

NL

NL

NL



EUROPESE COMMISSIE

Brussel, 27.1.2011
COM(2011) 15 definitief

GROENBOEK

**betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten
Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt**

INHOUDSOPGAVE

1.	Waarom speciale regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten?	6
1.1.	Aanschaffingen	6
1.2.	Overheidsopdrachten.....	7
1.3.	Inkopers in de publieke sector.....	11
2.	Verbetering van het instrumentarium voor aanbestedende diensten.....	13
2.1.	Modernisering van de procedures	14
2.2.	Specifieke instrumenten voor kleine aanbestedende diensten	21
2.3.	Publiek-publieke samenwerking	23
2.4.	Geschikte instrumenten voor het bundelen van de vraag / Gezamenlijke inkoop	25
2.5.	Problemen in verband met de uitvoering van de opdracht aanpakken.....	27
3.	Een toegankelijker Europese aanbestedingsmarkt	30
3.1.	Betere toegang voor het midden- en kleinbedrijf en voor starters	30
3.2.	Een eerlijke en daadwerkelijke concurrentie waarborgen	33
3.3.	Plaatsen van overheidsopdrachten bij ontbreken van mededinging / ingeval er uitsluitende rechten gelden.....	36
4.	Strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij nieuwe uitdagingen.....	37
4.1.	"Hoe aanschaffen" om de Europa 2020-doelstellingen te bereiken.....	39
4.2.	"Wat aanschaffen" ter ondersteuning van de Europa 2020-beleidsdoelstellingen.....	46
4.3.	Innovatie.....	49
4.4.	Sociale diensten.....	52
5.	Zorgen voor deugdelijke procedures.....	54
5.1.	Voorkoming van belangenconflicten	54
5.2.	Bestrijding van vriendjespolitiek en corruptie	55
5.3.	Uitsluiting van "ondeugdelijke" inschrijvers	57
5.4.	Voorkoming van ongerechtvaardigde voordelen	59
6.	Toegang van leveranciers uit derde landen tot de EU-markt.....	60

GROENBOEK

betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt

De Europa 2020-strategie voor slimme, duurzame en inclusieve groei¹ biedt een visie op de concurrerende Europese sociale markteconomie voor de komende tien jaar, die op drie samenhangende en elkaar versterkende prioriteiten berust: het ontwikkelen van een op kennis en innovatie gebaseerde economie; het bevorderen van een koolstofarme, concurrerende economie waarin zuinig wordt omgesprongen met hulpbronnen; en het stimuleren van een economie met veel werkgelegenheid en sociale en territoriale cohesie.

Overheidsopdrachten spelen in de Europa 2020-strategie een cruciale rol als een van de marktgebaseerde instrumenten die dienen te worden aangewend om deze doelstellingen te bereiken. Meer specifiek wordt in de Europa 2020-strategie de verwachting uitgedrukt dat aanbestedingsprocedures een bijdrage leveren tot:

- het verbeteren van de randvoorwaarden voor bedrijven die willen innoveren, door het beleid voor de vraagzijde te optimaliseren²;
- het bevorderen van de overgang naar een zuinige en koolstofarme economie, bijvoorbeeld door een bredere toepassing van groene aanbestedingsprocedures aan te moedigen, en
- het verbeteren van het ondernemingsklimaat, met name voor innovatieve kmo's.

In de Europa 2020-strategie wordt er tevens de nadruk op gelegd dat het beleid inzake overheidsopdrachten voor een zo efficiënt mogelijke besteding van de openbare middelen moet zorgen en dat de markten voor overheidsopdrachten overal in de EU moeten worden opgehouden. Tegen de achtergrond van de ernstige begrotingsproblemen en economische moeilijkheden in vele EU-lidstaten is het verkrijgen van de best mogelijke aanbestedingsresultaten door middel van efficiënte procedures van wezenlijk belang. In het licht van deze uitdagingen is een werkzame en efficiënte Europese aanbestedingsmarkt, die deze ambitieuze doelstellingen kan waarmaken, meer dan ooit noodzakelijk.

Vele belanghebbenden hebben de wens te kennen gegeven dat het aanbestedingssysteem van de EU wordt hervormd, om de doeltreffendheid en efficiëntie ervan te vergroten. In de Single Market Act³ heeft de Commissie dan ook aangekondigd dat zij op basis van een brede raadpleging uiterlijk tegen begin 2012 wetgevingsvoorstellen zal doen ter vereenvoudiging en

¹ Zie de mededeling van de Commissie van 3 maart 2010 - COM(2010) 2020.

² Zie ook de mededeling van de Commissie over de "Innovatie-Unie" – SEC(2010) 1161-, een van de kerninitiatieven van de Europa 2020-strategie, waarin nader wordt ingegaan op het strategisch gebruik van overheidsopdrachten ter bevordering van onderzoek en innovatie. In deze mededeling doet de Commissie een beroep op de lidstaten om een deel van hun budget voor overheidsopdrachten te reserveren voor onderzoek en innovatie en kondigt zij aan dat zij voor begeleiding en ondersteuning van aanbestedende diensten zal zorgen.

³ Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's: Naar een Single Market Act – Voor een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen, 27 oktober 2010 - COM(2010) 608.

modernisering van de Europese aanbestedingswetgeving om te komen tot een vlottere gunning van opdrachten en tot een betere aanwending van overheidsopdrachten ter ondersteuning van andere beleidslijnen.

De huidige generatie aanbestedingsrichtlijnen, d.w.z. Richtlijn 2004/17/EG⁴ en Richtlijn 2004/18/EG⁵, vormen het voorlopige eindpunt van een lang ontwikkelingsproces dat begonnen was met Richtlijn 71/305/EEG⁶. Deze richtlijnen zorgen ervoor dat transparante en niet-discriminerende procedures worden gevolgd en willen zo in de eerste plaats garanderen dat ondernemingen op het gebied van overheidsopdrachten ten volle gebruik kunnen maken van hun fundamentele vrijheden. In de huidige richtlijnen wordt tevens melding gemaakt van een aantal doelstellingen op andere beleidsterreinen die in aanbestedingsverband worden nagestreefd, zoals de bescherming van het milieu of van sociale rechten⁷ of de bestrijding van corruptie⁸.

Aangezien overheidsopdrachten van groot belang zijn om de huidige uitdagingen aan te pakken, dienen de bestaande instrumenten en methoden te worden gemoderniseerd en beter te worden toegesneden op de veranderende politieke, sociale en economische context. Diverse complementaire doelstellingen dienen daarbij te worden bereikt.

Het eerste doel is de efficiëntie van de overheidsbestedingen te vergroten. Dit houdt allereerst in dat wordt gestreefd naar het best mogelijke aanbestedingsresultaat (beste prijs-kwaliteitverhouding). Om dat te bereiken is het van wezenlijk belang dat er zo scherp mogelijk wordt geconcurrereerd om de overheidsopdrachten die in de interne markt worden geplaatst in de wacht te slepen. Inschrijvers moeten de kans hebben om op voet van gelijkheid te concurreren en vervalsing van de mededinging moet worden voorkomen. Het is echter evenzeer van belang de efficiëntie van de aanbestedingsprocedures zelf te vergroten. Gestroomlijnde aanbestedingsprocedures met gerichte vereenvoudigingen van de regels ten behoeve van kleine aanbestedende diensten kunnen er mee voor zorgen dat inkopers in de publieke sector het best mogelijke aanbestedingsresultaat behalen met de kleinst mogelijke besteding van tijd en overheidsmiddelen. Efficiëntere procedures zullen alle marktdeelnemers ten goede komen en de participatie van zowel kmo's als buitenlandse inschrijvers bevorderen. In de praktijk is de grensoverschrijdende participatie aan openbare aanbestedingsprocedures

⁴ Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134 van 30.4.2004, blz. 1). Deze richtlijn is laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie van 30 november 2009 tot wijziging van de Richtlijnen 2004/17/EG, 2004/18/EG en 2009/81/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten (PB L 314 van 1.12.2009, blz. 64).

⁵ Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134 van 30.4.2004, blz. 114). Richtlijn laatstelijk gewijzigd bij Verordening (EG) nr. 1177/2009 van de Commissie. In de verdere tekst worden de bepalingen van Richtlijn 2004/18/EG als uitgangspunt genomen; voor zover niet uitdrukkelijk anders vermeld heeft de tekst echter – mutatis mutandis – eveneens betrekking op de corresponderende bepalingen van Richtlijn 2004/17/EG. De term “aanbestedende dienst” verwijst derhalve zowel naar instanties waarvan de aanbestedingen onder Richtlijn 2004/18/EG vallen als naar “aanbestedende diensten” in de zin van Richtlijn 2004/17/EG.

⁶ Richtlijn 71/305/EEG van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185 van 16.8.1971, blz. 5).

⁷ Zie de overwegingen 5 en 46 van Richtlijn 2004/18/EG en de overwegingen 12 en 55 van Richtlijn 2004/17/EG.

⁸ Zie overweging 43 van Richtlijn 2004/18/EG en overweging 40 van Richtlijn 2004/17/EG.

in de EU nog steeds gering⁹. Vergelijking met de particuliere sector, waar grensoverschrijdende handel veel frequenter voorkomt, leert dat er nog een aanzienlijk potentieel kan worden aangeboord. Deze doelstelling van meer efficiëntie bij het plaatsen van overheidsopdrachten komt vooral aan de orde in de vragen in deel 2 (verbetering van het instrumentarium van de aanbestedende diensten) en deel 3 (een toegankelijker Europese aanbestedingsmarkt) van het groenboek.

Een andere, complementaire doelstelling bestaat erin inkopers in staat te stellen om beter gebruik te maken van overheidsopdrachten om gemeenschappelijke maatschappelijke doelen te bereiken, zoals bijvoorbeeld: milieubescherming, een efficiënter gebruik van hulpbronnen en energie alsmede bestrijding van de klimaatverandering, bevordering van innovatie en sociale insluiting, alsmede het scheppen van de best mogelijke voorwaarden voor het vestrekken van publieke diensten van hoge kwaliteit. Dit streven kan op lange termijn ook gunstig zijn voor het eerste doel van een meer efficiënte besteding van overheidsmiddelen, bijvoorbeeld doordat de aandacht wordt verlegd van de laagste initiële aankoopprijs naar de laagste kostprijs over de hele levensduur¹⁰. Vraagstukken in verband met deze doelstelling komen aan bod in deel 4 van het groenboek (strategisch gebruik van overheidsopdrachten).

Een verdere ontwikkeling van het EU-recht inzake overheidsopdrachten kan voorts ook worden overwogen om belangrijke problemen aan te pakken die tot dusver niet afdoende zijn geregeld, zoals de voorkoming en bestrijding van corruptie en vriendjespolitiek (deel 5) en de vraag hoe Europese ondernemingen een betere toegang kunnen krijgen tot markten in derde landen (deel 6). Daarenboven vormt een herziening van het wetgevingskader tevens een gelegenheid om eens na te gaan of bepaalde basisbegrippen en uitgangspunten niet dienen te worden verfijnd, om zowel aanbestedende diensten als ondernemingen meer rechtszekerheid te bieden (deel 1). In dit verband kan de herziening mogelijkheden bieden om de samenhang tussen de toepassing van de EU-voorschriften inzake overheidsopdrachten en die op het gebied van staatssteun te verbeteren.

Over de vraag hoe de diverse doelstellingen beter kunnen worden bereikt, wordt in het groenboek een aantal ideeën besproken. Daarbij mag evenwel niet uit het oog worden verloren dat de verschillende oogmerken met elkaar in strijd kunnen zijn (bv. vereenvoudiging van de procedures versus het in aanmerking nemen van andere beleidsdoelstellingen). De uiteenlopende oogmerken leiden soms tot beleidskeuzen die in verschillende richtingen kunnen wijzen, hetgeen een beredeneerde keuze in een later stadium noodzakelijk maakt.

Overigens is de keuzevrijheid qua mogelijke wetswijzigingen niet onbeperkt. Wetswijzigingen moeten stroken met de internationale verplichtingen van de EU of zijn wellicht slechts mogelijk als met alle betrokken partners onderhandelingen worden aangegaan over eventuele verzoeken tot compensatie. Deze verplichtingen, die zijn neergelegd in een multilaterale overeenkomst¹¹ en zeven bilaterale overeenkomsten¹², kunnen er bijgevolg toe

⁹ Volgens recent onderzoek wordt slechts 1,6% van alle overheidsopdrachten gegund aan ondernemingen uit andere lidstaten. Indirecte grensoverschrijdende participatie – via dochterondernemingen of partners die in de lidstaat van de aanbestedende dienst gevestigd zijn – komt vaker voor. Toch blijft ook het aandeel van indirecte grensoverschrijdende gunningen relatief klein (11%).

¹⁰ Een klassiek voorbeeld is dat energiezuinige investeringen niet plaatsvinden omdat de investering en de exploitatie-uitgaven afzonderlijk worden beheerd via verschillende begrotingsprocessen.

¹¹ WTO-overeenkomst inzake overheidsopdrachten (GPA), zie http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/international_en.htm.

leiden dat het effect van wetwijzigingen wordt beperkt. Het gaat hierbij met name om de toepassingsdrempels voor de EU-aanbestedingsregels, de definitie van de begrippen "aanschaffingen" en "inkopers in de publieke sector", en een aantal procedurekwesties zoals het vaststellen van technische specificaties en termijnen.

Deze raadpleging heeft geen betrekking op concessies; daarover heeft eerder al een afzonderlijke raadpleging en effectbeoordeling plaatsgevonden. De Commissie zal een wetsvoorstel indienen dat een grotere rechtszekerheid beoogt voor regionale en lokale autoriteiten en ondernemingen in heel Europa en de ontwikkeling van publiek-private partnerschappen tracht te bevorderen. Vraagstukken in verband met elektronisch aanbesteden zijn behandeld in een afzonderlijk groenboek, dat op 18 oktober 2010 is gepubliceerd¹³.

Gelijktijdig met dit groenboek is de Commissie bezig met een algehele evaluatie van de gevolgen en de kosteneffectiviteit van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Voor deze evaluatie wordt op de markt gegevensmateriaal verzameld over het functioneren van de huidige aanbestedingsregels, om aldus empirisch vast te stellen op welke terreinen verbetering noodzakelijk is. De resultaten van dit nieuwe onderzoek zullen in de zomer van 2011 worden bekendgemaakt.

Naast de resultaten van de evaluatie zullen ook de opmerkingen van de belanghebbenden op dit groenboek basismateriaal vormen voor het denkwerk over de komende hervorming van de EU-aanbestedingsregels, die haar neerslag zal vinden in een voorstel tot wetwijziging.

1. WAAROM SPECIALE REGELS VOOR HET PLAATSEN VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN?

Bij het uitgeven van overheidsgeld moeten inkopers in de publieke sector rekening houden met andere prikkels dan de bestuurders van particuliere ondernemingen, die het risico lopen verlies te maken en uiteindelijk failliet te gaan en die rechtstreeks onderworpen zijn aan de marktkrachten.

Daarom moeten bij het plaatsen van overheidsopdrachten bijzondere aanbestedingsprocedures worden gevolgd, die ervoor zorgen dat publieke aanschaffingen zo rationeel, transparant en eerlijk mogelijk verlopen. De daarin opgenomen waarborgen moeten het mogelijke tekort aan commerciële discipline bij overheidsaankopen compenseren en tevens voorkomen dat nationale of lokale ondernemingen een voorkeursbehandeling krijgen die de overheid veel geld kost.

De Europese aanbestedingsregels zijn dan ook van toepassing op alle overheidsopdrachten die marktdeelnemers binnen de interne markt potentieel kunnen interesseren, waarbij gelijke toegang tot en een eerlijke concurrentiestrijd om overheidsopdrachten binnen de Europese aanbestedingsmarkt worden gewaarborgd.

1.1. Aanschaffingen

In wezen zijn de aanbestedingsregels bedoeld om alle aanschaffingen door aanbestedende diensten te regelen. De EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten beperken hun

¹² Zie met betrekking tot de bilaterale overeenkomsten: <http://ec.europa.eu/trade/creating-opportunities/bilateral-relations/>.

¹³ Groenboek over de bevordering van elektronisch aanbesteden in de EU, SEC(2010) 1214 van 18.10.2010.

toepassingsgebied evenwel niet uitdrukkelijk tot aanschaffingen ter dekking van de specifieke behoeften van de aanbestedende dienst¹⁴. Dit heeft een debat op gang gebracht over de toepasselijkheid van de richtlijnen in gevallen waarin overheidsdiensten voor doeleinden die niets te maken hebben met hun eigen aankoopbehoeften, overeenkomsten sluiten die in rechte bindende verplichtingen meebrengen.

Het gaat hier bijvoorbeeld om het geval waarbij in een subsidieovereenkomst betreffende het toekennen van een steunbedrag aan de begunstigde de afdwingbare verplichting wordt opgelegd om bepaalde diensten te verstrekken. Dergelijke verplichtingen worden normaal gezien opgelegd om het correcte gebruik van overheidsmiddelen te waarborgen, niet om te voorzien in de aankoopbehoeften van de overheidsdienst die de subsidie toekent.

Autoriteiten van lidstaten en andere belanghebbenden hebben geklaagd over de rechtsonzekerheid omtrent het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels in dergelijke situaties en hebben verzocht om een verduidelijking van het doel van de desbetreffende bepalingen. In zijn meest recente jurisprudentie heeft het Hof voor recht verklaard dat het begrip overheidsopdrachten veronderstelt dat de werken, leveringen of diensten waarop de opdracht betrekking heeft, *in het rechtstreekse economische belang* van de aanbestedende dienst worden uitgevoerd¹⁵.

Vraag:

1. Vindt u dat het toepassingsgebied van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten beperkt moet blijven tot aanschaffingen van de aanbestedende dienst zelf? Moet daarbij zonder meer het door het Hof gehanteerde criterium van het rechtstreekse economische belang wettelijk worden verankerd of moeten bijkomende/alternatieve voorwaarden en begrippen worden ingevoerd?

1.2. Overheidsopdrachten

De huidige indeling van overheidsopdrachten – in opdrachten voor werken, opdrachten voor leveringen en opdrachten voor diensten – is deels het resultaat van een historische ontwikkeling. De noodzaak om overheidsopdrachten vooraf in een van deze categorieën in te delen kan aanleiding geven tot moeilijkheden, bijvoorbeeld in het geval van opdrachten voor de aankoop van softwareapplicaties, die naargelang van de omstandigheden als opdrachten voor leveringen dan wel voor diensten kunnen worden beschouwd. Richtlijn 2004/18/EG bevat specifieke regels voor gemengde opdrachten, die door de jurisprudentie verder zijn uitgewerkt. Wanneer een opdracht elementen behelst die aan verschillende types gerelateerd zijn, moet volgens het Hof worden bepaald wat de toepasselijke regels zijn door na te gaan wat het hoofddoel van de opdracht is.

Sommige van deze problemen kunnen worden vermeden door een vereenvoudiging van de huidige structuur. Het zou bijvoorbeeld denkbaar zijn nog slechts twee types overheidsopdrachten te onderscheiden, zoals in het kader van de GPA-regeling, die alleen opdrachten voor leveringen en voor diensten kent, waarbij werken worden beschouwd als een vorm van diensten ("opdracht voor bouwkundige diensten"). De mogelijkheid om een enkel basistype overheidsopdracht te hanteren en slechts onderscheid te maken naar voorwerp waar

¹⁴ Zie het arrest van het Hof van Justitie van 18.11.2004 in zaak C-126/03, Commissie/Duitsland, punt 18.

¹⁵ Arresten van 25.3.2010 in zaak C-451/08, Helmut Müller GmbH, punten 47-54, en van 15.7.2010, Commissie/Duitsland, punt 75.

dit strikt noodzakelijk is (bijvoorbeeld in de bepalingen betreffende de drempels) kan eveneens worden overwogen.

Vraag:

2. Acht u het behoud van de huidige structuur van het materiële toepassingsgebied, met zijn indeling in opdrachten voor werken, leveringen en diensten, wenselijk? Zo niet, welke alternatieve structuur zou u voorstellen?

Ongeacht een eventuele herstructurering van de soorten opdrachten zou het misschien noodzakelijk kunnen zijn de huidige definities van de diverse types van opdrachten aan te passen en te vereenvoudigen.

Dit geldt met name voor de definitie van "overheidsopdrachten voor werken" in artikel 1, lid 2, onder b), van Richtlijn 2004/18/EG, die drie alternatieve voorwaarden behelst die complex zijn en elkaar deels overlappen. Het begrip overheidsopdracht voor werken omvat hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van specifieke werken van een van de in bijlage I vermelde types, dan wel hetzij de uitvoering, hetzij zowel het ontwerp als de uitvoering van een werk zoals omschreven in artikel 1, lid 2, onder b), van de richtlijn, dan wel ten slotte "het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat aan de door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen voldoet". De laatste voorwaarde werd toegevoegd om te verzekeren dat de definitie ook geldt voor gevallen waarin de werken niet door de contractant zelf, maar door derden namens de contractant worden uitgevoerd.

Er kan worden overwogen de definitie te vereenvoudigen en de huidige structuur te vervangen door een veel eenvoudiger en duidelijker geheel van voorwaarden die toepasselijk zijn op alle soorten bouwwerkzaamheden, ongeacht de aard en het doel ervan, met inbegrip van werkzaamheden die verband houden met de uitvoering van specifieke werken, mogelijk door derden.

Vraag:

3. Vindt u dat de definitie van een "opdracht voor werken" moet worden aangepast en vereenvoudigd? Zo ja, zou u de verwijzing naar een specifieke lijst in een bijlage bij de richtlijn liever weglaten? Welke elementen moeten volgens u in de definitie voorkomen?

A/B-diensten

Een zelfs nog belangrijker kwestie is wat precies onder de definitie van opdrachten voor diensten valt.

In de huidige richtlijnen wordt een onderscheid gemaakt tussen zogeheten "A-diensten"¹⁶ en "B-diensten"¹⁷. Terwijl voor A-diensten de procedures van de richtlijnen onverkort moeten worden gevolgd, moet bij de gunning van opdrachten voor B-diensten alleen worden voldaan aan de bepalingen inzake technische specificaties en de verzending van een aankondiging

¹⁶ Diensten die zijn opgesomd in bijlage II A van Richtlijn 2004/18/EG of in bijlage XVII A van Richtlijn 2004/17/EG.

¹⁷ Diensten die zijn opgesomd in bijlage II B van Richtlijn 2004/18/EG of in bijlage XVII B van Richtlijn 2004/17/EG.

betreffende de resultaten van de gunning¹⁸. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie blijven aanbestedende diensten die opdrachten voor B-diensten gunnen niettemin onderworpen aan de fundamentele regels van het primaire EU-recht en met name aan de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie, voor zover de betrokken opdrachten een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen¹⁹. Dit houdt een verplichting in om aan de opdracht voldoende ruchtbaarheid te geven om belangstellende ondernemingen uit andere lidstaten in de gelegenheid te stellen te besluiten of zij zich als gegadigde willen opgeven.

Aanvankelijk was het de bedoeling van de wetgever om de onverkorte toepassing van de richtlijn voor een overgangperiode te beperken tot een aantal specifieke opdrachten voor diensten waarvan werd aangenomen dat ze meer mogelijkheden zouden bieden tot grensoverschrijdende handel²⁰. Gezien het "open" karakter van de lijst van B-diensten (zie categorie 27 "Overige diensten") is de onverkorte toepassing van de richtlijnen op diensten in feite de uitzondering en is de behandeling als B-diensten de regel.

Het valt te betwijfelen of dit nog te verantwoorden is in het licht van de economische en juridische ontwikkeling van de interne markt. Voor sommige van de uitdrukkelijk in de B-lijst opgenomen diensten, zoals vervoer over water, hoteldiensten, arbeidsbemiddeling of beveiligingsdiensten, kan immers bezwaarlijk staande worden gehouden dat het grensoverschrijdend belang ervan geringer is dan dat van de diensten in de A-lijst.

Overigens vormt het onderscheid tussen A- en B-diensten een bron van moeilijkheden en mogelijke vergissingen bij de toepassing van de regels. Zoals ook bij de indeling in soorten opdrachten het geval was, doen zich problemen voor in grensgevallen en bij gemengde opdrachten²¹. Daarenboven bestaat dit onderscheid niet in de systemen van de meeste handelspartners. De huidige juridische toestand maakt het derhalve moeilijker om van handelspartners nieuwe toezeggingen inzake toegang tot hun markten te verkrijgen omdat de EU geen wederkerigheid kan bieden, met name in verband met diensten die van belang zijn geworden voor de interne markt en de grensoverschrijdende handel.

