

TBR 2014/131

De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 1)

De Klassieke Richtlijn - wijzigingen ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG

Mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen, mr. F. François en mr. E. Verweij¹

1. Inleiding

Begin 2010 heeft de Europese Commissie het tien-jarenplan voor groei van de Europese Unie gepubliceerd: de 'Europa 2020-strategie'.² Hiermee wil de EU niet alleen de financiële crisis, waarvan de economie nu geleidelijk herstelt, te boven komen, maar ook de problemen van het groeiemodel aanpakken en de voorwaarden scheppen voor slimme en duurzame groei. Eind 2020 moeten de doelstellingen op de volgende terreinen zijn bereikt: werkgelegenheid, onderzoek en ontwikkeling, klimaat en energie, onderwijs, sociale inclusie en armoedebestrijding.

Overheidsopdrachten spelen in de Europa 2020-strategie een belangrijke rol en zijn één van de marktinstrumenten die kunnen worden ingezet om een slimme, duurzame en inclusieve groei te bereiken en tegelijkertijd overheidsmiddelen zo efficiënt mogelijk te besteden. Met het oog daarop zijn de vigerende aanbestedingsrichtlijnen herzien en gemoderniseerd. De herziening moet het mogelijk maken overheidsmiddelen doelmatiger te besteden, in het bijzonder door de bevordering van deelname van het midden- en kleinbedrijf aan overheidsopdrachten. Daarnaast is het de bedoeling dat aanbesteders in staat worden gesteld overheidsopdrachten beter te gebruiken ter ondersteuning van gemeenschappelijke maatschappelijke doelen (o.a. milieu, innovatie, werkgelegenheid, maatschappelijke integratie).

Op 28 maart 2014 zijn de teksten van drie nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie³:

1. Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten

en tot intrekking van richtlijn 2004/18/EG (de 'Klassieke Richtlijn');

2. 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 (de 'Richtlijn Nutssectoren');
3. Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (de 'Richtlijn Concessies').

De lidstaten hebben tot en met 18 april 2016 de tijd om de richtlijnen in de nationale wetgeving om te zetten.⁴ In dit artikel, dat uit twee delen bestaat (het tweede deel verschijnt in een volgende aflevering van dit tijdschrift), worden de belangrijkste wijzigingen van de nieuwe richtlijnen ten opzichte van de bestaande richtlijnen in kaart gebracht. Ook wordt gesignaleerd welke artikelen van de Aanbestedingswet 2012 naar verwachting zullen (moeten) worden aangepast.

In dit eerste deel zullen de belangrijkste nieuwigheden in de Klassieke Richtlijn, ten opzichte van richtlijn 2004/18/EG, worden besproken. In het tweede deel komen de Richtlijn Nutssectoren en Richtlijn Concessies aan bod. Voor de duidelijkheid wordt richtlijn 2014/24/EU in dit artikel aangeduid als de Klassieke Richtlijn en wordt de thans nog vigerende richtlijn 2004/18/EG aangeduid als de 'Oude Richtlijn'.

Het wetgevingsproces van de nieuwe richtlijnen heeft zich in een recordperiode van zo'n twee jaar

1 Babette Blaisse-Verkooyen, Frédéric François en Erik Verweij zijn advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam. Dit artikel kwam mede tot stand dankzij mr. Emma van Dam, mr. Margot Franssen en mr. Iris Hendriksen, advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

2 Brussel 3 maart 2010, COM (2010) 2020 def.

3 PbEU L 94/65, 94/243 en 94/1.

4 Zie artikel 90 lid 1 van de Klassieke Richtlijn.

voltrokken, gerekend vanaf de publicatiedatum van de voorstellen van de Europese Commissie (de 'Commissie') voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen eind december 2011.⁵ Begin 2012 is er in dit tijdschrift een artikel van onze hand verschenen, waarin wij de voorstellen van de Commissie hebben besproken.⁶ De inhoud van die voorstellen is gedurende het wetgevingstraject op onderdelen aangepast. Er zijn ook onderdelen van de voorstellen ongewijzigd overgenomen in de definitieve tekst van de richtlijnen. Ten behoeve van de leesbaarheid hebben wij er in dit artikel voor gekozen om alle relevante onderwerpen in de richtlijnen te bespreken. Waar bepaalde onderwerpen gelijkluidend zijn gebleven aan de conceptteksten van de Commissie worden deze onderwerpen dan ook herhaald.

2. Reikwijdte van de Klassieke richtlijn

2.1 Toepassingsgebied en definities

In artikel 1 lid 2 van de Klassieke Richtlijn is opgenomen wat onder 'aanbesteding' wordt verstaan: 'Aanbesteding in de zin van deze richtlijn is de aankoop door middel van een overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet.'⁷ Uit considerans 4 volgt in dit verband dat de aanbestedingsregels van de Unie niet zijn bedoeld om alle vormen van besteding van overheidsgeld te bestrijken. De aanbestedingsregels hebben uitsluitend betrekking op die vormen welke zijn gericht op het verkrijgen van werken, leveringen of diensten tegen betaling door middel van een overheidsopdracht. Onder het begrip 'verkrijgen' moet in ruime zin het verkrijgen van de baten van de betrokken werken, leveringen of diensten worden verstaan, zonder dat de eigenaardigheid noodzakelijkerwijs moet worden overgedragen aan de aanbestedende diensten.⁸ Tevens staat in considerans 4 dat het uitsluitend financieren via subsidies, waaraan vaak de verplichting is gekoppeld dat de ontvangen bedragen moeten worden terugbetaald, indien deze niet worden benut voor de

beoogde doeleinden, doorgaans niet valt onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsregels.⁸

In artikel 2 van de Klassieke Richtlijn is een aantal definities toegevoegd die in de Oude Richtlijn niet zijn opgenomen. Nieuw zijn bijvoorbeeld de begrippen 'levenscyclus', 'keurmerk' en 'innovatie'. Verder zijn in artikel 2 de definities van een aantal kernbegrippen waarmee het toepassingsgebied van de richtlijn wordt omschreven (zoals 'publiekrechtelijke instelling', en overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten) herzien in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie ('HvJ EU').

Uit de considerans 4 van de Klassieke Richtlijn volgt overigens uitdrukkelijk dat de toegevoegde en herziene begrippen geen uitbreiding van het toepassingsgebied van de Oude Richtlijn met zich mee brengen.

2.2 Gemengde opdrachten

Artikel 3 van de Klassieke Richtlijn bevat meer uitgebreide regels voor de aanbesteding van gemengde opdrachten die werken, diensten en/of leveringen omvatten; die deels sociale en andere diensten als bedoeld in artikel 74 en bijlage XIV inhouden (zie hierna onder 2.3); die defensie- of veiligheidsaspecten bevatten⁹; of die deels betrekking hebben op de Richtlijn Nutssectoren.¹⁰

2.3 Drempelbedragen en de methoden voor de berekening van de geraamde waarde

In de Oude Richtlijn zijn verschillende drempelbedragen opgenomen voor werken, diensten en leveringen. In artikel 4 sub d van de Klassieke Richtlijn wordt hieraan een nieuw drempelbedrag toegevoegd voor de overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten in de zin van bijlage XIV (zie daarover hierna onder 2.4). Het drempelbedrag bedraagt EUR 750.000 ex btw.

Nieuw is de bepaling in lid 2 van artikel 5 van de Klassieke Richtlijn. Hierin staat dat indien een aanbestedende dienst uit afzonderlijke operationele

5 COM (2011) 896, COM (2011) 895 en COM (2011) 897.

6 B.J.H. Blaisse-Verkooyen en D.C. Orobio de Castro, 'Voorstellen van de Europese Commissie voor nieuwe aanbestedingsrichtlijnen', *TBR* 2012/44 en 2012/69.

7 Zie HvJ EG 18 januari 2007, C-220/05 (*Auroux/Roanne*), r.o. 47.

8 Dat laat onverlet dat op Europese subsidieverstrekkers onder omstandigheden, het transparantiebeginsel en het beginsel van gelijke behandeling van toepassing kunnen zijn (vgl. GvEA 14 april 2011, T-297/05, *AB* 2011/285, m.nt. A. Drahmman). Zie ook artikel 13 van de Klassieke Richtlijn (*Door aanbestedende diensten gesubsidieerde opdrachten*), waaruit volgt dat op de subsidieontvanger in bepaalde gevallen een aanbestedingsplicht rust.

9 Overeenkomstig artikel 346 VwEU of Richtlijn 2009/81/EG.

10 Vgl. bijv. HvJ EU 26 mei 2011, C-306/08 (*Commissie/Spanje*); HvJ EU 6 mei 2010 (C-145/08 en C-149/08 (*Loutraki*)); HvJ EG 29 oktober 2009, C-536/07 (*Commissie/Duitsland*); HvJ EG 11 juni 2009, C-300/07 (*Oymanns*); HvJ EG 21 februari 2008, C-412/04 (*Commissie/Italië*).

eenheden bestaat, de geraamde totale waarde (van de opdrachten) van deze eenheden in beschouwing wordt genomen. Dit lijdt uitzondering indien een afzonderlijke operationele eenheid zelfstandig verantwoordelijk is voor zijn aanbestedingen. In dat geval kunnen de waarden van de opdrachten op het niveau van de operationele eenheid worden geraamd. Uit considerans 20 volgt in dit verband dat een afzonderlijke operationele eenheid, zoals bijvoorbeeld een (kleuter)school, geacht wordt zelfstandig te zijn, indien de eenheid de aanbestedingsprocedure leidt; de besluiten tot aankoop neemt; over een eigen budgetonderdeel voor de betrokken aanbestedingen beschikt; zelf het contract sluit en dat bekostigt uit een eigen budget waarover zij beschikt.

Voor wat betreft het innovatieve partnerschap, een nieuw type procedure in de Klassieke Richtlijn (zie hierna onder 7), is in het zesde lid van artikel 5 opgenomen dat bij de berekening van de waarde moet worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde (excl. btw) van de onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten die zullen plaatsvinden in alle stadia van het voorgenomen partnerschap, alsmede van de leveringen, diensten of werken die aan het einde van het voorgenomen partnerschap zullen worden ontwikkeld en verworven.

