



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

De Minister van Economische Zaken
Mevrouw M.J.A. van der Hoeven
Postbus 20101
2500 EC Den Haag

Afdeling Ontwikkeling

bezoekadres
Kneuterdijk 1
2514 EM Den Haag

correspondentieadres
Postbus 90613
2509 LP Den Haag

t (070) 361 97 23
f (070) 361 97 46
www.rechtspraak.nl

datum 25 maart 2009
doorkiesnummer 070 - 361 9721
e-mail Voorlichting@rechtspraak.nl
uw kenmerk WJZ/9002752
cc de Minister van Justitie
onderwerp Advies inzake het wetsvoorstel ter implementatie van de
rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden

Geachte mevrouw Van der Hoeven,

Bij brief van 7 januari jl. met bovengenoemd kenmerk verzocht u de Raad voor de rechtspraak (de “**Raad**”) advies uit te brengen inzake het wetsvoorstel ter implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (het “**Wetsvoorstel**”).

Het Wetsvoorstel strekt tot implementatie van de eind 2007 vastgestelde Europese richtlijn waarmee de bestaande richtlijnen over beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten zijn gewijzigd (de “**Wijzigingsrichtlijn**”).¹ Met de Wijzigingsrichtlijn wordt beoogd de werking van de bestaande richtlijnen te verbeteren en daarin verduidelijkingen aan te brengen die voortkomen uit arresten van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Daartoe voorziet de Wijzigingsrichtlijn in een verplicht in acht te nemen termijn waarbinnen inschrijvers en gegadigden doeltreffend beroep kunnen instellen tegen een gunningsbeslissing van een aanbestedende dienst vóórdat de aanbestedende dienst overgaat tot het sluiten van een overeenkomst met een beoogde wederpartij. Voorts regelt de Wijzigingsrichtlijn dat een overeenkomst die door een aanbestedende dienst is gesloten zonder dat deze termijn in acht is genomen of zonder dat een verplichte voorafgaande bekendmaking van de opdracht heeft plaatsgevonden onverbindend kan worden verklaard. Daarnaast maakt de Wijzigingsrichtlijn mogelijk dat in bepaalde gevallen, waarin een grond voor onverbindendverklaring aanwezig is, gehele vernietiging van de overeenkomst om dwingende eisen met betrekking tot een algemeen belang achterwege blijft. In dat geval verplicht de Wijzigingsrichtlijn tot oplegging van een alternatieve sanctie, die doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moet zijn en die kan bestaan uit het verkorten van de looptijd van een overeenkomst en/of het opleggen van een boete aan de aanbestedende dienst.

Overeenkomstig de algemeen geldende uitgangspunten bij de implementatie van Europese regelingen zijn in het wetsvoorstel geen andere regels opgenomen dan voor de implementatie noodzakelijk zijn en wordt aangesloten bij de reeds bestaande rechtsbescherming van het burgerlijk (proces-)recht. De

¹ Richtlijn 2007/66/EG van het Europees Parlement en de Raad (PbEU L 335) tot wijziging van de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van de Raad met betrekking tot verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten. De Wijzigingsrichtlijn moet uiterlijk 20 december 2009 zijn geïmplementeerd in de nationale rechtsorde van de lidstaten van de Europese Unie.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 25 maart 2009
pagina 2 van 5

burgerlijke rechter is bevoegd geschillen over aanbestedingsovereenkomsten te beslechten, al dan niet bij wijze van voorlopige voorziening.

Gehoord de gerechten, adviseert de Raad als volgt.²

Advies

Voorlopige voorziening in precontractuele fase

Zoals in de toelichting bij het Wetsvoorstel op p. 5 is aangegeven, is het in Nederland reeds gebruikelijk dat in het kader van een aanbestedingsprocedure genomen beslissingen van een aanbestedende dienst voor de burgerlijke rechter kunnen worden aangevochten. De voorzieningenrechter heeft de instrumenten om de effecten van beslissingen te annuleren. Zo kan hij onder meer bevelen om de aanbesteding over te doen met aangepaste selectie- of gunningscriteria, met inbegrip van het verwijderen van discriminerende technische, economische of financiële specificaties in oproepen tot inschrijving, bestekken dan wel in enig ander stuk dat verband houdt met de procedure. De Raad constateert dan ook dat het Wetsvoorstel geen verandering teweegbrengt in de rechtsbescherming voor belanghebbenden in de fase tussen gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver.

Bodemprocedure in postcontractuele fase

Op dit moment komen in relatie tot aanbestedingen weinig bodemprocedures voor. Het Wetsvoorstel introduceert voor belanghebbenden een mogelijkheid om binnen 6 maanden na de sluiting van een overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver deze overeenkomst in een bodemprocedure geheel of gedeeltelijk door de rechter te laten vernietigen op een beperkt aantal gronden, genoemd in artikel 6 van het Wetsvoorstel. De Raad leidt uit dit artikel af dat de artikelen 6 tot en met 10 van het Wetsvoorstel twee verschillende gevallen regelen:

1. Het bieden van aanvullende of efficiëntere rechtsbescherming aan inschrijvers jegens wie de termijn van 15 dagen uit artikel 2 van het Wetsvoorstel niet in acht is genomen
2. Het creëren van een sanctiemogelijkheid in geval de aanbestedende dienst een Europese aanbestedingsprocedure geheel achterwege heeft gelaten, terwijl deze verplicht was.