De meest consequente oplossing zou erin bestaan het onderscheid tussen B-diensten en A-diensten op te heffen en de algemene regeling toe te passen op alle opdrachten voor diensten²². Het voordeel hiervan zou zijn dat de bestaande regels worden vereenvoudigd. Indien uit deze raadpleging zou blijken dat de algemene regeling moet worden vereenvoudigd, zou dit het wellicht ook gemakkelijker maken de huidige speciale regeling voor B-diensten af te schaffen.

Vragen:

4. Vindt u dat het onderscheid tussen A- en B-diensten moet worden herbekeken?
5. Vindt u dat de richtlijnen inzake overheidsopdrachten van toepassing moeten zijn op alle diensten, eventueel op basis van een versoepelde algemene regeling? Zo niet,

¹⁸ Zie de artikelen 20 en 21 van Richtlijn 2004/18/EG en de artikelen 31 en 32 van Richtlijn 2004/17/EG.

¹⁹ Zie het arrest van 13.11.2007 in zaak C-507/03, Commissie/Ierland, punten 24-31.

²⁰ Zie overweging 19 van Richtlijn 2004/18/EG.

²¹ Zie artikel 22 van Richtlijn 2004/18/EG.

²² Voor sociale dienstverlening, zie punt 4.4.

welke dienst of diensten moeten volgens u onder de thans voor B-diensten geldende regeling blijven vallen, en waarom?

Drempels

Sommige belanghebbenden vinden dat de in de richtlijnen vastgestelde drempels thans te laag zijn en vragen daarom dat deze worden verhoogd, omdat het grensoverschrijdende belang van opdrachten van relatief geringe waarde die thans onder de richtlijnen vallen, te gering is om de administratieve last van een Europese aanbestedingsprocedure 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)²³. 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 onze partners. Het zou daarbij om niet onaanzienlijke eisen kunnen gaan.

Vraag:

6. Zou u ervoor pleiten de drempels voor de toepassing van de EU-richtlijnen te verhogen, hoewel dit op internationaal niveau de hierboven beschreven gevolgen zou meebrengen?

Uitsluitingen

De afdeling over "uitgesloten opdrachten" in Richtlijn 2004/18/EG²⁴ is zeer divers. Sommige uitsluitingen vloeien voort uit vrijstellingen/beperkingen van de werkingssfeer van het Verdrag (artikel 14) of beogen de consistentie met de internationale rechtsorde (artikel 15) of met andere wettelijke regelingen (artikel 16, onder c) en e)), terwijl andere het gevolg zijn van politieke keuzen (artikel 16, onder a), d) en f), artikel 17). Dit maakt het moeilijk een overkoepelend concept te vinden aan de hand waarvan kan worden beoordeeld of deze bepalingen moeten worden aangepast. Bij een herziening van deze uitsluitingen moet in elk geval rekening worden gehouden met de internationale verplichtingen van Europa, die momenteel een afspiegeling vormen van de uitzonderingen en afwijkingen die in de richtlijnen zijn opgenomen. Elke invoering van een nieuwe uitsluiting zou uit dit oogpunt zeker een reden tot bezorgdheid zijn. De internationale verplichtingen laten evenwel voldoende ruimte om de inhoud en presentatie van de uitsluitingen te actualiseren of te verduidelijken. De afschaffing van uitsluitingen die om juridische, politieke of economische redenen niet langer noodzakelijk zijn, zou eveneens kunnen worden overwogen.

²³ Voor sociale dienstverlening, zie punt 4.4.

²⁴ De artikelen 12-18 van Richtlijn 2004/18/EG.

Vragen:

7. Voldoen de huidige bepalingen inzake uitgesloten opdrachten aan uw verwachtingen? Vindt u dat de desbetreffende bepalingen moeten worden herschikt of dat bepaalde uitsluitingen moeten worden verduidelijkt?
8. Vindt u dat bepaalde uitsluitingen moeten worden afgeschaft, herbekeken of geactualiseerd? Zo ja, welke? Wat zou u voorstellen?

1.3. Inkopers in de publieke sector

Aanschaffingen door instanties die tot de overheidssfeer behoren

Richtlijn 2004/18/EG is van toepassing op opdrachten die worden geplaatst door de staat (en al zijn onderdelen), door territoriale lichamen en door publiekrechtelijke instellingen, alsmede door verenigingen gevormd door een of meer van deze instanties²⁵.

De begrippen "staat" en "territoriale lichamen" zijn vrij eenduidig, maar het begrip "publiekrechtelijke instellingen" is complexer. Beoogd zijn juridisch onafhankelijke organisaties die nauwe banden hebben met de staat en die fundamenteel optreden zoals overheidsinstanties. Voorbeelden zijn publieke omroeporganisaties, universiteiten, ziekteverzekeringsfondsen en gemeentelijke bedrijven.

De in Richtlijn 2004/18/EG gegeven definitie is uitgelegd in een hele reeks arresten van het Hof van Justitie. Op grond van die jurisprudentie kunnen de kenmerken als volgt worden samengevat:

- (1) de instantie heeft het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;
- (2) ze heeft een eigen rechtspersoonlijkheid (naar publiek- of privaatrecht);
- (3) ze is voor haar financiering, beheer of toezicht sterk afhankelijk van de staat, van territoriale lichamen of van andere publiekrechtelijke instellingen (zie voor de precieze voorwaarden artikel 1, lid 9, tweede alinea, onder c)).

Voor een correcte toepassing van deze regels is een grondige analyse per geval noodzakelijk, waarbij rekening wordt gehouden met factoren zoals het concurrentieniveau op de markt en de vraag of de instelling winst nastreeft en de aan haar activiteit verbonden risico's en verliezen zelf draagt.

Vraag:

9. Beantwoordt de wijze waarop inkopers in de publieke sector thans worden gedefinieerd aan uw verwachtingen ter zake? Bent u meer bepaald van mening dat het begrip "publiekrechtelijke instelling" in het licht van de jurisprudentie van het Hof moet worden verduidelijkt en geactualiseerd? Zo ja, wat voor actualisering acht u passend?

²⁵ Voor entiteiten die verplicht zijn Richtlijn 2004/17/EG toe te passen, zie punt 7.

Openbare nutsvoorzieningen

In het kader van de huidige regeling voor het plaatsen van overheidsopdrachten regelt een afzonderlijke richtlijn, Richtlijn 2004/17/EG, aanbestedingen in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten. Deze sectoren hebben bepaalde kenmerken gemeen: het gaat om netwerkindustrieën, d.w.z. dat zij gebruik maken van een fysiek of virtueel netwerk (bv. pijpleidingen, elektriciteitsnetten, postinfrastructuur, spoorlijnen enz.) of bepaalde geografische gebieden bedienen, doorgaans op basis van exclusiviteit, met het oog op de verstrekking van terminalfaciliteiten of de opsporing en winning van delfstoffen (olie, gas, steenkool enz.).

Een ander kenmerk van deze sectoren is dat de betrokken werkzaamheden niet uitsluitend door overheidsdiensten worden verricht, maar ook – en in sommige lidstaten vooral – door commerciële ondernemingen, zowel overheidsbedrijven als particuliere ondernemingen die voor hun exploitatie bijzondere of uitsluitende rechten genieten. Een van de hoofdredenen om voor deze sectoren aanbestedingsregels in te voeren was het gesloten karakter van de markten waarop deze exploitanten actief zijn, wat een gevolg is 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. De uitbreiding van het verplichte gebruik van aanbestedingsprocedures tot zowel publieke als particuliere (commerciële) nutsbedrijven werd noodzakelijk geacht vanwege de vele wijzen waarop nationale autoriteiten het gedrag van deze entiteiten kunnen beïnvloeden, bijvoorbeeld door het al dan niet toekennen van bijzondere of uitsluitende rechten of door deelneming in hun kapitaal en vertegenwoordiging in de bestuurs-, beheers- en toezichtsorganen van de entiteiten.

Met andere woorden, bij gebreke van voldoende concurrentiedruk werd de verplichte toepassing van de procedureregels van de richtlijn nutsbedrijven noodzakelijk geacht om te garanderen dat aanschaffingen ten behoeve van de betrokken activiteiten op transparante 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.

Inmiddels heeft zich voor veel van deze sectoren op EU- dan wel nationaal niveau een liberaliseringsproces voltrokken (bijvoorbeeld op het gebied van elektriciteit en gas, opsporing en winning van koolwaterstoffen, postdiensten enz.). De ervaring leert evenwel dat "liberalisering", d.w.z. een proces dat erop gericht is de toegang tot de betrokken activiteit vrij te maken, niet noodzakelijkerwijs of automatisch leidt tot sterke concurrentie. Vaak behouden de "gevestigde exploitanten" een zeer aanzienlijk marktaandeel, en in sommige lidstaten kan de aanwezigheid van overheidsbedrijven de marktwerking ook verstoren.

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 indien het concurrentieniveau (op markten waartoe de toegang niet beperkt is) 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).

Ten slotte moet er rekening mee worden gehouden dat steeds meer particuliere ondernemingen exploitatierechten verwerven op basis van open en transparante procedures en derhalve geen bijzondere of uitsluitende rechten in de zin van de richtlijn genieten.

Overigens zijn voor het hele toepassingsgebied van de richtlijn nutsbedrijven regelingen opgenomen in internationale instrumenten, met name de GPA of bilaterale overeenkomsten. Als de toepassing ervan zou worden beperkt, zou dit afbreuk kunnen doen aan de door de EU aangegane internationale verplichtingen, hetgeen ertoe kan leiden dat compensaties worden geëist.

Vragen:

10. Denkt u dat er nog steeds behoefte is aan EU-voorschriften voor het plaatsen van opdrachten in deze sectoren? Motiveer uw antwoord.
- 10.1. Zo ja: moeten bepaalde sectoren die momenteel onder de richtlijn vallen worden uitgesloten of, omgekeerd, moeten andere sectoren aan de voorschriften worden onderworpen? Leg uit welke sectoren volgens u onder de regels moeten vallen, en waarom.
11. Momenteel wordt het toepassingsgebied van de richtlijn 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. Acht u die criteria relevant of moeten andere criteria worden gebruikt? Motiveer uw antwoord.
12. Mag worden aangenomen dat het winststreven of de commerciële ethiek van particuliere ondernemingen toereikend is om te garanderen dat zij bij hun aanschaffingen objectief en eerlijk te werk gaan (zelfs wanneer ze hun activiteiten uitoefenen op basis van bijzondere of uitsluitende rechten)?
13. Vormt de huidige bepaling in artikel 30 van de richtlijn 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?

2. VERBETERING VAN HET INSTRUMENTARIUM VOOR AANBESTEDENDE DIENSTEN

Aanbestedende diensten klagen wel eens dat de in de EU-voorschriften vervatte instrumenten niet toegesneden zijn op hun aanschaffingsbehoeften. Met name vinden zij dat de procedures minder omslachtig en soepeler zouden moeten zijn. Zij voeren ook aan dat de onverkorte toepassing van de regels in sommige gevallen niet haalbaar is (met name voor zeer kleine aanbestedende diensten). In andere gevallen (bepaalde vormen van publiek-publieke samenwerking) zou een algehele vrijstelling van de betrokken voorschriften moeten gelden. Voorts zijn er bij aanschaffingen door de overheid aspecten waarvoor de in de EU-aanbestedingsvoorschriften vervatte instrumenten ontoereikend zijn (collectieve aankopen, specifieke problemen na de gunning van de opdracht).

Deze punten van zorg worden hierna besproken. Uit de opmerkingen van de marktdeelnemers komt duidelijk naar voren dat de EU-voorschriften enkele basisregels moeten omvatten die gelijke deelnemingsvoorwaarden voor heel Europa garanderen, maar dat een aantal

detailvoorschriften van de huidige richtlijnen best kan worden aangepast. Bij het terugschroeven van de EU-voorschriften moeten evenwel bepaalde grenzen in acht worden genomen. Een aantal procedurevoorschriften is rechtstreeks afgeleid uit de GPA en uit door de EU ondertekende bilaterale overeenkomsten, bijvoorbeeld de termijnen voor de diverse procedures, de voorwaarden voor het gebruik van onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking en de bekendmaking van een bericht betreffende de gunning van de opdracht. Die voorschriften laten vallen of wijzigen zou niet mogelijk zijn zonder nieuwe onderhandelingen over de internationale verplichtingen van de EU. Voorts mag niet uit het oog worden verloren dat er naast de EU-regels heel wat regelgeving op nationaal of regionaal niveau bestaat. Regels die op EU-niveau worden ingetrokken, kunnen eventueel op een ander niveau opnieuw worden ingevoerd, waardoor het risico ontstaat op grotere verschillen tussen nationale wettelijke regelingen en mogelijk op meer nationale "gold-plating"²⁶. Elke aanpassing van de procedureregels moet eveneens worden getoetst aan het streven naar de grootst mogelijke samenhang tussen het recht inzake overheidsopdrachten en andere onderdelen van het EU-recht, zoals de regels inzake staatssteun.

Vragen:

14. Vindt u de gedetailleerdheid van de huidige EU-aanbestedingsregels passend? Zo niet, zijn ze te gedetailleerd of niet gedetailleerd genoeg?

2.1. Modernisering van de procedures

Een van de hoofdthema's in het publieke debat is de vraag of de procedures van de richtlijnen nog ten volle beantwoorden aan de behoeften van de aanbestedende diensten en ondernemingen, dan wel of ze moeten worden aangepast – en zo ja, hoe –, met name om de complexiteit en de administratieve rompslomp te verminderen en tegelijk toch garant te staan voor eerlijke mededinging om overheidsopdrachten en optimale aanbestedingsresultaten.

Algemene procedures

De huidige richtlijnen voorzien in een grote diversiteit van instrumenten en procedures. Richtlijn 2004/17/EG en Richtlijn 2004/18/EG geven beide de aanbestedende diensten de vrije keuze tussen openbare²⁷ en niet-openbare²⁸ procedures. Bij onderhandelingsprocedures met voorafgaande bekendmaking²⁹ van een aankondiging van de opdracht liggen de zaken

²⁶ Het begrip "gold-plating" verwijst naar nationale wetgeving die regels of voorwaarden toevoegt aan de normen die door de EU-voorschriften op een bepaald gebied worden opgelegd.

²⁷ Bij een openbare procedure maken de aanbestedende diensten een aankondiging van de opdracht bekend, op grond waarvan alle belangstellenden hun inschrijvingen kunnen indienen. Onder de inschrijvers die aan de kwalitatieve selectiecriteria voldoen, kiest de aanbestedende dienst de inschrijving die het best aan de in de aankondiging van de opdracht vermelde gunningscriteria (laagste prijs of economisch voordeligste aanbieding) beantwoordt. Deze procedure wordt gevolgd in bijna ¾ van alle procedures die onder de toepassing van de richtlijnen vallen.

²⁸ Bij niet-openbare procedures kunnen alle ondernemingen op de aankondiging van de opdracht reageren door hun belangstelling om deel te nemen kenbaar te maken, maar slechts sommige gegadigden, die op basis van de in de aankondiging vermelde criteria worden gekozen, worden uitgenodigd om een inschrijving in te dienen.

²⁹ Bij onderhandelingsprocedures plegen de aanbestedende diensten met de door hen gekozen ondernemers overleg en stellen zij door onderhandelingen met een of meer van hen de voorwaarden van het te sluiten contract vast. Dergelijke onderhandelingen over de voorwaarden van de inschrijving zijn bij openbare of niet-openbare procedures niet mogelijk.

enigszins anders. De richtlijn nutsbedrijven voorziet in een grotere soepelheid³⁰, waardoor nutsbedrijven er vrij voor kunnen kiezen hun opdrachten te plaatsen via onderhandelingsprocedures, mits zij een oproep tot mededinging hebben bekendgemaakt. In het kader van Richtlijn 2004/18/EG daarentegen mag van onderhandelingsprocedures met voorafgaande bekendmaking slechts gebruik worden gemaakt in de specifieke omstandigheden die zijn beschreven in artikel 30. In beide richtlijnen blijft het gebruik van onderhandelingsprocedures zonder bekendmaking van een aankondiging van de opdracht beperkt tot uitzonderlijke situaties, die uitputtend worden opgesomd³¹ en restrictief worden uitgelegd.

Op het gebied van diensten kunnen aanbestedende diensten ook gebruik maken van prijsvragen³². In de richtlijnen van 2004 werden diverse specifieke proceduremogelijkheden en instrumenten geïntroduceerd, zoals de concurrentiegerichte dialoog³³, dynamische aankoopssystemen³⁴ of elektronische veilingen³⁵. Andere versoepelingen van de procedure die in 2004 werden ingevoerd, betroffen de mogelijkheid om het aankoopbeleid te centraliseren door aanschaffingen te laten verlopen via een aankoopcentrale³⁶ dan wel middels de gunning van raamovereenkomsten³⁷. Voorts achtte de Commissie, tegen de achtergrond van de financiële crisis, het gebruik van een versnelde procedure³⁸ gerechtvaardigd voor de uitvoering van grote publieke investeringsprojecten in 2009 en 2010.

Deze uitbreiding van de procedurele mogelijkheden moet thans worden geëvalueerd om te bepalen of de procedures van de huidige richtlijn nog steeds het best mogelijke instrumentarium zijn voor een efficiënt aanschaffingsbeleid, mede gelet op het toenemende belang van publiek-private partnerschappen. Zowel de opzet van de verschillende procedures zelf als de diverse eisen die door de richtlijnen in de verschillende stadia van de procedure

³⁰ De grotere soepelheid in het kader van de richtlijn nutsbedrijven is een gevolg van het feit dat deze niet alleen op overheidsinstanties van toepassing is, maar ook op commerciële ondernemingen, zowel overheidsbedrijven als particuliere ondernemingen die bijzondere of uitsluitende rechten genieten. Het is dan ook de bedoeling dat de procedures in dit geval zo nauw mogelijk aansluiten bij commerciële praktijken, weliswaar met inachtneming van minimumvoorwaarden inzake transparantie en gelijke behandeling.

³¹ Artikel 31 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 40, lid 3, van Richtlijn 2004/17/EG.

³² Prijsvragen zijn procedures die tot doel hebben aanbestedende diensten een plan of ontwerp te verschaffen dat op basis van mededinging door een jury wordt geselecteerd, bijvoorbeeld een ideeënprijsvraag voor de bouw van een buurthuis of voor een stadsvernieuwingsproject in een wijk. Prijsvragen kunnen ook op andere gebieden worden gebruikt, bijvoorbeeld om plannen te laten uitwerken voor de mogelijke toekomstige structuur van een communicatienetwerk tussen overheidsdiensten op verschillende niveaus.

³³ In het kader van deze procedure voor bijzonder complexe opdrachten kunnen de precieze contractvoorwaarden worden vastgesteld via een dialoog tussen de aanbestedende dienst en de gegadigden; artikel 29 van Richtlijn 2004/18/EG (alleen in Richtlijn 2004/18/EG). Volgens recente statistische gegevens werd de concurrentiegerichte dialoog echter slechts toegepast in minder dan 0,4% van de procedures.

³⁴ Artikel 33 van Richtlijn 2004/18/EG.

³⁵ Artikel 54 van Richtlijn 2004/18/EG.

³⁶ Artikel 11 van Richtlijn 2004/18/EG.

³⁷ In dit verband werd een versoepeling alleen aangebracht in Richtlijn 2004/18/EG (zie artikel 32), aangezien de reeds bestaande (zij het andere) bepalingen in de richtlijn nutsbedrijven (artikel 14) als afdoende werden beschouwd in de specifieke context van aanschaffingen in de nutssector.

³⁸ Deze procedure is bij artikel 38, lid 8, van Richtlijn 2004/18/EG ingesteld voor gevallen waarin het om dringende redenen niet haalbaar is de normale minimumtermijnen in acht te nemen. Zie persbericht IP/08/2040 van 19 december 2008.

worden opgelegd³⁹, moeten grondig worden getoetst op hun efficiëntie voor het bereiken van optimale aanbestedingsresultaten met zo weinig mogelijk administratieve rompslomp⁴⁰.

Vragen:

15. Denkt u dat de aanbestedende diensten met de procedures van de huidige richtlijnen de best mogelijke aanbestedingsresultaten kunnen boeken? Zo niet: hoe kunnen de procedures worden verbeterd om de administratieve lasten en de transactiekosten te verminderen en/of de duur van de procedures te verkorten, terwijl toch wordt gewaarborgd dat de aanbestedende diensten de beste kwaliteit/prijsverhouding krijgen?
16. Kunt u andere soorten procedures bedenken dan die waarin de huidige richtlijnen voorzien en die volgens u de kosteneffectiviteit van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zouden kunnen verbeteren?
17. Denkt u dat de procedures en instrumenten waarin de richtlijn voorziet om tegemoet te komen aan specifieke behoeften en om de deelneming van particulieren aan publieke investeringen via publiek-private partnerschappen te bevorderen (bv. dynamische aankoopssystemen, concurrentiegerichte dialoog, elektronische veilingen, prijsvragen) dienen te worden gehandhaafd in hun huidige vorm, gewijzigd (zo ja, hoe) of afgeschaft?
18. Zou u, op basis van uw ervaringen met het gebruik van de versnelde procedure in 2009 en 2010, voorstander zijn van een veralgemening van deze mogelijkheid tot verkorting van de termijnen onder bepaalde voorwaarden? Zou dit volgens u mogelijk zijn zonder de kwaliteit van de inschrijvingen in het gedrang te brengen?

Meer onderhandelingen

Belanghebbenden opperen vaak dat meer soepelheid in de aanbestedingsprocedures noodzakelijk is en met name dat de aanbestedende diensten met potentiële inschrijvers over de contractvoorwaarden moeten kunnen onderhandelen.

In het kader van de GPA is het gebruik van onderhandelingen geoorloofd, mits dit in de aankondiging van de opdracht wordt vermeld. Die mogelijkheid zou derhalve in de algemene EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten kunnen worden ingevoerd, voor zover de beginselen van non-discriminatie en een eerlijk procedureverloop worden nageleefd. Dit zou de aanbestedende diensten immers meer soepelheid kunnen bieden om aanbestedingsresultaten te bereiken die beter aan hun behoeften beantwoorden.

³⁹ Bijvoorbeeld voorschriften betreffende de bekendmaking van aankondigingen, de inhoud van het bestek, termijnen, voor de selectiecriteria over te leggen bewijsstukken, documentatie en communicatie met de inschrijvers.

⁴⁰ Vanzelfsprekend bieden de nieuwe informatie- en communicatietechnologieën ruime mogelijkheden om de procedures voor alle partijen te verbeteren en onnodige rompslomp te vermijden, met name wat het verzamelen en overleggen van bewijsstukken betreft. Op dit aspect van het moderniseringsdebat wordt in dit groenboek echter niet nader ingegaan, aangezien het wordt behandeld in een afzonderlijke raadpleging, het groenboek over de bevordering van elektronisch aanbesteden in de EU, SEC(2010) 1214 van 18.10.2010.

Deze mogelijkheid moet grondig worden besproken met alle belanghebbenden, aanbestedende diensten en ondernemingen. De voordelen die meer soepelheid en een vereenvoudiging mogelijk zouden opleveren, moeten worden afgewogen tegen een groter risico op vriendjespolitiek en meer in het algemeen op al te subjectieve beslissingen ten gevolge van de grotere keuzevrijheid die de aanbestedende diensten in onderhandelingsprocedures genieten. Die subjectiviteit zou het op haar beurt moeilijker maken te bewijzen dat er met het eruit voortvloeiende contract geen overheidssteun gemoeid is. De aanbestedende diensten meer vrijheid geven zal overigens slechts gunstige resultaten opleveren als die technisch voldoende onderlegd zijn, de markt goed genoeg kennen en de onderhandelingsvaardigheid bezitten om met de leveranciers een goede deal te sluiten.

Ten slotte moet zorgvuldig worden afgewogen voor welke categorie en welke grootte van opdrachten onderhandelingen zinvol zouden zijn. Belanghebbenden beweren vaak dat onderhandelingen bijzonder geschikt zouden zijn voor het plaatsen van kleinere opdrachten. Aan de andere kant zou het ook – of zelfs in hogere mate – dienstig kunnen zijn voor het aanbesteden van grootschalige projecten, met name via publiek-private partnerschappen. Wegens de complexiteit van de contracten voor dergelijke projecten is er wellicht zelfs meer behoefte aan bijzonder soepele procedures en ruime onderhandelingsmarges, en is er allicht meer technische deskundigheid aanwezig bij de aanbestedende dienst voor het voeren van de onderhandelingen.