2.4 Onderscheid A-diensten en B-diensten

Het systeem van 'A'-diensten (prioritaire diensten) en 'B'-diensten (niet-prioritaire diensten) wordt gewijzigd. Het voorstel van de Commissie voorziet in afschaffing van dit onderscheid, waarmee voor de B-diensten geen verlicht regime meer zou gelden (zoals voorzien in de Oude Richtlijn).¹¹ In het voorstel was uitsluitend voor enkele sociale en maatschappelijke diensten nog een verlicht regime opgenomen.¹²

De Klassieke Richtlijn gaat minder ver. In de Klassieke Richtlijn is een verlicht regime voorzien dat niet enkel geldt voor bepaalde sociale en maatschappelijke diensten, maar ook voor enkele andere diensten. Een aantal van die diensten wordt thans aangeduid als B-diensten, waaronder diensten op het gebied van hotels en restaurants; juridische diensten; en gevangenis-, opsporings- en beveiligingsdiensten (artikel 74 e.v. en bijlage XIV). De gedachte daarbij blijft dat het diensten betreft die

vanwege hun aard een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben. Doordat er verschillende culturele tradities in de lidstaten bestaan, verschilt ook per lidstaat de inrichting van deze diensten (zie considerans 114).

Voor deze diensten blijft dus een verlicht regime gelden, zij het dat boven het drempelbedrag ad EUR 750.000 ex btw in beginsel wél een aankondiging verplicht is (zie hiervoor onder 2.3). Een verplichte aankondiging geldt in beginsel niet voor de B-diensten onder de Oude Richtlijn.¹³ De Aanbestedingswet 2012 zal op dit punt dus moeten worden aangepast. Zie verder hierna onder 14.

2.5 Uitgesloten opdrachten

In artikel 10 van de Klassieke Richtlijn staat een opsomming van overheidsopdrachten voor diensten waarop de richtlijn niet van toepassing is. Dit artikel komt grotendeels overeen met artikel 16 van de Oude Richtlijn. Nieuw is het bepaalde sub d, waar staat dat de Klassieke Richtlijn niet van toepassing is op bepaalde rechtskundige diensten.¹⁴ Het betreft onder meer de vertegenwoordiging in rechte van een cliënt door een advocaat¹⁵, alsmede het juridisch advies dat wordt gegeven ter voorbereiding van procedures.

2.6 Op basis van een alleenrecht gegunde opdrachten voor diensten

In de Klassieke Richtlijn is de figuur van het alleenrecht (toch) opgenomen (artikel 11). Indien overheidsopdrachten voor diensten worden gegund door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst uit hoofde van een alleenrecht, verstrekt op basis van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, ontbreekt onder het huidige kader een aanbestedingsplicht (artikel 18 van de Oude Richtlijn). Voorwaarde daarbij is dat het alleenrecht verenigbaar is met het VwEU. De Commissie had het alleenrecht niet opgenomen in haar voorstel voor een nieuwe aanbestedingsrichtlijn.¹⁶ Artikel 11 van de Klassieke Richtlijn is nagenoeg gelijklopend aan artikel 18 van de Oude Richtlijn.

11 Artikel 20 t/m 22 Oude Richtlijn.

12 COM (2011) 896, artikel 74 e.v. en bijlage XVI.

13 Daargelaten de uitzondering ex (o.a.) HvJ EG 13 november 2007, C-507/03 (*An Post*); vgl. artikel 2.39 lid 3 Aanbestedingswet 2012.

14 Dit zijn dus andere juridische diensten dan de juridische diensten vermeld op bijlage XIV.

15 Vertegenwoordiging in de zin van artikel 1 van Richtlijn 77/249/EEG.

16 COM(2011) 896.

3. Betrekkingen tussen overheidsinstanties

3.1 Quasi inhouse uitzondering

Artikel 12 leden 1 t/m 3 codificeren de rechtspraak van het HvJ EU over de quasi inhouse uitzondering. Dit is de gunning van een overheidsopdracht door een 'controlerende aanbestedende dienst' aan een 'gecontroleerde rechtspersoon'.¹⁷ Dergelijke opdrachten zijn uitgezonderd van de toepassing van de richtlijn.

Lid 1 somt de drie cumulatieve voorwaarden op: het toezichtcriterium (sub a), het merendeelcriterium (sub b) en het verbod op directe participatie van privékapitaal - aandelen gehouden door private partijen - in de gecontroleerde rechtspersoon (sub c). Bij die laatste eis wordt overigens als uitzondering genoemd de situatie dat de private participatie geen controle of blokkerende macht oplevert en geen beslissende invloed uitoefent op de gecontroleerde rechtspersoon.

De richtlijn verduidelijkt dat aan het toezichtcriterium wordt voldaan indien de (controlerende) aanbestedende dienst beslissende invloed uitoefent op zowel de strategische doelstellingen, als de belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon.¹⁸ Het minimumpercentage waarboven het merendeelcriterium toepassing vindt is 80%, te bepalen aan de hand van omzetgegevens (lid 5). Dat is een lager percentage dan het percentage van 90% dat eerder werd gehanteerd in het voorstel van de Commissie.¹⁹ De mogelijkheid om op basis van deze uitzondering af te zien van het organiseren van een aanbestedingsprocedure is dus wat verruimd.

De regeling voorziet voorts in verschillende 'driehoeksituaties' en 'horizontale inhouse-relaties'. Het in lid 1 sub a vereiste toezicht kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon die op dezelfde wijze door de aanbestedende dienst wordt gecontroleerd. Voorts is de quasi-inhouse uitzondering van toepassing indien de gecontroleerde rechtspersoon, die zelf ook een aanbestedende dienst is, opdrachten gunt aan zijn (controlerende) aanbestedende dienst of aan een andere, door dezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde, rechtspersoon (lid 2).²⁰ Er mag evenwel geen sprake zijn van privéparticipatie in de rechtspersoon aan wie wordt gegund. Lid 3 voorziet in de mogelijkheid dat verschillende aanbestedende diensten gezamenlijk het toezicht uitoefenen op een gecontroleerde rechtspersoon.²¹

3.2 Horizontale samenwerking

In considerans 31 van de Klassieke Richtlijn staat - zoals volgt uit verschillende arresten van het HvJ EU²² - dat ook opdrachten tussen aanbestedende diensten worden beheerst door de aanbestedingsregels. De toepassing van de aanbestedingsregels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang met eigen middelen te vervullen of in samenwerking met andere overheidsinstanties.²³

In artikel 12 lid 4 wordt bepaald dat een opdracht, die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund, buiten het toepassingsgebied van de richtlijn valt, wanneer (geparafraseerd) aan de volgende cumulatieve voorwaarden wordt voldaan: (a) het doel van de overeenkomst is de *gezamenlijke* uitoefening van taken van algemeen belang; (b) de invulling van de samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang; en (c) de deelnemende aanbestedende diensten nemen op de open markt niet meer dan 20% van de onder de samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening.

4. Regels betreffende communicatiemiddelen (inclusief mogelijkheid tot mondeling contact)

Nieuw is dat voor de inschrijvingsprocedure in beginsel gebruik moet worden gemaakt van elektronische communicatiemiddelen (artikel 22). De aanbestedende dienst kan dus niet meer kiezen tussen een uitwisseling van informatie per post, per fax, langs elektronische weg of per telefoon, zoals in artikel 42 van de Oude Richtlijn wordt bepaald.²⁴

17 Bijv. HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*); HvJ EG 21 juli 2005, C-231/03 (*Coname*); HvJ EG 13 oktober 2005, C-458/03 (*Parking Brixen*); HvJ EG 19 april 2007, C-295/05 (*Tragsa*); HvJ EG 13 november 2008, C-324/07 (*Coditel Brabant*); HvJ EG 10 september 2009, C-573/07 (*Sea*); HvJ EU 29 november 2012, C-182/11 en C-183/11 (*Econord*); HvJ EU 8 mei 2014, C-15/13 (*Datenlotsen*).

18 Vgl. zaken *Datenlotsen* (r.o. 26) en *Econord* (r.o. 27).

19 COM(2011) 896, artikel 11 lid 1. Vgl ook zaak *Tragsa* (r.o. 63) en conclusie A-G Mengozzi 27 februari 2014, C-574/12 (*Hospital de Setúbal*), punt 56-63.

20 Vgl. zaak *Datenlotsen*.

21 Vgl. zaak *Econord*.

22 Zie HvJ EU 18 januari 2007, C-220/05 (*Auroux / Roanne*), r.o. 62 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

23 Bijvoorbeeld: HvJ EG 9 juni 2009, C-480/06 (*Commissie/Duitsland*), HvJ EU 19 december 2012, C-159/11 (*Universita del Salento*), HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (*Piepenbrock*).

24 Om de toegang van ondernemers tot de aanbestedingsprocedure niet te beperken, dienen de elektronische communicatiemiddelen niet discriminerend en algemeen beschikbaar te zijn alsmede interoperabel met algemeen gebruikte ICT.

Er zijn evenwel uitzonderingen. Met name in gevallen waarin geen algemeen beschikbare gespecialiseerde tools of bestandsformaten voorhanden zijn voor de benodigde stukken. Ook geldt een uitzondering indien een aanbestedende dienst zelf niet over de vereiste gespecialiseerde kantooruitrusting beschikt die nodig is voor het indienen van de stukken.²⁵ De gevallen waarin gebruik van elektronisch communicatie niet is vereist, zijn limitatief opgesomd in artikel 22 lid 1, sub a tot en met d, van Klassieke Richtlijn.

Nieuw is ook dat in artikel 22 lid 2 expliciet de ruimte wordt gecreëerd voor mondelinge communicatie tussen aanbestedende dienst en de inschrijvers. De communicatie mag alleen zien op mededelingen die geen betrekking hebben op de essentiële elementen van een aanbestedingsprocedure en dient voldoende en met passende middelen te worden gedocumenteerd.

Hoewel het gebruik van TenderNed op grond van de Aanbestedingswet 2012 al verplicht is, vergt artikel 22 van Klassieke Richtlijn aanpassing van paragraaf 2.3.2.1. van de Aanbestedingswet 2012 en van het Aanbestedingsbesluit.²⁶

5. Belangenconflicten, betrokkenheid in de voorfase

De Klassieke Richtlijn introduceert regelingen voor belangenconflicten en betrokkenheid van gegadigden en inschrijvers in de fase voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure.

5.1 Belangenconflicten

Op grond van artikel 24 van de Klassieke Richtlijn moeten de lidstaten ervoor zorgen dat aanbestedende diensten *passende maatregelen* nemen om belangenconflicten tijdens aanbestedingsprocedures ‘doeltreffend te voorkomen, te onderkennen en op te lossen teneinde vervalsing van de mededinging te vermijden en gelijke behandeling van alle ondernemers te verzekeren’. Het artikel geeft verder een uitleg aan het begrip ‘belangenconflicten’. Het betreft *ten minste* iedere situatie waarin personeelsleden van de aanbestedende dienst of van een dienstverlener die de aanbesteding ondersteunt, die (a) betrokken zijn bij de uitvoering van de aanbesteding of

invloed kunnen hebben op het resultaat daarvan, en (b) financiële, economische of andere persoonlijke belangen hebben die hun onpartijdigheid en onafhankelijkheid in het geding brengen.

