

Vergaderjaar 2007–2008

30 501

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

F

VERSLAG VAN DE VASTE COMMISSIE VOOR ECONOMISCHE ZAKEN¹

Vastgesteld 29 mei 2008

Inleiding

De leden van de **CDA**-fractie zijn de minister erkentelijk voor de antwoorden op de door hen in het nader voorlopig verslag gestelde vragen. Zij zien in deze beantwoording evenwel aanleiding om voorafgaand aan de plenaire behandeling nog enige vragen te stellen.

Met belangstelling hebben de leden van de **PvdA**-fractie kennisgenomen van de nadere memorie van antwoord. Op een enkel punt stelt de nadere memorie teleur, op andere punten hebben deze leden nadere aanvullende vragen.

De leden van de **SP**-fractie hebben kennisgenomen van de nadere memorie van antwoord. Naar aanleiding hiervan hebben zij een aantal vragen en opmerkingen.

De inbreng van de leden van de drie fracties wordt hieronder achtereenvolgens weergegeven.

Inhoud van het wetsvoorstel

Het bevreemdt de leden van de **CDA**-fractie dat hun vraag om een nadere toelichting en bewijsvoering met betrekking tot het argument van de minister dat een serie delegatiebepalingen noodzakelijk is om een tijdige implementatie van EU-regelgeving te waarborgen, is uitgebleven. De minister wil geen algemene conclusie trekken over «de» oorzaak van achterstanden. Door middel van delegatie naar lagere regelgeving zou echter alleen de periode van de parlementaire behandeling in mindering komen op de huidige praktijk.

De vraag blijft dan of met name deze periode als een zo niet significante dan toch in ieder geval relevante bijdrage aan ongewenste overschrijding van implementatietermijnen kan worden gezien. De opmerking dat het aan de Eerste Kamer is om het belang van bezwaren tegen «de gekozen wetgevingsarchitectuur af te wegen tegen het belang van belasting-

¹ Samenstelling:

Schuurman (CU), Van den Berg (SGP), Meindertsma (PvdA), Broekers-Knol (VVD), Terpstra (CDA), Kneppers-Heynert (VVD), voorzitter, Kox (SP), Essers (CDA), Noten (PvdA), Sylvester (PvdA), Schouw (D66), Van Driel (PvdA), Doek (CDA), Franken (CDA), Thissen (GL), Willems (CDA), Reuten (SP), vicevoorzitter, Hofstra (VVD), Asscher (VVD), Laurier (GL), Koffeman (PvdD), Elzinga (SP), Vliegthart (SP), Kuiper (CU) en Yildirim (Fractie-Yildirim).

betalers, aanbestedende diensten en bedrijfsleven bij de invoering van de nieuwe regelgeving» schetst een onjuiste tegenstelling: juist belastingbetalers, aanbestedende diensten en bedrijfsleven hebben belang bij een formeel correcte wetgevingssystematiek, waarin de parlementaire invloed niet wordt gebagatelliseerd.

De rondzending op 18 april 2008 van een concept-algemene maatregel van bestuur, het zogenoemde BA en het gewijzigde Bass met daarbij gevoegd een aantal uitgewerkte procedures, geeft eindelijk een indruk van de weg die met het wetsvoorstel wordt ingeslagen. Na de totstandkoming van de wet zal een voorhangperiode van vier weken gelden om dit uitgebreide pakket te beoordelen. Dit blijft hoe dan ook een voor deze materie uiterst korte tijd om adequaat te reageren. Het lijkt de aan het woord zijnde leden daarom van belang om reeds thans de reactie van de minister te vernemen op het artikel van prof. dr. A. J. van Weele en mr. H. van der Horst, «Nieuwe Aanbestedingswet moet van tafel,» in: *Openbaar Bestuur*, april 2008, p. 24 e.v.