Vragen:

19. Zou u het een goede zaak vinden als meer ruimte werd geschapen voor onderhandelingen in het kader van procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten en/of als het gebruik van onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking werd veralgemeend?
20. Als u op dit laatste positief antwoordt, vindt u dan dat die mogelijkheid moet worden geboden voor alle categorieën van opdrachten en aanbestedende diensten, of alleen onder bepaalde voorwaarden?
21. Bent u het ermee eens dat een veralgemeend gebruik van onderhandelingsprocedures bepaalde risico's van misbruik/discriminatie zou meebrengen? Moeten er, naast de garanties die met betrekking tot onderhandelingsprocedures reeds in de richtlijnen zijn opgenomen, nog extra waarborgen voor transparantie en non-discriminatie komen om een tegenwicht te bieden voor de grotere keuzevrijheid? Zo ja, waarin zouden die extra waarborgen kunnen bestaan?

Commerciële goederen en diensten

De GPA stelt een aantal bijzondere regels vast voor "goederen en diensten die in de regel in de handel worden verkocht of te koop worden aangeboden aan, en in de regel worden aangekocht door niet-overheidskopers voor niet-overheidsdoeleinden". Commerciële goederen en diensten worden geacht op de markt verkrijgbaar te zijn in een gestandaardiseerde vorm, en bijgevolg wordt de aanschaffing van dergelijke goederen en diensten vereenvoudigd door het feit dat de prijs, kwaliteit en verkoopsvoorwaarden in ruime mate vastliggen op de markten. Er valt iets voor te zeggen om voor de aanschaf van dergelijke goederen en diensten vereenvoudigde procedures in te voeren (bijvoorbeeld gestroomlijnde procedures met kortere termijnen).

Vraag:

22. Acht u het wenselijk vereenvoudigde procedures in te voeren voor de aanschaf van commerciële goederen en diensten? Zo ja, welke vormen van vereenvoudiging zou u voorstellen?

Selectie en gunning

Krachtens 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 Justitie⁴¹ moeten de aanbestedende diensten een strikt onderscheid maken tussen selectie- en gunningscriteria. De gunningsbeslissing moet uitsluitend gebaseerd zijn op criteria betreffende de aangeboden producten en diensten. Overwegingen die verband houden met de geschiktheid van de inschrijvers om de opdracht uit te voeren, zoals ervaring, beschikbaar personeel en uitrusting, zijn niet toegestaan.

Ook de GPA maakt een onderscheid tussen de selectie en de gunningsbeslissing. Dit onderscheid is echter minder strikt dan in de hierboven aangehaalde rechtspraak, aangezien de GPA niet uitdrukkelijk verbiedt dat in het gunningsstadium rekening wordt gehouden met criteria die niet te maken hebben met de aangeboden goederen en diensten, en bijgevolg toestaat dat criteria die verband houden met de inschrijver in aanmerking worden genomen.

Aanbestedende diensten klagen soms over de administratieve rompslomp die het gevolg is van de verplichting eerst alle gegadigden of inschrijvers aan de selectiecriteria te toetsen voordat de gunningscriteria kunnen worden onderzocht. Zij voeren aan dat alles sneller zou kunnen gaan als zij eerst de gunningscriteria zouden mogen onderzoeken, aangezien dan alleen voor de winnende inschrijver zou moeten worden nagegaan of aan de selectiecriteria is voldaan.

Dat zou een argument kunnen zijn om op procedureel gebied de organisatie opnieuw te bekijken en de volgorde van het onderzoek van selectie- en gunningscriteria eventueel te veranderen. Een aanwijzing in die richting is te vinden in de meer recente jurisprudentie van het Hof van Justitie, waarin wordt gesteld dat de richtlijnen inzake overheidsopdrachten "in theorie niet uitsluiten dat het onderzoek naar de geschiktheid van de inschrijvers en de gunning van de opdracht gelijktijdig plaatsvinden", voor zover "deze twee verrichtingen afzonderlijke verrichtingen zijn, waarvoor verschillende regels gelden"⁴². Daaruit kan worden afgeleid dat het niet zozeer gaat om de volgorde van de procedurestappen, maar om de principiële scheiding tussen selectie- en gunningscriteria.

⁴¹ Zie het arrest van 20.9.1988 in zaak 31/87, Beentjes, punten 15-19, het arrest van 24.1.2008 in zaak C-532/06, Lianakis, punt 30, en het arrest van 12.11.2009 in zaak C-199/07, Commissie/Griekenland, punten 51-55.

⁴² Zie het arrest Lianakis, punt 26, en het arrest Commissie/Griekenland, punt 51.

Of het wenselijk is deze regel werkelijk te veranderen, moet evenwel zorgvuldig worden onderzocht. Een echte vermindering van de administratieve verplichtingen is slechts denkbaar onder specifieke omstandigheden. De selectiecriteria pas na de gunningscriteria onder de loep nemen heeft alleen zin wanneer de gunningscriteria voor alle inschrijvers snel en gemakkelijk kunnen worden getoetst. Dat zou met name het geval kunnen zijn bij de gunning van opdrachten voor de levering van standaardgoederen tegen de laagste prijs. Voorts zou deze aanpak bezwaarlijk kunnen worden gevolgd in niet-openbare of onderhandelingsprocedures, waarbij de gegadigden die worden uitgenodigd om in te schrijven of te onderhandelen doorgaans worden geselecteerd aan de hand van de kwalitatieve selectiecriteria, of wanneer gebruik wordt gemaakt van erkenningsregelingen.

Sommige belanghebbenden stellen verdergaande maatregelen voor, waarbij de principiële scheiding tussen selectie- en gunningscriteria ter discussie wordt gesteld. Volgens hen kan de mogelijkheid om criteria die aan de inschrijver gerelateerd zijn, zoals ervaring en bekwaamheid, als gunningscriteria te hanteren, helpen om tot betere aanbestedingsresultaten te komen.

Men moet zich er evenwel van bewust zijn dat dit zou leiden tot een ingrijpende wijziging in het procedurele systeem van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. De scheiding tussen selectie- en gunningscriteria waarborgt de eerlijkheid en objectiviteit bij de vergelijking van de inschrijvingen. Toestaan dat aan de inschrijver gerelateerde criteria zoals ervaring en bekwaamheid als gunningscriteria worden gehanteerd, zou de vergelijkbaarheid van de in aanmerking te nemen factoren kunnen aantasten en uiteindelijk inbreuk kunnen maken op het beginsel van gelijke behandeling. Aan de inschrijver gerelateerde criteria zouden potentieel dus ook kunnen leiden tot vervalsing van de mededinging. De aanvaarding van voorstellen in die zin dient dan ook – als men dit überhaupt wil overwegen – strikt beperkt te blijven, bv. tot specifieke categorieën van opdrachten waarbij de kwalificaties en cv's van het beschikbare personeel van bijzonder belang zijn.

Elke wijziging die consequenties heeft voor het beginsel van de scheiding van selectie- en gunningscriteria moet hoe dan ook uiterst zorgvuldig worden overwogen. Het kan noodzakelijk zijn te voorzien in extra waarborgen om het eerlijke en objectieve verloop van de procedures te garanderen.

Vragen:

23. Bent u voorstander van een soepeler aanpak van de wijze waarop en de volgorde waarin de selectie- en gunningscriteria worden getoetst in het kader van de aanbestedingsprocedures? Zo ja, vindt u dat het mogelijk moet zijn de gunningscriteria vóór de selectiecriteria te toetsen?
24. Vindt u dat het in uitzonderlijke gevallen gerechtvaardigd kan zijn aanbestedende diensten toe te staan in de gunningsfase rekening te houden met criteria die op de inschrijver zelf betrekking hebben? Zo ja, in welke gevallen, en welke extra waarborgen zouden volgens u nodig zijn om het eerlijke en objectieve verloop van de gunning in een dergelijk systeem te garanderen?

Rekening houden met vroegere prestaties

Belanghebbenden opperen voorts dat de huidige richtlijnen onvoldoende de mogelijkheid bieden om rekening te houden met eerdere ervaringen die de aanbestedende dienst mogelijk

heeft gehad met de prestaties van de inschrijvers. Dergelijke ervaringen kunnen wel degelijk nuttige aanwijzingen geven omtrent de kwaliteit van de inschrijver en zijn toekomstige prestaties. Dit brengt uiteraard echter het risico mee van discriminatie tussen inschrijvers. Er dient in voorkomend geval dan ook te worden voorzien in passende waarborgen voor een gelijke behandeling van de inschrijvers, voor transparantie en voor een eerlijk procedureverloop.

Vraag:

25. Vindt u dat de richtlijn uitdrukkelijk moet toestaan dat rekening wordt gehouden met eerder opgedane ervaringen met een of meer inschrijvers? Zo ja, welke waarborgen zijn noodzakelijk om discriminatie te voorkomen?

Specifieke instrumenten voor nutsbedrijven

De procedurele instrumenten van de richtlijn nutsbedrijven verschillen op een aantal punten wezenlijk van die van Richtlijn 2004/18/EG. Eén aspect is dat de procedurele soepelheid voor de aanbestedende diensten groter is. Naast de eerder genoemde mogelijkheid om vrij te kiezen voor een onderhandelingsprocedure met oproep tot mededinging staan nutsbedrijven ook twee speciale instrumenten voor het organiseren van hun aanbestedingen ter beschikking, namelijk: erkenningsregelingen⁴³ en periodieke indicatieve aankondigingen⁴⁴.

Krachtens de huidige richtlijnen kunnen aankondigingen betreffende het bestaan van een erkenningsregeling als oproep tot mededinging worden gebruikt bij de aanbesteding van alle soorten werken, leveringen of diensten die worden geplaatst tijdens de geldigheidsduur van de erkenningsregeling, ongeacht het aantal afzonderlijke aanbestedingsprocedures dat daarbij wordt uitgeschreven. Wanneer een aankondiging betreffende het bestaan van een erkenningsregeling als oproep tot mededinging wordt gebruikt, mogen de betrokken concrete opdrachten uitsluitend worden geplaatst via niet-openbare of onderhandelingsprocedures waarbij de deelnemers exclusief worden gekozen uit de ondernemingen die reeds 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 diensten⁴⁵. Bij dergelijke opdrachten neemt de procedure voor de erkenning van ondernemers immers zo veel tijd in beslag⁴⁶ 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 kunnen als oproep tot mededinging worden gebruikt bij opdrachten voor alle soorten werken, leveringen of diensten die naar verwachting zullen worden geplaatst gedurende een periode van twaalf maanden, ongeacht het aantal afzonderlijke aanbestedingsprocedures dat daarbij zal worden uitgeschreven. Wanneer een periodieke indicatieve aankondiging als oproep tot mededinging wordt gebruikt, mogen de betrokken concrete opdrachten niet worden geplaatst via openbare procedures, doch uitsluitend via niet-openbare of onderhandelingsprocedures waarbij de deelnemers exclusief worden gekozen uit de ondernemingen die als reactie op de periodieke indicatieve aankondiging van hun belangstelling hebben doen blijken. Periodieke indicatieve

⁴³ Zie met name artikel 53.

⁴⁴ Zie artikel 42, lid 3.

⁴⁵ Bv. rollend spoorwagematerieel, hogedrukgasleidingen enz.

⁴⁶ In sommige gevallen meer dan zes maanden.

aankondigingen worden vaak als oproep tot mededinging gebruikt bij geregeld terugkerende aankopen van soortgelijke uniforme goederen, diensten of werken en kunnen aldus het routinewerk van nutsbedrijven vergemakkelijken.

Vraag:

26. Vindt u dat er speciale regels noodzakelijk zijn voor het plaatsen van opdrachten door nutsbedrijven? Houden de afwijkende regels die gelden voor nutsbedrijven en openbare ondernemingen voldoende rekening met de specifieke kenmerken van het aankoopgebeuren in de nutssector?

2.2. Specifieke instrumenten voor kleine aanbestedende diensten

Kleine aanbestedende diensten klagen er met name vaak over dat het onverkort in acht nemen van alle procedureregels en waarborgen bij het plaatsen van hun relatief kleine opdrachten onevenredig veel tijd en moeite kost. Wat kleine opdrachten beneden de drempels van de richtlijnen betreft, klagen zij tevens over rechtsonzekerheid in verband met de vraag of al dan niet moet worden voldaan aan eisen die uit het primaire recht voortvloeien. Beide punten van zorg kunnen als volgt worden aangepakt.

Een lichter procedureel kader voor lokale en regionale aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten boven de drempels van de richtlijnen

Er valt iets te zeggen voor een lichter procedureel kader voor lokale en regionale aanbestedende diensten, waarbij ten volle gebruik wordt gemaakt van de versoepelingsmogelijkheden die de GPA biedt voor niet-centrale instanties en nutsbedrijven, zonder afbreuk te doen aan de noodzakelijke transparantie. De huidige richtlijnen bieden deze soepelheid alleen voor nutsbedrijven, niet voor lokale en regionale aanbestedende overheidsdiensten. Een dergelijk gedifferentieerd systeem zou lokale instanties een grotere vrijheid geven in hun aankoopbeleid en de administratieve lasten precies daar verminderen waar die het meest onevenredig zijn. Aan de andere kant zou het invoeren van verschillende niveaus van procedure-eisen het juridische plaatje allicht nog ingewikkelder maken en zou het misschien moeilijk zijn dit in de praktijk om te zetten en toe te passen, met name in het kader van de toepassing van de regels inzake staatssteun⁴⁷.

Minder strenge bekendmakingsregels zouden één aspect van een dergelijk lichter procedureel kader kunnen zijn. Krachtens de GPA kan een niet-centrale aanbestedende dienst een opdracht plaatsen zonder bekendmaking van een individuele aankondiging van de opdracht, voor zover hij zijn voornemen heeft aangekondigd en concrete informatie ter zake heeft bekendgemaakt in een periodieke indicatieve aankondiging of een aankondiging betreffende het bestaan van een erkenningsregeling⁴⁸. Dit zou de administratieve lasten voor aanbestedende diensten aanzienlijk kunnen verminderen. Een mogelijk nadeel zou erin kunnen bestaan dat ondernemingen minder vlot kennis kunnen nemen van de opdrachten, hetgeen zou kunnen leiden tot minder concurrentiestrijd om de individuele opdrachten.

⁴⁷ De regels inzake staatssteun hebben vooral oog voor de verleende compensatie en niet zozeer voor de omvang van de aanbestedende dienst. Elke eventuele aanpassing die het procedurekader lichter maakt, moet de toepassing van de regels inzake staatssteun onverlet laten.

⁴⁸ Voor een gedetailleerde beschrijving van deze instrumenten, zie punt 2.1.

Een andere mogelijkheid zou zijn een veralgemeend gebruik van onderhandelingsprocedures zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht toe te staan. De mogelijkheid om in het algemeen onderhandelingen toe te staan is hierboven reeds besproken (punt 2.1). Of deze mogelijkheid specifiek geschikt is voor lokale en regionale aanbestedende diensten, dient zorgvuldig te worden onderzocht. Het kan wellicht een goede manier zijn om de opdracht aan te passen aan de specifieke wensen en behoeften van dergelijke instanties. Aan de andere kant valt te betwijfelen of kleine aanbestedende diensten wel steeds voldoende kopersmacht en technische deskundigheid bezitten om op voet van gelijkheid te onderhandelen met de inschrijvers.

Vragen:

27. Denkt u dat een onverkorte toepassing van de aanbestedingsregels beantwoordt of juist niet beantwoordt aan de behoeften van kleinere aanbestedende diensten? Kunt u uw antwoord toelichten?
28. Zo ja, bent u voorstander van vereenvoudigde aanbestedingsregels voor relatief kleine opdrachten die worden geplaatst door lokale en regionale aanbestedende diensten? Wat moeten volgens u de kenmerken zijn van een dergelijke vereenvoudigde regeling?

Meer rechtszekerheid bij het plaatsen van opdrachten beneden de drempels van de richtlijnen

Veel van de opdrachten die worden geplaatst door kleine lokale en regionale aanbestedende diensten vertegenwoordigen een waarde die beneden de drempels van de richtlijnen valt. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie moeten bij het plaatsen van dergelijke opdrachten niettemin de basisbeginselen van het EU-recht (zoals non-discriminatie en transparantie) in acht worden genomen, voor zover de opdracht een grensoverschrijdend belang heeft. De Commissie heeft haar standpunt ten aanzien van de verplichtingen die voortvloeien uit de rechtspraak van het Hof neergelegd in haar *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*⁴⁹.

Veel aanbestedende diensten signaleren evenwel dat de door deze mededeling verstrekte verduidelijking in de praktijk niet altijd toereikend is, met name wanneer het erom gaat te bepalen of er al dan niet sprake is van een grensoverschrijdend belang. De onzekerheid over de vraag of de uit de basisbeginselen afgeleide normen in concrete gevallen al dan niet in acht moeten worden genomen, zou problemen opleveren, met name voor kleinere aanbestedende diensten. Het belang van deze kwestie blijkt ook uit de maatregelen die de lidstaten in dit verband hebben genomen in het kader van de financiële crisis.

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.

⁴⁹ Interpretatieve mededeling van de Commissie over de Gemeenschapswetgeving die van toepassing is op het plaatsen van opdrachten die niet of slechts gedeeltelijk onder de richtlijnen inzake overheidsopdrachten vallen (PB C 179 van 1.8.2006, blz. 2). Zie ook het arrest van het Gerecht van 20 mei 2010 in zaak T-258/06, Duitsland/Commissie.

Vraag:

29. Vindt u dat de rechtspraak van het Hof van Justitie, zoals die is uitgelegd in de interpretatieve mededeling van de Commissie, voldoende rechtszekerheid biedt voor het plaatsen van opdrachten beneden de drempels van de richtlijnen? Of bent u van mening dat nadere richtsnoeren, bijvoorbeeld over de vraag welke factoren wijzen op een mogelijk grensoverschrijdend belang, of een ander initiatief van de EU gewenst zijn? Met betrekking tot welke punten acht u dit wenselijk of noodzakelijk?

2.3. Publiek-publieke samenwerking

Een andere kwestie waarover in de afgelopen decennia veel discussie is geweest, betreft de vraag of, en in welke mate, de regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten van toepassing moeten zijn op contracten die worden gesloten tussen overheidsinstanties onderling.

Het beginsel van eerlijke en open mededinging staat eraan in de weg dat contracten tussen overheidsinstanties *automatisch* uitgesloten zouden zijn van het toepassingsgebied van de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten. Het staat echter buiten kijf dat de toepassing van deze regels niet gewenst is bij bepaalde vormen van samenwerking tussen overheidsinstanties, die door het Hof van Justitie dan ook niet als het plaatsen van overheidsopdrachten worden beschouwd.

In wezen moet er een scheidingslijn worden getrokken tussen afspraken onder aanbestedende diensten over de uitvoering van taken die onder hun recht op zelforganisatie vallen aan de ene kant, en aanschaffingen die gebaat zijn met een open mededinging onder marktdeelnemers aan de andere kant. Het Hof van Justitie onderscheidt met name twee vormen van publiek-publieke samenwerking waarop de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten niet van toepassing zijn:

"In house": opdrachten die worden toegewezen aan een entiteit waarvan de overheid eigenaar is, worden niet beschouwd als overheidsopdrachten wanneer de aanbestedende diensten over die entiteit zeggenschap uitoefenen zoals over hun eigen diensten en die entiteit het merendeel van haar werkzaamheden verricht ten behoeve van de aanbestedende diensten⁵⁰. Verscheidene aanbestedende diensten kunnen gebruik maken van eenzelfde interne entiteit die onder hun gezamenlijke zeggenschap staat (verticale/geïstitutionaliseerde samenwerking). Deze jurisprudentie van het Hof laat evenwel nog een aantal vragen onbeantwoord, bv. wat wordt bedoeld met "zoals haar eigen diensten" en hoe het zit met het plaatsen van opdrachten door de "dochterentiteit" bij de moederinstantie(s) of bij een interne "zusterentiteit" (d.w.z. een entiteit die onder zeggenschap staat van dezelfde moeder).

"Horizontale samenwerking": in een recenter arrest⁵¹ heeft het Hof voor recht verklaard dat een beroep op interne entiteiten die onder gezamenlijke zeggenschap staan niet de enige wijze is waarop publiek-publieke samenwerking kan plaatsvinden en dat die samenwerking ook een louter contractueel gebeuren kan blijven (horizontale/niet-geïstitutionaliseerde samenwerking). Dit soort constructie valt buiten de toepassing van de EU-regels inzake overheidsopdrachten wanneer uitsluitend door openbare instanties gezamenlijk een taak van algemeen belang wordt verricht, met eigen middelen en een gemeenschappelijk doel, en

⁵⁰ Zie bv. de zaken C-107/98, Teckal, C-324/07, Coditel en C-573/07, Sea.

⁵¹ Zaak C-480/06, Commissie/Duitsland.

waarbij wederzijds rechten en verplichtingen gelden die verder gaan dan "het tegen betaling uitvoeren van een taak" bij het nastreven van doelstellingen van algemeen belang.

Naast deze twee vormen van samenwerking moet nog één geval worden vermeld, waarbij het strikt genomen niet gaat om een "samenwerking" tussen meerdere aanbestedende diensten maar eerder om de overdracht van de bevoegdheid tot het uitoefenen van een publieke taak door de ene instantie aan de andere. Een dergelijke bevoegdheidsoverdracht blijft buiten de toepassing van de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten indien de verantwoordelijkheid voor het uitoefenen van de taak als zodanig in haar geheel wordt overgedragen (niet dus dat alleen de praktische uitvoering van de taak aan een andere instantie wordt toevertrouwd).

De ontwikkeling van de jurisprudentie van het Hof van Justitie heeft geleid tot een behoorlijk complex plaatje van mogelijke uitzonderingen voor publiek-publieke samenwerking, en de ervaring leert dat aanbestedende diensten niet altijd goed weten of en onder welke voorwaarden hun onderlinge relaties binnen het toepassingsgebied van de EU-regels inzake overheidsopdrachten vallen. Om aan die behoefte aan verduidelijking op korte termijn tegemoet te komen, zullen de diensten van de Commissie in een in 2011 te publiceren werkdocument een leidraad aanreiken voor de interpretatie van deze jurisprudentie.

De kernvraag is evenwel of en hoe dit probleem via wetgeving kan worden aangepakt, waarbij duidelijk zou moeten worden aangegeven welke vormen van samenwerking buiten de toepassing van de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten blijven.

Het is wellicht dienstig na te gaan of een concept kan worden uitgewerkt dat bepaalde gemeenschappelijke criteria voor vrijstelling van publiek-publieke samenwerkingsvormen vaststelt. Dat concept moet een duidelijk onderscheid maken tussen moderne organisatievormen voor de (gezamenlijke) uitoefening van publieke taken door aanbestedende diensten, die uitsluitend zijn ingegeven door overwegingen van algemeen belang enerzijds (en die dus niet onder de aanbestedingsregels vallen), en de gewone (commerciële) koop en verkoop van goederen en diensten op de markt anderzijds (die wel onder de regels vallen). Zorgvuldig moet worden onderzocht hoe dit onderscheid in de praktijk kan worden gemaakt, waarbij ook rekening moet worden gehouden met wat het Hof van Justitie in zijn recente arresten heeft aangegeven. De volgende aspecten lijken in dit verband van bijzonder belang te zijn.

Allereerst komt uit de rechtspraak van het Hof duidelijk naar voren⁵² dat een publiek-publieke samenwerking volledig publiek moet blijven, wil ze in aanmerking komen voor vrijstelling van de toepassing van de EU-aanbestedingsregels. Derhalve zal de deelneming van privékapitaal in een van de samenwerkende entiteiten eraan in de weg staan dat de samenwerking als zodanig een vrijstelling van de aanbestedingsregels geniet.

Een ander element dat blijkbaar belangrijk is, is het criterium van "beperkte marktgerichtheid" van de betrokken entiteiten, zoals dit recent door het Hof van Justitie is ontwikkeld⁵³. Als de betrokken entiteiten marktgericht zijn, staan zij op de markt in rechtstreekse concurrentie met particuliere ondernemingen, streven zij dezelfde of soortgelijke commerciële doelstellingen

⁵² Zie zaak C-26/03, Stadt Halle.

⁵³ Zie zaak C-573/07, SEA, punt 73. De eis in arrest C-480/06 dat de samenwerking "uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang en het (...) beginsel van gelijke behandeling van de belanghebbenden wordt geëerbiedigd", wijst in dezelfde richting.

na en gebruiken zij dezelfde instrumenten. Bij samenwerking die vrijgesteld is van de aanbestedingsregels en gericht is op het vervullen van een publieke taak, mogen dergelijke entiteiten in beginsel niet betrokken zijn. Ten aanzien van interne verstrekkers die marktgericht zijn, kunnen zich tevens mededingingsbezwaren en bezwaren op het gebied van staatssteun voordoen.

