No.W15.15.0216/IV 's-Gravenhage, 11 september 2015

**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**.**

Bij Kabinetsmissive van 2 juli 2015, no.2015001184, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, met memorie van toelichting.

Het voorstel strekt tot implementatie van drie Europese richtlijnen in de Aanbestedingswet 2012 (hierna: “de wet”). Het betreft twee herziene aanbestedingsrichtlijnen en de nieuw geïntroduceerde concessierichtlijn.[[1]](#footnote-1)

De richtlijnen beogen de toegang van ondernemers tot overheidsopdrachten en speciale-sectoropdrachten te verbeteren en ruimte te bieden voor innovatie en duurzaamheid.

De Afdeling advisering van de Raad van State adviseert het voorstel naar de Kamer te zenden, maar acht op onderdelen een aanvulling van de toelichting of aanpassing van het voorstel wenselijk. Het betreft de toelichting op de reikwijdte van het concessiebegrip en een beperkt aantal (mogelijke) onvolkomenheden in de implementatie.

1. Reikwijdte concessiebegrip

De huidige Aanbestedingswet 2012 bevat als gevolg van implementatie van richtlijn 2004/18/EG[[2]](#footnote-2) al regels voor concessies voor openbare werken. De concessierichtlijn introduceert een nieuw regime voor concessieopdrachten voor diensten en vult de bestaande bepalingen over concessieopdrachten voor werken aan. Daardoor ontstaat nu één licht regime voor concessies voor werken en diensten voor zowel aanbestedende diensten als speciale-sectorbedrijven.

Uit de definitie van concessie in artikel 5 van richtlijn 2014/23/EU en uit de bepaling ter implementatie daarvan[[3]](#footnote-3) volgt dat een concessie een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel is. In de memorie van toelichting wordt echter opgemerkt dat concessies in bepaalde gevallen ook geheel of gedeeltelijk vormgegeven kunnen zijn als vergunning, subsidie of anderszins.[[4]](#footnote-4) Om te bepalen of er sprake is van een concessie moet worden gekeken naar de aard van de inhoud van de opdracht, ongeacht de vorm, aldus de toelichting.

De Afdeling merkt op dat zonder nadere toelichting niet begrijpelijk is hoe deze algemeen geformuleerde constatering in de toelichting zich verhoudt tot de op zichzelf duidelijke bewoordingen van de wettelijke definitie. Uit die constatering zou volgen dat naast de specifiek voor vergunningverlening of subsidieverlening geldende wettelijke bepalingen in bepaalde gevallen ook het richtlijnregime voor concessies zou moeten worden toegepast. De toelichting vermeldt echter niet waarop dit gebaseerd is. Ook is niet nader toegelicht welke gevolgen dit zou hebben voor de uitvoeringspraktijk en hoe overheden in dit grijze gebied zouden moeten opereren.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen dan wel de betreffende passage te schrappen.

2. Informatieverstrekking gegunde opdracht

Richtlijn 2014/24/EU kent als hoofdregel dat aanbestedende diensten de resultaten van de aanbestedingsprocedure aan de Commissie zenden met behulp van een standaardformulier, waarbij de gegevens die in het standaardformulier worden gevraagd worden verstrekt.[[5]](#footnote-5) Er zijn uitzonderingen: bepaalde informatie hoeft niet te worden verstrekt indien zich een van de vier in de richtlijn bepaalde gevallen voordoet.[[6]](#footnote-6)

De Afdeling constateert dat de regeling van uitzonderingsgevallen in artikel 2.138 van de wet – waar het wijzigingsvoorstel geen betrekking op heeft – niet overeen lijkt te stemmen met de richtlijn.[[7]](#footnote-7) Waar de richtlijn vermeldt“indien de openbaarmaking ervan rechtshandhaving in de weg zou staan” wordt in de wet gesproken van “indien openbaarmaking van die gegevens in strijd zou zijn met enig wettelijk voorschrift”. Zonder nadere toelichting valt niet in te zien dat de richtlijn op dit punt op de juiste wijze is geïmplementeerd en artikel 2.138 geen wijziging zou behoeven.[[8]](#footnote-8) Het vorenstaande geldt eveneens voor de regeling van informatieverstrekking aan gegadigden en inschrijvers in artikel 2.104. Deze regeling lijkt op gelijke wijze niet overeen te stemmen met richtlijn 2014/24/EU.[[9]](#footnote-9)

De Afdeling adviseert in de toelichting op het vorenstaande in te gaan en zo nodig het voorstel aan te passen.

