

Publicatie



Voorstellen nieuwe aanbestedingsrichtlijnen

februari 2012

Een publicatie over de voorstellen van de Europese Commissie met betrekking tot nieuwe aanbestedingsrichtlijnen en de mogelijke impact voor decentrale overheden.



EUROPA decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

Inhoudsopgave

Inleiding

Hoofdstuk 1

- 1.1 Welke ontwikkelingen hebben geleid tot de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen?
- 1.2 Hoe nu verder?
- 1.3 De reikwijdte van de richtlijn
- 1.4 Versimpeling en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures
- 1.5 Lichter aanbestedingsregime voor decentrale overheden?
- 1.6 Bevorderen van het elektronisch aanbesteden
- 1.7 Termijnen
- 1.8 Onderscheid selectie- en gunningscriteria
- 1.9 Uitsluiting van 'ondeugdelijke' inschrijvers
- 1.10 Wezenlijke wijziging van opdrachten

Hoofdstuk 2

- 2.1 Strategisch gebruik van aanbesteden als antwoord op nieuwe uitdagingen
- 2.2 Een toegankelijker Europese aanbestedingsmarkt
- 2.3 Deugdelijke procedures
- 2.4 Bestuur
- 2.5 Publiek publieke samenwerking

Hoofdstuk 3

- 3.1 Waarom een speciale richtlijn voor openbare nutsvoorzieningen?
- 3.2 Behoeftte aan EU-voorschriften voor het plaatsen van opdrachten in speciale sectoren?
- 3.3 Voorgestelde wijzigingen

Hoofdstuk 4

- 4.1 Richtlijn concessies
- 4.2 Publiek publieke samenwerking
- 4.3 Inbesteding, alleenrechten en voorbehouden
- 4.4 Wijziging concessies
- 4.5 Procedures



EUROPA decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

Inleiding

De Europese Commissie heeft eind 2011 nieuwe voorstellen voor aangepaste Aanbestedingsrichtlijnen en een aparte Concessierichtlijn gepresenteerd. Voor decentrale overheden staat hier een aantal relevante wijzigingen en verbeteringen in. Worden de richtlijnen volgens de huidige planning uiteindelijk aangenomen, dan moeten ze medio 2014 in Nederland worden geïmplementeerd.

In deze publicatie gaat Europa decentraal uitgebreid in op de voorstellen van de Commissie en de mogelijke impact voor decentrale overheden.



Hoofdstuk 1

Het eerste hoofdstuk start met een verkenning van de ontwikkelingen die geleid hebben tot de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen en hoe het nu verder gaat met de richtlijnvoorstellen. Ook wordt er stil gestaan bij het voorstel voor de nieuwe de 'klassieke' aanbestedingsrichtlijn 2011/896. In dit hoofdstuk worden verschillende definities en begrippen besproken. Ook komt het voorstel naar voren voor het opheffen van het onderscheid tussen IIA en IIB-diensten en drempelwaarden waarboven Europees moet worden aanbesteed. We staan ook stil bij de voorgestelde versimpeling en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures en de voorstellen ter bevordering van elektronisch aanbesteden. Tot slot wordt gekeken naar de ideeën van de Europese Commissie voor gewijzigde termijnen, het onderscheid tussen selectie- en gunningscriteria, uitsluiting van 'ondeugdelijke' inschrijvers en wezenlijke wijziging van opdrachten.

1.1 Welke ontwikkelingen hebben geleid tot de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen?

De huidige Europese aanbestedingsrichtlijnen zijn in 2004 aangenomen en in 2006 van kracht geworden. Het betreft richtlijn 2004/17/EG voor de (voormalige) Nutssectoren (nu de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten geheten) en de algemene aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG.

Verschillende (beleidsmatige) ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat de Europese Commissie in december 2011 voorstellen heeft gepresenteerd ter herziening/ modernisering van deze richtlijnen.

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

Het is sowieso niet ongebruikelijk dat de Europese Commissie richtlijnen na een aantal jaar opnieuw bekijkt/evalueert en voorstellen voor herziening/ verbetering doet. De aanbestedingsrichtlijnen waren in 2011 alweer 5 jaar in werking. Daarnaast biedt een update vaak gelegenheid om op actuele beleidsmatige ontwikkelingen in te spelen en richtlijnen meer eigentijds te maken. De verschillende relevante (beleidsmatige) ontwikkelingen worden hieronder geschetst.

De EU2020-strategie

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

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

Kijk [hier](#) voor meer informatie over de EU2020-strategie.

Single market act; twaalf hefbomen

Om deze doelstellingen uit de EU2020-strategie te kunnen realiseren moeten door de Europese Unie en de lidstaten structurele hervormingen doorgevoerd worden. De Europese Commissie heeft in haar mededeling [Akte voor de interne markt: Twaalf hefbomen voor het stimuleren van de groei en het versterken van het vertrouwen 'samen werk maken van een nieuwe groei'](#) gesteld dat de interne markt een doorslaggevende bijdrage kan leveren aan het behalen van de genoemde doelen door zijn volledige potentieel ten dienste te stellen van de bevordering van de economische groei. Om die interne markt beter te benutten heeft de Europese Commissie 12 prioriteiten benoemd die voor het eind van 2012 gerealiseerd moeten zijn. Zie ook het [nieuwsbericht](#) 'Europese Commissie houdt bijeenkomst over single market act'.

(Decentrale) overheden besteden zo'n 18 % van het BBP aan leveringen, werken en diensten. Het aanbestedingsinstrument speelt dan ook een belangrijke rol in de EU2020-strategie om bovengenoemde doelen te realiseren. Eén van de twaalf hefbomen die door de Commissie benoemd is, is dan ook een herzien en gemoderniseerd wettelijk kader voor overheidsopdrachten om te komen

tot een evenwichtig beleid dat de vraag naar milieuvriendelijke, maatschappelijk verantwoorde en innoverende goederen, diensten en werken ondersteunt. Daarnaast moet een dergelijke herziening de aanbestedende diensten eenvoudiger en flexibeler procedures ter hand stellen en de toegang van ondernemingen, en met name van het mkb, tot overheidsopdrachten vergemakkelijken.

Groenboek modernisering aanbestedingsregels

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

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

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

Evaluatie-rapport

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

Effectbeoordeling

Ook heeft de Europese Commissie een [effectbeoordeling](#) uitgevoerd. De effectbeoordeling en de samenvatting daarvan bieden een overzicht van de verschillende opties voor elk van de vijf groepen van basisproblemen (administratieve organisatie, toepassingsgebied, procedures, strategische aanbestedingen en toegang tot markten voor overheidsopdrachten). Op basis van een analyse van de voor- en nadelen van de verschillende opties werd een pakket van voorkeursopties vastgesteld waarin de synergieën tussen de verschillende oplossingen geoptimaliseerd worden, waardoor besparingen ten gevolge van één soort actie de betrokken kosten ten gevolge van een andere kunnen compenseren (bv. mogelijke toename van procedurele voorschriften ten gevolge van strategische aanbestedingen kon gedeeltelijk worden gecompenseerd door besparingen in verband met de verbeterde opzet van aanbestedingsprocedures). Deze voorkeursopties vormen de basis voor het onderhavige voorstel.

Ontwikkelingen Europees Parlement

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

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

Overige Europese ontwikkelingen

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

Elektronisch aanbesteden

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

De Europese Commissie heeft in de zomer van 2011 een informele expertgroep rond het proces van e-tendering opgestart. Eind 2012 ontwikkelt de expertgroep een plan voor oplossingen voor elektronisch aanbesteden. Daarnaast wil de EC door middel van een studie 'best practices' presenteren rond elektronisch aanbesteden. De resultaten van deze studie moeten beleidsmakers helpen om de omschakeling naar elektronisch aanbesteden in te zetten. De EC heeft ook een [samenvatting](#) van de 77 antwoorden die werden ontvangen na publicatie van het Groenboek elektronisch aanbesteden. Hieruit is duidelijk geworden dat er grote steun is voor gestandaardiseerde oplossingen. Kijk [hier](#) voor meer informatie over elektronisch aanbesteden.

Toegang derde landen

De Commissie heeft zowel in de Single Market Act als in de Mededeling van de Europese Commissie over [de toekomst van het handelsbeleid](#) aangegeven dat zij bezig is met een reflectie over het verkrijgen van een gelijkwaardig speelveld voor EU- en niet-EU-bedrijven bij het verkrijgen van overheidsopdrachten. In tegenstelling tot de EU die een voorkeur heeft voor meer openheid, zijn veel derde landen minder bereid hun markt (verder) te openen voor internationale concurrentie. Op 7 juni

2011 heeft de Europese Commissie daarom als onderdeel van een effectbeoordeling een publieke consultatie hierover gelanceerd. De Commissie wil daarmee de meningen van belanghebbenden over de huidige situatie op de aanbestedingsmarkt van de EU en van derde landen en de (mogelijke) effecten van EU-regelgeving op dit gebied achterhalen. Aan de hand van de reacties zal de Europese Commissie wetgeving opstellen met het doel meer ruimte te creëren voor de toegang tot de Europese aanbestedingsmarkten voor bedrijven uit landen die geen lid zijn van de Europese Unie. Zie hierover ook het [nieuwsbericht](#) 'Gevolgen mondiale aanbestedingsafspraken voor decentrale overheden?'.

Werkdocument Publiek-Publieke samenwerking

Om meer duidelijkheid te scheppen wanneer in geval van Publiek-Publieke samenwerking aanbesteed moet worden en wanneer niet, heeft de Europese Commissie in oktober 2011 ['een werkdocument'](#) betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('Publiek-Publieke samenwerking') gepubliceerd. In dit document geeft de Commissie een overzicht van de bestaande jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie op het gebied van Publiek-Publieke samenwerking. Al in het Groenboek gaf de Commissie aan hierover met een apart werkdocument te komen en geen nieuwe regelgeving voor te stellen in de nieuwe aanbestedingsrichtlijn. Het werkdocument bevat vooral een overzicht van de stand van zaken op het gebied van inbesteding (overzicht jurisprudentie) en een aantal veel voorkomende vragen op het gebied van toepassing van alleenrechten. Bij toepassing van deze uitzonderingsgronden op de huidige aanbestedingsrichtlijn is het dus aanbevelingswaardig dit werkdocument als naslag te gebruiken. In het nieuwe aanbestedingsrichtlijn voorstel 896 wordt inbesteding met name behandeld in artikel 11. Het bestaande artikel over alleenrecht in de huidige aanbestedingsrichtlijn (artikel 18; de uitzonderingsbepaling voor Europees aanbesteden in het geval van een verleend alleenrecht tussen 2 aanbestedende diensten voor dienstverlening) komt in het nieuwe richtlijnvoorstel niet meer terug.

Groen en sociaal aanbesteden

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

Nederlandse ontwikkelingen aanbestedingsrecht en -beleid

Momenteel ontbreekt in Nederland een nationaal wettelijk verankerd aanbestedingskader. Decentrale overheden zijn daarom bij nationale opdrachten (opdrachten die niet vallen onder het Europese richtlijnregime) vooral gebonden aan hun eigen inkoop- en aanbestedingsbeleid, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de interpretatie van de Europese richtlijnen door de Europese Commissie en het Europese Hof van Justitie. Er wordt daarom (in navolging van de aanbevelingen van de parlementaire enquêtecommissie over de bouwfraude begin jaren 2000) momenteel gewerkt aan [een nationale aanbestedingswet](#). Het wetsvoorstel beoogt regelgeving op het gebied van aanbesteden verder te stroomlijnen. Het bevat onder meer voorstellen met betrekking tot proportionaliteit (bijvoorbeeld de eisen die aan opdrachten worden gesteld moeten in redelijke verhouding staan tot de opdracht), uniformiteit (het gebruik van dezelfde formulieren) en te maken afspraken tussen aanbestedende diensten en het bedrijfsleven over procedures onder de Europese aanbestedingsdrempels. Wanneer zij in de huidige vorm aangenomen wordt door de Eerste en Tweede Kamer, zal de Aanbestedingswet het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass) gaan vervangen. Op het moment van verschijnen van deze publicatie ligt de Aanbestedingswet voor behandeling in de Tweede Kamer. De huidige voorstellen voor de Aanbestedingswet hebben voor een belangrijk deel een relatie met de

huidige richtlijnbevestigingen. De eerste vragen naar de consequentie van de nieuwe voorstellen voor gewijzigde aanbestedingsrichtlijnen voor de huidige voorstellen voor een aanbestedingswet zijn inmiddels opgekomen. Naar verwachting zullen deze vragen ook opkomen in de parlementaire behandeling van de Aanbestedingswet.

1.2 Hoe nu verder?

Zoals gezegd heeft de Europese Commissie op 20 december 2011 een voorstel voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen en een richtlijn concessies gepubliceerd. Het aannemen van wetgeving gebeurt in Brussel in samenspel tussen de Europese Commissie, de Raad (van ministers) en het Europees Parlement. De Europese Commissie heeft het recht van initiatief waarvan zij door het doen van het voorstel voor de richtlijnen gebruik gemaakt heeft.

Ligt er eenmaal een Commissievoorstel dan zijn het de Raad en het Parlement samen die besluiten om op grond van dat voorstel een Europese wetgevingshandeling aan te nemen. Op dit voorstel is de gewone wetgevingsprocedure (voorheen codecisie-procedure) van toepassing. Deze gewone wetgevingsprocedure kent drie fasen of lezingen. Nadat de Commissie haar voorstel naar het Parlement en de Raad heeft gestuurd behandelen zij het en bespreken zij het in twee opeenvolgende lezingen. Zijn zij het na die twee lezingen niet eens dan wordt het voorstel voorgelegd aan een bemiddelingscomité dat is samengesteld uit een gelijk aantal vertegenwoordigers van de Raad en het Parlement. Ook vertegenwoordigers van de Commissie doen mee aan dit overleg. Zodra in het comité overeenstemming is bereikt, wordt de overeengekomen tekst voor een derde lezing naar het Parlement en de Raad gezonden, zodat zij de tekst definitief als wettekst kunnen vaststellen of verwerpen.

Kijk [hier](#) voor meer informatie over vaststelling wet- en regelgeving.

De komende maanden zal er dus veel onderhandeld en gelobbyd gaan worden door belanghebbende partijen. Benadrukt moet dan ook worden dat de voorstellen zoals deze er nu liggen en zoals wij die de komende weken toelichten, niet de definitieve wetteksten zijn die uiteindelijk worden aangenomen. Wanneer de teksten definitief aangenomen zullen worden is niet met zekerheid te zeggen. Wanneer de voorstellen voor het eind van 2012 zouden worden aangenomen zoals in de Single Market act gepland staat (en ook in de aankondiging van de nieuwe richtlijnen), dan moeten de richtlijnen op 30 juni 2014 geïmplementeerd zijn door de lidstaten. Zie ook het [nieuwsbericht](#) 'Voorstel nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen en Concessierichtlijn'.

In dit eerste hoofdstuk concentreren we ons op verschillende relevante wijzigingen die in het voorstel 896 zijn opgenomen. Het feuilleton biedt geen uitputtend overzicht van alle wijzigingen.

1.3 De reikwijdte van de richtlijn

De reikwijdte van de aanbestedingsrichtlijn is door de Europese Commissie in haar voorstel 896 op verschillende punten aangepast. Zo zijn definities toegevoegd en gewijzigd, wordt voorgesteld het verschil tussen IIA- en IIB-diensten op te heffen en zijn keuzes gemaakt over aanpassing van de drempelbedragen.

1.3.1 Definities

Aan de richtlijn zijn door de Europese Commissie ter verduidelijking verschillende definities toegevoegd bijvoorbeeld van 'regionale' en 'lokale overheid' (zie art 2 sub 4 en 5). Voor Nederlandse decentrale overheden betekent dit dat zij onder het regime van de richtlijn blijven vallen als

aanbestedende dienst. Daarnaast zijn verschillende definities die de reikwijdte van de richtlijn bepalen aangepast op basis van jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie. Bijvoorbeeld de definitie van publiekrechtelijke instelling- een definitie die ook bij decentrale overheden vaak tot vragen leidt (want is bijv. een stichting van een gemeente een zelfstandige aanbestedende dienst?)- wordt aangepast.

Definitie aanbesteden

Omdat er nogal wat verschillende vormen van publieke actie bestaan, heeft de Europese commissie het in het richtlijnvoorstel noodzakelijk geacht om het begrip 'aangeboden' te definiëren. De aanbestedingsrichtlijnen zijn namelijk niet bedoeld voor alle vormen van publieke uitgaven, maar slechts die uitgaven die betrekking hebben op de aanschaf van goederen, leveringen en diensten. Het slechts financieren van een activiteit (subsidiëren), valt niet onder de reikwijdte van de richtlijn. In artikel 1 lid 2 is de nieuwe definitie te vinden; aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop of de verkrijging in een andere vorm van werken, leveringen of diensten door een of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.

Eén opdracht of meerdere?

Omdat ook gebleken is dat het lastig gevonden wordt te bepalen wat nu als één enkele opdracht moet worden aangemerkt en wanneer er sprake is van meerdere overheidsopdrachten, is in artikel 1 lid 2 een bepaling opgenomen betreffende de vraag wanneer sprake is van een samengestelde opdracht van werken, leveringen en/of diensten. De bepaling luidt als volgt: een geheel van werken, leveringen en/of diensten, zelfs indien aangekocht in verschillende opdrachten, vormt één enkele aanbesteding in de zin van deze richtlijn indien de opdrachten deel uitmaken van één enkel project. Een indicatie voor het bestaan van één enkel project kan zijn de volledige/alles overlappende voorafgaande planning en vorming door de aanbestedende dienst, het feit dat de verschillende gekochte elementen één economische en technische functie vervullen of dat ze op een andere manier logisch samenhangen en worden uitgevoerd in een kort tijdsbestek.

Publiekrechtelijke instelling

Onder [publiekrechtelijke instellingen](#) worden in voorstel 896 verstaan instellingen die voldoen aan de volgende kenmerken (cursief is nieuwe tekst in het richtlijnvoorstel, dus meer toelichting op het aspect voorzien in behoeften van algemeen belang):

- (a) zij zijn opgericht voor, of hebben het specifieke doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard; *in deze zin heeft een instelling die in normale marktomstandigheden werkzaam is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteit verbonden verliezen draagt, niet het doel te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard;*
- (b) zij bezitten rechtspersoonlijkheid;
- (c) zij worden, merendeels, door de staats-, regionale of lokale overheid of andere publiekrechtelijke lichamen gefinancierd; of zijn voor hun beheer onderworpen aan toezicht door deze laatste; of hebben een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan waarvan de leden voor meer dan de helft door de staat, de regionale of lokale overheden of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Publiekrechtelijke instellingen zijn ook aanbestedende diensten in de zin van richtlijn 896, dus verplicht tot toepassing van de richtlijn indien aan alle voorwaarden daarvoor wordt voldaan.

Zie voor meer informatie ook het Groenboek op pagina 11. Van belang voor de vraag of een instelling moet worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling is of rekening wordt gehouden met factoren zoals concurrentieniveau op de markt en de vraag of de instelling winst nastreeft en de aan haar activiteit verbonden risico's en verliezen zelf draagt. Gemeentelijke bedrijven worden daarin genoemd als voorbeeld van publiekrechtelijke instellingen in de zin van de richtlijn.

