

Feuilleton deel III

In deel I en II van dit feuilleton is uitgebreid stilgestaan bij de voorstellen van de Europese Commissie met betrekking tot het wijzigen van de richtlijn voor de klassieke sectoren. In dit derde deel 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 (paragraaf 3.1) en de vraag of er nog steeds behoefte is aan EU-voorschriften voor het plaatsen van opdrachten in de speciale sectoren (3.2). In paragraaf 3.3 wordt vervolgens ingegaan op de voorgestelde wijzigingen. Behandeld worden: vereenvoudiging en flexibilisering van de aanbestedingsprocedures (3.3.1), strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen (3.3.2), betere toegang tot de markt voor kmo's en startende ondernemingen (3.3.3.), deugdelijke procedures (3.3.4), en deugdelijk bestuur (3.3.5).

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 wijzigingsvoorstellen in de richtlijn klassieke sectoren. Daarom worden deze in dit derde deel van het feuilleton niet opnieuw besproken. De focus in dit deel ligt op 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 [deel I](#) en [II](#) van dit feuilleton. 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,
- posterijen,

-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..... (concessies)] of deze richtlijn (voorstel 895), of procedures uit hoofde van andere wetgevingshandelingen van de Unie als opgesomd in bijlage II.

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 erkenningsproces 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 aandrag 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 flexibelere 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 [deel I](#) en [II](#) van dit feuilleton.

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 graag naar [deel I](#) van dit feuilleton.

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 gassector (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 van [deel II](#) van dit feuilleton.

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 van [deel II](#) van dit feuilleton

3.3.5 Bestuur

De voorstellen met betrekking tot nationale toezichtsinstanties, kenniscentra en administratieve samenwerking komen ook overeen met die in voorstel 896. Informatie hierover vindt u in paragraaf 2.4 van [deel II](#) van dit feuilleton.