5.2 Betrokkenheid in de voorfase

In artikel 40 van de Klassieke Richtlijn wordt bepaald dat aanbestedende diensten de mogelijkheid hebben marktconsultaties te houden voorafgaand aan een aanbestedingsprocedure. Aanbestedende diensten kunnen zich dus vooraf door marktpartijen laten adviseren. Dat advies kan worden gebruikt voor de ‘planning en uitvoering van de aanbestedingsprocedure’. Aanbestedende diensten lijken daarmee minder ver te mogen gaan dan met de ‘technische dialoog’, genoemd in considerans 8 bij de Oude Richtlijn. Daar wordt gesproken van inwinnen van advies dat bij het opstellen van het bestek kan worden gebruikt.

In artikel 41 wordt vervolgens geregeld op welke wijze aanbestedende diensten kunnen voorkomen dat voorafgaande betrokkenheid van marktpartijen, al dan niet in het kader van artikel 40, leidt tot vervalsing van de mededinging. Zo bepaalt artikel 41 dat de aanbestedende diensten *passende maatregelen* moeten treffen. Die maatregelen omvatten de mededeling aan andere gegadigden en inschrijvers van relevante informatie die is uitgewisseld met de in de voorfase betrokken onderneming, alsmede de vaststelling van passende termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen. De in de voorfase betrokken onderneming wordt slechts uitgesloten van de aanbestedingsprocedure, indien er geen andere middelen zijn om de naleving van het beginsel van gelijke behandeling te verzekeren. In dat geval moet bovendien de betreffende onderneming de kans krijgen te bewijzen dat haar betrokkenheid bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure de mededinging niet kan verstoren.²⁷ Daarmee is aansluiting gezocht bij rechtspraak van het HvJ EU.²⁸

De betrokkenheid van een gegadigde of inschrijver in de voorfase is meermaals onderwerp van geschil geweest in nationale rechtspraak.²⁹ Veelal nemen Nederlandse rechters aan dat, in geval van betrokkenheid van een onderneming in de voorfase, de andere (klagende) gegadigden c.q. inschrijvers moeten aantonen dat (i) sprake is van een kennisvoorsprong en (ii) dat *als gevolg daarvan* de

²⁵ De richtlijn noemt hier als voorbeeld een breedformaatprinter.

²⁶ In artikel 4.12 van de Aanbestedingswet 2012 is bepaald dat er nadere regels worden gesteld omtrent het gebruik van elektronische weg. Dit is gebeurd in het Aanbestedingsbesluit d.d. 11 februari 2013 (*Stb.* 2013, 58). Het Aanbestedingsbesluit is echter gebaseerd op de Oude Richtlijn en laat aanbestedende diensten dus ook de keuze in communicatiemiddelen (artikel 3 Aanbestedingsbesluit).

²⁷ Zie meer uitgebreid over deze regeling: E. Verweij, ‘Betrokkenheid in de voorfase: een specifiek kader, een nieuwe balans?’, *TA* 2012/3, p. 268-275.

²⁸ HvJ EG 3 maart 2005, C-21/03 en C-34/03 (*Fabricom*), r.o. 33-36. Vgl. HvJ EG 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*) en HvJ EG 19 mei 2009, C-538/07 (*Assitur*).

²⁹ Bijvoorbeeld: Vzr. Rb. Arnhem 6 november 2012, LJN: BY4928 en Vzr. Rb. Haarlem 6 april 2011, LJN: BQ4144.

mededinging is uitgeschakeld. Dat uitgangspunt bleef niet zonder kritiek.³⁰ De vraag is of artikel 41 in dit verband wijzigingen zal brengen.

De Nederlandse wetgever zal aan deze onderwerpen in de Aanbestedingswet 2012 - waarin een dergelijke specifieke regeling ontbreekt - op een meer concrete, gedetailleerdere wijze invulling kunnen geven.

6. Gezamenlijke aanbestedingen

De Klassieke Richtlijn bevat nieuwe regels over gezamenlijke aanbestedingen.

6.1 Aankoopcentrales en occasionele aanbestedingen

In artikel 11 van de Oude Richtlijn staat dat lidstaten kunnen voorzien in de mogelijkheid dat aanbestedende diensten via aankoopcentrales werken, leveringen en/of diensten verwerven. In artikel 37 van de Klassieke Richtlijn is een uitgebreidere regeling opgenomen. Het begrip aankoopcentrale wordt in artikel 2 lid 16 van de Klassieke Richtlijn als volgt gedefinieerd: een aanbestedende dienst die gecentraliseerde aankoopactiviteiten en eventueel aanvullende aankoopactiviteiten verricht.

Voorts introduceert artikel 38 een regeling voor gevallen waarbij aanbestedende diensten een specifieke aanbesteding gezamenlijk te verrichten. Beide artikelen regelen de verdeling van verantwoordelijkheden van de samenwerkende aanbestedende diensten voor de naleving van de richtlijn. In het vierde lid van artikel 37 is bepaald dat bepaalde diensten, waaronder het verlenen van ondersteuning aan aankoopactiviteiten, zonder aanbestedingsprocedure *aan een aankoopcentrale* mogen worden gegend (artikel 37 lid 4).

6.2 Grensoverschrijdende aanbestedingen

De huidige richtlijnen bevatten geen regeling (doch evenmin een verbod) voor gezamenlijke aanbestedingen door aanbestedende diensten uit verschillende lidstaten. Artikel 39 van de Klassieke Richtlijn introduceert een regeling voor dergelijke grensoverschrijdende samenwerking.

De regeling voorziet in het gebruik door aanbestedende diensten van een aankoopcentrale gevestigd in een andere lidstaat. Op de diensten van de

aankoopcentrale is het recht van toepassing van de lidstaat waarin de aankoopcentrale gevestigd is (artikel 39 lid 2 en 3).

Voorts voorziet artikel 39 lid 4 in de mogelijkheid dat aanbestedende diensten uit verschillende lidstaten gezamenlijk overheidsopdrachten gunnen. De samenwerkende aanbestedende diensten zullen een overeenkomst moeten sluiten, waarin de verantwoordelijkheden van partijen worden geregeld. Daarbij kiezen de aanbestedende diensten zelf van welke lidstaat het nationale recht van toepassing zal zijn. Verder moet in de overeenkomst worden opgenomen hoe de aanbestedingsprocedure wordt georganiseerd en beheerd; en hoe de aan te besteden werken, leveringen en diensten worden verdeeld. Als de aanbestedende diensten uit de verschillende lidstaten een gezamenlijke entiteit oprichten, dan moet het toepasselijke nationale recht worden gekozen bij besluit van het bevoegde orgaan van de gezamenlijke entiteit. Er kan worden gekozen voor hetzij het recht van de lidstaat waar de gezamenlijke entiteit zijn statutaire zetel heeft, hetzij het recht van de lidstaat waar de gezamenlijke entiteit zijn activiteiten uitoefent (artikel 39 lid 5).

Aanbestedende diensten mogen geen gebruik maken van de in artikel 39 voorziene middelen, om de toepassing te ontlopen van dwingende publiekrechtelijke bepalingen die van toepassing zijn in de lidstaten waar zij zijn gevestigd.³¹

De verschillende regels over gezamenlijke aanbestedingen (al dan niet via aankoopcentrales) kunnen op gespannen voet staan met het clusterverbod uit artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 (en considerans 78 - zie hierna onder 11). Interessant is dat in considerans 59 wordt opgemerkt dat het samenvoegen en concentreren van aankopen nauwlettend moet worden gevolgd. Daarbij wordt benadrukt dat buitensporige concentratie van kopersmacht en collusie moet worden voorkomen, om de concurrentie en markttoegang voor het midden- en kleinbedrijf te behouden.

7. Procedures

7.1 Toepassing procedures

Uitgangspunt onder de Klassieke Richtlijn blijft, bij verplichte toepassing van de richtlijn, dat de *openbare of niet-openbare procedure* wordt gevolgd (artikel 26 lid 2, artikelen 27 en 28). Daarnaast bestaat in bepaalde gevallen de mogelijkheid tot

30 Bijvoorbeeld: B.J.H. Blaisse-Verkooyen in haar noot onder Vzr. Rb. Rotterdam 4 februari 2014, *JAAN* 2014/58; E. Verweij, 'Betrokkenheid in de voorfase: een specifiek kader, een nieuwe balans?', *TA* 2012/3, p. 268-275; J.G.J. Janssen & B.J.H.

Blaisse-Verkooyen in hun noot onder Vzr. Rb. Leeuwarden 24 november 2010, *TBR* 2011/110, p. 602-610; L.C. van den Berg & L. Knoups, 'Kennisvoorsprong bij aanbestedingen', *VGR* 2011/2, p. 35-36.

31 Zie ook considerans 73 (in fine).

toepassing van de ‘*mededingingsprocedure met onderhandelingen*’ (welke in feite de vervanger is van de huidige onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking) of de *concurrentiegerichte dialoog* (artikel 26 lid 4, artikel 30). Net zoals onder de Oude Richtlijn kan uitsluitend in bepaalde zeer bijzondere gevallen de *onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking* worden gevolgd (artikel 26 lid 6, artikel 32). Nieuw is de procedure van het *innovatiepartnerschap* (artikel 26 lid 3, artikel 31).

Concurrentiegerichte dialoog, onderhandelingsprocedures

De Klassieke Richtlijn staat ruimer gebruik toe van de concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met onderhandelingen. In considerans 42 wordt het belang van aanbestedende diensten benadrukt bij meer flexibiliteit en ruimte voor onderhandelingen in verschillende situaties waarbij de openbare en niet-openbare procedures waarschijnlijk niet tot bevredigende aanbestedingsresultaten leiden. Als voorbeelden worden genoemd: innovatieprojecten, geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten, grote ICT-projecten, projecten met een complexe financiering en bouwprojecten die geen standaardgebouwen inhouden of die tevens ontwerpactiviteiten behelzen.

De voorwaarden voor toepassing van zowel de concurrentiegerichte dialoog als de mededingingsprocedure met onderhandelingen zijn opgenomen in artikel 26 lid 4. Gebruik van de procedures is toegestaan indien niet kan worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen; indien het onder meer ontwerp- of innovatie oplossingen betreft; wegens complexe juridische of financiële voorwaarden; of indien de specificaties onvoldoende nauwkeurig vastgesteld kunnen worden (sub a). Daarnaast is gebruik van de concurrentiegerichte dialoog en de mededingingsprocedure met onderhandelingen toegestaan indien in het kader van een voorafgaande openbare of niet-openbare procedure enkel ‘*onaanvaardbare*’ of ‘*onregelmatige*’ inschrijvingen zijn ingediend (sub b).

