

TBR 2014/145

# De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 2)

## De Richtlijn Nutssectoren - wijzigingen ten opzichte van richtlijn 2004/17/EG - en de nieuwe Richtlijn Concessies

Mr. B.J.H. Blaisse-Verkooyen, mr. F. François en mr. E. Verweij<sup>1</sup>

### 1. Inleiding

Dit is het tweede deel van het artikel waarin de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen, die op 28 maart 2014 zijn gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese unie, centraal staan. In het eerste deel, dat is gepubliceerd in de vorige aflevering van dit tijdschrift,<sup>2</sup> zijn de belangrijkste wijzigingen ten opzichte van richtlijn 2014/24/EU (de 'Klassieke Richtlijn') besproken. In dit deel worden de wijzigingen ten opzichte van richtlijn 2014/25/EU (de 'Richtlijn Nutssectoren') behandeld, alsmede de geheel nieuwe richtlijn 2014/23/EU (de 'Richtlijn Concessies').

### 2. richtlijn nutssectoren

#### 2.1 Nieuwe richtlijn nutssectoren

Richtlijn 2004/17/EG geldt voor opdrachten die worden verstrekt in de sectoren water en energievoorziening, vervoer en postdiensten (de nutssectoren). De voorschriften dienen niet alleen in acht te worden genomen door aanbestedende diensten, maar ook door zogenaamde 'overheidsbedrijven' en entiteiten die bijzondere of uitsluitende rechten genieten welke hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend.<sup>3</sup>

De Richtlijn Nutssectoren vervangt richtlijn 2004/17/EG, welke met ingang van 18 april 2016 zal zijn ingetrokken (artikel 107). De wijzigingen in de Richtlijn Nutssectoren komen voor een groot deel overeen met de wijzigingen in de Klassieke Richtlijn.

Ook de Richtlijn Nutssectoren bevat nieuwe c.q. gewijzigde regelingen in verband met (onder meer): gemengde opdrachten (artikel 5); (quasi) inhouse-opdrachten en 'publiek-publieke' samenwerking (artikel 28); belangenconflicten en betrokkenheid in de voorfase (artikel 42, 58 en 59); het innovatiepartnerschap (artikel 49); gezamenlijke (grensoverschrijdende) aanbestedingen (artikel 55 t/m 57); technische specificaties, keurmerken, testverslagen en andere bewijsmiddelen (artikel 60 t/m 63); splitsing in percelen (artikel 65); termijnen (artikel 66); gunningcriteria en levenscycluskosten (artikel 82 en 83); uitvoeringsvoorwaarden (artikel 87); wijziging en beëindiging van opdrachten (artikel 89 en 90).

In het navolgende zal hoofdzakelijk worden ingegaan op nieuwe onderdelen in de Richtlijn Nutssectoren, die niet reeds in het eerste deel van dit artikel bij de bespreking van de Klassieke Richtlijn aan bod zijn gekomen.

#### 2.2 Toepassingsgebied

##### 2.2.1 Definities

De aanbestedingsplichtige subjecten onder de Richtlijn Nutssectoren hebben een eigen definitie gekregen, te weten: 'aangebestede instanties'. Aangebestede instanties zijn (a) aanbestedende diensten of 'overheidsondernemingen' (vergelijkbaar aan 'overheidsbedrijf' onder richtlijn 2004/17/EG) die activiteiten binnen de nutssectoren uitoefenen; en (b) andere entiteiten die activiteiten binnen de nutssectoren uitoefenen en die *bijzondere of uitsluitende rechten* genieten welke door een

<sup>1</sup> Babette Blaisse-Verkooyen, Frédéric François en Erik Verweij zijn advocaten bij Stibbe N.V. te Amsterdam.

<sup>2</sup> B.J.H. Blaisse-Verkooyen, F. François en E. Verweij, 'De nieuwe aanbestedingsrichtlijnen (deel 1). De klassieke Richtlijn - wijzigingen ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG', *TBR* 2014/131, p. 725-741.

<sup>3</sup> Artikel 2 richtlijn 2004/17/EG.

bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend (artikel 4 lid 1).<sup>4</sup>

Daarmee is het begrip ‘aanbestedende instantie’ in zoverre te vergelijken met de definitie van ‘speciale-sectorbedrijf’ in de zin van artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012.

Deze *bijzondere of uitsluitende rechten* worden gedefinieerd als ‘rechten die zijn verleend door een bevoegde autoriteit van een lidstaat door middel van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, die tot gevolg hebben dat de uitoefening van activiteiten binnen de nutssectoren aan één of meer instanties voorbehouden blijft, waardoor de mogelijkheden van andere instanties om dezelfde activiteit uit te oefenen wezenlijk nadelig worden beïnvloed’ (artikel 4 lid 3 en considerans 20). Daaraan wordt toegevoegd dat rechten die zijn verleend middels *procedures* waaraan voldoende bekendheid is gegeven, en waarin de verlening van deze rechten was gebaseerd op objectieve criteria, *geen* bijzondere of uitsluitende rechten vormen. Die *procedures* omvatten aanbestedingsprocedures uit hoofde van het Unierecht.<sup>5</sup> In die gevallen zijn de betreffende entiteiten, die de rechten genieten, dus niet zelf ook nog eens aanbestedingsplichtig onder de Richtlijn Nutssectoren. Dit is in feite een verduidelijking van het uitgangspunt zoals dat al geldt onder richtlijn 2004/17/EG.<sup>6</sup>

## 2.2.2 Gas en warmte

De Richtlijn Nutssectoren verduidelijkt dat de sector ‘verwarming’ - en de aanbestedende instanties actief binnen die sector - onder het toepassingsgebied van de richtlijn vallen (als onderdeel van artikel 8). ‘Koeling’ valt evenwel niet onder het toepassingsgebied van de nutssectoren (maar kan wel onder het bereik van de Klassieke Richtlijn vallen). De Europese wetgever wil de sector koeling eerst nader laten onderzoeken, alvorens (eventueel) hieromtrent wijzigingen aan te brengen. Dat onderzoek dient zich met name te richten tot de mededingings-situatie binnen de sector, de mate van grensoverschrijdende aanbestedingen en de standpunten van belanghebbende partijen (considerans 22).

