

## **DEEL II            Feuilleton over voorstel nieuwe aanbestedingsrichtlijnen**

### **Wat leest u in deel 2 van het feuilleton?**

In dit tweede deel van het feuilleton gaan we verder met het bespreken van de voorstellen die de Europese Commissie doet voor de nieuwe 'klassieke' aanbestedingsrichtlijn 2011/896.

We beginnen (paragraaf 2.1) met verschillende voorstellen die gericht zijn op het strategisch gebruik van aanbesteden als antwoord op nieuwe uitdagingen. De voorstellen die in deze paragraaf aan orde komen moeten bijdragen aan het behalen van de doelen die gesteld zijn in de EU2020-strategie.

In paragraaf 2.2 komen verschillende voorstellen aan de orde die bedoeld zijn om de Europese aanbestedingsmarkt toegankelijker te maken voor met name het midden- en kleinbedrijf en voor startende ondernemingen.

We vervolgen dit deel met paragraaf 2.3 waarin voorstellen aan de orde komen die tot doel hebben ondeugdelijke handelspraktijken tegen te gaan.

In paragraaf 2.4 komen vervolgens verschillende voorstellen aan de orde die moeten leiden tot verbeterd toezicht op en verbeterde ondersteuning bij aanbestedingsprocedures.

Paragraaf 2.5 ten slotte gaat in op de nieuwe voorstellen aangaande publiek publieke samenwerking en zoomt vooral in op onderwerpen als inbesteding, alleenrechten en voorbehoud van opdrachten aan SW-bedrijven.

## 2.1 Strategisch gebruik van aanbesteden als antwoord op nieuwe uitdagingen

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

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

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

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

De Europese Commissie heeft er daarom voor gekozen op deze weg verder te gaan en het vaststellen van dwingende doelstellingen en streefdoelen aan sectorspecifieke wetgeving over te laten volgens de in de desbetreffende sector heersende beleidskeuzen en omstandigheden. Daarnaast zal zij de ontwikkeling en het gebruik van Europese methoden van levenscycluskostenberekening (zie par. 2.1.1) bevorderen als een verdere aanzet voor de aanwending van aanbestedingen met het oog op een duurzame groei.

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

### 2.1.1 Levenscycluskosten

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

Met zowel de interne als -externe milieukosten moet rekening worden gehouden door aanbestedende diensten. Dit staat in artikel 67. Onder de *interne kosten* vallen kosten voor verkrijging, onderhoudskosten, en het levensende, zoals kosten voor ophaling en recycling. Voor de *externe*

*milieukosten* geldt dat die rechtsreeks verband moeten houden met de levenscyclus mits de waarde in geld kan worden vastgesteld en gecontroleerd. De kosten kunnen betrekking hebben op kosten voor de uitstoot van broeikasgassen of andere vervuulende uitstoot en overige kosten voor bestrijding van klimaatverandering.

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

### 2.1.2 Productieproces

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

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

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

Deze kenmerken kunnen slaan op (overweging 41):

- het beschermen van de gezondheid van het bij de productie betrokken personeel, of
- op het bevorderen van de sociale integratie van achtergestelde personen of personen van kwetsbare categorieën tussen de werknemers die de opdracht uitvoeren, inclusief de toegankelijkheid voor personen met een handicap.

Met andere woorden: zij moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht.

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

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

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

### **2.1.3 Keurmerken**

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

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

De bedoelde certificatieregelingen moeten betrekking hebben op kenmerken die verband houden met het voorwerp van de opdracht. Daarnaast moeten ze zijn opgesteld op basis van wetenschappelijke informatie of op grond van andere objectief controleerbare en niet discriminerende criteria. Verder moeten ze tot stand zijn gekomen in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, inclusief regeringsinstanties, consumenten, fabrikanten, kleinhandelaars en milieuorganisaties kunnen deelnemen en welke toegankelijk is voor alle belanghebbende partijen.