De Raad merkt op dat het geval dat de gunningsbeslissing evident inhoudelijk onjuist is, buiten de beperkte vernietigingsgronden van artikel 6 valt.

De Raad plaatst vraagtekens bij de betekenis voor de praktijk en daarmee bij de effectiviteit van de mogelijkheid voor belanghebbenden om in de postcontractuele fase een bodemprocedure aan te spannen. Teleurgestelde inschrijvers (of teleurgestelde marktpartijen die hadden willen inschrijven als

² De Raad voor de rechtspraak heeft op grond van artikel 95 Wet op de rechterlijke organisatie een wettelijke adviestaak met betrekking tot nieuwe wets- en beleidsvoorstellen die gevolgen hebben voor de rechtspraak. De adviezen worden vastgesteld na overleg met de gerechten. De Raad voor de rechtspraak is een adviescollege in de zin van artikel 79 en 80 van de Grondwet. Bij het opstellen van zijn adviezen beoordeelt de Raad de voorgenomen wet- en regelgeving in het bijzonder op de gevolgen voor de organisatie en de werklust van de gerechten en op de (praktische) toepasbaarheid en uitvoerbaarheid. Rechters zijn bij de behandeling van individuele zaken niet gebonden aan de inhoud van de wetgevingsadviezen van de Raad voor de rechtspraak.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 25 maart 2009
pagina 3 van 5

de opdracht bekend was gemaakt), die niet via een kort geding een gunning of heraanbesteding hebben kunnen afdwingen, zullen immers naar verwachting alleen dan een bodemprocedure starten als zij daar beter van kunnen worden. Dit zal logischerwijs het geval zal zijn als er een reële kans op heraanbesteding en/of schadevergoeding is. In de praktijk is het bereiken van heraanbesteding in een bodemprocedure geen reële optie, aangezien de uitvoering van de opdracht doorgaans ten tijde van de definitieve uitspraak al verregaand onderweg, dan wel afgerond, is. Een civiele bodemprocedure kan immers al gauw drie jaar duren, waarbij cassatie nog niet is meegerekend. Ook de kans op schadevergoeding is in deze situaties niet groot, aangezien – zoals ook de toelichting op p.3-4 opmerkt – de benadeelde partij daarvoor zowel moet bewijzen dat hij een serieuze kans op gunning had als moet kunnen aangeven wat zijn schade als gevolg van de afwijzing (of de niet-bekendmaking) is, hetgeen niet eenvoudig zal zijn. Uit het voorgaande volgt dat in de praktijk naar verwachting weinig gebruik zal worden gemaakt van de mogelijkheid een bodemprocedure aan te spannen.

Alternatieve sancties: verkorting looptijd en bestuurlijke boete

Als gezegd maakt de Wijzigingsrichtlijn mogelijk dat gehele vernietiging van de overeenkomst om dwingende eisen met betrekking tot een algemeen belang achterwege blijft, en verplicht de Wijzigingsrichtlijn in dat geval tot oplegging van een alternatieve sanctie.

Het Wetsvoorstel regelt deze situatie in de artikelen 8-11. Op grond van artikel 8 kan de rechter besluiten een overeenkomst niet te vernietigen “indien, alle relevante aspecten in aanmerking genomen, dwingende eisen met betrekking tot een algemeen belang daartoe aanleiding geven.” Op grond van artikel 9 kan de rechter op vordering van de belanghebbende of ambtshalve de looptijd van de overeenkomst verkorten. Artikel 11 maakt vervolgens mogelijk dat aan de aanbestedende dienst een bestuurlijke boete wordt opgelegd door een “van de aanbestedende dienst onafhankelijke instelling”. Volgens de toelichting op p.11 verdient verkorting van de looptijd in beginsel als alternatieve sanctie de voorkeur boven het opleggen van een boete. Blijkens de toelichting op p.11-12 is overwogen om de boete ook door de burgerlijke rechter op te laten leggen, maar is daarvan afgezien omdat een dergelijke constructie niet past in het Nederlandse rechtstelsel.

De Raad kan zich vinden in de keuze voor een bestuurlijke in plaats van een civiele boete. De Raad plaatst evenwel vraagtekens bij de betekenis voor de praktijk en daarmee bij de effectiviteit van de mogelijkheid tot het opleggen van deze boete. De bestuurlijke boete kan immers pas worden opgelegd als een civielrechtelijke bodemprocedure bij gewijsde is geëindigd en heeft geresulteerd in toepassing door de rechter van artikel 8. Zoals hierboven is uiteengezet, zal in de praktijk naar verwachting door belanghebbenden weinig gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid een bodemprocedure aan te spannen, omdat – kort gezegd – de kans op succes over het algemeen als gering zal worden ingeschat. Daar kan in dit verband aan worden toegevoegd dat naar verwachting weinig belanghebbenden een bodemprocedure zullen aanspannen enkel en alleen om de “van de aanbestedende dienst onafhankelijke instelling” in staat te stellen de bedoelde boete op te leggen. Bovendien is de doorlooptijd van een gemiddelde civiele bodemprocedure dusdanig (als gezegd al gauw drie jaar zonder cassatie) dat, uitgaande van een negatieve correlatie tussen de doorlooptijd en het afschrikwekkende effect van de sanctie, alleen al als gevolg daarvan het afschrikwekkende effect moet worden gerelativeerd. Tot slot wordt, zoals gezegd, in de toelichting aangegeven dat verkorting van de looptijd als alternatieve sanctie de voorkeur verdient boven het opleggen van een boete.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 25 maart 2009
pagina 4 van 5

