uit te sluiten, voornamelijk omdat dit tot gevolg heeft dat de rechtsvraag inhoudelijk niet meer aan de rechter kan worden voorgelegd en de toepassing van de aanbestedingsregels zich in dat geval onttrekt aan mogelijke rechtsvorming door het Europees Hof via het stellen van prejudiciële vragen. De achtergrond van het verbod is derhalve juridisch getint, al noemt de Raad van State nog een aantal andere aspecten die er op duiden dat in ieder geval deze vorm van arbitrage bij geschillen over de toepassing van het aanbestedingsrecht in zijn algemeenheid minder geschikt is.

De leden van de fractie van de **VVD** vroegen hoe kan worden voorkomen dat algemene maatregelen van bestuur zo open zijn dat daadwerkelijke invulling door de rechter plaatsvindt. Zoals uit de bijgevoegde concepten mag blijken ben ik voornemens in de nieuwe algemene maatregelen van bestuur op meerdere punten de regelgeving verder in te vullen dan thans het geval is. Deze leden vroegen ook of het wenselijk is om een landelijke aanbestedingskamer in te stellen die op eenduidige wijze de geschillen beoordeelt. Deze leden stellen dat rechters nu veel interpretatievrijheid hebben bij de beslechting van aanbestedingsgeschillen en zijn bang dat dit kan leiden tot willekeur. Bij de beslechting van aanbestedingsgeschillen is echter geen sprake van meer interpretatievrijheid voor rechters dan het geval is in andere gelijksoortige geschillen bijvoorbeeld inzake andere vorderingen uit hoofde van onrechtmatige daad. Interpretatievrijheid van rechters kan in theorie leiden tot interpretatieverschillen tussen rechters. Dit geldt zowel in aanbestedingsgeschillen als voor alle andere geschillen die aan de civiele of bestuursrechter worden voorgelegd, en is inherent aan het Nederlandse uitgangspunt ten aanzien van rechtspraak dat geen onderscheid gemaakt wordt naar rechtsgebied (in principe is steeds de rechter van de woonplaats van de gedaagde bevoegd). De uniformiteit ofwel eenheid van de rechtspraak wordt in dit systeem gewaarborgd door de mogelijkheid tot het instellen van hoger beroep en cassatie. De interpretatievrijheid van rechters in aanbestedingsgeschillen vormt dan ook geen reden om een aparte aanbestedingskamer in te stellen.

Aanbevelingen PEC Bouwnijverheid

De leden van de fractie van de **VVD** vroegen of het voorliggende wetsvoorstel zodanig kan worden aangevuld dat recht wordt gedaan aan de aanbevelingen van de enquêtecommissie.

Met dit wetsvoorstel en de daarop gebaseerde regelgeving worden de knelpunten en problemen aangepakt die de PEC naar voren heeft gebracht. Het wetsvoorstel is niet alleen grotendeels ingegeven door de aanbevelingen van de PEC¹⁸, maar geeft ook concreet uitvoering aan deze aanbevelingen. Zo wordt het door de PEC gevraagde, heldere en wettelijk verankerde aanbestedingskader gerealiseerd door middel van onderhavig wetsvoorstel en de daarop gebaseerde nadere regelgeving. Op basis van dit wetsvoorstel kunnen de aanbestedingsregels op een heldere en toegankelijke manier worden uitgeschreven op het niveau van algemene maatregel van bestuur. Voorts kan met dit wetsvoorstel de versnippering en verkokering van aanbestedingsregels sterk worden teruggedrongen. Met welke maatregelen en regels ik dat wil doen, heb ik reeds aangegeven en toegelicht in o.a. de memorie van antwoord (zie hiervoor de vier initiatieven beschreven in EK, 2006-2007, 30 501, C p. 4 en 5). Overigens betekent “wettelijke verankering” niet dat alle regels op hetzelfde niveau van regelgeving, resp. op het niveau van wet, moeten worden vastgesteld. Voor mijn overwegingen op dit punt verwijs ik u naar hetgeen ik heb opgemerkt onder “delegatie en tijdige omzetting”.