Anders dan in artikel 30 van de Oude Richtlijn, is daarbij niet de eis opgenomen dat de opdracht niet wezenlijk gewijzigd mag worden. Gelet op het gevaar van misbruik van de procedure, is de vraag of hiermee daadwerkelijk een materiele wijziging is beoogd, en het inderdaad mogelijk is de opdracht wezenlijk te wijzigen. Het verbod om wezenlijk te wijzigen is overigens wél gehandhaafd bij open-

stelling van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking bij het geval dat er geen of uitsluitend ‘*ongeschikte*’ inschrijvingen zijn ingediend (artikel 32 lid 2 sub a).

Nieuw is dat een uitleg wordt gegeven van de tamelijk ongrijpbare begrippen ‘*onaanvaardbare*’ en ‘*onregelmatige*’ inschrijvingen enerzijds, en ‘*ongeschikte*’ inschrijvingen anderzijds (relevant voor de vraag of hetzij de mededingingsprocedure met onderhandelingen en de concurrentiegerichte dialoog open staan, hetzij de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking). Die uitleg komt gedeeltelijk overeen met de uitleg zoals de Commissie deze in de jaren ‘90 gaf in (niet-bindende) handleidingen bij oudere aanbestedingsrichtlijnen.³² ‘*Onaanvaardbaar*’ zijn thans met name inschrijvingen die niet voldoen aan de aanbestedingsstukken, die te laat zijn ingediend, die abnormaal laag zijn of waarbij sprake is van ongeoorloofde afspraken (vermoedelijk doelend op het mededingingsrecht). ‘*Onregelmatig*’ zijn met name inschrijvingen van inschrijvers die niet over de vereiste kwalificaties beschikken, of waarvan de prijs de begroting van de aanbestedende dienst overschrijdt (artikel 26 lid 4 sub b). ‘*Ongeschikt*’ zijn inschrijvingen die niet relevant zijn voor de opdracht of zonder ingrijpende wijziging niet kunnen voorzien in de omschreven behoeften en eisen (artikel 32 lid 2 sub a).

Met deze uitleg lijkt een overlap tussen ongeschikte inschrijvingen enerzijds, en onregelmatige en onaanvaardbare inschrijvingen anderzijds, op de loer te liggen. Waar het voorts een verzoek om deelname betreft, als binnen de selectiefase van de niet-openbare procedure, wordt dat verzoek eveneens als ‘*ongeschikt*’ aangemerkt indien op de betreffende gegadigde een uitsluitingsgrond van toepassing is of de gegadigde niet voldoet aan de gestelde geschiktheidseisen (artikel 32 lid 1 sub a). Echter dergelijke gebreken aan inschrijvers binnen de openbare procedure lijken gerubriceerd te worden onder ‘*onaanvaardbare*’ dan wel ‘*onregelmatige*’ inschrijvingen (met openstelling van een andere procedure tot gevolg).

De verdere gevallen voor toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking blijven vrijwel ongewijzigd. Vervallen is de mogelijkheid de procedure te hanteren voor ‘aanvullende opdrachten’.³³ Gunning van aanvullende opdrachten is in Klassieke Richtlijn onderdeel van de nieuwe regeling over wijzigingen van lopende opdrachten (zie hierna onder 15).

32 ‘Handleidingen Voorschriften van de gemeenschap inzake overheidsopdrachten’ bij de oude richtlijnen 93/37/EEG, 93/36/EEG en 92/50/EEG, <http://ec.europa.eu>. Zie ook: D.C. Orobio de Castro & E. Verweij in *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu 2014, commentaar bij artikel 2.30 Aanbestedingswet 2012 (onder C.1.1 en C.1.1.2); en J.F. van Nouhuys, ‘Inschrijvingen die voldoen aan de formele vereisten? Commentaar bij LJN: BV9870’, *TA* 2012, p. 640-647.

33 Artikel 30 lid 4 sub a Oude Richtlijn (artikel 2.35 Aanbestedingswet 2012).

Innovatiepartnerschap

De nieuwe procedure van het innovatiepartnerschap is bedoeld om op lange termijn een samenwerking aan te gaan voor de ontwikkeling en vervolgens aankoop van innovatieve producten, diensten of werken. Artikel 2 lid 1 sub 22 geeft een definitie van het begrip ‘innovatie’. Voor de aankoop van innovatieve producten op basis van het innovatiepartnerschap is niet opnieuw een aanbestedingsprocedure vereist, mits de aankoop plaatsvindt op basis van een overeengekomen prijs- en kwaliteitsniveau (artikel 31 lid 2).³⁴ Het innovatieve partnerschap kan met verschillende partners worden aangegaan (artikel 31 lid 1). Zie verder hierna onder 7.2.

7.2 Procedureverloop

De Klassieke Richtlijn bevat een aantal gewijzigde voorschriften voor het verloop van de diverse aanbestedingsprocedures.

Openbare en niet-openbare procedure

De opzet van de openbare en niet-openbare procedure blijft grotendeels ongewijzigd. Wel worden de minimumtermijnen ingekort (zie hierna onder 7.3).

Mededingingsprocedure met onderhandelingen

Nieuw zijn nadere bepalingen over het procedureverloop van de mededingingsprocedure met onderhandelingen. Zo wordt toegelicht dat aanbestedende diensten bij de beschrijving van de opdracht *minimumeisen* moeten vaststellen waaraan de inschrijvingen moeten voldoen. Deze minimumeisen lijken een ruim bestek van zowel technische eisen aan het werk als contract- c.q. uitvoeringsvoorwaarden te bestrijken. De minimumeisen mogen gedurende de procedure niet gewijzigd worden (artikel 29 leden 1 en 5).³⁵ Na indiening van de inschrijvingen vinden de onderhandelingen plaats met het doel de inschrijving te verbeteren. Er mag echter niet over de minimumeisen of gunningcriteria worden onderhandeld. De gegadigden kunnen vervolgens aangepaste inschrijvingen indienen. Uiteindelijk dienen zij definitieve inschrijvingen in waarover niet meer onderhandeld wordt en op basis waarvan gunning plaatsvindt (artikel 29 leden 2 en 3 en 7).

Innovatiepartnerschap

Het procedureverloop tot gunning van het innovatiepartnerschap komt grotendeels overeen met dat van de mededingingsprocedure met onderhandelingen: de aanbestedende dienst dient minimumeisen te bepalen en er vinden onderhandelingen plaats.

Bij de selectie van gegadigden moeten in het bijzonder criteria worden gehanteerd op het gebied van onderzoek, ontwikkeling en vernieuwing (artikel 31 leden 1, 3, 5 en 6).

Concurrentiegerichte dialoog

Het procedureverloop van de concurrentiegerichte dialoog blijft grotendeels ongewijzigd. Toegevoegd is dat de aanbestedende dienst en de winnende inschrijver mogen *onderhandelen*. Die onderhandelingen hebben als doel ‘de in de inschrijving vervatte financiële toezeggingen of andere voorwaarden te bevestigen en de voorwaarden van de opdracht af te ronden.’ De onderhandelingen mogen echter niet leiden tot materiele wijziging van essentiële aspecten van de inschrijving of de omschreven behoeften en voorschriften, en evenmin tot vervalsing van de mededinging (artikel 30 lid 7).

Net als onder de Oude Richtlijn bevat de Klassieke Richtlijn geen nadere procedurevoorschriften voor de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking.

7.3 Termijnen

De minimumtermijnen voor het indienen van verzoeken tot deelneming en de inschrijvingen zijn verkort.³⁶ Bij de openbare procedure, de niet-openbare procedures en de mededingingsprocedure met onderhandeling kan de minimumtermijn bovendien verkort worden in geval van urgentie (artikelen 27 lid 3, 28 lid 6 en 29 lid 1).³⁷ In geval van elektronische inschrijving kunnen de termijnen verder worden verkort (artikelen 27 lid 4, 28 lid 5 en 29 lid 1). Bij de niet-openbare procedure en de mededingingsprocedure met onderhandeling wordt, voor niet-centrale aanbestedende diensten, de mogelijkheid geïntroduceerd om de termijn voor inschrijving in onderling overleg met de gegadigden te bepalen (artikelen 28 lid 4 en 29 lid 1). Onder omstandigheden kan ook verlenging van de minimumtermijn aangewezen zijn (artikel 47). Bijvoorbeeld indien de aanbestedingsstukken wezenlijk zijn gewijzigd (artikel 47 lid 3 sub b).³⁸

8. Raamovereenkomsten

Nieuw aan het artikel 33 (betreffende raamovereenkomsten) is de tussenvariant genoemd in lid 4 sub b. De mogelijkheid wordt geboden om een raamovereenkomst te sluiten met meerdere ondernemers, waarbij slechts voor een aantal van de

³⁴ Zie ook considerans 48.

³⁵ Vgl. HvJ EU 5 december 2013, C-561/12 (*Nordecon*), r.o. 37-39.

³⁶ Zie artikelen 27 lid 1 (openbare procedure); 28 lid 1 en 2 (niet-openbare procedure); 29 lid 1 (mededingingsprocedure met onderhandeling); 30 lid 1 (concurrentiegerichte dialoog); 31 lid 1 (innovatiepartnerschap).

³⁷ Zie ook considerans 46 (in fine).

³⁸ Bij versnelde procedures ex 27 lid 3 of 28 lid 6 is deze verlenging gefixeerd op vier dagen. In overige gevallen moet de verlenging evenredig zijn aan het belang van de informatie of wijziging.

nadere opdrachten die aan deze ondernemers zullen worden verstrekt, gebruik wordt gemaakt van mini-competities. Dat wil zeggen dat deels al vast ligt dat bepaalde opdrachten door een bepaalde ondernemer worden verricht. De overige opdrachten worden via mini-competities gegund aan de ondernemers die partij zijn bij de raamovereenkomst.

Verder is interessant dat in considerans 60 is bepaald dat raamovereenkomsten niet mogen worden gebruikt door aanbestedende diensten die daarin niet zelf worden vermeld. Van meet af aan moet duidelijk worden aangegeven welke aanbestedende diensten partij zijn bij een specifieke raamovereenkomst.

9. Dynamisch aankoopstelsel

Het dynamisch aankoopstelsel is bedoeld voor aankopen voor courant gebruik en staat via een elektronisch proces open voor elke ondernemer die voldoet aan de selectiecriteria.

In de Klassieke Richtlijn zijn de regels met betrekking tot dynamische aankoopssystemen vereenvoudigd. Waar op grond van de Oude Richtlijn gegadigden een indicatieve inschrijving moesten indienen alvorens zij konden worden toegelaten tot het dynamische aankoopstelsel, is dat op basis van de Klassieke Richtlijn niet meer geboden (artikel 34).

Gedurende de gehele geldigheidstermijn van het dynamische aankoopstelsel kan elke ondernemer verzoeken te mogen deelnemen aan het stelsel. Aanbestedende diensten zijn echter niet meer verplicht een vereenvoudigde aankondiging van een opdracht te publiceren aan (nog) niet tot het stelsel toegelaten ondernemingen, voordat zij een oproep tot mededinging uitschrijven met betrekking tot een specifieke opdracht.