Samengevat volgt uit het voorgaande dat er zich in de praktijk naar verwachting een gering aantal zaken zal aandienen waarin een bestuurlijke boete kan worden opgelegd, er doorgaans geruime tijd zal verstrijken tussen de overeenkomst en de eventuele boete en dat mede als gevolg daarvan het afschrikwekkende effect van de boete gerelativeerd moet worden.

Werklast

Het Wetsvoorstel brengt geen verandering teweeg in de rechtsbescherming voor belanghebbenden in de fase tussen gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst tussen de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver. Er worden als gevolg van het Wetsvoorstel dan ook geen noemenswaardige effecten verwacht voor het aantal en de gemiddelde zaakswaarte van de voorlopige voorzieningen en daarmee ook niet voor de productgroep civiel³.

Op dit moment komen in relatie tot aanbestedingen weinig bodemprocedures voor. Het Wetsvoorstel zou in beginsel kunnen leiden tot een toename van het aantal bodemprocedures. Zoals hierboven uiteengezet wordt echter verwacht dat er in de praktijk weinig gebruik zal worden gemaakt van de nieuwe mogelijkheid een bodemprocedure aan te spannen. Op het totaal van de productgroep civiel zal het om een verwaarloosbaar aantal gaan. Mede in verband met het verwachte geringe aantal zaken worden als gevolg van het Wetsvoorstel ook geen noemenswaardige effecten voor de gemiddelde zaakswaarte in de productgroep civiel.

Tot slot

Indien na het uitbrengen van dit advies het wetsvoorstel op belangrijke onderdelen wordt gewijzigd of indien uit nadere uitvoeringsregelgeving belangrijke werklastgevolgen voortvloeien, dan wordt de Raad graag in de gelegenheid gesteld daarover aanvullend te adviseren. Met het oog op de voorbereiding van de gerechten op de invoering van het wetsvoorstel, stelt de Raad het op prijs op als hij geïnformeerd wordt over de indiening van het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer en de plaatsing van de definitieve wetstekst in het *Staatsblad*. Ook eventuele nadere regelgeving volgend op dit wetsvoorstel met gevolgen voor de rechtspleging valt binnen het adviesrecht van de Raad. Voor zover van toepassing, ontvangt de Raad graag een adviesaanvraag voor deze nadere regelgeving.

Hoogachtend,

mr. Th. Groeneveld
Lid Raad voor de rechtspraak

³ Binnen het bekostigingssysteem van de Rechtspraak wordt gewerkt met zogenoemde productgroepen, welke grosso modo zijn onderscheiden naar sector.



de Rechtspraak

Raad voor de
rechtspraak

datum 25 maart 2009
pagina 5 van 5

Bijlage: Wetstechnisch commentaar

Redactionele aspecten

- Wetsvoorstel artikel 11: Wat opvalt is dat alleen schorsende werking aan beroep wordt toegekend en bezwaar niet wordt genoemd terwijl in het Wetsvoorstel bezwaar als rechtsmiddel niet wordt uitgesloten.
- MvT: De laatste alinea van de toelichting bij artikel 6 op pagina 16 is moeilijk te begrijpen. Aangenomen wordt dat is bedoeld dat het aanbrengen van een kort geding niet wegneemt dat de termijn *voor andere belanghebbenden* doorloopt.

Spelling en grammatica

- MvT: §3 “(...) beslissing tot gunning door de aanbestedende is genomen (...)” moet zijn: “(...) beslissing tot gunning door de aanbestedende dienst is genomen (...)”
- MvT: §3.1 “De richtlijn verlangd (...)” moet zijn: “De richtlijn verlangt (...)”
- MvT: §3.1 “(...) voor de burgerlijk rechter (...)” moet zijn: “(...) voor de burgerlijke rechter (...)”
- MvT: §3.3.3 “(...) ontbinding, opschortingen vernietigbaarheid (...)” moet zijn: “(...) ontbinding, opschorting en vernietigbaarheid (...)”
- MvT: §3.3.3 “Zowel volgens het Europese recht als het Nederlandse recht verplicht niet tot nietigheid (...)” moet zijn: “Zowel het Europese recht als het Nederlandse recht verplicht niet tot nietigheid (...)”
- MvT: §3.3.3 “(...) de belangen van een derden (...)” moet zijn: “(...) de belangen van derden (...)”
- MvT: §3.3.3 “(...) de goeden zeden (...)” moet zijn: “(...) de goede zeden (...)”