

Veelgestelde vragen Voorlichtingsbijeenkomsten herziening Aanbestedingswet 2012

georganiseerd door Europa decentraal en PIANOo in januari en februari 2016



FAQ



Europa decentraal

April 2016

Veelgestelde vragen Voorlichtingsbijeenkomsten

ED-PIANOO Aanbestedingswet januari/februari 2016

Introductie

Op 18 april 2016 zouden de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen (2014/24 en 2014/25) en de nieuwe concessierichtlijn (2014/23) in de nationale wetgeving van lidstaten geïmplementeerd moeten zijn. Voor implementatie van deze Europese richtlijnen, moet in Nederland de bestaande Aanbestedingswet 2012 herzien worden. Momenteel ligt een wetsvoorstel voor een gewijzigde Aanbestedingswet 2012 in de Eerste Kamer. Europa decentraal en PIANOO hebben naar aanleiding van deze nieuwe Europese wet- en regelgeving enkele voorlichtingsbijeenkomsten georganiseerd. De veelgestelde vragen aan Europa decentraal worden in deze FAQ besproken.

Wat staat er in deze publicatie?

U kunt in deze publicatie antwoorden op gestelde vragen over publiek-publieke samenwerking, concessies, en overige onderwerpen zoals de rechtstreekse werking vinden.

Mocht u als gemeente, provincie of waterschap nog (vervolg)vragen hebben over de behandelde thema's, of andere (Europese) aanbestedingsproblematiek, dan kunt u terecht bij de [helpdesk](#) van Europa decentraal.

Inhoudsopgave:

Introductie	2
A) Publiek-publieke samenwerking	6
Publieke samenwerking algemeen	6
1. Wanneer is sprake van publieke samenwerking?	6
2. Met wie kunnen aanbestedende diensten publiek samenwerken? Is er een publiekrechtelijke karakter van de partner vereist?	6
3. Bij wat voor soort opdrachten/afspraken tussen aanbestedende diensten en/of privaot- of publiekrechtelijke rechtspersonen, is sprake van toepassing van het aanbestedingsrecht en kan dus een beroep worden gedaan op de uitzonderingsgrond van publieke samenwerking?	7
Verticale en horizontale samenwerking	8
4. Wat zijn de voorwaarden voor horizontale samenwerking en zijn deze cumulatief?	8
5. Wanneer is sprake van 'samenwerking' in de zin van de voorwaarde voor toepassing van horizontale samenwerking (artikel 12 lid 4 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24c van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012)?	9
6. Wanneer en hoe wordt voldaan aan het 20%- vereiste als voorwaarde voor toepassing van horizontale samenwerking (artikel 12 lid 4 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24c van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012)?	9
7. Wanneer wordt voldaan aan het merendeels / 80%-vereiste als voorwaarde voor toepassing van verticale samenwerking?	11
8. Indien bij verticale samenwerking sprake is van een Gemeenschappelijke Regeling (GR) die toezicht houdt op een werkmaatschappij die de dienst aan de opdrachtgevende aanbestedende dienst levert, moet voor het voldoen aan het omzet-vereiste dan gekeken worden naar de omzet van de totale GR of alleen naar de omzet van de individuele werkmaatschappij die de dienst levert?	12
Alleenrecht	12
9. Gelden er inhoudelijke eisen (zoals openbaar belang) voor het verstrekken van een alleenrecht?	12
10. Wat is het verschil tussen horizontale samenwerking en een alleenrechtconstructie?	13
Praktijkvoorbeelden samenwerken	14
11. Kunnen alle uitzonderingsgronden voor publieke samenwerking worden toegepast voor de uitvoering van bedrijfsvoeringstaken (PIOFACH)?	14
12. Kan een overheid personeel inhuren van een andere overheid en zich daarbij beroepen op publieke samenwerking? Is het bijvoorbeeld mogelijk om een medewerker te detacheren bij een andere gemeente via horizontale samenwerking?	16
13. Kun je bij publieke uitzonderingsgronden ook denken aan samenwerking van een gemeente met een SW bedrijf?	17
Publieke samenwerking specifieke vragen	18
14. Is opwaarts en zijwaarts inbesteden mogelijk op grond van artikel 12 lid 2 van richtlijn 2014/24, indien er sprake is van meerdere toezichthoudende aanbestedende diensten? En wat	

betekent dit voor de praktijk van verticale samenwerking bij bijvoorbeeld provinciale of gemeentelijke shared service centres?	18
B) Concessies:	18
15. Wat zijn volgens de Europese concessierichtlijn 2014/23 de voorwaarden voor het verlenen van een onder die richtlijn (en straks onder deel 2A van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012) vallende concessie?	18
16. Komt er ook een nieuw concessieregime onder de drempel? Of hoeft een decentrale overheid voor een concessie met een waarde onder de drempel niet de concessierichtlijn toe te passen? 20	
17. Zijn er verschillen in drempelwaarde en aanbestedingsprocedure voor concessies voor diensten en concessies voor sociale en andere specifieke diensten en welke procedurevoorschriften gelden er voor laatstbedoelde concessies in richtlijn 2014/23?	21
18. Hoe vindt de berekening van de waarde van de concessie plaats en zijn er ook eisen ten aanzien van de looptijd van een concessie?	23
19. Welke praktijkvoorbeelden van concessieopdrachten zijn er in de wereld van decentrale overheden?	23
21. Wezenlijke wijziging en concessies:	25
C) Overige veelgestelde vragen	26
Het nieuwe regime voor sociale en andere specifieke diensten	26
22. Wat gaat er veranderen in de aanbestedingsprocedures wegens het vervallen van het huidige IIB-diensten-regime?	26
23. Mogen gemeenten gebruik blijven maken van het concept bestuurlijk aanbesteden onder het regime van sociale en andere specifieke diensten?	27
25. Mogen opdrachten worden samengevoegd, als een deel onder het regime voor sociale en andere specifieke diensten valt en een ander deel niet onder dit regime? Welke aanbestedingsprocedure moet daarbij worden gevolgd?	28
Inhuur derden	28
26. Hoe moeten diensten voor de inhuur van personeel voortaan worden aanbesteed met het verval van het IIB-diensten-regime?	28
27. Welke alternatieve aanbestedingsprocedures worden er in de praktijk gebruikt voor de diensten voor de inhuur van personeel met het verval van de IIB-diensten?	29
Gunningscriteria	31
28. Een aanbestedende dienst wil in een aanbestedingsprocedure onder de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen nog steeds graag gunnen op basis van EMVI criteria; kan dat nog onder de nieuwe richtlijn?	31
Procedurele vragen	31
29. Onder welke omstandigheden mogen overheden gebruik maken van de nieuwe procedure voor het innovatiepartnerschap, en hoe verhoudt die procedure zich met de mededingingsprocedure?	31
30. Wanneer is er onder richtlijn 2014/24 sprake van een wezenlijke wijziging?	32
31. Wat verandert er met betrekking tot raamovereenkomsten onder de richtlijn 2014/24?	33

32. Kunnen overheden zelf rechtstreeks op de grondstoffenmarkt energie kopen, of hier een derde partij voor inhuren?	33
Flankerend beleid	34
33. Zijn de Gids Proportionaliteit en het ARW nog steeds van toepassing na de wijziging van de Aanbestedingswet 2012, en worden deze documenten nog aangepast naar aanleiding van de wijzigingen in de aanbestedingswet?	34
Aankondigingen en bekendmaking	35
34. Komen er met de nieuwe richtlijnen ook andere verplichte elektronische aanbestedingsdocumenten?	35
35. Vanaf welke datum moeten de nieuwe aanbestedingsdocumenten worden gebruikt?	36
36. Wanneer komen de templates van de nieuwe aanbestedingsformulieren, en met name het UEA-formulier online?	36
Rechtstreekse werking	37
37. Hebben de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn- en concessierichtlijnbepalingen uit 2014/23, 2014/24 en 2014/25 rechtstreekse werking?	37
38. Moeten decentrale overheden, nu de Europese richtlijnen niet voor 18 april 2016 zijn geïmplementeerd in de herziene Aanbestedingswet 2012, de Europese richtlijnen direct toepassen vanuit een eigen verantwoordelijkheid voor de naleving van Europees recht?	37
39. Is er een overzicht beschikbaar van welke bepalingen wel en niet rechtstreeks toegepast moeten worden door aanbestedende diensten?	38
40. Klopt het dat de Minister van EZ in elk geval heeft aangegeven dat het nieuwe aanbestedingsregime voor sociale en andere specifieke diensten (vervallen van het huidige II-B diensten regime) per 18 april rechtstreeks moet worden toegepast?	39
41. Zijn er vanuit het Rijk of bijvoorbeeld de rechterlijke macht inmiddels ook al uitspraken gedaan over andere onderdelen die rechtstreekse werking zouden kunnen hebben?	39
42. Hoe verhoudt de aansprakelijkheid voor correcte naleving van Europese regels door decentrale overheden op grond van de wet NERpe zich met de te late implementatie van de Europese aanbestedingsregels in de gewijzigde Aanbestedingswet?	40
43. Zijn de overgangsbepalingen in de herziene Aanbestedingswet en die in de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen en concessierichtlijn hetzelfde?	40
44. Wat is de verhouding tussen deze overgangsbepalingen en het vraagstuk van rechtstreekse werking?	41

A) Publiek-publieke samenwerking

Publieke samenwerking algemeen

1. Wanneer is sprake van publieke samenwerking?

Van publiek-publieke samenwerking is sprake als overheden samenwerken met andere overheden. Bij publiek-publieke samenwerking kan sprake zijn van toepassing van uitzonderingsgronden op aanbestedingsverplichtingen die vanuit het (Europese) aanbestedingsrecht, met name uit jurisprudentie, zijn ontwikkeld. Wanneer er sprake is van publieke samenwerking, zou een aanbestedende dienst of een publieke partij waarmee wordt samengewerkt zich kunnen beroepen op de niet toepasselijkheid van de (Europese) aanbestedingsregels.

Is er sprake van een overheidsopdracht?

Wanneer een aanbestedende dienst overeenkomsten onder bezwarende titel sluit met een andere rechtspersoon, kan dit een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen betreffen. Echter, er kunnen uitzonderingen op aanbestedingsplichten aan de orde zijn bij samenwerking tussen publieke entiteiten.

Uitzonderingsgronden:

Bij publiek-publieke samenwerking is het bijvoorbeeld mogelijk om een beroep te doen op bepaalde uitzonderingsgronden van de (Europese) aanbestedingsplicht. Enkele uitzonderingen zijn: verticale samenwerking, horizontale samenwerking (ook wel bekend als inbesteden) en het alleenrecht.

Zie voor meer informatie over publiek – publieke samenwerking ook de informatie op onze [website](#), de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 61 e.v. en de [handreiking](#) van de VNG.

2. Met wie kunnen aanbestedende diensten publiek samenwerken? Is er een publiekrechtelijke karakter van de partner vereist?

Overheden kunnen in een publieke samenwerking samenwerken met zowel andere aanbestedende diensten (bijvoorbeeld bij horizontale samenwerking of alleenrechten) als met privaat- of publiekrechtelijke rechtspersonen waarop de overheid toezicht uitoefent alsof het een eigen dienst is en die het merendeel van zijn werkzaamheden uitvoert ten behoeve van die overheid (bijvoorbeeld bij verticale samenwerking). Horizontale samenwerking is geregeld in artikel 12 lid 4 van richtlijn 2014/24 en het vestigen van een alleenrecht in artikel 11 van richtlijn 2014/24. Verticale samenwerking is geregeld in artikel 12 lid 1 van richtlijn 2014/24.

Voorbeelden:

Tijdens de informatiebijeenkomsten hebben verschillende praktijkvoorbeelden van publieke samenwerking de revue gepasseerd. U kunt denken aan baggerdepots, Samenwerkingsverband

Noord-Nederland (SNN) en Staatsbosbeheer. Het blijkt dat onder andere het karakter van de instelling (publiek- of privaatrechtelijk of aanbestedende dienst) een belangrijke rol speelt in de keuze voor de toepassing van een van de uitzonderingsgronden van publieke samenwerking.

Overheden als ondernemer?

Uit de definitie 'aanbesteding' in de zin van artikel 1 lid 2 van richtlijn 2014/24 blijkt dat het moet gaan om een opdracht van één of meer aanbestedende diensten aan door de aanbestedende dienst gekozen *ondernemers*. Overweging 31 van richtlijn 2014/24 gaat nader in op de verhouding tussen overheden bij publieke samenwerking en de toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht. Hieruit blijkt onder andere dat het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf overheidsdiensten zijn, de toepassing van aanbestedingsregels op zich niet uitsluit.

Bij publieke samenwerking kunnen dus ook privaatrechtelijke rechtspersonen betrokken zijn. En daarnaast is van belang dat een overheid dus ook als 'ondernemer' kan optreden. Als een overheidsinstelling een opdracht uitvoert voor een andere overheidsinstelling, sluit dit de toepassing van het aanbestedingsrecht niet uit. Er moet wel de kanttekening worden gemaakt dat er mogelijk raakvlakken kunnen zijn met de mededingingsregels en de Wet Markt en Overheid. De huidige Wet Markt en Overheid legt geen beperkingen op met betrekking tot publieke samenwerking. Wel moet de overheid, bij het uitvoeren van economische activiteiten de gedragsregels in acht nemen. Zie voor meer informatie over het mededingingsrecht en de Wet Markt en Overheid onze [website](#).