10. Technische specificaties, keurmerken

10.1 Technische specificaties

Technische specificaties bepalen de kenmerken waaraan het product, het werk of de dienst moet voldoen. Artikel 42 van de Klassieke Richtlijn komt grotendeels overeen met artikel 23 van de Oude Richtlijn. Wel is de redactie gewijzigd en zijn de voorschriften met betrekking tot technische specificaties aangevuld. Zo is opgenomen dat technische specificaties gerelateerd kunnen zijn aan verschil-

lende stadia van de levenscyclus van de werken, leveringen of diensten.³⁹ Lid 1 bepaalt dat technische specificaties mede betrekking kunnen hebben op specifieke processen of specifieke methoden van productie of uitvoering van de gevraagde werken, leveringen of diensten, of op een specifiek proces van een ander stadium van de levenscyclus. Dat is zelfs mogelijk wanneer deze factoren niet tot de materiële essentie van de werken, leveringen of diensten behoren (mits de technische specificaties verband blijven houden met het voorwerp van de opdracht). Voorts kunnen de technische specificaties bepalen of de overdracht van intellectuele-eigendomsrechten vereist zal zijn.

10.2 Keurmerken

In de Klassieke Richtlijn is een apart artikel over keurmerken opgenomen (artikel 43). Het artikel regelt onder welke voorwaarden de aanbestedende dienst een bepaald keurmerk kan eisen van inschrijvers als bewijs dat de gevraagde werken, diensten of leveringen overeenstemmen met de vereiste voorschriften.⁴⁰

Interessant is de 'hardheidsclausule' in de laatste alinea van het eerste lid. Hierin staat dat een ondernemer die geen keurmerk kan overleggen, terwijl hem dat niet kan worden aangerekend, in de gelegenheid moet worden gesteld om andere geschikte bewijsmiddelen zoals een technisch dossier te overleggen. De ondernemer moet daarmee aantonen dat de door hem te leveren werken, leveringen of diensten voldoen aan het door de aanbestedende dienst aangegeven specifieke keurmerk of aan de specifieke eisen.

11. Verdeling in percelen

Om de betrokkenheid van het midden- en kleinbedrijf bij de aanbestedingsmarkt te bevorderen, moeten aanbestedende diensten ertoe worden aangezet grote opdrachten in percelen te verdelen (considerans 78). In artikel 46 lid 1 van de Klassieke Richtlijn is bepaald dat aanbestedende diensten *kunnen* besluiten een opdracht te gunnen in afzonderlijke percelen. Indien hiertoe niet wordt overgegaan dient een aanbestedende dienst de reden daarvan in de aanbestedingsstukken toe te lichten.⁴¹

Opmerkelijk is dat in de considerans is verwoord dat de aanbestedende dienst de plicht zou moeten hebben te overwegen of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen, maar dat hij autonoom iedere door hem relevant geachte reden moet kunnen

³⁹ Vgl. considerans 74. Het begrip 'levenscyclus' is gedefinieerd in artikel 2 lid 1 sub 20.

⁴⁰ Vgl. ook HvJ EU 10 mei 2012, C-368/10 (*Commissie/Nederland*).

⁴¹ Let wel, het gaat hier natuurlijk om verdeling in percelen die allen wél worden aanbesteed. Artikel 5 lid 3 van de richtlijn bepaalt immers dat een aanbestedende dienst een opdracht niet in stukjes mag knippen om zo de aanbestedingsplicht te ontduiken.

laten gelden, zonder administratief of gerechtelijk toezicht. Dit suggereert dat een aanbestedende dienst kan beslissen om een opdracht niet in percelen te verdelen, zonder dat een derde die beslissing aan een rechter kan voorleggen (nog los van de vraag of het al dan niet een geclusterde opdracht zou betreffen). Als voorbeelden voor de motivatie om een opdracht niet in percelen te verdelen worden genoemd: dreigende beperking mededinging; uitvoering van het contract wordt technisch uitzonderlijk moeilijk en te duur; de noodzaak tot coördinatie tussen de verschillende aannemers voor de percelen dreigt de goede uitvoering van de opdracht ernstig te ondermijnen.

In het tweede lid van artikel 46 is bepaald dat in de aankondiging van de opdracht moet worden vermeld of inschrijvingen mogen worden ingediend voor één, meer of alle percelen. Zelfs indien er inschrijvingen mogen worden ingediend voor meer of alle percelen, kan een aanbestedende dienst het aantal percelen dat aan één inschrijver wordt gegund beperken. Zulks op voorwaarde dat het maximum aantal percelen per inschrijver in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot bevestiging van de belangstelling is aangegeven.

Uit considerans 79 volgt dat het mogelijk moet zijn voor een aanbestedende dienst - indien dit vooraf duidelijk is aangegeven - om op basis van een vergelijkende beoordeling van de inschrijvingen alsnog te bepalen dat een opdracht voor alle percelen gezamenlijk wordt gegund aan één inschrijver. Het moet dan wel zo zijn dat de inschrijvingen die door een bepaalde inschrijver voor een specifieke combinatie van percelen worden ingediend, als geheel genomen, beter aan de gunningscriteria voor deze percelen voldoen dan inschrijvingen voor ieder perceel afzonderlijk.

Het artikel zelf geeft geen inhoudelijke invulling aan de wijze van perceelindeling. Daarvoor moet in de considerans worden gekeken⁴², waaruit volgt dat de indeling zowel kwantitatief als kwalitatief kan plaatsvinden. Bij kwantitatieve verdeling kunnen percelen bijvoorbeeld op de capaciteit van het midden- en kleinbedrijf worden aangepast. Bij kwalitatieve verdeling gaat het om een verdeling die aansluit bij bijvoorbeeld specialisaties binnen het midden- en kleinbedrijf, dan wel op de verschillende vervolgfases van het project.

In Nederland zal dit artikel waarschijnlijk beperkte wijzigingen met zich meebrengen. Op dit moment is opdelen in percelen geregeld in de artikelen 2.14,

2.18 en 2.19 Aanbestedingswet 2012 en is er het clusterverbod in artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012. Ook via het Aanbestedingsbesluit en de Gids Proportionaliteit (§ 3.3.2) wordt met zoveel woorden opdeling in percelen voorgeschreven als middel om de (succesvolle) deelname van het midden- en kleinbedrijf aan aanbestedingsprocedures te vergroten.

12. Selectie en gunning

12.1 Algemene beginselen/herstel omissies

Artikel 56 bevat 'algemene beginselen' voor selectie en gunning. Nieuw is de - meer uitgebreide regeling - dat aanbestedende diensten kunnen besluiten een opdracht niet te gunnen aan de inschrijver die de economisch meest voordelige inschrijving heeft ingediend, indien de aanbestedende dienst heeft vastgesteld dat de inschrijving niet voldoet aan bepaalde milieu-, sociale of diverse arbeidsrechtelijke eisen (artikelen 56 lid 1 en 18 lid 2).

Artikel 56 lid 3 bevat een regeling over het aanvullen van onvolledigheden of onjuistheden in de door ondernemers ingediende informatie. De aanbestedende dienst mag dan gelegenheid bieden tot herstel, mits de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen.⁴³ Dit heeft mogelijk tot gevolg dat in de Aanbestedingswet 2012 een nadere regeling wordt opgenomen over het aanvullen van gegevens. Thans bepaalt artikel 2.55 Aanbestedingswet 2012 enkel dat de aanbestedende dienst kan vragen de inschrijving aan te vullen met het oog op de uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen en selectiecriteria.⁴⁴

12.2 Uitsluitingsgronden/past performance/'zelfreiniging'

Artikel 45 van de Oude Richtlijn bevat *verplichte* uitsluitingsgronden (lid 1) en *facultatieve* uitsluitingsgronden (lid 2). Deze lijst is in beginsel limitatief.⁴⁵ De gronden worden in artikel 57 van de Klassieke Richtlijn gewijzigd en verduidelijkt.

De lijst met *verplichte* uitsluitingsgronden is overgenomen in lid 1. Toegevoegd zijn terroristische gedragingen (sub d) en kinderarbeid of andere vormen van mensenhandel (sub f). Nieuw is ook de verduidelijking dat uitsluiting moet volgen in geval van (kort gezegd) een onherroepelijke veroordeling van personen van de bestuurs-, leidinggevende of

42 Overweging 78 e.v.

43 Zie daarover HvJ EU 10 oktober 2013, C-336/12 (*Manova*) en HvJ EU 29 maart 2012, C-599/10 (*SAG*).

44 Vgl. bijv. artikelen 2.12.7 en 3.13.7 ARW 2012.

45 Bijv. HvJ EU 13 december 2012, C-465/11 (*Pocztka Polska*) r.o. 38-39; HvJ EG 16 december 2008, C-213/07 (*Michaniki*), r.o. 43-44; HvJ EG 9 februari 2006, C-226/04 en C-228/04 (*La Cascina*), r.o. 22.

toezichthoudende organen. Het niet voldoen aan belasting-, sociale zekerheidsverplichtingen is ‘gepromoveerd’ van een facultatieve naar een verplichte uitsluitingsgrond, mits zulks is vastgesteld bij onherroepelijke rechterlijke of administratieve beslissing. In andere gevallen - dus zonder zo’n onherroepelijke beslissing - blijft deze uitsluitingsgrond facultatief (lid 2). Overigens kan worden afgeweken van verplichte uitsluiting op deze grond indien dit bijvoorbeeld kennelijk onredelijk zou zijn of slechts kleine bedragen aan belastingen of premies niet zijn voldaan (lid 3).

Artikel 57 lid 4 bevat de *facultatieve* uitsluitingsgronden. De lijst is uitgebreid met het niet voldoen aan milieu- sociale en arbeidsrechtelijke regelgeving (sub a); het sluiten van overeenkomsten tussen ondernemers die de mededinging vervalsen (sub d); de in artikelen 24 en 41 bedoelde belangenconflicten respectievelijk voorafgaande betrokkenheid (sub e en f); en pogingen tot onrechtmatige beïnvloeding van het aanbestedingsproces (sub i).⁴⁶ Voorts is aan de uitsluiting op grond van een ernstige fout van de ondernemer in de uitoefening van beroep of bedrijf de restrictie toegevoegd ‘*waardoor zijn integriteit in twijfel kan worden getrokken*’ (sub c).⁴⁷

Ook nieuw is de mogelijkheid om een ondernemer uit te sluiten indien deze bij eerdere opdrachten voor een aanbestedende dienst aanzienlijk of herhaaldelijk tekortschoot en dit heeft geleid tot vroegtijdige beëindiging van die opdracht, schadevergoeding of vergelijkbare sancties (sub g). Met deze uitsluitingsgrond vanwege de ‘past performance’, voorziet de Klassieke Richtlijn in een lang gekoesterde wens van veel aanbestedende diensten. Regelmatig worden zij namelijk geconfronteerd met marktpartijen waarmee zij slechte ervaringen hebben, zonder dat zij die ervaring mee kunnen laten wegen in een volgende aanbestedingsprocedure.