De minister omschrijft de meegezonden documentatie als achtergrondinformatie. Voor enig begrip van de voorgestelde wettelijke maatregelen is deze informatie echter onontbeerlijk. Daarbij rijst de vraag wat de juridische status is van de 14 door het ministerie van Economische Zaken uitgewerkte procedures. Zij zijn bedoeld als bijlagen bij de tot stand te brengen algemene maatregel van bestuur en maken zij als zodanig een onderdeel daarvan uit?

Op pagina 2 (midden) van de nadere memorie van antwoord staat geschreven: «...dat volstrekt duidelijk is welke regels binnen een bepaalde procedure moeten worden toegepast». Deze opmerking moet slaan op het feit dat de 14 verschillende procedures zijn uitgeschreven ten gevolge waarvan bepaalde voorschriften in meerdere bijlagen terugkeren. Maar hierbij rijst ook de vraag wat de situatie zal zijn als een aanbestedende dienst toch afwijkt van de «uitgeschreven» procedure. Is dat dan (direct) onrechtmatig? Ontstaat daarmee niet een zeer rigide keurslijf voor de partijen in het aanbestedingsproces?

De minister verwacht blijkens de pagina's 8 en 9 van de nadere memorie van antwoord veel van TenderNed en PIANOo. Kan de minister meedelen hoe het staat met deze organisaties c.q. organen, die van belang worden geacht voor een ondersteunend of flankerend beleid? Moet TenderNed ook worden aanbesteed? Is het juist, dat PIANOo onlangs is geëvalueerd en wat zijn de resultaten van deze evaluatie?

Uit artikel 13 van het wetsvoorstel vloeit voort, dat ook contractsbepalingen aan de eis van proportionaliteit moeten voldoen. In de concept-algemene maatregel van bestuur is in dit verband alleen een grens gesteld aan de hoogte van de bankgarantie die een aanbestedende dienst kan vragen. Dit komt de leden van de CDA-fractie als volstrekt onvoldoende voor. Wil de minister overwegen om een «grijze lijst» op te stellen met typen van bepalingen die worden vermoed onredelijk bezwarend te zijn naar het voorbeeld van artikel 6:237 BW, dat in de relatie van leverancier en consument geldt?

Het proportionaliteitsbeginsel moet ook worden toegepast ten aanzien van de eis van geschiktheid van de ondernemer. Het blijkt, dat daaronder wordt verstaan dat een gegadigde al eens een opdracht van soortgelijke aard en omvang heeft uitgevoerd. Dit lijkt een starre benadering. Zou er niet beter van kunnen worden uitgegaan, dat de aanbestedende dienst tevoren vaststelt welke competenties nodig zijn voor de uitvoering van de opdracht en dan aan de gegadigden overlaat aan te tonen, dat deze over

de bewuste competenties beschikt? Het gaat er toch om wat een ondernemer kan en niet zozeer wat de omvang van de referentieopdracht is geweest?

De leden van de CDA-fractie zien gaarne het antwoord op deze vragen tegemoet.

De leden van de **PvdA**-fractie zijn zeer teleurgesteld in het antwoord van de minister met betrekking tot de evaluatie van de praktijk van het aanbesteden in de andere lidstaten. De minister zegt daarover niet te beschikken en alleen te beschikken over rechtsvergelijkend onderzoek naar de aanbesteding en regelgeving in 14 Europese lidstaten. Het ging deze leden echter niet om de regels, maar juist om de uitvoeringspraktijk. Nu deze niet gegeven kan worden, is het voor deze leden onmogelijk zich een mening te vormen over de feitelijke gang van zaken met betrekking tot aanbesteden in de andere lidstaten. Zij dringen er sterk op aan alsnog met gegevens op dit punt te komen.

Ook is er teleurstelling bij deze leden met betrekking tot het resultaat van de nu gekozen opzet. Enerzijds is de minister ten dele tegemoet gekomen aan de bezwaren, door een nieuw besluit aanbestedingen beschikbaar te stellen. Anderzijds is de duidelijkheid, naar de mening van deze leden, nog niet voldoende. De leden vragen of de voorgestane regelgeving niet leidt tot verdergaande juridisering van het aanbestedingsproces, met als gevolg meer juridische procedures en verzwaring van de administratieve lasten. Deze leden vrezen dat de aanbestedende diensten door deze regelgeving eerder geneigd zullen zijn om te gunnen op basis van de laagste prijs. Dat is naar schatting ook nu in 75% van de gevallen aan de orde. Deze leden voelen zich gesterkt in dit standpunt door een passage uit een brief van de VNG van 21 mei jl. waarin de VNG stelt: «Aanbestedende diensten zullen door deze regelgeving eerder geneigd zijn om te gunnen op basis van een eenvoudig criterium als laagste prijs».