Gemengde opdrachten voor verwarming én koeling worden beheerst door de richtlijn zoals aangewezen

in de verschillende regels over gemengde opdrachten (considerans 21 en 22).

## 2.2.3 Winning van aardolie en gas

Aanbestedingen voor de *exploratie* van aardolie en gas worden uitgesloten van de toepassingsfeer van de Richtlijn Nutssectoren (artikel 14). Binnen deze sector is vastgesteld dat er een zodanige concurrentiedruk bestaat dat aanbestedingsverplichtingen niet langer nodig zijn. Verduidelijkt wordt dat de *winning* van aardolie en gas wél onder de richtlijn blijft vallen. Onder *exploratie* wordt verstaan: ‘activiteiten die worden ondernomen om na te gaan of zich in een bepaald gebied aardolie en gas bevinden, en indien dit het geval is, of het commercieel exploiteerbaar is.’ *Winning* betreft de *productie* van aardolie en gas. Productie omvat ook *ontwikkeling*, dat wil zeggen “het opzetten van adequate infrastructuur voor toekomstige productie zoals aardolieplatforms, pijpleidingen, terminals, enzovoort” (considerans 25). Die activiteiten vallen dus onder de Richtlijn Nutssectoren.

## 2.2.4 Elektriciteit

De Richtlijn Nutssectoren verduidelijkt dat de levering van elektriciteit ook de productie, groothandelsverkoop en de detailhandelsverkoop van elektriciteit omvat. Benadrukt wordt dat deze verduidelijking geen uitbreiding van het toepassingsgebied van de richtlijn betreft (considerans 23).

## 2.2.5 Vervoer

Verduidelijkt wordt dat de Richtlijn Nutssectoren niet van toepassing is op openbaar personenvervoer per trein of metro (artikel 21 sub g, considerans 35). Die betreffende diensten vallen onder bijzondere (Europese) regelgeving.<sup>7</sup> Evenmin is de richtlijn van toepassing op bepaalde nooddiensten die worden uitgevoerd door non-profitorganisaties of -verenigingen. Die organisaties zouden in hun voortbestaan bedreigd worden, indien de dienstverleners volgens de procedures van de richtlijn geselecteerd worden (artikel 21 sub h, considerans 36). Ziekenvervoer per ambulance valt wél onder de richtlijn, zij het dat ziekenvervoer per ambulance een dienst is waarvoor het verlichte regime geldt (zie hierna onder paragraaf 2.4).

4 Met activiteiten binnen de nutssectoren wordt bedoeld op het bepaalde in artikelen 8 t/m 14.

5 Genoemd worden procedures met voorafgaande oproep in de zin van de Klassieke Richtlijn, richtlijn 2009/81/EG (opdrachten op het gebied van defensie- en veiligheid), de Richtlijn Concessies, de onderhavige Richtlijn Nutssectoren; alsook andere procedures uit hoofde van het Unierecht genoemd in bijlage II bij de Richtlijn Nutssectoren.

6 Zie considerans 25 richtlijn 2004/17/EG.

7 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. De verordening bevat (kort gezegd) voorschriften voor de gunning van voornoemde vervoersdiensten; en stelt voorwaarden waaronder de bevoegde instanties van de lidstaten aan vervoerders compensatie en/of exclusieve rechten kunnen verlenen als tegenprestatie voor het verrichten van de vervoersdiensten.

### 2.3 Procedures

Uitgangspunt onder de Richtlijn Nutssectoren blijft dat binnen de nutssectoren, bij verplichte toepassing van de richtlijn, de openbare of niet-openbare procedure mag worden gevolgd alsook ook de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep (artikel 44 lid 2). De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep blijft beperkt tot zeer bijzondere gevallen (artikel 44 lid 5 en artikel 50).

Nieuw is het innovatiepartnerschap (zie ook paragrafen 7.1 en 7.2 in deel 1 van dit artikel).<sup>8</sup> Voorts wordt in de Richtlijn Nutssectoren de concurrentiegerichte dialoog, ook voor de nutssectoren, opengesteld. Er worden geen voorwaarden gesteld aan de gevallen waarbij de concurrentiegerichte dialoog gevolgd mag worden, in tegenstelling tot wat het geval is bij de Klassieke Richtlijn. De procedure staat in beginsel dus steeds open (net als onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep). Wel is opmerkelijk dat de voorschriften voor het procedureverloop van de concurrentiegerichte dialoog en het innovatiepartnerschap veel uitgebreider zijn (vergelijkbaar aan de Klassieke Richtlijn), dan die aan het verloop van de onderhandelingsprocedure met voorafgaande oproep (artikelen 47 t/m 49).

### 2.4 Diensten met verlicht regime

De Richtlijn Nutssectoren hanteert - net zoals de Klassieke Richtlijn - een verlicht regime voor een aantal specifieke diensten (artikel 91 t/m 94). De betreffende diensten, die zijn opgesomd in bijlage XVII, zijn deels te vergelijken met de lijst van diensten in bijlage XVII B bij richtlijn 2004/17/EG (vgl. bijlage II B bij richtlijn 2004/18/EG; de zogeheten 'IIB-diensten'). Het betreft onder meer sociale diensten, diensten op het gebied van gezondheidszorg, onderwijs en cultuur, openbare orde en veiligheid, hotel- en restaurantdiensten, juridische diensten en bepaalde postdiensten.<sup>9</sup> Voor deze specifieke diensten, en het toepasselijke verlichte regime, geldt een verhoogd drempelbedrag van € 1.000.000 ex btw (artikel 15 sub c).