3. Bij wat voor soort opdrachten/afspraken tussen aanbestedende diensten en/of privaatrechtelijke rechtspersonen, is sprake van toepassing van het aanbestedingsrecht en kan dus een beroep worden gedaan op de uitzonderingsgrond van publieke samenwerking?

Voor de toepassing van de aanbestedingsregels uit richtlijn 2014/24 bij publiek-publieke samenwerking is het ten eerste van belang dat sprake is van een overheidsopdracht tussen de publieke samenwerkingspartners. Dit is namelijk het uitgangspunt om een beroep op de uitzonderingsgronden van verticale en horizontale samenwerking en voor alleenrechten toe te passen. Vervolgens is de aard van de dienstverlening van belang.

Overheidsopdracht?:

Relevante elementen voor het kunnen aannemen van een overheidsopdracht zijn: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen één of meer aanbestedende diensten en één of meer ondernemers voor het verrichten van leveringen, diensten of werken. U kunt in vraag 2 het antwoord lezen op de vraag met wie aanbestedende diensten in het kader van een publieke samenwerking zoal kunnen samenwerken.

Zie voor meer informatie over overheidsopdrachten ook de informatie op onze [website](#).

Aard van de dienstverlening:

Wanneer u hebt vastgesteld dat er sprake is van een overheidsopdracht, dient u voor de toepassing van één van de uitzonderingsgronden voor publieke samenwerking vervolgens na te gaan wat de aard van de dienstverlening is. Het zou namelijk mogelijk kunnen zijn dat een uitzonderingsgrond toepasbaar is.

Horizontale samenwerking en openbaar belang

Bij de keuze voor de uitzonderingsgrond met betrekking tot publiek-publieke samenwerking horizontale samenwerking, is het van belang om te weten of de aard van de dienstverlening betrekking heeft op het uitvoeren van taken in het openbaar belang. De invulling van de samenwerking mag namelijk uitsluiten berusten op overwegingen in verband met het openbaar belang (artikel 12 lid 4 richtlijn 2014/24)

Alleenrecht en wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling

Het is ook van belang om de aard van de dienstverlening te weten bij het vestigen van een legitieme alleenrecht-uitzonderingsconstructie. Het alleenrecht moet gegund zijn op basis van een met het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) verenigbare wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling (artikel 11 van richtlijn 2014/24). Een aanbestedende dienst zal dus in elk specifiek geval voor het vestigen van een alleenrecht moeten beoordelen of een dergelijke rechtvaardiging wegens openbaar gezag, openbare orde, veiligheid of gezondheid of door dwingende redenen van algemeen belang mogelijk is. Zie voor meer informatie over inhoudelijke vereisten voor het verstrekken van een alleenrecht ook het antwoord op vraag 8.

Verticale samenwerking

Voor een beroep op de uitzonderingsgrond van verticale samenwerking in de zin van artikel 12 lid 1 van richtlijn 2014/24 geldt daarentegen niet het vereiste dat het een opdracht moet zijn in het kader van het openbaar belang.

Verticale en horizontale samenwerking

4. Wat zijn de voorwaarden voor horizontale samenwerking en zijn deze cumulatief?

Lid 4 van artikel 12 en overweging 33 van richtlijn 2014/24 (zie artikel 2.24c van het wetsvoorstel Aanbestedingswet) gaat 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 van artikel 12 van richtlijn 2014/24 en lid 2 van artikel 2.24c van het wetsvoorstel Aanbestedingswet.

5. Wanneer is sprake van ‘samenwerking’ in de zin van de voorwaarde voor toepassing van horizontale samenwerking (artikel 12 lid 4 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24c van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012)?

Een van de voorwaarden voor horizontale samenwerking is dat de opdracht tussen aanbestedende diensten ‘voorziet in of uitvoering geeft 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’ (artikel 12 lid 4 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24c van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012).

Uit jurisprudentie en het [werkdocument](#) uit 2011 van de Europese Commissie over publieke samenwerking blijkt dat gezamenlijke uitvoering wordt gekenmerkt door deelname en wederzijdse verplichtingen van de contractpartners, hetgeen leidt tot wederzijdse synergiën. Dit betekent niet noodzakelijk dat elk van de samenwerkende partners op gelijke basis deelneemt aan de werkelijke vervulling van de taak. De samenwerking kan gebaseerd zijn op een verdeling van taken of op één of andere specialisatie. Toch moet het contract een gemeenschappelijk doel dienen, namelijk de gezamenlijke uitvoering van dezelfde taak.

Zie voor meer informatie over het vereiste van ‘samenwerking’ ook de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 71 en 72.

6. Wanneer en hoe wordt voldaan aan het 20%- vereiste als voorwaarde voor toepassing van horizontale samenwerking (artikel 12 lid 4 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24c van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012)?

Een van de voorwaarden voor horizontale samenwerking is dat de deelnemende aanbestedende diensten ‘op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen’ (artikel 12 lid 4 van [richtlijn 2014/24](#) en artikel 2.24c van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012).

Rechtsoverweging 33 van de richtlijn 2014/24 concentreert zich vooral op de uitleg van de algemeen belang vereisten in de horizontale samenwerking. De 20%-eis wordt daarin niet toegelicht.

Rechtsoverweging 32 gaat vooral over verticale samenwerking en de eisen van privékapitaal. Wel lijkt de laatste alinea van rechtsoverweging 32 te verwijzen naar horizontale samenwerking. Deze passage

schept echter weinig duidelijkheid over het 20%-vereiste. Het is niet helemaal duidelijk of deze passage over horizontale samenwerking ook implicaties zou hebben voor de 20%-eis onder horizontale samenwerking.

Letterlijke interpretatie 20%-eis

Letterlijk genomen ziet de 20%-eis erop dat de horizontale samenwerking van twee aanbestedende diensten betekent dat als zij de betreffende diensten ook op de markt zouden verrichten zij bijvoorbeeld 80% van de afgesproken dienstverlening binnen het publieke samenwerkingsverband uitoefenen. Dit lijkt echter niet geheel logisch, nu in een horizontale samenwerking immers op grond van algemeen belang openbare diensten worden uitgevoerd door het samenwerkingsverband.

Daarnaast moeten de aanbestedende diensten buiten de dienstverlening die zij binnen het publieke samenwerkingsverband uitoefenen, waken dat als ze die publieke dienstverlening ook op de (open) markt gaan verrichten er voor zorgen dat ze de markt voor minstens 80% in handen houdt.

Open markt en uitvoering publieke samenwerking

Het ministerie van Economische Zaken (EZ) heeft tijdens een overleg over de implementatie van de richtlijnen er op gewezen dat de term 'open markt' lijkt te willen duiden op 'in concurrentie in de markt'. De 20% zou dan ook lijken te gaan om een capaciteitsvraag. In de praktijk blijkt bijvoorbeeld vaak dat aanbestedende diensten extra capaciteit wil inzetten gedurende de uitvoering van de publieke samenwerking of dat een gemeente zich wil aansluiten bij een Gemeenschappelijke Regeling (GR) die al bestaat waar privaat kapitaal in zit. Dit zou een GR voor bijvoorbeeld afval kunnen zijn. Een aantal aanbestedende diensten hebben het ministerie van EZ erop gewezen dat zij in die gevallen vaak separate samenwerkingsovereenkomsten/dienstverleningsovereenkomsten sluiten of in elk geval behoefte hebben om tot de samenwerking toe te kunnen treden.

EU: 'echte samenwerking'

Ook is aan de orde gekomen dat de Europese Commissie bij horizontale samenwerking sterk hecht aan het zijn van een 'echte samenwerking'. Het moet dus aantoonbaar zijn dat de samenwerkende overheden ook echt diensten aan elkaar verlenen en van elkaar afnemen. In het verlengde hiervan zou ook kunnen worden geredeneerd dat de 20%-eis ziet op het feit dat het overgrote deel van de dienstverlening aan elkaar binnen de horizontale samenwerking ook ziet op het echt voor elkaar diensten verlenen. Denk dan bijvoorbeeld aan een ingenieursbureau dat binnen een horizontale samenwerking diensten aan elkaar verleent maar ook een deel diensten op de markt (max. 20% van het totale in de samenwerking behorende deel van de portefeuille) aanbiedt.

Werkdocument Europese Commissie

Paragraaf 3.3.3 (pag. 15) van het door de Commissie uitgebrachte [werkdocument](#) publieke samenwerking uit 2011 geeft daarin aan dat het Hof van Justitie heeft verklaard dat de horizontale samenwerking alleen op overweging van openbaar belang gebaseerd mag zijn. In dit werkdocument staat: "Er zou dus geen vrijstelling gelden indien de samenwerking wordt bestuurd (dat wil zeggen in

hoofdzak bepaald) door andere, in het bijzonder commerciële, overwegingen. Daarom zouden de samenwerkende partners in beginsel geen activiteiten op de markt als onderdeel van de samenwerking mogen verrichten. De samenwerkingsovereenkomst mag met andere woorden geen activiteiten in houden die op de open markt worden aangeboden (noot: waar een dergelijke volledige uitsluiting om praktische redenen zou indruisen tegen het algemeen openbaar belang dat de samenwerking beheerst (bijvoorbeeld economisch redelijk gebruik van hulpbronnen) zou een strikt bijkomstige en marginale activiteit met entiteiten die niet aan de samenwerking deelnemen, kunnen worden aanvaard (bijvoorbeeld redelijk gebruik van toevallige reservecapaciteit).”

Conclusie interpretatie 20%-eis

Vanuit bovenstaande achtergrond geredeneerd is onze conclusie dat de 20% in lid 4 van artikel 12 beoogt te regelen dat wordt gewaarborgd dat de publieke horizontale samenwerking ook vooral publiek is en dat het niet de bedoeling is dat een publiek samenwerkingsverband ook met de openbare dienstenuitoefening op de particuliere/commerciële markt (teveel) gelden verdient. Om redenen van openbaar belang zou het verrichten van marginale activiteiten in samenwerking met entiteiten die niet aan de samenwerking deelnemen geoorloofd moeten zijn. Dit beoogt lid 4 tot op zekere hoogte te regelen.

Uit artikel 12 lid 5 van richtlijn 2014/24 blijkt dat het omzet vereiste van 20% concreet wordt berekend aan de hand van de gemiddelde totale omzet (of geschikte alternatieve maatstaf) zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht.

Zie voor meer informatie over horizontale samenwerking ook de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 71 e.v.

7. Wanneer wordt voldaan aan het merendeels / 80%-vereiste als voorwaarde voor toepassing van verticale samenwerking?

Meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon moet worden uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen (artikel 12 lid 1 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24a van de gewijzigde Aanbestedingswet). In dat geval wordt voldaan aan het merendeels-vereiste.

Berekening percentage van 80%

Lid 5 van artikel 12 geeft aan op welke wijze het percentage van 80% dient te worden bepaald. Het percentage wordt berekend op basis van de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken over de laatste

drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht. In het geval dat de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is, geeft artikel 12 lid 5 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24a lid 5 van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 de mogelijkheid om door middel van bedrijfsprognoses aan te tonen dat de berekening van de activiteit aannemelijk is. Dit biedt uitkomst wanneer die cijfers niet beschikbaar of niet relevant zijn in verband met de datum van oprichting of de aanvang van de bedrijfsactiviteiten van de gecontroleerde rechtspersoon of aanbestedende dienst, of in verband met een reorganisatie van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon.

Zie voor meer informatie over verticale samenwerking ook de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 68 e.v.

8. Indien bij verticale samenwerking sprake is van een Gemeenschappelijke Regeling (GR) die toezicht houdt op een werkmaatschappij die de dienst aan de opdrachtgevende aanbestedende dienst levert, moet voor het voldoen aan het omzet-vereiste dan gekeken worden naar de omzet van de totale GR of alleen naar de omzet van de individuele werkmaatschappij die de dienst levert?

Zoals blijkt uit artikel 12 lid 1 sub b van richtlijn 2014/24 gaat het om 80% van de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon aan wie de taken zijn toegewezen. Het gaat in een casuspositie als deze dus om de omzet van de rechtspersoon die de taken uitvoert en dus om de individuele werkmaatschappij.

Zie voor meer informatie over verticale samenwerking ook de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 68 e.v.

Alleenrecht

9. Gelden er inhoudelijke eisen (zoals openbaar belang) voor het verstrekken van een alleenrecht?

Ja, er gelden vanuit het aanbestedingsrecht inhoudelijke eisen voor het verstrekken van een alleenrecht waaraan voldaan moet worden bij toepassing van deze uitzonderingsgrond.

Bepaling alleenrecht (bijna) identiek aan voorganger

Het alleenrecht is in de aanbestedingsrichtlijn 2014/24 vastgelegd in artikel 11. Deze bepaling is bijna identiek aan het eerdere artikel 18 uit de richtlijn 2004/18. Alleenrechtvestiging tussen aanbestedende diensten en een beroep op niet toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn blijft, wanneer aan de voorwaarden voldaan wordt, onder de nieuwe richtlijn dus mogelijk. Doordat de bepaling bijna identiek is aan haar voorganger, kan voor de interpretatie van vraagstukken omtrent het alleenrecht nog gebruik gemaakt worden van bestaande aanvullende informatiebronnen, zoals bijvoorbeeld het werkdocument van de Europese Commissie over publieke samenwerking uit 2011.

