

Notitie

# NIEUWE EUROPESE AANBESTEDINGSRICHTLIJNEN 2014

Digitale versie 15 juli 2014



**Europa decentraal**



## Woord vooraf

### De nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen

Op 28 maart 2014 zijn drie nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen gepubliceerd in het Europees Publicatieblad. Op 15 januari 2014 stemde het Europees Parlement al in met deze nieuwe richtlijnen en op 11 februari zijn ze definitief vastgesteld door de Raad van Ministers.

Het gaat om een richtlijn voor de gunning van overheidsopdrachten in de zogenaamde klassieke sectoren (2014/24/EU), een voor overheidsopdrachten in de sectoren water, energie, vervoer en post (publieke nutsfuncties) (2014/25/EU) en een voor het plaatsen van concessieovereenkomsten (2014/23/EU). Nederland heeft tot 18 april 2016 om deze richtlijnen om te zetten in nationale wetgeving. In Nederland zal hiervoor de Aanbestedingswet aangepast worden. De Nederlandse wetgever is dus nu aan zet.

### Voorlichting vanuit Europa decentraal

De voorstellen voor de nieuwe richtlijnen werden in 2011 door de Europese Commissie gepresenteerd. Europa decentraal heeft begin 2012 in het kader van voorlichting aan decentrale overheden in feuilletonvorm een [publicatie](#) uitgebracht over de voorstellen.

Nu de richtlijnen zijn vastgesteld, wil het kenniscentrum gemeenten, provincies en waterschappen graag voorlichten over de definitief vastgestelde richtlijnen. Wat is precies de inhoud van de nieuwe Europese regels? Welke wijzigingen zijn doorgevoerd ten opzichte van de eerdere voorstellen? En wat komt er precies op decentrale overheden af?

### Deze notitie

Bovenstaande vragen worden beantwoord in deze notitie. De notitie betreft een actualisatie van het feuilleton over de voorstellen uit 2011 en geeft een beschrijving van de definitieve versies van de richtlijnen. Het betreft een verdiepende notitie die als doel heeft juridische- en inkoopmedewerkers bij decentrale overheden een compleet beeld te geven van de wijzigingen die zich in de decentrale aanbestedingspraktijk zullen gaan voordoen. Deze notitie dient dan ook als een algemeen naslagwerk voor genoemde doelgroep. Maar ook kan de notitie op onderdelen gebruikt worden om al vooruitlopend op het implementatieproces goed geïnformeerd in de decentrale (Europese) aanbestedingspraktijk aan de slag te gaan met de nieuwe materie en via een verdieping op onderdelen zich voor te bereiden op de komende wijzigingen.

### Implementatiekeuzen

Bij de omzetting die nu nog moet worden gedaan van de nieuwe Europese richtlijnen in nationale wetgeving moeten of kunnen de lidstaten op enkele onderdelen nog implementatiekeuzen maken. Op dit moment is nog niet met zekerheid te zeggen hoe deze implementatiewetgeving er uit gaat zien. Het Ministerie van Economische Zaken neemt de leiding in het implementatietraject. Het Ministerie heeft aangegeven zowel aanbestedende diensten als het bedrijfsleven te betrekken bij de verdere implementatie. Ook zal de Europese Commissie de lidstaten bijstaan bij het implementeren van de aanbestedingsrichtlijnen. In deze publicatie vindt u de betreffende onderdelen waarop implementatiekeuzen aan de orde zijn **in rood weergegeven**.

### Opbouw notitie

In het inleidende hoofdstuk 1 van deze notitie gaan we allereerst in op de ontwikkelingen die geleid hebben tot het aannemen van de nieuwe richtlijnen. Vervolgens staan we in hoofdstuk 2 stil bij de belangrijkste wijzigingen in de nieuwe klassieke aanbestedingsrichtlijn. In hoofdstuk 3 komt – vanwege het decentrale belang in een separaat hoofdstuk- het onderwerp publiek-publieke samenwerking aan de orde. In hoofdstuk 4 belichten wij – vanwege het geringere aantal vragen dat Europa decentraal

krijgt over deze richtlijn- kort de richtlijn speciale sectoren. Tot slot staan we in hoofdstuk 5 -vanwege het decentrale belang weer wat uitgebreider- stil bij de nieuwe concessie-richtlijn.

### **Vragen?**

Wanneer u na het raadplegen van deze notitie nog verdere verduidelijking over bepaalde aspecten van de nieuwe richtlijnen zoekt, kunt u vanzelfsprekend met uw vragen terecht bij onze helpdesk. Graag helpen we u dan verder!

## Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Welke ontwikkelingen hebben geleid tot de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen?	6
1.1 Waarom herziening	6
1.2 De EU-2020 strategie: aanbesteding als instrument	6
1.3 Groenboek modernisering aanbestedingsregels	7
1.4 Evaluatie-rapport	7
1.5 Effectbeoordeling	7
1.6 Ontwikkelingen Europees Parlement	8
1.7 Overige Europese ontwikkelingen	9
1.8 Nederlandse ontwikkelingen aanbestedingsrecht- en beleid	10
Hoofdstuk 2: Richtlijn overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (2014/24)	12
2.1 De reikwijdte van de richtlijn	12
2.2 Versimpeling en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures	19
2.3 Bevorderen van het elektronisch aanbesteden en gebruik van aankooptechnieken	24
2.4 Termijnen	32
2.5 Uitsluitings-, selectie- en gunningscriteria	33
2.6 Wezenlijke wijziging van opdrachten	39
2.7 Strategisch gebruik van aanbesteden t.b.v. innovatie en sociale en milieudoelen	42
2.8 Een toegankelijker Europese aanbestedingsmarkt	47
2.9 Bestuur en handhaving	51
Hoofdstuk 3: Publiek publieke samenwerking in richtlijn 2014/24	53
3.1 Het werkdocument over Publiek-publieke samenwerking	54
3.1.1 Inbesteding in het werkdocument	55
3.1.2 Alleenrecht in het werkdocument	58
3.1.3 Voorbehoud aan SW-bedrijven in het werkdocument	59
3.2 Richtlijn 2014/24 en publieke samenwerking	59
3.2.1. Inbesteding in richtlijn 2014/24	60
3.2.2. Alleenrechten in richtlijn 2014/24	64
3.2.3 Voorbehoud opdrachten aan SW-bedrijven in richtlijn 2014/24	65
3.3 Aankoopcentrales en publieke samenwerking	65
Hoofdstuk 4: Richtlijn voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren (2014/25)	66
4.1 Waarom een speciale richtlijn voor openbare nutsvoorzieningen?	66
4.2 Is er nog steeds behoefte aan EU-voorschriften voor het plaatsen van opdrachten in de speciale sectoren?	67
4.3 Wijzigingen	67
4.4 De reikwijdte	67
4.5 Vereenvoudiging en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures	69
4.6 Strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen	72
4.7 Betere toegang tot de markt voor kmo's en startende ondernemingen	72
Hoofdstuk 5: Richtlijn voor concessies (2014/23)	73
5.1 Waarom een aparte richtlijn?	73
5.2 Het toepassingsgebied van de concessierichtlijn 2014/23	75
5.3 Publiek publieke samenwerking bij concessies	80
5.3.1 Inbesteding	83
5.3.2 Alleenrecht	83
5.3.3 Voorbehoud SW bedrijven	85
5.4 Wijziging concessies gedurende de looptijd	85

5.5 Bekendmaking concessie vanaf bepaalde drempelwaarden	86
5.6 Toepassing concessierichtlijn bij sociale diensten en andere specifieke diensten	87
5.7 Minimuminfo verstrekken aan inschrijvers	87
5.8 Duur concessie en te hanteren termijnen	88
5.9 Selectie en uitsluiting bij concessies	88
5.10 Gunningscriteria	89
5.11 Procedures bij concessies	90
5.12 Toezicht en rapportages bij concessies	92

## Hoofdstuk 1 Welke ontwikkelingen hebben geleid tot de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen?

In dit eerste hoofdstuk gaan we in op de ontwikkelingen in Europa die geleid hebben tot het aannemen van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen door het Europees Parlement en de Raad van Ministers en hoe die ontwikkelingen ook hun doorwerking hebben gehad in Nederland.

De huidige Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn in 2004 aangenomen en in 2006 van kracht geworden. Het betreft richtlijn 2004/17/EG voor de (voormalige) Nutssectoren (nu de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten – ook wel speciale sectoren- geheten) en de algemene aanbestedingsrichtlijn voor de klassieke sectoren 2004/18/EG. Deze richtlijnen zijn nu herzien en zij komen nadat de implementatietermijn voor de nieuwe richtlijnen in 2016 verstreken is te vervallen.

Vershillende (beleidsmatige) ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat de Europese Commissie in december 2011 de volgende drie voorstellen heeft gepresenteerd ter herziening/modernisering van de bestaande richtlijnen:

- Het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten ([COM\(2011\)896](#));
- Het voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende aanbesteden in de sectoren water- en energievoorziening, transport en postdiensten ([COM\(2011\)895](#)).
- Het voorstel voor een aparte richtlijn voor de aanbesteding van concessies uitgebracht ([COM\(2011\)897](#)).

### 1.1 Waarom herziening?

Het is niet ongebruikelijk dat de Europese Commissie richtlijnen na een aantal jaar opnieuw bekijkt en evalueert en voorstellen voor herziening en verbetering doet. De aanbestedingsrichtlijnen waren in 2011 alweer 5 jaar in werking.

Daarnaast biedt een update vaak gelegenheid om op actuele beleidsmatige ontwikkelingen in te spelen en richtlijnen meer eigentijds te maken.

### 1.2 De EU2020-strategie: aanbesteding als instrument

De [Europa2020-strategie](#) voor slimme, duurzame en inclusieve groei uit 2010 biedt de langetermijnvisie van de Europese Unie op de sociale markteconomie van de 21ste eeuw. Europa 2020 stelt drie prioriteiten:

- slimme groei: voor een op kennis en innovatie gebaseerde economie;
- duurzame groei: voor een groenere, competitievere economie waarin efficiënter met hulpbronnen wordt omgesprongen;
- inclusieve groei: voor een economie met veel werkgelegenheid en sociale en territoriale cohesie.

De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen voorzien de aanbestedende diensten van mogelijkheden en de nodige instrumenten om bij te dragen tot de strategische doelstellingen van Europa 2020. Kijk [hier](#) voor meer informatie over de EU2020-strategie.

### Single market act; twaalf hefboomen

Om deze doelstellingen uit de EU2020-strategie te kunnen realiseren moeten door de Europese Unie en de lidstaten structurele hervormingen doorgevoerd worden. De Europese Commissie heeft in haar mededeling [Akte voor de interne markt: Twaalf hefboomen voor het stimuleren van de groei en het versterken van het vertrouwen 'samen werk maken van een nieuwe groei'](#) gesteld dat de interne markt een doorslaggevende bijdrage kan leveren aan het behalen van de genoemde doelen door zijn volledige potentieel ten dienste te stellen van de bevordering van de economische groei. Om die

interne markt beter te benutten heeft de Europese Commissie 12 prioriteiten benoemd die voor het eind van 2012 gerealiseerd moeten zijn.

(Decentrale) overheden besteden zo'n 18 % van het Bruto Binnenlands Product aan leveringen, werken en diensten. Het aanbestedingsinstrument speelt dan ook een belangrijke rol in de EU2020-strategie om bovengenoemde doelen te realiseren. Eén van de twaalf hefboomen die door de Commissie benoemd is, is dan ook een herzien en gemoderniseerd wettelijk kader voor overheidsopdrachten om te komen tot een evenwichtig beleid dat de vraag naar milieuvriendelijke, maatschappelijk verantwoorde en innoverende goederen, diensten en werken ondersteunt. Daarnaast moet een dergelijke herziening de aanbestedende diensten eenvoudiger en flexibeler procedures ter hand stellen en de toegang van ondernemingen, en met name van het midden- en kleinbedrijf (MKB), tot overheidsopdrachten vergemakkelijken.

### **1.3 Groenboek modernisering aanbestedingsregels**

Op 27 januari 2011 heeft de Europese Commissie 'het Groenboek' betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten; naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt' gepubliceerd. In deze publieke consultatie heeft de Europese Commissie verschillende opties voor wijzigingen voorgelegd waarop belanghebbenden konden reageren. Er zijn uiteindelijk 623 reacties op de consultatie binnengekomen van zowel (decentrale) overheden, ondernemingen, het maatschappelijk middenveld, academici etc. Deze [reacties](#) zijn door de Europese Commissie in een synthese van antwoorden gepubliceerd.

De VNG, het IPO en de UvW hebben in een [gezamenlijk position paper](#) gereageerd op het Groenboek. De kern van hun boodschap was dat de aanbestedingsregels en –procedures eenvoudiger moeten worden. Ook het kabinet Rutte I pleitte in zijn [reactie](#) op het Groenboek voor vereenvoudiging van de regels.

Wethouder Henk Kool van de gemeente Den Haag was rapporteur namens het Comité van de Regio's voor herziening van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Kool heeft [tien aanbevelingen](#) geschreven voor aanpassing van de richtlijnen. Kool pleitte in zijn advies onder meer voor verbeterde toegang voor het MKB tot aanbestedingen, voor meer flexibiliteit en voor meer gebruik van kenniscentra ter ondersteuning bij de professionalisering op aanbestedingsgebied.

### **1.4 Evaluatie-rapport**

Naast de raadpleging over het Groenboek verrichte de Europese Commissie in 2010/2011 een [evaluatie](#) over de gevolgen en de effectiviteit van de EU-aanbestedingsregels. Het onderzoek had voornamelijk betrekking op de kosten en de effectiviteit van de aanbestedingsprocedures, vragen in verband met grensoverschrijdende aanbestedingen, toegang van het MKB tot aanbestedingsmarkten en het strategisch gebruik van aanbestedingen in Europa. De uitkomsten van deze evaluatie zijn bedoeld om een debat te kunnen voeren dat op feiten gebaseerd is en de Europese Commissie heeft deze uitkomsten gebruikt om te kunnen beoordelen welke verbeteringen van de bestaande regelgeving nodig zijn en welke juist niet.

### **1.5 Effectbeoordeling**

Ook heeft de Europese Commissie een [effectbeoordeling](#) uitgevoerd. De effectbeoordeling en de samenvatting daarvan bieden een overzicht van de verschillende opties voor elk van de vijf groepen van basisproblemen (administratieve organisatie, toepassingsgebied, procedures, strategische aanbestedingen en toegang tot markten voor overheidsopdrachten). Op basis van een analyse van de voor- en nadelen van de verschillende opties werd een pakket van voorkeursopties vastgesteld waarin de synergiën tussen de verschillende oplossingen geoptimaliseerd worden, waardoor besparingen ten gevolge van één soort actie de betrokken kosten ten gevolge van een andere kunnen compenseren



(bijv. mogelijke toename van procedurele voorschriften ten gevolge van strategische aanbestedingen kon gedeeltelijk worden gecompenseerd door besparingen in verband met de verbeterde opzet van aanbestedingsprocedures). Deze voorkeursopties vormden de basis voor de voorstellen zoals de Commissie ze in 2011 heeft gedaan.

## 1.6 Ontwikkelingen Europees Parlement

Ook in het Europese Parlement was men het er over eens dat de Europese aanbestedingsrichtlijnen gemoderniseerd moesten worden. Op 18 mei 2010 nam het Europees Parlement [een resolutie](#) over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten aan. In deze resolutie wordt de Europese Commissie opgeroepen over te gaan tot herziening en vereenvoudiging van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Daarnaast geeft het Parlement zijn mening over ontwikkelingen (in bijvoorbeeld jurisprudentie) op het gebied van publiek-publieke en publiek-private samenwerking, aanbesteden onder de drempel, dienstenconcessies, gebiedsontwikkeling, MKB, sociaal en groen aanbesteden etc. Het Parlement geeft zijn visie over wat er op deze genoemde terreinen zou moeten gebeuren.

Op 25 oktober 2011 heeft het Europese Parlement opnieuw [een resolutie](#) aangenomen betreffende modernisering van het beleid inzake overheidsopdrachten. In deze resolutie stelde het Parlement dat de regels voor openbaar aanbesteden moeten worden hervormd zodat het gemakkelijker zou worden voor kleine ondernemingen om in te schrijven. Daarnaast moest niet alleen de laagste prijs doorslaggevend zijn voor gunning, maar ook moest rekening kunnen worden gehouden met criteria als innovatie, milieu en sociale aspecten en moesten administratieve lasten worden verminderd.

Op 9 januari 2012 presenteerde de Europese Commissie haar voorstel en de effectbeoordeling aan de leden van de Interne Markt-commissie van het Europees Parlement (IMCO) gevolgd door een eerste uitwisseling van meningen op 29 februari 2012. Op 18 december 2012 en 24 januari 2013 nam IMCO haar rapporten aan over respectievelijk de klassieke richtlijn en de richtlijn nutssectoren. Daarna duurden informele trilog onderhandelingen met de Raad van februari tot juli 2013. De onderhandelingen werden succesvol afgerond in eerste lezing met de bekrachtiging van COREPER I in juli 2013 en IMCO-goedkeuring op 5 september 2013. Het hele moderniseringspakket werd plenair door het Parlement aangenomen op 15 januari 2014, en door de Raad op 11 februari 2014. Aangenomen werden de klassieke richtlijn, de richtlijn voor de sectoren water, energie, vervoer en post en de concessierichtlijn.

Daarnaast werd door het Parlement ook een internationaal aanbestedingsinstrument met betrekking tot de toegang van en naar aanbestedingsmarkten van [derde landen](#) aangenomen. Dit instrument maakt onderdeel uit van een verordening met betrekking tot dit onderwerp waarover later gestemd wordt.

Belangrijke punten voor het Europees Parlement waren dat bij aanbestedingen meer aandacht zou komen voor kwaliteit en niet alleen voor prijs, dat innovatieve oplossingen mogelijk zouden worden, dat er strengere regels voor onder aanneming zouden komen, minder administratieve lasten en verbeterde toegang voor kleine bedrijven tot aanbestedingen.

Zie hier het persbericht van het Europees Parlement van 15 januari 2014: ['New EU-procurement rules to ensure better quality and value for money'](#).

Zie hier een [overzicht van alle stukken](#) (resoluties, amendementen, rapporten etc.) van het Europees Parlement met betrekking tot de modernisering van het aanbestedingspakket.

## 1.7 Overige Europese ontwikkelingen

Naast bovengenoemde (beleidsmatige) ontwikkelingen die rechtstreeks geleid hebben tot de nieuwe richtlijnen, hebben er de afgelopen jaren ook nog enkele andere relevante ontwikkelingen op het gebied van aanbesteden plaatsgevonden. Ook deze ontwikkelingen hebben richting gegeven aan de invulling van de richtlijnen zoals ze zijn aangenomen.

### Elektronisch aanbesteden

De Europese Commissie heeft medio oktober 2010 [een Groenboek](#) over elektronisch aanbesteden [gepubliceerd](#) (COM(2010) 571) 18 oktober 2010). Neelie Kroes, Eurocommissaris voor ICT-zaken, geeft in het Groenboek voor de bevordering van elektronisch aanbesteden de richting aan die de Europese Commissie op wil en nodigt lidstaten, decentrale overheden en marktpartijen uit om hun reactie hierop te geven. Elektronisch aanbesteden moet onder meer zorgen voor kostenbesparing en een grotere toegankelijkheid van opdrachten. Daarnaast staat in het Groenboek dat elektronisch aanbesteden mogelijk in de toekomst op Europees niveau verplicht gesteld zal worden.

De EC heeft een [samenvatting](#) gemaakt van de 77 antwoorden die werden ontvangen na publicatie van het Groenboek elektronisch aanbesteden. Hieruit is duidelijk geworden dat er grote steun is voor gestandaardiseerde oplossingen.

Op 20 april 2012 maakte de Commissie haar [strategie voor e-Aanbesteden](#) bekend. Volgens deze strategie moeten aanbestedingen in 2016 volledig digitaal verlopen. Hiervoor noemt de Commissie enkele maatregelen:

- Het bieden van technische en financiële ondersteuning;
- Bestaande goede voorbeelden zoeken en delen;
- Het gebruik en de voordelen van e-Aanbesteden monitoren;
- Een promotiestrategie opzetten om te informeren over kansen, mogelijkheden en voordelen.

### E-factureren bij aanbesteden

Op 26 juni 2013 heeft de Europese Commissie een mededeling gepubliceerd waarin zij haar visie uiteenzet met betrekking tot het volledig digitaliseren van het aanbestedingsproces, ook wel eind-tot-eind elektronisch aanbesteden genoemd. E-factureren is een stap in de richting van het volledig digitaliseren van de aanbestedingsprocedures. Daarom heeft de Commissie op 26 juni 2013 een ontwerp-richtlijn met betrekking tot elektronisch factureren bij aanbesteden gepubliceerd.

E-factureren kan bijdragen aan de digitalisering van andere fases in een aanbestedingsprocedure zoals e-archiveren. Op 24 januari 2014 hebben het Europees Parlement en de Raad overeenstemming bereikt over de voorgestelde richtlijn over e-facturering. Er moet nog wel plenair over de richtlijn worden gestemd. Kijk [hier](#) voor meer informatie over e-factureren.

### Toegang derde landen

De Commissie heeft zowel in de Single Market Act als in de Mededeling van de Europese Commissie over [de toekomst van het handelsbeleid](#) aangegeven dat zij bezig is met een reflectie over het verkrijgen van een gelijkwaardig speelveld voor EU- en niet-EU-bedrijven bij het verkrijgen van overheidsopdrachten. In tegenstelling tot de EU die een voorkeur heeft voor meer openheid, zijn veel derde landen minder bereid hun markt (verder) te openen voor internationale concurrentie. Op 7 juni 2011 heeft de Europese Commissie daarom als onderdeel van een effectbeoordeling [een publieke consultatie](#) hierover gelanceerd. De Commissie wilde daarmee de meningen van belanghebbenden over de huidige situatie op de aanbestedingsmarkt van de EU en van derde landen en de (mogelijke) effecten van EU-regelgeving op dit gebied achterhalen.

In maart 2012 kwamen Michel Barnier, Europees commissaris voor de Interne markt, en Karel de Gucht, Europees commissaris voor Handel, samen met een [voorstel](#) om het gewicht van de Europese Unie bij de internationale onderhandelingen te vergroten en er zo voor te zorgen dat de Europese ondernemingen een meer evenwichtige en wederzijdse toegang tot de aanbestedingsmarkten van de EU en van de derde landen krijgen.

Dit voorstel voor een Verordening had hoofdzakelijk tot doel de openstelling van de aanbestedingsmarkten op wereldschaal te bevorderen en ervoor te zorgen dat de Europese ondernemingen op evenredige wijze toegang krijgen tot die markten. Op woensdag 15 januari 2014 heeft het Europees Parlement zich met een zeer ruime meerderheid uitgesproken voor deze verordening (479 stemmen voor, 184 stemmen tegen, en 17 onthoudingen).

Het voorstel voorziet erin dat een aanbestedende dienst de Commissie kan verzoeken een overheidsopdracht voor de goederen en diensten van een derde land dat herhaaldelijk Europese ondernemingen discrimineert in een sector van de overheidsopdrachten uit te sluiten, maar enkel voor projecten van minstens 5 miljoen euro of voor aanbestedingen waarbij de goederen en diensten uit de derde landen meer dan 50% van de totale waarde van de goederen of diensten in kwestie vertegenwoordigen. Deze beperking van de toegang tot de aanbestedingsmarkten van de Unie is enkel mogelijk wanneer uit een onderzoek van de Commissie een gebrek aan wezenlijke wederkerigheid vanwege het derde land in kwestie naar voren komt of wanneer deze de arbeidswetgeving schendt.

### **Werkdocument Publiek-Publieke samenwerking**

Om meer duidelijkheid te scheppen wanneer in geval van Publiek-Publieke samenwerking aanbesteed moet worden en wanneer niet, heeft de Europese Commissie in oktober 2011 ['een werkdocument'](#) betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('Publiek-Publieke samenwerking') gepubliceerd. In dit document geeft de Commissie een overzicht van de bestaande jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie op het gebied van Publiek-Publieke samenwerking. Al in het Groenboek 2011 gaf de Commissie aan hierover met een apart werkdocument te komen en geen nieuwe regelgeving voor te stellen in de nieuwe aanbestedingsrichtlijn. Het werkdocument bevat vooral een overzicht van de stand van zaken op het gebied van inbesteding (overzicht jurisprudentie) en een aantal veel voorkomende vragen op het gebied van toepassing van alleenrechten. Bij toepassing van deze uitzonderingsgronden is het dus aanbevelingswaardig dit werkdocument als naslag te gebruiken. In de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24 worden zowel verticale als horizontale samenwerking gecodificeerd in artikel 12. Het bestaande artikel over alleenrecht is te vinden in artikel 11. Over beide bepalingen leest u meer in hoofdstuk 3 van deze publicatie.

### **Groen en sociaal aanbesteden**

In 2010 heeft de Europese Commissie een [handboek sociaal inkopen](#) gepubliceerd om te verduidelijken welke mogelijkheden aanbestedende diensten hebben om sociale aspecten mee te wegen bij een aanbesteding. Daarnaast heeft de Europese Commissie het [handboek groen inkopen](#) uit 2005 in 2011 geactualiseerd. In de nieuwe richtlijnen is ook veel aandacht voor groen- en sociaal inkopen.

### **1.8 Nederlandse ontwikkelingen aanbestedingsrecht en -beleid**

Zoals aangegeven in het voorwoord is voor implementatie van de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen aanpassing van de Aanbestedingswet nodig. Dit implementatietraject loopt op dit moment en moet uiterlijk 18 april 2016 zijn afgerond. De Aanbestedingswet was er nog niet op het moment dat de huidige Aanbestedingsrichtlijnen werden geïmplementeerd in 2004.

Lange tijd ontbrak namelijk in Nederland een nationaal wettelijk verankerd aanbestedingskader. Decentrale overheden waren daarom bij nationale opdrachten (opdrachten die niet vallen onder het Europese richtlijnregime) vooral gebonden aan hun eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb) en de interpretatie van kwesties die onder de Europese richtlijnen speelden over de niet-toepasselijkheid van die richtlijnen op bepaalde soorten opdrachten (waaronder bijvoorbeeld opdrachten onder de drempelwaarden) door de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie.

De Aanbestedingswet is tot stand gekomen toen na de bouwfraudeaffaire in 2002 werd geconstateerd dat het in Nederland ontbrak aan een nationaal wettelijk coherent en verankerd aanbestedingskader. De wet is er uiteindelijk in 2012 gekomen. Om meer coherentie, vereenvoudiging en uniformering na te streven in de uitvoering van aanbestedingen werd besloten tot invoering van een nationale Aanbestedingswet.

De wet beoogt regelgeving op het gebied van aanbesteden verder te stroomlijnen. De wet bevat onder meer regels met betrekking tot proportionaliteit (bijvoorbeeld de eisen die aan opdrachten worden gesteld moeten in redelijke verhouding staan tot de opdracht), uniformiteit (bijv. het gebruik van dezelfde formulieren) en te maken afspraken tussen aanbestedende diensten en het bedrijfsleven over aanbestedingsprocedures voor bijvoorbeeld opdrachten met een waarde onder de Europese aanbestedingsdrempels (de zogenaamde nationale aanbestedingsprocedures).

Voor wat betreft de implementatie van het Europese aanbestedingsregime uit richtlijnen 2004/17 en 2004/18 kent de wet in artikel 4.30 een overgangsbepaling ten aanzien van de oude implementatiebesluiten, het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass). De Aanbestedingswet trekt de oude Raamwet EEG-voorschriften in en is dan ook het nieuwe implementatie-instrument voor de Europese aanbestedingsregels. Op 14 februari 2012 is het wetsvoorstel Aanbestedingswet door de Tweede Kamer aangenomen. Op 1 april 2013 is de wet in werking getreden.

Niet alles kon in de Aanbestedingswet geregeld worden. Daarom is er via een aantal maatregelen ook zogenaamd flankerend beleid vastgesteld naast de wet. Het aanvullend beleid omvat:

- Gids proportionaliteit;
- Aanbestedingsreglement voor Werken 2012 (ARW);
- Professionalisering opdrachtgevers (denk aan PIANOo, Tonderned, VNG, MKB Nederland, NEVI, maar ook Europa decentraal kan aanbestedende diensten bij decentrale overheden op weg helpen met hun kennisopbouw over aanbesteden);
- Richtsnoer Leveringen en Diensten;
- Klachtenafhandeling/Commissie van aanbestedingsexperts;
- VNG-model inkoop- en aanbestedingsbeleid
- VNG-model inkoopvoorwaarden
- Model eigen verklaring

Voor meer informatie over het aanvullend beleid kunt u ook terecht bij [hoofdstuk 1](#) van de publicatie *Veelgestelde vragen aanbesteden van Europa decentraal*.

## **Hoofdstuk 2: Richtlijn overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (2014/24)**

In dit hoofdstuk staan de wijzigingen in de nieuwe richtlijn voor overheidsopdrachten in de klassieke sectoren (2014/24) ten opzichte van de huidige richtlijn (2004/18) centraal. De reikwijdte van de huidige richtlijn wordt op diverse punten gewijzigd. Deze wijzigingen komen aan de orde in paragraaf 2.1. Vervolgens gaan we in paragraaf 2.2 in op de wijze waarop richtlijn 2014/24 wil komen tot versimpeling en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures. In paragraaf 2.3 komt aan de orde hoe richtlijn 2014/24 het elektronisch aanbesteden bevordert. Wijzigingen in toepasselijke termijnen bij Europees aanbesteden staan centraal in paragraaf 2.4. Paragraaf 2.5 gaat nader in op de nieuwe regeling van uitsluitings-, selectie-, en gunningscriteria. Daarna gaat paragraaf 2.6 in op de regulering van het vraagstuk van wezenlijke wijziging van opdrachten in richtlijn 2014/24. In paragraaf 2.7 wordt geschetst hoe het strategisch gebruik van aanbesteden ten behoeve van het bereiken van innovatie en duurzaamheid in de nieuwe richtlijn wordt geregeld. Paragraaf 2.8 beschrijft de maatregelen die worden genomen om de Europese aanbestedingsmarkt toegankelijker te maken voor het MKB en startende ondernemingen. Tot slot behandelt paragraaf 2.9 de wijzigingen in richtlijn 2014/24 die zien op bestuurlijke- en handavingskwesies onder de nieuwe richtlijn.

### **2.1 De reikwijdte van de richtlijn**

De reikwijdte van de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18 wordt in richtlijn 2014/24 op enkele punten gewijzigd. Zo zijn sommige definities aangepast, zijn enkele nieuwe of aangepaste uitzonderingscategorieën opgenomen en wordt bestaande jurisprudentie over de reikwijdte gecodificeerd. Een ander belangrijk punt waarop de reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijn wordt gewijzigd betreft het verdwijnen van het onderscheid tussen IIA- en IIB diensten. Hierna worden onderwerpsgewijs de belangrijkste wijzigingen of aanpassingen beschreven.

### **Relatie tussen richtlijnen en Verdragsbeginselen**

De relatie tussen de aanbestedingsrichtlijnen en de Verdragsbeginselen wordt in de nieuwe richtlijn explicieter gemaakt in overweging 1 en volgende en artikel 18. Het gunnen van overheidsopdrachten door de lidstaten moet overeenstemmen met de Verdragsbeginselen in het EU-Werkingsverdrag en in het bijzonder met het vrij verkeer van goederen, de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Ook de daarvan afgeleide beginselen als gelijke behandeling, non-discriminatie, wederzijdse erkenning, proportionaliteit en transparantie moeten nageleefd worden bij het gunnen van overheidsopdrachten.

Echter, voor overheidsopdrachten met een waarde boven een bepaald drempelbedrag, moeten bepalingen worden opgesteld die nationale procedures voor aanbestedingen coördineren om te waarborgen dat deze beginselen in de praktijk worden geëerbiedigd en dat overheidsopdrachten worden opengesteld voor mededinging. Voor die opdrachten geldt de Europese aanbestedingsrichtlijn. Uit overweging 1 wordt duidelijk dat de richtlijnen niet gelden voor opdrachten onder deze drempels. Voor die opdrachten gelden wel de Verdragsbeginselen.

### **Definitie aanbesteden**

De toenemende diversiteit van het overheidsoptreden heeft geleid tot de noodzaak het begrip aanbesteden zelf duidelijker te definiëren. Een definitie van aanbesteden ontbrak in richtlijn 2004/18. Deze verduidelijking in richtlijn 2014/24 is echter niet bedoeld om uitbreiding van het toepassingsgebied ten opzichte van richtlijn 2004/18 te bewerkstelligen, aldus overweging 4.

De definitie is bedoeld om aan te geven dat de aanbestedingsrichtlijnen niet beogen om alle vormen van besteding van overheidsgeld te bestrijken, maar dat zij uitsluitend betrekking hebben op die vormen van overheidsoptreden welke gericht zijn op de verkrijging van werken, leveringen of diensten tegen betaling door middel van een overheidsopdracht.

In artikel 1 lid 2 (zie ook overweging 4) is daarom de volgende definitie opgenomen: Aanbesteding in

de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.

Het maakt dus niet uit of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet. Met andere woorden: het maakt niet uit of de aanbestedende dienst bijvoorbeeld computers voor eigen gebruik aanschaft dan wel een openbare weg laat aanleggen.

### **Begrip verkrijging**

Zoals hierboven is aangegeven moet het dus gaan om de verkrijging van werken, leveringen en diensten door aanbestedende diensten. Onder het begrip verkrijging moet in ruimere zin het verkrijgen van de baten van de betrokken werken, leveringen of diensten worden verstaan, zonder dat de eigendom noodzakelijkerwijs moet worden overgedragen aan de aanbestedende diensten (overweging 4).

### **Onderscheid subsidie - opdracht**

Het uitsluitend financieren, met name via subsidies, van een activiteit waaraan vaak de verplichting gekoppeld is de ontvangen bedragen terug te betalen indien deze niet worden benut voor de beoogde doeleinden, valt doorgaans niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels. Deze – ten opzichte van de huidige richtlijn- nadere maar summier toelichting over het mogelijke onderscheid tussen subsidie en overheidsopdracht wordt gegeven in overweging 4 van richtlijn 2014/24.

Kijk [hier](#) voor meer informatie over het vraagstuk subsidie of opdracht.

### **Onderscheid vergunningsregeling**

In gevallen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen, zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren (bijvoorbeeld consumentenkeuze regelingen of dienstenvouchers), is geen sprake van een aanbesteding, maar van een gewone vergunningsregeling. Hierop is de richtlijn niet van toepassing (zie overweging 4).

### **Zelforganisatie bij diensten**

De richtlijn verplicht lidstaten niet om de dienstverlening waarvoor zij zelf willen zorgdragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten, uit te besteden of te outsourcen. Dienstverlening op grond van wet- of regelgeving of arbeidsovereenkomsten valt niet onder de werkingssfeer (zie overweging 5).

### **Sociale zekerheid en DAEB**

Daarnaast mag de richtlijn niet van invloed zijn op de sociale zekerheidswetgeving van de lidstaten. Evenmin heeft de richtlijn betrekking op de liberalisering van diensten van algemeen economisch belang (DAEB) die voorbehouden zijn aan openbare of particuliere entiteiten of op de privatisering van openbare dienstverlenende entiteiten (zie overweging 6 en ook verder in hoofdstuk 3 van deze notitie).

### **Publiekrechtelijke instelling**

Waar in de voorstellen van de Europese Commissie uit 2011 nog een wijziging van de eerste voorwaarde van de definitie van publiekrechtelijke instelling te vinden was, is de definitie in de aangenomen tekst weer gelijk aan die in richtlijn 2004/18. Publiekrechtelijke instellingen (dit zijn ook aanbestedende diensten) zijn instellingen die voldoen aan de volgende kenmerken (zie artikel 2 lid 4 van richtlijn 2014/24 en overweging 10):

- zij zijn opgericht voor het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard;
- zij bezitten rechtspersoonlijkheid; en

-zij worden merendeels door de staats-, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke lichamen gefinancierd; of hun beheer staat onder toezicht van deze instanties of lichamen; of zij hebben een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan waarvan de leden voor meer dan de helft door de staat, de regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Omdat deze definitie de afgelopen jaren in jurisprudentie verder verduidelijkt is, is in overweging 10 opgenomen dat een instelling die onder normale marktvoorwaarden opereert, winst nastreeft en de verliezen draagt die voortvloeien uit haar activiteiten, niet als een publiekrechtelijke instelling mag worden beschouwd. Dit aangezien de behoeften van algemeen belang kunnen worden geacht een industrieel of commercieel karakter te hebben en zij nu juist is opgericht of tot taak heeft gekregen in die behoeften te voorzien.

Ook de voorwaarden met betrekking tot de oorsprong van de financiering van de publiekrechtelijke instelling is in rechtspraak aan de orde gekomen. Onder meer in die zin dat onder 'grotendeels' financiering van meer dan de helft wordt verstaan, die ook betalingen van gebruikers kan omvatten welke volgens publiekrechtelijke regels worden opgelegd, berekend en geïnd.

### **Definitie werken, leveringen en diensten**

In de definitie van werk, levering en dienst doen zich geen wezenlijke wijzigingen voor (zie artikel 2 lid 6, 8 en 9 en overweging 8).

Kijk op de website van Europa decentraal voor meer informatie over [werk, levering of dienst](#)

### **Gemengde aanbestedingen**

In artikel 3 van de richtlijn wordt verduidelijkt wat onder een gemengde aanbesteding verstaan moet worden en hoe de richtlijn van toepassing is op gemengde opdrachten. Opdrachten die betrekking hebben op twee of meer soorten aanbestedingen (van werken, leveringen of diensten) worden gegund overeenkomstig de bepalingen die van toepassing zijn op het type van aanbesteding dat past bij het hoofdvoorwerp van de betrokken opdracht (artikel 3 lid 2).

Artikel 3 lid 2 geeft ook een regeling voor het geval van gemengde opdrachten die ten dele betrekking hebben op diensten in de zin van hoofdstuk I van de richtlijn en ten dele op andere diensten of op gemengde opdrachten die ten dele uit diensten en ten dele uit leveringen bestaan. De zogenaamde objectieve deelbaarheid van opdrachten wordt van belang (zie artikel 3 lid 3 ev. en overweging 11 ev.) Artikel 3 lid 4 ev. maakt onderscheid tussen aanbestedingen die onder de klassieke richtlijn vallen en aanbestedingen die onder een ander juridisch kader vallen.

Zie voor meer informatie ook overweging 11 ev. en de informatie op de website van Europa decentraal onder [samenloop van opdrachten](#).

### **Verval onderscheid IIA- en IIB-diensten**

Onder de huidige aanbestedingsrichtlijn bestaat er een onderscheid tussen zogenoemde [IIA- en IIB-diensten](#). Op IIA-diensten is het volledige richtlijnregime van toepassing en voor IIB-diensten geldt een lichter aanbestedingsregime: er moet gebruik gemaakt worden van niet-discriminerende technische specificaties en achteraf moet aan de Europese Commissie een resultaat van gunning worden bekendgemaakt.

Dit onderscheid wordt middels de nieuwe richtlijnen afgeschaft. Uit een evaluatie van de Europese Commissie in 2011 is gebleken dat uitsluiting van bepaalde diensten van de volledige toepassing van Richtlijn 2004/18 opnieuw bekeken moet worden en de volledige toepassing van de richtlijn tot een aantal diensten uitgebreid moet worden. Zie hierover ook overwegingen 113 ev. en artikel 74.

### **Sociale diensten**

Uit de evaluatie is echter ook gebleken dat bepaalde categorieën diensten vanwege hun aard nog



steeds een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben. Het gaat daarbij met name om diensten aan personen zoals sociale diensten, gezondheidszorg en onderwijs. Deze diensten worden namelijk verstrekt binnen een bijzondere context die sterk varieert naargelang van de lidstaten ten gevolge van de verschillende culturele tradities. Daarom wordt een specifieke regeling ingevoerd voor overheidsopdrachten voor deze diensten, met een drempel die hoger is dan die voor andere diensten. Deze drempel is vastgesteld op 750.000 euro.