### 2.5 Vereenvoudiging vrijstellingsprocedure (de huidige 'artikel 30-besluiten')

Artikel 30 van de thans nog geldende richtlijn 2004/17/EG bepaalt dat die richtlijn niet van toepassing is indien bepaalde activiteiten, die in een lidstaat worden uitgevoerd in het kader van de nutssectoren, rechtstreeks aan mededinging blootstaan op marktgebieden tot welke de toegang niet is

beperkt. In dit artikel staat de procedure beschreven die moet worden gevolgd indien een lidstaat meent dat daarvan sprake is en een sector voor 'onthefving' in aanmerking komt. De lidstaat dient dit voor te leggen aan de Europese Commissie, die hierover een besluit neemt. Rechtstreekse blootstelling aan mededinging moet worden beoordeeld aan de hand van objectieve criteria waarbij rekening wordt gehouden met de specifieke eigenschappen van de betrokken sector.

De beoordeling, zoals beschreven in het huidige artikel 30, is niet goed werkbaar door de korte termijnen en doordat moet worden uitgegaan van de informatie waarover de Europese Commissie beschikt. Meer tijdrovende methoden, zoals met name openbare onderzoeken door betrokken ondernemers zijn daardoor niet mogelijk (considerans 44). Om die reden is de procedure in de artikelen 34 en 35 van de Richtlijn Nutssectoren herzien. Bijvoorbeeld geldt een langere termijn voor het nemen van een besluit door de Europese Commissie, indien het verzoek niet vergezeld ging van een gemotiveerd standpunt van een onafhankelijke nationale instantie waarin een diepgaande analyse wordt verricht naar de toepasselijkheid van de in artikel 34 opgenomen voorwaarden. Verder is het bijvoorbeeld ook mogelijk een ingediend verzoek te wijzigen (artikel 35 lid 4). Tot slot is een verduidelijking gegeven van de vraag wanneer een activiteit rechtstreeks blootstaat aan concurrentie, waarbij het begrip "geografische referentiemarkt" wordt geïntroduceerd (artikel 34 leden 1 en 2, considerans 45). Die geografische referentiemarkt betreft kort gezegd het afgebakende gebied waarin betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en aanbod van de betreffende producten of diensten, en waarin de mededingingsvoorwaarden voldoende homogeen zijn en te onderscheiden van die van aangrenzende gebieden (artikel 34 lid 2).

### 2.6 Raamovereenkomsten

In de thans nog geldende richtlijn 2004/17/EG is een relatief kort artikel gewijd aan raamovereenkomsten (artikel 14). In dit artikel wordt de duur van raamovereenkomsten niet beperkt (zoals wel het geval is in richtlijn 2004/18/EG).

In artikel 51 van de Richtlijn Nutssectoren zijn de bepalingen voor raamovereenkomsten herzien. Zo bepaalt lid 1 dat de looptijd van een raamovereenkomst niet langer mag zijn dan acht jaar (tweemaal zo lang als de termijn van vier jaar die geldt binnen de klassieke sectoren).<sup>10</sup> Van deze regel mag worden afgeweken in deugdelijk gemotiveerde geval-

<sup>8</sup> Deel 1, TBR 2014/131, p. 732.

<sup>9</sup> Voor zover die juridische diensten niet zijn uitgesloten van de richtlijn op grond van artikel 21 sub h.

<sup>10</sup> Artikel 32 lid 1 richtlijn 2004/18/EG, artikel 33 lid 1 van de Klassieke Richtlijn.

len, met name op grond van het voorwerp van de raamovereenkomst. Als specifiek voorbeeld binnen de nutssectoren wordt genoemd onderhoud van netwerken dat kostbare apparatuur vereist, welke apparatuur wordt bediend door personeel dat een zeer gespecialiseerde ad-hoc opleiding heeft genoten (considerans 73).

## 3. Richtlijn Concessies

### 3.1 Inleiding

Op het niveau van de Europese Unie ontbreken op dit moment duidelijke regels voor concessieovereenkomsten. Richtlijn 2004/18/EG, de thans vigerende klassieke richtlijn, bevat - in de artikelen 56 tot en met 65 - enkel een (beperkte) regeling voor concessieovereenkomsten voor openbare werken. In artikel 17 van deze richtlijn is bepaald dat deze richtlijn niet van toepassing is op concessieovereenkomsten voor diensten. Richtlijn 2004/17/EG, de thans vigerende richtlijn nutssectoren, is noch op concessieovereenkomsten voor diensten, noch op concessieovereenkomsten voor werken van toepassing (zie artikel 18 van deze richtlijn). Uit jurisprudentie van het HvJ EU<sup>11</sup> volgt dat concessieovereenkomsten voor diensten, die een zeker grensoverschrijdend belang vertonen, wel worden bestreken door de algemene beginselen van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (het 'VwEU').<sup>12</sup> Het gaat dan om de beginselen van gelijke behandeling, transparantie, proportionaliteit en wederzijdse erkenning.