Rechtvaardigingsgronden:

Uit het [werkdocument](#) van de Commissie (pagina 23 en 24) blijkt het volgende met betrekking tot alleenrechten:

'Het uitsluitend recht moet derhalve gerechtvaardigd zijn door een uitdrukkelijk in het Verdrag genoemde uitzondering (uitoefening van het openbaar gezag (artikel 51 VWEU (oud artikel 45 VEG)), openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid (artikel 52 VWEU (oud artikel 46 VEG)) of in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof, door dwingende redenen van algemeen belang, die geschikt moeten zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, niet verder mogen gaan dan wat ter bereiking van dat doel noodzakelijk is en in elk geval zonder discriminatie moeten worden toegepast.'

Een aanbestedende dienst zal in elk specifiek geval moeten beoordelen of een dergelijke rechtvaardiging wegens openbaar gezag, openbare orde, veiligheid of gezondheid of door dwingende redenen van algemeen belang mogelijk is.

Daarnaast gelden nog een aantal andere inhoudelijke vereisten voor de legitieme vestiging van alleenrechten, zie hierover ook het antwoord op vraag 9.

Zie voor meer informatie over alleenrecht ook de informatie onze [website](#), de [veelgestelde vragen aanbesteden hoofdstuk 3](#) en de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 72 en 73.

10. Wat is het verschil tussen horizontale samenwerking en een alleenrechtconstructie?

Horizontale samenwerking

Aanbestedingsrichtlijn 2014/24 codificeert de, in de jurisprudentie geformuleerde, cumulatieve vereisten voor horizontale samenwerking in artikel 12 lid 4:

- de opdracht tussen uitsluitend twee of meer aanbestedende diensten 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 activiteit voor hun rekening.

Alleenrecht

Alleenrecht is geregeld in artikel 11 van richtlijn 2014/24, en kan worden toegepast als aan de volgende vereisten is voldaan:

- een aanbestedende dienst gunt een opdracht voor diensten;
- **aan** een andere aanbestedende dienst;

- op basis van een uitsluitend recht;
- **dat** wettelijk of bestuursrechtelijk bekend is gemaakt;
- en waarvan de bepalingen in overeenstemming zijn met het VWEU.

Vershil

Bij horizontale samenwerking gaat het uitdrukkelijk om een *samenwerkings*constructie (gekenmerkt door deelname en wederzijdse verplichtingen van de contractpartners) tussen twee aanbestedende diensten. Bij het verlenen van een alleenrecht geef je één specifieke aanbestedende dienst het exclusieve recht om de opdracht uit te voeren. Bovendien moet deze opdracht voor het verlenen van een alleenrecht gebaseerd zijn op een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die niet in strijd is met verdragsbeginselen. Bij horizontale samenwerking hoeft de opdracht niet expliciet gebaseerd te zijn op een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die niet in strijd is met de verdragsbeginselen

Deze verdragsbeginselen behelzen: non-discriminatie, transparantie, evenredigheid, wederzijdse erkenning en de bescherming van rechten van particulieren.

Bij horizontale samenwerking is het doel dus om daadwerkelijk samenwerking te realiseren door deelname en wederzijdse verplichtingen van de contractpartners. Bij het alleenrecht is het doel voornamelijk om specifieke opdrachten voor diensten alleen aan de aanbestedende dienst die het alleenrecht geniet te gunnen.

Voor voorbeelden over de uitzonderingsronden van horizontale samenwerking en het alleenrecht ook de [handreiking](#) publiek-publieke samenwerking van de VNG.

Praktijkvoorbeelden samenwerken

11. Kunnen alle uitzonderingsgronden voor publieke samenwerking worden toegepast voor de uitvoering van bedrijfsvoeringstaken (PIOFACH)?

In sommige gevallen is samenwerking met een beroep op de uitzonderingsgronden van verticale samenwerking op het gebied van bedrijfsvoering mogelijk. Echter, niet alle samenwerkingsconstructies die zich in de decentrale praktijk voordoen kunnen zonder meer toegepast worden met een beroep op deze uitzonderingen, wanneer het gaat om samenwerking op het gebied van bedrijfsvoering.

Aard van de werkzaamheden en algemeen belang

Voor verdere beantwoording van deze vraag dient eerst naar de aard van de werkzaamheden te worden gekeken. Bedrijfsvoering is bij sommige overheden ondergebracht bij een aparte bedrijfsvoeringorganisatie en/of entiteit die belast is met de uitvoerende taken voor de diverse aangesloten overheden op het gebied van personeel, informatievoorziening, organisatie, financiën, administratie, communicatie en huisvesting (zogenaamde PIOFACH taken). Dergelijke bedrijfsvoeringstaken betreffen in de regel geen taken van algemeen of openbaar belang.

Horizontale samenwerking:

Een constructie waarbij gebruik kan worden gemaakt van de uitzonderingen van horizontale samenwerking (artikel 12 lid 4 van richtlijn 2014/24) zal voor deze taken dus niet gauw mogelijk zijn, omdat hiervoor vereist is dat de invulling van de samenwerking 'uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang'.

Alleenrecht:

Ook het vestigen van een alleenrecht (artikel 11 van richtlijn 2014/24) voor de uitvoering van deze taken zal in de praktijk lastig zijn. Het uitsluitend recht moet namelijk gerechtvaardigd zijn door een, eerder in vraag 8 genoemde, uitdrukkelijk in het VWEU genoemde uitzondering (uitoefening van het openbaar gezag (artikel 51 VWEU), openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid (artikel 52 VWEU) of in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof, door dwingende redenen van algemeen belang, etc. Voor PIOFACH taken zal dit vaak niet opgaan omdat bedrijfsvoeringstaken over het algemeen geen taken zijn die betrekking hebben op de uitoefening van openbaar gezag, openbare orde, openbare veiligheid, openbare gezondheid of een dwingende reden hebben van algemeen belang.

Verticale samenwerking:

Verticale samenwerking met betrekking tot bedrijfsvoeringstaken is onder omstandigheden wel mogelijk, indien voldaan wordt aan de voorwaarden voor deze samenwerkingsconstructie (artikel 12 lid 1 van richtlijn 2014/24). Voor deze vorm van samenwerking geldt namelijk niet dat het moet gaan om taken van algemeen of openbaar belang.

Let op Markt en overheid

Voor alle voorbeelden van publieke samenwerking geldt dat aan de kant van de ondernemende overheid te allen tijde rekening moet worden gehouden met de eventuele toepassing van de Gedragsregels markt en overheid. Zie voor meer informatie hierover ook vraag 2 van deze FAQ.

Zie voor meer informatie en praktijkvoorbeelden van verticale publieke samenwerking met toepassing van de uitzonderingsgronden ook de [handreiking](#) Publiek-publieke samenwerking van de VNG.

12. Kan een overheid personeel inhuren van een andere overheid en zich daarbij beroepen op publieke samenwerking? Is het bijvoorbeeld mogelijk om een medewerker te detacheren bij een andere gemeente via horizontale samenwerking?

Allereerst dient uw gemeente te bepalen of in dit geval sprake is van een [overheidsopdracht](#). Indien er geen sprake is van een overheidsopdracht dan kan er ook geen sprake zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht. Vervolgens is het van belang om te bepalen om wat voor soort inhuur van personeel het gaat. Bij overheidsopdrachten voor diensten betreffende arbeidsovereenkomsten is de aanbestedingsrichtlijn bijvoorbeeld niet van toepassing (artikel 10 sub g richtlijn 2014/24).

Bij detachingsconstructies zal een aanbestedende dienst zich moeten af vragen of sprake is van het aangaan van een schriftelijke overeenkomst voor het verrichten van diensten tussen de gemeente (aan bestedende dienst) en de gedetacheerde (ondernemer) onder bezwarende titel. Zie voor meer informatie over deze vraag ook onze [praktijkvraag](#) over detachering.

Als sprake is van een overheidsopdracht was het onder het aanbestedingsregime van richtlijn 2004/18 vervolgens van belang of sprake was van een IIA- of IIB-dienst. Dit is afhankelijk van de aard van de opdracht oftewel van het type diensten dat u inhuurt. Over dit onderwerp is in het verleden ook een [IOEA-nieuwsbrief \(nr. 16\)](#) verschenen die weliswaar verouderd, maar op onderdelen nog steeds bruikbaar is.

Onder de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen komt het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten te vervallen. Meer informatie hierover vindt u onze [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen 2014' en in deze FAQ in vraag 22 e.v. En daarnaast verwijzen we u naar onze [praktijkvraag](#) over wat er gaat veranderen voor opdrachten voor de inhuur van personeel onder de nieuwe aanbestedingsrichtlijn.

Onder de aanbestedingsrichtlijn 2014/24 zal voor een detachingsconstructie dus alsnog bepaald moeten worden of sprake is van een overheidsopdracht (schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel). Als dit niet het geval is dan is het aanbestedingsrecht niet van toepassing. In het geval dat het wel een overheidsopdracht is dan dient de opdracht te worden aanbesteed. De aanbestedende dienst zou dan gebruik kunnen maken van de uitzonderingsgronden voor publieke samenwerking, als aan de specifieke voorwaarden wordt voldaan:

- Voor toepassing van verticale samenwerking moet voldaan worden aan de voorwaarden zoals omschreven in artikel 12 lid 1 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24a van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Zie voor een nadere toelichting op deze vereisten de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 68 e.v.
- De voorwaarden voor horizontale samenwerking zijn gecodificeerd in artikel 12 lid 4 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24c van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Zie voor een

nadere toelichting op deze vereisten de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 71 e.v.

- En voor de vestiging van een alleenrecht moet voldaan worden aan de vereisten zoals omschreven in artikel 11 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24 onderdeel a van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Zie voor een nadere toelichting op deze vereisten de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 72 e.v.

13. Kun je bij publieke uitzonderingsgronden ook denken aan samenwerking van een gemeente met een SW bedrijf?

Ja, een aanbestedende dienst kan de opdracht onder voorwaarden voorbehouden aan een SW bedrijf. Dit voorbehoud en de voorwaarden waaronder hiervan gebruik gemaakt kan worden zijn omschreven in artikel 11 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.82 van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Zie voor een nadere toelichting op deze vereisten de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 53 en 73 e.v.

Daarnaast kan, afhankelijk van de wijze waarop een SW bedrijf is ingericht, gebruik worden gemaakt van verschillende publieke samenwerkingsvormen, namelijk horizontale of verticale samenwerking of het vestigen van een alleenrecht.

Toetsen vereisten samenwerkingsconstructie

De aanbestedende dienst moet in elk specifiek geval toetsen of de samenwerking met het SW bedrijf voldoet aan de vereisten voor de samenwerkingsconstructie die zij wensen toe te passen.

Voor verticale samenwerking moet voldaan worden aan de voorwaarden zoals omschreven in artikel 12 lid 1 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24a van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Zie voor een nadere toelichting op deze vereisten de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 68 e.v.

De voorwaarden voor horizontale samenwerking zijn gecodificeerd in artikel 12 lid 4 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24c van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Zie voor een nadere toelichting op deze vereisten de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 71 e.v.

Voor de vestiging van een alleenrecht moet voldaan worden aan de vereisten zoals omschreven in artikel 11 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.24 onderdeel a van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Zie voor een nadere toelichting op deze vereisten de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 72 e.v.

Publieke samenwerking specifieke vragen

14. Is opwaarts en zijwaarts inbesteden mogelijk op grond van artikel 12 lid 2 van richtlijn 2014/24, indien er sprake is van meerdere toezichthoudende aanbestedende diensten? En wat betekent dit voor de praktijk van verticale samenwerking bij bijvoorbeeld provinciale of gemeentelijke shared service centres?

Artikel 12 lid 2 van richtlijn 2014/24 bepaalt dat de verticale samenwerkingsuitzondering op de toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijnen ook geldt voor opdrachten die worden gegund door een dochterentiteit aan 'zijn aanbestedende dienst of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd'. Dit wordt ook wel de mogelijkheid van 'opwaarts' respectievelijk 'zijwaarts' inbesteden genoemd.

Uit het tweede lid blijkt dat de gecontroleerde rechtspersoon die door één aanbestedende dienst wordt gecontroleerd, een opdracht ook opwaarts mag gunnen aan die aanbestedende dienst. De vraag is echter of dit ook mogelijk is als er sprake is van meer dan één controlerende aanbestedende dienst en dus de gecontroleerde rechtspersoon (de 'dochter') de opdracht opwaarts wil kunnen inbesteden bij bijvoorbeeld een 'zuster' (die wel controle uitoefent op de dochter maar niet die ene aanbestedende controlerende aanbestedende dienst is) van de moederonderneming.

De nieuwe Aanbestedingsrichtlijnen en de considerans hierbij geven geen duidelijk antwoord op de vraag of opwaarts inbesteden niet ook bij andere controlerende moederentiteiten mogelijk is. Ook het ministerie van Economische Zaken heeft aangegeven hier geen sluitend antwoord op te kunnen verschaffen.

