Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU

MEMORIE VAN TOELICHTING

Inhoudsopgave

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

2. Regelgevend kader

2.1. Voorgeschiedenis

2.2. Regelgeving

2.3. Toepassingsbereik

2.4. Wijze van implementatie

3. Belangrijkste wijzigingen in het wetsvoorstel

3.1. Meer ruimte voor innovatie en duurzaamheid

3.2. Meer flexibiliteit bij aanbestedingsprocedures

3.3. Verlaging van de administratieve lasten

3.4. Integriteit bij aanbesteden

3.5. Publiek-publieke samenwerking

3.6. Voorbehouden opdrachten

3.7. Opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten

3.8. Concessieovereenkomsten

3.9. Speciale sectoren

3.10. Monitoring van toepassing aanbestedingsregels

3.11. Informatie en ondersteuning aan aanbestedende diensten en ondernemers

3.12. Overzicht maatregelen

4. Gevolgen van het wetsvoorstel voor de lasten

4.1. Meting lasteneffecten als gevolg van het wetsvoorstel

4.2. Overzicht van de lastenontwikkeling

4.3. Uniform Europees Aanbestedingsdocument

4.4. Overige bedrijfseffecten

5. Consultatie

5.1. Consultatie belanghebbenden

II. ARTIKELEN

III. IMPLEMENTATIETABELLEN

I. ALGEMEEN

1. Inleiding

De Aanbestedingswet 2012 bevat hoofdzakelijk de implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen (richtlijn 2004/18/EG en richtlijn 2004/17/EG) voor opdrachten boven de Europese drempelwaarden[1]. Deze richtlijnen zijn herzien en vervangen door twee nieuwe richtlijnen. In dit wetsvoorstel worden de wijzigingen die volgen uit deze twee herziene richtlijnen[2] geïmplementeerd. De voorgestelde wijzigingen hebben alleen betrekking op die onderdelen van de Aanbestedingswet 2012 die zien op opdrachten boven de Europese drempelwaarden.

De maatregelen in de herziene aanbestedingsrichtlijnen sluiten aan bij de ambities van de Aanbestedingswet 2012 om de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten en speciale-sectoropdrachten te verbeteren, de lasten te verminderen en meer ruimte te bieden voor het realiseren van strategische doelstellingen bij opdrachten (zoals innovatie en duurzaamheid). De in de Aanbestedingswet 2012 toegepaste systematiek wordt dan ook niet geraakt door de herziene aanbestedingsrichtlijnen. Als gevolg van de herziene aanbestedingsrichtlijnen krijgen de aanbestedende diensten meer flexibiliteit bij de toepassing van enkele aanbestedingsprocedures. Hierdoor kunnen zij vraag en aanbod beter op elkaar laten aansluiten en zodoende de opdracht effectiever en efficiënter in de markt zetten. Bij de implementatie is het uitgangspunt gehanteerd dat de huidige bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 zoveel mogelijk behouden blijven en dat nieuwe bepalingen zoveel mogelijk worden ingevuld in lijn met de doelen van de Aanbestedingswet 2012.
Dit wetsvoorstel strekt ook tot implementatie van de nieuw geïntroduceerde concessierichtlijn. De huidige Aanbestedingswet 2012 bevat als gevolg van implementatie van richtlijn 2004/18/EG slechts een beperkt regime voor concessies voor openbare werken. Met de introductie van de concessierichtlijn wordt één licht regime voor concessies voor werken en diensten geïntroduceerd voor zowel aanbestedende diensten als speciale-sectorbedrijven. Dit moet leiden tot een verbetering van de transparantie en gelijke behandeling van ondernemers bij het plaatsen van concessieopdrachten. De uitgangspunten van de concessierichtlijn zijn gelijk aan die van de aanbestedingsrichtlijnen. Op een aantal punten wijkt de concessierichtlijn echter af van de aanbestedingsrichtlijnen, bijvoorbeeld ten aanzien van gunningscriteria en keurmerken. Om versnippering van het aanbestedingsrecht te voorkomen en een eenduidige toepassing te stimuleren is ervoor gekozen de keuzes die de aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn bieden zoveel mogelijk op dezelfde wijze in te vullen.
De opbouw van het algemeen deel van deze toelichting is als volgt. Hoofdstuk 2 beschrijft het regelgevend kader. In hoofdstuk 3 wordt ingegaan op de belangrijkste wijzigingen in het wetsvoorstel. Hoofdstuk 4 geeft weer welke effecten dit wetsvoorstel heeft op de administratieve lasten. Ten slotte worden in hoofdstuk 5 de reacties samengevat die zijn ontvangen naar aanleiding van de consultatie van het wetsvoorstel.

---

[1] Richtlijn nr. 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 (PbEU L 134) en richtlijn nr. 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 (PbEU L 134).

2 RICHTLIJN 2014/24/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN VAN DE RAAD van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG en RICHTLIJN 2014/25/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU L 94).

2. Regelgevend kader

2.1 Voorgeschiedenis

Op 1 april 2013 is de Aanbestedingswet 2012 in werking getreden. Deze wet bevat naast implementatie van de Europese aanbestedingsrichtlijnen ook regels voor onder de Europese aanbestedingsdrempels en maatregelen om de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten te vergroten. Op het tijdstip van inwerkingtreding van de wet liepen de onderhandelingen al over de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen die in dit wetsvoorstel worden geïmplementeerd. Dit wetsvoorstel bevat alleen de implementatie van de Europese richtlijnen. In de Aanbestedingswet 2012 is bepaald dat binnen twee jaar na inwerkingtreding van de wet de doeltreffendheid en de effecten van de wet in de praktijk worden geëvalueerd. Over de uitkomsten van deze evaluatie en de naar aanleiding daarvan te nemen stappen zijn de Staten-Generaal in de eerste helft van 2015 geïnformeerd (PM verwijzing). De eventuele wijzigingen die voortvloeien uit de evaluatie zullen in een separaat wetsvoorstel worden opgenomen.

2.2 Regelgeving

Op 28 maart 2014 heeft de modernisering van de aanbestedingsregelgeving geleid tot vaststelling van de richtlijn voor het plaatsen van overheidsopdrachten[3] (richtlijn 2014/24/EU) (hierna: aanbestedingsrichtlijn), de richtlijn voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten[4] (richtlijn 2014/25/EU) (hierna: aanbestedingsrichtlijn voor speciale-sectoropdrachten), en de richtlijn voor het plaatsen van concessieopdrachten[5] (richtlijn 2014/23/EU) (hierna: concessierichtlijn).

In deze memorie van toelichting wordt de term aanbestedingsrichtlijnen gehanteerd om te verwijzen naar de aanbestedingsrichtlijn en de aanbestedingsrichtlijn voor speciale-sectoropdrachten. De aanbestedingsrichtlijn vervangt richtlijn 2004/18/EG en de aanbestedingsrichtlijn voor speciale-sectoropdrachten vervangt richtlijn 2004/17/EG. De concessierichtlijn is deels nieuw en vervangt deels de bepaling ten aanzien van concessies voor werken uit richtlijn 2004/18/EG. Alle drie de richtlijnen dienen uiterlijk 18 april 2016 te zijn omgezet in nationale wetgeving. Hieronder wordt schematisch weergegeven welke richtlijn waar in de Aanbestedingswet is of wordt geïmplementeerd.

	Aanbestedingswet 2012		**Wetsvoorstel**	
	Richtlijn	**Vindplaats in de wet**	**Richtlijn**	**Vindplaats in de wet**
Overheidsopdrachten	2004/18/EG	Deel 2	2014/24/EU	Deel 2
Concessieopdrachten voor werken	2004/18/EG	Deel 2	2014/23/EU	Deel 2a
Concessieopdrachten voor diensten	-	-	2014/23/EU	Deel 2a
Speciale-sectoropdrachten	2004/17/EG	Deel 3	2014/25/EU	Deel 3
Rechtsbescherming	2007/66/EG	Deel 4	-	-

3 RICHTLIJN 2014/24/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN VAN DE RAAD van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU L 94).

4 RICHTLIJN 2014/25/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU L 94).

5 RICHTLIJN 2014/23/EU VAN HET EUROPEES PARLEMENT EN DE RAAD van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PbEU L 94).

In dit wetsvoorstel wordt voorgesteld de concessierichtlijn te implementeren in een nieuw te vormen deel 2a van de Aanbestedingswet 2012. De reden hiervoor is dat concessies niet net als aanbestedende diensten en special-sectorbedrijven een type organisatie is. Concessies zijn een type opdracht. Omdat dit type opdracht zowel bij aanbestedende diensten als bij speciale-sectorbedrijven voorkomt wordt voorgesteld dit onderdeel te plaatsen tussen deel 2 en deel 3 door er deel 2a van te maken.

Aan het slot van deze memorie van toelichting is een implementatietabel van de richtlijnen opgenomen.

2.3 Toepassingsbereik

De aanbestedingsrichtlijnen en concessierichtlijn zijn van toepassing op opdrachten voor werken, leveringen en diensten door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, waarvan de waarde een bepaalde drempelwaarde overstijgt. De hoogte van de drempelbedragen wijzigt iedere twee jaar. Per 1 januari 2014 gelden de volgende bedragen:

Aanbestedende dienst	**Leveringen en diensten**	**Werken**	**Concessies**
Centrale overheid	€ 134.000	€ 5.186.000	€ 5.186.000
Decentrale overheid en publiekrechtelijke instellingen	€ 207.000	€ 5.186.000	€ 5.186.000
Speciale-sectorbedrijf	€ 414.000	€ 5.186.000	€ 5.186.000

Het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen wijzigt niet ten opzichte van richtlijn 2004/18/EG en richtlijn 2004/17/EG.

In zowel de aanbestedingsrichtlijnen als de concessierichtlijn is een aantal diensten uitgezonderd van het toepassingsbereik doordat zij reeds onder een ander regime vallen. Voorbeelden daarvan zijn passagierstransport over het spoor, openbaar vervoer, elektronische communicatiediensten en luchttransport. De drie richtlijnen bevatten daarnaast een specifieke uitsluiting op het gebied van water, zoals de productie en distributie van drinkwater en de behandeling en afvoer van afvalwater. Ook valt de gronduitgifte van zeehavens en binnenhavens met een beperkte tegenprestatie niet onder het toepassingsbereik.

2.4 Wijze van implementatie

De aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn worden door middel van aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerd. De aanbestedingsrichtlijnen bevatten veel maatregelen die vergelijkbaar zijn met de maatregelen die al in de Aanbestedingswet 2012 zijn opgenomen. Het betreft hier onder meer de expliciete opname van het proportionaliteitsbeginsel in de aanbestedingsrichtlijnen, een bepaling over het opdelen van opdrachten in percelen en een bepaling die het stellen van omzeteisen inperkt. Op deze punten is dan ook geen aanpassing van de Aanbestedingswet 2012 nodig. Daar waar de richtlijnen bepalingen bevatten die lidstaten de mogelijkheid bieden een keuze te maken of die van lidstaten verlangen aanvullende maatregelen te nemen ter invulling van de betreffende bepaling, wordt in het implementatievoorstel uiteraard wel een

keuze gemaakt of een bepaling nader ingevuld. De regering heeft daarbij zoals in de inleiding aangegeven het uitgangspunt gehanteerd dat de huidige bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 zoveel mogelijk behouden blijven als de keuzebepaling daartoe de mogelijkheid biedt. Waar het gaat om nieuwe bepalingen met een keuzemogelijkheid, wordt de keuze zoveel mogelijk ingevuld in lijn met de doelen van de Aanbestedingswet 2012.

3. Belangrijkste wijzigingen in het wetsvoorstel

3.1 Meer ruimte voor innovatie en duurzaamheid

Het is van belang dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven door middel van (overheids- en speciale-sector)opdrachten kunnen bijdragen aan slimme, duurzame en inclusieve groei, zoals nagestreefd in de Europa 2020-strategie. Daartoe wordt in dit wetsvoorstel de procedure voor het innovatiepartnerschap geïntroduceerd en wordt verduidelijkt op welke wijze strategische beleidsdoelstellingen zoals duurzaamheid en sociale criteria kunnen worden meegewogen bij opdrachten. Deze verduidelijking ziet op de mogelijkheden voor marktconsultatie, het betrekken van andere stadia van de levenscyclus en het toestaan van het eisen van een keurmerk. Om concurrentie te waarborgen en een voldoende objectieve beoordeling van inschrijvingen mogelijk te maken, worden grenzen gesteld aan de mate waarin dergelijke eisen mogen worden gesteld.
Ruimte voor (transparante) communicatie tussen opdrachtgever en (potentiële) inschrijvers voor en tijdens de aanbestedingsprocedure is essentieel om tot een efficiënte en effectieve aanbesteding te komen. Door voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure een marktconsultatie te houden, kan een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf zijn behoefte scherper krijgen, de haalbaarheid van zijn vraag toetsen, de structuur van de markt verkennen en onderzoeken welke ideeën er in de markt zijn teneinde de opdracht op de meest passende wijze in de markt te zetten. Door te achterhalen wat mogelijk en gangbaar is in de betreffende markt kan een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf ook meer ruimte bieden aan (onvoorziene) innovatieve oplossingen en kunnen reële eisen worden gesteld waardoor ondernemers niet onnodig worden uitgesloten. Het houden van een marktconsultatie was al mogelijk, maar in de aanbestedingsrichtlijnen is die mogelijkheid expliciet opgenomen. Daarom wordt ook in het wetsvoorstel expliciet verwezen naar de mogelijkheid om voorafgaand een marktconsultatie te houden.

Om innovatiegericht inkopen beter te faciliteren introduceren de aanbestedingsrichtlijnen de procedure van het innovatiepartnerschap. Op dit moment kan een onderneming in een voortraject van een aanbesteding op verzoek van en in nauwe samenwerking met een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf een innovatief product of werk of een innovatieve dienst ontwikkelen. Na het succesvol doorlopen van deze ontwikkelfase moet het product, het werk of de dienst thans echter via een reguliere aanbestedingsprocedure worden ingekocht. Ook ondernemingen die niet betrokken waren in het voortraject kunnen dan meedingen naar de opdracht, waardoor het voor ondernemingen minder interessant is om dit voortraject met de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf in te gaan. De in dit wetsvoorstel opgenomen procedure van het innovatiepartnerschap biedt een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf de mogelijkheid een partnerschap aan te gaan en na een succesvolle ontwikkelfase het daaruit voortkomende product, werk of dienst direct aan te kopen. De procedure kan worden toegepast wanneer een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf een behoefte heeft waarvoor op de markt nog geen bestaande oplossing beschikbaar is; het gaat hierbij om innovaties. Wel geldt de voorwaarde dat alleen tot aankoop mag worden overgaan indien de innovatieve producten, diensten of werken geleverd kunnen worden op een van tevoren afgesproken kwaliteits- en kostenniveau. De procedure van het innovatiepartnerschap biedt innovatieve bedrijven meer kansen

om hun ideeën uit te werken tot een bruikbare oplossing, zorgt ervoor dat specifieke wensen van aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven kunnen worden vervuld en maakt het interessanter voor ondernemingen om hieraan mee te werken.

De aanbestedingsrichtlijnen bevatten voorts bepalingen waardoor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij de voorbereiding en het tot stand brengen van een aanbesteding ook eisen, voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en inschrijvingen mogen stellen die zien op andere stadia van de levenscyclus dan de oplevering van het werk, de levering of de dienst, bijvoorbeeld de productie- en verwijderingsfase. Dit is momenteel al mogelijk, maar de wet bevat geen expliciete bepalingen hieromtrent. Met deze wijziging verandert materieel niets, maar wordt staande praktijk gecodificeerd waarin aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven bijvoorbeeld eisen stellen aan de milieubelasting van de productiemethode of de mate van recycling van de door hen af te nemen leveringen of de arbeidsomstandigheden van werknemers die worden ingezet op een opdracht. De voorwaarde blijft dat de gestelde eisen, voorwaarden en criteria proportioneel zijn en dus in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht. Benadrukt wordt dat geen eisen, voorwaarden of criteria kunnen worden gesteld die verband houden met het algemene ondernemingsbeleid van een inschrijver, zoals eisen die betrekking hebben op onderwerpen als het algemene milieubeleid van een bedrijf of de man/vrouwverhouding in de raad van bestuur.

In dit wetsvoorstel krijgen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven als gevolg van een wijziging in de aanbestedingsrichtlijnen de mogelijkheid een specifiek keurmerk te eisen. De Aanbestedingswet 2012 staat dit thans niet toe. Het eisen van een keurmerk kan een goede manier kan zijn om inschrijvers te laten aantonen dat ze voldoen aan de gestelde eisen. Daarbij dient de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf zich te realiseren dat het verkrijgen van keurmerken aanzienlijke kosten mee kan brengen voor ondernemers. Met name voor het midden- en kleinbedrijf zijn de kosten van het hebben van een groot aantal keurmerken niet altijd op te brengen. Keurmerken of certificaten kunnen bovendien innovatie belemmeren omdat nieuwe, innovatieve oplossingen (nog) niet zijn gecertificeerd. Er zal derhalve een weloverwogen keuze moeten worden gemaakt of het eisen van een keurmerk in het betreffende geval proportioneel is. De aanbestedingsrichtlijnen verbinden heldere voorwaarden aan het vragen van een specifiek keurmerk waarvan de belangrijkste is dat een keurmerk alleen mag worden gevraagd als de onderliggende keurmerkeisen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht. Als dat niet het geval is, mag alleen worden geëist dat de inschrijver of inschrijving voldoet aan de onderliggende keurmerkeisen waarbij de voorwaarde geldt dat die eisen wel verband dienen te houden met het voorwerp van de opdracht. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf dient ook altijd een ander keurmerk of, indien de inschrijver een keurmerk niet tijdig kon verkrijgen, een ander bewijsmiddel te aanvaarden waaruit volgt dat de inschrijver of inschrijving voldoet aan de eisen.

Om te benadrukken dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij het gunnen van opdrachten altijd naar de economisch beste oplossing dienen te streven, wordt de term "economisch meest voordelige inschrijving" (EMVI) in de aanbestedingsrichtlijnen als overkoepelende term gebruikt voor alle gunningscriteria. Om verwarring te voorkomen wordt in dit wetsvoorstel de benaming van het gunningscriterium dat in de Aanbestedingswet 2012 is aangeduid als 'economisch meest voordelige inschrijving' gewijzigd in 'beste prijs-kwaliteitverhouding'. De drie gunningscriteria die gehanteerd kunnen worden zijn: 1) beste prijs-kwaliteitverhouding, 2) laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit en 3) laagste prijs. Het uitgangspunt uit de Aanbestedingswet 2012 om op beste

prijs-kwaliteitverhouding te gunnen blijft gehandhaafd. Een aanbestedende dienst die of speciale-sectorbedrijf dat in afwijking daarvan gunt op laagste prijs of laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit moet dat motiveren. Het gunningscriterium laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit is nieuw. Terwijl bij het gunningscriterium laagste prijs alleen de aanschafprijs van een product bepalend is, wordt bij het gunningscriterium laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit naast de prijs ook een ander kostencriterium meegewogen. Een voorbeeld hiervan is het meewegen van kosten verbonden aan de gehele levenscyclus van een product. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven kunnen op die manier duurzaamheid meewegen in de aanbestedingsprocedure. In dit wetsvoorstel wordt verduidelijkt welke kosten als levenscycluskosten kunnen worden aangemerkt en hoe deze moeten worden berekend.

3.2 Meer flexibiliteit bij aanbestedingsprocedures
Aanbestedende diensten krijgen meer flexibiliteit bij de toepassing van enkele bestaande aanbestedingsprocedures. Het gaat om de mededingingsprocedure met onderhandeling, de concurrentiegerichte dialoog en het dynamisch aankoopsysteem. Ook krijgen ze de mogelijkheid om kortere termijnen te stellen.

Door het toepassingsgebied van de mededingingsprocedure met onderhandeling en de concurrentiegerichte dialoog uit te breiden, beogen de aanbestedingsrichtlijnen meer flexibiliteit en ruimte voor communicatie tussen partijen te bieden. De mededingingsprocedure met onderhandeling is de nieuwe benaming voor de procedure die in de Aanbestedingswet 2012 staat opgenomen als de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking. Om die reden is deze benaming in het wetsvoorstel gewijzigd. In de situatie waarin de openbare of niet-openbare procedure waarschijnlijk niet tot een bevredigend aanbestedingsresultaat zal leiden, krijgen aanbestedende diensten de mogelijkheid om de mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog toe te passen. Dat kunnen aanbestedende diensten onder andere doen in gevallen waarin een aanzienlijke aanpassing van gemakkelijk in markt beschikbare werken, leveringen of diensten noodzakelijk is om in zijn inkoopbehoefte(n) te kunnen voorzien. Op deze manier hebben aanbestedende diensten en ondernemers meer ruimte om vraag en aanbod goed op elkaar aan te laten sluiten. Om transparantie en gelijke behandeling te waarborgen moet de aanbestedende dienst vooraf de minimumeisen en de gunningscriteria vaststellen en bekend maken. De minimumeisen, de gunningscriteria en de wegingsfactoren vormen geen onderdeel van de onderhandeling of de dialoog. Voor de speciale-sectorbedrijven wijzigt de toegang tot de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging niet, omdat deze procedure in richtlijn 2004/17/EG al behoorde tot de standaard beschikbare procedures. Wel is de concurrentiegerichte dialoog toegevoegd aan de procedures die speciale-sectorbedrijven kunnen toepassen.

De aanbestedingsrichtlijnen maken het makkelijker om gangbare producten geheel elektronisch in te kopen binnen een dynamisch aankoopsysteem. Op basis van de huidige Aanbestedingswet 2012 kunnen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven reeds een dynamisch aankoopsysteem inrichten. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf kondigt aan dat hij gebruik maakt van een dynamisch aankoopsysteem gedurende een bepaalde periode. In die periode kunnen ondernemers die aan de gestelde eisen voldoen een indicatieve inschrijving doen op basis waarvan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf besluit of de ondernemer wordt toegelaten tot het systeem. Binnen het dynamisch aankoopsysteem kunnen dan vervolgens specifieke opdrachten worden uitgezet. De Aanbestedingswet 2012 bevat de verplichting afzonderlijke opdrachten binnen

het dynamisch aankoopsysteem separaat officieel aan te kondigen. Deze verplichting komt in dit wetsvoorstel te vervallen. In plaats daarvan kan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf direct de tot het systeem toegelaten ondernemers uitnodigen om in te schrijven op de specifieke opdracht. Hierdoor kunnen aanbestedende diensten gangbare producten sneller en efficiënter inkopen. De in Nederland veel gebruikte elektronische marktplaats kan worden ingericht als een dynamisch aankoopsysteem om aan de verplichtingen van deze wet te voldoen.

Om aanbestedingsprocedures sneller te kunnen laten verlopen zijn de termijnen voor het indienen van verzoeken tot deelname aan een aanbestedingsprocedure of het doen van een inschrijving verkort. Onverminderd geldt uiteraard dat de gestelde termijnen proportioneel dienen te zijn. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zullen bij het vaststellen van termijnen altijd rekening moeten houden met de complexiteit van de opdracht en met de tijd die nodig is voor ondernemers om een kwalitatief goede offerte op te stellen. Afhankelijk daarvan kan het nodig zijn een langere termijn te stellen. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven krijgen door deze aanpassing meer ruimte om termijnen aan te passen aan de specifieke aanbestedingsprocedure.

3.3 Verlaging van de administratieve lasten
De aanbestedingsrichtlijnen verplichten tot elektronisch aanbesteden. Elektronisch aanbesteden scheelt ondernemers, aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven tijd en geld en draagt bij aan het verminderen van administratieve lasten. De verplichting tot elektronisch aanbesteden houdt in dat alle communicatie en informatie-uitwisseling tussen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en ondernemers vanaf 18 april 2016 elektronisch plaats vindt. Het gaat hierbij om zaken als het indienen van offertes of het verzoeken om deelneming aan de procedure. Om elektronisch aanbesteden te faciliteren heeft het Ministerie van Economische Zaken de afgelopen jaren TenderNed ontwikkeld en, vooruitlopend op de verplichting tot elektronisch aanbesteden, is TenderNed zodanig ingericht dat het kan functioneren als basissysteem voor elektronisch aanbesteden. Het basissysteem bestaat uit de publicatiemodule, de inschrijfmodule inclusief het digitale bedrijfsdossier en de eGids. Naast TenderNed is ook een aantal private aanbestedingsplatforms actief die een koppeling hebben met TenderNed om de verplichte publicatie te verzorgen. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zijn vrij in de keuze voor een aanbestedingsplatform. Omwille de eenduidige toepassing van de regels rondom elektronisch aanbesteden is er voor gekozen de verplichting ten aanzien van elektronisch aanbesteden overeenkomstig van toepassing te verklaren op concessies.

In de aanbestedingsrichtlijnen is een Europese eigen verklaring opgenomen: het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA).Het UEA is in de aanbestedingsrichtlijnen opgenomen met als doel het verlagen van de lasten. De Nederlandse uniforme eigen verklaring zal worden vervangen door het UEA. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf is verplicht in een aanbestedingsprocedure het door de ondernemer overlegde UEA te aanvaarden. De aanbestedende dienst krijgt met dit wetsvoorstel ook het recht tijdens de procedure alle of een deel van de bewijsmiddelen op te vragen, wanneer dit noodzakelijk is voor een goed verloop van de procedure. In paragraaf 4.3 wordt nader ingegaan op het UEA in het kader van de gevolgen voor de lasten.

3.4 Integriteit bij aanbesteden
Naast de integriteit van ondernemers bij aanbestedingsprocedures, waarvoor in de Aanbestedingswet 2012 de gedragsverklaring aanbesteden is geregeld, is het essentieel dat ook aanbestedende diensten

belangenconflicten binnen hun organisatie bij aanbestedingsprocedures op doeltreffende wijze voorkomen, onderkennen en oplossen. In de aanbestedingsrichtlijn en de concessierichtlijn is het belang van het voorkomen van belangenconflicten benadrukt door in een algemeen artikel op te nemen dat aanbestedende diensten passende maatregelen moeten nemen ter voorkoming van belangenconflicten door bijvoorbeeld een interne regeling op te stellen. Deze bepaling is ook in dit wetsvoorstel opgenomen. Een belangenconflict betreft bijvoorbeeld de situatie waarin personeelsleden van een aanbestedende dienst die betrokken zijn bij de aanbestedingsprocedure financiële of andere persoonlijke belangen hebben bij de uitkomst van de procedure. Door het voorkomen van belangenconflicten wordt vervalsing van de mededinging vermeden en de gelijke behandeling van ondernemers bij aanbestedingsprocedures bevorderd.

In alle drie de richtlijnen wordt de mogelijkheid geïntroduceerd om een ondernemer die blijk heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen uit te sluiten van deelneming aan een opdracht. In de richtlijnen is er voor gekozen de mogelijkheid te bieden om slechte prestaties op te nemen als uitsluitingsgrond. Met deze regeling wordt voorkomen dat belastinggeld terecht komt bij ondernemers die structureel tekort schieten bij de uitvoering van een opdracht. Aan uitsluiting op basis van prestaties uit het verleden zijn wel strikte voorwaarden verbonden om willekeurige uitsluitingen te vermijden.

Uitsluiting van ondernemers in een aanbestedingsprocedure kan disproportionele gevolgen hebben. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn als na een overname alleen de rechtspersoon van de onderneming nog hetzelfde is en de nieuwe eigenaar grondig schoon schip heeft gemaakt. Ondernemingen krijgen in dit wetsvoorstel de mogelijkheid om op eigen initiatief hun betrouwbaarheid aan te tonen bij de aanbestedende dienst in de gevallen dat zij schade hebben vergoed of actief hebben meegewerkt met de onderzoekende autoriteiten en maatregelen hebben genomen om verdere fouten te voorkomen. Indien de aanbestedende dienst van oordeel is dat de maatregelen voldoende zijn hoeft de ondernemer niet uitgesloten te worden. Voorheen lag het initiatief om van uitsluiting af te zien alleen bij de aanbestedende dienst.

3.5 Publiek-publieke samenwerking

In specifieke gevallen behoeven aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven niet de regels van de Aanbestedingswet 2012 toe te passen. Dat geldt voor bepaalde vormen van onderlinge samenwerking tussen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven bij de uitvoering van hun taken, de zogenaamde publiek-publieke samenwerking. De jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake publiek-publieke samenwerking is in de aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn vastgelegd. Dit wetsvoorstel verduidelijkt derhalve welke grenzen worden gesteld aan deze samenwerking. Om er voor te zorgen dat de samenwerking niet leidt tot vervalsing van de mededinging ten opzichte van ondernemers worden strikte voorwaarden gesteld aan de gunning van een opdracht aan een dergelijke samenwerking. Deze voorwaarden zijn deels een codificatie van jurisprudentie maar zijn ook nader uitgewerkt in de drie richtlijnen. Als gevolg van deze voorwaarden zijn de regels van deel 2, deel 2a of deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 niet van toepassing wanneer een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf taken door middel van een (op te richten) rechtspersoon uitvoert, al dan niet in samenwerking met andere aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven. Er zijn dan wel voorwaarden verbonden aan de financiering en taken van de rechtspersoon en het toezicht van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op de rechtspersoon. De aanbestedingsregels zijn evenmin van toepassing op opdrachten die uitsluitend

tussen twee of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven worden gegund, indiende opdracht strekt ter uitvoering van hun taken om gemeenschappelijke doelstellingen te verwezenlijken en de samenwerking uitsluitend berust op overwegingen van openbaar belang.

3.6 Voorbehouden opdrachten
De Aanbestedingswet 2012 biedt de mogelijkheid opdrachten voor te behouden aan sociale werkvoorzieningen als ten minste 50% van de werknemers gehandicapt zijn, omdat sociale werkvoorzieningen er onder normale mededingingsvoorwaarden vaak niet in slagen voldoende opdrachten gegund te krijgen, vanwege de extra kosten die zij maken. De aanbestedingsrichtlijnen bieden de mogelijkheid dit percentage te verlagen naar 30%, 'kansarmen' toe te voegen aan de doelgroep en aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de mogelijkheid te bieden opdrachten voor te behouden aan ondernemingen die de integratie van arbeidsbeperkten tot doel hebben. Deze uitbreidingen worden overgenomen in het wetsvoorstel omdat ze goed aansluiten bij de ontwikkelingen die de participatiewetgeving met zich meebrengt. Sociale werkvoorzieningen worden kleiner en het Rijk draagt steeds minder bij aan de financiering van sociale werkvoorzieningen, waardoor zij een efficiencyverbetering moeten doorvoeren en bepaalde taken of activiteiten afstoten. Deze taken en activiteiten worden deels opgepakt door ondernemingen die de integratie van mensen met een arbeidsbeperking als doel hebben. De regering vindt het belangrijk dat de publieke en private sector de arbeidsparticipatie van deze groep bevorderen. Het voorbehouden van opdrachten aan zowel sociale werkvoorzieningen als aan ondernemingen die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten en kansarmen tot hoofddoel hebben, sluit ook daarom goed aan bij de participatiewetgeving.

3.7 Opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten
In de huidige Aanbestedingswet 2012 geldt voor niet-prioritaire diensten, de zogenaamde B-diensten een licht aanbestedingsregime. Niet-prioritaire diensten zijn met name sociale diensten, diensten voor gezondheidszorg en onderwijsdiensten. Bij deze diensten is in veel gevallen de grensoverschrijdende relevantie beperkt omdat ze naar hun aard sterk cultureel bepaald zijn en dus de invulling per lidstaat verschilt. De aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn laten het aan de lidstaten om nadere regels te stellen voor deze diensten. Gelet op de specifieke aard van deze diensten wordt in dit wetsvoorstel voorgesteld het gewijzigde regime voor sociale en andere specifieke diensten slechts met een beperkt aantal voorschriften in te kleden. Er worden enkele verplichtingen aan de bestaande procedure voor sociale en andere specifieke diensten toegevoegd. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven worden verplicht opdrachten voor deze diensten met een waarde boven € 750.000 aan te kondigen. Hierdoor wordt transparantie vooraf gewaarborgd. Voorts worden aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven verplicht een aankondiging van een gegunde opdracht bekend te maken. Als gevolg van de drie richtlijnen en de implementatie daarvan in dit wetsvoorstel komt een aantal voormalige B-diensten onder het reguliere aanbestedingsregime te vallen, zoals diensten op het gebied van vervoersondersteunende activiteiten. Andere diensten worden juist aan het nieuwe lichte regime toegevoegd, zoals diensten in het kader van openbaar bestuur, defensie en sociale verzekering.

3.8 Concessieopdrachten
De concessierichtlijn introduceert een nieuw regime voor concessieopdrachten voor diensten en vult de bestaande bepalingen rondom de concessieopdrachten voor werken aan. Hierdoor ontstaat één licht regime voor concessieopdrachten. Kenmerkend is het vormvrije karakter. Het staat

aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, met inachtneming van de algemene beginselen zoals opgenomen in deel 1 van de Aanbestedingswet 2012, vrij om de procedure te organiseren naar eigen goeddunken. De concessierichtlijn wordt van toepassing op het type opdrachten waarvoor reeds concessies worden gesloten bijvoorbeeld de exploitatie van parkeergarages, zwembaden, buitenreclame en afvalverwerking. Niet al deze opdrachten worden momenteel vormgegeven als concessies; soms worden hiervoor vergunningen of subsidies gebruikt. Voorts biedt de concessierichtlijn nieuwe kansen voor aanbestedende diensten om opdrachten op een andere wijze in de markt te zetten. De richtlijn geeft handvatten om een (overheids)opdracht als een concessieopdracht in de markt te zetten en daarmee het exploitatierisico voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven te beperken.

De definitie van een concessieopdracht bestaat uit twee onderdelen. Er dient net als in de aanbestedingsrichtlijnen sprake te zijn van een (overheids)opdracht. Een gemeentelijke vergunning zonder juridisch afdwingbare tegenprestatie is daarmee geen concessieopdracht in de zin van de concessierichtlijn. Daarnaast dient de opdracht een daadwerkelijk exploitatierisico voor de concessiehouder in te houden. Het onderscheid met de gunning van overheidsopdrachten en speciale-sectoropdrachten is gelegen in de aanwezigheid en de overgang van een exploitatierisico naar de concessiehouder. Een exploitatierisico wordt gedefinieerd als het risico van blootstelling aan de grillen van de markt. Het is een risico dat voortvloeit uit factoren waarop de partijen geen invloed hebben, een risico dat voorzienbaar is maar niet zeker. Het exploitatierisico kan zowel een vraag- als een aanbodrisico of beide zijn. Een aanbodrisico kan bijvoorbeeld het aantal gebruikers van een snelweg zijn, een vraagrisico is bijvoorbeeld de kosten van de investering en onderhoud van de snelweg. Met de bepaling of sprake is van het overgaan van het exploitatierisico moeten aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven strikt omgaan. Ze mogen het lichte regime voor concessieopdrachten niet gebruiken om de regels van de aanbestedingsrichtlijnen te omzeilen. Wanneer een ondernemer tijdens het uitvoeren van de concessieopdracht failliet lijkt te gaan en de concessieverlener de concessiehouder helpt om het faillissement af te wenden is bijvoorbeeld geen sprake meer van een concessieopdracht. Het exploitatierisico is dan immers overgegaan naar de concessieverlener.

Een concessieopdracht mag zonder verdere uitleg of motivering worden gegund voor een looptijd van maximaal vijf jaar. Wanneer de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een langere looptijd wenst moet hij dit motiveren. In dat geval dient de looptijd wel beperkt te zijn tot de periode waarvan redelijkerwijs verwacht mag worden dat de investering die de concessiehouder heeft gemaakt, samen met een rendement, valt terug te verdienen.

3.9 Speciale sectoren

De aanbestedingsplicht voor speciale-sectorbedrijven ziet alleen op aanbestedingen die verband houden met in de wet benoemde activiteiten in de sectoren water, energie, transport en postdiensten. Onder het begrip speciale-sectorbedrijven vallen zowel klassieke aanbestedende diensten als publieke en private ondernemingen die zich bezighouden met de in de wet genoemde activiteiten. Voor speciale-sectorbedrijven gelden momenteel al aparte en meer flexibele regels omdat het veelal gaat om geliberaliseerde sectoren, maar er te weinig concurrentiedruk bestaat om zonder regulering een niet-discriminatoire en transparantie inkoopprocedure te kunnen garanderen. Daarom is er ook in de aanbestedingsrichtlijnen voor gekozen om bepaalde verplichtingen die wel zijn opgenomen in de aanbestedingsrichtlijn niet op te nemen in de aanbestedingsrichtlijn voor speciale-sectoropdrachten. Het gaat bijvoorbeeld om bepalingen ten aanzien van de uitsluiting van bepaalde ondernemingen. Als

gevolg van een wijziging in het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijn voor speciale-sectoropdrachten regelt dit wetsvoorstel dat activiteiten met betrekking tot de exploratie van olie en gas en bepaalde postdiensten (financiële, logistieke, elektronische en filateliediensten) niet langer onder het toepassingsbereik van deel 3 van de wet vallen. Om de mededinging te versterken maximeert dit wetsvoorstel de looptijd van een raamovereenkomst voor speciale-sectoropdrachten tot in beginsel acht jaar. Het speciale-sectorbedrijf kan van dat maximum afwijken, mits die afwijking deugdelijk wordt gemotiveerd. Een raamovereenkomst zonder maximum looptijd sluit immers de markt af. Ook is het drempelbedrag voor het lichte regime voor sociale en andere specifieke diensten voor speciale-sectoropdrachten op € 1.000.000 gesteld en is het begrip exclusieve en bijzondere rechten aangepast aan de jurisprudentie.

3.10 Monitoring van toepassing aanbestedingsregels

Met het oog op de correcte en efficiënte toepassing van de aanbestedingsregels schrijven de aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn de lidstaten voor deze toepassing te monitoren. In Nederland is effectieve rechtsbescherming gewaarborgd en de regering is van mening dat de toepassing van de aanbestedingsregels voldoende wordt gemonitord. De monitoring van de toepassing van de aanbestedingsregels vindt op verschillende manieren plaats. Juiste toepassing van de aanbestedingsregels is onderdeel van de rechtmatigheidstoetsing door de accountant, zowel bij decentrale overheden als bij het rijk. De Algemene Rekenkamer en decentrale Rekenkamers doen voorts onderzoek naar de toepassing van de aanbestedingsregels. Ook effectieve rechtsbescherming voor ondernemers en aanbestedende diensten draagt bij aan correcte toepassing van de aanbestedingsregels. Ondernemers en aanbestedende diensten hebben meerdere mogelijkheden om onjuiste toepassing van de aanbestedingsregels aan de orde te stellen. Ondernemers kunnen een klacht indienen bij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf. Klachten in het kader van aanbestedingsprocedures kunnen ook voor een advies worden voorgelegd aan de Commissie van Aanbestedingsexperts of de rechter. Voorts kunnen ondernemers hun klacht onder de aandacht brengen bij de nationale of plaatselijke Ombudsman of de Europese Commissie.
De aanbestedingsrichtlijnen leggen Nederland de verplichting op eens in de drie jaar aan de Europese Commissie te rapporteren over factoren die tot verkeerde toepassing van de aanbestedingsregels of tot rechtsonzekerheid hebben geleid, over de mate van MKB-deelname aan opdrachten en over preventie, opsporing en adequate melding van onregelmatigheden bij aanbestedingen. Om aan deze verplichting te voldoen zal periodiek onderzoek worden gedaan naar deze factoren. Informatie die beschikbaar is uit jurisprudentie, de adviezen van de Commissie van Aanbestedingsexperts, accountantscontroles en overig beschikbaar onderzoeksmateriaal worden in dit onderzoek betrokken. Met het oog op deze verslaglegging is in het wetsvoorstel bepaald dat de Minister van Economische Zaken hiervoor processen-verbaal kan opvragen. De onderzoeken zullen aan de Europese Commissie ter beschikking worden gesteld en gepubliceerd.

3.11 Informatie en ondersteuning aan aanbestedende diensten en ondernemers

Ten behoeve van de juiste toepassing van de aanbestedingsregels dient Nederland op basis van de aanbestedingsrichtlijnen er zorg voor te dragen dat informatie over de uitleg en toepassing van de aanbestedingsregels gratis beschikbaar is voor ondernemers en aanbestedende diensten. Daarnaast dienen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven desgewenst ondersteund te worden met betrekking tot planning en uitvoering van aanbestedingsprocedures. Het Expertisecentrum Aanbesteden (PIANOo) vervult reeds deze informerende en ondersteunende rol. Veelal is de informatie die via PIANOo beschikbaar is, ook relevant voor ondernemers. De Rijksdienst voor Ondernemend

Nederland (RVO) en verschillende brancheorganisaties voor ondernemers voorzien daarnaast ondernemers van informatie bij vragen over aanbesteden. Momenteel wordt bezien op welke wijze de activiteiten van PIANOo in de toekomst worden ingevuld.

3.12 Overzicht maatregelen

In onderstaand schema wordt een overzicht gegeven van de belangrijkste wijzigingen die volgen uit het wetsvoorstel.

Maatregel		**Wat wijzigt in de wet**
Ruimte voor duurzaamheid en innovatie	Marktconsultatie	Mogelijkheid gecodificeerd
	Innovatiepartnerschap	Nieuwe procedure voor innovatiegericht inkopen
	Eisen aan de levenscyclus	Mogelijkheid van het stellen van deze eisen is gecodificeerd
	Keurmerken	Eisen van een keurmerk wordt onder voorwaarden toegestaan
	Gunningscriteria	EMVI is overkoepelende term voor alle gunningscriteria geworden. Naam gunningscriterium EMVI is gewijzigd in 'beste-prijskwaliteitsverhouding. Nieuw gunningscriterium geïntroduceerd: laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit
Flexibilisering	Mededingingsprocedure met onderhandeling	Nieuwe naam (voorheen: onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) Voorwaarden voor gebruik zijn versoepeld voor aanbestedende diensten
	Concurrentiegerichte dialoog	Nieuwe procedure voor speciale-sectorbedrijven
		Voorwaarden voor gebruik zijn versoepeld voor aanbestedende diensten
	Dynamisch aankoopsysteem	Verplichting om opdrachten binnen het systeem apart aan te kondigen vervalt
	Termijnen	Mogelijkheid voor kortere termijnen
Verlaging administra-tieve lasten	Elektronisch aanbesteden	Communicatie- en informatie-uitwisseling moet vanaf 18 april 2016 in beginsel elektronisch
	Uniform Europees Aanbestedingsdocument	Vervangt de eigen verklaring
Integriteit	Belangenconflicten	Aanbestedende diensten moeten passende maatregelen nemen ter voorkoming van belangenconflicten
	Prestaties uit het verleden	Ondernemers kunnen onder voorwaarden op basis van prestaties in het verleden worden uitgesloten.
	Afzien van uitsluiting	Ondernemer kan betrouwbaarheid aantonen om uitsluiting te voorkomen
Publiek-publieke samenwerking		Grotendeels codificatie jurisprudentie
Voorbehouden opdrachten		Mogelijkheden om opdrachten voor te behouden

		worden uitgebreid
Sociale en andere specifieke diensten		Lijst met dit type diensten is gewijzigd
		Opdrachten van aanbestedende diensten boven € 750.000 moeten Europees aangekondigd worden
		Speciale-sectoropdrachten boven € 1.000.000 moeten Europees aangekondigd worden
Concessieopdrachten		Één licht regime voor concessieopdrachten voor werken en diensten geïntroduceerd
Speciale sectoren	Toepassingsbereik	Exploratie van olie en gas en bepaalde postdiensten valt niet meer binnen het toepassingsbereik
	Raamovereenkomsten	Looptijd in beginsel gemaximeerd tot 8 jaar

4. Gevolgen van het wetsvoorstel voor de lasten

4.1 Meting lasteneffecten als gevolg van het wetsvoorstel

Om inzichtelijk te krijgen wat de lasteneffecten zijn van de verschillende wijzigingen uit dit wetsvoorstel die volgen uit de implementatie van de Aanbestedingsrichtlijnen en de Concessierichtlijn is het 'Onderzoek (administratieve) lasten implementatie aanbestedingsrichtlijnen' uitgevoerd door SIRA Consulting. In dit onderzoek is in kaart gebracht welke maatregelen uit de richtlijnen lasteneffecten hebben en is vervolgens onderzocht wat de lasteneffecten van die maatregelen zijn door implementatie in de Aanbestedingswet 2012. In het onderzoek wordt volgens de gebruikelijke wijze van meten van lasten bij het aanbesteden onderscheid gemaakt tussen de uitvoeringslasten voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven en de administratieve lasten en overige lasten voor het bedrijfsleven.

Ten tijde van het opstellen van de Aanbestedingswet 2012 is onderzoek gedaan naar de lasteneffecten van de destijds voorgestelde maatregelen. Dit rapport 'Lastenontwikkeling aanbestedingsbeleid, SIRAConsulting/Significant, 2009 is gehanteerd als uitgangspunt voor de inschatting van de lasteneffecten die is gemaakt bij het onderhavige wetsvoorstel. Tijdens het uitvoeren van dit onderzoek liep het lastenonderzoek dat in het kader van de evaluatie van de Aanbestedingswet 2012 werd uitgevoerd nog. Dat onderzoek kon derhalve niet als uitgangspunt worden gehanteerd.

4.2 Overzicht van de lastenontwikkeling

De maatregelen als gevolg van de implementatie leiden tot een totale lastenreductie van € 5.666.700. Voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven leiden de voorstellen tot een lastenreductie van € 1.297.100 en voor het bedrijfsleven € 4.369.600. De lasteneffecten van het wetsvoorstel zijn hieronder schematisch weergegeven.