Er wordt vanuit gegaan dat, behoudens uitzonderingen, er over het algemeen weinig belangstelling van dienstverleners uit andere lidstaten zal zijn voor diensten aan personen met een waarde onder deze drempel van 750.000 euro.

Opdrachten voor diensten aan personen die deze drempel overschrijden moeten over de hele Unie transparant verlopen. Wegens het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van deze diensten moeten de lidstaten grote vrijheid krijgen om de keuze van de dienstverlener te regelen op de wijze die hun het meest geschikt voorkomt.

Om hier rekening mee te houden wordt in de voorschriften van de nieuwe richtlijn rekening gehouden met die noodzaak en wordt alleen de naleving van de basisbeginselen van transparantie en gelijke behandeling verplicht gesteld, en wordt ervoor gezorgd dat aanbestedende diensten voor de keuze van dienstverleners specifieke kwaliteitscriteria kunnen toepassen zoals vastgesteld in het facultatieve [Europees kwaliteitskader voor sociale diensten](#) dat is bekendgemaakt door het Comité voor sociale bescherming.

Bij het bepalen van de procedures voor het plaatsen van opdrachten van diensten aan personen moeten de lidstaten artikel 14 VWEU en Protocol Nr. 26 in acht nemen. De lidstaten moeten daarbij ook streven naar vereenvoudiging en lastenverlichting voor de aanbestedende diensten en de ondernemingen; duidelijk moet worden dat hiertoe mogelijk ook regels zullen moeten worden toegepast die gelden voor niet onder de specifieke regeling vallende opdrachten voor diensten.

Lidstaten blijven vrij om deze sociale diensten zelf te verrichten of om sociale diensten zo te organiseren dat geen openbare aanbesteding hoeft plaats te vinden, bijvoorbeeld door deze diensten alleen te financieren of door vergunningen of machtigingen te verlenen aan alle ondernemers die beantwoorden aan de vooraf door de aanbestedende dienst vastgestelde voorwaarden, zonder beperkingen of quota, op voorwaarde dat dit systeem voldoende publiciteit waarborgt en aan het transparantiebeginsel en het discriminatieverbod voldoet.

Het nieuwe regime voor sociale en andere specifieke diensten wordt in richtlijn 2014/24 geregeld in overwegingen 113 ev., artikel 74 ev. en bijlage XIV bij de richtlijn.

### **Gunningsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten**

In titel III (bijzondere aanbestedingsregelingen), hoofdstuk I (sociale en andere specifieke diensten) art. 74 ev. van richtlijn 2014/24 is uitgewerkt aan welke voorwaarden de gunningsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten boven de 750.000 euro moet voldoen. Deze contracten kunnen via een aankondiging of vooraankondiging worden bekend gemaakt. Dit is een verschil met de huidige procedure voor de gunning van IIB-diensten in richtlijn 2004/18 waarbij alleen inachtnaam van de voorschriften inzake technische specificaties en bekendmaking achteraf noodzakelijk is.

De lidstaten moeten zelf nationale regels opstellen voor het gunnen van contracten die onder titel III hoofdstuk I vallen met als doel dat aanbestedende diensten voldoen aan het transparantie- en non-discriminatiebeginsel (artikel 76 lid 1). De lidstaten hebben de vrijheid om de procedures te bepalen. Wel moeten de lidstaten zorgen dat aanbestedende diensten rekening kunnen houden met de



noodzaak de kwaliteit, continuïteit, toegankelijkheid, betaalbaarheid, beschikbaarheid en volledigheid van de diensten, de specifieke behoeften van verschillende categorieën gebruikers, inclusief kwetsbare en achtergestelde groepen, de betrokkenheid en inspraak van gebruikers en de innovatie te verzekeren. **Lidstaten kunnen bepalen** dat de keuze van de dienstenaanbieder geschiedt op basis van de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitverhouding, rekening houdend met de kwaliteits- en duurzaamheidscriteria voor sociale diensten (artikel 76 lid 2). **Lidstaten kunnen ingevolge artikel 77 bepalen** dat de aanbestedende diensten de deelname aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten uitsluitend voor die diensten op het gebied van gezondheid, sociale en culturele diensten bedoeld in artikel 74 (die vallen onder benoemde CPV-codes) aan bepaalde organisaties mogen voorbehouden.

### **Andere specifieke diensten**

De hierboven beschreven procedure geldt niet alleen voor sociale diensten, maar ook voor een aantal andere specifieke soort dienstenopdrachten:

#### **- Hotel- en restaurantdiensten**

Hotel- en restaurantdiensten worden in de regel alleen aangeboden door ondernemers gevestigd op de plaats waar deze diensten worden verleend daardoor hebben deze diensten slechts een beperkte grensoverschrijdende dimensie. Voor deze diensten geldt hetzelfde regime als hierboven beschreven voor sociale diensten, boven de drempel van 750.000 euro. Grote opdrachten voor hotel- en restaurantdiensten boven deze drempel kunnen van belang zijn voor verschillende ondernemers, zoals reisbureaus en andere intermediairs, ook op grensoverschrijdende basis. Zie overweging 115.

#### **- Juridische diensten**

Bepaalde juridische diensten, voor zover niet uitgesloten op grond van artikel 10d (zie ook hierna), hebben slechts betrekking op aangelegenheden die alleen het nationaal recht betreffen en worden daarom slechts aangeboden door ondernemers gevestigd in de betreffende lidstaat. Ook deze diensten hebben beperkt grensoverschrijdend belang. Ook voor deze diensten geldt hetzelfde regime als voor de sociale diensten boven de drempel van 750.000 euro. Grote contracten voor juridische dienstverlening boven deze drempel kunnen van belang zijn voor verschillende ondernemers, zoals internationale advocatenkantoren, ook op grensoverschrijdende basis, in het bijzonder als het juridische kwesties betreft voortvloeiend uit of tegen de achtergrond van het Unierecht of het internationaal recht, of waarbij meer dan één land betrokken is. Zie ook overwegingen 25 en 116 en artikel 10 sub d hierna

#### **-Veiligheidsdiensten**

Ervaring heeft uitgewezen dat bepaalde andere diensten zoals reddingsdiensten, brandweerdiensten en gevangenisdiensten slechts een grensoverschrijdend belang hebben wanneer zij wegens hun relatief hoge waarde voldoende kritische massa krijgen. Voor zover deze diensten niet zijn uitgezonderd van de richtlijn, geldt voor deze diensten hetzelfde regime als voor sociale diensten boven de drempel van 750.000 euro. Zie overweging 117.

### **Algemeen van de reikwijdte uitgesloten categorieën diensten**

Net als in de huidige richtlijn kent ook de nieuwe richtlijn verschillende terreinen die van de reikwijdte zijn uitgesloten. Hieronder behandelen we de verschillen ten opzichte van de huidige richtlijn.

#### **- Juridische diensten**

Een aantal juridische diensten die worden verricht door dienstverleners welke door een rechterlijke instantie van een lidstaat zijn aangewezen, betreft vertegenwoordiging van cliënten in juridische procedures door advocaten, en moet worden verleend door notarissen of houdt verband met de uitoefening van het openbaar gezag. Die juridische diensten worden meestal verricht door instanties of personen die worden aangewezen of gekozen op een wijze die niet door

aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld, zoals bijvoorbeeld de aanwijzing van officieren van justitie in sommige lidstaten. Deze juridische diensten vallen daarom niet onder de reikwijdte van de richtlijn (artikel 10 onder d en overwegingen 25 en 116). Dit betreft een nieuwe uitzonderingsgrond.

#### **- Leningen**

Leningen, al dan niet in samenhang met de uitgifte, de aankoop, de verkoop of de overdracht van effecten of andere financiële instrumenten vallen niet onder de reikwijdte van de richtlijn. Over deze diensten bestond voorheen onduidelijkheid of ze wel of niet onder de reikwijdte van de richtlijn vielen. Nu zijn ze expliciet uitgesloten (artikel 10 sub f en overweging 26).

#### **- Civiele verdediging**

Diensten inzake civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie die worden verleend door non-profitorganisaties en –verenigingen en onder specifieke CPV-codes (genoemd in artikel 10 onder h en overweging 28) vallen, vallen niet onder de reikwijdte van de richtlijn, behalve ziekenvervoer per ambulance. Het gaat hier dus om bepaalde nooddiensten die worden uitgevoerd door non-profitorganisaties of –verenigingen. Dit betreft een nieuwe uitzonderingsgrond.

#### **- Politieke campagnes**

Hoewel politieke partijen in de meeste lidstaten, zo ook in Nederland, niet als aanbestedende diensten aan te merken zijn, zouden zij in bepaalde lidstaten wel onder de definitie van publiekrechtelijke instelling kunnen vallen. Bepaalde diensten (zoals de productie van propagandafilms en video's) zijn, indien zij tijdens een verkiezingscampagne worden verricht, echter niet los te zien van de politieke standpunten van de dienstverlener, in die mate zelfs dat de dienstverleners doorgaans geselecteerd worden op een wijze die niet door aanbestedingsvoorschriften geregeld kan worden. Dit betreft een nieuwe uitzonderingsgrond. Zie artikel 10 sub j en overweging 29.

#### **- Onderzoek en ontwikkeling**

De uitzonderingsbepaling voor onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten is iets gewijzigd ten opzichte van de bepaling in richtlijn 2004/18. De bepaling in richtlijn 2004/18 luidt als volgt:

De richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten betreffende onderzoek en ontwikkeling, met uitzondering van die waarvan de resultaten in hun geheel aan de aanbestedende dienst toekomen voor gebruik ervan in de uitoefening van zijn eigen werkzaamheden, mits de dienstverlening volledig door de aanbestedende dienst wordt beloond.

In artikel 14 (zie ook overweging 35) van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn staat dat de richtlijn uitsluitend van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten van onderzoek en ontwikkeling die vallen onder de in dat artikel genoemde CPV-codes, mits aan de beide volgende voorwaarden is voldaan:

- de baten komen uitsluitend toe aan de aanbestedende dienst voor gebruik ervan in de uitoefening van zijn eigen werkzaamheden; en
- de verleende dienst wordt volledig door de aanbestedende dienst betaald.

#### **- Openbaar personenvervoer per trein of metro**

Artikel 5, lid 1, van Verordening (EG) nr. 1370/2007 bepaalt dat de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van toepassing zijn op respectievelijk overheidsopdrachten voor diensten en overheidsopdrachten voor openbare diensten inzake personenvervoer per bus of tram, terwijl Verordening (EG) nr. 1370/2007 van toepassing is op dienstenconcessies voor openbaar personenvervoer per bus of tram. Die verordening blijft van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten en op dienstenconcessies voor openbaar personenvervoer per trein of metro. Om het verband tussen de nieuwe aanbestedingsrichtlijn en Verordening (EG) nr. 1370/2007 te verduidelijken, is uitdrukkelijk in deze richtlijn aangegeven dat deze niet van toepassing is op overheidsopdrachten

voor diensten voor het verrichten van openbare diensten inzake personenvervoer per trein of metro, waarvan het plaatsen onderworpen moet blijven aan die verordening. Voor zover Verordening (EG) nr. 1370/2007 toelaat dat op grond van nationaal recht kan worden afgeweken van de voorschriften die genoemde verordening bevat, moeten de lidstaten de mogelijkheid hebben in hun nationale recht te blijven bepalen dat overheidsopdrachten voor openbare diensten inzake personenvervoer per trein of metro moeten worden gegund volgens een procedure voor het plaatsen van opdrachten die conform is aan hun algemene voorschriften voor overheidsopdrachten. Zie ook artikel 10 sub i en overweging 27.

Zie voor meer informatie over hoe dit in Nederland is geregeld ook [de praktijkvraag van Europa decentraal](#) over het aanbesteden van openbaar vervoer in de grote steden.

#### **- Publiek-publieke samenwerking**

Op de uitzonderingen in verband met publiek-publieke samenwerking en alleenrechten wordt verderop in hoofdstuk 3 van deze notitie ingegaan.

#### **Geen verhoging Europese drempels**

In het Groenboek heeft de Europese Commissie aangegeven dat 'sommige belanghebbenden vinden dat de in de richtlijnen vastgestelde [drempels](#) thans te laag zijn. Zij vragen daarom dat deze worden verhoogd, omdat het grensoverschrijdende belang van opdrachten van relatief geringe waarde die nu onder de richtlijnen vallen, te gering is om de administratieve last van een Europese aanbesteding te verantwoorden. Door een verhoging van de drempels zouden volgens de Commissie evenwel meer opdrachten worden vrijgesteld van de verplichting tot bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in heel Europa, hetgeen de commerciële kansen voor ondernemingen overal in Europa zou beperken. In elk geval staat vast dat in alle internationale instrumenten waaraan de EU gebonden is drempels worden gehanteerd met exact dezelfde waarde als de drempels in de huidige richtlijnen, behalve wat betreft de zogenaamde B-diensten (en sociale diensten in het bijzonder). Deze drempels zijn bepalend voor het gemak waarmee een markt kan worden betreden en vormen een van de belangrijkste onderdelen van al die overeenkomsten. Elke verhoging van de in de EU toepasselijke drempels zou automatisch leiden tot een overeenkomstige verhoging in alle overeenkomsten waarbij de EU partij is (dus niet alleen in de GPA, maar ook in alle andere internationale overeenkomsten). Dat zou op zijn beurt aanleiding kunnen geven tot verzoeken om compensatie van partners daarbij. Het zou daarbij om niet onaanzienlijke eisen kunnen gaan.'

Uit de antwoorden op het Groenboek is gebleken dat een meerderheid van de aanbestedende diensten voorstander van een verhoging van de drempels is, terwijl een meerderheid van de lidstaten tegen is. Bedrijven en vertegenwoordigers van burgers zijn tegen een verhoging terwijl het maatschappelijk middenveld voorstander is.

De Europese drempelbedragen worden uitgedrukt in SDR (special drawing rights), de rekeneenheid van de WTO en daarmee ook de rekeneenheid onder het GPA (Agreement on government procurement van de WTO). De bedragen in SDR moeten worden omgerekend in euro's tegen een omrekenkoers die door de Commissie iedere twee jaar opnieuw wordt vastgesteld. Deze systematiek is ook vastgelegd in de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18 (zie artikel 78) en blijft behouden in de nieuwe richtlijn (zie artikel 6 en overweging 18 ev.).

De vigerende drempelwaarden voor Europees aanbesteden voor de periode van 1 januari 2014 tot en met 31 december 2015 zijn bekendgemaakt in december 2013. Voor de komende periode zijn de drempels dus weer regulier aangepast op basis van deze omrekening, maar niet extra verhoogd. Voor decentrale overheden geldt met ingang van 1 januari 2014 voor opdrachten voor werken een drempel van 5.186.000 euro en voor opdrachten voor diensten en leveringen 207.000 euro. Deze nieuwe

drempelbedragen zijn ook opgenomen in artikel 4 van de nieuwe richtlijn.

### **Evaluatie drempels**

In artikel 92 is opgenomen dat de Europese Commissie waar mogelijk en waar passend zal overwegen de volgende onderhandelingsronde een verhoging van de krachtens de GPA-overeenkomst gestelde drempelwaarden voor te stellen. Bij een wijziging van de krachtens de GPA-overeenkomst geldende drempelwaarde wordt het verslag, in voorkomend geval, gevolgd door een voorstel voor rechtshandeling tot wijziging van de in deze richtlijn vastgestelde drempelwaarden.

### **Opdrachten onder de drempel**

In het Groenboek 2011 (pagina 22) schreef de Europese Commissie over opdrachten onder de Europese aanbestedingsdrempels 'dat veel aanbestedende diensten signaleren dat ['de Interpretatieve mededeling'](#) over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen' niet altijd toereikend is, met name wanneer het erom gaat te bepalen wanneer er al dan niet sprake is van een grensoverschrijdend belang.' De onzekerheid over de vraag welke mate van transparantie moet worden betracht bij opdrachten onder de drempel (met name de vraag of wel of niet Europees zou moeten worden aanbesteed), zou problemen opleveren, met name voor kleinere aanbestedende diensten. In het Groenboek staat verder dat 'hoewel een toekomstig wetgevingsvoorstel meer dan waarschijnlijk geen betrekking zou hebben op opdrachten beneden de drempels, zou kunnen worden overwogen nadere richtsnoeren te geven om de aanbestedende diensten te helpen beoordelen of er in concrete gevallen al dan niet sprake is van een grensoverschrijdend belang'. In de nieuwe richtlijn worden die nadere richtsnoeren niet gegeven. In Nederland gelden voor opdrachten onder de Europese drempelbedragen de Aanbestedingswet en de Gids Proportionaliteit.

## **2.2 Versimpeling en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures**

### **Verskillende aanbestedingsprocedures**

In richtlijn 2014/24 blijft het uitgangspunt bij verplichte toepassing van de aanbestedingsrichtlijn dat de [openbare of niet openbare procedure](#) gevolgd wordt, zie artikel 26 t/m 28. Specifiek voor de niet-openbare procedure bevat artikel 28 lid 4 nog **een implementatiebepaling**: lidstaten kunnen bepalen dat niet-centrale aanbestedende diensten de termijn voor ontvangst van inschrijving in overeenstemming met de geselecteerde gegadigden kunnen bepalen.

Daarnaast bestaat de mogelijkheid de zogenoemde mededingingsprocedure met onderhandeling (artikel 29), de concurrentiegerichte dialoog (artikel 30) en/ of het innovatiepartnerschap (artikel 31) toe te passen. De mededingingsprocedure met onderhandeling wordt in richtlijn 2014/24 nieuw geïntroduceerd maar lijkt deels in de plaats te komen- en kenmerken te vertonen van de in richtlijn 2004/18 in artikel 30 bestaande onderhandelingsprocedure met bekendmaking. De bestaande procedure van de concurrentiegerichte dialoog wordt in richtlijn 2014/24 verbeterd en vereenvoudigd. Naast introductie van de nieuwe procedure van het innovatiepartnerschap worden bijvoorbeeld ook grensoverschrijdende gezamenlijke aanbestedingen (wat wordt gezien als een belangrijk instrument voor innovatieve aankopen; zie ook artikel 39) vergemakkelijkt. Deze procedures zullen hierna kort worden toegelicht.

In artikel 32 van richtlijn 2014/24 wordt tot slot de (reeds in artikel 31 van richtlijn 2004/18 bestaande) onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toegelicht. Ook wordt lidstaten de mogelijkheid geboden een lichter aanbestedingsregime voor niet-centrale overheden te introduceren (artikel 2 en 26).

### **Mededingingsprocedure met onderhandeling**

Artikel 29 van richtlijn 2014/24 en overwegingen 42 t/m 46 bij deze richtlijn geven meer informatie over de nieuw geïntroduceerde mededingingsprocedure. Hierin komen een aantal elementen uit de huidige onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking (artikel 30 richtlijn 2004/18) terug. De mededingingsprocedure zou moeten kunnen worden toegepast in gevallen waarin de openbare of niet openbare procedure zonder onderhandelingen waarschijnlijk niet tot bevredigende aanbestedingsresultaten leiden. **Lidstaten zullen in hun nationale implementatie** verder moeten voorzien in de invulling van deze procedure, waarbij zij voldoende waarborgen voor de naleving van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie inbouwen. Uit overweging 45 wordt al wel duidelijk dat bij deze procedure aanbestedende diensten vooraf de minimumeisen bekendmaken (artikel 29 lid 1). Deze mogen tijdens de onderhandelingen niet worden gewijzigd. Gunningscriteria en wegingsfactoren moeten ongewijzigd blijven en er mag wegens gelijke behandeling niet over worden onderhandeld (artikel 29 lid 3). De onderhandelingen moeten gericht zijn op verbetering van de inschrijvingen zodat aanbestedende diensten volledig aansluitend op hun specifieke behoeften kunnen inkopen. De onderhandelingen kunnen daarnaast betrekking hebben op alle kenmerken van de gekochte werken, leveringen en diensten, voor zover het geen minimumeisen betreft. De minimumeisen betreffen de (met name materiële, functionele en juridische) voorwaarden en kenmerken waaraan elke inschrijving moet voldoen, zodat de aanbestedende dienst ook kan gunnen overeenkomstig de gunningscriteria. Tot slot wordt duidelijk uit overweging 45 dat alle inschrijvingen schriftelijk moeten worden ingediend en dat alle fasen van het proces naar behoren moeten worden gedocumenteerd.

Overweging 44 geeft nog aan dat de mededingingsprocedure ook mogelijk dient te zijn in het geval een openbare of niet openbare procedure slechts tot onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen heeft geleid zodat de onderhandelingen tot regelmatigheid of aanvaardbaarheid kunnen leiden. Dit is een voorbeeld van een situatie die onder de huidige richtlijn 2004/18 artikel 30 lid 1 valt onder de onderhandelingsprocedure met bekendmaking en die in de nieuwe richtlijn niet expliciet terugkomt in de artikel (29) tekst maar blijkt uit de overweging.

Artikel 29 van richtlijn 2014/24 beschrijft verder onder meer hoe ondernemers een verzoek tot deelname indienen naar aanleiding van een door de aanbestedende dienst gedane oproep tot mededinging, welke termijnen (en mogelijke verkorting) gelden voor de ontvangst van de verzoeken tot deelneming, hoe bepaalde ondernemers vervolgens kunnen worden uitgenodigd voor het doen van een (eerste) inschrijving, wanneer een aanbestedende dienst ook zonder onderhandelingen kan overgaan tot plaatsen van een opdracht, hoe de aanbestedende dienst inschrijvers in kennis stellen van evt. wijzigingen, hoe ze om gaan met vertrouwelijke inlichtingen, hoe en of ze gebruik kunnen maken van de mogelijkheid het aantal inschrijvingen waarover moet worden onderhandeld te beperken en tot slot hoe de aanbestedende dienst de procedure kan afronden aan de hand van definitieve inschrijvingen.

### **Concurrentiegerichte dialoog**

In overweging 42 wordt geconstateerd dat de procedure van [concurrentiegerichte dialoog](#) – uitgedrukt in contractwaarde- in de loop der jaren aanzienlijk is benut. Wanneer aanbestedende diensten niet in staat zijn te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het gebied van technische, financiële of juridische oplossingen dan blijkt deze procedure met name nuttig. Voorbeelden die worden genoemd zijn nog steeds innovatieve projecten, omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten, grotere computernetwerken of projecten met een complexe en gestructureerde financiering.

In de huidige richtlijn 2004/18, artikel 29, wordt de concurrentiegerichte dialoog al beschreven. Een groot deel van dit bestaande artikel 29 wordt in de nieuwe richtlijn in artikel 30 overgenomen. Voor de

uitvoering in de praktijk **en de implementatieslag die het ministerie van Economische Zaken nog zal gaan maken** is van belang dat overwegingen 42 en 43 aankaarten dat overlappende vraagstukken bij de keuze tussen een mededingingsprocedure of een procedure van de concurrentiegerichte dialoog kunnen gaan spelen. Zoals onder meer uit de [praktijkvraag](#) van Europa decentraal blijkt zijn er wel vanuit de achterliggende bedoeling van beide procedures argumenten te bedenken die de keuze voor een bepaalde procedure kunnen rechtvaardigen, maar deze zullen zich naar verwachting nog concreter uitkristalliseren op uitvoeringsniveau. Zie verder ook paragraaf 2.7

### **Innovatiepartnerschap**

Deze procedure betreft een nieuw type procedure, specifiek voor innovatieve aanbestedingen. Innovatie speelt een centrale rol in de EU 2020 strategie (evenals onderzoek). Overweging 47 bij richtlijn 2014/24 licht dit ook verder toe. De aankoop van innovatieve producten, werken en diensten speelt een centrale rol in het verbeteren van de efficiëntie en de kwaliteit van overheidsdiensten en vormt een antwoord op grote maatschappelijke uitdagingen. Het innovatiepartnerschap betreft een nieuwe speciale procedure voor de ontwikkeling en de daaropvolgende aankoop van nieuwe, innovatieve producten, werken en diensten, op voorwaarde dat deze geleverd kunnen worden tegen overeengekomen kwaliteits- en prijsniveau.

Aanbestedende diensten moeten dus overheidsopdrachten zo strategisch mogelijk aanwenden om innovatie te bevorderen. Streven naar de beste prijs/kwaliteitverhouding en naar ruimere economische, milieu- en maatschappelijke voordelen om nieuwe ideeën te doen rijpen, het omzetten hiervan in innovatieve producten en diensten, het bevorderen van een duurzame economische groei: deze doelen hangen allemaal met elkaar samen. De richtlijn 2014/24 wil helpen innovatieve activiteiten in aanbestedingen te bevorderen en moet lidstaten ondersteunen om de streefdoelen van de EU 2020 strategie te bereiken. Dit nieuwe type en speciaal geïntroduceerde aanbestedingsprocedure waarbij aanbestedende diensten een innovatiepartnerschap kunnen aangaan op lange termijn voor de ontwikkeling en daaropvolgende aankoop van innovatieve producten, werken en diensten helpt hierbij.

Overweging 49 bij richtlijn 2014/24 geeft aan dat wanneer in de behoefte aan de ontwikkeling van een innovatief product, dienst of werk en de latere aankoop van de daaruit voorgekomen leveringen, diensten of werken niet kan worden voorzien met behulp van oplossingen die al beschikbaar zijn op de markt, de aanbestedende diensten toegang moeten hebben tot deze specifieke aanbestedingsprocedure van het innovatiepartnerschap. Deze procedure moet aanbestedende diensten in staat stellen een partnerschap aan te gaan voor de ontwikkeling en vervolgens de aankoop van nieuwe innovatieve producten, diensten of werken, zonder dat een afzonderlijke aanbestedingsprocedure voor deze aankoop nodig is. Wel is daarbij vereist dat deze innovatieve producten, diensten of werken geleverd kunnen worden op een afgesproken kwaliteits- en kostenniveau.

De procedure van het innovatiepartnerschap wordt gebaseerd op de procedureregels van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Het meest geschikte gunningscriterium om innovatieve oplossingen te vergelijken is daarbij de beste prijs-kwaliteitsverhouding, aldus artikel 31 lid 1.

Het is van belang dat zowel voor zeer grote projecten als voor kleinere innovatieve projecten, het innovatiepartnerschap zo wordt gestructureerd, dat het de noodzakelijke 'market-pull' kan opbrengen en daarbij zonder afscherming van de markt de ontwikkeling van een innovatieve oplossing kan stimuleren.

Bij het gebruik van innovatiepartnerschappen mogen aanbestedende diensten de mededinging niet verhinderen, beperken of vervalsen. Soms kan het vormen van partnerschappen met verschillende



partners hierbij helpen. Een innovatiepartnerschap kan worden gesloten met één of meerdere partners (zie artikel 31 lid 1).

Artikel 31 van richtlijn 2014/24 beschrijft de procedurestappen van deze innovatiepartnerschap. In het kort worden onder meer de volgende stappen beschreven:

- elke ondernemer kan een verzoek om deelname indienen door verstrekking van door de aanbestedende dienst gevraagde informatie voor kwalitatieve selectie;
- de aanbestedende dienst geeft aan dat er behoefte is aan innovatieve producten, diensten of werken en dat met de aanschaf van reeds op de markt beschikbare producten (etc.) niet in die behoefte kan worden voorzien;
- de aanbestedende dienst geeft aan welke elementen de minimumeisen zijn;
- de toepasselijke termijnen voor ontvangst van verzoeken tot deelname staan, net als bovenstaande eisen, ook in lid 1 van artikel 31;
- het partnerschap is gericht op de ontwikkeling van innovatieve producten (etc.) en de daaropvolgende aankoop van daaruit resulterende leveringen (etc.), mits ze voldoen aan de afgesproken prestatieniveaus en onder de maximumkosten blijven;
- de procedure bestaat uit opeenvolgende fasen, die de reeks stappen in het onderzoeks- en innovatieproces volgen. Er worden ook tussentijdse doelen bepaald en er wordt voorzien in betaling in passende termijnen;
- de aanbestedende dienst kan na elke fase besluiten het innovatiepartnerschap te beëindigen of het aantal partners te verminderen (artikel 31 lid 2);
- er wordt onderhandeld om de inhoud van de inschrijving te verbeteren. Over de minimumeisen en gunningscriteria wordt niet onderhandeld (lid 3);
- tijdens de onderhandelingen waarborgt de aanbestedende dienst de gelijke behandeling van alle inschrijvers en maakt deze vertrouwelijke inlichtingen niet bekend zonder toestemming (lid 4);
- er kunnen onderhandelingen plaatsvinden om het aantal inschrijvingen waarover moet worden onderhandeld te beperken (lid 5);
- bij het selecteren van de geadigden hanteren aanbestedende diensten criteria inzake het potentieel van de kandidaten en hun vermogen om nieuwe oplossingen te ontwikkelen;
- in de aanbestedingsstukken bepalen aanbestedende diensten welke regelingen op intellectuele eigendomsrechten van toepassing zijn (lid 6);
- lid 7 van artikel 31 geeft nog voorschriften voor de structuur van de partnerschap, de duur en de waarde van de verschillende fasen en de geraamde waarde van de leveringen, diensten of werken, die in verhouding moet staan met de investering voor de ontwikkeling ervan.

Zie verder ook paragraaf 2.7.

### **Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking**

Deze procedure wordt nu in artikel 31 van richtlijn 2004/18 beschreven; in de nieuwe richtlijn 2014/24 komt deze terug in artikel 32. De onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking blijft nog steeds alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden geoorloofd. Bijvoorbeeld in gevallen waarin volgens rechtspraak van het Hof EU om redenen van overmacht niet mogelijk is bekend te maken of waarin vanaf het begin duidelijk is dat daardoor niet meer concurrentie op gang zal komen (als er bijvoorbeeld objectief gezien maar 1 ondernemer is die de opdracht kan uitvoeren, bijvoorbeeld in het geval van kunstwerken waarbij het unieke karakter en waarde van het kunstvoorwerp inherent zijn aan de identiteit van de kunstenaar). Zie hierover ook de [praktijkvraag](#) van Europa decentraal. De situatie van objectieve exclusiviteit mag bovendien niet door de aanbestedende dienst zelf zijn gecreëerd en er mogen geen passende substituten beschikbaar zijn. Hierbij bestaat een grondige onderzoeksverplichting. Aanbestedende diensten moeten zelf aangeven waarom er geen goede alternatieven of vervangmiddelen beschikbaar zijn.

Artikel 26 lid 6 van richtlijn 2014/24 geeft aan dat **lidstaten kunnen bepalen** dat de aanbestedende diensten in de in artikel 32 uitdrukkelijk vermelde bijzondere gevallen en omstandigheden een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking mogen volgen.

Overweging 50 bij richtlijn 2014/24 geeft een uitgebreidere toelichting op deze onderhandelingsprocedure. Artikel 32 van richtlijn 2014/24 beschrijft de - ook grotendeels op dit moment bekende, maar in de nieuwe richtlijn iets genuanceerdere- mogelijkheden voor het voeren van deze procedure voor de gevallen:

- waarin geen of geen geschikte inschrijvingen of verzoeken tot deelname zijn ingediend in een openbare of niet-openbare procedure (lid 2 sub a);
- waarin om artistieke of technische redenen en vanwege exclusieve rechten alleen één bepaalde ondernemer in aanmerking zou komen (lid 2 sub b);
- waarin sprake is van [dwingende spoed](#) (lid 2 sub c).

Lid 3 van artikel 32 van richtlijn 2014/24 beschrijft de (grotendeels bekende) mogelijkheden voor het gebruik van deze onderhandelingsprocedure voor overheidsopdrachten voor leveringen (bijvoorbeeld voor leveringen die rechtstreeks op een grondstoffenmarkt of energiebeurs worden aangekocht), lid 4 voor overheidsopdrachten voor diensten (bij een prijsvraag) en lid 5 voor herhalingsopdrachten voor werken of diensten (onder voorwaarden).

### **Zes aanbestedingstechnieken voor gegroepeerde, elektronische aanbestedingen**

Naast bovengenoemde verschillende aanbestedingsprocedures hebben aanbestedende diensten ook de beschikking over 6 specifieke aanbestedingstechnieken en – instrumenten voor zogenaamde gegroepeerde en elektronische aanbestedingen, namelijk: raamovereenkomsten (artikel 33), dynamische aankoopssystemen (artikel 34), elektronische veilingen (artikel 35), elektronische catalogi (artikel 36), aankoopcentrales (artikel 37 en 39) en gezamenlijke aanbesteding (artikel 38 en 39). Zie hierover meer hierna onder paragraaf 2.3 'Bevorderen van elektronisch aanbesteden'.

### **Lichter aanbestedingsregime voor niet-centrale overheden**

In het Groenboek 2011 heeft de Europese Commissie aan belanghebbenden de vraag gesteld of zij voorstander waren van een lichter procedureel aanbestedingskader, specifiek voor lokale en regionale aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten boven de drempels van de richtlijnen (zie ook pagina 21 Groenboek). Daar was belangstelling voor en vervolgens heeft de Commissie daar in haar voorstel gevolg aan gegeven door een bepaling op te nemen waarin lidstaten de mogelijkheid wordt geboden een lichter aanbestedingsregime voor niet-centrale overheden op te nemen in nationale wetgeving. Tijdens de onderhandelingen is deze bepaling overeind gebleven. **Het betreft echter wel een keuze optie.** Wanneer Nederland hiervoor zou kiezen hoeven decentrale overheden wanneer zij van deze mogelijkheid gebruik maken, vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure geen aparte aankondiging van een opdracht bekend te maken. Zij kunnen eveneens op een flexibelere wijze en in onderling overleg met deelnemers bepaalde termijnen vaststellen.

### **- Vooraankondiging**

Artikel 48 van richtlijn 2014/24/EU heeft betrekking op vooraankondigingen. In lid 2 van dat artikel is opgenomen dat niet-centrale aanbestedende diensten (alle aanbestedende diensten die geen centrale overheidsinstantie zijn (artikel 2 lid 1 sub 3)), bij niet-openbare procedures en mededingingsprocedures, een vooraankondiging kunnen gebruiken als oproep tot mededinging overeenkomstig artikel 26 lid 5, mits de aankondiging aan alle volgende voorwaarden voldoet:

- zij verwijst specifiek naar leveringen, werken of diensten waarop de te gunnen opdracht betrekking heeft;
- zij vermeldt dat de opdracht zal worden gegund door middel van een niet-openbare procedure of een mededingingsprocedure met onderhandeling zonder verdere bekendmaking van een oproep en nodig



de belangstellende ondernemers uit hun belangstelling kenbaar te maken;  
-zij bevat, naast de informatie als vermeld in bijlage V, deel B, afdeling I, de informatie als vermeld in bijlage V, deel B, afdeling II;  
-zij is minimaal 35 dagen en maximaal twaalf maanden vóór de datum van verzending van de in artikel 54 lid 1 bedoelde uitnodiging ter bekendmaking toegezonden.

De periode waarop de vooraankondiging betrekking heeft is maximaal twaalf maanden te rekenen vanaf de datum waarop de vooraankondiging voor bekendmaking is verzonden. Indien de oproep tot mededinging geschiedt door middel van een vooraankondiging overeenkomstig artikel 48, lid 2, worden de ondernemers die hun belangstelling kenbaar hebben gemaakt na de bekendmaking van de vooraankondiging, uitgenodigd hun belangstelling schriftelijk te bevestigen door middel van een 'uitnodiging tot bevestiging van belangstelling' overeenkomstig artikel 54.

#### **- Inkorten termijnen**

Artikel 28 lid 4 stelt dat **de lidstaten kunnen bepalen** dat alle of bepaalde categorieën niet-centrale aanbestedende diensten de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen in onderlinge overeenstemming met de geselecteerde gegadigden kunnen bepalen, mits alle geselecteerde gegadigden evenveel tijd krijgen om hun inschrijving voor te bereiden en in te dienen. Is er geen overeenstemming over de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen, dan bedraagt deze ten minste tien dagen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

#### **- Keuze-optie**

**Zoals gezegd betreft het hier een keuze-optie voor de lidstaten.** Nederland kan er voor kiezen om dit lichtere aanbestedingsregime voor decentrale overheden nader uit te werken en te implementeren in de Aanbestedingswet. Dit hoeft echter niet. Zie hiervoor artikel 26 lid 5.

### **2.3 Bevorderen van het elektronisch aanbesteden en gebruik van aankooptechnieken**

Het idee achter het uitgangspunt om elektronisch aanbesteden te willen bevorderen is dat het gebruik van elektronische communicatie en transactieverwerking door publieke inkopers belangrijke besparingen en verbeterde aanbestedingsresultaten kan meebrengen en tegelijkertijd kan leiden tot het terugbrengen van verspilling en fouten. Richtlijn 2014/24 geeft in de artikelen 22 en 53 aan dat er bepaalde verplichtingen rondom elektronisch aanbesteden en de elektronische beschikbaarheid van aanbestedingsstukken komen. Daarnaast beschrijft de richtlijn een aantal bruikbare technieken en instrumenten voor elektronisch aanbesteden, zoals raamovereenkomsten (artikel 33), het dynamisch aankoopstelsel (artikel 34), elektronische veilingen (artikel 35), elektronische catalogi (artikel 36) en aankoopcentrales (artikel 37). Overwegingen 52 tot en met 71 bij richtlijn 2014/24 geven nadere achtergrondinformatie hierbij.

#### **Elektronisch aanbesteden**

Richtlijn 2014/24 wil lidstaten helpen om de verandering naar [elektronische aanbesteding](#) te bereiken door de mogelijkheden voor ondernemers om deel te nemen aan (online) aanbestedingsprocedures in de hele interne markt te vergroten. Hiertoe voorziet de richtlijn in een verplichte verzending van aankondigingen in elektronische vorm, de verplichte elektronische beschikbaarstelling van aanbestedingsdocumenten en wordt de overgang naar volledige elektronische communicatie (**binnen 30 maanden/ voor 18 april 2018**; zie artikel 90 lid 2 van richtlijn 2014/24) verplicht gesteld. Onder volledig elektronische communicatie wordt verstaan: het overbrengen van informatie langs elektronische weg in alle fasen van de procedure, met inbegrip van de verzending van verzoeken om deelneming en de verzending van inschrijvingen via elektronische indiening. Overweging 59 geeft aan dat lidstaten en aanbestedende diensten de vrijheid hebben om verder te gaan als zij dat wensen. **Dit zal in de verdere implementatie door het ministerie van EZ dienen te worden uitgewerkt.**

Overweging 59 geeft ook aan dat het verplichte gebruik van elektronische communicatiemiddelen niet betekent dat de aanbestedende diensten de inschrijvingen elektronisch moeten verwerken of dat elektronische evaluatie of automatische verwerking verplicht wordt. Ook mag voor geen enkel onderdeel van de aanbestedingsprocedure voor overheidsopdrachten na de gunning van de opdracht en ook niet voor de interne communicatie binnen de aanbestedende dienst het gebruik van elektronische communicatiemiddelen verplicht worden gesteld.

#### **-Gebruik van elektronische communicatiemiddelen**

Aanbestedende diensten moeten volgens artikel 22 lid 1 van richtlijn 2014/24 elektronische communicatiemiddelen gebruiken die niet discriminerend, algemeen beschikbaar en interoperabel met algemeen gebruikte ICT zijn. Zij mogen de toegang van ondernemers tot de aanbestedingsprocedure niet beperken. Bij het gebruik van deze communicatiemiddelen dient rekening te worden gehouden met de toegankelijkheid voor personen met een handicap.

In bepaalde specifieke situaties kan worden afgeweken van genoemde verplichtingen. Het verplichte gebruik van elektronische middelen in alle stadia van de openbare aanbestedingsprocedure is onwenselijk indien voor dat gebruik niet algemeen beschikbare gespecialiseerde tools of bestandsformaten nodig zijn of indien de communicatie alleen met behulp van gespecialiseerde kantooruitrusting kan plaatsvinden.