Uit een [non-paper](#) van de Europese Commissie uit 2012 (pagina 33 en 34) wordt wel meer duidelijk over de achtergrond van de codificatie van het opwaarts en zijwaarts inbesteden. Volgens de Commissie zijn de partijen (aangebestedende dienst en gecontroleerde rechtspersoon) niet onafhankelijk van elkaar. '*Therefore, agreements between the controlling and the controlled entities are, in fine, within the same group*', aldus de Commissie. Hieruit lijkt te kunnen worden opgemaakt dat opwaarts inbesteden niet is beperkt tot situaties waarbij sprake is van één aanbestedende dienst ('zijn aanbestedende dienst'), maar dat de bedoeling van deze bepaling is geweest om in gevallen waarin sprake is van een gezagsverhouding waarin sprake is van een gecontroleerde en controlerende entiteiten ook een opwaartse inbesteding mogelijk te maken.

B) Concessies:

15. Wat zijn volgens de Europese concessierichtlijn 2014/23 de voorwaarden voor het verlenen van een onder die richtlijn (en straks onder deel 2A van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012) vallende concessie?

Een concessieovereenkomst voor werken en een concessie voor diensten worden in de richtlijn 2014/23 apart gedefinieerd. De definitie wijkt niet veel af van de bestaande concessiebegrippen in de richtlijnen en Aanbestedingswet. De concessierichtlijn 2014/23 verduidelijkt daarbij vooral het essentiële begrip exploitatierecht/ operationeel risico. Daarnaast tracht de richtlijn nadere verduidelijking te geven over bijvoorbeeld het onderscheid tussen het uitsluitende exploitatierecht en andersoortige rechtsverhoudingen waarin bijvoorbeeld overheden met ondernemers afspraken maken. Denk hierbij aan met situaties van vergunningverlening, subsidiëring Zie over dit laatste ook verder vraag 20 van deze FAQ en pag. 86 van de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen

Belangrijkste elementen verlenen concessies

De belangrijkste elementen voor het verlenen van een concessie betreffen:

- het moet gaan om een concessie voor werken of een concessie voor diensten (of een gemengde overeenkomst);
- waarbij één of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties;
- werken laten uitvoeren of de verrichting van diensten (niet zijnde eerder bedoelde werkenconcessies) laten uitvoeren;
- door één of meer ondernemers;
- en waarbij de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk dat het voorwerp van de overeenkomst vormt/ de diensten die het voorwerp van het contract vormen, te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.

Aanbestedende instanties

Met betrekking tot het begrip aanbestedende instanties is het relevant te wijzen op de begripsomschrijving in artikel 7 van de concessierichtlijn 2014/23. Aanbestedende instanties zijn, kort gezegd, speciale sectorbedrijven en overheidsondernemingen (zie lid 4 van artikel 7 richtlijn 2014/23). Dit artikel is niet geïmplementeerd in het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet).

Ondernemer

Met betrekking tot het begrip ondernemer (artikel 5 lid 2 richtlijn 2014/23, zie artikel 1.1 van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet) is relevant te melden dat dit een ruim begrip is. Elke natuurlijke of rechtspersoon of elk openbaar lichaam of combinatie hiervan, waaronder samenwerkingsverbanden, die werken, levering van producten of verrichten van diensten op de markt aanbiedt, kan hieronder vallen. Ook een privaatrechtelijke of publiekrechtelijke rechtspersoon (dus ook een overheid zelf die werken, leveringen of diensten op een markt aanbiedt) kan dus een ondernemer zijn en dus middels concessieverlening concessiehouder zijn. Het is voor overheden van belang te beseffen dat zij zowel als concessieverlener of als concessiehouder kunnen optreden.

Operationeel risico

Met betrekking tot het vereiste van het exploiteren van het werk of de dienst is het van belang te wijzen op het essentiële begrip van operationeel risico. Dit wordt beschreven in het laatste deel van lid 1 van artikel 5 van richtlijn 2014/23. Het operationele risico moet overgaan bij het vergeven van het exploitatierecht. Het gaat er hierbij om dat het risico voor de exploitatie ook echt over wordt gedragen van concessieverlener aan concessiehouder. Ook moet de concessiehouder het risico op zich nemen dat hij gedane investeringen en de met de exploitatie gepaard gaande kosten onder normale exploitatieomstandigheden niet zal terugverdienen. Hij moet daadwerkelijk worden blootgesteld aan de grillen van de markt. Vanuit de concessieverlener kan er dus geen garantie of back-up structuur worden afgesproken dat de concessiehouder altijd kan terugvallen op concessieverlener, mochten zich inderdaad bepaalde risico's voordoen.

Zie voor meer informatie over deze begrippen ook pag. 87 e.v. van de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

16. Komt er ook een nieuw concessieregime onder de drempel? Of hoeft een decentrale overheid voor een concessie met een waarde onder de drempel niet de concessierichtlijn toe te passen?

Artikel 1.7 van het voorstel voor de gewijzigde Aanbestedingswet (Aw) bepaalt in het verlengde van het huidige artikel 1.7 Aw dat de bepalingen in afdeling 1.2.2. van de Aw (dit zijn artikelen 1.7 t/m 1.10b; over beginselen bij Europese aanbestedingen) kortgezegd gelden voor aanbestedende diensten bij:

- a) het plaatsen van een concessieopdracht die onder deel 2a van de wet valt;
- b) het plaatsen van een concessieopdracht met een duidelijk grensoverschrijdend belang die alleen op grond van de artikelen 2a.1 t/m 3 niet onder het toepassingsbereik van deel 2a valt.

Dit artikel gaat dus over de toepassing van de Europese aanbestedingsbeginselen bij concessies boven de drempel (deel 2a van de wet) en concessieopdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Hoofdstuk 2a van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet geldt dus straks voor concessies boven de drempel.

Artikel 1.11 van het wetsvoorstel voor de gewijzigde Aanbestedingswet bepaalt in het verlengde van het huidige artikel 1.11 Aw dat de bepalingen in afdeling 1.2.3. (dit zijn artikelen 1.11 t/m 1.13; over uitgangspunten bij nationaal aanbesteden) van de Aw gelden voor aanbestedende diensten waarop artikel 1.7 niet van toepassing is en die, voordat ze een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel sluiten tot het verrichten van werken, leveringen, diensten m.b.t. die overeenkomst een aankondiging uit eigen beweging hebben bekend gemaakt.

Dit artikel ziet op de situatie dat er geen sprake is van een Europese aanbestedingsplicht maar een aanbestedende dienst ervoor kiest uit eigen beweging een nationale aanbestedingsprocedure te organiseren. Dit zou het geval kunnen zijn bij een concessieopdracht onder de drempel.

Tot slot is artikel 1.17 van het wetsvoorstel voor de gewijzigde Aanbestedingswet in het verlengde van het huidige artikel 1.17 van de Aw bij beantwoording van deze vraag van belang. Dit artikel geeft aan dat de bepalingen uit artikelen 1.17 t/m 1.21a van de wet (over administratieve voorschriften bij aanbesteden) van toepassing zijn bij concessies onder de drempel.

Dit betekent in ieder geval dat voor concessies onder de drempel (en evt. ook concessies onder drempel maar met grensoverschrijdend belang want hierop zijn namelijk de administratieve voorschriften van deel 2 van de wet ten aanzien van bekendmaking en vragen inlichtingen en bewijsstukken niet van toepassing) geldt dat:

- dergelijke nationale concessieopdrachten via TenderNed worden aangekondigd (zie verder artikel 1.18),
- een model eigen verklaring kan worden gebruikt (artikel 1.19),
- de gedragsverklaring aanbesteden (zie verder artikel 1.20) kan worden gebruikt
- de aanbestedingsstukken kosteloos ter beschikking worden gesteld (artikel 1.21)
- en de inschrijvers moeten worden verzocht bij hun inschrijving aan te geven of rekening is gehouden met verplichtingen op het gebied van het milieu, sociaal en arbeidsrecht (artikel 1.21a).

Zowel op basis van het nieuwe hoofdstuk 2a in de wet (voor Europese aanbesteding van concessies) als op basis van bovenstaande bepalingen in de Aw voor concessies onder de drempel kan worden geconcludeerd dat geen uitgebreide procedurevoorschriften worden gegeven voor de aanbesteding van concessies. Niet voor concessies boven de drempel maar ook niet voor concessies onder de drempel. Mogelijk zal de Gids proportionaliteit, die momenteel wordt herschreven, nog enkele concrete bepalingen bevatten aangaande concessies, maar hiervoor zijn nog geen indicaties op dit moment. Ook het ARW wordt momenteel herschreven; hierin zijn momenteel ook een aantal bepalingen opgenomen aangaande concessieopdrachten voor werken voor onder de drempel. Zie hierover verder ook vraag 33 van deze FAQ.

17. Zijn er verschillen in drempelwaarde en aanbestedingsprocedure voor concessies voor diensten en concessies voor sociale en andere specifieke diensten en welke procedurevoorschriften gelden er voor laatstbedoelde concessies in richtlijn 2014/23?

Ja, er zijn verschillende drempelwaarden. De drempelwaarde voor concessies voor diensten en werken is vastgesteld op 5.225.000 euro exclusief BTW. Zie hierover artikel 8 van richtlijn 2014/23, artikel 2a.2 van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet en pag. 99 e.v. van de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

Artikel 8 van richtlijn 2014/23 geeft aan dat de concessierichtlijn van toepassing is op concessies waarvan de waarde gelijk is aan of groter is dan 5.225.000 euro. Op basis hiervan, en op basis van overweging 53 bij richtlijn 2014/23 die stelt dat 'Het invoeren van een verplichting tot publicatie van

een vooraankondiging en een aankondiging van gegunde overeenkomst voor elke concessie met een waarde gelijk aan of groter dan de in deze richtlijn (dus 2014/23) vastgestelde drempel is een toereikende methode om informatie te verstrekken etc.”, moet worden aangenomen dat deze drempel van 5.225.000 euro ook gehanteerd moet worden voor concessies voor sociale en andere specifieke diensten. Dit in tegenstelling tot de drempel van 750.000 euro exclusief BTW die voor sociale en andere specifieke diensten geldt onder de ‘klassieke’ sectoren richtlijn 2014/24 (artikel 4 sub d; zie wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet artikel 2.6a en 2.7 lid 1).

Procedurevoorschriften voor concessies voor sociale en andere specifieke diensten.

Er valt onder andere op te merken dat in artikel 19 richtlijn 2014/23 (artikel 2a.29 wetsvoorstel) bepaald wordt dat voor concessies voor sociale en andere specifieke diensten als bedoeld op bijlage IV bij de richtlijn en die binnen het toepassingsgebied van deze richtlijn vallen (dus dat betekent ook boven de drempelwaarde), uitsluitend verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 31 lid 3, 32, 46 en 47 van richtlijn 2014/23 van toepassing zijn. Overwegingen 53 en 54 bij richtlijn 2014/23 stellen ‘dat het passend van de volledige toepassing van de concessierichtlijn uit te sluiten enkel die diensten die beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben’, zoals sociale en andere specifieke diensten zoals bedoeld op bijlage IV bij de richtlijn.

Ook valt op te merken dat artikel 20 lid 1 van richtlijn 2014/23 stelt dat er een samenloopregeling voor gemengde overeenkomsten is, die ten dele bestaat uit sociale en andere bijzondere diensten als genoemd in bijlage IV en ten dele uit andere diensten. Het hoofdvoorwerp wordt bepaald volgens welke geraamde waarde van de desbetreffende diensten de hoogste is. Zie hierover ook artikel 2a.4 van het wetsvoorstel.

Verder geldt volgens artikel 31 lid 3 richtlijn 2014/23 (2a.33 lid 2 wetsvoorstel) dat er voor diensten als bedoeld in bijlage IV een plicht is tot publicatie van een vooraankondiging. Ingevolge artikel 32 (2a.52 wetsvoorstel) bestaat er een verplichting tot aankondiging van gegunde overeenkomst.

Artikelen 46 en 47 van de concessierichtlijn zien met name op de koppeling met de rechtsbeschermingsrichtlijnen. Zie voor meer informatie over drempelwaarde en procedurele voorschriften bij concessies voor sociale en andere specifieke diensten ook pag. 99 e.v. van de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

Zie voor wat betreft de vraag tussen mogelijke overlap van een concessieovereenkomst voor sociale en andere specifieke diensten en een subsidieovereenkomst voor sociale en andere specifieke diensten vooral de uitleg over de uitzonderingsgrond dat subsidies geen concessie in de zin van richtlijn 2014/23 betreffen op pagina 86 van de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

18. Hoe vindt de berekening van de waarde van de concessie plaats en zijn er ook eisen ten aanzien van de looptijd van een concessie?

Zie hierover ook de informatie in de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen op pagina 99 (paragraaf 5.5) over waarde berekening alsmede pag. 101 over de duur en looptijd van een concessie (paragraaf 5.8).

19. Welke praktijkvoorbeelden van concessieopdrachten zijn er in de wereld van decentrale overheden?

Onder toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen 2004/18 en 2004/17 zijn er bij decentrale overheden in de dienstensfeer een beperkt aantal voorbeelden van dienstenconcessies te vinden. Raadpleging via TenderNed toont voorbeelden van dienstenconcessies voor laadpalen, beheer van sportaccommodaties en multifunctionele accommodaties (MFA's), reclamediensten (bushokjes, inrichting openbare ruimte, masten), breedband, zonnepanelen en openbare verlichting. Concessieovereenkomsten voor (exploitatie van te bouwen) werken komen vaker voor in de decentrale praktijk. Klassieke voorbeelden in dit kader zijn concessies op het gebied van wegenonderhoud, parkeergarages en recreatievoorzieningen.