Lasten bedrijfsleven	Administratieve lasten	- € 1.845.800
	Overige lasten	- € 2.523.800
	Totaal	- € 4.369.600
Lasten aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven	Uitvoeringslasten	- € 1.297.100
Totale lasten		- € 5.666.700

De verplichting tot elektronisch aanbesteden zorgt voor de grootste lastenreductie voor beide partijen. Ook de introductie van het innovatiepartnerschap leidt naar verwachting tot een lastenreductie aangezien het als gevolg van een innovatiepartnerschap ontwikkelde prototype niet hoeft te worden aanbesteed. Maatregelen die zorgen voor een lastenverzwaring zijn de bepalingen ten aanzien van onderaanneming, de uitbreiding van de voorschriften omtrent het proces-verbaal en het makkelijker toegankelijk maken van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Op de twee maatregelen met het grootste lasteneffect wordt hieronder nader ingegaan. De Aanbestedingswet 2012 stelt eisen aan aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij het gunnen van opdrachten. De voorgestelde wijzigingen in de Aanbestedingswet 2012 hebben naar verwachting geen significant effect op de werking van de markt.

Elektronisch aanbesteden
De aanbestedingsrichtlijnen bevatten de verplichting dat alle communicatie in beginsel elektronisch plaatsvindt. Een deel van de communicatie verloopt reeds elektronisch. In het 'Onderzoek (administratieve) lasten implementatie aanbestedingsrichtlijnen' wordt er vanuit gegaan dat dit circa 50% van de communicatie betreft. Doordat documenten niet langer in *hardcopy* hoeven worden aangeleverd en ook alle overige communicatie in beginsel digitaal verloopt zorgt deze maatregel voor een lastenreductie van circa € 4,7 miljoen voor het bedrijfsleven en circa € 1,8 miljoen voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.

Onderaanneming
Uit de aanbestedingsrichtlijnen volgt de verplichting voor bedrijven om na gunning van de opdracht en tijdens de uitvoering van de opdracht contactgegevens en de wettelijke vertegenwoordigers van onderaannemers te verstrekken aan de aanbestedende dienst. Bedrijven zullen gedurende de uitvoering van de opdracht deze gegevens bijhouden en registreren. Deze gegevens moeten worden aangeleverd aan de aanbestedende dienst die de informatie ook zal registreren. Dit leidt tot een lastenverzwaring van ruim € 0,7 miljoen voor het bedrijfsleven en € 0,45 miljoen voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven.

4.3 Uniform Europees Aanbestedingsdocument
De aanbestedingsrichtlijnen bepalen dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verplicht is in een aanbestedingsprocedure het door de ondernemer overlegde UEA te aanvaarden. Het UEA is een Europese eigen verklaring. De aanbestedende dienst krijgt met dit wetsvoorstel ook het recht tijdens de procedure alle of een deel van de bewijsmiddelen op te vragen, wanneer dit noodzakelijk is voor een goed verloop van de procedure.

De Nederlandse uniforme eigen verklaring is vastgesteld in een ministeriële regeling en zal moeten worden vervangen door het UEA. Het UEA zal worden opgesteld en vastgesteld door de Europese Commissie. Op dit moment is nog niet duidelijk hoe het definitieve document eruit zal komen te zien. Er is echter wel een concept UEA voorgelegd aan de lidstaten. Op basis van dit concept zijn in het 'Onderzoek (administratieve) lasten implementatie aanbestedingsrichtlijnen' de lasteneffecten van deze maatregel berekend. In de aanbestedingsrichtlijnen wordt aangegeven dat het UEA een lasten reducerende maatregel is. Dat is juist wanneer wordt uitgegaan van de situatie dat er nog geen eigen verklaring is. Het UEA gaat echter minder ver dan de Nederlandse uniforme eigen verklaring. Dat heeft tot gevolg dat introductie van het concept UEA dat voorlag ten tijde van het

lastenonderzoek zou leiden tot een forse lastenverzwaring van ruim €10 miljoen voor het bedrijfsleven. Deze lastenverzwaring zou worden veroorzaakt doordat de ondernemer in het UEA al moet aangeven op welke wijze hij voldoet aan de gestelde eisen, terwijl in de Nederlandse uniforme eigen verklaring kan worden volstaan met de verklaring dat aan de eis is voldaan. De Nederlandse inzet is er dan ook volledig op gericht dat het concept UEA wordt aangepast om te voorkomen dat de lasten zullen toenemen. Aangezien nog onduidelijk is hoe het definitieve UEA er uit zal zien, is de in het lastenonderzoek berekende lastenverzwaring nog niet opgenomen in het bovenstaand overzicht.

4.4 Overige bedrijfseffecten

De Aanbestedingswet 2012 stelt eisen aan aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij het gunnen van opdrachten. De voorgestelde wijzigingen in de Aanbestedingswet 2012 hebben naar verwachting geen significant effect op de werking van de markt.

5. Consultatie

5.1 Consultatie belanghebbenden

[na internetconsultatie aan te vullen]

ARTIKELSGEWIJZE TOELICHTING

Artikel I

Deel 1

Artikel 1.1

aanbestedingsstukken
Omwille van verduidelijking is in artikel 2 van richtlijn 2014/24/EU en van richtlijn 2014/25/EU een definitie opgenomen van het begrip aanbestedingsstukken. Een dergelijke definitie was niet opgenomen in richtlijn 2004/18/EG. In het wetsvoorstel wordt de definitie van aanbestedingsstukken aangepast aan de definitie aan artikel 2 van richtlijn 2014/24/EU en van richtlijn 2014/25/EU. Daarnaast is in artikel 5 van richtlijn 2014/23/EU een definitie opgenomen van concessiedocumenten. De definitie concessiedocumenten heeft eenzelfde betekenis als de definitie aanbestedingsstukken. Om die reden wordt in deel 2a omwille van de eenduidigheid niet de definitie concessiedocumenten gebruikt maar de term aanbestedingsstukken uit richtlijn 2014/24/EU en 2014/258/EU. Onder de aanbestedingsstukken vallen alle stukken die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf worden opgesteld of vermeld ter omschrijving of bepaling van de onderdelen van de aanbesteding of de procedure. Daaronder vallen in ieder geval de aankondiging van de opdracht, de vooraankondiging indien deze wordt gebruikt als oproep tot mededinging, de technische specificaties, het beschrijvende document, de voorgestelde contractvoorwaarden, formaten voor de aanbieding van documenten door gegadigden en inschrijver, informatie over algemeen toepasselijke verplichtingen en alle aanvullende documenten. Correspondentie via e-mail, etc., waarin allerlei mededelingen worden gedaan valt niet onder het begrip aanbestedingsstukken.

aankoopcentrale
De definitie van aankoopcentrale wordt verduidelijkt. De gecentraliseerde en aanvullende aankoopactiviteiten die in deze definitie worden genoemd, worden ook gedefinieerd in artikel 1.1.

concessieopdracht
De gunning van een concessieopdracht voor werken of voor diensten houdt de overdracht aan de concessiehouder in van het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de werken of diensten en dat het vraagrisico of het aanbodrisico of beide omvat. De concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de werken of diensten die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Het deel van het aan de concessiehouder overgedragen risico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat elk potentieel door de concessiehouder te lijden verlies niet louter nominaal of te verwaarlozen is. Bij de implementatie van de concessierichtlijn is gekozen om de term concessieopdracht (voor werken of diensten) te hanteren in plaats van concessieovereenkomst waar richtlijn 2014/23/EU van spreekt. De Aanbestedingswet 2012 heeft betrekking op het gunnen van een opdracht, in het geval van een concessie zal dat leiden tot het gunnen van een concessieovereenkomst. Gebruikelijk terminologie is het sluiten van een overeenkomst en het gunnen van een opdracht. Er is om deze reden gekozen voor de term concessieopdracht.

dynamisch aankoopsysteem
In richtlijn 2014/24/EU komt geen begripsomschrijving meer voor van het dynamisch aankoopsysteem. Wel is in artikel 34 van die richtlijn een aantal kenmerken van dat systeem opgesomd, die in hoofdzaak overeenstemmen met de omschrijving zoals die in richtlijn 2004/18/EG en in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 is opgenomen. Een begripsbepaling van het dynamisch aankoopsysteem blijft evenwel wenselijk. De omschrijving is opnieuw uitgeschreven met enige terminologische aanpassingen die aansluiten op de bewoordingen van richtlijn 2014/24/EU. Zie over het dynamisch aankoopsysteem verder de toelichting op de voorgestelde wijzigingen in de artikelen 2.48 en volgende.

De begripsbepaling "Overeenkomst inzake overheidsopdrachten" vervalt. Aangezien dit begrip slechts eenmaal in de Aanbestedingswet 2012 voorkomt, is de omschrijving (in geactualiseerde vorm conform richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU) thans in het desbetreffende artikel 1.23 opgenomen.

aanvullende aankoopactiviteit
Aanvullende aankoopactiviteiten zijn activiteiten die bestaan uit het verlenen van ondersteuning aan aankoopactiviteiten. Aanvullende aankoopactiviteiten kunnen worden verricht door aankoopcentrales, maar ook door private aanbieders van aanbestedingsdiensten.

conformiteitsbeoordelingsinstantie
Met deze begripsomschrijving wordt artikel 44, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Voorbeelden van conformiteitsbeoordelingsactiviteiten zijn ijken, testen, certificeren en inspecteren. In Nederland is de Stichting Raad voor Accreditatie op grond van de Wet aanwijzing nationale accreditatie-instantie aangewezen om conformiteitsbeoordelingsinstanties in de zin van verordening 765/2008 te accrediteren.

gecentraliseerde aankoopactiviteit
Uit de definitie van aankoopcentrale blijkt dat zo'n centrale een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf is die of dat een gecentraliseerde aankoopactiviteit verricht. Zoals reeds volgde uit artikel 1, tiende lid, van richtlijn 2004/18/EG, kan gecentraliseerde aankoop op twee verschillende wijzen worden georganiseerd. In artikel 2, eerste lid, onderdeel 14, van richtlijn 2014/24/EU wordt dit verder verduidelijkt.
Onderdeel a van de definitie betreft gecentraliseerde aankoop waarbij een aankoopcentrale als groothandel optreedt door middel van de verwerving van leveringen of diensten die bestemd zijn voor aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven. In dit geval sluit de aankoopcentrale op eigen titel overeenkomsten met leveranciers of dienstverleners en deze leveringen of diensten verkoopt de aankoopcentrale vervolgens door aan de bij hem aangesloten aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven.
Onderdeel b betreft gecentraliseerde aankoop door een aankoopcentrale die als tussenpersoon optreedt voor het plaatsen van overheidsopdrachten of speciale-sectoropdrachten of het sluiten van raamovereenkomsten voor werken, leveringen of diensten die bestemd zijn voor aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven. Met de voorgestelde wijzigingen in artikel 2.11 en artikel 3.10 worden de voorwaarden uiteengezet waaronder aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven gebruik kunnen maken van gecentraliseerde aankoopactiviteiten die worden aangeboden door aankoopcentrales.

innovatie
Zoals uit de definitie blijkt heeft innovatie betrekking op zowel volledig nieuwe producten, diensten of processen als op de aanmerkelijke verbetering van reeds bestaande producten, diensten of processen. Innovatie kan bijvoorbeeld plaatsvinden in productie-, bouw- of constructieprocessen, verkoopmethodes, organisatiemethodes in de bedrijfsvoering, of organisatie op de werkvloer.

keurmerk
De omschrijving van het begrip keurmerk is van belang voor de bepalingen in het wetsvoorstel met betrekking tot het eisen van een keurmerk door een aanbestedende dienst (zie artikel 2.78a). Een keurmerk kan worden verstrekt door een overheidsinstantie of een private organisatie.

keurmerkeis
Keurmerkeisen zijn de onderliggende eisen van een keurmerk. Als een product, dienst, proces of procedure voldoet aan die onderliggende eisen, kan een keurmerk worden verkregen.

levenscyclus
Het begrip levenscyclus is van belang voor een aantal bepalingen inzake gunningscriteria. De omschrijving spreekt voor zich. De stadia in een levenscyclus lopen uiteen van de verkrijging van grondstof, of de opwekking van hulpbronnen tot de verwijdering of opruiming. De fases daartussen kunnen bijvoorbeeld betreffen: uit te voeren onderzoek en ontwikkeling, productie, handel en handelsvoorwaarden, vervoer, gebruik en onderhoud.

mededingingsprocedure met onderhandeling
Zoals uit de begripsbepaling van de mededingingsprocedure met onderhandeling blijkt, is daarbij sprake van een procedure met voorselectie. De kernelementen van die procedure zijn in de begripsomschrijving vervat. Zo mogen alle ondernemers een verzoek doen deel uit te gaan maken van de voorselectie. Louter de door de aanbestedende dienst geselecteerde ondernemers mogen een eerste inschrijving indienen. Deze eerste inschrijving dient vervolgens als basis voor onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver. Deze onderhandelingen zijn aan de regels van de paragrafen 2.2.1.5 en 2.3.8.7 van dit wetsvoorstel onderworpen en dienen ingevolge artikel 2.56 te worden gedocumenteerd.

procedure van het innovatiepartnerschap
Zoals uit de begripsbepaling van het innovatiepartnerschap blijkt, is daarbij sprake van een procedure met voorselectie. De procedure ziet specifiek op de aanschaf van een innovatief product, dienst of werk. De kernelementen van de procedure zijn in de begripsomschrijving vervat. Zo mogen alle ondernemers een verzoek doen deel uit te gaan maken van de voorselectie. Louter de door de aanbestedende dienst geselecteerde ondernemers mogen een eerste inschrijving indienen. Deze eerste inschrijving dient vervolgens als basis voor onderhandelingen tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver. De paragrafen 2.2.1.6 en 2.3.8.7a bevatten voorschriften voor deze procedure.

Artikel 1.3

Op grond van artikel 22, zevende lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU kan de Europese Commissie de gevallen, genoemd in artikel 22, eerste lid, onderdelen a tot en met d, van die richtlijn (waarnaar wordt verwezen in artikel 2.52a, tweede lid) wijzigen als het voortzetten van de

uitzonderingen op het gebruik van elektronische middelen vanwege technologische ontwikkelingen niet langer passend is of, in uitzonderingsgevallen, de technologische ontwikkelingen nieuwe uitzonderingsgevallen noodzakelijk maken. Hiertoe is in artikel 1.3, eerste lid, bepaald dat dergelijke wijzigingen van de Europese Commissie voor de toepassing van de Aanbestedingswet 2012 gelden met ingang van de dag waarop het besluit van de Europese Commissie in werking treedt. De Minister van Economische zaken publiceert een dergelijk besluit in de Staatscourant.

Artikel 1.10a

In artikel 1.10a wordt artikel 18, eerste lid, tweede en derde volzin, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. In dit artikel wordt bepaald dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf geen overheidsopdracht, speciale-sectoropdracht of concessieovereenkomst ontwerpt met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deel 2, deel 2a of 3 van deze wet of om de mededinging op kunstmatige wijze te beperken. In de huidige Aanbestedingswet 2012 is deze notie opgenomen in diverse artikelen, zoals in het verbod om een voorgenomen overheidsopdracht te splitsen met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van de wet. Bundeling in één centraal artikel is derhalve vooral een signaal aan de aanbestedingspraktijk dat dergelijke praktijken in geen enkele procedure waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, zijn geoorloofd.

Artikel 1.10b

Dit artikel implementeert artikel 24 van richtlijn 2014/24/EU, artikel 42 van richtlijn 2014/25/EU en artikel 35 van richtlijn 2014/23/EU. Het artikel verankert dat een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf maatregelen dient te nemen om belangenconflicten, fraude, corruptie en bevoordeling in het kader van aanbestedings- en concessieprocedures te voorkomen, te onderkennen en op te lossen. Het betreft geen nieuwe norm, maar de wettelijke vastlegging in de Aanbestedingswet 2012 dat belangenconflicten, fraude, corruptie en bevoordeling moeten worden voorkomen, onderkend en opgelost.

Artikel 125quater van de Ambtenarenwet borgt dit reeds voor het rijk, de provincies, de gemeenten en de waterschappen. Dit artikel verplicht het bevoegd gezag van deze overheden tot het voeren van een integriteitsbeleid dat is gericht op het bevorderen van goed ambtelijk handelen. Daaronder valt mede het tegen gaan van bevoordeling, belangenconflicten, fraude en corruptie. Daarnaast dient het integriteitsbeleid onderdeel uit te maken van het personeelsbeleid. Daarover dient conform de Ambtenarenwet ook verantwoording te worden afgelegd door het bevoegd gezag aan de Tweede Kamer, provinciale staten, de gemeenteraad of het algemeen bestuur.

Aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven waarvoor voornoemde regelgeving niet geldt, dienen, voor zover zij niet reeds een integriteitsbeleid hebben, passende maatregelen te nemen met het oog op de naleving van artikel 1.10b. Dergelijke passende maatregelen kunnen bestaan uit, bijvoorbeeld integriteitsprotocollen, integriteitscodes, normen, compliance regelingen, integriteitsbepalingen in cao’s of een intern meldpunt voor belangenconflicten.
Indien een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een belangenconflict niet kan oplossen door bijvoorbeeld personen die het belangenconflict betreft aan de zijde van de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf te vervangen of door het nemen van andere maatregelen, dan kan als

ultimum remedium een onderneming van deelneming op rond van het voorgestelde artikel 2.87, eerste lid, onderdeel e, worden uitgesloten.

Artikel 1.21a

Dit artikel wordt toegevoegd ter uitvoering van het eerste deel van de motie Reuten (Kamerstukken I 2012/13, 32 440, M). In die motie wordt de regering, samengevat weergegeven, verzocht om bij de eerstvolgende relevante herziening van de Aanbestedingswet 2012 artikel 2.81, tweede lid, zodanig in de wet te plaatsen dat het van toepassing is op het gehele terrein van die wet. Door artikel 1.21a toe te voegen aan Hoofdstuk 1.3, dat ziet op administratieve voorschriften voor overheidsopdrachten, speciale-sectoropdrachten en concessieovereenkomsten met een waarde onder de Europese drempelbedragen, wordt artikel 2.81, tweede lid, ook van toepassing onder de Europese drempelbedragen en dus op het gehele terrein van de wet. Het voorgestelde artikel 2.81a, dat strekt ter uitvoering van het tweede deel van de motie Reuten (zie de toelichting op dat artikel) wordt vanzelfsprekend eveneens van toepassing beneden de Europese drempels.

Artikel 1.23

De tekstuele wijzigingen van artikel 1.23, eerste en tweede lid, strekken ter implementatie van artikel 25 van richtlijn 2014/24/EU en artikel 43 van richtlijn 2014/25/EU. De in het tweede lid genoemde Overeenkomst is gesloten in het kader van de multilaterale handelsbesprekingen van de Uruguayronde. In het eerste lid wordt bepaald dat voorwaarden die op ondernemers uit derde landen worden toegepast in het kader van de genoemde Overeenkomst niet minder gunstig mogen zijn dan de voorwaarden die aan ondernemers uit de Unie worden opgelegd.

Deel 2

Artikelen 2.1, 2.2, eerste en tweede lid, 2.3, 2.6, 2.6a en 2.7, eerste lid

De voorgestelde wijzigingen in de artikelen 2.1, 2.2, eerste en tweede lid, 2.3, 2.6en 2.7, eerste lid, en het nieuwe artikel 2.6a hebben betrekking op de drempelbedragen voor overheidsopdrachten, waarboven deel 2 van de wet moet worden toegepast. Telkens wordt in genoemde artikelen verwezen naar de vindplaats van het relevante bedrag in richtlijn 2014/24/EU. De reeds in de Aanbestedingswet 2012 gehanteerde systematiek wordt daardoor gecontinueerd.
De in artikel 2.1 voorgestelde wijziging betreft overheidsopdrachten voor werken. De in artikel 2.2, eerste lid, voorgestelde wijziging betreft overheidsopdrachten voor leveringen en diensten, waar de voor het tweede lid voorgestelde wijziging het drempelbedrag betreft voor een overheidsopdracht op een nader omschreven gebied van defensie. De voorgestelde wijziging in artikel 2.3 betreft overheidsopdrachten voor leveringen en diensten door aanbestedende instanties anders dan de staat. De voorgestelde wijzigingen in de artikelen 2.5 en 2.6 hebben betrekking op de drempelbedragen voor prijsvragen. Voor prijsvragen gelden als hoofregel twee drempels, naar gelang de prijsvraag door de centrale overheid of door een medeoverheid wordt georganiseerd. Het voorgestelde artikel 2.6a introduceert separaat een drempelbedrag voor overheidsopdrachten en prijsvragen voor sociale en andere specifieke diensten. De drempel voor genoemde diensten was eerder dezelfde als voor de overheidsopdrachten bedoeld in bijvoorbeeld artikel 2.2, tweede lid, maar heeft in richtlijn

2014/24/EU een eigen, verhoogd, drempelbedrag gekregen. Dat resulteert in een nieuw artikel 2.6a. Artikel 2.2, derde lid, vervalt om die reden.
Door de voorgestelde wijziging in artikel 2.7, eerste lid, wordt de verwijzing naar de vorige aanbestedingsrichtlijn vervangen door een verwijzing naar de nieuwe aanbestedingsrichtlijn. Wijzigingen door de Europese Commissie van de drempelbedragen genoemd in de aanbestedingsrichtlijn, gaan daardoor gelden met ingang van de dag dat het besluit van de Europese Commissie in werking zal treden.

Artikel 2.10

Artikel 1.5 bevat een algemene bepaling over het al dan niet samenvoegen van opdrachten, die geldt voor het gehele terrein waarop de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, zowel boven als beneden de Europese drempels. Artikel 1.5, derde lid, bevat een speciaal voorschrift inzake percelen. Bepaald wordt dat een opdracht wordt verdeeld in meerdere percelen, tenzij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dit niet passend acht. Dat moet dan worden gemotiveerd in de aanbestedingsstukken. Artikel 46 van richtlijn 2014/24/EU bevat een drietal specifieke voorschriften met betrekking tot percelen. Deze worden geïmplementeerd in artikel 2.10. De in artikel 1.5 opgenomen verplichting voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven om in percelen aan te besteden blijft bestaan. De specifieke voorschriften van artikel 2.10 betreffen het maximeren van inschrijvingen, het toelaten van combinatie-inschrijvingen en het maximeren van het aantal te gunnen percelen per ondernemer. Aan het gebruik van deze mogelijkheden worden voorwaarden verbonden met het oog op de algemene beginselen van gelijke behandeling en transparantie.
Het is uiteraard mogelijk om ook bij opdrachten beneden de Europese drempels over te gaan tot het beperken van het aantal inschrijvingen en het aantal te gunnen percelen per ondernemer en om combinatie-inschrijvingen toe te laten. Omdat ook onder de drempel de uitgangspunten van transparantie en gelijke behandeling in acht moeten worden genomen kan ook in die gevallen met behulp van de in de Europese richtlijn opgenomen bepalingen invulling worden gegeven aan de verhouding tussen transparantie en gelijke behandeling enerzijds en het maximeren van inschrijvingen, het toelaten van combinatie-inschrijvingen en het maximeren van het aantal te gunnen percelen per ondernemer anderzijds.

In het voorgestelde artikel 2.10, eerste lid, wordt voorgeschreven dat een aanbestedende dienst in de aankondiging moet vermelden of inschrijvingen kunnen worden ingediend voor één of meerdere percelen. Dit lid maakt het derhalve uitdrukkelijk mogelijk dat het aantal inschrijvingen op verschillende percelen per ondernemer door de aanbestedende dienst kan worden beperkt. Zo kan de aanbestedende dient ervoor kiezen dat ondernemers zich slechts op één perceel mogen inschrijven. Wanneer de inschrijving wordt beperkt, moet dit in de aanbestedingsstukken worden vermeld. Indien de aanbestedende dienst toestaat dat een inschrijver op meerdere percelen inschrijft, kan een aanbestedende dienst op grond van het tweede lid ervoor kiezen om combinatie-inschrijvingen toe te laten of inschrijving voor alle percelen mogelijk te maken mits de in de onderdelen a en b genoemde elementen in de aankondiging zijn vermeld.

Een combinatie-inschrijving betreft het geval waarin de inschrijver aangeeft dat hij met één inschrijving meedingt naar twee of meer percelen. Bijvoorbeeld: in een aanbesteding met drie percelen dient een inschrijver een inschrijving in voor percelen twee en drie samen. Dit betekent dat de inschrijver alleen de combinatie van die percelen kan winnen en niet de individuele percelen. Mocht

de inschrijver niet het hoogste aantal punten behalen bij perceel twee maar wel bij perceel drie dan zou hij in een situatie zonder combinatie-inschrijvingen perceel drie gegund krijgen. In het geval van een combinatie-inschrijving is dit niet het geval. Voor de inschrijving geldt de voorwaarde dat beide percelen door de ondernemer worden gewonnen. In het genoemde voorbeeld krijgt de ondernemer geen van de percelen gegund. Combinatie-inschrijvingen kunnen er in omstandigheden toe leiden dat het combineren van de percelen de uitvoering efficiënter maakt. Omdat die efficiency niet goed kan worden doorberekend als het risico bestaat dat de ondernemer één van de percelen niet krijgt gegund en andere wel, kan hij de voorwaarde aan zijn inschrijving verbinden dat hij de opdracht alleen zal uitvoeren als hij alle percelen waarvoor hij de combinatie-inschrijving heeft ingediend gegund krijgt.

De aanbestedende dienst die combinatie-inschrijvingen toestaat dient een vergelijkende boordeling van de inschrijvingen uit te voeren om te kunnen beslissen of de inschrijving voor een combinatie van percelen, als geheel genomen, beter aan de gunningscriteria voor deze afzonderlijke percelen voldoet dan de inschrijvingen van andere inschrijvers op de afzonderlijke percelen. Indien combinatie-inschrijvingen zijn toegestaan dient de aanbestedende dienst derhalve eerst per perceel te beoordelen welke inschrijvingen, inclusief de inschrijvingen op een perceel die onderdeel uitmaken van een combinatie-inschrijving, het beste aan de vastgestelde gunningscriteria voor ieder afzonderlijk perceel voldoen. Vervolgens dienen de percelen vergeleken te worden met de gehele combinatie-inschrijving die door een bepaalde inschrijver is gedaan.

De aanbestedende dienst heeft ook de mogelijkheid het aantal aan één inschrijver te gunnen percelen te beperken (derde lid). In die situatie mag een inschrijver bijvoorbeeld offertes indienen voor perceel één, twee en drie, maar zelfs indien de ondernemer de meeste punten scoort op alle percelen mag bijvoorbeeld slechts één van deze percelen aan de ondernemer worden gegund. Indien de aanbestedende dienst hier gebruik van wil maken moet hij dit expliciet in de aanbestedingsstukken vermelden en moet hij daarbij aangeven welke objectieve en niet-discriminerende regels zullen worden toegepast om te bepalen welke percelen worden gegund indien een ondernemer de meeste punten krijgt op meerdere percelen. Met het limiteren van het aantal te winnen percelen moet terughoudend worden omgegaan. Desalniettemin kan een aanbestedende dienst goede redenen hebben om hiertoe over te gaan, bijvoorbeeld om de concurrentie te bevorderen of om betrouwbare levering veilig te stellen.

Vervallen artikel 2.10

In richtlijn 2014/24/EU is de bepaling inzake bijzonder en uitsluitend recht, zoals eerder was opgenomen in artikel 3 van richtlijn 2004/18/EG, niet gehandhaafd. Daar de begrippen bijzonder en uitsluitend recht afkomstig zijn uit artikel 106, eerste lid, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie, werd het niet nodig geacht deze bepalingen opnieuw in de richtlijn op te nemen. Bijzondere of uitsluitende rechten kunnen op diverse wijzen van overheidswege worden verleend, variërend van een wet in formele zin of ander wettelijk voorschrift tot een vergunning of andersoortig besluit van een bestuursorgaan. Van een uitsluitend recht is sprake als een bepaalde dienst of activiteit in een bepaalde regio door één onderneming mag worden verricht. Bij bijzondere rechten is sprake van een op voorhand beperkt aantal ondernemingen waarbij dat beperkte recht wordt verleend overeenkomstig hetgeen in de begripsomschrijving van bijzonder recht wordt bepaald. Van een bijzonder recht is dus geen sprake bij rechten waarvoor alle ondernemingen die aan bepaalde kwalificaties voldoen, in aanmerking komen.

Artikel 2.11

Ter implementatie van artikel 37 van richtlijn 2014/24/EU wordt artikel 2.11 uitgebreid door het stellen van nadere regels inzake het functioneren van een aankoopcentrale en inzake de vraag waar de verantwoordelijkheid voor naleving van de toepasselijke regelgeving is gelegen. In Nederland wordt momenteel sporadisch gebruik gemaakt van aankoopcentrales, maar in een aantal andere EU-lidstaten is het een wijdverbreid fenomeen, waar aanbestedende diensten in sommige gevallen zelfs verplicht gebruik van moeten maken. Omdat het gebruik van aankoopcentrales in Nederland (nog) nauwelijks voorkomt, wordt geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid die het eerste lid van artikel 37 van richtlijn 2014/24/EU de lidstaten biedt om het gebruik van aankoopcentrales bij bepaalde aanbestedingen verplicht te stellen.

Uit de voorgestelde definities in artikel 1.1 volgt dat een aankoopcentrale altijd zelf een aanbestedende dienst is die op permanente basis gecentraliseerde aankoopactiviteiten verricht ten behoeve van andere aanbestedende diensten. In dat artikel (de definitie van gecentraliseerde aankoopactiviteit) wordt tevens bepaald dat een aankoopcentrale twee varianten kent, de groothandel of de tussenpersoon. Omdat een aankoopcentrale altijd een aanbestedende dienst is, zijn de bepalingen van deel 1 van dit wetsvoorstel van toepassing op aankoopcentrale. Gelet hierop dient een aankoopcentrale, bijvoorbeeld, de algemene beginselen in acht te nemen en zich te houden aan de bepalingen omtrent het al of niet samenvoegen van opdrachten.

De voorgestelde wijziging van artikel 2.11 biedt aanbestedende diensten de mogelijkheid om leveringen of diensten in te kopen van een aankoopcentrale die optreedt als groothandel. Dit type aankoopcentrale is vooral geschikt voor de aankoop van grote aantallen gangbare producten, zoals kantoorbenodigdheden. Omdat een groothandel leveringen of diensten eerst zelf inkoopt alvorens ze door te verkopen en omdat aangesloten aanbestedende diensten niet verplicht zijn om bij de groothandel in te kopen, loopt de aankoopcentrale een voorraadrisico dat gefinancierd moet worden. Indien (een onderdeel van) de Rijksoverheid een aankoopcentrale die optreedt als groothandel wenst op te richten, dient zij rekening te houden met de comptabele wet- en regelgeving (o.a. de Comptabiliteitswet 2001).

Het voorgestelde tweede lid van artikel 2.11 heeft betrekking op de situatie waarin de aankoopcentrale als tussenpersoon fungeert voor het aanbesteden van werken, leveringen of diensten door bepaalde aanbestedende diensten. In dit geval geeft de aanbestedende dienst de aankoopcentrale instructies inzake de aan te kopen werken, leveringen of diensten. De aanbestedende dienst bepaalt zelf op welk detailniveau hij deze instructies geeft.

Uit het voorgaande volgt dat een belangrijk verschil tussen het eerste en tweede lid is gelegen in het feit dat wanneer een aankoopcentrale optreedt als groothandel, hij zonder voorafgaande opdracht van een aanbestedende dienst leveringen of diensten kan inkopen, terwijl in het geval een aankoopcentrale als tussenpersoon fungeert, de aanbestedende dienst de aankoopcentrale de opdracht geeft om over te gaan tot een aanbestedingsprocedure.

Een aanbestedende dienst kan zich te allen tijde aansluiten bij een reeds bestaande aankoopcentrale die fungeert als tussenpersoon. Een aanbestedende dienst kan zich echter niet aansluiten bij een

lopende aanbestedingsprocedure, waarin de overheidsopdracht door een aankoopcentrale wordt geplaatst ten behoeve van de eerder aangesloten aanbestedende diensten.

Zowel in het geval van de groothandel als in het geval van de tussenpersoon beslist de aankoopcentrale zelf of hij voor een specifieke aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf werkzaamheden zal verrichten.

Indien een aanbestedende dienst gebruik maakt van een aankoopcentrale als bedoeld in het eerste of tweede lid, dan voldoet hij aan de verplichtingen die voortvloeien uit deel 2 van de Aanbestedingswet 2012. Uit het derde lid volgt dat de aankoopcentrale de verantwoordelijkheid draagt voor het naleven van deze verplichtingen. Echter, zoals wordt beschreven in het vierde lid, is de aanbestedende dienst zelf verantwoordelijk voor naleving van de verplichtingen die voortvloeien uit deze wet met betrekking tot de delen van de aanbestedingsprocedure die hij zelf verricht. Daaronder vallen onder andere het plaatsen van een overheidsopdracht in het kader van een dynamisch aankoopsysteem dat door een aankoopcentrale wordt geëxploiteerd, een nieuwe aankondiging op grond van een raamovereenkomst die door een aankoopcentrale is gesloten, en vaststellen wie van de ondernemers die partij zijn bij een raamovereenkomst een bepaalde taak uitvoert op grond van een door de aankoopcentrale gesloten raamovereenkomst.

Het vijfde lid bepaalt dat, indien een aanbestedende dienst aan een aankoopcentrale een overheidsopdracht voor diensten betreffende gecentraliseerde aankoopactiviteiten wil gunnen, hij daarvoor geen gebruik hoeft te maken van een aanbestedingsprocedure als bedoeld in deze wet. Ook aanvullende aankoopactiviteiten (als begrip omschreven in artikel 1.1) kunnen deel uitmaken van een dergelijke opdracht. Aanvullende aankoopactiviteiten die niet door een aankoopcentrale in verband met haar centrale aankoop ten behoeve van een aanbestedende dienst worden uitgevoerd, vallen hier niet onder. Voor een overheidsopdracht voor dergelijke aankopen dient een aanbestedende dienst een aanbestedingsprocedure conform deze wet te doorlopen.

Artikel 2.11a

In dit artikel wordt artikel 38 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Het eerste lid bevestigt de staande praktijk dat twee of meer aanbestedende diensten overeen kunnen komen om specifieke aanbestedingen gezamenlijk te verrichten. Deze gezamenlijke aanbesteding kan tal van vormen aannemen, variërend van gecoördineerde aankoop door middel van gemeenschappelijke technische specificaties voor werken, leveringen of diensten die worden aanbesteed door meerdere aanbestedende diensten, die elk een afzonderlijke aanbestedingsprocedure volgen, tot gevallen waarin de aanbestedende diensten gezamenlijk één aanbestedingsprocedure toepassen.

In het tweede lid tot en met vijfde lid wordt verhelderd bij wie in het geval van een gezamenlijke aanbesteding de verantwoordelijkheid ligt om de verplichtingen die voortvloeien uit deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 na te komen.

Artikel 2.11b

In dit artikel wordt artikel 39 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Het doel van dit artikel is om grensoverschrijdende aanbestedingen in de Europese Unie te faciliteren. Om die reden wordt in het

eerste lid bepaald dat aanbestedende diensten van verschillende lidstaten gezamenlijk een overheidsopdracht kunnen gunnen, een raamovereenkomst kunnen sluiten of een dynamisch aankoopsysteem kunnen exploiteren.

In het tweede lid wordt beschreven wat aanbestedende diensten uit verschillende lidstaten contractueel dienen vast te leggen indien zij één van de gezamenlijke activiteiten als genoemd in het eerste lid willen verrichten.

In het vijfde lid wordt bepaald dat indien een aanbestedende dienst gebruik wil maken van de diensten van een aankoopcentrale in een andere lidstaat, de nationale bepalingen van de lidstaat waarin de aankoopcentrale is gevestigd van toepassing zijn op de activiteiten van de aankoopcentrale als genoemd in onderdelen a tot en met d.

Het zesde en zevende lid bevatten nadere regels voor aanbestedingen door aanbestedende diensten uit verschillende lidstaten van de Europese Unie die een gezamenlijke entiteit, zoals een Europese groepering voor territoriale samenwerking (EGTS), hebben opgericht.

Artikelen 2.12 tot en met 2.12c

Algemeen

Voor opdrachten met een gemengd karakter introduceren richtlijn 2014/24/EU, richtlijn 2014/25/EU en richtlijn 2014/23/EU een nadere bepalingen. Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen opdrachten met een gemengd karakter die objectief deelbaar zijn, en opdrachten die dat niet zijn. In het geval een opdracht niet objectief deelbaar is, dan worden de toepasselijke voorschriften bepaald ten aanzien van het hoofdvoorwerp van die opdracht. Verduidelijkt wordt op welke wijze aanbestedende diensten kunnen uitmaken of de verschillende onderdelen deelbaar zijn of niet. Het enkele feit dat een opdracht als ondeelbaar door de aanbestedende dienst wordt beschouwd is onvoldoende. Duidelijk moet blijken uit de overwegingen van de aanbestedende dienst dat hij de noodzaak van het sluiten van één overeenkomst per geval heeft beoordeeld op basis van objectieve gronden. Die objectieve gronden kunnen van technische als economische aard zijn. Om te bepalen in hoeverre een is de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie relevant (zie onder andere PM)

Onderscheid moet worden gemaakt tussen opdrachten die vallen onder het regime van één richtlijn, maar bestaan uit twee of meer soorten opdrachten (bijvoorbeeld een opdracht met zowel elementen voor diensten en voor leveringen), en opdrachten die vallen onder meerdere regimes (bijvoorbeeld meerdere richtlijnen of het regime van een richtlijn en artikel 346 van het Verdrag van de Werking van de Europese Unie).

Artikel 2.12

In het voorgestelde tweede lid wordt, ter implementatie van artikel 7 van richtlijn 2014/24/EU, een aantal soorten opdrachten welke worden gegund door speciale-sectorbedrijven die postdiensten verlenen uitgezonderd van de toepassing van deel 2 van de wet.

Artikel 2.12a

Het voorgestelde artikel 2.12a implementeert artikel 3, tweede lid van richtlijn 2014/24/EU en heeft betrekking op gemengde overheidsopdrachten die elementen bevatten van in ieder geval twee van de drie nagenoemde overheidsopdrachten: aanbestedingen voor werken, diensten en leveringen en waarop louter deel 2 van deze wet van toepassing is.

-PM-

Artikel 2.12b

Het voorgestelde artikel 2.12b implementeert artikel 3, vierde lid, van richtlijn 2014/24/EU en heeft betrekking op gemengde opdrachten waarvan tenminste één van de deelopdrachten niet onder deel 2 valt.

-PM-

Artikel 2.12c

Het voorgestelde artikel 2.12c heeft betrekking op gemengde opdrachten met een relatie met de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied.

-PM-

Artikel 2.15a

De voorgestelde invoeging van artikel 2.15a betreft een in richtlijn 2014/24/EU opgenomen verheldering hoe bij de berekening van de waarde van een overheidsopdracht moet worden omgegaan met afzonderlijke operationele eenheden binnen een aanbestedende dienst. Die waarden dienen bij elkaar te worden opgeteld. Indien echter een dergelijke operationele eenheid zelfstandig verantwoordelijk is voor aanbestedingen of bepaalde categorieën van aanbestedingen, dan kan de waarde van een overheidsopdracht worden bepaald op het niveau van die zelfstandige operationele eenheid. De richtsnoeren die de Europese Commissie in 1993 over afzonderlijke operationele eenheden heeft uitgebracht zijn leidend bij bepaling in welk geval sprake is van een dergelijke eenheid (Europese Commissie, *Policy guidelines on contracts awarded by seperate units of a contracting entity under dir. 90/531/EEC*, CCO/92/87 Final, 20/01/1993). Per geval moet worden beoordeeld aan de hand van vier voorwaarden of sprake is van een afzonderlijke operationele eenheid. Ten eerste dient de eenheid zelf verantwoordelijk te zijn voor haar inkopen. Dit is het geval indien de verantwoordelijkheid voor inkoop door de aanbestedende dienst is overgedragen aan die eenheid waardoor de eenheid aanbestedingsprocedures onafhankelijk van de aanbestedende dienst kan verrichten en de besluiten tot aankoop onafhankelijk van enig ander onderdeel van de aanbestedende dienst kan nemen. Ten tweede moet de delegatie van inkoopverantwoordelijkheid blijken uit een scheiding van budgetten tussen de aanbestedende dienst en de eenheid; de eenheid moet zelf overeenkomsten sluiten en bekostigen uit het budget waarover zij beschikt. Ten derde moet de inkoop dienen als voorziening in de eigen behoeften van de eenheid. Ten slotte mag de aanbestedende dienst geen bemoeienis hebben met de eenheid door zich als grote inkopende partij te presenteren en te proberen vanuit die positie betere voorwaarden te bedingen.

Artikel 2.22

De voorgestelde wijziging in artikel 2.22, tweede lid, betreft het berekenen van de waarde van het, met de dit wetsvoorstel ingevoerde, procedure van het innovatiepartnerschap.
Bij de berekening van het drempelbedrag voor een prijsvraag moet op grond van artikel 2.22, eerste lid, onderdeel c, zoals dat thans luidt, de waarde van de overheidsopdracht die later aan de winnaar of een van de winnaars van de prijsvraag kan worden gegund, worden meegenomen. Dat blijft het geval. De bewoordingen van de bepaling worden aangepast aan die van richtlijn 2014/24/EU.

Artikel 2.23

De voorgestelde wijzigingen in artikel 2.23 dienen ter implementatie van diverse bepalingen van de artikelen 8, 9, 15 en 17 van richtlijn 2014/24/EU en betreffen een tweetal onderwerpen. De wijzigingen in het eerste lid, onderdelen g en h, en de nieuwe onderdelen j, en k van dat lid, de voorgestelde wijziging van het derde lid en het nieuwe vierde lid zien op de situatie dat op grond van internationale voorschriften andere regels voor aanbestedingsprocedures of prijsvragen gelden. In dat geval is onder bepaalde omstandigheden richtlijn 2014/24/EU niet van toepassing en derhalve ook deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 niet. De desbetreffende bepalingen in richtlijn 2014/24/EU zijn nader geconcretiseerd en aangevuld, waardoor ook de bepalingen in artikel 2.23 dienen te worden aangepast. De voorgestelde wijzigingen voorzien daarin.

Voor overheidsopdrachten en prijsvragen waar defensie- en veiligheidsaspecten op van toepassing zijn, geldt richtlijn 2009/81/EG. In Nederland is deze richtlijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied. De in deze onderdelen voorgestelde wijzigingen implementeren aanpassingen in de drie richtlijnen naar aanleiding van dat in 2009 geïntroduceerde regime. Het betreft hier de wijzigingen in het eerste lid, onderdelen a, e, g en h.

Artikel 2.24

Artikel 2.24 bevat een aantal uitzonderingen op het toepassingsbereik van deel 2 van de wet voor zover het overheidsopdrachten voor diensten betreft. Ten behoeve van de implementatie van de artikelen 10, 11 en 14 van richtlijn 2014/24/EU worden enkele onderdelen van artikel 2.24 gewijzigd en worden enkele uitzonderingen toegevoegd.

Ter precisering van het antwoord op de vraag op welke diensten de onderdelen c en e zien, worden daarin verwijzingen opgenomen naar respectievelijk de definities in richtlijn 2010/13/EU en de Wet op het financieel toezicht. Richtlijn 2010/13/EU is in Nederland geïmplementeerd in de Mediawet 2008.

Op grond van onderdeel g van artikel 2.24 vallen overheidsopdrachten voor onderzoek en ontwikkeling niet onder deel 2, behalve als het gaat om opdrachten waarvan de resultaten geheel bestemd zijn voor de aanbestedende dienst en de dienstverlening geheel door de dienst wordt betaald. Ter implementatie van artikel 14 van richtlijn 2014/24/EU worden in onderdeel g de CPV-codes genoemd van de onderzoeks- en ontwikkelingsdiensten die wel onder de genoemde criteria en dus binnen het toepassingsbereik van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 vallen.
Het nieuwe onderdeel h heeft betrekking op overheidsopdrachten voor bepaalde juridische diensten. Deze juridische diensten worden uitgezonderd van het toepassingsbereik van deel 2 van dit

wetsvoorstel omdat ze meestal worden verricht door instanties of personen die worden aangewezen of gekozen op een wijze die niet door aanbestedingsvoorschriften kan worden geregeld. Een voorbeeld hiervan in Nederland is de aanwijzing van de landsadvocaat.
De meeste subonderdelen van onderdeel h spreken voor zich. Onderdeel 5° kan als volgt worden toegelicht. Dit onderdeel bepaalt dat andere juridische diensten dan die genoemd in subonderdelen 1 tot en met 4 en die in de betrokken EU lidstaat al dan niet incidenteel verband houden met de uitoefening van het openbaar gezag, ook onder de uitzonderingsbepaling vallen. Om te bepalen of een dienst verband houdt met de uitoefening van openbaar gezag, is de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie inzake artikel 51 VWEU (voormalig artikel 45 EG) van belang (zie, onder andere: HvJEU van 21 juni 1974, Reyners, zaak 2-74, Jur. 1974, blz. 631; HvJEU van 13 juli 1993, Thijssen, zaak C-42/92, Jur. 1993, blz. I-4066; HvJEU van 29 oktober 1998, Europese Commissie tegen Spanje, zaak C-114/97, Jur. 1998, blz. I-6732; HvJEU van 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottorti Commercialisti Srl, zaak C-451/03, Jur. 2006, blz. I-2961; HvJEU van 29 november 2007, Europese Commissie tegen Duitsland, zaak C-404/05, Jur. 2007, blz. I-10242; HvJEU van 22 oktober 2009, Europese Commissie tegen Portugal, zaak C-438/08, Jur. 2009, blz. I-10219; HvJEU van 24 mei 2011, Europese Commissie tegen Oostenrijk, zaak C-53/-08, Jur. 2011, blz. I-4336; HvJEU van 24 mei 2011, Europese Commissie tegen Luxemburg, zaak C-51/08, Jur. 2011, blz. I-4235). Het HvJEU heeft in deze arresten overwogen dat in elk geval de volgende werkzaamheden niet onder de uitoefening van openbaar gezag vallen: ondersteunende of voorbereidende taken bij de uitoefening van het openbaar gezag (zie de arresten Thijssen, punt 22; Commissie/Spanje, punt 38; Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, punt 47; Commissie/Duitsland, punt 38, en Commissie/Portugal, punt 36), een aantal werkzaamheden waarvan de uitoefening weliswaar mogelijkerwijs regelmatige en organische contacten met administratieve of rechterlijke instanties en zelfs verplichte medewerking aan het functioneren daarvan meebrengt, maar de beoordelings- en beslissingsbevoegdheid van die autoriteiten onaangetast laat (zie het arrest Reyners, punten 51 en 53), bepaalde werkzaamheden die niet gepaard gaan met de uitoefening van beslissingsbevoegdheid (zie arresten Thijssen, punten 21 en 22; Commissie/Duitsland, punten 38 en 44, en Commissie/Portugal, punten 36 en 41), de bevoegdheid om dwang uit te oefenen (zie het arrest Commissie/Spanje, punt 37) of de bevoegdheid om dwangmaatregelen te treffen (zie het arrest Commissie/Portugal, punt 44).