In bepaalde, in artikel 22 lid 1 opgesomde gevallen zijn aanbestedende diensten niet verplicht het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de inschrijvingsprocedure te eisen. Daar horen ook gevallen bij waarin het gebruik van niet algemeen beschikbare gespecialiseerde instrumenten of bestandsformaten niet nodig of wegens een licentieregeling niet beschikbaar zijn (lid 1 sub a en b), of waarin gespecialiseerde kantooruitrusting nodig is waarover de aanbestedende diensten niet beschikken, bijvoorbeeld breedformaatprinters (zie lid 1 sub c). Of het geval waarin voor de aanbestedingsstukken de indiening is vereist van fysieke of schaalmodellen (sub d). Wanneer aanbestedende diensten in het kader van dit artikellid andere dan elektronische communicatiemiddelen vereisen, moeten ze dit vereiste in het proces verbaal motiveren (zie laatste alinea van lid 1). Overweging 53 geeft in dit verband nog aan dat het gebruik van andere communicatiemiddelen dient te worden beperkt tot onderdelen van de inschrijving waarvoor geen communicatie langs elektronische weg is vereist. En indien het om technische redenen nodig is moeten aanbestedende diensten een maximumgrens kunnen stellen voor de omvang van de dossiers die kunnen worden ingediend.

Ook wanneer het gebruik van andere dan elektronische communicatiemiddelen nodig is, zijn aanbestedende diensten niet verplicht elektronische middelen bij de inschrijving voor te schrijven. Bijvoorbeeld wanneer er sprake zou kunnen zijn van een inbreuk op de beveiliging van die elektronische communicatiemiddelen of wanneer voor de bescherming van de bijzonder gevoelige aard van de informatie een hoog beschermingsniveau nodig is (zie 4<sup>e</sup> alinea van lid 1 en overweging 54).

Lid 2 van artikel 22 geeft aan dat mondelinge communicatie mag worden gebruikt voor andere mededelingen dan die betreffende de essentiële elementen van een aanbestedingsprocedure, mits de inhoud van die communicatie voldoende gedocumenteerd wordt. Dit is nodig om voldoende transparantie en gelijke behandeling te kunnen garanderen en na te leven. Onder essentiële elementen van een aanbestedingsprocedure vallen de aanbestedingsstukken (waarvan artikel 2 sub 13 van de richtlijn een definitie geeft), verzoeken tot deelname, bevestigingen van belangstelling en inschrijvingen (zie ook overweging 58).

Lid 3 geeft aan dat bij elke mededeling, uitwisseling en opslag van informatie aanbestedende diensten zorgen dat de integriteit van de gegevens en de vertrouwelijkheid van de inschrijvingen en verzoeken tot deelname gewaarborgd zijn. Pas na het verstrijken van de uiterste termijn voor indiening nemen de aanbestedende diensten kennis van de inhoud van de inschrijvingen en verzoeken tot deelneming.

Voor overheidsopdrachten voor werken en prijsvragen kan het ministerie van EZ bij implementatie wetgeving overwegen om te eisen dat gebruik wordt gemaakt van gespecialiseerde elektronische instrumenten, zoals elektronische bouwwerkinformatiemodellen (lid 4).

Volgens lid 5 van artikel 22 kunnen aanbestedende diensten indien noodzakelijk, en worden zij in bepaalde gevallen ook geacht om, (passende) alternatieve toegangsmiddelen aan te bieden.

Bijlage IV bij richtlijn 2014/24 somt een zevental eisen op die zorgen dat instrumenten en middelen voor de elektronische ontvangst van inschrijvingen, verzoeken tot deelname en plannen en ontwerpen bij prijsvragen door passende technische voorzieningen en procedures voldoende waarborgen bieden. In aanvulling hierop bepaalt lid 6 van artikel 22 dat een drietal regels van toepassing is op instrumenten en middelen voor elektronische toezending en ontvangst van inschrijvingen, alsmede voor de elektronische ontvangst van verzoeken tot deelname:

- belanghebbenden moeten kunnen beschikken over informatie betreffende de specificaties voor de elektronische indiening van inschrijvingen en verzoeken tot deelname (sub a lid 6);
- de lidstaten (of aanbestedende diensten als de lidstaat een algemeen kader heeft vastgesteld) bepalen het vereiste veiligheidsniveau voor de elektronische communicatiemiddelen die in de verschillende fasen van de specifieke aanbestedingsprocedure worden gebruikt. Dit niveau staat in verhouding tot de risico's (lid 6 sub b en overweging 57);
- indien de lidstaten concluderen dat de omvang van het risico van die aard is dat geavanceerde elektronische handtekeningen vereist zijn, aanvaarden aanbestedende diensten geavanceerde elektronische handtekeningen die gebaseerd zijn op een gekwalificeerd certificaat (sub c). Sub c geeft ook nog verdere invulling aan die certificering en het vereiste formaat voor geavanceerde handtekeningen.

Tot slot bepaalt lid 7 van artikel 22 dat de Europese Commissie bevoegd is om zogenaamde gedelegeerde handelingen vast te stellen:

- tot wijziging van de in bijlage IV vastgestelde technische details en kenmerken;
- tot wijziging van de in lid 1 a t/m d lijsten (gevallen waarin de aanbestedende diensten niet verplicht zijn het gebruik van elektronische communicatiemiddelen bij de inschrijvingsprocedure te verlangen);
- om de interoperabiliteit van technische formaten en proces- en berichtennormen te waarborgen, vooral in een grensoverschrijdende context, door specifieke technische normen verplicht te stellen. Zie hierover ook overwegingen 55 en 56.

### **-Elektronische beschikbaarheid van aanbestedingsstukken**

Artikel 53 van richtlijn 2014/24 bepaalt dat aanbestedende diensten met elektronische middelen kosteloze, rechtstreekse en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken (definitie in artikel 2 sub 13) verlenen, vanaf welk moment en op welke manier. Wanneer dit niet mogelijk is om een van de in artikel 22 lid 1 sub a t/m d genoemde redenen, kunnen de aanbestedende diensten aangeven dat de betreffende aanbestedingsstukken zullen worden toegezonden met andere middelen dan langs elektronische weg overeenkomstig bepaalde eisen. In dat geval wordt in de regel de termijn voor de indiening van inschrijvingen met 5 dagen verlengd (lid 1 van artikel 53, 2<sup>e</sup> alinea). Wanneer dit niet mogelijk is om redenen van vertrouwelijkheid (artikel 21 lid 2), moeten aanbestedende diensten in de aankondiging of uitnodiging tot bevestiging van belangstelling aangeven welke maatregelen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie zij eisen en hoe toegang kan worden

verkregen tot de betrokken documenten. Ook in dat geval wordt de termijn voor de indiening van inschrijvingen in de regel met 5 dagen verlengd (3<sup>e</sup> alinea lid 1 van artikel 53).

Lid 2 van artikel 53 geeft aan dat aanbestedende diensten alle inschrijvers die aan de aanbestedingsprocedure deelnemen nadere informatie geven over de specificaties en ondersteunende documenten, mits tijdig aangevraagd en binnen welke termijn.

### **-Verkorting termijnen bij elektronisch aanbesteden**

De elektronische vorm wordt de standaardvorm voor mededeling en uitwisseling van informatie in aanbestedingsprocedures. Ook wordt tijd bespaard door het gebruik van elektronische middelen. De richtlijn verkort daarom bij gebruik van elektronische middelen de minimumtermijnen voor ontvangst van inschrijvingen, op voorwaarde dat deze overeenkomstig bepaalde bepalingen uit artikel 22 worden toegepast. Zie de diverse artikelen betreffende de toepassing van de aanbestedingsprocedures, bijvoorbeeld artikel 27 lid 4 (openbare procedure) en artikel 28 lid 5 (niet openbare).

### **Vraagbundeling**

Er wordt geconstateerd dat op de aanbestedingsmarkten in de Unie een trend ontstaat van vraagbundeling door aanbestedende diensten om aldus schaalvoordelen te krijgen met lagere prijzen en transactiekosten en om het beheer van aanbestedingen te verbeteren en te professionaliseren. Dit gebeurt bijvoorbeeld door bundeling van aankopen, door samenvoeging van aanbestedende diensten of door volume en waarde van in de tijd gespreide opdrachten te bundelen. Het samenvoegen en centraliseren van aankopen moet volgens overweging 59 nauwlettend worden gevolgd om buitensporige concentraties van kopersmacht en collusie te voorkomen en de transparantie en concurrentie en kansen voor markttoegang voor het MKB te behouden.

### **Aankooptechnieken**

Daarnaast beschrijft de richtlijn een aantal bruikbare technieken en instrumenten voor elektronisch aanbesteden, zoals raamovereenkomsten (artikel 33), het dynamisch aankoopstelsel (artikel 34), elektronische veilingen (artikel 35), elektronische catalogi (artikel 36) en aankoopcentrales (artikel 37). Overwegingen 52 tot en met 71 bij richtlijn 2014/24 geven nadere achtergrondinformatie hierbij.

### **Raamovereenkomsten**

Het gebruik van [raamovereenkomsten](#) wordt beoordeeld als een efficiënte aanbestedingstechniek, maar in het bijzonder worden in de nieuwe richtlijn 2014/24 de voorwaarden voor het gebruik van een raamovereenkomst door aanbestedende diensten die zelf geen partij zijn bij de overeenkomst verduidelijkt. In de praktijk leidt deze situatie namelijk tot veel vragen, zie hierover ook de [praktijkvraag](#) en de [Veelgestelde vragen aanbesteden, hoofdstuk 6](#) van Europa decentraal. Zie voor het vernieuwde regime bij raamovereenkomsten artikel 33 en rechtsoverwegingen 60 t/m 62 van de richtlijn 2014/24. In de bestaande richtlijn 2004/18 worden raamovereenkomsten in artikel 32 geregeld.

De regel dat raamovereenkomsten niet mogen worden gebruikt door aanbestedende diensten die daar zelf niet in worden vermeld maakt dat van het begin af aan duidelijk moet worden aangegeven welke aanbestedende diensten partij zijn bij een specifieke raamovereenkomst. Dat kan door vermelding bij naam of met andere middelen, zoals verwijzing naar een bepaalde categorie aanbestedende diensten binnen een duidelijk afgebakend geografisch gebied. Zo zijn de betrokken aanbestedende diensten ondubbelzinnig en makkelijk aan te duiden. Ook mag een bestaande raamovereenkomst niet openstaan voor nieuwe ondernemers. Dit brengt bijvoorbeeld bij het gebruik van een aankoopcentrale mee dat zowel de identiteit van de betrokken aanbestedende dienst als de datum met ingang waarvan deze het recht heeft zich te beroepen op een door de aankoopcentrale gesloten raamovereenkomst gecontroleerd moet kunnen worden. Zie ook artikel 33 lid 2.

In het kader van het implementatietraject dat het ministerie van EZ nog zal gaan doorlopen is van belang te vermelden dat ingevolge artikel 50 lid 2 van richtlijn 2014/24 lidstaten van aanbestedende diensten kunnen eisen dat zij elk kwartaal (binnen 30 dagen na het einde van elk kwartaal) de aankondigingen van de resultaten van de aanbestedingsprocedure in verband met opdrachten op grond van de raamovereenkomst bundelen en versturen.

#### **-Raamovereenkomst met meer dan één ondernemer**

Wanneer aanbestedende diensten raamovereenkomsten aangaan met meer dan één ondernemer en alle voorwaarden in die overeenkomst zijn ingevuld, kan een aanbestedende dienst op twee manieren gunnen:

- specifieke werken, leveringen of diensten die onder de raamovereenkomst vallen moeten kunnen worden laten uitgevoerd door ze te gunnen aan één van de ondernemers die zijn aangewezen volgens objectieve criteria en op grond van de reeds vastgestelde contractvoorwaarden (artikel 33 lid 4 sub a);
- of ze kunnen worden gegund door een specifiek contract voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten na een mini-gunningsprocedure tussen de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst (artikel 33 lid 4 sub b en lid 5).

Omwille van de transparantie en gelijke behandeling moeten aanbestedende diensten in de aanbestedingsstukken voor de raamovereenkomst de objectieve criteria voor de keuze tussen deze twee methoden aangeven. Die criteria kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de hoeveelheid, waarde, kenmerken van de werken, leveringen of diensten of op de prijsontwikkelingen.

Oneigenlijk gebruik of mededingingsverstoring gebruik van raamovereenkomsten blijft verboden. Ook blijft het zo dat aanbestedende diensten niet verplicht zijn om onder een raamovereenkomst vallende werken, leveringen of diensten volgens een raamovereenkomst aan te besteden.

Wanneer aanbestedende diensten raamovereenkomsten aangaan met meer dan één ondernemer en de voorwaarden zijn niet ingevuld in de raamovereenkomst dan stellen zij de opdracht opnieuw voor mededinging open en kunnen zij ook de minigunningsprocedure uit lid 5 van artikel 33 toepassen (zie artikel 33 lid 4 sub c).

#### **-Raamovereenkomst met één ondernemer**

Raamovereenkomsten met één ondernemer worden volgens de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden gegund (artikel 33 lid 3). In opdrachten die op een raamovereenkomst zijn gebaseerd mogen geen wezenlijke wijzigingen (zie hierover verder artikel 72 van richtlijn 2014/24 en paragraaf 1.10 van deze notitie) worden aangebracht met betrekking tot de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden (artikel 33 lid 2). Dit geldt met name voor raamovereenkomsten met één ondernemer. Wel bestaat de mogelijkheid om voor de gunning van een raamovereenkomst met één ondernemer, de ondernemer die partij is bij de raamovereenkomst schriftelijk te raadplegen en hem te verzoeken zijn inschrijving aan te vullen (lid 3).

#### **-Looptijd raamovereenkomst**

Voor wat betreft de looptijd wordt (in artikel 33 lid 1) bepaald dat opdrachten op grond van een raamovereenkomst moeten worden gegund voor het einde van de looptijd van de raamovereenkomst, maar de looptijd van de afzonderlijke opdrachten bij een raamovereenkomst hoeft niet samen te vallen met de looptijd van de raamovereenkomst zelf. Bijvoorbeeld wanneer het onderhoud van apparatuur met een verwachte gebruiksduur van meer dan vier jaar betreft of wanneer het personeel een uitgebreide opleiding nodig heeft om de opdracht te kunnen uitvoeren. Ook in uitzonderlijke (maar altijd gemotiveerde) gevallen kan de looptijd van raamovereenkomsten meer dan vier jaar bedragen. Bijvoorbeeld wanneer de afschrijvingstermijn van apparatuur waarover ondernemers gedurende de hele looptijd van de raamovereenkomst moeten kunnen beschikken meer dan vier jaar is.

## **Dynamisch aankoopstelsysteem**

De regels met betrekking tot dynamische aankoopssystemen worden in artikel 34 van richtlijn 2014/24 aangepast zodat aanbestedende diensten ten volle voordeel uit de mogelijkheden van dit instrument kunnen halen. De systemen worden vereenvoudigd. In het bijzonder is toepassing van een niet-openbare procedure nodig (lid 2) waardoor indicatieve inschrijvingen overbodig worden. Dergelijke inschrijvingen vormen een van de grootste belemmeringen namelijk bij het dynamische aankoopstelsysteem. Elke ondernemer die een verzoek tot deelneming indient en aan de selectiecriteria voldoet moet tot de aanbestedingsprocedure in het kader van het dynamische aankoopstelsysteem worden toegelaten gedurende de hele looptijd van het systeem. Met de aankooptechniek van het dynamisch aankoopstelsysteem kunnen aanbestedende diensten voor gangbare of gestandaardiseerde producten, werken of diensten die algemeen op de markt beschikbaar zijn, kiezen uit een groot aantal inschrijvingen en zodoende zorgen voor een optimale besteding van overheidsmiddelen door brede mededinging.

Zie artikel 34 en overwegingen 63 t/m 66 van de richtlijn. In de bestaande richtlijn 2004/18 worden dynamische aankoopssystemen in artikel 1 (definitie) en artikel 33 geregeld.

### **-Wat is het dynamisch aankoopstelsysteem?**

Lid 1 van artikel 34 maakt duidelijker wat onder het dynamische aankoopstelsysteem wordt verstaan. Aanbestedende diensten kunnen hiervan gebruikmaken 'voor aankopen voor courant gebruik, waarvan de kenmerken wegens de algemene beschikbaarheid op de markt, voldoen aan hun behoeften'. Het systeem wordt beheerd als een volledig elektronisch proces dat gedurende de hele geldigheidstermijn van het aankoopstelsysteem openstaat voor elke ondernemer die voldoet aan de selectiecriteria. Het kan worden ingedeeld in categorieën van producten, werken of diensten die objectief worden vastgesteld op basis van de kenmerken van de opdracht in de bewuste categorie. Die kenmerken kunnen ook verwijzen naar de maximaal toegestane omvang van de latere specifieke opdrachten. Of naar een specifiek geografisch gebied waarin latere specifieke opdrachten zullen worden uitgevoerd.

### **-De procedureregels**

Lid 2 geeft aan dat bij aanbesteden op basis van een dynamisch aankoopstelsysteem de regels van de niet openbare procedure worden toegepast, welke en hoe gegadigden worden toegelaten en als met categorieën wordt gewerkt, dat aanbestedende diensten de toepasselijke selectiecriteria aangeven. Ook worden de geldende termijnen beschreven.

Lid 3 geeft aan dat bij een dynamisch aankoopstelsysteem alleen van elektronische middelen gebruik wordt gemaakt overeenkomstig artikel 22.

Lid 4 beschrijft de wijze van gunning bij een dynamisch aankoopstelsysteem.

Lid 5 geeft aan hoe aanbestedende diensten omgaan met de verzoeken om deelneming en de beoordeling daarvan, binnen welke termijn en dat zij zo spoedig mogelijk mededelingen doen over toelating tot het systeem.

De uitnodiging om in te schrijven en de gunning aan de beste inschrijving wordt verder in lid 6 toegelicht. Lid 7 geeft voorschriften over de eigen verklaring.

Lid 8 tenslotte geeft voorschriften over het vermelden van de geldigheidstermijn van het dynamisch aankoopstelsysteem en lid 9 bepaalt dat er geen kosten in rekening mogen worden gebracht voorafgaand of tijdens de geldigheidstermijn.

## **Elektronische veilingen**

De aankooptechniek van elektronische veiling is naar zijn aard niet geschikt voor bepaalde overheidsopdrachten voor werken en diensten die betrekking hebben op intellectuele prestaties (zoals het ontwerpen van werken). Elektronische veilingen mogen namelijk alleen gebruikt worden voor elementen die elektronische en zonder tussenkomst van of beoordeling door de aanbestedende dienst geëvalueerd kunnen worden. Het moet dus gaan om kwantificeerbare elementen die in cijfers of percentages uitgedrukt kunnen worden. Wel kan een elektronische veiling worden gehouden voor de aankoop van een bepaald intellectueel eigendomsrecht.

Zolang de veiling nog niet is begonnen staat het de aanbestedende diensten vrij om selectiecriteria toe te passen waardoor zij het aantal gegadigden of inschrijvers kunnen beperken. Hierna mag echter geen verdere beperking van het aantal aan de veiling deelnemende inschrijvers plaatsvinden.

De elektronische veiling wordt geregeld in artikel 35 van de richtlijn en overweging 67. In de bestaande richtlijn 2004/18 wordt het gebruik van elektronische veilingen in artikel 54 geregeld.

## **Nieuwe elektronische aankooptechnieken zoals elektronische catalogi**

Een elektronische catalogus is een format waarmee informatie voor alle deelnemende bidders op dezelfde wijze wordt gepresenteerd en georganiseerd en dat zich leent voor elektronische verwerking. Denk bijvoorbeeld aan inschrijvingen in de vorm van een spreadsheet. Richtlijn 2014/24 wil mogelijk maken dat aanbestedende diensten elektronische catalogi kunnen verlangen in alle beschikbare procedures waarin het gebruik van elektronische communicatiemiddelen verplicht is.

Volgens artikel 36 lid 2 **kunnen lidstaten het gebruik van elektronische catalogi verplicht stellen** bij bepaalde typen aanbestedingen.

Het gebruik van elektronische catalogi bevordert de mededinging en draagt bij tot meer gestroomlijnde overheidsaankopen, omdat zij tijd en kosten besparen. Er worden wel een aantal regels vastgesteld om te zorgen dat het gebruik hiervan voldoet aan de richtlijnvoorschriften en beginselen van gelijke behandeling, transparantie en non-discriminatie. Het gebruik van elektronische catalogi voor de presentatie van inschrijvingen mag er niet toe leiden dat ondernemers de mogelijkheid hebben zich te beperken tot toezending van hun algemene catalogus. Zij moeten verplicht blijven hun algemene catalogus aan te passen voor de specifieke aanbestedingsprocedure. In de catalogus die zij indienen moeten dus slechts de producten, werken of diensten die naar hun oordeel overeenkomen met de eisen van de aanbestedende dienst worden opgenomen.

Overeenkomstig de bepalingen over elektronische communicatiemiddelen moeten aanbestedende diensten vermijden onterechte belemmeringen op te werpen voor de toegang van ondernemers tot aanbestedingsprocedures waarbij inschrijving in de vorm van een elektronische catalogus wordt vereist en de naleving van de algemene beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling wordt gewaarborgd. Zie artikel 36 en overweging 68.

## **Aankoopcentrales**

Artikel 37 van richtlijn 2014/24 regelt het gebruik van aankoopcentrales (zie definitie in artikel 2 sub 16) en **lid 1 geeft diverse implementatiekeuzes t.a.v. aankoopcentrales** weer die het Ministerie van EZ zal gaan bezien. Overwegingen 69 tot en met 73 geven een uitgebreidere toelichting. De nieuwe richtlijn scherpt de bestaande voorschriften over aankoopcentrales in de huidige aanbestedingsrichtlijn aan en verduidelijkt het mogelijke gebruik ervan. In de bestaande richtlijn 2004/18 worden aankoopcentrales in artikel 1 (definitie) en artikel 11 geregeld.

### **-Definitie aankoopcentrale**

Een aankoopcentrale wordt in artikel 2 sub 16 omschreven als een aanbestedende dienst die gecentraliseerde aankoopactiviteiten (zie art. 2 sub 14) en eventueel aanvullende aankoopactiviteiten (zie art. 2 sub 15) verricht.

Gecentraliseerde aankoopactiviteiten zijn activiteiten die permanent plaatsvinden op een van de volgende wijzen:

- a) de verwerking van leveringen en/of diensten die bestemd zijn voor aanbestedende diensten;
- b) de gunning van overheidsopdrachten of de sluiting van raamovereenkomsten voor werken, leveringen of diensten die bestemd zijn voor aanbestedende diensten.

Aanvullende aankoopactiviteiten betreffen activiteiten die bestaan in het verlenen van ondersteuning aan aankoopactiviteiten, met name op de volgende wijzen:

- a) technische infrastructuur die aanbestedende diensten in staat stelt overheidsopdracht te gunnen of raamovereenkomsten te sluiten voor werken leveringen of diensten;
- b) adviesverlening over het verloop of de opzet van openbare aanbestedingsprocedures;
- c) voorbereiding en beheer van aanbestedingsprocedures namens en voor rekening van de betrokken aanbestedende dienst.

### **-Verschillende rollen; gevolg voor verantwoordelijkheid naleving richtlijn**

Aankoopcentrales zijn dus belast met het verrichten van aankopen, het beheren van dynamische aankoopssystemen of het plaatsen van overheidsopdrachten/raamovereenkomsten voor andere aanbestedende diensten, al dan niet tegen vergoeding. Door de omvang van de aankopen kunnen de technieken de concurrentie bevorderen en bijdragen aan een professioneler overheidsaankoopbeleid. Uit de definitie van aankoopcentrales blijkt dat zij op twee manieren werken: als groothandelaar (door aankoop, opslag en wederverkoop) of als tussenpersoon (door plaatsen van opdrachten, beheer van dynamisch aankoopstelsel, sluiten van raamovereenkomsten die door aanbestedende diensten worden gebruikt). Afhankelijk van de rol moeten de toepassing van de relevante aanbestedingsprocedures uit de richtlijn en de eventuele instructies van de betrokken aanbestedende diensten nader worden ingevuld. De richtlijn geeft voorschriften voor de verdeling van de verantwoordelijkheid voor de naleving van de verplichtingen van de richtlijn tussen de aankoopcentrale en de aanbestedende diensten die bestellingen plaatsen. Maar ook over de mogelijkheden voor een aanbestedende dienst om een overheidsopdracht voor het verrichten van gecentraliseerde aankopen aan een aankoopcentrale te gunnen zonder toepassing van de richtlijn procedures of voor het verrichten van aanvullende aankopen. Van belang is dat de richtlijn niet van toepassing is als het gaat om een gecentraliseerde of aanvullende aankoop waar geen overeenkomst onder bezwarende titel (die een aanbesteding in de zin van de richtlijn is) wordt gesloten.

### **-Elektronische communicatiemiddelen**

Elektronische communicatiemiddelen zijn bijzonder geschikt als hulpmiddel bij gecentraliseerde aankopen omdat zij de mogelijkheid bieden gegevens te hergebruiken en automatisch te verwerken en zo de kosten te beperken. Daarom wordt het gebruik van elektronische communicatiemiddelen door aankoopcentrales verplicht gesteld. Zie artikelen 37 lid 3, 22 en 90 lid 2, alsmede overweging 72.

### **Gezamenlijke aanbestedingen**

Overwegingen 71 en 73 en artikelen 37 tot en met 39 van de richtlijn gaan ook nader in op de overeenkomsten en verschillen tussen aankoopcentrales, gecentraliseerde aankoop en (grensoverschrijdende) gezamenlijke aanbestedingen.

Aanscherping van de bepalingen over aankoopcentrales mag geen beletsel vormen voor de bestaande praktijk van incidentele gezamenlijke aanbesteding (artikel 38) of voor de bestaande praktijk waarbij gebruik wordt gemaakt van dienstverleners die een aanbestedingsprocedure



voorbereiden en beheren, namens en voor rekening van een aanbestedende dienst en overeenkomstig diens instructies. Vanwege de belangrijke rol van gezamenlijke aanbesteding, vooral in verband met innovatieve projecten, moeten bepaalde kenmerken van gezamenlijke aanbesteding wel verder worden verduidelijkt. Gezamenlijke aanbesteding kan tal van vormen aannemen, waarvan overweging 71 er een aantal beschrijft.

Artikel 38 lid 2 geeft aan dat wanneer een volledige aanbestedingsprocedure gezamenlijk wordt uitgevoerd namens en voor rekening van alle betrokken aanbestedende diensten, zij gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het nakomen van hun plichten uit hoofde van richtlijn 2014/24. Ook wanneer een aanbestedende dienst de procedure beheert en optreedt namens zichzelf en namens de andere betrokken aanbestedende diensten.

Als de uitvoering van een aanbestedingsprocedure niet in zijn geheel wordt uitgevoerd namens en voor rekening van de betrokken aanbestedende diensten, zijn zij alleen gezamenlijk verantwoordelijk voor de gezamenlijk uitgevoerde delen. De aanbestedende dienst is als enige verantwoordelijk voor de delen die hij in eigen naam en voor eigen rekening uitvoert.

Tot slot regelt artikel 39 de situatie waarin aanbestedende diensten uit verschillende lidstaten gezamenlijk aanbesteden, bijvoorbeeld via een EGTS (Europese Groepering voor Territoriale Samenwerking, zie lid 5). In de huidige praktijk zien aanbestedende diensten zich daarbij vaak geconfronteerd met juridische problemen wegens conflicterende nationale wetgevingen. Artikel 39 geeft daarom nieuwe regels voor grensoverschrijdende gezamenlijke aanbestedingen die de aanbestedende diensten makkelijker laat samenwerken en de voordelen van de interne markt vergroten door grensoverschrijdende zakelijke kansen voor leveranciers en dienstverleners te creëren. De nationale bepalingen van de lidstaat waar aankoopcentrales zijn gevestigd moeten daarom onder meer regels geven over het verschaffen van gecentraliseerde aankoopactiviteiten door een in een andere lidstaat gevestigde aankoopcentrale. De regels in artikel 39 moeten de voorwaarden voor grensoverschrijdend gebruik van aankoopcentrales bij grensoverschrijdende gezamenlijke procedures verder bepalen, alsmede de toepasselijke aanbestedingswetgeving, de toepasselijke wetgeving inzake rechtsmiddelen en moeten het mogelijk maken dat aanbestedende diensten uit verschillende lidstaten gezamenlijke entiteiten naar nationaal of unierecht kunnen oprichten. **Ook dit betreft een punt dat in de implementatiewetgeving door EZ verder zal dienen te worden uitgewerkt.**

## **2.4 Termijnen**

De Europese Commissie heeft een meer flexibele en gebruiksvriendelijkere benadering voor bepaalde onderdelen van de [aangebestedingsprocedures](#) voorgesteld. Termijnen zijn daarom ingekort zodat procedures sneller kunnen verlopen. Hieronder worden alleen de termijnen van de meest gebruikte aanbestedingsprocedures, namelijk de openbare en niet-openbare procedure, behandeld.

Verskillende termijnen zijn ingekort zodat een snellere en meer gestroomlijnde aanbestedingsprocedure mogelijk is.

Zie voor een beschrijving van de overige procedures in de nieuwe richtlijn paragraaf 2.2 van deze notitie.

### **Openbare procedure:**

De termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen bedraagt ten minste 35 dagen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht.

Wanneer de aanbestedende diensten een vooraankondiging bekend hebben bekendgemaakt die niet wordt gebruikt als een oproep tot mededinging, kan de minimale termijn voor ontvangst van inschrijvingen worden verkort tot 15 dagen onder voorwaarden genoemd in artikel 27 lid 2: -de vooraankondiging moet dan alle informatie bevatten die de aankondiging van de opdracht

overeenkomstig deel B, afdeling I, van bijlage V moet bevatten, voor zover zij beschikbaar was op het tijdstip dat de vooraankondiging werd bekendgemaakt;

- de vooraankondiging was ten minste 35 dagen en ten hoogste 12 maanden vóór de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht ter bekendmaking verzonden.

De aanbestedende dienst kan de termijn van 35 dagen voor ontvangst van inschrijvingen met vijf dagen verkorten wanneer hij erin toestemt dat inschrijvingen overeenkomstig artikel 22, leden 5 en 6 met elektronische middelen worden ingediend.

#### **Niet-openbare procedure:**

De termijn voor de ontvangst van de verzoeken tot deelname bedraagt ten minste 30 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht of, wanneer een vooraankondiging wordt gebruikt als een oproep tot mededinging, vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling.

De termijn voor de ontvangst van inschrijvingen bedraagt minimaal 30 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Wanneer de aanbestedende diensten een vooraankondiging hebben bekendgemaakt die niet wordt gebruikt als oproep tot mededinging, kan de termijn voor de ontvangst van inschrijvingen van 30 dagen worden verkort tot 10 dagen, mits aan de volgende voorwaarden is voldaan:

- de vooraankondiging moet dan alle informatie bevatten die de aankondiging van de opdracht overeenkomstig deel B, afdeling I, van bijlage V moet bevatten, voor zover zij beschikbaar was op het tijdstip dat de vooraankondiging werd bekendgemaakt;
- de vooraankondiging was ten minste 35 dagen en ten hoogste 12 maanden vóór de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht ter bekendmaking verzonden.

Zoals in de voorgaande paragraaf al te lezen was **kunnen de lidstaten ervoor kiezen** dat alle of bepaalde categorieën niet-centrale aanbestedende diensten de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen in onderlinge overeenstemming met de geselecteerde gegadigden kunnen bepalen, mits alle geselecteerde gegadigden evenveel tijd krijgen om hun inschrijving voor te bereiden en in te dienen. Is er geen overeenstemming over de termijn voor ontvangst van de inschrijvingen, dan bedraagt deze ten minste tien dagen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

De termijn voor de ontvangst van inschrijvingen van 30 dagen kan met vijf dagen worden verkort wanneer de aanbestedende dienst ermee instemt dat inschrijvingen langs elektronische weg worden ingediend overeenkomstig artikel 22 leden 1, 5 en 6.

Wanneer het in het geval van een urgente situatie welke door de aanbestedende dienst naar behoren is onderbouwd niet haalbaar blijkt de vastgestelde termijnen in acht te nemen dan kan de aanbestedende dienst:

- Een termijn voor ontvangst van de verzoeken tot deelname van minimaal vijftien dagen bepalen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht;
- Een termijn voor ontvangst van inschrijvingen van minimaal tien dagen bepalen, te rekenen vanaf de datum waarop de uitnodiging tot inschrijving is verzonden.

#### **2.5 Uitsluitings-, selectie- en gunningscriteria**

Op basis van de huidige richtlijn 2004/18 moet de keuze van de winnende inschrijver plaatsvinden in twee fasen. In de selectiefase beoordeelt de aanbestedende dienst de bekwaamheid en geschiktheid van de ondernemingen. Dit gebeurt aan de hand van [uitsluitingscriteria](#) en [criteria](#) van economische en financiële draagkracht, beroeps- en technische kennis en bekwaamheid. In de [gunningsfase](#)

onderzoekt de aanbestedende dienst de inschrijvingen en kiest daaruit de beste. Dit gebeurt aan de hand van objectieve criteria die verband houden met de kwaliteit van de aangeboden producten en diensten. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moeten de aanbestedende diensten een strikt onderscheid maken tussen selectie- en gunningscriteria.

In het voorstel van de Commissie uit 2011 was het onderscheid tussen gunnings- en selectiecriteria flexibeler gemaakt. De Commissie stelde voor dat aanbestedende diensten zelf zouden mogen beslissen welke volgorde zij hanteren bij het beoordelen van de selectie- en gunningscriteria. Op basis van de huidige aanbestedingsrichtlijnen (artikel 44) moeten eerst de selectiecriteria (die zien op de aanbieder) en vervolgens de gunningscriteria (die zien op de aanbieder) getoetst worden. Op basis van het voorstel uit 2011 mocht ook rekening gehouden worden met de organisatie en de kwaliteit van het personeel dat de opdracht uit gaat voeren als gunningscriterium. In de onderhandelingsfase is echter het een en ander gewijzigd met betrekking tot uitsluitingscriteria en het onderscheid tussen selectie en gunning aan de voorstellen van de Commissie. Hierop wordt hierna nader ingegaan.

Overigens kent artikel 56 van richtlijn 2014/24 een tweetal implementatiekeuzes aangaande de selectie en gunning waarbij **lidstaten kunnen besluiten** het gebruik van de openbare procedure uit te sluiten of te beperken tot bepaalde soorten aanbestedingen of bepaalde omstandigheden (lid 2) of aanbestedende diensten die bij onvolledige, onjuiste of ontbrekende documentatie ondernemers kunnen verzoeken hierin binnen een passende termijn te voorzien **tenzij het nationale recht ter implementatie van deze richtlijn** anders bepaalt (lid 3).

### **Uitsluitingsgronden**

Er zijn in de nieuwe richtlijn een aantal nieuwe uitsluitingsgronden opgenomen (artikel 57). Hieronder worden de nieuwe uitsluitingsgronden behandeld. De uitsluitingsgronden die al in de huidige richtlijn staan opgenomen worden niet genoemd.

### **Verplichte uitzonderingsgronden**

Overheidsopdrachten mogen niet worden gegund aan ondernemers die hebben deelgenomen aan een criminele organisatie of die zich schuldig hebben gemaakt aan omkoping, fraude ten nadele van de financiële belangen van de Unie, terroristische misdrijven, witwassen of terrorismefinanciering. Het niet betalen van belastingen of socialezekerheidsbijdragen moet ook leiden tot verplichte uitsluiting op het niveau van de Unie. **De lidstaten moeten echter kunnen voorzien in** een afwijking van deze verplichte uitsluitingen in buitengewone gevallen waarin de gunning van de opdracht om dwingende redenen van algemeen belang onontbeerlijk is, bijvoorbeeld als er dringend behoefte is aan vaccins of nooduitrusting die alleen te verkrijgen zijn bij een ondernemer op wie een van de verplichte gevallen van uitsluiting anderszins van toepassing is (overweging 100).

Aan de verplichte uitsluitingsgronden zijn een aantal nieuwe gronden toegevoegd ten opzichte van de huidige richtlijnen. Deze nieuwe gronden betreffen:

#### **- Terrorisme**

Terroristische misdrijven of strafbare feiten in verband met terroristische activiteiten dan wel uitlokking van, medeplichtigheid aan of poging tot het plegen van een dergelijk misdrijf of strafbaar feit (artikel 57 lid 1d).

#### **- Kinderarbeid**

Kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel (artikel 57 lid 1f).

#### **- Belastingen of sociale premies niet betaald**

Een ondernemer moet worden uitgesloten van deelname aan een aanbestedingsprocedure wanneer de aanbestedende dienst ervan op de hoogte is dat de ondernemer niet voldoet aan zijn

verplichtingen tot betaling van belastingen of sociale premies en wanneer dit is vastgesteld bij een rechterlijke of administratieve beslissing die onherroepelijk en bindend is overeenkomstig de wettelijke bepalingen van het land waar hij is gevestigd of van de lidstaat van de aanbestedende dienst (artikel 57 lid 2 eerste alinea).

### **Facultatieve uitzonderingsgronden**

De aanbestedende diensten moet verder de mogelijkheid worden geboden ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken, bijvoorbeeld wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten of wegens andere ernstige beroepsfouten, zoals schending van de mededingingsregels of van de intellectuele-eigendomsrechten. Een ernstige fout kan de integriteit van de ondernemer aantasten en ertoe leiden dat hij niet meer in aanmerking komt voor het plaatsen van een overheidsopdracht, ook al beschikt hij over de technische bekwaamheid en de economische draagkracht om de opdracht uit te voeren.

Rekening houdend met het feit dat de aanbestedende dienst aansprakelijk zal zijn voor de gevolgen van een eventuele foute beslissing, moet hij tevens naar eigen inzicht kunnen blijven beoordelen in hoeverre er sprake is van een ernstige fout, ingeval hij, voordat bij definitief, bindend besluit is vastgesteld dat er verplichte uitsluitingsgronden voorhanden zijn, met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer zijn verplichtingen heeft geschonden, waaronder de verplichtingen in verband met de betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen, **tenzij in het nationale recht anders is bepaald**. Hij moet voorts gegadigden of inschrijvers kunnen uitsluiten die zich bij eerdere overheidsopdrachten schuldig hebben gemaakt aan grove wanprestatie, bijvoorbeeld niet-levering of niet-uitvoering, levering of uitvoering met grote gebreken die het product of de dienst onbruikbaar maken voor het beoogde doel, en wangedrag dat ernstige twijfel doet rijzen aan de betrouwbaarheid van de ondernemer (past performance). **In het nationaal recht moet in een maximumtermijn** voor dergelijke uitsluitingen voorzien worden.

Bij het hanteren van facultatieve uitsluitingsgronden, moeten de aanbestedende diensten bijzondere aandacht schenken aan het proportionaliteitsbeginsel. Kleine onregelmatigheden mogen slechts in uitzonderlijke omstandigheden tot de uitsluiting van een ondernemer leiden. Doen zich echter herhaaldelijk kleine onregelmatigheden voor, dan kan dit twijfel doen rijzen over de betrouwbaarheid van de ondernemer en reden tot uitsluiting zijn (overweging 101).

Aan de verplichte uitsluitingsgronden zijn een aantal nieuwe facultatieve gronden toegevoegd ten opzichte van de huidige richtlijnen. Deze nieuwe gronden betreffen:

-Belastingen en sociale premies niet betaald

Aanbestedende diensten mogen een ondernemer uitsluiten (lidstaten kunnen er voor kiezen dit te verplichten) van deelname aan een aanbestedingsprocedure wanneer de aanbestedende dienst met elk passend middel kan aantonen dat de ondernemer niet voldoet aan zijn verplichtingen tot betaling van belastingen of socialezekerheidsbijdragen (artikel 57 lid 2 tweede alinea).

-Schending milieu-, sociaal en arbeidsrecht

Aanbestedende diensten mogen ondernemers uitsluiten wanneer zij met elk passend middel aan kunnen tonen dat verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomst of uit hoofde van de in bijlage X vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht zijn geschonden (artikel 57 lid 4a).