Tenslotte noemen de leden van de **VVD**-fractie nog het advies van de PEC om marktwerking te stimuleren door vernieuwingen in de wijze van aanbesteden. Die stimulans is inderdaad heel belangrijk maar kan veel beter worden bereikt met flankerend beleid, zoals het opzetten van een systeem voor elektronisch aanbesteden en het uitwisselen van aanbestedingservaringen en best practices via PIANOo, dan met het stellen van regels. Uiteraard bewaak ik daarnaast dat de aanbestedingsregels niet in de weg staan aan innovatie.

¹⁸ Kamerstukken II, 2005-2006, 30 501, nr. 3, onder meer p. 3 en p. 5, par. 2

Uit de vraag van de leden van de fractie van de **SP** maak ik op dat mijn verwijzing naar “de huidige raamwet” in de memorie van antwoord door deze leden ten onrechte is opgevat als een verwijzing naar onderhavig wetsvoorstel. Ik doelde echter op de wet die op dit moment de basis vormt voor het implementeren van de Europese aanbestedingsregels, de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen, die geen aanvullend beleid toelaat en daarom niet geschikt is om de knelpunten en problemen aan te pakken die uit de parlementaire enquête naar voren zijn gekomen. Met dit wetsvoorstel kunnen deze knelpunten en problemen juist wel worden aangepakt.

Definities

De leden van de **CDA**-fractie hebben een aantal vragen gesteld ten aanzien van de in de wet opgenomen definities.

Ten eerste vroegen zij waarom niet alle begripsbepalingen in de wet zijn opgenomen. Ook de leden van de **PvdA**-fractie wilden een nadere toelichting op de verdeling van definities over wet en AMvB. In de wet zijn alleen definities opgenomen van begrippen die in de wet worden gebruikt. Begrippen die niet voorkomen in de wet zijn, zoals gebruikelijk, niet gedefinieerd in de wet. Feitelijk zijn de belangrijkste termen van het aanbestedingsrecht gedefinieerd in de wet (overheidsopdracht, aanbestedende dienst, speciale-sectorbedrijf) en zullen de overige termen worden gedefinieerd op het niveau van AMvB.

Ten tweede vroegen de leden van de **CDA**-fractie of de opmerking dat arbeidsovereenkomsten onder de begrippen ‘overheidsopdracht’ en ‘opdracht’ in de zin van het wetsvoorstel vallen, wel juist is. Arbeidsovereenkomsten vallen inderdaad onder de begrippen ‘overheidsopdracht’ en ‘opdracht’ in de zin van het wetsvoorstel, maar vallen niet onder de aanbestedingsplicht. Artikel 16 van richtlijn 2004/18/EG bepaalt expliciet dat de richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten inzake arbeidsovereenkomsten. Arbeidsovereenkomsten vallen op zichzelf dus wel onder het begrip, maar zijn uitgezonderd van de werking van de richtlijn. In lijn daarmee worden in artikel 15 van het Bao arbeidsovereenkomsten ook uitgezonderd van de werking van dat besluit.

Ten derde vroegen de leden van de **CDA**-fractie of de term het ‘uitreiken van een prijs’ in artikel 12, eerste lid, van het voorstel wel het honoreren van een prijsvraag, zoals bij architecten voorkomt, bedoelt te zijn. Met de term ‘het uitreiken van een prijs’ wordt het honoreren van een prijsvraag bedoeld, die wordt beschreven in artikel 66 e.v. van richtlijn 2004/18/EG. Het betreft hier de prijsvraag voor diensten.

Ten vierde vroegen de leden van de **CDA**-fractie of het begrip ‘organisatie’ niet moet worden vervangen door ‘natuurlijke of rechtspersoon’. Het begrip ‘organisatie’ wordt gebruikt in de titel van hoofdstuk 3 “beginselen die van toepassing zijn op opdrachten van bepaalde organisaties die geen aanbestedende dienst zijn”. Dit hoofdstuk bevat regels die zich richten tot houders van een concessie (artikel 14), subsidie-ontvangers (artikel 15) en natuurlijke of rechtspersonen aan wie een bijzonder of uitsluitend recht is verleend. Met de term ‘organisatie’ is beoogd alle mogelijke entiteiten aan te duiden die kunnen vallen onder een artikel uit hoofdstuk 3. Het vervangen van die term door “natuurlijke of rechtspersonen” biedt geen meerwaarde.

Tenslotte vroegen de leden van de **CDA**-fractie of de algemene beginselen, zoals opgenomen in de artikelen 9–13, niet voor speciale-sectorbedrijven in het algemeen gelden, maar alleen voor de speciale-sectorbedrijven in hun hoedanigheid van aanbestedende dienst.