Voor ieder potentieel voorbeeld voor het kwalificeren als een concessieovereenkomst geldt dat het onder andere moet gaan om het vergeven van een exploitatierecht voor werken of diensten door een aanbestedende dienst of instantie aan een ondernemer. Soms kan er ook sprake zijn van een combinatie van een werkenconcessie met een dienstenconcessie, bijvoorbeeld in het geval van het bouwen en exploiteren van bepaalde diensten van een te realiseren Multifunctionele Accommodatie (MFA). Voor dergelijke situaties geeft de concessierichtlijn 2014/23 in artikel 20 (en artikel 2a.4 van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet) ook een separate samenloopregeling (gemengde overeenkomsten). De concessierichtlijn kent overigens – evenals richtlijn 2004/18 - geen regime voor concessieovereenkomsten voor leveringen.

Voor ieder denkbaar praktijkvoorbeeld moet worden nagegaan of de uiteindelijke overeenkomst in het specifieke geval kwalificeert als een concessie. Voorbeelden van vragen over het feit of een overeenkomst een concessieovereenkomst betreft zijn: de exploitatie van crematoria, veerpontjes, opbouw van strandpaviljoenen, ziektekostenverzekeringen, (jeugd)zorg, oud papier en textiel inzameling, afvalverwerking, exploitatie van catering voor personeel en exploitatie van fietsenstallingen.

Voor het bepalen of in al deze potentiële voorbeelden inderdaad sprake kan zijn van een concessieovereenkomst dient – naast toetsing aan de algemene voorwaarden voor het aannemen van een concessie, zie hierover ook vraag 1 en 7 van deze concessie FAQ- onder meer rekening gehouden te worden met diverse uitzonderingsbepalingen. Geen concessieovereenkomst zijn bijvoorbeeld vergunningen, subsidies, klantkeuzesystemen, overeenkomsten met betrekking tot

gebruik van publiek onroerend goed en bepaalde uitgezonderde concessies (bijvoorbeeld op basis van uitsluitend recht gegund, in lucht- of openbaar-personenvervoer, ten aanzien van verwerving of huur van grond en gebouwen en bijv. ten aanzien van het aanbieden van openbare communicatienetten of in de watersector). Zie voor meer informatie ook de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 85 e.v.

20. Is er sprake van overlap tussen het vraagstuk van schaarse vergunningen en bijvoorbeeld dienstenconcessieverlening, denk aan exploitatievergunningen voor horeca-doeleinden of bijvoorbeeld de weekmarkt-kramen?

Een concessie is **niet**: een machtiging of vergunning waarbij de lidstaat/overheid de voorwaarden voor de uitoefening van een economische activiteit vaststelt, waaronder een voorwaarde om een bepaalde verrichting uit te voeren die normaal op verzoek van een onderneming en niet op initiatief van een aanbestedende dienst wordt verleend en waar het de ondernemer vrij staat zich uit de uitvoering van het werk of de dienst terug te trekken. Dergelijke machtigingen/vergunningen zijn niet juridisch afdwingbaar, dit in tegenstelling tot concessieovereenkomsten waarin wederzijdse rechten en plichten staan en specifiek door de aanbestedende diensten gedefinieerde eisen zijn opgelegd die afdwingbaar zijn.

Ten aanzien van de vraag naar het onderscheid tussen de problematiek van het uitgeven van schaarse vergunningen en het verlenen van een concessie, is van belang dat bij het verlenen van schaarse vergunningen vanuit de optiek van vrij verkeer van diensten niet te beperkt omgegaan mag worden met de mogelijkheid voor dienstverrichters om bepaalde activiteiten te kunnen verrichten. Zie hierover ook het [webdossier](#) van Europa decentraal over schaarse vergunningen.

Uit deze webinformatie blijkt onder meer dat de Dienstenrichtlijn een regeling geeft voor selectie van dienstverrichters in het geval van schaarse vergunningen. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de vergunning voor de organisatie van een gemeentelijke warenmarkt. Een aanbestedingsprocedure kan een instrument zijn om schaarse vergunningen onder dienstverrichters te verlenen. Dit betekent niet dat hiervoor een concessieovereenkomst moet worden gesloten. Vanuit de concessierichtlijn (2014/23) bezien kan hieraan nog worden toegevoegd dat deze richtlijn bepaalt dat een vergunning waarbij de overheid voorwaarden stelt voor de uitoefening van economische activiteit – dit zou in de praktijk ook een schaarse vergunning kunnen betreffen- geen concessie betreft.

21. Wezenlijke wijziging en concessies:

a. Als een concessie overeenkomst bijvoorbeeld is aangegaan voor 3 jaar en de overeenkomst wordt na 1,5 jaar ontbonden, is dit dan een wezenlijke wijziging of niet?

b. Zijn de voorwaarden voor wezenlijke wijzigingen bij concessies anders dan in de normale aanbestedingsprocedure?

c. Onder de klassieke richtlijn 2004/18 bestaat in artikel 31 lid 4 sub a een mogelijkheid voor het voeren van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking voor aanvullende werken/diensten waarbij een eis van 50% wordt gehanteerd. Wordt deze eis minder in de nieuwe Europese richtlijnen? Zie ook de nu in de klassieke richtlijn 2014/24 opgenomen eis (artikel 72 lid 2 inzake wezenlijke wijziging) van 15% waardewijziging voor werken en 10% voor leveringen/diensten? Hoe is dat in de concessierichtlijn geregeld?

a. Ontbinding overeenkomst een wezenlijke wijziging?

In de regel zal er, als er door een aanbestedende dienst wordt ingegrepen in een reeds afgesloten concessieovereenkomst en bijvoorbeeld om redenen van wanprestatie wordt overgegaan tot ontbinding van het contract (het contractenrecht is dan verder van toepassing), geen sprake zijn van het wezenlijke wijzigingsvraagstuk. In de concessierichtlijn 2014/23, artikel 44 wordt wel een regeling geïntroduceerd voor de beëindiging van concessies gedurende de looptijd. Deze regeling wordt verder geïmplementeerd via artikel 2.163g van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Zie hierover ook pagina 98 en 99 van de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

b. Verschillen wezenlijke wijziging bij concessies en klassieke overheidsopdrachten?

Nee, de voorwaarden voor wezenlijke wijzigingen bij concessies wijken niet veel van de voorwaarden in de normale aanbestedingsprocedure af. In de klassieke richtlijn 2014/24 wordt de wezenlijke wijziging van overheidsopdrachten beschreven in artikel 72. In de concessierichtlijn 2014/23 wordt de wezenlijke wijziging van concessies beschreven in artikel 43. Slechts op onderdelen vinden lichte nuanceringen plaats, zie daarover ook onder meer de volgende vraag. Zie ook verder de pagina's 45 e.v. en 98 e.v. van de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

c. Aanvullende werken/diensten en de 50%-eis

De bepaling voor aanvullende werken/diensten uit artikel 31 lid 4 sub a richtlijn 2004/18 komt niet terug in richtlijn 2014/24. Wel kent richtlijn 2014/24 in artikel 32 lid 5 de mogelijkheid voor het voeren van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking voor herhalingsdiensten voor werken en diensten (zie artikel 31 lid 4 sub b van richtlijn 2004/18). Hierbij geldt echter geen 50%-eis. Zie ook wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012 artikel 2.36. De concessierichtlijn 2014/23 kent geen vergelijkbare bepaling voor herhalingsconcessies maar bepaalt in artikel 43 lid 1 sub b wel dat concessies zonder een nieuwe concessiegunningsprocedure kunnen worden gewijzigd voor door de concessiehouder te verrichten aanvullende werken of diensten die noodzakelijk zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke concessie waren opgenomen onder een tweetal voorwaarden. In één van die voorwaarden wordt wel gesproken over geen hogere waardevermeerdering dan 50%.

Voor wat betreft de regeling inzake wezenlijke wijziging in artikel 72 van richtlijn 2014/24 en de daarin genoemde percentages van 10% en 15% valt in richtlijn 2014/23 inzake (wezenlijke) wijzigingen van concessieovereenkomsten (artikel 43) op dat in lid 2 alleen wordt gesproken over een percentage van 10% van de waarde van de oorspronkelijke concessie. Voor werkenconcessies ligt hierbij het percentage dus lager (10%) dan voor werkenopdrachten onder richtlijn 2014/24 (15%). Zie artikel 2a.53 sub c van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet.

C) Overige veelgestelde vragen

Het nieuwe regime voor sociale en andere specifieke diensten

22. Wat gaat er veranderen in de aanbestedingsprocedures wegens het vervallen van het huidige IIB-diensten-regime?

Onder de Europese aanbestedingsrichtlijn 2004/18 bestaat 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. Dit lichtere aanbestedingsregime houdt in dat de enige verplichtingen die gelden betreffen dat er gebruik moet worden gemaakt van niet-discriminerende technische specificaties en dat achteraf aan de Europese Commissie een resultaat van gunning moet worden bekendgemaakt. Dit onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten wordt in de nieuwe richtlijnen afgeschaft.

Sociale en andere specifieke diensten

De Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24 creëren echter wel een nieuwe categorie diensten, namelijk de 'sociale en andere specifieke diensten' met een bijbehorend aanbestedingsregime. De categorisering en de aanbestedingsprocedures voor sociale en andere specifieke diensten komen niet volledig overeen met de huidige categorie IIB-diensten. PIANOo heeft [een overzicht](#) uitgebracht waarin kan worden gezocht of een specifieke CPV code voor diensten onder het IIB-regime valt. En of dezelfde dienst ook onder het nieuwe regime voor sociale en andere specifieke diensten wordt geschaard.

Drempelwaarde:

De drempelwaarde voor 'sociale en andere specifieke diensten' is vastgesteld op 750.000 euro exclusief BTW. Bovendien dienen deze contracten, anders dan de voormalige IIB-diensten, via een (aanbestedings)procedure met een aankondiging of vooraankondiging bekend te worden gemaakt. In het wetsvoorstel voor de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 wordt in artikel 2.38 deze procedure verder beschreven en geïmplementeerd in Nederland.

Meer informatie over het aanbestedingsregime voor de nieuwe sociale en andere specifieke diensten kunt u vinden in onze [notitie](#) over de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen, pagina 15 e.v.

23. Mogen gemeenten gebruik blijven maken van het concept bestuurlijk aanbesteden onder het regime van sociale en andere specifieke diensten?

Bestuurlijk aanbesteden is een concept dat via de particuliere adviesmarkt is ontstaan voor de aanbesteding van met name Wmo-diensten. Het concept is niet in de wetvoorstel voor het wijzigen van de Aanbestedingswet 2012 of in de Europese aanbestedingsrichtlijnen opgenomen als een wettelijk en officieel erkende aanbestedingsprocedure. Voor meer achtergrondinformatie over het concept bestuurlijk aanbesteden kunt u ook terecht op [onze website](#).

Bestuurlijk aanbesteden en IIB-diensten

Gemeenten gebruiken dit concept van bestuurlijk aanbesteden vooral voor de aanbesteding van de huidige IIB-diensten. De wenselijkheid van het gebruik van deze aanbestedingsvorm door de gemeenten onder de voormalige richtlijn 2004/18 en onder de nieuwe richtlijn 2014/24 is aan de beoordeling van gemeenten zelf. Voor zowel het IIB-diensten regime als voor het nieuwe regime van sociale en andere specifieke diensten dienen gemeenten zich te houden aan de basisbeginselen van transparantie en gelijke behandeling. Daarnaast moeten zij in ieder geval vooraf een aankondiging doen.

Meer informatie over het gebruik van het concept van bestuurlijk aanbesteden onder het nieuwe regime voor sociale en andere specifieke diensten kunt u vinden in de [factsheet](#) van Europa decentraal in samenwerking met de VNG over de gevolgen van inkoop jeugd en WMO onder de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, alsmede onder bovengenoemde webpagina.

24. Moet de huidige aanbestedingsprocedure voor IIB-diensten (2004/18) of de nieuwe procedure voor sociale en andere specifieke diensten (2014/24) gevolgd worden nadat de implementatiedeadline voor de nieuwe aanbestedingswet is verstreken?

Bij de kamerbehandeling van het wetsvoorstel op 9 maart werd duidelijk dat inwerkingtreding van de Aanbestedingswet niet per 18 april 2016 maar waarschijnlijk pas per 1 juli 2016 aan de orde zal zijn. Het ministerie van EZ heeft over de gevolgen hiervan, en dan meer specifiek over de toepassing van het nieuwe regime voor sociale en andere specifieke diensten, op 14 maart 2016 een [nieuwsbericht](#) uitgebracht via de website van PIANOo.

De vraag of decentrale overheden per 18 april 2016 de Aanbestedingswet 2012 moeten blijven toepassen of de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen al moeten toepassen raakt het vraagstuk over de rechtstreekse werking van Europese richtlijnen. Krijgen de nieuwe bepalingen over 'sociale en andere specifieke diensten' de status van rechtstreeks werkend? Het ministerie van EZ geeft in bovenstaand nieuwsbericht aan dat het onderdeel sociale en andere specifieke diensten

rechtstreekse werking heeft en aanbestedende diensten daarom vanaf 18 april het nieuwe regime zullen moeten toepassen. Zie over rechtstreekse werking ook vragen 37 e.v. van deze FAQ.