-Vervalsing mededinging: overeenkomst met andere ondernemers

Ondernemers kunnen worden uitgesloten wanneer de aanbestedende dienst over voldoende plausibele aanwijzingen beschikt om te concluderen dat de ondernemer met andere ondernemers

overeenkomsten heeft gesloten die gericht zijn op vervalsing van de mededinging (artikel 57 lid 4d).

#### -Belangenconflict

Uitsluiting mag wanneer een belangenconflict in de zin van artikel 24 niet effectief kan worden verholpen met andere, minder ingrijpende maatregelen (artikel 57 lid 4e). Artikel 24 van de richtlijn bepaalt dat **lidstaten ervoor dienen te zorgen** dat aanbestedende diensten passende maatregelen nemen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen om vervalsing van de mededinging te vermijden en gelijke behandeling van ondernemers te verzekeren.

#### -Vervalsing mededinging: betrokkenheid bij de voorbereiding

Uitsluiting mag wanneer zich wegens de eerdere betrokkenheid van de onderneming bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure een vervalsing van de mededinging als bedoeld in artikel 41 heeft voorgedaan die niet met minder ingrijpende maatregelen kan worden verholpen (artikel 57 lid 4f).

#### -Past performance

De ondernemer mag worden uitgesloten wanneer de ondernemer blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift bij de uitvoering van een eerdere opdracht met een aanbestedende dienst of een eerdere concessieovereenkomst en dit geleid heeft tot vroegtijdige beëindiging van die eerdere opdracht, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties (artikel 57 lid 4g).

#### -Beïnvloeding besluitvormingsproces

Ook mag uitsluiting wanneer de ondernemer heeft getracht om het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden, om vertrouwelijke informatie te verkrijgen die hem onrechtmatige voordelen in de aanbestedingsprocedure kan bezorgen, of om verwijtbaar misleidende informatie te verstrekken die een belangrijke invloed kan hebben op besluiten inzake uitsluiting, selectie en plaatsing.

### **Toelichting op uitsluitingsgronden**

De hierboven genoemde uitsluitingsgronden zijn dus ofwel nieuwe uitsluitingsgronden ofwel gewijzigde uitsluitingsgronden ten opzichte van de huidige richtlijn. Alle uitsluitingsgronden in de huidige richtlijn zijn verder behouden, maar hier verder niet genoemd. **De lidstaten kunnen ervoor kiezen** om van de facultatieve uitsluitingsgronden verplichte uitsluitingsgronden te maken.

### **Self-cleaning**

Elke ondernemer mag (zie artikel 57 lid 6), wanneer hij in een van de situaties als genoemd in de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden verkeert, bewijzen dat de maatregelen die de ondernemer heeft genomen voldoende zijn om zijn betrouwbaarheid aan te tonen ondanks de toepasselijke uitsluitingsgrond. Als dat bewijs toereikend wordt gevonden, wordt de betrokken ondernemer niet uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

De ondernemer kan dus bijvoorbeeld bewijzen dat hij eventuele schade als gevolg van strafrechtelijke inbreuken of beroepsfouten heeft betaald of heeft toegezegd te zullen vergoeden, dat hij de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief mee te werken met de onderzoekende autoriteiten en dat hij concrete technische, organisatorische en personeelsmaatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafrechtelijke inbreuken of fouten te voorkomen.

De aanbestedende diensten moeten die maatregelen beoordelen en daarbij de ernst en de bijzondere omstandigheden van de strafrechtelijke inbreuken of beroepsfout meewegen.

## **Selectiecriteria**

[Selectiecriteria](#) kunnen volgens artikel 58 lid van richtlijn 2014/24 uitsluitend betrekking hebben op:

- geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen (artikel 58 lid 2);
- de economische en financiële draagkracht (artikel 58 lid 3 en overweging 83);
- de technische en beroepsbekwaamheid (artikel 58 lid 4).

Alle voorwaarden houden verband met en staan in verhouding tot het voorwerp van de opdracht (artikel 58 lid 1).

## **Geschiktheid om de beroepsactiviteit uit te oefenen**

Aanbestedende diensten kunnen van ondernemers eisen dat zij zijn ingeschreven bij een van de in de lidstaat van vestiging bijgehouden beroeps- of handelsregisters als omschreven in bijlage XI (registers) of dat zij voldoen aan andere eisen in die bijlage.

Bij dienstenopdrachten kan de aanbestedende dienst, voor zover ondernemers moeten beschikken over een bepaalde vergunning of lid moeten zijn van een bepaalde organisatie om in hun land van herkomst de betrokken dienst te verlenen, van deze ondernemers verlangen dat zij het bewijs leveren van die vergunning of dat lidmaatschap.

## **Economische en financiële draagkracht**

Aanbestedende diensten kunnen eisen stellen om ervoor te zorgen dat ondernemers over de nodige economische en financiële draagkracht beschikken om het contract uit te voeren. Zo kunnen zij eisen dat ondernemers een bepaalde minimumjaaronzet moeten hebben of kunnen zij informatie vragen over jaarrekeningen. Wanneer gevraagd wordt om een minimumjaaronzet, mag deze maximaal twee maal de geraamde waarde van de opdracht bedragen (dit i.t.t. de Aanbestedingswet die uitgaat van drie maal de geraamde waarde). Alleen in naar behoren gemotiveerde omstandigheden zou dit meer mogen zijn. Wanneer een opdracht in percelen is verdeeld geldt dit per perceel.

## **Technische- en beroepsbekwaamheid**

Aanbestedende diensten kunnen ondernemers eisen opleggen opdat zij over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passende kwaliteitsnorm uit te voeren.

De aanbestedende diensten kunnen met name eisen dat de ondernemers een voldoende mate van ervaring hebben die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten.

Een aanbestedende dienst kan ervan uitgaan dat een ondernemer niet over de vereiste beroepsbekwaamheid beschikt wanneer hij heeft vastgesteld dat de ondernemer conflicterende belangen heeft die negatief kunnen uitwerken op de uitvoering van de overeenkomst.

In aanbestedingsprocedures voor leveringen waarvoor plaatsings- of installatiewerkzaamheden nodig zijn, dan wel voor diensten of werken, kan de beroepsbekwaamheid van de ondernemers om de dienst te verlenen of de installatie of de werkzaamheden uit te voeren worden beoordeeld op grond van hun vaardigheden, doeltreffendheid, ervaring en betrouwbaarheid.

**Lidstaten kunnen standaardvoorwaarden opstellen** voor de wijze waarop combinaties van ondernemers aan eisen van draagkracht en bekwaamheid moeten voldoen (artikel 19 lid 2).

## **Beroep op draagkracht van derden**

Met betrekking tot de gestelde criteria inzake economische en financiële draagkracht en de criteria inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid kan een ondernemer zich, in voorkomend geval en voor een bepaalde opdracht, beroepen op de draagkracht van andere entiteiten (artikel 63).



Het maakt daarbij niet uit wat de juridische aard van de banden met die entiteiten is. Wat betreft de criteria inzake onderwijs- en beroepskwalificaties of inzake de relevante beroepservaring, mogen ondernemers zich slechts beroepen op de draagkracht van andere entiteiten wanneer deze entiteiten de werken of diensten waarvoor de draagkracht vereist is, zal verrichten.

### **Gunningscriteria**

Wat betreft de keuze voor een gunningscriterium heeft er in de definitief vastgestelde versie van richtlijn 2014/24 een verandering in terminologie plaatsgevonden ten opzichte van de huidige aanbestedingsrichtlijn. De gunning van overheidsopdrachten moet op de economisch meest voordelige inschrijving gebaseerd worden. Als winnende inschrijving moet namelijk uiteindelijk altijd de volgens de afzonderlijke aanbestedende dienst economisch beste oplossing worden gekozen. Om verwarring te voorkomen met het gunningscriterium 'emvi' uit de huidige richtlijn, wordt daarvoor nu in de nieuwe richtlijn de term 'beste prijs-kwaliteitsverhouding' gebruikt. De economisch meest voordelige inschrijving kan ook alleen op basis van de prijs of kosteneffectiviteit worden vastgesteld. **Lidstaten kunnen er echter voor kiezen om** gunning op laagste prijs of kosten te verbieden of te beperken tot bepaalde categorieën aanbestedende diensten of bepaalde soorten opdrachten. Gunningscriteria moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht wanneer zij betrekking hebben op de in het kader van die opdracht te verrichten werken, leveringen of diensten. Zie ook artikel 67 en overweging 89 ev. Voor meer informatie over de rol van de in de nieuwe richtlijn uitgewerkte levenscycluskostenbenadering bij gunningscriteria (artikel 67 lid 2) leest u meer in paragraaf 2.7 van deze notitie.

### **Kwaliteit personeel**

Nieuw in de richtlijn is dat in geval de kwaliteit van het personeel van betekenis is voor het prestatieniveau van de opdracht, de aanbestedende dienst de organisatie, kwaliteit en ervaring van het bij de uitvoering van de opdracht betrokken personeel als gunningscriterium moet kunnen gebruiken, aangezien dit van invloed kan zijn op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht en daarmee ook op de economische waarde van de inschrijving. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn bij de uitvoering van contracten voor de intellectuele diensten, zoals adviesverlening of architectuurdiensten. Zie ook artikel 67 lid 2b en overweging 94.

### **Afwijzing inschrijving bij abnormaal lage inschrijvingen**

Inschrijvingen die abnormaal laag worden bevonden in verhouding tot de werken, leveringen of diensten, kunnen gebaseerd zijn op technisch, economisch of juridisch ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken. Indien de inschrijver niet voldoende uitleg kan verschaffen, moet de aanbestedende dienst het recht hebben de inschrijving af te wijzen. De aanbestedende dienst wijst de inschrijving af indien hij heeft vastgesteld dat de abnormaal lage prijzen of kosten het gevolg zijn van niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften van het Unierecht, van met het Unierecht verenigbare voorschriften van nationaal recht, of van internationale arbeidsrechtelijke voorschriften (overweging 103, artikel 69).

### **Uniform Europees Aanbestedingsdocument**

Veel ondernemingen, waaronder mkb's, zijn van mening dat de deelname aan aanbestedingen vooral belemmerd wordt door de administratieve belasting die voortvloeit uit de verplichting een aanzienlijk aantal certificaten of andere documenten in verband met uitsluitings- en selectiecriteria over te leggen (overweging 84).

In de richtlijn wordt daarom het gebruik van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) aanbevolen: 'Het beperken van zulke verplichtingen, bijvoorbeeld door het gebruik van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), bestaande uit een geactualiseerde eigen verklaring, toe te staan, kan de administratieve belasting aanzienlijk vereenvoudigen, ten gunste van de aanbestedende diensten en de ondernemers.' (overweging 84)

In artikel 59 wordt het Uniform Aanbestedingsdocument behandeld. Meer over dit UEA leest u hierna in paragraaf 2.8.

### **Bewijs opvragen**

De inschrijver aan wie de opdracht zal worden gegund, moet het nodige bewijs kunnen leveren, zo niet mag de aanbestedende dienst niet overgaan tot sluiting van het contract. De aanbestedende dienst moet ook het recht hebben alle of een deel van de aanvullende stukken op te vragen, wanneer hij dit nodig acht voor een goed verloop van de procedure. Dit kan met name het geval zijn bij procedures in twee fasen — niet-openbare procedures, mededingingsprocedures met onderhandeling, concurrentiegerichte dialogen en innovatiepartnerschappen — waarbij de aanbestedende diensten gebruikmaken van de mogelijkheid tot beperking van het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd om een inschrijving in te dienen. De eis tot indiening van de aanvullende stukken op het moment van de selectie van de uit te nodigen gegadigden, kan gerechtvaardigd zijn om te voorkomen dat aanbestedende diensten gegadigden uitnodigen die later niet in staat blijken de aanvullende stukken in de gunningsfase te kunnen overleggen, waardoor gegadigden die voor het overige aan de eisen voldoen, van deelneming worden uitgesloten (overweging 84).

Het is van belang dat de beslissingen van de aanbestedende diensten op recente informatie berusten, met name wanneer het om uitsluitingsgronden gaat. Belangrijke wijzigingen kunnen immers vrij snel optreden, bijvoorbeeld in geval van financiële moeilijkheden die een ondernemer ongeschikt maken, of omgekeerd, omdat een uitstaande schuld of sociale bijdragen inmiddels zijn betaald. Daarom is het beter dat aanbestedende diensten indien mogelijk die informatie controleren door deze in de desbetreffende databanken op te zoeken. Die moeten nationaal zijn, in die zin dat ze door nationale overheidsinstanties worden beheerd (overweging 85).

Ook moet worden bepaald dat de aanbestedende diensten niet mogen verzoeken om nog actuele stukken uit eerdere aanbestedingsprocedures welke zij reeds in hun bezit hebben. Er moet echter ook op worden toegezien dat de aanbestedende diensten in dit verband geen buitensporige kosten voor opslag en archivering moeten maken. Deze verplichting kan dus pas ingaan als het gebruik van elektronische communicatiemiddelen verplicht wordt: elektronisch documentbeheer zal die taak voor de aanbestedende diensten immers veel lichter maken (overweging 85).

Het gebruik van een standaardformulier voor eigen verklaringen zou extra vereenvoudiging kunnen bieden voor zowel ondernemers als aanbestedende diensten. De problemen in verband met de precieze formulering van formele verklaringen en verklaringen van instemming, en de taalproblemen kunnen erdoor worden verminderd (overweging 86).

## **2.6 Wezenlijke wijziging van opdrachten**

Het [wijzigen van opdrachten](#) gedurende de looptijd ervan is erkend als problematisch. In de nieuwe richtlijn wordt een specifieke bepaling over wijziging van opdrachten tijdens de uitvoering opgenomen (artikel 72 en overwegingen 107 ev.).

### **Wat is een wezenlijke wijziging?**

Er is al bestaande rechtspraak van het HvJ EU over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen. Dit is het geval wanneer er sprake is van materiële wijzigingen van de aanvankelijke opdracht, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en plichten, waaronder de verdeling van intellectuele eigendomsrechten. Deze wijzigingen tonen aan dat de partijen de intentie hebben



opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de opdracht. Dit doet zich volgens overweging 107 met name voor indien de gewijzigde voorwaarden, hadden zij deel uitgemaakt van de aanvankelijke procedure, invloed zouden hebben gehad op het resultaat van de procedure.

Lid 4 van artikel 72 beschrijft wanneer er sprake is van een wezenlijke wijziging. Dat is in ieder geval wanneer de wijziging voorziet in voorwaarden die, als ze deel waren geweest van de aanvankelijke aanbesteding, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigden en de gunning aan een andere inschrijver mogelijk zou hebben gemaakt of bijkomende deelnemers aan de aanbesteding zouden hebben aangetrokken.

Ook is er een wezenlijke wijziging wanneer het economische evenwicht van de opdracht of raamovereenkomst ten gunste van de opdrachtnemer verandert op een wijze die oorspronkelijk niet is voorzien. Wanneer de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht of raamovereenkomst, dan is deze wezenlijk.

Tot slot kan er in bepaalde gevallen dat er een nieuwe aannemer in de plaats komt van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst aanvankelijk heeft gegund, sprake zijn van een wezenlijke wijziging.

Wijzigingen die niet wezenlijk zijn in de zin van artikel 72 lid 4, kunnen ingevolge artikel 72 lid 1 sub e zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure worden aangebracht.

#### **Kleinere wijzigingen onder 'de minimis'-drempel**

Tot op zekere hoogte moeten wijzigingen van de opdrachten die een geringe wijziging van de waarde van de opdracht tot gevolg hebben, altijd mogelijk zijn zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig is. De nieuwe richtlijn voorziet daarom in artikel 72 lid 2 en met het oog op rechtszekerheid in zogenaamde 'de minimis'-drempels waaronder een nieuwe procedure niet nodig is. Wijzigingen van de opdracht tot die drempels moeten mogelijk zijn zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure nodig is, mits zij voldoen aan de relevante voorwaarden uit de richtlijn. Het gaat om gewijzigde opdrachten waarvan het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan de Europese drempelwaarden (sub a) en lager dan 10% van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor leveringen en diensten en minder dan 15% voor werken (sub b). De wijziging mag de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst niet veranderen.

Voor het berekenen van de prijs wordt in principe de geactualiseerde prijs als referentiewaarde gebruikt (zie artikel 72 lid 3).

#### **Aanvullende werken, leveringen en diensten**

In sommige gevallen worden aanbestedende diensten geconfronteerd met de situatie dat aanvullende werken, leveringen of diensten nodig zijn. Een wijziging van de oorspronkelijke opdracht zonder een nieuwe aanbestedingsprocedure kan dan gerechtvaardigd zijn. Artikel 72 lid 1 sub b geeft hiervoor een regeling. Met name wanneer de aanvullende prestaties dienen ter gedeeltelijke vervanging of als aanvulling van de bestaande diensten, leveringen of installaties, en de aanbestedende dienst bij vervanging van leverancier genoodzaakt zou zijn materiaal, werken of diensten met andere technische kenmerken aan te kopen en daardoor incompatibiliteit of buitensporige technische problemen bij het functioneren de werking en in het onderhoud zouden ontstaan. Lid 1 sub b stelt dat het moet gaan om de situatie dat een verandering van aannemer niet mogelijk is om economische of technische redenen (bijvoorbeeld dat de aanvullende zaken uitwisselbaar of interoperabel moeten zijn met de bestaande uitrusting) en tot aanzienlijk ongemak of kostenstijging zou leiden voor de aanbestedende dienst. De prijsverhogingen mogen niet hoger zijn dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht.

#### **Onvoorziene omstandigheden**

Soms is er sprake van externe omstandigheden die aanbestedende diensten niet konden voorzien bij

het plaatsen van de opdracht, met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt. Er is dan flexibiliteit nodig om de opdracht zonder nieuwe aanbesteding aan deze omstandigheden aan te passen. Bij onvoorziene omstandigheden gaat het om omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbestedende dienst, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan. Dit is echter niet van toepassing in het geval waarin een wijziging tot een verandering van de aard van de hele aanbesteding leidt. Bijvoorbeeld als werken, leveringen of diensten worden vervangen door iets anders of als het soort aanbesteding wezenlijk wordt veranderd omdat dan kan worden aangenomen dat het resultaat is beïnvloed. Artikel 72 lid 1 sub c stelt tot slot nog dat bij onvoorziene omstandigheden prijsverhogingen niet hoger dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst mogen zijn.

### **Herzienings- of optieclausules**

Een aanbestedende dienst moet op grond van dergelijke clausules zelf, zij het niet onbeperkt, in een opdracht wijzigingen kunnen aanbrengen. In artikel 72 lid 1 sub a bepaalt de richtlijn dat wanneer de wijzigingen, ongeacht de geldelijke waarde ervan, in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zijn aangebracht in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsbepalingen (waaronder eventuele prijsherzieningsclausules of opties), een nieuwe aanbestedingsprocedure niet nodig is. De clausules moeten wel de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties omschrijven alsmede de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt. Zij mogen geen wijzigingen of opties bevatten die de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst kunnen veranderen. Hierdoor kunnen dergelijke clausules voorzien in prijsindexeringen of ervoor zorgen dat bijvoorbeeld communicatieapparatuur die over een bepaalde periode moet worden geleverd, aan de eisen blijft voldoen, ook bij wijziging van de communicatieprotocollen of andere technische wijzigingen. Wanneer technische problemen bij het functioneren of onderhoud dat noodzakelijk maken is het op grond van voldoende duidelijk geformuleerde bepalingen mogelijk de opdracht aan te passen. Zowel gewoon onderhoud als buitengewone onderhoudshandelingen die noodzakelijk kunnen worden met het oog op de continuïteit van een openbare dienst, kunnen in dit kader deel uitmaken van een opdracht.

### **Nieuwe aannemer**

Wanneer een nieuwe aannemer de aannemer aan wie de aanbestedende dienst aanvankelijk had gegund vanwege een ondubbelzinnige herzieningsclausule of optie in de zin van artikel 72 lid 1 sub a, tot een gewijzigde opdracht leidt, hoeft geen nieuwe aanbestedingsprocedure te worden gevoerd (zie artikel 72 lid 1 sub d onder i).

Dit hoeft ook niet in het geval van rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke titel in de positie van de aanvankelijke aannemer, ten gevolge van herstructurering van de onderneming (onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie), door een andere ondernemer die voldoet aan de aanvankelijk gestelde criteria voor kwalitatieve selectie, mits dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt en niet is bedoeld om de richtlijn te omzeilen (zie artikel 72 lid 1 sub b onder ii). Overweging 110 bij de richtlijn overweegt in dit kader dat overeenkomstig de beginselen van gelijke behandeling en transparantie een inschrijver aan de opdracht is gegund, bijvoorbeeld wanneer een opdracht wordt beëindigd wegens gebrekkige uitvoering, niet door een andere ondernemer worden vervangen zonder een nieuwe mededingingsstelling. De begunstigde inschrijver moet in de loop van de uitvoering van de opdracht, met name wanneer de opdracht aan meer dan 1 onderneming is toegekend, bepaalde structurele veranderingen kunnen ondergaan. Bijvoorbeeld door een zuiver interne reorganisatie, overname, fusie en acquisitie of insolventie. Deze veranderingen hoeven niet automatisch tot een nieuwe aanbestedingsprocedure te leiden voor elke opdracht die door deze inschrijver wordt uitgevoerd.

Indien de nieuwe de oude aannemer vervangt omdat de aanbestedende dienst zelf de verplichtingen

van de hoofdaannemer ten aanzien van zijn onderaannemers opneemt, kan ook een beroep op artikel 72 lid 1 sub d (onder iii) worden gedaan, indien overeenkomstig artikel 71 van de richtlijn (onderaanneming) in deze mogelijkheid is voorzien.

### **Aankondiging**

In het geval van artikel 72 lid 1 sub b (aanvullende werken, leveringen en diensten) en sub c (onvoorziene omstandigheden) moeten aanbestedende diensten die ingevolge deze artikelen een opdracht hebben gewijzigd, een aankondiging hiervan bekendmaken in het Publicatieblad van de EU. Zie ook bijlage V deel G bij de richtlijn voor inlichtingen die in mededelingen inzake wijziging van een opdracht gedurende de looptijd ervan moeten worden opgenomen.

### **Beëindigen van opdrachten**

**Lidstaten dienen er bij implementatie van de richtlijn voor te zorgen** dat aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben een overheidsopdracht te beëindigen tijdens de looptijd (artikel 73 richtlijn 2014/24). Dit moeten zij onder meer in de volgende omstandigheden doen en onder voorwaarden die het toepasselijke nationale recht daaraan stelt:

- a) wanneer de opdracht ingrijpend is gewijzigd waardoor een nieuwe aanbestedingsprocedure is vereist op grond van artikel 72;
- b) wanneer de aannemer, op het moment van gunning van de opdracht, in een van de situaties als bedoeld in artikel 57 lid 1 (verplichte uitsluiting) verkeerde en derhalve uitgesloten had moeten worden;
- c) wanneer de opdracht niet aan de aannemer had mogen worden gegund wegens een ernstige inbreuk op de plichten uit de Verdragen en deze richtlijn, welke inbreuk door het HvJ EU als zodanig is aangemerkt in een artikel 258-VWEU procedure.

Volgens overweging 112 gaat het hierbij om situaties waarin aanbestedende diensten worden geconfronteerd met omstandigheden waardoor overheidsopdrachten vroegtijdig moeten worden stopgezet om de uit het Unierecht (op het gebied van overheidsopdrachten voortvloeiende verplichtingen) in acht te nemen.

### **2.7 Strategisch gebruik van aanbesteden t.b.v. innovatie, sociale en milieudoelen**

De nieuwe richtlijnen moeten bijdragen aan het behalen van de doelen die gesteld zijn in [de EU2020-strategie](#). De EU 2020 strategie is de strategie van de Europese Commissie voor slimme, duurzame en inclusieve groei uit 2010 en biedt de langetermijnvisie van de Europese Unie op de sociale markteconomie van de 21<sup>ste</sup> eeuw. Een aantal aan de EU 2020 strategie gerelateerde voorstellen hebben ook impact op de Europese aanbestedingsregels en het Europese aanbestedingsbeleid. De nieuwe richtlijn 2014/24 voorziet de aanbestedende diensten van mogelijkheden en de nodige instrumenten om bij te dragen tot de strategische doelstellingen van Europa 2020 door gebruikmaking van hun koopkracht voor de aankoop van producten en diensten die innovatie bevorderen, milieu- en klimaatvriendelijk zijn en daarnaast ook gunstig uitpakken voor werkgelegenheid, openbare gezondheid en sociale omstandigheden.

Bij de vaststelling van de huidige richtlijn 2004/18 ging indertijd ook al veel aandacht uit naar sociale en milieu-aspecten en innovatie bij overheidsopdrachten. In deze richtlijn is er wederom veel aandacht, maar nu specifiek gekoppeld aan de EU 2020 doelstellingen, voor innovatie, milieu, sociale aspecten etc.

### **Geen algemene maar sectorspecifieke verplichtingen**

Gezien de grote verschillen tussen sectoren en markten, heeft de Europese wetgever het echter niet raadzaam gevonden voor overheidsopdrachten algemene verplichtingen voor ecologisch en sociaal verantwoorde en innovatieve aanbestedingen vast te stellen.

Daarnaast bestaan er al dwingende aanbestedingsvoorschriften voor het nastreven van bepaalde doelen in enkele sectoren. Het betreft de sector van de wegvoertuigen ([Richtlijn 2009/33/EG](#) van het Europees Parlement en de Raad van 23 april 2009 inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen) en de sector van kantoorapparatuur ([Verordening \(EG\) nr. 106/2008](#) van het Europees Parlement en de Raad van 15 januari 2008 betreffende een communautair energie-efficiëntie-etiketteringsprogramma voor kantoorapparatuur).

### **Duurzaamheid en levenscycluskosten**

Ook is grote vooruitgang geboekt bij het definiëren van gemeenschappelijke methoden voor de berekening van levenscycluskosten.

De wetgever heeft er daarom voor gekozen op deze weg verder te gaan en bindende doelstellingen en streefcijfers vast te stellen in sectorspecifieke wetgeving, volgens de sectorale beleidskeuzen en omstandigheden, en de ontwikkeling en het gebruik van Europese methoden van levenscycluskostenberekening te bevorderen als verdere aanzet tot de aanwending van aanbestedingen met het oog op duurzame groei.

Deze sectorspecifieke maatregelen moeten volgens de Europese Commissie wel worden aangevuld met een aanpassing van de aanbestedingsrichtlijnen. Hierdoor wordt aanbestedende diensten en dus ook decentrale overheden bevoegdheid verleend middels de voorstellen die in deze paragraaf aan de orde komen om in hun aankoopstrategieën de doelstellingen van de Europa 2020-strategie na te streven.

Achtereenvolgens komen hierna aan de orde: 'passende maatregelen', levenscycluskosten, sociale- en milieucriteria, keurmerken, bestraffing van schendingen van dwingend sociaal, arbeids- of milieurecht, sociale diensten en innovatie.

### **Passende maatregelen**

Artikel 18 lid 2 schrijft voor dat **lidstaten passende maatregelen dienen te nemen** om te waarborgen dat ondernemers bij de uitvoering van overheidsopdrachten voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Dit is een nieuwe verplichting opgelegd aan de lidstaten.

### **Levenscycluskosten**

Artikel 68 geeft een regeling voor de levenscycluskosten, die van belang zijn bij de toepassing van de gunningscriteria en een rol spelen in het kader van duurzaamheid.

Om te kunnen bepalen welke inschrijving de economisch voordeligste is, mag het besluit tot gunning van de opdracht niet uitsluitend gebaseerd zijn op andere dan kostengerelateerde criteria. De kwalitatieve criteria moeten daarom gepaard gaan met een kostencriterium dat, naar keuze van de aanbestedende dienst, ofwel de prijs of een kosteneffectiviteitsfactor zoals de levenscycluskosten kan zijn.

Het begrip levenscycluskosten omvat alle kosten binnen de levenscyclus van een werk, levering of dienst. Dit behelst de interne kosten, bijvoorbeeld voor benodigde research, ontwikkeling, productie, vervoer, gebruik, onderhoud en verwijdering, maar het kan ook kosten omvatten die toe te schrijven zijn aan externe milieueffecten, zoals verontreiniging veroorzaakt door de winning van de in het product verwerkte grondstoffen, door het product zelf of bij de productie ervan, mits deze in geld uitgedrukt en gecontroleerd kunnen worden. De methoden die aanbestedende diensten gebruiken

voor de raming van aan externe milieueffecten toe te schrijven kosten moeten vooraf op een objectieve en niet-discriminerende manier worden gekozen en voor alle betrokken partijen toegankelijk zijn. Deze methoden kunnen nationaal, regionaal of lokaal worden vastgesteld; om vervalsing van de mededinging door maatwerk te voorkomen, moeten zij echter algemeen van opzet blijven, in die zin dat zij niet specifiek voor een bepaalde openbare aanbestedingsprocedure bedoeld mogen zijn (overweging 96).

Zodra in de EU een gemeenschappelijke methodologie voor berekening van levenscycluskosten is ontwikkeld als onderdeel van een wetgevingshandeling van de Unie moeten aanbestedende diensten deze methode toepassen wanneer de levenscycluskosten deel uitmaken van de gunningscriteria. Wanneer deze gemeenschappelijke methode er komt is nog niet bekend.

### **Sociale en milieucriteria**

De aanbestedende dienst moet, met het oog op de betere integratie van de sociale en milieucriteria in de aanbestedingsprocedures, met betrekking tot de werken, leveringen of diensten in het kader van de opdracht, in ieder opzicht en in elk stadium van de levenscyclus, van de winning van grondstoffen voor het product tot de verwijdering van het product, gunningscriteria of contractvoorwaarden kunnen hanteren, onder meer factoren die verband houden met het specifieke proces van productie, verrichting of verhandeling de voorwaarden daarvoor, of met een specifiek proces in een verder stadium van de levenscyclus, zelfs als deze factoren niet tot de materiële essentie van het werk, de levering of de dienst behoren. Zie ook artikel 18 lid 2 en 67 en overweging 37.

Criteria en voorwaarden voor dit productie- of verrichtingsproces zijn bijvoorbeeld dat bij de vervaardiging van de aangekochte producten geen toxische chemische stoffen zijn gebruikt, of dat de aangekochte diensten worden verricht met gebruikmaking van energie-efficiënte machines. Conform de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie omvat dit ook gunningscriteria of contractvoorwaarden betreffende de levering of het gebruik van fair-tradeproducten tijdens de uitvoering van de te gunnen opdracht. Criteria en bedingen inzake handel en de voorwaarden daarbij kunnen bijvoorbeeld inhouden dat het bewuste product een fair-tradeproduct moet zijn, en dat geëist wordt dat de producent een minimumprijs ontvangt en de meerprijs bij hem terecht komt. De contractvoorwaarden die te maken hebben met milieuoverwegingen kunnen onder meer de levering, verpakking en afdanking van de producten betreffen, en als het gaat om overheidsopdrachten voor werken of diensten, afvalreductie of efficiënt hulpbronnengebruik.

### **Verband met de opdracht**

De voorwaarde dat er een verband met het voorwerp van de opdracht moet zijn sluit echter criteria en voorwaarden uit met betrekking tot algemeen ondernemingsbeleid, die namelijk niet kunnen worden beschouwd als een factor welke kenmerkend is voor het specifieke productie- of verrichtingsproces. De aanbestedende dienst mag daarom niet als voorwaarde kunnen stellen dat de inschrijver een beleid van maatschappelijk en ecologisch verantwoord ondernemen voert.

Het is van belang dat gunningscriteria of contractvoorwaarden betreffende sociale aspecten van het productieproces betrekking hebben op de werken, leveringen of diensten die met de opdracht worden beoogd. Voorts dienen zij te worden toegepast in overeenstemming met Richtlijn 96/71/EG, zoals uitgelegd door het Hof van Justitie van de Europese Unie, en mogen zij niet worden gekozen of toegepast op een wijze die direct of indirect discriminerend is ten aanzien van ondernemers uit andere lidstaten of uit derde landen die partij zijn bij de GPA-overeenkomst of bij vrijhandelsakkoorden waarbij ook de Unie partij is. Eisen betreffende de essentiële arbeidsvoorwaarden die zijn geregeld bij Richtlijn 96/71/EG, zoals minimumlonen, moeten dus op het niveau blijven dat is vastgesteld in nationale wetgeving of in collectieve arbeidsovereenkomsten die overeenkomstig het Unierecht in het kader van die richtlijn worden toegepast.

De contractvoorwaarden kunnen daarnaast beogen dat maatregelen ter stimulering van de gelijkheid van mannen en vrouwen op het werk, een hogere arbeidsmarktparticipatie van vrouwen, het combineren van werk en privéleven, milieubescherming en dierenwelzijn worden bevorderd, dat de basisverdragen van de Internationale Arbeidsorganisatie (IAO) naar de inhoud worden nageleefd, en dat meer kansarmen worden geworven dan op grond van de nationale wetgeving is vereist.

### **Social return**

Maatregelen ter bescherming van de gezondheid van het bij het productieproces betrokken personeel, of ter bevordering van de sociale integratie van kansarmen of leden van kwetsbare groepen onder de personen die zijn aangewezen om de opdracht uit te voeren of om vaardigheden voor de opdracht te verwerven, kunnen eveneens tot de gunningscriteria of de contractvoorwaarden behoren, mits zij betrekking hebben op de werken, leveringen of diensten in het kader van de opdracht. Dergelijke criteria of voorwaarden kunnen onder meer betrekking hebben op het in dienst nemen van langdurig werklozen en de implementatie van opleidingsmaatregelen voor werklozen en jongeren tijdens de uitvoering van de te gunnen opdracht. In de technische specificaties (zie artikel 42 en overweging 74) kunnen de aanbestedende diensten sociale eisen opnemen die direct kenmerkend zijn voor het product of de dienst, zoals toegankelijkheid voor personen met een handicap of geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers.

Voor meer informatie over het toepassen van [sociale criteria](#) en [milieucriteria](#) onder de huidige aanbestedingsrichtlijn kunt u ook terecht op de website van Europa decentraal.

### **Keurmerken**

Artikel 43 en overweging 75 geven een regeling voor keurmerken. Een keurmerk is ieder document, certificaat of getuigschrift dat bevestigt dat de werken, producten, diensten, processen of procedures in kwestie aan bepaalde eisen voldoen. Aanbestedende diensten die werken, leveringen of diensten met specifieke milieu-, sociale of andere kenmerken wensen aan te kopen, moeten daarvoor kunnen verwijzen naar specifieke keurmerken, zoals het Europese milieukeurmerk, (pluri)nationale milieukeurmerken of andere keurmerken, op voorwaarde dat de voorschriften voor het keurmerk verband houden met het voorwerp van de opdracht, zoals de beschrijving van het product en de presentatie ervan, waaronder verpakkingsvoorschriften. Daarnaast is het belangrijk dat deze voorschriften worden omschreven en vastgesteld op basis van objectief controleerbare criteria, volgens een procedure waaraan belanghebbenden, zoals overheidsinstanties, consumenten, fabrikanten, distributeurs en milieuorganisaties kunnen deelnemen, en dat het keurmerk toegankelijk en beschikbaar is voor alle betrokken partijen. Verduidelijkt moet worden dat publieke of private instanties, bedrijven, of alle vormen van niet-gouvernementele organisaties (organisaties die geen deel uitmaken van de overheid en geen gewone bedrijven zijn) mogelijke belanghebbenden zijn (overweging 75).

Wanneer een ondernemer, om redenen die hem niet aangerekend kunnen worden, aantoonbaar niet de mogelijkheid heeft gehad het door de aanbestedende dienst aangegeven specifieke keurmerk of een gelijkwaardig keurmerk binnen de gestelde termijnen te verwerven, aanvaardt de aanbestedende dienst andere geschikte bewijsmiddelen. Een voorbeeld hiervan is een technisch dossier van de fabrikant. De betrokken ondernemer moet dan wel aantonen dat de door hem te leveren werken, leveringen of diensten voldoen aan het door de aanbestedende dienst aangegeven specifieke keurmerk of aan de specifieke eisen (artikel 43 lid 1).

Wanneer een keurmerk eisen bevat die geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, dan mogen aanbestedende diensten niet het keurmerk als zodanig vragen maar kunnen zij de technische specificaties vaststellen onder verwijzing naar de gedetailleerde technische specificaties van dat

keurmerk, of indien noodzakelijk, delen daarvan die verband houden met het voorwerp van de opdracht en geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van dit voorwerp (artikel 43 lid 2).

### **Bestrafing van schendingen van dwingend sociaal, arbeids- of milieurecht**

De nieuwe richtlijn biedt aanbestedende diensten meer mogelijkheden om inschrijvers uit te sluiten dan wel af te wijzen bij schending van sociaal-, arbeids- of milieurecht.

Zo heeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid ondernemers uit te sluiten die onbetrouwbaar zijn gebleken wegens schending van milieu- of sociale verplichtingen, met inbegrip van regels inzake de toegankelijkheid voor gehandicapten of wegens andere ernstige beroepsfouten

Daarnaast kunnen inschrijvingen die abnormaal laag worden bevonden in verhouding tot de werken, leveringen of diensten, gebaseerd zijn op technisch, economisch of juridisch ondeugdelijke veronderstellingen of praktijken. Indien de inschrijver niet voldoende uitleg kan verschaffen, moet de aanbestedende dienst het recht hebben de inschrijving af te wijzen. De aanbestedende dienst is verplicht de inschrijving af te wijzen indien hij heeft vastgesteld dat de abnormaal lage prijzen of kosten het gevolg zijn van niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften van het Unierecht, van met het Unierecht verenigbare voorschriften van nationaal recht, of van internationale arbeidsrechtelijke voorschriften.

### **Nieuw regime sociale diensten**

Er komt een apart aanbestedingsregime voor sociale diensten voor (zie ook eerder paragraaf 2.1 van deze notitie). Uit de evaluatie van de gevolgen en de effectiviteit van de EU aanbestedingsregels is gebleken dat maatschappelijke diensten, gezondheidszorg en onderwijsvoorziening specifieke kenmerken vertonen. Hierdoor zijn zij volgens de Europese wetgever niet geschikt voor toepassing van de gewone procedures voor de gunning van overheidsopdrachten. Deze diensten worden gewoonlijk verstrekt binnen een specifieke context die ten gevolge van verschillende administratieve, organisatorische en culturele omstandigheden sterk varieert naargelang van de lidstaten. Verder hebben deze sociale diensten in wezen slechts een zeer beperkte grensoverschrijdende. Lidstaten krijgen daarom een grote vrijheid krijgen om de keuze van dienstenaanbieders bij sociale diensten te organiseren.

### **Voorbehoud opdracht aan sociale werkplaats**

Beroep en werk zijn bevorderlijk voor maatschappelijke integratie en zijn van fundamenteel belang voor het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen. Sociale werkplaatsen kunnen in dit verband een belangrijke rol spelen. Hetzelfde geldt voor andere sociale ondernemingen waarvan het belangrijkste doel de ondersteuning is van de sociale en beroepsmatige integratie of herintegratie van gehandicapten en kansarmen, zoals werklozen, leden van achtergestelde minderheden of andere maatschappelijk gemarginaliseerde groepen. Het is echter mogelijk dat dergelijke werkplaatsen of ondernemingen er bij normale mededingingsvoorwaarden niet in slagen om opdrachten te verwerven. **Daarom is het wenselijk te bepalen (zie artikel 20 en overweging 36) dat de lidstaten het recht om deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten of bepaalde percelen daarvan moeten kunnen voorbehouden aan dergelijke werkplaatsen of ondernemingen.** Zie hierover verder ook paragraaf 3.2.3 in hoofdstuk 3 van deze notitie.

