

Vergaderjaar 2006–2007

30 501

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

B

VOORLOPIG VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR ECONOMISCHE ZAKEN¹

Vastgesteld 5 december 2006

Het voorbereidend onderzoek van dit wetsvoorstel heeft de commissie aanleiding gegeven tot het stellen van de navolgende vragen en het maken van de navolgende opmerkingen.

1. De wetssystematiek

De leden van de vaste commissie voor Economische Zaken hadden kennis genomen van dit voorstel van wet.

Alvorens in te gaan op de inhoudelijke aspecten van dit wetsvoorstel hebben zij het wetsvoorstel getoetst op de gekozen wetssystematiek. Deze toetsing gaf hen aanleiding tot de volgende opmerking.

Het rechtsstaatbeginsel eist dat ingrepen van de overheid waar ze een dwingend karakter hebben, rechtstreeks of middellijk op een formele wet berusten. Naar de mening van de commissie dient daarbij de nadruk te worden gelegd op het «rechtstreeks» in een formele wet opnemen van aan de overheid toekomende bevoegdheden en de criteria waaraan de uitoefening van die bevoegdheden moet voldoen. De «middellijke» weg, waar dus sprake is van delegatie of subdelegatie, dient naar de mening van de commissie slechts na zorgvuldige afweging te worden gekozen. Hierbij wordt ook verwezen naar de aanwijzingen 25 en 26-1 van de aanwijzingen voor de regelgeving.

Delegatie – hieronder wordt ook subdelegatie verstaan – mag niet betekenen dat burgers, instellingen en andere overheden een onvoldoende helder beeld krijgen over de wijze waarop de overheid haar macht gebruikt en welke gevolgen en lasten daaruit ontstaan. Ook mag delegatie een doeltreffende controle op de «gedelegeerde» wetgeving niet in de weg staan. Zonder daarin uitpuddend te willen zijn geeft de commissie aan delegatie een passend instrument te vinden in gevallen waarbij:

- voorschriften van louter administratieve aard worden beoogd;
- de uitwerking van de details van een regeling wordt voorzien;
- aan snelle wijzigingen onderhevige technische normen aan de orde zijn;
- bepaalde maatschappelijke ontwikkelingen aanleiding geven tot het met grote spoed vaststellen van een algemeen bindende regeling;

¹ Samenstelling:

Leden: Van den Berg (SGP), Ketting (VVD), Luijten (VVD), voorzitter, Maas-de Brouwer (PvdA), Terpstra (CDA), plv. voorzitter, Ten Hoeve (OSF), Doek (CDA), Kox (SP), Essers (CDA), Sylvester (PvdA), Schouw (D66) en Minderman (GL).

Plv. leden: Van Middelkoop (CU), Van den Oosten (VVD), Biermans (VVD), Doesburg (PvdA), Klink (CDA), Franken (CDA), Van Raak (SP), Lemstra (CDA), Noten (PvdA), Schuyter (D66) en Van der Lans (GL).

- op korte termijn nieuwe inzichten in techniek of wetenschap kunnen worden voorzien.

Het is de commissie opgevallen dat de verhouding tussen de mate waarin voor formele of gedelegeerde wetgeving wordt gekozen meer en meer tendeert naar de laatste categorie. De commissie acht dit geen gunstige ontwikkeling. Ook de Raad van State heeft zich herhaaldelijk – ook bij dit wetsvoorstel – in deze zin uitgelaten. Het onderhavige wetsvoorstel is een duidelijke illustratie van de hiervoor genoemde ontwikkeling.

Dit geeft de commissie aanleiding de minister niet alleen een uitleg te vragen op welke gronden in dit geval gekozen is voor een kaderwet die vrijwel geheel op gedelegeerde bevoegdheden berust, maar ook een oordeel te geven over de hiervoor geschetste ontwikkeling. Het is de commissie duidelijk dat de verschuiving van formele naar gedelegeerde wetgeving niet alleen aan de orde is bij het ministerie van Economische Zaken, maar zich bij vrijwel alle departementen voordoet. De commissie stelt het daarom op rijds als de minister het hiervoor gevraagde oordeel in het kabinet aan de orde wil stellen en aan de commissie een antwoord zal geven, dat de problematiek vanuit een breder kader omvat dan alleen dat van het ministerie van Economische Zaken.

2. Enkele materiële aspecten van het wetsvoorstel

De leden van de commissie voegen aan de algemene vragen, die het delegatievraagstuk betreffen, graag nog enige vragen toe.

Uit het wetsvoorstel, zoals dat thans voorligt, is niet duidelijk geworden hoe de regering de bij de parlementaire enquête Bouwnijverheid naar voren gekomen knelpunten en problemen nu concreet wil aanpakken. Immers, door het toepassen van een groot aantal delegatiebepalingen zal de versnippering en verkokering van aanbestedingsregels niet worden weggenomen. Zelfs van een streven naar uniformiteit in de regelgeving is niet of nauwelijks gebleken en dat terwijl in de praktijk behoefte bestaat aan heldere leidraden en handleidingen, die toch eerder vanuit een enkele wet (met enige toegespitste uitwerkingen) dan uit een lappendeken van AMvB's kunnen voortkomen. De vaste commissie heeft dan ook twijfels over de effectiviteit van dit wetsvoorstel en ziet graag alsnog een motivering daarvan tegemoet.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap en de extensieve interpretatie door de Europese Commissie van de aanbestedingsrichtlijnen vragen een eigen standpunt van de regering voor wat betreft de « nationale » opdrachten (opdrachten die onder de drempels voor Europese aanbesteding vallen) of waarvoor anderszins de aanbestedingsregelgeving niet of niet volledig van toepassing is. Het lijkt de commissie dan ook wenselijk, dat er op korte termijn regels komen voor de aanbesteding van dergelijke opdrachten beneden de drempelwaarde, omdat het voor het bedrijfsleven een zware last is om bij vele lagere overheden steeds maar weer verschillende regels tegen te komen. Het door de regering gebruikte argument om te wachten op een mededeling daaromtrent van de Europese Commissie lijkt niet concludent, omdat de visie van de Commissie toch genoegzaam bekend is.