Ook de [Vierde Nota van Wijzigingen](#) (NvW) bij het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012 implementeert een oplossing waarmee sociale en andere specifieke diensten per 18 april 2016 toch toegepast moeten worden. Concreet betekent dit volgens de NvW 'dat een aanbestedende dienst vanaf 18 april 2016 een procedure voor sociale en andere specifieke diensten volgens artikel 2.38 van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet kan of moet volgen. Dat is het geval indien het een overheidsopdracht betreft waarop onder de huidige Aanbestedingswet de procedure voor IIB-diensten van toepassing is of kan zijn en onder het wetsvoorstel de procedure voor sociale en andere specifieke diensten'.

25. Mogen opdrachten worden samengevoegd, als een deel onder het regime voor sociale en andere specifieke diensten valt en een ander deel niet onder dit regime? Welke aanbestedingsprocedure moet daarbij worden gevolgd?

Indien een opdracht bestaat uit verschillende onderdelen die worden samengevoegd in een overkoepelende dienstenopdracht, is het – net als onder de aanbestedingsrichtlijn 2004/18 bij samenloop tussen IIA- en IIB-diensten – mogelijk dat een deel van de opdracht onder het verlichte aanbestedingsregime voor 'sociale en andere specifieke diensten' valt en een ander deel niet (maar dan valt onder IIA-diensten). Net als voorheen het geval was met het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten en dus de [samenloop](#) van opdrachten, wordt in de nieuwe richtlijn 2014/24 een voorziening getroffen voor dergelijke samenloop.

Zie voor meer informatie over het aanbesteden bij een samenloop van IIA- en IIB-diensten onder het huidige regime, en straks samenloop tussen 'sociale en andere specifieke diensten' en de andere groep diensten, onze [praktijkvraag](#) 'Moet een opdracht voor IIA- en IIB-diensten Europees worden aanbesteed?' alsmede artikel 3 en 74 e.v. van richtlijn 2014/24, wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet artikel 2.12a en 2.38 e.v. en in de [notitie](#) over de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen op pagina 15 e.v.

Inhuur derden

26. Hoe moeten diensten voor de inhuur van personeel voortaan worden aanbesteed met het verval van het IIB-diensten-regime?

Onder de aanbestedingsrichtlijn 2014/24 zal het huidige onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten komen te vervallen. Onder richtlijn 2004/18 kon de inhuur van personeel veelal onder de verlichtte aanbestedingsprocedure voor IIB-diensten worden weggezet. Echter, de inhuur van personeel valt onder de nieuwe richtlijnen vaak niet meer onder het regime 'sociale en andere specifieke diensten'. Voor veel gevallen van opdrachten voor de inhuur van personeel zal onder richtlijn 2014/24 het

volledige richtlijnenregime – voornamelijk de openbare- en niet openbare aanbestedingsprocedures – van toepassing worden op dergelijke opdrachten.

Meer informatie over aanbesteding van diensten voor de inhuur van personeel onder de richtlijn 2014/24 kunt u lezen in onze [praktijkvraag](#) 'Gaaf er wat veranderen voor opdrachten voor de inhuur van personeel onder de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen?'

27. Welke alternatieve aanbestedingsprocedures worden er in de praktijk gebruikt voor de diensten voor de inhuur van personeel met het verval van de IIB-diensten?

In de praktijk worden door aanbestedende diensten ook andere procedures gebruikt voor de aanbesteding van inhuur van personeel. Deze alternatieven zijn tevens besproken in de [ronde tafel bijeenkomst](#) over inhuurbeleid bij de overheid in het voorjaar van 2015, waar Europa decentraal ook een bijdrage aan heeft geleverd. Hieronder zullen we in het kort een aantal (Europese) aanbestedingsinstrumenten uiteenzetten die aanbestedende diensten in de praktijk blijken te gebruiken voor de inhuur van personeel.

Marktplaatsen

Marktplaatsen worden niet expliciet als aanbestedingsinstrument genoemd of gedefinieerd in de oude aanbestedingsrichtlijnen 2004/17 en 2004/18 en ook niet in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen. Dat neemt niet weg dat in de praktijk het gebruik van marktplaatsen voor dienstenopdrachten voor externe inhuur bij (decentrale) overheden toe neemt. Voor digitaal georganiseerde aanbestedingen, waar het instrument van marktplaatsen vaak aan voldoen, kunnen decentrale overheden wel kiezen om aan te sluiten bij de systematiek van het dynamische aankoopstelsel (artikel 33 van richtlijn 2004/18 en artikel 34 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.48 in het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet) of het elektronisch veilen (artikel 54 van richtlijn 2004/18 en artikel 35 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.122 in het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet). Hieronder kunt u daar meer over lezen.

Bij het gebruik van een marktplaats is er een digitale omgeving waarin de aanbestedende diensten per opdracht een uitvraag via een (mini)competitie houdt. Binnen de marktplaatsen worden meestal onderhandse aanbestedingen uitgezet.

Zie voor meer informatie over het huidige gebruik van marktplaatsen ook de [handreiking](#) van PIANOo: 'Toepassen van een marktplaats bij overheidsopdrachten'.

Dynamisch Aankoopstelsel (DAS)

Het dynamisch aankoopstelsel is zogezegd één van de mogelijkheden die gebruikt kan worden voor het organiseren van een marktplaats. De essentie van het DAS is dat de aanbestedende dienst gedurende een bepaalde tijd – in beginsel maximaal 4 jaar – langs elektronische weg opdrachten voor aankopen voor regelmatig gebruik kan gunnen binnen een afgebakende groep van geschikte

ondernemers. De regels met betrekking tot een DAS zijn vastgelegd in artikel 34 van de richtlijn 2014/24.

Voor meer informatie kunt u terecht op pagina 33 van onze [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

Elektronische veiling

Voor de organisatie van een marktplaats zou ook gebruik gemaakt kunnen worden van een elektronische veiling. Een elektronische veiling is 'een zich herhalend proces langs elektronische weg voor de presentatie van nieuwe, verlaagde prijzen, en/of van nieuwe waarden voor bepaalde elementen van de inschrijvingen, dat plaatsvindt na de eerste volledige beoordeling van de inschrijvingen en dat hun klassering op basis van elektronische verwerking mogelijk maakt' (artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012). De elektronische veiling wordt geregeld in artikel 35 van de richtlijn 2014/24 en overweging 67 en artikel 2.117 van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012.

Zie daarnaast ook de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen, pagina 34.

Elektronische catalogus

Naast het inrichten van een marktplaats, lenen sommige uitvragen voor de inhuur van derden zich voor het gebruik van een elektronische catalogus. De elektronische catalogus is een nieuwe aankooptechniek die wordt geïntroduceerd in aanbestedingsrichtlijn 2014/24. 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.

Zie artikel 36 en overweging 68 van de richtlijn 2014/24, artikel 2.109b van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012 en pagina 34 van de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

Raamovereenkomsten

Omdat een marktplaats geen Europese aanbestedingsprocedure is en daarvoor dus geen concrete procedure bestaat, zou een goed alternatief ook het afsluiten van een [raamovereenkomst](#) met meerdere partijen kunnen zijn. Deze raamovereenkomst moet dan gesloten worden via een Europese openbare of niet-openbare procedure, gevolgd door een minicompetitie tussen de raamcontractanten via een marktplaats. Voor wat betreft het sluiten van een raamovereenkomst zijn er namelijk twee mogelijkheden in de afroepfase. U roept de gekozen inschrijvers of gegadigden nogmaals op in concurrentie of u gunt de opdracht op basis van de oorspronkelijk voorwaarden. In het eerste geval kunt u voor de verdere invulling dus gebruik maken van een marktplaats. Hierbij moet wel worden voldaan aan de voorwaarden gesteld in de Europese aanbestedingsrichtlijnen specifiek voor raamovereenkomsten.

In richtlijn 2014/24 is de regel verduidelijkt dat raamovereenkomsten niet mogen worden gebruikt door aanbestedende diensten die daar zelf niet in worden vermeld. 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 en artikel 2.139 e.v. van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Zie verder ook pagina 31 e.v. van onze [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

Gunningscriteria

28. Een aanbestedende dienst wil in een aanbestedingsprocedure onder de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen nog steeds graag gunnen op basis van EMVI criteria; kan dat nog onder de nieuwe richtlijn?

Ja, het is nog steeds mogelijk om aan de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) te gunnen, enkel de terminologie is onder de nieuwe richtlijnen veranderd naar 'beste prijs-kwaliteit verhouding'.

Van EMVI naar 'beste prijs-kwaliteit verhouding'

Wat betreft de keuze voor een gunningscriterium heeft er in de richtlijn 2014/24 een verandering in terminologie plaatsgevonden ten opzichte van aanbestedingsrichtlijn 2004/18. De gunning van overheidsopdrachten moet in de richtlijn 2014/24 voortaan op de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) 'gebaseerd' worden. 'EMVI' is daarmee een kapstok begrip geworden, anders dan het gunningscriterium 'EMVI' in artikel 53 van richtlijn 2004/18. In plaats daarvan wordt nu in de in artikel 67 van richtlijn 2014/24 de term 'beste prijs-kwaliteitsverhouding' gebruikt. Daarnaast is het onder de richtlijn mogelijk om de 'kosteneffectiviteit' als gunningscriterium te gebruiken, of de 'laagste-prijs'. Indien een aanbestedende dienst voor het gunningscriterium 'laagste-prijs' kiest, dient zij dit wel te motiveren.

Zie artikel 67 van de richtlijn 2014/24, artikel 2.214 van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012 en pagina 43 e.v. van de [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen.

Procedurele vragen

29. Onder welke omstandigheden mogen overheden gebruik maken van de nieuwe procedure voor het innovatiepartnerschap, en hoe verhoudt die procedure zich met de mededingingsprocedure?

Onder richtlijn 2014/24 worden naast de algemeen gebruikelijke openbare- en niet openbare aanbestedingsprocedures nog vier andere afzonderlijke aanbestedingsprocedures genoemd:

- de mededingingsprocedure met onderhandeling (artikel 29);
- de concurrentiegerichte dialoog (artikel 30);
- het innovatiepartnerschap (artikel 31);

- de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking (artikel 32).

Het innovatiepartnerschap is een nieuw type procedure bedoeld voor de ontwikkeling en de daaropvolgende aankoop van nieuwe, innovatieve producten, werken en diensten, wanneer deze geleverd kunnen worden tegen overeengekomen kwaliteits- en prijsniveaus.

Innovatiepartnerschap

De procedure van het innovatiepartnerschap wordt volgens r.o. 49 van richtlijn 2014/24 gebaseerd op de procedureregels van de mededingingsprocedure met onderhandeling. De verdere uitwerking voor de specifieke invulling van het innovatiepartnerschap wordt omschreven in artikel 31 van richtlijn 2014/24 en artikel 2.126b van het wetsvoorstel Aanbestedingswet. Het meest geschikte gunningscriterium om innovatieve oplossingen te vergelijken is daarbij de beste prijs-kwaliteitsverhouding. Aanbestedende diensten moeten vooraf de minimumeisen bekendmaken en 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 31 lid 3 richtlijn 2014/24). Tijdens het ontwikkelen van het product kunnen aanbestedende diensten de eisen bijstellen die betrekking hebben op alle kenmerken van de gekochte werken, leveringen en diensten, voor zover het geen minimumeisen betreft (artikel 31 lid 3 richtlijn 2014/24). De minimumeisen betreffen de (met name materiële, functionele en juridische) voorwaarden en kenmerken waaraan elke inschrijving moet voldoen. Tot slot wordt moeten alle inschrijvingen schriftelijk worden ingediend en moet de aanbestedende dienst alle fasen van het proces naar behoren documenteren (artikel 84 lid 2 van richtlijn 2014/24).

Meer informatie over het innovatiepartnerschap en andere aanbestedingsprocedures kunt u vinden in onze [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen op pagina 21 e.v.

30. Wanneer is er onder richtlijn 2014/24 sprake van een wezenlijke wijziging?

In richtlijn 2014/24 is de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie over de vraag onder welke voorwaarden wijzigingen van een opdracht tijdens de uitvoering ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure vereisen, gecodificeerd. In de richtlijn zijn in artikel 72 en r.o. 72 e.v. specifieke bepalingen opgenomen over wijziging van opdrachten tijdens de uitvoering, zie ook artikel 2.163a t/m 2.163g van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Er is volgens artikel 72 lid 4 van de richtlijn sprake van een wezenlijke wijziging in de volgende gevallen:

- De wijziging voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de aanvankelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van andere dan de aanvankelijk geselecteerde gegadigde en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken (sub a);

- de wijziging verandert het economische evenwicht van de opdracht of de raamovereenkomst ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst (sub b);
- de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de opdracht of raamovereenkomst (sub c);
- een nieuwe aannemer in de plaats is gekomen van de aannemer aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegund in andere dan de in lid 1, onder d), genoemde gevallen (sub d).

Meer informatie over de wezenlijke wijziging kunt u vinden in onze [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen op pagina 45 e.v. Hier vindt u onder andere informatie over de kleine wijzigingen, aanvullende opdrachten, onvoorziene omstandigheden, herzieningsclausules, verandering van aannemer, het aankondigen van gewijzigde opdrachten en het beëindigen van opdrachten.