Dit is juist. Begripsmatig is er alleen sprake van een speciale sectorbedrijf *voor zover* een opdracht wordt geplaatst in het kader van één van de bijzondere activiteiten die worden genoemd in de richtlijn voor speciale sectoren (2004/17/EG). Dit volgt uit artikel 2 van het wetsvoorstel. Indien een speciale-sectorbedrijf een opdracht plaatst in het kader van andere activiteiten is hij in zoverre geen speciale-sectorbedrijf, is hij niet als zodanig aanbestedingsplichtig en hoeft hij zich dus ook niet te houden aan de algemene beginselen.

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen waarom er nu wordt gewerkt aan het herformuleren van het Bao en Bass, terwijl er al in 2006 een concept was van de uitgeschreven procedures. Mij is niet duidelijk welk concept deze leden precies voor ogen hebben. In 2006 was er nog geen concept voor een AMvB met uitgeschreven procedures dat vergelijkbaar is met of op dezelfde gedachte gestoeld is als het bijgevoegde concept. De beslissing om de aanbestedingsprocedures volledig uit te gaan schrijven in de regelgeving is intern kort voor de zomer van 2007 genomen.

De leden van de **CDA**-fractie vroegen in hoeverre de regeling zich zal uitstrekken tot 'bedragen onder de drempel'. Zij willen weten of er een bagatelbepaling komt, die een grens aangeeft waaronder een aanbesteding niet nodig is. Het voornemen bestaat om ook onder de drempel bepaalde aanbestedingsregels te laten gelden. Dit voornemen wordt via de eerder genoemde consultatie aan een aantal partijen voorgelegd. Daarbij wordt inderdaad voorzien in een bagatelbepaling. Gedacht wordt aan een bagatelgrens van €50.000.

Artikel 26

De leden van de **SP**-fractie wezen op het feit dat artikel 26 zal worden aangepast door middel van een algemeen wetsvoorstel betreffende wetstechnische gebreken en leemten, dat binnenkort zal worden ingediend. Deze aanpassing van artikel 26 betreft een technische aanpassing. Oorspronkelijk bestond artikel 17 van de Aanbestedingswet uit twee leden, maar het tweede lid is door een amendement vervallen. In artikel 26 moet derhalve naar artikel 17 worden verwezen en niet, zoals in het voorstel dat nu in uw Kamer ligt, naar het 'eerste lid'. Met hetzelfde amendement is in artikel 18 'Bij ministeriële regeling' vervangen door 'Bij algemene maatregel van bestuur'. Hetgeen is geregeld in de Regeling gegevensverstrekking overheidsopdrachten en speciale sectoren zal daarom met inwerkingtreding van de wet op het niveau van AMvB moeten zijn geregeld. Het tweede lid van artikel 26 van de Aanbestedingswet kan derhalve vervallen.

Het wetsvoorstel dat bewerkstelligt dat artikel 26 wordt gerepareerd indien dit wetsvoorstel tot wet wordt verheven is inmiddels tot wet verheven en begin april in werking getreden.¹⁹

2B-diensten en opdrachten onder de drempel

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen of bij AMvB meer regels worden opgesteld voor de gunning van opdrachten voor 2B-diensten. Ten aanzien van 2B-diensten wordt specifiek gevraagd of daarvoor hetzelfde regime zal gaan gelden als voor 2A-diensten. Ook over opdrachten met een waarde onder de aanbestedingsdrempels en andere opdrachten die buiten

¹⁹ Wijziging van de Gaswet, de Elektriciteitswet 1998 en enige andere wetten tot herstel van wetstechnische gebreken en leemten, tot aanbrenging van wijzigingen van inhoudelijk ondergeschikte aard en tot intrekking van diverse wetten die uitgewerkt zijn (Stb. 2008, 95).

de Europese aanbestedingsrichtlijnen worden vergelijkbare vragen gesteld. Ik zal eerst ingaan op de 2B-diensten en vervolgens de vragen over opdrachten met een waarde onder de drempels beantwoorden. Daarbij zal ik ook kort ingaan op concessies voor diensten, die eveneens buiten het toepassingsbereik van de Europese aanbestedingsrichtlijnen vallen.