Werken

De definitie van '[overheidsopdracht voor werken](#)' luidt als volgt (cursief is nieuw):

'overheidsopdrachten voor werken' zijn overheidsopdrachten die betrekking hebben op:

- (a) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II bedoelde activiteiten;
- (b) de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk;
- (c) het verwezenlijken met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst *die een beslissende invloed uitoefent op het soort en het ontwerp van het werk.*

Leveringen

De definitie van '[overheidsopdrachten voor leveringen](#)' luidt in het voorstel: overheidsopdrachten die betrekking hebben op de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten; *Als overheidsopdracht voor leveringen kunnen worden beschouwd, in bijkomende orde, plaatsings- en installatiewerkzaamheden.*

Diensten

De definitie van '[overheidsopdracht voor diensten](#)' luidt in het voorstel: 'overheidsopdrachten voor diensten' zijn andere opdrachten dan de in punt 8 (overheidsopdrachten voor werken) bedoelde opdrachten die betrekking hebben op de verrichting van diensten.

Gemengde opdrachten

Daarnaast wordt in artikel 3 verduidelijkt wat onder een gemengde opdracht verstaan moet worden. Opdrachten die betrekking hebben op twee of meer soorten aanbestedingen (van werken, leveringen of diensten) worden gegund overeenkomstig de bepalingen die van toepassing zijn op het type van aanbesteding dat het voornaamste voorwerp van de betrokken opdracht kenmerkt. Wanneer de gemengde opdracht bestaat uit sociale en andere specifieke diensten (in de zin van art 74 ev) of uit diensten en leveringen, dan moet het hoofdvoorwerp van de opdracht worden bepaald door de respectievelijke waarden van de opdrachten te vergelijken. Daarnaast geeft het artikel aan welke regelgeving geldt bij gemengde opdrachten bestaande uit elementen die onder richtlijn 895 en die onder deze richtlijn vallen, en bestaande uit concessies en elementen die onder deze richtlijn vallen.

Continuïteit bewaren

Hoewel in het nieuwe richtlijnvoorstel dus verschillende definities aangepast zijn, geeft de Commissie ook aan dat geprobeerd is in het voorstel continuïteit te bewaren in het gebruik van begrippen en concepten die door de jaren heen ontwikkeld zijn in de rechtspraak van het Europese Hof en die bekend zijn bij degenen die zich met de regelgeving bezig houden.

1.3.2 Voorstel voor verval van onderscheid IIA- en IIB-diensten

Onder de huidige aanbestedingsrichtlijn bestaat er een onderscheid tussen zogenoemde [IIA- en IIB-diensten](#). Op IIA-diensten is het volledige richtlijnregime van toepassing en voor IIB-diensten geldt een lichter aanbestedingsregime. De Europese Commissie stelt nu voor om dit onderscheid af te schaffen. Uit een evaluatie die de Commissie uit heeft laten voeren is gebleken dat het niet langer

gerechtvaardigd is om de volledige toepassing van de richtlijn te beperken tot een beperkte groep diensten.

Sociale diensten

Uit de evaluatie is echter ook gebleken dat het huidige aanbestedingsregime niet geschikt is voor sociale diensten. Sociale diensten, gezondheidsdiensten en onderwijsdiensten hebben slechts een beperkt grensoverschrijdend belang. Doordat er verschillende culturele tradities in de lidstaten bestaan, verschilt het ook per lidstaat hoe deze diensten zijn ingericht. Daarom stelt de Commissie een apart regime voor deze diensten voor met een hogere drempel van 500.000 euro. Sociale diensten onder deze drempel worden beschouwd als diensten die geen grensoverschrijdend belang hebben, behalve wanneer er concrete aanwijzingen bestaan dat dit anders zou zijn, bijvoorbeeld wanneer de EU een bepaald grensoverschrijdend project financiert. (Zie verder ook art. 74 ev en ro 11).

Opdrachten voor diensten aan personen die deze drempel overschrijden, moeten over heel de Unie transparant verlopen. Wegens het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van deze diensten moeten de lidstaten een grote vrijheid krijgen om de keuze van de dienstverrichters te organiseren zoals zij dat het meest passend achten. In de voorschriften van de richtlijn wordt rekening gehouden met die noodzaak en wordt alleen de naleving van de basisbeginselen van transparantie en gelijke behandeling verplicht gesteld, en er wordt voor gezorgd dat aanbestedende diensten voor de keuze van dienstverrichters specifieke kwaliteitscriteria kunnen toepassen zoals vastgesteld in het facultatieve Europees kwaliteitskader voor sociale diensten van het Comité voor sociale bescherming van de Europese Unie. Lidstaten en/of aanbestedende diensten blijven vrij om deze diensten zelf te verrichten of om sociale diensten zo te organiseren dat er geen sprake is van gunning van overheidsopdrachten, bijvoorbeeld door deze diensten alleen te financieren of door licenties of machtigingen te verlenen aan alle ondernemers die beantwoorden aan de vooraf door de aanbestedende dienst vastgestelde voorwaarden, zonder beperkingen of quota, op voorwaarde dat dit systeem met voldoende publiciteit gepaard gaat en aan het transparantiebeginsel en het discriminatieverbod voldoet.

1.3.3 Drempels

Geen verhoging van de drempels

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

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

De Europese drempelbedragen worden uitgedrukt in SDR, de rekeneenheid van de WTO en daarmee ook de rekeneenheid onder het GPA (Agreement on government procurement van de WTO). De bedragen in SDR moeten worden omgerekend in euro's tegen een omrekenkoers die door de Commissie iedere twee jaar opnieuw wordt vastgesteld. Deze systematiek is ook vastgelegd in de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18 (zie art. 78) en blijft behouden in het nieuwe voorstel (zie art. 6). De vigerende drempelwaarden voor Europees aanbesteden voor de periode van 1 januari 2012 tot en met 31 december 2013 zijn onlangs (in december 2011) weer bekendgemaakt. Voor de komende periode zijn de drempels dus weer regulier aangepast op basis van deze omrekening, maar niet extra verhoogd. Voor decentrale overheden geldt met ingang van 1 januari voor opdrachten voor werken een drempel van 5.000.000 euro en voor opdrachten voor diensten en leveringen 200.000 euro. Deze nieuwe drempelbedragen zijn ook opgenomen in artikel 4 van het richtlijnvoorstel. De Europese Commissie stelt dus niet voor de drempelwaarden te verhogen in de toekomst.

Opdrachten onder de drempel

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

1.4 Versimpeling en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures

Verschillende aanbestedingsprocedures

In het richtlijnvoorstel 896 blijft het uitgangspunt bij verplichte toepassing van de aanbestedingsrichtlijn dat de [openbare of niet openbare procedure](#) gevolgd wordt, zie artikel 24 t/m 26. Daarnaast bestaat de mogelijkheid de zogenoemde mededingingsprocedure van gunning door onderhandelingen (artikel 27), de concurrentiegericht dialoge (artikel 28) en/ of het innovatiepartnerschap (artikel 29) toe te passen. Deze laatste betreft een nieuw type procedure, specifiek voor innovatieve aanbestedingen. Innovatie speelt een centrale rol in de EU 2020 strategie (evenals onderzoek). Aankoopdiensten moeten de mogelijkheid krijgen innovatieve producten en diensten aan te schaffen om de toekomstige groei te bevorderen en de efficiëntie en kwaliteit van overheidsdiensten te verbeteren. Door introductie van het nieuwe type aanbestedingsprocedure wordt hieraan tegemoet gekomen. Het innovatiepartnerschap betreft een nieuwe speciale procedure voor de ontwikkeling en de daaropvolgende aankoop van nieuwe, innovatieve producten, werken en diensten, op voorwaarde dat deze geleverd kunnen worden tegen overeengekomen kwaliteits- en prijsniveaus. Ook wordt in

voorstel 896 de bestaande procedure van de concurrentiegerichte dialoog verbeterd en vereenvoudigd en worden grensoverschrijdende gezamenlijke aanbestedingen (een belangrijk instrument voor innovatieve aankopen; zie artikel 38) vergemakkelijkt.

In artikel 30 van het voorstel wordt tot slot de (reeds bestaande) onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toegelicht.

Mededingingsprocedure van gunning door onderhandeling

Deze procedure zou moeten kunnen worden toegepast in gevallen waarin de openbare of niet openbare procedure niet tot bevredigende resultaten zou leiden. Lidstaten moeten in hun nationale implementatie verder voorzien in de invulling van deze procedure waarbij toereikende waarborgen om de beginselen van gelijke behandeling en transparantie worden eerbiedigd. De procedure zou aanbestedende diensten grotere vrijheid geven om dat in te kopen wat volledig is afgestemd op specifieke behoeften. Ook is de verwachting dat bij dit type procedure de grensoverschrijdende handel zal toenemen.

Concurrentiegerichte dialoog

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

Innovatiepartnerschap

Aanbestedende diensten moeten overheidsopdrachten zo strategisch mogelijk aanwenden om innovatie te bevorderen. Streven naar de beste prijs/kwaliteitverhouding en naar ruimere economische, milieu- en maatschappelijke voordelen om nieuwe ideeën te doen rijpen, het omzetten hiervan in innovatieve producten en diensten, het bevorderen van een duurzame economische groei: dit hangt allemaal met elkaar samen. Het richtlijnvoorstel moet helpen innovatieve activiteiten in aanbestedingen te bevorderen en moet lidstaten ondersteunen om de streefdoelen van de uit de EU 2020 strategie te bereiken. De speciale aanbestedingsprocedure waarbij aanbestedende diensten een innovatiepartnerschap kunnen aangaan op lange termijn voor de ontwikkeling en daaropvolgende aankoop van innovatieve producten, werken en diensten helpt hierbij. Het partnerschap moet zo worden gestructureerd dat het de nodige 'market-pull' kan opleveren om de ontwikkeling van een innovatieve oplossing te bevorderen, zonder de markt af te schermen.

Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking

Deze procedure blijft nog steeds alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden geoorloofd. Bijvoorbeeld in gevallen waarin volgens rechtspraak van het Hof EU om redenen van overmacht niet mogelijk is bekend te maken of waarin vanaf het begin duidelijk is dat daardoor niet meer concurrentie op gang zal komen (als er bijvoorbeeld objectief gezien maar 1 ondernemer is die de opdracht kan uitvoeren). De situatie van objectieve exclusiviteit mag bovendien niet door de aanbestedende dienst zelf zijn gecreëerd en er mogen geen passende substituten beschikbaar zijn. Hierbij bestaat een grondige onderzoeksverplichting.

6 aanbestedingstechnieken voor gegroepeerde, elektronische aanbestedingen

Naast bovengenoemde verschillende aanbestedingsprocedures hebben aanbestedende diensten ook

de beschikking over 6 specifieke aanbestedingstechnieken en – instrumenten voor gegroepeerde en elektronische aanbestedingen, namelijk: raamovereenkomsten, dynamische aankoopssystemen, elektronische veilingen, elektronische catalogi, aankoopcentrales en gezamenlijke aanbesteding. Zie hierover meer hierna onder het kopje ‘Bevorderen van elektronisch aanbesteden’.

1.5 Lichter aanbestedingsregime voor decentrale overheden?

In het Groenboek heeft de Europese Commissie aan belanghebbenden ook de vraag gesteld of zij voorstander waren van een lichter procedureel aanbestedingskader, specifiek voor lokale en regionale aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten boven de drempels van de richtlijnen (zie ook pagina 21 groenboek).

In het nieuwe aanbestedingsrichtlijnvoorstel stelt de Europese Commissie nu in artikel 24 lid 2b dat lagere aanbestedende diensten (alle aanbestedende diensten die geen centrale overheidsinstantie zijn (art. 1 lid 3)), waaronder regionale en lokale overheden vallen, wanneer zij gebruik maken van de niet-openbare aanbestedingsprocedure of van de onderhandelingsprocedure, zij kunnen gebruik maken van een vooraankondiging (zie art. 46 lid 2 voor de inhoud/het begrip vooraankondiging) als oproep tot mededinging.

Wanneer zij van deze mogelijkheid gebruik maken, hoeven zij vóór de aanvang van de aanbestedingsprocedure geen aparte aankondiging van een opdracht bekend te maken. Zij kunnen eveneens op een flexibelere wijze en in onderling overleg met deelnemers bepaalde termijnen vaststellen.

Ondernemers die hun belangstelling kenbaar hebben gemaakt na de bekendmaking van de vooraankondiging, worden uitgenodigd hun belangstelling schriftelijk te bevestigen door middel van een uitnodiging tot bevestiging van belangstelling overeenkomstig artikel 52. Dit brengt een verkorting en versoepeling van de aanbestedingsprocedure vergeleken met de huidige richtlijn mee.

Daarnaast stelt artikel 26 lid 4 van richtlijnvoorstel 896 dat decentrale overheden die gebruik maken van de niet-openbare procedure zelf de termijn voor het ontvangen van de inschrijvingen door wederzijdse overeenstemming tussen de aanbestedende dienst en de geselecteerde kandidaten kunnen vaststellen. Alle kandidaten moeten daarbij wel dezelfde tijd krijgen om hun aanbieding voor te bereiden en in te dienen.

Wanneer er geen overeenstemming bereikt kan worden dan bepaalt de aanbestedende dienst de termijn. Deze moet ten minste 10 dagen bedragen vanaf de datum van uitnodiging tot het doen van een inschrijving. Dit betreft een flexibilisering ten opzichte van de vigerende richtlijn.

1.6 Bevorderen van het elektronisch aanbesteden

Het gebruik van elektronische communicatie en transactieverwerking door publieke inkopers kan belangrijke besparingen en verbeterde aanbestedingsresultaten meebrengen en tegelijkertijd leiden tot het terugbrengen van verspilling en fouten.

Voorstel 896 wil lidstaten helpen om de verandering naar [elektronische aanbesteding](#) te bereiken door leveranciers in staat te stellen deel te nemen aan online aanbestedingsprocedures in heel de interne markt. Hiertoe voorziet het voorstel in een verplichte elektronische doorzending van aankondigingen, de verplichte elektronische beschikbaarstelling van aanbestedingsdocumenten en wordt de overgang naar zuiver elektronische communicatie, in het bijzonder elektronische inschrijvingen, binnen een periode van 2 jaar verplicht gesteld in alle aanbestedingsprocedures. Zie ook artikelen 19 en 51 van

het voorstel.

Het dynamisch aankoopstelsel en het gebruik van elektronische catalogi wordt gestroomlijnd en verbeterd. Deze elektronische aanbestedingsinstrumenten worden in het bijzonder aangepast aan gegroepeerde aanbestedingen die door aankoopcentrales worden gedaan. Het e-aanbestedingsinstrument zou ook aanbestedende diensten in staat moeten stellen om fouten die gewoonlijk te wijten zijn aan verkeerde interpretatie of begrip van aanbestedingsregels, te voorkomen, op te sporen en te corrigeren.

Verkorting termijnen bij elektronisch aanbesteden

De elektronische vorm zou de standaardvorm moeten worden voor mededeling en uitwisseling van informatie in aanbestedingsprocedures. Ook wordt tijd bespaard door het gebruik van elektronische middelen. Het voorstel 896 verkort daarom bij gebruik van elektronische middelen de minimumtermijnen, op voorwaarde dat deze verenigbaar zijn met de specifieke verzendingsmethoden die in de unie worden toegepast. Zie de diverse artikelen betreffende de toepassing van de aanbestedingsprocedures, bijvoorbeeld art. 25 lid 4 (openbare procedure), art. 26 lid 5 (niet openbare) etc.

Vraagbundeling

Er wordt geconstateerd dat op de aanbestedingsmarkten in Europa een trend ontstaat van vraagbundeling door aanbestedende diensten om aldus schaalvoordelen te krijgen met lagere prijzen en transactiekosten en om het beheer van aanbestedingen te verbeteren en te professionaliseren. Het samenvoegen en bundelen van aankopen mag echter niet tot buitensporige concentraties van kopersmacht gaan leiden, collusie moet worden voorkomen en de transparantie en concurrentie en kansen voor markttoegang voor kmo's moet worden gevrijwaard.

Raamovereenkomsten

Het gebruik van raamovereenkomsten wordt beoordeeld als een efficiënte aanbestedingstechniek, maar in het bijzonder de voorwaarden voor het gebruik van een raamovereenkomst door aanbestedende diensten die zelf geen partij zijn bij de overeenkomst wordt verduidelijkt. Zie artikel 31 van het voorstel.

Dynamisch aankoopstelsel

De regels met betrekking tot dynamische aankoopssystemen worden aangepast zodat aanbestedende diensten ten volle voordeel uit de mogelijkheden van dit instrument kunnen halen. De behoefte aan indicatieve inschrijvingen wordt uitgeschakeld. Dit is namelijk een van de grootste lastenposten uit dit systeem. Het systeem wordt in het voorstel in de vorm van een niet- openbare procedure gegoten. Elke ondernemer die een aanvraag tot deelneming indient en aan selectiecriteria voldoet moet tot de aanbestedingsprocedure worden toegelaten. Zie artikel 32.

Nieuwe elektronische aankooptechnieken zoals elektronische catalogi

Het ontwikkelen van nieuwe elektronische aankooptechnieken, zoals elektronische catalogi draagt bij tot meer concurrentie en gestroomlijnde overheidsaankopen. Er moeten wel een aantal regels worden vastgesteld om te zorgen dat het gebruik hiervan voldoet aan de richtlijnvoorschriften en beginselen van gelijke behandeling, transparantie en non-discriminatie. In bepaalde gevallen moeten aanbestedende diensten inschrijvingen met betrekking tot specifieke aankopen kunnen openstellen op basis van eerder ingezonden elektronische catalogi. Wel moeten aanbestedende diensten daarbij vermijden ongerechtvaardigde belemmeringen op te werpen voor de toegang van ondernemers tot

aanbestedingsprocedures en de naleving van de algemene beginselen van non-discriminatie en gelijke behandeling waarborgen. Zie artikel 34.

Aankoopcentrales

Het gebruik van aankoopcentrales neemt toe. Deze centrales kopen of gunnen voor andere aanbestedende diensten. Er is behoefte aan een definitie van aankoopcentrales die in dienst staan van aanbestedende diensten, zodat dat dit de voortzetting van minder geïnstitutionaliseerde vormen van gecentraliseerde aankopen niet in de weg staat of afdoet aan de praktijk waarbij dienstenaanbieders worden gebruikt voor de voorbereiding en beheer van aanbestedingsprocedures voor aanbestedende diensten. Er zijn regels nodig voor de verdeling van de verantwoordelijkheid voor de naleving van de verplichtingen uit hoofde van de aanbestedingsrichtlijn tussen de aankoopcentrale en de aanbestedende diensten die bestellingen plaatsen daarbij. Zie artikel 35 en 37. Omdat elektronische communicatie middelen bijzonder geschikt zijn om gecentraliseerde aankooppraktijken en – instrumenten te ondersteunen (denk aan hergebruik gegevens, automatische verwerking gegevens en zo beperking van kosten) moet het gebruik van deze elektronische communicatiemiddelen door aankoopcentrales verplicht worden gesteld. Zie artikel 35 lid 4.

Zie huidige richtlijn 2004/18 over aankoopcentrales (art. 1 definitie, art 11), dynamisch aankoopstelsel (art. 1 definitie, art. 33) en gebruik van elektronische veilingen (art 54; zie voor elektronische veilingen in richtlijnvoorstel 896 artikel 33).

1.7 Termijnen

De Europese Commissie stelt een meer flexibele en gebruiksvriendelijkere benadering voor bepaalde onderdelen van de aanbestedingsprocedures voor. [Termijnen](#) zijn ingekort zodat procedures sneller kunnen verlopen. Hieronder worden alleen de voorstellen met betrekking tot de termijnen van de meest gebruikte aanbestedingsprocedures, namelijk de openbare en niet-openbare procedure, besproken. Verschillende termijnen zijn ingekort zodat een snellere en meer gestroomlijnde aanbestedingsprocedure mogelijk is.