### **Innovatie**

Onderzoek en innovatie, waaronder eco-innovatie en sociale innovatie, behoren tot de voornaamste aanjagers van toekomstige groei en staan centraal in de Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei (zie ook overweging 47). De aanbestedende diensten moeten overheidsopdrachten zo strategisch mogelijk aanwenden om innovatie te bevorderen. De aankoop van innovatieve producten, werken en diensten speelt een centrale rol in het verbeteren van de



efficiëntie en de kwaliteit van overheidsdiensten en vormt een antwoord op grote maatschappelijke uitdagingen. Hiermee kan worden gestreefd naar de beste prijs-kwaliteitsverhouding en naar ruimere economische, milieu- en maatschappelijke voordelen, namelijk doen rijpen van nieuwe ideeën, deze omzetten in innovatieve producten en diensten en daarmee duurzame economische groei stimuleren.

### **Varianten**

Gezien het belang van innovatie moeten de aanbestedende diensten zo vaak mogelijk worden aangemoedigd varianten toe te laten. Daarbij is wel van belang dat de aanbestedende diensten minimumeisen voor de varianten vaststellen alvorens wordt aangegeven dat er varianten mogen worden ingediend (artikel 45).

### **Innovatiepartnerschap**

Als in de behoefte aan de ontwikkeling van een innovatief product of dienst of innovatieve werken en de latere aankoop van de daaruit voortgekomen leveringen, diensten of werken niet kan worden voorzien met behulp van oplossingen die reeds beschikbaar zijn op de markt, moeten de aanbestedende diensten toegang hebben tot een specifieke aanbestedingsprocedure voor opdrachten die binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen. Deze specifieke procedure moet aanbestedende diensten in staat stellen een innovatiepartnerschap op lange termijn aan te gaan voor de ontwikkeling en vervolgens de aankoop van nieuwe, innovatieve producten, diensten of werken, zonder dat een afzonderlijke aanbestedingsprocedure voor de aankoop nodig is, mits deze innovatieve producten of diensten of innovatieve werken geleverd kunnen worden op een afgesproken kwaliteits- en kostenniveau. Het innovatiepartnerschap moet worden gebaseerd op de procedureregels die van toepassing zijn op de mededingingsprocedure met onderhandeling; opdrachten worden uitsluitend aan de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding gegund, aangezien dit het meest geschikte criterium is om inschrijvingen voor innovatieve oplossingen te vergelijken. Zowel voor zeer grote projecten als voor kleinere innovatieve projecten, moet het innovatiepartnerschap zodanig worden gestructureerd dat het de noodzakelijke „market-pull” kan genereren, en daarbij zonder afscherming van de markt de ontwikkeling van een innovatieve oplossing kan stimuleren. Zie voor meer informatie over het innovatiepartnerschap ook paragraaf 2.2. en 2.7.

### **Concurrentiegerichte dialoog**

De procedure concurrentiegerichte dialoog is nuttig gebleken in gevallen waarin de aanbestedende diensten niet in staat zijn te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische, financiële of juridische oplossingen. Dat kan met name het geval zijn bij innovatieve projecten, de uitvoering van omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten, grote computernetwerken, of projecten met een complexe en gestructureerde financiering. Het innovatiepartnerschap daarentegen is bedoeld om op lange termijn partnerschappen te kunnen aangaan voor de ontwikkeling en daaropvolgende aankoop van nieuwe innovatieve producten, diensten of werken. Zie voor meer informatie over de concurrentiegerichte dialoog ook paragraaf 2.2 en 2.7.

## **2.8 Een toegankelijker Europese aanbestedingsmarkt**

In het [Groenboek](#) 2011 betreffende de modernisering van de aanbestedingsrichtlijnen gaf de Europese Commissie verschillende opties voor wijzigingen van de huidige aanbestedingsrichtlijnen waarop belanghebbenden konden reageren. In dit Groenboek schrijft de Europese Commissie op pagina 30: ‘Een van de hoofddoelstellingen van de EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten bestaat erin ondernemingen de kans te geven daadwerkelijk te concurreren om overheidsopdrachten in andere lidstaten binnen te halen. Sinds de invoering van de eerste richtlijnen inzake overheidsopdrachten in de jaren 1970 werden op dit gebied aanzienlijke successen geboekt. Toch is er nog ruimte voor verbetering met het oog op het creëren van een echte Europese



aanbestedingsmarkt die ten volle toegankelijk is voor alle Europese ondernemingen. Het gaat dan met name om een betere toegang voor kleine- en middelgrote ondernemingen (kmo's) en meer concurrerende aanbestedingsmarkten in het algemeen.'

Om overheidsopdrachten voor kmo's zo toegankelijk mogelijk te maken, publiceerde de Commissie in 2008 de '[Europese code van goede praktijken ter vergemakkelijking van de toegang van het mkb tot overheidsopdrachten](#)'. In deze code staan praktijkvoorbeelden die (decentrale) overheden in staat moeten stellen ten volle gebruik te maken van de door de aanbestedingsrichtlijnen geboden mogelijkheden zodat alle bedrijven die aan een openbare aanbesteding wensen deel te nemen, dit op voet van gelijkheid kunnen doen. De nieuwe richtlijn bouwt voort op dit werk en biedt verschillende artikelen die de toegang, van met name kmo's en starters, tot de Europese aanbestedingsmarkt moeten verbeteren. Die artikelen worden nader besproken in de volgende paragrafen:

### **Uniform Europees aanbestedingsdocument**

Veel ondernemingen, waaronder mkb's, zijn van mening dat de deelname aan aanbestedingen vooral belemmerd wordt door de administratieve belasting die voortvloeit uit de verplichting een aanzienlijk aantal certificaten of andere documenten in verband met uitsluitings- en selectiecriteria over te leggen (overweging 84).

In de richtlijn wordt daarom (zie ook eerder paragraaf 1.6 van deze notitie) het gebruik van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) aanbevolen: 'Het beperken van zulke verplichtingen, bijvoorbeeld door het gebruik van een Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), bestaande uit een geactualiseerde eigen verklaring, toe te staan, kan de administratieve belasting aanzienlijk vereenvoudigen, ten gunste van de aanbestedende diensten en de ondernemers.' (overweging 84)

In artikel 59 wordt het Uniform Aanbestedingsdocument behandeld. Het gebruik van het UEA wordt niet verplicht gesteld, maar moet wel aanvaard worden door aanbestedende diensten wanneer er gebruik van gemaakt wordt. Het UEA, bestaande uit een bijgewerkte eigen verklaring, moet worden aanvaard als voorlopig bewijs ter vervanging van door overheidsinstanties of derden afgegeven certificaten die bevestigen dat de betrokken ondernemer aan alle volgende voorwaarden voldoet:

- hij bevindt zich niet in een van de situaties als bedoeld in artikel 57, waardoor ondernemers kunnen of moeten worden uitgesloten;
- hij voldoet aan de toepasselijke selectiecriteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 58;
- hij voldoet, indien van toepassing, aan de objectieve regels en criteria als vastgesteld overeenkomstig artikel 56.

Wanneer de ondernemer een beroep doet op de draagkracht van derden, dan bevat het UEA ook gegevens ten aanzien van die entiteiten (artikel 59 lid 1).

Het UEA bestaat uit een formele verklaring van de ondernemer dat de betrokken grond tot uitsluiting niet van toepassing is en/of dat aan het selectie criterium is voldaan en bevat de relevante informatie die door de aanbestedende dienst wordt verlangd. Daarnaast vermeldt het UEA welke overheidsinstantie of derde verantwoordelijk is voor het vaststellen van de bewijsstukken en bevat zij een formele verklaring dat de ondernemer in staat zal zijn om op verzoek en onverwijld die bewijsstukken te leveren (artikel 59 lid 1).

Een aanbestedende dienst kan inschrijvers en gegadigden tijdens de procedure te allen tijde verzoeken de vereiste ondersteunende documenten geheel of gedeeltelijk in te dienen wanneer dit noodzakelijk is voor het goede verloop van de procedure (artikel 59 lid 4).

Indien de aanbestedende dienst het bewijsstuk rechtstreeks kan verkrijgen door raadpleging van een databank bevat het UEA ook de daartoe vereiste informatie, zoals het internetadres van de databank, alle identificatiegegevens en, in voorkomend geval, de benodigde verklaring van instemming.

Vóór de gunning van de opdracht, verzoekt de aanbestedende dienst de inschrijver die zij heeft besloten de opdracht te gunnen de actuele ondersteunende documenten overeenkomstig artikel 60 en, in voorkomend geval, artikel 62 over te leggen. De aanbestedende dienst kan ondernemers verzoeken de overeenkomstig de artikelen 60 en 62 ontvangen certificaten aan te vullen of te verduidelijken (artikel 59 lid 4).

Ondernemers kunnen het al in een vorige aanbestedingsprocedure gebruikte UEA opnieuw gebruiken, mits zij bevestigen dat de daarin opgenomen gegevens nog steeds correct zijn (artikel 59 lid 1).

De Europese Commissie gaat een standaardformulier voor het UEA ontwikkelen. Het UEA wordt alleen in elektronische vorm verstrekt (artikel 59 lid 2).

### **Opdelen in percelen**

Zoals hierboven is aangegeven heeft de Europese Commissie in 2008 een code van beste praktijken voor het mkb gepubliceerd. In deze code is aangegeven hoe de wet- en regelgeving op het gebied van aanbestedingen op zodanige wijze kan worden toegepast dat het mkb makkelijker aan aanbestedingen kan deelnemen. Met het oog daarop en om de concurrentie te vergroten, moeten aanbestedende diensten er met name toe worden aangezet grote opdrachten [in percelen](#) te verdelen. Die verdeling zou op kwantitatieve basis kunnen plaatsvinden, zodat de omvang van de afzonderlijke opdrachten beter afgestemd wordt op de capaciteit van het mkb, dan wel kwalitatief — naargelang van de vereiste vakkennis of specialisatie — zodat de verschillende opdrachten inhoudelijk beter toegesneden worden op de specialisaties binnen het mkb of op de verschillende vervolgfasen van het project. Artikel 46 aanbestedingsrichtlijn heeft betrekking op de verdeling van opdrachten in percelen.

De omvang en inhoud van de percelen dient vrijelijk te worden bepaald door de aanbestedende dienst, die, conform de desbetreffende voorschriften inzake de berekening van de geraamde waarde van de opdracht, ook een gedeelte van de percelen moet kunnen plaatsen zonder toepassing van de procedures van deze richtlijn (zie daarvoor artikel 5 lid 10).

De aanbestedende dienst zou volgens de Europese wetgever de plicht moeten hebben te overwegen of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen, maar moet autonoom iedere door hem relevant geachte reden kunnen laten gelden, zonder administratief of gerechtelijk toezicht. Indien de aanbestedende dienst beslist dat het geen zin heeft de opdracht in percelen te verdelen, moet het proces-verbaal of de aanbestedingsstukken een opgave bevatten van de belangrijkste redenen voor de keuze van de aanbestedende dienst (artikel 46 lid 1). Die redenen kunnen bijvoorbeeld zijn dat volgens de aanbestedende dienst de verdeling de mededinging dreigt te beperken, of de uitvoering van het contract technisch uitzonderlijk moeilijk en te duur dreigt te maken, of dat de noodzaak tot coördinatie tussen de verschillende aannemers voor de percelen de goede uitvoering van de opdracht ernstig dreigt te ondermijnen.

De lidstaten moeten naar eigen goeddunken kunnen blijven streven naar verdere vereenvoudiging van de deelname van het mkb aan de markt voor overheidsopdrachten, door de verplichting om te overwegen in hoeverre splitsing van opdrachten zinvol is, ook te laten gelden voor kleinere opdrachten, door van de aanbestedende diensten een motivering te verlangen voor een besluit opdrachten niet te splitsen, of door splitsing onder bepaalde voorwaarden verplicht te stellen (overweging 78).

### **Beperking inschrijving percelen**

In geval van splitsing van een opdracht, moeten de aanbestedende diensten, aldus de Europese wetgever, bijvoorbeeld om de concurrentie veilig te stellen of met het oog op de betrouwbaarheid van de levering, het aantal percelen waarvoor een ondernemer kan inschrijven, kunnen beperken. Ook moeten zij het aantal percelen dat aan één inschrijver kan worden toegekend, kunnen beperken (artikel 46 lid 2).

Indien de aanbestedende diensten echter verplicht worden de opdracht in percelen te gunnen, zelfs indien dat aanmerkelijk minder voordelige oplossingen zou opleveren dan bij gezamenlijke gunning van alle of meerdere percelen, kan dit ertoe leiden dat het doel van betere toegang van het mkb tot overheidsopdrachten moeilijker haalbaar wordt. Wanneer vooraf duidelijk is aangegeven dat deze mogelijkheid bestaat, moeten de aanbestedende diensten een vergelijkende beoordeling van de inschrijvingen kunnen uitvoeren om uit te maken of de inschrijvingen die door een bepaalde inschrijver voor een specifieke combinatie van percelen wordt ingediend, als geheel genomen, beter aan de gunningscriteria voor deze percelen, vastgesteld overeenkomstig deze richtlijn, voldoen dan inschrijvingen voor ieder perceel afzonderlijk. Is dat het geval, moet het de aanbestedende dienst toegestaan zijn een opdracht aan de betrokken inschrijver te gunnen voor alle percelen gezamenlijk. Duidelijk moet zijn dat de aanbestedende diensten bij het uitvoeren van de vergelijkende beoordeling eerst moeten uitmaken welke inschrijvingen het beste aan de vastgestelde gunningscriteria voldoen voor ieder perceel, en die vervolgens dienen te vergelijken met de inschrijvingen die door een bepaalde inschrijver zijn gedaan voor een specifieke combinatie van percelen, als geheel genomen (artikel 46 lid 3, overweging 79). **Lid 3 geeft ook aan dat lidstaten kunnen bepalen** dat, indien meer dan één perceel aan dezelfde inschrijver kan worden gegund, de aanbestedende diensten onder voorwaarden opdrachten kunnen gunnen voor een combinatie van percelen of voor alle percelen.

In Nederland kennen we in de Aanbestedingswet al de verplichting om opdrachten zoveel mogelijk in percelen te verdelen met daarbij de mogelijkheid om gemotiveerd af te wijken. **Het is dan ook voor de hand liggend dat Nederland de optie, opgenomen in artikel 46 lid 4, zal implementeren.**

### **Beperking van eisen voor deelname**

Te strenge eisen met betrekking tot economische en financiële draagkracht vormen vaak een onverantwoorde belemmering voor de deelname van mkb's aan overheidsopdrachten. Dergelijke eisen moeten steeds verband houden met en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. In het bijzonder mogen de aanbestedende diensten niet kunnen verlangen dat ondernemers een minimale omzet hebben die niet in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Als vuistregel geldt dat de omzeteis ten hoogste twee keer de geraamde waarde van de opdracht mag bedragen. In Nederland geldt sinds inwerkingtreding van de Aanbestedingswet een omzeteis van ten hoogste drie keer de geraamde waarde van de opdracht. Op goede gronden moeten echter mogelijk zijn strengere eisen op te stellen. Dit kan het geval zijn als er hoge risico's verbonden zijn aan de uitvoering van de opdracht of als de tijdige en juiste uitvoering van de opdracht van cruciaal belang is, bijvoorbeeld omdat deze een noodzakelijke voorwaarde is voor de uitvoering van andere opdrachten.

Indien er gegronde redenen aanwezig zijn, moeten de aanbestedende diensten zelf vrij kunnen beslissen of hogere omzeteisen passend en verantwoord zijn, zonder dat administratief of justitieel toezicht noodzakelijk is. Wanneer hogere omzeteisen nodig zijn, moeten de aanbestedende diensten vrij zijn om de hoogte daarvan te bepalen, mits die verband houdt met en in verhouding staat tot het voorwerp van de opdracht. Wanneer de aanbestedende dienst besluit dat de omzeteis hoger moet zijn dan twee maal de geraamde waarde van de opdracht, moeten in het verslag of de aanbestedingsstukken de voornaamste redenen voor de keuze van de aanbestedende dienst worden vermeld.

### **Rechtstreekse betaling aan onderaannemers**

Op grond van artikel 71 lid 7 **kunnen de lidstaten in hun nationaal recht voorzien** in strengere aansprakelijkheidsvoorschriften of voorschriften betreffende rechtstreekse betalingen aan onderaannemers, bijvoorbeeld door te voorzien in rechtstreekse betalingen aan onderaannemers zonder dat deze aannemers om rechtstreekse betalingen moeten verzoeken. Hierdoor beschikken onderaannemers, die vaak kmo's zijn, over een efficiënt middel om hun belangen bij de betaling beschermd te zien.

## **2.9 Bestuur en handhaving**

### **Handhaving**

Uit de evaluatie is gebleken dat niet alle lidstaten consequent en systematisch toezicht houden op de uitvoering en werking van de aanbestedingsregels. Dit kan de efficiënte en eenvormige toepassing van de Europese wetgeving in gevaar brengen.

**De lidstaten moeten er daarom voor zorgen dat de toepassing van de regels voor overheidsopdrachten wordt gecontroleerd. De lidstaten moeten erop toezien dat bepaalde autoriteiten, instanties en structuren de bevoegdheid krijgen om toezichthoudende taken uit te voeren.** Wanneer toezichthoudende autoriteiten of structuren op eigen initiatief of na ontvangst van informatie specifieke schendingen of systematische problemen vaststellen, zijn zij bevoegd die problemen te signaleren aan de nationale auditautoriteiten, rechtelijke instanties of andere bevoegde autoriteiten of structuren, zoals de Ombudsman, de nationale parlementen of hun commissies (artikel 83 lid 2 en overweging 125).

De resultaten van de monitoringactiviteiten op grond van lid 2 worden aan het publiek beschikbaar gesteld door middel van passende informatiemiddelen. Deze resultaten worden ook de Commissie ter beschikking gesteld. Deze kunnen bijvoorbeeld geïntegreerd worden in de tweede alinea van dit lid bedoelde toezichtsrapporten.

### **Toezichtsrapporten**

De lidstaten dienen uiterlijk op 18 april 2017 en vervolgens elke drie jaar bij de Commissie een toezichtrapport in met, indien van toepassing, informatie over de meest voorkomende factoren die tot verkeerde toepassing of rechtsonzekerheid leiden, met inbegrip van mogelijke structurele of terugkerende problemen bij de toepassing van de regels, de mate van mkb-deelname aan overheidsopdrachten, en de preventie, opsporing en adequate melding van gevallen van aanbestedingsfraude, corruptie, belangenverstremgeling, en andere ernstige onregelmatigheden (artikel 83 lid 3).

De Commissie kan de lidstaten ten hoogste om de drie jaar verzoeken informatie te verstrekken over de praktische uitvoering van het nationale strategische beleid inzake overheidsopdrachten.

Op basis van de uit hoofde van dit lid ontvangen gegevens brengt de Commissie regelmatig een verslag uit over de tenuitvoerlegging van en de beste praktijken inzake nationaal beleid met betrekking tot overheidsopdrachten in de interne markt.

### **Informatie en richtsnoeren**

De lidstaten dragen er zorg voor dat informatie over en richtsnoeren voor de uitleg en toepassing van de wetgeving van de Unie inzake het plaatsen van overheidsopdrachten gratis beschikbaar zijn, met het doel de aanbestedende diensten en ondernemers, met name mkb's, te helpen bij de correcte toepassing van de voorschriften van de Unie inzake plaatsen van overheidsopdrachten (artikel 83 lid 4). Daarnaast moeten de lidstaten er voor zorgen dat ondersteuning ter beschikking staat van de

aanbestedende diensten met het oog op de planning en de uitvoering van aanbestedingsprocedures.

### **Kopieën overeenkomsten en aanbestedingsrapport**

De aanbestedende diensten houden, tenminste gedurende de looptijd van de opdracht, kopieën bij van alle gesloten overeenkomsten met een waarde van ten minste 1.000.000 EUR voor opdrachten voor leveringen of diensten en 10.000.000 EUR voor opdrachten voor werken (artikel 83 lid 6 en overweging 126).

Van elke aanbestedingsprocedure moeten de basiselementen en besluiten in een aanbestedingsrapport worden beschreven (zie ook artikel 84 over het proces verbaal).

### **Nationale verslaglegging en statistische informatie**

De lidstaten doen de Commissie uiterlijk op 18 april 2017 en vervolgens elke drie jaar een statistisch rapport toekomen voor overheidsopdrachten die onder deze richtlijn zouden vallen indien de waarde hoger zou liggen dan de in artikel 4 vastgestelde toepasselijke drempel, waarbij een raming wordt gegeven van de gezamenlijke totale waarde van deze aanbestedingen in de betrokken periode. Zie artikel 85. Deze raming kan met name worden gebaseerd op gegevens die beschikbaar zijn op grond van nationale publicatievoorschriften of op steekproeven.

De lidstaten stellen de Commissie informatie ter beschikking over hun institutionele organisatie met betrekking tot de uitvoering, controle en naleving van deze richtlijn, alsmede over nationale initiatieven om voorlichting en bijstand te verlenen bij de uitvoering van de aanbestedingsregels van de Unie of een antwoord te formuleren op de uitdagingen die zich bij de uitvoering van deze regels aandienen.

### **Administratieve samenwerking**

De lidstaten verlenen elkaar wederzijdse bijstand en nemen maatregelen met het oog op daadwerkelijke onderlinge samenwerking teneinde uitwisseling van informatie te verzekeren. Zij zien toe op de vertrouwelijkheid van de door hen uitgewisselde informatie. De bevoegde autoriteiten van alle betrokken lidstaten wisselen informatie uit met inachtneming van de voorschriften inzake bescherming van persoonsgegevens. Daarnaast wordt uiterlijk op 18 april 2015 een proefproject opgezet om te testen of het gebruik van het informatiesysteem Interne Markt (IMI) geschikt is voor de uitwisseling van de onder deze richtlijn vallende gegevens. Zie ook artikel 86 en overweging 128.

### **Hoofdstuk 3 Publiek publieke samenwerking in richtlijn 2014/24**

Decentrale overheden werken steeds vaker samen met elkaar of met andere overheden en hebben daarbij veel vragen over de toepassing van de uitzonderingsgronden in de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG betreffende inbesteding, alleenrechten en het voorbehoud van opdrachten aan SW-bedrijven (respectievelijk uitgewerkt in jurisprudentie, artikel 18 en artikel 19 van de huidige richtlijn). Zie voor meer informatie ook de website van Europa decentraal over [inbesteden](#), [alleenrecht](#) en [uitgesloten en voorbehouden opdrachten](#). De centrale vraag daarbij is of en hoeverre er sprake kan zijn van een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijn of een van de toepassing van de aanbestedingsrichtlijn uitgezonderde situatie. En moeten opdrachten tussen publieke entiteiten dientengevolge wel of niet met inachtnaam van de aanbestedingsrichtlijnen aanbesteed worden?

In dit hoofdstuk wordt in de inleiding ingegaan op de documenten die de Europese Commissie eerder al heeft uitgebracht met het oogmerk om – vooruitlopend op de uiteindelijke codificatie in de nieuwe richtlijn 2014/24- al duidelijkheid te verschaffen over de al dan niet toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen bij publieke samenwerking. De eerste paragraaf van dit hoofdstuk beschrijft uitgebreid hoe een van die documenten, het Werkdocument van de Europese Commissie uit 2011 over publieke samenwerking, bepaalde vraagstukken al beantwoord. Vervolgens wordt in paragraaf 2 aangegeven hoe die codificatie in de nieuwe richtlijn 2014/24 is vormgegeven met betrekking tot de meest voorkomende kwesties die bij publieke samenwerking spelen, namelijk inbestedings- en alleenrechtenvraagstukken en hoe opdrachten voorbehouden kunnen worden aan SW-bedrijven. Tot slot kunnen bij gebruik van het instrument van aankoopcentrales zich ook vraagstukken van publieke samenwerking voordoen. De derde paragraaf van dit hoofdstuk gaat daar kort op in.

#### **Wat er aan richtlijn 2014/24 vooraf ging**

##### **Groenboek**

Het Groenboek uit januari 2011 behandelde al een groot deel van de materie over inbesteding en alleenrechten onder de noemers publiek publieke samenwerking (hierna: pupus) en uitsluitende rechten (respectievelijk paragrafen 2.3 en 3.6). Over het voorbehouden van opdrachten aan SW-bedrijven bevatte het Groenboek geen verdere specifieke informatie.

Het Groenboek kondigde een apart werkdocument van de Commissie aan ter verduidelijking van de interpretatie van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU in relatie tot pupus. Het Hof heeft in de loop der jaren allerlei uitzonderingen geformuleerd voor (niet) toepasselijkheid van de Europese aanbestedingsrichtlijn in gevallen van pupus.

##### **Werkdocument**

Dit werkdocument is verschenen in oktober 2011. Het bevat veel relevante informatie voor decentrale overheden die zich afvragen hoe zij bij inbestedingsconstructies en de toepassing van alleenrechten moeten omgaan met de toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn.

##### **Richtlijnvoorstellen**

In de richtlijnvoorstellen van december 2011 zien we in de klassieke richtlijn dat voor codificatie van de inbestedingsbepalingen een apart artikel in de richtlijn is ingevoegd.

De bestaande bepaling over alleenrechten was niet meer terug te vinden in het voorstel voor de klassieke richtlijn. Wel was er in artikel 30 van het voorstel voor de klassieke richtlijn nog een uitzonderingsbepaling opgenomen voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Dit geldt in de gevallen dat slechts één bepaalde ondernemer het werk, de levering of dienst kan leveren/verrichten vanwege de bescherming van exclusieve rechten. Een definitie van

exclusief recht ontbrak echter in het nieuwe voorstel.

In artikel 17 van het richtlijnvoorstel voor de klassieke sector was nog wel het voorbehoud aan SW-bedrijven opgenomen, zij het in iets gewijzigde vorm.

In de op 28 maart 2014 in het Publicatieblad EU gepubliceerde definitieve versie van de richtlijn voor de klassieke sectoren (2014/24) is inbesteding terug te vinden in artikel 12, het alleenrecht in artikel 11 en het voorbehoud aan sociale werkplaatsen en integratiebedrijven in artikel 20.

In het laatste hoofdstuk van deze notitie Nieuwe aanbestedingsrichtlijnen 2014 wordt ook de nieuwe concessierichtlijn (2014/23/EU) besproken. Ook daarin komen expliciet inbesteding (rechtsoverweging 46 ev. en artikel 17) uitsluitende en bijzondere rechten (rechtsoverweging 22, artikel 5 sub 10 en 11, bijlage XI) en een voorbehoud aan SW-bedrijven (artikel 24) terug.

In de komende paragrafen gaan we eerst uitgebreider in op de verschillende aspecten van publieke samenwerking zoals die ook door het werkdocument van de Europese Commissie in 2011 op een rij zijn gezet. Vervolgens gaan we in de tweede paragraaf van dit hoofdstuk in op hoe de huidige status quo op de belangrijkste publieke samenwerkingsvragen (inbesteden, alleenrechten en voorbehouden aan SW-bedrijven) in de nieuwe richtlijn voor de klassieke sectoren 2014/24 gecodificeerd zijn.

### **3.1 Het werkdocument over Publiek-publieke samenwerking**

Zijn de EU-aanbestedingsrichtlijnen ook van toepassing in situaties waarin aanbestedende diensten de vervulling van hun openbare taken gezamenlijk verzorgen? Met deze probleemstelling start het werkdocument. Het Hof van Justitie EU heeft zich hierover in een aantal arresten al uitgelaten.

Volgens het werkdocument moet hierbij een onderscheid gemaakt worden tussen twee aanbestedingsactiviteiten. Het gaat daarbij om aanbestedingsactiviteiten die gebaat zijn bij een *open mededinging* onder ondernemers (geregeld door Europese aanbestedingsregels) en *andere regelingen* die aanbestedende diensten kunnen gebruiken om de uitvoering van hun openbare taken te verzekeren (die buiten toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen vallen).

In de inleiding van het werkdocument geeft de Commissie aan dat het vooral bedoelt verheldering te verschaffen over de juridische consequenties van de arresten over *pupus*. Het document stelt geen nieuwe regels of vereisten. De richtsnoeren die in het document worden gegeven blijven beperkt tot het gebied van overheidsopdrachten en doen geen afbreuk aan de Europese regels inzake mededinging en steunmaatregelen van staten. Het document kiest verder voor een opbouw waarbij als algemeen uitgangspunt geldt dat het EU-aanbestedingsrecht van toepassing is op opdrachten tussen aanbestedende diensten (paragraaf 2 werkdocument).

Vervolgens wordt in paragraaf 3 van het werkdocument besproken hoe bij verschillende vormen van *pupus* aanbestedende diensten van de toepassing van die regels kunnen worden vrijgesteld. Het gaat dan om de situatie waarin een openbare taak met eigen middelen wordt uitgeoefend. Aan de hand van een onderscheid tussen zogenaamde verticale en horizontale samenwerking wordt met name de bestaande inbestedingsjurisprudentie hier op een rij gezet.

Tot slot besteedt het document in paragraaf 4 aandacht aan andere soorten publiek-publieke betrekkingen, waarbij uitdrukkelijk sprake is van een openbare taak die wordt vervuld met externe middelen. Hierbij komen expliciet aan de orde de (her)verdeling van bevoegdheden tussen verschillende overheidsinstanties, de niet contractuele toewijzing van taken, de uitsluitende rechten en collectief aanbesteden/ centraal inkopen.



De informatie uit paragrafen 2 tot en met 4 van het werkdocument worden hierna – vooral in paragraaf 3.1.1 over inbesteding in het werkdocument- besproken.

Kenniscentrum Europa decentraal constateert in zijn helpdeskpraktijk dat juist de overlap van inbestedings- en alleenrechtenvraagstukken vaak de samenloop met mededingings- en staatssteunvragen betreft. Ook vragen betreffende de reikwijdte van het begrip openbare taak leidt regelmatig tot vragen van decentrale overheden. Het werkdocument en de nieuwe richtlijnen gaan hier niet uitgebreid op in.

### **Publieke samenwerking bij opdrachten tussen aanbestedende diensten**

Het werkdocument bevestigt dat aanbestedende diensten en instanties die overeenkomsten onder bezwarende titel sluiten met een andere rechtspersoon overheidsopdrachten in de zin van de aanbestedingsrichtlijn betreffen. Zij kunnen dus leiden tot toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn. Het maakt niet uit of de contractpartner privaat dan wel publiek is.

#### *Een voorbeeld*

Stel dat een decentrale overheid zich aanbiedt als uitvoerder van een dienst, levering of werk en het werken, werkzaamheden of producten of diensten betreft die deze overheid op een markt aanbiedt. Dan kan deze overheid zich kwalificeren als een aannemer, leverancier of dienstverlener in de zin van de richtlijn. Bij het sluiten van een overeenkomst onder bezwarende titel tussen een opdrachtgevende aanbestedende dienst en een opdrachtnemende aanbestedende dienst kan dus sprake zijn van een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn.

### **3.1.1 Inbesteding in het werkdocument**

Bij de beschrijving van de inbestedingsmaterie in het werkdocument behandelt de Commissie eerst het onderscheid tussen het uitvoeren van openbare taken met eigen middelen en met externe middelen en vervolgens verschillende vormen van publieke samenwerking (horizontaal en verticaal). Ook probeert het werkdocument te verduidelijken of een aanbestedende dienst alleen bepaalde openbare taken overdraagt en dan geen dienst inkoopt of een overheidsopdracht verleend of dat er sprake is van een situatie waarin sprake is van een niet contractuele toewijzing van taken.

#### **Uitvoering van openbare taken met eigen middelen**

Waar voorheen in inbestedingsterminologie veelal werd gesproken over het onderscheid tussen zuiver inbesteden en quasi-inbesteding, vindt de laatste tijd een verschuiving in terminologie plaats. Ook in het werkdocument worden de termen 'zuiver en quasi-inbesteding' niet meer gehanteerd. De betreffende jurisprudentie wordt wel behandeld en uitgelegd maar vanuit de noemer 'openbare taakuitoefening met eigen middelen'.

Een aanbestedende dienst wordt door het EU-recht niet beperkt in zijn vrijheid om zijn taak van openbaar belang te vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen. Hierbij hoeft de overheid geen beroep te doen op externe lichamen die niet tot zijn eigen structuur behoren. Dit wordt aangetoond in de Stadt Halle uitspraak (C-26/03).

In noot 48 van het werkdocument wordt nog expliciet ingegaan op het in het VEU in artikel 4 lid 2 vastgelegde beginsel van erkenning van regionaal en lokaal zelfbestuur en het protocol nr. 26 bij dat verdrag dat hierover handelt. Autoriteiten hebben het recht zelf te beslissen hoe zij diensten verrichten die zij verplicht zijn aan het publiek te leveren. Dit recht moet echter wel worden uitgeoefend in overeenstemming met andere bepalingen van EU-recht.

Het EU-recht dwingt dus niet aanbestedende diensten hun diensten te externaliseren. Maar zij moeten er voor zorgen dat, indien aanbestedende diensten besluiten een afzonderlijke –publieke of private -

entiteit op commerciële basis aan te spreken, dit op transparante en niet-discriminerende wijze te regelen.

### **Zonder overeenkomst en binnen zelfde rechtspersoon**

Een aanbestedende dienst kan een openbare taak met eigen middelen vervullen. Dit kan zonder een overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten en door het binnen een en dezelfde rechtspersoon te beleggen.

### **In samenwerking met andere aanbestedende diensten**

Ook kan een overheid openbare taken met eigen middelen vervullen in samenwerking met andere aanbestedende diensten. Als daarbij geen sprake is van betaling of enige uitwisseling van wederzijdse rechten en plichten is er geen dienstverlening in de zin van het aanbestedingsrecht en is dat ook niet van toepassing.

Gaan aanbestedende diensten echter overeenkomsten onder bezwarende titel sluiten (met wederzijdse rechten en plichten)? Dan komt de inbestedingsjurisprudentie van het Hof EU aan de orde om te bezien of niet toepasselijkheid van het EU-aanbestedingsrecht op dergelijke opdrachten ingeroepen kan worden.

### **Horizontale en verticale samenwerking**

Op het moment dat aanbestedende diensten samenwerken om gezamenlijk taken van openbaar belang uit te voeren, kan dit meebrengen dat opdrachten worden gegund zonder dat de verplichting geldt het EU-aanbestedingsrecht toe te passen. Die samenwerking kan 2 vormen aannemen:

1. Geïstitutionaliseerd (verticaal): de samenwerkende aanbestedende diensten hebben gezamenlijk controle over een derde entiteit die met de uitvoering van een taak belast is;
2. Niet-geïstitutionaliseerd (horizontaal): er wordt een samenwerking opgezet zonder dat een nieuwe of speciaal daartoe aangewezen entiteit wordt opgericht.

Het werkdocument beschrijft vervolgens de voorwaarden waaraan bij verticale of horizontale samenwerking moet worden voldaan, wil sprake kunnen zijn van de mogelijkheid om een beroep te kunnen doen op niet-toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn. Dit gebeurt aan de hand van de bestaande jurisprudentie over inbesteding en publieke samenwerking.

Daarbij spelen de volgende omstandigheden een belangrijke rol:

- gebruik van eigen middelen,
- geen betrokkenheid van privé kapitaal,
- geen marktgerichtheid van de samenwerkende entiteiten en
- vormgeving relatie tussen betrokkenen (controle onderling dan wel gezamenlijke uitvoering van een gemeenschappelijke taak, samenwerking berustend op openbaar belang).

Voor een uitvoerige bespreking verwijzen wij u naar het [werkdocument](#) zelf. Zie verder ook de inleiding van deze notitie.

### **Samenwerking bij de uitvoering van openbare taken met externe middelen**

In paragraaf 4 van het werkdocument behandelt de Commissie de situaties waarin een taak van openbaar belang die aan een aanbestedende dienst is toegewezen, uiteindelijk wordt uitgevoerd met externe middelen van de aanbestedende dienst. De *bevoegdheid* voor de gegeven openbare taak als dusdanig kan worden overgedragen aan een andere overheidsinstantie (zie paragraaf 4.1. van het werkdocument).

Maar ook kan de *uitvoering* van een gegeven taak *aan een andere entiteit* worden *toevertrouwd*. Dit

laatste kan:

1. Zonder contractuele banden (zie paragraaf 4.2. werkdocument)
2. Door een uitsluitend recht bij een andere aanbestedende dienst (zie paragraaf 4.3 van het werkdocument en verder de paragraaf hierna)
3. Door een gezamenlijke aanbesteding met andere aanbestedende diensten of door middel van aankoopcentrales (zie paragraaf 4.4 van het werkdocument).

### **Overdracht bevoegdheden voor uitoefenen openbare taak of inkoop van dienst en dus opdracht?**

Elke lidstaat is vrij zijn eigen administratie te organiseren of reorganiseren en als onderdeel hiervan de overdracht van bevoegdheden voor bepaalde openbare taken van de ene naar de andere overheidsinstantie mogelijk te maken. Het organiseren van de nationale administratie van lidstaten valt als dusdanig niet binnen de bevoegdheden van de EU.

Wanneer een aanbestedende dienst alle bevoegdheden voor een bepaalde openbare taak overdraagt, koopt deze geen dienst voor eigen behoeften in. De overdracht van bevoegdheid voor een bepaalde openbare taak van een aanbestedende dienst naar een andere valt niet onder de aanbestedingsregels, aldus het werkdocument.

Het overdragen van een bevoegdheid voor een bepaalde openbare taak van een overheidsinstantie naar een andere betekent dat zowel het officiële gezag als de bijbehorende economische activiteiten worden overgedragen. Het werkdocument noemt als voorbeeld de overdracht van bevoegdheden op het gebied van afvalbeheer.

Overdracht van bevoegdheden ziet dan op overdracht van:

- het recht tot bepaling van tarieven,
- vaststelling van regels voor het ophalen,
- sorteren en verwerken van afval, en
- het recht tot beheer en uitvoering van de taak overeenkomstig deze regels.

Dit alles vormt het officiële gezag. Onderdeel van deze rechten is het recht om te bepalen hoe de concrete economische activiteiten die nodig zijn voor de vervulling van de openbare taak (bijv. ophaal, vervoer, opslag, verwijdering en recycling) moeten worden verricht.

Het werkdocument behandelt ook nog jurisprudentie ingevolge welke kan worden vastgesteld wanneer overdracht van bevoegdheden *niet* heeft plaatsgevonden. Een onderscheidend kenmerk hierbij is de volledigheid van de overdracht. De overdragende instantie moet geen enkele verantwoordelijkheid behouden, wil sprake kunnen zijn van overdracht van bevoegdheden. In het bijzonder het recht om te regelen hoe de economische activiteiten die in het kader van de openbare taak moeten worden ondernomen moet zijn overgedragen.

Dit sluit echter niet uit dat de overdragende entiteit enige invloed kan uitoefenen op de wijze waarop de vervulling van de desbetreffende openbare taak concreet wordt georganiseerd.

### **Niet contractuele toewijzing van taken?**

De EU-richtlijnen zijn van toepassing indien er een overeenkomst bestaat. Elementen die het werkdocument noemt die hierbij van belang zijn, zijn onder meer:

- het aanwezig zijn van minstens twee juridisch onderscheiden entiteiten die zelfstandig beslissingen kunnen nemen,
- wilsovereenstemming en de bekwaamheid van partijen om te onderhandelen over de inhoud van de te leveren diensten en de tarieven daarvan.

Indien er geen overeenkomst is zijn de EU-aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing. Indien derhalve een entiteit een werkzaamheid verricht krachtens verplichtingen die voortvloeien uit een nationale wet en die geen contractuele basis hebben, valt deze werkzaamheid niet onder de aanbestedingsrichtlijnen.

Het werkdocument merkt wel op dat de toepassing van het VWEU niet afhankelijk is van het bestaan van een overeenkomst. Het Verdrag is van toepassing wanneer een aanbestedende dienst een derde belast met de verrichting van economische activiteiten.

Bovenstaande informatie uit het werkdocument over de overdracht van bevoegdheden en de niet contractuele toewijzing van taken zal voor decentrale overheden vooral van belang zijn bij de inrichting van samenwerkingsafspraken (publiek publieke samenwerking) en de vraag of daarbij sprake is van een overheidsopdrachtverlening of juist het creëren van een rechtsverhouding die niet wordt bestreken door de aanbestedingsrichtlijnen.