2B-diensten

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen of 2B-diensten die nu onder een lichter regime vallen, via dit wetsvoorstel en de onderliggende AMvB onder hetzelfde regime als 2A-diensten komen te vallen. Het antwoord luidt ontkennend. De Europese Commissie stelde zich op het standpunt dat op 2B-diensten de Europese aanbestedingsrichtlijn 2004 /18/ EG voor een groot deel niet van toepassing is, maar dat de aanbestedende diensten ook bij de inkoop van 2B-diensten een passende mate van openbaarheid dienen te betrachten. De Commissie heeft dit standpunt in een interpretatieve mededeling (Pb. EU 2006, C179/2) nader uitgewerkt. In deze mededeling stelt de Commissie dat 2B-diensten vooraf moeten worden bekendgemaakt, zodat elke geïnteresseerde onderneming naar de opdracht kan meedingen. Duitsland heeft een procedure aangespannen tegen de interpretatieve mededeling en wordt daarin onder meer door Nederland gesteund. Duitsland en Nederland menen dat de Commissie met deze interpretatieve mededeling haar bevoegdheid te buiten gaat. Daarnaast voert Nederland in deze procedure aan dat de interpretatieve mededeling in de praktijk moeilijk werkbaar is en dat een voorafgaande bekendmaking niet altijd gerechtvaardigd is vanwege de hoge administratieve en uitvoeringslasten die dit met zich brengt.

Inmiddels heeft het Europese Hof van Justitie op 13 november 2007 uitspraak gedaan in een zaak over 2B-diensten (zaak C-507/03, An Post), waarin Nederland ook stelling had ingenomen tegen het standpunt van de Commissie. Het Hof heeft in deze zaak geoordeeld dat uitgangspunt in de richtlijn is dat er bij 2B-diensten geen grensoverschrijdend belang is en dat deze opdrachten niet vooraf bekendgemaakt hoeven te worden. Alleen in die gevallen dat de opdracht voor een 2B-dienst toch een duidelijk grensoverschrijdend belang vertoont, moet de aanbestedende dienst in beginsel wel (enige) transparantie in acht nemen. Het Hof zegt hierover dat de ondernemer zijn interesse voor de overheidsopdracht moet kunnen uiten, doordat hij voor de gunning ervan toegang heeft tot bruikbare informatie. Gelet op de overwegingen van het Hof is aannemelijk dat bij 2B-diensten slechts bij uitzondering sprake zal zijn van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Dit arrest zal bij het opstellen van de nadere regelgeving worden betrokken. Mijn voornemen is voor 2B-diensten geen strengere eisen te gaan stellen dan uit Hof-uitspraken voortvloeit. De 2B-diensten komen dus niet onder het gewone regime van de 2A-diensten te vallen.

Opdrachten onder de drempel

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen zich af of de AMvB strengere regels gaat bevatten voor opdrachten onder de Europese drempelwaarde. Voor opdrachten met een waarde onder de Europese drempelbedragen gelden de beide aanbestedingsrichtlijnen niet, maar zijn wel de fundamentele beginselen van het EG-Verdrag van toepassing. De meeste EU-landen hebben daarom nationale regelgeving voor dit type opdrachten waarin deze fundamentele beginselen zijn uitgewerkt. Nederland is een van de weinige uitzonderingen. Omdat nationale regels ontbreken hebben aanbestedende diensten daarvoor vaak eigen regels opgesteld, die onderling nogal van elkaar verschillen. Deze lappendeken aan regels veroorzaakt extra lasten omdat

ondernemers met steeds andere regels rekening moeten houden. Het is daarom gewenst dat een uniform kader wordt geschapen voor het plaatsen van opdrachten onder de drempelwaarden door bestaande regels te harmoniseren. Dit komt ook tegemoet aan de wens van de Parlementaire Enquêtecommissie Bouwnijverheid en de Raad van State om de lappendeken van aanbestedingsregels tegen te gaan.

Om voor opdrachten met een waarde onder de Europese drempelwaarden een zo coherent mogelijk kader te bieden, ben ik voornemens om op basis van artikel 21 van het wetsvoorstel een stelsel in te voeren dat zowel aansluit bij de Europese regelgeving als bij de bestaande nationale praktijk. Dit voorgenomen regime is lichter dan het regime van boven de drempel omdat procedures korter zijn en er procedures worden toegestaan die boven de drempel alleen in uitzonderingssituaties gebruikt mogen worden.