Openbare procedure:

- De termijn voor de ontvangst van de inschrijvingen bedraagt minimaal 40 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht. Wanneer de aanbestedende diensten een vooraankondiging bekend hebben gemaakt die niet wordt gebruikt als een oproep tot mededinging, kan de minimale termijn voor ontvangst van inschrijvingen worden verkort tot 20 dagen onder voorwaarden genoemd in artikel 25 lid 2.
- Wanneer het niet haalbaar blijkt de termijn van 40 dagen in acht te nemen wegens een door de aanbestedende dienst naar behoren gemotiveerde spoedsituatie, kan deze een termijn vaststellen die niet minder mag bedragen dan 20 dagen na de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht.
- De aanbestedende dienst kan de termijn van 40 dagen voor ontvangst van inschrijvingen met vijf dagen verkorten wanneer hij ermee instemt dat inschrijvingen overeenkomstig artikel 19, leden 3, 4 en 5, met elektronische middelen worden ingediend.

Niet-openbare procedure:

- De termijn voor de ontvangst van aanvragen tot deelneming bedraagt minimaal dertig dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht of, wanneer een vooraankondiging wordt gebruikt als een oproep tot mededinging, vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling.
- De termijn voor de ontvangst van inschrijvingen bedraagt minimaal 35 dagen, te rekenen vanaf de

verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

- Wanneer de aanbestedende diensten een vooraankondiging hebben bekendgemaakt die niet wordt gebruikt als oproep tot mededinging, kan de termijn voor de ontvangst van inschrijvingen worden verkort tot 15 dagen, mits aan de voorwaarden genoemd in artikel 26 lid 3 wordt voldaan.

- Lagere aanbestedende diensten kunnen de termijn voor ontvangst van inschrijvingen in onderling overleg tussen de aanbestedende dienst en de geselecteerde gegadigden vaststellen, mits alle gegadigden evenveel tijd krijgen om hun inschrijvingen voor te bereiden en in te dienen. Wanneer geen overeenstemming over de termijn voor de ontvangst van inschrijvingen kan worden bereikt, stelt de aanbestedende dienst een termijn vast die ten minste 10 dagen bedraagt, te rekenen vanaf de datum van de uitnodiging tot inschrijving.

- De termijn voor de ontvangst van inschrijvingen kan met vijf dagen worden verkort wanneer de aanbestedende dienst ermee instemt dat inschrijvingen met elektronische middelen worden ingediend overeenkomstig artikel 19, leden 3, 4 en 5.

- Wanneer het niet haalbaar blijkt de vastgestelde termijnen in acht te nemen wegens een door de aanbestedende dienst naar behoren gemotiveerde spoedsituatie, kan hij de volgende termijnen vaststellen:

(a) een termijn voor ontvangst van aanvragen tot deelneming van minimaal vijftien dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht;

(b) een termijn voor ontvangst van inschrijvingen van minimaal tien dagen, te rekenen vanaf de datum waarop de uitnodiging tot inschrijving is verzonden.

1.8 Onderscheid selectie- en gunningscriteria

Op basis van de huidige richtlijnen moet de keuze van de winnende inschrijver plaatsvinden in twee fasen. In de selectiefase beoordeelt de aanbestedende dienst de bekwaamheid en geschiktheid van de ondernemingen. Dit gebeurt aan de hand van [uitsluitingscriteria](#) en [criteria van economische en financiële draagkracht](#), beroeps- en technische kennis en bekwaamheid. In de [gunningsfase](#) onderzoekt de aanbestedende dienst de inschrijvingen en kiest daaruit de beste. Dit gebeurt aan de hand van objectieve criteria die verband houden met de kwaliteit van de aangeboden producten en diensten. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moeten de aanbestedende diensten een strikt onderscheid maken tussen selectie- en gunningscriteria.

In het richtlijnvoorstel is het onderscheid tussen gunnings- en selectiecriteria flexibeler gemaakt. Aanbestedende diensten mogen nu zelf beslissen welke volgorde zij hanteren bij het beoordelen van de selectie- en gunningscriteria (art. 54). Op basis van de huidige aanbestedingsrichtlijnen (art. 44) moeten eerst de selectiecriteria (die zien op de aanbieder) en vervolgens de gunningscriteria (die zien op de aanbieder) getoetst worden. Op basis van het voorstel mag ook rekening gehouden worden met de organisatie en de kwaliteit van het personeel dat de opdracht uit gaat voeren als gunningscriterium.

1.9 Uitsluiting van 'ondeugdelijke' inschrijvers

[Uitsluiting](#) van inschrijvers die zich schuldig hebben gemaakt aan corruptie of die meer in het algemeen beroepsfouten hebben begaan, is een wapen ter bestraffing -en in zekere mate ook ter voorkoming- van ondeugdelijke handelspraktijken.

In artikel 45 van de huidige richtlijn is reeds de verplichting opgenomen om inschrijvers die zijn veroordeeld voor bepaalde opgesomde delicten (waaronder corruptie) uit te sluiten alsook de mogelijkheid om inschrijvers uit te sluiten wanneer er sprake is van een aantal andere ondeugdelijke handelspraktijken (waaronder een ernstige beroepsfout).

In het richtlijnvoorstel zijn de uitsluitingsgronden herzien en verduidelijkt (art. 55). Aanbestedende diensten zijn op basis van het voorstel gerechtigd om ondernemingen die bij het uitvoeren van eerdere contracten significante of herhaalde tekortkomingen hebben vertoond, uit te sluiten.

Daarnaast voorziet het voorstel (in tegenstelling tot de huidige richtlijn) in de mogelijkheid 'zelfreinigende maatregelen' te treffen, dat wil zeggen maatregelen die belangstellende ondernemingen zelf nemen om een negatieve situatie die hun toelaatbaarheid in het gedrang brengt, te verhelpen. Aanbestedende diensten mogen gegadigden of inschrijvers toelaten tot de aanbestedingsprocedure ondanks dat er een uitsluitingsgrond bestaat, wanneer zij geschikte maatregelen genomen hebben om de consequenties van het onrechtmatige gedrag te verhelpen en wanneer zij dergelijk gedrag in de toekomst op een effectieve manier voorkomen.

Het voorstel voorziet ook in de mogelijkheid om ondernemingen uit te sluiten van deelname aan de aanbestedingsprocedure wanneer niet voldaan wordt aan EU-wetgeving op het gebied van sociaal-arbeids-, of milieurecht of aan internationale arbeidsrechtelijke bepalingen.

1.10 Wezenlijke wijziging van opdrachten

Het [wijzigen van opdrachten](#) gedurende de looptijd ervan is erkend als problematisch. In het nieuwe richtlijnvoorstel wordt een specifieke bepaling over wijziging van opdrachten opgenomen (artikel 72). Hierin wordt de basisoplossing uit de rechtspraak van het Hof EU opgenomen en een oplossing gegeven voor het aanpakken van onvoorziene omstandigheden die een aanpassing van een overheidsopdracht gedurende de looptijd vergen.

Volgens de rechtspraak is een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist in geval van materiele wijzigingen van de oorspronkelijke opdracht in het bijzonder van de reikwijdte en de omschrijving van de wederzijdse rechten en plichten. Deze wijzigingen tonen dat de partijen de intentie hebben opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van die opdracht. Wanneer de gewijzigde voorwaarden invloed zouden hebben gehad op het resultaat van de procedure – hadden zij deel uitgemaakt van die oorspronkelijke procedure- dan is hiervan sprake.

Bij externe omstandigheden waarmee aanbestedende diensten bij gunning van de opdracht geen rekening hadden kunnen houden is flexibiliteit nodig. De opdracht zou dan zonder nieuwe gunningsprocedure aan de omstandigheden aangepast moeten kunnen worden. 'Het begrip onvoorziene omstandigheden verwijst naar omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de oorspronkelijke gunning door de aanbestedende dienst, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het betreffende project, de goede praktijk in het betrokken gebied en de noodzaak te zorgen voor een passende verhouding tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de voorzienbare waarde ervan. Dit is echter niet van toepassing in gevallen waarin een wijziging tot een verandering van de aard van de hele aanbesteding leidt, bijvoorbeeld door werken, leveringen of diensten te vervangen door iets anders of door het soort aanbesteding wezenlijk te veranderen' (zie rechtsoverweging 46 bij het voorstel).

De begunstigde inschrijver mag niet door een andere ondernemer worden vervangen zonder de opdracht opnieuw voor concurrentie open te stellen. Gedurende de uitvoering van de opdracht kan de begunstigde inschrijver wel structurele veranderingen ondergaan (denk aan reorganisaties, fusies, overnames). Dit hoeft niet automatisch te leiden tot nieuwe gunningprocedures.



EUROPA decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

Tot slot voorziet het voorstel in een regeling om aanbestedende diensten in individuele opdrachten zelf de mogelijkheid te geven door middel van herzieningsclausules in wijzigingen te voorzien. Deze clausules mogen echter geen onbeperkte vrijheid geven.

Hoofdstuk 2

Wat leest u in hoofdstuk 2 van het feuilleton?

In dit hoofdstuk gaan we verder met het bespreken van de voorstellen die de Europese Commissie doet voor de nieuwe 'klassieke' aanbestedingsrichtlijn 2011/896. We beginnen met verschillende voorstellen die gericht zijn op het strategisch gebruik van aanbesteden als antwoord op nieuwe uitdagingen. De voorstellen die aan orde komen, moeten bijdragen aan het behalen van de doelen die gesteld zijn in de EU2020-strategie. Verder worden de verschillende voorstellen besproken die bedoeld zijn om de Europese aanbestedingsmarkt toegankelijker te maken voor met name het midden- en kleinbedrijf en voor startende ondernemingen. Ook komen de voorstellen aan bod die tot doel hebben ondeugdelijke handelspraktijken tegen te gaan en voorstellen die moeten leiden tot verbeterd toezicht op en verbeterde ondersteuning bij aanbestedingsprocedures. Tot slot wordt ingegaan op de nieuwe voorstellen aangaande publiek publieke samenwerking en daarbij wordt vooral ingezoomd op onderwerpen als inbesteding, alleenrechten en voorbehoud van opdrachten aan SW-bedrijven.

2.1 Strategisch gebruik van aanbesteden als antwoord op nieuwe uitdagingen

Zoals in hoofdstuk 1 is beschreven, moet dit richtlijnvoorstel bijdragen aan het behalen van de zogenaamde [EU2020-doelstellingen](#). De EU 2020 is de strategie van de Europese Commissie voor slimme, duurzame en inclusieve groei uit 2010 biedt de langetermijnvisie van de Europese Unie op de sociale markteconomie van de 21^{ste} eeuw. Een aantal gerelateerde voorstellen hebben ook impact op de Europese aanbestedingsregels en het Europese aanbestedingsbeleid. De voorgestelde richtlijn voorziet de aanbestedende diensten van mogelijkheden en de nodige instrumenten om bij te dragen tot de strategische doelstellingen van Europa 2020 door gebruikmaking van hun koopkracht voor de aankoop van producten en diensten die innovatie bevorderen, milieu- en klimaatvriendelijk zijn en daarnaast ook gunstig uitpakken voor werkgelegenheid, openbare gezondheid en sociale omstandigheden.

Bij de vaststelling van de huidige richtlijn 2004/18 ging indertijd ook al veel aandacht uit naar sociale en milieu-aspecten en innovatie bij overheidsopdrachten. In dit richtlijnvoorstel 896 is er wederom veel aandacht, maar nu specifiek gekoppeld aan de EU 2020 doelstellingen, voor innovatie, milieu, sociale aspecten etc.

De Europese Commissie vindt het echter niet raadzaam voor overheidsopdrachten algemene verplichtingen voor milieubewuste, sociaal verantwoorde en innovatieve aankopen vast te stellen. Daarvoor zijn er te grote verschillen tussen individuele sectoren en markten.

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

De Europese Commissie heeft er daarom voor gekozen op deze weg verder te gaan en het vaststellen van dwingende doelstellingen en streefdoelen aan sectorspecifieke wetgeving over te laten volgens de in de desbetreffende sector heersende beleidskeuzen en omstandigheden. Daarnaast zal zij de ontwikkeling en het gebruik van Europese methoden van levenscycluskostenberekening (zie

par. 2.1.1) bevorderen als een verdere aanzet voor de aanwending van aanbestedingen met het oog op een duurzame groei.

Deze sectorspecifieke maatregelen moeten volgens de Europese Commissie wel worden aangevuld met een aanpassing van de aanbestedingsrichtlijnen. Hierdoor wordt aanbestedende diensten en dus ook decentrale overheden bevoegdheid verleend middels de voorstellen die in deze paragraaf aan de orde komen om in hun aankoopstrategieën de doelstellingen van de Europa 2020-strategie na te streven. Achtereenvolgens komen hieronder aan de orde: levenscycluskosten, productieproces, keurmerken, bestraffing van schendingen van dwingend sociaal, arbeids- of milieurecht, sociale diensten en innovatie.

2.1.1 Levenscycluskosten

In het voorstel wordt aan inkopers de mogelijkheid geboden om hun gunningsbeslissingen te baseren op de zg. levenscycluskosten van de aan te kopen producten, diensten of werken. De levenscyclus (alle opeenvolgende en/of onderling verbonden stadia, waaronder productie, vervoer, gebruik en onderhoud, in het bestaan van een product, werk of aanbidding van een dienst, gaande van de verkrijging van de grondstof of de opwekking van hulpbronnen tot de verwijdering, de opruiming en de afhandeling, art. 2 sub 22) dekt alle fasen van het bestaan van een product of werk of verrichting van een dienst, vanaf de aanschaf van de grondstof of het opwekken van de hulpbronnen tot het verwijderen, het opruimen of het afwerken ervan (ov. 40 en art. 67).

Met zowel de interne als -externe milieukosten moet rekening worden gehouden door aanbestedende diensten. Dit staat in artikel 67. Onder de *interne kosten* vallen kosten voor verkrijging, onderhoudskosten, en het levenseinde, zoals kosten voor ophaling en recycling. Voor de *externe milieukosten* geldt dat die rechtsreeks verband moeten houden met de levenscyclus mits de waarde in geld kan worden vastgesteld en gecontroleerd. De kosten kunnen betrekking hebben op kosten voor de uitstoot van broeikasgassen of andere vervuilende uitstoot en overige kosten voor bestrijding van klimaatverandering.

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

2.1.2 Productieproces

In het voorstel is opgenomen dat aanbestedende diensten in de [technische specificaties](#) en in de [gunningscriteria](#) kunnen verwijzen naar alle factoren die rechtstreeks verbonden zijn met het productieproces, een specifieke wijze van dienstverrichting, of een specifiek proces voor elke andere fase in de levenscyclus of dienst, op voorwaarde dat deze verband houden met het voorwerp van de opdracht. In huidige aanbestedingsrichtlijn zijn de technische specificaties en gunningcriteria geregeld in artikel 23 resp. artikel 53. Uit onder meer de consultatie, zie p. 43 en verder is gebleken dat aanbestedende diensten meer behoefte hebben aan meer specificering van het productieproces, dienstverrichtingswijze of levenscycli van producten en diensten. In dit voorstel komt de Europese Commissie aan die behoefte tegemoet.

Omdat de technische specificaties en gunningscriteria ingevolge het voorstel rekening moeten houden met het voorwerp van de opdracht, sluit dit uit dat door aanbestedende diensten rekening kan worden gehouden met voorschriften die verband houden met de totstandbrenging van de onder de aanbesteding vallende producten, werken of diensten. Er mag dus bijvoorbeeld geen rekening

gehouden worden met het algemene vereiste van maatschappelijk verantwoord ondernemerschap dat *het geheel* van de werkzaamheden van de ondernemer omvat.

Wel is er een andere manier om maatschappelijke overwegingen in overheidsopdrachten beter in aanmerking te nemen. Aanbesteders kunnen namelijk binnen het gunningscriterium van de economisch meest voordelige inschrijving letten op kenmerken die verband houden met de arbeidsomstandigheden van de rechtstreeks aan de betrokken productieprocessen of leveringen deelnemende personen.

Deze kenmerken kunnen slaan op (overweging 41):

- het beschermen van de gezondheid van het bij de productie betrokken personeel, of
- op het bevorderen van de sociale integratie van achtergestelde personen of personen van kwetsbare categorieën tussen de werknemers die de opdracht uitvoeren, inclusief de toegankelijkheid voor personen met een handicap. Met andere woorden: zij moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Dergelijke gunningscriteria met die kenmerken moeten in elk geval beperkt blijven tot die kenmerken die een onmiddellijke weerslag hebben op de personeelsleden in hun werkomgeving. Zij dienen te worden toegepast in overeenstemming met [Richtlijn 96/71/EG](#) van het Europees Parlement en de Raad van 16 december 1996 betreffende de terbeschikkingstelling van werknemers met het oog op het verrichten van diensten en wel op zodanige wijze dat er geen sprake is van directe of indirecte discriminatie ten aanzien van ondernemers uit andere lidstaten of uit derde landen die partij zijn bij de overeenkomst of bij de vrijhandelsakkoorden waarbij de Unie partij is.

Is er sprake van aanbestedingen van diensten of aanbestedingen die betrekking hebben op het ontwerpen van werken? Dan moeten aanbestedende diensten de organisatie, kwalificatie en ervaring van het bij de uitvoering van de opdracht betrokken personeel als gunningscriterium kunnen gebruiken. Deze factoren kunnen immers van invloed zijn op de kwaliteit van de uitvoering van de opdracht en bijgevolg de economische waarde van de inschrijving.

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

2.1.3 Keurmerken

In het richtlijnvoorstel is door de Europese Commissie een apart artikel toegevoegd dat betrekking heeft op keuren (art. 41). In dit artikel is de [jurisprudentie](#) van het Europese Hof van Justitie met betrekking tot dit onderwerp gecodificeerd. Zie voor keurmerken onder de huidige richtlijn ook artikel 23 lid 6, onze [praktijkvraag](#) 'mag ik vragen naar een bepaald keurmerk?' en de hierboven genoemde [handboeken](#) sociaal en duurzaam inkopen.

Aanbestedende diensten kunnen ingevolge het voorstel eisen dat werken, leveringen of diensten voorzien zijn van specifieke certificatie van milieu-, sociale of andere eigenschappen. Voorwaarde hierbij is dat ook gelijkwaardige keuren worden aanvaard (art. 41). Dit geldt bijvoorbeeld voor Europese of (pluri-) nationale milieukeuren of certificaten waarmee wordt aangegeven dat voor het product geen kinderarbeid is gebruikt.

De bedoelde certificatieregelingen moeten betrekking hebben op kenmerken die verband houden met het voorwerp van de opdracht. Daarnaast moeten ze zijn opgesteld op basis van wetenschappelijke informatie of op grond van andere objectief controleerbare en niet discriminerende criteria. Verder

moeten ze tot stand zijn gekomen in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, inclusief regeringsinstanties, consumenten, fabrikanten, kleinhandelaars en milieuorganisaties kunnen deelnemen en welke toegankelijk is voor alle belanghebbende partijen.

Aanbestedende diensten die een specifieke keur eisen moeten ook alle gelijkwaardige keuren die voldoen aan de voorschriften van de door de aanbestedende diensten aangegeven keur, aanvaarden. Voor producten die de keur niet dragen, aanvaarden de aanbestedende diensten eveneens een technisch dossier van de fabrikant of andere geschikte bewijsmiddelen.

2.1.4 Bestrafing van schendingen van dwingend sociaal, arbeids- of milieurecht

Wanneer kan een aanbestedende dienst een ondernemer van de aanbestedingsprocedure uitsluiten? Zie voor het regime onder de huidige richtlijn artikel 45 en informatie op onze website over [uitsluiting](#).