Het nieuwe onderdeel j bepaalt dat de nooddiensten die onder de in dat onderdeel genoemde CPV-codes vallen en die worden uitgevoerd door non-profitorganisaties of –verenigingen zijn uitgezonderd van het bereik van de wet. Deze uitzondering geldt niet voor diensten die onder CPV-code 85143000-3 vallen en die uitsluitend bestaan uit ziekenvervoer per ambulance. Voor dergelijke diensten geldt het regime voor sociale diensten van de voorgestelde artikelen 2.38 en 2.39.

Onderdeel k heeft betrekking op personenvervoer per trein of metro. Op het plaatsen van opdrachten voor dergelijke vervoersdiensten is deze wet niet van toepassing, maar Verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PbEU 2007, L 315).

Onderdeel l ziet op diensten voor reclamecampagnes en propagandafilms en-video's die door een politieke partij worden gegund in het kader van een verkiezingscampagne. Deze diensten vallen niet onder het toepassingsbereik van de Aanbestedingswet 2012. Zoals wordt uitgelegd in overweging 29 bij richtlijn 2014/24/EU, zijn politieke partijen geen aanbestedende diensten en is de richtlijn in het

algemeen niet van toepassing op politieke partijen. Omdat echter in sommige lidstaten politieke partijen wel worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling is de uitzondering van onderdeel l opgenomen. Deze bepaling is niet van belang voor de Nederlandse praktijk omdat politieke partijen hier privaatrechtelijk zijn georganiseerd.

Artikelen 2.24a tot en met 2.24c

Algemeen

Ter implementatie van artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU, worden in artikel 2.24a tot en met 2.24c van het wetsvoorstel vastgelegd in welke gevallen aanbestedende diensten bij het plaatsen van overheidsopdrachten de aanbestedingsregels buiten toepassing kunnen laten. Dit is het geval bij bepaalde vormen van onderlinge samenwerking tussen aanbestedende diensten bij de uitvoering van hun taken, de zogenaamde publiek publieke samenwerking. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in verschillende uitspraken verduidelijkt in welke gevallen de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn op het plaatsen van overheidsopdrachten in het kader van publiek publieke samenwerking. Om meer rechtszekerheid te bieden legt richtlijn 2014/24/EU de jurisprudentie van het Europese Hof van Justitie hieromtrent vast. Zodoende wordt verduidelijkt welke grenzen worden gesteld aan de samenwerking tussen aanbestedende diensten in het kader van overheidsopdrachten waarbij de aanbestedingsregels buiten toepassing kunnen blijven. Het enkele feit dat beide partijen in een overeenkomst zelf aanbestedende diensten zijn, sluit op zich de toepassing van de aanbestedingsregels niet uit. De toepassing van aanbestedingsregels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van aanbestedende diensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid om samen te werken met andere aanbestedende diensten. Om ervoor te zorgen dat vrijgestelde samenwerking tussen aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven niet leidt tot vervalsing van de mededinging stelt richtlijn 2014/24/EU wel strikte voorwaarden aan publiek publieke samenwerking.

Artikel 2.24a

Artikel 12 eerste lid van richtlijn 2014/24/EU wordt in het voorgestelde eerste lid van artikel 2.24a geïmplementeerd. Het betreft zogenaamde verticale of geïnstitutionaliseerde samenwerking, ook wel quasi-inbesteding genoemd, waarbij een aanbestedende dienst overheidsopdrachten gunt aan een van hem afgescheiden privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon. Het eerste lid, onderdeel a tot en met c, geeft de cumulatieve voorwaarden weer waaraan een aanbestedende dienst moet voldoen om een overheidsopdracht aan een rechtens te onderscheiden rechtspersoon te gunnen zonder toepassing van de bepalingen van deel 2 van het wetsvoorstel. Deze rechtspersonen hebben eigen rechtspersoonlijkheid, maar op grond van de cumulatieve voorwaarden kan aangenomen worden dat de aanbestedende dienst op de rechtspersoon een beslissende invloed heeft. Een aanbestedende dienst kan aan een rechtspersoon een overheidsopdracht gunnen zonder toepassing van de aanbestedingsregels indien aan drie voorwaarden is voldaan, te weten 1.) de aanbestedende dienst oefent over een rechtspersoon toezicht uit als op eigen diensten (eerste lid, onderdeel a), 2.) de rechtspersoon verricht meer dan 80% van zijn werkzaamheden ten behoeve van de controlerende aanbestedende dienst (eerste lid, onderdeel b), en 3.) er is geen sprake van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (eerste lid, onderdeel c).

Het eerste lid, onderdeel a, bepaalt als eerste voorwaarde dat de aanbestedende dienst toezicht als op zijn eigen diensten moet uitoefenen op de rechtspersoon. Dit volgt uit de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Teckal (HvJEU van 18 november 1999, C-107/98, r.o. 50). Bij de beoordeling of sprake is van rechtstreeks toezicht moet rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Daaruit moet volgen dat de (gecontroleerde) rechtspersoon onder een dusdanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst zijn beslissingen kan beïnvloeden. De aanbestedende dienst moet een beslissende invloed uitoefenen zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon. Dit volgt uit de uitspraak van het Hof in de zaak Parking Brixen (HvJEU van 13 oktober 2005, C-458/03, r.o. 65) en is vastgelegd in het voorgestelde derde lid van artikel 2.24a. Het toezicht in het eerste lid, onderdeel a, kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon, die zelf op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd.

Het eerste lid, onderdeel b, bevat de tweede voorwaarde waaraan moet worden voldaan. De norm in die voorwaarde is verruimd ten opzichte van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Teckal, waar het merendeel (90% of meer) de norm was (Teckal, HvJEU van 18 november 1999, C-107/98, r.o. 50). Op basis van het eerste lid, onderdeel b, dient de gecontroleerde rechtspersoon meer dan 80% van zijn activiteiten uit te oefenen in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst(en). Voorts bepaalt onderdeel b dat de gecontroleerde rechtspersoon ook taken kan uitoefenen voor andere rechtspersonen die door diezelfde aanbestedende dienst worden gecontroleerd. Om aan de voorwaarde te voldoen, is het van belang dat meer dan 80% van de omzet van de gecontroleerde rechtspersoon bestaat uit de uitvoering van opdrachten die hem door de controlerende aanbestedende dienst zijn gegund, ongeacht of de aanbestedende dienst zelf dan wel de gebruiker van die activiteiten profiteert. Daarbij doet eveneens niet ter zake dat de controlerende aanbestedende dienst of derden-gebruikers (bijvoorbeeld in geval van concessieopdrachten) voor de diensten betalen (Carbotermo, HvJEU van 11 mei 2006, C-340/04, r.o. 66-67).In het vierde lid van dit artikel wordt aangegeven op welke wijze het percentage van 80% dient te worden bepaald. Het percentage wordt berekend op basis van de gemiddelde totale omzet over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht. Het vierde lid maakt het ook mogelijk een alternatieve maatstaf toe te passen die gebaseerd is op de activiteit van de rechtspersoon, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken. In het geval dat de gemiddelde totale omzet of een geschikte alternatieve op activiteit gebaseerde maatstaf over de laatste drie jaren niet beschikbaar of niet langer relevant is, geeft het vijfde lid van artikel 2.24a de mogelijkheid om door middel van bedrijfsprognoses aan te tonen dat de berekening van de activiteit aannemelijk is. Dit biedt uitkomst wanneer die cijfers niet beschikbaar of niet relevant zijn in verband met de datum van oprichting of de aanvang van de bedrijfsactiviteiten van de gecontroleerde rechtspersoon of van de aanbestedende dienst, of in verband met een reorganisatie van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon.

Het eerste lid, onderdeel c, schrijft als derde voorwaarde voor dat er geen sprake mag zijn van de directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (Stadt Halle, HvJEU van 11 januari 2005, C-26/03, r.o. 49 en Acoset, HvJEU van 15 oktober 2009, r.o. 53). Wanneer er sprake zou zijn van directe participatie van privékapitaal, dan zou dit een onrechtmatig voordeel geven aan ondernemers ten opzichte van hun concurrenten. De opdracht wordt immers niet voor mededinging opengesteld. Deelneming van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon is daarentegen

toegestaan in geval dat vereist is krachtens nationale regelgeving en verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Die deelneming van privékapitaal mag echter geen vorm opleveren van controle of blokkerende macht en er mag geen sprake zijn van uitoefening van een beslissende invloed op de gecontroleerde rechtspersoon.

In het tweede lid van artikel 2.24a wordt bepaald dat het bepaalde bij of krachtens deel 2 van deze wet niet van toepassing is indien een gecontroleerde rechtspersoon als bedoeld in het eerste lid een overheidsopdracht gunt aan de aanbestedende dienst die hem controleert of aan een andere rechtspersoon die door dezelfde aanbestedende dienst wordt gecontroleerd. Het verlenen van een dergelijke opdracht door een gecontroleerde rechtspersoon is toegestaan mits de gecontroleerde rechtspersoon zelf een aanbestedende dienst is, en aan de voorwaarden in het eerste lid, onderdeel c, is voldaan.

Artikel 2.24b

In dit artikel is het derde lid van artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Aanbestedende diensten kunnen besluiten om samen een privaat- of publiekrechtelijke rechtspersoon op te richten die voor hen bepaalde taken in de vorm van gegunde opdrachten uitvoert. Op basis van dit artikel wordt onder bepaalde voorwaarden toegestaan dat een aanbestedende dienst, die op een dergelijke rechtspersoon geen controle uitoefent in de zin van artikel 2.24a, deel 2 van dit wetsvoorstel niet hoeft toe te passen.

In het eerste lid, onderdeel a, wordt als eerste voorwaarde bepaald dat de aanbestedende dienst samen met andere aanbestedende diensten op die rechtspersoon toezicht uitoefent zoals op hun eigen diensten. Het is daarbij niet relevant dat het toezicht door de aanbestedende diensten op alle punten hetzelfde is. Bepalend is dat het toezicht op de gecontroleerde rechtspersoon daadwerkelijk effectief dient te zijn (o.a. Coditel, HvJEU van 13 november 2008, C-324/07, r.o. 28). In het eerste lid, onderdeel b, wordt als tweede voorwaarde bepaald dat meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon de uitvoering betreft van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten. Het percentage wordt bepaald aan de hand van alle taken die de rechtspersoon voor deze aanbestedende diensten tezamen uitvoert. Die taken kunnen de gecontroleerde rechtspersoon ook zijn toegewezen door andere rechtspersonen die door diezelfde aanbestedende diensten worden gecontroleerd. In het eerste lid, onderdeel c, wordt als derde voorwaarde dezelfde voorwaarden gesteld als in artikel 2.24a eerste lid onder c, dat er geen sprake mag zijn van de directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (Stadt Halle, HvJEU van 11 januari 2005, C-26/03, r.o. 49 en Acoset, HvJEU van 15 oktober 2009, r.o. 53).

Het tweede lid van artikel 2.24b stelt nadere voorwaarden aan het criterium toezicht als op eigen diensten van het eerste lid, onderdeel a. Aanbestedende diensten worden geacht op een rechtspersoon gezamenlijk toezicht uit te oefenen indien de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen. Dit wordt bepaald in het tweede lid, onderdeel a. Een indicatie dat niet aan deze voorwaarde is voldaan, is als het louter formele deelneming van een aanbestedende dienst betreft. Het uitgeoefende toezicht mag niet uitsluitend berusten op de

toezichtbevoegdheid van de aanbestedende dienst die een meerderheidsparticipatie bezit in het kapitaal van de betrokken rechtspersoon. Aangenomen mag worden dat is voldaan aan het vereiste van gezamenlijk toezicht als alle betrokken aanbestedende diensten deelnemen in het kapitaal en deel uitmaken van de bestuursorganen van de gecontroleerde rechtspersoon (Econord, 29 november 2012, C182/11, C-183/11 r.o. 30 e.v.).

In het tweede lid, onderdeel b, wordt bepaald dat de controlerende aanbestedende diensten in staat moeten zijn gezamenlijk een beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon. Dit volgt uit de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in de zaak Coditel (HvJEU van 13 november 2008, C-324-07). Een indicatie voor een beslissende invloed kan het feit zijn dat alleen de controlerende aanbestedende diensten vertegenwoordigd zijn in het bestuur van de gecontroleerde rechtspersoon (Coditel, HvJEU van 13 november 2008, C-324-07, r.o. 34) en gezamenlijk een beslissende invloed kunnen uitoefenen op strategische doelstellingen en beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon. De daarbij gehanteerde besluitvormingsprocedure (bijvoorbeeld via meerderheidsbesluitvorming), is irrelevant (Coditel, HvJEU van 13 november 2008, C-324-07, r.o. 51 e.v.).

In het tweede lid, onderdeel c, wordt bepaald dat de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten. De gecontroleerde rechtspersoon is immers opgericht met als doel taken uit te voeren voor de gezamenlijke aanbestedende diensten. Als de gecontroleerde rechtspersoon activiteiten gaat ontplooien die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten bijvoorbeeld door zich op de reguliere markt te richten en over een bepaalde mate van zelfstandigheid beschikt, dan kan daarmee de voorwaarde van toezicht als op eigen diensten onzeker worden. Om te bepalen of sprake is van marktgerichtheid, dient te worden nagegaan welke geografische en materiële omvang de activiteiten van de rechtspersoon hebben, en of de rechtspersoon de mogelijkheid heeft betrekkingen aan te gaan met ondernemingen uit de particuliere sector. Een indicatie van marktgerichtheid kan worden afgeleid uit het feit dat de rechtspersoon taken gaat ontplooien buiten de aanvankelijke activiteitensfeer (bijvoorbeeld buiten de nagestreefde doelen zoals vastgelegd in zijn statuten) en buiten de geografische omvang van de controlerende aanbestedende dienst (Coditel, HvJEU van 13 november 2008, C-324/07, r.o. 36 e.v. en Sea, HvJEU van 10 september 2009, C573/07, r.o. 73 e.v.). De gecontroleerde rechtspersoon mag betrekkingen met private ondernemingen aangaan, mits dit bijkomstig blijft ten opzichte van de hoofdactiviteit (Sea, HvJEU van 10 september 2009, C573/07, r.o. 79).

De gekozen rechtsvorm van de gecontroleerde rechtspersoon of het feit dat de controlerende aanbestedende diensten het volledige kapitaal van de rechtspersoon in handen heeft, zijn op zichzelf niet doorslaggevend bij de beoordeling of sprake is van toezicht als op eigen diensten (Coditel, HvJEU van 13 november 2008, C-324/07, r.o. 37 e.v. en Carbotermo, HvJEU van 11 mei 2006, C-340-04, r.o. 37).

Voor het derde lid van het voorgestelde artikel wordt verwezen naar de toelichting op het vierde lid van artikel 2.24a inzake de wijze waarop het percentage moet worden bepaald.

Artikel 2.24c

In dit artikel wordt het vierde lid van artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Aanbestedende diensten kunnen besluiten hun taken van algemeen belang gezamenlijk in een samenwerkingsverband te verrichten, zonder dat daarbij sprake is van een bepaalde rechtsvorm. Deze vorm van publiek publieke samenwerking wordt aangeduid als horizontale samenwerking. Onder de voorwaarden van dit artikel kunnen samenwerkende aanbestedende diensten de bepalingen in deel 2 van dit wetsvoorstel buiten toepassing laten voor overheidsopdrachten die uitsluitend tussen de betrokken aanbestedende diensten worden gegund. Er dient aan drie cumulatieve voorwaarden te worden voldaan. Ten eerste dient de overheidsopdracht te voorzien in of uitvoering te geven aan de samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen (eerste lid onderdeel a). Ten tweede dient de invulling van die samenwerking uitsluitend te berusten op overwegingen in verband met het openbaar belang (eerste lid onderdeel b). En ten slotte dienen de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening te nemen (eerste lid onderdeel c).

Verschillende arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie dienen bij de beoordeling of wordt voldaan aan de voorwaarden in dit artikel te worden betrokken (o.a. Commissie-Duitsland, HvJEU van 19 juni 2009, C-480/06, Piepenbrock, HvJEU van 13 juni 2013, C-386/11; Lecce, HvJEU van 19 december 2012, C-159/11).

Wat betreft het tweede lid van het voorgestelde artikel wordt verwezen naar de toelichting op het vierde lid van artikel 2.24a inzake de wijze waarop het percentage moet worden bepaald.

Afdelingen 2.2.1 en 2.2.2 (tot artikel 2.28)

Algemeen

In hoofdstuk 2.2 van de Aanbestedingswet 2012 worden de procedures beschreven voor het plaatsen van overheidsopdrachten door aanbestedende diensten. Overeenkomstig het systeem van richtlijn 2004/18/EU worden hierbij de openbare en niet-openbare procedure in afdeling 2.2.1 als uitgangspunt genomen, en bevat afdeling 2.2.2 uitzonderingen op de toepassing van de openbare en niet-openbare procedure. In richtlijn 2014/24/EU komt deze systematiek niet terug. In aansluiting daarop worden de diverse opschriften in afdeling 2.2.1 en de formulering van sommige bepalingen daarop aangepast. Voorgesteld wordt te bepalen dat de benaming van afdeling 2.2.1 voortaan 'Algemene procedures' is. In afzonderlijke paragrafen daarachter zijn dan onderscheidenlijk de bepalingen inzake de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de procedure van de concurrentiegerichte dialoog, de mededingingsprocedure met onderhandeling, de procedure van het innovatiepartnerschap en de procedure voor sociale en andere specifieke diensten opgenomen. In afdeling 2.2.2 zijn de bijzondere procedures opgenomen, dat wil zeggen procedures die niet als zodanig als beoogd eindresultaat het gunnen van een overheidsopdracht hebben (prijsvraag, raamovereenkomst en dynamisch aankoopsysteem).

Zoals in de memorie van toelichting bij het voorstel voor een Aanbestedingswet 2012 is uiteengezet (Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 3, blz. 62 .e.v.) wordt in de afdelingen 2.2.1 en 2.2.2 beschreven wanneer een aanbestedende dienst een bepaalde procedure kan toepassen en welke stappen hij moet zetten bij de toepassing daarvan. De beschreven stappen zijn niet strikt chronologisch. Wel is een logische volgorde aangebracht, en is het nauwelijks denkbaar dat de procedure in een volstrekt afwijkende volgorde plaatsvindt. De nieuwe procedures van de mededingingsprocedure met onderhandeling en het innovatiepartnerschap en het gewijzigde dynamisch aankoopsysteem zijn ook aldus opgezet.

Artikel 2.28

De aanbestedende dienst kan alleen gebruik maken van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog in de gevallen genoemd in het eerste lid van het voorgestelde artikel 2.28. Dit artikel implementeert artikel 26, vierde lid, van richtlijn 2014/24 voor de procedure van de concurrentiegerichte dialoog.

Het voorgestelde eerste lid somt op in welke gevallen de concurrentiegerichte dialoog kan worden toegepast. Onderdeel a, eerste onderdeel, ziet op situaties waarin geen gemakkelijk toepasbare oplossingen beschikbaar zijn. De onderdelen 2° tot en met 4° schetsen wat specifiekere situaties. De onderdelen van het voorgestelde eerste lid, onderdeel a, zijn niet cumulatief, maar vaak zal de noodzaak om een gemakkelijk beschikbare oplossing aan te passen voortkomen uit een van de gevallen als omschreven in de onderdelen 2° tot en met 4°.
Ingeval een aanbestedende dienst de procedure van de concurrentiegerichte dialoog wil toepassen omdat niet in zijn behoeften kan worden voorzien door aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen, zal het moeten gaan om een aanzienlijke aanpassing van de beschikbare oplossingen. Overweging 43 van richtlijn 2014/24/EU verduidelijkt dat het ingeval van werken onder meer gaat om werken die geen standaardgebouwen zijn of werken die tevens ontwerpen of innovatieve oplossingen behelzen, zoals omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten. Voor diensten of leveringen verduidelijkt deze overweging dat het vooral gaat om complexe aankopen van geavanceerde producten of intellectuele diensten waarbij aanpassings-of ontwerpactiviteiten nodig zijn, zoals consultancy-, architectuur- of ingenieursdiensten, of grote ICT-projecten. Het gaat in dergelijke gevallen dus niet om een kleine aanpassing. Bij de installatie van standaard software komt bijvoorbeeld altijd wel enige aanpassing kijken, maar dergelijke aanpassingen zijn zo gering dat ze het gebruik van deze procedure niet kunnen rechtvaardigen.

Ingevolge onderdeel b van het voorgestelde artikel 2.28, eerste lid, kan de procedure van de concurrentiegerichte dialoog ook worden toegepast in het geval er in het kader van een openbare of niet-openbare procedure alleen onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen zijn ingediend. In het derde en vierde lid wordt nader uitgewerkt wanneer een inschrijving dient te worden aangemerkt als ‘onregelmatig’ of ‘onaanvaardbaar’.

Artikelen 2.30 en 2.31

De voorgestelde artikelen 2.30 en 2.31 geven aan wanneer een mededingingsprocedure met onderhandeling kan worden toegepast (artikel 2.30) en welke stappen daarbij moeten worden gezet (2.31). Artikel 2.30 implementeert artikel 26, vierde lid, van richtlijn 2014/24/EU voor de

mededingingsprocedure met onderhandeling. Uit artikel 2.30 volgt dat de voorwaarden van artikel 2.28 voor toepassing van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog, ook gelden voor toepassing van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Dit betekent echter niet dat beide procedures in alle gevallen even geschikt zijn. Een belangrijk verschil tussen de concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met onderhandeling is namelijk gelegen in het feit dat de geschikte gegadigden bij de concurrentiegerichte dialoog worden uitgenodigd om deel te nemen aan de dialoog en dus niet, zoals het geval is bij de mededingingsprocedure met onderhandeling, om een eerste inschrijving in te dienen. De concurrentiegerichte dialoog biedt daardoor de ruimte voor de geschikte gegadigden om verschillende oplossingen aan te dragen om in de behoefte van de aanbestedende dienst te kunnen voorzien. Vervolgens kan de aanbestedende dienst in de dialoog samen met de deelnemers de voorgestelde oplossingen nader uitwerken en uiteindelijk bepalen welke oplossing het best in zijn behoefte kan voorzien. Dit ligt anders in de mededingingsprocedure met onderhandeling, omdat de onderhandelingen in die procedure betrekking hebben op de door de geselecteerde gegadigden ingediende inschrijvingen. Met die inschrijvingen ligt de voorgestelde oplossing vast en zijn enkel de verschillende aspecten van die oplossing voorwerp van onderhandeling. Zie ook de toelichting bij de voorgestelde artikelen 2.126 en 2.126a.

In het voorgestelde artikel 2.31 staan de stappen opgesomd die een aanbestedende dienst zet indien hij de mededingingsprocedure met onderhandeling toepast. Zoals hiervoor al is opgemerkt in de algemene toelichting op de afdelingen 2.2.1 en 2.2.2, houdt de volgorde in artikel 2.31 geen dwingende chronologische volgorde in. Het is mogelijk dat stappen elkaar overlappen, of gelijktijdig worden gezet.

Het eerste gedeelte van de mededingingsprocedure met onderhandeling (stappen a tot en met e) is gelijk aan dat van de niet-openbare procedure. De geschikte gegadigden worden uitgenodigd voor het indienen van een inschrijving. Het tweede gedeelte van de procedure verloopt echter anders omdat bij de mededingingsprocedure met onderhandeling de aanbestedende dienst, nadat de inschrijvingen zijn ontvangen en beoordeeld, de ruimte heeft om met de inschrijvers te onderhandelen over alle aspecten van de voorwaarden van de opdracht behalve de gunningscriteria en de minimumeisen (zie het voorgestelde artikel 2.126). De onderhandelingen moeten zijn gericht op verbetering van de inschrijvingen, zodat aanbestedende diensten werken, leveringen en diensten kunnen inkopen die volledig aansluiten op hun specifieke behoeften. De onderhandelingen kunnen betrekking hebben op alle kenmerken van de gekochte werken, leveringen en diensten, zoals kwaliteit, hoeveelheid, commerciële clausules, alsook sociale, milieu- en innovatieve aspecten. Een ander verschil is dat als gunningscriterium bij de mededingingsprocedure met onderhandeling uitsluitend de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding kan worden toegepast, terwijl bij de niet-openbare procedure alle criteria van artikel 2.114 mogen worden toegepast.

§ 2.2.1.6 Procedure van het innovatiepartnerschap

Algemeen

Ter implementatie van artikel 31 van richtlijn 2014/24, wordt de procedure van het innovatiepartnerschap geïntroduceerd. Het doel van deze procedure is het ontwikkelen van innovatieve producten, diensten of werken én de daaropvolgende aankoop van de daaruit resulterende leveringen, diensten of werken, mits deze voldoen aan het kwaliteits- en kostenniveau dat tussen de

aanbestedende dienst en de partner(s) is afgesproken. Het belangrijkste verschil met precommerciële inkoop (pre-commercial procurement; pcp), zoals het Nederlandse SBIR, is gelegen in het feit dat in de procedure van het innovatiepartnerschap de precommerciële fase kan worden gecombineerd met de commerciële fase. Precommerciële inkoop is beperkt tot het (mede)financieren van R&D diensten waardoor eerste testproductiefases kunnen worden doorlopen of prototypes kunnen worden ontwikkeld. De aanbestedende dienst kan het ontwikkelde prototype vervolgens niet direct inkopen, maar dient een aanbestedingsprocedure uit te schrijven waarbij ook andere partijen kunnen meedingen naar de opdracht. In de procedure van het innovatiepartnerschap daarentegen kan de aanbestedende dienst het in het innovatiepartnerschap ontwikkelde werk of de in het innovatiepartnerschap ontwikkelde levering of dienst meteen op commerciële schaal inkopen en hoeft hij daarvoor geen afzonderlijke aanbestedingsprocedure te doorlopen. Een innovatiepartnerschap kan bijvoorbeeld zien op het (verder) ontwikkelen en aankopen van innovatieve oplossingen voor problemen inzake verkeer, vervoer of afvalrecycling, robots die kunnen worden ingezet in de zorg, of systemen voor het monitoren van grote groepen mensen.

Artikelen 2.31a en 2.31b

In artikel 2.31a wordt bepaald dat indien de aanbestedende dienst behoefte heeft aan innovatieve producten, diensten of werken en wanneer met de aanschaf van reeds op de markt beschikbare producten, diensten of werken niet in die behoefte kan worden voorzien, hij de procedure van het innovatiepartnerschap kan volgen. Uit de definitie van 'innovatie' zoals die wordt opgenomen in artikel 1.1, volgt dat een innovatief product, dienst of werk iets totaal nieuws kan zijn of een aanmerkelijke verbetering kan inhouden van wat al bestond. Voorbeelden hiervan zijn nieuwe of verbeterde producten, productie-, bouw- of constructieprocessen en verkoop- of organisatiemethodes. Voordat een aanbestedende dienst tot de conclusie komt dat hetgeen op de markt beschikbaar is niet in zijn behoeften kan voorzien, dient hij een voldoende uitgebreid marktonderzoek te doen. De reikwijdte van dit marktonderzoek is afhankelijk van het product, de dienst of het werk waaraan de aanbestedende dienst behoefte heeft en kan derhalve variëren van een onderzoek naar de markt in enkele Europese landen tot een wereldwijde marktanalyse. Dat laatste zal bijvoorbeeld noodzakelijk zijn in het geval van specialistische medische apparatuur waarvoor er vaak wereldwijd maar enkele aanbieders zijn.

In artikel 2.31b worden de stappen die een aanbestedende dienst zet indien hij de procedure van het innovatiepartnerschap doorloopt, beschreven. Zoals hiervoor al is uiteengezet, houdt de volgorde in artikel 2.31b geen dwingende chronologische volgorde in. Het is mogelijk dat enkele stappen elkaar overlappen, of gelijktijdig worden gezet. De stappen die een aanbestedende dienst zet om een innovatiepartnerschap te sluiten, zijn gelijk aan die van de mededingingsprocedure met onderhandeling. Echter, de inhoud van de inschrijvingen is vanwege de aard van de procedure, anders dan die in de mededingingsprocedure met onderhandeling. De procedure van het innovatiepartnerschap bestaat in wezen uit twee fases: (1) de fase waarin ondernemers meedingen naar toelating tot deelneming in het innovatiepartnerschap en (2) de fase waarin de aanbestedende dienst deelneming in het innovatiepartnerschap aan een of meer ondernemers heeft gegund en hij samen met die partij(en) de innovatieve oplossing gaat ontwikkelen. Inschrijvingen in de procedure van het innovatiepartnerschap zijn erop gericht om uiteindelijk deel te mogen nemen in het innovatiepartnerschap. Inschrijvers beschrijven in hun inschrijving zo concreet als mogelijk de innovatieve oplossing(en) die zij voorzien voor het probleem van de aanbestedende dienst en hoe zij

deze oplossing(en) in het innovatiepartnerschap samen met de aanbestedende dienst denken te gaan ontwikkelen.

Artikel 2.32 tot en met 2.36

In paragraaf 2.2.1.7 van de Aanbestedingswet 2012 wordt artikel 32 van richtlijn 2014/24/EU inzake de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging geïmplementeerd. Zoals ook wordt verduidelijkt in overweging 50 bij richtlijn 2014/24/EU, blijft de toepassing van deze procedure beperkt tot zeer uitzonderlijke omstandigheden. Deze omstandigheden worden limitatief beschreven in de artikelen 2.32 tot en met 2.36. Inhoudelijk worden deze artikelen nauwelijks gewijzigd, wel zijn enkele bepalingen nader ingevuld. In het voorgestelde onderdeel a van artikel 2.32 wordt bepaald dat de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging gevolgd kan worden wanneer in de openbare of niet-openbare procedure geen of geen geschikte inschrijvingen of geen of geen geschikte verzoeken tot deelneming zijn ingediend. In het voorgestelde artikel 2.32, tweede lid, onderdeel a, wordt bepaald dat een inschrijving ongeschikt wordt geacht indien zij niet relevant is voor de overheidsopdracht, omdat zij zonder ingrijpende wijzigingen, kennelijk niet voorziet in de in de aanbestedingsstukken omschreven behoeften en eisen van de aanbestedende dienst. Voorts wordt een verzoek tot deelneming ongeschikt geacht indien de betrokken onderneming overeenkomstig de artikelen 2.86 en 2.87 moet of kan worden uitgesloten of niet aan de geschiktheidseisen, bedoeld in artikel 2.90, tweede lid, voldoet (voorgestelde tweede lid, onderdeel b). Onderdeel b van het eerste lid verduidelijkt wanneer voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging sprake is van een overheidsopdracht die slechts door een bepaalde ondernemer kan worden verricht.

Het volgen van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging is in de huidige wet al mogelijk in gevallen waarin de termijnen van de openbare of de niet-openbare procedure vanwege dwingende spoed niet in acht konden worden genomen. Hieraan wordt met het voorgestelde artikel 2.32, eerste lid, onderdeel c, toegevoegd dat deze mogelijkheid ook bestaat indien de termijnen van de mededingingsprocedure met onderhandeling vanwege dwingende spoed niet in acht kunnen worden genomen.

Het huidige artikel 2.35 kan vervallen, omdat de mogelijkheid tot het verstrekken van opdrachten voor aanvullende werken of diensten ter implementatie van artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU is opgenomen in artikel 2.163d.

De wijzigingen in de artikelen 2.33 en 2.36 betreffen aanpassingen aan de bewoordingen van de nieuwe richtlijn.

§ 2.2.1.8 Procedure voor sociale en andere specifieke diensten

Algemeen
Richtlijnen 2014/24/EU en 2015/25/EU wijzigen het bestaande lichte aanbestedingsregime voor niet-prioritaire diensten (het regime voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor B-diensten) in het regime voor sociale en andere specifieke diensten. Niet-prioritaire diensten zijn met name sociale diensten, diensten voor gezondheidszorg en onderwijsdiensten. Bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU en bijlage XVII van richtlijn 2014/25/EU bevatten de lijsten met de sociale en andere specifieke diensten waarvoor het lichte aanbestedingsregime zal gelden en waarop het voorgestelde artikel 2.39

van toepassing wordt. Deze lijsten zijn aangepast zodat ze een opsomming van diensten geven die daadwerkelijk niet-prioritair zijn. Als gevolg van deze aanpassingen zullen een aantal huidige B-diensten komen te vallen onder het reguliere aanbestedingsregime, terwijl voor andere diensten juist het lichte regime voor sociale en specifieke diensten zal gaan gelden.

Om te waarborgen dat de gunning van sociale en andere specifieke diensten op een transparante wijze verloopt, verplicht richtlijn 2014/24/EU aanbestedende diensten om opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten met een drempelwaarde van ten minste € 750.000 bekend te maken door het langs elektronische weg aan te kondigen. Vanwege het specifieke karakter van de niet-prioritaire diensten is de drempel aanzienlijk hoger dan voor reguliere diensten. Aanbestedende diensten worden ook verplicht een aankondiging van gunning van de opdracht bekend te maken.

Artikelen 2.38 en 2.39

In paragraaf 2.2.1.8 van de Aanbestedingswet 2012 worden artikelen 74 tot en met 76 van richtlijn 2014/24/EU inzake de procedure voor sociale en specifieke diensten geïmplementeerd. De aanbestedende dienst past de in deze paragraaf beschreven procedure toe, indien hij een overheidsopdracht betreffende sociale en andere specifieke diensten als bedoeld in bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU wil plaatsen. De aanbestedende dienst kan er ook voor kiezen om een van de procedures als vermeld in afdeling 2.2.1 en afdeling 2.2.2 toe te passen. De drempel voor toepassing van deel 2 van de Aanbestedingswet 2012 voor sociale en andere specifieke diensten is € 750.000 (zie het voorgestelde artikel 2.6a).

Er wordt voorgesteld om het huidige artikel 2.38, tweede lid, te laten vervallen. Reden hiervoor is dat in het voorgestelde artikel 2.12a een vergelijkbare bepaling als in het tweede lid van het huidige artikel 2.38 wordt opgenomen waarin wordt bepaald welke voorschriften van toepassing zijn op gemengde opdrachten voor diensten die deels onder het lichte regime voor sociale en andere specifieke diensten vallen, en deels onder de voorschriften van een reguliere aanbestedingsprocedure. Het gewijzigde artikel 2.39 bevat de procedurevoorschriften die de aanbestedende dienst toepast bij plaatsing van een overheidsopdracht voor sociale en andere specifieke diensten. Op basis van richtlijn 2014/24/EU worden lidstaten verplicht procedurevoorschriften op te stellen voor opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten zodat de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers wordt gewaarborgd. Aangezien deze beginselen al van toepassing zijn bij de huidige procedure voor B-diensten en gelet op de specifieke aard van deze diensten, wordt voorgesteld om het bestaande regime voor B-diensten te handhaven en alleen uit te breiden met de verplichtingen die uit richtlijn 2014/24/EU voortvloeien. Die verplichtingen betreffen het aankondigen van een opdracht voor sociale en andere specifieke diensten met een waarde boven de € 750.000, en de aankondiging van een gegunde opdracht. Artikel 2.39, eerste lid, geeft een overzicht van de stappen die worden doorlopen. Het tweede lid geeft aan welke paragrafen van hoofdstuk 2.3 van toepassing zijn. Naast de thans reeds geldende paragrafen met betrekking tot technische specificaties en verslaglegging en bekendmaking worden de paragrafen 2.3.2.1 (vooraankondiging) en 2.3.3.2 (aankondigingen) toegevoegd. In die paragrafen is zo nodig een specifiek voorschrift voor sociale en andere specifieke diensten opgenomen. Met name wordt hier gewezen op het voorgestelde artikel 2.58a met speciale regels inzake een vooraankondiging van een overheidsopdracht als hier bedoeld. Anders dan voorheen wordt ook altijd aan aankondiging van de gegunde opdracht gedaan. Daartoe vervalt artikel 2.137 van de Aanbestedingswet 2012. Ten slotte zij nog vermeld dat overheidsopdrachten voor sociale en

andere specifieke diensten, evenals de andere aankondigingen van overheidsopdrachten, voortaan langs elektronische weg moeten worden aangekondigd.

Artikelen 2.48 tot en met 2.50

Paragraaf 2.2.3.4 van de Aanbestedingswet 2012 geeft aan welke stappen een aanbestedende dienst moet zetten ten behoeve van de instelling van een dynamisch aankoopsysteem en het plaatsen van opdrachten binnen dat systeem. In de toelichting op de afdelingen 2.2.1 en 2.2.2 onder "Algemeen" is al ingegaan op het karakter van deze bepalingen.

Het dynamisch aankoopsysteem is, zoals uit de begripsomschrijving in artikel 1.1 blijkt, een elektronisch proces voor het doen van gangbare aankopen van werken, leveringen of diensten, waarvan de kenmerken wegens de algemene beschikbaarheid op de markt voldoen aan de behoeften van de aanbestedende dienst, dat beperkt is in de tijd en dat gedurende de gehele looptijd openstaat voor ondernemers die daaraan willen deelnemen.
Overeenkomstig richtlijn 2004/18/EG houden de thans geldende regels met betrekking tot een dynamisch aankoopsysteem in dat dit systeem wordt ingesteld met toepassing van de openbare procedure, met uitzondering van de fase van de gunning. Voor het plaatsen van een overheidsopdracht binnen een dynamisch aankoopsysteem gelden thans ook specifieke regels die onder meer verplichten tot een separate aankondiging.

Om er zorg voor te dragen dat aanbestedende diensten de mogelijkheden die een dynamisch aankoopsysteem biedt volledig kunnen benutten, zijn in richtlijn 2014/24/EU de regels die zien op zo'n systeem vereenvoudigd. Ook in de nieuwe opzet van het dynamisch aankoopsysteem overeenkomstig artikel 34 van richtlijn 2014/24/EU kunnen twee fases worden onderscheiden, namelijk de instelling van een dynamisch aankoopsysteem en het plaatsen van opdrachten binnen dat systeem. De instelling van een dynamisch aankoopsysteem dient voortaan te geschieden met toepassing van de niet-openbare procedure, met uitzondering van de fase van inschrijving (artikel 2.48). De plaatsing van opdrachten binnen het dynamisch aankoopsysteem geschiedt overeenkomstig de niet-openbare procedure vanaf de fase van uitnodiging van de geselecteerde gegadigden tot inschrijving (artikel 2.50), met andere woorden: een aparte aankondiging voor opdrachten binnen het dynamisch aankoopsysteem is niet meer vereist. De plaatsing van deze opdrachten kan daardoor sneller en efficiënter plaatsvinden. De artikelen 2.144 tot en met 2.149 bevatten een aantal aanvullende voorschriften met betrekking tot het dynamisch aankoopsysteem.

Artikel 2.51

Met het voorgestelde artikel 2.51 van de Aanbestedingswet 2012 wordt artikel 41 van richtlijn 2014/24/EU inzake voorafgaande betrokkenheid geïmplementeerd. Voorafgaande betrokkenheid bij de aanbesteding betreft gevallen waarin een onderneming betrokken is geweest bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure, bijvoorbeeld betrokkenheid van een ICT-onderneming bij het opstellen van de technische specificaties in het bestek. Deze betrokkenheid is niet op voorhand niet toegestaan, maar het eerste lid van het artikel verplicht aanbestedende diensten wel om passende maatregelen te nemen om ervoor te zorgen dat de mededinging niet wordt vervalst door de voorafgaande betrokkenheid van de ondernemer.

In het tweede lid wordt bepaald dat deze passende maatregelen in ieder geval betreffen: het aan andere inschrijvers mededelen van relevante informatie die is uitgewisseld in het kader van de voorbereiding en het vaststellen van passende termijnen voor de inschrijving. In de praktijk kan hier bijvoorbeeld uitwerking aan worden gegeven door bij de aanbestedingsstukken een verslag van de voorbereidingen te voegen, met daarin de uitgewisselde informatie en door voldoende lange inschrijvingstermijnen te bieden, zodat ook andere geïnteresseerde ondernemingen zich gedegen kunnen verdiepen in de opdracht.

In het uiterste geval kan de ondernemer die voorafgaand betrokken was overeenkomstig het derde lid worden uitgesloten van deelneming aan de aanbestedingsprocedure. Uitgangspunt is dat een aanbestedende dienst voordat hij een ondernemer bij de voorbereidingen van een aanbestedingsprocedure betrekt, hij de betreffende ondernemer duidelijk en transparant op de hoogte stelt van de mogelijkheid tot uitsluiting van deelneming aan de uiteindelijke procedure. Ook kan de aanbestedende dienst om conflicten op een later moment te voorkomen, ervoor kiezen om uitdrukkelijk te bepalen dat partijen die meedoen in de voorfase van een aanbestedingsprocedure, niet mee kunnen dingen naar de uiteindelijke opdracht. De ondernemer kan in dat geval een weloverwogen beslissing nemen om wel of niet voorafgaand betrokken te zijn bij de aanbesteding. Het dient te worden benadrukt dat uitsluiting een uiterst middel is. Een aanbestedende dienst dient eerst te onderzoeken of er geen andere middelen zijn om naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. Deze middelen kunnen zowel in de invloedsfeer van de ondernemer als van de aanbestedende dienst liggen. Zo is uitsluiting bijvoorbeeld niet een geëigend middel op het moment dat de bezwaren ten aanzien van de gelijke behandeling weggenomen kunnen worden door een werknemer of ambtenaar die betrokken was bij het voortraject geen werkzaamheden te laten verrichten in het aan te besteden project. Indien de aanbestedende dienst tot uitsluiting wil overgaan, dan heeft de betreffende ondernemer het recht om te bewijzen dat zijn betrokkenheid bij de voorbereiding de mededinging niet kan verstoren. Dit bewijs dient meer te omvatten dan louter een toezegging om zich niet verstorend te gedragen. De ondernemer zal duidelijk moeten maken welke concrete maatregelen hij heeft genomen om te waarborgen dat hij de mededinging niet kan verstoren.

Artikel 2.51 ziet op voorafgaande betrokkenheid van zowel rechtspersonen als natuurlijke personen. Zo kan bijvoorbeeld betrokkenheid van een medewerker die in een vorige functie betrokken was bij de voorbereiding van de aanbesteding tot een ongelijke behandeling leiden indien de medewerker inmiddels in dienst is van de inschrijvende rechtspersoon.

Het is uiteindelijk aan de aanbestedende dienst om invulling te geven aan de norm dat voorafgaande betrokkenheid niet mag leiden tot vervalsing van de mededinging en geen ongelijk speelveld mag creëren. Er is voor gekozen om dit wettelijk niet verder te specificeren. Het is immers sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval of voorafgaande betrokkenheid ongeoorloofd is. Verdere uitwerking kan ertoe leiden dat deze als checklist wordt doorlopen en de uitkomst als vaststaand wordt aangenomen. Dit doet onvoldoende recht aan de vereiste beoordeling en afweging van de concrete omstandigheden. Doordat de aanbestedende dienst zelf invulling moet geven aan de gestelde norm wordt bewustzijn bij aanbestedende diensten bevorderd. Het kan voor aanbestedende diensten nuttig zijn om in hun omgeving naar *best practices* te kijken.

Artikel 2.52

Met de voorgestelde wijzigingen in artikel 2.52 van de Aanbestedingswet 2012 wordt artikel 19 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Voorgesteld wordt om aan artikel 2.52 twee leden toe te voegen, waarmee aanbestedende diensten de mogelijkheid wordt geboden om aan te geven op welke wijze samenwerkingsverbanden van ondernemers aan geschiktheidseisen moeten voldoen. Ook mogen aanbestedende diensten aan samenwerkingsverbanden andere voorwaarden met betrekking tot de uitvoering van de opdracht opleggen dan aan individuele deelnemers. Zowel de voorwaarden ten aanzien van de wijze waarop aan de geschiktheidseisen moet worden voldaan als de voorwaarden ten aanzien van de uitvoering van de opdracht dienen op objectieve gronden te berusten en proportioneel te zijn. De voorwaarden dienen verband te houden met het feit dat de opdracht door een samenwerkingsverband wordt uitgevoerd. Zo kan de aanbestedende dienst bijvoorbeeld eisen dat er een gezamenlijke vertegenwoordiging wordt aangewezen. Het zijn de aanbestedende diensten die bepalen of dergelijke voorwaarden worden gesteld. Er is voor gekozen om geen standaardvoorwaarden voor de wijze waarop samenwerkingsverbanden aan de geschiktheidseisen moeten voldoen in het wetsvoorstel op te nemen (zie artikel 19, tweede lid, tweede alinea, tweede zin, van richtlijn 2014/24/EU). Het stellen van aanvullende voorwaarden zal namelijk niet in alle gevallen proportioneel zijn. Daarom is het wenselijk dat de aanbestedende dienst de ruimte heeft die voorwaarden per geval te kunnen afstemmen op de betreffende opdracht.

Artikel 2.52a

Het voorgestelde artikel 2.52a, eerste lid, introduceert het uitgangspunt dat de communicatie tussen een aanbestedende dienst en een ondernemer elektronisch verloopt. In deze wet heeft de verplichting tot elektronisch aanbesteden geen betrekking op de fasen van de aanbestedingsprocedure na gunning. Er is een aparte Europese richtlijn over elektronisch factureren bij overheidsopdrachten. Daarvoor geldt een andere omzettingstermijn. Die richtlijn zal op een later tijdstip worden omgezet in Nederlandse wetgeving.