Het ontbreken van duidelijke regels op uniaal niveau voor de gunning van concessieovereenkomsten geeft aanleiding tot rechtsonzekerheid en tot belemmeringen voor de vrije dienstverlening, en veroorzaakt verstoringen in de werking van de interne markt.<sup>13</sup> Het HvJ EU heeft weliswaar geoordeeld dat de aanbestedende diensten zich moeten houden aan de fundamentele beginselen van het VwEU, maar heeft niet duidelijk genoeg aangegeven wat deze beginselen precies behelzen. Ondernemers lopen hierdoor belangrijke kansen mis, terwijl overheidsgelden mogelijk niet zodanig worden besteed dat de burgers van de Unie kunnen profiteren van kwaliteitsdiensten tegen de beste prijs.<sup>14</sup> Het is de verwachting van de Europese wetgever dat een toe-

reikend, evenwichtig en flexibel rechtskader voor de gunning van concessieovereenkomsten de toegang tot de markt en de rechtszekerheid zal vergroten.

Dit is met name van belang omdat concessieovereenkomsten een belangrijk instrument zijn voor de structurele ontwikkeling op lange termijn van infrastructuur en strategische diensten. Concessieovereenkomsten maken het mogelijk om de deskundigheid van de private sector te benutten en helpen om doelmatigheid en innovatie te verwezenlijken.

Nieuw ten opzichte van het voorstel van de Commissie voor deze Richtlijn Concessies is dat in de considerans wordt benadrukt dat de regels duidelijk en eenvoudig moeten zijn en recht moeten doen aan het specifieke karakter van concessies; voornamelijk dient echter te worden dat deze regels leiden tot buitensporige bureaucratie.<sup>15</sup> Op een aantal plaatsen heeft dat tot uitkleiding van de bepalingen zoals geformuleerd in het voorstel geleid.

De opbouw van de Richtlijn Concessies, menig begrip en menig artikel daaruit, zijn vergelijkbaar aan de Klassieke Richtlijn en de Richtlijn Nutssectoren. Verwezen zij daartoe naar bovenstaande en het eerste deel van dit artikel.<sup>16</sup>

### 3.2 Reikwijdte en toepassingsgebied

De Richtlijn Concessies geldt voor concessieovereenkomsten voor werken en voor diensten, zowel in de klassieke sectoren, als in de nutssectoren.<sup>17</sup> De beperkte regeling voor concessieovereenkomsten voor openbare werken in richtlijn 2004/18/EG is niet overgeheveld naar de Klassieke Richtlijn. De Richtlijn Concessies regelt daarmee feitelijk exclusief de gunning van concessieovereenkomsten.

#### 3.2.1 Het begrip concessie

In het kader van de rechtszekerheid besteedt de Richtlijn Concessies veel aandacht aan het begrip concessie - welk begrip ook is gedefinieerd in de Richtlijn Concessies. De talrijke arresten van het HvJ EU die over concessieovereenkomsten zijn gewezen, met name over de interpretatie van de begrippen concessieovereenkomst en overheidsopdracht, hebben niet de benodigde duidelijkheid gebracht.<sup>18</sup> De definitie van het begrip concessie

11 O.a. HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*), r.o. 33 en 34 en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

12 Pb 9 mei 2008, C 115/47.

13 Zoals is terug te lezen in de eerste overweging van de Richtlijn Concessies.

14 *Idem*.

15 Zie de tweede overweging.

16 Deel 1, *TBR* 2014/131, p. 725-741.

17 Voor de nutssectoren geldt onder de Richtlijn Concessies echter dat watervoorziening in belangrijke mate is uitgezonderd (zie hierna onder uitsluitingen).

18 Sinds 2000 zijn er ruim 25 arresten van het HvJ EU over concessieovereenkomsten verschenen, waarvan er 13 over deze definities gingen. Zie onder meer HvJ EG 10 september 2009, C-206/08 (*Eurawasser*); HvJ EU 13 april 2010, C-91/08 (*Wall*); HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09 (*Privater Rettungsdienst*); HvJ EU 10 november 2011, C-348/10 (*Norma-A SIA, Dekom SIA*).

wordt in de Richtlijn Concessies dan ook verduidelijkt, met name door te verwijzen naar het concept 'operationeel risico' dat niet louter nominaal moet zijn (artikel 5). Wat de Europese wetgever daarmee bedoelt is dat de concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investering of de kosten die gemaakt zijn bij de exploitatie kunnen worden terugverdiend. Anders gezegd, de concessiehouder moet zich daadwerkelijk blootstellen aan de grillen van de markt.<sup>19</sup>

Wanneer sectorspecifieke regelgeving het risico *uitschakelt* door te voorzien in een waarborg voor de concessiehouder, mag een dergelijke overeenkomst niet als een concessie worden aangemerkt (considerans 19). Daarentegen stelt de Europese wetgever dat een van meet af aan *beperkt* risico, niet hoeft te beletten dat de overeenkomst als een concessie wordt aangemerkt.<sup>20</sup> Werk en goed moet er dus een reëel risico zijn (maar het hoeft niet onbeperkt te zijn).

Concessies zijn overeenkomsten onder bezwarende titel waarbij een of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties werken laten uitvoeren, of diensten laten verrichten en beheren, door een of meer ondernemers (artikel 5 en considerans 11). Het doel van dergelijke overeenkomsten is de aanbesteding van werken of diensten door middel van een concessie, waarbij de tegenprestatie bestaat hetzij uit het recht het werk of de dienst te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling. Een dergelijke overeenkomst kan, maar hoeft niet noodzakelijkerwijs, een overdracht van eigendom aan de aanbestedende diensten of de aanbestedende instanties inhouden. De aanbestedende diensten of de aanbestedende instanties verkrijgen in elk geval de voordelen van de betrokken werken of diensten.

### 3.2.2 Drempelwaarde

De Richtlijn Concessies is van toepassing op concessieovereenkomsten – zowel voor diensten als werken – met een waarde gelijk aan of groter dan EUR 5.186.000 ex btw (artikel 8). Deze drempel geldt op dit moment (onder richtlijn 2004/18/EG) enkel voor concessieovereenkomsten voor werken in de klassieke sector.