Ook voor concessies voor diensten zijn op dit moment geen regels gesteld en is uniformiteit wenselijk. Op grond van Europese jurisprudentie geldt de verplichting voor alle aanbestedende diensten om bij concessies voor diensten een voorafgaande bekendmaking van concessies voor diensten boven een bepaalde drempel in te voeren. Ik ben voornemens alleen deze verplichting over te nemen in de algemene maatregelen van bestuur. Ik stel hiermee dus geen strengere regels dan Europa verplicht.

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen zich af of regels onder de drempel betekent dat bijvoorbeeld de aankoop van een beperkt aantal computers onder een zwaar regime gaat vallen. De aankoop van een beperkt aantal computers zal naar ik aanneem niet boven de grens van €50.000 (exclusief BTW) uitkomen. Voor dergelijke kleine opdrachten ben ik niet voornemens om regels te stellen. Overigens zijn de algemene beginselen van het EG-Verdrag in abstracto wel ook op deze opdrachten van toepassing.

Daarnaast vragen de leden van de **PvdA**-fractie of de Minister van plan is het via de AMvB zo te regelen dat de ruimte voor bijvoorbeeld de gemeenten kleiner wordt. Door het harmoniseren van de regels onder de drempels zal er formeel gesproken minder ruimte zijn voor de gemeenten. Het voorstel dat ik overweeg zal wel in hoge mate overeenkomen met de regels die gemeenten nu voor zichzelf veelal al hanteren en zal in veel gevallen ook een versoepeling kunnen betekenen. De gemeenten kunnen aanvullend eigen voorkeuren voor bepaalde procedures blijven vastleggen in eigen regels en daarmee zichzelf beperkingen opleggen.

Tenslotte vragen de leden van de **PvdA**-fractie of de Minister dan niet voor de mogelijke Europese muziek uit loopt. Zoals gezegd is Nederland een van de weinige landen die nog geen nationale regelgeving heeft voor opdrachten onder de drempel. Nederland loopt dus zeker niet voorop.

Overige onderwerpen

De leden van de fractie van het **CDA** vroegen een meer uitgebreide toelichting op de plannen om zo meer inzicht te krijgen in de contouren van de toekomstige regelgeving. Zoals aangegeven in de inleiding heb ik daartoe de thans in ontwikkeling zijnde concepten bijgevoegd.

De leden van de fractie van het **CDA** vroegen op welke leemten en wetstechnische gebreken het aangekondigde wetsvoorstel ziet. Het gaat om artikel IV van de Wet houdende wijziging van de Gaswet, de Elektriciteitswet 1998 en enige andere wetten tot herstel van

wetstechnische gebreken en leemten, tot aanbrenging van wijzigingen van inhoudelijk ondergeschikte aard en tot intrekking van diverse wetten die uitgewerkt zijn. Voor een toelichting zij verwezen naar de artikelsgewijze toelichting in de memorie van toelichting van dat wetsvoorstel²⁰. Het gaat om een aantal correcties en het repareren van een tweetal lacunes in de mogelijkheid voorschriften vast te stellen voor de juiste doorwerking van de richtlijn op het punt van de uitsluitingsgronden en voor de toepassing van het formeelwettelijke kader voor afgifte van de verklaring.

In antwoord op de vraag van de leden van de **VVD**-fractie naar een Aanbestedingsreglement leveringen en diensten, respectievelijk een geïntegreerd reglement verwijs ik naar het bijgevoegde concept voor een nieuw besluit, het Besluit Aanbestedingen, waarin de verschillende aanbestedingsprocedures worden uitgeschreven op een wijze die overeenkomt met het Aanbestedingsreglement werken (ARW 2005), maar dan beperkt tot wettelijke verplichtingen en ook toepasselijk voor diensten en leveringen. Door deze nieuwe implementatiesystematiek wordt een belangrijke functie van de verschillende beleidsreglementen, namelijk het systematisch doorlopen van de stappen in de aanbestedingsprocedures, weggenomen. Het ARW 2005 is dan overbodig en zal worden ingetrokken.