Ten slotte is de aard van de band tussen de samenwerkende entiteiten van belang. Bij geïnstitutionaliseerde samenwerking is de (gezamenlijke) "in-house" zeggenschap de factor die bepaalt of een overeenkomst – zelfs een die normaal gezien onder de aanbestedingsregels zou vallen – daarvan kan worden vrijgesteld. Zonder dergelijke zeggenschap en om niet-geïnstitutionaliseerde samenwerking te onderscheiden van een gewone overheidsopdracht, is het dan weer belangrijk dat de samenwerking gepaard gaat met wederzijdse rechten en verplichtingen die verder gaan dan "het tegen betaling uitvoeren van een taak" en dat het hoofddoel van de samenwerking niet van commerciële aard is.

Vragen:

30. Acht u het in het licht van het bovenstaande nuttig op EU-niveau wetgeving vast te stellen betreffende de werkingssfeer en de criteria voor publiek-publieke samenwerking?
31. Bent u het ermee eens dat een concept met bepaalde gemeenschappelijke criteria voor de vrijstelling van bepaalde vormen van publiek-publieke samenwerking dient te worden ontwikkeld? Wat zouden volgens u belangrijke elementen van dat concept moeten zijn?
32. Of zou u de voorkeur geven aan specifieke regels voor verschillende vormen van samenwerking, in de lijn van de rechtspraak van het Hof van Justitie (bv. "in-house" en horizontale samenwerking)? Zo ja, kunt u nader toelichten waarom en wat die regels zouden moeten zijn?
33. Moeten er voor overdrachten van bevoegdheden ook EU-regels komen? Leg uit waarom.

2.4. Geschikte instrumenten voor het bundelen van de vraag / Gezamenlijke inkoop

Een van pijnpunten waarbij belanghebbenden vaak klagen over wat zij zien als de ontoereikendheid van de instrumenten op EU-niveau, is de kwestie van het bundelen van de vraag / de coördinatie van aanbestedingsprocedures tussen aanbestedende diensten.

De aanhangers van een dergelijke bundeling van de vraag wijzen op de aanzienlijke gunstige effecten voor leveranciers en aanbestedende diensten, zoals bijvoorbeeld: schaalvoordelen, lagere productiekosten ten bate van ondernemingen en Europese belastingbetalers, een grotere kopersmacht voor overheidsdiensten en de mogelijkheid voor hen om vaardigheden en deskundigheid te bundelen en om de aan aanbestedingen verbonden kosten en risico's te delen. Met name het delen van kosten en risico's zou de strategisch belangrijke aanschaffing

van nieuwe, innovatieve producten en diensten vergemakkelijken en aldus de ontwikkeling van nieuwe producten en markten bevorderen⁵⁴.

In het bijzonder grensoverschrijdende samenwerking tussen aanbestedende diensten uit verschillende lidstaten kan bijdragen tot een verdere integratie van de aanbestedingsmarkten, door aan te moedigen dat een einde wordt gemaakt aan de opdeling van de Europese markten volgens landsgrenzen en aldus een levenskrachtige, internationaal concurrerende Europese industriële basis te creëren.

De huidige richtlijnen bevatten reeds een aantal instrumenten voor het bundelen van de vraag, zoals aankoopcentrales⁵⁵. Andere instrumenten zijn niet specifiek bedoeld voor het bundelen van de vraag maar kunnen daartoe worden gebruikt, bijvoorbeeld de mogelijkheid om raamovereenkomsten te sluiten waaraan verschillende aanbestedende diensten participeren. Uiteraard kunnen aanbestedende diensten hun aanschaffingen ook coördineren door gewoon hun ervaringen uit te wisselen of bepaalde fasen van de aanbestedingsprocedure te coördineren.

Er moet echter absoluut een discussie worden gevoerd over de steeds terugkerende vraag naar meer specifieke instrumenten om op EU-niveau de vraag te bundelen, met name met het oog op grensoverschrijdende gezamenlijke aanbestedingen. Bij het opzetten van die instrumenten en mechanismen moet worden gezorgd voor een juist evenwicht tussen het streven naar een grotere bundeling van de vraag in strategische sectoren en het op peil houden van de mededinging op de aanbestedingsmarkten (inzonderheid ten nadele van kmo's), bv. door opdrachten op te splitsen in percelen.

Wat het gezamenlijk en grensoverschrijdend plaatsen van overheidsopdrachten betreft, moeten wellicht nog extra juridische problemen worden opgelost, bijvoorbeeld: vaststellen welke nationale wetgeving van toepassing is op de aanbestedingsprocedure en op het contract, de vraag of aanbestedende diensten gebruik kunnen maken van nationale wetgeving die niet de hunne is, bepalen welke instantie bevoegd is en welke regels gelden voor het instellen van beroep tegen gunningsbeslissingen enz.

Vragen:

34. Bent u in het algemeen voorstander van een grotere bundeling van de vraag / meer gezamenlijke aanbestedingen? Wat zijn daarvan volgens u de voordelen en/of nadelen?
35. Bestaan er volgens u hinderpalen die aan een efficiënte bundeling van de vraag / gezamenlijke aanbestedingen in de weg staan? Vindt u dat de instrumenten die in de bestaande richtlijnen zijn opgenomen voor het bundelen van de vraag (aankoopcentrales, raamovereenkomsten) goed functioneren en toereikend zijn? Zo niet, hoe dienen deze instrumenten te worden aangepast? Welke andere instrumenten of bepalingen zijn volgens u noodzakelijk?

⁵⁴ Daarom wil het kerninitiatief “Innovatie-Unie” (SEC(2010) 1161), dat erop is gericht het Europese innovatie- en onderzoeksbeleid in het kader van de Europa 2020-strategie nieuw leven in te blazen, ook de aanzet geven tot een EU-initiatief voor gezamenlijke aanbesteding.

⁵⁵ Zie artikel 1, lid 10, van Richtlijn 2004/18/EG.

36. Denkt u dat een grotere bundeling van de vraag / gezamenlijke aanbestedingen bepaalde risico's zouden kunnen meebrengen, meer bepaald door de mededinging te beperken en de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten te belemmeren? Zo ja, hoe kunnen de eventuele risico's worden verkleind?
37. Vindt u dat gezamenlijke aanbestedingen voor sommige specifieke productgebieden beter geschikt zijn dan voor andere? Zo ja, kunt u aangeven welke gebieden en waarom?
38. Ziet u specifieke problemen voor grensoverschrijdende gezamenlijke aanbestedingen (bijvoorbeeld in termen van de toepasselijke wetgeving en beroepsprocedures)? Denkt u meer bepaald dat uw nationale recht zou toelaten dat in een andere lidstaat een beroepsprocedure wordt ingesteld tegen een aanbestedende dienst?

2.5. Problemen in verband met de uitvoering van de opdracht aanpakken

Behalve dat zij met betrekking tot bedingen over de uitvoering van de opdracht transparantie vooraf verlangen (vermelding in de aankondiging van de opdracht of in het bestek), regelen de huidige richtlijnen de uitvoering van de opdracht niet. Sommige problemen die zich voordoen in de uitvoeringsfase kunnen ernstige gevolgen hebben op het stuk van non-discriminatie tussen de inschrijvers en voor de soliditeit van het systeem voor het plaatsen van overheidsopdrachten in het algemeen. De vraag kan worden gesteld of het EU-recht moet voorzien in specifieke regelgevingsinstrumenten aan de hand waarvan de aanbestedende diensten doeltreffender met die problemen kunnen omgaan.

Ingrijpende wijzigingen

Het probleem van opeenvolgende aanpassingen die gevolgen hebben voor de opdracht zelf en de uitvoering ervan, is een bijzonder complex vraagstuk.

Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie maken wijzigingen van de bepalingen van een overeenkomst betreffende een overheidsopdracht tijdens de geldigheidsduur ervan een nieuwe aanbestedingsprocedure noodzakelijk indien ze kenmerken vertonen die wezenlijk verschillen van die van de oorspronkelijke opdracht⁵⁶.

Het Hof van Justitie heeft reeds een aantal aanwijzingen gegeven om te bepalen wanneer wijzigingen als wezenlijk moeten worden aangemerkt. Dit is met name het geval wanneer ze voorwaarden invoeren die zouden hebben geleid tot de toelating van of de gunning aan andere inschrijvers, wanneer ze de omvang van de opdracht in belangrijke mate uitbreiden of wanneer ze het economische evenwicht van de overeenkomst wijzigen⁵⁷. Aanbestedende diensten hebben er echter op gewezen dat de jurisprudentie voor sommige soorten wijzigingen niet voldoende duidelijkheid schept om te kunnen bepalen of een nieuwe aanbestedingsprocedure noodzakelijk is.

Met deze raadpleging is het de bedoeling vast te stellen of een wettelijke verduidelijking op EU-niveau noodzakelijk is om te bepalen in welke gevallen een wijziging van de opdracht een nieuwe aanbestedingsprocedure vereist. Bij die verduidelijking zouden tevens de mogelijke

⁵⁶ Zie de arresten van 5.10.2000 in zaak C-337/98, Commissie/Frankrijk, punten 44 en 46, 19.6.2008 in zaak C-454/06, presstext Nachrichtenagentur, punten 34-37, en 13.4.2010 in zaak C-91/08, Wall AG, punt 37.

⁵⁷ Zie het arrest presstext Nachrichtenagentur, punten 35-37.

gevolgen van die wijzigingen geregeld kunnen worden (bv. een lichtere aanbestedingsprocedure voor het plaatsen van de gewijzigde opdracht)⁵⁸.

Vragen:

39. Moeten de richtlijnen inzake overheidsopdrachten de kwestie van ingrijpende wijzigingen in een lopend contract regelen? Zo ja, welke elementen ter verduidelijking stelt u voor?
40. Wanneer na een wijziging van een of meer wezenlijke voorwaarden een nieuwe procedure moet worden opgestart om tot mededinging op te roepen, zou het dan gerechtvaardigd zijn een soepeler procedure te volgen? Wat voor procedure zou dat kunnen zijn?

Wijzigingen met betrekking tot de contractant en beëindiging van contracten

Ook wijzigingen met betrekking tot de gekozen contractant zelf kunnen aanleiding geven tot complexe problemen. Volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie houdt de vervanging van de contractpartner aan wie de aanbestedende dienst de opdracht oorspronkelijk had toegewezen, door een nieuwe contractpartner, een ingrijpende wijziging in en is een nieuwe plaatsing derhalve vereist, tenzij in het oorspronkelijke contract in die vervanging was voorzien, bijvoorbeeld door het inlassen van een bepaling betreffende onderaanneming. Dit geldt evenwel niet wanneer een opdracht in het kader van een interne reorganisatie wordt overgedragen aan een andere contractpartner die tot hetzelfde concern behoort⁵⁹. In uitzonderlijke omstandigheden kan een verandering van onderaannemer als een wezenlijke wijziging van de opdracht worden aangemerkt, zelfs indien de mogelijkheid van een wijziging in de contractvoorwaarden is bedongen⁶⁰.

Uit de ervaringen van de belanghebbenden blijkt voorts dat niet alleen de vervanging van de contractant door een andere rechtspersoon maar ook veranderingen in diens rechtspositie een aanzienlijke invloed kunnen hebben op het contractuele evenwicht of op een correcte uitvoering (bv. incidenten die gevolgen hebben voor de bekwaamheid om de opdracht uit te voeren, zoals een faillissement, essentiële deskundigen die het bedrijf verlaten enz.).

Ook in dit verband moet de discussie worden gevoerd of instrumenten op EU-niveau noodzakelijk zijn om de aanbestedende diensten te helpen om hiermee om te gaan, bv. door aan de aanbestedende diensten het recht toe te kennen om het contract te beëindigen bij grote wijzigingen met betrekking tot de contractant, en/of door middel van een nieuwe vereenvoudigde procedure om de eerste contractant in dergelijke gevallen te vervangen⁶¹.

De mogelijkheid om het contract te beëindigen moet aan de aanbestedende diensten wellicht ook expliciet worden toegekend wanneer het Hof van Justitie beslist dat een bepaalde

⁵⁸ Een oplossing voor enkele specifieke wijzigingen is reeds opgenomen in artikel 31, lid 4, van Richtlijn 2004/18/EG, dat onder bepaalde voorwaarden het gebruik van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toestaat voor de uitvoering van aanvullende werken of diensten.

⁵⁹ Zie het arrest *pressetext Nachrichtenagentur*, punt 40.

⁶⁰ Zie het arrest *Wall AG*, punt 39.

⁶¹ Die procedure zou ook kunnen voorzien in tussenoplossingen, zoals de mogelijkheid om de opdracht toe te wijzen aan de op één na beste inschrijver uit de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure of om de mededinging opnieuw te organiseren tussen de inschrijvers die aan de oorspronkelijke procedure hebben deelgenomen, mits die niet te lang geleden heeft plaatsgevonden.

opdracht in strijd met de EU-regels inzake het plaatsen van overheidsopdrachten is gegund. Hoewel de lidstaten verplicht zijn contracten te beëindigen die in strijd met de EU-regels zijn gegund⁶², is in sommige nationale wetgevingen niet voorzien in de mogelijkheid dergelijke contracten op te zeggen, wat het voor de aanbestedende diensten moeilijk – zo niet onmogelijk – maakt passende maatregelen te nemen om zich aan de arresten van het Hof in inbreukzaken te conformeren.

Vragen:

41. Denkt u dat EU-voorschriften met betrekking tot wijzigingen in het kader van de uitvoering van de opdracht een meerwaarde zouden hebben? Zo ja, wat zou die meerwaarde van regels op EU-niveau zijn? Moeten de EU-regels met name voorzien in de uitdrukkelijke verplichting of het uitdrukkelijke recht van aanbestedende diensten om van leverancier te veranderen / het contract in bepaalde gevallen te beëindigen? Zo ja, in welke gevallen? Moet de EU ook in concrete procedures vastleggen hoe de nieuwe leverancier moet / kan worden gekozen?
42. Bent u het ermee eens dat de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten de lidstaten ertoe moeten verplichten in hun nationale wetgeving te voorzien in het recht om contracten op te zeggen die in strijd met de aanbestedingsregels zijn toegewezen?

Meer in het algemeen is de nationale regelgeving over de uitvoering van contracten in de meeste lidstaten zeer gedetailleerd en kan deze leiden tot veel administratieve rompslomp (bv. regels betreffende uitvoeringsgaranties, leveringsvoorwaarden, prijsbepaling bij meerwerk enz.). Het aantal nationale regels op dit gebied zou wellicht kunnen worden verminderd door op EU-niveau gemeenschappelijke normen in te voeren voor bepaalde aspecten.

Vraag:

43. Vindt u dat sommige aspecten van de uitvoering van de opdracht op EU-niveau moeten worden geregeld? Welke aspecten? Gelieve dit toe te lichten.

Onderaanneming

De bestaande wetgeving bevat zeer weinig bepalingen betreffende onderaanneming. In artikel 25 van Richtlijn 2004/18/EG is bepaald dat aanbestedende diensten de inschrijver kunnen verplichten aan te geven wat hij voornemens is in onderaanneming te geven. Krachtens de jurisprudentie van het Hof van Justitie is een inschrijver in principe evenwel steeds gerechtigd een beroep te doen op onderaannemers voor de uitvoering van de opdracht, zelfs als dit betekent dat de opdracht grotendeels of zelfs geheel door onderaannemers wordt uitgevoerd. Het in onderaanneming geven van wezenlijke delen van de opdracht kan alleen worden beperkt of verboden wanneer de aanbestedende dienst niet de gelegenheid heeft gekregen om zich te vergewissen van de technische bekwaamheid en economische draagkracht van de onderaannemers.

Sommige belanghebbenden vragen om strengere beperkingen op onderaanneming om de aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden meer invloed uit te oefenen op de uitvoering van de opdracht. Zij bepleiten bijvoorbeeld de mogelijkheid om onderaanneming volledig of althans voor wezenlijke delen van de opdracht uit te sluiten, om ze te beperken tot

⁶² Zie zaak C-503/04 - Commissie/Duitsland.

een bepaald percentage van de opdracht of om aan de aanbestedende dienst een algemeen recht toe te kennen om voorgestelde onderaannemers te weigeren.

Vraag:

44. Vindt u dat aanbestedende diensten meer mogelijkheden moeten hebben om invloed uit te oefenen op het in onderaanneming geven van delen van de opdracht door de winnende inschrijver? Zo ja, welke instrumenten zou u voorstellen?

3. EEN TOEGANKELIJKE EUROPESE AANBESTEDINGSMARKT

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 kmo's en meer concurrerende aanbestedingsmarkten in het algemeen.

Vraag:

45. Denkt u dat ondernemingen met de huidige richtlijnen ten volle gebruik kunnen maken van de mogelijkheden om mee te dingen naar overheidsopdrachten binnen de interne markt? Zo niet: welke bepalingen beantwoorden volgens u niet aan de behoeften van ondernemingen, en waarom?

3.1. Betere toegang voor het midden- en kleinbedrijf en voor starters

Doel van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten is de markt voor overheidsopdrachten open te stellen voor alle ondernemingen, ongeacht hun omvang. Aan de toegang van kleine en middelgrote ondernemingen (kmo's) tot die markten moet evenwel bijzondere aandacht worden besteed⁶³.

Het midden- en kleinbedrijf wordt beschouwd als de ruggengraat van de EU-economie en heeft een zeer groot potentieel op het gebied van het scheppen van banen, groei en innovatie. Een vlotte toegang tot de aanbestedingsmarkten kan hen helpen om dit potentieel inzake groei en innovatie te realiseren, en zou tegelijk een gunstig effect hebben op de Europese economie. Als kmo's een grotere rol zouden spelen bij overheidsaanschaffingen, zouden daarenboven de aanbestedende diensten hun leverancierspotentieel aanzienlijk kunnen uitbreiden, wat als gunstig effect een scherpere concurrentie om overheidsopdrachten zou hebben en een tegenwicht zou bieden tegen dominante marktspelers.

Om overheidsopdrachten ongeacht hun omvang zo toegankelijk mogelijk te maken voor kmo's, heeft de Commissie in 2008 de "Europese code van goede praktijken ter

⁶³ Zie ook het verzoek van het Europees Parlement aan de Commissie om meer te doen om kmo's een vlottere toegang te geven tot de markt voor overheidsopdrachten, in het verslag over nieuwe ontwikkelingen bij overheidsopdrachten ([2009/2175\(INI\)](#)).

vergemakkelijking van de toegang van het mkb tot overheidsopdrachten" gepubliceerd⁶⁴. De code beschrijft en ontwikkelt een aantal praktijken binnen het EU-regelgevingskader die de aanbestedingen geschikt maken voor de deelneming van kleine en middelgrote ondernemingen en die deze categorie van inschrijvers gelijke kansen verzekert.

Uit een recente studie die in opdracht van de Commissie is verricht⁶⁵, blijkt dat het aandeel van kmo's onder de ondernemingen die in de EU-27 overheidsopdrachten *boven de EU-drempels* in de wacht hebben gesleept, tussen 2006 en 2008 is gestegen van 58% tot 61%. Uitgedrukt in geraamde totale waarde van de betrokken contracten, nemen kmo's van 31% tot 38% van de overheidsopdrachten voor hun rekening, terwijl hun algemene aandeel in de economie, berekend op basis van hun totale omzet, 52% bedraagt.

Op grond van die cijfers is het de moeite waard na te gaan of er op EU-niveau geen wetgevingsinitiatieven moeten worden overwogen om ervoor te zorgen dat de aanbestedende diensten in hun aanbestedingspraktijk ten volle gebruik maken van het economische en innovatieve potentieel van kmo's.

Vermindering van de administratieve lasten in de selectiefase

Uit opmerkingen van kleine en middelgrote marktdeelnemers komt naar voren dat de grootste moeilijkheden die zij ondervinden om aan aanbestedingen deel te nemen, zich voordoen in de selectiefase. Dit heeft enerzijds te maken met de bewijsstukken die moeten worden overgelegd. Het grote aantal getuigschriften dat in de selectiefase vaak verlangd wordt, brengt een administratieve last mee die voor kmo's moeilijk te dragen is, vooral in een internationale context, wanneer die getuigschriften ook nog eens moeten worden vertaald. Anderzijds stellen de selectiecriteria zelf vaak zulke hoge eisen (bv. vereiste omzet of vereist aantal referentiecontracten) dat het voor een kmo virtueel onmogelijk is eraan te voldoen.

Wat het eerste punt (ten behoeve van de selectiecriteria over te leggen stukken) betreft, zou een vaak voorgestelde oplossing erin kunnen bestaan toe te staan dat ondernemingen slechts een samenvatting van de voor de selectie relevante informatie overleggen en/of dat zij in een eerste fase kunnen volstaan met eigen verklaringen dat zij aan de selectiecriteria voldoen. In principe zou dan alleen aan de inschrijver of inschrijvers die tot de gunningsfase worden toegelaten worden gevraagd de echte bewijsstukken (getuigschriften) over te leggen. De aanbestedende dienst zou echter ter voorkoming van fraude op elke ogenblik tijdens of zelfs na de aanbestedingsprocedure kunnen verlangen dat de stukken worden overgelegd. Dit zou de administratieve last verminderen, met name voor kleine en middelgrote ondernemingen, zonder afbreuk te doen aan de garanties dat correcte keuzes worden gemaakt.

Wat het tweede punt (overdreven strenge selectiecriteria) betreft, valt er iets voor te zeggen om in de EU-voorschriften voor bepaalde kwalitatieve selectiecriteria een maximum op te nemen dat mag worden geëist, in het bijzonder ten aanzien van de financiële draagkracht. Zo kan worden voorkomen dat aanbestedende diensten buitensporig strenge selectiecriteria vaststellen (bv. met betrekking tot omzet) die onvermijdelijk kmo's uitsluiten. Een dergelijke maatregel zou een verdere uitwerking zijn van de thans reeds geldende verplichting om evenredige selectiecriteria toe te passen. Aan de andere kant zou dit de vrijheid van de

⁶⁴ Werkdocument van de Commissiediensten SEC(2008) 2193.

⁶⁵ Evaluatie van de toegang van kmo's tot overheidsopdrachten in de EU (update 2009), opgesteld in september 2010. In opdracht van directoraat-generaal Ondernemingen en industrie. Consultant: GHK.

aanbestedende diensten beperken om de normen vast te stellen die zij noodzakelijk achten om zich ervan te verzekeren dat de opdracht correct wordt uitgevoerd.

Andere suggesties

Belanghebbenden hebben ook wel voorgesteld om aan positieve discriminatie van kmo's te doen, bijvoorbeeld door vooraf quota van opdrachten vast te stellen die exclusief voor kmo's zouden worden gereserveerd. Anders dan sommige van onze handelspartners die dergelijke maatregelen hebben genomen, is de EU geen voorstander van het voorbehouden van opdrachten voor bepaalde ondernemingen. Dat zou in strijd zijn met het beginsel van de gelijke behandeling van inschrijvers, toch een pijler van het EU-recht inzake overheidsopdrachten, volgens het Hof van Justitie verankerd in de vrijheden die het Verdrag waarborgt.

Interne administratieve maatregelen die de aanbestedende diensten aanmoedigen om de toegang van kmo's tot hun overheidsopdrachten zoveel mogelijk te verbeteren, zouden daarentegen een haalbare mogelijkheid zijn. Zo zou bijvoorbeeld een streefcijfer kunnen worden vastgesteld voor het aandeel van kmo's in het totale pakket overheidsopdrachten. Daarbij zouden geen *specifieke opdrachten worden gereserveerd* voor kmo's, maar zou alleen aan de aanbestedende diensten een stimulans worden gegeven om zoveel mogelijk gebruik te maken van de beschikbare instrumenten voor kmo-vriendelijk aanbesteden.

Een andere mogelijkheid zou zijn dat de aanbestedende diensten wordt toegestaan dat zij van de winnende inschrijver verlangen dat deze een percentage van de waarde van de opdracht uitbesteedt aan derden. Die verplichting bestaat in het kader van Richtlijn 2004/18/EG reeds ten aanzien van concessies voor openbare werken (artikel 60) en in het kader van Richtlijn 2009/81/EG ten aanzien van opdrachten op defensie- en veiligheidsgebied (artikel 21).