Deze leden vrezen dat gunning met als criterium laagste prijs leidt tot aantasting van primaire en secundaire arbeidsvoorwaarden van honderdduizenden mensen. Deze leden vragen of door deze wet marktwerking en concurrentie doel op zichzelf worden en dat het adagium: dat marktwerking moet leiden tot meer welvaart, meer werkgelegenheid, sociale samenhang en een beter milieu, niet bewaarheid zullen worden. De minister stelt «het is aan u om het belang van uw bezwaren tegen de gekozen wetgevingsarchitectuur af te wegen van het belang van belastingbetalers aanbestedende diensten en bedrijfsleven per invoering van de nieuwe regelgeving». Het stelt deze leden zeer teleur dat hierbij werknemers niet werden genoemd en zij waren bang dat aan hun belang door deze wet onvoldoende aandacht wordt besteed. Kan de minister deze leden op dit punt geruststellen en zou de minister het uitvoerbaar en wenselijk vinden om met aanvullende regelgeving te komen om te vermijden dat de laagste prijs veelal het leidend criterium zal worden? En aanvullende regelgeving daarop, om te vermijden dat arbeidsvoorwaarden van honderdduizenden werknemers in het gedrang komen. Deze leden doelen dan niet op een verwijzing naar de aanbesteder, die dat in het bestek kan regelen. Deze leden doelen op aanvullende centrale wet- of regelgeving.

Ook op andere punten hebben deze leden nog zorgen. De VNG stelt, na bestudering van wet en algemene maatregelen van bestuur zich zeer kritisch op. De VNG stelt: «de kern van het aanbestedingsrecht zou terug te vinden moeten zijn in de wet zelf, echter dat is geenszins het geval. Pas uit het concept-algemene maatregel van bestuur kunnen wij opmaken, wat de centrale beleidsdoelstellingen van het aanbestedingsrecht zijn». De

VNG is voorts van mening dat de gedelegeerde regelgeving teveel belemmeringen opwerpt voor aanbestedende diensten, om opdrachten te gunnen aan ondernemers, waarvan de aanbestedende dienst objectief heeft kunnen vaststellen, dat de ondernemer integer is en beschikt over voldoende draagkracht. Ook stelt deze vereniging dat deze wet niet aanspoort tot de zo broodnodige innovatie. De VNG is voorts van mening, en deze leden zeggen haar na, dat de manier waarop de aanbestedingswet wordt uitgewerkt, op gespannen voet staat met de wens tot deregulering. Zij vrezen grote toename van uitvoeringslasten en procedures.

Deze leden zijn ook verontrust door de opmerkingen van de VNG waar deze organisatie tot de conclusie komt dat de algemene maatregelen van bestuur niet bijdragen tot een professionele inkooppraktijk: «de door het Ministerie van Economische Zaken voorgestelde regelgeving is eerder een stap terug en zal binnen gemeenten juist eerder meer problemen gaan opleveren, dan dat het oplossingen biedt».

Deze leden verzoeken de minister uitgebreid te reageren op de ronduit negatieve reactie in haar brief van 21 mei jl. aan deze leden. Deze leden vroegen zich immers in dit verband af of de minister overweegt de huidige wet binnen een aantal jaren te vervangen door een geheel nieuwe met een veel helderder wetsarchitectuur en wetssystematiek.

Ten slotte hebben deze leden nog een vraag van heel andere orde: het was deze leden niet duidelijk waarom het bedrag van de bagatelverklaring niet op €137 000 kon worden gesteld.