Artikel 57 bevat meer concrete mogelijkheden om een ondernemer niet uit te sluiten, ondanks dat op hem een uitsluitingsgrond toepasselijk is. Het betreft bijvoorbeeld gevallen waarbij de ondernemer heeft aangetoond dat hij (i) de schade veroorzaakt door zijn gedragingen heeft vergoed; (ii) de feiten en omstandigheden heeft opgehelderd door actief samen te werken met de onderzoekende autoriteiten; dan wel (iii) maatregelen heeft genomen om de gedragingen in de toekomst te voorkomen (zelfreïning) (lid 6).

Op grond artikel 57 lid 7 dienen de lidstaten in hun nationale recht de maximumduur van de uitsluiting te bepalen, indien de ondernemer geen maatregelen

heeft getroffen om zijn betrouwbaarheid aan te tonen.

De diverse wijzigingen maken aanpassing van artikelen 2.86-2.88 Aanbestedingswet 2012 noodzakelijk.

12.3 Uniform Europees Aanbestedingsdocument

Artikel 59 introduceert het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (‘UEA’) dat is bedoeld om de administratieve lasten van de deelname aan een aanbesteding te beperken. Het betreft een geactualiseerde eigen verklaring, die de deelnemers aan een aanbestedingsprocedure kunnen indienen. Het UEA bestaat uit een formele verklaring van de ondernemer dat geen uitsluitingsgronden van toepassing zijn en/of dat aan de selectiecriteria wordt voldaan. Ook vermeldt het UEA welke overheidsinstantie of derde verantwoordelijk is voor het vaststellen van de bewijsmiddelen en bevat zij een formele verklaring dat de ondernemer in staat zal zijn om op verzoek en onverwijld die bewijsstukken te leveren. Een ondernemer behoeft de bewijsstukken niet aan te leveren indien deze gratis door de aanbestedende dienst kunnen worden verkregen door raadpleging van een nationale databank (lid 5). In dat geval dient het UEA het internetadres van de databank te bevatten (lid 1).

Indien de ondernemer beroep doet op de draagkracht van andere entiteiten dient het UEA ook informatie over die entiteiten te bevatten, zoals de niet-toepasselijkheid van uitsluitingsgronden en de bevestiging dat aan één of meer selectiecriteria wordt voldaan.

Het model eigen verklaring dat op grond van de Aanbestedingswet 2012 verplicht moet worden gebruikt, zal op basis van dit artikel in de Klassieke Richtlijn moeten worden aangepast. Bovendien is het zaak dat er een nationale databank komt waarin de relevante informatie over ondernemers te vinden zal zijn. De Commissie heeft een elektronisch systeem, genaamd e-Certis, laten ontwikkelen voor het vereenvoudigen van (grensoverschrijdende) uitwisseling van certificaten en ander documentair bewijs. Aanbestedende diensten moeten van dit systeem gebruik gaan maken en ervoor zorgen dat de informatie die erin wordt opgeslagen voortdurend wordt geactualiseerd (artikel 61).

12.4 Omzeteisen

In artikel 58 van de Klassieke Richtlijn is bepaald dat de minimumjaaromzet die van de ondernemers

⁴⁶ Zie hiervoor onder par. 5.1.

⁴⁷ Vgl. zaak *Poczta Polska*, r.o. 27-32.

kan worden verlangd, *maximaal twee keer* de geraamde waarde van de opdracht mag bevatten, behalve in naar behoren gemotiveerde gevallen. Het uitgangspunt in de Aanbestedingswet 2012 is dat *geen* eisen worden gesteld ten aanzien van de omzet, tenzij de aanbestedende dienst dit met zwaarwegende argumenten motiveert in de aanbestedingsstukken.⁴⁸ Indien dit laatste gebeurt, mag de omzeteis op grond van de Aanbestedingswet 2012 niet hoger zijn dan *driemaal* de geraamde waarde van de opdracht.⁴⁹ De Aanbestedingswet 2012 zal op dit punt dus moeten worden aangepast.

Als voorbeeld van omstandigheden waarin een strengere omzeteis mag worden gesteld, worden in artikel 58 lid 3 genoemd opdrachten waaraan bijzondere risico's kleven gelet op de aard van de werken, diensten of producten. In considerans 83 wordt in dat verband nog vermeld dat strengere omzeteisen ook zullen zijn toegestaan indien de tijdige en juiste uitvoering van de opdracht van cruciaal belang is, bijvoorbeeld omdat dit een noodzakelijke voorwaarde is voor de uitvoering van andere opdrachten.

12.5 Beroep op draagkracht andere entiteiten

De regels inzake de mogelijkheid voor een inschrijver om zich op de economische en financiële draagkracht van andere entiteiten te beroepen zijn aangescherpt. Zo bepaalt artikel 63 lid 1 van de Klassieke Richtlijn dat de aanbestedende dienst moet nagaan of er uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 57 van toepassing zijn op de entiteiten op wier draagkracht de ondernemer zich wil beroepen. Voorts bepaalt artikel 63 lid 1 dat de aanbestedende dienst moet verlangen dat de ondernemer een entiteit, waartegen dwingende gronden tot uitsluiting bestaan, vervangt. Ten aanzien van een entiteit waarbij er een niet-dwingende uitsluitingsgrond aanwezig is, kan de aanbestedende dienst eisen van de ondernemer dat deze wordt vervangen. De lidstaten kunnen overigens opleggen dat de aanbestedende dienst dit eist.

Artikel 63 lid 1 bepaalt daarnaast dat een aanbestedende dienst kan verlangen dat de ondernemer en de entiteit op wiens draagkracht de ondernemer zich beroept hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de uitvoering van de opdracht.

In artikel 63 lid 2 is voor bepaalde opdrachten geregeld dat de aanbestedende dienst kan eisen dat

bepaalde kritieke taken rechtstreeks door de inschrijver zelf worden verricht.

12.6 Gunningscriteria

De keuzemogelijkheid tussen gunning op basis van de economisch meest voordelige inschrijving ('EMVI') *enerzijds* en gunning op basis van (enkel) het criterium laagste prijs *anderzijds* (artikel 53 lid 1 van de Oude Richtlijn) is komen te vervallen. Artikel 67 lid 1 van de Klassieke Richtlijn bepaalt dat gunning zal moeten plaatsvinden op basis van de EMVI. Het betreft een afwijkend begrip van dat in de Oude Richtlijn. Er moet altijd voor de economisch beste oplossing worden gekozen, doelend op de 'beste prijs-kwaliteitverhouding'.⁵⁰

De EMVI wordt vastgesteld op basis van de prijs of kosten, kosteneffectiviteit (zoals levenscycluskosten), waarbij onder meer de beste prijs-kwaliteitverhouding in aanmerking kan worden genomen (lid 2). Om de beste prijs-kwaliteitverhouding te bepalen bevat lid 2 een (niet-uitputtende) lijst van - deels nieuwe - criteria. Nieuw is bijvoorbeeld het criterium van '*de organisatie, de kwalificatie en de ervaring van het personeel voor de uitvoering van de opdracht, wanneer de kwaliteit van dat personeel een aanzienlijke invloed kan hebben op het niveau van de uitvoering van de opdracht*' (sub b). Daarmee wordt het strikte onderscheid tussen *enerzijds* eisen ter beoordeling van de inschrijver (minimumeisen/geschiktheidseisen/selectiecriteria) en *anderzijds* eisen ter beoordeling van de inschrijving (gunningscriteria) wat versoepeld. Dit zal zijn toegestaan indien de kwaliteit van het personeel van betekenis is voor het prestatieniveau van de opdracht. Met name bij intellectuele diensten, zoals adviesdiensten of architectuurdiensten lijkt dat toelaatbaar.⁵¹ Een ander voorbeeld zou kunnen zijn opdrachten waarbij een traject van intensieve samenwerking tussen opdrachtgever en opdrachtnemer plaatsvindt.

In de laatste alinea van lid 2 van artikel 67 staat dat de lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende diensten de prijs of de kosten niet als enige gunningscriterium mogen hanteren. Ook kan worden bepaald dat de toepassing ervan wordt beperkt tot bepaalde categorieën aanbestedende diensten of bepaalde soorten opdrachten.

Nieuw is verder het hierboven genoemde criterium van de levenscycluskosten. Deze worden verder uitgewerkt in artikel 68 van de Klassieke Richtlijn. Levenscycluskosten zijn alle kosten gedurende de

48 Art. 2.90 lid 3 Aanbestedingswet 2012.

49 Art. 2.90 lid 4 sub a Aanbestedingswet 2012.

50 Zie ook considerans 89 e.v.

51 Zie ook considerans 94.

levenscyclus van een product dienst of werk, te weten de kosten gedragen door de aanbestedende dienst of andere gebruikers (waaronder kosten voor verwerving, gebruik, onderhoud en kosten volgend uit het einde van de levenscyclus) en kosten uit externe milieueffecten (lid 1). Wanneer levenscycluskosten worden betrokken in de gunningcriteria, moeten de aanbestedingsdocumenten vermelden welke (objectieve en niet-discriminerende) methoden worden gebruikt voor de berekening van die levenscycluskosten (lid 2).

De systematiek van de Klassieke Richtlijn wijkt sterk af van de artikelen 2.113-2.115 Aanbestedingswet 2012. Zo kent de Aanbestedingswet 2012 het systeem waarbij in gemotiveerde gevallen nog uitsluitend op basis van de laagste prijs gegund mag worden. Voorts ontbreekt de regeling over levenscycluskosten. Ook op dit onderdeel is aanpassingen van de Aanbestedingswet 2012 nodig.

12.7 Abnormaal lage inschrijvingen

Artikel 69 van de Klassieke Richtlijn bevat een regeling betreffende abnormale inschrijvingen die in grote mate overeenkomt met die in artikel 55 van de Oude Richtlijn. Een interessant verschil is dat het nieuwe artikel 69 stelt dat de aanbestedende dienst ondernemers *verplicht* om de inschrijving nader toe te lichten wanneer die abnormaal laag lijkt te zijn. Onder het oude artikel 55 hoefde de aanbesteder alleen te verzoeken om verduidelijking.

Het tweede lid noemt zes concrete elementen waarop de toelichting van de inschrijver, die vermoedelijk een abnormaal lage inschrijving heeft ingediend, betrekking kan hebben.