In het tweede lid van artikel 8 wordt geregeld op welke wijze de geraamde waarde van concessies moet worden bepaald. De waarde van een concessie wordt gevormd door de totale tijdens de looptijd van het contract te behalen omzet van de concessiehouder, exclusief btw, zoals deze door de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie geldig is geraamd, als tegenprestatie voor de werken en diensten die het voorwerp van de concessie uitmaken, *en ook* voor de bijkomende leveringen die in het kader van deze werken en diensten zijn verricht. De raming van de waarde vooraf zal in enige mate gebaseerd zijn op aannames (gelet op de complexiteit en lange duur van de gemiddelde concessieovereenkomst). De Richtlijn Concessies voorziet in een controle van de geraamde concessiewaarde op het tijdstip van gunning. Daaruit volgt dat indien de (werkelijke) waarde van de concessie ten tijde van gunning meer dan 20% hoger is dan het eerder geraamde bedrag, die laatste waarde geldt om te bepalen of de concessie boven- of onderdrempelig is (en daarmee de Richtlijn Concessies wel of niet van toepassing ingevolge artikel 8 lid 1). Hoe de raming tot stand moet komen en dat die in de concessiedocumenten moet worden gespecificeerd is uitgewerkt in het derde lid van artikel 8.

### 3.2.3 Aanbestedende dienst/aanbestedende instantie

De Richtlijn Concessies stelt procedureregels vast die gebruikt moeten worden door aanbestedende diensten én aanbestedende instanties. Het begrip aanbestedende dienst komt nagenoeg overeen met het begrip aanbestedende dienst in de Klassieke Richtlijn (zie artikel 6).<sup>21</sup> Het begrip 'aanbestedende instantie' is een nieuwe verkoepelende term en geldt voor concessies die verband houden met activiteiten in de nutssectoren, zoals gespecificeerd in bijlage II bij de richtlijn (zie artikel 7 van de richtlijn). Onder aanbestedende instanties wordt verstaan: (1) aanbestedende diensten; of (2) overheidsbedrijven; of (3) instanties die geen aanbestedende dienst of overheidsbedrijven zijn en actief zijn op basis van door een bevoegde autoriteit van een lidstaat verleende bijzondere of uitsluitende rechten.

19 Zie o.a. HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09 (*Privater Rettungsdienst Stadler / Passau*). In considerans 20 noemt de Europese wetgever het vraag- en aanbod risico: dat er geen vraag is naar de werken of diensten of dat het aanbod niet aansluit bij de (wel bestaande) vraag.

20 Als voorbeeld noemt considerans 20: in sectoren met gereguleerde tarieven of indien het operationeel risico beperkt is door contractuele afspraken die voorzien in gedeeltelijke compensatie, waaronder compensatie in geval van vroegtijdige beëindiging van de concessie om redenen die zijn toe te schrijven aan de aanbestedende dienst of de aanbestedende instantie of om redenen van overmacht.

21 Met dien verstande dat het begrip enigszins is herzien c.q. verduidelijkt in het licht van de rechtspraak van het HvJ EU. Zo is in lid 4 bepaald dat een instelling die in normale marktomstandigheden werkzaam is, winst nastreeft en de met de uitoefening van haar activiteiten verbonden verliezen draagt, niet tot doel heeft te voorzien in andere behoeften van algemeen belang dan die van industriële of commerciële aard.



### 3.2.4 Beperkt grensoverschrijdend belang

De Richtlijn Concessies zal niet (volledig) van toepassing zijn op diensten die een beperkte grensoverschrijdende dimensie hebben, bijvoorbeeld bepaalde diensten op sociaal, gezondheids- en onderwijsgebied (zie bijlage IV bij de richtlijn). Op deze diensten zal een beperkt regime van toepassing zijn - enkel het publiceren van een vooraankondiging en een aankondiging van gunning van een opdracht wordt voldoende geacht - wanneer de waarde van de desbetreffende concessie gelijk aan of hoger dan het drempelbedrag is (zie artikel 19 en deel 1 van dit artikel).<sup>22</sup>

### 3.2.5 Beginsel van de bestuurlijke vrijheid van de overheid

Artikel 2 codificeert de vrijheden van nationale, regionale en lokale autoriteiten: *'Deze autoriteiten zijn vrij te beslissen hoe zij de uitvoering van werken of het verrichten van diensten het best beheren teneinde in het bijzonder een bijzonder hoog niveau van kwaliteit, veiligheid en betaalbaarheid, gelijke behandeling en bevordering van universele toegang en van gebruikersrechten in openbare diensten zeker te stellen.*

*Deze autoriteiten kunnen kiezen of zij hun taken van openbaar belang uitvoeren hetzij met hun eigen middelen, hetzij in samenwerking met andere autoriteiten, of deze aan ondernemers opdragen.'*

## 3.3 Uitsluitingen

In afdeling II van de Richtlijn Concessies (de artikelen 10 tot en met 17) is bepaald op welke concessies de Richtlijn Concessies (nog meer) niet van toepassing is. De uitsluitingen zijn in grote mate gelijk aan die in de Klassieke Richtlijn. Zo is de richtlijn bijvoorbeeld niet van toepassing op concessies voor diensten betreffende rechtskundige diensten (bijvoorbeeld vertegenwoordiging in rechte van een cliënt door een advocaat (artikel 10 lid 8 sub d)). Ook de uitsluitingen voor verbonden ondernemingen (artikel 13), gemeenschappelijke ondernemingen (artikel 14) en voor 'in-house' opdrachten komen terug (gelijk aan de Klassieke Richtlijn en Richtlijn Nutsectoren), zie hierna.