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

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

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

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

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

### 2.1.5 Sociale diensten

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

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

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

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

In titel III hoofdstuk I (bijzondere aanbestedingsregelingen, sociale diensten en andere specifieke diensten) van het richtlijnvoorstel wordt de voorgestelde procedure met betrekking tot sociale diensten uitgebreid besproken. Deze procedure komt er in het kort op neer dat aanbestedende diensten hun voornemen tot gunnen van een opdracht voor sociale diensten kenbaar maken via een aankondiging van opdracht. Daarnaast moeten zij de resultaten van gunning bekend maken in een aankondiging van een gegunde opdracht. De lidstaten moeten voor de gunning van opdrachten met betrekking tot sociale diensten passende procedures in voeren waarbij gezorgd wordt voor volledige naleving van de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers. Aanbestedende diensten kunnen daarbij wel rekening houden met de specifieke kenmerken van de betrokken diensten (art. 76 lid 1).

Voor meer informatie over sociale diensten en het voorstel van de Europese Commissie om het onderscheid tussen IIA- en IIB-diensten te laten verdwijnen, kunt u terecht in [deel 1](#) van het feuilleton.

### 2.1.6 Innovatie

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

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

In het voorstel wordt aan dit doel tegemoetgekomen door introductie van een nieuwe procedure, genaamd het innovatiepartnerschap (zie ook [deel 1](#) van dit feuilleton). Dit is een speciale aanbestedingsprocedure waarbij aanbestedende diensten een innovatiepartnerschap kunnen aangaan op lange termijn voor de ontwikkeling en daaropvolgende aankoop van innovatieve

producten, werken en diensten, op voorwaarde dat deze geleverd kunnen worden tegen overeengekomen kwaliteits- en prijsniveaus.

Bij de berekening van de waarde van een opdracht van een innovatiepartnerschap moet worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde, exclusief BTW, van de onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten die zullen plaatsvinden. Dit geldt voor alle stadia van het voorgenomen partnerschap, alsmede van de leveringen, diensten of werken die aan het einde van het voorgenomen partnerschap zullen worden ontwikkeld en verkregen. De bestaande uitzonderingsbepaling in art. 16 betreffende onderzoek en ontwikkeling zien we in de nieuwe uitzonderingsbepaling art. 10 niet meer terug.

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

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

## **2.2 Een toegankelijker Europese aanbestedingsmarkt**

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

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

### **2.2.1 Aanbestedingspaspoort**

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

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

### **2.2.2 Opdelen in percelen**

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

#### *Percelenregeling*

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

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

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

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

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

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

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

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

#### **2.2.4 Rechtstreekse betaling van onderaannemers**

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

### **2.3 Deugdelijke procedures**

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

#### **2.3.1 Belangenconflicten**

Het voorstel bevat een specifieke bepaling over belangenconflicten die betrekking heeft op reële, potentiële of vermoede situaties waarin zich een belangenconflict voordoet ten aanzien van personeelsleden van de aanbestedende dienst of van aanbieders van aanbestedingsdiensten die in het aanbestedingsproces optreden, en bestuursleden van de aanbestedende dienst die de uitkomst van een aanbestedingsprocedure kunnen beïnvloeden, zelfs al zijn zij er formeel niet bij betrokken. Het voorstel bevat een apart artikel (art. 21) dat toeziet op belangenconflicten in de zin van het voorstel. In dit artikel staat wat onder belangenconflicten moet worden verstaan en op welke personen het artikel betrekking heeft. Onder het begrip belangenconflict valt ten minste elke situatie waarin de in lid 2 bedoelde categorieën personen ((a) personeelsleden van de aanbestedende dienst, aanbieders van aanbestedingsdiensten of personeelsleden van andere dienstverleners die bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure betrokken zijn; (b) de voorzitter van de aanbestedende dienst en leden van de beslissingsorganen van de aanbestedende dienst die zonder noodzakelijkerwijs bij de uitvoering van de aanbestedingsprocedure betrokken te zijn toch invloed kunnen uitoefenen op het resultaat van deze procedure) direct of indirect een privé-belang hebben bij het resultaat van de aanbestedingsprocedure, waardoor de indruk kan ontstaan dat zij worden gehinderd bij de onpartijdige en objectieve uitoefening van hun plichten. Onder privé-belangen moeten worden verstaan alle belangen in verband met familie, gevoelsleven, economie, politiek of andere belangen die zij delen met de gegadigden of de inschrijvers, met inbegrip van conflicterende beroepsbelangen. Het artikel voorziet daarnaast in de verplichting voor lidstaten om regels en mechanismen in te voeren met als doel belangenverstremgeling bij een aanbestedingsprocedure te voorkomen, te identificeren en onmiddellijk te verhelpen.