De leden van de **VVD**-fractie vroegen zich af hoe de eisen inzake de normen voor geschiktheidseisen en selectie-eisen ingevuld gaan worden. Daarbij zijn de leden benieuwd op welke wijze wordt bewerkstelligd dat deze eisen voor de meest uiteenlopende branches gelding kunnen hebben en toch de concurrentie niet uitschakelen. Ik ben voornemens om in de AMvB voor overheidsopdrachten een aantal algemene normen te stellen om te bevorderen dat geen onnodig hoge geschiktheidseisen worden gesteld aan bedrijven. Het gaat hierbij met name om normen over financiële en economische draagkracht. Voor technische en beroepsbekwaamheid is het vanwege de diversiteit lastig om algemene normen te stellen. Ik wil mij daarbij dan ook beperken tot het geven van een norm voor het aantal referentiewerken. Een aanbestedende dienst zal daarbij, mits gemotiveerd, de mogelijkheid krijgen recht te doen aan bijzondere situaties of bijzondere opdrachten. Hierdoor is het mogelijk om de normen voor alle mogelijke overheidsopdrachten van toepassing te verklaren. Door het stellen van disproportionele eisen zal concurrentie onnodig worden uitgeschakeld. Daarom wil ik dit tegengaan en daarmee de toegang tot de markt van overheidsopdrachten voor kleinere en minder ervaren bedrijven verruimen. Dit zal de concurrentie ten goede komen.

De leden van de **VVD**-fractie vroegen hoe met dit wetsvoorstel aanbestedingen op de laagste prijs kunnen worden voorkomen. Met dit wetsvoorstel kunnen aanbestedingen op laagste prijs niet worden verboden. Hoewel het aanbesteden op basis van economisch meest voordelige aanbidding naar mijn oordeel meer zou moeten worden toegepast, is voor een bepaald type opdrachten de laagste prijs toch het beste criterium. Bovendien schrijven de Europese richtlijnen voor dat gekozen mag worden uit beide criteria. In dat kader heeft het Europese Hof van Justitie (zaak C-247/02) geoordeeld dat aanbestedende diensten deze keuze niet mag worden ontnomen en dat niet mag worden verboden om voor het criterium van de economisch meest voordelige aanbidding te kiezen. Op grond van dit arrest mag worden aangenomen dat het Hof een verbod op het criterium van de laagste prijs evenmin zal

²⁰ Stb. 2008, 95. MvT: Kamerstukken II 2006/07, 31 120, nr 3

toestaan. Ik ben wel voornemens om via PIANOo het gebruik van het gunningscriterium meest voordelige inschrijving te stimuleren, zodat aanbestedende diensten vaker voor dit gunningscriterium zullen kiezen.

De leden van de **VVD**-fractie vroegen zich af hoe innovatie bij aanbesteden door deze wet bevordert en beschermd wordt. In de AMvB wordt bepaald dat de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking in alle gevallen onder de Europese drempelwaarde mag worden toegepast. Boven de Europese drempelwaarde mag deze procedure slechts in uitzonderingsgevallen worden toegepast. Deze procedure biedt meer ruimte voor de aanbestedende dienst om in overleg te gaan en geeft daardoor innovaties meer kans. Het wetsvoorstel maakt het mogelijk bij AMvB nadere specifieke bepalingen ter bevordering van de innovatie te stellen. Uit overleg met het bedrijfsleven is echter geen behoefte aan nadere bepalingen in de aanbestedingsregelgeving naar voren gekomen. De aanbestedingsregelgeving biedt namelijk reeds voldoende ruimte voor innovatie. De regelgeving biedt immers al de mogelijkheid om functioneel te specificeren. Ook biedt de regelgeving, zoals gezegd, de mogelijkheid om bij de gunning rekening te houden met de prijs-kwaliteitsverhouding in plaats van alleen te gunnen op basis van de laagste prijs. Voor bijzonder complexe opdrachten bestaat de mogelijkheid van de concurrentiegerichte dialoog, een procedure waarbij overleg met de aanbestedende dienst mogelijk is. De regelgeving biedt dus voldoende mogelijkheden, maar deze worden nog te weinig door de aanbestedende diensten benut. Daarom zullen de mogelijkheden om innovatie te bevorderen via PIANOo bij aanbestedende diensten onder de aandacht worden gebracht.