31. Wat verandert er met betrekking tot raamovereenkomsten onder de richtlijn 2014/24?

Een aanbestedende dienst kan voor opdrachten ‘die met zekere regelmaat onder dezelfde of vergelijkbare voorwaarden geplaatst worden’ een raamovereenkomsten sluiten met één of meer opdrachtnemers. Meer informatie over raamovereenkomsten kunt u vinden op onze website onder ‘[raamovereenkomsten](#)’.

Onder de oude richtlijn 2004/18 bestond er onduidelijkheid over raamovereenkomsten. Deze onduidelijkheid was er vaak met betrekking tot de voorwaarden voor het gebruik van een raamovereenkomst door aanbestedende diensten die zelf geen partij zijn bij de overeenkomst. Dit is in de nieuwe richtlijn 2014/24 verduidelijkt. De richtlijn bepaalt dat raamovereenkomsten niet mogen worden gebruikt door aanbestedende diensten die daar zelf niet in worden vermeld. Dit maakt dat van het begin af aan duidelijk moet worden aangegeven welke aanbestedende diensten partij zijn bij een specifieke raamovereenkomst.

Zie voor het vernieuwde regime bij raamovereenkomsten artikel 33, rechtsoverwegingen 60 t/m 62 van de richtlijn 2014/24 en onze [notitie](#) over de nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen op pagina 31 e.v.

32. Kunnen overheden zelf rechtstreeks op de grondstoffenmarkt energie kopen, of hier een derde partij voor inhuren?

Artikel 32 lid 3 sub c van richtlijn 2014/24 kent een specifieke uitsluitingsgrond voor aanbestedingen voor op een grondstoffenmarkt genoteerde en aangekochte goederen. Overweging 50 van richtlijn 2014/24 legt uit: ‘Ten slotte is een aanbestedingsprocedure niet zinvol voor leveringen die rechtstreeks op een grondstoffenmarkt worden aangekocht, inclusief handelsplatforms voor producten

zoals landbouwproducten en grondstoffen alsmede energiebeurzen, indien de gereguleerde en onder toezicht staande multilaterale handelsstructuur automatisch marktprijzen garandeert.’

Pure producten

Het uitgangspunt is dat in richtlijn 2014/24 met grondstoffen wordt bedoeld op de pure producten zoals aarde, olie, mineralen. Wanneer het om halffabricaten of bewerkte producten gaat (bijvoorbeeld vaak het geval is bij de levering van gas en elektriciteit), ligt het aanmerken van de inkoop van een dergelijk product als een reguliere levering meer voor de hand.

Wanneer producten niet op de grondstoffenmarkt (beursgenoteerd) worden aangekocht, kunnen aanbestedende diensten bij de aankoop van die producten de reguliere aanbestedingsprocedures uit de richtlijn gebruiken. De uitzonderingsbepaling 32 lid 3 richtlijn 2014/24 moet namelijk strikt worden uitgelegd en kan alleen gebruikt worden als de aankoop van grondstoffen rechtstreeks op een energiemarkt plaatsvindt en de markt volledig transparant is. Deze bepaling kunnen aanbestedende diensten dus niet in elk geval van aankoop van gas en elektriciteit in roepen.

Onze praktijkvraag ‘Wanneer kan het waterschap rechtstreeks op de grondstoffenmarkt energie inkopen, zonder een aanbestedingsprocedure te volgen?’ bevat meer informatie over de uitzondering van de aanbestedingsplicht voor op een grondstoffenmarkt genoteerde en aangekochte goederen.

Flankerend beleid

33. Zijn de Gids Proportionaliteit en het ARW nog steeds van toepassing na de wijziging van de Aanbestedingswet 2012, en worden deze documenten nog aangepast naar aanleiding van de wijzigingen in de aanbestedingswet?

Als gevolg van de herziening van de Aanbestedingswet wijzigt ook het Aanbestedingsbesluit en het aanvullend beleid bij de Aanbestedingswet. Het Aanbestedingsreglement Werken 2012 en de Gids Proportionaliteit worden aangepast.

Algemene maatregel van Bestuur

Via het [Aanbestedingsbesluit](#), een Algemene Maatregel van Bestuur bij de Aanbestedingswet, zijn de Gids proportionaliteit en het Aanbestedingsreglement voor Werken 2012 (ARW) in 2012 als verplicht te volgen richtsnoer aangewezen bij aanbestedingen onder de Europese aanbestedingsdrempels. De Gids Proportionaliteit geeft nadere invulling aan het proportionaliteitsbeginsel en hoe dat bij nationale aanbestedingen toegepast moet worden (art 1.10 van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012 en het [Aanbestedingsbesluit](#)). In het ARW zijn voorschriften vervat met betrekking tot de wijzen waarop overheidsopdrachten voor werken kunnen worden geplaatst (art. 1.22 van het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet 2012 en het [Aanbestedingsbesluit](#)).

Aanpassen gids proportionaliteit en ARW

De Minister van EZ heeft in het [Plenaire Kamerdebat](#) op 9 maart 2016 aangegeven dat EZ de Gids

Proportionaliteit gaat aanpassen met het oog op de nieuwe wet. Hiervoor wordt vanuit EZ een schrijfgroep ingesteld bestaande uit zowel marktpartijen als aanbestedende diensten. Ook het ARW zal herzien worden. Hiervoor is een aparte schrijfgroep opgesteld die op een vergelijkbare wijze als die van de gids Proportionaliteit is samengesteld. Het is nog niet bekend wanneer de schrijfgroepen de herziene versies van de Gids Proportionaliteit en het ARW zullen afleveren. Voor beide is het de bedoeling dat na de behandeling van het wetsvoorstel door de Tweede Kamer het aangepaste aanbestedingsbesluit (met daaronder) de gids en ARW zal worden voorgehangen bij beide Kamers, die vervolgens goedkeuring voor moeten verlenen. Uiteindelijk worden beide documenten op dezelfde datum als het wetsvoorstel voor de gewijzigde aanbestedingswet geïmplementeerd.

Voor meer informatie over de voortgang van de aanpassingen van de Gids Proportionaliteit en het ARW kunt u terecht op de website van [PIANOo](#).

Aanbestedingsreglement Nutssectoren 2013

Daarnaast zal ook het [Aanbestedingsreglement Nutssectoren 2013](#) (ARN 2013) worden aangepast naar aanleiding van de wijziging van de Aanbestedingswet. Voor de invulling van de regels van de Aanbestedingswet 2012 kunnen speciale-sector bedrijven gebruik maken van het ARN 2013. Zij zijn hier echter niet toe verplicht. In de eerste week van juni komt de gebruikersgroep onder leiding van ProRail samen om het gewijzigde Aanbestedingsreglement Nutssectoren vast te stellen. Speciale-sector bedrijven die het Aanbestedingsreglement Nutssectoren willen gebruiken en die mee willen denken bij de verdere ontwikkeling daarvan, kunnen aan deze gebruikersgroep deelnemen. Het document hoeft niet door de Eerste en Tweede Kamer goedgekeurd te worden. Het ligt in de lijn der verwachtingen dat het gewijzigde ARN in juli – dus voor de implementatie van de gewijzigde Aanbestedingswet – zal worden uitgebracht.

Aankondigingen en bekendmaking

34. Komen er met de nieuwe richtlijnen ook andere verplichte elektronische aanbestedingsdocumenten?

Ja, de richtlijnen introduceren een nieuw Europees standaardformulier: het uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA). Zie art 59 richtlijn 2014/24 en artikel 2.84 van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012. Dit document komt in de plaats van de in Nederland bestaande Eigen Verklaring (EV) artikel 2.84 van de huidige Aanbestedingswet 2012.

Op 6 januari jl. heeft de Europese Commissie het standaardformulier voor het uniform Europees aanbestedingsdocument in [Uitvoeringsverordening 2016/7](#) gepubliceerd. Dit document beoogt aan te sluiten bij de doelstellingen die voortvloeien uit de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, namelijk het verlichten van de administratieve lasten van aanbestedende diensten en ondernemers. Dit UEA-document zal het bestaande model Eigen verklaring dat momenteel in Nederland wordt gehanteerd gaan vervangen.

In bijlage II (p. 7 e.v.) van de Uitvoeringsverordening is het standaardformulier voor het UEA opgenomen. Voor meer informatie over het standaardformulier verwijzen wij u tevens graag naar het [nieuwsbericht](#) dat Europa decentraal begin dit jaar schreef over het UEA.

Daarnaast zullen de overige online aanbestedingsdocumenten, via deze [link](#) te vinden op Tenders Electronic Daily (TED), de site van de Europese Commissie over Europese aanbestedingen.

35. Vanaf welke datum moeten de nieuwe aanbestedingsdocumenten worden gebruikt?

Aanbestedende diensten zijn verplicht nieuwe aanbestedingsdocumenten te gebruiken vanaf het moment dat de Europese richtlijnen geïmplementeerd zijn in de Nederlandse aanbestedingswet, of – in het geval dat de betreffende Europese rechtsregel zou blijken rechtstreekse werking te hebben – vanaf 18 april 2016.

Voor de uitvoering van het UEA is een aparte [Uitvoeringsverordening](#) vastgesteld, en niet een richtlijn. Europese verordeningen hebben – in tegenstelling tot richtlijnen – wel volledige rechtstreekse werking. Echter, wat in het kader van de uitvoering van het UEA extra lastig is, is dat er in de uitvoeringsverordening slechts over wordt gesproken dat lidstaten het nieuwe document moeten ‘opnemen’ als standaardformulier, en niet zouden moeten ‘gebruiken’.

Aanbestedende diensten zijn wegens de rechtstreekse werking in ieder geval verplicht vanaf 18 april een door een inschrijver ingediende UEA te accepteren binnen een aanbestedingsprocedure. Meer informatie over het gebruik van de UEA kunt u vinden in de [Metrokaart](#) wijziging Aanbestedingswet 2012 van PIANOo.

36. Wanneer komen de templates van de nieuwe aanbestedingsformulieren, en met name het UEA-formulier online?

In bijlage I van [Uitvoeringsverordening 2016/7](#) is een gebruiksaanwijzing voor het gebruik van het formulier opgenomen. Volgens de nieuwe richtlijnen wordt het UEA uitsluitend in elektronische vorm verstrekt. Om de overgang in alle lidstaten mogelijk te maken, mogen zowel de elektronische als de papieren versies van het UEA worden gebruikt in de periode tot en met 18 april 2018.

Daarnaast stelt de Commissie: “Zij [aanbestedende diensten] kunnen het de ondernemer ook gemakkelijker maken door deze informatie direct op te nemen in een elektronische versie van het UEA, bijvoorbeeld door gebruik te maken van de UEA-dienst [dit is een ondersteunende dienst die door de Europese Commissie zelf wordt opgezet] die de diensten van de Commissie gratis beschikbaar zullen stellen aan aanbestedende diensten en aanbestedende entiteiten, ondernemers, aanbieders van elektronische diensten en andere belanghebbenden.” De Europese Commissie heeft een [elektronische template](#) voor het UEA ontwikkeld. De Europese Commissie is momenteel bezig deze [tool](#) verder te perfectioneren zodat de UEA volledig elektronisch kan worden ingevuld.

Er is geen verdere informatie bekend over de datum dat de tool volledig functioneel zal zijn. Op het moment dat er meer informatie bekend is, zal Europa decentraal dit in de nieuwsvoorziening opnemen.

Voor de overige formulieren die gekoppeld zijn aan de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn al wel digitale templates aanwezig. De [documenten](#) zijn uitsluitend bedoeld voor elektronisch gebruik, hetzij via de applicatie aangeboden door de Europese Commissie [eNotices](#), hetzij via de [eSender](#) van uw keuze.

Rechtstreekse werking

37. Hebben de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn- en concessierichtlijnbe­palin­gen uit 2014/23, 2014/24 en 2014/25 rechtstreekse werking?

Ja, het is mogelijk dat bepalingen uit die nieuwe richtlijnen rechtstreekse werking hebben. Europese richtlijnen in het algemeen hebben - in tegenstelling tot Europese verordeningen- geen [directe of rechtstreekse werking](#). Concrete Europese richtlijnbe­palin­gen kunnen echter onder bepaalde voorwaarden wel rechtstreekse werking hebben.

Grof gezegd komt het erop neer dat wanneer een burger of onderneming zich vanaf 18 april 2016 - na het verlopen van de omzettingstermijn van de Europese richtlijnen in de nationale (Aanbestedings)wet, - jegens een decentrale overheid kan beroepen op een bepaling in de richtlijnen 2014/23 (concessies), 2014/24 (klassieke sectoren) en 2014/25 (speciale sectoren) die 'inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig' is, er sprake kan zijn van een rechtstreeks werkende bepaling.

Of een bepaling uit een richtlijn rechtstreeks werkt, wordt per geval door een nationale rechter en uiteindelijk het Hof van Justitie van de EU bepaald. Over de uitwerking van de criteria 'voldoende duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk' is ook meer informatie te vinden in de [factsheet](#) van Europa decentraal over rechtstreekse werking (2009) en in het bovengenoemde webdossier van Europa decentraal over rechtstreekse werking, onder meer onder het [tabblad jurisprudentie](#) . Meer concreet over het vraagstuk van [rechtstreekse werking van aanbestedingsrichtlijnbe­palin­gen](#) kunt u ook het specifieke webdossier van Europa decentraal raadplegen.