Volgens de voorgestelde richtlijn kan dit onder andere wanneer bij ondernemers inbreuken op verplichtingen uit hoofde van wetgeving van de Unie op het gebied van sociaal, arbeids- of milieurecht of uit hoofde van het internationaal arbeidsrecht worden vastgesteld (art. 55 lid 3a).

Daarnaast zal een aanbestedende dienst verplicht zijn inschrijvingen af te wijzen indien hij heeft vastgesteld dat de abnormaal lage prijzen het gevolg zijn van niet-nakoming van dwingende sociaal-, arbeids- of milieurechtelijke voorschriften van de Unie of van internationale arbeidsrechtelijke voorschriften (art. 69 lid 4). Dit is een nieuwe bepaling die in de huidige richtlijn niet staat.

2.1.5 Sociale diensten

De Europese Commissie stelt een apart aanbestedingsregime voor sociale diensten voor (zie ook hoofdstuk 1). Brussel komt met dit voorstel omdat uit de evaluatie van de gevolgen en de effectiviteit van de EU aanbestedingsregels is gebleken dat maatschappelijke diensten, gezondheidszorg en onderwijsvoorziening specifieke kenmerken vertonen. Hierdoor zijn zij volgens de Commissie niet geschikt voor toepassing van de gewone procedures voor de gunning van overheidsopdrachten. Deze diensten worden gewoonlijk verstrekt binnen een specifieke context die ten gevolge van verschillende administratieve, organisatorische en culturele omstandigheden sterk varieert naargelang van de lidstaten.

Verder hebben deze sociale diensten in wezen slechts een zeer beperkte grensoverschrijdende dimensie, aldus de Commissie in het voorstel (zie explanatory note, p. 11 en ov. 11). Lidstaten moeten daarom volgens de Europese Commissie een grote vrijheid krijgen om de keuze van dienstenaanbieders bij sociale diensten te organiseren.

In het voorstel wordt daarmee rekening gehouden door de invoering van een specifieke regeling voor opdrachten voor deze diensten, met een hogere drempel van 500 000 euro en met als enige verplichting om de groundbeginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht te nemen.

Opdrachten onder deze drempelwaarde hebben gewoonlijk geen grensoverschrijdend belang, tenzij concrete aanwijzingen van het tegendeel bestaan. Een voorbeeld van een dergelijke aanwijzing is financiering van grensoverschrijdende projecten door de Unie.

In titel III hoofdstuk I (bijzondere aanbestedingsregelingen, sociale diensten en andere specifieke diensten) van het richtlijnvoorstel wordt de voorgestelde procedure met betrekking tot sociale diensten uitgebreid besproken. Deze procedure komt er in het kort op neer dat aanbestedende diensten hun

voornemen tot gunnen van een opdracht voor sociale diensten kenbaar maken via een aankondiging van opdracht. Daarnaast moeten zij de resultaten van gunning bekend maken in een aankondiging van een gegunde opdracht. De lidstaten moeten voor de gunning van opdrachten met betrekking tot sociale diensten passende procedures in voeren waarbij gezorgd wordt voor volledige naleving van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers. Aanbestedende diensten kunnen daarbij wel rekening houden met de specifieke kenmerken van de betrokken diensten (art. 76 lid 1).

Voor meer informatie over sociale diensten en het voorstel van de Europese Commissie om het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten te laten verdwijnen, kunt u terecht in hoofdstuk 1.

2.1.6 Innovatie

Onderzoek en innovatie, waaronder eco-innovatie en sociale innovatie, spelen een centrale rol in de Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei. Eén van de zeven kerninitiatieven die uit de EU2020-strategie zijn voortgekomen is de '[Innovatie-Unie](#)'. Dit kerninitiatief moet de randvoorwaarden en de toegang tot financiering voor onderzoek en innovatie verbeteren, zodat innovatieve ideeën worden omgezet in producten en diensten die groei en banen opleveren. In dit richtlijnvoorstel worden daarom voorstellen gedaan zodat aanbestedende diensten de mogelijkheid krijgen innovatieve producten en diensten aan te schaffen.

De aankoop van innovatieve goederen en diensten speelt een centrale rol in het verbeteren van de efficiëntie en de kwaliteit van overheidsdiensten. Het vormt een antwoord op grote maatschappelijke uitdagingen. Hiermee kan worden gestreefd naar de beste prijs-/kwaliteitverhouding en naar ruimere economische, milieu- en maatschappelijke voordelen om nieuwe ideeën te doen rijpen, deze om te zetten in innovatieve producten en diensten en derhalve een duurzame economische groei te bevorderen.

In het voorstel wordt aan dit doel tegemoetgekomen door introductie van een nieuwe procedure, genaamd het innovatiepartnerschap. Dit is een speciale aanbestedingsprocedure waarbij aanbestedende diensten een innovatiepartnerschap kunnen aangaan op lange termijn voor de ontwikkeling en daaropvolgende aankoop van innovatieve producten, werken en diensten, op voorwaarde dat deze geleverd kunnen worden tegen overeengekomen kwaliteits- en prijsniveaus. Bij de berekening van de waarde van een opdracht van een innovatiepartnerschap moet worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde, exclusief BTW, van de onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten die zullen plaatsvinden. Dit geldt voor alle stadia van het voorgenomen partnerschap, alsmede van de leveringen, diensten of werken die aan het einde van het voorgenomen partnerschap zullen worden ontwikkeld en verkregen. De bestaande uitzonderingsbepaling in art. 16 betreffende onderzoek en ontwikkeling zien we in de nieuwe uitzonderingsbepaling art. 10 niet meer terug.

Het partnerschap tussen de aanbestedende dienst en de onderneming(en) dient zodanig te worden gestructureerd dat het de nodige stimulans op de markt kan opleveren om de ontwikkeling van een innovatieve oplossing te bevorderen. Dit moet gebeuren zonder de markt af te schermen. Zie voor de volledige uitleg van de procedure die gevolgd dient te worden bij het aangaan van een innovatiepartnerschap art. 29 van [de richtlijn](#).

De procedure concurrentiegerichte dialoog is nuttig gebleken in gevallen waarin de aanbestedende diensten niet in staat zijn te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te

beoordelen wat de markt te bieden heeft op het stuk van technische, financiële of juridische oplossingen. Dat kan met name het geval zijn bij innovatieve projecten, de uitvoering van omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten, grote computernetwerken, of projecten met een complexe en gestructureerde financiering. Het innovatiepartnerschap daarentegen is bedoeld om op lange termijn partnerschappen te kunnen aangaan voor de ontwikkeling en daaropvolgende aankoop van nieuwe innovatieve producten, diensten of werken

2.2 Een toegankelijker Europese aanbestedingsmarkt

In [het Groenboek](#) betreffende de modernisering van de aanbestedingsrichtlijnen heeft de Europese Commissie verschillende opties voor wijzigingen van de aanbestedingsrichtlijn voorgelegd waarop belanghebbenden konden reageren. In dit Groenboek schrijft de Europese Commissie op pagina 30: 'Een van de hoofddoelstellingen van de EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten bestaat erin ondernemingen de kans te geven daadwerkelijk te concurreren om overheidsopdrachten in andere lidstaten binnen te halen. Sinds de invoering van de eerste richtlijnen inzake overheidsopdrachten in de jaren 1970 werden op dit gebied aanzienlijke successen geboekt. Toch is er nog ruimte voor verbetering met het oog op het creëren van een echte Europese aanbestedingsmarkt die ten volle toegankelijk is voor alle Europese ondernemingen. Het gaat dan met name om een betere toegang voor kleine- en middelgrote ondernemingen (kmo's) en meer concurrerende aanbestedingsmarkten in het algemeen.'

Om overheidsopdrachten voor kmo's zo toegankelijk mogelijk te maken, publiceerde de Commissie in 2008 de '[Europese code van goede praktijken ter vergemakkelijking van de toegang van het mkb tot overheidsopdrachten](#)'. In deze code staan praktijkvoorbeelden die (decentrale) overheden in staat moeten stellen ten volle gebruik te maken van de door de aanbestedingsrichtlijnen geboden mogelijkheden zodat alle bedrijven die aan een openbare aanbesteding wensen deel te nemen, dit op voet van gelijkheid kunnen doen. Het richtlijnvoorstel 896 bouwt voort op dit werk en biedt verschillende voorstellen die de toegang, van met name kmo's en starters, tot de Europese aanbestedingsmarkt moeten verbeteren. Die voorstellen worden nader besproken in de volgende 4 paragrafen.

2.2.1 Aanbestedingspaspoort

Allereerst stelt de Europese Commissie een vereenvoudiging van de informatieverplichtingen van inschrijvers in aanbestedingsprocedures voor. Veel ondernemingen vinden de administratieve lasten een grote belemmering voor hun deelname aan aanbestedingen. Die vloeien voort uit de verplichting om een aanzienlijk aantal certificaten of andere documenten te overleggen die verband houden met uitsluitings- en selectiecriteria.

Het voorstel voorziet in de verplichting voor aanbestedende diensten om eigen verklaringen te aanvaarden als voorlopig bewijsmateriaal voor selectiedoeleinden. De feitelijke overlegging van documentair bewijs zal worden vergemakkelijkt door een gestandaardiseerd document, het zg. Europees aanbestedingspaspoort, dat een bewijsmiddel is voor het ontbreken van gronden voor uitsluiting (zie ov. 32 en art. 59). Dit aanbestedingspaspoort moet door alle aanbestedende diensten worden erkend en ruim worden bevorderd onder ondernemers en in het bijzonder onder kmo's, die door deze documenten minder administratieve druk kunnen ondervinden. Uiteindelijk moet dit aanbestedingspaspoort uitsluitend in elektronische vorm worden verstrekt. In bijlage XIII bij de richtlijn vindt u de inhoud van het aanbestedingspaspoort.

2.2.2 Opdelen in percelen

Om de betrokkenheid van kmo's bij de aanbestedingsmarkt te bevorderen, moeten aanbestedende

diensten ertoe worden aangezet opdrachten in percelen te verdelen en krijgen zij de verplichting nader toe te lichten om welke redenen zij dat niet doen (zie ov. 30 en art. 44). Wanneer een opdracht in percelen wordt verdeeld, kunnen aanbestedende diensten, bijvoorbeeld om de concurrentie te vrijwaren of om de continuïteit van de voorziening te waarborgen, het aantal percelen waarvoor een ondernemer kan inschrijven, beperken; zij kunnen ook het aantal percelen beperken dat aan één inschrijver kan worden gegund.

Percelenregeling

De [percelenregeling](#) wordt in het voorstel in stand gehouden. In artikel 5 - dat gaat over de waardebepaling van een opdracht- wordt in de leden 7 en volgende bepaald dat aanbestedende diensten opdrachten voor afzonderlijke percelen kunnen gunnen zonder de in deze richtlijn bedoelde procedures toe te passen, mits de geraamde waarde, exclusief BTW, van het betrokken perceel kleiner is dan 80.000 euro voor leveringen of diensten of 1 miljoen euro voor werken.

De samengetelde waarde van de aldus zonder toepassing van deze richtlijn gegunde percelen mag echter niet meer bedragen dan 20 % van de samengetelde waarde van alle percelen waarin het voorgenomen werk, de voorgenomen verkrijging van soortgelijke leveringen of de voorgenomen aankoop van diensten is verdeeld.

Zie voor meer informatie over de bestaande percelenregeling in art. 9 van richtlijn 2004/18 ook de [informatie](#) op onze website en het artikel '[Bestaat de regeling der percelen of zijn er zovelen?](#)' door mr. A.M.K. Kühler- TenderNieuwsbrief nr. 3, april 2008'.

2.2.3 Beperking van eisen voor deelname

Om te voorkomen dat de mogelijke deelname door kmo's aan overheidsopdrachten op ongerechtvaardigde wijze wordt belemmerd, bevat de voorgestelde richtlijn een uitputtende lijst van voorwaarden die door aanbestedende diensten gesteld mogen worden voor deelname aan aanbestedingsprocedures. Verder staat daarin expliciet dat deze deelnemingsvoorwaarden beperkt moeten blijven tot 'die voorwaarden die geschikt zijn om te garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de ... middelen en de ... vaardigheden beschikt om de te gunnen opdracht uit te voeren' (ov. 31 en art. 56).

Met betrekking tot de economische en financiële draagkracht kunnen aanbestedende diensten van ondernemers eisen dat zij over voldoende financiële en economische capaciteit beschikken. Hiertoe kunnen zij eisen dat ondernemers een bepaalde minimumjaaronzet hebben, met inbegrip van een bepaalde minimumomzet op het gebied waarvoor de opdracht geldt en beschikken over een afdoende beroepsrisicoverzekering.

De minimumjaaronzet die gevraagd wordt mag echter niet hoger zijn dan driemaal de geraamde waarde van de opdracht, behalve in naar behoren gemotiveerde gevallen. Deze gevallen kunnen betrekking hebben op de speciale risico's die verbonden zijn aan de aard van de werken, diensten of leveringen. De aanbestedende dienst vermeldt dergelijke uitzonderlijke gevallen in de aanbestedingsdocumenten. Tot slot moeten alle voorwaarden voor deelname door groepen ondernemingen om objectieve redenen gerechtvaardigd en evenredig zijn.

In de huidige richtlijn staan geen dergelijke voorwaarden die specifiek zien op de verbetering van deelname door kmo's aan aanbestedingen.

2.2.4 Rechtstreekse betaling van onderaannemers

Verder kan een lidstaat ingevolge het voorstel bepalen dat onderaannemers kunnen verzoeken om rechtstreekse betaling door de aanbestedende dienst voor leveringen, werken en diensten die aan de hoofdaannemer zijn verstrekt bij de uitvoering van de opdracht. Hierdoor beschikken onderaannemers, die vaak kmo's zijn, over een efficiënt middel om hun belangen bij de betaling beschermd te zien (art. 71).

2.3 Deugdelijke procedures

Door de financiële belangen die ermee gemoeid zijn en de nauwe interactie tussen de openbare en de particuliere sector zijn overheidsopdrachten gevoelig voor ondeugdelijke handelspraktijken (belangenconflicten, vriendjespolitiek, corruptie enz.), aldus het voorstel (expl. note p. 12). In de richtlijn zijn voorstellen opgenomen om deze risico's tegen te gaan. Deze voorstellen betreffen het tegengaan van belangenconflicten, onrechtmatig gedrag en onbillijke voordelen.

2.3.1 Belangenconflicten

Het voorstel bevat een specifieke bepaling over belangenconflicten die betrekking heeft op reële, potentiële of vermoede situaties waarin zich een belangenconflict voordoet ten aanzien van personeelsleden van de aanbestedende dienst of van aanbieders van aanbestedingsdiensten die in het aanbestedingsproces optreden, en bestuursleden van de aanbestedende dienst die de uitkomst van een aanbestedingsprocedure kunnen beïnvloeden, zelfs al zijn zij er formeel niet bij betrokken.

Het voorstel bevat een apart artikel (art. 21) dat toeziet op belangenconflicten in de zin van het voorstel. In dit artikel staat wat onder belangenconflicten moet worden verstaan en op welke personen het artikel betrekking heeft. Onder het begrip belangenconflict valt ten minste elke situatie waarin de in lid 2 bedoelde categorieën personen ((a) personeelsleden van de aanbestedende dienst, aanbieders van aanbestedingsdiensten of personeelsleden van andere dienstverleners die bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure betrokken zijn; (b) de voorzitter van de aanbestedende dienst en leden van de beslissingsorganen van de aanbestedende dienst die zonder noodzakelijkerwijs bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure betrokken te zijn toch invloed kunnen uitoefenen op het resultaat van deze procedure) direct of indirect een privé-belang hebben bij het resultaat van de aanbestedingsprocedure, waardoor de indruk kan ontstaan dat zij worden gehinderd bij de onpartijdige en objectieve uitoefening van hun plichten.

Onder privé-belangen moeten worden verstaan alle belangen in verband met familie, gevoelsleven, economie, politiek of andere belangen die zij delen met de gegadigden of de inschrijvers, met inbegrip van conflicterende beroepsbelangen. Het artikel voorziet daarnaast in de verplichting voor lidstaten om regels en mechanismen in te voeren met als doel belangenverstremgeling bij een aanbestedingsprocedure te voorkomen, te identificeren en onmiddellijk te verhelpen.

2.3.2 Onwettig gedrag

Het voorstel bevat een specifieke bepaling om als aanbestedende dienst op te treden tegen onwettig gedrag van gegadigden en inschrijvers (art. 22). Gegadigden moeten daarom bij de aanvang van de procedure een verklaring op erewoord verstrekken luidens welke zij geen blijf geven of zullen geven van de volgende feiten:

a) het onrechtmatig beïnvloeden van het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst of het verkrijgen van vertrouwelijke informatie waardoor zij onrechtmatige voordelen uit de aanbestedingsprocedure kunnen halen;

- b) het sluiten van overeenkomsten met andere gegadigden en inschrijvers om de concurrentie te verstoren, of;
- c) het opzettelijk verstrekken van misleidende informatie die een materiële invloed kan hebben op beslissingen inzake uitsluiting, selectie of gunning.

Ondernemingen moeten uitgesloten worden indien deze verklaring vals blijkt te zijn.

2.3.3 Onbillijke voordelen

Marktraadplegingen zijn voor aanbestedende diensten een nuttig instrument aldus het voorstel op pagina 13 van de explanatory note, om informatie te vergaren over de structuur, de mogelijkheden en de capaciteit van een markt terwijl marktdeelnemers tegelijkertijd voorgelicht worden over de aanbestedingsplannen en vereisten van de aankopende instanties. Verkennende contacten met marktdeelnemers mogen echter niet leiden tot onbillijke voordelen en concurrentievervalsing.

In de huidige Europese Richtlijn 2004/18 staat niet expliciet een bepaling die stelt dat een inschrijver mogelijk dient te worden uitgesloten vanwege betrokkenheid in een voorafgaande fase van de aanbesteding (ook wel Chinese wall-problematiek genoemd). Een dergelijke wettelijke bepaling is wel te vinden in het internationale Agreement on Government Procurement (GPA). Artikel VI.4. GPA luidt als volgt: 'De instanties onthouden zich ervan om bij het opstellen van specificaties voor een bepaalde opdracht, op een manier die de mededinging zou uitschakelen, advies te vragen of te aanvaarden van een onderneming die een commercieel belang zou kunnen hebben bij de betrokken opdracht.'

De bepaling stelt dus niet dat elk advies door een onderneming met een commercieel belang in de opdracht niet toegestaan is, maar alleen advies dat op een zodanige wijze plaatsvindt dat daarmee de mededinging wordt uitgeschakeld. Het aanbestedingsrecht verzet zich niet zonder meer tegen een dergelijk advies, mits daarbij het algemene beginsel van gelijke behandeling van inschrijvers wordt gerespecteerd. Dit leidt tot de verplichting voor een aanbestedende dienst ervoor zorg te dragen dat een adviseur die ondersteuning biedt bij het opstellen van het bestek alleen mag meedingen naar de opdracht indien hij door zijn adviesfunctie geen wezenlijke voorsprong heeft verkregen op de overige aanbieders, dan wel dat deze over dezelfde informatie kunnen beschikken.

Op Europees niveau biedt het arrest Fabricom van het Europees Hof van Justitie op dit vlak en in zekere zin een verfijning van het bovenstaande (3 maart 2005, Fabricom, C-21/03 en C-34/03). In de zaak Fabricom (overweging 46) heeft het Hof geoordeeld dat de aanbestedingsrichtlijnen zich verzetten tegen een regel volgens welke een persoon die betrokken is geweest bij de voorfase van werken, leveringen of diensten (het onderzoek, de proeven, de studie of de ontwikkeling) geen aanvraag tot deelname of geen offerte mag indienen voor een overheidsopdracht voor die werken, leveringen of diensten, zonder dat hem de mogelijkheid wordt geboden te bewijzen dat de door deze persoon opgedane ervaring in de omstandigheden van het geval de mededinging niet kan vervalsen.

