

Reactie Nederlandse Gasunie op Consultatie ACM ten aanzien van Concept Besluit d.d. 15 – 05 – 14 inzake aanbestedingen.

In de Aanbestedingswet 2012 (hierna AW) wordt het bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (de raad) in art. 4.21 de taak opgelegd een bestuurlijke boete op te leggen in de daar beschreven gevallen.

Door het besluit dat nu ter consultatie voorligt wordt daaraan invulling gegeven. Hieronder wordt alleen gereageerd het onderdeel uit hoofdstuk 3, Aanbesteden.

Onze bezwaren zijn de volgende:

In art. 4.21 lid 4 van de AW staat dat de bestuurlijke boete ten hoogste 15 % bedraagt. Bij het bepalen van de hoogte van de boete neemt de raad de relevante omstandigheden van het geval in acht, waaronder de ernst van de overtreding. In de voorgestelde besluitekst wordt in art. 3.5 lid 1 e.v. de regel uit de AW omgekeerd door standaard uit te gaan van een boete van 15 % in de beschreven situatie, waarna omstandigheden eventueel voor vermindering kunnen zorgen. Vervolgens staat in lid 3 van genoemd artikel een reden tot verlaging genoemd, namelijk als uit een onherroepelijk vonnis van de rechter blijkt dat er verzachtende omstandigheden zijn. Het gaat hierbij over het vonnis van de rechter genoemd in art. 4.18 AW waarbij de rechter een vernietigbare overeenkomst besluit niet te vernietigen op grond van dwingende redenen van algemeen belang zoals daar verder omschreven. Het is niet te verwachten dat in het vonnis van de rechter verzachtende omstandigheden worden aangevoerd, het doel van de rechterlijke uitspraak is immers een ander dan het aanleveren van overwegingen ter bepaling van de hoogte van de boete.

Door uit te gaan van een standaard hoogte van 15 % in het beschreven geval neemt het besluit ook de ernst van een bepaalde overtreding standaard als uitgangspunt. Dat is echter niet juist: wanneer dit een standaard uitgangspunt zou moeten zijn had de AW hier de boete van 15 % kunnen voorschrijven. De tekst van de AW geeft echter aan dat het de taak van de raad is in elke situatie te beoordelen welke boete daarbij past, daarbij de relevante omstandigheden van het geval in acht nemend.

Hetzelfde geldt mutatis mutandis voor het voorgestelde art. 3.6 met betrekking tot de 10 %.

Resumerend zijn wij van mening dat het voorgestelde besluit geen goede invulling geeft aan de taak van de raad zoals opgedragen in de Aanbestedingswet, door:

- a. Op voorhand vast te leggen dat bepaalde situaties een boete van 15 % resp. 10 % rechtvaardigen.
- b. Te verwijzen naar de motivatie van een rechterlijke uitspraak waar deze rechterlijke uitspraken het geven van deze motivatie niet als doel hebben.
- c. Te weinig invulling te geven aan de in de AW opgelegde taak om in iedere situatie zelfstandig een boete gemotiveerd vast te stellen die dan niet boven de 15 % mag komen.

Met vriendelijke groet,

J.J. Steenbergen, bedrijfsjurist N.V. Nederlandse Gasunie, 12 juni 2014