38. Moeten decentrale overheden, nu de Europese richtlijnen niet voor 18 april 2016 zijn geïmplementeerd in de herziene Aanbestedingswet 2012, de Europese richtlijnen direct toepassen vanuit een eigen verantwoordelijkheid voor de naleving van Europees recht?

Dit hangt af van de vraag of het concreet zal gaan om rechtstreeks werkende bepalingen in de richtlijnen 2014/23, 2014/24 en 2014/25 als bedoeld in het antwoord op vraag 36.

Decentrale overheden hebben namelijk wel een zelfstandige verantwoordelijkheid ten aanzien van de toepassing en naleving van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen. Ook kunnen zij [aansprakelijk](#) worden gesteld voor niet correcte naleving van Europese richtlijnen. Dit kan zowel door particulieren die zich bij de nationale rechter beroepen op rechtstreeks werkende bepalingen, als door het Rijk in het kader van de [Wet naleving Europese regelgeving door publieke entiteiten](#) (Wet NErpe uit 2012).

Decentrale overheden zouden door het Rijk in het kader van de Wet NErpe aansprakelijk gesteld kunnen worden. Bijvoorbeeld wanneer lidstaat Nederland op de vingers zou worden getikt vanuit Europa wegens het niet nakomen van Europees recht. De verantwoordelijke Minister in Nederland zou dan bovendien moeten besluiten dat de betreffende publieke entiteit die in het concrete geval in verzuim blijkt (bijv. een decentrale overheid die de betreffende Europeesrechtelijke bepalingen niet (correct) heeft toegepast) via een aanwijzing aansprakelijk te stellen ingevolge NErpe. Uit de Memorie van Toelichting van de wet NErpe blijkt overigens uitdrukkelijk dat het instrument van aanwijzing 'alleen in uitzonderlijke gevallen en als uiterste redmiddel (dient te) worden gebruikt'.

Artikel 8 van de Wet NErpe bepaalt uitdrukkelijk dat voor toepassing van deze wet een wijziging van de aanbestedingsrichtlijnen gaat gelden met ingang van de dag waarop aan de wijzigingsrichtlijn uitvoering moet zijn gegeven, tenzij bij ministerieel besluit een ander tijdstip wordt vastgesteld. Uit het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet blijkt niet dat er een ministerieel besluit is genomen tot het vaststellen van een ander tijdstip dan 18 april 2016 (namelijk zijnde de dag waarop aan de wijzigingsrichtlijn uitvoering moet zijn gegeven) voor wat betreft de toepassing van NErpe.

In het wetsvoorstel tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012, 29 oktober 2015, Kamerstuk 34329, nr. 1 wordt wel in artikel IV een wijziging van de wet NErpe aangekondigd. In artikel 8 van NErpe worden de nummers van aanbestedingsrichtlijnen 2014/24 en 2014/25 verwerkt en wordt de nieuwe concessierichtlijn 2014/23 toegevoegd.

Dit betekent dat decentrale overheden ingevolge artikel 8 van de wet NErpe dus vanaf 18 april wel verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor correcte naleving van de aanbestedingsrichtlijnen.

39. Is er een overzicht beschikbaar van welke bepalingen wel en niet rechtstreeks toegepast moeten worden door aanbestedende diensten?

Nee, helaas is een dergelijk overzicht niet beschikbaar. Een dergelijk overzicht is lastig samen te stellen, mede omdat het laatste woord over rechtstreekse werking uiteindelijk aan de rechter is. Bovendien moet de rechter ook eerst door een particulier worden verzocht om zich daarover uit te laten.

Decentrale overheden kunnen wel zelf trachten een inschatting te maken van bepalingen waarop particulieren zich mogelijk zouden kunnen beroepen. Dit kunnen zij doen aan de hand van de concretere invulling van bovengenoemde criteria van 'inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende

duidelijk en nauwkeurig'. Gezien hun zelfstandige verantwoordelijkheid en eventuele aansprakelijkheid voor toepassing van rechtstreeks werkende bepalingen hebben decentrale overheden hierbij vanzelfsprekend ook veel vragen. Het verdient daarom aanbeveling bij twijfel altijd contact op te nemen met het Ministerie van Economische Zaken.

40. Klopt het dat de Minister van EZ in elk geval heeft aangegeven dat het nieuwe aanbestedingsregime voor sociale en andere specifieke diensten (vervallen van het huidige II-B diensten regime) per 18 april rechtstreeks moet worden toegepast?

Ja, dat klopt. Het ministerie van EZ heeft naar aanleiding van Tweede Kamervragen gedurende het Kamerdebat begin maart over het aannemen van het wetsvoorstel [antwoorden](#) gegeven op vragen over de rechtstreekse werking van in elk geval de bepalingen in de Europese aanbestedingsrichtlijnen over de sociale en andere specifieke diensten (het vervallen van (de juridische positie van) IIB-diensten). Het ministerie van EZ heeft op 14 maart via berichtgeving op de website van PIANOo aangegeven dat het definitief niet haalbaar is om de gewijzigde Aanbestedingswet 2012 voor 18 april 2016 aan te nemen en dat de beoogde inwerkingtreding nu is voorzien voor 1 juli 2016. Ook geeft EZ aan dat verdere communicatie over rechtstreekse werking van bovengenoemde bepalingen en knelpunten die overheden hierbij ondervinden verder verlopen via [PIANOo](#).

Er is op 21 maart 2016 een [Vierde Nota van Wijzigingen](#) (NvW) vastgesteld bij het wetsvoorstel wijziging Aanbestedingswet 2012 die de door EZ geboden oplossing beschrijft om voor deze sociale en andere specifieke diensten per 18 april 2016 toch het nieuwe Europese richtlijnregime toe te passen. Concreet betekent dit volgens de NvW 'dat een aanbestedende dienst vanaf 18 april 2016 een procedure voor sociale en andere specifieke diensten volgens artikel 2.38 van het wetsvoorstel kan of moet volgen. Dat is het geval indien het een overheidsopdracht betreft waarop onder de huidige Aanbestedingswet de procedure voor B-diensten van toepassing is of kan zijn en onder het wetsvoorstel de procedure voor sociale en andere specifieke diensten'.

41. Zijn er vanuit het Rijk of bijvoorbeeld de rechterlijke macht inmiddels ook al uitspraken gedaan over andere onderdelen die rechtstreekse werking zouden kunnen hebben?

Decentrale overheden vragen zich reeds enige tijd af of niet ook aan bepaalde bepalingen in de nieuwe Europese richtlijnen aangaande bijvoorbeeld het nieuwe concessieregime, wezenlijke wijzigingen, uitsluiting- en gunningscriteria, technische bekwaamheid, het nieuwe Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA), rechtsbescherming en de nieuwe aanbestedingsprocedures rechtstreekse werking zou kunnen toekomen. Immers, ook dergelijke bepalingen zouden inhoudelijk onvoorwaardelijk en voldoende duidelijk en nauwkeurig kunnen zijn en dus door particulieren jegens hen ingeroepen kunnen worden.

Zoals in vraag 3 beantwoord, bestaat er geen handzaam overzicht van welke bepalingen wel en niet rechtstreeks werken. Naar het zich laat aanzien zal en kan dit overzicht ook niet worden vastgesteld

van rijkswege maar zal wel via PIANOo informatie worden verschaft.

In de [Kamerbrief](#) van minister Kamp van EZ van 21 maart 2016 werd over rechtstreekse werking al het volgende opgemerkt: 'Conform jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie komen alleen bepalingen van richtlijnen voor rechtstreekse werking in aanmerking die voldoende duidelijk en nauwkeurig zijn en die rechten toekennen aan burgers en/of ondernemers. De aanbestedingsrichtlijnen bevatten voornamelijk bepalingen die aanbestedende diensten keuze bieden, zoals het gebruiken van de procedure van het innovatiepartnerschap. Dergelijke bepalingen geven geen rechten aan burgers en/of ondernemers en zijn dus niet rechtstreeks toepasbaar. Dit is anders bij het aanbestedingsregime voor de 2B-diensten.'

Bovenstaande berichtgeving lijkt zich vooral te beperken tot de conclusie dat rechtstreekse werking zou toekomen aan het 'sociale en andere specifieke diensten'-onderdeel van de richtlijnen. Hoewel EZ geen verdere uitspraken lijkt te doen over mogelijke andere onderdelen van de aanbestedings- en concessierichtlijnen die in aanmerking zouden komen voor rechtstreekse werking, is inmiddels wel duidelijk dat vanaf begin april via PIANOo meer concrete informatie over (mogelijk ook andere) rechtstreeks werkende bepalingen naar buiten gebracht zal worden. De koepelorganisaties VNG en UvW hebben het Rijk ook gevraagd om informatie te verschaffen over de concrete gevolgen nu de omzetting per 18 april 2016 niet wordt gehaald.

Decentrale overheden kunnen daarnaast op de hoogte blijven van relevante ontwikkelingen of bijvoorbeeld gerechtelijke uitspraken over rechtstreekse werking via kennisname van het webdossier en het [jurisprudentieoverzicht](#) van Europa decentraal van uitspraken van onder meer het Hof van Justitie EU betreffende mogelijke rechtstreekse werking van ([aanbestedings](#)) richtlijnbevestigingen.

42. Hoe verhoudt de aansprakelijkheid voor correcte naleving van Europese regels door decentrale overheden op grond van de wet NErpe zich met de te late implementatie van de Europese aanbestedingsregels in de gewijzigde Aanbestedingswet?

Zie hierover ook de eerdere antwoorden op vragen 2 en 3. Het Ministerie van EZ is in Nederland het verantwoordelijke Ministerie om te zorgen voor (tijdige) implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen. Daarnaast zijn decentrale overheden zelf verantwoordelijk, en kunnen zij eventueel in rechte zelfstandig aansprakelijk gesteld worden, voor correcte toepassing van in ieder geval rechtstreeks werkende bepalingen van Europees recht.

43. Zijn de overgangsbepalingen in de herziene Aanbestedingswet en die in de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen en concessierichtlijn hetzelfde?

Nee, de overgangsbepalingen zijn niet hetzelfde. In het wetsvoorstel gewijzigde Aanbestedingswet is een artikel opgenomen met een overgangsbepaling voor aanbestedingen die al zijn opgestart vóór inwerkingtreding van de gewijzigde Aanbestedingswet 2012, welke vermoedelijk dus per 1 juli 2016 zal plaatsvinden. Deze bepaling staat in artikel 4.33 van het wetsvoorstel. Deze bepaling geeft aan dat

indien een aanbestedende dienst voor (vermoedelijk) 1 juli 2016 onder de huidige Aanbestedingswet 2012 een aankondiging van aanbesteding heeft gedaan of een aanbestedingsprocedure zonder aankondiging is gestart en in het kader daarvan een of meer ondernemers heeft verzocht een inschrijving in te dienen dan wel heeft benaderd, op die aanbesteding het recht van toepassing is uit de huidige Aanbestedingswet. De overgangsbepaling geeft dus een regeling voor aanbestedingen die al zijn opgestart onder de huidige Aanbestedingswet en beoogt niet het vraagstuk van de rechtstreekse werking te reguleren.

Naast de overgangsbepaling in het wetsvoorstel voor gewijzigde Aanbestedingswet kennen ook de nieuwe Europese richtlijnen een overgangsbepaling. Deze staan in respectievelijk de artikelen 52 (richtlijn 2014/23), 90 (richtlijn 2014/24) en 106 (richtlijn 2014/25) e.v. Deze bepalingen zien op het uiterlijk in werking treden van die richtlijnen in de lidstaten op 18 april 2016 en trekken per 18 april 2016 de aanbestedingsrichtlijnen 2004/18 en 2004/17 in.

44. Wat is de verhouding tussen deze overgangsbepalingen en het vraagstuk van rechtstreekse werking?

Niet zozeer de overgangsbepaling uit het Aanbestedingswetsvoorstel, maar de zelfstandige verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van decentrale overheden voor toepassing van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen maakt dat decentrale overheden rekening moeten houden met rechtstreekse werking.

Doordat de huidige aanbestedingsrichtlijnen per 18 april ingetrokken zijn, gelden Europeesrechtelijk gezien vanaf 18 april de nieuwe richtlijnen. Burgers en ondernemers kunnen zich dan ook op bepalingen in de nieuwe Aanbestedingsrichtlijnen en concessierichtlijn die rechtstreekse werking hebben beroepen.

EZ geeft aan dat, omdat de nieuwe richtlijnen per 18 april niet in de Nederlandse rechtsorde zijn geïmplementeerd via de gewijzigde Aanbestedingswet, nationaalrechtelijk gezien aanbestedende diensten tussen 18 april 2016 en vermoedelijk 1 juli 2016 bij aanbestedingen waar geen rechtstreeks werkende bepalingen aan de orde zijn, nog de Aanbestedingswet 2012 dienen te blijven toepassen. Daar waar volgens EZ aanbestedende diensten mogelijk wel met rechtstreeks werkende bepalingen geconfronteerd kunnen worden, zal komende tijd via PIANOo nadere informatie beschikbaar gesteld worden. Ook worden aanbestedende diensten die vragen hebben of denken in de knel te komen uitgenodigd hierover contact op te nemen met PIANOo. Samen met het ministerie kan dan met de aanbestedende dienst worden gezocht naar een praktische oplossing.