Uit lid 3 volgt dat een aanbestedende dienst een inschrijving alleen kan afwijzen wanneer het lage niveau van de aangerekende prijzen of kosten niet genoegzaam wordt gestaafd door het bewijsmateriaal, rekening houdend met de in lid 2 genoemde elementen. Daarnaast staat in dit lid dat aanbestedende diensten de inschrijving afwijzen wanneer deze abnormaal laag is, omdat zij niet voldoet aan de in artikel 18 lid 2 genoemde verplichtingen (milieu-, sociaal en arbeidsrecht). Dit laatste is nieuw ten opzichte van artikel 55 Oude Richtlijn en artikel 2.116 Aanbestedingswet 2012.

Opvallend is dat ten opzichte van het voorstel van de Commissie voor de nieuwe richtlijnen niet een meer concrete invulling is gegeven van *wat* onder

abnormaal laag moet worden verstaan. Aanbestedende diensten moeten wat dat betreft dus weer zelf die inschatting maken (eventueel bijgestaan door de jurisprudentie daartoe).⁵²

13. Onderaanneming

De regeling inzake onderaanneming in artikel 71 van de Klassieke Richtlijn is sterk uitgebreid ten opzichte van de regeling in artikel 25 van de Oude Richtlijn.

In de eerste plaats is in het eerste lid de verplichting opgenomen voor de bevoegde nationale instanties om erop toe te zien dat onderaannemers voldoen aan de toepasselijke verplichtingen op het gebied van het milieu- sociaal en arbeidsrecht.⁵³ In lid 6 van artikel 71 wordt een tweetal maatregelen genoemd ter voorkoming van inbreuken op deze verplichtingen. Zo kunnen de lidstaten aan aanbestedende diensten de verplichting opleggen om te controleren of de uitsluitingsgronden als bedoeld in artikel 57 van de Klassieke Richtlijn op de ingeschakelde onderaannemers van toepassing zijn. Indien dat het geval blijkt te zijn, dient de aanbestedende dienst de desbetreffende onderaannemer te vervangen. In de tweede plaats biedt het artikel de lidstaten de mogelijkheid een regeling te treffen op grond waarvan de aanbestedende dienst verschuldigde betalingen rechtstreeks aan de onderaannemers overmaakt. Zulks al dan niet op verzoek van de desbetreffende onderaannemer (zie lid 3 en lid 7). Indien voor deze mogelijkheid wordt gekozen moeten maatregelen worden getroffen, zodat de hoofdaannemer zich tegen onverschuldigde betalingen kan verzetten. Deze wijze van betaling moet blijken uit de aanbestedingsstukken.

In de derde plaats bevat lid 5 de verplichting voor aanbestedende diensten om in bepaalde gevallen, met name wanneer de werken en diensten onder rechtstreeks toezicht van de aanbestedende dienst moeten worden uitgevoerd, van de hoofdaannemer te verlangen dat hij de volgende gegevens van de onderaannemers: naam, contactgegevens en wettelijke vertegenwoordigers.

14. Diensten met verlicht regime

Artikelen 74 e.v. regelen de procedure voor bepaalde diensten, met een waarde boven het drempelbedrag van € 750.000 ex btw, waarvoor een verlicht regime geldt (zie hiervoor onder 2.4).

52 Het voorstel bepaalde dat de aanbestedende dienst om toelichting moest vragen bij een ondernemer wanneer er 5 of meer inschrijvingen waren en de inschrijving 50% lager lag dan het gemiddelde van de andere inschrijvingen en 20% lager dan die van de nummer 2. De considerans verklaart niet waarom deze precisering is weggevallен maar voor de hand ligt dat kennelijk niet op voorhand op deze wijze met zekerheid valt in te kaderen wat abnormaal laag is.

53 In dit verband wordt in lid 1 van art. 71 verwezen naar art. 18 lid 2 van de Klassieke Richtlijn.

Voorafgaande aankondiging is verplicht (artikel 75). Verder moeten de lidstaten op nationaal niveau nadere regels stellen voor het gunnen van deze opdrachten, om ervoor te zorgen dat de aanbestedende diensten de beginselen van transparantie en gelijkheid naleven (artikel 76). Het staat de lidstaten in beginsel verder vrij de procedureregels te bepalen. Wel moeten die regels rekening houden met onder meer de kwaliteit van de diensten en de specifieke behoeften van verschillende categorieën van gebruikers.

Voor een aantal specifiek benoemde diensten geldt dat de aanbestedende dienst deze mag voorbehouden aan bepaalde organisaties voor een periode bij toerbeurt van maximaal drie jaar (artikel 77 leden 1 en 3). Een dergelijke organisatie moet voldoen aan bepaalde eisen, zoals het hebben van een specifieke doelomschrijving, winstbestemming en beheers- en eigendomsstructuur (lid 2).

15. Wezenlijke wijziging van opdrachten

De Oude Richtlijn kent geen bijzonder regime voor het wijzigen van overheidsopdrachten en/of raamovereenkomsten gedurende de looptijd daarvan. Wel heeft het HvJ EU zich over dit onderwerp in verschillende arresten uitgelaten.⁵⁴ In artikel 72 van de Klassieke Richtlijn wordt deze jurisprudentie in belangrijke mate gecodificeerd en worden ook nieuwe elementen toegevoegd. Het artikel beschrijft de mogelijkheden en beperkingen voor aanbestedende diensten, die een opdracht of een raamovereenkomst gedurende de looptijd daarvan (wezenlijk) willen wijzigen. Nu het een nieuw wettelijk regime betreft, dat naar onze mening zeer belangrijk is voor de praktijk, staan we hier wat uitgebreider bij stil.

De structuur van artikel 72 is als volgt. De eerste drie leden bepalen onder welke omstandigheden wijzigingen tijdens de looptijd van een opdracht of raamovereenkomst zijn toegestaan. In het vierde lid is bepaald dat wezenlijke wijzigingen niet toelaatbaar zijn en wordt aan de hand van een viertal voorwaar-

den uiteengezet wanneer een wijziging geacht moet worden wezenlijk te zijn. Lid vijf bepaalt tot slot dat het doorvoeren van een niet-toegestane wijziging tot een nieuwe aanbestedingsprocedure noopt. Wij werken dit hieronder verder uit.

Opmerkelijk is overigens dat de opbouw van artikel 72 aanzienlijk afwijkt van het artikel over de wezenlijke wijziging dat was opgenomen in de eerder gepubliceerde voorstellen van de Commissie voor de nieuwe richtlijn. Het eerdere artikel begon met een negatieve omschrijving: wat kwalificeert als wezenlijke wijziging welke niet is toegestaan zonder nieuwe aanbesteding. Nu begint het artikel met een opsomming van de wijzigingen die juist wél zijn toegestaan. Ons inziens een belangrijke indicatie dat de Europese wetgever daadwerkelijk de ruimte heeft willen creëren om opdrachten gedurende de looptijd daarvan te kunnen wijzigen (zij het in beperkte mate).

Inhoudelijk bepaalt lid 1 dat opdrachten en raamovereenkomsten mogen worden gewijzigd zonder dat een nieuwe aanbestedingsprocedure hoeft te worden georganiseerd wanneer (kort samengevat)⁵⁵:

- a. die wijzigingen in duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige herzieningsbepalingen in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken zijn opgenomen; of
- b. het door de oorspronkelijk opdrachtnemer uit te voeren aanvullende werken, leveringen of diensten betreft die noodzakelijk zijn geworden en die niet in de oorspronkelijke aanbesteding waren opgenomen, indien verandering van aannemer (i) economisch en/of technisch niet mogelijk is, en (ii) tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden voor de aanbestedende dienst.⁵⁶

Voor beide opties geldt dat de prijsverhogingen niet hoger mogen zijn dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht. Bij opeenvolgende wijzigingen geldt die 50%-grens voor elke afzonderlijke wijziging.

Lid 1 onder sub c geeft een mogelijkheid tot het wijzigen van een opdracht of raamovereenkomst

54 Bijv. HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*), HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (*Presstext*), HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*) en HvJ EU 29 april 2010 C-160/08 (*Commissie/Duitsland*).

55 Dit artikel codificeert feitelijk HvJ EU 29 april 2004, C-496/99 (*Succhi di Frutta*).

56 Deze mogelijkheid was in de Oude Richtlijn opgenomen in de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking. Door deze verplaatsing wordt ons inziens wederom benadrukt dat de ruimte om te wijzigen in deze Klassieke Richtlijn daadwerkelijk is vergroot (dogmatisch is het immers verschillend als het een nieuwe onderhandse gunning betreft of als wijziging van de bestaande opdracht wordt gezien). Van deze wijziging dient de aanbestedende dienst wel een bekendmaking te plaatsen in het Publicatieblad van de Europese Unie.

bij *onvoorziene omstandigheden* indien aan de volgende voorwaarden is voldaan (cumulatief):

- i. de behoefte aan wijziging is het gevolg van omstandigheden die een zorgvuldige⁵⁷ aanbestedende dienst niet kon voorzien;
- ii. de wijziging brengt geen verandering in de algemene aard van de opdracht; en
- iii. waarde van wijziging is niet hoger dan 50% van de waarde van de oorspronkelijke opdracht (zie hierboven).

Lid 1 onder sub d geeft een specifieke wijzigingsmogelijkheid voor het *vervangen van de aannemer* aan wie de aanbestedende dienst de opdracht aanvankelijk had gegend door een nieuwe aannemer, ten gevolge van:

- i. een ondubbelzinnige clause hieromtrent in de aanbestedingsdocumenten⁵⁸; of
- ii. rechtsopvolging onder algemene of gedeeltelijke⁵⁹ titel ten gevolge van herstructurering van de onderneming⁶⁰, mits de opvolgend ondernemer voldoet aan de aanvankelijk vastgestelde criteria voor kwalitatieve selectie en dit geen andere wezenlijke wijzigingen in de opdracht meebrengt; of
- iii. de aanbestedende dienst zelf de verplichtingen van de hoofdaannemer ten aanzien van zijn onderaannemers opneemt, indien overeenkomstig artikel 71 in deze mogelijkheid is voorzien.

Lid 1 sub e bepaalt ten slotte dat wijzigingen zijn toegestaan indien ze niet wezenlijk zijn. Hoe moet worden beoordeeld wat een wezenlijke wijziging is en wat niet, is uitgewerkt in lid 4 (zie hieronder).

Voor de wijzigingsmogelijkheden sub b en sub c geldt een publicatieplicht in het Publicatieblad van de Europese Unie.

Artikel 72 lid 2 bevat een zeer praktische mogelijkheid voor toegestane wijzigingen: zolang de wijziging een bepaald bedrag niet te boven gaat, is deze toegestaan (zonder dat aan andere criteria uit

artikel 72 getoetst hoeft te worden). De wijziging is toegestaan indien het bedrag waarmee die wijziging gepaard gaat lager is dan elk van de volgende bedragen:

- i. de drempels als genoemd in artikel 4 van de Klassieke Richtlijn; en
- ii. 10% van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor levering en diensten en minder dan 15% van de waarde van de aanvankelijke opdracht voor werken.