Artikel 12 regelt de niet-toepasselijkheid van de richtlijn op het gebied van water. Aldus de considerans 40 eist de watersector bijzondere behandeling, gelet op het belang van water als openbaar goed dat van fundamentele waarde is voor alle burgers van de Unie. De uitsluiting is - kort gezegd - van toepassing op concessies voor de productie, het vervoer of de distributie van drinkwater. Ook is de Richtlijn Concessies niet van toepassing op concessies voor de afvoer of behandeling van afvalwater en voor waterbouwtechnische projecten, bevoeiing of drainage.<sup>23</sup> Deze uitsluiting is het gevolg van politieke lobby uit Duitsland, Oostenrijk en Nederland, die zorgen uitten dat de watervoorziening hierdoor (via een achterdeur) zou worden geprivatiseerd. Hoewel de Europese Commissie eerst probeerde deze zorgen weg te nemen in de tekst van de Richtlijn Concessies, is uiteindelijk besloten om water (vooralsnog) van de reikwijdte uit te sluiten.<sup>24</sup>

Artikel 13 regelt de niet-toepasselijkheid van de richtlijn op een aan een verbonden onderneming gegunde concessie. Het begrip verbonden onderneming wordt gedefinieerd in dit artikel. Het gaat bijvoorbeeld om ondernemingen waarvan de jaarrekening is geconsolideerd<sup>25</sup> met die van de aanbestedende instantie en om ondernemingen waarop de aanbestedende instantie een overheersende invloed kan uitoefenen.

Artikel 14 regelt de niet-toepasselijkheid van de richtlijn op concessies die een aanbestedende instantie gunt aan een gemeenschappelijke onderneming, die uit verschillende aanbestedende instanties bestaat en waar deze zelf deel van uitmaakt.

In artikel 17 wordt de rechtspraak van het HvJ EU inzake (quasi) inbesteding gecodificeerd, inclusief een minimumpercentage in het kader van het merendeelcriterium (zie ook considerans sub 45 en 46).<sup>26</sup> Zie ook deel 1 van dit artikel,<sup>27</sup> waarin wij uitgebreid stil stonden bij de betrekkingen tussen overheidsinstanties. Lid 4 van artikel 17 bepaalt dat een overeenkomst tussen twee of meer aanbestedende diensten of aanbestedende instanties niet geacht wordt een concessie te zijn in de zin van deze richtlijn, wanneer aan een drietal cumulatieve voorwaarden is voldaan.<sup>28</sup>

<sup>22</sup> Deel 1, TBR 2014/131, p. 727 en 737-738.

<sup>23</sup> Voor zover de voor drinkwatervoorziening bestemde hoeveelheid water groter is dan 20 % van de totale hoeveelheid water die door middel van deze projecten of deze bevoeiings- of drainage-installaties ter beschikking wordt gesteld.

<sup>24</sup> Zie de mededeling van commissaris Barnier d.d. 21 juni 2013: [http://ec.europa.eu/commission\\_2010-2014/barnier/headlines/speeches/2013/06/20130621\\_en.htm](http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/barnier/headlines/speeches/2013/06/20130621_en.htm) (geraadpleegd op 24 augustus 2014).

<sup>25</sup> Geconsolideerd overeenkomstig de eisen van de Zevende Richtlijn 83/349/EEG van de Raad (Pb L 193 van 18 juli 1983).

<sup>26</sup> Onder meer: HvJ EG 11 januari 2005, C-26/03, r.o. 49 (*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 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*); HvJ EU 19 juni 2014, C-574/12 (*Hospitalar de Setúbal*).

<sup>27</sup> Deel 1, TBR 2014/131, p. 728-729.

<sup>28</sup> Vgl. o.a. 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*).

### 3.4 Proportionaliteit en duur van de concessie

In de Richtlijn Concessies wordt het proportionaliteitsbeginsel gecodificeerd (artikel 3: ‘*Aanbesteden de diensten en aanbestedende instanties behandelen ondernemers op gelijke wijze zonder te discrimineren, en handelen op transparante en evenredige wijze*’). Het proportionaliteitsbeginsel houdt in dat de keuzes die een aanbestedende dienst maakt en de eisen en voorwaarden die zij stelt bij een aanbesteding, in redelijke verhouding dienen te staan tot de aard en omvang van de aan te besteden opdracht.

Zo vereist het proportionaliteitsbeginsel bijvoorbeeld dat concurrentie en ‘financieel evenwicht’ op elkaar worden afgestemd. De duur van de concessieovereenkomst, die langer is dan vijf jaar, moet dus zodanig worden gekozen dat de vrije mededinging niet verder wordt beperkt dan nodig is voor de afschrijving op investeringen en een redelijke vergoeding voor het geïnvesteerde kapitaal. Dit uitgangspunt - dat de Europese Commissie reeds in 2000 formuleerde in haar Interpretatieve Mededeling over concessieovereenkomsten in het Communautaire recht<sup>29</sup> - is gecodificeerd in artikel 18 van de Richtlijn Concessies. In sub 52 van de considerans valt te lezen dat de duur van de concessie moet worden beschermd om marktafsluiting en concurrentiebeperking te voorkomen.

### 3.5 Regels inzake de gunning van concessies

De Richtlijn Concessies kent geen standaardprocedures voor de gunning. Wel is in titel II (artikel 30 t/m 40) vastgelegd wat de algemene beginselen en procedurele waarborgen zijn, die in acht moeten worden genomen (zie ook hierna).