Nederland heeft TenderNed ontwikkeld om elektronische communicatie in het kader van de aanbesteding van overheidsopdrachten te faciliteren. Daarnaast zijn er diverse private partijen die elektronische communicatie in het kader van de aanbesteding van overheidsopdrachten aanbieden. Alle overheidsopdrachten die onder hoofdstuk 2 van dit wetsvoorstel vallen moeten worden aangekondigd op het aankondigingenplatform van TenderNed. Voor het opmaken van de aankondiging, het ter beschikking stellen van documenten, het indienen van inschrijvingen en overige vormen van elektronische communicatie kan de aanbestedende dienst een vrije keuze maken tussen het publieke platform TenderNed of een van de private platforms. Zie ook de toelichting bij de artikelen 4.13 tot en met 4.14a.

Gezien de waarborgen waaraan de instrumenten en middelen voor de elektronische ontvangst van inschrijvingen, verzoeken tot deelname of plannen en ontwerpen bij prijsvragen, tenminste moeten voldoen zal een aanbestedende dienst in de praktijk in ieder geval voor deze fasen van de aanbestedingsprocedure gebruik moeten maken van een platform voor elektronisch aanbesteden, hetzij Tenderned, hetzij een van de private platformen voor elektronisch aanbesteden.

Een verplichting om in alle fasen van een aanbestedingsprocedure gebruik te maken van elektronische middelen kan onwenselijk zijn als voor dat gebruik bijvoorbeeld gespecialiseerde tools of bestandformaten nodig zijn die niet algemeen beschikbaar zijn, of als de communicatie alleen met behulp van gespecialiseerde kantooruitrusting kan plaatsvinden. Het tweede lid bepaalt daarom dat een aanbestedende dienst in limitatief opgesomde gevallen ondernemers bij de inschrijvingsprocedure de mogelijkheid kan bieden om andere dan elektronische communicatiemiddelen te gebruiken. Deze limitatief opgesomde gevallen staan in artikel 22, eerste lid, onderdelen a tot en met d, van richtlijn 2014/24/EU.

In artikel 2.52a, derde lid, is opgenomen dat een aanbestedende dienst ondernemers bij de inschrijvingsprocedure in uitzonderlijke gevallen de mogelijkheid kan bieden om andere dan elektronische middelen te gebruiken. Aanbestedende diensten kunnen van deze mogelijkheid gebruik maken als dit nodig is vanwege een inbreuk op de beveiliging van de elektronische middelen of als de informatie zo gevoelig is dat het daarvoor vereiste beschermingsniveau niet voldoende kan worden verzekerd via algemeen beschikbare elektronische middelen.

Wanneer het gebruik van niet algemeen beschikbare elektronische instrumenten de gewenste mate van bescherming kan bieden, kan een aanbestedende dienst die instrumenten verplicht stellen, mits de aanbestedende dienst aan ondernemers via passende alternatieve toegangsmiddelen toegang kan verlenen tot deze elektronische instrumenten. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn wanneer de aanbestedende dienst het gebruik van specifieke beveiligde communicatiemiddelen eist waartoe hij dan toegang dient te verlenen.

Passende alternatieve toegangsmiddelen zijn het aanbieden van kosteloze, onbeperkte en volledige toegang langs elektronische weg, het toegang verlenen met behulp van tijdelijke tokens die kosteloos op het internet beschikbaar zijn of het ondersteunen van een alternatief kanaal voor elektronische inschrijvingen.

Voor mededelingen waarvoor geen elektronische middelen worden gebruikt, bepaalt artikel 2.52a, vierde lid, dat de communicatie geschiedt per post of via een andere geschikte vervoerder, en eventueel daarnaast ook via elektronische weg, bijvoorbeeld via e-mail.

Overigens biedt artikel 90, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU lidstaten de mogelijkheid om de verplichting tot elektronisch aanbesteden zoals opgenomen in artikel 2.52a uit te stellen tot uiterlijk 18 oktober 2018. Van deze mogelijkheid wordt geen gebruik gemaakt. Elektronisch aanbesteden kan de bekendmaking van opdrachten aanzienlijk vereenvoudigen en de efficiëntie en transparantie van aanbestedingsprocedures verbeteren. Het is daarom wenselijk dat de verplichting tot elektronisch aanbesteden zo snel als mogelijk wordt ingevoerd. Op dit moment is het elektronisch aankondigen van opdrachten reeds verplicht en wordt een aanzienlijk deel van de overheidsopdrachten al geheel elektronisch aanbesteed. Aanbestedende diensten en ondernemers beschikken vaak nu al over de elektronische middelen die nodig zijn om elektronisch aan te kunnen besteden. Wel zal in voorkomende gevallen de organisatie van aanbestedende diensten en ondernemers aan de verplichting tot elektronisch aanbesteden moeten worden aangepast. Er zijn geen signalen ontvangen dat het voor het doorvoeren van deze aanpassingen noodzakelijk is om gebruik te maken van de uitstelmogelijkheid.

Artikel 2.52b

Het voorgestelde artikel 2.52b regelt ter implementatie van het tweede lid van artikel 22 van richtlijn 2014/24/EU dat, ondanks het uitgangspunt van elektronische informatie-uitwisseling, mondelinge communicatie mogelijk blijft voor communicatie die niet de essentiële elementen van een aanbestedingsprocedure betreft. Dit betekent bijvoorbeeld dat het mogelijk is om een inlichtingenbijeenkomst te organiseren.

Essentiële elementen van een aanbestedingsprocedure zijn op grond van het tweede lid de aanbestedingsstukken, verzoeken tot deelneming, bevestigingen van belangstelling en inschrijvingen. Alhoewel de mededeling van de gunningsbeslissing niet specifiek wordt genoemd als essentieel element van de aanbestedingsprocedure, wordt in artikel 2.130, derde lid, bepaald dat de mededeling van de gunningsbeslissing in ieder geval elektronisch of per fax moet worden meegedeeld. Voorwaarde voor gebruik van mondelinge communicatie is dat de inhoud van de mondelinge communicatie voldoende wordt gedocumenteerd. Dit is met name nodig om voldoende transparantie te garanderen en te kunnen nagaan of het beginsel van gelijke behandeling in acht is genomen.

Ingevolge het derde lid dient mondelinge communicatie met inschrijvers die van grote invloed kan zijn op de inhoud en de beoordeling van de inschrijvingen voldoende en met passende middelen te worden gedocumenteerd. Hierbij kan worden gedacht aan schriftelijke of auditieve registratie of een samenvatting van de voornaamste elementen van de communicatie.

Artikel 2.55a

In het voorgestelde artikel 2.55a wordt artikel 55, tweede lid, aanhef en onderdeel d, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. In het artikel wordt bepaald dat wanneer een inschrijver (in het geval van de niet-openbare procedure, mededingingsprocedure of innovatiepartnerschap) of een deelnemer (in het geval van de concurrentiegerichte dialoog) een schriftelijk verzoek indient om te worden geïnformeerd over het verloop van de onderhandelingen of de dialoog, de aanbestedende dienst hem daarover uiterlijk binnen vijftien dagen daarover informeert. De informatieplicht van de aanbestedende dienst in dit geval ziet puur op het verloop van het proces, zoals het aantal onderhandelingen dat is gevoerd of het moment waarop de aanbestedende dienst voornemens is om de onderhandelingen af te ronden. Inhoudelijke informatie die door andere deelnemers is verstrekt, valt nadrukkelijk niet hieronder.

Artikel 2.56

Het voorgestelde artikel implementeert artikel 84, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU. Op basis van dit artikel wordt de aanbestedende dienst verplicht om het verloop van alle aanbestedingsprocedures te documenteren. Met het oog op een deugdelijk verloop van de procedure waarin de aanbestedingsbeginselen te allen tijde worden gerespecteerd, is het van belang dat inzicht kan worden verkregen in het besluitvormingsproces van een aanbestedingsprocedure. De aanbestedende dienst moet om die reden de besluiten in alle stadia van de aanbestedingsprocedure kunnen motiveren, en wordt daarom verplicht voldoende documentatie bij te houden. Op deze wijze worden de diverse informatieverplichtingen die in de Aanbestedingswet aan de aanbestedende diensten worden opgelegd, beter gewaarborgd (zie bijvoorbeeld artikel 1.4 en artikel 2.53). Dit betreft documentatie

over het opstellen van de aanbestedingsstukken, communicatie met ondernemers en interne beraadslagingen, eventuele dialoog of onderhandelingen, en selectie en gunning van de opdracht. De aanbestedende dienst kan de informatie in dit aanbestedingsrapport samen voegen met het proces-verbaal zodat een compleet beeld bestaat van het verloop van gunning van een overheidsopdracht, een raamovereenkomst of de instelling van een dynamisch aankoopsysteem.

In het tweede lid wordt de aanbestedende dienst verplicht deze documentatie ten minste drie jaar na gunning van de overheidsopdracht te bewaren. Deze documentatie kan van belang zijn in het kader van een rechterlijke procedure met betrekking tot de gunning.

Artikel 2.57a

In artikel 2.57a wordt artikel 21, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. In het artikel wordt bepaald dat een aanbestedende dienst van een ondernemer kan verlangen dat hij de vertrouwelijke aard van de informatie die de aanbestedende dienst tijdens de aanbestedingsprocedure beschikbaar stelt, beschermt. Een aanbestedende dienst die bijvoorbeeld concepten voor interne beraadslaging deelt met ondernemers, kan op basis van dit artikel van inschrijvers verlangen dat zij er zorg voor dragen dat deze informatie niet verder wordt verspreid.

Artikel 2.58

Artikel 2.58, eerste lid, wordt vereenvoudigd, omdat richtlijn 2014/24/EU, in tegenstelling tot richtlijn 2004/18/EG, dezelfde regels hanteert voor vooraankondigingen voor werken, leveringen of diensten.

Artikel 2.58a

In dit artikel wordt artikel 75, eerste lid, onderdeel b, van richtlijn 2014/24/EU, geïmplementeerd. Het artikel regelt de voorwaarden waaronder een aanbestedende dienst een vooraankondiging mag gebruiken om een overheidsopdracht voor sociale en andere specifieke diensten bekend te maken. Een vooraankondiging voor sociale en andere specifieke diensten is anders van aard dan een vooraankondiging voor reguliere diensten. Wanneer een aanbestedende dienst gebruik maakt van vooraankondiging voor het bekendmaken van een opdracht voor sociale en andere specifieke diensten, dan hoeft hij geen aankondiging meer te doen. De vooraankondiging wordt namelijk als zodanig gebruikt als oproep tot mededinging van een opdracht. Wanneer de aanbestedende dienst bij opdrachten voor sociale en andere specifieke diensten gebruik maakt van een vooraankondiging, dan dient hij het voor het doen van een vooraankondiging bestemde formulier te gebruiken dat te vinden is in het elektronisch systeem voor aanbestedingen (TenderNed). Overeenkomstig het eerste lid van dit artikel, vermeldt de aanbestedende dienst in de vooraankondiging op welk soort dienst de overheidsopdracht betrekking heeft, dat ondernemers hun belangstelling schriftelijk kenbaar moeten maken en dat de overheidsopdracht wordt gegund zonder verdere bekendmaking. Doordat een vooraankondiging gebruikt mag worden als oproep tot mededinging, schrijft richtlijn 2014/24/EU voor dat dat de vooraankondiging voortdurend bekend wordt gemaakt. Voortdurend bekendmaken betekent dat de vooraankondiging via elektronische weg gepubliceerd blijft totdat de oorspronkelijk in de vooraankondiging aangegeven geldigheidstermijn ten einde komt, of tot de ontvangt van een aankondiging van een gegunde opdracht in overeenstemming met artikel 2.134, eerste lid, waarin

staat dat geen verdere opdrachten zullen worden gegund gedurende de periode waarop de oproep tot mededinging betrekking heeft.

In het derde lid wordt bepaald dat indien een overheidsopdracht voor sociale en specifieke diensten had kunnen worden geplaatst met gebruikmaking van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging, het artikel niet van toepassing is en die opdracht niet bekend hoeft te worden gemaakt door middel van een vooraankondiging. De onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan alleen toegepast worden in de in artikel 2.32 tot en met artikel 2.36 bepaalde gevallen.

Artikel 2.60

Aangezien geen onderscheid meer wordt gemaakt bij vooraankondigingen voor de verschillende procedures (zie het voorgestelde artikel 2.58 en de daarop gegeven toelichting)kan het eerste lid van het nieuwe artikel 2.60 worden vereenvoudigd ten opzichte van de thans geldende tekst in dit artikellid.
Het voorgestelde tweede en derde lid van artikel 2.60, die artikel 52, eerste lid, onderscheidenlijk artikel 52, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU implementeren, spreekt voor zich.

Artikel 2.62

Het voorgestelde vierde lid van artikel 2.62 bevat een tweetal uitzonderingen op de in het eerste lid vervatte verplichting tot aankondiging van een overheidsopdracht. De uitzonderingen betreffen (uiteraard) de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging en de situatie dat een vooraankondiging van een overheidsopdracht voor sociale en andere specifieke diensten wordt gedaan. Met dit laatste wordt artikel 75, eerste lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd.

Artikel 2.63

Het is van belang dat in een aankondiging niet alleen wordt aangegeven welke bewijsmiddelen de aanbestedende dienst verlangt voor de draagkracht van de ondernemer en de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid, maar ook wat de voorwaarden voor deelneming aan de overheidsopdracht zijn. Ter implementatie van artikel 58, vijfde lid, van richtlijn 2014/24/EU is deze frase derhalve toegevoegd aan artikel 2.63.

Artikel 2.65

De wijzigingen in artikel 2.65 dienen ter implementatie van artikel 52, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU. De wijziging in het eerste lid is van technische aard. In het voorgestelde tweede lid wordt bepaald dat de aanbestedende dienst kan overgaan tot aankondiging, indien de Europese Commissie hem niet binnen 48 uur na bevestiging van ontvangst van de aankondiging een bevestiging van bekendmaking heeft doen toekomen. Hierdoor wordt voorkomen dat de aanbestedende dienst teveel vertraging ondervindt voordat hij de procedure kan starten.

Artikel 2.66

In artikel 2.66 wordt artikel 53, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Uit het voorgestelde eerste lid volgt dat de aanbestedende dienst in principe vanaf de datum van bekendmaking van de aankondiging met elektronische middelen kosteloze, rechtstreekse en volledige toegang tot de aanbestedingsstukken dient te bieden. Het derde en vierde lid vormen een uitzondering op de regel van het eerste lid en bepalen dat de aanbestedende dienst in de in die leden genoemde gevallen mag afzien van kosteloze, rechtstreeks en volledige toegang langs elektronische weg. Het vijfde lid verduidelijkt dat indien de aanbestedende dienst gebruik maakt van de uitzondering van het derde of vierde lid, hij er te allen tijde zorg voor draagt dat de aanbestedingsstukken op enigerlei wijze kosteloos ter beschikking worden gesteld.

Artikelen 2.68 en 2.69

Artikel 2.68 kan vervallen, omdat ter implementatie van artikel 53, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU, de bepalingen inzake de beschikbaarheid van de aanbestedingsstukken worden opgenomen in artikel 2.66.

Artikel 2.71

In dit artikel zijn de wijzigingen in de termijnen zoals opgenomen in richtlijn 2014/24/EU, overgenomen. Met de voorgestelde wijzigingen worden termijnen, zoals voor het indienen van inschrijvingen, verkort en worden termijnen geïntroduceerd voor nieuwe procedures zoals die van het innovatiepartnerschap. Het dient te worden benadrukt dat het voor een goed verloop van aanbestedingsprocedures van belang is dat ondernemers voldoende tijd hebben om hun inschrijving voor te bereiden. De minimumtermijnen genoemd in dit artikel zullen in veel gevallen te kort zijn om een goed voorbereide inschrijving mogelijk te maken. Aanbestedende diensten dienen derhalve –met inachtneming van de minimumtermijnen - per aanbestedingsprocedure een inschrijftermijn te bepalen die proportioneel is ten opzichte van de opdracht.

Artikel 2.72

Het nieuwe artikel 2.72 implementeert artikel 53, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU, verplicht de aanbestedende dienst tot verlenging van de inschrijvingstermijn als de aanbestedingsstukken niet kosteloos, vrij, rechtstreeks en volledig elektronisch beschikbaar zijn. Een dergelijke verplichting past in het stelsel van in beginsel verplichte elektronische beschikbaarheid van aanbestedingsstukken. Die verplichting geldt op grond van het tweede lid niet in een urgente situatie als bedoeld in artikel 2.74.

Artikel 2.73

Ten opzichte van de huidige tekst van artikel 2.73 wordt ter implementatie van artikel 47, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU, aan dit artikel toegevoegd dat ook indien de aanbestedende dienst de aanbestedingsstukken aanzienlijk heeft gewijzigd, hij de termijn voor het indienen van inschrijvingen zodanig dient te verlengen dat alle betrokken ondernemers van alle nodige informatie voor de opstelling van inschrijvingen kennis kunnen nemen. Aanzienlijke wijzigingen zijn met name wijzigingen in de technische specificaties die ertoe leiden dat ondernemers meer tijd nodig hebben om

die te begrijpen en de nodige voorzieningen te treffen. Uiteraard mogen deze wijzigingen niet zo ingrijpend zijn dat toelating van andere gegadigden dan de oorspronkelijk geselecteerden mogelijk was geweest, of dat meer marktpartijen aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben deelgenomen. Dat zou met name het geval kunnen zijn indien de oorspronkelijke opdracht of raamovereenkomst zoals die in de aanbestedingsstukken is weergegeven, wezenlijk is gewijzigd.

Artikel 2.74

In dit artikel zijn de wijzigingen in de termijnen zoals opgenomen in de artikelen 27, 28 en 29 van de richtlijn 2014/24/EU, overgenomen. De urgente situatie mag niet aan de aanbestedende dienst zelf te wijten zijn.

Artikel 2.74a

In artikel 2.74a wordt artikel 28, vierde lid, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Hierin wordt bepaald dat niet-centrale aanbestedende diensten de termijn voor het indienen van de inschrijvingen in een niet-openbare procedure of de termijn voor het indienen van de eerste inschrijvingen in een mededingingsprocedure met onderhandeling, in onderlinge overeenstemming met de geselecteerde gegadigden kunnen bepalen. Dit artikel kan met name uitkomst bieden in aanbestedingsprocedures waarbij het gaat om een eenvoudige opdracht. In een dergelijk geval hebben de geselecteerde gegadigden vaak hun inschrijving binnen een kortere termijn dan het wettelijk minimum van dertig dagen gereed en moeten de betreffende niet-centrale aanbestedende dienst en inschrijvers vervolgens onnodig wachten totdat zij verder kunnen met de aanbestedingsprocedure.

Wanneer een niet-centrale aanbestedende dienst verwacht dat dit het geval zal zijn, kan hij in onderlinge overeenstemming met alle geselecteerde gegadigden de termijn voor inschrijving bepalen. Voorwaarde hierbij is dat alle geselecteerde gegadigden instemmen met de verkorte termijn en dat zij allemaal evenveel tijd krijgen om hun inschrijving voor te bereiden en in te dienen. Indien geen overeenstemming wordt bereikt, dan geldt de normale inschrijftermijn van dertig dagen (zie artikel 2.71, tweede lid). Er wordt hierbij voorgesteld om af te wijken van de minimumtermijn van tien dagen, zoals opgenomen in artikel 28, vierde lid, van richtlijn 2014/24/EU om te waarborgen dat gegadigden niet onder druk worden gezet om hun inschrijving zeer spoedig in te dienen, hetgeen ten koste zou kunnen gaan van de kwaliteit van de inschrijving en derhalve van de aanbesteding als geheel.

Door de Overeenkomst inzake overheidsopdrachten is de mogelijkheid die dit artikel biedt niet beschikbaar voor centrale aanbestedende diensten.

Artikel 2.75

Artikel 2.75 wordt ter implementatie van artikel 42 van richtlijn 2014/24/EU gewijzigd. Het voorgestelde eerste lid van artikel 2.75 vormt een uitbreiding van het huidige. Ter verduidelijking wordt aan dit lid toegevoegd dat de technische specificaties de door de aanbestedende dienst voorgeschreven kenmerken van een werk, levering of dienst dienen te bevatten. In het huidige en voorgestelde artikel 2.75 wordt niet nader ingegaan op welke eisen of voorschriften kunnen worden

aangemerkt als technische specificatie. Bijlage VII van richtlijn 2014/24/EU bevat een opsomming van eisen en voorschriften die in elk geval als zodanig kunnen worden aangemerkt.

In het voorgestelde tweede lid van artikel 2.75 wordt bepaald dat de voorgeschreven kenmerken verband dienen te houden met het voorwerp van de opdracht en in verhouding dienen te zijn tot de waarde en de doelstellingen van de opdracht. Uit deze bepaling volgt dat een aanbestedende dienst bij het opstellen van de technische specificaties de proportionaliteit van zijn eisen goed in het oog dient te houden. In het derde lid wordt vervolgens bepaald wanneer technische specificaties verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht. Dit lid dient ter implementatie van de tweede alinea van artikel 42, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU. Er wordt hierbij opgemerkt dat tekstueel wordt aangesloten bij artikel 67, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU (zoals wordt geïmplementeerd in artikel 2.115, derde lid), waarin het verband tussen gunningscriteria en het voorwerp van de opdracht centraal staat. Omdat de bepalingen materieel niet van elkaar verschillen is voor een eenduidige implementatie gekozen van het concept 'verband houden met het voorwerp van de opdracht'. Zie voor een nadere uitleg de toelichting bij artikel 2.115, derde lid.

Artikelen 2.76, 2.77, 2.78 en 2.78a

Met het voorgestelde artikel 2.78a wordt artikel 43 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Het artikel beschrijft onder welke voorwaarden de aanbestedende dienst een keurmerk kan eisen of ernaar kan verwijzen in de technische specificaties, gunningsvoorwaarden of contractvoorwaarden. De definitie van 'keurmerk' is opgenomen in artikel 1.1. Terwijl in richtlijn 2004/18/EG diverse bepalingen betrekking hadden op het vragen van (milieu-)keurmerken door aanbestedende diensten, is in richtlijn 2014/24/EU dit onderwerp in een apart artikel opgenomen. Als gevolg hiervan wordt ook in de Aanbestedingswet een apart artikel over dit onderwerp opgenomen en zijn de huidige artikelen 2.76, derde en vierde lid, en 2.77, derde en vierde lid, komen te vervallen en verwijst het nieuwe derde lid van artikel 2.76 niet langer naar keurmerken.

Anders dan voorheen, kunnen aanbestedende diensten een specifiek keurmerk eisen als bewijs dat de werken, diensten of leveringen overeenstemmen met de vereiste voorschriften (artikel 2.78a, eerste lid). Zij moeten dan wel voldoen aan de strikte voorwaarden van onderdeel a tot en met e van het eerste lid. Onderdeel a stelt als voorwaarde dat de keurmerkeisen (zie ook de definitie in artikel 1.1) alleen betrekking hebben op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van de werken, diensten of leveringen. Wanneer een eis verband houdt met het voorwerp van de opdracht wordt nader uitgelegd in (de toelichting bij) artikel 2.115, derde lid. De voorwaarde dat een onderliggende eis verband houdt met het voorwerp van de opdracht geldt voor alle onderliggende keurmerkeisen van een keurmerk. Een aanbestedende dienst mag dus niet verlangen dat een ondernemer over een keurmerk beschikt dat deels onderliggende keurmerkeisen heeft die verband houden met het voorwerp van de opdracht, maar ook onderliggende keurmerkeisen heeft waarbij dat niet het geval is, zoals eisen die betrekking hebben op het algemene ondernemingsbeleid. Wanneer in een dergelijk geval het keurmerk wel aan de eisen van de onderdelen b tot en met e van het eerste lid voldoet, kan de aanbestedende dienst, ingevolge het vijfde lid van artikel 2.78a, de technische specificaties vaststellen onder verwijzing naar de gedetailleerde technische specificaties van dat keurmerk voor zover deze verband houden met het voorwerp van de opdracht.

Onderdeel b van artikel 2.78a, eerste lid, verlangt dat de keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria. Onderdeel c bepaalt dat het keurmerk dient te zijn vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden hebben kunnen deelnemen. Het begrip belanghebbenden dient in dit verband ruim te worden uitgelegd en kan onder meer betrekking hebben op overheidsinstanties, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties. Ingevolge onderdeel d dient het keurmerk voor alle betrokken partijen toegankelijk te zijn. Ten slotte bepaalt onderdeel e dat de keurmerkeisen dienen te worden vastgesteld door een derde partij waarover de ondernemer die het keurmerk aanvraagt geen beslissende invloed uitoefent. Een specifieke overheidsinstantie die betrokken is bij het opstellen van keurmerkeisen die bij overheidsopdrachten kunnen worden toegepast, kan ondanks deze betrokkenheid als derde worden gezien in de zin van onderdeel e.

Het tweede lid van artikel 2.78a betreft de situatie waarin de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken naar een specifiek keurmerk verwijst, maar daarbij aangeeft dat de inschrijver slechts aan een aantal onderliggende keurmerkeisen van dat keurmerk hoeft te voldoen. Een inschrijver die niet beschikt over het gevraagde keurmerk, kan dan in zijn inschrijving aantonen dat hij aan de gevraagde keurmerkeisen voldoet door het overleggen van een ander keurmerk waaruit dit blijkt of door het overleggen van andere geschikte bewijsmiddelen, zoals een technisch dossier van een fabrikant.

Zoals beschreven in het derde lid van artikel 2.78a, dient een aanbestedende dienst die een specifiek keurmerk eist alle andere keurmerken te aanvaarden die bevestigen dat de werken, leveringen of diensten aan gelijkwaardige keurmerkeisen voldoen. Een aanbestedende dienst eist een keurmerk om er zeker van te zijn dat het werk of de levering of dienst voldoet aan zijn eisen. Als een ondernemer met een ander keurmerk aantoont dat hij aan de eisen van de aanbestedende dienst voldoet, dient de aanbestedende dienst dat alternatieve keurmerk als bewijs te accepteren, mits het keurmerk voldoet aan de voorwaarden als beschreven in artikel 2.78a, eerste lid, onderdelen b tot en met e.

Het verkrijgen van een keurmerk neemt doorgaans enige tijd in beslag. Daarom bepaalt het vierde lid dat indien een ondernemer kan aantonen dat hij niet de mogelijkheid heeft gehad om het vereiste keurmerk of een gelijkwaardig keurmerk voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn te verkrijgen, de aanbestedende dienst andere geschikte bewijsmiddelen moet aanvaarden, zoals een technisch dossier.

Artikel 2.78b

Met dit artikel wordt artikel 44 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Dit artikel heeft betrekking op een specifiek soort keurmerken (zie de definitie in artikel 1.1), namelijk testverslagen of certificaten die zijn afgegeven door een conformiteitsbeoordelingsinstantie. De definitie van het begrip conformiteitsbeoordelingsinstantie wordt opgenomen in artikel 1.1. Het eerste lid van artikel 2.78b bepaalt dat een aanbestedende dienst kan verlangen dat een ondernemer door middel van het overleggen van een testverslag of een certificaat van een conformiteitsbeoordelingsinstantie bewijst dat het werk, het product of de dienst voldoet aan de voorschriften of criteria die zijn neergelegd in de technische specificaties. Een voorbeeld hiervan is een certificaat dat bevestigt dat de producten voldoen aan de gestelde veiligheidseisen. Indien een aanbestedende dienst een certificaat eist van een specifieke conformiteitsbeoordelingsinstantie, dan aanvaardt hij ook een certificaat van een

gelijkwaardige conformiteitsbeoordelingsinstantie (tweede lid). Als een ondernemer kan aantonen dat hij niet de mogelijkheid heeft gehad om, het vereiste certificaat of testverslag voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn te verkrijgen, aanvaardt de aanbestedende dienst andere geschikte bewijsmiddelen, zoals een technisch dossier (derde lid).

Artikel 2.79

Artikel 71 van richtlijn 2014/24/EU bevat bepalingen over onderaanneming. Ten opzichte van richtlijn 2004/18/EG zijn deze bepalingen uitgebreid om aanbestedende diensten de mogelijkheid te bieden om meer zicht en grip te krijgen op de onderaannemers die door hoofdaannemers bij de uitvoering van overheidsopdrachten worden ingezet. Aangezien de rechtssystemen van de lidstaten aanzienlijke verschillen vertonen en de wijze waarop contracten door aanbestedende diensten worden beheerd per lidstaat verschilt, kunnen de lidstaten met betrekking tot meerdere bepalingen van artikel 71 van richtlijn 2014/24/EU kiezen of zij de aanbestedende diensten verplichtingen opleggen inzake onderaanneming. Er wordt voorgesteld om louter de verplichte bepalingen te implementeren en de aanbestedende diensten zoveel mogelijk de keuze te laten of zij gebruik willen maken van de mogelijkheden die het artikel hen biedt.

De eerste alinea van het vijfde lid van artikel 71 van richtlijn 2014/24/EU bevat een verplichting ten aanzien van onderaanneming. In het voorgestelde tweede lid van artikel 2.79 wordt deze geïmplementeerd. Hierin wordt bepaald dat de aanbestedende dienst van de hoofdaannemer van een overheidsopdracht voor werken of van een overheidsopdracht voor diensten die ter plaatse onder rechtstreeks toezicht van de aanbestedende dienst moeten worden verleend, verlangt dat hij de in de onderdelen a tot en met c genoemde gegevens van zijn onderaannemers verstrekt. In het derde lid wordt voorts bepaald dat de hoofdaannemer de aanbestedende dienst informeert over alle wijzigingen in de in het tweede lid bedoelde gegevens. Met 'diensten die ter plaatse onder rechtstreeks toezicht van de aanbestedende dienst moeten worden verleend', worden diensten bedoeld die plaatsvinden op locaties waarvoor de aanbestedende dienst verantwoordelijk is of waar hij rechtstreeks toezicht op uitoefent, zoals diensten in of aan ministeries, stadhuizen, scholen, gemeentelijke sportvoorzieningen of wegen. Een overheidsopdracht voor callcenter-diensten die in onderaanneming wordt uitgevoerd door een callcenter in Suriname, valt hier bijvoorbeeld niet onder. Immers, de aanbestedende dienst is in dit voorbeeld niet verantwoordelijk voor de locatie van het callcenter en hij oefent er ook geen rechtstreeks toezicht op uit. Deze bepalingen beogen te waarborgen dat aanbestedende diensten weten wie er te hunnen behoeve werken uitvoert op hun bouwplaatsen of locaties en wie er diensten verleent op (bouw)plaatsen waarvoor zij verantwoordelijk zijn of rechtstreeks toezicht op uitoefenen. Dat (een vertegenwoordiger van) de aanbestedende dienst niet in alle gevallen op de locatie aanwezig is waar de werken worden verricht of de diensten worden verleend, is hiervoor niet van belang.

De tweede alinea van artikel 71, vijfde lid, van richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat lidstaten ook de hoofdaannemers direct kunnen verplichten om de vereiste gegevens aan de aanbestedende dienst te verstrekken. Er wordt voorgesteld om deze bepaling niet te implementeren. Reden hiervoor is dat, zoals volgt uit het voorgestelde derde lid van artikel 2.79, het niet voor alle overheidsopdrachten verplicht is om gegevens over onderaannemers te verstrekken en het daarom duidelijker voor zowel aanbestedende diensten als ondernemers is wanneer de aanbestedende dienst actief om het verstrekken van de gegevens vraagt.

In het vierde lid wordt, ter implementatie van de vijfde alinea van artikel 71, vijfde lid, van richtlijn 2014/24/EU de mogelijkheid geboden om van hoofdaannemers ook gegevens te verlangen van de onderaannemers als genoemd in het tweede en derde lid. Er wordt voor gekozen om aanbestedende diensten niet te verplichten om deze gegevens te allen tijde op te vragen, omdat dit een flinke verzwaring van de administratieve lasten met zich mee zou brengen en het in veel gevallen voor de aanbestedende dienst erg moeilijk of zelfs onmogelijk zal zijn om de gegevens ook daadwerkelijk te controleren.

Ingevolge het voorgestelde vijfde lid kunnen aanbestedende diensten controleren of een verplichte of facultatieve grond voor uitsluiting met betrekking tot een onderaannemer aanwezig is en in de overeenkomst met de hoofdaannemer bepalen dat de hoofdaannemer een onderaannemer op wie een uitsluitingsgrond van toepassing is, vervangt. Uiteraard dient de aanbestedende dienst vooraf te bezien of de controle van de uitsluitingsgronden in het concrete geval proportioneel is. Indien het belang gering is ligt het bijvoorbeeld niet voor de hand om onderaannemers of zelfs onderaannemers van onderaannemers te controleren.

Meer zicht op onderaannemers die door hoofdaannemers bij de uitvoering van overheidsopdrachten worden ingezet kan ook behulpzaam zijn voor aanbestedende diensten in het kader van de mogelijke aansprakelijkstelling in het geval een (onder)aannemer de wettelijke en civielrechtelijke verplichtingen niet naleeft. Dit is bijvoorbeeld het geval indien loonheffingen door (onder)aannemers niet afgedragen worden.

Voorgesteld wordt om het derde lid van artikel 71 van richtlijn 2014/24/EU niet te implementeren. Op basis van dit lid kunnen lidstaten bepalen dat de aanbestedende dienst in bepaalde gevallen verschuldigde bedragen op verzoek van de onderaannemer rechtstreeks aan die onderaannemer overmaakt. Een dergelijk systeem verplicht aanbestedende diensten tot betaling aan een partij (de onderaannemer) waarmee geen contractuele relatie bestaat. Immers, de aanbestedende dienst heeft een contractuele relatie met de hoofdaannemer die, op zijn beurt weer een contractuele relatie heeft met de onderaannemer. Het doorkruisen van deze keten past niet in het Nederlandse contractenrecht. In geval van faillissement van de hoofdaannemer kan het feit dat de aanbestedende dienst al rechtstreeks heeft betaald aan de onderaannemer nadelig zijn voor de schuldeisers van de hoofdaannemer. Dit kan op basis van artikel 42 van de Faillissementswet ertoe leiden dat de aanbestedende dienst alsnog aan de hoofdaannemer moet betalen. Voorts raakt de rechtstreekse betaling aan onderaannemers direct aan de wijze waarop de financieringsstromen in het bedrijfsleven lopen. Voor hoofdaannemers kan het lastiger worden bij de bank hun financiering rond te krijgen indien een deel van de inkomsten door de uitvoering van de opdracht buiten de hoofdaannemer om gaat. Financiers zullen daar rekening mee houden en minder bereid zijn om kredieten te verstrekken. Ten slotte is rechtstreekse betaling van onderaannemers onder voorwaarden al mogelijk op basis van het Besluit vaststelling uniforme administratieve voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (UAV). Indien een hoofdaannemer in gebreke blijft of bij onvermogen van de hoofdaannemer om het werk geheel of gedeeltelijk uit te voeren, en wanneer de betaling wordt opgeschort, heeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om onderaannemers een billijke vergoeding te geven voor de werkzaamheden en leveringen waarvoor deze nog geen betaling heeft gehad (paragraaf 40 onder 13). Aangezien wordt voorgesteld om artikel 71, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU niet te implementeren, wordt tevens voorgesteld om het zevende lid van dit

artikel dat voorziet in verdergaande maatregelen op het gebied van aansprakelijkheid en rechtstreekse betaling, niet te implementeren.

Artikel 2.80

De kern van het voorgestelde artikel 2.80 is onveranderd gebleven ten opzichte van het huidige artikel 2.80. Enige aanpassingen zijn nodig ter implementatie van artikel 70 van richtlijn 2014/24/EU, dat de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie codificeert.

Bijzondere voorwaarden als bedoeld in dit artikel zijn voorwaarden waaraan de ondernemer die de opdracht gegund heeft gekregen moet voldoen. Het zijn specifieke voorwaarden die zien op de uitvoering van de opdracht. Deze voorwaarden dienen te zijn opgenomen in de aanbestedingsstukken en kunnen verband houden met economische, innovatiegerelateerde, arbeidsgerelateerde, sociale of milieuoverwegingen. Vaak worden deze voorwaarden uiteindelijk opgenomen in het contract tussen de aanbestedende dienst en de inschrijver die de opdracht gaat uitvoeren. In tegenstelling tot de gunningscriteria waarin de aanbestedende dienst zijn wensen specificeert, en die de basis vormen voor een vergelijkende beoordeling van de kwaliteit van de inschrijvingen, zijn de bijzondere voorwaarden vaste, objectieve eisen die niet van invloed zijn op de beoordeling van de inschrijvingen. De aanbestedende dienst kan dus zelf bepalen of hij een eis wil opnemen als gunningscriterium of als bijzondere voorwaarde. Het recyclen van het verpakkingsmateriaal van de te leveren goederen kan bijvoorbeeld worden opgenomen als gunningscriterium. In dat geval kunnen inschrijvers punten verdienen als zij over een dergelijk recycling systeem beschikken. Als de aanbestedende dienst het recyclen van verpakkingsmateriaal van de te leveren goederen daarentegen opneemt als een bijzondere voorwaarde, dan dient een inschrijver over het gevraagde recycling systeem te beschikken. Indien dat niet het geval is, dan kan hij niet meedingen naar de opdracht.

Evenals gunningscriteria, moeten bijzondere voorwaarden verband houden met het voorwerp van de opdracht in de zin van artikel 2.115, derde lid, en dienen zij in overeenstemming te zijn met het gemeenschapsrecht, waaronder het beginsel van non-discriminatie. Bijzondere voorwaarden die betrekking hebben op het algemene ondernemingsbeleid hebben geen direct verband met het voorwerp van de opdracht en zijn dus niet toegestaan.

Een voorbeeld van een bijzondere voorwaarde met economische overwegingen is een voorwaarde die bepaalt dat een ondernemer indien hij de opdracht voor een bepaalde datum afrondt, een percentage krijgt uitgekeerd van de kosten die de aanbestedende dienst worden bespaard door de afronding voor die datum.

Bijzondere voorwaarden betreffende arbeidsgerelateerde en sociale aspecten van het productieproces 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 (PbEG 1997, L 18) (de detacheringsrichtlijn) en zij mogen niet worden gekozen of toegepast op een wijze die direct of indirect discriminerend is ten aanzien van ondernemers uit andere lidstaten of uit derde landen die partij zijn bij de GPA-overeenkomst of bij andere vrijhandelsakkoorden waarbij de Europese Unie partij is. Eisen betreffende essentiële arbeidsvoorwaarden die zijn geregeld in richtlijn 96/71/EG, zoals minimumlonen, moeten derhalve, overeenkomstig de uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Unie worden uitgelegd. De

meest recente uitspraak van het Hof hierover is zaak C-396/13 van 12 februari 2015 (Sähköalojen ammattiliitto ry). In deze zaak heeft het Hof zich onder meer uitgesproken over de toepassing van artikel 3, leden 1 en 7 van richtlijn 96/71, gelezen in samenhang met de artikelen 56 en 57 VWEU. Volgens de detacheringsrichtlijn (96/71/EG) moet de lidstaat van ontvangst voor op zijn grondgebied ter beschikking gestelde werknemers een minimum beschermingsniveau (onder andere ten aanzien van het loon) verzekeren. Daarbij is naast het belang van vrij dienstenverkeer, ook de sociale bescherming van werknemers van belang.

Artikel 2.81

Conform artikel 18, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU wordt het toepassingsbereik van artikel 2.81 uitgebreid. In het tweede lid wordt bepaald dat aanbestedende diensten inschrijvers of gegadigden dienen te verzoeken aan te geven dat zij bij het opstellen van hun inschrijving rekening hebben gehouden met de verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht uit hoofde van het Unierecht, nationale recht of collectieve arbeidsovereenkomsten of uit hoofde van de in bijlage X van richtlijn 2014/24/EU vermelde bepalingen van internationaal milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Verplichtingen op het gebied van milieurecht vloeien bijvoorbeeld voort uit de Wet Milieubeheer. Bij verplichtingen op het gebied van sociaal- en arbeidsrecht kan worden gedacht aan de Arbowet, de Wet Minimumloon en minimumvakantiebijslag of - indien van toepassing - het bepaalde in de collectieve arbeidsovereenkomst.
Het bepaalde in artikel 2.81, tweede lid, is tevens van belang bij de toepassing van artikel 2.87, eerste lid, onderdeel a. In dat artikel wordt immers bepaald dat een aanbestedende diensten een inschrijver mag uitsluiten indien hij de verplichtingen in artikel 2.81, tweede lid, heeft geschonden. Indien een onderneming bijvoorbeeld de verplichtingen uit hoofde van het IAO-Verdrag betreffende discriminatie in arbeid en beroep niet is nagekomen, dan kan dat leiden tot uitsluiting van deelneming. De aanbestedende dienst kan met elk passend middel schendingen van het in dit artikel bepaalde aantonen en overgaan tot uitsluiting van deelneming.

Artikel 2.81a

Dit artikel wordt toegevoegd ter uitvoering van het tweede deel van de motie Reuten (Kamerstukken I, 2012/13, 32 440, M). In die motie wordt de regering, samengevat weergegeven, verzocht om bij de eerstvolgende relevante herziening van de Aanbestedingswet 2012 aan artikel 2.81 toe te voegen dat aanbestedende diensten gehouden zijn om niet-naleving van verplichtingen op het gebied van arbeidsbescherming en arbeidsvoorwaarden bij de uitvoering van een overheidsopdracht te melden bij de Inspectie SZW. Het voorgestelde artikel 2.81a strekt daartoe. Dit betekent dat als een aanbestedende dienst bijvoorbeeld tijdens de uitvoering van een overheidsopdracht in Nederland erachter komt dat voor de werknemers die op de opdracht worden ingezet het verschuldigde loon niet wordt betaald, de arbeidsduur van deze werknemers langer is dan wettelijk toegestaan, of er illegale werknemers werkzaam zijn op de opdracht, hij dergelijke misstanden dient te melden aan de Inspectie SZW. Op de website van de Inspectie SZW is te vinden waar dit kan worden gemeld (zie in dit verband: http://www.inspectieszw.nl/contact/melden_en_aanvragen/index.aspx). Het is vervolgens aan de Inspectie SZW om te bepalen wat de vervolgstappen op die melding zullen zijn. Met de toevoeging van artikel 1.21a aan hoofdstuk 1.3, dat ziet op administratieve voorschriften voor overheidsopdrachten, speciale-sectoropdrachten en concessieovereenkomsten met een waarde onder

de Europese drempelbedragen, wordt artikel 2.81a ook van toepassing onder de Europese drempelbedragen en dus op het gehele terrein van de wet.

Artikel 2.82

Met de voorgestelde wijziging van artikel 2.82, eerste lid, wordt gebruik gemaakt van de mogelijkheid van artikel 20 van richtlijn 2014/24/EU om aanbestedende diensten de gelegenheid te bieden deelneming aan procedures voor overheidsopdrachten voor te behouden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot belangrijkste doel hebben, of de uitvoering van deze opdrachten voor te behouden in het kader van programma's voor beschermde arbeid. Zo kan door middel van beroep en werk worden bijgedragen aan het bevorderen van de maatschappelijke integratie van gehandicapten en kansarmen. Voorwaarde hierbij is dat ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn. De reden om opdrachten voor te behouden aan dergelijke werkplaatsen, programma's of ondernemingen is gelegen in het feit dat zij er onder normale mededingingsvoorwaarden vaak niet in slagen voldoende opdrachten te verwerven.

In het huidige artikel 2.82, eerste lid, is reeds gebruik gemaakt van een vergelijkbare mogelijkheid die richtlijn 2004/18/EU bood om aanbestedende diensten de gelegenheid te bieden om opdrachten voor te behouden. Ook nu in het kader van de implementatie van richtlijn 2014/24/EU wordt voorgesteld om de aanbestedende diensten deze mogelijkheid te bieden zodat zij opdrachten kunnen voorbehouden aan sociale werkplaatsen. In Nederland gaat het hierbij om sociale werkvoorzieningen en voorzieningen voor beschut werk.

De reikwijdte van het voorgestelde artikellid is echter breder dan die van het huidige artikel 2.82, eerste lid. De nieuwe bepaling betreft behalve de sociale werkplaatsen namelijk ook programma's voor beschermde arbeid en ondernemingen die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben. De doelgroep is naast gehandicapten verder uitgebreid met de categorie 'kansarmen'. Ook kan het nieuwe artikellid al worden toegepast als ten minste 30% van de werknemers tot de doelgroep behoort in plaats van het merendeel van de werknemers.

Om binnen de reikwijdte van het voorgestelde artikel 2.82, eerste lid, te kunnen vallen dient een onderneming aan te tonen dat zij de maatschappelijke en professionele (her)integratie van gehandicapten of kansarmen tot belangrijkste doel heeft, bijvoorbeeld doordat zij dit in haar statuten heeft opgenomen. Onder 'gehandicapten' en 'kansarmen' moeten in dit verband in elk geval worden verstaan die personen die onder de Wet banenafspraak en quotum arbeidsbeperkten vallen. De doelgroep van deze wet omvat: 1) mensen die onder de Participatiewet vallen en geen wettelijk minimumloon kunnen verdienen, 2) mensen met een Wsw-indicatie, 3) Wajongers met arbeidsvermogen en 4) mensen met een Wiw-baan of ID-baan. Daarnaast kan onder gehandicapten en kansarmen ook worden begrepen personen die een uitkering ontvangen op grond van de Wia en Wao. Deze opsomming is niet limitatief.

Ten overvloede wordt opgemerkt dat het op basis van deze bepaling niet mogelijk is om een opdracht rechtstreeks te gunnen aan één organisatie die binnen de reikwijdte ervan valt.

Artikel 2.83

Met de voorgestelde wijziging van dit artikel wordt artikel 45 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Er zijn enkele inhoudelijke wijzigingen ten opzichte van het huidige artikel 2.83, dat betrekking heeft op varianten. Ten eerste kunnen aanbestedende diensten niet alleen toestaan dat inschrijvers varianten indienen, maar kunnen zij dat ook van hen verlangen (eerste lid). Het verlangen van varianten kan bijvoorbeeld interessant zijn voor een aanbestedende dienst die een vergelijking wil maken tussen de mogelijkheid om een wagenpark aan te schaffen of te leasen. Bovendien voorzien de voorgestelde wijzigingen ook in de mogelijkheid om varianten in te dienen als het gunningscriterium 'laagste prijs' of 'laagste kosten' is. Als een aanbestedende dienst varianten toestaat of verlangt, geeft hij daarbij te kennen of de inschrijving zowel een bestekconforme inschrijving als een of meerdere varianten dient te bevatten, of dat een inschrijver ook louter varianten kan indienen (derde lid). Het vijfde lid codificeert de staande praktijk dat varianten verbonden dienen te zijn met het voorwerp van de opdracht (zie de toelichting bij artikel 2.115, derde lid).