Vragen:

46. Vindt u dat de EU-regels inzake overheidsopdrachten reeds voldoende kmo-vriendelijk zijn? Of vindt u daarentegen dat sommige bepalingen van de richtlijn moeten worden aangepast of dat extra maatregelen moeten worden ingevoerd om de deelneming van kmo's aan aanbestedingen te bevorderen? Kunt u uw keuze toelichten?
47. Bent u van mening dat sommige van de in de code van goede praktijken beschreven maatregelen bindend zouden moeten zijn voor de aanbestedende diensten, bijvoorbeeld (onder bepaalde voorwaarden) de verdeling van de opdracht in percelen?
48. Vindt u dat de regels betreffende de keuze van de inschrijver buitensporige administratieve lasten meebrengen voor kmo's? Zo ja, hoe kunnen deze regels versoepeld worden zonder dat de garanties voor transparantie, non-discriminatie en een kwalitatief hoogstaande uitvoering van de opdracht op losse schroeven worden gezet?
49. Bent u er voorstander van dat alleen van geselecteerde gegadigden / de winnende inschrijver de bewijsstukken moeten worden overgelegd en gecontroleerd?
50. Vindt u dat eigen verklaringen een geschikt middel zijn om de administratieve belasting in verband met het bewijs dat aan de selectiecriteria is voldaan te

vermindere(n), of zijn die niet betrouwbaar genoeg om getuigschriften te vervangen? Voor welke aspecten zouden eigen verklaringen dienstig kunnen zijn (vooral feiten in verband met de onderneming zelf) en voor welke niet?

51. Bent u het ermee eens dat al te strenge omzetvoorwaarden als bewijs van financiële draagkracht problematisch zijn voor kmo's? Moet in de EU-wetgeving een maximumniveau worden vastgesteld om de evenredigheid van de selectiecriteria te waarborgen (bijvoorbeeld: de verlangde omzet mag niet meer dan een bepaald veelvoud van de waarde van de opdracht bedragen)? Zou u andere instrumenten voorstellen om ervoor te zorgen dat de selectiecriteria in verhouding staan tot de waarde en de inhoud van de opdracht?
52. Wat zijn de voor- en nadelen van een keuzemogelijkheid voor de lidstaten om hun aanbestedende diensten toe te staan c.q. op te leggen dat zij de winnende inschrijver verplichten een bepaald percentage van de opdracht aan derden uit te besteden?

3.2. Een eerlijke en daadwerkelijke concurrentie waarborgen

Inkopers in de publieke sector kopen vaak op markten met niet-concurrentiegerichte structuren⁶⁶. Op dergelijke markten is het wellicht moeilijk het doel van de wetgeving inzake overheidsopdrachten – te weten open en daadwerkelijke mededinging – te bereiken door gewoon de in de huidige richtlijnen voorgeschreven procedureregels te volgen. Zelfs wanneer ze de regels van de richtlijnen volledig in acht nemen, kunnen aanschaffingsbeslissingen die worden genomen zonder rekening te houden met de marktstructuren, ertoe leiden dat concurrentie beperkende structuren in stand worden gehouden of zelfs worden versterkt. Dit is met name het geval bij contracten met een hoge waarde en in sectoren waarin overheidsinstanties de grootste afnemers zijn en de particuliere vraag niet groot genoeg is om de invloed van de overheidsaankopen op de markt te compenseren.

Een intelligent aankoopbeleid dat de mededinging op dergelijke markten maximaal wil laten spelen, veronderstelt in de eerste plaats dat de inkopers zich rekenschap geven van de structuur van de betrokken markten. Voorts moeten zij hun inkoopstrategie daaraan aanpassen (opstellen van de opdrachten en keuze van de procedure). Zo moeten aanbestedende diensten vermijden opdrachten aan te besteden die slechts door één of enkele marktdeelnemers kunnen worden uitgevoerd, aangezien dit de oligopolistische structuren zou consolideren en nieuwe toetredingen tot de markt vrijwel onmogelijk zou maken. In het slechtste geval zou er slechts één dominante leverancier overblijven die de aanbestedende dienst zijn contractvoorwaarden en prijzen kan opleggen.

De juiste vorm waarin een opdracht moet worden gegoten, hangt uiteraard af van de structuur van de betrokken markt. Als kleinere concurrenten op de markt de betrokken dienst of producten op kleinere schaal kunnen leveren, kan het verkleinen van het volume of de duur van de opdrachten een doeltreffende manier zijn om de mededinging te maximaliseren. Een efficiënte concurrentie kan mogelijk ook worden bereikt door opdrachten te verdelen in

⁶⁶ De afvalverwijderingsmarkt wordt in vele lidstaten beheerst door één of twee grote spelers. De bouwsector is, althans wat grote infrastructuurprojecten betreft, oligopolistisch en neigt tot kartelvorming. Andere voorbeelden zijn de levering van IT, de elektriciteitsmarkt in bepaalde lidstaten, zoals blijkt uit de artikel 30-besluiten betreffende de elektriciteitsmarkt in Tsjechië, Spanje en Italië, alsmede de markt voor bepaalde postdiensten in een aantal lidstaten, zoals blijkt uit de artikel 30-besluiten betreffende de postsector in Zweden, Finland en Oostenrijk.

percelen, waarbij eventueel een maximum aantal percelen kan worden vastgesteld dat aan één inschrijver kan worden toegewezen. Als er onder de kleinere ondernemingen niet genoeg concurrenten zijn, kan een alternatieve oplossing om voor efficiënte mededinging te zorgen er mogelijk in bestaan meerdere aankopen te bundelen in één opdracht om zo de interesse te wekken van potentiële concurrenten uit andere lidstaten.

Een aantal andere instrumenten die op EU-niveau als facultatieve keuzen voor de lidstaten of aanbestedende diensten kunnen worden ingevoerd, worden vaak vernoemd als bruikbare hulpmiddelen om te komen tot efficiënte mededinging op aanbestedingsmarkten. Zoals hierboven reeds vermeld zullen minder strenge selectiecriteria doorgaans een groter aantal geldige inschrijvingen opleveren⁶⁷. Onvoordelige contracten die door dominante leveranciers worden opgelegd, kunnen worden vermeden door vooraf een maximum reserveprijs vast te stellen boven welke de opdracht niet wordt gegund of door te voorzien in de mogelijkheid dat de procedure wordt afgeblazen indien slechts één inschrijver voorbij de selectiefase geraakt.

Meer in het algemeen dient waar mogelijk ook te worden nagegaan welke maatregelen kunnen worden genomen om de deelneming van inschrijvers uit andere lidstaten te bevorderen. Zoals reeds aangehaald, zijn er nog heel wat mogelijkheden die kunnen worden aangeboord om de intra-Europese handel op het gebied van overheidsopdrachten uit te breiden en zo tot een echt Europese aanbestedingsmarkt te komen. Dit zou de zakelijke kansen voor Europese ondernemingen verveelvoudigen en tegelijk de groep leveranciers uitbreiden waaruit aanbestedende diensten kunnen putten. Maatregelen ter vergemakkelijking van grensoverschrijdende deelneming aan overheidsopdrachten kunnen onder meer bestaan in een betere wederzijdse erkenning van getuigschriften (of zelfs in de invoering van een gemeenschappelijk Europees stelsel van voorafgaande erkenning). Enkele belanghebbenden opperen zelfs dat het voor bepaalde opdrachten met een hoge waarde dienstig zou kunnen zijn het bestek in een tweede taal op te stellen of inschrijvingen in vreemde talen te aanvaarden. Het gebruik van een systeem van automatische vertaling – althans voor een eerste kennisneming – zou kunnen worden overwogen voor bepaalde stappen van de procedure.

Alle maatregelen die een toename van de mededinging op de aanbestedingsmarkten beogen, vereisen dat de aanbestedende diensten een degelijke kennis hebben van de markten waarop zij inkopen (bv. via studies over de structuur en de toestand van de beoogde markt vóór de betrokken aanbesteding). Om over deze (of andere) garanties te kunnen beschikken, moeten de aanbestedende diensten een extra inspanning leveren, wat wellicht alleen verantwoord is bij grote opdrachten met een aanzienlijk potentieel effect op de marktstructuur.

Vragen:

53. Bent u het ermee eens dat overheidsopdrachten een belangrijke invloed kunnen hebben op de marktstructuren en dat inkopers, waar mogelijk, hun inkoopstrategieën moeten trachten aan te passen om concurrentiebevorderende marktstructuren te bestrijden?
54. Vindt u dat in het kader van het Europese recht en beleid inzake overheidsopdrachten moet worden voorzien in (facultatieve) instrumenten om dergelijke concurrentiebevorderende inkoopstrategieën aan te moedigen? Zo ja, welke instrumenten zou u voorstellen?

⁶⁷ Lagere omzetvereisten vergemakkelijken de deelneming van kleinere ondernemingen, lagere eisen inzake eerdere ervaring bevorderen nieuwe toetredingen tot de markt enz.

55. Bent u van mening dat er in dit verband meer specifieke instrumenten of initiatieven vereist zijn om de deelneming van inschrijvers uit andere lidstaten aan te moedigen? Zo ja, beschrijf deze instrumenten of initiatieven.
56. Vindt u dat de wederzijdse erkenning van getuigschriften moet worden verbeterd? Zou u voorstander zijn van de invoering van een systeem van voorafgaande erkenning voor heel Europa?
57. Hoe zou volgens u het probleem van de taalbarrières moeten worden aangepakt? Bent u van mening dat aanbestedende diensten ertoe verplicht moeten worden het bestek voor opdrachten met een grote waarde in een tweede taal op te stellen of om inschrijvingen in vreemde talen te aanvaarden?
58. Welke instrumenten kunnen in het kader van de wetgeving inzake overheidsopdrachten worden ingesteld om te voorkomen dat er dominante leveranciers komen? Hoe kunnen aanbestedende diensten beter worden beschermd tegen de macht van dominante leveranciers?

Concurrentieverstorende gedragingen voorkomen

Een verwant probleem is dat van concurrentieverstorende gedragingen op de aanbestedingsmarkten. Aanbestedingsmarkten zijn blijkbaar bijzonder vatbaar voor heimelijke gedragsafstemming onder de deelnemers (offertevervalsing, marktverdeling...)⁶⁸, onder meer wegens de stabiliteit en de voorspelbaarheid van de vraag aan overheidszijde. Volgens sommige analisten geeft ook de transparantie van het aanbestedingsproces in feite aanleiding tot kartelvorming.

Hoewel het aantal inbreuken op de mededingingsregels in het kader van aanbestedingsprocedures verre van marginaal is⁶⁹, bevatten de huidige EU-regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten geen specifieke bepalingen om dit probleem aan te pakken. Tot dusver is het standpunt steeds geweest dat aan de hand van de bestaande regels efficiënt met het probleem kon worden omgegaan, bv. door aan inkoopdiensten richtsnoeren te geven over de wijze waarop zij heimelijke gedragsafstemming kunnen voorkomen en opsporen.

Er moet echter een debat gevoerd worden over de vraag of die richtsnoeren toereikend zijn om heimelijke afspraken op de aanbestedingsmarkten efficiënt te bestrijden, dan wel of specifieke wetgevingsinstrumenten vereist zijn, zoals: strengere toepassing van uitsluiting in geval van offertevervalsing; de mogelijkheid om bepaalde informatie niet bekend te maken of het verplichte gebruik van een onderhandelingsprocedure in sectoren die gevoelig zijn voor kartelvorming; het gebruik van certificaten houdende onafhankelijke vaststelling van de biedprijs; de verplichting voor inkopers om de mededingingsautoriteiten te raadplegen als zij verdachte patronen in de inschrijvingen vaststellen enz.

De ervaring leert dat het ook nuttig zou kunnen zijn sommige instrumenten die gemakkelijk misbruikt kunnen worden voor heimelijke afspraken, meer "fraudebestendig" te maken. Zo is het in onderaanneming geven van bepaalde delen van de opdracht populair als een methode

⁶⁸ Zie ook de uitgebreide werkzaamheden van de OESO ter zake, bijvoorbeeld de richtsnoeren voor de bestrijding van offertevervalsing bij overheidsopdrachten: http://www.oecd.org/document/29/0,3343,en_2649_40381615_42230813_1_1_1_1,00.html

⁶⁹ Voor enkele "beruchte" kartels op aanbestedingsmarkten, zie bijvoorbeeld de zaak "lunchcoupons" in Italië of de zaak "Lycées de l'Ile-de-France" in Frankrijk.

voor de winnende inschrijver om leden van een kartel te belonen omdat ze zich aan de kartelafspraken hebben gehouden. Eén manier om dit probleem aan te pakken zou zijn dat, onder bepaalde voorwaarden, wordt verboden delen van de opdracht uit te besteden aan ondernemingen die zelf aan de aanbestedingsprocedure hebben deelgenomen⁷⁰.

Het spreekt voor zich dat extra garanties tegen concurrentieverstorende gedragingen kunnen bijdragen tot de instandhouding van een gezonde mededinging op de aanbestedingsmarkten. Ook dit voordeel moet evenwel zorgvuldig worden afgewogen tegen de extra administratieve belasting die dergelijke voorschriften zouden meebrengen voor inkopers en ondernemingen.

Vraag:

59. Vindt u dat in de EU-regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten moet worden voorzien in extra maatregelen ter bescherming tegen concurrentieverstorende gedragingen? Zo ja, welke instrumenten/bepalingen zou u voorstellen?

3.3. Plaatsen van overheidsopdrachten bij ontbreken van mededinging / ingeval er uitsluitende rechten gelden

In de praktijk moeten aanbestedende diensten vaak kopen bij één welbepaalde onderneming omdat die uitsluitende rechten bezit op de productie van de betrokken goederen of de verlening van de betrokken diensten. In dergelijke gevallen is een normale mededinging om de betrokken opdrachten uitgesloten. Daarom staan de richtlijnen inzake overheidsopdrachten het gebruik van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking toe in gevallen waarin "de opdracht om technische of artistieke redenen of om redenen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde ondernemer kan worden toevertrouwd"⁷¹.

Het klopt dat een oproep tot inschrijving wegens het bestaan van het uitsluitende recht een loutere formaliteit zou zijn, zonder enige praktische waarde. Maar het valt niet te ontkennen dat de toegang tot de betrokken overheidsopdracht is geblokkeerd door de eerdere toekenning van het uitsluitende recht, waardoor elke mededingingsmogelijkheid is uitgesloten nog vóór het aanbestedingsproces is begonnen.

De vraag hoe het uitsluitende recht zelf is toegekend, en met name of er bij de toekenning van dat recht (die bepalend is voor de latere gunning van de opdracht) eerlijke concurrentie heeft gespeeld, wordt in de huidige richtlijnen inzake overheidsopdrachten niet behandeld met betrekking tot opdrachten die zijn toegewezen aan particuliere ondernemingen.

Dit punt komt alleen aan de orde in het kader van de publiek-publieke samenwerking, waarbij overheidsopdrachten voor dienstverlening tussen aanbestedende diensten onderling worden uitgesloten van de toepassing van de richtlijn indien ze zijn toegewezen op basis van een uitsluitend recht – doch slechts voor zover dit uitsluitende recht verenigbaar is met de Verdragsbeginselen⁷².

⁷⁰ De deelneming van inschrijvers beperken wegens het risico op heimelijke afspraken is echter slechts mogelijk onder vrij strikte voorwaarden, zie het arrest van het Hof van Justitie van 19 mei 2009 in zaak C-538/07, Assitur (betreffende tijdelijke combinaties van ondernemingen).

⁷¹ Artikel 31, lid 1, van Richtlijn 2004/18/EG.

⁷² Artikel 18 van Richtlijn 2004/18/EG.

Deze specifieke bepaling zal wellicht niet langer noodzakelijk zijn wanneer eenmaal een algemene oplossing is gevonden voor de vraagstukken die samenhangen met publiek-publieke samenwerking. Er dient evenwel te worden nagegaan of de aan dit artikel ten grondslag liggende idee ter wille van een gezonde mededinging op de aanbestedingsmarkten niet veralgemeend moet worden. Op basis van dit beginsel zou het toewijzen van opdrachten zonder een op mededinging gebaseerde procedure nog alleen mogelijk zijn als de desbetreffende uitsluitende rechten wel via een op mededinging gebaseerde procedure zijn toegekend.

Vragen:

60. Kan de toekenning van uitsluitende rechten volgens u de eerlijke mededinging op de aanbestedingsmarkten in gevaar brengen?
61. Zo ja, welke instrumenten stelt u voor om dat risico te verminderen / eerlijke concurrentie te waarborgen? Vindt u dat de EU-regels inzake overheidsopdrachten de gunning van opdrachten zonder aanbestedingsprocedure zouden moeten toestaan op basis van uitsluitende rechten, op voorwaarde dat het betrokken uitsluitende recht zelf is toegekend op basis van een transparante en op mededinging gebaseerde procedure?

4. STRATEGISCH GEBRUIK VAN OVERHEIDSOPDRACHTEN BIJ NIEUWE UITDAGINGEN

Overheidsdiensten kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het bereiken van de strategische doelstellingen van Europa 2020⁷³ door hun kopersmacht aan te wenden om goederen en diensten aan te schaffen met een hogere "maatschappelijke" waarde, in die zin dat ze innovatie bevorderen, milieuvriendelijk zijn en klimaatverandering tegengaan, het energieverbruik verminderen, de werkgelegenheid, volksgezondheid⁷⁴ en sociale omstandigheden verbeteren, en tegelijk gelijkheid bevorderen en de insluiting van achtergestelde groepen verbeteren⁷⁵. Een aanzienlijke vraag van overheidsdiensten naar "groenere", koolstofarme, meer innovatieve en maatschappelijk verantwoorde goederen en diensten kan mede de trends inzake productie en consumptie bepalen voor de komende jaren. Uiteraard mag het nastreven van maatschappelijke doelstellingen geen afbreuk doen aan de efficiëntie van het aankoopbeleid van de overheid. Bij overheidsaankopen rekening houden met beleidsgerichte overwegingen, moet gebeuren zonder buitensporige extra administratieve lasten voor de aanbestedende diensten en zonder dat de mededinging op de aanbestedingsmarkten wordt vervalst.

Overheidsopdrachten kunnen op twee manieren een rol spelen bij de verwezenlijking van de beleidsdoelstellingen van de Europa 2020-strategie:

- de aanbestedende diensten via de procedureregels inzake overheidsopdrachten de mogelijkheid bieden om rekening te houden met die doelstellingen ("hoe aanschaffen");

⁷³ Zie de mededeling van de Commissie van 3 maart 2010 - COM(2010) 2020.

⁷⁴ Zie de conclusies van de Raad van 13 september 2010 over de lessen die zijn getrokken uit de A/H1N1 pandemie.

⁷⁵ Die overweging strookt met name met artikel 9 VWEU, dat de Unie oproept rekening te houden met de bevordering van een hoog niveau van werkgelegenheid, de waarborging van een adequate sociale bescherming en de bestrijding van sociale uitsluiting.

° aanbestedende diensten regels opleggen of prikkels bieden die sturing geven aan hun besluitvorming over de vraag welke goederen en diensten worden aangekocht (“wat aanschaffen”).

De richtlijnen inzake overheidsopdrachten voorzien in een gemeenschappelijk kader voor overheidsopdrachten doordat zij procedurele regels vastleggen die bepalen "hoe" kan worden aangeschaft, en laten de aanbestedende diensten de vrijheid te beslissen "wat" zij aanschaffen, de kenmerken van goederen, diensten of werken te bepalen die het best bij hun behoeften passen, en de voorwaarden vast te stellen die het meest geschikt zijn met het oog op de nagestreefde beleidsdoelstellingen (zolang die voorwaarden transparant en niet-discriminerend zijn).

De EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten biedt tevens de mogelijkheid om aankopen die beantwoorden aan de Europa 2020-doelstellingen te stimuleren en om aanbestedende diensten, zowel op Europees als op nationaal niveau, verplichtingen op te leggen met betrekking tot de vraag wat zij aanschaffen, teneinde ervoor te zorgen dat de aanbestedingsstrategieën van de overheden stroken met de overkoepelende beleidsdoelstellingen.

Er is de afgelopen jaren, zowel op Europees als op nationaal niveau, reeds een aantal specifieke initiatieven voor bepaalde beleidssectoren genomen om het gebruik van aanbestedingsprocedures ter ondersteuning van de hierboven genoemde beleidsdoelstellingen aan te moedigen, bijvoorbeeld de lopende werkzaamheden ter bevordering van "groene overheidsopdrachten" (GPP)⁷⁶, inzake sociale overwegingen bij aanbestedingen⁷⁷ en inzake innovatie⁷⁸.

Met name groen aanbesteden (GPP) wordt in de lidstaten reeds sinds meer dan tien jaar toegepast. De meeste lidstaten hebben nationale actieplannen inzake GPP met vrijwillige en verplichte streefcijfers en specifieke maatregelen om GPP te bevorderen en toe te passen. De EU heeft GPP-criteria ontwikkeld voor 18 categorieën producten en diensten⁷⁹; er volgen er meer.

⁷⁶ Zie de mededeling van de Commissie "Overheidsopdrachten voor een beter milieu" – COM(2008) 400 – waarin doelstellingen werden vastgesteld voor de invoering van GPP in de lidstaten en een aanvang werd gemaakt met de ontwikkeling van gemeenschappelijke vrijwillige Europese GPP-criteria. Zie ook het "handboek inzake milieuvriendelijke overheidsopdrachten (groen kopen)", http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_nl.pdf.

⁷⁷ Zie het handboek "*Buying social – A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement*" – SEC(2010) 1258.

⁷⁸ Conform verbintenis nr. 17 in de mededeling "Innovatie-Unie" superviseert de Europese Commissie momenteel een studie (aanvang november 2010 – einde november 2011) betreffende de ontwikkeling van een nieuw steunmechanisme voor overheidsopdrachten op het gebied van innovatie. De regeling zal richtsnoeren geven en een (financieel) ondersteuningsmechanisme opzetten om de verschillende aanbestedende diensten te helpen bij de tenuitvoerlegging van deze overheidsopdrachten op een niet-discriminerende en open manier, bij het bundelen van de vraag, het opstellen van gemeenschappelijke technische specificaties en het bevorderen van de toegankelijkheid voor kmo's. Wat pre-commerciële inkoop betreft, zie de mededeling van de Commissie "Pre-commerciële inkoop: aansturen van innovatie voor het waarborgen van duurzame hoogkwalitatieve overheidsdiensten in Europa" - COM(2007) 799.

⁷⁹ Zie de mededeling van de Commissie "Overheidsopdrachten voor een beter milieu" – COM(2008) 400 – waarin doelstellingen werden vastgesteld voor de invoering van GPP in de lidstaten en een aanvang werd gemaakt met de ontwikkeling van gemeenschappelijke vrijwillige Europese GPP-criteria. Zie ook het "handboek inzake milieuvriendelijke overheidsopdrachten (groen kopen)", http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/buying_green_handbook_nl.pdf.

In het volgende punt wordt besproken of wijzigingen in de EU-aanbestedingsregels noodzakelijk zijn (en zo ja, welke) om de samenhang en de adequaatheid te verzekeren van de diverse maatregelen die op EU- en nationaal niveau worden genomen of zouden kunnen worden genomen.

4.1. "Hoe aanschaffen" om de Europa 2020-doelstellingen te bereiken

Overwegingen op het gebied van milieubescherming, sociale insluiting of de bevordering van innovatie kunnen in verschillende stadia van de aanbestedingsprocedure een rol spelen. Het is niet in elk stadium mogelijk om rekening te houden met alle mogelijke overwegingen die verband houden met deze beleidsdoelstellingen. Hierna wordt besproken hoe in de opeenvolgende stadia van een aanbestedingsprocedure rekening kan worden gehouden met elk van de beleidsdoelstellingen.

Omschrijving van het voorwerp van de opdracht en van de technische specificaties

Volgens de huidige aanbestedingsregels van de EU zijn aanbestedende diensten gehouden het voorwerp van de opdracht op duidelijke en niet-discriminerende wijze te omschrijven en technische specificaties vast te stellen die geen bevoordeling van bepaalde ondernemingen inhouden.

Voorwaarden wat betreft de verwerkings- en productiemethoden moeten verband houden met de vervaardiging van het product en mede bepalend zijn voor de kenmerken ervan, zonder dat deze per se zichtbaar moeten zijn. Volgens de huidige regels mogen geen verwerkings- en productiemethoden worden voorgeschreven die geen verband houden met de vervaardiging van het product en die geen effect hebben op de productkenmerken.

Overheidsinstanties en belanghebbenden beweren soms dat bepaalde producten om gezondheids- of milieuredenen noodzakelijkerwijs lokaal moeten of zouden moeten worden aangeschaft. Hierbij dient te worden beklemtoond dat dergelijke eisen inbreuk maken op het EU-recht indien ze leiden tot niet-gerechtigde directe of indirecte discriminatie tussen leveranciers. Ze zijn alleen te verantwoorden in uitzonderlijke gevallen, wanneer in rechtmatige en objectieve behoeften die niet te maken hebben met louter economische overwegingen, slechts kan worden voorzien met producten uit een bepaalde streek.