Waarom er geen standaardprocedure is en er derhalve veel vrijheid is voor aanbestedende diensten/instanties bij het bepalen en organiseren van de procedure, valt te lezen in de considerans sub 68. Concessieovereenkomsten zijn gewoonlijk complexe langetermijnregelingen, waarbij de concessiehouder verantwoordelijkheden en risico's op zich neemt die traditioneel door de aanbestedende diensten/instanties worden gedragen.

Wel zij gewezen op artikel 43 (zie ook hierna onder 3.5.5) waaruit volgt dat de concessieovereenkomst niet wezenlijk mag worden gewijzigd gedurende de looptijd daarvan. Ondanks de com-

plexiteit zal de omvang van de concessieovereenkomst dus wel vast moeten staan zodat duidelijk is wat er wel en niet onder valt. Een nieuwe concessieprocedure is namelijk vereist in geval van materiële wijzigingen van de initiële concessie, in het bijzonder van de reikwijdte en de inhoud van de wederzijdse rechten en verplichtingen.<sup>30</sup> Deze wijzigingen tonen dat de partijen de intentie hebben opnieuw te onderhandelen over de wezenlijke voorwaarden van de concessie.

In de considerans (sub 8) valt te lezen dat voor concessies boven een bepaalde waarde het passend is te voorzien in een minimale coördinatie van de nationale procedures voor de gunning van dergelijke overeenkomsten op basis van de beginselen van het VwEU, om te garanderen dat concessies aan concurrentie en toereikende rechtszekerheid onderhevig zijn. Het is aan de lidstaten om hieraan invulling te geven. Naar onze mening ligt voor de hand om de invulling aan te laten sluiten op de reeds bestaande regeling hiertoe voor de klassieke- en nutssectoren in de Aanbestedingswet 2012.

#### 3.5.1 Algemene beginselen

Artikel 30 bevat enige algemene beginselen bij het gunnen van concessies, die terugverwijzen naar de algemene beginselen neergelegd in artikel 3. Hoofregel is dat de aanbestedende dienst/instantie de procedure naar eigen goeddunken mag organiseren – mits strokend met de richtlijn natuurlijk. Specifiek wordt de verplichting verankerd (in artikel 30 lid 3) om ondernemers te selecteren die voldoen aan toepasselijke verplichtingen op het gebied van milieu-, sociaal en arbeidsrecht.

#### 3.5.2 Bekendmaking en transparantie

Aanbestedende diensten en aanbestedende instanties die een concessie wensen te gunnen, geven hun voornemen hiertoe te kennen middels een concessieaankondiging in het Publicatieblad van de Europese Unie (artikel 31 lid 1). Artikel 31 lid 4 somt limitatief vier gevallen op waarbij de aankondiging achter wege kan blijven.<sup>31</sup> Voorts kan de aankondiging achterwege blijven wanneer in het kader van een eerdere concessieprocedure geen of geen geschikte inschrijvingen of geen aanvragen zijn ingediend (zie artikel 31 lid 5). Voorts dienen aanbestedende diensten en aanbestedende instanties uiterlijk 48 dagen na gunning van een concessie de uitslag te publiceren (artikel 32). De opmaak en wijze van bekendmaking van de aankondigingen staat beschreven in artikel 33. Hierin is onder meer

29 Pb 29 april 2000, C 121/02, paragraaf 3.1.3.

30 Zie considerans 75 waarin als voorbeeld een wijziging in de verdeling van intellectuele-eigendomsrechten genoemd staat als voorbeeld van een - niet toegestane - materiele wijziging.

31 Bijvoorbeeld omdat concurrentie ontbreekt omwille van technische redenen en er geen redelijk alternatief of substituuft bestaat en het ontbreken van concurrentie niet het gevolg is van een kunstmatige beperking van de voorwaarden van de concessiegunning (artikel 31 lid 4 sub c).

bepaald dat de aankondigingen en de inhoud daarvan op nationaal niveau niet bekendgemaakt mogen worden, voordat zij Europees zijn gepubliceerd. Ten slotte bepaalt artikel 34 dat aanbestedende diensten en aanbestedende instanties met elektronische middelen vrije, rechtstreekse en volledige toegang tot de concessiedocumenten dienen te bieden.

### 3.5.3 Technische en functionele eisen

Artikel 36 bevat een - zeer beperkte - regeling omtrent de technische- en functionele eisen die de aanbestedende dienst/instantie kan uitvragen. De regeling is beperkter dan het equivalent daarvan in artikel 42 van de Klassieke Richtlijn en biedt derhalve de aanbestedende dienst/instantie meer vrijheid om te komen tot zijn keuze voor een concessiehouder.<sup>32</sup>

### 3.5.4 Procedurele waarborgen

De Richtlijn Concessies bevat een aantal procedurele voorschriften (artikel 37). Zo dienen aanbestedende diensten en aanbestedende instanties in de aankondiging of uitnodiging een beschrijving op te nemen van de concessie, alsmede de gunningscriteria en de te vervullen minimumeisen. Deze mogen gedurende de procedure niet worden gewijzigd.

Indien de aanbestedende dienst of aanbestedende instantie ervoor kiest om de gunning van concessies door middel van onderhandelingen te laten plaatsvinden, dienen de regels in lid 6 van artikel 37 in acht te worden genomen. Waar deze in het voorstel nog op enig detailniveau waren geregeld, is in de richtlijn enkel bepaald dat de gunningscriteria en de minimumeisen zoals omschreven in de concessiedocumenten niet mogen worden gewijzigd gedurende de onderhandelingen - hoe de onderhandelingen verder in zijn werk gaan is geheel open gelaten.