Het Hof meende dat een dergelijke bepaling niet objectief gerechtvaardigd is en niet voldoet aan het evenredigheidsbeginsel. Daarmee gaat zo'n regel verder dan noodzakelijk is om het doel van gelijke behandeling van alle inschrijvers te bereiken. Toepassing ervan kan voorts namelijk tot gevolg hebben dat personen die bepaalde voorbereidende werkzaamheden hebben verricht, van de gunningprocedure worden uitgesloten zonder dat hun deelname hieraan enig gevaar voor de mededinging tussen de inschrijvers meebrengt.

Hoewel het dus niet bij voorbaat is uitgesloten dat een adviseur betrokken is bij een offerte, dient hier

echter wel met voorzichtigheid mee om gegaan te worden. Voor adviseurs die ook belang hebben bij de uitvoering van een opdracht is het derhalve niet direct verstandig om betrokken te raken bij het opstellen van de specificaties ervan. Dat kan er tenslotte toe leiden dat situaties ontstaan waarbij adviseurs t.o.v. andere potentiële uitvoerders een ontoelaatbare voorsprong weten te verwerven, omdat hij de vraagstelling van de aanbesteder direct kon beïnvloeden of daarmee het bestek is toegeschreven naar de producten/ diensten van de adviseur zelf en daarmee en de mededinging vervalst wordt.

Het voorstel voor de nieuwe aanbestedingsrichtlijn bevat een specifieke bepaling over vrijwaringsmechanismen tegen ongegronde bevoordeling van deelnemers die de aanbestedende dienst geadviseerd hebben of bij de voorbereiding van de procedure betrokken zijn geweest (art. 39). Deze bepaling betreft een codificatie van de hierboven genoemde jurisprudentie.

Is een partij betrokken geweest bij de voorbereiding van de aanbesteding? Dan moet de aanbestedende dienst passende maatregelen nemen om te verzekeren dat de concurrentie niet verstoord wordt wanneer deze partij toch deelneemt aan de procedure. Deze maatregelen moeten bestaan uit het verstrekken van de informatie waarover de partij die meewerkte aan de voorbereiding beschikte aan de andere deelnemers. Daarnaast moet de aanbestedende dienst adequate termijnen voor de inschrijvingen vaststellen zodat de partij die meewerkte niet bevoordeeld wordt.

Een partij die heeft meegewerkt aan de voorbereidingen hoeft slechts van deelneming uitgesloten te worden van de procedure wanneer er geen andere manier is om te voldoen aan het beginsel van gelijke behandeling. Voorafgaand aan een dergelijke uitsluiting, moet de partij in kwestie de mogelijkheid geboden worden om te bewijzen dat zijn betrokkenheid bij de voorbereiding van de aanbesteding de concurrentie niet kan verstoren.

2.4 Bestuur

2.4.1 Nationale toezichtsinstanties

Uit de evaluatie is gebleken dat niet alle lidstaten consequent en systematisch toezicht houden op de uitvoering en werking van de aanbestedingsregels. Dit kan de efficiënte en eenvormige toepassing van de Europese wetgeving in gevaar brengen. Daarom is in artikel 84 van het voorstel opgenomen dat de lidstaten één nationale instantie moeten belasten met het toezicht, de uitvoering en de controle van aanbestedingen (zie art. 84 en overweging 50).

Deze centrale instantie moet beschikken over eerstehandse en tijdige informatie over met name de verschillende problemen die zich in verband met de tenuitvoerlegging van de aanbestedingsregels voordoen. Zij moet onmiddellijk verslag kunnen uitbrengen over de werking van het beleid. Dit geldt ook voor mogelijke zwakten in de nationale wetgeving en praktijk. Tot slot moet deze instantie bijdragen tot een snelle formulering van oplossingen.

Om corruptie en fraude efficiënt te bestrijden moeten deze centrale instanties en het publiek ook de mogelijkheid hebben de teksten van de gegunde opdrachten nader te bekijken. Opdrachten met een hoge waarde (meer specifiek 1.000.000 euro voor leveringen- en diensten-opdrachten en 10.000.000 voor werken-opdrachten, zie artikel 84 lid 6) moeten dan ook aan de toezichthoudende instantie worden doorgezonden. Belanghebbende personen moeten toegang krijgen tot deze documenten, voor zover daardoor geen gewettigde openbare of particuliere belangen worden aangetast.

In artikel 84 lid 2 staat opgesomd waarover de nationale toezichtsinstantie jaarlijks moet rapporteren en artikel 84 lid 3 geeft de taken waarvoor de toezichtsinstantie verantwoordelijk is.

2.4.2 Kenniscentra

In vele gevallen beschikken de aanbestedende diensten niet over de interne expertise om complexe aanbestedingsprojecten te behandelen aldus de Europese Commissie in de expl. note op pagina 13. Aangepaste en onafhankelijke professionele ondersteuning door administratieve structuren kan het resultaat van aanbestedingen aanzienlijk verbeteren door een vergroting van de kennisbasis en de professionele ervaring van de aanbestedende instanties en door bijstand aan het bedrijfsleven en met name kmo's.

Het voorstel verplicht de lidstaten ondersteunende structuren aan te bieden met juridisch en economisch advies, richtsnoeren, opleiding en bijstand in de voorbereiding en uitvoering van aanbestedingsprocedures. Er bestaan op nationaal vlak al ondersteunende structuren of mechanismen die op zeer uiteenlopende wijze zijn georganiseerd maar toch verschillende belangstellingsgebieden voor aanbestedende diensten en instanties dekken. De lidstaten zullen deze mechanismen daarom kunnen gebruiken, hun expertise verder uitbouwen en deze diensten promoten als een geschikt en modern instrument voor passende ondersteuning van aanbestedende diensten en ondernemers.

2.4.3 Administratieve samenwerking

Het voorstel voorziet tot slot ook in daadwerkelijke samenwerking tussen de lidstaten, waardoor nationale toezichtsinstanties informatie en beste praktijken met elkaar kunnen delen en (meer) kunnen samenwerken door middel van het [Informatiesysteem interne markt](#) (IMI). Artikel 88 bepaalt dat de lidstaten elkaar wederzijdse bijstand verlenen en dat zij maatregelen nemen met het oog op daadwerkelijke onderlinge samenwerking teneinde uitwisseling van informatie over de in de artikelen 40, 41, 42, 55, 57, 59, 60, 61, 63 en 69 bedoelde onderwerpen te verzekeren. Deze informatie wisselen zij uit middels het IMI.

2.5 Publiek publieke samenwerking

Decentrale overheden hebben veel vragen over de toepassing van de uitzonderingsgronden in de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG betreffende inbesteding, alleenrechten en het voorbehoud van opdrachten aan SW-bedrijven (respectievelijk uitgewerkt in jurisprudentie, artikel 18 en artikel 19 van de richtlijn). Zie voor ook de website van Europa decentraal over [inbesteden](#), [alleenrecht](#) en [uitgesloten en voorbehouden opdrachten](#).

Groenboek

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

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

Werkdocument

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

Richtlijnvoorstellen

In de richtlijnvoorstellen van december 2011 zien we in de klassieke richtlijn (896) dat voor codificatie (definitie: het verenigen van verspreide regels, gewoonten en voorschriften betreffende (een deel van) de rechtspraak in een wetboek) van de inbestedingsbepalingen een apart artikel in de richtlijn is ingevoegd (artikel 11). De bestaande bepaling over alleenrechten is niet meer terug te vinden in de klassieke richtlijn.

Wel is er in artikel 30 van het voorstel nog een uitzonderingsbepaling opgenomen voor het gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking. Dit geldt in de gevallen dat slechts één bepaalde ondernemer het werk, de levering of dienst kan leveren/verrichten vanwege de bescherming van exclusieve rechten. Een definitie van exclusief recht ontbreekt echter in het nieuwe voorstel. In artikel 17 van richtlijnvoorstel 896 is nog wel het voorbehoud aan SW-bedrijven opgenomen, zij het in iets gewijzigde vorm.

In het laatste hoofdstuk wordt het nieuwe voorstel voor de concessierichtlijn (897) besproken. Ook daarin komen expliciet inbesteding (rechtsoverweging 14 en artikel 15) uitsluitende en bijzondere rechten (rechtsoverweging 9, artikel 4, bijlage XI) en een voorbehoud aan SW-bedrijven (artikel 20) terug.

In de komende paragrafen gaan we uitgebreid op het werkdocument en de richtlijnvoorstellen in.

2.5.1 Het werkdocument Publiek-publieke samenwerking

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

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

In de inleiding van het werkdocument geeft de Commissie aan dat het vooral bedoelt verheldering te verschaffen over de juridische consequenties van de arresten over pupus. Het document stelt geen nieuwe regels of vereisten. De richtsnoeren die in het document worden gegeven blijven beperkt tot het gebied van overheidsopdrachten en doen geen afbreuk aan de Europese regels inzake mededinging en steunmaatregelen van staten. Het document kiest verder voor een opbouw waarbij als algemeen uitgangspunt geldt dat het EU-aanbestedingsrecht van toepassing is op opdrachten tussen aanbestedende diensten (paragraaf 2 werkdocument, paragraaf 2.5.1.1).

Vervolgens wordt in paragraaf 3 (paragraaf 2.5.1.2) besproken hoe bij verschillende vormen van pupus aanbestedende diensten van de toepassing van die regels kunnen worden vrijgesteld. Het gaat dan om de situatie waarin een openbare taak met eigen middelen wordt uitgeoefend. Aan de hand van een onderscheid tussen zg. verticale en horizontale samenwerking wordt met name de bestaande

inbestedingsjurisprudentie hier op een rij gezet.

Tot slot besteedt het document in paragraaf 4 (paragraaf 2.5.1.3) aandacht aan andere soorten publiek-publieke betrekkingen, waarbij uitdrukkelijk sprake is van een openbare taak die wordt vervuld met externe middelen. Hierbij komen expliciet aan de orde de (her)verdeling van bevoegdheden tussen verschillende overheidsinstanties, de niet contractuele toewijzing van taken, de uitsluitende rechten en collectief aanbesteden/ centraal inkopen.

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

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

Een voorbeeld

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

2.5.1.2 Verticale en horizontale samenwerking bij uitvoering van openbare taken met eigen middelen

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

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

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

Het EU-recht dwingt dus niet aanbestedende diensten hun diensten te externaliseren. Maar zij moeten er voor zorgen dat, indien aanbestedende diensten besluiten een afzonderlijke –publieke of private - entiteit op commerciële basis aan te spreken, dit op transparante en niet-discriminerende wijze te regelen.

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

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

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

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

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

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

Daarbij spelen de volgende omstandigheden een belangrijke rol:

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

Voor een uitvoerige bespreking verwijzen wij u naar het [werkdocument](#) zelf. Zie verder ook hoofdstuk.

Samenwerking bij de uitvoering van openbare taken met externe middelen

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

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

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

2.5.1.3 Overdracht bevoegdheden?

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

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

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

Overdracht van bevoegdheden ziet dan op overdracht van:

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

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

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

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

Niet contractuele toewijzing van taken?

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

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

te leveren diensten en de tarieven daarvan.

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

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

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

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

Aankoopcentrales De voorstellen in de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 896 voor wat betreft gezamenlijke aanbestedingen/ aankoopcentrales zijn in hoofdstuk 1 al aan de orde gekomen.

2.5.1.4 Alleenrecht

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

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

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

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

Het werkdocument gaat verder nog in op de vraag

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

De eerste vraag komt voort uit het vereiste dat de bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling waarbij het alleenrecht wordt gevestigd, verenigbaar moet zijn met de regels van het

Verdrag. Dit geldt in het bijzonder voor artikelen 49 en 56 van het VWEU (recht van vestiging en vrij verkeer van diensten) en met de regels en beginselen van non-discriminatie, transparantie, evenredigheid, wederzijdse erkenning en de bescherming van rechten van particulieren.

De vraag wordt beantwoord door te stellen dat het uitsluitend recht gerechtvaardigd moet zijn:

- door een uitdrukkelijk in het verdrag genoemde uitzondering (uitoefening van openbaar gezag, openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid)
- of (in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof) door dwingende redenen van algemeen belang (d.r.a.b).

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

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

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

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

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

2.5.2 Richtlijnvoorstel 896

2.5.2.1 Inbesteding

De codificatie van met name de bestaande inbestedingsjurisprudentie, vinden we terug in artikel 11 van het voorstel 896, getiteld 'betrekkingen tussen overheidsinstanties'. Achtergrondinformatie over die bepaling is ook terug te vinden in rechtsoverweging 14 van het voorstel. Zie voor een overzicht van die bestaande jurisprudentie (meer concreet: met name het vereiste van 'toezicht zoals op eigen diensten' en het vereiste dat 'het merendeel van de activiteiten' moeten worden uitgevoerd ten behoeve van de aanbestedende diensten) ook [deze](#) webpagina van Europa decentraal.

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

Een opdracht die door een aanbestedende dienst wordt gegund aan een andere rechtspersoon valt volgens het voorstel 896 buiten het toepassingsgebied van de richtlijn wanneer aan de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan:

- De aanbestedende dienst oefent toezicht uit op de betrokken rechtspersoon zoals op zijn eigen diensten;
 - Tenminste 90 % van de activiteiten van deze rechtspersoon wordt uitgeoefend voor de controlerende aanbestedende dienst of voor andere rechtspersonen die door deze aanbestedende dienst worden gecontroleerd;
 - Er is geen privé-deelneming in de gecontroleerde rechtspersoon.
- Lid 5 van artikel 11 geeft nadere voorschriften over de wijze van controle op de aanwezigheid van privédeelneming.

Van toezicht zoals op zijn eigen diensten is sprake wanneer de aanbestedende dienst zowel op strategische doelstellingen als belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent.

Bovenstaande is ook van toepassing wanneer een gecontroleerde entiteit, die zelf een aanbestedende dienst is, een opdracht gunt aan een haar controlerende entiteit of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd, mits er geen sprake is van privédeelneming in de rechtspersoon aan wie de overheidsopdracht wordt gegund.

Geen toezicht aanbestedende dienst op rechtspersoon maar toch niet toepasselijkheid richtlijn bij gezamenlijke controle?

Ook indien een aanbestedende dienst geen toezicht over een rechtspersoon uitoefent in bovenbedoelde zin kan toch zonder toepassing van de richtlijn een opdracht gegund worden aan een rechtspersoon die deze aanbestedende dienst gezamenlijk met andere aanbestedende diensten controleert. Daarbij moet aan een drietal voorwaarden genoemd in lid 3 van artikel 11 worden voldaan. Deze voorwaarden zijn dat:

1. er sprake is van gezamenlijk toezicht;
2. ten minste 90 % van de activiteiten moeten worden verricht voor controlerende aanbestedende diensten;
3. er geen sprake is van privédeelneming.

Ook wordt in dit lid 3 toegelicht wanneer sprake is van gezamenlijk toezicht.

Overeenkomst tussen twee of meer aanbestedende diensten geen overheidsopdracht?

Tot slot gaat lid 4 van artikel 11 van voorstel 896 in op de vraag wanneer een overeenkomst tussen twee of meer aanbestedende diensten niet geacht wordt een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn te zijn. Er wordt een vijftal cumulatieve voorwaarden gesteld, te weten:

- er is sprake van een echte samenwerkingsovereenkomst tussen de deelnemende aanbestedende diensten met bedoeling hun taken van openbaar belang gezamenlijk uit te oefenen met wederzijdse rechten en plichten;
- de overeenkomst berust alleen op overwegingen die verband houden met het openbare belang;
- de deelnemende aanbestedende diensten behalen op de open markt niet meer dan 10 % van de omzet uit de activiteiten die relevant zijn in het kader van de overeenkomst;
- de overeenkomst houdt geen andere financiële overdrachten tussen de deelnemende aanbestedende diensten in dan die welke betrekking hebben op een vergoeding voor de reële kosten van de werken, leveringen of diensten;
- in geen van de betrokken aanbestedende diensten is sprake van deelneming van particulieren.

Hoewel het begrip 'overeenkomst' niet expliciet wordt gedefinieerd in dit richtlijnvoorstel, kan ervan

worden uitgegaan dat de ruime interpretatie hiervan blijft. Zie ook het eerdere kopje 'opdrachten tussen aanbestedende diensten' en 'niet contractuele toewijzing van taken' onder het werkdocument. Ook een overeenkomst (weliswaar onder bezwarende titel) tussen publieke partijen kan een overheidsopdracht betreffen. Bestuursrechtelijke (bijvoorbeeld samenwerkings-) afspraken, op wederkerige basis, tussen onderscheiden entiteiten en waarbij een bezwarende titel aanwijsbaar is zouden in sommige gevallen dus ook als overeenkomst kunnen worden aangemerkt.

2.5.2.2 Alleenrechten

De huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18 stel in artikel 18 dat aanbestedende diensten elkaar een alleenrecht kunnen verlenen voor de uitvoering van diensten en dat dan (onder bepaalde voorwaarden) de aanbestedingsrichtlijn niet van toepassing is.

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

In richtlijnvoorstel 896 vinden we die bepalingen over alleenrechten aan een andere aanbestedende dienst en bijzondere of uitsluitende rechten aan een natuurlijke of rechtspersoon niet meer terug. Wel kent artikel 30 van het voorstel nog de mogelijkheid voor het volgen van een onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking in het geval van aanwezigheid van een exclusief recht. De term exclusief recht wordt verder niet gedefinieerd.

Wat betekent dit voor de praktijk? Dit lijkt in te houden dat waar een rechtsverhouding tussen twee aanbestedende diensten voor de uitvoering van diensten wordt vormgegeven in een bestuursrechtelijke of wettelijke bepaling die in de zin van artikel 11 zou kunnen worden aangemerkt als overeenkomst tussen verschillende aanbestedende diensten, deze via het regime van artikel 11 zou moeten worden behandeld.

Is er geen sprake van enige overeenkomst tussen aanbestedende diensten maar louter een alleenrechtvestiging via een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, waarop door de betrokken aanbestedende diensten een beroep wordt gedaan om niet de aanbestedingsrichtlijn toe te hoeven passen? Dan zou waarschijnlijk voldoende moeten zijn te stellen dat er geen sprake is van een overeenkomst en daarom geen overheidsopdracht en daarom ook geen toetsing aan het regime van de richtlijn.

In hoofdstuk 3 wordt nader ingegaan op de voorschriften die vanuit het voorstel voor een nieuwe concessierichtlijn (897) worden gedaan en die ook betrekking hebben op bijzondere en uitsluitende rechten alsmede op relevante bepalingen in de richtlijn voor de sectoren water, energie, vervoer en post (voorstel 895) waarin ook uitdrukkelijk wordt ingegaan op uitsluitende en bijzondere rechten.

2.5.2.3 Voorbehoud opdrachten aan SW-bedrijven

Artikel 17 van voorstel 896 kent –net als artikel 19 van de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18- een aparte mogelijkheid om opdrachten voor te behouden aan SW-bedrijven. Voorstel 896 brengt wel enige wijziging en nuancering aan in de bestaande bepaling (zie in onderstaande door Europa decentraal aangebrachte cursivering de belangrijkste).



EUROPA decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

Onder het nieuwe voorstel kunnen lidstaten nog steeds het recht om deel te nemen aan aanbestedingsprocedures voorbehouden aan *beschutte werkplaatsen* (het voorstel geeft hiervan geen definitie) en aan *ondernemers die de maatschappelijk en professionele integratie van gehandicapte en achtergestelde werknemers tot doel hebben*.