Vragen:

62. Vindt u dat de voorschriften inzake technische specificaties voldoende ruimte laten om overwegingen in aanmerking te nemen die verband houden met andere beleidsdoelstellingen?
63. Bent u van mening dat de mogelijkheid om technische specificaties in de vorm van prestatie- of functionele vereisten vast te leggen aanbestedende diensten beter in staat stelt hun beleidsdoelstellingen te bereiken dan wanneer ze in de vorm van gedetailleerde technische vereisten worden gedefinieerd? Zo ja, bent u ervoor om prestatie- en functionele vereisten onder bepaalde omstandigheden verplicht te stellen?
64. Om een voorbeeld te noemen: meent u dat aanbestedende diensten in voldoende mate gebruik maken van de mogelijkheden die artikel 23 van Richtlijn 2004/18/EG

biedt met betrekking tot toegankelijkheidscriteria⁸⁰ voor personen met een handicap of ontwerpen voor iedereen? Zo niet, wat moet er volgens u veranderen?

65. Vindt u dat sommige van de procedures waarin de huidige richtlijnen voorzien⁸¹ (bv. de concurrentiegerichte dialoog, prijsvragen) bijzonder geschikt zijn om rekening te houden met beleidsoverwegingen op het gebied van milieu, sociaal beleid, toegankelijkheid en innovatie?
66. Zijn er wijzigingen in de procedures van de bestaande richtlijnen die u zou willen voorstellen om het mogelijk te maken ten volle rekening te houden met de bovengenoemde beleidsdoelstellingen, terwijl toch de beginselen van non-discriminatie en transparantie in acht worden genomen, zodat gelijke concurrentievoorwaarden voor Europese ondernemingen gegarandeerd zijn? Hebben inkopers specifiek baat bij het gebruik van innovatieve informatie- en communicatietechnologieën als het om de verwezenlijking van de Europa 2020-doelstellingen gaat?
67. Ziet u gevallen waarin een beperking tot lokale of regionale leveranciers gerechtvaardigd zou kunnen worden door rechtmatige en objectieve redenen die niet gebaseerd zijn op louter economische overwegingen?
68. Als het gebruik van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking als standaardprocedure zou worden toegestaan, zou dat er volgens u toe kunnen bijdragen dat beter rekening wordt gehouden met beleidsgerelateerde overwegingen op het gebied van milieu, sociale rechten, innovatie enz.? Of zou het risico van discriminatie en beperking van de mededinging te groot zijn?

Keuze van de meest relevante selectiecriteria

Bij de beoordeling of de gegadigden in staat zijn om de opdracht uit te voeren kan de aanbestedende dienst rekening houden met specifieke ervaring en vakbekwaamheid in verband met sociale of milieuaspecten die van belang zijn voor het voorwerp van de opdracht.

Vraag:

69. Kunt u nuttige voorbeelden noemen van technische bekwaamheden of andere selectiecriteria die kunnen bijdragen tot de verwezenlijking van doelstellingen als bescherming van het milieu, bevordering van sociale insluiting, verbetering van de toegankelijkheid voor personen met een handicap of versterking van innovatie?

Toepassing van de meest geschikte gunningscriteria

Om een doeltreffende concurrentie tussen ondernemingen te waarborgen en willekeurige beslissingen van overheidsinstanties te voorkomen, schrijven de geldende aanbestedingsregels van de EU voor dat de gunningscriteria verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht, de aanbestedende dienst geen onvoorwaardelijke keuzevrijheid mogen geven en uitdrukkelijk vermeld moeten zijn in het bestek.

⁸⁰ Toegankelijkheid moet in deze context worden begrepen als toegankelijkheid voor personen met functionele beperkingen (handicaps).

⁸¹ Voor een beschrijving van de procedures, zie punt 2.1.

Aanbestedende diensten kunnen zelf beslissen welk relatief gewicht zij toekennen aan de verschillende criteria die worden gebruikt om de economisch voordeligste aanbidding te bepalen. Op deze manier kunnen zij in de beoordeling desgewenst meer gewicht aan bepaalde milieu- of sociale criteria geven dan aan andere criteria, zoals de prijs.

Bij standaardgoederen en –diensten is het vaak zelfs mogelijk in de technische specificaties of contractvoorwaarden hoge milieu- of sociale normen vast te stellen, terwijl de opdracht volgens het criterium van de laagste prijs wordt gegund. Op die manier kunnen de aanbestedende diensten zich tegen de laagste prijs producten en diensten aanschaffen die aan hoge normen voldoen.

Door niet alleen in de technische specificaties of in de contractvoorwaarden, maar ook in de gunningsfase criteria te gebruiken die betrekking hebben op het milieu, energie-efficiëntie, toegankelijkheid of innovatie, kunnen bedrijven er evenwel toe worden aangezet offertes in te dienen die aan hogere eisen voldoen dan het vastgestelde niveau van technische vereisten, waardoor de introductie van innovatieve producten op de markt wordt bevorderd. Het kan eveneens nuttig zijn om dergelijke criteria in de gunningsfase toe te passen wanneer onduidelijkheid bestaat omtrent de producten of goederen die beschikbaar zijn op de markt.

Vragen:

70. Het criterium van de economisch voordeligste inschrijving is waarschijnlijk het meest geschikt om ook andere beleidsdoelstellingen te verwezenlijken. Bent u van mening dat het, om beter rekening te kunnen houden met dergelijke beleidsdoelstellingen, goed zou zijn om de bestaande regels te wijzigen (voor bepaalde soorten opdrachten /sommige specifieke sectoren /in bepaalde omstandigheden), door:

70.1.1. het criterium van enkel de laagste prijs te schrappen;

70.1.2. beperkingen op te leggen aan het gebruik van het prijscriterium of aan het gewicht dat de aanbestedende dienst kan toekennen aan de prijs;

70.1.3. naast de laagste prijs en de economisch voordeligste aanbidding een derde categorie gunningscriteria te introduceren? Zo ja, welk ander criterium zou u dan voorstellen dat ervoor zorgt dat andere beleidsdoelstellingen doeltreffender kunnen worden verwezenlijkt en dat tevens gelijke concurrentievoorwaarden en eerlijke mededinging tussen Europese bedrijven garandeert?

71. Bent u van mening dat de score die bijvoorbeeld aan ecologische, sociale of innovatieve criteria wordt toegekend, dient te worden beperkt tot een bepaalde maximumwaarde, zodat het criterium niet belangrijker wordt dan prestatiecriteria of kosten?

72. Bent u van mening dat de mogelijkheid om sociale of milieucriteria in de gunningsfase te laten meespelen voldoende bekend is en benut wordt? Zou deze mogelijkheid volgens u beter moeten worden uitgelegd in de richtlijn?

73. Moet volgens u bij het bepalen van de economisch voordeligste aanbidding verplicht rekening worden gehouden met levenscycluskosten, inzonderheid bij grote projecten? Zo ja, acht u het nodig/gepast dat de diensten van de Commissie een methode ontwikkelen om de levenscycluskosten te berekenen?

Contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de opdracht

Volgens de huidige EU-voorschriften inzake overheidsopdrachten moeten contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de opdracht verband houden met de verrichtingen die noodzakelijk zijn om de aangekochte goederen te kunnen leveren of de aangekochte diensten te kunnen verlenen. Bij de formulering van dergelijke voorwaarden betreffende de uitvoering van de opdracht kan rekening worden gehouden met andere beleidsoverwegingen, met name ten aanzien van sociale en milieukwesties⁸². Een voorbeeld van dit laatste zou de eis kunnen zijn dat de uitstoot die wordt voortgebracht door specifieke aangekochte producten met een grote CO₂-voetafdruk, gecompenseerd wordt. Sommige lidstaten passen bij het aanschaffen van taxi- of andere vervoersdiensten reeds de regel toe dat de voor die diensten gebruikte voertuigen tot de meest efficiënte categorieën moeten behoren. Contractuele bepalingen kunnen ook worden gebruikt om bij de uitvoering van de opdracht innovatie te stimuleren, bijvoorbeeld door prikkels te bieden voor een verdere ontwikkeling van de producten of diensten tijdens de uitvoering van het contract.

In dit stadium kan de aanbestedende dienst de winnende inschrijver bepaalde verplichtingen met betrekking tot de verwezenlijking van milieu- of sociale doelstellingen opleggen die in de eerdere stadia van de aanbestedingsprocedure niet in aanmerking konden worden genomen.

Vragen:

74. De uitwerking van contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de opdracht is het meest geschikte stadium in de procedure om rekening te houden met sociale overwegingen betreffende de arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van werknemers die bij de uitvoering van de opdracht betrokken zijn. Bent u het daarmee eens? Zo niet, geeft u alstublieft aan welke andere oplossing volgens u het best zou zijn.
75. Welke contractuele bepalingen betreffende de uitvoering zijn naar uw mening bijzonder geschikt om rekening te houden met overwegingen op het gebied van sociale rechten, milieu of energie-efficiëntie?
76. Is het wenselijk sommige algemene contractuele bepalingen – met name wat betreft arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden van de bij de uitvoering van de opdracht betrokken werknemers – meteen op EU-niveau vast te leggen?

Toezicht op de naleving van gestelde eisen

De aanbestedende dienst kan milieu- en sociale eisen formuleren bij de uitwerking van de technische specificaties, bij de vaststelling van de selectie- en/of gunningscriteria of bij het opstellen van contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de opdracht. In dergelijke gevallen stelt de dienst veelal een lijst op van bepaalde informatie (met betrekking tot certificatie/documentatie en/of specifieke verbintenissen) die de gegadigden of inschrijvers moeten verstrekken om aan te tonen dat zij in staat zijn aan de milieu- en sociale eisen te voldoen. Volgens de huidige voorschriften gelden bepaalde certificeringsregelingen (zoals certificeringsregelingen voor de bosbouw, sociale getuigschriften enz.) als bewijs, maar moeten ook equivalente bewijsmiddelen worden geaccepteerd. Een algemeen probleem dat zich bij overheidsopdrachten voordoet is evenwel de kwestie van het toezicht op de naleving

⁸² Zie artikel 26 van Richtlijn 2004/18/EG.

van dergelijke voorwaarden in de toeleveringsketen. Dit geldt vooral voor gevallen waarin een deel van de toeleveringsketen zich in een derde land bevindt.

Bij de beoordeling van verzoeken tot deelneming en inschrijvingen gaat de aanbestedende dienst na of de door de gegadigden of inschrijvers verstrekte informatie en documentatie aan de eisen beantwoordt. Indien verplichte gegevens ontbreken of indien de verstrekte informatie ontoereikend wordt geacht, wordt de gegadigde of inschrijver uitgesloten van de aanbestedingsprocedure.

Vragen:

77. Bent u van mening dat het EU-regelgevingskader voor overheidsopdrachten dient te voorzien in specifieke oplossingen voor het toezicht op de naleving van de aanbestedingseisen in de hele toeleveringsketen? Zo ja, welke oplossingen stelt u voor om dit te organiseren?
78. Hoe kunnen aanbestedende diensten het best worden geholpen om toezicht te houden op de naleving van de eisen? Zou de ontwikkeling van "gestandaardiseerde" conformiteitsbeoordelingsregelingen en documentatie en de invoering van labels hun werk vergemakkelijken? Wat kan in het kader van een dergelijke aanpak worden gedaan om de administratieve lasten tot een minimum te beperken?

Verband met het voorwerp / de uitvoering van het contract

Zoals hierboven reeds werd aangegeven, omvat het huidige EU-regelgevingskader voor overheidsopdrachten het fundamentele voorschrift dat wanneer overwegingen met betrekking tot andere beleidsdoelstellingen in de aanbestedingsprocedure in aanmerking worden genomen, deze verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht. Deze voorwaarde geldt voor alle stadia en aspecten (technische specificaties, selectiecriteria, gunningscriteria) van het aanbestedingsproces. Voor contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de opdracht houdt deze voorwaarde in dat er een verband dient te bestaan met de uitvoering van de verrichtingen die noodzakelijk zijn voor de verstrekking van de goederen en/of diensten die het voorwerp zijn van de aanbesteding.

Door de afzwakking van deze voorwaarde zouden overheidsinstanties de verwezenlijking van de doelstellingen van de Europa 2020-strategie in grotere mate via hun aanbestedingsbeleid kunnen ondersteunen. Met name zouden aanbestedende diensten op die manier de mogelijkheid krijgen om het gedrag van ondernemingen ongeacht de aard van de ingekochte producten of diensten te beïnvloeden, bijvoorbeeld om particuliere actoren ertoe aan te zetten meer sociale en milieuverantwoordelijkheid te nemen. Dit zou een krachtig instrument kunnen zijn ter ondersteuning van de Europa 2020-beleidsdoelstellingen.

Wanneer men een dergelijke optie overweegt, moet evenwel zorgvuldig worden beoordeeld welke negatieve gevolgen voor andere beleidsoverwegingen daaruit voortvloeien. Het voorschrift dat er sprake moet zijn van een verband met het voorwerp van de opdracht zorgt ervoor dat de aankoop zelf centraal blijft staan in dit proces van besteding van belastinggeld. Hierdoor wordt gewaarborgd dat de aanbestedende dienst een zo goed mogelijke aanbieder krijgt en dat overheidsmiddelen efficiënt worden gebruikt. Zoals hierboven uiteengezet, maakt deze doelstelling ook deel uit van de Europa 2020-strategie, waarin wordt beklemtoond dat het beleid inzake overheidsopdrachten een zo efficiënt mogelijke besteding van overheidsmiddelen moet garanderen. Deze garantie dat aankopen tegen de beste prijs worden

gedaan, zorgt tegelijkertijd voor een zekere coherentie tussen het EU-beleid inzake overheidsopdrachten en de voorschriften op het gebied van staatssteun, aangezien hierdoor wordt gewaarborgd dat ondernemingen via de gunning van overheidsopdrachten geen onrechtmatig economisch voordeel wordt verleend. Indien een minder nauw verband met het voorwerp van de opdracht wordt toegestaan, bestaat derhalve het risico dat er verschillen ontstaan bij de toepassing van de EU-voorschriften inzake overheidsopdrachten enerzijds en de voorschriften inzake staatssteun anderzijds, wat uiteindelijk afbreuk zou doen aan de doelstelling van een grotere convergentie tussen de regelgeving inzake staatssteun en de regelgeving inzake overheidsopdrachten.

Het verband met het voorwerp van de opdracht kan tevens helpen situaties te voorkomen waarin sommige ondernemingen uit een bepaald land potentieel zouden kunnen worden bevoordeeld ten nadele van ondernemingen uit andere lidstaten. Dit geldt in bijzondere mate voor bepaalde soorten overwegingen (bijvoorbeeld sommige sociale vereisten) die over het algemeen dieper geworteld zijn in de nationale, regionale of ook lokale praktijken, maar toch ook voor andere beleidsoverwegingen, onder meer op milieugebied. Zo kan bijvoorbeeld in het geval van leveringen van goederen de eis dat de door de inschrijvers gebruikte kantoorgebouwen uitsluitend met zonne-energie worden verwarmd, een bevoordeling inhouden van bedrijven uit lidstaten met bepaalde weersomstandigheden die gunstig zijn voor de opwekking van zonne-energie.

Het verband tussen beleidsgerelateerde overwegingen en het voorwerp van de opdracht is tevens bedoeld om bedrijven duidelijke en voorspelbare voorwaarden te bieden. Bij ontstentenis van een dergelijk verband (en van geharmoniseerde voorwaarden op EU-niveau) zou het kunnen gebeuren dat economische actoren per aanbesteding of per aanbestedende dienst telkens weer aan andere voorwaarden zouden moeten voldoen (met betrekking tot het percentage vrouwelijke werknemers, het aantal aangeworven werklozen, kinderopvang voor werknemers, milieu- en afvalbeheersmaatregelen, milieukeurmerken enz.).

Voor kmo's kan het bijzonder moeilijk zijn om aan de verschillende, door de aanbestedende gestelde voorwaarden te voldoen, aangezien zij niet altijd over de noodzakelijke economische en personele hulpmiddelen beschikken om per geval de meest uiteenlopende maatschappelijke eisen te vervullen.

Ten slotte zouden voorwaarden die geen verband houden met de producten of diensten die het voorwerp van de aanbesteding vormen, afbreuk kunnen doen aan de Europa 2020-doelstelling van innovatiebevordering, aangezien de concurrentie tussen verschillende ondernemingen niet meer gebaseerd zou zijn op de ontwikkeling van de beste (mogelijk innovatieve) producten of diensten, maar op het beleid van de onderneming.

Vragen:

79. Sommige belanghebbenden stellen voor de voorwaarde dat de door de aanbestedende dienst gestelde eisen verband moeten houden met het voorwerp van de opdracht, af te zwakken of zelfs geheel te schrappen (zodat inschrijvers bijvoorbeeld kunnen worden verplicht evenveel vrouwelijke als mannelijke werknemers in dienst te nemen of quota toe te passen voor bepaalde groepen, zoals werkzoekenden, personen met een handicap enz.). Bent u het met dat voorstel eens? Wat zouden volgens u de voor- of nadelen kunnen zijn van het schrappen of afzwakken van het verband met het voorwerp van de opdracht?

80. Indien het verband met het voorwerp van de opdracht wordt afgezwakt, moeten dan corrigerende regelingen worden ingesteld om het risico van discriminatie en van een significante beperking van de mededinging tegen te gaan, en zo ja, welke?
81. Bent u van mening dat het voor kmo's moeilijk zou kunnen worden om aan de verschillende voorwaarden te voldoen? Zo ja, hoe moet dit probleem volgens u worden aangepakt?
82. Indien u van mening bent dat het verband met het voorwerp van de opdracht moet worden geschrapt of afgezwakt, in welk stadium van de aanbestedingsprocedure moet dit dan gebeuren?
- 82.1. Bent u van mening dat het, voor wat betreft de vaststelling van de technische specificaties, zinvol zou zijn om de voorwaarde te versoepelen dat specificaties met betrekking tot verwerkings- en productiemethoden verband moeten houden met de kenmerken van het product, zodat rekening kan worden gehouden met aspecten die geen rol spelen voor de kenmerken van het product (zo kan bijvoorbeeld in het geval van een opdracht voor de levering van koffie de leverancier worden gevraagd de producenten een premie te betalen die wordt geïnvesteerd in activiteiten ter bevordering van de sociaaleconomische ontwikkeling van lokale gemeenschappen)?
- 82.2. Vindt u dat het aanbestedende diensten binnen het raam van de EU-regelgeving inzake overheidsopdrachten moet zijn toegestaan om selectiecriteria met betrekking tot de kenmerken van bedrijven toe te passen die niet zijn gebaseerd op het voorwerp van de opdracht (zodat inschrijvers bijvoorbeeld kunnen worden verplicht evenveel vrouwen als mannen in dienst te nemen of bepaalde quota toe te passen voor specifieke groepen, zoals werkzoekenden, personen met een handicap enz.)?
- 82.3. Bent u van mening dat het verband met het voorwerp van de opdracht in de gunningsfase moet worden afgezwakt of geschrapt teneinde rekening te kunnen houden met andere beleidsoverwegingen (zodat bijvoorbeeld extra punten kunnen worden toegekend aan inschrijvers die werkzoekenden of personen met een handicap in dienst nemen)?
- 82.3.1. Indien gebruik wordt gemaakt van gunningscriteria die niet op de laagste prijs of de economisch voordeligste aanbieding zijn gebaseerd, of van criteria die geen verband houden met het voorwerp van de opdracht, kunnen er verschillen ontstaan in de toepassing van de EU-voorschriften inzake overheidsopdrachten enerzijds en van de voorschriften inzake staatssteun anderzijds, in die zin dat opdrachten die op basis van andere dan economische criteria worden gegund, de verlening van staatssteun zouden kunnen inhouden, wat mogelijk problemen kan opleveren uit het oogpunt van de EU-voorschriften inzake staatssteun. Ervaart u dat ook als een probleem? Zo ja, hoe moet dit probleem volgens u worden aangepakt?
- 82.4. Vindt u dat het aanbestedende diensten binnen het raam van de EU-regelgeving inzake overheidsopdrachten moet zijn toegestaan om contractuele bepalingen betreffende de uitvoering van de opdracht op te leggen die in engere zin geen verband houden met de verstrekking van de goederen en diensten in kwestie (zodat bijvoorbeeld de medecontractant kan worden verplicht kinderopvang voor zijn werknemers te organiseren of een bepaald deel van zijn inkomsten aan sociale projecten te besteden)?

4.2. "Wat aanschaffen" ter ondersteuning van de Europa 2020-beleidsdoelstellingen

De verwezenlijking van beleidsdoelstellingen kan nog op een andere wijze door overheidsopdrachten worden bevorderd, namelijk door de aanbestedende diensten verplichtingen op te leggen met betrekking tot wat zij aanschaffen. Dit bijvoorbeeld in de vorm van dwingende voorwaarden of criteria met betrekking tot de te verstrekken goederen of diensten (bijvoorbeeld maximumniveaus voor het verbruik van energie en hulpbronnen, stoffen schadelijk voor het milieu, minimumniveaus voor recycling), of anders in de vorm van streefdoelen (bijvoorbeeld dat 60% van de overheidsopdrachten milieuvriendelijk moet zijn)⁸³.

In de recente sectorspecifieke wetgeving op EU-niveau zijn reeds verschillende stappen in die richting gezet:

- aanbestedende diensten werden verplicht om in hun aanbestedingen de voorwaarde te stellen dat aan een bepaald niveau van energie-efficiëntie wordt voldaan⁸⁴;
- aanbestedende diensten werden verplicht om in hun aanschaffingsbeslissingen rekening te houden met energieverbruik en andere milieugevolgen⁸⁵;
- de openbare sector werd opgeroepen op het gebied van energie-efficiëntie een voorbeeldfunctie te vervullen door een minimumaantal aanbestedingsmaatregelen inzake energiezuinigheid⁸⁶ aan te nemen en door hulpbronnen efficiënte overheidsgebouwen te bevorderen (bijvoorbeeld gebouwen met een laag of neutraal primair energieverbruik⁸⁷);
- aanbestedende diensten werden opgeroepen ernaar te streven uitsluitend producten aan te schaffen die tot de hoogste energie-efficiëntieklasse behoren⁸⁸.

In haar recente mededeling "Energie 2020 - Een strategie voor een concurrerende, duurzame en continu geleverde energie"⁸⁹, stelde de Commissie dat energiecriteriën (met betrekking tot efficiëntie, hernieuwbare energie en slimme netwerken) moeten worden gebruikt bij elke overheidsopdracht voor werken, diensten of producten.

Voor producten zou ook meer gebruik kunnen worden gemaakt van een methode voor het uitdrukken van effecten in kosten, zoals die welke is ontwikkeld in de richtlijn inzake schone voertuigen⁹⁰. De verplichting om bij aanschaffingsbeslissingen betreffende producten en

⁸³ Zo hebben op het gebied van groene aanbestedingen meerdere lidstaten zoals Nederland, Finland, Slovenië, Oostenrijk of België, op nationaal niveau ambitieuze doelstellingen vastgesteld.

⁸⁴ Verordening (EG) nr. 106/2008 (PB L 39 van 13.2.2008, blz. 1; de zogeheten "Energy Star-verordening" van de EU).

⁸⁵ Richtlijn 2009/33/EG inzake de bevordering van schone en energiezuinige wegvoertuigen.

⁸⁶ Richtlijn 2006/32/EG betreffende energie-efficiëntie bij het eindgebruik en energiediensten.

⁸⁷ Richtlijn 2009/28/EG ter bevordering van het gebruik van energie uit hernieuwbare bronnen (PB L 140 van 5.6.2009, blz. 16) en Richtlijn 2010/31/EU betreffende de energieprestatie van gebouwen (PB L 153 van 18.6.2010, blz. 13).

⁸⁸ Richtlijn 2010/30/EU betreffende de vermelding van het energieverbruik en het verbruik van andere hulpbronnen op de etikettering en in de standaardproductinformatie van energiegerelateerde producten (PB L 153 van 18.6.2010, blz. 6).

⁸⁹ COM(2010) 639.

⁹⁰ Met het oog op de nakoming van de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichting om rekening te houden met de levensduurkosten, heeft de Commissie een *Clean Vehicle Portal* opgezet, die alle

diensten rekening te houden met de operationele levensduurkosten (naar het voorbeeld van wat reeds is voorgeschreven voor voertuigen), zou de totale kosten immers kunnen drukken. Daartoe zou echter een algemene methode moeten worden ontwikkeld die kan worden toegepast voor alle productgroepen.