Algemeen: behandelingstijd van het gewijzigd voorstel van wet

De leden van de **SP**-fractie vernemen graag het commentaar van de minister over het volgende. Het gewijzigd voorstel van wet werd op 20 september 2006 bij de Eerste Kamer ingediend. Elf weken later bracht deze verslag uit van haar voorlopig onderzoek (5 december 2006). Pas 31 weken later ontvangt de Eerste Kamer de memorie van antwoord, het is dan 10 juli 2007, vlak voor het zomerreces. Na het reces neemt de Eerste Kamer 9 weken voor een nader voorlopig onderzoek (verslag 7 november 2007). De nadere memorie van antwoord volgt – na een informele herinnering door de Eerste Kamer – 24 weken later. De regering heeft dus ruim meer dan een jaar de tijd genomen om te antwoorden op (samen) 10½ bladzijden vragen en opmerkingen van de Kamer. Kennelijk heeft de regering geen haast met dit voorstel, of het zou zo moeten zijn dat de vragen van de Kamer het de regering duidelijk maakten dat het voorstel niet rijp is – dit laatste suggereert de minister in haar nadere memorie van antwoord: «de indringendheid en het gewicht van de vragen en opmerkingen [...] hebben mij genoopt tot beraad op mogelijkheden om tegemoet te komen aan de geuite bezwaren, anders dan door indiening van een geheel nieuw wetsvoorstel».

Delegatie: algemeen

De leden van de SP-fractie hebben twee hoofdbezwaren tegen de delegatiestructuur van het wetsvoorstel. Het eerste hoofdbezwaar geldt de overwegende delegatie in een in hoge mate leeg wetsvoorstel (waarover dadelijk meer) waardoor het parlement zijn taak in slechts beperkte mate kan uitvoeren. De minister stelt (op pagina 3) dat aan het belangrijkste bezwaar tegen de (vergaande) delegatie, namelijk verminderde formele betrokkenheid van het parlement, tegemoet wordt gekomen door de voorhangprocedure uit artikel 23. De minister gaat hiermee voorbij aan het punt dat het onderhavige voorstel een vrijwel lege wet betreft en dat de voorhang van een algemene maatregel van bestuur procedureel

minder zwaar weegt dan een wetsvoorstel. In het onderhavige wetsvoorstel gaat bovendien slechts om «overleggen» van de concept-algemene maatregel van bestuur. Het tweede hoofdbezwaar is dat door onderhavige wetstructuur (vrijwel leeg) het betrokkenen ontbreekt aan een inzichtelijk inhoudelijk algemeen kader voor overheidsaanbesteding. De wet zou tenminste de voor ieder type aanbesteding gemeenschappelijke bepalingen moeten omvatten¹. Graag zouden de leden van de SP-fractie hun parlementaire taak uitoefenen door zich uit te spreken over een inhoudelijke aanbestedingswet, het onderwerp is belangrijk genoeg. De minister lijkt zo het oordeel van de Kamer te willen ontwijken, want zelfs over een bij de memorie gevoegde concept-algemene maatregel van bestuur stelt zij dat inhoudelijke bespreking ervan «voorbarig» zou zijn. De leden vernemen ook hier graag het commentaar van de minister.

Diverse commissieleden, waaronder die van de SP-fractie, hebben eerder bezwaren geuit tegen de overwegende delegatiestructuur van het wetsvoorstel. In de nadere memorie van antwoord stelt de minister dat het wetsvoorstel «om nuttig effect te kunnen hebben tegelijk met de nieuwe algemene maatregel(en) van bestuur in werking moet treden». Ervan uitgaande dat de minister nuttig effect beoogt, constateren de SP-leden dat de reden van de delegatiestructuur kennelijk niet is dat de algemene maatregelen van bestuur pas na invoering opgesteld kunnen worden. Dit betekent dat het geheel van de wet- en regelgeving in beginsel voorhanden is op een voor invoering van het wetsvoorstel «nuttig moment». In beginsel zou de Kamer, indien zij de wetstructuur zou aanvaarden, dus op een tijdig moment over het geheel van de wet- en regelgeving kunnen beschikken (thans is dit niet, of een slechts beperkte mate, het geval – er is, «ter illustratie» een «gerijpt concept» beschikbaar; het is echter niet volrijp – om in de beeldspraak te blijven – omdat «inhoudelijke bespreking van het concept als zodanig» volgens de minister «voorbarig» is. Gezien het in hoge mate «lege karakter» van de wet (de minister noemt het «een in zekere mate inhoudelijker wet» dan een wet die «vrijwel perfect leeg» is) zou daarmee – naar het oordeel van deze leden – het aanvaarden van het voorstel op dit moment «voorbarig» zijn². Graag het commentaar van de minister.