Artikel 2.85

Aan artikel 2.85 wordt ter implementatie van de vijfde alinea van artikel 59, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU, een vierde lid toegevoegd, inhoudende de mogelijkheid voor een ondernemer om een eerder gebruikte eigen verklaring te hergebruiken, mits hij bevestigt dat de in de eerder gebruikte eigen verklaring opgenomen gegevens nog steeds correct zijn. Dit kan alleen in het geval dat ook de door de aanbestedende dienst ingevulde gegevens gelijk zijn gebleven.

§ 2.3.5.1. Uitsluitingsgronden

Algemeen
Artikel 57 van richtlijn 2014/24/EU bevat een uitbreiding van het aantal verplichte en facultatieve gronden waarop een aanbestedende dienst een ondernemer dient uit te sluiten van deelneming aan een aanbestedingsprocedure. Deze uitbreiding wordt overgenomen in de artikelen 2.86 en 2.87. Ook worden de artikelen 2.86a en 2.87a geïntroduceerd.

Artikel 2.86

In het tweede lid van artikel 2.86 worden onder e en f (nieuwe) strafbare feiten toegevoegd als verplichte uitsluitingsgronden in aanvulling op de reeds bestaande opsomming. Het betreft de toevoeging van verplichte uitsluiting in verband met terroristische activiteiten en verplichte uitsluiting in verband met kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel.
In het nieuwe derde lid wordt bij de uitsluitingsgronden expliciet aangegeven dat de inschrijver ook uitgesloten dient te worden indien één van de leden van een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan of iemand die daarin verantwoordings-, beslissings-, of controlebevoegdheden heeft, onherroepelijk is veroordeeld wegens een feit als bedoeld in het tweede lid. Bij een aanvraag om een gedragsverklaring aanbesteden wordt reeds getoetst op de justitiële antecedenten van bestuurders, vennoten, maten of beheerders van een rechtspersoon en van voormalige bestuurders enzovoort van in het jaar voorafgaande aan de aanvraag die nog een beleidsbepalende functie in de rechtspersoon vervullen.

Het nieuwe vierde lid voegt een verplichte uitsluitingsgrond toe, een onherroepelijke rechterlijke of administratieve beslissing met betrekking tot het niet voldoen van de betaling van belastingen of sociale zekerheidspremies. Dit is een toevoeging op de reeds bestaande facultatieve uitsluitingsgrond van artikel 2.87, die ziet op het niet voldoen aan verplichtingen tot betaling van belastingen of van sociale zekerheidspremies zonder dat sprake is van een rechterlijke of administratieve beslissing daaromtrent. Op grond van artikel 4.7, onderdeel b, van de Aanbestedingswet 2012 jo. artikel 8 van het Aanbestedingsbesluit worden veroordelingen wegens artikel 69 van de Algemene wet inzake rijksbelastingen bij de gedragsverklaring aanbesteden meegewogen. Op grond van het vierde lid is de aanbestedende dienst verplicht een ondernemer uit te sluiten indien hij kennis heeft van andere onherroepelijke rechterlijke of administratieve beslissingen als hiervoor omschreven. Het vijfde lid bewerkstelligt dat de onderneming of natuurlijke persoon die inmiddels de verschuldigde belastingen of premies heeft voldaan of een bindende afspraak tot betaling heeft gemaakt, niet wordt uitgesloten op basis van het vierde lid. Er is immers geen reden tot uitsluiting als dat het geval is.

Het voorgestelde zesde lid wordt aangepast aan de gewijzigde opsomming van het tweede lid. Het betreft met name aanvullingen op het gebied van het terrorisme (de artikelen 85, 134a, 140a en 295, derde lid, van het Wetboek van Strafrecht) en op het gebied van kinderarbeid en andere vormen van mensenhandel (artikel 2.73f van het Wetboek van Strafrecht). De hiervoor genoemde artikelen met betrekking tot terrorisme werden overigens wel al betrokken bij de gedragsverklaring aanbesteden, omdat die moesten worden meegewogen op grond artikel 4.7, eerste lid, onderdeel a, van de Aanbestedingswet 2012 .

Het zevende lid regelt de terugkijkperiode van de uitsluiting. Richtlijn 2014/24/EU schrijft in artikel 57, zevende lid, voor dat verplichte uitsluitingsgronden maximaal vijf jaar mag worden teruggekeken en facultatieve maximaal drie jaar. Dit betekent dat het huidige systeem, waarin in beide gevallen vier jaar wordt teruggekeken, herzien moest worden. Gezien de zeer ernstige aard van de misdrijven die vallen onder de verplichte uitsluitingsgronden die zijn opgenomen is ervoor gekozen om in die gevallen vijf jaar terug te kijken.

Artikel 2.86a

Zoals hiervoor al is vermeld, verplicht het nieuwe vierde lid van artikel 2.86 tot uitsluiting van een ondernemer indien het de aanbestedende dienst bekend is dat sprake is van een onherroepelijke en bindende rechterlijke of administratieve beslissing op grond van het niet betalen van belastingen en sociale premies. Om te voorkomen dat ondernemers worden uitgesloten voor het niet betalen van geringe hoeveelheden belasting of sociale zekerheidspremies voorziet dit artikel , dat strekt ter implementatie van artikel 57, derde lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU in een hardheidsclausule. Deze hardheidsclausule ziet op de situatie dat de ondernemer onvoldoende tijd heeft gehad om tot betaling over te gaan of tot het aangaan van een bindende regeling (tweede lid, onderdeel b). Daarnaast ziet de hardheidsclausule op situaties waarin de verschuldigde bedragen dermate klein zijn dat uitsluiting niet proportioneel is (tweede lid, onderdeel b).

Artikel 2.87

Dit artikel betreft de facultatieve uitsluitingsgronden. De aanbestedende dienst bepaalt of hij deze uitsluitingsgronden wel of niet toepast en of hij vervolgens wel of niet gunt aan een onderneming die

verkeert in een situatie als beschreven in het eerste lid. Uiteraard dient toepassing van de facultatieve uitsluitingsgronden conform de algemene aanbestedingsbeginselen plaats te vinden.
Artikel 2.87 is opnieuw opgesteld, maar grotendeels qua inhoud vergelijkbaar met de huidige tekst van dat artikel. Omdat richtlijn 2014/24/EU voor vergelijkbare onderdelen ietwat andere bewoordingen gebruikt, is een en ander opnieuw opgeschreven. De afwijkende onderdelen worden hier toegelicht.

In het voorgestelde eerste lid, onderdeel a, wordt bepaald dat aanbestedende diensten inschrijvers mogen uitsluiten indien de verplichtingen in artikel 2.81, tweede lid, zijn geschonden. Dit betreft verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal en arbeidsrecht. Dit kan de aanbestedende dienst met elk passend middel aantonen; daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan een rapport van de Inspectie SZW. In ieder geval een onherroepelijke rechterlijke of administratieve beslissing die betrekking heeft op het niet naleven van bovengenoemde rechtsgebieden kan als een passend middel worden beschouwd.

Het eerste lid, onderdeel c, ziet op de ernstige beroepsfout. Deze facultatieve uitsluitingsgrond is enigszins verduidelijkt ten opzichte van de oude bepaling, doordat is bepaald dat de ernstige beroepsfout er op enigerlei wijze toe moet leiden dat daardoor de integriteit van de ondernemer in twijfel moet zijn getrokken De in richtlijn 2004/18/EG opgenomen mogelijkheid tot uitsluiten wegens overtreding van een relevante beroepsgedragsregel is in richtlijn 2014/24/EU vervallen en komt daarom niet terug in het voorgestelde artikel 2.87.

Bij de toetsing van een aanvraag om een gedragsverklaring aanbesteden wordt op grond van artikel 4.7, eerste lid, onderdeel b, een aantal onherroepelijke veroordelingen wegens overtreding van in het Aanbestedingsbesluit aangewezen misdrijven betrokken. Hiermee werd invulling gegeven aan de uitsluitingsgrond relevante beroepsgedragsregel. De schending van relevante beroepsgedragsregels kent grote gelijkenis met de uitsluiting op basis van de ernstige beroepsfout. De bepalingen zoals deze zijn opgenomen in artikel 8 van het Aanbestedingsbesluit kunnen dan ook als invulling van de ernstige beroepsfout zoals vervat in het voorgestelde artikel 2.87, eerste lid, onderdeel c, worden aangemerkt en blijvend worden getoetst bij de aanvraag van een gedragsverklaring aanbesteden. Net als voorheen is het in zo'n geval aan de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf (als die ervoor gekozen heeft uitsluitingsgronden toe te passen) om te bepalen of bij een veroordeling, ondanks het feit dat er geen gedragsverklaring aanbesteden is afgegeven, de ondernemer wel of niet mag worden uitgesloten. De aanbestedende dienst dient te beoordelen of de concrete veroordeling als ernstige beroepsfout in de zin van artikel 2.87, eerste lid, onderdeel c, kan worden aangemerkt.

Waar voorheen de uitsluiting op basis van het mededingingsrecht onder de ernstige beroepsfout viel wordt nu een nieuwe facultatieve uitsluitingsgrond voorgesteld in onderdeel d. Omdat overtreding van de mededingingsregels in de huidige praktijk al valt onder de uitsluitingsgrond van de ernstige beroepsfout werden mededingingsovertredingen al meegenomen in de gedragsverklaring aanbesteden (artikel 4.7, eerste lid, onderdelen c en d). Aangezien geen sprake van een materiële verandering door het toevoegen van artikel 2.87, eerste lid, onderdeel d, blijft dat het geval.

Het voorgestelde onderdeel e van het eerste lid betreft, zoals eerder aangegeven in deze memorie van toelichting, een *ultimum remedium* in het geval er in een belangenconflict in de zin van artikel 1.10b, geen minder vergaande maatregelen kunnen worden genomen.

Ook wordt met artikel 2.87,eerste lid, onderdeel f, de mogelijkheid toegevoegd inschrijvers uit te sluiten die door toepassing van het voorgestelde artikel 2.51 betrokken waren bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure. Gebruik van deze mogelijkheid door de aanbestedende dienst is echter alleen toegestaan indien de aanbestedende dienst heeft gehandeld conform de verplichtingen als opgenomen in het voorgestelde artikel 2.51.

Eén van de grotere wijzigingen in de facultatieve uitsluitingsgronden betreft de introductie in het eerste lid, onderdeel g, van een uitsluitingsgrond op basis waarvan ondernemers uitgesloten kunnen worden omdat hun prestaties in het verleden tekortschoten. Om te voorkomen dat deze uitsluitingsgrond te gemakkelijk wordt ingeroepen voor kleine tekortkomingen worden er in het artikellid enkele waarborgen opgenomen. Zo wordt bepaald dat de ondernemer blijk dient te hebben gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen. De tekortkomingen dienen in ieder geval vaker dan één keer voor te zijn gekomen. Structurele tekortkomingen dienen vaker voor te zijn gekomen dan aanzienlijke tekortkomingen. Onder aanzienlijke tekortkomingen dient in ieder geval te worden verstaan die gevallen waarin de rechter wanprestatie heeft vastgesteld. Bovendien dient de tekortkoming te hebben geleid tot vroegtijdige beëindiging, schadevergoeding of andere vergelijkbare sancties van een aanbestedende dienst. Daarbij dient opgemerkt te worden dat schadevergoeding niet een relatief lage schadevergoeding mag zijn die standaard uit het contract voortvloeit door een kleine tekortkoming. De eisen dienen als één geheel in samenspel te worden gelezen. De tekortkoming hoeft niet geconstateerd te worden bij dezelfde aanbestedende dienst. Deze kring is op geen enkele wijze door de Europese wetgever beperkt. Het is denkbaar dat met het oog op toepassing van dit criterium aanbestedende diensten een register bijhouden waarin de aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen van ondernemers kunnen worden geregistreerd. Ondernemers die nog niet eerder hebben meegedaan aan een aanbesteding worden door de maatregel niet gediscrimineerd, er is immers geen verleden om naar te kijken op basis waarvan zij uitgesloten zouden kunnen worden.

Ten slotte wordt in het voorgestelde onderdeel j van het eerste lid ook de mogelijkheid opgenomen voor aanbestedende diensten om inschrijvers uit te sluiten indien zij met elk passend middel aan kunnen tonen dat de inschrijver niet heeft voldaan aan zijn verplichting tot betaling van belastingen of van bijdragen voor de sociale zekerheid. Als elk passend middel kan onder andere een verklaring van de belastingdienst dienen. Uiteraard dient uitsluiting wel proportioneel te zijn; dit is in de regel niet het geval indien de ondernemer te weinig tijd heeft gehad om te betalen of als het om relatief kleine bedragen gaat, zie daarvoor ook de hardheidsclausule die wordt voorgesteld in artikel 2.86 vijfde lid indien er sprake is van een uitsluitingsgrond als bedoeld in het voorgestelde artikel 2.86 vierde lid.
Het voorgestelde tweede lid bepaalt dat de terugkijktermijn voor deze uitsluitingsgronden drie jaar is. Het moment vanaf wanneer moet worden teruggekeken wordt in dit lid nader gespecificeerd. Op dit moment wordt voor zowel de facultatieve als de verplichte uitsluitingsgronden vier jaar teruggekeken. Voorgesteld wordt om aan te sluiten bij richtlijn 2014/24/EU die de terugkijktermijn voor facultatieve uitsluitingsgronden op maximaal drie jaar stelt en voor verplichte uitsluitingsgronden op maximaal vijf jaar. Het voorgestelde maakt daarnaast duidelijk dat de zware uitsluitingsgronden in het voorgestelde artikel 2.86van dermate ernstige aard zijn dat daar ook een langere uitsluiting mogelijk dient te zijn.

Artikel 2.87a

Dit artikel regelt dat inschrijvers de mogelijkheid krijgen hun betrouwbaarheid te bewijzen tegenover de aanbestedende dienst indien uitsluiting dreigt. Het is aan de aanbestedende dienst om te bepalen

of het bewijs van betrouwbaarheid toereikend is. Indien dat niet het geval is, is de uitsluitingsgrond onverkort van toepassing. Dee gegadigde of inschrijver moet aantonen dat hij met betrekking tot de reden van de dreigende uitsluiting maatregelen heeft getroffen. Dat betekent dat hij, afhankelijk van de van toepassing zijnde uitsluitingsgrond, moet aantonen dat hij eventuele schade heeft vergoed, dat hij actief heeft meegewerkt met de onderzoekende autoriteiten of dat hij concrete maatregelen heeft genomen die geschikt zijn om verdere strafbare feiten of fouten te voorkomen. Bij dat laatste kan worden gedacht aan het ontslaan van de personen die verantwoordelijk waren voor de strafbare feiten of fouten. Indien de gegadigde of inschrijver aan deze voorwaarden voldoet is het vervolgens aan de aanbestedende dienst om te bepalen of de maatregelen voldoende zijn en de uitsluitingsgrond in deze individuele aanbesteding niet van toepassing is op de betrokken ondernemer. Dit geldt ook indien er sprake is van een verplichte uitsluitingsgrond als bedoeld in artikel 2.86, eerste of derde lid. Indien de aanbestedende dienst de maatregelen onvoldoende vindt, moet hij dit gemotiveerd meedelen aan de inschrijver. De beslissing om een gegadigde of inschrijver al dan niet uit te sluiten moet proportioneel en niet-discriminatoir zijn.

Artikel 2.88

Gezien de toevoeging van de mogelijkheid van ondernemers om hun betrouwbaarheid aan te tonen in artikel 2.87a, kan artikel 2.88, onderdeel b, komen te vervallen.

Artikel 2.89

In het eerste en derde lid worden technische wijzigingen aangebracht.

Het vierde lid wordt aangepast aan de bewoordingen van artikel 60, tweede lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU. De aanpassing verduidelijkt dat een aanbestedende dienst, aan wie een gegadigde of inschrijver gegevens overlegt om te bewijzen dat de uitsluitingsgronden, bedoeld in de artikelen 2.86 en 2.87 niet op hem van toepassing zijn, ook bewijsmiddelen uit een andere lidstaat, of uit het land van herkomst of het land van vestiging van de ondernemer accepteert die een gelijkwaardig doel dienen of waaruit blijkt dat een uitsluitingsgrond niet van toepassing is.

Artikel 2.90

Het eerste lid van artikel 2.90 implementeert artikel 61, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU. Dit lid wordt gewijzigd om te benadrukken dat aanbestedende diensten, wanneer zij geschiktheidseisen stellen, gebruik dienen te maken van e-Certis en voor zover mogelijk die typen van certificaten en bewijsstukken verplicht stellen die in e-Certis beschikbaar zijn. Dit moet leiden tot meer eenvormigheid in de te vragen bewijsmiddelen en daarmee tot lagere lasten voor ondernemers.

Voorts worden in artikel 2.90 enkele elementen toegevoegd aan het systeem van geschiktheidseisen. Zo wordt in artikel 2.90, vierde lid, ter implementatie van artikel 58, eerste lid, laatste alinea van richtlijn 2014/24/EU, uitdrukkelijk bepaald dat de door een aanbestedende dienst te stellen geschiktheidseisen dienen te worden beperkt tot geschiktheidseisen die kunnen garanderen dat een gegadigde of inschrijver over de juridische en financiële capaciteiten en de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid beschikt om de overheidsopdracht uit te voeren. Uiteraard blijft hierbij te allen tijde het proportionaliteitsbeginsel van artikel 1.13 van de Aanbestedingswet 2012 relevant dat

immers mede op geschiktheidseisen ziet. Een geschiktheidseis inzake juridische capaciteiten is bijvoorbeeld de eis dat een ondernemer die bepaalde elektrotechnische werkzaamheden gaat verrichten een training 'Voldoende Onderricht Persoon' heeft gevolgd.

De systematiek omtrent de omzeteisen wordt materieel niet gewijzigd. Artikel 58 van richtlijn 2014/24/EU stelt eisen aan de maximaal te vragen omzet (maximaal tweemaal de waarde), de eisen in de Aanbestedingswet 2012 zijn strenger (driemaal de waarde) met het oog op het vergroten van de deelname van het MKB bij aanbestedingen. Het artikel bevat enkele technische wijzigingen zodat de huidige praktijk voorvloeiend uit de Aanbestedingswet 2012 kan blijven bestaan maar de wet tegelijkertijd in lijn is met de bepalingen van richtlijn 2014/24/EU.

Artikel 2.91

De aanpassing van artikel 2.91 eerste lid, onder b, dient om de tekst van de bepaling in lijn te brengen met de tekst in artikel 60, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU.

Artikel 2.92

In dit artikel wordt het eerste lid van artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. De voorgestelde wijziging in het eerste lid is technisch van aard. Het nieuwe derde lid biedt een aanbestedende dienst de mogelijkheid om van een ondernemer die zich beroept op de financiële en economische draagkracht van een ander, te verlangen dat zowel de ondernemer als degene op wiens draagkracht hij vertrouwt, hoofdelijk aansprakelijk is voor de uitvoering van de desbetreffende overheidsopdracht. Deze mogelijkheid zorgt ervoor dat indien een aanbestedende dienst geschiktheidseisen inzake de financiële en economische draagkracht stelt, hij meer grip heeft op de naleving van deze eisen. Immers, bij een tekortkoming in de naleving van deze eisen kan hij zowel de inschrijver als de partij waarop deze zich beroept hiervoor aansprakelijk stellen.

In het voorgestelde vierde lid wordt bepaald dat de aanbestedende dienst dient te toetsen of de natuurlijke persoon of rechtspersoon waarop de ondernemer een beroep doet valt onder de door de aanbestedende dienst gestelde uitsluitingsgronden. Deze verplichting beoogt te voorkomen dat een ondernemer die zelf niet in aanmerking zou komen voor de overheidsopdracht, daarbij via onderaanneming alsnog wordt betrokken. Indien de natuurlijke persoon of rechtspersoon waarop de ondernemer een beroep doet valt onder een verplichte uitsluitingsgrond in de zin van artikel 2.86, dan dient de ondernemer deze te vervangen. Ingeval een facultatieve uitsluitingsgrond als bedoeld artikel 2.87 van toepassing is, kan de aanbestedende dienst vervanging verlangen, maar is hij daartoe niet verplicht.

Artikel 2.92a

In dit artikel wordt ter implementatie van artikel 58, vierde lid, van richtlijn 2014/24/EU verduidelijkt waarop geschiktheidseisen inzake technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid betrekking kunnen hebben en welke eisen de aanbestedende dienst in dit verband kan stellen. De tekst spreekt overwegend voor zich. De manieren waarop de ondernemer kan aantonen dat hij aan de in het tweede lid genoemde eisen van de aanbestedende dienst voldoet zijn opgenomen in artikel 2.93. In het derde lid van artikel 2.92a wordt bepaald dat indien de aanbestedende dienst heeft vastgesteld dat de

gegadigde of inschrijver conflicterende belangen heeft die van invloed kunnen zijn op de uitvoering, hij ervan kan uitgaan dat die gegadigde of inschrijver niet over de vereiste beroepsbekwaamheid beschikt. Van een conflicterend belang is bijvoorbeeld sprake als een aanbestedende dienst in een conflict met een ondernemer een advocaat in de arm wil nemen en een advocaat die mee wil doen in de aanbestedingsprocedure ook optreedt voor de tegenpartij. In dat geval voldoet de inschrijver of gegadigde niet aan de geschiktheidseisen en kan hij dus niet verder meedoen met de aanbestedingsprocedure.

Artikel 2.93

De wijzigingen in artikel 2.93 dienen ter implementatie van bijlage XII, deel II, bij richtlijn 2014/24/EU. Artikel 2.93 geeft aan op welke manieren een ondernemer zijn technische bekwaamheid of beroepsbekwaamheid kan aantonen. Het eerste lid, onderdeel a, bevat een technische wijziging. De passage dat bij referenties details worden opgenomen omtrent het bedrag, de plaats, het tijdstip en of de opdracht volgens de regels der kunst is uitgevoerd en tot een goed einde is gebracht, is vervangen door de zinsnede dat de werken zowel met betrekking tot de wijze van uitvoering als met betrekking tot het resultaat naar behoren dienen te zijn uitgevoerd.
Hiermee wordt tot uitdrukking gebracht dat niet alleen het eindresultaat maar ook de wijze van uitvoering relevant zijn. De onderdelen a en b bepalen dat een ondernemer zijn technische bekwaamheid onder andere kan aantonen aan de hand van een lijst van werken of een lijst van diensten en leveringen die zijn uitgevoerd in de laatste vijf jaar voor werken respectievelijk in de laatste drie jaar voor leveringen en diensten. Enkele onderdelen worden hieronder toegelicht. De bijlage bevat voor het overige geen wezenlijke wijzigingen ten opzichte van de bepalingen van richtlijn 2004/18/EG.

Zoals in de memorie van toelichting bij de Aanbestedingswet 2012 reeds is toegelicht (Kamerstukken II 2009/10, 32440, nr. 3, p. 84) volstaan veel aanbestedende diensten in de praktijk met het vragen van een aantal referentiewerken in plaats van de volledige lijst met van referentiewerken. Als een aanbestedende dienst zich daartoe beperkt zal in de regel het vragen om drie referentiewerken als proportioneel kunnen worden beschouwd. Of het vragen naar meer referentiewerken als proportioneel kan worden beschouwd, hangt af van de aard, omvang en waarde van de opdracht.

Onderdeel e, eerste lid, wordt nieuw ingevoegd. Hierin wordt bepaald dat een ondernemer zijn technische bekwaamheid in voorkomende gevallen kan aantonen door middel van een vermelding van de systemen voor het beheer van de toeleveringsketen en de traceersystemen die de ondernemer kan toepassen in het kader van de uitvoering van de overheidsopdracht. Het kan hierbij bijvoorbeeld gaan om systemen die de hoofdaannemer in staat stellen om overzicht te houden op de gehele keten van onderaannemers of waarmee hij de status van bestellingen kan volgen.

Onderdeel h betreffende maatregelen inzake milieubeheer, wordt door de voorgestelde wijziging ook van toepassing op overheidsopdrachten voor leveringen.
Tevens wordt aan artikel 2.93 een vierde lid toegevoegd. Op grond van dit lid kunnen ondernemers die lijsten met werken als bedoeld in het eerste lid, onder a en onder b overleggen, ook werken, diensten of leveringen in aanmerking nemen over een langere periode dan vijf respectievelijk drie jaar. De aanbestedende dienst kan van deze mogelijkheid gebruik maken als er anders niet voldoende gegadigden zijn om een toereikend niveau van mededinging te waarborgen. Dit kan bijvoorbeeld

voorkomen in branches waarin sprake is van langdurige opdrachten waardoor er relatief weinig opdrachten per jaar worden uitgevoerd en het goed mogelijk is dat ondernemers niet over voldoende passende referenties beschikken die in de afgelopen vijf jaar zijn uitgevoerd. In dat geval kan het wenselijk zijn de termijn te verlengen zodat er voldoende ondernemers overblijven die aan de gestelde eisen kunnen voldoen.

Artikel 2.94

Artikel 2.94 stelt regels ingeval een ondernemer zich beroept op de bekwaamheid van andere natuurlijke personen of rechtspersonen. Artikel 63 van richtlijn 2014/24/EU leidt tot enkele wijzigingen.
De voorgestelde wijziging van eerste lid bevat is van technische aard. Het nieuwe tweede lid bevat een soortgelijke regeling als het voorgestelde derde lid van artikel 2.92, dat ziet op de situatie dat de ondernemer zich voor de financiële en economische draagkracht beroept op andere natuurlijke personen of rechtspersonen. Terwijl in artikel 2.92 de aansprakelijkheid wordt gelegd bij diegene waarop een financieel beroep wordt gedaan, dient op grond van artikellid diegene op wiens technische en beroepsbekwaamheid met betrekking tot onderwijs- en beroepskwalificaties of relevante beroepservaring, ook daadwerkelijk de werken of diensten te verrichten waarvoor die bekwaamheid is vereist. In het voorgestelde vierde lid wordt een soortgelijke regeling voorgesteld als voor artikel 2.92, vierde lid.

Artikel 2.95

Ter implementatie van artikel 63, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU, wordt aan artikel 2.95 een tweede lid toegevoegd. Daarin wordt verduidelijkt dat een aanbestedende dienst bij overheidsopdrachten waarop dit artikel ziet, kan eisen dat bepaalde kritieke taken door de onderneming wordt verricht die zich heeft ingeschreven of door ondernemers die onderdeel zijn van het samenwerkingsverband dat zich heeft ingeschreven. In een geval als bedoeld in dit artikellid, heeft de aanbestedende dienst er vanwege deze kritieke taken voor gekozen om de geschiktheid van de ondernemers te beoordelen op grond van hun praktische vaardigheden, technische kennis, efficiëntie, ervaring en betrouwbaarheid. Er dient in dat geval te worden voorkomen dat deze taken alsnog door een onderaannemer worden uitgevoerd die niet is beoordeeld op deze gronden.

Artikelen 2.96 en 2.97

De artikelen 2.96 en 2.97 bevatten regels inzake gevallen waarin de aanbestedende dienst overlegging verlangt van een door een onafhankelijke instantie opgelegde verklaring met betrekking tot kwaliteitsnormen of normen inzake milieubeheer. Ter implementatie van artikel 62 van richtlijn 2014/24/EU, wordt in de artikelen 2.96, tweede lid, en 2.97, tweede lid, nader uitgelegd dat indien de betrokken ondernemer kan aantonen dat hij om redenen die hem niet kunnen worden aangerekend, de gevraagde verklaring of het gevraagde certificaat niet binnen de gestelde termijn kan overleggen, de aanbestedende dienst ook andere bewijsmiddelen dient te accepteren waaruit blijkt dat de ondernemer aan de gevraagde kwaliteitsnormen voldoet. Dat kan bijvoorbeeld door het overleggen van een technisch dossier van een fabrikant.

Artikel 2.99

Vanwege de introductie van de mededingingsprocedure met onderhandeling en het innovatiepartnerschap, wordt artikel 2.99 op een paar punten tekstueel aangepast. In het vierde lid wordt benadrukt dat de aanbestedende dienst ten minste het door hem bepaalde minimumaantal gegadigden dient uit te nodigen. Dat minimumaantal is, afhankelijk van de procedure, drie of vijf.

§ 2.3.6.4. Controle van uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria

Artikelen 2.101 en 2.102

Artikel 2.102, eerste lid, implementeert artikel 60, vierde lid, tweede alinea. Hierin wordt een verplichting geïntroduceerd voor de aanbestedende dienst om, voordat hij tot gunning overgaat, de inschrijver aan wie hij voornemens is de opdracht te gunnen, te verzoeken om de vereiste bewijsstukken over te leggen. De aanbestedende dienst kan niet tot sluiting van de overeenkomst overgaan als de gevraagde bewijsstukken niet zijn geleverd. In het thans in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen artikel stond het de aanbestedende dienst vrij te bepalen of hij bewijsstukken op wilde vragen. Hiermee werd voorkomen dat de aanbestedende dienst documenten moest opvragen die hij al in bezit had. Dat wordt nu geregeld in artikel 2.102a.

In het eerste en tweede lid van artikel 2.101 wordt artikel 59, vierde lid geïmplementeerd. Het artikel geeft de aanbestedende dienst het recht te allen tijde tijdens de procedure alle of een deel van de bewijsmiddelen op te vragen, wanneer dit noodzakelijk is voor een goed verloop van de procedure. Op grond van dit artikel zal het veelal mogelijk blijven voor de aanbestedende dienst om bewijsmiddelen op te vragen van gegadigden die hij voornemens is uit te nodigen om een inschrijving in te dienen. Een eis om de bewijsmiddelen op het moment van de selectie van de uit te nodigen gegadigden, in te dienen, kan immers gerechtvaardigd zijn om te voorkomen dat aanbestedende diensten gegadigden uitnodigen die later niet in staat blijken de aanvullende stukken in de gunningsfase te kunnen overleggen, waardoor gegadigden die wel aan de eisen voldoen, van deelneming worden uitgesloten.

Een aanbestedende dienst is niet gehouden een inschrijver te verzoeken de vereiste bewijsstukken te overleggen, als het gaat om de gunning van een overheidsopdracht die is gebaseerd op een raamcontract. Achtergrond van deze uitzondering is dat de bewijsstukken voorafgaand aan het sluiten van de raamovereenkomst al zijn verstrekt.

In het voorgestelde derde lid van artikel 2.101 wordt artikel 56, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Bepaald wordt dat indien een aanbestedende dienst de openbare procedure toepast, hij kan besluiten om op basis van de inschrijvingen eerst te bepalen aan welke inschrijver hij voornemens is om de opdracht te gunnen. Vervolgens hoeft de aanbestedende dienst louter met betrekking tot die inschrijver na te gaan of deze niet moet worden uitgesloten en of hij voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen. Doordat de aanbestedende dienst dit niet voor alle inschrijvers hoeft na te gaan, kan hij tijd en moeite besparen. Echter, wanneer tijdens de controle alsnog blijkt dat de inschrijver aan wie de aanbestedende dienst voornemens is om de opdracht te gunnen, dient te worden uitgesloten of niet voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen, dan kan de aanbestedende dienst de opdracht niet aan die inschrijver gunnen.

Het toepassen van artikel 2.101, derde lid, ligt het meest voor de hand in procedures waarin het gunningscriterium 'laagste prijs' of 'laagste kosten' wordt gehanteerd. Wanneer een aanbestedende dienst die gunningscriteria hanteert, kan hij eenvoudig overgaan tot het controleren van de op één na beste inschrijving, wanneer alsnog blijkt dat de nummer één dient te worden uitgesloten of niet voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen.

Artikel 2.102a

Het voorgestelde artikel 2.102a wordt het vijfde lid van artikel 59 geïmplementeerd. Dit artikel behelst een nieuwe verplichting. Ondernemers zijn niet verplicht bewijsmiddelen te verstrekken als de aanbestedende dienst die bewijsmiddelen in het kader van een eerdere aanbestedingsprocedure nog in het bezit heeft. Hierdoor worden de lasten voor ondernemers en aanbestedende diensten gereduceerd. Gedacht kan worden aan de situatie waarin een ondernemer zeer recent heeft deelgenomen aan een aanbesteding van dezelfde aanbestedende dienst en exact hetzelfde document heeft moeten aanleveren. Het is dan overbodig als de ondernemer deze stukken opnieuw moet aanleveren en de aanbestedende dienst die opnieuw moet controleren.
Tevens zijn ondernemers niet verplicht bewijsstukken te verstrekken als de aanbestedende dienst die bewijsstukken rechtstreeks en kosteloos kan raadplegen in een nationale databank, dat wil zeggen een databank die door een nationale overheidsinstantie wordt beheerd. In het geval de aanbestedende dienst een bewijsmiddel rechtstreeks kan verkrijgen door raadpleging van een dergelijke nationale databank, verstrekt een inschrijver in het Uniform Europees Aanbestedingsdocument de informatie die de aanbestedende dienst nodig heeft om toegang te krijgen tot deze informatie. Het gaat hierbij om informatie als het internetadres van de databank, eventuele identificatiegegevens en, in voorkomend geval de benodigde verklaring van instemming.

Artikel 2.103

De tekstuele wijzigingen in het tweede en derde lid van artikel 2.103 stemmen overeen met artikel 55, tweede lid, aanhef en onderdelen a en b, van richtlijn 2014/24/EU.

Artikel 2.106

In dit artikel wordt het tweede lid van artikel 54 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Zoals is uiteengezet in de toelichting bij artikel 2.52a, wordt elektronisch aanbesteden de norm. Derhalve hoeft de aanbestedende dienst niet langer een exemplaar van de aanbestedingsstukken toe te voegen bij zijn uitnodiging aan gegadigden, maar wordt in het voorgestelde artikel 2.106 bepaald dat de aanbestedende dienst in de uitnodiging aan de gegadigden het internetadres vermeldt waar de aanbestedingsstukken beschikbaar zijn. In het tweede lid wordt bepaald dat indien de aanbestedende dienst de aanbestedingsstukken ingevolge artikel 2.66, derde of vierde lid niet kosteloos, rechtstreeks en volledig langs elektronische weg beschikbaar stelt, hij een exemplaar van de aanbestedingsstukken bij de uitnodiging voegt.

Artikel 2.107

Op grond van artikel 2.107, zoals dat wordt gewijzigd ter implementatie van artikel 22, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU, bepaalt de aanbestedende dienst, met in achtneming van de verplichting tot elektronisch aanbesteden, de wijze waarop de inschrijving dient te worden ingediend.

Artikel 2.108

Dit artikel wordt aangepast aan de bewoordingen van artikel 22, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU.

Artikel 2.109a

Op grond van het voorgestelde artikel 2.52a vindt de communicatie en informatie-uitwisseling tussen een aanbestedende dienst en een onderneming plaats met behulp van elektronische middelen, zodat inschrijvingen in beginsel elektronisch worden ingediend. De keuze voor het elektronische systeem waarmee moet worden ingeschreven, is aan de aanbestedende dienst. Deze omstandigheden brengen mee dat een storing in het elektronische systeem waarmee een inschrijving moet worden ingediend kort voor het verstrijken van de indieningstermijn een risico voor de inschrijver is waar hij geen invloed op kan uitoefenen. Hij kan immers zelf geen ander elektronisch systeem kiezen. Om te voorkomen dat een inschrijver zijn inschrijving niet tijdig kan indienen door een dergelijke storing maakt het voorgestelde artikel 2.109a het voor de inschrijver onder voorwaarden mogelijk om zijn inschrijving op alternatieve wijze in te dienen. Hiertoe dient de inschrijver vóór het verstrijken van de inschrijvingstermijn een versleutelde waarde van zijn inschrijving (waarmee de inhoud van de inschrijving niet te achterhalen is) bij de aanbestedende dienst in, tezamen met de objectieve wijze waarop de versleuteling heeft plaatsgevonden. De daadwerkelijke inschrijving moet vervolgens binnen één werkdag na het verstrijken van de termijn worden ingediend. Deze inschrijving mag pas na het verstrijken van de inschrijvingstermijn worden ingediend bij de aanbestedende dienst om te voorkomen dat de aanbestedende dienst voor het verstrijking van de inschrijvingstermijn kennis kan nemen van de inschrijving. De inschrijving moet wel binnen een werkdag bij de aanbestedende dienst worden ingediend om de aanbestedingsprocedure met zo min mogelijk vertraging doorgang te laten vinden. Een inschrijving wordt uitsluitend als tijdig aangemerkt, indien de versleutelde waarde van de inschrijvingen vóór en ná het verstrijken van de termijn volledig identiek is. Dit is in lijn met het gelijkheidsbeginsel, want de inschrijving moet immers voor het verstrijken van de inschrijvingstermijn gereed zijn voor indiening.

Benadrukt wordt dat de mogelijkheid van artikel 2.109a alleen openstaat indien sprake is van een storing van het elektronische systeem waarmee ingediend moet worden; storingen van de elektronische apparatuur of bij de internetprovider van de inschrijver vallen buiten het bereik van deze bepaling.

Voor wat betreft de versleuteling van de inschrijving, is op dit moment het berekenen van de hashwaarde een geaccepteerde methode om vast te stellen dat een inschrijving verstuurd op tijdstip A identiek is aan de inschrijving verstuurd op tijdstip B. Voor een objectieve wijze waarop de hashwaarde moet worden berekend, kan gedacht worden aan een methode die op internationale standaarden is gebaseerd, zoals ISO/IEC 10118-3:2004.

Met het oog op het eerste lid, onderdelen a en b, is het verstandig als een aanbestedende dienst ervoor zorgdraagt dat langs niet-elektronische weg ingediende stukken tijdig bij de juiste persoon terechtkomen, bijvoorbeeld door hierover de receptie van de aanbestedende dienst te informeren.

§ 2.3.8.2a. Elektronische catalogus (artikelen 2.109b tot en met 2.109g)

In de artikelen 2.109b tot en met 2.109f wordt artikel 36 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd.

Artikel 2.109b
Met dit artikel wordt een nieuwe elektronische aankooptechniek geïntroduceerd ten behoeve van de inschrijving. Het gaat hierbij om de elektronische catalogus. Elektronische catalogi zijn een document in een elektronisch format waarmee informatie voor alle deelnemende bieders op dezelfde wijze wordt gepresenteerd en georganiseerd en dat zich leent voor elektronische verwerking. Elektronische catalogi bevorderen de mededinging en het stroomlijnen van overheidsaankopen, omdat zij tijd en kosten besparen.

Aanbestedende diensten kunnen voorschrijven dat inschrijvers een elektronische catalogus indienen als onderdeel van de inschrijving of een inschrijving indienen in de vorm van een elektronische catalogus.

Artikel 2.109c

De aanbestedende dienst bepaalt het format voor de elektronische catalogus, uiteraard met inachtneming van de beginselen van gelijke behandeling , non-discriminatie en transparantie. Het voorgeschreven format voor een elektronische catalogus moet dus in beginsel algemeen toegankelijk zijn voor inschrijvers, bijvoorbeeld inschrijvingen in de vorm van een spreadsheet. Als het format niet algemeen toegankelijk is, moet de aanbestedende dienst passende alternatieve toegangsmiddelen bieden. Passende alternatieve toegangsmiddelen zijn in dit verband bijvoorbeeld het aanbieden van kosteloze, onbeperkte en volledige toegang langs elektronische weg, het toegang verlenen met behulp van tijdelijke tokens die kosteloos op het internet beschikbaar zijn, of het ondersteunen van een alternatief kanaal voor elektronische inschrijvingen.

Artikel 2.109d

In onderdeel a van dit artikel wordt bepaald dat indien een aanbestedende dienst in een aanbestedingsprocedure een elektronische catalogus verlangt dan wel aanvaardt, hij dit dient te vermelden in de aankondiging. Voorts wordt in onderdeel b bepaald dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken alle nodige technische informatie vermeldt. De voorwaarden van artikel 2.52a zijn hier van overeenkomstige toepassing, in die zin dat aanbestedende diensten moeten vermijden onterechte belemmeringen op te werpen voor de toegang van ondernemers tot aanbestedingsprocedures waarbij inschrijving in de vorm van een elektronische catalogus wordt vereist. Voorts zij er aan herinnerd dat aanbestedende diensten ook voor de toegang tot elektronische catalogi de algemene beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling moeten waarborgen.

Artikel 2.109e

Dit artikel schrijft voor dat een gegadigde of inschrijver een op een specifieke aanbestedingsprocedure toegesneden elektronische catalogus moet opstellen. Een elektronische catalogus bevat daarmee alleen de producten, werken of diensten die naar het oordeel van de ondernemers overeenkomen met de eisen van de aanbestedende dienst. Ondernemers kunnen niet volstaan met het indienen van hun algemene catalogus, wel kunnen zij informatie uit hun algemene catalogus overnemen in de specifieke elektronische catalogus.

Artikel 2.109f

In het eerste lid wordt bepaald dat in geval in het kader van een raamovereenkomst bij de inschrijvingen gebruik is gemaakt van elektronische catalogi, een aanbestedende dienst een specifieke opdracht binnen de raamovereenkomst kan plaatsen op basis van de eerder toegezonden, bijgewerkte, elektronische catalogi, mits er voldoende waarborgen zijn wat betreft traceerbaarheid, gelijke behandeling en voorspelbaarheid.

Uit het tweede lid volgt dat de aanbestedende dienst in dit kader ofwel de inschrijvers kan verzoeken de elektronische catalogus aan te passen aan de specifieke opdracht en opnieuw in te dienen, ofwel zelf uit de al eerder ingediende elektronische catalogi de nodige informatie kan verzamelen. Van deze laatste mogelijkheid kan alleen gebruik worden gemaakt als de aanbestedende dienst deze expliciet heeft opgenomen in de aanbestedingsstukken.

In het geval de aanbestedende dienst aan inschrijvers meedeelt dat hij voornemens is zelf de nodige informatie te verzamelen uit de al eerder ingediende elektronische catalogi, dan volgt uit het derde lid, onderdeel b, dat de betrokken ondernemer dit kan weigeren. Daarom wordt in onderdeel a van het derde lid bepaald dat de aanbestedende dienst eerst aan de deelnemende ondernemers dient te communiceren dat hij voornemens is om de informatie uit de al eerder ingediende catalogi te gaan verzamelen. Ingevolge onderdeel c van het derde lid, dient de aanbestedende dienst de ondernemer een redelijke termijn te geven om te reageren op dit voornemen.

Ten slotte moeten ondernemers die ingestemd hebben met het verzamelen van informatie door de aanbestedende dienst, in de gelegenheid worden gesteld om te bevestigen of betwisten dat de inschrijving geen materiële fouten bevat. Deze mogelijkheid wordt geregeld in het vierde lid. . In het geval de inschrijver de juistheid van de door de aanbestedende dienst opgestelde inschrijving betwist, zal de aanbestedende dienst de inschrijver in de gelegenheid moeten stellen om de fout te herstellen.

Artikel 2.109g

Uit het tweede lid van dit artikel volgt dat een aanbestedende dienst ook bij de plaatsing van een overheidsopdracht binnen een dynamisch aankoopsysteem kan aangeven dat hij voornemens is uit reeds ingediende elektronische catalogi de informatie te halen die nodig is voor het opstellen van inschrijvingen. Voorwaarde hiervoor is dat de ondernemer het verzoek tot deelneming aan het dynamisch aankoopsysteem vergezeld doet gaan van een elektronische catalogus die aan de technische specificaties voldoet die de aanbestedende dienst heeft vastgesteld. In het derde lid wordt bepaald dat de ondernemer de catalogus aanvult nadat de aanbestedende dienst heeft aangekondigd de inschrijvingen op te gaan stellen overeenkomstig artikel 2.109f, tweede lid, onderdeel b.

Artikel 2.110

De wijziging in artikel 2.110, eerste lid, is een technische wijziging vanwege de voorgestelde verandering in de terminologie van artikel 2.114. Het voorgestelde derde lid wordt toegevoegd ter implementatie van artikel 30, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU. In dit lid wordt staande praktijk gecodificeerd dat een aanbestedende dienst in de aankondiging van de procedure van de concurrentiegerichte dialoog moet aangeven welke gunningscriteria hij toepast. Gelet op de beginselen van transparantie en non-discriminatie, dienen deze criteria tijdens de procedure van de concurrentiegerichte dialoog onveranderd te blijven. Zij vormen dus geen onderdeel van de dialoog. Ook vereist het voorgestelde derde lid dat de aanbestedende dienst een indicatief tijdschema aangeeft van de procedure, zodat ondernemers van tevoren ongeveer weten hoe lang de procedure zal gaan duren.

Artikel 2.112

Het tweede lid van artikel 2.112 wordt gewijzigd ter implementatie van de tweede alinea van artikel 30, zevende lid, van richtlijn 2014/24/EU. Hierin wordt bepaald dat de aanbestedende dienst in de procedure van de concurrentiegerichte dialoog afrondende onderhandelingen kan voeren met de inschrijver aan wie hij voornemens is om de opdracht te gunnen. Er dient te worden benadrukt dat deze afrondende onderhandelingen louter betrekking kunnen hebben op de voorwaarden waaronder de overheidsopdracht zal worden uitgevoerd en niet op de inhoudelijke kenmerken van de inschrijving. Als een inschrijver bijvoorbeeld voor uitvoering van de overheidsopdracht afhankelijk is van voorfinanciering door een bank, kunnen de aanbestedende dienst en de inschrijver in de afrondende onderhandelingen afspraken maken over de tussentijdse betalingen die plaats zullen vinden waarmee de bank ook akkoord gaat.

Ook kunnen de afrondende onderhandelingen worden gebruikt om te bepalen of de door de ondernemer gedane aanbieding daadwerkelijk aansluit op de vraag van de aanbestedende dienst. Hoewel de concurrentiegerichte dialoog onder andere tot doel heeft om de communicatie over de wensen van de aanbestedende dienst en de voorgestelde oplossingsrichtingen van de deelnemers te verbeteren, blijkt in de praktijk tijdens de uitvoering van de overheidsopdracht regelmatig incongruentie te bestaan tussen de gestelde vraag en de gedane aanbieding. Afrondende onderhandelingen waarin de vraag en het aanbod (nogmaals) expliciet aan bod komen, kunnen voorkomen dat achteraf problemen rijzen als gevolg van niet op elkaar aansluitende verwachtingen. Hierbij dient te worden opgemerkt dat dergelijke onderhandelingen ook aan het licht kunnen brengen dat de gestelde eisen en de aanbieding in zodanige mate niet voldoende op elkaar aansluiten dat, om die aansluiting alsnog te bewerkstellingen, wezenlijke aspecten van de inschrijving zouden moeten worden aangepast. Uit artikel 2.112, tweede lid, volgt echter dat dergelijke wijzigingen niet zijn toegestaan.

