

OPEN VRAAG

Inleiding

In de Kamerbrief over de uitwerking van maatregelen voor verbeterde rechtsbescherming bij aanbesteden van 12 februari 2021 is aangekondigd dat een extra vernietigingsgrond voor reeds gesloten overeenkomsten opgenomen zou worden in een wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012.¹ Aanleiding voor deze maatregel is de bestaande disbalans in het stelsel dat ertoe leidt dat rechterlijke toetsing in hoger beroep minder effectief is voor ondernemers. Bij de uitwerking van de aangekondigde maatregel in het wetsvoorstel en besprekingen daarover met aanbestedende diensten en ondernemers kwamen ook ongewenste effecten van deze wijziging naar voren. Wij vragen uw visie op een concept-wetstekst en de gevolgen daarvan voor de aanbestedingspraktijk. Daarnaast bieden wij u de gelegenheid om alternatieve oplossingsrichtingen met ons te delen.

Tekst uit de Kamerbrief van 12 februari 2021:

"Uitwerking maatregel: uitbreiding gronden voor vernietiging overeenkomst

Een aanbestedende dienst mag na een voor hem positieve uitspraak in kort geding overgaan tot het sluiten van een contract met de winnaar van de aanbesteding. De rechter heeft in de praktijk nauwelijks ruimte om een gesloten overeenkomst te vernietigen. Het heeft voor een verliezende ondernemer dan ook weinig nut om een bodemprocedure aan te spannen of in hoger beroep te gaan, omdat de ondernemer in de meeste gevallen slechts nog kan procederen om een schadevergoeding [omdat de opdracht al is gegund]. In veel gevallen is vernietiging van een gesloten overeenkomst overigens niet wenselijk, omdat het maatschappelijk belang van tijdige gunning en uitvoering van de opdracht en de rechtszekerheid van de winnaar ook in het geding zou komen.

In extreme gevallen kan een mogelijkheid tot vernietiging echter wel degelijk wenselijk zijn. Door het ontbreken daarvan is rechterlijke toetsing in tweede instantie in de praktijk minder effectief. Om hier verandering in te brengen, zal ik zoals eerder aangekondigd in het wetsvoorstel een uitbreiding van de vernietigingsgronden voor reeds gesloten overeenkomsten meenemen. Ik ben voornemens dat te doen door aan artikel 4.15 van de Aanbestedingswet 2012 een vierde vernietigingsgrond toe te voegen die de mogelijkheid biedt om een reeds gesloten overeenkomst ook bij grove schendingen van de regels van de Aanbestedingswet te vernietigen. Dit geeft rechters meer mogelijkheden om overeenkomsten in hoger beroep te vernietigen, mocht dat in een uiterst geval nodig zijn. Door naar grove schendingen te verwijzen, wordt geborgd dat aanbestedende diensten en winnende ondernemers niet constant hoeven te vrezen dat reeds gesloten overeenkomsten worden vernietigd.

In de klankbordgroep is hiernaast een andere mogelijkheid besproken om meer ruimte te creëren voor het hoger beroep, waarbij de overeenkomst niet kan worden gesloten totdat het hoger beroep is afgerond. Gezien het risico op flinke vertragingen, de rechtsonzekerheid van de winnaar van de aanbesteding en de opeenstapeling van opschortende termijnen, kies ik niet voor deze optie."

Uitwerking inclusief concept-wetsartikel

Het concept-wetsartikel luidt als volgt:

Aan artikel 4.15, eerste lid, wordt, onder vervanging van de punt aan het einde van onderdeel c door een puntkomma, een onderdeel toegevoegd, luidende:

d. de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf heeft op zodanige wijze gehandeld dat sprake is van een grove schending van de beginselen, bedoeld in de artikelen 1.8, 1.9, eerste en tweede lid, en 1.10, eerste lid.

Het doel is om rechters op deze manier meer ruimte te geven om overeenkomsten te vernietigen wanneer sprake is van een grove schending van de beginselen van de Aanbestedingswet 2012. Na

¹ Kamerstukken II 2020/21, 34 252, nr. 21.

vernietiging van een overeenkomst zouden verliezende ondernemers alsnog kans op de opdracht kunnen maken, omdat een nieuwe aanbesteding moet worden gestart.

Deze concept-uitwerking in wetteksten van deze maatregel is besproken met zowel vertegenwoordigers van aanbestedende diensten als van ondernemers en met aanbestedingsexperts. In de besprekingen benadrukten ondernemers het principiële punt dat er in de huidige situatie ongelijkheid is. Voor aanbestedende diensten loont het namelijk wel om in hoger beroep te gaan. De aanbestedende dienst zal na een negatieve uitspraak in kort geding namelijk niet overgaan tot het sluiten van de overeenkomst, waardoor er voor een aanbestedende dienst in hoger beroep dus meer ruimte is om de beslissing van de voorzieningenrechter in eerste aanleg ongedaan te laten maken. Ondernemers willen graag een oplossing die deze ongelijkheid adresseert. Aanbestedende diensten gaven in de besprekingen aan dat er grote rechtsonzekerheid kan ontstaan door het toevoegen van de extra vernietigingsgrond. Ook experts bevestigden dat. Dit komt doordat grove schending van de beginselen een breed begrip is en een hoger beroep doorgaans een jaar duurt.

In de besprekingen kwam, naast het belang van de verliezende ondernemer en de aanbestedende dienst, ook het belang van de winnende ondernemer naar voren: ook die wil niet onnodig lang in rechtsonzekerheid verkeren. De winnende ondernemer kan in de tussentijd bijvoorbeeld niet meedoen aan andere aanbestedingen om de handen vrij te houden voor de uitvoering van de gesloten overeenkomst. Tenslotte kan het ook maatschappelijk onwenselijk zijn om alle partijen lang in onzekerheid te laten. Dit speelt bijvoorbeeld een rol bij de uitvoering van projecten met maatschappelijke urgentie, zoals het verbeteren van de verkeersveiligheid op een kruispunt met veel verkeersdoden.

Alhoewel het toevoegen van een extra vernietigingsgrond voor reeds gesloten overeenkomsten een oplossing kan zijn voor het principiële punt van ongelijkheid, heeft het tegelijkertijd ook negatieve effecten in de praktijk. De verschillende belangen moeten gewogen worden om te komen tot een goede en werkbare oplossingsrichting voor de betrokken partijen. Door middel van het consulteren van onderstaande open vraag proberen we een nog scherper beeld te krijgen van de verschillende voor- en nadelen met betrekking tot de voorgestelde oplossingsrichting.

Vraag

Wat vindt u van het toevoegen van deze vernietigingsgrond en ziet u alternatieve oplossingsrichtingen?