Delegatie: repliek op argumenten vóór delegatie

Op vragen van de CDA-fractie geeft de minister drie argumenten voor de delegatiestructuur (zie pagina 3). Het eerste argument is dat voorschriften «boven de drempel» reeds vergaand op EU-niveau zijn vastgelegd. Zij acht het niet doelmatig deze nog eens in een Nederlandse wet vast te leggen. De vraag is dan waarom *dít* niet doelmatig zou zijn, maar het vastleggen in een algemene maatregel van bestuur wél? Het tweede argument komt erop neer dat de minister formele wetgeving te tijdrovend acht; hiermee dreigt zij, naar het oordeel van de SP-fractie, staatsrechtelijk een gevaarlijke positie in te nemen. Het derde argument is dat de voorgestelde wetgevingsstructuur de versnippering en de onduidelijkheid van de huidige wet- en regelgeving tegengaat. Hiermee ontkracht zij haar eerste argument. Graag het commentaar van de minister op de repliek op deze drie argumenten.

Delegatie: het amendement-Sterk c.s. (Kamerstuk 30 912, nr. 22) toegepast op het terrein van het onderhavige wetsvoorstel – Tijdelijke Substituut Maatregel van Bestuur

De leden van de SP-fractie stelden in het nader voorlopig verslag voor om op het terrein van het onderhavige wetsvoorstel de strekking van het amendement-Sterk c.s. (Kamerstuk 30 912 nr. 22) toe te passen³. Dit amendement beoogt de rol van het parlement te vergroten door een

¹ In lagere regelingen zouden deze eventueel kunnen worden herhaald.

² In deze paragraaf zijn passages uit pagina's 1–2 van de nadere memorie van antwoord geciteerd.

³ Specifieke vergelijking met wetsvoorstel 30 912 (thans wet) is niet relevant.

voorhangprocedure af te dwingen waarbij is opgenomen dat, zo spoedig mogelijk na de totstandkoming van de algemene maatregel van bestuur, de bepalingen van de algemene maatregel van bestuur bij wet worden vastgesteld. Na het aanvaarden of het verwerpen van het wetsvoorstel wordt de algemene maatregel van bestuur ingetrokken. Hieronder wordt hiernaar verwezen als *tijdelijke substituut maatregel van bestuur*. De minister oppert de volgende vier argumenten tegen het voorstel van de SP-leden. Deze leden vragen de minister in te gaan op de onderstaande reплик.

Ten eerste, het is dubbel werk.

Replik: Dit is wellicht het geval, doch tegenover de doorgaans marginale toetsing van een algemene maatregel van bestuur staat de democratisch volwaardige behandeling van een wetsvoorstel.

Ten tweede, «zo lang de wet niet is aangenomen, is de bestendigheid van de normering in de tijdelijke algemene maatregel van bestuur voor norm-adressanten [sic] en andere belanghebbenden onzeker».

Replik: Ook de tijdelijke substituut maatregel van bestuur heeft rechtskracht; voorts is in genoemde zin iedere wet onzeker omdat wetten gewijzigd kunnen worden.

Ten derde, «voor zover het implementatie betreft, zou verwerping van het wetsvoorstel en daaropvolgend verplichte intrekking van de algemene maatregel van bestuur onmiddellijk leiden tot een inbreuk op het Europees recht die vervolgens door middel van een nieuw wetsvoorstel zou moeten worden rechtgezet». Replik: Stelt de minister hier impliciet dat met het voorliggende wetsvoorstel voldaan is aan implementatie¹?