Meer algemeen werd ervoor gepleit om middels wetgeving op basis van gedelegeerde handelingen dwingende voorwaarden in te voeren in de EU-voorschriften inzake overheidsopdrachten. Dit zou nog een nieuw middel zijn om innovatie of andere beleidsdoelstellingen in het kader van de Europa 2020-strategie te bevorderen⁹¹.

Wat sociale insluiting betreft, wordt in de nieuwe Europese strategie inzake handicaps 2010-2020⁹² vermeld dat de Commissie de intrinsieke waarde zal nagaan van de vaststelling van regelgevingsmaatregelen om voor de toegankelijkheid van producten en diensten te zorgen, waaronder maatregelen om het gebruik van overheidsopdrachten op te voeren.

Dergelijke verplichtingen kunnen een zeer doeltreffend instrument zijn om de Europa 2020-beleidsdoelstellingen te verwezenlijken doordat zij het marktaandeel van goederen en diensten van hoge maatschappelijke waarde doen toenemen. Door een centralisatie van beslissingen over aanschaffingsstrategieën kan bovendien worden voorkomen dat het aanbestedingsbeleid wordt gefragmenteerd en kan de voorspelbaarheid ten bate van de ondernemingen worden verhoogd. Wat bijvoorbeeld groene aanbestedingen betreft, kunnen uiteenlopende benaderingen van de lidstaten op dat gebied leiden tot problemen voor leveranciers, met name kmo's, die zich in verschillende landen aan uiteenlopende regelingen moeten aanpassen, waardoor de ontwikkeling en verkoop van groene producten en diensten wordt bemoeilijkt.

Aan de andere kant is een aantal bedenkingen geuit tegen het invoeren van regelgeving die aanbestedende diensten voorschrijft wat zij mogen aanschaffen.

Een belangrijk aspect dat aandacht verdient is het risico dat de invoering van dergelijke verplichtingen tot discriminatie zou kunnen leiden of de mededinging op de aanbestedingsmarkten zou kunnen beperken. Dat zou ertoe kunnen leiden dat er minder inschrijvers zijn en dat de prijzen stijgen, wat problematisch zou kunnen zijn op een moment dat veel lidstaten economische problemen hebben en bezuinigingen moeten doorvoeren. Om dit risico te verkleinen moeten de opgelegde verplichtingen en criteria objectief en niet-discriminerend zijn en mogen zij alleen worden toegepast wanneer de markt in de hele EU in voldoende mate is ontwikkeld om een doeltreffende mededinging te waarborgen. Er moet ook rekening mee worden gehouden dat strengere eisen inzake milieubescherming op middellange- of lange termijn toch kostenbesparingen kunnen opleveren (bijvoorbeeld op het gebied van energie-efficiëntie).

Sommige soorten verplichtingen hebben een groter effect voor de mededinging op de aanbestedingsmarkten dan andere.

informatie bevat die nodig is voor de berekening van de levensduurkosten overeenkomstig de richtlijn: <http://www.cleanvehicle.eu/>; http://ec.europa.eu/transport/urban/vehicles/directive/directive_en.htm.

⁹¹ Verslag van Mario Monti aan de voorzitter van de Europese Commissie van 9 mei 2010, "Een nieuwe strategie voor de eengemaakte markt", punt 3.4, blz. 78.

⁹² COM(2010) 636.

- Technische specificaties in de vorm van prestatievereisten zullen de mededinging in de meeste gevallen minder sterk beperken dan uitvoerige specificaties met betrekking tot de technische kenmerken van de aan te schaffen goederen.
- Dwingende voorschriften met betrekking tot de technische kenmerken van de aan te schaffen goederen zouden wel eens tot gevolg kunnen hebben dat de keuze en de mededinging op de aanbestedingsmarkten aanzienlijk worden verminderd of zelfs helemaal wegvallen, terwijl dwingende bepalingen met betrekking tot de vraag welke gunningscriteria in aanmerking moeten worden genomen (bijvoorbeeld energiezuinigheid, levenscycluskosten, toegankelijkheid) de concurrentie op de aanbestedingsmarkten naar alle waarschijnlijkheid in mindere mate zouden beperken.

Een ander gevolg van de invoering van verplichtingen met betrekking tot wat aanbestedende diensten kunnen aanschaffen, is dat de manoeuvreerruimte van deze diensten bij aanbestedingsprocedures wordt beperkt. Dit kan nadelig uitpakken voor hun mogelijkheid om goederen en diensten aan te schaffen die optimaal aan hun specifieke behoeften voldoen. Dit risico kan worden verkleind wanneer de verplichting op een passend niveau wordt vastgesteld.

Tevens is aangevoerd dat centraal opgelegde verplichtingen met betrekking tot wat kan worden aangeschaft, voor de aanbestedende diensten en de ondernemingen extra administratieve lasten met zich meebrengen, bijvoorbeeld doordat het meer werk is om te controleren of ondernemingen aan de eisen voldoen enz. Aanvullende en adequate opleiding en specifieke instrumenten⁹³ kunnen ertoe bijdragen dat aanbestedende instanties in staat zijn deze extra taken doeltreffend uit te voeren. Door op EU-niveau gestandaardiseerde eisen op te leggen, bijvoorbeeld aanschaffing van topproducten met een keurmerk, hoeven aanbestedende diensten bovendien niet meer over specifieke technische kennis te beschikken voor het opstellen van specificaties en zou het in bepaalde gevallen derhalve gemakkelijker kunnen zijn om op lokaal, regionaal en nationaal niveau rekening te houden met dergelijke criteria.

Een minder vergaande oplossing zou zijn om prikkels te geven voor de aanschaffing van bepaalde soorten goederen of diensten zonder deze verplicht te stellen. Dergelijke prikkels zouden kunnen worden gegeven in de vorm van financiële voordelen voor aanbestedende diensten die milieuvriendelijke, voor sociale insluiting bevorderlijke of innovatieve goederen en diensten aanschaffen of door middel van mechanismen voor de uitwisseling van beste praktijken tussen aanbestedende diensten of andere ondersteuningsmechanismen voor aanbestedende diensten die via hun aanschaffingsbeleid willen bijdragen tot de verwezenlijking van de Europa 2020-doelstellingen.

Vragen:

83. Beschouwt u verplichtingen op EU-niveau met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, als een geschikte manier om andere beleidsdoelstellingen te bereiken? Wat zouden de belangrijkste voor- en nadelen van een dergelijke benadering zijn? Voor welke specifieke product- of dienstgebieden of welke specifieke beleidsterreinen is het volgens u zinvol om verplichtingen in te voeren met betrekking tot wat kan worden aangeschaft? Kunt u uw keuze toelichten? Geef

⁹³ Zoals de bovengenoemde *Clean Vehicle Portal*.

voorbeelden van nationale aanbestedingspraktijken die op EU-niveau zouden kunnen worden overgenomen.

84. Bent u van mening dat verdergaande verplichtingen op EU-niveau met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, dienen te worden verankerd in sectorspecifieke wetgeving (op het gebied van milieu, energie, sociale insluiting, toegankelijkheid enz.) of moeten zij worden ingevoerd in het kader van algemene EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten?
85. Bent u van mening dat op nationaal niveau verplichtingen moeten worden ingevoerd met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft? Denkt u dat dergelijke nationale verplichtingen tot een fragmentatie van de interne markt zouden kunnen leiden? Zo ja, wat is volgens u de meest geschikte manier om dit risico te verkleinen?
86. Bent u van mening dat verplichtingen met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, eerder moeten slaan op de mate waarin iets wordt toegepast (bijvoorbeeld groene aanbestedingen), de kenmerken van de aan te schaffen goederen/diensten/werken of specifieke criteria die naast de overige aspecten van de aanbesteding in aanmerking moeten worden genomen?
- 86.1. Welke manoeuvreerruimte moeten aanbestedende diensten nog hebben bij het nemen van aanschaffingsbeslissingen?
- 86.2. Moeten in dwingende voorschriften slechts minimumeisen worden vastgesteld, zodat individuele aanbestedende diensten verdergaande eisen kunnen opleggen?
87. Wat is volgens u het meest geschikte instrument om rekening te houden met de technologische ontwikkeling in de zin van de meest geavanceerde technologie (bijvoorbeeld door een bepaalde dienst opdracht te geven na te gaan welke technologie het meest geavanceerd is, door aanbestedende diensten te verplichten om van de toepassing van de meest geavanceerde technologie één van de gunningscriteria te maken, of op andere wijze)?
88. De invoering van dwingende criteria of verplichte doelstellingen met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, mag niet ten koste gaan van de mededinging op de aanbestedingsmarkten. Hoe kan met deze voorwaarde rekening worden gehouden bij de vaststelling van dergelijke criteria of doelstellingen?
89. Zou de invoering van verplichtingen betreffende de vraag wat kan worden aangeschaft volgens u leiden tot meer administratieve lasten, met name voor kleine ondernemingen? Zo ja, hoe kan dit risico worden verkleind? Voor welke uitvoeringsmaatregelen en/of richtsnoeren moet worden gezorgd indien dergelijke verplichtingen worden ingevoerd?
90. Indien u geen voorstander bent van verplichtingen met betrekking tot de vraag wat kan worden aangeschaft, kunt u dan andere geschikte instrumenten bedenken (zoals aanbevelingen of andere prikkels)?

4.3. Innovatie

Europa beschikt over een enorm en onderbenut potentieel om innovatie te stimuleren via overheidsopdrachten en tegelijkertijd grensoverschrijdende mededinging te bevorderen, een

koolstofarme economie tot stand te brengen en te waarborgen dat aanbestedende diensten de beste prijs-kwaliteitverhouding krijgen. Overheidsopdrachten voor innovatieve producten en diensten zijn van cruciaal belang om de kwaliteit en efficiëntie van overheidsdiensten te verbeteren in een tijd van beperkte overheidsbudgetten.

In de huidige EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten is gekozen voor een flexibele aanpak die aanbestedende diensten in staat stelt gebruik te maken van innovatiegerichte inschrijvingsprocedures die het bedrijfsleven ertoe kunnen aanzetten nieuwe, geavanceerde oplossingen te zoeken.

Prijsvragen⁹⁴ zijn procedures die tot doel hebben aanbestedende diensten op gebieden zoals architectuur, weg- en waterbouw of automatische gegevensverwerking, een plan of ontwerp te verschaffen: bij een dergelijke procedure wordt de deelnemers verzocht projecten voor te stellen zonder dat zij door een strikt omliggende opdracht gebonden zijn - het staat hun dus vrij innovatieve ideeën te opperen die eventueel bij een toekomstige aanbestedingsprocedure zouden kunnen worden toegepast.

Voor bijzonder complexe opdrachten kunnen aanbestedende diensten, voor zover zij van oordeel zijn dat de toepassing van openbare of niet-openbare procedures het niet mogelijk zal maken de opdracht te gunnen, op basis van de richtlijn een andere procedure toepassen, namelijk de concurrentiegerichte dialoog⁹⁵. Bij deze procedure kunnen de aanbestedende diensten een dialoog aangaan met gegadigden om na te gaan en te bepalen welke middelen geschikt zijn om zo goed mogelijk aan de behoeften van de aanbestedende dienst te voldoen. Inschrijvers dienen ideeën en oplossingen voor te stellen die vervolgens met de aanbestedende dienst worden besproken.

De huidige aanbestedingsregels van de EU hebben tot doel innovatieve oplossingen te beschermen, ook al rusten hierop geen intellectuele-eigendomsrechten. De voorgestelde oplossingen en andere vertrouwelijke informatie mogen de aanbestedende dienst zonder toestemming van de inschrijver niet worden doorgegeven aan de andere gegadigden⁹⁶.

Toch is de bezorgdheid geuit over het gevaar van onrechtmatige toe-eigening van bepaalde intellectuele-eigendomsrechten of innovatieve oplossingen ("*cherry picking*"), met name in het geval van de concurrentiegerichte dialoog: wanneer een deelnemer de unieke aspecten van zijn oplossing uit de doeken doet, bestaat het gevaar dat andere gegadigden er weet van krijgen. Hoewel verstrekte informatie krachtens de huidige regels geheim moet worden gehouden, ziet de aanbestedende dienst zich toch geconfronteerd met het spanningsveld tussen de verplichting om vertrouwelijke informatie te beschermen en de noodzaak om bepaalde informatie bekend te maken zodat oplossingen kunnen worden aangewezen die het beste aansluiten bij zijn behoeften. Daarom bestaat het gevaar dat aanbestedende diensten druk op inschrijvers uitoefenen opdat deze met de bekendmaking van dergelijke informatie instemmen. Bovendien wordt de beste oplossing (waarvoor de aanbestedende dienst heeft gekozen) in elk geval aan alle deelnemers voorgelegd, die vervolgens allen op basis van deze

⁹⁴ Zie de artikelen 66 tot en met 74 van Richtlijn 2004/18/EG.

⁹⁵ Zie artikel 29 en overweging 31 van Richtlijn 2004/18/EG. Richtlijn 2004/17/EG voorziet niet in een concurrentiegerichte dialoog. Evenwel kan een aanbestedende dienst die na een oproep tot mededinging voor een procedure van gunning door onderhandelingen heeft gekozen, in de specificaties vastleggen dat de procedure wordt afgewikkeld volgens de bepalingen van Richtlijn 2004/18/EG die betrekking hebben op de concurrentiegerichte dialoog.

⁹⁶ Artikel 29, lid 3, van Richtlijn 2004/18/EG. Deze bepaling vormt een extra garantie naast de geheimhoudingsclausule van artikel 6 van die richtlijn.

oplossing een inschrijving mogen indienen. Deze gang van zaken kan ertoe leiden dat deelnemers worden afgeschrikt om bijzonder innovatieve oplossingen voor te stellen, aangezien zij niet zeker weten of zij voor hun uitvinding "beloond" zullen worden met de gunning van de uiteindelijke opdracht.

Bij de aankondiging van een opdracht mag de aanbestedende dienst inschrijvers ook toestaan varianten voor te stellen. In dat geval kunnen andere goederen of diensten worden aangeboden dan die welke door de aanbestedende dienst zijn genoemd, voor zover zij voldoen aan de in het bestek vastgestelde technische minimumeisen. Door deze mogelijkheid om inschrijvingen in te dienen die van de oorspronkelijk door de aanbestedende dienst genoemde technische specificaties afwijken, worden ondernemingen gestimuleerd om meer innovatieve diensten of producten voor te stellen. Hierdoor kan onderzoek naar nieuwe technologieën worden bevorderd en kunnen gebruikers profiteren van de technische vooruitgang.

Aanbestedende diensten kunnen innovatie ook stimuleren door te verzoeken producten of diensten te ontwikkelen die nog niet op de markt worden aangeboden. In het huidige wetgevingskader is dit mogelijk via een zogenaamde "precommerciële inkoop"⁹⁷. Een dergelijke aanbesteding behelst de aanschaffing van diensten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling teneinde nieuwe oplossingen⁹⁸ te ontwikkelen met het oog op de mogelijke aanschaffing van het eindproduct of de uiteindelijke dienst door middel van een normale aanbestedingsprocedure in een later stadium. Door deze benadering kunnen overheidsdiensten de risico's en de vruchten van het ontwerpen van een beperkt aantal nieuwe producten en diensten, het ontwikkelen van prototypes en het beproeven daarvan delen met de leveranciers, zonder dat er staatssteun aan te pas komt.

Precommerciële inkopen dragen ertoe bij dat aanbestedende diensten de kwaliteit en efficiëntie van overheidsdiensten drastisch kunnen verbeteren doordat zij leidende markten creëren en de aanzet geven tot de ontwikkeling van baanbrekende oplossingen voor nieuwe taken in de publieke sector waarvoor nog geen kant-en-klare producten en diensten worden aangeboden op de markt.

Ondanks deze verschillende mogelijkheden om innovatie via overheidsopdrachten te stimuleren, zijn overheidsopdrachten in Europa volgens belanghebbenden te weinig gericht op innovatie. Dit kan te wijten zijn aan diverse factoren, zoals: verkeerde prikkels die aanzetten tot het kiezen van oplossingen met een laag risico; een gebrek aan kennis en capaciteiten voor de succesvolle aanbesteding van nieuwe technologieën en innovaties; een gebrek aan samenhang tussen overheidsopdrachten en beleidsdoelstellingen, en het ontbreken van een strategische aanpak. Aangezien er blijkbaar behoefte is aan richtsnoeren, moet er dus een debat komen over de wijze waarop de toepassing van aanbestedingsregels en eventuele verdere maatregelen aanbestedende diensten kunnen helpen innovatie te stimuleren. Bijzondere aandacht dient te worden besteed aan het meten van prestaties, aangezien dat een cruciale rol speelt bij het beoordelen van het effect van overheidsopdrachten op innovatie, het verbeteren van prestaties en het daadwerkelijk bewerkstelligen van innovatie.

⁹⁷ Zie voor nadere toelichting de mededeling van de Commissie "Precommerciële inkoop: aansturen van innovatie voor het waarborgen van duurzame hoogkwalitatieve overheidsdiensten in Europa", COM(2007) 799, en het bijbehorende werkdocument van de diensten van de Commissie, SEC(2007) 1668. Zie voor meer informatie over de nieuwste ontwikkelingen en nieuws over precommerciële inkoop: http://cordis.europa.eu/fp7/ict/pcp/home_en.html.

⁹⁸ Dergelijke aanschaffingen vallen op grond van artikel 16, onder f), van Richtlijn 2004/18/EG niet onder de Europese richtlijnen inzake overheidsopdrachten.

Vragen:

91. Bent u van mening dat het nodig is innovatie verder te stimuleren via overheidsopdrachten? Welke prikkels/maatregelen zouden innovatie door overheidsinstanties kunnen ondersteunen en versnellen?
92. Bent u van mening dat de concurrentiegerichte dialoog genoeg bescherming biedt voor intellectuele-eigendomsrechten en innovatieve oplossingen, zodat is gewaarborgd dat inschrijvers niet worden beroofd van de vruchten van hun innovatieve ideeën?
93. Zijn andere procedures volgens u geschikter om innovatie middels de bescherming van originele oplossingen te versterken? Zo ja, welke procedures acht u daartoe het meest geschikt?
94. Is precommerciële inkoop, waarbij aanbestedende diensten O&O-diensten aanschaffen voor de ontwikkeling van producten die nog niet op de markt verkrijgbaar zijn, volgens u een geschikte manier om innovatie te stimuleren? Moet de uitwisseling van beste praktijken en/of de benchmarking van in de lidstaten gehanteerde aanbestedingsprocedures op het gebied van O&O worden versterkt om een bredere toepassing van precommerciële inkoop te bevorderen? Kunnen aanbestedende diensten op nog andere manieren die niet expliciet zijn vastgesteld in het huidige wetgevingskader aanzetten tot de ontwikkeling van producten of diensten die nog niet op de markt worden aangeboden? Op welke specifieke wijze zouden aanbestedende diensten volgens u kmo's en startende ondernemingen ertoe kunnen aanzetten om deel te nemen aan precommerciële inkopen?
95. Zijn er andere maatregelen nodig om het innovatievermogen van kmo's te bevorderen? Zo ja, welke specifieke maatregelen stelt u daartoe voor?
96. Welke prestatiegerichte maatregelen stelt u voor om de voortgang en het effect van innovatieve overheidsopdrachten te monitoren? Welke gegevens zijn nodig voor deze maatregelen en hoe kunnen deze gegevens worden verzameld zonder dat er extra lasten voor de aanbestedende diensten en/of ondernemingen ontstaan?

4.4. Sociale diensten

De sociale diensten zijn opgesomd in bijlage II B bij Richtlijn 2004/18/EG. Zoals hierboven is uiteengezet, zijn op de opdrachten voor het verlenen van sociale diensten met een waarde boven de in de EU-richtlijnen betreffende overheidsopdrachten vastgestelde drempels bijgevolg slechts een klein aantal specifieke bepalingen van de richtlijnen van toepassing (namelijk de bepalingen inzake technische specificaties en bekendmaking van de uitkomst van de aanbestedingsprocedure) alsook de fundamentele beginselen van het EU-recht, zoals non-discriminatie en transparantie⁹⁹. Hierboven is ook uiteengezet dat opdrachten met een waarde onder de drempelwaarden slechts aan de fundamentele beginselen van het EU-recht,

⁹⁹ Sociale diensten maken deel uit van de in bijlage II B van Richtlijn 2004/18/EG opgesomde diensten waarop slechts een beperkt aantal bepalingen van die richtlijn van toepassing is (zie voor het onderscheid tussen de in bijlage II A en de in bijlage II B genoemde diensten de artikelen 20 en 21 van die richtlijn).

zoals non-discriminatie en transparantie, zijn onderworpen wanneer zij van grensoverschrijdend belang zijn.

Wanneer sociale diensten via een overheidsopdracht worden uitbesteed, beschikken overheidsdiensten daarom al over een grote vrijheid van handelen met betrekking tot de toe te passen procedures. Bovendien kunnen overheidsdiensten eisen opleggen met betrekking tot met name de kwaliteit, de universaliteit en de continuïteit van de betrokken dienst, alsook eisen inzake de betrokkenheid en de deelname van gebruikers aan de verlening en de evaluatie van de dienst of de dienstverlening of die waarborgen dat dienstverleners vertrouwd zijn met de lokale context wanneer zij hun opdracht uitvoeren¹⁰⁰.

Niettemin zouden de huidige regels volgens sommige belanghebbenden moeten worden aangepast om beter rekening te houden met de specifieke kenmerken van sociale diensten. Meer bepaald zouden voor dergelijke diensten hogere drempels moeten gelden. Er moet worden opgemerkt dat wat de sociale diensten betreft een verhoging van de drempels niet zou leiden tot een beperking van de toepassing ervan en tot eventuele verzoeken tot compensatie overeenkomstig de GPA en andere internationale overeenkomsten, aangezien B-diensten niet onder deze instrumenten vallen.

Vragen:

- 97. Bent u van mening dat in de EU-wetgeving betreffende overheidsopdrachten meer rekening dient te worden gehouden met de specifieke kenmerken van sociale diensten? Zo ja, op welke wijze?
- 97.1. Bent u van mening dat de plaatsing van overheidsopdrachten voor sociale diensten in grotere mate op EU-niveau moet worden geregeld om de kwaliteit van deze diensten verder te verbeteren? Met name:
 - 97.1.1. Moet in de richtlijnen het criterium van de laagste prijs voor de gunning van opdrachten worden geschrapt/de toepassing van het prijs criterium worden beperkt/het gewicht dat de aanbestedende diensten aan de prijs kunnen toekennen, worden beperkt/naast de laagste prijs en de economisch voordeligste inschrijving een derde soort gunningscriteria worden ingevoerd?
 - 97.1.2. Moet in de richtlijnen de mogelijkheid worden geboden om opdrachten voor sociale diensten voor te behouden aan organisaties zonder winstoogmerk/moeten er voor dergelijke organisaties in het kader van de gunning van opdrachten voor sociale diensten andere voorrechten worden vastgesteld?
 - 97.1.3. Door gunningscriteria te versoepelen of opdrachten voor te behouden aan bepaalde soorten organisaties, kan afbreuk worden gedaan aan de mogelijkheid om via aanbestedingsprocedures diensten aan te schaffen "tegen de laagste kosten voor de

¹⁰⁰ Specifieke informatie over de toepassing van aanbestedingsregels op sociale diensten - waarbij rekening is gehouden met de ruime discretionaire bevoegdheid waarover overheidsdiensten op dit gebied beschikken - is te vinden in de "*Guide to the application of the European Union rules on State aid, public procurement and the internal market to services of general economic interest and, in particular, to social services of general interest*" (SEC(2010) 1545), die een actualisering is van het werkdocument van de diensten van de Commissie: "*Frequently Asked Questions concerning the application of public procurement rules to social services of general interest*" (SEC(2007) 1514 van 20 november 2007).

gemeenschap" en ontstaat het risico dat dergelijke opdrachten staatssteun inhouden. Deelt u deze bezorgdheid?

- 97.2. Bent u van mening dat andere aspecten van de plaatsing van opdrachten voor sociale diensten aan minder regels onderworpen dienen te zijn (bijvoorbeeld via hogere drempels of de minimis-regels voor dergelijke diensten)? Wat zou de rechtvaardiging zijn voor een dergelijke bijzondere regeling voor sociale diensten?

5. ZORGEN VOOR 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.). Zo wordt in het programma van Stockholm¹⁰¹ vermeld dat bij de bestrijding van corruptie bijzondere aandacht moet worden besteed aan overheidsopdrachten.