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

Hoofdstuk 3

In hoofdstuk 1 en 2 is uitgebreid stilgestaan bij de voorstellen van de Europese Commissie met betrekking tot het wijzigen van de richtlijn voor de klassieke sectoren. In dit hoofdstuk staan we stil bij de voorgestelde wijzigingen voor de richtlijn betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna [voorstel 895](#) of richtlijn voor de speciale sectoren). De richtlijn speciale sectoren regelt aanbestedingen in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten. Voor decentrale overheden kan deze richtlijn interessant zijn wanneer zij activiteiten uitoefenen in deze sectoren. Achtereenvolgens komen in dit deel aan de orde de vraag waarom er een speciale richtlijn is voor speciale sectoren en de vraag of er nog steeds behoefte is aan EU-voorschriften voor het plaatsen van opdrachten in de speciale sectoren. Er wordt vervolgens ingegaan op de voorgestelde wijzigingen. Behandeld worden: vereenvoudiging en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures, strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen, betere toegang tot de markt voor kmo's en startende ondernemingen, deugdelijke procedures, en deugdelijk bestuur.

3.1 Waarom een speciale richtlijn voor openbare nutsvoorzieningen?

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

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

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

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

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

Hoewel er zich inmiddels voor veel van deze sectoren op EU, dan wel nationaal, niveau een

liberaliseringsproces heeft voltrokken, leert de ervaring, aldus de Europese Commissie, dat dit niet noodzakelijkerwijs of automatisch leidt tot sterke concurrentie.

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

Dit is een van de vragen die belanghebbenden is voorgelegd in het Groenboek. Alle groepen van belanghebbenden waren het er over eens dat de regels inzake aanbestedingen van nutsbedrijven nog steeds relevant zijn. Volgens een meerderheid van hen geven de verschillende regels die van toepassing zijn op nutsbedrijven, het specifieke karakter in de nutssector passend weer (p. 5 voorstel 895).

Naast de raadpleging over het Groenboek verrichte de Europese Commissie in 2010/2011 een [evaluatie](#) over de gevolgen en de effectiviteit van de EU-aanbestedingsregels. Hieruit blijkt dat wetgevend optreden om de toegang tot de nutssector te liberaliseren nog niet heeft geleid tot duurzame en effectieve concurrentiedruk op gevestigde exploitanten. In de evaluatie werd geconcludeerd dat de omstandigheden nog niet zodanig zijn gewijzigd dat de concurrentie sterk genoeg kan worden geacht om sectoren te kunnen uitsluiten bij het vaststellen van het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijn voor nutsbedrijven (p. 6 voorstel 895).

3.3 Voorgestelde wijzigingen

De wijzigingen die de Europese Commissie voorstelt met betrekking tot de richtlijn speciale sectoren, zijn onderverdeeld in dezelfde categorieën als de wijzigingen in het voorstel voor de richtlijn klassieke sectoren. Het betreft:

- 1) vereenvoudiging en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures,
- 2) strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen,
- 3) betere toegang tot de markt voor kmo's en startende ondernemingen,
- 4) deugdelijke procedures, en
- 5) deugdelijk bestuur.

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

3.3.1 Vereenvoudiging en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures

Het voorstel 895 voorziet in het vereenvoudigen en flexibiliseren van de procedureregeling zoals vastgesteld in de huidige aanbestedingsrichtlijnen. Net als in de richtlijn klassieke sectoren stelt de Commissie ook voor de richtlijn nutssectoren de afschaffing van het onderscheid tussen A- en B-diensten voor. Daarnaast doet zij verschillende voorstellen met betrekking tot het bevorderen van elektronisch aanbesteden en wordt een voorstel gedaan met betrekking tot het wijzigen van opdrachten gedurende de looptijd. Voor deze wijzigingen verwijzen wij u graag naar de vorige hoofdstukken. Hieronder gaan wij in op voorstellen die specifiek betrekking hebben op de richtlijn nutssectoren.

3.3.1.1 De reikwijdte

In de richtlijn speciale sectoren komt de Europese Commissie, net als in de klassieke richtlijn, met voorstellen die het toepassingsgebied van de richtlijn moeten verduidelijken. Zo zijn de definities van een aantal kernbegrippen waarmee het toepassingsgebied van de richtlijn wordt omschreven herzien in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

Toepassingsgebied

Het toepassingsgebied blijft wat sectoren betreft grotendeels onveranderd:

- gas en warmte,
- elektriciteit,
- water,
- vervoersdiensten,
- havens en luchthavens,
- postdiensten,
- winning van aardolie en gas en prospectie of winning van steenkool of andere vaste brandstoffen.

Aanbestedingen voor de exploratie van aardolie en gas zijn echter uit het toepassingsgebied verwijderd. Volgens de Europese Commissie bestaat hierbij een zodanige concurrentiedruk dat de aanbestedingsverplichtingen niet langer nodig zijn.

Het begrip uitsluitende rechten

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

- de activiteiten die de betrokken entiteiten uitvoeren,
- hun juridische status (publiek- of privaatrechtelijk) en, als het om particuliere ondernemingen gaat,
- de vraag of al dan niet bijzondere of uitsluitende rechten zijn verleend.

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

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

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

- a) aanbestedende diensten of overheidsbedrijven zijn en die een van de in de artikelen 5 tot en met 11 bedoelde activiteiten uitoefenen;
- b) die, indien het geen aanbestedende diensten of overheidsbedrijven zijn, een van de in de artikelen 5 tot en met 11 bedoelde activiteiten of een combinatie daarvan uitoefenen en *die bijzondere of uitsluitende rechten* genieten welke hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend.

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

Definitie bijzonder of uitsluitende rechten

Aan de definitie van bijzondere of uitsluitende rechten is in deze richtlijn inhoudelijk ook niets gewijzigd. Deze luidt: 'bijzondere of uitsluitende rechten' zijn rechten die voortvloeien uit een door een bevoegde autoriteit van een lidstaat verleende machtiging op grond van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van in de artikelen 5 tot en met 11 omschreven activiteiten aan een of meer diensten voorbehouden blijft waardoor de mogelijkheden van

andere diensten om dezelfde activiteit uit te oefenen wezenlijk nadelig worden beïnvloed; (art. 2(6) in voorstel 895, art. 2 lid 3 in richtlijn 2004/17).

Echter, in artikel 4 lid 2 is bepaald dat rechten die zijn verleend door middel van een procedure waarin passende publiciteit is verzekerd en waarin de verlening van deze rechten op objectieve criteria was gebaseerd, geen 'bijzondere of uitsluitende rechten' in de zin van artikel 2 (6) vormen. De procedures die bedoeld worden zijn aanbestedingsprocedures met een voorafgaande oproep tot mededinging overeenkomstig richtlijn 2004/18/EG, richtlijn 2004/17/EG en wanneer er nieuwe richtlijnen worden aangenomen de procedures overeenkomstig die richtlijnen en daarbij de richtlijn concessies.

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

3.3.1.2 Modernisering van procedures

De (aanbestedings)procedures die op basis van de huidige richtlijn speciale sectoren gebruikt kunnen worden verschillen op een aantal punten van die van de richtlijn klassieke sectoren. Eén aspect is dat de procedurele soepelheid voor de aanbestedende diensten groter is. Zo kunnen nutsbedrijven, onder de huidige richtlijn 2004/17, er vrij voor kiezen hun opdrachten te plaatsen via onderhandelingsprocedures, mits zij een oproep tot mededinging bekend hebben gemaakt.

Daarnaast staan nutsbedrijven in de huidige richtlijn ook twee speciale instrumenten voor het organiseren van hun aanbestedingen ter beschikking namelijk: erkenningsregelingen en periodieke indicatieve aankondigingen. Hieronder wordt kort aangegeven wat beide procedures inhouden volgens richtlijn 2004/17.

Erkenningsregelingen

De richtlijn speciale sectoren voorziet momenteel in de mogelijkheid voor aanbestedende diensten om lijsten van erkende aanbieders aan te leggen. Op basis van de klassieke richtlijn is dit niet mogelijk. Hanteren aanbestedende diensten in de speciale sectoren een dergelijke erkenningsregeling? Dan kunnen zij bij niet-openbare procedures en onderhandelingsprocedures met voorafgaande oproep tot mededinging de deelname aan de inschrijving beperken tot ondernemingen die volgens die regeling zijn erkend.

Een aanbesteding kan volgens de huidige richtlijn 2004/17 worden aangekondigd door een mededeling inzake het bestaan van een erkenningsregeling. Concrete opdrachten mogen dan uitsluitend worden geplaatst via niet-openbare of onderhandelingsprocedures. Hierbij worden deelnemers exclusief gekozen uit de ondernemingen die al erkend zijn volgens de regels die op de betrokken regeling van toepassing zijn.

Erkenningsregelingen kunnen een nuttig instrument zijn bij het plaatsen van opdrachten voor technisch veeleisende werken, leveringen of diensten. Dit laat de Europese Commissie op pagina 20 in [het Groenboek](#) weten.

Volgens haar neemt bij dergelijke opdrachten de procedure voor de erkenning van ondernemers zo veel tijd in beslag dat het voor alle betrokkenen voordeliger is gebruik te maken van eenzelfde erkenningproces voor een aantal aanbestedingsprocedures dan dit proces bij elke aanbesteding

opnieuw te moeten doorlopen.

Periodieke indicatieve aankondigingen

Periodieke indicatieve aankondigingen kunnen, volgens het regime van de huidige richtlijn speciale sectoren 2004/17, als oproep tot mededinging worden gebruikt bij opdrachten voor alle soorten werken, leveringen of diensten. Het gaat dan om opdrachten die naar verwachting zullen worden geplaatst gedurende een periode van twaalf maanden. Het maakt daarbij niet uit hoeveel afzonderlijke aanbestedingsprocedures daarbij worden uitgeschreven.

Wanneer een periodieke indicatieve aankondiging als oproep tot mededinging wordt gebruikt, mogen de betrokken concrete opdrachten niet worden geplaatst via openbare procedures. Zij mogen alleen worden geplaatst via niet-openbare of onderhandelingsprocedures. Daarbij moeten de deelnemers exclusief worden gekozen uit de ondernemingen die als reactie op de periodieke indicatieve aankondiging hun belangstelling hebben laten blijken.

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

Wijzigingen

In het Groenboek stelt de Europese Commissie de vraag: 'vindt u dat er speciale regels noodzakelijk zijn voor het plaatsen van opdrachten voor nutsbedrijven? Houden de afwijkende regels die gelden voor nutsbedrijven voldoende rekening met de specifieke kenmerken van het aankoopgebeuren in de nutssector?'

Door belanghebbenden is met bijzondere aandraging gewezen op de behoefte om procedures te vereenvoudigen. En om deze flexibeler te maken.

Volgens de Commissie voorziet voorstel 895 net als in het voorstel voor de klassieke richtlijn in een flexibeler en gebruiksvriendelijke aanpak voor een aantal belangrijke aspecten van aanbestedingsprocedures. Zo zijn de termijnen voor deelneming en indiening van inschrijvingen ingekort en maken ze een snellere en meer gestroomlijnde aanbesteding mogelijk.

De hierboven besproken periodieke indicatieve aankondiging (art. 61 en bijlage VI deel A, in voorstel 895) en de erkenningsregeling (art. 71 en bijlage X in voorstel 895) zijn door de Europese Commissie in het voorstel in stand gehouden.

Daarnaast blijven ook de drie basisvormen van procedures bestaan. Dit zijn de openbare procedure, de niet-openbare procedure alsmede procedures van gunning door onderhandelingen met voorafgaande oproep tot mededinging.

Daarnaast kunnen ook nutsbedrijven als standaardprocedure of onder bepaalde voorwaarden voorzien in het innovatiepartnerschap. Voor meer informatie over het innovatiepartnerschap verwijzen wij graag naar hoofdstuk 1 en 2.

Aanbestedende diensten zullen bovendien beschikken over een reeks van zes specifieke aanbestedingstechnieken en -instrumenten voor gegroepede en elektronische aanbestedingen:

1. raamovereenkomsten,

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

In vergelijking met de bestaande richtlijn zijn deze instrumenten verbeterd en verduidelijkt om elektronische aanbestedingen te vergemakkelijken. Voor meer informatie over deze procedures verwijzen wij naar hoofdstuk 1.

Vrijstellingsprocedure

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

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

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

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

In het voorstel 895 is de procedure voor vrijstelling van de gunning van opdrachten in voldoende concurrerende markten (dus de huidige 'artikel 30-besluiten) volgens de Europese Commissie vereenvoudigd en gestroomlijnd. Een aantal vrijstellingen, in het bijzonder de uit praktisch oogpunt belangrijke intragroepvrijstellingen en vrijstellingen voor gemeenschappelijke ondernemingen, zijn eveneens herzien en verduidelijkt. Zie voor de procedure artikel 28 van voorstel 895.

3.3.2 Strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen

Ook de voorgestelde richtlijn speciale sectoren voorziet de aanbestedende diensten van mogelijkheden en de nodige instrumenten om bij te dragen tot de strategische doelstellingen van Europa 2020. Dit gebeurt door gebruikmaking van hun koopkracht voor de aankoop van producten en diensten die innovatie bevorderen, milieu- en klimaatvriendelijk zijn en die ook gunstig voor werkgelegenheid, openbare gezondheid en sociale omstandigheden zijn. De voorstellen die de Europese Commissie in dit kader doet zijn hetzelfde als de voorstellen die de Europese Commissie doet in de richtlijn klassieke sectoren. Zie hiervoor paragraaf 2.1.

3.3.3 Betere toegang tot de markt voor kmo's en startende ondernemingen

Net als bij de richtlijn klassieke sectoren komt de Europese Commissie ook in de richtlijn speciale sectoren met voorstellen die de toegang, van met name kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's) moet verbeteren. Deze voorstellen zijn:

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

Hieronder worden de wijzigingsvoorstellen die specifiek voor de richtlijn speciale sectoren gelden besproken.

Selectiecriteria

In het voorstel voor richtlijn 895 (art. 74) wordt verwezen naar het voorstel voor de klassieke richtlijn 896 (nu nog richtlijn 2004/18) voor wat betreft de toepassing van selectiecriteria. Aanbestedende diensten kunnen de selectiecriteria toepassen waarin richtlijn 2004/18 voorziet (art. 47 t/m 52). Deze hebben betrekking op economische en financiële capaciteit en bewijsstukken. Wanneer zij besluiten deze selectiecriteria toe te passen, dan zijn zij verplicht de bepalingen die met name betrekking hebben op het plafond van de voorschriften inzake minimumomzet, alsmede de bepalingen met betrekking tot zelfcertificering toe te passen (ov. 39 van voorstel 895).

In voorstel 896 (en dus ook in 895 van toepassing verklaard) wordt voorgesteld dat de minimumjaaromzet die gevraagd mag worden niet hoger mag zijn dan driemaal de geraamde waarde van de opdracht. Een uitzondering geldt in naar behoren gemotiveerde gevallen. Deze gevallen kunnen betrekking hebben op de speciale risico's die verbonden zijn aan de aard van de werken, diensten of leveringen. De aanbestedende dienst vermeldt dergelijke uitzonderlijke gevallen in de aanbestedingsdocumenten.

Daarnaast wordt in voorstel 896 (en dus ook in 895 van toepassing verklaard) bepaald dat certificeringsregelingen moeten zijn opgesteld op basis van wetenschappelijke informatie of op grond van andere objectief controleerbare en niet discriminerende criteria. Verder moeten ze tot stand zijn gekomen in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden kunnen deelnemen. Hiertoe behoren ook regeringsinstanties, consumenten, fabrikanten, kleinhandelaars en milieuorganisaties. Ook moeten de certificeringsregelingen toegankelijk zijn voor alle belanghebbende partijen.

Betere toegang tot raamovereenkomsten

In de huidige richtlijn 2004/17 bestaat er geen beperking voor de duur van [raamovereenkomsten](#) in de nutssector. Dit in tegenstelling tot de klassieke richtlijn 2004/18 die de duur van raamovereenkomsten beperkt tot in principe vier jaar. Het niet beperken van de duur van raamovereenkomsten kan volgens de Europese Commissie leiden tot markt afscherming. In het voorstel voor de richtlijn speciale sectoren is daarom opgenomen dat de looptijd van raamovereenkomsten, net als in de huidige klassieke richtlijn, niet langer mag zijn dan vier jaar. Dit is behoudens in naar behoren gemotiveerde omstandigheden. Hierdoor ontstaan volgens de Commissie meer bedrijfskansen en neemt de concurrentie toe, wat ook kmo's ten goede komt. Daarnaast wordt in het voorzien in minigunningsprocedures (minicompetitie) voor specifieke opdrachten die op de overeenkomst zijn gebaseerd. Zie verder artikel 45 over raamovereenkomsten.

3.3.4 Deugdelijke procedures

De voorstellen die belangenconflicten, onrechtmatig gedrag en onbillijke voordelen moeten tegengaan komen overeen met die in voorstel 896. Informatie hierover vindt u in paragraaf 2.3.



EUROPA decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

3.3.5 Bestuur

De voorstellen met betrekking tot nationale toezichtinstanties, kenniscentra en administratieve samenwerking komen ook overeen met die in voorstel 896. Informatie hierover vindt u in paragraaf 2.4.

Hoofdstuk 4

In dit laatste hoofdstuk behandelen we het richtlijnvoorstel COM 2011/897 voor opdrachten voor concessies. Concessies betreffen ook overheidsopdrachten, met dit verschil dat bij concessieopdrachten sprake is van een opdracht tot de uitvoering van werken of diensten, waarbij een deel van de tegenprestatie die de uitvoerder ontvangt bestaat uit het recht het werk of de dienst te exploiteren. Voor dergelijke opdrachten voert het nieuwe richtlijnvoorstel een separaat aanbestedingsregime in. Hierna behandelen wij de belangrijkste elementen van dat voorstel.

4.1 Richtlijn concessies

Al een aantal jaar is er discussie over concessies en de wenselijkheid van een aparte richtlijn hiervoor. Op 20 december 2011 is de Europese Commissie met een voorstel betreffende een aanbestedingsregime voor concessies voor werken en diensten gekomen. Het betreft voorstel COM (2011) 897 def (hierna voorstel 897).

4.1.1 Waarom een aparte richtlijn?

Concessies voor werken en diensten

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

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

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

4.1.2 Lacune

Volgens de inleidende toelichting van voorstel 897 geeft deze lacune aanleiding tot aanzienlijke verstoringen van de interne markt en beperkt deze met name de toegang van Europese ondernemingen tot de economische kansen die met concessieopdrachten verband houden. Dit geldt in het bijzonder voor kleine en middelgrote ondernemingen. Het gebrek aan rechtszekerheid leidt daarnaast ook tot inefficiëntie.

Met dit initiatief wil de Commissie de rechtszekerheid voor zowel (aangebestedende) autoriteiten als ondernemers vergroten.

In de inleiding wordt nog wel ingegaan op het feit dat het met dit richtlijnvoorstel gaat om een afzonderlijk rechtsinstrument dat de gunning van concessies regelt. En dat het samen met de twee voorstellen betreffende herziening van de bestaande richtlijnen inzake overheidsopdrachten (de elders in behandelende richtlijnvoorstellen 895 en 896) ertoe strekt een modern wettelijk kader inzake overheidsopdrachten te creëren.

Er wordt aangegeven dat de optimale oplossing is wetgevende maatregelen te nemen op basis van de huidige bepalingen inzake concessie voor openbare werken, op toereikende wijze aangepast en

aangevuld met bepaalde specifieke bepalingen. Dit is naar aanleiding van de resultaten van de openbare raadpleging van belanghebbenden vastgesteld. Deze raadpleging over concessies is in 2010 door de Commissie gehouden. De effectbeoordeling volgde begin 2011 daarop.