#### **2.3.2 Onwettig gedrag**

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

- a) het onrechtmatig beïnvloeden van het besluitvormingsproces van de aanbestedende dienst of het verkrijgen van vertrouwelijke informatie waardoor zij onrechtmatige voordelen uit de aanbestedingsprocedure kunnen halen;
- b) het sluiten van overeenkomsten met andere gegadigden en inschrijvers om de concurrentie te verstoren, of;
- c) het opzettelijk verstrekken van misleidende informatie die een materiële invloed kan hebben op beslissingen inzake uitsluiting, selectie of gunning.

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

### 2.3.3 Onbillijke voordelen

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

In de huidige Europese Richtlijn 2004/18 staat niet expliciet een bepaling die stelt dat een inschrijver mogelijk dient te worden uitgesloten vanwege betrokkenheid in een voorafgaande fase van de aanbesteding (ook wel Chinese wall-problematiek genoemd). Een dergelijke wettelijke bepaling is wel te vinden in het internationale Agreement on Government Procurement (GPA). Artikel VI.4. GPA luidt als volgt:

'De instanties onthouden zich ervan om bij het opstellen van specificaties voor een bepaalde opdracht, op een manier die de mededinging zou uitschakelen, advies te vragen of te aanvaarden van een onderneming die een commercieel belang zou kunnen hebben bij de betrokken opdracht.'

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

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

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

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

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

Is een partij betrokken geweest bij de voorbereiding van de aanbesteding? Dan moet de aanbestedende dienst passende maatregelen nemen om te verzekeren dat de concurrentie niet



**EUROPA decentraal**

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

verstoord wordt wanneer deze partij toch deelneemt aan de procedure. Deze maatregelen moeten bestaan uit het verstrekken van de informatie waarover de partij die meewerkte aan de voorbereiding beschikte aan de andere deelnemers. Daarnaast moet de aanbestedende dienst adequate termijnen voor de inschrijvingen vaststellen zodat de partij die meewerkte niet bevoordeeld wordt.

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

## **2.4 Bestuur**

### **2.4.1 Nationale toezichtsinstanties**

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

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

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

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

### **2.4.2 Kenniscentra**

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

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

### **2.4.3 Administratieve samenwerking**

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

## **2.5 Publiek publieke samenwerking**

Decentrale overheden hebben veel vragen over de toepassing van de uitzonderingsgronden in de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG betreffende inbesteding, alleenrechten en het voorbehoud van opdrachten aan SW-bedrijven (respectievelijk uitgewerkt in jurisprudentie, artikel 18 en artikel 19

van de richtlijn). Zie voor ook de website van Europa decentraal over [inbesteden](#), [alleenrecht](#) en [uitgesloten en voorbehouden opdrachten](#).

### **Groenboek**

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

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

### **Werkdocument**

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

### **Richtlijnvoorstellen**

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

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

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

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

#### **2.5.1 Het werkdocument Publiek-publieke samenwerking**

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

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

In de inleiding van het werkdocument geeft de Commissie aan dat het vooral bedoelt verheldering te verschaffen over de juridische consequenties van de arresten over pupus. Het document stelt geen nieuwe regels of vereisten. De richtsnoeren die in het document worden gegeven blijven beperkt tot het gebied van overheidsopdrachten en doen geen afbreuk aan de Europese regels inzake mededinging en steunmaatregelen van staten.

Het document kiest verder voor een opbouw waarbij als algemeen uitgangspunt geldt dat het EU-aanbestedingsrecht van toepassing is op opdrachten tussen aanbestedende diensten (paragraaf 2 werkdocument, paragraaf 2.5.1.1 van dit deel van het feuilleton).