De leden van de **VVD**-fractie vroegen zich af wat de consequenties zijn voor dit wetsvoorstel van motie nr 18²¹. De nadere regelgeving bij het wetsvoorstel zal leiden tot een betere toegang tot de markt van overheidsopdrachten, met name voor ondernemers uit het MKB en geeft daarmee invulling aan de motie door aanbestedingen meer MKB vriendelijk te maken. Dit wordt bereikt doordat:

- de aanbestedingsprocedures worden gestroomlijnd en de uitvoeringspraktijk wordt vereenvoudigd (zo hoeft een onderneming bijvoorbeeld geen uittreksel uit het handelsregister meer op te sturen, maar moet de aanbestedende dienst zelf in het handelsregister kijken);
- er normen worden ontwikkeld voor geschiktheidseisen en selectiecriteria (zo worden disproportionele eisen tegengegaan die vooral de toegang van het MKB tot aanbestedingen belemmeren);
- de procedures onder de Europese drempels worden geharmoniseerd (daardoor worden de ondernemers minder met verschillende regels geconfronteerd en kunnen ze gemakkelijker meedoen aan aanbestedingen), en
- de regelgeving wordt verduidelijkt (indien de regelgeving toegankelijker is, kunnen ook MKB-ondernemers beter op de hoogte zijn van de aanbestedingsregelgeving).

Standaardisering van de procedures boven en onder de Europese drempels zal leiden tot een reductie van 17% van lasten voor het bedrijfsleven, waarvan vooral de kleine bedrijven zullen profiteren.

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen naar een gedegen evaluatie van de praktijk van het aanbesteden in de andere lidstaten. Ik heb niet de beschikking over een evaluatie van de praktijk van het aanbesteden in de andere lidstaten. Wel heb ik een rechtsvergelijkend onderzoek laten uitvoeren naar de aanbestedingsregelgeving in veertien Europese lidstaten. In

²¹ Kamerstukken II, 2007-2008, 30501, nr. 18

het onderzoeksrapport "Aanbesteden in Europa" wordt op een overzichtelijke manier in beeld gebracht hoe andere lidstaten bepaalde onderwerpen binnen het aanbestedingsrecht hebben geregeld. Daar komt ook aan de orde hoe de andere lidstaten de regelgeving onder de Europese drempelwaarde hebben ingericht. Dit onderzoek is beschikbaar op de EZ-site via het dossier Aanbesteden. Recent is een onderzoek van de Commissie over het aandeel MKB bij Europese aanbestedingen aan Uw Kamer toegezonden.

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen of en wanneer het ARW 2005 kan vervallen. Zoals ik hiervoor heb toegelicht is het de bedoeling dit reglement met de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zal worden ingetrokken, aangezien de regels voor de aanbestedingsprocedures in het nieuwe Besluit Aanbestedingen per procedure zullen worden uitgeschreven. Hiermee wordt tegemoetgekomen aan de wens van de PEC, de ondernemers(organisaties) en de leden van de PvdA-fractie om het aantal aanbestedingsreglementen terug te dringen teneinde versnippering en verkokering van regelgeving tegen te gaan.

De leden van de **PvdA**-fractie vroegen ten slotte of het wetsvoorstel wel voldoet aan de eisen van transparantie, nu daarin twee richtlijnen tezamen worden geïmplementeerd. In het wetsvoorstel zijn bepalingen opgenomen die voor zowel de algemene als de speciale sectoren gelden. Dat deze bepalingen voor beide sectoren gelden doet niet af aan de transparantie van die bepalingen. De richtlijn voor de algemene sectoren en die voor de speciale sectoren (richtlijn 2004/18/EG en richtlijn 2004/17/EG) vertonen veel overeenkomsten, maar verschillen ook op belangrijke terreinen. Daarom is er voor gekozen de huidige structuur met een AMvB voor de algemene sectoren (nu het Bao) en een afzonderlijke AMvB voor de speciale sectoren (het Bass) te handhaven. Er komt een nieuwe algemene maatregel voor bestuur voor de algemene sectoren: het Bao wordt vervangen door het Besluit Aanbestedingen. Voor de speciale sectoren zal het Bass worden gewijzigd. Het wetsvoorstel vormt voor beide besluiten de basis. Voor beide sectoren zijn dus zowel de bepalingen uit het wetsvoorstel, als de bepalingen uit het desbetreffende besluit van toepassing. Op deze wijze is volkomen transparant welke regels in een bepaalde sector van toepassing zijn, zodat bovenstaande richtlijnen op een juiste wijze zijn geïmplementeerd.

De Minister van Economische Zaken,