Ten vierde, het kan gaan om een mogelijke «implementatieverplichting waaraan binnen een beperkte periode moet worden voldaan».

Replik: Dit is op zich niet nieuw en het komt veelvuldig voor; doch juist een tijdelijke substituut maatregel van bestuur komt aan dit mogelijke bezwaar tegemoet.

Kosten en baten van het wetsvoorstel

De leden van de SP-fractie worden graag geïnformeerd over een aantal aspecten van de kosten en baten van het wetsvoorstel. Ter bepaling hiervan stellen zij de minister voor om, in eerste aanleg, mee te gaan met de volgende macro-economische redenering – en wel onder de veronderstelling dat, per saldo, buitenlandse bedrijven relatief evenveel Nederlandse opdrachten krijgen als Nederlandse bedrijven buitenlandse opdrachten (de veronderstelling is dus dat, op termijn, Nederlandse bedrijven even efficiënt zijn als buitenlandse), waardoor we ons, analytisch, kunnen beperken tot Nederland.

(1) Vervolgens gaan we ervan uit dat deze wet geen invloed heeft op de productiekosten van bedrijven. In eerste instantie gaan we ook uit van gelijkblijvende administratieve kosten en van verwaarloosbare uitvoeringskosten van de wet (daarover hieronder meer). Indien de wet een neerwaarts prijseffect heeft (lagere prijzen van aanschaffingen door de overheid) dan ontstaat er, ceteris paribus, een welvaartsherverdeling tussen bedrijven en overheid (minder inkomen voor bedrijven en minder uitgaven van de overheid – de laatste kunnen resulteren in lagere belastingen, die ten dele neerslaan bij bedrijven en ten dele bij overige belastingplichtigen). Het macro-economisch inkomenseffect is dan nihil. (Micro-economisch ontstaat er ook een inkomensherverdeling *tussen* bedrijven.)

¹ De passage onderaan pagina 7 en bovenaan pagina 8 van de NMvB berust op een misverstand. De SP-fractie heeft geenszins beweerd dat een TSMvB tot minder wetswijziging zou leiden.

(2) Macro-economisch resteert dan het effect van de wet op de administratieve kosten van bedrijven enerzijds en van de uitvoeringskosten van de wet enerzijds (in beide gevallen gaat het om meer- of minderkosten). Gezien punt (1) kunnen deze betrokken worden op bijvoorbeeld het totaal van de materiële overheidsuitgaven in een jaar. De SP-fractie vraagt de minister of het Ministerie van Economische Zaken een schatting gemaakt heeft van beide kostenposten, dat wil zeggen een nulmeting ervan en het vermoedelijke effect erop van het wetsvoorstel. Indien deze schatting niet gemaakt is dan is het verzoek om een grove indicatie te geven van de vermoedelijke orde van grootte van beide posten. Wat betreft de uitvoeringskosten heeft de minister uiteraard het totaaloverzicht (daarbij is tevens te betrekken de kosten van PIANOo, van het elektronisch aanbestedingssysteem TenderNed en van het Regiebureau Inkoop Rijksoverheid)¹.

(3) Vervolgens krijgen deze leden graag een meer micro-economisch overzicht van de administratieve- en uitvoeringskosten voor standaard-aankopen/projecten bij diverse drempelwaarden en al naar gelang het om eenmalige dan wel wederkerende aankopen/projecten gaat.

Vertrouwende, dat deze vragen volledig en tijdig zullen worden beantwoord, acht de commissie de openbare beraadslaging over het onderhavige wetsvoorstel voldoende voorbereid.

De voorzitter van de commissie,
Kneppers-Heynert

De griffier a.i. van de commissie,
Van Oort

¹ Het gaat uiteraard tevens om de kosten van (gemiste) inschrijvingen voor bedrijven alsmede om de vergoedingen die overheden de inschrijvers eventueel (moeten) betalen.