Is er louter sprake van het overdragen van bevoegdheden of is er geen sprake van aanwezigheid van een overeenkomst, dan zijn de aanbestedingsrichtlijnen niet van toepassing. Vooral bij inbestedingsconstructies en verlening van alleenrechten doen deze vragen zich vaak voor in de Nederlandse praktijk.

### **3.1.2 Alleenrecht in het werkdocument**

Het werkdocument begint met te constateren dat de term 'uitsluitend recht' op uiteenlopende fenomenen slaat. Het kan bijvoorbeeld een voorbehoud van een hele bedrijfssector aan de overheid betreffen. Maar ook een exclusieve toewijzing van één specifieke taak aan één specifieke onderneming.

Niet elk uitsluitend recht rechtvaardigt echter dat de gunning van een overheidsopdracht wordt vrijgesteld van de werking van de aanbestedingsrichtlijn. Artikel 18 van de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18 stelt verschillende eisen hiervoor:

- het alleenrecht moet zijn verleend bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling,
- de bepaling moet zijn bekendgemaakt en moet verenigbaar met het Verdrag zijn en
- *heeft alleen betrekking op rechten die aan bijzondere overheidsinstanties zijn verleend om op basis van een alleenrecht bepaalde diensten te verlenen aan de overheidssector.*

Deze laatste (door Europa decentraal gecursiveerde) bepaling brengt een nadere nuancering aan op de huidige richtlijnbeepaling.

Het werkdocument gaat verder nog in op de vraag:

- 1) hoe de bepaling dat het alleenrecht verenigbaar moet zijn met het Verdrag moet worden geïnterpreteerd en
- 2) op de veelgestelde vraag of het niet-discriminatiebeginsel vereist dat uitsluitende rechten op basis van concurrentie worden verleend.

De eerste vraag komt voort uit het vereiste dat de bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling waarbij het alleenrecht wordt gevestigd, verenigbaar moet zijn met de regels van het Verdrag. Dit geldt in het bijzonder voor artikelen 49 en 56 van het VWEU (recht van vestiging en vrij verkeer van diensten) en met de regels en beginselen van non-discriminatie, transparantie, evenredigheid, wederzijdse erkenning en de bescherming van rechten van particulieren.

De vraag wordt beantwoord door te stellen dat het uitsluitend recht gerechtvaardigd moet zijn:  
- door een uitdrukkelijk in het verdrag genoemde uitzondering (uitoefening van openbaar gezag, openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid)

- of (in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof) door dwingende redenen van algemeen belang (d.r.a.b).

Ten aanzien van deze d.r.a.b. geldt dat zij moeten voldoen aan de vereisten van evenredigheid, proportionaliteit en non-discriminatie.

In noot 62 van het werkdocument wordt nog gesteld dat beslissingen om ondernemingen uitsluitende rechten te verlenen een inbreuk op het Verdrag kunnen vormen indien:

- de door de dienstverlener na te leven voorschriften inzake openbare dienstverlening niet duidelijk zijn omschreven,
- de dienstverlener kennelijk niet in staat is om aan de vraag te voldoen, of
- aan de vereisten kan worden voldaan op een alternatieve manier die minder nadelige effecten heeft op de mededinging.

Van verenigbaarheid met het verdrag is geen sprake indien de maatregel waarbij het recht wordt verleend onverenigbaar is met secundaire EU wetgeving. De tweede vraag wordt min of meer bevestigend beantwoord voor het geval een exclusief recht zou worden verleend aan een aanbestedende dienst met gebruik van privékapitaal. Dit kan zich voordoen in het geval van een publiekrechtelijke instelling, aldus het werkdocument.

In het verlengde van de eerste vraag over de verenigbaarheid met het Verdrag, stelt het werkdocument dat indien de rechtvaardiging voor de beperking van het vrij verrichten van diensten (artikel 56 VWEU) in een dwingende reden van algemeen belang ligt, moet worden voldaan aan de voorwaarde dat de betrokken maatregel niet discriminerend moet zijn. Geen enkele particuliere entiteit zou in dat geval een voordeligere positie mogen krijgen dan haar concurrenten.

In de notitie Veelgestelde vragen aanbesteden van Europa decentraal, hoofdstukken 3 en 4 wordt ook nader beschreven onder welke voorwaarden gebruik van het [alleenrecht](#) en [inbesteding](#) mogelijk is vanuit het werkdocument en richtlijn 2004/18 bezien.

### **3.1.3 Voorbehoud aan SW-bedrijven in het werkdocument**

Het werkdocument van de Commissie uit 2011 over publieke samenwerking gaat verder niet expliciet in op de mogelijkheden uit de richtlijn 2004/18, artikel 19 om opdrachten onder voorwaarden te kunnen voorbehouden aan SW-bedrijven. Bij het voorbehouden van dergelijke opdrachten kan het in de praktijk echter wel gaan om een vorm van publieke samenwerking. Het verdient dan ook aanbeveling bij gebruik van het voorbehoud uit artikel 19 ook oog te hebben voor mogelijke samenloop met inbestedings- of alleenrechtenproblematiek.

Zie voor meer informatie ook de website van Europa decentraal over [voorbehouden opdrachten](#) aan SW-bedrijven.

## **3.2 Richtlijn 2014/24 en publieke samenwerking**

Zoals hierboven aangegeven is in de nieuwe richtlijn vooral sprake van codificatie van de situatie zoals publieke samenwerking volgens jurisprudentie, het Groenboek en het werkdocument uit 2011 kan worden gezien ten opzichte van de aanbestedingsregels.

### **Uitgangspunt : vrijheid in zelforganisatie en bij DAEB**

De nieuwe richtlijn begint in overweging 5 te stellen dat geen enkele bepaling in de richtlijn de lidstaten (en dus in het verlengde daarvan de decentrale overheden) verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorgen wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan

overheidsopdrachten in de zin van de richtlijn, uit te besteden of te outsourcen. Lid 6 van artikel 1 van richtlijn 2014/24 geeft in dit kader aan dat 'overeenkomsten, besluiten of andere rechtsinstrumenten waarbij de overdracht van bevoegdheden met verantwoordelijkheden tussen aanbestedende diensten of groepen van aanbestedende diensten met het oog op het verrichten van hun openbare taak georganiseerd wordt en die niet voorzien in vergoeding van contractuele prestaties, worden beschouwd als behorende tot de interne organisatie van de betrokken lidstaat'. De nieuwe richtlijn richt zich hier niet op.

Daarnaast valt dienstverlening op grond van wet- of regelgeving of arbeidsovereenkomsten (zie artikel 10 sub f van richtlijn 2014/24) niet onder de werkingssfeer van de richtlijn. In sommige lidstaten kan dit bijvoorbeeld het geval zijn voor bepaalde administratieve diensten en overheidsdiensten, zoals bij uitvoerende en wetgevende diensten of het verstrekken van bepaalde diensten aan de gemeenschap, zoals diensten op het gebied van buitenlandse zaken of justitie of verplichte socialezekerheidsdiensten.

### **Richtlijn n.v.t. op sociale zekerheid, liberalisering of privatisering**

De nieuwe richtlijn mag geen invloed hebben op de socialezekerheidswetgeving van de lidstaten (zie artikel 1 lid 5 van richtlijn 2014/24). Ook mag de richtlijn geen betrekking hebben op de liberalisering van diensten van algemeen economisch belang (DAEB) die voorbehouden zijn aan openbare of particuliere entiteiten, of op de privatisering van openbare dienstverlenende entiteiten.

### **Samenloop met DAEB, NEDAB, DAB en SDAB en staatssteun**

Het staat lidstaten vrij om zelf verplichte sociale voorzieningen of andere diensten te organiseren als DAEB, als niet-economische diensten van algemeen belang (NEDAB), of als een combinatie van beide. NEDAB moeten buiten het toepassingsgebied van de nieuwe richtlijn blijven.

De richtlijn doet geen afbreuk aan de *vrijheid* van nationale, regionale en lokale autoriteiten *om* conform het Unierecht *DAEB*, de reikwijdte daarvan en de kenmerken van de te verlenen dienst (zoals de voorwaarden betreffende de kwaliteit van de dienst) *te omschrijven*, ter nastreving van de doelstellingen van openbare orde. Ook mag de richtlijn geen afbreuk doen aan de *bevoegdheid* van nationale, regionale en lokale autoriteiten *om DAEB te leveren, te doen uitvoeren en te financieren* overeenkomstig artikel 14 VWEU en het Protocol nr. 26 betreffende DAB (Diensten van Algemeen Belang) bij het VEU.

Tot slot betreft de nieuwe richtlijn 2014/24 ook niet de *financiering van DAEB of* regeling van door de lidstaten volgens de mededingingsregels van de Unie verstrekte *steun*, met name op sociaal gebied (zie voor meer informatie ook overwegingen 6 en 7 en artikel 1 lid 4). Zie voor meer informatie over [staatssteun](#) het dossier van Europa decentraal.

Zie voor de samenloop tussen DAB, DAEB, NEDAB en Sociale Diensten van Algemeen Belang (SDAB) en de interne marktregels ook het [dossier DAB](#) en de komende handreiking DAEB 2014 via Europa decentraal.

### **3.2.1 Inbesteding in richtlijn 2014/24**

De codificatie, die beoogt meer rechtszekerheid te scheppen en met name de bestaande inbestedingsjurisprudentie betreft, vinden we terug in artikel 12 van richtlijn 2014/24, getiteld 'overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector'. Achtergrondinformatie over die bepaling is ook terug te vinden in rechtsoverwegingen 31 t/m 34 bij de richtlijn. Zie voor een overzicht van die bestaande jurisprudentie (meer concreet: met name het vereiste van 'toezicht zoals op eigen diensten' en het vereiste dat 'het merendeel van de activiteiten' moeten worden uitgevoerd ten behoeve van de aanbestedende diensten) ook [deze](#) webpagina en [hoofdstuk 4](#) van de Veelgestelde vragen aanbesteden notitie van Europa decentraal.

### **Achtergrond inbestedingsregels: samenwerking bij taken van algemeen belang, geen bevoordeling particuliere dienstverleners**

Uit overweging 30 wordt duidelijk dat het feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, op zich de toepassing van de aanbestedingsregels niet uitsluit. De toepassing van deze regels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid om samen te werken met andere overheidsdiensten. Vrijgestelde samenwerking tussen overheidsdiensten mag echter niet leiden tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van particuliere ondernemers in die zin dat een particuliere dienstverlener bevoordeeld wordt ten opzichte van zijn concurrenten.

### **Opdracht aanbestedende dienst aan andere rechtspersoon; toezicht, 'merendeel' en geen privé-deelneming**

Een opdracht die door een aanbestedende dienst wordt gegund aan een andere gecontroleerde (privaat- of publiekrechtelijke) rechtspersoon valt volgens artikel 12 lid 1 en overweging 32 van richtlijn 2014/24 buiten het toepassingsgebied van de richtlijn wanneer aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- De aanbestedende dienst oefent *toezicht* uit op de betrokken rechtspersoon zoals op zijn eigen diensten;
- *Meer dan* (overweging 32 zegt tenminste) *80 % van de activiteiten* van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en;
- Er is *geen directe participatie van privékapitaal* in de gecontroleerde rechtspersoon (met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon).

### **Toezicht als op eigen diensten**

Van toezicht zoals op zijn eigen diensten is sprake wanneer de aanbestedende dienst zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent. Dit toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd. Zie lid 1 van artikel 12.

### **Berekenen van het merendeels-percentage**

Lid 5 van artikel 12 geeft nadere voorschriften over hoe het merendeels-percentage van 80% wordt bepaald. Dit gebeurt aan de hand van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen of werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de opdracht. Als de omzet of alternatieve maatstaf over afgelopen drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is, volstaat het om met name middels bedrijfsprognoses aan te tonen dat de meting van de activiteit aannemelijk is.

### **Privékapitaal eis**

Overweging 32 maakt duidelijk dat de situatie waarin sprake is van directe participatie door een particuliere ondernemer in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon bij het gunnen van een overheidsopdracht zonder mededinging onrechtmatig voordeel op concurrenten zou kunnen opleveren voor de particuliere ondernemer met een deelname in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon. Bij overheidsorganen die een verplicht lidmaatschap kennen, zoals organisaties die belast zijn met het beheer of de uitvoering van bepaalde openbare diensten, is dit niet van toepassing in gevallen waarin de deelname van bepaalde particuliere ondernemingen in het kapitaal van de



gecontroleerde rechtspersoon verplicht is gesteld krachtens nationale regelgeving (in overeenstemming met Verdragsregels), mits die deelneming geen controle of blokkerende macht levert en geen beslissende invloed uitoefent op de besluiten van de gecontroleerde rechtspersoon.

Alleen de directe participatie van particuliere ondernemingen in het kapitaal van de gecontroleerde rechtspersoon is het beslissende element. Wanneer sprake is van participatie door particuliere ondernemers in het kapitaal van controlerende aanbestedende dienst(en) kunnen die participaties de concurrentie tussen particuliere ondernemingen niet negatief beïnvloeden, aldus overweging 32. Overheidsopdrachten zouden dan kunnen worden gegund aan de gecontroleerde rechtspersoon zonder toepassing van de procedures van deze richtlijn (dus met een beroep op de inbestedingsuitzonderingsgrond).

### **Horizontale samenwerking**

Tot slot maakt overweging 32 duidelijk dat aanbestedende diensten/ publiekrechtelijke instellingen, waar sprake kan zijn van participatie van privékapitaal, zich toch moeten kunnen beroepen op de uitzondering wegens horizontale samenwerking. De uitzondering wegens horizontale samenwerking moet, indien aan alle overige voorwaarden voor horizontale samenwerking is voldaan ook gelden voor aanbestedende diensten waarbij de opdracht uitsluitend tussen aanbestedende diensten wordt gegund.

### **Privékapitaal eis bij gunning door gecontroleerde entiteit aan controlerende aanbestedende dienst**

De inbestedingsuitzonderingsgrond van lid 1 van artikel 12 is volgens lid 2 ook van toepassing wanneer de gecontroleerde rechtspersoon, die zelf een aanbestedende dienst is, een opdracht gunt aan 'zijn aanbestedende dienst' of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd, mits er geen directe participatie van privékapitaal is in de rechtspersoon aan wie de overheidsopdracht wordt gegund.

Met 'zijn aanbestedende dienst' wordt ingevolge overweging 32 bedoeld op de controlerende aanbestedende dienst die 'boven' de gecontroleerde rechtspersoon staat en niet op een aanbestedende dienst van de gecontroleerde rechtspersoon (die zelf ook aanbestedende dienst is) zelf.

Op de directe privékapitaal-participatie-eis bestaat een uitzondering. Namelijk wanneer sprake is van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal (vereist krachtens de nationale wet- en regelgeving, in overeenstemming met de Verdragen), die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Wanneer er dus wel sprake is van directe participatie van privékapitaal, maar er is geen sprake van een controle of blokkerende macht opleverende vorm (vereist volgens nationale regels) die geen beslissende invloed uitoefent op de gecontroleerde rechtspersoon, dan kan toch aan de inbestedingsuitzonderingsgrond (van privékapitaal) zijn voldaan en worden inbesteed.

### **Geen controle aanbestedende dienst op rechtspersoon maar toch niet toepasselijkheid richtlijn bij gezamenlijk toezicht?**

Ook indien een aanbestedende dienst geen controle over een privaats- of publiekrechtelijke rechtspersoon uitoefent als bedoeld in lid 1 (toezicht, merendeels-criterium (80%) en geen directe participatie privékapitaal) kan toch zonder toepassing van de richtlijn een opdracht gegund worden aan deze rechtspersoon als sprake is van gezamenlijk toezicht. Daarbij moet aan een drietal voorwaarden genoemd in lid 3 van artikel 12 worden voldaan. Deze voorwaarden zijn dezelfde als in lid 1 (maar dan toegeschreven naar de situatie van gezamenlijk toezicht), namelijk kortgezegd dat:

1. De aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op hun eigen diensten;
2. Meer dan 80 % van de activiteiten van de rechtspersoon gaat om taken die de rechtspersoon zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten (zie voor berekening 80% ook lid 5);
3. Er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (etc.).

Ook wordt in dit lid 3 toegelicht wanneer sprake is van gezamenlijk toezicht namelijk (cumulatief) wanneer:

- 1) wanneer de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten (individuele vertegenwoordigers kunnen verscheidende of alle deelnemende aanbestedende diensten vertegenwoordigen);
- 2) deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon uit te oefenen en;
- 3) de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

### **Overeenkomst tussen twee of meer aanbestedende diensten geen overheidsopdracht?**

Tot slot gaat lid 4 van artikel 12 en overweging 33 in op de vraag wanneer een opdracht tussen twee of meer aanbestedende diensten buiten het toepassingsgebied van de richtlijn valt. Er wordt een drietal cumulatieve voorwaarden gesteld, te weten:

- de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen;
- de invulling van de samenwerking berust uitsluitend op overwegingen die verband houden met het openbaar belang;
- de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20 % van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening. Zie voor de berekening van de 20% lid 5.

### **Eisen aan de samenwerking: algemeen belang en samenwerkingsmodel**

Overweging 33 stelt dat aanbestedende diensten vrij kunnen besluiten hun taken van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband te verrichten, zonder dat een bepaalde rechtsvorm moet worden gekozen. Deze samenwerking kan betrekking hebben op alle soorten activiteiten die verband houden met het verrichten van hun diensten en met hun verantwoordelijkheden in het algemeen belang, zoals taken die territoriale lichamen verplicht of vrijwillig op zich nemen of diensten waarvoor krachtens publiek recht specifieke instanties bevoegd zijn. Diensten die door verschillende deelnemende instanties worden verleend hoeven niet noodzakelijkerwijs identiek te zijn, zij kunnen ook complementair zijn.

De samenwerking moet gebaseerd zijn op een samenwerkingsmodel. Het is bij de samenwerking niet vereist dat alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele plichten op zich nemen, zolang er sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie. Bovendien moet de samenwerking met inbegrip van eventuele financiële overdrachten tussen de deelnemende aanbestedende diensten, uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvinden.

### **Louter administratiefrechtelijke verhouding**

In sommige gevallen treedt een juridische entiteit volgens toepasselijke bepalingen van nationaal recht op als instrument of technische dienst voor bepaalde aanbestedende diensten. Deze entiteit is dan verplicht instructies van deze aanbestedende diensten uit te voeren en heeft geen invloed op de vergoeding van zijn prestatie. Vanwege het niet contractuele karakter valt een dergelijke louter

administratiefrechtelijke rechtsverhouding volgens overweging 34 niet onder de werkingssfeer van overheidsopdrachten-procedures.

### 3.2.2 Alleenrechten in richtlijn 2014/24

Overweging 30 bij richtlijn 2014/24 geeft aan dat in sommige gevallen een aanbestedende dienst of samenwerkingsverband van aanbestedende diensten de enige bron kan zijn voor een bepaalde dienst, voor de verstrekking waarvan hij het alleenrecht heeft uit hoofde van wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen die verenigbaar zijn met het VWEU. De nieuwe richtlijn dient te verduidelijken dat deze niet noodzakelijk wordt toegepast op het plaatsen van overheidsopdrachten voor diensten aan die aanbestedende dienst of dat samenwerkingsverband.

Hoewel in het voorstel voor de nieuwe aanbestedingsrichtlijn uit december 2011 het alleenrecht was verdwenen, is dat in de definitieve versie van de klassieke richtlijn 2014/24 dus weer teruggeplaatst middels een (ten opzichte van de huidige richtlijn praktisch ongewijzigde) regeling in artikel 11.

De huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18 stelt in artikel 18 (zie nu dus artikel 11 richtlijn 2014/24) dat aanbestedende diensten elkaar een alleenrecht kunnen verlenen voor de uitvoering van diensten en dat dan (onder bepaalde voorwaarden) de aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing is.

Ook kent de huidige richtlijn een bepaling in artikel 3 waarin wordt vermeld dat de mogelijkheid bestaat tot het verlenen van een bijzonder of uitsluitend recht *door een aanbestedende dienst aan een natuurlijke- of rechtspersoon om openbare diensten te verlenen*. Indien een aanbestedende dienst een dergelijk recht verleent, dient deze natuurlijke- of rechtspersoon bij de *overheidsopdrachten voor leveringen* die het in het kader van deze activiteit aan derden gunt het beginsel van niet-discriminatie op grond van nationaliteit na te leven. Deze bepaling komt in richtlijn 2014/24 niet meer terug.

In richtlijn 2014/24 vinden we ook terug (in artikel 32 sub b) de huidige mogelijkheid in artikel 31 lid 1 sub b van richtlijn 2004/18 voor het volgen van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in het geval van aanwezigheid van een exclusief recht. De termen alleenrecht, exclusief en bijzonder recht worden wederom verder niet gedefinieerd in richtlijn 2014/24. Alleen de nieuwe concessierichtlijn 2014/23 geeft in artikel 5 sub 10 en 11 een definitie van uitsluitend recht en bijzonder recht. Artikel 4 lid 3 van de nieuwe speciale sectorenrichtlijn 2014/25 geeft een interpretatie van bijzondere of uitsluitende rechten.

Wat betekent dit voor de praktijk? Alleenrechtvestiging tussen aanbestedende diensten en een beroep op niet-toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn blijft dus mogelijk onder voorwaarden. Bestaande vragen als 'wordt onder alleenrecht alleen een exclusief recht verstaan?', 'hoe vestigt een aanbestedende dienst een legitiem alleenrecht in overeenstemming met het VWEU (bijv. verdragsbeginselen van transparantie, non-discriminatie en in overeenstemming met de mededingingsbeginselen)?' etc. zullen zich blijven voordoen. In ieder geval kan bij de interpretatie van deze vraagstukken gebruik gemaakt blijven worden van bestaande aanvullende informatiebronnen zoals benoemd in de inleidende paragrafen van dit hoofdstuk 2 van deze notitie. Ook kan gebruik gemaakt worden van relevante bepalingen uit de concessie- en speciale sectorenrichtlijn.

Belangrijk is dat als definities kunnen worden aangehouden (zie concessierichtlijn):

**Uitsluitend recht:** een recht dat door een bevoegde autoriteit van een lidstaat is verleend op grond van een met de Verdragen verenigbare wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een activiteit wordt beperkt tot *één enkele ondernemer* en die de bevoegdheid van andere ondernemers om een dergelijke activiteit uit te oefenen, wezenlijk beïnvloedt.

**Bijzonder recht:** een recht dat door een bevoegde autoriteit van een lidstaat is verleend op grond van

een met de Verdragen verenigbare wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een activiteit wordt beperkt tot *twee of meer ondernemers* en die de bevoegdheid van andere ondernemers om een dergelijke activiteit uit te oefenen, wezenlijk beïnvloedt.

In hoofdstuk 4 van deze notitie wordt nader ingegaan op de voorschriften die vanuit de nieuwe concessierichtlijn (2014/23) worden gedaan en die ook betrekking hebben op bijzondere en uitsluitende rechten alsmede op relevante bepalingen in de nieuwe richtlijn voor de sectoren water, energie, vervoer en post (2014/25) waarin ook uitdrukkelijk wordt ingegaan op uitsluitende en bijzondere rechten.

### **3.2.3 Voorbehoud opdrachten aan SW-bedrijven in richtlijn 2014/24**

Al eerder in paragraaf 2.7 werd beschreven dat artikel 20 van richtlijn 2014/24 –net als artikel 19 van de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18- een aparte mogelijkheid kent om opdrachten voor te behouden aan sociale werkplaatsen. De nieuwe richtlijn brengt wel enige wijziging en nuancering aan in de bestaande bepaling (zie in onderstaande door Europa decentraal aangebrachte cursivering de belangrijkste).

Onder de nieuwe richtlijnen kunnen lidstaten nog steeds het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voorbehouden aan *sociale werkplaatsen* (de richtlijn geeft hiervan geen definitie) en aan *ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot doel hebben*.

Ook kunnen lidstaten de uitvoering van deze opdrachten voorbehouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid, mits *tenminste 30 %* van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn. In de *oproep tot mededinging* moet naar dit artikel 20 worden verwezen.

Overweging 36 bij richtlijn 2014/24 geeft achtergrondinformatie bij dit voorbehoud artikel. Het geeft onder meer aan dat sociale werkplaatsen een belangrijke rol spelen in het kader van maatschappelijke integratie en het waarborgen van gelijke kansen voor iedereen. Hetzelfde geldt voor andere sociale ondernemingen waarvan het belangrijkste doel de ondersteuning is van de sociale en beroepsmatige integratie of herintegratie van gehandicapten en kansarmen, zoals werklozen, leden van achtergestelde minderheden of andere maatschappelijk gemarginaliseerde groepen. Bij normale mededingingsvoorwaarden is het mogelijk dat dergelijke werkplaatsen of ondernemingen er niet in slagen om opdrachten te verwerven. Daarom is het in de nieuwe richtlijn wenselijk te bepalen dat de lidstaten het recht om deel te nemen aan procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten of bepaalde percelen daarvan moeten kunnen voorbehouden aan dergelijke werkplaatsen of ondernemingen of de uitvoering van opdrachten moeten kunnen beperken tot programma's voor beschermde arbeid.

**Dit betreft dus ook een punt voor nadere implementatie door het Ministerie van EZ.**

### **3.3 Aankoopcentrales en publieke samenwerking**

De elementen in de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24 voor wat betreft gezamenlijke aanbestedingen/ aankoopcentrales zijn in hoofdstuk 2 van deze notitie (paragraaf 2.3) al aan de orde gekomen. Ook bij aankoopcentrales doen zich soms vraagstukken van publieke samenwerking voor.

## **Hoofdstuk 4 Richtlijn voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren (2014/25)**

In het vorig hoofdstuk stonden we uitgebreid stil bij de wijzigingen in de richtlijn voor de klassieke sectoren. In dit hoofdstuk staan we stil bij de wijzigingen voor de richtlijn betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna richtlijn 2014/25/EU of richtlijn voor de speciale sectoren). Vanwege het geringe aantal vragen dat we bij Europa decentraal over deze richtlijn krijgen, is dit hoofdstuk beknopt gehouden. U kunt echter al uw overige vragen met betrekking tot de richtlijn speciale sectoren stellen in onze helpdesk. De richtlijn speciale sectoren regelt aanbestedingen in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten. Voor decentrale overheden kan deze richtlijn van toepassing zijn wanneer zij activiteiten uitoefenen in deze sectoren.

Achtereenvolgens komen in dit deel aan de orde de vraag waarom er een speciale richtlijn is voor speciale sectoren en de vraag waarom er nog steeds behoefte is aan EU-voorschriften voor het plaatsen van opdrachten in de speciale sectoren. Er wordt vervolgens ingegaan op een aantal relevante wijzigingen ten opzichte van de huidige richtlijn.

Behandeld worden: de reikwijdte van de richtlijn, vereenvoudiging en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures, strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen, betere toegang tot de markt voor kmo's en startende ondernemingen.

### **4.1 Waarom een speciale richtlijn voor openbare nutsvoorzieningen?**

In [het Groenboek](#) 2011 betreffende de modernisering van de aanbestedingsrichtlijnen heeft de Europese Commissie verschillende opties voor wijzigingen van de aanbestedingsrichtlijnen voorgelegd. Hierop konden belanghebbenden reageren.

In dit Groenboek heeft de Commissie ook verschillende vragen met betrekking tot de richtlijn voor de speciale sectoren voorgelegd. De Europese Commissie gaat in het Groenboek op pagina 12 in op de vraag waarom er indertijd een richtlijn voor de speciale sectoren is gemaakt.

Richtlijn [2004/17](#), de huidige richtlijn speciale sectoren, regelt aanbestedingen in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten. Deze sectoren hebben bepaalde kenmerken gemeen. Het gaat om netwerkindustrieën, dat wil zeggen dat zij gebruik maken van een fysiek of virtueel netwerk. Dit zijn bijvoorbeeld pijpleidingen, elektriciteitsnetten, postinfrastructuur, spoorlijnen enz. Het kan ook zijn dat zij bepaalde geografische gebieden bedienen, doorgaans op basis van exclusiviteit, met het oog op de verstrekking van terminalfaciliteiten of de opsporing en winning van delfstoffen. Denk daarbij aan olie, gas, steenkool enz.

Een ander kenmerk van deze sectoren is dat de betrokken werkzaamheden niet uitsluitend door overheidsdiensten worden verricht. Ze worden ook uitgevoerd door commerciële ondernemingen (zowel overheidsbedrijven als particuliere ondernemingen) die voor hun exploitatie [bijzondere of uitsluitende rechten](#) genieten.

Eén van de hoofdredenen om voor deze sectoren aanbestedingsregels in te voeren was, volgens de Europese Commissie in het Groenboek, het gesloten karakter van de markten waarop deze exploitanten actief zijn. Dit gesloten karakter is het gevolg van de bijzondere of uitsluitende rechten die door de lidstaten zijn verleend voor het bevoorraden, aanleggen of exploiteren van netwerken voor het verstrekken van de betrokken dienst. Bij gebrek aan voldoende concurrentiedruk werd de verplichte toepassing van de richtlijn speciale sectoren noodzakelijk geacht om te garanderen dat aanschaffingen ten behoeve van de betrokken activiteiten op transparantie en niet-discriminerende wijze verlopen. Zonder specifieke voorschriften werd gevreesd dat de aankoopbeslissingen van nutsbedrijven zouden kunnen worden beïnvloed door vriendjespolitiek, lokale voorkeur of andere

factoren.

Hoewel er zich inmiddels voor veel van deze sectoren op EU, dan wel nationaal, niveau een liberaliseringsproces heeft voltrokken, leert de ervaring, aldus de Europese Commissie, dat dit niet noodzakelijkerwijs of automatisch leidt tot sterke concurrentie.

#### **4.2 Is er nog steeds behoefte aan EU-voorschriften voor het plaatsen van opdrachten in de speciale sectoren?**

Dit is een van de vragen die belanghebbenden is voorgelegd in het Groenboek. Alle groepen van belanghebbenden waren het er over eens dat de regels inzake aanbestedingen van nutsbedrijven nog steeds relevant zijn. Volgens een meerderheid van hen geven de verschillende regels die van toepassing zijn op nutsbedrijven, het specifieke karakter in de nutssector passend weer.

Naast de raadpleging over het Groenboek verrichte de Europese Commissie in 2010/2011 een [evaluatie](#) over de gevolgen en de effectiviteit van de EU-aanbestedingsregels. Hieruit blijkt dat wetgevend optreden om de toegang tot de nutssector te liberaliseren nog niet heeft geleid tot duurzame en effectieve concurrentiedruk op gevestigde exploitanten. In de evaluatie werd geconcludeerd dat de omstandigheden nog niet zodanig zijn gewijzigd dat de concurrentie sterk genoeg kan worden geacht om sectoren te kunnen uitsluiten bij het vaststellen van het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijn voor nutsbedrijven.

#### **4.3 Wijzigingen**

Hieronder worden een aantal relevante wijzigingen besproken. Dit zijn achtereenvolgens:

- 1) De reikwijdte van de richtlijn
- 2) vereenvoudiging en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures,
- 3) strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen,
- 4) betere toegang tot de markt voor kmo's en startende ondernemingen,

Veel van de wijzigingen komen overeen met de wijzigingen in de richtlijn klassieke sectoren. Daarom worden deze in dit hoofdstuk niet opnieuw besproken. De focus ligt op de wijzigingen die specifiek betrekking hebben op de richtlijn speciale sectoren.

#### **4.4 De reikwijdte**

De Europese wetgever geeft aan dat het toepassingsgebied voor wat betreft de personele werkingssfeer ongewijzigd moet blijven. Daarom blijven de definities waarop het Hof zich baseert behouden, met een aantal verduidelijkingen uit de rechtspraak, voor een goed begrip van de definities zelf. Daarbij is het niet de bedoeling de interpretatie van het in de rechtspraak uitgewerkte concept te veranderen.

#### **Toepassingsgebied**

Het toepassingsgebied blijft wat sectoren betreft grotendeels onveranderd:

- gas en warmte (artikel 8)
- elektriciteit (artikel 9)
- water (artikel 10)
- vervoersdiensten (artikel 11)
- havens en luchthavens (artikel 12)
- postdiensten (artikel 13)
- winning van aardolie en gas en exploratie of winning van steenkool of andere vaste brandstoffen (artikel 14)

Hoewel de Europese Commissie nog voorstelde om aanbestedingen voor de exploratie van aardolie en gas uit het toepassingsgebied te verwijderen omdat hierbij een zodanige concurrentiedruk bestaat dat de aanbestedingsverplichtingen niet langer nodig zouden zijn, heeft de Europese wetgever de richtlijn speciale sectoren hierop toch van toepassing verklaard.

### **Materiele toepassingsgebied**

De richtlijn speciale sectoren is van toepassing op opdrachten die niet zijn uitgesloten krachtens de in de artikelen 18 tot en met 23 en in artikel 34 bedoelde uitsluitingsgronden met betrekking tot de uitoefening van de betrokken activiteit, en waarvan de geraamde waarde exclusief belasting over de toegevoegde waarde (btw) gelijk is aan of groter dan de volgende drempelbedragen:

-414.000 euro voor opdrachten voor leveringen en diensten alsmede voor prijsvragen;

-5.186.000 euro voor opdrachten voor werken;

-1.000.000 euro voor opdrachten voor sociale diensten en andere specifieke diensten als vermeld in bijlage XVII.

### **Het begrip uitsluitende rechten**

Momenteel wordt het toepassingsgebied van de richtlijn speciale sectoren omschreven op basis van:

-de activiteiten die de betrokken entiteiten uitvoeren,

-hun juridische status (publiek- of privaatrechtelijk) en, als het om particuliere ondernemingen gaat,

-de vraag of al dan niet bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend.

In het Groenboek 2011 heeft de Europese Commissie aangegeven dat steeds meer particuliere ondernemingen exploitatierechten verwerven op basis van open en transparante procedures. Hierdoor genieten zij geen bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van de richtlijn.

De criteria die gebruikt worden voor het bepalen van de aan de aanbestedingsregels voor nutsbedrijven onderworpen entiteiten zijn nog steeds geschikt en moeten gehandhaafd blijven. Dit vindt een duidelijke meerderheid van de respondenten op het Groenboek. De meeste respondenten zijn het er ook over eens dat de richtlijn speciale sectoren van toepassing moet blijven op privéondernemingen die beschikken over bijzondere of uitsluitende rechten omdat het streven naar winst of het handelskarakter van deze ondernemingen niet voldoende kan worden geacht om objectieve en billijke aanbestedingen te waarborgen.

In de nieuwe richtlijn bepaalt artikel 4 lid 3 dat deze richtlijn geldt voor aanbestedende entiteiten die:

a) aanbestedende diensten of overheidsbedrijven zijn en die een van de in de artikelen 8 tot en met 14 bedoelde activiteiten uitoefenen;

b) die, indien het geen aanbestedende diensten of overheidsbedrijven zijn, een van de in de artikelen 8 tot en met 14 bedoelde activiteiten of een combinatie daarvan uitoefenen en *die bijzondere of uitsluitende rechten* genieten welke hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend.

Hier is dus niets gewijzigd ten opzichte van de huidige richtlijn.

### **Definitie bijzondere of uitsluitende rechten**

Aan de definitie van bijzondere of uitsluitende rechten is in deze richtlijn inhoudelijk ook niets gewijzigd. Deze luidt (artikel 4 lid 3): 'bijzondere of uitsluitende rechten' zijn rechten die zijn verleend door een bevoegde autoriteit van een lidstaat door middel van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een van de in de artikelen 8 tot en met 14 omschreven activiteiten aan één of meer instanties voorbehouden blijft, waardoor de mogelijkheden van andere instanties om dezelfde activiteit uit te oefenen wezenlijk nadelig worden beïnvloed.

Echter, in artikel 4 lid 3 (tweede alinea) is bepaald dat rechten die zijn verleend door middel van een

procedure waaraan voldoende bekendheid is gegeven en waarin de verlening van deze rechten gebaseerd was op objectieve criteria, geen 'bijzondere of uitsluitende rechten' in de zin van artikel 4 lid 3 (eerste alinea) vormen. De procedures die bedoeld worden zijn aanbestedingsprocedures met een voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig Richtlijn 2014/24/EU, richtlijn 2009/81/EG, richtlijn 2014/23/EU of de richtlijn speciale sectoren. Ook procedures uit hoofde van andere rechtshandelingen van de Unie als vermeld in bijlage II, die garant staan voor voldoende voorafgaande transparantie voor het verlenen van vergunningen op basis van objectieve criteria voldoen aan het voorschrift 'procedure waaraan voldoende bekendheid is gegeven'.

Het komt er dus op neer dat commerciële ondernemingen (zowel overheidsbedrijven als particuliere ondernemingen) wanneer zij over een bijzonder recht of uitsluitend recht in bovenbedoelde zin beschikken niet onder de reikwijdte van de richtlijn vallen. Dat bijzonder of uitsluitend recht moet dan wel door middel van een (aanbestedings)procedure waarin passende publiciteit is verzekerd en waarin de verlening van deze rechten op objectieve criteria was gebaseerd, zijn verleend.

#### **4.5 Vereenvoudiging en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures**

De nieuwe richtlijn speciale sectoren bevat verschillende bepalingen die moeten leiden tot het vereenvoudigen en flexibiliseren van de aanbestedingsprocedures. Net als in de richtlijn klassieke sectoren komt ook voor de speciale sectoren het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten te vervallen en komt er een nieuwe procedure voor sociale en aanverwante diensten (art. 91 t/m 94 van richtlijn 2014/25). Daarnaast wordt elektronisch aanbesteden gestimuleerd (overweging 63 tot en met 66). Elektronische informatie- en communicatiemiddelen kunnen de bekendmaking van opdrachten in aanzienlijke mate vereenvoudigen en de efficiëntie en transparantie van aanbestedingsprocedures verbeteren. Zij moeten het standaardmiddel voor communicatie en informatie-uitwisseling in aanbestedingsprocedures worden, aangezien zij de mogelijkheden van ondernemers om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures op de hele interne markt sterk vergroten (overweging 63).

#### **Modernisering van procedures**

De (aanbestedings)procedures die op basis van de huidige richtlijn speciale sectoren gebruikt kunnen worden verschillen op een aantal punten van die van de richtlijn klassieke sectoren. Eén aspect is dat de procedurele soepelheid voor de aanbestedende diensten groter is bij speciale sectoren. Zo kunnen nutsbedrijven, onder de huidige richtlijn 2004/17, er vrij voor kiezen hun opdrachten te plaatsen via onderhandelingsprocedures, mits zij een oproep tot mededinging bekend hebben gemaakt. Ook in richtlijn 2014/25 **wordt lidstaten die mogelijkheid geboden (artikel 44 lid 2)**: De lidstaten bepalen dat aanbestedende instanties openbare of niet-openbare procedures of onderhandelingsprocedures met voorafgaande oproep tot mededinging zoals geregeld in deze richtlijn kunnen toepassen. **Lidstaten kunnen er verder voor kiezen** dat aanbestedende instanties innovatiepartnerschappen of concurrentiegerichte dialogen kunnen toepassen (art. 44 lid 3).

Daarnaast staan nutsbedrijven in de huidige richtlijn een aantal speciale instrumenten voor het organiseren van hun aanbestedingen ter beschikking namelijk: erkenningssystemen, periodieke indicatieve aankondigingen en de vrijstellingsprocedure Deze blijven in richtlijn 2014/25 behouden.

#### **Erkenningssystemen**

Aanbestedende instanties kunnen op basis van artikel 77 van richtlijn 2014/25 desgewenst een regeling voor de erkenning van ondernemers invoeren en beheren. Aanbestedende instanties die een erkenningsregeling invoeren of beheren, zorgen ervoor dat ondernemers te allen tijde een erkenning kunnen aanvragen.

Aanbestedende instanties voorzien in objectieve regels en criteria voor de uitsluiting en selectie van ondernemers die erkenning aanvragen en ook objectieve regels en criteria voor het beheer van de



erkenningssystematiek met betrekking tot aangelegenheden als de inschrijving in de regeling, eventuele periodieke bijwerking van de erkenningen en de looptijd van de regeling.

