

Fiche 6: Richtlijn voor verhoging van de doeltreffendheid van de beroepsprocedures inzake het plaatsen van overheidsopdrachten

Titel:

Voorstel voor een RICHTLIJN VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD 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.

Datum Raadsdocument: 4 mei 2006

Nr Raadsdocument: 2006/0066 (COD)

Nr. Commissiedocument: COM(2006) 195 final

Eerstverantwoordelijk ministerie: Ministerie van Economische Zaken

Behandelingstraject in Brussel:

Raadwerkgroep Openbaar aanbesteden (Public Procurement)

Raad voor Concurrentievermogen 4/5 december 2006

Achtergrond, korte inhoud en doelstelling van het voorstel:

Het voorstel betreft een amendering van de richtlijnen 89/665 en 92/13, de zogeheten Rechtsbeschermingsrichtlijnen. Deze richtlijnen coördineren de nationale bepalingen inzake de beroepsmogelijkheden bij schending van de richtlijnen voor overheids-opdrachten. Een impact assessment van de Commissie heeft naar voren gebracht dat de bestaande Rechtsbeschermingsrichtlijnen niet altijd hun doel bereiken. Ten eerste werd een gebrek aan effectiviteit van de richtlijnen geconstateerd met betrekking tot onwettig onderhands gegunde opdrachten. Hierbij worden de beginselen van de aanbestedings-richtlijnen, onder andere transparantie en non-discriminatie, niet in acht genomen. Ten tweede vormt de wedloop naar de ondertekening van aanbestedingscontracten een probleem. Gebleken is dat ondernemers die deelnemen in een formele aanbestedings-procedure, onvoldoende de mogelijkheid hebben om effectief beroep in te stellen. Een voorbeeld van een effectief beroep is als de inbreuk nog gecorrigeerd kan worden op het moment van het beroep. De doeltreffendheid van de precontractuele beroepsmogelijkheden in de lidstaten moet daarom verbeterd worden. Doel van het voorstel is de naleving in de lidstaten te verbeteren en de jurisprudentie aangaande aanbesteden en rechtsbescherming te verwerken.

Het voorstel bevat concreet de volgende elementen:

- De aanbestedende diensten moeten, voordat een formele aanbestedingsprocedure wordt afgerond en na het besluit tot toekenning van de opdracht (het gunningsbesluit), het sluiten van de overeenkomst opschorten tot het eind van de minimale periode van 10 kalenderdagen (de zogenaamde ‘standstill-periode’). Deze minimale periode gaat in op de datum van kennisgeving van het gemotiveerd gunningsbesluit aan de ondernemers die aan de aanbestedingsprocedures hebben deelgenomen.
- Wanneer een aanbestedende dienst oordeelt dat hij gerechtigd is een opdracht die boven de Europese drempelbedragen ligt onderhands te gunnen, moet hij (behalve in het geval van dwingende spoed en een aantal andere uitgezonderde opdrachten) het gunningsbesluit door middel van een aankondiging bekendmaken en het sluiten van de overeenkomst opschorten. Hiervoor geldt een periode van 10 dagen nadat hij is overgegaan tot een passende bekendmaking via een vereenvoudigde aankondiging van een geplaatste opdracht.
- Wanneer de aanbestedende dienst zich niet heeft gehouden aan de standstillprocedure en toch een overeenkomst sluit, dan kan sprake zijn van een overeenkomst zonder gevolgen. De gevolgen van een dergelijke onrechtmatigheid op de uitwerking van de overeenkomst kunnen worden beperkt.

De lidstaat kan de beroepstermijn beperken tot 6 maanden vanaf de feitelijke datum waarop de overeenkomst tot stand komt. Op dit moment geldt in Nederland geen beperking van de termijn.

Rechtsbasis van het voorstel: Artikel 95 van het EG-verdrag.

Besluitvormingsprocedure en rol Europees Parlement:
Gekwalificeerde meerderheid; medebeslissingsprocedure

Instelling nieuw Comitologie-comité: nee

Subsidiariteit en proportionaliteit:

Subsidiariteit:

Positief. De aanbestedingsregels zijn grotendeels neergelegd in communautaire richtlijnen. Deze voorstellen voor amendering van de rechtsbeschermingsrichtlijnen sluiten hierbij aan. De rechtsbescherming is op hoofdlijnen al geregeld op Europees niveau.