Doeltreffende mechanismen ter voorkoming van ondeugdelijke handelspraktijken bij overheidsopdrachten zijn niet alleen nodig om eerlijke mededinging op voet van gelijkheid en een efficiënt gebruik van het geld van de belastingbetalers te waarborgen, maar kunnen ook een belangrijke bijdrage leveren in de strijd tegen economische criminaliteit.

De eisen inzake transparantie van de procedure die in de richtlijnen zijn opgenomen om de gelijke behandeling van alle inschrijvers te waarborgen, verkleinen reeds het risico op ondeugdelijke handelspraktijken. De richtlijnen bevatten echter geen nadere regels ter voorkoming en bestraffing van belangenconflicten en slechts enkele specifieke regels ter bestraffing van vriendjespolitiek en corruptie bij overheidsopdrachten. Deze kwesties worden nader geregeld in de nationale wetgeving, maar het niveau van de daarin vastgestelde specifieke waarborgen verschilt sterk van lidstaat tot lidstaat.

Door de procedurele waarborgen tegen ondeugdelijke handelspraktijken op EU-niveau te versterken, kan de Europese gemeenschappelijke beschermingsnorm voor dergelijke praktijken worden verbeterd, kunnen de procedures eerlijker verlopen en kunnen aanbestedingsprocedures minder gevoelig worden voor fraude en corruptie. Dergelijke aanvullende waarborgen zouden voor aanbestedende instanties en ondernemingen echter vaak extra administratieve lasten met zich meebrengen, en hun meerwaarde in de strijd tegen ondeugdelijke handelspraktijken moet zorgvuldig worden afgewogen tegen de mogelijke negatieve gevolgen voor de globale doelstelling van vereenvoudiging van de procedures.

5.1. Voorkoming van belangenconflicten

Er is sprake van een belangenconflict wanneer personen die bij een gunningsbeslissing zijn betrokken tegengestelde professionele of persoonlijke verplichtingen hebben of persoonlijke of financiële belangen hebben die het voor hen moeilijk kunnen maken hun taken eerlijk en onpartijdig te vervullen, dan wel wanneer een persoon in staat is de besluitvormingsprocedure van de aanbestedende dienst te beïnvloeden ter bevordering van zijn eigenbelang. Een dergelijke belangenconflict leidt niet noodzakelijkerwijs tot corruptie, maar kan corrupt gedrag in de hand werken. Het opsporen en verhelpen van belangenconflicten is derhalve van essentieel belang ter voorkoming van fraude. Er moet worden beklemtoond dat een

¹⁰¹ Document 17024/09 van de Raad, aangenomen door de Europese Raad op 10/11 december 2009.

belangenconflict als zodanig en objectief een ernstige disfunctie is, zonder dat rekening moet worden gehouden met de bedoelingen van de betrokkenen en met hun goede of kwade trouw¹⁰².

Er moet een debat komen over de vraag of er op EU-niveau basisregels moeten worden aangenomen, zoals een gemeenschappelijke definitie van onaanvaardbare belangenconflicten en een aantal waarborgen om dergelijke belangenconflicten te voorkomen of te verhelpen¹⁰³. Zo zou kunnen worden voorgeschreven dat er verklaringen betreffende de afwezigheid van belangenconflicten moeten worden ingediend of zou aan met aanbestedingen belaste ambtenaren een zekere mate van transparantie en verantwoording kunnen worden opgelegd met betrekking tot hun persoonlijke situatie, uiteraard met inachtneming van de gegevensbeschermingsregels en -normen. Er zou op EU-niveau bijvoorbeeld kunnen worden bepaald dat de namen van de leden van het evaluatiecomité aan een controle instantie moeten worden meegedeeld, of dat de aanbestedende dienst er zich bij het samenstellen van het evaluatiecomité van moet vergewissen dat er geen sprake is van belangenconflicten.

Vragen:

98. Bent u van mening dat het begrip belangenconflict bij overheidsopdrachten op EU-niveau moet worden gedefinieerd? Welke activiteiten/situaties met een potentieel risico moeten daaronder vallen (persoonlijke betrekkingen, zakelijke belangen zoals deelnemingen, onverenigbaarheid met externe activiteiten enz.)?
99. Bent u van mening dat er waarborgen moeten komen om op EU-niveau belangenconflicten doeltreffend te voorkomen, op te sporen en te verhelpen? Zo ja, welke waarborgen zijn volgens u nuttig?

5.2. Bestrijding van vriendjespolitiek en corruptie

Overheidsopdrachten, en met name belangrijke projecten voor werken, worden vaak als een lucratief doelwit voor omkoping beschouwd. Er moet ook worden beklemtoond dat de integriteit van de procedure niet alleen in het gedrang komt bij corruptie - in dat geval is er geen discussie mogelijk - maar ook meer in het algemeen bij alle gevallen van vriendjespolitiek, zonder dat er daarbij noodzakelijkerwijs sprake is van corrupt gedrag, bijvoorbeeld bevoordeling van een lokale gegadigde. De meest gebruikelijke corruptiepraktijken bij procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten zijn de zogenaamde "kickback" (d.w.z. de betaling van smeergeld aan de ambtenaar die de aanbestedingsprocedure heeft beïnvloed), de manipulatie van aanbestedingsstukken om een specifieke inschrijver te bevoordelen, en het gebruik van dekmantelondernemingen/intermediaire ondernemingen om de onwettige activiteiten van de corrupte ambtenaar te verhullen.

In de aanbestedingsregels van talrijke lidstaten zijn specifieke mechanismen ter voorkoming en bestrijding van corruptie en vriendjespolitiek opgenomen. Net als bij de kwestie van

¹⁰² Zie arrest van 15 juni 1999 in zaak T-277/97, Ismeri Europa Srl/Rekenkamer, punt 123, betreffende aanbestedingsregels van EU-instellingen.

¹⁰³ Zie bijvoorbeeld de regels voor aanbestedingen door EU-instellingen: artikel 52 van Verordening nr. 1605/2002 van de Raad houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen en de desbetreffende rechtspraak, met name de arresten van 9 juli 2002 in zaak T-21/01, Zavvos/Commissie, en 17 maart 2005 in zaak T-160/03, AFCon Management Consultants/Commissie.

belangenconflicten, dient te worden nagegaan of er in de EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten bepaalde specifieke waarborgen moeten worden opgenomen, mits deze geen onevenredig zware administratieve lasten met zich meebrengen. Er moet echter niet alleen op worden gewezen dat corruptie voor de lidstaten een zeer gevoelige kwestie is, maar ook dat de huidige problemen op dat gebied en ook de mogelijke oplossingen afhangen van de - zeer diverse - nationale administratieve en ondernemingsculturen. Bijgevolg zal het wellicht moeilijk zijn om op EU-niveau uniforme oplossingen te vinden.

Vaak wordt voorgesteld om corruptie bij overheidsopdrachten te bestrijden door de transparantie te verhogen van met name de beslissingen die door de betrokken ambtenaren tijdens de gehele aanbestedingsprocedure worden genomen. Dat zou gegadigden en eventueel het publiek in staat stellen beslissingen van ambtenaren te controleren en zou bijgevolg een doeltreffend instrument tegen corruptie zijn. Er zou bijvoorbeeld kunnen worden gezorgd voor meer transparantie bij het openen van de inschrijvingen of de verplichte bekendmaking van de processen-verbaal over aanbestedingsprocedures. De extra administratieve lasten van een dergelijke maatregel zouden vrij beperkt zijn, aangezien de aanbestedende diensten reeds dergelijke processen-verbaal moeten opstellen¹⁰⁴. Evenzo zou de bekendmaking van geplaatste opdrachten (met bewerking van commercieel gevoelige informatie) kunnen leiden tot een betere democratische controle van aanbestedingsbeslissingen.

Er kan ook worden overwogen specifieke instrumenten te ontwikkelen zoals systemen voor de melding van fraude (via een gratis telefoonnummer of het internet) om deelnemers aan aanbestedingen of andere personen ertoe aan te zetten informatie te verstrekken over foutieve gedragingen of onregelmatigheden. In de aankondiging van de opdracht, op de website van de aanbestedende dienst en in andere publicaties kan worden verwezen naar een dergelijk systeem, via hetwelk de aanbestedende dienst of een controle-instantie informatie uit anonieme of bekende bronnen zou kunnen ontvangen.

Het gebruik van goede praktijken, zoals bestaande toolkits, die een goed en transparant beheer van de hele aanbestedingscyclus mogelijk maken, moet worden aangemoedigd. In dit verband zou het nuttig kunnen zijn om "red flag"-indicatorenlijsten voor aanbestedende diensten te ontwikkelen, ondanks de reeds bekende beperkingen van het systeem¹⁰⁵. Duidelijke regels inzake rapportageverplichtingen en regels voor de bescherming van klokkenluiders kunnen bijdragen aan de daadwerkelijke toepassing van meer efficiënte rapportagemethoden. Door externe controleurs (bijvoorbeeld 'governance'-deskundigen, ngo's enz.) in te schakelen, kunnen interne controle-instrumenten voor de beoordeling van de prestaties van contractanten worden versterkt en kan het opsporen en melden van verdachte gevallen worden verbeterd.

Er kan ook worden gedacht aan het gebruik van de bestaande evaluatiemechanismen om de inachtneming te controleren van de desbetreffende internationale instrumenten die bepalingen ter bestrijding van corruptie bij overheidsopdrachten bevatten¹⁰⁶.

Tot slot: door de manoeuvreerruimte van aanbestedende diensten op een aantal punten te beperken (bijvoorbeeld minder ruimte om procedures te annuleren), zou het voor hen moeilijker kunnen worden om beslissingen uit te voeren waarvoor een objectieve motivering ontbreekt en kan aldus vriendjespolitiek worden voorkomen. De aanbestedende diensten moet

¹⁰⁴ Artikel 43 van Richtlijn 2004/18/EG.

¹⁰⁵ *World Bank Policy Research Paper* nr. 5243, 29 maart 2010.

¹⁰⁶ Met name het OESO-Verdrag inzake bestrijding van omkoping van buitenlandse ambtenaren bij internationale zakelijke transacties en het VN-Verdrag tegen corruptie.

echter wel nog de ruimte worden gelaten die nodig is om de goederen en diensten aan te schaffen die zijn toegesneden op hun specifieke behoeften.

Vragen:

100. Bent u het ermee eens dat er bij overheidsopdrachten een risico bestaat op corruptie en vriendjespolitiek? Bent u van mening dat er op dat gebied EU-maatregelen moeten worden genomen of moet dat aan de afzonderlijke lidstaten worden overgelaten?
101. Wat zijn volgens u de kritieke risico's voor de integriteit in elk van de verschillende stadia van de aanbestedingsprocedure (omschrijving van het voorwerp van de opdracht, het opstellen van de inschrijving, selectie, gunning, uitvoering van de opdracht)?
102. Welke van de geconstateerde risico's moeten volgens u worden aangepakt door de invoering van specifiekere/aanvullende regels in de EU-aanbestedingsrichtlijnen, en op welke wijze (welke regels/waarborgen)?
103. Welke aanvullende instrumenten kunnen in de richtlijnen worden opgenomen om de georganiseerde criminaliteit bij overheidsopdrachten te bestrijden? Bent u bijvoorbeeld voorstander van een controle vooraf op onderaannemingen?

5.3. 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 doeltreffend wapen ter bestraffing - en in zekere mate ook ter voorkoming - van ondeugdelijke handelspraktijken. In artikel 45 van Richtlijn 2004/18/EG is reeds de verplichting opgenomen om inschrijvers die zijn veroordeeld voor bepaalde opgesomde delicten (waaronder corruptie) uit de sluiten alsook de mogelijkheid om inschrijvers uit te sluiten wanneer er sprake is van een aantal andere ondeugdelijke handelspraktijken (waaronder een ernstige beroepsfout).

Er zijn echter nog een aantal problemen met betrekking tot de reikwijdte, de uitlegging, de omzetting en de praktische toepassing van deze bepaling, en de lidstaten en aanbestedende diensten hebben om nadere verduidelijking verzocht.

Er moet met name worden onderzocht of de uitsluitingsgronden van artikel 45 geschikt, voldoende duidelijk (met name de uitsluitingsgrond "beroepsfout") en volledig genoeg zijn, dan wel of er extra uitsluitingsgronden moeten worden vastgesteld. Aanbestedende diensten worden blijkbaar ook met problemen geconfronteerd wanneer zij alle betrokken gegevens trachten te verkrijgen over de persoonlijke situatie van in andere lidstaten gevestigde inschrijvers en gegadigden en over hun toelaatbaarheid conform hun nationale recht.

Bovendien dient waarschijnlijk te worden verduidelijkt welke ruimte er overblijft voor aanvullende nationale wetgeving betreffende uitsluitingsgronden. Wanneer de lidstaten in hun nationale wetgeving aanvullende uitsluitingsgronden zouden mogen opnemen, zouden zij in staat zijn om specifieke problemen betreffende ondeugdelijke handelspraktijken die zich in de nationale context voordoen doeltreffender aan te pakken. Aan de andere kant kunnen specifieke nationale uitsluitingsgronden er altijd toe leiden dat buitenlandse inschrijvers het risico lopen te worden gediscrimineerd en dat afbreuk wordt gedaan aan het beginsel van gelijke deelnemingsvoorwaarden voor heel Europa.

Een belangrijke kwestie die in de huidige EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten niet wordt behandeld, zijn de zogenaamde "zelfreinigende" maatregelen, d.w.z. maatregelen die belangstellende ondernemingen zelf nemen om een negatieve situatie die hun toelaatbaarheid in het gedrang brengt, te verhelpen. De doeltreffendheid ervan hangt af van de mate waarin ze door de lidstaten worden aanvaard. "Zelfreinigende maatregelen" zijn nodig om een evenwicht tot stand te brengen tussen de toepassing van uitsluitingsgronden en de inachtneming van de beginselen van evenredigheid en gelijke behandeling. Dergelijke maatregelen kunnen aanbestedende diensten helpen om een objectieve en uitvoeriger beoordeling van de individuele situatie van de gegadigde of inschrijver uit te voeren vooraleer zij beslissen over de uitsluiting van deelname aan een aanbestedingsprocedure.

Ingevolge artikel 45 kunnen de lidstaten rekening houden met zelfreinigende maatregelen voor zover uit dergelijke maatregelen blijkt dat de bezwaren over de professionele integriteit, kredietwaardigheid en betrouwbaarheid van de gegadigde of inschrijver zijn weggenomen. Er zijn echter geen uniforme regels voor "zelfreiniging", hoewel de aanbestedende diensten in sommige lidstaten rekening houden met maatregelen die ondernemingen nemen om een situatie van uitsluiting te verhelpen.

Voorts rijst de vraag of er op EU-niveau expliciet sancties moeten worden vastgesteld wanneer wordt gepoogd de transparantie en onpartijdigheid van de aanbestedingsprocedure in het gedrang te brengen (bijvoorbeeld gegadigden of inschrijvers trachten toegang te krijgen tot vertrouwelijke informatie of trachten de activiteiten van de aanbestedende dienst onrechtmatig te beïnvloeden, bv. tijdens de selectie- of gunningsfase). Zo zou bijvoorbeeld de betrokken kandidatuur of inschrijving kunnen worden afgewezen, mits de beslissing dienaangaande naar behoren is gemotiveerd.

Een aantal ernstige vormen van onwettige gedragingen, zoals corruptie en het opzettelijk niet melden van belangenconflicten, moet ook zwaarder worden bestraft, bijvoorbeeld met strafrechtelijke sancties. De lidstaten zijn reeds verplicht corruptie van hun ambtenaren strafrechtelijk te bestraffen. De vraag of er minimumnormen voor sancties dienen te worden vastgesteld, moet worden beoordeeld in het licht van de ernst van het delict en de beginselen van noodzakelijkheid, subsidiariteit en evenredigheid¹⁰⁷.

Vragen:

104. Bent u van mening dat artikel 45 van Richtlijn 2004/18/EG betreffende de uitsluiting van inschrijvers een nuttig instrument is om ondeugdelijke handelspraktijken te bestraffen? Welke verbeteringen van dit mechanisme en/of alternatieve mechanismen zou u voorstellen?
105. Hoe kunnen aanbestedende diensten beter samenwerken bij het verkrijgen van informatie over de persoonlijke situatie van gegadigden en inschrijvers?
106. Bent u van mening dat de kwestie van "zelfreinigende maatregelen" uitdrukkelijk moet worden geregeld in artikel 45 of moet dat alleen op nationaal niveau worden geregeld?

¹⁰⁷ Wat de functionele strafrechtelijke bevoegdheid van de EU betreft, zie zaak C-440/05, Commissie/Raad, punt 66.

107. Is een met redenen omklede beslissing tot afwijzing van een inschrijving of van een verzoek om deelname een passende sanctie om de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling te verbeteren?
108. Bent u van mening dat er, in het licht van het Verdrag van Lissabon, minimumnormen voor strafrechtelijke sancties moeten worden vastgesteld op EU-niveau voor bijzondere gevallen (bijvoorbeeld corruptie of het niet melden van belangenconflicten)?

5.4. Voorkoming van ongerechtvaardigde voordelen

Tot slot kan het eerlijke verloop van de procedure, zelfs wanneer er geen sprake is van een belangenconflict of van ondeugdelijke handelspraktijken, in het gedrang komen wanneer bepaalde inschrijvers zich in een voordelige situatie bevinden. Wanneer de gegadigde of inschrijver bijvoorbeeld reeds in een vroeger stadium betrokken was bij voorbereidende werkzaamheden in verband met de ontwikkeling van de te verlenen dienst (bijvoorbeeld onderzoek en/of ontwerp), kan hem dat een groot voordeel opleveren omdat hij toegang had tot bevoorrechte informatie; daardoor kan de inachtneming van het beginsel van gelijke behandeling op losse schroeven komen te staan¹⁰⁸.

De vraag is in hoeverre dergelijke voordelen kunnen worden gecompenseerd zonder de betrokken inschrijver te discrimineren. Inschrijvers die aan de voorbereiding van het project hebben deelgenomen zonder meer uitsluiten, zou waarschijnlijk onevenredig zijn, en zou in de praktijk wellicht zelfs niet haalbaar zijn, met name wanneer er op de betrokken markt weinig gekwalificeerde mededingers actief zijn. Een zinvolle compensatie zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat de verplichting wordt opgelegd om alle mededingende inschrijvers in kennis te stellen van alle bevoorrechte informatie die de bevoordeelde inschrijver kan hebben verkregen omdat hij voorheen reeds bij het project betrokken was.

Een nog delicatesere kwestie is het probleem van de natuurlijke voordelen van traditionele inschrijvers, die zelfs nog moeilijker precies te omschrijven en te compenseren zijn. Ook hier kan de verplichte bekendmaking van bepaalde bevoorrechte informatie wenselijk zijn om het risico op discriminatie te verkleinen, mits commercieel gevoelige informatie afdoende wordt beschermd.

Vragen:

109. Moeten er op EU-niveau specifieke regels worden vastgesteld ter compensatie van de voordelen van bepaalde inschrijvers die in een vroeg stadium betrokken waren bij de ontwikkeling van het project waarop de aanbesteding betrekking heeft? Welke waarborgen zou u voorstellen?
110. Bent u van mening dat het probleem van eventuele voordelen van traditionele inschrijvers op EU-niveau moet worden aangepakt en zo ja, hoe?

¹⁰⁸ Zie gevoegde zaken C-21/03 en C-34/03, Fabricom.

6. TOEGANG VAN LEVERANCIERS UIT DERDE LANDEN TOT DE EU-MARKT

De door de EU aangegane internationale verplichtingen op het gebied van overheidsopdrachten komen tot uitdrukking in diverse bepalingen van de richtlijnen.

In overweging 7 van Richtlijn 2004/18/EG en overweging 14 van Richtlijn 2004/17/EG wordt uitdrukkelijk verwezen naar Besluit 94/800/EG van de Raad, waarbij de GPA van de WTO werd goedgekeurd. In de richtlijnen wordt bepaald dat "*voor de inschrijvers en producten uit derde landen die de overeenkomst hebben ondertekend, de regelingen van de overeenkomst (gelden)*". Voorts vinden de GPA-voorwaarden hun neerslag in artikel 5 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 12 van Richtlijn 2004/17/EG. Bijgevolg moeten ondernemers uit landen die de GPA hebben ondertekend op dezelfde wijze worden behandeld als Europese ondernemers conform de in de GPA vastgestelde voorwaarden, met name bijlage I van de EU, die alle verplichtingen die de EU in het kader van de overeenkomst is aangegaan, bevat.

Voor de gebieden waarop de EU geen internationale verplichtingen is aangegaan, wordt bij artikel 58 van Richtlijn 2004/17/EG een preferentiële regeling ingevoerd voor de aanschaffing van goederen uit de Gemeenschap, en artikel 59 van die richtlijn voorziet in de mogelijkheid om de toegang tot de markt van overheidsopdrachten in de nutssector te beperken.

Recentelijk hebben talrijke belanghebbenden erop gewezen dat de EU-aanbestedingsmarkt opener is dan de aanbestedingsmarkten van onze internationale partners. Bijgevolg kunnen Europese ondernemingen niet altijd op voet van gelijkheid met buitenlandse ondernemingen concurreren. Dat heeft ook negatieve gevolgen voor de onderhandelingspositie van de EU bij internationale onderhandelingen over een ruimere toegang tot markten. Bijgevolg moet worden nagedacht over het EU-beleid inzake overheidsopdrachten ten aanzien van derde landen en over het gebruik van de bovengenoemde bepalingen en eventuele verbeteringen.

Dat hangt samen met het huidige debat over de wijze waarop de positie van de EU in internationale onderhandelingen zou kunnen worden versterkt om te zorgen voor een meer evenwichtige en wederzijdse toegang tot Europese en buitenlandse aanbestedingsmarkten. De Commissie verricht momenteel een effectbeoordeling van de diverse mogelijke beleidsopties, die voortbouwt op onze internationale verplichtingen zoals de overeenkomst inzake overheidsopdrachten, evenals met betrekking tot derde landen waarmee de EU nog geen dergelijke overeenkomsten heeft gesloten.

Vragen:

111. Wat is uw ervaring met en/of uw standpunt over de in de artikelen 58 en 59 van Richtlijn 2004/17/EG vastgestelde mechanismen?
 - 111.1. Moeten deze bepalingen verder worden versterkt? Zo ja, op welke manier? Is het wenselijk deze bepalingen ook te laten gelden voor andere gebieden dan aanschaffingen in de nutssector?
112. Welke andere mechanismen zou u voorstellen om te zorgen voor meer symmetrie bij de toegang tot aanbestedingsmarkten?

In dit groenboek is aandacht besteed aan de kwesties die volgens de Commissie van belang zijn voor de komende hervorming van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. Er zijn

misschien andere belangrijke kwesties die in dit groenboek niet zijn behandeld. Het zou ook interessant zijn om van belanghebbenden te vernemen welke van de bovengenoemde onderwerpen volgens hen het belangrijkste zijn en welke kwesties minder relevant lijken voor de komende hervorming. Bijgevolg wordt alle belanghebbenden verzocht de onderstaande vragen te beantwoorden.

Vragen:

113. Zijn er andere kwesties die volgens u aan de orde moeten worden gesteld bij de komende hervorming van de EU-richtlijnen inzake overheidsopdrachten? Om welke kwesties gaat het, en wat zijn – volgens u – de problemen die moeten worden aangepakt en hoe zouden ze kunnen worden opgelost?
114. Gelieve de in dit groenboek behandelde kwesties en de andere kwesties die volgens u belangrijk zijn, in volgorde van belangrijkheid te rangschikken. Indien u zou moeten kiezen, welke drie prioritaire kwesties moeten volgens u het eerst worden aangepakt? Kunt u uw keuze toelichten?

De Commissie verzoekt alle belangstellenden om vóór 18 april 2011 hun bijdragen in te dienen, bij voorkeur per e-mail en in Word-formaat aan MARKT-CONSULT-PP-REFORM@ec.europa.eu.

U hoeft uiteraard niet ten aanzien van alle behandelde kwesties een standpunt in te nemen, maar kunt zich beperken tot de punten die voor u van bijzonder belang zijn. Vermeld duidelijk op welke punten uw bijdrage betrekking heeft.

Ontvangen bijdragen en de identiteit van de auteur ervan worden bekendgemaakt op internet, tenzij de betrokkene bezwaar maakt tegen de bekendmaking van de persoonlijke gegevens omdat bekendmaking hiervan zijn gerechtvaardigde belangen kan schaden. In dat geval kan de bijdrage in anonieme vorm worden bekendgemaakt. Anders wordt de bijdrage niet bekendgemaakt en wordt de inhoud ervan in principe niet in aanmerking genomen.