Wanneer een oproep tot mededinging geschiedt door middel van een aankondiging inzake het bestaan van een erkenningssystematiek, worden specifieke opdrachten voor de werken, leveringen of diensten waarop de erkenningssystematiek betrekking heeft, gegund door niet-openbare procedures of onderhandelingsprocedures waarin alle inschrijvers en deelnemers worden geselecteerd uit gegadigden die reeds erkend zijn overeenkomstig deze regeling.

Wanneer een aanbestedende instantie van oordeel is dat de erkenningssystematiek van bepaalde andere diensten of instanties aan de voorwaarden voldoet, deelt zij de belangstellende ondernemers de namen van deze andere diensten of instanties mee.

Er wordt een lijst van erkende ondernemers bijgehouden; deze kan worden ingedeeld in categorieën naargelang van de aard van de opdracht waarvoor de erkenning geldig is. Zie voor het verschil met de erkenningssystematiek in de klassieke richtlijn artikel 64 lid 1 van richtlijn 2014/24. Lidstaten kunnen volgens deze richtlijn officiële lijsten van erkende aannemers, leveranciers of dienstverleners vaststellen. **Dit betreft in de klassieke richtlijn dus een implementatiekeuze.**

### **Periodieke indicatieve aankondigingen**

Aanbestedende instanties kunnen op grond van artikel 67 van richtlijn 2014/25 hun voornemens met betrekking tot een geplande aanbesteding te kennen geven door een periodieke indicatieve aankondiging te publiceren. Deze aankondiging bevat de in bijlage VI, deel A, afdeling I, omschreven informatie. Zij wordt bekendgemaakt door het Bureau voor publicaties van de Europese Unie of door de aanbestedende instanties via hun kopersprofiel overeenkomstig punt 2, onder b), van bijlage IX. Wanneer de periodieke indicatieve aankondiging door de aanbestedende instanties via hun kopersprofiel wordt bekendgemaakt, zenden deze een aankondiging van bekendmaking van de periodieke indicatieve aankondiging in het kopersprofiel aan het Bureau voor publicaties van de Europese Unie, overeenkomstig punt 3 van bijlage IX. Die aankondigingen bevatten de in bijlage VI, deel B, omschreven informatie.

Wanneer een oproep tot mededinging geschiedt door middel van een periodieke indicatieve aankondiging voor niet-openbare procedures en onderhandelingsprocedures met voorafgaande oproep tot mededinging, voldoet de aankondiging aan de volgende vereisten:

-Zij verwijst specifiek naar leveringen, werken of diensten waarop de te gunnen opdracht betrekking heeft;

-Zij vermeldt dat de opdracht zal worden gegund door middel van een niet-openbare procedure of een onderhandelingsprocedure, waarbij geen oproep tot mededinging wordt bekendgemaakt, en nodigt belangstellende ondernemers uit hun belangstelling kenbaar te maken;

Zij bevat naast de in bijlage VI, deel A, afdeling I, bedoelde informatie de in bijlage VI, deel A, afdeling II, bedoelde informatie;

-De bekendmaking geschiedt tussen 35 dagen en twaalf maanden vóór de datum waarop de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling wordt verzonden.

Deze aankondigingen worden niet bekendgemaakt in een kopersprofiel. De eventuele aanvullende bekendmaking op nationaal niveau overeenkomstig artikel 72 kan evenwel via een kopersprofiel geschieden.

De periode waarop de periodieke indicatieve aankondiging betrekking heeft, is ten hoogste twaalf maanden vanaf de datum waarop de vooraankondiging ter bekendmaking is toegezonden. In het geval van opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten, kan de periodieke indicatieve

aankondiging bedoeld in artikel 92, lid 1, onder b), betrekking hebben op een periode van meer dan twaalf maanden.

Periodieke indicatieve aankondigingen kunnen als oproep tot mededinging worden gebruikt bij opdrachten voor alle soorten werken, leveringen of diensten. Het gaat dan om opdrachten die naar verwachting zullen worden geplaatst gedurende een periode van twaalf maanden. Het maakt daarbij niet uit hoeveel afzonderlijke aanbestedingsprocedures daarbij worden uitgeschreven.

Periodieke indicatieve aankondigingen worden vaak als oproep tot mededinging gebruikt bij geregeld terugkerende aankopen van soortgelijke uniforme goederen, diensten of werken. Zij kunnen het routinewerk van nutsbedrijven vergemakkelijken, aldus de Europese Commissie in het Groenboek 2011 op pagina 20 en 21.

Aanbestedende diensten kunnen daarnaast beschikken over een reeks van zes specifieke aanbestedingstechnieken en -instrumenten voor gegroepeerde en elektronische aanbestedingen:

1. raamovereenkomsten,
2. dynamisch aankoopssystemen,
3. elektronische veilingen,
4. elektronische catalogi,
5. aankoopcentrales en
6. occasionele gezamenlijke aanbesteding.

In vergelijking met de bestaande richtlijn zijn deze instrumenten verbeterd en verduidelijkt om elektronische aanbestedingen te vergemakkelijken. Voor meer informatie over deze procedures verwijzen wij naar hoofdstuk 2.

### **Vrijstellingsprocedure**

De huidige richtlijn 2004/17 bevat met artikel 30 een bepaling die het de Commissie mogelijk maakt bepaalde aanschaffingen van de toepassing van de richtlijn vrij te stellen. Dit kan indien het concurrentieniveau voor voldoende concurrentiedruk zorgt om te garanderen dat aanschaffingen ten behoeve van de betrokken activiteiten transparant en niet-discriminerend verlopen.

Tot dusver heeft de Commissie zestien besluiten in die zin genomen ten aanzien van negen lidstaten; één verzoek werd ingetrokken. De sectoren waarop deze besluiten betrekking hadden, waren de elektriciteitssector (productie en verkoop), de gasector (verkoop), de sectoren olie en (aard)gas en diverse onderdelen van de sector postdiensten (met name logistiek, pakjes en financiële diensten).

Vormt de huidige bepaling in artikel 30 van de richtlijn 2004/17 een doeltreffende methode om het toepassingsgebied van de richtlijn aan te passen aan de veranderende patronen van regulering en mededinging op de relevante (nationale en sectorale) markten? Deze vraag heeft de Europese Commissie in het Groenboek aan de orde gesteld.

Een grote meerderheid van de respondenten beaamt dit. Desalniettemin was er ook kritiek. Met name aanbestedende diensten beschouwen de procedure als complex en lang.

In de nieuwe richtlijn 2014/25 is de procedure voor vrijstelling van activiteiten die rechtstreeks blootstaan aan concurrentie en procedurele bepalingen (dus de huidige 'artikel 30-besluiten) behouden maar op punten aangepast (zie voor meer informatie artikel 34 en 35 en overweging 40-45 van de richtlijn speciale sectoren).

#### **4.6 Strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen**

Ook de richtlijn speciale sectoren voorziet de aanbestedende diensten van mogelijkheden en de nodige instrumenten om bij te dragen tot de strategische doelstellingen van Europa 2020. Het betreft hier dezelfde instrumenten als in de klassieke richtlijn. Zie hierover verder hoofdstuk 2.

#### **4.7 Betere toegang tot de markt voor kmo's en startende ondernemingen**

Net als bij de richtlijn klassieke sectoren bevat ook de richtlijn nutssectoren bepalingen die het voor kmo's en startende ondernemingen eenvoudiger moeten maken om toegang te krijgen tot overheidsopdrachten. Het betreft onder andere:

- vereenvoudiging van informatieverplichtingen,
- betere toegang tot raamovereenkomsten en
- rechtstreekse betaling van onderaannemers.

#### **Betere toegang tot raamovereenkomsten**

In de huidige richtlijn 2004/17 bestaat er geen beperking voor de duur van [raamovereenkomsten](#) in de nutssector. Dit in tegenstelling tot de klassieke richtlijn 2004/18 die de duur van raamovereenkomsten beperkt tot in principe vier jaar. Het niet beperken van de duur van raamovereenkomsten kan volgens de Europese Commissie leiden tot markt afscherming. In de richtlijn 2014/25 is daarom opgenomen dat de looptijd van raamovereenkomsten, niet langer mag zijn dan acht jaar. Dit is behoudens in naar behoren gemotiveerde omstandigheden. Hierdoor ontstaan meer bedrijfskansen en neemt de concurrentie toe, wat ook kmo's ten goede komt.

## Hoofdstuk 5 Richtlijn voor concessies (2014/23)

In dit laatste hoofdstuk behandelen we richtlijn 2014/23 voor de toewijzing van concessieovereenkomsten. Concessies betreffen ook overheidsopdrachten, met dit verschil dat bij concessieopdrachten sprake is van een opdracht tot de uitvoering van werken of diensten, waarbij een deel van de tegenprestatie die de uitvoerder ontvangt bestaat uit het recht het werk of de dienst te exploiteren. Voor dergelijke opdrachten voert de nieuwe richtlijn een separaat aanbestedingsregime in. Hierna behandelen wij de belangrijkste elementen van dat voorstel.

Al een aantal jaar is er discussie over concessies en de wenselijkheid van een aparte richtlijn hiervoor. Op 20 december 2011 is de Europese Commissie met een voorstel betreffende een aanbestedingsregime voor concessies voor werken en diensten gekomen. Het betreft voorstel COM 2011/897 def dat uiteindelijk is uitgemond in de op 28 maart 2014 gepubliceerde en definitief vastgestelde concessierichtlijn 2014/23.

### Huidige concessieregime

Voor het gunnen van [concessies](#) voor *werken* gelden momenteel enkele bepalingen in de bestaande richtlijn 2004/18 voor overheidsopdrachten in de zogenoemde klassieke sectoren (werken, leveringen en diensten) (zie art. 56 ev. van richtlijn 2004/18). Voor concessies voor *diensten* bepaalt richtlijn 2004/18 in artikel 17 dat die richtlijn daarop niet van toepassing is.

In artikel 18 van richtlijn 2004/17 (speciale sectoren) staat dat die richtlijn niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor werken en diensten die gesloten worden door aanbestedende diensten die zogenoemde relevante activiteiten in de zin van die richtlijn uitvoeren. Hiermee worden activiteiten op het gebied van water, gas, elektriciteit, vervoer, post, etc. bedoeld.

Op concessies voor diensten zijn wel de algemene bepalingen van het VWEU van toepassing. Dit is inmiddels onder meer in jurisprudentie vastgelegd.

### 5.1 Waarom een aparte richtlijn?

#### **Aanleiding richtlijnvoorstel: rechtsonzekerheid, verstoring interne markt, deelname KMO, doelmatige overheidsbesteding en duurzaam overheidsbeleid**

Volgens de inleidende overwegingen van richtlijn 2014/23 leidt het momenteel ontbreken van duidelijke regels binnen de Unie voor de gunning van concessieovereenkomsten tot rechtsonzekerheid en tot belemmeringen voor de vrije dienstverlening. Ook veroorzaakt het verstoringen in de werking van de interne markt. Daardoor worden ondernemers (met name kleine en middelgrote ondernemingen, de KMO) rechten binnen de interne markt ontzegd en lopen zij belangrijke zakelijke kansen mis. Daarnaast wordt overheidsgeld daardoor mogelijk niet zodanig besteed dat de Unieburgers profiteren van kwaliteitsdiensten tegen de beste prijs. Door een toereikend, evenwichtig en flexibel rechtskader voor de gunning van concessies wordt voor effectieve en niet discriminerende toegang tot de markt voor alle ondernemers en rechtszekerheid gezorgd. Dit bevordert overheidsinvesteringen in infrastructuur en strategische diensten voor de burger. Ook zou een dergelijk rechtskader rechtszekerheid aan ondernemers bieden en een basis en instrument kunnen vormen voor de verdere openstelling van markten en de bevordering van de wereldhandel. Bijzondere aandacht gaat uit naar het verbeteren van de toegang voor KMO's tot de concessiemarkten in de hele Unie.

Overweging 2 geeft aan dat de regels voor concessie duidelijk en eenvoudig moeten zijn en recht moeten doen aan het specifieke karakter van concessies.

Concessieovereenkomsten zijn in de context van de Europa 2020 strategie en de sleutelrol van overheidsaanbestedingen daarin een belangrijk instrument voor de ontwikkeling van infrastructuur en strategische diensten. Zij dragen bij aan een betere mededinging op de interne markt, maken het mogelijk om de deskundigheid van de private sector te helpen benutten en helpen om doelmatigheid en innovatie te verwezenlijken.

Overweging 4 geeft aan dat de gunning van concessies voor openbare werken momenteel is onderworpen aan de basisregels uit richtlijn 2004/18 terwijl de gunning voor dienstenconcessies met grensoverschrijdend belang aan de VWEU beginselen is onderworpen. Er bestaat daardoor een risico van rechtsonzekerheid dat samenhangt met uiteenlopende interpretaties van de Verdragsbeginselen door nationale wetgevers en verschillen tussen de wetgevingen van verschillende lidstaten. Een uniforme toepassing van de VWEU-beginselen in alle lidstaten is noodzakelijk en verschillen in de interpretatie moeten op Unieniveau worden weggewerkt zodat er een einde komt aan aanhoudende verstoring van de interne markt. Ook komt het de doelmatigheid van overheidsbestedingen ten goede, kan het gelijke toegang en een billijke deelname van het KMO bevorderen, alsmede het verwezenlijken van de doelstellingen op het gebied van duurzaam overheidsbeleid ondersteunen.

### **Voornaamste doelstellingen Commissie**

De Commissie wil met de concessierichtlijn de transparantie, eerlijkheid en rechtszekerheid bij de gunning van concessies waarborgen. Dit leidt tot verbeterde investeringskansen en moet uiteindelijk bijdragen tot meer diensten en werken van een betere kwaliteit. De richtlijn gaat gelden voor concessies die na de inwerkingtreding van de richtlijn worden gegund.

In de richtlijn is ook de bestaande jurisprudentie ten aanzien van concessies verwerkt. De voordelen worden naar verwachting behaald dankzij een aantal voor gunning van concessies geldende procedurele eisen en verduidelijkingen. Daarbij worden onder meer de volgende belangrijke doelstellingen nagestreefd: versterken van de rechtszekerheid en zorgen voor een betere toegang tot de concessiemarkten voor alle Europese ondernemingen.

Hieronder volgt een toelichting op beide punten.

### **Rechtszekerheid**

Ten aanzien van de rechtszekerheid besteedt de richtlijn vooral veel aandacht aan de definitie van concessies en een uitbreiding van de meeste momenteel voor het gunnen van concessies voor openbare werken geldende verplichtingen tot alle concessies voor diensten. Daarnaast verduidelijkt de richtlijn in welke gevallen tussen aanbestedende diensten gesloten concessiecontracten (publiek-publieke samenwerking) niet aan de toepassing van de concessieregels gebonden zijn.

Ook gaat de richtlijn in een specifieke bepaling betreffende de wijzingen van concessies in op basisoplossingen die in de rechtspraak inmiddels zijn ontwikkeld voor de wijzigingsproblematiek.

Ook geeft het een oplossing voor het naar aanleiding van onvoorziene omstandigheden aanpassen van een concessie gedurende haar looptijd.

### **Toegang tot concessiemarkten**

Voor wat betreft het verbeteren van de toegang tot de concessiemarkten stelt de richtlijn eisen aan de bekendmaking van concessies in het Publicatieblad van de EU. Dit geldt voor concessies met een waarde gelijk aan of groter dan 5.186.000 euro (artikel 8). Deze drempel is ook van toepassing op dienstenconcessies. Er wordt een aparte methodiek om de drempelwaarde te berekenen bepaald.

De nieuwe regels stellen ook een aantal andere eisen. Zo bepalen ze welke:

- minimuminformatie aan de potentiële inschrijvers moeten worden medegedeeld;
- minimumtermijnen voor aanmelding gelden;
- eisen, aan door aanbestedende diensten/ entiteiten gestelde selectie- en gunningscriteria gesteld kunnen worden.

Er worden geen standaard aanbestedingsprocedures aangewezen voor de gunning van concessies, maar er worden vooral een aantal procedurele waarborgen opgevoerd die met name tijdens onderhandelingen voor de gunning van concessies zouden moeten gelden.

Tot slot voorziet de richtlijn in een uitbreiding van het toepassingsgebied van de bestaande Rechtsbeschermingsrichtlijnen tot alle concessieopdrachten die de drempel overschrijden.

Hierna gaan wij dieper op de bovenstaande punten in.

## **5.2 Het toepassingsgebied van de concessierichtlijn 2014/23**

### **Begripsbepalingen**

Artikel 5 van richtlijn 2014/23 definieert vele essentiële begrippen uit de concessierichtlijn, onder meer de verschillende soorten concessies.

*NB: De cursivering in de uitleg van de definities is aangebracht door Europa decentraal en geven een aantal wijzigingen ten opzichte van huidige definities weer:*

### **Definitie concessies algemeen**

Rechtsoverweging 11 geeft aan dat concessies overeenkomsten onder bezwarende titel zijn waarbij één of meer aanbestedende diensten/ instanties werken laten uitvoeren of diensten laten verrichten en beheren door één of meer ondernemers. Het doel van een concessieovereenkomst is het aanbesteden van werken of diensten door een concessie. De tegenprestatie bij een concessie bestaat hetzij in het recht het werk of dienst te exploiteren, hetzij in dit exploitatierecht en een betaling. Een dergelijke overeenkomst kan (maar hoeft niet noodzakelijk) een overdracht van eigendom aan de aanbestedende dienst/ instantie inhouden. In elk geval verkrijgen zij de voordelen van de betrokken werken of diensten. Zie ook artikel 2 lid 2 van richtlijn 2014/23: de concessierichtlijn laat de stelsels van lidstaten inzake het eigendomsrecht onverlet en verlangt niet de privatisering van overheidsbedrijven die diensten verstrekken aan de gemeenschap.

### **Begrip ondernemer**

Artikel 5 sub 2 (en overweging 49) maken duidelijk dat het begrip ondernemer ruim wordt opgevat. Het gaat om elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of een combinatie van deze personen of lichamen, waaronder een tijdelijk samenwerkingsverband van ondernemers, die de uitvoering van werken en/of een werk, de levering van producten of de verrichting van diensten op de markt aanbiedt. De rechtsvorm die voor het uitvoeren van de activiteiten is gekozen is niet van belang. Ook bijvoorbeeld partnerschappen, coöperatieve vennootschappen, BV's kunnen dus onder het begrip ondernemer vallen, ongeacht of deze in alle omstandigheden rechtspersoon zijn.

### **Wat valt er niet onder 'concessieovereenkomst'?**

- Subsidies: loutere financiering van een activiteit, met name via subsidies, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld om de ontvangen bedragen terug te betalen wanneer deze niet worden benut voor de voorgenomen doeleinden, valt niet onder de concessierichtlijn (overweging 12);
- Regelingen waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen zonder onderscheid het recht hebben een bepaalde taak uit te voeren (zoals systemen die de klant keuze bieden en

systemen van dienstencheques) zijn geen concessie. Ook niet als zij zijn gebaseerd op wettige overeenkomsten tussen de overheid en ondernemers (overweging 13);

- Geen concessie zijn: Machtigingen of vergunningen waarbij de lidstaat of een overheid de voorwaarden voor de uitoefening van een economische activiteit vaststelt, waaronder een voorwaarde om een bepaalde verrichting uit te voeren die normaliter op verzoek van een ondernemer en niet op initiatief van een aanbestedende dienst/instantie wordt verleend en waar het de ondernemer vrij staat zich uit de uitvoering van werken of verlening van diensten terug te trekken (overweging 14). Concessieovereenkomsten voorzien namelijk in wederzijds bindende verplichtingen, waarbij de uitvoering van werken of diensten is onderworpen aan specifieke door de aanbestedende dienst/instantie gedefinieerde vereisten die juridisch afdwingbaar zijn. Dit is niet het geval bij de machtigingen of vergunningen bedoeld in de eerste zin van deze gedachtstreep.

- Geen concessie zijn: bepaalde overeenkomsten die tot voorwerp hebben het recht van een ondernemer om bepaalde publieke domeinen of rijkdommen te exploiteren (naar publiek- of privaatrecht) zoals grond of elk ander onroerend goed in staatsbezit – met name in de zee-, binnenhaven- of luchthavensector- waarbij de staat of de aanbestedende dienst/instantie slechts algemene voorwaarden voor gebruik ervan vaststelt zonder bepaalde werken of diensten aan te besteden. Denk bijvoorbeeld aan pachtovereenkomsten (overweging 15).

-Geen concessie zijn: overeenkomsten waarbij doorgangsrechten worden verleend die gepaard gaan met het gebruik van publieke onroerende goederen voor de beschikbaarstelling of exploitatie van vaste lijnen of netten bestemd voor openbare dienstverlening, voor zover deze overeenkomsten niet een verplichting tot verlening of aankoop van diensten door een aanbestedende dienst/instantie aan zichzelf of eindgebruikers opleggen (overweging 16).

- Niet onder de concessierichtlijn vallen: overeenkomsten die geen betalingen aan de ondernemer met zich brengen en waarbij de ondernemer wordt beloond op basis van gereguleerde tarieven, die zodanig zijn berekend dat zij alle door de aannemer voor het verrichten van de dienst gemaakte kosten en investeringen dekken (overweging 17).

### **Uitgezonderde dienstenconcessies**

Artikel 10 van richtlijn 2014/23 geeft nog een uitgebreide opsomming van gevallen die niet onder de richtlijn vallen.

- Zo noemt lid 1 (zie ook overweging 32) het geval van concessies voor diensten die op basis van een uitsluitend recht zijn gegund aan een aanbestedende dienst/ instantie of samenwerkingsverband daarvan. Zie hierover verder ook paragraaf 5.3 van deze notitie. Ook stelt lid 1 dat de concessierichtlijn niet van toepassing is op dienstenconcessies die aan een ondernemer worden gegund op basis van een uitsluitend recht dat is verleend betreffende activiteiten als bedoeld in bijlage II bij de richtlijn (gas en warmte, elektriciteit, vervoersdiensten en post);

- Artikel 10 lid 3 noemt concessies voor luchtvervoersdiensten en concessies voor openbaarpersonenvervoer in de zin van de PSO-Verordening;

- Lid 4 ziet op concessies die een aanbestedende dienst/instantie verplicht is te gunnen volgens andere procedures dan deze richtlijn en waarin is voorzien bij een internationale overeenkomst, regeling of organisatie of concessies die door deze organisaties volledig worden gefinancierd (zie ook overweging 42);

- Leden 5 t/m 7 gaan over concessies op het gebied van defensie en veiligheid (overweging 34);

- Lid 8 bevat een achttal concrete uitzonderingsgronden voor dienstenconcessies (verwerving of huur

van grond en gebouwen (sub a), media diensten en radio-omroepdiensten (sub b en overweging 43), arbitrage en bemiddeling (sub c), rechtskundige diensten (sub d), financiële diensten (sub e), leningen (sub f), civiele bescherming en verdediging met uitzondering van ambulancediensten (sub g en overweging 36) en politieke campagne diensten (sub h en overweging 37);

- Lid 9 stelt dat de richtlijn niet van toepassing is voor concessies voor loterijen (zie ook overweging 35).

### **Specifieke uitsluitingen voor elektronische communicatie en water**

Artikelen 11 van richtlijn 2014/23 geeft aan dat de richtlijn niet van toepassing is op concessies die in hoofdzaak tot doel hebben de aanbestedende diensten toe te staan openbare communicatienetten aan te beiden of te exploiteren of aan het publiek één of meer elektronische communicatiediensten aan te bieden. Voor concessies in de watersector (drinkwater, afvalwater) geeft artikel 12, gelet op het belang van water als openbaar goed van fundamentele waarde voor alle Unieburgers, een aantal uitsluitingen, zie ook overweging 40.

### **Definitie werkenconcessie**

Een 'concessie voor werken' betreft een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel *waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties werken laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat* hetzij uitsluitend in het recht het werk dat *het voorwerp van de overeenkomst vormt* te exploiteren, hetzij in dit recht *en een betaling*.

De 'uitvoering van werken' wordt nader gedefinieerd in artikel 5 sub 7. Het gaat daarbij om de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op één van de in bijlage I bedoelde activiteiten (de bekende NACE lijst) of van een werk (zie (ongewijzigde) definitie hiervan in sub 8), dan wel het verwezenlijken met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst *of aanbestedende instantie die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of op het ontwerp van het werk*.

### **Definitie aanbestedende dienst**

Artikel 6 lid 1 geeft een definitie van 'aanbestedende diensten' in de zin van deze richtlijn: de staat, regionale (zie ook lid 2) of lokale autoriteiten (zie ook lid 3), publiekrechtelijke instellingen (zie ook lid 4 en overweging 21) of samenwerkingsverbanden gevormd door een of meer van deze autoriteiten of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen, met uitzondering van die autoriteiten, publiekrechtelijke instellingen of samenwerkingsverbanden die één van de in bijlage II bedoelde activiteiten verrichten en een concessie gunnen voor het uitoefenen van één van deze activiteiten. Bijlage II stelt dat de bepalingen van de richtlijn betreffende door *aanbestedende instanties* (als bedoeld in artikel 7) gegunde concessies van toepassing zijn op activiteiten op het gebied van gas en warmte, elektriciteit, water, vervoer, bepaalde havens, post, winning van olie of gas, steenkool of andere vaste brandstoffen (zeg dus maar: de ('nuts')sectoren uit de richtlijn speciale sectoren).

### **Definitie publiekrechtelijke instelling**

De definitie van 'publiekrechtelijke instelling' verandert niet aanzienlijk ten opzichte van de huidige aanbestedingsrichtlijnen. Wel verduidelijkt overweging 21 bij richtlijn 2014/23 dat een instelling die onder normale marktvoorwaarden opereert, winst nastreeft en de verliezen draagt die voortvloeien uit haar activiteiten geen publiekrechtelijke instelling is, aangezien de behoeften van algemeen belang – en een 'publiekrechtelijke instelling' is juist precies opgericht of heeft tot taak gekregen in die behoeften te voorzien- kunnen worden geacht een industrieel of commercieel karakter te hebben. Onder 'grotendeels financiering' wordt financiering voor meer dan de helft verstaan en kan ook betalingen van gebruikers omvatten welke in overeenstemming met publiekrechtelijke regels worden opgelegd, berekend en geïnd.



### **Definitie aanbestedende instantie**

Artikel 7 lid 1 geeft een definitie van 'aanbestedende instanties' in de zin van de richtlijn. Dit zijn instanties die één van de in bijlage II bedoelde activiteiten verrichten (zie hierboven; de 'nuts'/ speciale sectoren) en een concessie gunnen voor de uitoefening van één van die activiteiten en die één van de volgende instanties zijn:

- 1) de staat, regionale of lokale overheden, publiekrechtelijke instellingen en samenwerkingsverbanden gevormd door één of meer van deze overheden of één of meer van deze publiekrechtelijke instellingen (zie ook weer verwijzing naar definities in artikel 6, lid 1 sub 2 t/m 4) of
- 2) overheidsbedrijven (gedefinieerd als 'overheidsonderneming' in artikel 7 lid 4) of
- 3) andere dan hierboven onder 1 en 2 genoemde instanties die werken op grond van bijzondere of uitsluitende rechten (gedefinieerd in artikel 5 sub 10 en 11) welke hun zijn verleend voor de uitoefening van één van de in bijlage II bedoelde activiteiten.

Een 'overheidsonderneming' is een onderneming waarop aanbestedende diensten al dan niet rechtstreeks een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op de onderneming van toepassing zijnde voorschriften. Lid 4 van artikel 7 geeft naast deze definitie ook een omschrijving van wanneer er sprake is van overheersende invloed (meerderheid geplaatste kapitaal, meerderheid stemrechten aandelen, meer dan helft van leden bestuur kunnen benoemen).

Het nieuwe concessierichtlijnregime voor ook de 'nuts'sectoren is dus nieuw ten opzichte van de huidige bepaling in artikel 18 van richtlijn 2004/17 voor speciale sectoren, die stelt dat die richtlijn niet van toepassing is op concessies die door aanbestedende diensten worden gesloten die relevante activiteiten uitvoeren indien het gaat om concessie voor de uitvoering van die activiteiten.

### **Sectoren energie, vervoer en post en samenloop met richtlijn 2014/25**

Rechtsoverweging 10 bij richtlijn 2014/23 licht toe dat met deze richtlijn ook voor de gunning van concessies voor werken en diensten in de sectoren energievoorziening, vervoer en postdiensten bepaalde coördinatiebepalingen moeten worden ingevoerd aangezien nationale autoriteiten het gedrag kunnen beïnvloeden van entiteiten die in deze sectoren werkzaam zijn. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met het gesloten karakter van de markten waarop zij werkzaam zijn als gevolg van het bestaan van door de lidstaten verleende bijzondere of uitsluitende rechten voor de bevoorrading, terbeschikkingstelling of de exploitatie van de netten die de betreffende dienst verrichten. Zie hierover, en over de samenloop met richtlijn 2014/25 voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren ook overwegingen 24, 25 en 41 en artikel 10 lid 1 (zie ook bijlage II) en 16 van richtlijn 2014/23.

### **Definitie uitsluitende en bijzondere rechten**

Rechtsoverweging 22 en artikel 5 sub 10 en 11 gaan nader in op de definitie van *uitsluitende en bijzondere rechten*.

Bij uitsluitende rechten gaat het om een recht dat door een bevoegde autoriteit van een lidstaat is verleend op grond van een met de Verdragen verenigbare wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een activiteit wordt beperkt tot *één enkele ondernemer* en die de bevoegdheid van andere ondernemers om een dergelijke activiteit uit te oefenen wezenlijk beïnvloedt. Bij bijzondere rechten wordt de uitoefening van een activiteit beperkt tot *twee of meer ondernemers*.

### **Gevolg voor definitie aanbestedende instantie**

Deze begrippen van uitsluitende en bijzondere rechten zijn van wezenlijk belang voor het toepassingsgebied van de richtlijn en voor het begrip 'aanbestedende instanties'. Instanties die geen aanbestedende instantie in de zin van artikel 7 lid 1 sub a, noch overheidsbedrijven zijn, zijn alleen aan de bepalingen van de richtlijn onderworpen voor zover zij activiteiten op basis van die bedoelde

uitsluitende of bijzondere rechten uitoefenen.

### **Verlening door transparante procedure op objectieve criteria geen aanbestedende instantie**

Lid 2 van artikel 7 bepaalt daarom dat instanties waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend door middel van een procedure waarbij voor toereikende publiciteit is gezorgd en waarbij de verlening van die rechten gebaseerd was op objectieve criteria (met name uit hoofde van uniewetgeving), *geen aanbestedende instantie* in de zin van artikel 7 lid 1 vormen.

Deze procedures omvatten aanbestedingsprocedures met een voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig richtlijn 2014/24 en 2014/25, richtlijn 2008/81/EG (defensie) en richtlijn 2014/23 zelf alsmede procedures uit hoofde van andere rechtshandelingen van de Unie, opgenomen in bijlage III van de richtlijn.

Deze bijlage III bevat een lijst van procedures die voor toereikende voorafgaande transparantie zorgen voor het verlenen van vergunningen op basis van andere wetgevingshandelingen van de Europese Unie, die geen bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van richtlijn 2014/23 vormen. Het betreft vergunningen voor de exploitatie van aardgasinstallaties, elektriciteitsproductie installaties, postdiensten, koolwaterstofactiviteiten en openbardienstcontracten openbaar personenvervoersdiensten per bus, tram, spoor of metro (onder voorwaarden). Ook uit overweging 22 bij richtlijn 2014/23 blijkt dat tot de uniewetgeving die op objectieve criteria dergelijke bijzondere en uitsluitende rechten vestigt in elk geval richtlijnen 2009/73/EG (aardgas), 2009/72/EG (elektriciteit), 97/67/EG (postdiensten), 94/22/EG (koolwaterstoffen) en Verordening EG nr. 1370/2007 (PSO Verordening voor openbaar personenvervoer) behoren.

### **Definitie dienstenconcessie**

Een 'concessie voor diensten' betreft een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel *waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties de verrichting van diensten met uitzondering van de uitvoering van werken (als bedoeld in de definitie 'concessie voor werken') laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat* hetzij uitsluitend in het recht de diensten die *het voorwerp van het contract vormen* te exploiteren, hetzij in dit recht *en een betaling*. Zie artikel 5 sub 1 van richtlijn 2014/23.

### **Begrip operationeel exploitatierisico**

De richtlijn brengt meer duidelijkheid over het begrip exploitatierecht. Zie ook artikel 5 lid 1 en overwegingen 18 t/m 20.

Het hoofdkenmerk van een concessie, het exploitatierecht, impliceert altijd de overdracht aan de concessiehouder van een operationeel risico van economische aard met de mogelijkheid dat hij de gedane investeringen en de met het exploiteren van de gegunde werken/diensten gepaard gaande kosten onder normale exploitatieomstandigheden niet terug zal verdienen. Zelfs niet indien een deel van het risico bij de aanbestedende dienst/ instantie blijft. De toepassing van de specifieke concessiegunningsregels zou niet gerechtvaardigd zijn indien de aanbestedende dienst/ instantie de ondernemer van elk potentieel verlies zou ontlasten door minimum inkomsten te garanderen gelijk aan of hoger dan de gedane investeringen en de kosten die de ondernemer met betrekking tot de uitvoering van de overeenkomst dient te maken. Tegelijkertijd geldt dat bepaalde regelingen die geheel en al door een aanbestedende dienst/instantie worden beloond, als concessie moeten worden aangemerkt wanneer het terugverdienen van de investeringen en de kosten die door de exploitant voor de uitvoering van de werken/ diensten zijn gemaakt, afhangt van de werkelijk vraag naar of het aanbod van de dienst of het goed.

### **Uitschakelen risico?**

Wanneer sectorspecifieke regelgeving het risico uitschakelt door te voorzien in een waarborg voor de

concessiehouder betreffende de rentabiliteit van de investeringen en de kosten die voor de exploitatie van de overeenkomst zijn gemaakt, mag een dergelijke overeenkomst niet als een concessie worden aangemerkt. Het feit dat het risico van meet af aan beperkt is, hoeft niet te beletten dat een overeenkomst als een concessie wordt aangemerkt. Bijvoorbeeld in een sector met gereguleerde tarieven of wanneer het operationeel risico beperkt is door contractuele afspraken die voorzien in gedeeltelijke compensatie.

### **Exploitatierisico, vraagrisko, aanbodrisico**

De gunning van een concessie voor werken of diensten houdt de overdracht aan de concessiehouder in van het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van werken of diensten en dat het vraagrisko of het aanbodrisico (of beide) omvat.

Een exploitatierisico wordt gedefinieerd als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt, dat kan bestaan in een vraagrisko of een aanbodrisico of beide.

Een vraagrisko is het risico in verband met de feitelijke vraag naar werken of diensten die het voorwerp zijn van de overeenkomst.

Aanbodrisico is het risico in verband met het aanbod van de werken of diensten die het voorwerp zijn van de overeenkomst, in het bijzonder het risico dat de verrichting van de dienst niet aansluit op de vraag.

Voor de beoordeling van het exploitatierisico kan op consistente en eenvormige wijze rekening worden gehouden met de netto contante waarde van alle investeringen, kosten en inkomsten van de concessiehouder.

Een concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Het deel van het aan de concessiehouder overgedragen risico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat elk potentieel door de concessiehouder te lijden verlies niet louter nominaal of te verwaarlozen is.

Het exploitatierisico moet voortvloeien uit factoren waarop de partijen geen enkele invloed hebben. Risico's zoals die welke verband houden met slecht beheer, niet naleving van het contract door de ondernemer of een geval van overmacht zijn niet doorslaggevend voor de classificatie als concessie aangezien die risico's inherent zijn aan elk type contract.

## **5.3 Publiek publieke samenwerking bij concessies**

### **Uitgangspunt: bestuurlijke vrijheid lidstaten/ zelforganisatie**

De concessierichtlijn erkent en bevestigt het recht van lidstaten en overheden (in overweging 5 en artikel 2) om te beslissen over de bestuursmiddelen die zij het meest geschikt achten voor het verrichten van werken en diensten. De richtlijn is niet van invloed op de vrijheid van lidstaten en overheden om werken of diensten rechtstreeks voor het publiek te verrichten of ze uit te besteden aan derden. Lidstaten en overheden behouden de vrijheid om de kenmerken van de te verrichten dienst, inclusief alle voorwaarden betreffende de kwaliteit of de prijs van de diensten, overeenkomstig het recht van de Unie te bepalen en te specificeren om hun beleidsdoelstellingen na te streven.

### **DAEB/Nedab**

Lidstaten hebben ingevolge artikelen 3 en 4 van de concessierichtlijn de vrijheid om in overeenstemming met de VWEU-beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie, transparantie en het vrij verkeer van personen, te beslissen om het verrichten van diensten te organiseren als hetzij diensten van algemeen economisch belang (DAEB), hetzij als niet-economische diensten van algemeen belang (Nedab), hetzij als een combinatie. De concessierichtlijn laat de vrijheid van nationale, regionale en lokale autoriteiten onverlet om overeenkomstig het Unierecht DAEB, de

reikwijdte daarvan en de kenmerken van de te verrichten dienst, met inbegrip van alle voorwaarden betreffende de kwaliteit van de dienst, te definiëren om hun beleidsdoelstellingen na te streven. Ook laat de concessierichtlijn de bevoegdheid van nationale, regionale en lokale autoriteiten onverlet om volgens artikel 14 VWEU en protocol nr. 26 bij het Verdrag DAEB te verstrekken, te laten verrichten en te financieren.

De concessierichtlijn heeft geen betrekking op de financiering van DAEB of op stelsels van steun die door de lidstaten met name op sociaal gebied worden verleend in overeenstemming met de mededingingsregels van de Unie. Ook is de concessierichtlijn ingevolge artikel 4 lid 1 niet van invloed op de sociale zekerheidswetgeving van lidstaten en brengt de richtlijn ook geen liberalisering van DAEB die zijn voorbehouden aan openbare of particuliere entiteiten, noch de privatisering van publiekrechtelijke entiteiten die diensten verrichten.

Nedab tenslotte blijven ingevolge artikel 4 lid 2 buiten het toepassingsgebied van de concessierichtlijn.

### **Rechtsonzekerheid en codificatie**

Vanwege bestaande rechtsonzekerheid over de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op samenwerking tussen overheidsdiensten, voorziet ook de nieuwe concessierichtlijn in verduidelijking in welke gevallen tussen aanbestedende diensten gesloten concessiecontracten niet aan de toepassing van de regels inzake gunning van concessies onderworpen zijn. Hierbij wordt met name de bestaande relevante rechtspraak van het Hof van Justitie EU gecodificeerd.

### **Publieke samenwerking bij concessies**

Publieke samenwerking bij concessies kan onder meer aan de orde komen in artikelen 10 lid 1 (uitsluitend recht aan aanbestedende dienst/instantie en niet toepasselijkheid richtlijn bij dienstenconcessie op basis van uitsluitend recht aan een ondernemer die activiteiten in de zin van de speciale sectoren uitoefent), 10 lid 10 (niet toepasselijkheid richtlijn op concessies die aanbestedende instanties gunnen voor de uitoefening van hun activiteiten in een derde land, in omstandigheden waarbij er geen fysieke exploitatie is van een net of van een geografisch gebied binnen de Unie), 13 en 14 (niet toepasselijkheid richtlijn bij aan een verbonden of gemeenschappelijke onderneming gegunde concessie), 17 (inbesteding), 24 (Sw-voorbehoud) en daarbij behorende rechtsoverwegingen (zie hierna).