Met betrekking tot de rechtsbescherming constateert de commissie, dat het in art. 22 geformuleerde verbod van arbitrage haaks staat op het streven van de regering om – mede ter ontlasting van de rechter – ruim baan te geven aan alternatieve methoden van geschillenbeslechting. Arbitrage is een vorm daarvan, die aan strenge wettelijke eisen moet voldoen en uitmondt in een vonnis dat in binsel dezelfde kracht heeft

als een uitspraak van de gewone rechter, terwijl de arbiters over specifieke deskundigheid t.a.v. de aan de orde zijnde materie beschikken.

Het verbod wordt gemotiveerd met een mogelijke spanning tussen de Richtlijn 89/665/EEG en een arbitraal beding vanwege het feit, dat het in een arbitrale procedure voor arbiters niet mogelijk is om prejudiciële vragen te stellen, terwijl de mogelijkheid om een en ander aan de orde te stellen in een vernietigingsprocedure voor de rechtbank beperkt is. Hiertegen kan worden opgemerkt, dat deze stelling niet opgaat voor het overgrote deel van de aanbestedingen, t.w. alle aanbestedingen die niet onder het bereik van de Europese richtlijn vallen, zoals aanbestedingen van werken met een waarde beneden de drempelwaarde van de richtlijn. Voor de werken, waarvoor zulks wel geldt, zouden – bijvoorbeeld bij AMvB – arbitrale colleges kunnen worden aangewezen, die bij voorkeur de beslechting van aanbestedingsgeschillen voor hun rekening kunnen nemen. Daarmee zouden zij een door de overheid aangewezen «rechterlijk college» worden in de zin van de rechtsbeschermingsrichtlijn en tevens de bevoegdheid hebben verkregen om prejudiciële vragen te stellen. Daarnaast zijn er bezwaren geformuleerd – met name door de Raad van State – tegen de wijze van benoeming van de arbiters in de Raad van Arbitrage voor de Bouw. De minister heeft inmiddels zelf aangegeven, dat er te dien aanzien maatregelen zijn genomen om de onafhankelijkheid van de geschilbeslechting te garanderen. Zijn er na overweging van het voorgaande nog wel voldoende redenen om in het wetsvoorstel een verbod van arbitrage te handhaven voor alle mogelijke instituten, die een dergelijke activiteit aanbieden?

De commissie zal om onduidelijkheid terzake in de toekomst te voorkomen graag vernemen hoe de minister de relatie ziet tussen de opdracht, die is bedoeld in art. 6 van het wetsvoorstel en de overeenkomst van opdracht, die is behandeld in Boek 7 Titel 7 BW.

Is de tekst van art. 26 sub a nog wel in orde nu art. 17 van het wetsvoorstel niet meer een tweede lid bevat? De vraag doet zich voor naar de rechtsgrondslag, waarop de ministeriële regeling berust, die is aangeduid in art. 26 sub b van het wetsvoorstel.

Naar het oordeel van de commissie zijn de verschillende aanbestedende overheidsdiensten in Nederland een aanmerkelijke marktpartij. Uit onderzoek blijkt echter dat offrerende partijen moeite hebben met de wijze waarop de verschillende diensten hun aanbesteding operationeel uitvoeren. De indruk die is ontstaan, is dat de overheid – vaker dan andere partijen – louter procedurele kwaliteitsbewaking doet, en overigens vooral op prijs aanbesteedt. Bovendien lijken de regels meer toegeschreven op het grootbedrijf dan op het MKB.

In tegenstelling tot private partijen spelen Innovatie, Partnerschap en Sustainability bij overheids aanbestedingen nauwelijks een rol. De vaste commissie maakt zich daar zorgen over. Zij betreurt dat de overheid zich daarmee nieuwe ontwikkelingen onttrekt, en ook geen gebruik maakt haar aanmerkelijke marktmacht ten dienste van het Innovatiebeleid in het algemeen, en de stimulering van start ups en het MKB in het bijzonder.

In de afgelopen jaren zijn die zorgen eerder geuit, door verschillende partijen en in verschillende debatten in de Eerste Kamer.

De commissie vraagt zich af hoe zij het voorliggende wetsvoorstel in dat kader moet beoordelen. Het komt haar voor dat het voorliggende wetsvoorstel de kennelijk urgente professionalisering van de aanbesteding op bovengenoemde punten op geen enkele wijze ondersteunt, noch afdwingt.

De commissie zou dan ook willen vernemen van de minister wat zijn visie is op de relatie tussen deze geconstateerde lacunes in het aanbestedingsbeleid, en het voorliggende wetsvoorstel.

De voorzitter van de commissie,
Luijten

De griffier van de commissie,
Nieuwenhuizen