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

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

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

#### **2.5.1.1 Opdrachten tussen aanbestedende diensten**

Het werkdocument bevestigt dat aanbestedende diensten en instanties die overeenkomsten onder bezwarende titel sluiten met een andere rechtspersoon overheidsopdrachten in de zin van de aanbestedingsrichtlijn betreffen. Zij kunnen dus leiden tot toepasselijkheid van de aanbestedingsrichtlijn. Het maakt niet uit of de contractpartner privaat dan wel publiek is. Een voorbeeld. Stel dat een decentrale overheid zich aanbiedt als uitvoerder van een dienst, levering of werk en het werken, werkzaamheden of producten of diensten betreft die deze overheid op een markt aanbiedt. Dan kan deze overheid zich kwalificeren als een aannemer, leverancier of dienstverlener in de zin van de richtlijn. Bij het sluiten van een overeenkomst onder bezwarende titel tussen een opdrachtgevende aanbestedende dienst en een opdrachtnemende aanbestedende dienst kan dus sprake zijn van een overheidsopdracht in de zin van de richtlijn.

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

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

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

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

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

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

beleggen.

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

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

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

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

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

Daarbij spelen de volgende omstandigheden een belangrijke rol:

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

Voor een uitvoerige bespreking verwijzen wij u naar het [werkdocument](#) zelf. Zie verder ook deel 1 van het feuilleton.

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

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

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

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

#### **2.5.1.3 Overdracht bevoegdheden?**

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

Wanneer een aanbestedende dienst alle bevoegdheden voor een bepaalde openbare taak

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

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

Overdracht van bevoegdheden ziet dan op overdracht van:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

#### *Aankoopcentrales*

De voorstellen in de nieuwe aanbestedingsrichtlijn 896 voor wat betreft gezamenlijke aanbestedingen/

aankoopcentrales zijn in deel 1 van het feuilleton al aan de orde gekomen.

#### **2.5.1.4 Alleenrecht**

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

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

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

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

Het werkdocument gaat verder nog in op de vraag

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

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

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

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

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

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

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

Van verenigbaarheid met het verdrag is geen sprake indien de maatregel waarbij het recht wordt verleend onverenigbaar is met secundaire EU wetgeving.

De tweede vraag wordt min of meer bevestigend beantwoord voor het geval een exclusief recht zou worden verleend aan een aanbestedende dienst met gebruik van privékapitaal. Dit kan zich voordoen in het geval van een publiekrechtelijke instelling, aldus het werkdocument.

In het verlengde van de eerste vraag over de verenigbaarheid met het Verdrag, stelt het werkdocument dat indien de rechtvaardiging voor de beperking van het vrij verrichten van diensten

(artikel 56 VWEU) in een dwingende reden van algemeen belang ligt, moet worden voldaan aan de voorwaarde dat de betrokken maatregel niet discriminerend moet zijn. Geen enkele particuliere entiteit zou in dat geval een voordeligere positie mogen krijgen dan haar concurrenten.

## 2.5.2 Richtlijnvoorstel 896

### 2.5.2.1 Inbesteding

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

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

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

- De aanbestedende dienst oefent toezicht uit op de betrokken rechtspersoon zoals op zijn eigen diensten;
- Tenminste 90 % van de activiteiten van deze rechtspersoon wordt uitgeoefend voor de controlerende aanbestedende dienst of voor andere rechtspersonen die door deze aanbestedende dienst worden gecontroleerd;
- Er is geen privé-deelneming in de gecontroleerde rechtspersoon.

Lid 5 van artikel 11 geeft nadere voorschriften over de wijze van controle op de aanwezigheid van privédeelneming.

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

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

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

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

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

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

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

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

- er is sprake van een echte samenwerkingsovereenkomst tussen de deelnemende aanbestedende diensten met bedoeling hun taken van openbaar belang gezamenlijk uit te oefenen met wederzijdse

rechten en plichten;

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

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

### **2.5.2.2 Alleenrechten**

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

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

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

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

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

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

### **2.5.2.3 Voorbehoud opdrachten aan SW-bedrijven**

Artikel 17 van voorstel 896 kent –net als artikel 19 van de huidige aanbestedingsrichtlijn 2004/18- een aparte mogelijkheid om opdrachten voor te behouden aan SW-bedrijven. Voorstel 896 brengt wel



**EUROPA decentraal**

Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden

enige wijziging en nuancering aan in de bestaande bepaling (zie in onderstaande door Europa decentraal aangebrachte cursivering de belangrijkste).

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

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