Artikel 10 lid 1 ziet op concessies voor diensten die door een aanbestedende dienst/entiteit worden gegund aan een aanbestedende dienst/instantie op basis van een uitsluitend recht (zie hierna paragraaf 4.3.2). Ook stelt dit lid 1 dat de concessierichtlijn niet van toepassing is op dienstenconcessies die door een aanbestedende dienst/instantie worden gegund aan een ondernemer, op basis van een uitsluitend recht dat is verleend in overeenstemming met het VWEU en rechtshandelingen van de Unie over gemeenschappelijke voorschriften betreffende de toegang tot de markt die van toepassing zijn op bijlage II activiteiten (water, gas, elektra, vervoer en post). Lid 2 van artikel 10 stelt dat hiervan kan worden afgeweken indien de sectorale Uniewetgeving niet in sectorspecifieke transparantieplichten voorziet (zie ook overwegingen 32 en 33). Artikel 32 van de concessierichtlijn kan dan worden gevolgd (aankondiging van de gunning van een concessie). Wanneer een lidstaat een ondernemer een uitsluitend recht verleent voor de verrichting van een van de in bijlage II bedoelde activiteiten, moet de lidstaat de Commissie hiervan binnen een maand in kennis stellen.

Artikel 10 lid 10 stelt dat de concessierichtlijn niet van toepassing is op concessies die aanbestedende instanties (zie artikel 7) gunnen voor de uitoefening van hun activiteiten in een derde land, in

omstandigheden waarbij er geen fysieke exploitatie is van een net of van een geografisch gebied binnen de Unie.

Artikel 13 (zie ook rechtsoverweging 39) regelt de niet toepasselijkheid van de concessierichtlijn op concessies die een aanbestedende instantie aan een met hem verbonden onderneming gunt of concessies die een gemeenschappelijke onderneming, uitsluitend bestaande uit een aantal aanbestedende instanties, voor de uitoefening van bijlage II activiteiten aan een met één van deze aanbestedende instanties verbonden onderneming gunt. Artikel 17 (inbesteding) blijft wel van toepassing en er moet voor een beroep op deze in artikel 13 lid 3 beschreven mogelijkheid wel worden voldaan aan de voorwaarden in artikel 13 lid 4 (het moet gaan om concessies voor diensten of werken, waarbij tenminste 80% van de gemiddelde totale omzet die de verbonden onderneming over de laatste drie jaar heeft behaald afkomstig is van het verlenen van diensten/ werken aan de aanbestedende dienst of andere onderneming waarmee zij verbonden is).

Een 'verbonden onderneming' is elke onderneming waarvan de jaarrekening is geconsolideerd met die van de aanbestedende instantie overeenkomstig de eisen van richtlijn 2013/34/EU betreffende de jaarlijkse financiële overzichten van bepaalde ondernemingsvormen (zie lid 1 van artikel 13 en rechtsoverweging 39). Volgens lid 2 van artikel 13 kan een verbonden onderneming ook een instantie betreffen die niet onder richtlijn 2013/34 valt maar dan moet het gaan om een onderneming die een overheersende invloed op de aanbestedende instantie kan uitoefenen.

Artikel 14 regelt de niet toepasselijkheid van de concessierichtlijn op gegunde concessies aan een gemeenschappelijke onderneming of aan een aanbestedende instantie die deel uitmaakt van een gemeenschappelijke onderneming.

Artikel 17 en 24 zien ten slotte op samenwerking tussen aanbestedende diensten en instanties in de overheidssector (inbesteden) en de mogelijkheid om deelname aan gunningsprocedures voor concessies voor te behouden aan beschermde werkplaatsen of integratiebedrijven (zie verder hierna).

### **Inbesteding, alleenrechten en voorbehouden**

Bij publiek publieke samenwerking wordt in de praktijk ook veel gedacht aan de mogelijkheid via inbesteding, alleenrechten of voorbehoud-constructies een beroep te kunnen doen op niet toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn. Zie hierover ook hoofdstuk 3.

In het concessierichtlijnvoorstel komt inbesteding uitdrukkelijk aan de orde in artikel 17 (en rechtsoverweging 45 t/m 48). De mogelijkheid tot het verlenen van alleenrechten/ exclusieve rechten en het gevolg daarvan voor toepasselijkheid van de concessierichtlijn komt aan de orde in artikelen 2, 4, 5, 7 en 10 (en rechtsoverwegingen 5, 6,7, 22, 32 en 33) alsmede bijlage III bij de richtlijn die bepaalt wanneer geen sprake is van bijzondere of uitsluitende rechten. De consequenties van het verlenen van een voorbehoud aan een beschermde werkplaats of integratiebedrijf om deel te nemen aan een procedure voor gunning van een concessie komt aan bod in artikel 24.

Volgens rechtsoverweging 45 bestaat rechtsonzekerheid over de vraag in hoeverre regels voor concessies moeten worden toegepast op overeenkomsten tussen entiteiten in de openbare sector. De bestaande jurisprudentie hierover van het HvJ EU wordt door lidstaten en aanbestedende diensten/ instanties verschillend geïnterpreteerd. Daarom moet de richtlijn verduidelijken in welke gevallen de in de richtlijn opgenomen regels niet van toepassing zijn op binnen de openbare sector gesloten overeenkomsten. Het feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, sluit op zich de toepassing van de in de concessierichtlijn opgenomen regels niet uit.

De toepassing van de regels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen te werken met andere overheidsdiensten. Er moet worden gezorgd dat de uitzondering voor samenwerking tussen overheidsdiensten niet leidt tot concurrentievervalsing ten opzichte van particuliere ondernemers voor zover een particuliere dienstverlener daardoor in een voordeelpositie ten opzichte van zijn concurrenten komt.

Hierna geven wij een kort overzicht van de regeling in de concessierichtlijn aangaande inbestedings-, alleenrechten en voorbehoud-constructies:

### **5.3.1 Inbesteding**

Artikel 17 (en overwegingen 46 t/m 48) geeft een regeling over wanneer een concessie die door een aanbestedende dienst/instantie is gegund aan een andere privaot of publiekrechtelijke rechtspersoon buiten het toepassingsgebied van de richtlijn valt. Er moet dan worden voldaan aan de volgende cumulatieve criteria:

- De aanbestedende dienst/entiteit oefent op de betrokken rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;
- meer dan 80 % van de activiteiten van de rechtspersoon op wie toezicht wordt uitgeoefend betreft het verrichten van taken die de rechtspersoon zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst/instantie of door andere door die aanbestedende dienst/instantie gecontroleerde rechtspersonen;
- er is geen rechtstreekse participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon.

Wanneer is er sprake van toezicht zoals op eigen diensten? Dit is het geval indien de aanbestedende dienst/entiteit zowel op strategische doelstellingen als op significante beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent.

De inbestedingsregeling voor concessies lijkt verder op die in de richtlijn voor de klassieke sectoren (2014/24). Zie hiervoor hoofdstuk 3 van deze notitie.

### **5.3.2 Alleenrecht**

Onder de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18 wordt er bij een toepassing van een alleenrecht-toekenning door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst vaak verwezen naar artikel 18 van richtlijn 2004/18. Er wordt dan vaak een beroep gedaan op niet toepasselijkheid van die aanbestedingsrichtlijn op de gunning van dienstenopdrachten die uit de vestiging van dat alleenrecht voortkomen.

Daarbij wordt in de praktijk wel de vraag gesteld in hoeverre de vestiging van een alleenrecht voor specifieke dienstverlening niet ook zou kunnen kwalificeren als het verlenen van een exclusief exploitatierecht aan een onderneming voor het verrichten van diensten? En daarmee ook het karakter zou kunnen hebben van een dienstenconcessie? Het onderscheid tussen een alleenrecht en een dienstenconcessie lijkt dan niet in alle gevallen duidelijk.

De bestaande alleenrechtbepaling in de richtlijn 2004/18 is in richtlijn 2014/24 voor de klassieke sectoren teruggeplaatst in artikel 11. Dit is reeds aangegeven in hoofdstuk 2 van deze notitie. In de concessierichtlijn speelt het begrip alleenrecht (maar dan vertaald in de terminologie van 'uitsluitende en bijzondere rechten') een centrale rol. Zie ook onder meer rechtsoverweging 22.

### **Definitie bijzonder/ uitsluitend recht**

In artikel 5 sub 10 en 11 van de concessierichtlijn wordt een definitie gegeven van bijzondere of

uitsluitende rechten. Deze moeten (opsomming van de hand van Europa decentraal):

- 1) door een bevoegde autoriteit van een lidstaat zijn verleend,
- 2) op grond van een met de Verdragen verenigbare wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling,
- 3) die tot gevolg hebben dat de uitoefening van een activiteit wordt beperkt tot één enkele ondernemer (bij uitsluitend)/ twee of meer ondernemers (bij bijzonder) en
- 4) die de bevoegdheid van andere ondernemers om een dergelijke activiteit uit te oefenen, wezenlijk beïnvloedt.

### **Verband definitie uitsluitend/bijzonder recht voor aanbestedende instanties**

Daarnaast geeft lid 2 van artikel 7 van de concessierichtlijn in het kader van de definitie van aanbestedende instantie in artikel 7 lid 1 (zie ook overweging 22) nog aan dat instanties waaraan bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend door middel van een procedure waarbij voor toereikende publiciteit is gezorgd en waarbij de verlening van die rechten gebaseerd was op objectieve criteria geen 'aangebestede instantie' zijn.

Een dergelijke procedure van toereikende publiciteit betreft:

- 1) een aanbestedingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig richtlijn 2014/24, 2014/25, 2009/81 of de concessierichtlijn 2014/23;
- 2) procedures uit hoofde van andere rechtshandelingen van de Unie, opgenomen in de lijst van bijlage III. Bijlage III geeft aan wat *geen* bijzondere of uitsluitende rechten zijn. Dit zijn bijvoorbeeld een vergunning voor de exploitatie van aardgasinstallaties, elektriciteitsproductie-installaties etc.

Zie ook eerder hierover in dit hoofdstuk onder de uitleg van definities (uitsluitende en bijzondere rechten).

### **Concessie n.a.v. uitsluitend recht van aanbestedende dienst/instantie aan aanbestedende dienst/instantie**

De bepaling uit artikel 18 van de huidige richtlijn 2004/18 komt voor wat betreft concessies terug in artikel 10 lid 1 (en overweging 32) van de richtlijn concessies. Hierin staat namelijk dat de richtlijn niet van toepassing is op concessies voor diensten:

- die door een aanbestedende dienst/instantie worden gegund aan een aanbestedende dienst/instantie of samenwerkingsverband daarvan,
- op basis van een uitsluitend recht.

### **Concessie n.a.v. uitsluitend recht van aanbestedende dienst/instantie aan ondernemer**

Het tweede deel van lid 1 van artikel 10 (en overweging 33) ziet op door aanbestedende diensten/instanties gegunde dienstenconcessie aan een ondernemer. De concessierichtlijn is ook dan niet van toepassing indien:

- er is gegund op basis van een uitsluitend recht;
- dat is verleend in overeenstemming met het VWEU en met rechtshandelingen van de Unie tot vaststelling van gemeenschappelijke voorschriften betreffende de toegang tot de markt die van toepassing zijn op bijlage II activiteiten (gas, warmte, elektriciteit, vervoer en post).

### **Onderscheid uitsluitend recht en uitsluitend exploitatierecht**

Waar ligt nu het onderscheid tussen een (bij wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling) gevestigd uitsluitend recht voor diensten en een concessie voor diensten (*uitsluitend (exploitatie) recht*)? Hierbij lijkt vooral de definitiebepaling van concessie voor diensten van belang ('overeenkomst onder bezwarende titel'). Dit geldt ook voor het element van de overdracht van wezenlijk operationeel risico. Zie hierover ook de uitleg onder definities, artikel 5 sub 1 van richtlijn 2014/23.

### **Bij uitsluitend recht geen aankondiging**

Artikel 31 lid 4 sub c en d van de concessierichtlijn stelt dat aanbestedende diensten/instanties geen concessieaankondiging bekend maken wanneer de werken of diensten alleen door een bepaalde ondernemer kunnen worden verricht omdat er sprake is van een uitsluitend recht of omwille van de bescherming van intellectuele eigendomsrechten en andere uitsluitende rechten dan die bedoeld in artikel 5 punt 10 (definitie uitsluitend recht). Deze uitzonderingen gelden alleen indien er geen redelijk alternatief of substituut bestaat en het ontbreken van concurrentie niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de parameters van de concessiegunning.

### **5.3.3 Voorbehoud SW bedrijven**

**Lidstaten mogen** volgens artikel 24 van de concessierichtlijn het recht tot deelname aan procedures voor de gunning van concessies voorbehouden aan beschermde werkplaatsen en ondernemers waarvan het hoofddoel de sociale en professionele integratie van gehandicapte en kansarme personen is. Of zij mogen erin voorzien dat die concessies worden uitgevoerd in de context van programma's voor beschermde arbeid mits tenminste 30 % van de werknemers van die werkplaatsen ondernemers of programma's gehandicapte of kansarme personen zijn. Het ministerie van EZ zal hieraan bij de implementatie nadere invulling moeten gaan geven. De concessieaankondiging of de vooraankondiging moet wel het gebruik van deze bepaling vermelden.

In de huidige richtlijnen 2004/18 en 17 ontbreekt een dergelijk specifiek op concessies aan sociale werkplaatsen toegeschreven bepaling tot mogelijkheid van voorbehoud. Zie voor meer informatie verder hoofdstuk 3 van deze notitie over het voorbehoud aan werkplaatsen en integratie-bedrijven.

### **5.4 Wijziging concessies gedurende de looptijd**

Onder welke voorwaarden vereisen wijzigingen van een concessie tijdens de uitvoering ervan een nieuwe gunningsprocedure? Rechtsoverwegingen 75 ev. gaan in op het feit dat duidelijkheid moet worden verschaft over deze vraag.

Artikel 43 van richtlijn 2014/23 geeft een regeling voor wijzigingen van concessies gedurende de looptijd ervan. Veel van de elementen die hierin worden behandeld zijn ook al aan de orde gekomen in paragraaf 1.10 van deze notitie. Voor meer informatie verwijzen wij u ook daarnaar.

Wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging van de bepalingen van een concessie tijdens de looptijd ervan, dan wordt dit beschouwd als noodzaken tot een nieuwe gunning. Artikel 44 lid 4 geeft aan wanneer er in elk geval sprake is van een wezenlijke wijziging. De richtlijn vereist dan een nieuwe concessiegunningsprocedure. Een nieuwe concessieprocedure is vereist in het geval van materiële wijzigingen van de initiële concessie, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en plichten, waaronder de verdeling van intellectuele eigendomsrechten.

Volgens lid 1 van artikel 43 kunnen concessies zonder een nieuwe concessiegunningsprocedure worden gewijzigd:

- sub a: wanneer de oorspronkelijke concessiedocumenten duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules of opties bevatten die voorzien in die wijzigingen (overweging 78);
- sub b: voor door de concessiehouder te verrichten bijkomende werken of diensten die noodzakelijk zijn geworden en niet waren opgenomen in de oorspronkelijke concessie (onder voorwaarden, zie ook overweging 79);
- sub c: indien behoefte aan wijziging een gevolg is van omstandigheden die aanbestedende dienst/instantie niet kon voorzien, de algehele aard van de concessie niet wijzigt en onder voorwaarden een bepaalde waardeverhoging niet meer dan 50% van de oorspronkelijke waarde bedraagt (overweging 76);



- sub d: indien de concessiehouder aan wie de concessie aanvankelijk was gegund wordt vervangen (overweging 77)
- sub e: indien de wijzigingen ongeacht hun waarde niet wezenlijk zijn in de zin van lid 4 (zie hierboven).

### **Beëindiging concessie**

In ieder geval in het geval er sprake is van een nieuw vereiste concessiegunningsprocedure volgens artikel 43 vanwege een gewijzigde concessie, is artikel 44 van richtlijn 2014/23 aan de orde. Dit artikel stelt dat lidstaten (dus het Ministerie van EZ bij het implementatietraject) ervoor moeten zorgen dat aanbestedende diensten/instanties onder bij toepasselijk nationaal recht bepaalde voorwaarden een concessie gedurende de looptijd ervan kunnen beëindigen. Zie ook overweging 80.

## **5.5 Bekendmaking concessie vanaf bepaalde drempelwaarden**

De richtlijn is volgens artikel 1 lid 2 van toepassing op gunning van concessies voor werken of diensten aan ondernemers door aanbestedende diensten of aanbestedende instanties (mits de werken of diensten bestemd zijn voor de uitoefening van één van de activiteiten als bedoeld in bijlage II (gas, warmte, elektriciteit, vervoer en post). Lid 1 van artikel 1 stelt dat de richtlijn gaat om regels voor aanbestedingsprocedures door aanbestedende diensten/instanties d.m.v. een concessie waarvan de geraamde waarde niet lager is dan de in artikel 8 genoemde drempel.

Artikel 8 regelt dus de drempelwaarden. De richtlijn is van toepassing op concessies (dus werken of diensten) waarvan de waarde gelijk is aan of groter is dan 5.186.000 euro.

De gunning van concessies dienen vooraf te worden gegaan door een aankondiging van een concessie in het publicatieblad van de Europese Unie. Dit staat in artikel 31 ev. van de richtlijn. Zie voor meer informatie over aanbestedingsprocedures het kopje procedures hierna.

De drempel geeft volgens rechtsoverweging 23 het duidelijk grensoverschrijdende belang van concessies voor in andere lidstaten gevestigde ondernemers weer.

De waardeberekening van concessies komt ook in artikel 8 aan bod. De geraamde waarde van een concessie wordt volgens lid 3 berekend volgens een objectieve methode die wordt gespecificeerd in de concessiedocumenten. Bij de berekening van de geraamde waarde van de concessie moeten de aanbestedende diensten/ instanties met name rekening houden met een aantal in lid drie genoemde elementen (waarde van opties en verlengingen, inkomsten uit de betaling van andere honoraria door de gebruikers van de werken of diensten, waarde van subsidies of andere financiële voordelen, inkomsten uit verkopen van activa, alle prijzen voor of betalingen aan gegadigden of inschrijvers etc.).

De waarde van een concessie wordt volgens lid 2 gevormd door de totale, tijdens de looptijd van het contract te behalen omzet van de concessiehouder, exclusief BTW, zoals deze door de aanbestedende dienst/instantie is geraamd, als tegenprestatie voor de werken en diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken en ook voor de bijkomende leveringen die in het kader van deze werken en diensten zijn verricht.

### **Percelenregeling, gemengde concessies en voor meerdere activiteiten**

De richtlijn kent ook een percelenregeling (artikel 8 lid 5) voor concessies en een regeling voor gemengde concessies/overeenkomsten (zowel werken als diensten) en concessies die door aanbestedende instanties worden gegund in het geval van overeenkomsten waarmee meerdere activiteiten worden omvat (zowel activiteiten als bedoeld in bijlage II als andere activiteiten (zie artikelen 20 en 22 en rechtsoverweging 29 t/m 31).

## **5.6 Toepassing concessierichtlijn bij sociale diensten en andere specifieke diensten**

Rechtsoverweging 53 en 54 en artikel 19 van de richtlijn stellen dat het passend is van de volledige toepassing van de concessierichtlijn alleen die diensten uit te sluiten welke een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben, zoals bepaalde diensten op sociaal, gezondheids- of onderwijsgebied. Deze diensten worden verricht binnen een bijzondere context die als gevolg van verschillende culturele tradities sterk verschilt per lidstaat. Daarom is een specifieke regeling nodig voor concessies van deze diensten die rekening houdt met het feit dat deze recentelijk gereguleerd zijn. Die regeling staat in artikel 19 (met een verwijzing naar bijlage IV bij de richtlijn). Op bijlage IV staat vermeld welke diensten in de zin van artikel 19 zijn: gezondheidszorg, administratieve-, sociale-, onderwijs- en culturele diensten, sociale verzekering, uitkeringsdiensten, diensten door vakbonden en politieke organisaties, religieuze diensten, hotels en restaurants, bepaalde juridische diensten, gevangenisdiensten, opsporing en beveiliging, post, internationale en diverse diensten etc.

Er geldt een verplichting tot publicatie van een vooraankondiging (zie artikel 31 lid 3) en een aankondiging van gegunde overeenkomst voor elke concessie met een waarde gelijk aan of groter dan de in deze richtlijn vastgestelde drempel (zie artikel 32 lid 1). Dit is een toereikende methode om informatie te verstrekken over zakelijke kansen aan potentiële inschrijvers alsook om informatie te verstekken over het aantal en soort gegunde overeenkomsten aan alle belanghebbenden.

Lidstaten moeten daarnaast **passende maatregelen invoeren** met betrekking tot de gunning van concessieopdrachten voor deze diensten. Het ministerie van EZ zal dit in het implementatietraject dus meenemen. Deze maatregelen moeten erop gericht zijn de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers in acht te nemen. De lidstaten moeten er ook voor zorgen dat aanbestedende diensten/entiteiten rekening kunnen houden met de specificiteit van de betrokken diensten en met de noodzaak te zorgen voor innovatie, een hoog kwaliteitsniveau, een hoge veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en bevordering van de algemene toegang en de rechten van de gebruiker.

Vanwege het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van deze diensten moeten de lidstaten een grote vrijheid krijgen om de keuze van de dienstverlener te regelen op de wijze die hun het meest geschikt voorkomt. De regels van de richtlijn staan er niet aan in de weg dat de lidstaten voor de keuze van de dienstverleners specifieke kwaliteitscriteria toepassen.

Lidstaten en of aanbestedende diensten blijven vrij om deze diensten zelf te verrichten. Of om sociale diensten zo te organiseren dat er geen sprake is van gunning van concessies. Dit kan bijvoorbeeld door deze diensten alleen te financieren. En andere mogelijkheid is door licenties of machtigingen te verlenen aan alle ondernemers die beantwoorden aan de vooraf door de aanbestedende dienst/instantie vastgestelde voorwaarden. Zie hierover rechtsoverweging 54.

## **5.7 Minimuminfo verstrekken aan inschrijvers**

Artikel 31 lid 2 van de richtlijn stelt dat de concessieaankondiging de in bijlage V genoemde inlichtingen bevatten en in voorkomend geval ook alle door de aanbestedende dienst/instantie nuttig geachte inlichtingen, overeenkomstig de vorm van de standaardformulieren.

Voor sociale en andere specifieke diensten wordt in artikel 31 lid 3 verwezen naar de in bijlage VI vastgestelde informatie die in de vooraankondiging moet terugkomen.

De Commissie stelt deze standaardformulieren op.

Voor informatie betreffende de gunningsaankondigingen verwijst artikel 32 onder meer naar de in bijlage VI (voor gunning van concessies) en VIII (voor gunning van sociale en andere specifieke

bijlage IV diensten) vastgestelde informatie.

Artikel 33 verwijst naar de bijlagen V, VII en VIII bedoelde informatie in de vorm van standaardformulieren die van belang zijn in het kader van opmaak en wijze van bekendmaking van aankondigingen.

Zie voor wat betreft het informeren van inschrijvers in het kader van de procedurele waarborgen die artikel 37 van de richtlijn stelt aangaande beschrijving van de concessie, gunningscriteria en minimumeisen hierna onder het kopje 'Procedures'.

Het huidige regime voor concessies van openbare werken in richtlijn 2004/18 kent overigens ook al regels voor de bekendmaking in artikelen 58, 63 en 64.

### **5.8 Duur concessie en te hanteren termijnen**

De concessierichtlijn kent een bepaling ten aanzien van de looptijd van de concessie (artikel 18). In de huidige richtlijnen ontbreekt een dergelijke bepaling. In de richtlijn wordt in lid 2 de maximale looptijd van concessies die langer dan vijf jaar duren beperkt tot de 'periode waarin van een concessiehouder redelijkerwijs verwacht mag worden de investeringen die hij heeft gemaakt voor de exploitatie van de werken en diensten, samen met een rendement op het geïnvesteerde vermogen terug te verdienen, rekening houdend met de investeringen die nodig zijn om de specifieke contractuele doelstellingen te halen.' Voor de berekening worden zowel de initiële als de investeringen tijdens de looptijd van de concessie in aanmerking genomen. In overweging 52 bij de richtlijn wordt deze bepaling nader toegelicht.

### **Termijn voor ontvangst van aanvragen en inschrijvingen**

De huidige richtlijn 2004/18 kent in artikelen 59 en 65 termijnbepalingen voor concessies voor openbare werken. Deze bedraagt 52 dagen. Artikel 39 van richtlijn 2014/23 introduceert in acht te nemen minimumtermijnen voor de ontvangst van aanvragen, al dan niet met inschrijvingen voor de concessie. Deze termijn is 30 dagen, te rekenen vanaf de verzending van de concessieaankondiging (zie ook overweging 62).

Zie voor termijnen in richtlijn 2014/24 ook hoofdstuk 2 van deze notitie.

Bij het gebruik van elektronische middelen kunnen de minimumtermijnen worden verkort met vijf dagen. Hiervoor gelden wel voorwaarden. Zie hierover artikel 39 lid 5 van de concessierichtlijn.

### **5.9 Selectie en uitsluiting bij concessies**

De huidige richtlijn 2004/18 kent in artikel 57 een uitsluitingsbepaling voor de gunning van concessies voor openbare werken. De huidige regeling kent geen specifieke bepaling over selectiecriteria bij concessies.

De keuze van evenredige, niet-discriminerende en eerlijke selectiecriteria, en de toepassing ervan op ondernemers is van essentieel belang voor de daadwerkelijke toegang van de ondernemers tot de economische kansen met betrekking tot concessieovereenkomsten. Dit staat in rechtsoverweging 63 van de nieuwe concessierichtlijn 2014/23.

De mogelijkheid voor een gegadigde om op de capaciteit van andere diensten te steunen, kan met name een beslissende factor vormen die de deelneming van kleine en middelgrote ondernemingen mogelijk maakt.

### **Selectiecriteria**

Het is daarom passend erin te voorzien dat de selectiecriteria:

- uitsluitend betrekking moeten hebben op de technische en beroepsbekwaamheid en de financiële en economische draagkracht van ondernemers en verband houden met het voorwerp van de overeenkomst;
- in de concessieaankondiging moeten worden bekendgemaakt; en
- niet kunnen uitsluiten dat een ondernemer, behalve in uitzonderlijke omstandigheden, op de capaciteit van andere entiteiten steunt ongeacht de juridische aard van de banden van de ondernemer met deze entiteiten, indien deze laatste ten genoegen van de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit kan aantonen dat hij de nodige middelen tot zijn beschikking zal hebben.

Artikel 38 van richtlijn 2014/23 werkt de nadere regels ten aanzien van selectie, uitsluiting en kwalitatieve beoordeling van gegadigden verder uit. Beperking van het aantal gegadigden is mogelijk op basis van de gunningscriteria (zie verder artikel 37 lid 3 en hierna onder kopje 'procedures').

De aanbestedende diensten/ instanties gaan in het kader van de selectie en kwalitatieve beoordeling van gegadigden na of aan de voorwaarden voor deelneming is voldaan voor wat betreft de beroepsbekwaamheid, de technische bekwaamheid en de financiële en economische draagkracht van de gegadigden of inschrijvers, op basis van eigen verklaringen en referentie(s) die als bewijs moeten worden overlegd overeenkomstig de eisen in de concessieaankondiging. Die eisen moeten niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.

Alle voorwaarden voor deelneming houden verband met en staan in verhouding tot het voorwerp van de concessie en de noodzaak om ervoor te zorgen dat de concessiehouder de concessie kan uitvoeren, rekening houdend met het voorwerp van de concessie en de doelstelling om voor echte concurrentie te zorgen.

#### **Steunen op capaciteit van andere instanties**

Om te voldoen aan de deelnemingsvoorwaarden kan een ondernemer steunen op de capaciteit van andere instanties. Hieraan zijn wel een aantal voorwaarden verbonden, beschreven in lid 2 van artikel 38. Lid 3 geeft aan dat ook een combinatie van ondernemers zich kan beroepen op de draagkracht van de deelnemers aan de combinatie of van andere instanties.

#### **Uitsluiting**

De uitsluitingsgronden worden in lid 4 en volgende beschreven. De verplichte uitsluitingsgronden zijn op bijna identiek wijze beschreven als de uitsluitingsgronden in artikel 57 van richtlijn 2014/24 (overheidsopdrachten voor klassieke sectoren, zie hierover ook hoofdstuk 2, paragraaf 2.5 van deze notitie); de beschrijving van de facultatieve uitsluitingsgronden wijken wat af van elkaar. **Ook bij de richtlijn concessies geldt ten aanzien van diverse aspecten van uitsluiting dat lidstaten (het ministerie van EZ) in het implementatietraject nog nadere keuzes zal kunnen/moeten invullen.**

#### **5.10 Gunningscriteria**

De huidige richtlijn 2004/18 kent in de regels voor concessies voor openbare werken in artikel 61 een bepaling voor de gunning van aanvullende werken aan de concessiehouder van concessies.

Artikel 41 en overwegingen 64 en 73 bij richtlijn 2014/23 geven uitleg over de voorschriften voor gunningscriteria bij concessies. De regeling voor gunningscriteria in de concessierichtlijn wijkt af van de regeling voor gunningscriteria in de nieuwe klassieke richtlijn 2014/24 (artikel 67, zie ook hoofdstuk 2, paragraaf 2.5 van deze notitie), die bepaalt dat bij de gunning van overheidsopdrachten de economisch meest voordelige inschrijving het uitgangspunt is. In de concessierichtlijn worden een aantal algemene normen gesteld waaraan de gunningscriteria moeten voldoen.

Lid 1 van artikel 41 van richtlijn 2014/23 geeft aan dat concessies worden gegund op basis van objectieve criteria die voldoen aan de beginselen van transparantie, non-discriminatie, gelijke

behandeling en evenredigheid, die ervoor zorgen dat de inschrijvingen onder voorwaarden van daadwerkelijke mededinging worden beoordeeld. Hierdoor kan een algeheel economisch voordeel voor de aanbestedende dienst/instantie worden vastgesteld.

Aanbestedende diensten/ instanties beoordelen de inschrijvingen aan de hand van één of meerdere gunningscriteria. Om voor transparantie en gelijke behandeling te zorgen, moeten volgens rechtsoverweging 73 bij de concessierichtlijn criteria voor de gunning van concessies altijd aan een aantal algemene normen voldoen. De normen kunnen betrekking hebben op factoren die niet louter economisch zijn, maar de waarde van een inschrijving vanuit het standpunt van de aanbestedende dienst/entiteit beïnvloeden waardoor een algeheel economisch voordeel voor de aanbestedende dienst/instantie kan worden vastgesteld.

### **Opstellen en beoordeling gunningscriteria**

Deze criteria moeten:

- vooraf aan alle potentiële gegadigden of inschrijvers openbaar worden gemaakt,
- verband houden met het voorwerp van de concessie en de aanbestedende dienst/instantie geen onbeperkte keuzevrijheid laten;
- daadwerkelijke mededinging mogelijk maken en gepaard gaan met eisen die het mogelijk maken de door de inschrijvers verstrekte informatie effectief te controleren.

De gunningscriteria kunnen onder meer sociale, innovatiegerelateerde of milieucriteria omvatten. De aanbestedende dienst/instantie gaat na of de inschrijvingen daadwerkelijk voldoen aan de gunningscriteria (lid 2 artikel 41). Artikel 37 van de richtlijn geeft aan onder welke voorwaarden concessies worden gegund op basis van de vastgestelde gunningscriteria (zie verder hierna bij 'Procedures').

### **Volgorde van gunningscriteria**

De aanbestedende diensten/instanties moeten de gunningscriteria in afnemende volgorde van belangrijkheid vermelden (lid 3 artikel 41) om een gelijke behandeling van potentiële inschrijvers te garanderen door hen kennis te laten nemen van alle elementen waarmee zij bij hun inschrijving rekening moeten houden.

In uitzonderlijke gevallen moeten aanbestedende diensten/instanties wanneer zij een inschrijving ontvangen waarin een innovatieve oplossing wordt voorgesteld die een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau haalt dat door een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst/instantie niet kon worden voorzien, bij wijze van uitzondering de volgorde van de gunningscriteria kunnen wijzigen om rekening te houden met de nieuwe mogelijkheden die door de innovatieve oplossing worden geboden. Het laatste deel van lid 3 geeft hiervoor een regeling. Dit kan voor zover een dergelijke wijziging ervoor zorgt dat alle huidige of potentiële inschrijvers op een gelijke manier worden behandeld (wijziging van de volgorde mag niet leiden tot discriminatie) en de aanbestedende dienst/ instantie een nieuwe oproep tot inschrijving doen uitgaan of een nieuwe concessieaankondiging bekend maken.

### **Levenscycluskosten**

Overweging 64 beschrijft de nieuwe levenscycluskosten benadering bij gunningscriteria. Deze geldt ook voor gunningscriteria of voorwaarden op het vlak van de uitvoering van de concessie. Zie voor meer informatie hierover ook hoofdstuk 2, paragraaf 2.7 van deze notitie en overweging 97 en artikel 70 van richtlijn 2014/24 (klassieke sectoren).

## **5.11 Procedures bij concessies**

### **Vrijheid bepalen en organiseren procedure**

Zoals eerder aangegeven bevat de concessierichtlijn geen opsomming van mogelijk te volgen

aanbestedingsprocedures in het geval van gunning van concessies. Rechtsoverweging 68 bij de richtlijn geeft aan dat concessieovereenkomsten gewoonlijk complexe lange termijnregelingen zijn waarbij de concessiehouder verantwoordelijkheden en risico's op zich neemt die traditioneel door de aanbestedende diensten/instanties worden gedragen en gewoonlijk binnen hun overeenkomst vallen. Om deze reden, en behoudens de naleving van deze richtlijn en de beginselen van transparantie en gelijke behandeling, wordt aanbestedende diensten/instanties een grote vrijheid gelaten bij het bepalen en organiseren van de procedure die tot de keuze van de concessiehouder leidt (artikel 2 richtlijn).

### **Aantal waarborgen**

Wel wordt om gelijke behandeling en transparantie gedurende de hele gunningsprocedure zeker te stellen, voorzien in elementaire waarborgen betreffende het gunningsproces. Dit gaat ook over de informatie over de aard en de reikwijdte van de concessie, het beperken van het aantal gegadigden, de verspreiding van informatie aan gegadigden en inschrijvers en de beschikbaarheid van juiste bescheiden. Zie hierover ook artikel 30 lid 2, 31 en bijlage V bij de richtlijn.

Tot slot moet worden bepaald dat er van de oorspronkelijke voorwaarden van de concessieaankondiging niet mag worden afgeweken om oneerlijke behandeling van potentiële kandidaten te voorkomen. Dit laatste ziet ook op de bepalingen inzake wijzigingen van concessies, die reeds hierboven werden behandeld (paragraaf 4.4).

Artikel 30 (algemene beginselen) ev. van de concessierichtlijn beschrijven dus verder de randvoorwaarden van de flexibelere procedures voor concessiegunning. Deze stellen eisen aan: de aankondiging en gunningsaankondigingen (artikel 31 en 32), opmaak en wijze van bekendmaking van aankondigingen (artikel 33), elektronische beschikbaarheid van concessiedocumenten (artikel 34), bestrijding van corruptie en voorkoming belangenconflicten (artikel 35) en procedurele waarborgen (artikel 36 ev.).

### **Voorafgaande aankondiging**

Overwegingen 50 en 51 bij richtlijn 2014/23 geven aan dat voor concessies voor werken en diensten gelijk aan of boven de drempel (in artikel 8), die door aanbestedende diensten/instanties worden gegund, de gunning in verband met voldoende bekendheid voorafgegaan moet worden door de verplichte publicatie van een aankondiging van een concessie in het Publicatieblad van de Unie (zie artikel 31). Gunning van concessies zonder voorafgaande bekendmaking is ingevolge artikel 31 lid 4 alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden toegestaan. Het moet dan van meet af aan duidelijk zijn dat bekendmaking niet de aanleiding zal vormen voor meer concurrentie, met name omdat er objectief gezien slechts één ondernemers is die de concessie kan uitvoeren. De onmogelijkheid om de concessie aan een andere ondernemer te gunnen mag niet door de aanbestedende dienst/instantie zelf met het oog op de toekomstige aanbestedingsprocedure zijn gecreëerd. Ook moet grondig worden onderzocht of toereikende alternatieven beschikbaar zijn.

### **Procedurele waarborgen**

Artikel 36 (rechtsoverweging 67) bevat voorschriften over technische en functionele eisen.

Artikel 37 lid 1 geeft aan dat concessies worden gegund op basis van de vastgestelde gunningscriteria mits is voldaan aan:

- de inschrijving voldoet aan de minimumeisen van de aanbestedende dienst/ instantie;
- de inschrijver voldoet aan de deelnemingsvoorwaarden (artikel 38) en
- de inschrijver is niet uitgesloten van deelname (artikel 38).

De minimumeisen bevatten de (met name technische, materiële, functionele en juridische) voorwaarden en kenmerken waaraan elke inschrijving moet voldoen.

Lid 2 geeft aan welke gegevens de aanbestedende dienst/instantie moet aangeven in de

concessieaankondiging, de uitnodiging tot indiening van een inschrijving of andere concessiedocumenten.

Volgens lid 3 kan een aanbestedende dienst/instantie het aantal gegadigden of inschrijvers beperken op basis van de gunningscriteria, tot een passend aantal. Voorwaarde is dat dit transparant en op basis van objectieve criteria geschiedt. Het aantal gegadigden dat wordt uitgenodigd moet voldoende zijn voor daadwerkelijke concurrentie.

Lid 4 verplicht een aanbestedende dienst/instantie om alle deelnemers de beschrijving van de voorgenomen organisatie van de procedure mee te delen alsmede een indicatief tijdschema voor de voltooiing ervan.

Lid 5 stelt dat de aanbestedende dienst/instantie een passende documentatie van de belangrijkste stappen van de procedure garandeert.

Tot slot maakt lid 6 mogelijk dat de aanbestedende dienst/instantie met de gegadigden en inschrijvers onderhandelingen voert. Het voorwerp van de concessie, de gunningscriteria en de minimumeisen mogen in de loop van de onderhandelingen niet worden gewijzigd.

Artikel 38 is hierboven besproken onder 'selectie', artikel 39 onder 'termijnen', artikel 41 onder 'gunning'. Tot slot stelt artikel 40 dat een aanbestedende dienst of instantie zo spoedig mogelijk elke gegadigde en inschrijver informeert over besluiten die zijn bereikt betreffende de gunning van een concessie.

### **Rechtsbeschermingsrichtlijnen**

Rechtsoverweging 81 en artikel 46 en 47 van de richtlijn gaan in op de rechtsbescherming bij concessies. De bestaande Rechtsbeschermingsrichtlijnen worden ook van toepassing verklaard op (niet door artikelen 10,11,12,17 en 25 van de concessierichtlijn uitgesloten) concessieopdrachten voor diensten en werken die door aanbestedende diensten/instanties worden gegund. De rechtsbeschermingsrichtlijnen 89/665/EG en 92/13 EEG moeten hierop ook worden aangepast. Dit moet leiden tot een toereikende juridische bescherming van gegadigden en inschrijvers tijdens de gunningsprocedures voor concessies en verzekert ook de effectieve handhaving van de regels van de concessierichtlijn en de beginselen van het VWEU.

### **5.12 Toezicht en rapportages bij concessies**

Rechtsoverwegingen 83 en 84 en artikelen 45 en 53 van concessierichtlijn 2014/23 gaan nog nader in op verplichtingen van de lidstaat om ervoor te zorgen dat bepaalde toezichtstaken op de toepassing van de gunningsregels voor concessies worden uitgevoerd door bepaalde instanties of structuren. De resultaten van toezichtactiviteiten moeten ook aan het publiek beschikbaar worden gesteld. De Commissie kan eens in de drie jaar lidstaten verzoeken haar een toezichtverslag te zenden met een overzicht van de meest voorkomende oorzaken van verkeerde toepassing van de concessieregels. Uiterlijk op 18 april 2021 brengt de Commissie verslag uit van haar evaluatie van het functioneren van de concessierichtlijn.

**Kenniscentrum Europa decentraal**

Nassaulaan 12

Postbus 30435

2500 GK Den Haag

t 070-3381090

e [info@europadecentraal.nl](mailto:info@europadecentraal.nl)

i [www.europadecentraal.nl](http://www.europadecentraal.nl)