Proportionaliteit:

Twijfelachtig. Het Commissievoorstel tracht zaken te regelen om de rechtsbescherming voor ondernemingen te verbeteren en helderder te maken. In het voorstel wordt de lidstaten zeer gedetailleerd voorgeschreven hoe de rechtsbescherming invulling dient te krijgen. Dit staat op gespannen voet met het streven naar procedurele autonomie van de lidstaten, waarmee wordt beoogd de keuze om de rechtsbescherming civielrechtelijk, bestuursrechtelijk of strafrechtelijk te organiseren aan de lidstaten te laten (zie ook het ICER-rapport 'Advies strafrecht en de eerste pijler II'). Naar de mening van Nederland zou de Commissie meer moeten kijken naar het effect dat beoogd wordt, namelijk een effectieve rechtsbescherming. Het effect zou ook met geschikte middelen uit het Nederlands rechtssysteem bereikt kunnen worden. Nederland heeft de rechts-handhaving van het aanbestedingsrecht ondergebracht bij de civiele rechter, terwijl het voorstel uitgaat van handhaving door de bestuursrechter.

Consequenties voor de EU-begroting: Geen.

Financiële, personele en administratieve consequenties voor de rijksoverheid, decentrale overheden en/of bedrijfsleven en burger:

Het voorstel heeft financiële consequenties. De publicatieplicht van een voorgenomen gunning van opdrachten boven de drempelwaarde waarvoor tot nu toe geen of een beperkte publicatieplicht geldt (voorgenomen gunning bij onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande publicatie, bijlage IIB diensten), kan leiden tot langere aanbestedingsprocedures en extra belasting voor de aanbestedende dienst in verband met de aankondiging van het gunningsbesluit. De extra kosten komen ten laste van desbetreffende aanbestedende dienst.

Het voorstel heeft geen voorzienbare personele consequenties.

Administratieve consequenties zijn beperkt. De richtlijn is gericht op de vergroting van de naleving. Dan kan er meer een beroep worden gedaan op de beroepsinstanties in de overgangstermijn totdat de regels meer effect sorteren.

Consequenties voor nationale en decentrale regelgeving/beleid, (informatie over het inschakelen van nationale agentschappen / zelfstandige bestuursorganen e.d., implementatie en uitvoering, notificatie en handhaving en/of sanctionering):

Het voorstel heeft mogelijk consequenties voor het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao), het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass), het Burgerlijk Wetboek (BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Het betreft met name de volgende punten:

- (1) Indien een aanbestedder meent dat hij niet hoeft aan te besteden bij een opdracht met een waarde boven de drempelwaarden dan moet hij de gunningsbeslissing bekendmaken en ook een standstill-periode in acht nemen.
- (2) Indien de standstill-procedure niet in acht is genomen is nog onduidelijk welke consequentie dat heeft voor de overeenkomst. Deze is dan nietig of vernietigbaar. Wel kan in de regelgeving worden bepaald dat bepaalde effecten van het contract in stand blijven. Ook kan de rechter op grond van een algemeen niet-economisch belang enige effecten van de overeenkomst in stand laten. Ter toelichting: nietigheid betekent dat het contract nooit is ontstaan. Nietigheid werkt van rechtswege. Op vernietigbaarheid moet een beroep gedaan worden, maar op het moment dat een dergelijk beroep gehonoreerd wordt door de rechter, heeft vernietigbaarheid terugwerkende kracht tot op het moment waarop de rechtshandeling verricht is. Er wordt dan geacht dat nooit een overeenkomst tot stand is gekomen. Aangezien het doel van de standstill-periode is, het bieden van effectieve rechtsbescherming aan deelnemers aan de aanbestedingsprocedure, lijkt vernietigbaarheid hier overigens het meest logische alternatief.
- (3) Er moet een systeem van sancties worden opgesteld voor het geval de standstill-procedure niet in acht is genomen, maar de regelgeving of de rechter bepaalde effecten van de overeenkomst in stand laten. Tevens moet een systeem van sancties worden opgesteld voor het geval dat ten onrechte een beroep is gedaan op de uitzondering van dwingende spoed. Niet duidelijk is wat met sanctionering wordt bedoeld.
- (4) Aangezien gemeenten en provincies als aanbestedende diensten bovenstaande besluiten en deze Europese richtlijnen moeten naleven is het van belang om de consequenties voor de decentrale overheden in acht te nemen. De consequenties zijn voornamelijk dat de decentrale overheden via voorlichting op de hoogte moeten worden gesteld van de wijzigingen die het voorstel met zich meebrengen.