Artikel 2.113a

Artikel 2.113a betreft een nieuw artikel ter implementatie van artikel 67, vierde lid, tweede en derde zin en artikel 44, eerste en tweede lid van richtlijn 2014/24/EU. Hierin wordt expliciet opgenomen dat de gunningscriteria moeten worden opgesteld op een wijze die ervoor zorgt dat de daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. Bij de gunningscriteria moeten specificaties worden opgesteld die

dusdanig zijn dat de aanbestedende dienst op basis van die specificaties in staat is de door de inschrijvers verstrekte informatie te toetsen en hij eveneens kan toetsen hoe goed de inschrijvingen aan de gestelde gunningscriteria voldoen. Daarnaast is bepaald dat indien een aanbestedende dienst twijfelt aan de juistheid van de bewijsmiddelen die hij van de inschrijver heeft ontvangen in het kader van de gunningscriteria, hij deze juistheid effectief controleert. Dit betreft een inspanningsverplichting voor de aanbestedende dienst om de bewijsmiddelen na te gaan.

Artikel 2.114

In dit artikel wordt bepaald dat overheidsopdrachten altijd worden gegund op basis van de 'economisch meest voordelige inschrijving'. Dit wordt de overkoepelende term voor alle gunningscriteria. Vervolgens worden de drie gunningscriteria opgesomd die gehanteerd kunnen worden. Daarin wordt de naam van het gunningscriterium dat voorheen werd aangeduid als 'economisch meest voordelige inschrijving' gewijzigd in 'beste prijs-kwaliteitsverhouding'. Voorts wordt een nieuw gunningscriterium toegevoegd, te weten laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit. Onder kosteneffectiviteit wordt verstaan een kostencriterium zoals bijvoorbeeld levenscycluskosten. Het gunningscriterium laagste prijs blijft onveranderd. Deze aanpassingen in de formuleringen zijn noodzakelijk gebleken om te voldoen aan richtlijn 2014/24/EU. De enige materiele aanpassing betreft de toevoeging van gunning op basis van het gunningscriterium laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit. Uiteraard kunnen de verschillende gunningscriteriia gecombineerd worden. In plaats van louter de initiële waarde (de laagste prijs) van een levering, een dienst of een werk als gunningscriterium te hanteren, kan de aanbestedende dienst er ook voor kiezen om behalve prijs ook andere economische kosten verbonden aan de aanschaf of het eigendom van de levering, dienst of het werk mee te wegen aan de hand van het gunningscriterium laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit. Andere economische kosten zijn bij de aanschaf van printers bijvoorbeeld de kosten verbonden aan de aanschaf van inkt, de kosten verbonden aan het energieverbruik van de printer, en de kosten verbonden aan de ontmanteling en recycling van de printer. Als de aanbestedende dienst kiest voor het gunningscriterium laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit, dan motiveert hij op basis van het derde lid de keuze daarvoor, net als de aanbestedende dienst dat dient te doen als hij het gunningscriterium laagste prijs wil hanteren.
Uiteraard kunnen de verschillende gunningscriteria gecombineerd worden. Zo is het mogelijk dat een aanbestedende dienst in een overheidsopdracht voor een deel het gunningscriterium laagste prijs hanteert, en voor een ander deel het gunningscriterium laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit.

Artikel 2.115

In dit artikel wordt artikel 67 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. In het voorgestelde tweede lid wordt nader uitgelegd welke criteria een aanbestedende dienst kan toepassen als hij het gunningscriterium 'beste prijs-kwaliteitsverhouding' hanteert. In het derde lid wordt vervolgens bepaald wanneer gunningscriteria verband houden met het voorwerp van de overheidsopdracht. Dit lid verduidelijkt dat gunningscriteria niet louter op het gevraagde werk of de gevraagde dienst of levering hoeven te zien, maar dat zij ook kunnen zien op andere fasen van de levenscyclus daarvan, zoals de productiefase. Ook hoeft een gunningscriterium niet op de materiële basis van het gevraagde werk of de gevraagde levering of dienst te zien, aldus het derde lid. Hiermee wordt een deel van de uitspraak

van het Hof van Justitie van de Europese Unie in het koffie-arrest (HvJEU van 10 mei 2012, Europese Commissie tegen Nederland, zaak C-368/10) gecodificeerd. In deze uitspraak verduidelijkte het Hof dat het voor verband met het voorwerp van de opdracht niet is vereist dat 'een gunningscriterium een kenmerkende eigenschap van een product betreft, dat wil zeggen een element dat materieel in het product is opgenomen'. In die zaak zag het Hof daarom geen bezwaren tegen een gunningscriterium dat vereiste dat een product een fairetradeproduct moest zijn.

Een aanbestedende dienst die bijvoorbeeld personenauto's inkoopt kan dus in aanvulling op gunningscriteria die specifiek zien op de auto's zelf, ook gunningscriteria opstellen die zien op de arbeidsomstandigheden van de werknemers die waren betrokken bij het productieproces van de auto's of criteria die zien op de mate waarin de diverse onderdelen van de auto recyclebaar zullen zijn aan het einde van de levenscyclus van de auto. Algemeen geformuleerde gunningscriteria die, bijvoorbeeld zien op de arbeidsomstandigheden van alle werknemers van de autofabrikant of op zijn algemene milieubeleid, zijn niet toegestaan. Zij hebben immers geen relatie met het gevraagde product.
Voor gunningscriteria inzake arbeidsgerelateerde en sociale aspecten, gelden dezelfde vereisten als voor bijzondere voorwaarden, zoals opgenomen in de toelichting bij artikel 2.80.

Artikel 2.115a

Om aanbestedende diensten de gelegenheid te bieden om in hun aankoopstrategieën duurzaamheidsdoelstellingen na te streven, kunnen zij ingevolge het voorgestelde artikel 2.114, tweede lid, onder b, de economisch meest voordelige inschrijving vaststellen op basis van de kosteneffectiviteit. Een aanbestedende dienst kan kosteneffectiviteit berekenen door een raming te maken van de levenscycluskosten. Als hij dat doet, dient hij de voorschriften als weergegeven in artikel 2.115a op te volgen. In dit artikel wordt artikel 68 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd.

In het eerste lid van artikel 2.115a wordt verduidelijkt dat levenscycluskosten kosten zijn die worden gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers van een product, dienst of werk, maar dat dit ook kosten kunnen zijn die kunnen worden toegerekend aan externe milieueffecten. Voorbeelden van kosten die gedragen worden door de aanbestedende dienst of andere gebruikers zijn kosten voor onderzoek, ontwikkeling, productie, vervoer, gebruik, onderhoud, verwijdering en recycling. Kosten die kunnen worden toegerekend aan externe milieueffecten zijn bijvoorbeeld kosten van broeikasgasemissies en kosten van verontreiniging die ontstaan door de winning van de in het product verwerkte grondstoffen.

In het tweede lid van artikel 2.115a wordt bepaald dat wanneer een aanbestedende dienst de kosten wenst te berekenen op basis van de levenscycluskosten, hij in de aanbestedingsstukken vermeldt welke gegevens de inschrijvers hiervoor dienen te verstrekken en welke methode hij zal gaan gebruiken om de levenscycluskosten op basis van deze gegevens te berekenen. Indien de aanbestedende dienst in de raming van de levenscycluskosten ook de kosten die kunnen worden toegerekend aan externe milieueffecten wil meenemen, zorgt hij ervoor dat de door hem gekozen berekeningsmethode van deze kosten voldoet aan de voorwaarden van het derde lid van artikel 2.115. Ook dient hij zich ervan te verzekeren dat deze kosten in geld kunnen worden uitgedrukt en kunnen worden gecontroleerd (eerste lid, onderdeel b). De gekozen berekeningsmethode dient voorts in beginsel algemeen van opzet te zijn en niet specifiek voor een bepaalde aanbestedingsprocedure te zijn ontwikkeld. Ter wille van de uniformiteit en bruikbaarheid van dergelijke berekeningsmethoden,

wordt aanbestedende diensten aangeraden om deze in samenspraak met het bedrijfsleven en/of de brancheorganisaties te ontwikkelen. In afwijking hiervan is het ontwikkelen van een berekeningsmethode voor een specifieke aanbestedingsprocedure slechts toegestaan indien de aanbestedende dienst de gelijke behandeling van ondernemers waarborgt.

Artikel 2.116

In dit artikel wordt artikel 69 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Evenals in het huidige artikel 2.116, wordt in de voorgestelde wijziging van het eerste lid bepaald dat een aanbestedende dienst een inschrijver om toelichting op zijn inschrijving dient te vragen indien het niveau van de voorgestelde prijs of kosten van de inschrijving hem abnormaal laag voorkomt. In het tweede lid wordt vervolgens een opsomming gegeven van onderwerpen waarop de aanbestedende dienst in elk geval een toelichting kan vragen. Onderdeel d van het tweede lid bepaalt dat de aanbestedende dienst de inschrijver om verduidelijking vraagt indien de inschrijving abnormaal laag lijkt en de aanbestedende dienst vermoedt dat de inschrijver verplichtingen op het gebied van het milieu-, sociaal- of arbeidsrecht niet heeft vervuld. Indien de aanbestedende dienst vervolgens vaststelt dat de inschrijving abnormaal laag is omdat deze niet voldoet aan voormelde verplichtingen, dient hij de inschrijving om die reden af te wijzen, aldus het voorgestelde vijfde lid van artikel 2.116. Indien de aanbestedende dienst concludeert dat het lage prijs- of kostenniveau van de inschrijving niet gerelateerd is aan onderdeel d van het tweede lid, maar aan één van de andere onderdelen daarvan, dan heeft de aanbestedende dienst de discretionaire bevoegdheid om te bepalen of hij de inschrijving al dan niet afwijst.

Artikel 2.117

De wijzigingen in dit artikel betreffen technische wijzigingen ter implementatie van onderdelen van artikel 35 van richtlijn 2014/24/EU. Het derde lid van artikel 2.117 komt te vervallen. Deze bepaling komt in richtlijn 2014/24/EU niet voor. De aanbestedende dienst mag echter op grond van de beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie gehouden om het instrument elektronische veiling niet misbruiken of gebruiken om de mededinging op enigerlei wijze te beperken of wezenlijke wijzigingen aan te brengen in het voorwerp van de overheidsopdracht zoals vastgelegd in de aankondiging en de aanbestedingsstukken.

Artikel 2.118

De wijzigingen in artikel 2.118 zijn technisch van aard ter implementatie van onderdelen van artikel 35 van richtlijn 2014/24/EU.

Artikel 2.121

Artikel 2.121 wordt aangepast aan de bewoordingen van het vijfde lid van artikel 35 van richtlijn 2014/24/EU. Verduidelijkt wordt dat alleen ontvankelijke inschrijvingen toegelaten kunnen worden tot de elektronische veiling. In het tweede lid wordt nader gespecificeerd wanneer een inschrijving ontvankelijk is.

Artikel 2.123

Met de toevoeging aan artikel 2.123, tweede lid, wordt het zesde lid van artikel 35 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Hierin wordt verduidelijkt dat de aanbestedende dienst die gebruik maakt van het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding of het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving op basis van de laagste kosten berekend op basis van kosteneffectiviteit, de volledige beoordeling conform de in de aanbestedingsstukken opgenomen weging, bij de uitnodiging moet voegen. Een dergelijke weging wordt niet toegepast als het gunningscriterium economisch meest voordelige inschrijving op laagste prijs wordt gehanteerd, in die gevallen is het tweede lid derhalve niet van toepassing.

Artikel 2.124

De bewoordingen van dit artikel worden in lijn gebracht met artikel 35, zevende lid, van richtlijn 2014/24/EU.

Artikel 2.125

De wijzigingen in artikel 2.125 dienen om de bewoordingen van artikel 1.125, eerste lid, in lijn te brengen met artikel 35, achtste lid, van richtlijn 2014/24/EU.

Artikelen 2.126 en 2.126a

In de voorgestelde artikelen 2.126 en 2.126a wordt, ter implementatie van artikel 29 van richtlijn 2014/24/EU, bepaald welke voorschriften de aanbestedende dienst in acht moet nemen indien hij de mededingingsprocedure met onderhandeling toepast. Het is met name van belang dat de mededingingsprocedure met onderhandeling is ingericht met voldoende waarborgen voor de naleving van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. Deze procedure biedt namelijk meer manoeuvreerruimte aan aanbestedende diensten dan de openbare en niet-openbare procedure en zij heeft een ruimer toepassingsbereik dan de vergelijkbare onderhandelingsprocedure met aankondiging in richtlijn 2004/18/EU.

In het eerste lid van artikel 2.126 wordt bepaald dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken het voorwerp van de opdracht bepaalt door de vereisten en de vereiste kenmerken van de werken, leveringen of diensten te beschrijven en de gunningscriteria vast te leggen. Hij geeft daarbij aan welke elementen van de beschrijving de minimumeisen zijn waaraan alle inschrijvingen moeten voldoen (artikel 2.126, tweede lid). Deze minimumeisen zijn vooral materiële, functionele en juridische voorwaarden en kenmerken waaraan een inschrijving moet voldoen of die zij moet bezitten. Het derde lid stelt eisen aan de informatie die in de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken moet opnemen. Indien de aanbestedende dienst na ontvangst van de eerste inschrijving van alle gegadigden er de voorkeur aan geeft om niet te onderhandelen (omdat hij niet verwacht dat dat tot betere resultaten leidt) maar in plaats daarvan de opdracht te plaatsen op grond van de oorspronkelijke inschrijving, is dat mogelijk als hij dit in de aanbestedingsstukken heeft vermeld (artikel 2.126, vierde lid). Hetzelfde geldt ingeval de aanbestedende dienst de onderhandelingsprocedure in opeenvolgende fasen wil laten verlopen (vijfde lid). In het geval van gefaseerde onderhandelingen, wordt het aantal inschrijvingen waarover wordt onderhandeld beperkt

door toepassing van de gunningscriteria die in de aankondiging van de opdracht of de aanbestedingsstukken zijn vermeld.

In het zesde lid van artikel 2.126 wordt verduidelijkt dat indien een aanbestedende dienst de procedure van gunning door onderhandeling in opeenvolgende fasen laat verlopen, zoals bedoeld in het vijfde lid van het artikel, hij er zorg voor draagt dat in de slotfase van de onderhandelingen het aantal oplossingen zodanig is dat een daadwerkelijke mededinging wordt gewaarborgd. Indien er onvoldoende geschikte oplossingen of inschrijvingen zijn, dan hoeft de aanbestedende dienst niet aan deze voorwaarde te voldoen. Doorgaans zal bij een mededingingsprocedure met onderhandeling sprake zijn van diverse onderhandelingsrondes, waarbij de inschrijvingen van de gegadigden als gevolg van die onderhandelingen telkens worden aangepast en verbeterd. Alleen over de definitieve inschrijving, die immers het sluitstuk van de onderhandelingen vormt, wordt niet meer onderhandeld. Uiteraard geldt dit niet als de aanbestedende dienst ervoor kiest de opdracht te plaatsen op grond van de oorspronkelijke inschrijving. Zie voor een en ander artikel 2.126a, eerste en tweede lid. In het derde lid van artikel 2.126a wordt bepaald dat, uit een oogpunt van non-discriminatie en gelijke behandeling, ook over de minimumeisen en de gunningscriteria niet wordt onderhandeld. Het is essentieel voor een eerlijk verloop van de procedure dat de aanbestedende dienst tijdens de onderhandelingen de gelijke behandeling van alle inschrijvers waarborgt. Hiertoe verstrekt de aanbestedende dienst geen informatie die een of meer inschrijvers kan bevoordelen boven andere en waarborgt hij dat, indien nodig, inschrijvers voldoende tijd krijgen om hun inschrijving aan te passen.

Het zesde lid van artikel 2.126a bevat een specifieke bepaling over door een ondernemer vertrouwelijk verstrekte gegevens. Bepaald wordt namelijk dat, in afwijking van de algemene geheimhoudingsregel van artikel 2.57, bij de mededingingsprocedure met onderhandeling met toestemming van de deelnemer vertrouwelijke inlichtingen aan andere deelnemers kunnen worden verstrekt. Dergelijke inlichtingen kunnen bijvoorbeeld technische kennis betreffen die de aanbestedende dienst ook in de onderhandelingen met andere deelnemers wil betrekken. Ingevolge artikel 2.56 dient een aanbestedende dienst, onder andere, elke vorm van communicatie met de gegadigden of inschrijvers dusdanig te documenteren dat hij elk besluit in de procedure met behulp van deze documentatie kan motiveren. Om de onderhandelingen zorgvuldig te laten verlopen en te documenteren, kan een aanbestedende dienst bijvoorbeeld altijd minimaal twee personen afvaardigen bij een onderhandeling en gebruik maken van geluidsopnamen. In ieder geval zal uit de in artikel 2.56 bedoelde documentatie duidelijk moeten blijken op welke momenten en op welke wijze met elk van de gegadigden is onderhandeld, welke onderwerpen daarbij zijn behandeld en tot welke aanpassingen in de inschrijvingen dat heeft geleid. Voor zover de onderhandelingen mondeling plaatsvinden, dient daarvan altijd een gedetailleerd schriftelijk verslag te worden opgesteld. Het verloop van de onderhandelingen moet te allen tijde achteraf controleerbaar zijn.

Artikelen 2.126b tot en met 2.126d

Zoals in de toelichting bij artikel 2.31a wordt verduidelijkt, kan een aanbestedende dienst de procedure van het innovatiepartnerschap volgen indien hij behoefte heeft aan innovatieve producten, diensten of werken en wanneer met de aanschaf van reeds op de markt beschikbare producten, diensten of werken niet in die behoefte kan worden voorzien. Uit de toelichting bij artikel 2.31b blijkt dat een aanbestedende dienst in de procedure van het innovatiepartnerschap dezelfde stappen doorloopt als in de mededingingsprocedure met onderhandeling. De procedureregels voor het

innovatiepartnerschap die ter implementatie van artikel 31 van richtlijn 2014/24/EU worden opgenomen in de artikelen 2.126b en 2.126c, zijn derhalve grotendeels gelijk aan de procedureregels voor de mededingingsprocedure met onderhandeling, zoals die worden opgenomen in de artikelen 2.126 en 2.126a. Echter, in de artikelen 2.126b en 2.126c worden ook enkele procedureregels opgenomen die specifiek zijn voor het innovatiepartnerschap.

In het eerste lid van artikel 2.126b wordt verduidelijkt dat in de procedure van het innovatiepartnerschap de gunning altijd geschiedt op basis van de economisch meest voordelige inschrijving op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding. In het tweede en derde lid van artikel 2.126b wordt bepaald dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken zijn behoefte aan innovatieve producten, diensten of werken omschrijft en aangeeft welke elementen van die beschrijving minimumeisen zijn waaraan alle inschrijvingen moeten voldoen en welke gunningscriteria hij hanteert. Deze minimumeisen en gunningscriteria zien vooral op de onderzoeks- en innovatiefase van het partnerschap en hierover wordt, evenals het geval is bij de mededingingsprocedure met onderhandeling, gedurende de procedure niet onderhandeld. Omdat de aanbestedende dienst, juist vanwege het karakter van het innovatiepartnerschap, bij het aankondigen van de opdracht niet (exact) weet welke mogelijke oplossingen potentiële deelnemers zullen aandragen om in zijn behoefte te voorzien, is het van belang dat hij de minimumeisen en gunningscriteria dusdanig vormgeeft dat deze enerzijds ruim genoeg zijn om de markt de gelegenheid te geven met innovatieve oplossingen te komen en anderzijds ook voldoende specifiek zijn om te waarborgen dat potentiële deelnemers voldoende inzicht krijgen of deelneming in het partnerschap voor hen interessant zou kunnen zijn.

In het zesde lid van artikel 2.126b wordt bepaald dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsstukken tevens vastlegt welke regelingen op de uit het innovatiepartnerschap voortvloeiende intellectuele eigendomsrechten van toepassing zijn. Bij het bepalen van de toepasselijke regeling(en) dient de aanbestedende dienst in elk geval in ogenschouw te houden dat hij het andere aanbestedende diensten en marktpartijen niet zonder reden onmogelijk maakt om (al dan niet tegen betaling) gebruik te maken van het ontstane intellectuele eigendom. Om verdere ontwikkeling en innovatie mogelijk te maken is het immers van belang dat andere partijen ook toegang hebben tot het verkregen intellectuele eigendom. In het contract kan, bijvoorbeeld, worden opgenomen dat de deelnemers aan het innovatiepartnerschap de aanbestedende dienst een oneindige licentie verstrekken om gebruik te maken van het intellectuele eigendomsrecht. In dat geval is de aanbestedende dienst verzekerd van het gebruik van het verkregen intellectuele eigendomsrecht en kunnen de deelnemers nadat het innovatiepartnerschap (succesvol) is beëindigd doorgaan met het ontwikkelen van innovatieve oplossingen die hierop zijn gebaseerd.

Gelet op het bijzondere, innovatieve karakter van de procedure van het innovatiepartnerschap, wordt in het zevende lid van artikel 2.126b bepaald dat de aanbestedende dienst bij het selecteren van de gegadigden in het bijzonder criteria toepast inzake het potentieel van de kandidaten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling en hun vermogen om vernieuwende oplossingen te ontwikkelen en toe te passen. Bij het opstellen van dergelijke criteria, is het van belang dat een aanbestedende dienst zich ervan bewust is dat innovatieve oplossingen regelmatig van kleine, nieuwe marktpartijen komen.

Voor een toelichting op artikel 2.126c wordt verwezen naar de toelichting op artikel 2.126a.

Waar de artikelen 2.126b en 2.126c zien op de procedureregels die leiden tot het sluiten van een innovatiepartnerschap, worden in artikel 2.126d procedureregels opgenomen die zien op de fase waarin het innovatiepartnerschap is gesloten. Afhankelijk van, onder meer, de behoefte(n) van de aanbestedende dienst, de te verwachten complexiteit en omvang van het project en de aanwezige kennis in de markt kan de aanbestedende dienst een innovatiepartnerschap aangaan met één of meerdere partners (artikel 2.126d, eerste lid). Bovendien kan in sommige gevallen de vorming van een innovatiepartnerschap met verschillende partners helpen voorkomen dat het innovatiepartnerschap leidt tot verhindering, beperking of vervalsing van de mededinging.

In het tweede lid van artikel 2.126d wordt bepaald dat het innovatiepartnerschap dient te worden gestructureerd in opeenvolgende fasen die de stappen in het onderzoeks- en innovatieproces volgen. Een innovatiepartnerschap kan bijvoorbeeld zijn opgedeeld in een onderzoeksfase, een fase waarin prototypes worden ontwikkeld, een testfase, enzovoort. Per fase bepaalt de aanbestedende dienst samen met de partner(s) de tussentijds te behalen doelen en de te betalen vergoeding (artikel 2.126d, derde lid). Indien een innovatiepartnerschap met meerdere partners is gesloten, kan in deze fases concurrentie tussen de verschillende partners worden georganiseerd, waarbij het partnerschap slechts wordt gecontinueerd met degene(n) met het beste resultaat. Indien een aanbestedende dienst gebruik wil maken van deze mogelijkheid, moet hij dit van tevoren aangeven in de aanbestedingsstukken. Voor een geslaagd innovatiepartnerschap is het van belang dat de aanbestedende dienst erop toeziet dat de structuur van het innovatiepartnerschap en de duur en waarde van de verschillende fasen een afspiegeling zijn van de innovatiegraad van de voorgestelde oplossing en de reeks van onderzoeks- en innovatieactiviteiten die vereist zijn voor de ontwikkeling van de door de aanbestedende dienst gewenste oplossing (artikel 2.126d, vierde lid). Met andere woorden: voor het slagen van een innovatiepartnerschap is het van belang dat een aanbestedende dienst zich realiseert dat het ontwikkelen, testen en produceren van een innovatieve oplossing meestal de nodige tijd en kosten met zich brengt.

In het zesde lid van artikel 2.126d wordt bepaald dat de aanbestedende dienst na elke fase het innovatiepartnerschap kan beëindigen of indien het een innovatiepartnerschap met meerdere partners betreft, individuele opdrachten kan intrekken. De aanbestedende dienst moet in de aanbestedingsstukken te kennen geven dat hij van deze mogelijkheid gebruik wil maken en hij moet daarin ook de voorwaarden voor beëindiging uiteenzetten. Het is van belang dat de aanbestedende dienst hier voldoende aandacht aan besteedt, aangezien beëindiging van het innovatiepartnerschap voor zowel de aanbestedende dienst als de partner(s) mogelijk tot verspilling van tijd en geld kan leiden. Als echter tijdens de looptijd van het innovatiepartnerschap om welke reden dan ook blijkt dat de gewenste resultaten niet kunnen worden behaald of, bijvoorbeeld, de ontwikkelingen in de markt sneller gaan dan ten tijde van het aangaan van het partnerschap was verwacht, kan het tussentijds beëindigen van het partnerschap de aanbestedende dienst en de partner(s) ook tijd en geld besparen.

In het zevende lid van artikel 2.126d wordt bepaald dat de door de aanbestedende dienst aan te schaffen producten, diensten of werken voldoen aan het door de aanbestedende dienst met de partners afgesproken prestatieniveau en onder de afgesproken maximumkosten blijven. Als de producten, diensten of werken die voortkomen uit het innovatiepartnerschap niet voldoen aan deze twee eisen, dan dient het innovatiepartnerschap te worden beëindigd.

Artikel 2.130

De voorgestelde wijziging in artikel 2.130 komt voort uit artikel 55, tweede lid, onderdeel c, van richtlijn 2014/24/EU en is van technische aard.

Artikel 2.132

Op grond van artikel 2.132 dient de aanbestedende dienst een proces-verbaal op te maken over de gunning van een overheidsopdracht, het sluiten van een raamovereenkomst, of het instellen van een dynamisch aankoopsysteem. Het artikel regelt wat daarin, indien van toepassing, moet worden opgenomen. In het artikel wordt de aanhef, en de onderdelen b, c, h en j op enkele technische punten gewijzigd. Artikel 84 van richtlijn 2014/24/EU legt namelijk een aantal extra verplichtingen op ten aanzien van de inlichtingen die door de aanbestedende dienst moeten worden opgenomen in het proces-verbaal. De voorgestelde onderdelen k en m spreken voor zich. Onderdeel l, dat een motiveringsplicht inhoudt indien de aanbestedende dienst andere dan elektronische middelen voorschrijft bij inschrijving, vloeit voort uit het uitgangspunt van richtlijn 2014/24/EU dat verplicht tot elektronisch aanbesteden. In onderdeel m wordt de aanbestedende dienst verplicht om informatie te geven in het geval er belangenconflicten zijn vastgesteld gedurende de aanbestedingsprocedure van het gunnen van die opdracht. Tevens moet de aanbestedende dienst een beschrijving geven van door hem genomen passende maatregelen als bedoeld in artikel 1.10b, eerste lid.
Het derde lid van artikel 2.132 bepaalt dat de aanbestedende dienst geen proces-verbaal op hoeft te stellen voor overheidsopdrachten die op basis van een raamovereenkomst worden gegund. Voor de raamovereenkomst zelf dient wel een proces-verbaal te worden opgemaakt.

Artikel 2.134

Ter implementatie van artikel 50, eerste lid, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU, wordt de termijn voor het bekendmaken van de aankondiging van de gegunde opdracht in artikel 2.134, eerste lid, verkort tot 30 dagen na gunning van de overheidsopdracht.

Artikel 2.136

Ter implementatie van artikel 50, derde lid, van richtlijn 2014/24/EU, worden de termijnen in artikel 2.136 verkort tot 30 dagen.

Artikel 2.138a

Voor aanbestedende diensten geldt op grond van de Archiefwet 1995 reeds een algemene bewaarplicht voor onder hen rustende archiefbescheiden, zoals door de aanbestedende dienst gesloten overeenkomsten. Ook bevat de Archiefwet 1995 voorschriften over bewaartermijnen. Artikel 83, zesde lid, van richtlijn 2014/24/EU bevat evenwel een specifieke bepaling inzake een bewaarplicht van deze en de termijn van bewaring. Deze verplichting wordt in artikel 2.138a geïmplementeerd. De bewaartermijn die uit artikel 2.138a voortvloeit kan afwijken van die van de Archiefwet 1995. In dat geval gaat artikel 2.138a, als bijzondere regeling, boven de algemene voorschriften van de Archiefwet 1995. Artikel 83, zesde lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU bepaalt dat de aanbestedende dienst toegang tot de hier bedoelde overeenkomsten verleent tenzij uit het toepasselijke Unierecht of

de toepasselijke nationale voorschriften voortvloeit dat geen inzage wordt verleend. Wat betreft het toepasselijke Unierecht moet worden gedacht aan richtlijn 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 november 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens (PbEG 1995, L 281), geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens. Wat betreft de toepasselijke nationale voorschriften gaat het hier om artikel 2.57, tweede lid, van de Aanbestedingswet 2012. Dit artikellid bepaalt dat een aanbestedende dienst geen informatie openbaar maakt uit aanbestedingsstukken of andere documenten die de dienst heeft opgesteld in verband met een aanbestedingsprocedure, indien die informatie kan worden gebruikt om de mededinging te vervalsen. Zoals in de memorie van toelichting op het voorstel voor een Aanbestedingswet is vermeld (Kamerstukken II 32 400, nr. 30, blz. 69 en 70) geeft artikel 57, tweede lid, uitvoering aan de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie met betrekking tot het verstrekken van informatie uit aanbestedingsstukken of andere documenten die de aanbestedende dienst heeft opgesteld in verband met een aanbestedingsprocedure. Aangezien artikel 83, zesde lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU voorschriften geeft over de bewaring van in het kader van een overheidsopdracht gesloten overeenkomsten moet de door het Hof van Justitie voorgeschreven bescherming van de mededinging uit aanbestedingsstukken of andere documenten zich ook daartoe uitstrekken. Een aanbestedende dienst zal dan ook verzoeken om informatie over een in het kader van een aanbestedingsprocedure gesloten overeenkomst moeten toetsen aan artikel 57, tweede lid, van de Aanbestedingswet 2012.

Artikelen 2.140 tot en met 2.143

In artikel 2.140, eerste lid, wordt een technische wijziging aangebracht ter implementatie van artikel 33, tweede lid. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat dit artikel voorschrijft dat de procedures van de artikelen 2.142 en 2.143 uitsluitend kunnen worden toegepast tussen een aanbestedende dienst en de ondernemers die oorspronkelijk bij de raamovereenkomst partij zijn. Hieruit volgt dat een bestaande raamovereenkomst dus niet openstaat voor nieuwe aanbestedende diensten of ondernemers.

De tekstuele wijziging in het tweede lid stemt overeen met de bewoordingen van artikel 33, tweede lid, eerste volzin, van richtlijn 2014/24/EU.

Het voorgestelde artikel 2.163g, tweede en derde lid, omschrijft wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging van een raamovereenkomst.

Artikel 2.141 kan vervallen. Een specifieke bepaling met betrekking tot een verbod om door middel van het gebruik van een raamovereenkomst de mededinging te vervalsen komt in richtlijn 2014/24/EU niet voor. In zin die is een algemeen voorschrift hieromtrent opgenomen. Zie hiervoor het voorgestelde artikel 1.10a van het wetsvoorstel.

In het voorgestelde artikel 2.143 wordt artikel 33 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. De implementatie brengt slechts enkele wijzigingen met zich mee.

Artikel 2.143 heeft betrekking op een met meerdere ondernemers gesloten raamovereenkomst. In het huidige eerste lid van dat artikel is voorgeschreven dat de raamovereenkomst dan met ten minste drie

ondernemers moet worden gesloten. Die verplichting is in het voorgestelde eerste lid niet meer opgenomen. Dat betekent dat een raamovereenkomst met meerdere ondernemers voortaan met ten minste twee ondernemers kan worden gesloten.

Voorts geeft het voorgestelde eerste lid, onder b, de aanbestedende dienst meer ruimte bij het uitvoeren van raamovereenkomsten met meer dan één ondernemer waarin alle voorwaarden voor de uitvoering zijn bepaald. Indien de aanbestedende dienst dit in de aanbestedingsstukken vermeldt, kan hij specifieke werken, leveringen of diensten die onder de raamovereenkomst vallen laten uitvoeren, hetzij door ze te gunnen aan één van de ondernemers, aangewezen volgens objectieve criteria en op grond van de reeds vastgestelde contractvoorwaarden, of door een specifiek contract voor de uitvoering van werken, leveringen of diensten te gunnen na een mini-gunningsprocedure (de 'mini-competitie') tussen de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst. Om de transparantie en gelijke behandeling te waarborgen, bepaalt het tweede lid van artikel 2.143 dat de aanbestedende dienst in de aanbestedingsdocumenten objectieve criteria dient op te nemen op grond waarvan hij de keuze voor één van de twee methoden van uitvoering van de raamovereenkomst zal maken. Overweging 61 van richtlijn 2014/24/EU verduidelijkt dat deze criteria bijvoorbeeld betrekking kunnen hebben op de hoeveelheid, de waarde of de kenmerken van de werken, leveringen of diensten, zoals de behoefte aan een betere service of een hoger veiligheidsniveau, of op prijsontwikkelingen volgens een vooraf bepaald indexcijfer.

Het vierde lid van het voorgestelde artikel 2.143 bepaalt dat indien een raamovereenkomst in percelen is verdeeld, de wijze van uitvoering als opgenomen in het eerste lid, onderdeel b, ook kan worden toegepast op elk perceel waarvoor alle voorwaarden met betrekking tot de uitvoering van de werken, diensten en leveringen in de raamovereenkomst zijn vastgelegd. Het is hiervoor niet noodzakelijk dat de voorwaarden met betrekking tot de uitvoering ook voor andere percelen van de raamovereenkomst zijn vastgelegd.

Afdeling 2.4.2. Bijzondere voorschriften voor het plaatsen van een overheidsopdracht via een dynamisch aankoopsysteem

Algemeen

Artikel 34 van richtlijn 2014/24/EU maakt het eenvoudiger om gangbare producten geheel elektronisch in te kopen binnen een dynamisch aankoopsysteem. De indicatieve inschrijving, zoals deze bestaat in de huidige Aanbestedingswet 2012 komt te vervallen en in plaats daarvan kan de aanbestedende dienst direct de tot het systeem toegelaten ondernemers uitnodigen om in te schrijven op de specifieke opdracht.

Artikelen 2.144 tot en met 2.149

Het voorgestelde artikel 2.144, eerste lid, bevat de hoofdregel met betrekking tot de instelling van een dynamisch aankoopsysteem. Voorgeschreven is dat de instelling geschiedt met toepassing van de niet-openbare procedure, met uitzondering van de fase van inschrijving, en de specifieke bepalingen inzake die instelling in afdeling 2.4.2. Alle ondernemers die niet worden uitgesloten en aan de geschiktheidseisen en selectiecriteria voldoen, moeten worden toegelaten. Beperking van het aantal ondernemers dat wordt toegelaten is niet toegestaan (artikel 2.144, tweede lid). Hierdoor faciliteert het dynamisch aankoopsysteem dat aanbestedende diensten voor de aanschaf van gangbare of

gestandaardiseerde werken, leveringen of diensten, kunnen kiezen uit een groot aantal inschrijvingen. Zodoende waarborgt het dynamisch aankoopsysteem voor dergelijke aankopen een optimale besteding van overheidsmiddelen op basis van brede mededinging.
Omdat een dynamisch aankoopsysteem lang kan lopen, kan de aanbestedende dienst gedurende die looptijd een geactualiseerde eigen verklaring opvragen. Hierdoor kan de aanbestedende dienst tussentijds controleren of nog steeds aan de eisen wordt voldaan (artikel 2.144, derde lid).
Het vierde, vijfde en zesde lid van artikel 2.144 bevatten regels met betrekking tot een mogelijke indeling van het dynamisch aankoopsysteem in categorieën van werken, leveringen of diensten. Het is aan de aanbestedende dienst om te bezien of dit doelmatig is.

De met betrekking tot artikel 2.145 voorgestelde wijzigingen houden enige technische aanpassingen aan de gewijzigde regels voor het dynamisch aankoopsysteem in.

De artikelen 2.146 en 2.146a bevatten regels over de toelating tot het dynamisch aankoopsysteem bij de instelling onderscheidenlijk de looptijd van het systeem. De aanbestedende dienst is bij de instelling van het systeem niet gebonden aan een termijn voor de beoordeling van verzoeken tot toelating. Dat ligt anders bij verzoeken om toelating gedurende het systeem. Artikel 2.146a stelt daarvoor regels. Gedurende de looptijd kunnen opdrachten worden geplaatst waarvoor de ondernemer die wil toetreden, in aanmerking wil komen. Een tijdige beslissing op een dergelijk verzoek is daarom voor de ondernemer belangrijk. De aanbestedende dienst dient derhalve binnen de gestelde termijn op het verzoek te beslissen.

De artikelen 2.147 en 2.148 stellen regels voor het plaatsen van overheidsopdrachten binnen een dynamisch aankoopsysteem. Die plaatsing geschiedt overeenkomstig de niet-openbare procedure vanaf de fase van uitnodiging van de geselecteerde gegadigden tot inschrijving (artikel 2.147, eerste lid, jo. artikel 2.50). Alle tot het systeem toegelaten ondernemers of, indien het dynamisch aankoopsysteem is opgedeeld in categorieën van werken, leveringen of diensten, alle tot de desbetreffende categorie toegelaten ondernemers worden tegelijkertijd uitgenodigd (artikel 2.148, eerste en tweede lid).

Artikel 2.149, eerste en tweede lid, dat regels bevat over de looptijd van een dynamisch aankoopsysteem, kan vervallen. Richtlijn 2014/24/EU bevat daarover geen voorschriften. Voorgesteld wordt in artikel 2.149, eerste lid, thans bepalingen op te nemen ter implementatie van een aantal informatieverplichtingen jegens de Europese Commissie. Het in het huidige vierde lid (vernummerd tot tweede lid) vervatte voorschrift dat bepaalt dat aan ondernemers geen kosten in rekening mogen worden gebracht voor gebruik van een dynamisch aankoopsysteem, blijft gehandhaafd.

Toelichting vervallen artikel 2.150

Artikel 2.150 implementeerde artikel 34 van richtlijn 2004/18/EG. Met dat artikel werden bijzondere voorschriften betreffende de bouw van een complex sociale woningen gegeven. Een vergelijkbare bepaling komt in richtlijn 2014/24/EU echter niet voor, zodat artikel 2.150 kan komen te vervallen.

Artikel 2.158

Op grond van artikel 79, eerste lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU moet voortaan in de aankondiging van de prijsvraag ook worden vermeld of de aanbestedende dienst voornemens is de vervolgopdracht te gunnen aan de winnaar of de winnaars van de prijsvraag. Het voorgestelde derde lid implementeert deze bepaling.

Toelichting vervallen artikel 2.159, derde lid

Het derde lid van artikel 2.159 kan vervallen, omdat dezelfde regel reeds is vervat in artikel 2.161, vierde lid.

Artikel 2.163a

Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft zich in meerdere arresten uitgelaten over de toelaatbaarheid van wijziging van een overheidsopdracht gedurende de looptijd zonder het volgen van een nieuwe aanbestedingsprocedure (zie met name de arresten Succhi di Frutta, zaak C-496/99; Commissie/Italië, zaak C-340/02; Pressetext, zaak C-454/06; Wall, zaak C-91/08 en Commissie/Duitsland, C-160/08). Artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU, dat in hoofdstuk 2.5 van de Aanbestedingswet 2012 wordt geïmplementeerd, codificeert deze jurisprudentie grotendeels en vult haar aan. Het uitgangspunt blijft dat wijziging van een overheidsopdracht of raamovereenkomst tijdens de looptijd ervan noopt tot het volgen van een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure. Uitsluitend in de in de artikelen 2.163b tot en met 2.163g bedoelde gevallen kan hiervan worden afgezien.

Artikel 2.163b

Met het voorgestelde artikel 2.163b wordt artikel 72, tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Ingevolge dit artikel hoeft een aanbestedende dienst geen nieuwe Europese aanbestedingsprocedure te volgen voor een wijziging van een overheidsopdracht of raamovereenkomst indien het bedrag waarmee de wijziging gepaard gaat lager is dan de in artikel 2.163b, onderdeel a, genoemde drempels. Voor wijzigingen onder deze "de minimis" drempels hoeft de aanbestedende dienst niet te onderzoeken of sprake is van een wezenlijke wijziging als bedoeld in artikel 2.163g. Een wijziging die de algemene aard van de overheidsopdracht of raamovereenkomst verandert is echter niet toegestaan. Een voorbeeld van een wijziging van de algemene aard is de wijziging van een overheidsopdracht voor een levering in een overheidsopdracht voor een werk.
Een voorbeeld van een concrete toepassing van artikel 2.163b: de oorspronkelijke overeenkomst betreft een overheidsopdracht voor werken ter waarde van €6 miljoen. Wijziging 1 gaat gepaard met een bedrag van €500.000. Dit bedrag is lager dan de in artikel 2.163b, onderdeel a, onder 1°, genoemde drempel en is 8,3% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht, dus ook lager dan de in artikel 2.163b, onderdeel b, onder 2°, genoemde drempel. Ervan uitgaande dat de wijziging de algemene aard van de overheidsopdracht of raamovereenkomst niet wijzigt, is voor wijziging 1 dan ook geen nieuwe Europese aanbestedingsprocedure vereist. Wijziging 2 gaat wederom gepaard met een bedrag van €500.000. Nu moet worden gekeken naar het totaal van de wijzigingen: €1 miljoen. Dit bedrag is lager dan de drempel, genoemd onder 1°, maar behelst 16,6% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht en is dus boven de drempel, genoemd onder 2°. Voor wijziging 2 is dus een

nieuwe Europese aanbestedingsprocedure vereist, tenzij de artikelen 2.163c tot en met 2.163g een mogelijkheid bieden om hiervan af te zien.

Artikel 2.163c

Met het voorgestelde artikel 2.163c wordt artikel 72, eerste lid, onderdeel a, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Op grond van deze bepaling is wijziging van een overheidsopdracht of raamovereenkomst mogelijk zonder het volgen van een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure indien de mogelijkheid tot wijziging is opgenomen in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken. Voorwaarde hiervoor is dat deze wijzigingen zijn opgenomen in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsclausules die ten minste de omvang en de aard van mogelijke wijzigingen of opties en de voorwaarden waaronder deze kunnen worden gebruikt, omschrijven. Voorbeelden van mogelijke wijzigingen of opties zijn een prijsindexeringsclausule (zoals het geval was in het arrest Pressetext, zaak C-454/06), een optie om een opdracht met een jaar te verlengen (zolang dit past binnen de daarvoor geldende termijnen, zoals bij een raamovereenkomst) als voldaan is aan bepaalde voorwaarden, of een contract voor de aankoop van vijf apparaten waarin de optie is opgenomen dat nog eens twee van zulke apparaten zullen worden afgenomen als een bepaalde testperiode succesvol is verlopen. Een dergelijke clausule voorziet niet in wijzigingen die tot een verandering van de algemene aard van de aanbesteding kunnen leiden. De algemene aard verandert bijvoorbeeld als een overheidsopdracht voor een werk wordt gewijzigd in een dienst of als een raamovereenkomst wordt omgezet in een opdracht aan één opdrachtnemer. Immers, indien de algemene aard van de opdracht wijzigt, is het goed mogelijk dat andere aanbieders in de oorspronkelijke procedure ook hadden willen meedingen naar (dat deel van) de opdracht. In voormeld contract voor de aankoop van apparaten mag dus geen clausule worden opgenomen die bepaalt dat indien de testperiode succesvol verloopt ook vijf andersoortige apparaten zullen worden afgenomen.

Artikel 2.163d

Met het voorgestelde artikel 2.163d wordt artikel 72, eerste lid, onderdeel b, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Hierin wordt bepaald dat overheidsopdrachten en raamovereenkomsten zonder nieuwe Europese aanbestedingsprocedure kunnen worden gewijzigd indien aanvullende werken, diensten of leveringen van de oorspronkelijke opdrachtnemer noodzakelijk zijn geworden voor het voltooien van de oorspronkelijke opdracht. Het artikel preciseert nader dat dit alleen kan ingeval een verandering van opdrachtnemer niet mogelijk is om economische of technische redenen én een dergelijke verandering tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden voor de aanbestedende dienst. Het gaat hierbij dus met name om gevallen waarbij de aanbestedende dienst door aanvulling door een andere opdrachtnemer genoodzaakt zou zijn om materieel, werken of diensten met andere technische kenmerken aan te kopen en daarbij incompatibiliteit of buitensporige technische problemen zouden ontstaan bij het functioneren en het onderhoud van het materieel, de werken of diensten die in het kader van de oorspronkelijke overheidsopdracht zijn verworven.
De prijs van aanvullingen als bedoeld in dit artikel mag niet hoger zijn dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Ingeval van meerdere opeenvolgende wijzigingen geldt deze beperking voor elke afzonderlijke wijziging. Cumulatief mogen de wijzigingen dus wel hoger zijn dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Het is echter niet toegestaan om dergelijke opeenvolgende wijzigingen te gebruiken om toepassing van een Europese aanbestedingsprocedure te omzeilen.

Opgemerkt zij dat artikel 2.163d ziet op de situatie waarin de aanbestedende dienst zich tijdens de uitvoering van het contract realiseert dat aanvulling noodzakelijk is, terwijl artikel 2.33, onderdeel b, van de Aanbestedingswet 2012 (waarin artikel 32, derde lid, onderdeel b, van richtlijn 2014/24/EU wordt geïmplementeerd) ziet op de situatie waarin de aanbestedende dienst een contract dat (bijna) afgelopen is, wil verlengen.