De wijziging mag de algemene aard van de opdracht of raamovereenkomst evenwel niet veranderen. Verder bepaalt lid 2 - in tegenstelling tot lid 1 - dat bij opeenvolgende wijzigingen de waarde wordt beoordeeld op basis van de netto-cumulatieve waarde van de opeenvolgende wijzigingen.

De handvatten die het HvJ EU in onder meer het arrest *Pressetext*⁶¹ geeft om vast te kunnen stellen wanneer sprake is van een wezenlijke wijziging, worden gecodificeerd in lid 4. In dit lid staat dat een wijziging wordt geacht wezenlijk te zijn indien de opdracht of raamovereenkomst hierdoor materieel verschilt van de oorspronkelijke raamovereenkomst. Dat wordt geacht het geval te zijn indien de wijziging: (i) de potentiële kring van gegadigden wijzigt en de gunning van de opdracht aan een andere inschrijver mogelijk zouden hebben gemaakt, (ii) de economische balans ten faveure van de opdrachtnemer wijzigt, (iii) een aanzienlijke verruiming van het toepassingsgebied te weeg brengt, of (iv) de aannemer wordt vervangen, anders dan op de wijze voorzien in lid 1 sub d.

Overigens lijkt het vierde lid daarmee stringenter geformuleerd dan het arrest *Pressetext*. Immers, het Hof bepaalde in *Pressetext* dat het voldoen aan één van de daarin omschreven criteria een wezenlijke wijziging *kan opleveren*, terwijl uit artikel 72 lijkt te volgen dat het voldoen aan één van die criteria een wezenlijke wijziging *oplevert*. Daarentegen zijn bij amendement 1351 de woorden *in elk geval* komen te vervallen in de volgende zinsnede van het artikel: [...] een wijziging wordt] *in elk*

57 Voor invulling van het zorgvuldigheidsvereiste biedt considerans 109 aanknopingspunten: '*Aanbestedende diensten kunnen worden geconfronteerd met externe omstandigheden die zij niet konden voorzien bij het plaatsen van de opdracht, met name wanneer de uitvoering van de opdracht zich over een langere termijn uitstrekt. In dat geval is enige flexibiliteit vereist om de opdracht zonder nieuwe aanbestedingsprocedure aan deze omstandigheden aan te passen. Het begrip onvoorziebare omstandigheden betreft omstandigheden die niet konden worden voorzien ondanks een normaal zorgvuldige voorbereiding van de aanvankelijke gunning door de aanbestedende dienst, rekening houdend met de beschikbare middelen, de aard en de kenmerken van het specifieke project, de goede 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. Dit is echter niet van toepassing in gevallen waarin een wijziging tot een verandering van de aard van de gehele aanbesteding leidt, bijvoorbeeld als werken, leveringen of diensten worden vervangen door iets anders of als het soort aanbesteding wezenlijk wordt veranderd, aangezien dan kan worden aangenomen dat het resultaat is beïnvloed.'*

58 Wel zij gewezen op rechtsoverweging 39 van HvJ EU 13 april 2010, zaak C-91/08 (Wall): '*Een vervanging van een onderaannemer kan, zelfs indien de overeenkomst in deze mogelijkheid voorziet, in uitzonderlijke gevallen een [niet toegestane wezenlijke wijziging] van de concessieovereenkomst vormen [...]*

59 Bedoeld zal zijn: *bijzondere* (titel) in plaats van gedeeltelijke titel.

60 Onder meer door overname, fusie, acquisitie of insolventie.

61 HvJ EU 19 juni 2008, C-454/06 (*Pressetext*).

geval geacht wezenlijk te zijn wanneer aan een van de volgende voorwaarden is voldaan [volgen de *Presstext* criteria].⁶² Dit laatste suggereert dat er in ieder geval ruimte voor discussie blijft of iets nu wel of geen toegestane (wezenlijke) wijziging is als het aan de in dit artikel 72 lid 4 gecodificeerde criteria van *Presstext* voldoet.

Het sluitstuk is lid 5 dat bepaalt dat voor andere wijzigingen dan de in de leden 1 en 2 genoemde, een nieuwe aanbestedingsprocedure noodzakelijk is.

16. Beëindiging van opdrachten

Artikel 73 van de Klassieke Richtlijn is nieuw ten opzichte van de Oude Richtlijn. Het artikel verplicht de lidstaten om ervoor te zorgen dat in drie gevallen een gegunde overheidsopdracht beëindigd kan worden:

- i. als er sprake is van een niet toegestane wezenlijke wijziging ingevolge artikel 72 (zie hiervoor onder 15);
- ii. wanneer alsnog blijkt dat de aannemer ten tijde van de gunning uitgesloten had moeten worden⁶³;
- iii. het HvJ EU heeft geoordeeld dat de opdracht een ernstige inbreuk vormt op de Verdragen of de Klassiek Richtlijn.⁶⁴

Ook dit artikel noopt tot aanpassing van de Aanbestedingswet 2012.

17. Handhaving / Monitoring

In de Klassieke Richtlijn zijn diverse bepalingen opgenomen op het gebied van publiek toezicht op aanbestedingsprocedures.

Artikel 83 lid 2 bevat de verplichting voor lidstaten om de toepassing van de regels van de richtlijn te controleren. Daartoe moet elke lidstaat ingevolge lid 1 erop toezien dat een autoriteit, instantie of structuur dat toezicht uitoefent en de taken uitvoert als vastgelegd in dit artikel 83. Uit de tekst kan worden afgeleid dat het niet vereist is dat er een specifiek nieuw orgaan wordt opgericht; er kan gebruik worden gemaakt van een bestaande organisatie.

Lid 3 bepaalt dat de aangewezen organisatie maximaal eens in de drie jaar (vanaf 18 april 2017) bij de Europese Commissie een toezichtrapport moet indienen. Dit rapport moet informatie bevatten over de waargenomen aanbestedingsproblematiek zoals

structurele problemen bij het toepassen van de regels, midden- en kleinbedrijf-participatie, maar ook fraude en ernstige onregelmatigheden. De Commissie zal naar aanleiding van de toezichtrapporten een verslag uitbrengen over *best practices* inzake internationaal beleid.

De aangewezen organisatie dient naast zijn monitoringswerkzaamheden ook bepaalde informatie beschikbaar te stellen (lid 4). Deze informatie moet gratis beschikbaar zijn zodat aanbestedende diensten en inschrijvers ondersteuning hebben bij de planning en uitvoering van de aanbestedingsprocedures. Ingevolge lid 5 moet de lidstaat een aanspreekpunt voor de samenwerking met de Europese Commissie instellen.

Lid 6 verplicht aanbestedende diensten om kopieën⁶⁵ bij te houden van alle gesloten overeenkomsten met een waarde van meer dan € 1.000.000 voor leveringen of diensten en € 10.000.000 voor opdrachten voor werken, tenminste gedurende de looptijd van de opdracht. In considerans 126 wordt toegelicht waar deze bewaarplicht toe dient: ten einde de traceerbaarheid en transparantie van de besluitvorming te bevorderen om zo een efficiënte bestrijding van fraude en corruptie mogelijk te maken. De aanbestedende diensten moeten daarom kopieën van contracten met een hoge waarde onder zich houden, waarvan zij *belanghebbenden* inzage kunnen geven (conform de toepasselijke voorschriften inzake de toegang tot documenten).

Artikel 84 bevat voorschriften omtrent het proces-verbaal dat van elke opdracht, raamovereenkomst en dynamisch aankoopstelsel dient te worden opgemaakt door de aanbestedende dienst. Alleen voor opdrachten die op grond van artikel 33 lid 3 (raamovereenkomst met één ondernemer) of 33 lid 4 sub a (raamovereenkomst waarbij de opdracht niet opnieuw voor mededinging wordt opgesteld) behoeft geen proces-verbaal te worden opgesteld. De aanbestedende dienst mag in het proces-verbaal verwijzen naar de aankondiging van de opdracht, indien die alle verplichte informatie bevat. De Europese Commissie en het krachtens artikel 83 aangewezen orgaan kunnen mededeling van het proces-verbaal of de hoofdpunten daarvan verzoeven (artikel 84 lid 3).

Naast dit proces-verbaal moeten aanbestedende diensten ook alle informatie bijhouden die nodig is om besluiten in alle stadia van de procedure te kun-

62 Zie 2011/0438(COD), amendement 1351 als (verder ongemotiveerd) ingediend door Pablo Arias Echeverría.

63 Als gevolg van de dwingende gronden genoemd in artikel 57 lid 1.

64 Als gevolg van een Verdragsschendingsprocedure geëntameerd door de Commissie op grond van artikel 258 VwEU.

65 De verplichting om *kopieën* bij te houden zou als een impliciet en additioneel schriftelijkheidsvereiste beschouwd kunnen worden, indien het woord 'kopie' letterlijk wordt uitgelegd en daaronder niet bijvoorbeeld een geprinte versie van een digitaal document wordt begrepen. Dit lijkt ons gelet op de digitaliseringsdoelstellingen die in de richtlijn zijn opgenomen echter onwaarschijnlijk.

nen motiveren (lid 2). Hieronder valt alle communicatie met inschrijvers, interne beraadslaging en een eventuele dialoog. Er geldt met betrekking tot deze documentatie een bewaarplicht van drie jaar.

De Aanbestedingswet zal op het gebied van publiek toezicht op aanbestedingsprocedures moeten worden aangepast.

18. Consequenties voor de Aanbestedingswet 2012

Zoals uit het voorgaande volgt zal de Aanbestedingswet 2012 op een groot aantal punten moeten worden aangepast en uitgebreid. Voor bepaalde onderwerpen geldt dat onze nationale wetgever

daartoe eerst zelf keuzes zal moeten maken. Op basis van de gemaakte keuzes zullen regelingen moeten worden uitgewerkt, die in de wet kunnen worden verankerd. Dat zal nog een hele klus zijn. Tegelijkertijd menen wij dat de door te voeren wijzigingen niet zó omvangrijk zijn dat de algehele opzet en structuur van de Aanbestedingswet 2012 noodzakelijkerwijs op de schop moet. Voor een aanzienlijk aantal onderwerpen geldt namelijk dat deze al grotendeels in lijn zijn met de regeling in de Klassieke Richtlijn en (zoals in deel 2 van dit artikel zal blijken) de regeling in de Richtlijn Nutssectoren. De Richtlijn Concessies daarentegen is nieuw, dus aan de omzetting daarvan zal de wetgever ook een grote kluit hebben: wij zullen hier nader op in gaan in deel 2 van dit artikel.