Een meer restrictieve aanpak zou kunnen zijn om bepalingen die voor overheidsopdrachten gelden uit te breiden tot concessies. Deze aanpak wordt als contraproductief beschouwd. De reden hiervan is dat aanbestedende diensten daarmee zouden kunnen worden ontmoedigd concessies te gebruiken. Dit staat op pagina. 4 van het voorstel. Het is de verwachting dat in de diverse reacties die vanuit het veld op de voorstellen gaan volgen (zie ook de inleiding) aandacht gevraagd gaat worden voor het introduceren van een aparte richtlijn concessies naast de andere twee aanbestedingsrichtlijnen.

4.1.3 Voornaamste doelstellingen Commissie

De Commissie geeft aan dat het voorstel voor een concessierichtlijn naar verwachting de transparantie, eerlijkheid en rechtszekerheid bij de gunning van concessies waarborgt. Dit leidt volgens haar tot verbeterde investeringskansen en moet uiteindelijk bijdragen tot meer diensten en werken van een betere kwaliteit. De richtlijn moet gaan gelden voor concessies die na de inwerkingtreding van de richtlijn worden gegund.

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

Hieronder volgt een toelichting op beide punten.

Rechtszekerheid

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

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

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

Toegang tot concessiemarkten

Voor wat betreft het verbeteren van de toegang tot de concessiemarkten stelt het voorstel eisen aan de bekendmaking van concessies in het Publicatieblad van de EU. Dit geldt voor concessies met een waarde gelijk aan of groter dan 5 miljoen euro. Deze drempel is ook van toepassing op dienstenconcessies. Er wordt een aparte drempelwaardeberekeningsmethodiek bepaald.

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

- minimuminformatie aan de potentiële inschrijvers moeten worden medegedeeld;

- minimumtermijnen voor aanmelding gelden;
- eisen, aan door aanbestedende diensten/ entiteiten gestelde selectie- en gunningscriteria gesteld kunnen worden.

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

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

Hierna gaan wij dieper op de bovenstaande punten in.

Definities

Artikel 1 van het voorstel definieert onder meer de verschillende soorten concessies.

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

Een *concessie voor openbare werken* betreft een *contract* onder bezwarende titel dat schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer *aanbestedende diensten* wordt gesloten en de uitvoering van werken als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk dat het voorwerp van het contract vormt te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.

De *uitvoering van werken* wordt nader gedefinieerd in artikel 1 lid 1 sub 5. Het gaat daarbij om de uitvoering of de uitvoering en het ontwerp van werken in het kader van één van de in bijlage I bedoelde activiteiten (de bekende NACE lijst) of van een werk (zie definitie hiervan in lid 1 sub 6), dan wel het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet *die een beslissende invloed op het soort werk of op het ontwerp van het werk uitoefenen*.

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

Een *concessie voor werken* betreft een *contract* onder bezwarende titel dat schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer *aanbestedende entiteiten* wordt gesloten en de uitvoering van werken als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren werken bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk dat het voorwerp van het contract vormt te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.

Artikel 4 lid 1 geeft een definitie van *aanbestedende entiteiten* in de zin van de richtlijn. Dit zijn: 1) de staat, regionale of lokale autoriteiten, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze autoriteiten of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen (zie ook weer verwijzing naar definities in artikel 3, lid 1 sub 2 t/m 4) of 2) overheidsbedrijven (gedefinieerd in artikel 4 lid 2) 3) entiteiten die geen aanbestedende diensten of overheidsbedrijven zijn en actief zijn op basis van een door een bevoegde autoriteit van een lidstaat verleende bijzondere of uitsluitende rechten (gedefinieerd in artikel 4 lid 3) wanneer zij een concessie gunnen voor de uitoefening van een van de activiteiten als bedoeld in bijlage III (zie hierboven; de 'nuts'sectoren).

Het voorgestelde concessierichtlijnregime voor ook de nutssectoren in dit voorstel 897 is dus nieuw ten opzichte van de huidige bepaling in richtlijn 2004/17, die stelt dat die richtlijn niet van toepassing is op concessies.

Rechtsoverweging 5 bij het voorstel licht toe dat met deze richtlijn ook voor de gunning van concessies voor werken en diensten in de sectoren water-, energievoorziening, vervoer en postdiensten bepaalde coördinatiebepalingen moeten worden ingevoerd aangezien nationale autoriteiten het gedrag kunnen beïnvloeden van entiteiten die in deze sectoren werkzaam zijn. Daarbij moet ook rekening worden gehouden met het gesloten karakter van de markten waarop zij werkzaam zijn als gevolg van het bestaan van door de lidstaten verleende bijzondere of uitsluitende rechten.

Rechtsoverweging 9 en artikel 4 lid 3 gaan nader in op de definitie van *uitsluitende en bijzondere rechten*. Dit begrip staat centraal in de omschrijving van het toepassingsgebied van dit richtlijnvoorstel aangezien entiteiten die geen aanbestedende entiteiten, noch overheidsbedrijven zijn, alleen aan de bepalingen van de richtlijn zijn onderworpen voor zover zij activiteiten op basis van uitsluitende of bijzondere rechten uitvoeren. Geen bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van dit richtlijnvoorstel vormen daarom rechten die zijn verleend door middel van een procedure die gebaseerd was op objectieve criteria (met name uit hoofde van EU-wetgeving) en waarvoor voor toereikende publiciteit is gezorgd.

Tot die wetgeving behoren in elk geval richtlijnen 98/30/EG (aardgas), 96/92/EG (elektriciteit), 97/67/EG (postdiensten), 94/22/EG (koolwaterstoffen) en Verordening EG nr. 1370/2007 (openbaar personenvervoer). Artikel 4 lid 3, tweede deel beschrijft wat de 'procedure waarbij voor toereikende publiciteit is gezorgd' omvat, namelijk kort gezegd een aanbestedingsprocedure met voorafgaande uitnodiging tot inschrijving of procedures uit hoofde van andere wetgevingshandelingen van de Unie, opgenomen in bijlage XI bij het richtlijnvoorstel (vergunningen aardgasinstallaties, elektriciteitsproductie installaties, postdiensten, koolwaterstofactiviteiten en openbaardienstcontracten openbaar personenvervoer).

De regels inzake concessies hebben betrekking op de verwerving van werken of diensten voor een tegenprestatie die bestaat in de exploitatie van die werken of diensten. 'Verwerving' moet breed opgevat worden in de zin van het verkrijgen van de voordelen van de betrokken werken of diensten die niet in alle gevallen een overdracht van eigendom aan de aanbestedende diensten/entiteiten vereisen. Het louter financieren van een activiteit (vaak gekoppeld aan de verplichting om de ontvangen bedragen terug te betalen wanneer zij niet voor de beoogde doeleinden worden gebruikt) valt niet onder het richtlijnvoorstel.

In de definitie van bijzondere of uitsluitende rechten in artikel 4 lid 3 van het voorstel is terug te vinden dat het gaat om rechten die door een bevoegde autoriteit van een lidstaat zijn verleend middels enige wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefenen van in bijlage III

omschreven activiteiten tot een of meer entiteiten beperkt blijft en het vermogen van andere entiteiten om die activiteit uit te oefenen substantieel wordt beïnvloed.

Een *concessie voor diensten* betreft een *contract* onder bezwarende titel dat schriftelijk tussen een of meer ondernemers en een of meer *aanbestedende diensten of aanbestedende entiteiten* wordt gesloten en de verrichting van diensten (met uitzondering van die als bedoeld onder de concessies voor openbare werken en voor werken) als voorwerp heeft, waarbij de tegenprestatie voor de uit te voeren diensten bestaat hetzij uitsluitend in het recht de diensten die het voorwerp van het contract vormen te exploiteren, hetzij in dit recht, gepaard gaande met een prijs.

Rechtsoverweging 6 ev. van het richtlijnvoorstel geven ook meer informatie over de definitie van concessies. Daaruit wordt ook duidelijk dat bepaalde staatshandelingen zoals machtigingen of vergunningen waarbij de staat of een overheid de voorwaarde voor de uitoefening van een economische activiteit vaststelt niet als concessies mogen kwalificeren. Hetzelfde geldt voor bepaalde overeenkomsten die tot voorwerp hebben het recht van een ondernemer om bepaalde publieke domeinen of rijkdommen te exploiteren, zoals pachtcontracten waarbij de staat of aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit enkel algemene voorwaarden voor het gebruik ervan vaststelt zonder bepaalde werken of diensten te verwerven.

Voorts brengt het richtlijnvoorstel een nieuwe definitie met zich mee ten aanzien van het begrip exploitatierecht. Artikel 1 lid 2 geeft aan dat *het recht de werken of diensten te exploiteren* (als bedoeld in de definities van concessie voor werken, openbare werken en diensten) de overdracht inhoudt aan de concessiehouder van het *wezenlijk operationeel risico*. De concessiehouder wordt geacht het wezenlijk operationeel risico op zich te nemen wanneer er geen garantie voorhanden is dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend.

Dat economische risico kan bestaan uit:

- het risico verbonden aan het gebruik van de werken of de vraag naar de verrichting van de dienst of
- het risico verbonden aan de beschikbaarheid van de infrastructuur die door de concessiehouder wordt aangeboden of wordt gebruikt voor de verrichting van diensten voor de gebruikers.

Zie voor meer informatie hierover ook rechtsoverweging 7 bij het richtlijnvoorstel.

Deze stelt onder meer dat het hoofdkenmerk van een concessie – het exploitatierecht- altijd de overdracht aan de concessiehouder van een economisch risico impliceert met de mogelijkheid dat hij de gedane investeringen en de met het exploiteren van de gegunde werken of diensten gepaard gaande kosten niet zal terugverdienen.

Het door de aanbestedende dienst/ entiteit garanderen van minimuminkomsten gelijk aan of hoger dan de kosten die de aannemer met betrekking tot de uitvoering van de opdracht moet maken is niet de bedoeling, maar ook niet dat bepaalde regelingen die door een aanbestedende dienst/ entiteit volledig worden betaald als concessie worden aangemerkt wanneer het terugverdienen van de investeringen en kosten die door de exploitant zijn gemaakt afhangt van de werkelijke vraag naar de beschikbaarheid van de dienst of het goed.

4.2 Publiek publieke samenwerking

Het EU-recht houdt geen beperking van de vrijheid van een aanbestedende dienst/entiteit om de binnen hun opdracht vallende taken van algemeen belang te verrichten door hun eigen middelen te

gebruiken. Als een aanbestedende dienst besluit op een externe entiteit een beroep te doen om dergelijke taken uit te voeren, dan moet wel voor effectieve toegang tot de markt voor alle EU-ondernemers worden gezorgd.

Rechtsoverweging 3 bij het voorstel geeft ook aan dat de (voorgestelde) richtlijn op geen enkele wijze van invloed mag zijn op de vrijheid van lidstaten of autoriteiten om te beslissen over het rechtstreeks verrichten van werken of diensten voor het publiek of over de externalisering ervan aan derden. Lidstaten of autoriteiten moeten de vrijheid houden om de kenmerken van de te verrichten dienst, inclusief alle voorwaarden betreffende de kwaliteit of de prijs van de diensten te bepalen om hun overheidsbeleidsdoelstellingen na te streven.

Momenteel bestaat er nog rechtsonzekerheid over de vraag in hoeverre de aanbestedingsregels moeten worden toegepast op samenwerking tussen overheidsdiensten. Daarom voorziet dit voorstel in verduidelijking in welke gevallen tussen aanbestedende diensten gesloten concessiecontracten niet aan de toepassing van de regels inzake gunning van concessies onderworpen zijn. Hierbij wordt met name de bestaande relevante rechtspraak van het Hof van Justitie EU gecodificeerd, aldus het voorstel.

Een toelichting op publieke samenwerking bij concessies staan in artikel 8, 10 t/m 12 en 31 van het voorstel en rechtsoverwegingen 13 t/m 17. Artikel 8 lid 1 ziet op concessies voor diensten die door een aanbestedende dienst/entiteit worden gegund aan een ondernemer die een aanbestedende entiteit (of een vereniging daarvan) is, op basis van een uitsluitend recht dat die ondernemer (dat voldoet aan genoemde voorwaarden) betreffende het beheer van een netwerkinfrastructuur in verband met bijlage III activiteiten (water, gas, elektra etc.). Het concessierichtlijnvoorstel is hierop niet van toepassing.

Artikel 10 (zie ook rechtsoverweging 13) stelt dat het voorstel niet van toepassing is op concessies die de aanbestedende entiteiten gunnen -voor andere doelen dan de uitoefening van hun in bijlage III bedoelde activiteiten of -voor de uitoefening van deze activiteiten in een derde land, in omstandigheden waarbij er geen fysieke exploitatie is van een net of van een geografisch gebied binnen de Unie.

Artikel 11 (zie ook rechtsoverweging 14) regelt de niet toepasselijkheid van de richtlijn op een aan een verbonden onderneming gegunde concessie. Het begrip verbonden onderneming wordt gedefinieerd in dit artikel. Het gaat om ondernemingen die voldoen aan de in lid 2 van artikel 11 genoemde voorwaarden. Die zien bijvoorbeeld op een overheersende invloed van een aanbestedende entiteit op de onderneming of andersom.

Artikel 12 regelt de niet toepasselijkheid van de richtlijn op gegunde concessies aan een gemeenschappelijke onderneming of aan een aanbestedende entiteit die deel uitmaakt van een gemeenschappelijke onderneming.

Artikel 31 ziet ten slotte op samenwerking tussen aanbestedende diensten en entiteiten uit verschillende lidstaten. Deze diensten/entiteiten kunnen gezamenlijk openbare concessies gunnen door gebruik van in dit artikel beschreven middelen. Ook geeft dit artikel regels tot aanwijzing van het toepasselijke recht bij dergelijke samenwerking (zie ook rechtsoverweging 31).

4.3 Inbesteding, alleenrechten en voorbehouden

Bij publiek publieke samenwerking wordt in de praktijk ook veel gedacht aan de mogelijkheid via

inbesteding, alleenrechten of voorbehoud-constructies een beroep te kunnen doen op niet toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn. Zie hierover ook hoofdstuk 2.

In het concessierichtlijnvoorstel komt inbesteding uitdrukkelijk aan de orde in artikel 15 (en rechtsoverweging 17). De mogelijkheid tot het verlenen van alleenrechten/ exclusieve rechten en het gevolg daarvan voor toepasselijkheid van de concessierichtlijn komt aan de orde in artikelen 2, 4 en 8 (en rechtsoverwegingen 5, 9, 13 alsmede bijlage XI van het voorstel). De consequenties van het verlenen van een voorbehoud aan een SW bedrijf om deel te nemen aan een procedure voor gunning van een concessie komt aan bod in artikel 20.

Volgens rechtsoverweging 17 bestaat rechtsonzekerheid over de vraag in hoeverre regels voor de gunning van concessies op de samenwerking tussen autoriteiten van toepassing zijn. Daarom moet volgens het voorstel worden verduidelijkt in welke gevallen tussen aanbestedende diensten/entiteiten gesloten concessies niet aan de toepassing van de regels inzake gunning van concessies onderworpen zijn. Het feit dat beide partijen bij een overeenkomst zelf aanbestedende dienst/entiteit zijn, sluit als zodanig de toepassing van de regels voor gunning van concessies niet uit.

De toepassing van de regels inzake gunning van concessies mag echter niet in de weg staan aan de vrijheid van autoriteiten om te beslissen hoe de wijze te organiseren waarop zij hun openbare dienst opdrachten uitvoeren. Wordt aan de in het richtlijnvoorstel gestelde voorwaarden voldaan, dan is de richtlijn niet van toepassing.

Het richtlijnvoorstel moet ervoor zorgen dat elke vrijgestelde publiek-publieke samenwerking geen concurrentievervalsing veroorzaakt ten aanzien van private ondernemers. De deelneming van een aanbestedende dienst als inschrijver bij een procedure voor de gunning van een overheidsopdracht mag evenmin concurrentievervalsing veroorzaken.

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

4.3.1 Inbesteding

Artikel 15 geeft een regeling over wanneer een concessie die door een aanbestedende dienst/entiteit is gegund aan een andere rechtspersoon buiten het toepassingsgebied van het richtlijnvoorstel valt. Er moet dan worden voldaan aan de volgende cumulatieve criteria:

- De aanbestedende dienst/entiteit oefent op de betrokken rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten;
- tenminste 90 % van de activiteiten van de rechtspersoon wordt verricht voor de controlerende aanbestedende dienst/entiteit of voor andere rechtspersonen die door deze aanbestedende dienst/entiteit worden gecontroleerd;
- er is geen privédeelneming in de gecontroleerde rechtspersoon.

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

De inbestedingsregeling voor concessies lijkt verder op die in het richtlijnvoorstel voor de klassieke sectoren (896). Zie hiervoor hoofdstuk 2.

4.3.2 Alleenrecht

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

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

De bestaande alleenrechtbepaling in de richtlijn 2004/18 is in voorstel 896 voor de klassieke sectoren verdwenen. Dit is reeds aangegeven hoofdstuk 2. In richtlijnvoorstel 897 voor de concessierichtlijn speelt het begrip alleenrecht (maar dan vertaald in de terminologie van 'uitsluitende en bijzondere rechten') een centrale rol. Zie ook onder meer rechtsoverweging 9.

In artikel 4 lid 3 wordt een definitie gegeven van bijzondere of uitsluitende rechten. Deze moeten (opsomming van de hand van Europa decentraal):

- 1) door een bevoegde autoriteit van een lidstaat zijn verleend,
- 2) middels enige wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, en
- 3) tot gevolg hebben dat de uitoefening van bijlage III activiteiten (water, gas, warmte, elektriciteit, vervoer, post etc.; de activiteiten van de vroeger geheten nutsbedrijven) tot een of meer entiteiten beperkt blijft en het vermogen van andere entiteiten om die activiteit uit te oefenen substantieel wordt beïnvloed.

Deze definitie ziet dus op een specifieke groep bijzondere of uitsluitende rechten in het kader van uitoefening van bijlage III activiteiten.

Daarnaast geeft lid 3 van artikel 4 ook nog aan wat *geen* bijzondere of uitsluitende rechten zijn. Dit zijn rechten die zijn verleend door middel van 'een procedure' waarbij voor toereikende publiciteit is gezorgd en waarbij de verlening van die rechten gebaseerd was op objectieve criteria.

Een dergelijke procedure betreft:

- 1) een aanbestedingsprocedure met voorafgaande uitnodiging tot inschrijving overeenkomstig richtlijn 2004/17 of 18 of overeenkomstig de concessierichtlijn
- 2) procedures uit hoofde van andere wetgevingshandelingen van de Unie, opgenomen in de lijst van bijlage XI. Dit zijn bijvoorbeeld een vergunning voor de exploitatie aardgasinstallaties, elektriciteitsproductie-installaties etc.

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

In het voorstel voor een concessierichtlijn komt de definitie van bijzondere en uitsluitende rechten dus vooral aan bod in het kader van de bepaling wat aanbestedende entiteiten zijn. Dit kunnen de entiteiten zijn die geen aanbestedende dienst of overheidsbedrijven zijn en die actief zijn op basis van een verleend bijzonder of uitsluitend recht, welk recht meer specifiek op activiteiten ter uitvoering van nutsactiviteiten ziet.

De bepaling uit artikel 18 van de huidige richtlijn 2004/18 lijkt meer (in verschillende onderdelen) terug te komen in artikel 8 van het richtlijnvoorstel voor concessies. Hierin staat namelijk dat het richtlijnvoorstel niet van toepassing is op concessies voor diensten:

- die door een aanbestedende dienst/entiteit worden gegund aan een ondernemer die een aanbestedende entiteit of vereniging daarvan is,
- op basis van een uitsluitend recht dat die ondernemer ingevolge geldende en gepubliceerde nationale wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet
- en dat is verleend in overeenstemming met het Verdrag en sectorale wetgeving van de EU betreffende het beheer van netwerkinfrastructuur in verband met bijlage III activiteiten.