Artikel 2.163e

Met het voorgestelde artikel 2.163e wordt artikel 72, eerste lid, onderdeel c, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Wanneer zich omstandigheden voordoen die een zorgvuldige aanbestedende dienst niet kon voorzien, kan een overheidsopdracht of een raamovereenkomst op grond van dit artikel worden gewijzigd zonder een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure, mits de wijziging geen verandering in de algemene aard van de opdracht betekent en de prijs van de wijziging niet hoger is dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Het gaat hier om externe omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normale zorgvuldige voorbereiding van de oorspronkelijke gunning door de aanbestedende dienst, met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt. Bij de beoordeling of sprake was van een "normale zorgvuldige voorbereiding" worden in elk geval de volgende factoren betrokken: de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de gangbare praktijk op het betrokken gebied en het feit dat er een redelijke verhouding moet zijn tussen de voor de voorbereiding van de gunning uitgetrokken middelen en de verwachte waarde ervan.

Artikel 2.163f

Met het voorgestelde artikel 2.163f wordt artikel 72, eerste lid, onderdeel d, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Uitsluitend in de in dit artikel genoemde gevallen kan de oorspronkelijke opdrachtnemer van een overheidsopdracht of raamovereenkomst door een nieuwe opdrachtnemer worden vervangen zonder dat een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure dient te worden gevolgd. Op grond van artikel 2.163f, onderdeel a, is een dergelijke wijziging mogelijk indien het oorspronkelijke contract voorzag in een herzieningsclausule of optie als bedoeld in artikel 2.163c (zie ook het arrest Pressetext, zaak C-454/06, overweging 40).

Artikel 2.163f, onderdeel b, ziet op de situatie waarin sprake is van rechtsopvolging in de positie van de oorspronkelijke opdrachtnemer ten gevolge van herstructurering, waaronder door overname fusie, acquisitie of insolventie. Hierbij moet gedacht worden aan gevallen zoals in het arrest Pressetext (zaak C-454/06) waarin de door de oorspronkelijke dienstverrichter ten behoeve van de aanbestedende dienst verrichte diensten werden overgedragen aan een in de vorm van een kapitaalvennootschap opgerichte andere dienstverrichter waarvan de oorspronkelijke dienstverrichter enig aandeelhouder was die door middel van instructies de zeggenschap uitoefende over de nieuwe dienstverrichter. Het Hof overwoog hierover dat dit neerkwam op een interne reorganisatie van de contractpartner en dat dit geen wijziging van de opdracht inhield.

Artikel 2.163g

Met het voorgestelde artikel 2.163g wordt artikel 72, eerste lid, onderdeel e, en vierde lid, van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Artikel 2.163g, eerste lid, bepaalt dat indien een wijziging van een

overheidsopdracht of raamovereenkomst niet wezenlijk is, er geen nieuwe Europese aanbestedingsprocedure hoeft te worden gevolgd. In artikel 2.163g, tweede en derde lid, wordt vervolgens uiteengezet wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging.

Ingevolge artikel 2.163g, tweede lid, is een wijziging van een overheidsopdracht of raamovereenkomst wezenlijk wanneer deze materieel verschilt van de oorspronkelijke overheidsopdracht of raamovereenkomst.

De voorwaarden van artikel 2.163g, derde lid, onderdelen a tot en met c, hebben hun oorsprong in het arrest Pressetext, zaak C-454/06 (overwegingen 34-37). Onderdeel a heeft betrekking op een wijziging die voorziet in voorwaarden die, als zij deel van de oorspronkelijke aanbestedingsprocedure hadden uitgemaakt, de toelating van of gunning aan andere dan de oorspronkelijk geselecteerde gegadigden mogelijk zouden hebben gemaakt dan wel bijkomende deelnemers aan de aanbestedingsprocedure zouden hebben aangetrokken. Onderdeel b ziet op wijzigingen die het economisch evenwicht van de opdracht of de raamovereenkomst verleggen ten gunste van de opdrachtnemer op een wijze die niet is voorzien in de oorspronkelijke overheidsopdracht of raamovereenkomst. Onderdeel c ziet op de situatie waarin de wijziging leidt tot een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied van de overheidsopdracht of raamovereenkomst. Als een overheidsopdracht voor werken bijvoorbeeld louter ziet op de aanleg van een weg, dan leidt een wijziging waarin de opdracht wordt verruimd naar het tevens beplanten van de berm tot een aanzienlijke verruiming en daarmee tot een wijziging in de aard van die opdracht. Artikel 2.163g, derde lid, onderdeel d, bepaalt ten slotte dat een wijziging wezenlijk is als een nieuwe opdrachtnemer in de plaats komt van de oorspronkelijke opdrachtnemer zonder dat sprake is van een situatie als bedoeld in artikel 2.163f.

Indien een overheidsopdracht wezenlijk is gewijzigd, noopt dit tot het volgen van een nieuwe Europese aanbestedingsprocedure. Ingevolge artikel 73, onderdeel a, van richtlijn 2014/24/EU dient een aanbestedende dienst in dat geval de mogelijkheid te hebben een reeds gesloten overeenkomst voortijdig te beëindigen. In die mogelijkheid wordt in het Nederlandse rechtsstelsel al voorzien. Op grond van het Burgerlijk Wetboek dienen overeenkomsten te worden nagekomen. Er bestaan echter gronden tot voortijdige beëindiging van de overeenkomst. Een voorbeeld daarvan is een wezenlijke wijziging van de overheidsopdracht. Partijen kunnen over deze beëindigingsgrond afspraken maken in de overeenkomst, maar het Burgerlijk Wetboek biedt daartoe ook mogelijkheden. De gevolgen van voortijdige beëindiging van een overeenkomst, waaronder een mogelijke verplichting tot betaling van schadevergoeding, hangen af van de omstandigheden van het geval.

Ingevolge artikel 73, onderdeel b, van richtlijn 2014/24/EU dient een aanbestedende dienst een overheidsopdracht ook te kunnen beëindigen als deze is gesloten met een aannemer op wie op het moment van gunning één van de verplichte uitsluitingsgronden van artikel 2.86 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing was. Daarnaast moet een overheidsopdracht op grond van artikel 73, onderdeel c, van richtlijn 2014/24/EU tijdens de looptijd door een aanbestedende dienst kunnen worden beëindigd als de overheidsopdracht niet aan de aannemer had mogen worden gegund vanwege een ernstige inbreuk op bepaalde Europeesrechtelijke verplichtingen, die door het Hof van Justitie van de Europese Unie is vastgesteld in een procedure overeenkomstig artikel 258 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. In Nederland geldt het uitgangspunt van contractsvrijheid: contractspartijen zijn vrij om te beslissen of ze een overeenkomst aangaan en

bepalen zelf de inhoud van de overeenkomst. Die contractsvrijheid is echter niet onbeperkt. Contractspartijen moeten zich onder meer houden aan dwingendrechtelijke bepalingen van de wet en datgene wat in het maatschappelijk verkeer betamelijk is. De gunning aan een aannemer op wie een verplichte uitsluitingsgrond van toepassing is en die derhalve uitgesloten had moeten worden van de aanbestedingsprocedure, zal in principe strijd met een dwingende wetsbepaling opleveren. Ook de gunning van een overheidsopdracht aan een aannemer in strijd met de verdragen van de Europese Unie of de delen 2, 2a of 3 van de Aanbestedingswet 2012 kan als zodanig kwalificeren. Het sluiten van een overeenkomst in strijd met de wet leidt in beginsel tot nietigheid van de rechtshandeling. De precieze gevolgen, waaronder de mate waarin contractspartijen gehouden zijn tot betaling van schadevergoeding, hangen af van de omstandigheden van het geval.

Deel 2a

Algemeen

De bepalingen in dit deel stemmen in grote mate overeen met de bepalingen voor het plaatsen en gunnen van overheidsopdrachten en door aanbestedende diensten uitgeschreven prijsvragen zoals die worden opgenomen in deel 2. Waar dat technisch mogelijk is, wordt dan ook volstaan met het van overeenkomstige toepassing verklaren van de artikelen voor overheidsopdrachten en prijsvragen. Vanzelfsprekend moet in die gevallen voor «overheidsopdrachten» gelezen worden «concessieopdrachten» en voor «aanbestedende dienst» «aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf». Specifieke elementen voor aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven worden uiteraard wel apart opgesomd. Ook wanneer de bepaling materieel op hetzelfde neerkomt maar teveel kleine afwijkingen of verbijzonderingen nodig waren, wordt de bepaling uitgeschreven. Met het oog op een eenduidige uitleg van (nagenoeg) dezelfde bepalingen in verschillende delen van de Aanbestedingswet 2012 zal waar dat mogelijk is ook voor de toelichtende bepalingen terug worden verwezen naar de toelichting op reeds bestaande bepaling dan wel de toelichtingen op de bij onderhavig wetsvoorstel geïntroduceerde bepalingen.

De definitie van aanbestedende dienst in richtlijn 2014/23/EU wijkt af van de definitie van aanbestedende dienst in de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU en in de Aanbestedingswet 2012. De meeste bepalingen van richtlijn 2014/23/EU zijn van toepassing op de aanbestedende dienst en het speciale-sectorbedrijf. In dergelijke gevallen wordt het totaal van die combinatie gedekt door de al bestaande begripsbepalingen van de aanbestedingswet 2012. In enkele gevallen wordt echter alleen de aanbestedende dienst als adressant opgevoerd. Om te voorkomen dat in de Aanbestedingswet 2012 met twee onderscheidenlijke begripsbepalingen voor aanbestedende dienst zou moeten worden gewerkt wordt waar in de richtlijn 2014/23/EU de aanbestedende dienst wordt genoemd zonder de combinatie met het speciale-sectorbedrijf, in het wetsvoorstel gesproken van "aanbestedende dienst, niet zijnde speciale sectorbedrijf".

Artikel 2a.1

Er is voor gekozen om voor de "aanbestedende instanties, mits de werken of diensten bestemd zijn voor uitoefening van een van de activiteiten als bedoeld in bijlage II", aan te sluiten bij de definitie "speciale-sectorbedrijf" in de Aanbestedingswet 2012. De definitie in de Aanbestedingswet 2012 is gebaseerd op de definitie in de gecombineerde artikelen 8-14 en 34-35 van richtlijn 2014/25/EU. Voor

zover een goede vergelijking mogelijk is, combineren de artikelen 1, tweede lid, onderdeel b, 7, 16 en bijlage II richtlijn 2014/23/EU tot hetzelfde resultaat als genoemde artikelen van richtlijn 2014/25/EU en is er derhalve geen aparte definitiebepaling voor speciale-sectorbedrijven op het gebied van concessieopdrachten noodzakelijk. Indien de begrippen aanbestedende instantie in 2014/23/EU en 2014/25/EU ooit uit elkaar gaan lopen in toekomstige wijzigingen van die richtlijnen, dient er voor concessieopdrachten een nieuw begrip te worden geïntroduceerd.

Artikel 2a.3

De waarde van een concessieopdracht is vooraf vaak niet exact te bepalen. Voor de vraag of deel 2a van toepassing is dient echter te worden beoordeeld of de geraamde waarde de drempel in artikel 2a.2 overschrijdt. Er kan een verschil ontstaan tussen de waarde bij aankondiging en de waarde bij gunning. Indien dat verschil groter is dan 20% en daarmee tegen verwachting in boven de drempel in artikel 2a.2 komt, heeft dat als gevolg dat deel 2a achteraf van toepassing is. De concessieopdracht zal dan alsnog opnieuw in de markt moeten worden gezet. Als blijkt dat het verschil kleiner is dan 20% maar desalniettemin het bedrag toch tegen verwachting in boven de drempel in artikel 2.a2 komt is echter wel sprake van een correct gegunde concessieopdracht. Daarbij is het wel noodzakelijk dat de waardebepaling conform het bepaalde in artikel 2a.6 heeft plaatsgevonden. Als bijvoorbeeld met inachtneming van artikel 2a.6 de waarde van de opdracht ten tijde van de aankondiging van de opdracht op € 4.500.000 werd geraamd en vervolgens geen toepassing is gegeven aan deel 2a maar de uiteindelijke waarde bij gunning € 5.300.000 bleek te zijn, dan is er sprake van een geldige opdrachtverlening. De opdracht hoeft dan niet opnieuw in de markt te worden gezet. Mocht in ditzelfde voorbeeld de waarde bij gunning € 6.000.000 blijken, dan dient de opdracht wel opnieuw in de markt te worden gezet, aangezien hier het verschil meer dan 20% bedraagt. Ook indien blijkt dat de methode voor de bepaling van de waarde niet objectief tot stand is gekomen zoals artikel 2a.6 voorschrijft is sprake van een ongeldige opdrachtverlening.

Artikel 2a.4, tweede lid

Artikel 2a.4 strekt ter implementatie van artikel 8, vierde lid, van richtlijn 2014/23/EU. Dat artikel stemt overeen met hetgeen al in artikel 2.14 is geregeld, vandaar dat wordt volstaan met het van overeenkomstige toepassing verklaren van dat artikel. Verwezen wordt naar de toelichting op dat artikel.

Artikel 2a.5

In principe dient de aanbestedende dienst de waarde van de concessieopdracht te ramen naar de waarde die de concessieopdracht heeft op het moment van de aankondiging van de opdracht. Indien geen aankondiging wordt gedaan dient de waarde te worden geraamd naar de waarde waarop zoals deze is op het moment dat de aanbestedende dienst of speciale sectorbedrijf de procedure start. Bij de raming van de waarde dient rekening te worden gehouden met de bijkomende leveringen die in het kader van de werken of diensten worden verricht. Het betreft dan bijvoorbeeld de levering van bouwmateriaal door de aanbestedende dienst aan de concessiehouder.

Artikel 2a.6

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dient een zo nauwkeurig mogelijke berekening van de waarde van de concessieopdracht te maken. Bij die berekening dient gebruik te worden gemaakt van een objectieve methode, de methode dient omwille van de transparantie te worden gespecificeerd in concessiedocumenten. Bij de berekening van de geraamde waarde dient in zijn algemeenheid met alle onderdelen rekening te worden gehouden die van invloed zijn op de waarde van de concessie. Dat zijn in ieder geval die onderdelen die in het tweede lid worden opgesomd. Zo dient in het geval van bijvoorbeeld de exploitatie van een parkeergarage rekening worden gehouden met de te innen parkeerleges die niet ten behoeve van de aanbestedende dienst worden geïnt. Een ander voorbeeld is dat rekening dient te worden gehouden met materiaal dat de aanbestedende dienst ter beschikking stelt aan de concessiehouder. Indien de concessieopdracht een onderdeel bevat dat valt onder een openbare dienstverplichting, bijvoorbeeld een openbare dienstverplichting zoals in verordening (EG) nr. 1370/2007, dan dient de vergoeding daarvoor mee te worden genomen in de raming van de waarde van de concessieopdracht. Ook prijzen, bijvoorbeeld bonussen in het contract, dienen te worden meegenomen in de raming van de waarde.

Artikel 2a.7

Met dit artikel wordt artikel 8, vijfde en zesde lid, van richtlijn 2014/23/EU geïmplementeerd. Dit artikel komt in grote mate overeen met het reeds bestaande artikel 2.18 zodat voor de toelichting op artikel 2a.7 wordt verwezen naar de toelichting op artikel 2.18.

Artikelen 2a.8, 2a.10, 2a.11, 2a.12, 2a.13 , 2a.14, 2a.15 en 2a.21

Deze artikelen strekken ter implementatie van artikel 10, vierde tot en met tiende lid, artikel 11 en artikel 25 van richtlijn 2014/23/EU. In deze artikelen zijn een aantal vrijstellingen vervat van de reikwijdte van het wetsvoorstel voor concessieopdrachten. Deze vrijstellingen komen deels overeen met die voor aanbestedende diensten in de artikelen 2.12, 2.23 en 2.24.

Artikel 2a.9

Artikel 2a.9 strekt ter implementatie van artikel 10 eerste en tweede lid, van richtlijn 2014/23/EU. De in dit artikel geregelde materie is reeds uitgebreid toegelicht bij artikel 2.24, onderdeel a.

Deze richtlijn is niet van toepassing op "concessies voor luchtvervoerdiensten op basis van de verlening van een exploitatievergunning in de zin van Verordening (EG) nr. 1008/2008 van het Europees Parlement en de Raad noch op concessies betreffende openbaar personenvervoer in de zin van Verordening (EG) nr. 1370/2007" aangezien die verordening reeds dat specifieke domein regelt. Het gaat hier immers om rechtstreeks werkende EU-verordeningen die derhalve voorgaan op Nederlandse wetgeving en dus ook onderhavige wet. Wanneer een lidstaat een ondernemer een uitsluitend recht verleent voor de verrichting van een van de in bijlage II bij richtlijn 2013/23/EU bedoelde activiteiten, stelt deze lidstaat de Commissie daarvan binnen een maand na de verlening van dat uitsluitend recht in kennis.

Artikel 2a.11

Voor de toepassing van dit artikel, hebben de begrippen „audiovisuele mediadiensten" en „aanbieders van mediadiensten" dezelfde betekenis als in artikel 1, lid 1, onder a) en d), van Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad. „Programma" heeft dezelfde betekenis als in artikel 1, lid 1, onder b), van die richtlijn, maar het omvat ook radioprogramma's en radioprogrammamateriaal. Voorts wordt voor de toepassing van deze bepaling onder „programmamateriaal" hetzelfde verstaan als onder „programma".

Artikel 2a.12

Dit artikel betreft een uitzondering voor loterijen. Op basis van de desbetreffende regels geschiedt de toekenning van een dergelijk exclusief recht op grond van bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Artikel 2a.14

In dit artikel hebben de begrippen „openbaar communicatienetwerk" en „elektronische communicatienetwerkdienst" dezelfde betekenis als in richtlijn 2002/21/EG.

Artikelen 2a.16, 2a.17 en 2a.20

In dit artikel worden de artikelen 13, 14 en 17 van richtlijn 2014/23/EU geïmplementeerd. De genoemde artikelen van de richtlijn regelen vergelijkbare materie als artikel 12, van richtlijn 2014/24/EU, echter in veel beperktere mate. De gebruikte terminologie in deel 2a is gelijk aan de artikelen 2.24a, 2.24b en 2.24c, waarin het genoemde artikel van richtlijn 2014/24/EU wordt geïmplementeerd.

Artikel 2a.18

Behoeft geen nadere toelichting

Artikel 2a.19

Dit artikel strekt ter implementatie van artikel 16 van richtlijn 2014/23/EU. Dat artikel verwijst naar artikel 34 en 35 van richtlijn 2014/25/EU welke op hun beurt zijn geïmplementeerd in artikel 3.21. Naar de toelichting bij dat artikel wordt dan ook verwezen.

Artikel 2a.22

De looptijd van een concessie wordt door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf vooraf vastgesteld, tenzij de looptijd een gunningscriterium is. Zo kan bijvoorbeeld een concessieopdracht in de markt worden gezet die de exploitatie en bouw van een parkeergarage behelst. De bouw kan dan worden bekostigd door het recht op de exploitatie mee te nemen in de concessie. Als gunningscriterium zal dan de looptijd van de concessie kunnen worden gehanteerd.

Indien de looptijd vooraf wordt vastgesteld door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, is deze in principe niet langer dan vijf jaar. Indien dat het geval is, is nadere toelichting niet nodig. Indien de looptijd langer dan vijf jaar is dan dient de concessieperiode zodanig te worden beperkt dat de investeringen die de concessiehouder heeft gedaan, samen met een rendement op geïnvesteerd vermogen, terugverdiend kunnen worden. Het gaat daarbij niet om de feitelijke situatie achteraf maar om mogelijkheid om de investering terug te verdienen. Bij een concessieopdracht dient immers het risico, en daarmee het risico op het niet terugverdienen van de investering, bij de concessiehouder te liggen.

Artikel 2a.23

Terwijl artikel 2a.33 is bepaalt dat een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf een procedure voor de gunning van een concessieopdracht naar eigen goeddunken mag organiseren, geeft onder meer dit artikel enige verplichte invulling aan de algemene beginselen waaraan de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zich aan dienen te houden. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf dient minimaal de algemene beginselen en het bepaalde in 2a.33 in acht te worden genomen. Daarbij dient de aanbestedende dienst vooral oog te blijven houden voor gelijke behandeling en transparant handelen. Zo ligt het, ondanks dat dit in deel 2a niet expliciet wordt bepaald maar in deel 2 wel, voor de rede om bij een onderhandelingsprocedure na te denken over het waarborgen van de mededinging in de laatste fase van de procedure. Uiteraard mag een onderhandelingsprocedure niet misbruikt worden om een ondernemer uit te kiezen op niet objectieve gronden. Voor invulling van de algemene beginselen kan ook worden gekeken naar hetgeen in deel 2 is opgenomen omtrent de procedures.

Artikel 2a.24

Dit artikel strekt ter implementatie van artikel 19 van richtlijn 2014/23/EU. Het regelt een licht regime voor concessieopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten. Indien er sprake is van een sociale of andere specifieke dienst zijn uitsluitend de algemene beginselen en de verplichtingen die voortvloeien uit de artikelen 2a.36, derde en vierde lid, artikel 2a.53 en de richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG van toepassing. Dit betekent onder andere dat de verplichtingen om de aankondiging van gunning te publiceren en deze publicatie binnen 48 dagen te laten plaatsvinden, van kracht zijn. Tevens zijn de rechtsbeschermingsrichtlijnen van toepassing op sociale en andere specifieke diensten.

Artikelen 2a.25 tot en met 2a.32

Deze artikelen strekken ter implementatie van de artikelen 20, 21, 22 en 23 van richtlijn 2014/23/EU en bepalen welke regels dienen te worden toegepast op gemengde concessieopdrachten.

Artikel 2a.33

De Europese wetgever heeft er uitdrukkelijk niet voor gekozen om voor concessieopdrachten procedures voor te schrijven die vergelijkbaar zijn met de aanbestedingsprocedures die worden opgenomen in deel 2 van dit wetsvoorstel. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf mag de procedure naar eigen inzicht organiseren mits de algemene beginselen van gelijke behandeling, non-discriminatie en transparantie in acht worden genomen. Artikel 2a.23 geeft enige verplichte

invulling aan de algemene beginselen bij het gunnen van een concessieopdracht. Ook kunnen de procedures zoals deze in deel 2 worden opgenomen uiteraard houvast bieden, daarbij kan een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf er ook voor kiezen om een aanbestedingsprocedure zoals die wordt opgenomen in deel 2 in zijn geheel te volgen.

Artikel 2a.34

Met dit artikel wordt artikel 26 van richtlijn 2014/23/EU geïmplementeerd. Dit wordt kortweg gedaan door te verwijzen naar afdeling 2.3.1 waar de vergelijkbare artikelen van richtlijn 2014/24/EU in worden neergelegd.
Door te verwijzen naar de genoemde afdeling wordt ook artikel 28 van richtlijn 2014/23/EU geïmplementeerd. Waar de concessierichtlijn uitgaat van een met name schriftelijke procedure, met een mogelijkheid tot verdergaande verplichting tot een elektronische procedure, gaan de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU uit van procedures via de elektronische weg. Om efficiency redenen is er niet voor gekozen om voor deze ene vorm van aanbesteding –wat een concessieopdracht uiteindelijk is- een andere procedure te ontwerpen die niet bij andere vormen van aanbesteden toe te passen is. Er is voor gekozen om aan te sluiten bij de procedurevoorschriften van richtlijn 2014/24/EU. Dat heeft als noodzakelijk neveneffect dat de in die afdeling aanwezige verwijzingen naar technische en andere voorschriften naar richtlijn 2014/24/EU ook van toepassing zijn voor de elektronische procedures die voor concessieopdrachten gelden. Dat is noodzakelijk omdat de concessierichtlijn dergelijke bepalingen niet kent en er derhalve niet verwezen kan worden naar technische en andere bepalingen in richtlijn 2014/23/EU.

Artikel 2a.35 en 2a.36

De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf maakt de aankondiging, evenals bij een overheidsopdracht, bekend door gebruik te maken van het elektronische systeem voor aanbestedingen. Zoals hiervoor al is vermeld, is ervoor gekozen om aan te sluiten bij het systeem zoals dat ook in deel 2 en deel 3 verplicht is voorgeschreven. Aansluiting bij het verplichte karakter zorgt voor een uniforme toepassing. De uniforme toepassing levert een langdurig voordeel op voor zowel de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf als de ondernemers, zij kunnen immers profiteren van eerdere ervaring.. Dezelfde uitzonderingen in deel 2 op de verplichting om elektronisch aan te besteden gelden ook in deel 2a.

Artikel 2a.37

In dit artikel wordt artikel 39, eerste lid, van richtlijn 2014/23/EU geïmplementeerd. Bij het stellen van termijnen voor de ontvangst van de aanvragen of inschrijvingen dienen aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zich ervan te vergewissen dat de door hen gestelde termijn proportioneel is. Bij een complexe opdracht horen over het algemeen langere termijnen omdat dergelijke opdrachten een langere voorbereidingstijd van ondernemers vergen.

Artikel 2a.38

Ter implementatie van artikel 39, tweede lid, van richtlijn 2014/23/EU worden in dit artikel eisen gesteld indien sprake is van een bezichtiging ter plaatse of inzage van documenten ter plaatse. Het

artikel heeft hetzelfde doel als artikel 2.73. Omdat de systematiek omtrent het bepalen van de minimumtermijnen bij een concessieopdracht anders wordt ingericht dan in deel 2 is ervoor gekozen niet te verwijzen naar artikel 2.73 maar alle bepalingen omtrent termijnen zelfstandig op te nemen in deel 2a.

Artikel 2a.39

De termijn in dit artikel betreft een minimumtermijn. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf dient bij de bepaling van de termijnen rekening te houden met de complexiteit van de concessieopdracht. Zie daarvoor ook (de toelichting bij) artikel 2a.37.

Artikel 2a.40

De termijn in dit artikel betreft een minimumtermijn. Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf dient bij de bepaling van de termijnen rekening te houden met de complexiteit van de concessieopdracht. Zie daarvoor ook (de toelichting bij) artikel 2a.37.

Artikel 2a.41

Ter implementatie van artikel 39, vijfde lid, van richtlijn 2014/23/EU wordt in dit artikel bepaald dat indien de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf om redenen als omschreven in artikel 2.36, vijfde lid,de aankondiging niet door middel van het gebruik van het elektronische systeem publiceert, de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf de termijn voor de ontvangst van inschrijvingen met vijf dagen moeten verlengen.

Artikel 2a.42

In dit artikel wordt artikel 36 van richtlijn 2014/23/EU geïmplementeerd. Het artikel vertoont grote gelijkenis met het bepaalde in de artikelen 2.75 en 2.76. De formulering is echter niet dezelfde, er is daarom voor gekozen om geen verwijzing maar een apart artikel in deel 2a op te nemen.

Artikel 2a.43

Dit artikel strekt ter implementatie van artikel 42 van richtlijn 2014/23/EU. Het regime van onderaanneming is gelijk aan hetgeen is geregeld in richtlijn 2014/24/EU. Derhalve kan met een verwijzing naar deel 2 worden volstaan.

Artikel 2a.44

Dit artikel strekt ter implementatie van artikel 24 van richtlijn 2014/23/EU. De strekking is gelijk aan hetgeen bepaald in paragraaf 2.3.3.4, zodat ook naar de toelichting op de daarin vervatte artikelen kan worden verwezen.

Artikelen 2a.45 en 2a.46

Met deze artikelen worden de verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden van artikel 39 van richtlijn 2014/23/EU geïmplementeerd. Deze zijn nagenoeg gelijk aan de uitsluitingsgronden uit de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU, zodat wordt verwezen naar de relevante artikelen 2.86, 2.86a en 2.87. Slechts waar de concessierichtlijn specifiek afwijkt vanwege de aard van de materie, wordt de afwijking overgenomen.

Artikel 2a.47

De in dit artikel opgenomen verwijzingen betreffen de toepassing van de uitsluitingsgronden, met name de wijze waarop een ondernemer een uitsluitingsgrond kan repareren. Deze zijn gelijk aan de mogelijkheden daartoe in deel 2, vandaar dat naar de relevante artikelen wordt verwezen.

Artikel 2a.48

In dit artikel wordt artikel 38, eerste lid, van richtlijn 2014/23/EU geïmplementeerd. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven mogen dezelfde soort geschiktheidseisen stellen als die genoemd in artikel 2.90 van deel 2. Enkele van de voorwaarden, zoals een limiet op de te stellen omzeteisen, gelden echter niet voor concessies. Evenals bij overheidsopdrachten, dienen de geschiktheidseisen bij concessieopdrachten verband te houden met, en in verhouding te staan tot het voorwerp van de opdracht.

Artikel 2a.49

Dit artikel implementeert het tweede en derde lid van artikel 38 van richtlijn 2014/23/EU en is gelijk aan het eerste en tweede lid van artikel 2.92. De eisen zoals deze in deel 2 in 2.92 gesteld kunnen worden met betrekking tot de uitsluitingsgronden komen niet terug in de concessierichtlijn en zijn daarom niet in artikel 2a.49 geïmplementeerd.

Artikel 2a.50

Dit artikel strekt ter implementatie van artikel 40 van richtlijn 20104/23/EU en gezien de overeenkomsten met de relevante onderdelen van de artikelen 55 en 56 van richtlijn 2014/24/EU kan worden verwezen naar de implementatie in de artikelen 2.103 en 2.104.

Artikel 2a.51

Dit artikel strekt ter implementatie van artikel 29, tweede lid van richtlijn 2014/23/EU. Aangezien dat artikel gelijk is aan artikel 22, tweede lid, derde zin, van welke richtlijn 2014/24/EU, welke is geïmplementeerd in artikel 2.108, kan met een verwijzing worden volstaan.

Artikel 2a.52

Dit artikel geeft enige voorschriften rondom de gunningscriteria en bevat gelijkenissen met deel 2. Zo dienen aanbestedende diensten of speciale sectorbedrijven net als in artikel 2.113a bij

concessieopdrachten objectieve criteria vast te stellen om daadwerkelijke mededinging te borgen. Net als in artikel 2.115 tweede lid dienen de gunningscriteria bij concessieopdrachten verband te houden met het voorwerp van de opdracht. De gunningscriteria kunnen, net als in deel 2, in ieder geval sociale, innovatie gerelateerde of milieucriteria omvatten. Bij het verlenen van een concessieopdracht kan ook gebruik worden gemaakt van economisch meest voordelige inschrijving, levenscycluskosten en laagste prijs. Daarbij hoeft de aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf geen motivatie te geven waarom gebruik is gemaakt van laagste prijs.

Artikel 2a.53

Dit artikel verklaart paragraaf 2.3.8.8. betreffende de gunningsbeslissing van overeenkomstige toepassing.

Artikel 2a.54

In lijn met de verplichting in artikel 2a.35 om de aankondiging te publiceren met behulp van het elektronische systeem voor aanbestedingen is in dit artikel die verplichting ook voor de aankondiging van gunning opgenomen.

Artikel 2a.55

Met dit artikel wordt artikel 43 van richtlijn 2014/23/EU geïmplementeerd. Aangezien de bepalingen inzake wijzigen van een concessieovereenkomst gelijk zijn aan die betreffende wijzigen van een andere aanbestedingsovereenkomst onder deel 2, wordt volstaan met een verwijzing naar die relevante artikelen.

Deel 3

Artikel 3.1

De voorgestelde wijzigingen dienen uitsluitend ter verduidelijking.

Artikel 3.3a

Dit artikel verduidelijkt dat onder de toevoer van gas, warmte elektriciteit of water naar netten voor openbare dienstverlening niet enkel de handel daarin dient te worden verstaan, maar ook de opwekking of productie daarvan. De winning van gas wordt niet tot toevoer als bedoeld in dit artikel gerekend. Dit volgt uit artikel 7, tweede alinea, van richtlijn 2014/25/EU.

Artikel 3.4

Uit het huidige artikel 3.4, tweede lid, volgt dat deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 onder voorwaarden niet van toepassing is op speciale-sectoropdrachten met het oog op de verzorging van openbare busdiensten. Dit betreft de implementatie van artikel 5, tweede lid, van richtlijn 2004/17/EG. Een hiermee vergelijkbaar voorschrift keert niet terug in richtlijn 2014/25/EU (zie artikel 11). Dit is het gevolg van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad

van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PbEG 2007 L 315). In artikel 5, eerste lid, van die verordening is onder meer uitdrukkelijk bepaald dat de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van toepassing zijn op respectievelijk opdrachten voor diensten en overheidsopdrachten voor openbare diensten inzake personenvervoer per bus of tram. De verordening maakt geen uitzondering op die toepasselijkheid voor openbare busdiensten en in lijn hiermee richtlijn 2014/25/EU evenmin. Als gevolg hiervan wordt voorgesteld artikel 3.4, tweede lid, te laten vervallen.

Artikel 3.5

In artikel 3.5 zijn naast postdiensten ook een aantal andere diensten opgesomd waarop deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is. Als gevolg van de voorgestelde wijziging in onderdeel b zullen de meeste van die diensten, zoals diensten met een meerwaarde die verband houden met elektronische post en die volledig langs elektronische weg plaatsvinden, financiële diensten en filateliediensten buiten de toepasselijkheid van deel 3 vallen. Dit dient ter implementatie van artikel 13 van richtlijn 2014/25/EU dat hierin afwijkt van artikel 6 van richtlijn 2004/17/EG. Wat hierdoor nog aan andere diensten dan postdiensten resteert zijn het beheer van postdiensten en samengevat niet-geadresseerde postzendingen, zoals direct mail.

Artikel 3.8

Het tweede en derde lid van artikel 3.8 worden vervangen door het voorgestelde artikel 3.9b.

Artikelen 3.9a tot en met 3.9c

Het tweede en derde lid van artikel 3.9a keren in licht aangepaste vorm weer terug in het nieuwe artikel 3.9b. Deze verplaatsing is het gevolg van het ingevoegde artikel 3.9a dat betrekking heeft op de drempelbedragen van de geraamde waarde voor speciale-sectoropdrachten voor sociale en andere specifieke diensten. Artikel 3.9b heeft ook voor dat artikel 3.9a betekenis. De wijziging van artikel 3.9c houdt rekening met de omstandigheid dat bij speciale-sectoropdrachten als oproep tot mededinging ook gebruik kan worden gemaakt van een periodieke indicatieve aankondiging met een daarop volgende uitnodiging tot bevestiging van belangstelling of bij een aankondiging inzake het bestaan van een erkenningsregeling een uitnodiging tot inschrijving of onderhandelen.

Artikel 3.10

De voorgestelde wijzigingen strekken ter implementatie van artikel 55 van richtlijn 2014/25/EU. Dat artikel stemt overeen met artikel 37 van richtlijn 2014/24, dat in artikel 2.11 wordt geïmplementeerd. Verwezen wordt naar de toelichting op die wijziging.

Artikelen 3.10a en 3.10b

De nieuwe artikelen 3.10a en 3.10b betreffen het geval dat twee of meer speciale-sectorbedrijven overeenkomen een specifieke aanbestedingsprocedure gezamenlijk uit te voeren. Hiermee worden de

artikelen 56 en 57 van richtlijn 2014/25/EU geïmplementeerd. De voorgestelde bepalingen zijn vergelijkbaar met de artikelen 2.11a en 2.11b, die hiervoor al zijn toegelicht.

Artikelen 3.10c, 3.10d en 3.10e

PM in verband met samenhang met de toelichting op de artikelen 2.12a, 2.12b en 2.12c.

Artikel 3.12

De in dit onderdeel voorgestelde wijzigingen leiden tot enkele verduidelijkingen ten aanzien van de raming van de waarde van een speciale sector-opdracht. Door de toevoeging van die verduidelijkingen, bleek het noodzakelijk het grootste deel van artikel 3.12, eerste lid te verplaatsen naar een nieuw ingevoegd tweede lid. In het voorgestelde eerste lid wordt anders dan in het huidige eerste lid het tijdstip vastgesteld waarop de raming van de waarde van een speciale-sectoropdracht betrekking dient te hebben. Dit betreft implementatie van artikel 16, vierde lid, van richtlijn 214/25/EU.

Artikel 3.12a

Dit artikel, dat strekt ter implementatie van artikel 16, tweede lid, van richtlijn 2014/25/EU verklaart artikel 2.15a van overeenkomstige toepassing. Artikel 2.15a van het wetsvoorstel bepaalt dat indien een aanbestedende dienst uit afzonderlijke operationele eenheden bestaat, bij de bepaling van de geraamde waarde van de opdracht de totale geraamde waarde van deze eenheden wordt betrokken. In afwijking daarvan kan de waarde van een opdracht worden bepaald op het niveau van een operationele eenheid, waarvoor vereist is dat die eenheid zelfstandig verantwoordelijk is voor zijn aanbestedingen of bepaalde categorieën van aanbestedingen. Dit mag worden verondersteld indien de afzonderlijke operationele eenheid de aanbestedingsprocedures leidt en de besluiten tot aankoop neemt, over een eigen budgetonderdeel voor de betrokken aanbestedingen beschikt, zelf het contract sluit en dat bekostigt uit een budget waarover zij beschikt. Een perceel mag niet als uitgangspunt worden genomen indien de aanbestedende dienst de aanbesteding alleen maar decentraal organiseert.

Artikel 3.13

In dit onderdeel wordt voorgesteld artikel 3.13, tweede lid, te laten vervallen. Het in dat artikellid vastgelegde verbod betrof implementatie van artikel 17, vijfde lid, van richtlijn 2004/17/EG. Het desbetreffende artikellid keert niet terug in richtlijn 2014/25/EU.

Artikelen 3.15, 3.16 en 3.16a

De wijzigingen in de artikelen 3.15 en 3.16 en het nieuwe artikel 3.16a houden alle verband met de implementatie van artikel 16 van richtlijn 2014/25/EU. Deze artikelen hebben betrekking op de raming van speciale-sectoropdrachten die in afzonderlijke percelen worden geplaatst. Indien de samengestelde waarde van percelen voor werken, leveringen of diensten hoger is dan een in artikel 3.16a bepaald bedrag is het bij of krachtens deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 op de plaatsing van elk perceel van toepassing. Daarop geldt een uitzondering die voor werken en dienst in artikel 3.15, derde lid, is vastgesteld en voor homogene leveringen in artikel 3.16, derde lid. Als gevolg van

richtlijn 2014/25/EU is de uitzondering voor leveringen gelijkluidend aan die voor diensten (artikel 16, tiende lid, van richtlijn 2014/25/EU). Dit maakt het mogelijk de artikelen 3.15, derde lid, en artikel 3.16, derde lid, samen te voegen tot een nieuw artikel dat van toepassing is op zowel werken en diensten als op homogene leveringen.

Artikel 3.20

De wijzigingen in artikel 3.20 bepalen op welk grondslag de raming van de waarde van een innovatiepartnerschap dient plaats te vinden. Hiertoe is aan het tweede lid een nieuw onderdeel ingevoegd. De raming van de waarde dient zowel op onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten in alle stadia van het voorgenomen partnerschap betrekking te hebben als op de leveringen, diensten of werken die daaruit voortkomen of verworven worden.

Artikel 3.22

Richtlijn 2014/25/EU is niet van toepassing indien een beroep op artikel 346 VWEU mogelijk is. Dit betreft ook artikel 346, tweede lid, VWEU, waarin staat dat geen enkele lidstaat gehouden is inlichtingen te verstrekken waarvan de verbreiding naar zijn mening strijdig zou zijn met de wezenlijke belangen van zijn veiligheid. Het heeft daarmee tevens betrekking op een situatie waarin een speciale-sectorbedrijf in het kader van een opdracht verplicht zou zijn informatie ter beschikking te stellen waarvan de openbaarmaking in strijd is met wezenlijke veiligheidsbelangen (vergelijk artikel 24, tweede lid, van richtlijn 2014/25/EU). Deel 3 van deze wet is verder evenmin van toepassing voor opdrachten die geheim zijn verklaard of waarvan de uitvoering overeenkomstig de geldende wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen met bijzondere veiligheidsmaatregelen gepaard moet gaan dan wel indien de bescherming van de wezenlijke belangen van het land zulks vereist. Voorwaarde hierbij is dat niet met minder ingrijpende maatregelen hetzelfde bereikt kan worden, zoals bijvoorbeeld door eisen te stellen ter bescherming van het vertrouwelijke karakter van de informatie die een speciale-sectorbedrijf in een aanbestedingsprocedure met in inachtneming van deze wet beschikbaar stelt. Andere in dit onderdeel voorgestelde wijzigingen ter implementatie van richtlijn 2014/25/EU sluiten aan bij de wijze waarop die ook in deel 2 van de wet een plaats hebben (vergelijk artikel 2.23).

Artikel 3.23a tot en met 3.23c

Deel 3 van de wet is van toepassing op het plaatsen van speciale-sectoropdrachten door speciale-sectorbedrijven. Een speciale-sectorbedrijf kan een aanbestedende dienst zijn, maar ook op andere wijze als speciale-sectorbedrijf kwalificeren. Dit volgt uit de definitie van dit begrip in artikel 1.1. In de artikelen 3.23a tot en met 3.23c wordt evenwel niet het begrip speciale-sectorbedrijf gebruikt, maar het begrip aanbestedende dienst. Daarmee wordt ingeval van speciale-sectoropdrachten in deze artikelen aangesloten bij een beperkter begrip. De betreffende artikelen zijn alleen van toepassing op speciale-sectorbedrijven die tevens aanbestedende dienst zijn in de zin van richtlijn 2014/25/EU. Ook in andere taalversies van richtlijn 2014/25/EU is dat het geval. De voorgestelde artikelen implementeren artikel 28 van richtlijn 2014/25/EU. Artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU bevat een vergelijkbare bepaling, die wordt geïmplementeerd in de artikelen 2.24a tot en met 2.24c. Verwezen wordt naar de toelichting op die artikelen.

Artikel 3.24

De in dit onderdeel voorgestelde wijzigingen ten aanzien van artikel 3.24 zijn uitsluitend van technische aard.

Artikel 3.25

Het in dit onderdeel voorgestelde artikel heeft betrekking op de niet-toepasselijkheid van deel 3 van de wet op het plaatsen van een speciale-sectoropdracht bij of door een gemeenschappelijke onderneming uitsluitend bestaande uit speciale-sectorbedrijven. Voor het kunnen inroepen van deze uitzondering wordt een aanvullende voorwaarde gesteld, indien een speciale-sectoropdracht bij een dergelijk gemeenschappelijke onderneming wordt geplaatst. In dat geval dient die gemeenschappelijke onderneming te zijn opgericht om de desbetreffende activiteit uit te oefenen gedurende ten minste drie jaar en de oprichtingsakte van die onderneming dient te bepalen dat de speciale-sectorbedrijven waaruit zij bestaat, ten minste drie jaar deel zullen uitmaken van die onderneming. Op grond van richtlijn 2014/25/EU wordt deze voorwaarde voor niet-toepasselijkheid ook gesteld aan de gemeenschappelijke onderneming die bij een van de speciale-sectorbedrijven die van die gemeenschappelijke onderneming deel uitmaakt, een opdracht plaatst. De in dit onderdeel voorgestelde wijziging leidt er toe dat de bedoelde voorwaarde ook in die situatie van toepassing is.

Artikel 3.27

Als gevolg van de voorgestelde wijzigingen wordt het aantal specifieke speciale-sectoropdrachten voor diensten waarvoor de toepasselijkheid van deel 3 van de wet wordt uitgesloten, uitgebreid. De uitbreiding is in het wetsvoorstel verwerkt door aan artikel 3.27 de onderdelen f tot en met j toe te voegen. Deze onderdelen hebben betrekking op daarin nader omschreven speciale-sectoropdrachten, zoals betreffende bepaalde werkzaamheden van een advocaat of notaris, op leningen, op bepaalde activiteiten betreffende civiele verdediging, civiele bescherming en risicopreventie, op openbaar personenvervoer per trein of metro, en op opdrachten betreffende de zendtijd of betreffende de levering van programma's. De uitsluiting van openbaar personenvervoer per trein of metro laat de toepasselijkheid van verordening (EG) nr. 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) nr. 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) nr. 1107/70 van de Raad (PbEG 2007 L 315) onverlet (zie overweging 35 van richtlijn 2014/25/EU).
De uitsluitingen voor speciale-sectoropdrachten zijn niet volledig identiek aan die voor overheidsopdrachten. Richtlijn 2014/24/EU verschilt hierin op een enkel onderdeel van richtlijn 2014/25/EU. Richtlijn 2014/25/EU kent bijvoorbeeld geen specifieke uitsluiting voor opdrachten betreffende politieke campagnes.

Artikel 3.30a

Op grond van artikel 24, eerste lid, van richtlijn 2014/25/EU is deze bepaling nu ook van toepassing op prijsvragen voor diensten. Op grond van artikel 24, eerste lid, van richtlijn 2014/24/EU is de uitzondering in deze bepaling voor speciale-sectoropdrachten voor de levering van energie of brandstof voor energieopwekking nu ook van toepassing bij prijsvragen voor diensten van speciale-

sectorbedrijven. Dit is het gevolg van gelijkschakeling van de genoemde richtlijn met richtlijn 2014/24/EU op dit punt.

Vervallen artikel 3.31

De in dit artikel aangehaalde beschikking van de Europese Commissie wordt anders dan in richtlijn 2004/17/EG niet langer genoemd in richtlijn 2014/25/EU. Dit is het gevolg van de door de Europese Commissie vastgestelde beschikking van 8 juli 2009 tot vrijstelling van de exploratie naar en exploitatie van aardolie en aardgas in Nederland van de toepassing van Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PbEU 2009 L 181). Daarmee vervalt onder de nieuwe richtlijn de werking van de oude beschikking uit 1993. De beschikking uit 2009 is vastgesteld na het doorlopen van de daarvoor algemeen vastgestelde procedure onder artikel 30 van richtlijn 2004/17/EG. Deze beschikking zal ook onder de nieuwe richtlijn werking behouden. Richtlijn 2014/25/EU bepaalt namelijk in artikel 107 dat verwijzingen naar de ingetrokken richtlijn 2004/17/EG gelden als verwijzingen naar de onderhavige richtlijn en worden gelezen volgens de concordantietabel. Aan de beschikking uit 2009 zijn geen specifieke voorwaarden verbonden betreffende openstelling voor concurrentie of informatieverschaffing aan de Europese Commissie over gegunde opdrachten. Gelet hierop is het niet langer nodig te voorzien in een artikel dat specifiek vereist dat dergelijke voorwaarden moeten worden nageleefd. Als gevolg van de beschikking hoeft verder artikel 14 van richtlijn 2014/25/EU geen implementatie. Dat artikel heeft mede betrekking op de 'exploratie' en 'winning' van aardolie en van aardgas. De vrijstellingsbeschikking heeft het over 'exploratie' en 'productie'. Productie en winning zijn hetzelfde, zoals uit overweging 25 van richtlijn 2014/25/EU volgt. Daarin wordt toegelicht dat 'productie' als het equivalent voor 'winning' moet worden aangemerkt. Ten aanzien van de exploratie of winning van steenkool of andere vaste brandstoffen is dezelfde lijn aangehouden als in de huidige Aanbestedingswet.