Voorgestelde implementatietermijn (bij richtlijnen) dan wel voorgestelde datum inwerking treding (bij verordeningen en beschikkingen) met commentaar t.a.v. haalbaarheid:

De implementatietermijn van dit richtlijnvoorstel bedraagt 18 maanden na publicatie. Nu het vergaande wijzigingen betreft, is dit te kort. De implementatietermijn zou ten minste 24 maanden na publicatie moeten bedragen.

Consequenties voor ontwikkelingslanden:

Geen.

Nederlandse belangen en eerste algemene standpuntbepaling:

Er is nog veel onduidelijkheid over de inhoud en reikwijdte van dit voorstel. Nederland zal trachten duidelijkheid te krijgen van de Commissie. Op zich kan Nederland zich vinden in de doelstelling van het voorstel om de naleving en rechtsbescherming inzake aanbestedingen te verbeteren. Het voorstel schrijft de lidstaten zeer gedetailleerd voor hoe de rechtsbescherming invulling dient te krijgen door expliciet de procedures te beschrijven. Naar de mening van Nederland zou de Commissie meer moeten kijken naar het effect dat beoogd wordt, namelijk een effectieve rechtsbescherming. In het voorstel wordt uitgegaan van bestuursrechtelijke handhaving van het aanbestedingsrecht, bijvoorbeeld op het punt van de vernietiging van het gunningsbesluit, terwijl in Nederland de rechtshandhaving bij de civiele rechter is ondergebracht. Voor Nederland brengt dit voorstel daarom de nodige implementatiemoeilijkheden met zich mee, en daarom pleit Nederland ervoor dat in het voorstel het effect moet tellen, in plaats van het middel (expliciete invulling hoe de procedure eruit moet komen te zien). Wat betreft de civielrechtelijke gevolgen van de overeenkomst die in strijd met de regels is gesloten, staat Nederland positief tegenover de neutrale formulering dat die overeenkomst zonder gevolgen zal zijn. Op dit punt moet nog verhelderd worden vanaf welk moment de overeenkomst

zonder gevolgen zal zijn teneinde helder te krijgen of het hier gaat om nietigheid of vernietigbaarheid van de overeenkomst.

Ten aanzien van IIB-diensten¹ en onderhands gegunde opdrachten zonder voorafgaande publicatie vindt Nederland dat een aanvullende verplichting het gunningsbesluit openbaar te publiceren niet in verhouding staat tot de bijzondere procedure waarvoor voor deze opdrachten is gekozen. In die gevallen is immers bewust gekozen om niet voorafgaand te publiceren. Het doet geen recht aan het bijzondere karakter van de procedure om dan wel tot een publicatie van het gunningsbesluit te verplichten. Nederland staat er wel positief tegenover dat de Commissie enkele uitzonderingen maakt op de verplichting het gunningsbesluit bekend te maken (in artikel 2 sexies lid 4 van het voorstel worden de artikelen 12 t/m 18 en 31 lid 1 sub c van Richtlijn 2004/18 uitgezonderd).

Nederland zal in eerste instantie bij de Europese Commissie vragen om verduidelijking van een aantal voorstellen in het wijzigingsvoorstel. Het voorstel is juridisch gecompliceerd en de tekst van het voorstel geeft nog veel onduidelijkheden. Andere lidstaten hebben inmiddels ook aangegeven toelichting op het voorstel te wensen van de Commissie.

Voorstel staat geagendeerd voor mogelijk politiek akkoord op de Raad voor Concurrentievermogen van december 2006.

¹ IIB-diensten verwijst naar bijlage IIB vermelde diensten van de richtlijn 2004/18/EG, waaronder onder andere vallen rechtskundige diensten, arbeidsbemiddeling, vervoer over water etc.