In dit artikel wordt een link gelegd tussen een verleend uitsluitend recht (aan een ondernemer, zijnde aanbestedende entiteit of vereniging daarvan) voor netwerkinfra beheer in het kader van bijlage III (water, gas, warmte etc.) activiteiten en concessies voor diensten. Op dienstenconcessies die op basis van een dergelijk uitsluitend recht worden gegund is de richtlijn niet van toepassing.

Waar ligt nu het onderscheid tussen een gevestigd alleenrecht voor diensten en een concessie voor diensten (*uitsluitend (exploitatie) recht*)? Hierbij lijkt vooral de definitiebepaling van concessie voor diensten van belang ('contract onder bezwarende titel'). Dit geldt ook voor het element van de overdracht van wezenlijk operationeel risico. Zie hierover ook de uitleg onder definities, artikel 1 lid 2 van het voorstel.

Gunning van concessies zonder voorafgaande publicatie is alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden toegestaan. Dit volgt uit artikel 26 lid 5 en rechtsoverweging 19.

Deze situatie moet zich beperken tot gevallen waarin van meet af aan duidelijk is dat publicatie niet de aanleiding zal vormen voor meer concurrentie met name omdat er objectief gezien slechts één ondernemer is die de concessie kan uitvoeren. Alleen situaties van objectieve exclusiviteit kunnen de gunning van een concessie zonder publicatie aan een ondernemer rechtvaardigen. De situatie van exclusiviteit moet niet door de aanbestedende dienst of entiteit zelf zijn gecreëerd en er moeten geen toereikende alternatieven beschikbaar zijn. Dit moet grondig worden onderzocht.

4.3.3 Voorbehoud SW bedrijven

Lidstaten mogen het recht tot deelname aan procedures voor de gunning van concessies voor behouden aan beschermde werkplaatsen en ondernemers waarvan het hoofddoel de sociale en professionele integratie van gehandicapte en kansarme werknemers is. Of erin voorzien dat die concessies worden uitgevoerd in de context van programma's voor beschermde arbeid mits meer dan 30 % van de werknemers van die werkplaatsen ondernemers of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn. Dit staat in artikel 20 van het voorstel. De concessieaankondiging moet deze bepaling vermelden.

In de huidige richtlijnen 2004/18 en 17 ontbreekt een dergelijk specifiek op concessies aan SW-bedrijven toegeschreven bepaling tot mogelijkheid van voorbehoud. Zie hoofdstuk 2 over het voorbehoud aan SW-bedrijven.

4.4 Wijziging concessies

Onder welke voorwaarden vereisen wijzigingen van een concessie tijdens de uitvoering ervan een nieuwe gunningsprocedure? Rechtsoverweging 34 ev. gaan in op het feit dat duidelijkheid moet worden verschaft over deze vraag.

Artikel 42 van het voorstel geeft een regeling voor wijzigingen van concessies gedurende de looptijd ervan. Veel van de elementen die hierin worden behandeld zijn ook al aan de orde gekomen (paragraaf 1.10). Voor meer informatie verwijzen wij u ook daarnaar.

Wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging van de bepalingen van een concessie tijdens de looptijd ervan, dan wordt dit beschouwd als een nieuwe gunning. Artikel 42 geeft aan wanneer er sprake is van een wezenlijke wijziging. Het richtlijnvoorstel vereist dan een nieuwe concessiegunningsprocedure.

Uit rechtsoverweging 34 blijkt overigens dat een uitzonderlijke en tijdelijke verlenging van de termijn van de concessie normaliter niet als een materiële wijziging van de oorspronkelijke concessie kwalificeert. Die verlenging moet dan wel strikt gericht zijn op het zorgen voor continuïteit van de verrichting van de dienst in afwachting van de gunning van een nieuwe concessie.

4.4.1 Bekendmaking vanaf bepaalde drempelwaarden

Drempels

Het richtlijnvoorstel is van toepassing op concessies gesloten door aanbestedende diensten en concessies door aanbestedende entiteiten voor uitoefening van een van de bijlage III activiteiten wanneer de waarde 5.000.000 euro of meer bedraagt. Dit geeft artikel 5 (zie ook rechtsoverweging 18) van het voorstel aan.

De gunning van dergelijke opdrachten dienen vooraf te worden gegaan door een verplichte publicatie van een aankondiging van een concessie in het publicatieblad van de Europese Unie. Dit staat in artikel 26 ev. van het voorstel). Zie voor meer informatie over aanbestedingsprocedures het kopje procedures hierna.

Voor concessies voor diensten met een waarde tussen de 2.500.000 en 5.000.000 euro geldt dat zij in overeenstemming met artikel 27 en 28 van de richtlijn een verplichte aankondiging van gunning van concessie moeten plaatsen. Deze verplichting geldt niet voor sociale en andere specifieke diensten, zie hierna.

De drempels dienen volgens rechtsoverweging 18 het duidelijk grensoverschrijdende belang van concessies voor in andere lidstaten gevestigde ondernemers weer te geven.

De waardeberekening van concessies komt in artikel 6 aan bod. De geraamde waarde van een concessie wordt berekend als de waarde van een geheel van werken of diensten zelfs indien deze door verschillende opdrachten worden aangekocht wanneer de opdrachten deel uitmaken van één project.

Aanwijzingen voor het bestaan van één enkel project bestaan:

- in het geheel voorafgaand plannen en ontwerpen door de aanbestedende dienst/ entiteit,
- het feit dat de verschillende aangekochte onderdelen één economische en technische functie vervullen, of
- dat zij anderszins logisch met elkaar verbonden zijn.

Het richtlijnvoorstel kent ook een percelenregeling (artikel 6) voor concessies en een regeling voor

gemengde concessies en concessies voor meerdere activiteiten (zie artikelen 18 en 19 en rechtsoverweging 12).

4.4.2 Sociale diensten en andere specifieke diensten

Rechtsoverweging 20 t/m 22 en artikel 17 van het voorstel stellen dat het niet gerechtvaardigd is de volledige toepassing van de aanbestedingswetgeving tot een gelimiteerde groep diensten te beperken. Daarom moet deze richtlijn van toepassing zijn op diensten die potentieel voor grensoverschrijdende handel vertonen. Van de volledige toepassing van de richtlijn worden alleen die diensten uitgesloten die een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben, namelijk de persoonsgebonden diensten, zoals bepaalde diensten op sociaal, gezondheids- en onderwijsgebied. Deze diensten worden verricht binnen een bijzondere context die als gevolg van verschillende culturele tradities sterk verschilt per lidstaat. Daarom is een specifieke regeling nodig voor concessies van deze diensten. Die regeling staat in artikel 17 (met een verwijzing naar bijlage X van het richtlijnvoorstel). Op bijlage X staat vermeld welke diensten in de zin van artikel 17 zijn: gezondheidszorg, maatschappelijke diensten, onderwijs, culturele diensten, sociale verzekering, uitkeringsdiensten, religieuze diensten, etc.

Er geldt een verplichting tot vooraankondiging (zie artikel 26 lid 3) en een aankondiging van gunning van een opdracht voor elke concessie met een waarde gelijk aan of groter dan de in deze richtlijn vastgestelde drempels (zie artikel 27 lid 2). Dit is een toereikende methode om informatie te verstekken over zakelijke kansen aan potentiële inschrijvers alsook over het aantal en soort gegunde opdrachten.

Lidstaten moeten daarnaast passende maatregelen invoeren met betrekking tot de gunning van concessieopdrachten voor deze diensten. Deze maatregelen moeten erop gericht zijn de beginselen van transparantie en gelijke behandeling in acht te nemen. De lidstaten moeten er ook voor zorgen dat aanbestedende diensten/entiteiten rekening mogen houden met de noodzaak te zorgen voor onder meer kwaliteit, continuïteit, toegankelijkheid, beschikbaarheid en uitgebreidheid van de diensten, de specifieke behoeften van gebruikers, etc.

Vanwege het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van deze diensten moeten de lidstaten een grote vrijheid krijgen om de keuze van de dienstverrichters te organiseren zoals zij dat het meest passend achten. De regels van het richtlijnvoorstel staan er niet aan in de weg dat de lidstaten voor de keuze van de dienstverrichters specifieke kwaliteitscriteria toepassen.

Lidstaten en of aanbestedende diensten blijven vrij om deze diensten zelf te verrichten. Of om sociale diensten zo te organiseren dat er geen sprake is van gunning van overheidsopdrachten. Dit kan bijvoorbeeld door deze diensten alleen te financieren. En andere mogelijkheid is door licenties of machtigingen te verlenen aan alle ondernemers die beantwoorden aan de vooraf door de aanbestedende dienst/entiteit vastgestelde voorwaarden. Zie hierover rechtsoverweging 22.

4.4.3 Minimuminfo verstrekken aan inschrijvers

Artikel 26 lid 2 van het richtlijnvoorstel stelt dat de concessieaankondiging de in een deel van bijlage IV genoemde inlichtingen bevatten en in voorkomend geval ook alle door de aanbestedende dienst of entiteit nuttig geachte inlichtingen, overeenkomstig de vorm van de standaardformulieren.

Voor sociale en andere specifieke diensten wordt verwezen naar de in bijlage XIII vastgestelde informatie die in aankondigingen moeten terugkomen. De Commissie stelt deze standaardformulieren

op. Voor informatie betreffende de gunningsaankondigingen verwijst artikel 27 onder meer naar de in bijlage V en VI vastgestelde informatie. Artikel 28 verwijst naar de bijlagen IV tot en met VI bedoelde informatie in de vorm van standaardformulieren die van belang zijn in het kader van opmaak en wijze van bekendmaking van aankondigingen.

Zie voor wat betreft het informeren van inschrijvers in het kader van de procedurele waarborgen die artikel 35 van het voorstel stelt aangaande beschrijving van de concessie, gunningscriteria en minimumeisen hierna onder het kopje 'Procedures'.

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

4.4.4 Duur concessie en te hanteren termijnen

Het concessierichtlijnvoorstel kent een bepaling ten aanzien van de duur van de concessie (artikel 16). In de huidige richtlijnen ontbreekt een dergelijke bepaling. In het voorstel is de duur van een concessie beperkt tot de 'termijn die naar schatting noodzakelijk is voor de concessiehouder om de gedane investeringen in verband met het exploiteren van de werken of diensten met een redelijke rendement op het geïnvesteerde kapitaal terug te verdienen.' In het voorstel is geen nadere toelichting op deze bepaling terug te vinden.

De huidige richtlijn 2004/18 kent in artikelen 59 en 65 termijnbepalingen voor concessies voor openbare werken. Artikelen 37 en 38 van het voorstel introduceren in acht te nemen termijnen voor aanmelding bij concessiegunningsprocedures. Deze termijn is 52 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de concessieaankondiging.

De bestaande aanbestedingsrichtlijn 2004/18 kent voor gunning van openbare werken concessies ook al een termijnbepaling (zie artikel 59) van 52 dagen. Gezien het gewoonlijk complexe karakter van concessieopdrachten is voor concessieopdrachten in het richtlijnvoorstel gekozen voor een langere termijn dan gewone overheidsopdrachten. Zie voor termijnen in richtlijnvoorstel 896 hoofdstuk 1.

Bij het gebruik van elektronische middelen kunnen de minimumtermijnen worden verkort met vijf dagen. Hiervoor gelden wel voorwaarden. Zie hierover artikel 38 lid 2 en rechtsoverweging 30 van het voorstel.

4.4.5 Selectie en uitsluiting

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

De keuze en toepassing van evenredige, niet-discriminerende en eerlijke selectiecriteria op ondernemers is van essentieel belang voor hun daadwerkelijk toegang tot de economische kansen met betrekking tot concessieovereenkomsten. Dit staat in rechtsoverweging 24 van het concessierichtlijnvoorstel.

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

Het voorstel vindt het daarom passend erin te voorzien dat de selectiecriteria:- uitsluitend betrekking moeten hebben op de technische, financiële en economische capaciteit van ondernemers;



- in de concessieaankondiging moeten worden bekendgemaakt; en
- niet kunnen uitsluiten dat een ondernemer op de capaciteit van andere entiteiten steunt ongeacht de juridische aard van de banden van de ondernemer met deze entiteiten, indien deze laatste ten genoegen van de aanbestedende dienst of aanbestedende entiteit kan aantonen dat hij de nodige middelen te zijner beschikking zal hebben.

Artikel 36 van het voorstel werkt de nadere regels ten aanzien van selectie, uitsluiting en kwalitatieve beoordeling van gegadigden verder uit.

De eisen kunnen zien op geschiktheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen, economische en financiële positie en technische en beroepsbekwaamheid. Alle voorwaarden voor deelneming moeten worden beperkt tot die welke geschikt zijn ervoor te zorgen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische, financiële, commerciële en technische capaciteit beschikt om de te gunnen concessie uit te voeren. Alle eisen houden verband en zijn strikt evenredig met het voorwerp van de opdracht, rekening houdend met de noodzaak om voor echte concurrentie te zorgen. De uitsluitingsgronden worden in lid 5 en volgende beschreven. De verplichte uitsluitingsgronden zijn op bijna identiek wijze beschreven als de uitsluitingsgronden in artikel 55 van richtlijnvoorstel 896 (overheidsopdrachten voor klassieke sectoren); de beschrijving van de facultatieve uitsluitingsgronden wijken wat af van elkaar.

4.4.6 Gunningscriteria

De huidige richtlijn 2004/18 kent in de regels voor concessies voor openbare werken in artikel 61 een bepaling voor de gunning van aanvullende werken aan de concessiehouder van concessies.

Om voor transparantie en gelijke behandeling te zorgen, moeten volgens rechtsoverweging 25 bij het concessierichtlijnvoorstel criteria voor de gunning van concessies altijd aan een aantal algemene normen voldoen.

Deze criteria moeten:

- vooraf aan alle potentiële inschrijvers openbaar worden gemaakt, - verband houden met het voorwerp van de opdracht en de aanbestedende dienst, of aanbestedende entiteit geen onbeperkte keuzevrijheid laten
- ervoor zorgen dat effectieve concurrentie mogelijk blijft en gepaard gaan met eisen die het mogelijk maken de door de inschrijvers verstrekte informatie effectief te controleren.

Om aan deze normen te voldoen en de rechtszekerheid te verbeteren, mogen de lidstaten voorzien in het gebruik van het criterium van de economisch voordeligste inschrijving.

Wanneer aanbestedende diensten en aanbestedende entiteiten besluiten een concessie te gunnen aan de economisch voordeligste inschrijving, moeten zij bepalen op basis van welke economische en kwaliteitscriteria zij de inschrijvingen zullen beoordelen teneinde vast te stellen welke inschrijving de beste prijs-kwaliteitverhouding heeft. Bij de bepaling van deze criteria wordt rekening gehouden met het voorwerp van de concessie, aangezien de criteria het mogelijk moeten maken het prestatieniveau dat door iedere inschrijving wordt geboden ten aanzien van het in de technische specificaties omschreven voorwerp van de concessie te beoordelen en de prijs-kwaliteitverhouding van iedere inschrijving te bepalen.

Artikel 39 van het voorstel werkt de nadere regels ten aanzien van gunning verder uit. Het relatieve gewicht dat wordt toegekend aan de gunningscriteria moeten in dalende volgorde van belangrijkheid worden opgenomen in de aankondiging of de documenten. Lidstaten mogen voorzien in gunning van

concessies op basis van het gunningscriterium van economisch voordeligste inschrijving (evi). Lid 4 geeft aan wat de criteria binnen evi mogen inhouden naast prijs of kosten.

4.5 Procedures

Zoals eerder aangegeven bevat het concessierichtlijnvoorstel geen opsomming van mogelijk te volgen aanbestedingsprocedures in het geval van gunning van concessies. Rechtsoverweging 27 bij het richtlijnvoorstel geeft aan dat concessieovereenkomsten gewoonlijk complexe lange termijnregelingen zijn waarbij de aannemer verantwoordelijkheden en risico's op zich neemt die traditioneel door de aanbestedende diensten/entiteiten worden gedragen en binnen hun opdracht vallen.

Om deze reden dienen de aanbestedende diensten/ entiteiten over een flexibiliteitsmarge te beschikken bij het organiseren van het gunningsproces. Hierbij bestaat de mogelijkheid over de inhoud van de overeenkomst met de gegadigden te onderhandelen.

Om voor gelijke behandeling en transparantie in de loop van de gunningsprocedure te zorgen, dient te worden voorzien in bepaalde vereisten. Dit zijn onder meer de structuur van het gunningsproces met inbegrip van onderhandelingen, de verspreiding van informatie en de beschikbaarheid van schriftelijke vastleggingen. Het is tevens noodzakelijk te bepalen dat er van de oorspronkelijke voorwaarden van de concessieaankondiging niet mag worden afgeweken, om oneerlijke behandeling van potentiële kandidaten te voorkomen.

Dit laatste ziet ook op de bepalingen inzake wijzigingen van concessies, die reeds hierboven werden behandeld. Artikel 26 ev. van het concessierichtlijnvoorstel beschrijven verder de randvoorwaarden van de flexibelere procedures voor concessiegunning. Deze stellen eisen aan de aankondiging en gunningsaankondigingen. Voor het verloop van de procedure stellen artikel 32 en 33 eisen aan de technische specificaties en testverslagen, certificatie en andere bewijsmiddelen. Ten aanzien van de keuze van deelnemers en gunning van opdrachten stellen artikelen 34 en volgende eisen in algemene zin, aan de beschrijving van de concessie, de gunningscriteria en minimumeisen/ selectie en termijnen (zie hierboven behandeld).

Artikel 34 stelt dat concessies worden gegund op basis van de door de aanbestedende dienst/ entiteit vastgestelde criteria (in overeenstemming met de gunningscriteria ingevolge artikel 39) mits wordt voldaan de aan voorwaarde dat de inschrijving voldoet aan de gunningseisen, voorwaarden en criteria en de inschrijving afkomstig is van een inschrijver die niet is uitgesloten van deelneming ingevolge artikel 36 en voldoet aan de selectiecriteria.

Procedurele waarborgen worden beschreven in artikel 35 van het richtlijnvoorstel. Hierin staat onder meer dat:

- de beschrijving van de concessie, de gunningscriteria en minimumeisen in de loop van de onderhandelingen niet mogen worden gewijzigd,
- de aanbestedende diensten/entiteiten de gelijke behandeling van alle inschrijvers moeten waarborgen,
- er eisen zijn op welke wijze een aanbestedende dienst/ entiteit tot een passend niveau kan beperken,
- de regels betreffende de organisatie van de procedure van de gunning, onder meer met procedurefasen en tijdschema, vooraf moeten worden vastgelegd en aan alle deelnemers worden meegedeeld.



EUROPA decentraal

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

Ook stelt artikel 35 regels waaraan aanbestedende diensten/entiteiten zich moeten houden wanneer de gunning van concessies onderhandeling inhoudt (lid 5).

Tot slot geeft artikel 35 regels over informeren over besluiten betreffende de gunning, niet gunning of herbeginnen van een procedure en afwijzing van gegadigden en inschrijvers.

Rechtsbeschermingsrichtlijn

Rechtsoverweging 39 en artikel 44 van het richtlijnvoorstel gaan in op de rechtsbescherming bij concessies. De bestaande [Rechtsbeschermingsrichtlijnen](#) worden ook van toepassing verklaard op alle concessieopdrachten voor diensten en werken die de drempel overschrijden en die door zowel aanbestedende diensten als aanbestedende entiteiten worden gegund.