Opschrift paragraaf 3.2.1.1. en Artikel 3.32

Voor een toelichting op de voorgestelde wijzigingen kan worden verwezen naar de toelichting op de in de afdelingen 2.2.1 en 2.2. voorgestelde wijzigingen onder het kopje Algemeen.

Artikel 3.34a

De concurrentiegerichte dialoog is een procedure die niet in de huidige wet is geregeld voor speciale-sectoropdrachten. Het wetsvoorstel voegt deze procedure toe aan de andere procedures die gevolgd kunnen worden bij het plaatsen van speciale-sectoropdrachten. De voorgestelde wijziging beschrijft de stappen die van de concurrentiegerichte dialoog deel uitmaken. Bij deze en andere procedures wordt niet als aparte stap vermeld dat van een procedure deel uitmaakt het opmaken van een proces-verbaal van de opdrachtverlening. Hoewel de opschriften in richtlijn 2014/25/EU anders doen vermoeden, bevat deze richtlijn anders dan richtlijn 2014/24/EU geen verplichting tot het opmaken van een dergelijk proces-verbaal. Er wordt in richtlijn 2014/25/EU volstaan met een plicht aan de aanbestedende instantie op te leggen voor het bewaren van passende informatie als in die richtlijn nader aangeduid (artikel 100).

Opschrift paragraaf 3.2.1.5

Het voorstel om na artikel 3.34a een nieuw opschrift op te nemen houdt verband met het volgende. Zowel in richtlijn 2004/17/EG als in richtlijn 2004/18/EG werd gesproken over de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging. Dat is in de Aanbestedingswet 2012 zowel in deel 2 als in deel 3 aangeduid als onderhandelingsprocedure met aankondiging. In richtlijn 2014/24/EU wordt evenwel het begrip mededingingsprocedure met onderhandeling gebruikt. Deze mededingingsprocedure met onderhandeling is specifieker uitgewerkt, waarbij anders dan in de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep tot mededinging een eerste inschrijving een voorgeschreven onderdeel van eerstgenoemde procedure is. Gelet op de verschillen tussen beide procedures in de nieuwe richtlijnen is er voor gekozen in het wetsvoorstel beide procedures van een eigen aanduiding te voorzien.

Artikelen 3.35a en 3.35b

Net als voor aanbestedende diensten wordt ook voor speciale-sectorbedrijven de procedure van het innovatiepartnerschap geïntroduceerd. De bepalingen voor beide categorieën stemmen overeen. Voor een toelichting wordt daarom verwezen naar de toelichting op paragraaf 2.2.1.6 hiervoor.

Artikel 3.36

De in dit onderdeel voorgestelde wijzigingen, die strekken ter implementatie van artikel 50 van richtlijn 2014/25/EU hebben betrekking op de situaties waarin een speciale-sectorbedrijf gebruik kan maken van een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Een van die situaties betreft de mogelijkheid deze procedure te volgen, indien in een procedure met voorafgaande oproep tot mededinging geen of geen geschikte inschrijvingen en geen of geen geschikte verzoeken tot deelname zijn ingediend, mits de oorspronkelijke voorwaarden van de opdracht niet wezenlijk zijn gewijzigd (artikel 50, onderdeel a, van richtlijn 2014/25/EU). Anders dan onder richtlijn 2004/17/EG wordt deze mogelijkheid niet langer beperkt tot de situaties waarin geen of geen geschikte inschrijvingen of verzoeken tot deelname zijn ingediend voor een openbare of niet-openbare procedure. In plaats daarvan is voorwaarde dat het om een procedure met voorafgaande oproep tot mededinging gaat (artikel 50, onder a, richtlijn 2014/25/EU). Voorts bepalen de voorgestelde wijzigingen wanner een inschrijving of verzoek tot deelname ongeschikt wordt bevonden.

Artikel 3.37

De Aanbestedingswet 2012 biedt thans in artikel 3.37 de mogelijkheid de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging te volgen voor aanvullende werken of diensten, indien aan de daaraan verbonden eisen is voldaan. De hiervoor bestaande mogelijkheid vervalt in het wetsvoorstel. Deze mogelijkheid en de daaraan verbonden voorwaarden keren niet terug in artikel 50, onderdeel e, van richtlijn 2014/25/EU. Artikel 3.37 wordt daarop aangepast. Zie voor een nieuwe bepaling over aanvullende werken, diensten of leveringen artikel 3.80d jo. artikel 2.163d.

Artikel 3.38

Artikel 3.38 biedt een aantal mogelijkheden om de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging te gebruiken. Een van deze mogelijkheden is gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging voor opdrachten voor werken, indien het gaat om nieuwe werken bestaande uit de herhaling van soortgelijke werken die door hetzelfde speciale-sectorbedrijf worden opgedragen aan de aannemer die belast is geweest met een eerdere opdracht. Richtlijn 2014/25/EU heeft het evenwel over nieuwe werken of diensten, zodat deze mogelijkheid daarmee verruimd lijkt te zijn voor ook opdrachten voor nieuwe diensten. Dit is onderdeel van de hier voorgestelde wijzigingen. Voorts is aan de gestelde voorwaarden om de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging te mogen gebruiken voor een te herhalen soortgelijke opdracht als gevolg van de richtlijn een voorwaarde toegevoegd. Die voorwaarde houdt in dat het speciale-sectorbedrijf bij het basisproject waarvoor de oorspronkelijke opdracht is gegund de omvang van de aanvullende werken of diensten en de voorwaarden waaronder deze worden gegund, heeft vermeld. Een en ander strekt ter implementatie van artikel 50, onderdeel f, van de genoemde richtlijn.

Artikelen 3.40 en 3.41

De procedure voor sociale en andere specifieke diensten in richtlijn 2014/25/EU is grotendeels gelijk aan die in richtlijn 2014/24/EU. Zie hiervoor de toelichting bij paragraaf 2.2.1.8. In afwijking van deel 2 geldt in deel 3 een hoger drempelbedrag van € 1.000.000. Dat houdt verband met de afwijkende drempelbedragen voor opdrachten in de speciale sectoren. Een aankondiging voor sociale en andere specifieke diensten kan door een speciale-sectorbedrijf ook via een erkenningssysteem worden gedaan.

Artikel 3.44

Op basis van artikel 3.32 kan het speciale sectorbedrijf voor een aanbestedingsprocedure kiezen uit de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de onderhandelingsprocedure met aankondiging, de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap. Al deze procedures kunnen ook worden gebruikt bij het tot stand brengen van een raamovereenkomst.

Artikel 3.45

In artikel 3.45 wordt thans bepaald dat een speciale-sectorbedrijf dat een speciale-sectoropdracht wil plaatsen met gebruikmaking van een raamovereenkomst de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging kan toepassen, indien deze raamovereenkomst is gesloten op basis van de openbare procedure, de niet-openbare procedure, de onderhandelingsprocedure met aankondiging of, indien dat is toegestaan, de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Een dergelijke bepaling is niet meer opgenomen in richtlijn 2014/25/EU. Gelet hierop vervalt artikel 3.45. Daaraan kan echter niet de conclusie worden verbonden dat het verboden zou zijn de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging toe te passen in de gevallen dat voor de raamovereenkomst één van de procedures is gevolgd waarvoor richtlijn 2014/25/EU de mogelijkheid biedt. Met het vervallen van artikel 3.45 wordt hierin geen beperking beoogd.

Artikelen 3.47 tot en met 3.49

In de toelichting op de artikelen 2.48 en volgende is ingegaan op de hoofdlijnen van de vereenvoudigde regels voor een dynamisch aankoopsysteem. Een en ander is ook van (overeenkomstige) toepassing op het instellen en exploiteren van een dynamisch aankoopsysteem door een speciale-sectorbedrijf.

Onder richtlijn 2004/17/EG bestond er bij dynamische aankoopsystemen de indicatieve inschrijving. In richtlijn 2014/25/EU wordt de indicatieve inschrijving afgeschaft en mogen geen beperkingen worden gesteld aan het aantal ondernemers dat aan een dynamisch inkoopsysteem mag deelnemen. De voorgestelde onderdelen c en d hebben hierop betrekking. In overweging 73 van richtlijn 2014/25/EU wordt hieromtrent het volgende overwogen. De systemen moeten worden vereenvoudigd; in het bijzonder is toepassing van een niet-openbare procedure nodig waardoor indicatieve inschrijving — een van de grootste belemmeringen bij de toepassing van dynamische aankoopsystemen — overbodig wordt. Elke ondernemer die een verzoek tot deelneming indient en aan de selectiecriteria voldoet, moet derhalve tot een dynamisch aankoopsysteem worden toegelaten, en wel gedurende de gehele looptijd van dat systeem.

Artikel 3.50

Afdeling 2.3.1 heeft betrekking op voorschriften betreffende ondernemers en communicatie en inlichtingen. Deze afdeling is van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten. Dit geldt ook voor de in het wetsvoorstel onder die afdeling nieuw toegevoegde artikelen.
Dit betreft in de eerste plaats het nieuwe artikel 2.51, dat betrekking heeft op de betrokkenheid van gegadigden of inschrijvers bij de voorbereiding van een procedure op basis waarvan een speciale-sectoropdracht wordt geplaatst Alleen artikel 2.51, vijfde lid, is niet van toepassing. De uitzondering heeft betrekking op de verplichting tot het vermelden van bepaalde passende maatregelen tegen vervalsing van mededinging in het proces-verbaal. Op grond van richtlijn 2014/24/EU is het gebruik van een proces-verbaal evenwel niet vereist.
Een tweede voorbeeld van een nieuw artikel is het voorgestelde artikel 2.57a over de bevoegdheid van een speciale-sectorbedrijf om aan een ondernemer eisen te mogen stellen die tot doel hebben de vertrouwelijke aard van de informatie die het speciale-sectorbedrijf gedurende de aanbestedingsprocedure beschikbaar stelt, te beschermen. Die informatie betreft bij speciale-sectorbedrijven bijvoorbeeld ook informatie die ter beschikking wordt gesteld met betrekking tot het gebruik van een erkenningsregeling, ongeacht of dit is vermeld in de aankondiging inzake het bestaan van een erkenningsregeling die als oproep tot mededinging is gedaan (zie artikel 39, tweede lid, laatste zinsdeel, van richtlijn 2014/25/EU).
Voor zover met betrekking tot in artikel 3.50 uitgezonderde bepalingen specifieke voorschriften voor speciale-sectorbedrijven nodig zijn voor een juiste implementatie van richtlijn 2014/25/EU, zijn die in navolgende artikelen opgenomen..

Artikelen 3.50a tot en met 3.50c

Het ingevoegde artikel 3.50a heeft betrekking op samenwerkingsverbanden van ondernemers. Er wordt anders dan in artikel 19, tweede lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU in artikel 37, tweede lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/25/EU bij samenwerkingsverbanden van ondernemers

niet standaard uitgegaan van vereisten inzake economische en financiële draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid. In het voorgestelde artikel wordt hiermee rekening gehouden. Het voorgestelde artikel 3.50b is noodzakelijk door de directe verwijzing daarin naar een artikellid uit richtlijn 2014/25/EU. Artikel 3.50c is ingevoegd om technische redenen, zodat een rechtstreekse verwijzing naar artikel 3.60c in dat artikel mogelijk is.

Artikel 3.51

Op grond van de huidige wet dient een speciale-sectorbedrijf ten minste eenmaal per jaar in een periodieke indicatieve aankondiging die door de Europese Commissie of door het speciale-sectorbedrijf zelf via zijn kopersprofiel wordt verspreid, nader bepaalde informatie mee te delen. In de voorgestelde wijziging wordt tot uitdrukking gebracht dat het gebruik van een periodieke indicatieve aankondiging niet verplicht is en kan dienen om het voornemen met betrekking tot geplande aanbestedingen bekend te maken. Een dergelijke aankondiging dient bepaalde informatie te bevatten. Een periodieke indicatieve aankondiging kan bij bepaalde aanbestedingsprocedures tevens als oproep tot mededinging worden gebruikt. In dat geval dient de inhoud van de aankondiging extra voorgeschreven informatie te bevatten.

Artikel 3.52

Artikel 3.52, eerste lid, implementeert artikel 67,eerste lid, derde volzin, eerste lid, van richtlijn 2014/25/EU. De aanpassingen in het eerste lid zijn nodig omdat de verwijzingen naar artikel 3.51, eerste lid, niet meer passen als gevolg van de gewijzigde formuleringen van artikel 3.51. Artikel 3.52 is nu gelijk aan artikel 2.59, eerste lid. Verwezen wordt naar de toelichting op laatstgenoemd artikel.

Artikel 3.54

Artikel 3.54 was opgenomen ter implementatie van artikel 41, tweede lid van richtlijn 2004/17/EG. Deze bepaling is niet opgenomen in richtlijn 2014/25/EU. Artikel 3.54 kan derhalve vervallen.

Artikel 3.55

Het tweede en derde lid van artikel 3.55 was opgenomen ter implementatie van artikel 41, derde lid, laatste twee volzinnen van Rrchtlijn 2004/17/EG. De daarin vervatte verplichting voor aanbestedende diensten over de frequentie van de aankondiging van het bestaan van een erkenningssysteem is overbodig geworden, nu artikel 71, vierde lid, aanhef en onder c van richtlijn 2014/25/EU de Europese Commissie verplicht de aankondiging inzake het bestaan van een erkenningsregeling gedurende de duur van de erkenningsregeling herhaaldelijk bekend te maken. Het voorgestelde tweede en derde lid van artikel 3.55 geeft in overeenstemming met richtlijn 2014/25/EU aan van welke formulieren het speciale-sectorbedrijf gebruik moet maken voor de aankondigingen inzake een erkenningssysteem.

Artikel 3.56

De artikelen over het doen van een aankondiging in paragraaf 2.3.2.2 zijn van overeenkomstige toepassing op speciale sector-opdrachten, behoudens enkele daarvan uitgezonderde artikelen. In het

voorgestelde onderdeel a wordt voorgesteld die uitgezonderde artikelen te wijzigen en een zinsnede aan het artikellid toe te voegen. Deze wijzigingen zijn noodzakelijk als gevolg van de voorgestelde wijzigingen in deel 2, die niet onverkort van overeenkomstige toepassing kunnen zijn door de verschillen met richtlijn 2014/25/EU.

Bij het aanbesteden van een speciale-sectoropdracht kan een aankondiging, en daarmee een oproep tot mededinging, ook op andere wijze plaatsvinden. Dit betreft een aankondiging inzake het bestaan van een erkenningsregeling of een periodieke indicatieve aankondiging. Deze andere wijzen van aankondiging mogen niet bij iedere aanbestedingsprocedure als oproep tot mededinging worden gebruikt. Een periodieke indicatieve aankondiging kan als oproep tot mededinging worden gebruikt bij de niet-openbare procedure en een onderhandelingsprocedure met aankondiging (artikel 44, vierde lid, onderdeel b, van richtlijn 2014/25/EU). Daarbij dient aan de daaraan in het voorgestelde derde lid voorwaarden te zijn voldaan. Elders in richtlijn 2014/25/EU wordt verondersteld dat deze wijze van aankondiging ook gebruikt kan worden als oproep tot mededinging bij de concurrentiegerichte dialoog (zie artikel 48 van richtlijn 2014/25/EU). De ambtelijke diensten van de Europese Commissie hebben bevestigd dat dit laatste in strijd is met artikel 44 is en niet van toepassing is. Gelet hierop wordt deze mogelijkheid in het wetsvoorstel niet geboden.

Artikel 3.56a

Dit voorgestelde onderdeel heeft betrekking op het verstrekken van toegang tot aanbestedingsstukken tijdens een aanbestedingsprocedure. Door de verschillen tussen richtlijn 2014/25/EU en 2014/24/EU kan het hierover bepaalde voor overheidsopdrachten in deel 2 van de wet niet goed volledig van overeenkomstige toepassing worden verklaard. De verschillen zijn te herleiden tot de verschillende manieren waarop een aankondiging, inhoudende een oproep tot mededinging, van een speciale-sectoropdracht kan plaatsvinden (eerste, tweede en vijfde lid).

Artikel 3.59

In het eerste lid wordt de minimumtermijn voor het indienen van een inschrijving voor een openbare procedure teruggebracht van 45 dagen naar 35 dagen, te rekenen vanaf de verzendatum van de aankondiging. Het tweede lid heeft betrekking op de termijnen voor het indienen van een verzoek tot deelneming door gegadigden bij diverse nader genoemde procedures. Die termijn bedraagt over het algemeen ten minste 30 dagen en in geen geval minder dan 15 dagen, te rekenen vanaf de datum van de verzending van de aankondiging. Verder heeft het tweede lid betrekking op termijnen die gelden voor de bevestiging van belangstelling door een gegadigde op uitnodiging bij een periodieke indicatieve aankondiging. Een periodieke indicatieve aankondiging wordt in dat geval gebruikt als oproep tot mededinging. Artikel 44, vierde lid, onderdeel a, van richtlijn 2014/25/EU behoudt deze wijze van oproep tot mededinging voor aan de niet-openbare procedure en de procedure van gunning door onderhandelingen. In lijn hiermee wordt elders in de richtlijn deze wijze van oproep tot mededinging uitdrukkelijk niet genoemd als mogelijkheid om te gebruiken bij de concurrentiegerichte dialoog (artikel 48, eerste lid, eerste alinea). In de daarop volgende alinea wordt dit evenwel tegengesproken en naar aannemelijk is abusievelijk. Gelet hierop is bij de implementatie er voor gekozen deze wijze van oproep tot mededinging niet ook mogelijk te maken voor de concurrentiegerichte dialoog. Van de voorgestelde wijzigingen die betrekking hebben op de termijn betreffende ontvangst van verzoeken tot deelneming, zijn te onderscheiden de termijnen die gelden

voor het indienen van inschrijvingen. De wijzigingen voorgesteld in het vierde lid verduidelijken dit onderscheid waar het gaat om het in overeenstemming met het speciale-sectorbedrijf vaststellen van een inschrijvingstermijn. Het vijfde lid heeft betrekking op de minimale termijn voor inschrijving bij de niet-openbare procedures en de mededingingsprocedures met onderhandeling in situaties waarin geen overeenstemming wordt bereikt over de inschrijvingstermijn. Die termijn is tenminste 10 dagen vanaf de verzenddatum van de uitnodiging tot inschrijving.

Artikel 3.60 t/m 3.60d

Met de voorgestelde wijzigingen worden de termijnen, zoals die voor het indienen van inschrijvingen, verkort en worden termijn geïntroduceerd voor nieuwe procedures zoals die van het innovatiepartnerschap. Benadrukt wordt dat het voor een goed verloop van aanbestedingsprocedures van belang is dat ondernemers voldoende tijd hebben om hun inschrijving voor te bereiden. De termijnen, genoemd in deze artikelen, zullen in veel gevallen te kort zijn om een goed voorbereide inschrijving mogelijk te maken. Speciale-sectorbedrijven dienen derhalve – met inachtneming van de gestelde termijnen, per aanbestedingsprocedure een inschrijftermijn te bepalen die proportioneel is ten opzicht van de opdracht.

Artikel 3.61

De voorgestelde wijzigingen zijn technisch van aard.

Artikel 3.62

In artikel 3.62, eerste lid, wordt geen uitdrukkelijk onderscheid gemaakt tussen periodieke indicatieve aankondigingen van opdrachten waarvoor ondernemers wel respectievelijk niet zijn uitgenodigd hun belangstelling te bevestigen. Dat de periodieke indicatieve aankondiging als oproep tot mededinging moet zijn gebruikt, is met andere woorden geen uitdrukkelijk vereiste. artikel 63, eerste lid, eerste alinea, van richtlijn 2014/25/EU bepaalt dat de verplichting tot mededeling van de technische specificaties zich beperkt tot opdrachten waarover periodieke indicatieve aankondigingen zijn gepubliceerd die tevens als oproep tot mededinging zijn gebruikt. De voorgestelde wijziging onder a heeft betrekking op deze laatste toevoeging. Uit het onder b voorgestelde nieuwe artikel 63, tweede lid, volgt bij wijze van hoofdregel dat speciale-sectorbedrijven zonder belemmeringen en kosteloos langs elektronische weg toegang tot technische specificaties bieden. Dit laatste houdt in dat sprake dient te zijn van onbeperkte, volledige, rechtstreekse en kosteloze toegang langs elektronische weg. Toegang dient hier in ruime zin te worden opgevat en kan tevens betrekking hebben op het langs elektronische weg verzenden van technische specificaties. Het derde lid bevat de mogelijkheid tot afwijking van de hoofdregel voor de gevallen waarnaar dat artikellid verwijst, zodat technische specificaties in die situaties ook nog per papier kunnen worden verzonden. De voorgestelde wijzigingen in artikel 63, vierde lid, houden verband met de wijze waarop kan worden verwezen naar technische specificaties die langs elektronische weg vrij toegankelijk zijn.

Artikel 3.65

Artikel 3.65 implementeert artikel 78 uit richtlijn 2014/25. Het eerste lid beperkte zich tot de openbare procedure, die verwijzing wordt geschrapt waardoor dit lid ziet op alle procedures. Het oude

tweede lid vervalt en het nieuwe tweede lid wordt gewijzigd. Deze wijzigingen bewerkstelligen dat ook het aantal gegadigden bij de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap kan worden beperkt op basis van objectieve voorschriften en criteria. De speciale-sectorbedrijven hebben de keuze om in deze criteria de uitsluitingsgronden als bedoeld in de artikelen 2.86, 2.86a en 2.87 op te nemen en van uitsluiting af te zien op grond van artikel 2.87a. Alleen de staat, gemeenten, provincies, waterschappen, publiekrechtelijke instellingen en samenwerkingsvormen van deze overheden of instellingen zijn ingevolge artikel 3.65, vierde lid, verplicht om bij het gunnen van opdrachten in het kader van de activiteiten bedoeld in de afdeling 3.1.1 de uitsluitingsgronden genoemd in de artikelen 2.86 en 2.86a toe te passen. De overige wijzigingen in dit artikel zijn overeenkomstig de voorgestelde wijzigingen in deel 2 van de Aanbestedingswet in de artikelen 2.86a en 2.87a. Voorts wordt bepaald dat indien speciale-sectorbedrijven ervoor kiezen om geschiktheidseisen te stellen, de artikelen 2.90, tweede tot en met achtste lid, 2.92a en 2.95, eerste lid van overeenkomstige toepassing zijn en dat de artikelen 2.91, eerste en derde lid, en 3.93, eerste en tweede lid, van overeenkomstige toepassing zijn op de ondernemer waarop geschiktheidseisen van toepassing zijn.

Artikel 3.65a

Artikel 3.65a implementeert artikel 79, tweede lid, van richtlijn 2014/25/EU. Dit artikel regelt onder welke voorwaarden een ondernemer zich voor de eisen met betrekking tot de economische en financiële draagkracht en technische en beroepsbekwaamheid mag beroepen op de capaciteiten van een andere ondernemer.

Artikel 3.66a

Een aankondiging betreffende het bestaan van een erkenningsregeling mag als oproep tot mededinging worden gebruikt voor het plaatsen van een opdracht op basis van die erkenningsregeling door middel van een niet-openbare procedure, een onderhandelingsprocedure met aankondiging, een concurrentiegerichte dialoog of een innovatiepartnerschap (artikel 44, vierde lid, onderdeel b, van richtlijn 2014/25/EU). Elders in de richtlijn wordt dit evenwel beperkt tot de niet-openbare procedures en onderhandelingsprocedures, evenals dat onder de oude richtlijn 2004/17/EG het geval was (zie artikel 77, vijfde lid, van richtlijn 2014/25/EU). Aangenomen wordt dat artikel 44 dat specifiek gaat over de keuze van de te volgen procedure hier leidend is, evenals het dat is bij een oproep tot mededinging op basis van een periodieke indicatieve aankondiging. Ten opzichte van de huidige wet en oude richtlijn zijn daarmee de mogelijkheden voor het gebruik van een erkenningsregeling verruimd tot de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap.

Artikel 3.68

Artikel 3.68 regelt aan welke verplichtingen het speciale-sectorbedrijf moet voldoen bij het controleren of de gegadigden of inschrijvers zouden moeten worden uitgesloten op basis van door het speciale-sectorbedrijf gestelde uitsluitingsgronden. Nieuw is dat via artikel 2.101, eerste en tweede lid, het speciale-sectorbedrijf de inschrijvers en gegadigden tussentijds kan verzoeken om de vereiste bewijsstukken. Op basis van artikel 2.102a kan het speciale-sectorbedrijf niet om bewijsstukken verzoeken als de betreffende stukken rechtstreeks en kosteloos te verkrijgen zijn.

Artikel 3.70

De voorgestelde wijzigingen in artikel 3.70 zijn vergelijkbaar met die van de artikelen 2.96 en 2.97. Daarom wordt verwezen naar de toelichting daarop.

Artikel 3.71

De voorgestelde wijzigingen zijn van technische aard.

Artikelen 3.71a, 3.71b3.72 en 3.73

De artikelen 2.105 en 2.106 kunnen niet langer goed van overeenkomstige toepassing zijn op speciale-sectoropdrachten. Bij speciale-sectoropdrachten wordt niet gesproken over de mededingingsprocedure met onderhandeling, maar de onderhandelingsprocedure met aankondiging. Een ander verschil is dat de informatie die opgenomen dient te zijn in de uitnodiging tot inschrijving, tot deelneming of tot onderhandelingen in richtlijn 2014/25/EU in een bijlage bij die richtlijn is opgenomen. Gelet daarop wordt naar die bijlage XIII in het voorgestelde artikel 3.71b, eerste lid verwezen. Als gevolg van deze verschillen zijn de artikelen 2.105 en 2.106 in het voorstel niet langer van overeenkomstige toepassing, maar is voorzien in een zelfstandige regeling in de artikelen 3.71a en 3.71b. Artikel 3.72 is hierop aangepast.
Artikel 3.73 wordt aangepast om aan te sluiten bij de artikelen 3.71a tot en met 3.71b.

Paragraaf 3.4.3.1a

Artikel 3.73a

Artikel 54 van richtlijn 2014/25/EU bevat voorschriften over het voeren van de dialoog als onderdeel van de procedure die als concurrentiegerichte dialoog wordt aangemerkt. Door paragraaf 2.3.8.3 uit deel 2 van de wet van overeenkomstige toepassing te verklaren voor speciale-sectoropdrachten, gelden de voorschriften omtrent het voeren van een dialoog ook bij het toepassen van de concurrentiegerichte dialoog op een speciale-sectoropdracht. Voorts is ook nieuw in richtlijn 2014/25/EU ten opzichte van richtlijn 2004/17/EG dat inschrijvingen in de vorm van een elektronische catalogus worden ingediend of een elektronische catalogus bevatten. De hierbij geldende voorschriften zijn in deel 2 opgenomen in paragraaf 2.3.8.2a, dat op grond van het voorstel van overeenkomstige toepassing is op speciale-sectoropdrachten.

Artikel 3.74

De paragrafen in deel 2 van de huidige wet die betrekking hebben op gunningscriteria, abnormaal lage inschrijvingen en elektronische veiling zijn van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten. De paragraaf over innovatiepartnerschap is in artikel 3.74 daaraan toegevoegd. Voorts is een artikel van de paragraaf over elektronische veiling uitgezonderd als gevolg van enkele verschillen tussen richtlijn 2014/24/EU en 2014/25/EU. Het aan artikel 3.74 toegevoegde tweede lid betreft enkele verschillen in richtlijn 2014/25/EU van technische aard.

Artikel 3.74a

Artikel 2.117 over de elektronische veiling kan niet volledig van overeenkomstige toepassing worden verklaard op speciale-sectoropdrachten, zodat hiervoor ter implementatie van artikel 53 van richtlijn 2014/25/EU in een afzonderlijk artikel is voorzien dat van toepassing is op speciale-sectorbedrijven. Anders dan bij overheidsopdrachten heeft een speciale-sectorbedrijf de mogelijkheid melding te maken van een elektronische veiling met behulp van een periodieke indicatieve aankondiging met een uitnodiging tot bevestiging van belangstelling of een aankondiging inzake het bestaan van een erkenningsregeling met een uitnodiging tot inschrijving. Een ander verschil is dat bij overheidsopdrachten de mededingingsprocedure met onderhandeling kan worden gebruikt, terwijl bij speciale-sectoropdrachten evenals onder de oude richtlijn 2004/17/EG sprake is van de onderhandelingsprocedure met aankondiging. Voorts wordt in het voorgestelde artikel naar een toepasselijke bijlage in richtlijn 2014/25/EU verwezen.

Artikel 3.77

Dit te wijzigen artikel heeft betrekking op de bewaarplicht van een speciale-sectorbedrijf ten aanzien van informatie over alle speciale-sectoropdrachten, en met inbegrip van raamovereenkomsten en dynamische aankoopsystemen. Doel van een bewaarplicht is dat een speciale-sectorbedrijf eerder genomen beslissingen achteraf kan motiveren met betrekking tot bepaalde in artikel 3.77, eerste lid, omschreven zaken. In vergelijking met richtlijn 2004/17 is richtlijn 2014/25/EU onder meer specifieker in de te bewaren informatie en documentatie.

Artikel 3.78

De voorgestelde wijzigingen in lid 1 zijn van technische aard. Er wordt een nieuw tweede lid ingevoegd ter implementatie van artikel 70.tweede lid, eerste alinea, van richtlijn 2014/25/EU. Het derde lid (nieuw) wordt aangepast aan de formulering in artikel 70, derde lid, van richtlijn 2014/25/EU.

Artikel 3.79

Artikel 3.79 kan vervallen omdat het onderscheid tussen A- en B-diensten is komen te vervallen. In de plaats daarvan komt een nieuw artikel 3.79, dat artikel 99, zesde lid, onderdelen a en b implementeert. Wat betreft de in dit artikel voorgeschreven bewaarplicht moet onderscheid gemaakt worden tussen speciale-sectorbedrijven die onder de Archiefwet 1995 vallen (bijvoorbeeld speciale-sectorbedrijven die tevens aanbestedende dienst zijn) en overige speciale-sectorbedrijven, waarvoor geen specifieke verplichtingen tot het bewaren van onder hen berustende documenten als hier bedoeld gelden. Voor aanbestedende diensten en privaatrechtelijke rechtspersonen waaraan bij of krachtens de wet publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend, geldt op grond van de Archiefwet 1995 reeds een algemene bewaarplicht voor onder hen rustende bescheiden, zoals gesloten overeenkomsten. Ook bevat de Archiefwet 1995 voorschriften over bewaartermijnen. Artikel 99, zesde lid, van richtlijn 2014/25/EU bevat evenwel een specifieke bepaling inzake een bewaarplicht van deze bescheiden en een termijn van bewaring. Eenzelfde voorschrift is vervat in artikel 83, zesde lid, van richtlijn 2014/24/EU. In de toelichting op het ter implementatie van die laatstgenoemde bepaling voorgestelde nieuwe artikel 2.138a is reeds ingegaan op de verhouding tussen de Archiefwet 1995 en de bewaarplicht op grond van de aanbestedingsrichtlijnen. Daarnaar wordt verwezen.

Artikel 3.80

Het huidige artikel 3.80, eerste lid, heeft betrekking op raamovereenkomsten en het tweede lid op het van overeenkomstige toepassing verklaren van de afdelingen 2.4.2 en 2.4.5 op speciale-sectoropdrachten. Doordat de voorschriften voor raamovereenkomsten in richtlijn 2014/25/EU meeromvattend zijn dan die onder richtlijn 2004/17/EG, leiden de voorgestelde wijzigingen er toe dat het artikel uitsluitend op raamovereenkomsten betrekking heeft. Het van overeenkomstige toepassing verklaren van de afdeling 2.4.2 en 2.4.5 op speciale-sectoropdrachten in het tweede lid, is als gevolg daarvan vervallen en keert terug in een nieuw in te voegen artikel 3.80a. Het gewijzigde artikel 3.80 heeft betrekking op de maximale looptijd van een raamovereenkomst en de wijze waarop een speciale-sectoropdracht op basis van een raamovereenkomst geplaatst wordt. De maximale looptijd van een raamovereenkomst is acht jaar, behalve in uitzonderingsgevallen die deugdelijk gemotiveerd zijn. De periode van maximaal acht jaar is daarmee twee keer zolang als de hiervoor geldende maximale termijn voor overheidsopdrachten (vergelijk artikel 33, eerste lid, derde alinea, van richtlijn 2014/24/EU). Bij het plaatsen van een speciale-sectoropdracht op basis van een raamovereenkomst staat centraal dat dit plaatsvindt op basis van objectieve eisen en criteria die in de aanbestedingstukken vermeld moeten staan die bij de procedure die tot de raamovereenkomst heeft geleid.

Artikelen 3.80a tot en met 3.80c

Afdeling 2.4.2 ziet op bijzondere voorschriften voor het plaatsen van een overheidsopdracht via een dynamisch aankoopsysteem en afdeling 2.4.5 op voorschriften betreffende de procedure van een prijsvraag. Beide afdelingen zijn in de huidige wet reeds van overeenkomstige toepassing op speciale-sectoropdrachten. In het voorstel wordt deze benadering gehandhaafd aangezien richtlijn 2014/25/EU uitsluitend op enkele onderdelen afwijkt van richtlijn 2014/24/EU ter implementatie waarvan de voorschriften in deze afdelingen dienen. Doordat de ten aanzien van artikel 3.80 voorgestelde wijzigingen volledig op raamovereenkomsten betrekking hebben, keert het tweede lid van dat artikel in een nieuw ingevoegd artikel 3.80a terug. Voorts zijn hierbij van het op speciale-sectoropdrachten van overeenkomstige toepassing verklaren van afdeling 2.4.2 twee artikelen uitgezonderd. Daarvoor in plaats zijn de voorgestelde artikelen 3.80b en 3.80c ingevoegd die specifiek op speciale-sectoropdrachten betrekking hebben. Specifieke verschillen ten opzichte van overheidsopdrachten hebben betrekking op het eerde toegelichte onderscheid tussen de verschillende aankondigingen die speciale-sectorbedrijven kunnen gebruiken. Een ander verschil heeft betrekking op de bij speciale-sectoropdrachten gestelde voorwaarde dat bij het indienen van een verzoek tot toelating door een ondernemer bij de instelling van een dynamisch aankoopsysteem een minimumtermijn van 15 dagen worden gehanteerd.

Artikel 3.80d

Met dit artikel wordt artikel 89 van richtlijn 2014/25/EU geïmplementeerd. Dat artikel betreft de wijziging van opdrachten gedurende de looptijd. Dat artikel stemt grotendeels overeen met artikel 72 in richtlijn 2014/24/EU, dat is geïmplementeerd in de artikelen 2.163a tot en met 2.163g. Voor een toelichting wordt verwezen naar de toelichting bij die artikelen. Artikel 89 van richtlijn 2014/25EU wijkt af van artikel 72 van richtlijn 2014/24/EU in die zin dat voor speciale-sectorbedrijven de

beperkende voorwaarde dat de wijziging niet meer dan 50% van de oorspronkelijke opdracht mag bedragen niet van toepassing is.

Deel 4

Artikelen 4.4 en 4.7

Op grond van het voorgestelde artikel 2.86, derde lid, moeten voortaan ook onherroepelijke veroordelingen van leden van een toezichthoudend orgaan als bedoeld in het tweede lid van dat artikel tot uitsluiting leiden. Daarom zullen veroordelingen van deze personen ook moeten worden betrokken bij de aanvraag en beoordeling van een gedragsverklaring aanbesteden.
De voorgestelde wijziging van artikel 4.4, tweede lid, voorziet erin dat de aanvrager bij zijn aanvraag om een gedragsverklaring aanbesteden voortaan ook de naam, voornamen en adresgegevens van de leden van het toezichthoudend orgaan van de rechtspersoon verstrekt. De Minister van Veiligheid en Justitie betrekt vervolgens de gegevens over deze personen op grond van de voorgestelde wijziging in artikel 4.7 (wijzigingsonderdeel b) bij zijn beoordeling van de aanvraag.

De aanpassing in het eerste lid van artikel 4.7 (onderdeel a van de voorgestelde wijziging) is van technische aard en vloeit voort uit de vernummering van het desbetrefffende artikellid in artikel 2.86.

Artikel 4.8

Dit artikel wordt aangepast aan de nieuwe terugkijktermijnen voor uitsluitingsgronden. Vanzelfsprekend dient de terugkijktermijn voor de gedragsverklaring aanbesteden overeen te stemmen met hetgeen in de artikelen 2.86 en 2.87 is bepaald. Daarom wordt vijf jaar onderscheidenlijk drie jaar teruggekeken.

Artikel 4.10

Deze wijziging vloeit voort uit de voorgestelde aanpassing van de lettering in artikel 4.4.

Artikel 4.12a

In dit artikel worden artikel 83, derde lid, tweede alinea, van richtlijn 2014/24/EU en artikel 101, tweede lid, van richtlijn 2014/25/EU. Met het voorgestelde artikel worden aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven verplicht om processen-verbaal van alle gegunde overheidsopdrachten en ingestelde dynamische aankoopsystemen, op diens verzoek, te verstrekken aan de Minister van Economische Zaken. Deze processen-verbaal zijn uitsluitend bestemd voor het opstellen van een toezichtsrapport dat de minister vóór 18 april 2017 en daarna elke drie jaar bij de Europese Commissie moet indienen. De processen-verbaal kunnen bijdragen aan de benodigde informatie ten behoeve van het toezichtsrapport. Het toezichtsrapport moet, indien van toepassing, informatie bevatten over de meest voorkomende factoren die tot verkeerde toepassing van de bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 of tot rechtsonzekerheid leiden, met inbegrip van mogelijke structurele of terugkerende problemen bij de toepassing van de regels. Tevens moet het toezichtsrapport informatie bevatten over de mate van MKB-deelname aan overheidsopdrachten. Ten slotte dient het rapport

inzicht te geven in preventie, opsporing en adequate melding van aanbestedingsfraude, corruptie, belangenverstrengeling en andere ernstige onregelmatigheden.
Het derde lid van het voorgestelde artikel 4.12a bepaalt dat artikel 2.57, tweede lid, van de Aanbestedingswet 2012 van overeenkomstige toepassing is. Uiteraard moeten verzoeken om informatie uit een proces-verbaal, ongeacht of dat proces-verbaal bij de aanbestedende dienst of de minister berust, aan dezelfde criteria worden getoetst. Ook als het gaat om de minister is artikel 2.57, tweede lid, een bijzondere regeling ten opzichte van de Wet openbaarheid van bestuur. Zie hierover ook de toelichting op het voorgestelde artikel 2.138a.

Afdeling 4.2.2.

Afdeling 4.2.2. van de Aanbestedingswet 2012 biedt de wettelijke grondslag voor de Minister van Economische Zaken om een elektronisch systeem voor aanbestedingen ter beschikking te stellen aan aanbestedende diensten en (potentiële) inschrijvers ter ondersteuning en bevordering van de juiste en volledige naleving van de aanbestedingsregels van de Europese Unie en van de Nederlandse aanbestedingsregels. Dit systeem staat bekend als TenderNed. Het elektronische systeem is reeds operationeel en wordt beheerd door het dienstonderdeel PIANOo - het expertisecentrum aanbesteden - van het van het Ministerie van Economische Zaken.
De huidige Aanbestedingswet 2012 kent reeds een wettelijke verankering van het elektronische systeem TenderNed dat door de Minister wordt aangeboden. De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn geven echter aanleiding tot het opnieuw wettelijk definiëren en vaststellen van de elementen en functionaliteiten die deel zouden moeten uitmaken van het elektronische systeem TenderNed. Daarnaast is gebleken dat de wettelijke verankering verdere verduidelijking behoeft in het licht van de klacht over mogelijke staatssteun die bij besluit van de Europese Commissie van 18 december 2014 is afgewezen (zie C(2014)9548 final, betreffende SA.34646). Derhalve wordt voorgesteld om de artikelen 4.13 en 4.14 aan te passen en aan te vullen met alle elementen die het samenstel vormen van TenderNed als het Nederlandse elektronische basissysteem ter ondersteuning van aanbestedingen.

Artikel 4.13

Met (de voorgestelde wijzigingen van) artikel 4.13, eerste lid, wordt aangegeven dat het elektronische basissysteem over de volgende functionaliteiten dient te beschikken. Het systeem moet in de eerste plaats de aanbestedende dienst ondersteunen in het elektronisch verzenden van de vooraankondigingen en aankondigingen aan de Europese Commissie ter publicatie in het Publicatieblad van de Europese Unie. Het elektronische systeem moet in de tweede plaats een zodanige ondersteuning bieden dat vooraankondigingen, aankondigingen en andere gegevens kunnen worden bekendgemaakt en ter beschikking worden gesteld aan potentiële gegadigden in het kader van een aanbestedingsprocedure. In de derde plaats moet het systeem de formulieren elektronisch ter beschikking stellen die door de Commissie op grond van de aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn zijn vastgesteld. In de vierde plaats moet het elektronisch systeem informatie en voorlichting over de toepassing en naleving van de Aanbestedingswet 2012, de aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn ter beschikking stellen. Het kan daarbij gaan om standaard vragen en antwoorden, handleidingen zoals een e-gids en interpretaties die gemeengoed zijn geworden bij bepaalde bepalingen van de wet of van de richtlijnen. In de vijfde plaats moet via het systeem een elektronisch bedrijfsdossier ter beschikking wordt gesteld waarin inschrijvers hun

gegevens en bescheiden beveiligd kunnen opslaan en aan een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf ter beschikking kunnen stellen. Hiermee kunnen inschrijvers bijvoorbeeld op eenvoudige wijze certificaten over verklaringen telkens elektronisch ter beschikking stellen zonder opnieuw de documenten te hoeven inscannen of opnieuw aan te maken. In de zesde plaats moet het systeem inschrijvers in staat stellen inschrijvingen voor overheidsopdrachten, speciale-sectoropdrachten en concessieopdrachten elektronisch te kunnen indienen. In de zevende en laatste plaats moet het systeem informatie verzamelen en genereren ten behoeve van de statistiekverplichtingen op grond van de aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn en ten behoeve van de verslaglegging aan de Staten-Generaal.

Het derde lid van artikel 4.13 verplicht de Minister om het elektronische basissysteem zo in te richten dat elektronische koppelingen gelegd kunnen worden met systemen van gegevensverwerking van aanbestedende diensten en van ondernemingen die advies- en ondersteuningsdiensten aanbieden. Voor deze laatste groep is de mogelijkheid van belang, omdat zij langs deze weg geavanceerde diensten – ook in elektronische vorm – aan aanbestedende diensten, speciale-sectorbedrijven en potentiële inschrijvers kunnen aanbieden, zonder dat een kostbare en onnodige overlap van elektronische systemen en gegevensverwerking plaatsvindt. Het zorgt ervoor dat meer vormen van dienstverlening tot stand kunnen komen dan het minimum dat het elektronische basissysteem biedt.

Artikel 4.14

Voorgesteld wordt om artikel 4.14 aan te passen om deze in overeenstemming te brengen met de aanbestedingsrichtlijnen en de concessierichtlijn. Kern van artikel 4.14 is dat de (elektronische) formulieren die de Europese Commissie vaststelt, via het elektronische basissysteem ontsloten zullen worden en dat de elektronische communicatie met de Europese Commissie vanuit het elektronische systeem geschiedt op de wijze zoals door de Europese Commissie voorgeschreven.
Het aanbieden van het elektronische systeem TenderNed is geen economische activiteit die door de staat wordt ondernomen. Er is hier sprake van een niet-economische dienst van algemeen belang die nauw samenhangt met de uitoefening van openbaar gezag, namelijk het waarborgen van de juiste naleving van wettelijke voorschriften en het verschaffen van voorlichting over deze wet en regelgeving. Deze beoordeling is in lijn met de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (zie arrest HvJEU van 12 juli 2012, zaak C-138/11, Compass Datenbank, overwegingen 36-41 en 51). Deze beoordeling is door de Europese Commissie ook bevestigd in haar voornoemde besluit van 18 december 2014.

Artikel V

Dit artikel betreft een overgangsvoorziening voor lopende aanbestedingen. Die kunnen verder verlopen overeenkomstig de bepalingen die golden voor de in artikel I voorgestelde wijzigingen van de Aanbestedingswet 2012. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven behoeven dan niet tussentijds hun procedure aan te passen.

Artikel VI

De uitsluitingsgronden van de artikelen 2.86 en 2.87 worden in dit wetsvoorstel gewijzigd zowel wat betreft de gronden als ten aanzien van de terugkijktermijnen. De bepalingen inzake de

gedragsverklaring aanbesteden worden dienovereenkomstig aangepast. Het voorgestelde artikel VI voorziet erin dat ondernemers nog gedurende een jaar na inwerkingtreding van die regels een reeds verkregen gedragsverklaring aanbesteden kunnen gebruiken, mits die op het tijdstip van indiening van het verzoek tot deelneming of tot inschrijving niet ouder is dan twee jaar. Hierdoor worden ondernemers niet gedwongen meteen kosten te maken ten behoeve van het aanvragen van een nieuwe verklaring na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel. Bovendien voorkomt deze bepaling dat de uitvoeringsinstantie van het Ministerie van Veiligheid en Justitie die is belast met de behandeling van aanvragen om de gedragsverklaring aanbesteden, na de inwerkingtreding van dit wetsvoorstel in een zeer korte periode een groot aantal aanvragen zou moeten behandelen.