In artikel 38 Richtlijn Concessies zijn regels voor selectie-eisen en uitsluitingsgronden opgenomen. In artikel 38 lid 2 t/m 7 zijn regels omtrent verplichte en facultatieve uitsluiting van deelnemers opgenomen. De verplichte uitsluitingsgronden zijn vrijwel (op wat tekstuele verschillen na) gelijk met die van de Klassieke Richtlijn.<sup>33</sup> Bij de facultatieve uitsluitingsgronden mist de grond uit de Klassieke Richtlijn, die uitsluiting mogelijk maakt in geval van eerdere betrokkenheid van de onderneming bij de voorbereiding van de aanbestedingsprocedure en vervalsing van de mededing (als bedoeld in artikel

41 van de Klassieke Richtlijn). Ten opzichte van de Klassieke Richtlijn heeft de Richtlijn Concessies een 'eigen' facultatieve uitsluitingsgrond (in artikel 38 lid 7 sub i). Deze grond ziet op concessies op het gebied van defensie en veiligheid, wanneer is vastgesteld dat de ondernemer niet de betrouwbaarheid vertoont die nodig is om veiligheidsrisico's van de lidstaat uit te sluiten.

Artikel 39 van de richtlijn schrijft voor dat aanbestedende diensten en aanbestedende instanties bij het vaststellen van termijnen voor het indienen van aanvragen en inschrijvingen rekening houden met de complexiteit van de concessie en de voorbereiding van de aanvragen of inschrijvingen vereiste tijd, onverminderd de geldende minimumtermijn van 30/22 dagen (zie artikel 39 lid 3 en 4).<sup>34</sup> Deze termijn kan met vijf dagen worden verkort indien de inschrijvingen met elektronische middelen kunnen worden ingediend.

De criteria voor de gunning van concessies zijn opgenomen in artikel 41. Dit artikel is aanzienlijk uitgedeeled ten opzichte van het voorstel en laat aanzienlijk meer vrijheid aan de aanbestedende diensten en instanties om gunningscriteria vast te stellen die wel verband moeten houden met voorwerp van de concessie en geen onbeperkte keuzevrijheid verschaffen. Zij kunnen onder meer sociale innovatierelateerde of milieucriteria omvatten.

Bijzondere vermelding verdient de toevoeging dat de aanbestedende dienst of instantie, wanneer zij een innovatieve oplossing met een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau ontvangt dat door een zorgvuldig handelende aanbestedende dienst/instantie niet kon worden voorzien, bij wijze van uitzondering de volgorde van de gunningscriteria zo kan worden gewijzigd dat die rekening houdt met de oplossing.<sup>35</sup> Die aanpassing dient gepaard te gaan met kennisgeving aan alle inschrijvers en een nieuwe oproep tot het indienen van inschrijvingen met inachtneming van de in artikel 39 lid 4 genoemde termijnen (zie hiervoor). De wijziging mag niet discriminerend zijn.

### 3.5.5 Wijzigingen van concessieovereenkomsten gedurende de looptijd

De richtlijn voorziet in een nieuwe procedure voor de toekenning van concessies bij een 'wezenlijke

32 Uit de considerans 68 valt op te maken dat de ratio achter de grotere vrijheid is gelegen in de complexiteit en (lange) duur van de gemiddelde concessieovereenkomst, en het exploitatierisico dat door de concessiehouder draagt.

33 Zie deel 1, TBR 2014/131, p. 725-741.

34 De minimumtermijn (gerekend vanaf de concessieaankondiging) is 30 dagen wanneer er sprake is van inschrijvingen die al dan niet inschrijvingen voor de concessie gepaard gaan en 22 dagen wanneer de procedure in opeenvolgende fasen verloopt.

35 Wat de Europese wetgever onder een uitzonderlijk hoog functioneel prestatieniveau verstaat volgt niet uit de Richtlijn Concessies, noch konden wij een invulling daarvan terugvinden in de totstandkomingsdocumenten.



wijziging' van de bepalingen van het contract tijdens de looptijd daarvan (artikel 43). Dit artikel komt nagenoeg woordelijk overeen met de bepalingen daartoe in de nieuwe Klassieke Richtlijn respectievelijk de Richtlijn Nutssectoren.<sup>36</sup> Zie deel 1 van dit artikel.<sup>37</sup>

### 3.6 Rechtsbescherming

Tot slot voorziet de Richtlijn Concessies in een uitbreiding van het toepassingsgebied van de bestaande Rechtsbeschermingsrichtlijnen<sup>38</sup> tot alle

concessieopdrachten die de drempel overschrijden (artikel 46 en 47). De standstill-bepalingen, vernietigingsmogelijkheden enzovoorts die de Rechtsbeschermingsrichtlijnen bevatten, zijn daarmee dus ook van toepassing op (de gunning van) bovendrempelige concessieovereenkomsten.

<sup>36</sup> Artikel 43 lid 3 bevat, ten opzichte van de Klassieke Richtlijn en de Richtlijn Nutssectoren, een concessie specifieke bepaling: dat indien de concessie geen indexeringsclausule bevat, bij de berekening van de geactualiseerde waarde rekening wordt gehouden met de gemiddelde inflatie in de desbetreffende lidstaat. De bewoordingen ten opzichte van het gelijke artikel in de andere richtlijnen wijken verder tekstueel enigszins van elkaar af, zonder dat daarmee een inhoudelijke afwijking wordt bedoeld.

<sup>37</sup> Deel 1, *TBR* 2014/131, p. 738-740.

<sup>38</sup> Richtlijn 89/665/EEG en 92/13/EEG, zoals gewijzigd door richtlijn 2007/66/EG. Zoals in Nederland eerst geïmplementeerd via de Wet implementatie rechtsbeschermingsrichtlijnen ('Wira') die per 1 april 2013 is ingetrokken omdat de rechtsbeschermingsrichtlijnen inmiddels zijn geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012.