3. Volledigheid implementatie

Het wijzigingsvoorstel lijkt de richtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU op een aantal punten niet volledig te implementeren. De Afdeling adviseert onderstaande punten hierop te bezien en het voorstel zo nodig aan te passen.

* Artikel I, onderdeel AX en GU:
In het voorgestelde artikel 2.32 is artikel 32, tweede lid, onderdeel b, van richtlijn 2014/24/EU niet geïmplementeerd voor zover het gaat om de clausulering “en het ontbreken van mededinging niet het gevolg is van kunstmatige beperking van de voorwaarden van de opdracht” bij uitzondering iii. Dezelfde onvolledigheid doet zich voor bij de implementatie van artikel 50, onderdeel c, van richtlijn 2014/25/EU in het voorgestelde artikel 3.36, eerste lid, onderdeel c.
* Artikel I, onderdeel CF:
In het voorgestelde artikel 2.75 is artikel 42, eerste lid, eerste alinea, van richtlijn 2014/24/EU niet geïmplementeerd voor zover het gaat om de omschrijving van technische specificaties in punt 1 van bijlage VII.
* Artikel I, onderdeel FG:

 Het voorgestelde artikel 2.39 verklaart enkele paragrafen van hoofdstuk 2.3 van de wet van toepassing op de procedure voor sociale en andere specifieke diensten. Daarmee wordt echter het voorgestelde artikel 2.52a niet van toepassing verklaard, met als gevolg dat artikel 22 van richtlijn 2014/24/EU – de verplichting om elektronisch te communiceren – niet is geïmplementeerd voor zover het gaat om de procedure voor sociale en andere specifieke diensten.

* Artikel 52, eerste en tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU is niet geïmplementeerd voor zover die artikelleden zien op aankondigingen van een gegunde opdracht.
* Artikel I, onderdeel I:

 In de transponeringstabel voor richtlijn 2014/25/EU is vermeld dat artikel 2, onderdeel 13, van deze richtlijn (de definitie van 'aanbieder van aanbestedingsdiensten') is geïmplementeerd in artikel 1.1 van de nieuwe wet, onder de begripsbepaling 'aanbieder van aanbestedingsdiensten'. Die begripsbepaling ontbreekt echter in artikel 1.1.

* Artikel I, onderdeel FK:

 Bij de implementatie van artikel 13 van richtlijn 2014/25/EU (volgens de transponeringstabel in artikel 3.5 van de wet) is de richtlijndefinitie van 'postdiensten'[[10]](#footnote-10) niet opgenomen. Evenmin zijn de voorwaarden geïmplementeerd waaronder volgens de richtlijn de regels voor speciale-sectoropdrachten van toepassing zijn op het beheer van postdiensten en diensten die betrekking hebben op ongeadresseerde postzendingen.[[11]](#footnote-11)

4. De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

De vice-president van de Raad van State,

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no.W15.15.0216/IV

* In artikel I, onderdeel FG, het voorgestelde artikel 2a.36 in overeenstemming brengen met de artikelsgewijze toelichting bij dit artikel met betrekking tot het karakter van minimumtermijn van het in artikel 2a.36 genoemde aantal dagen.
* In artikel I, onderdeel FG, in het voorgestelde artikel 2a.38 “schriftelijk” vervangen door “met andere dan elektronische middelen”.
* In artikel I, onderdeel BM, in het voorgestelde artikel 2.52b, tweede lid, na “verzoeken tot deelneming en inschrijvingen” invoegen: bevestigingen van belangstelling en inschrijvingen.
* In artikel I, onderdelen AR en BE, de voorgestelde nummering van de afdelingen en paragrafen van hoofdstuk 2.2 – die ertoe leidt dat tussen de afdelingen 2.2.1 en 2.2.3 afdeling 2.2.2 ontbreekt, en afdeling 2.2.3 begint met paragraaf 2.2.3.2 – corrigeren en eventuele verwijzingen aanpassen.
* In artikel I, onderdeel DM, onder c, in het voorgestelde artikel 2.106, derde lid, na “bijlage IX, onderdeel 1” invoegen: van richtlijn 2014/24/EU.
* In artikel I, onderdeel A, in het voorgestelde artikel 1.1, begripsbepaling “overheidsopdracht voor werken” na “richtlijn 2014/24/EU” invoegen: of bijlage I van richtlijn 2014/25/EU.
* In artikel I, onderdeel GB, in het voorgestelde artikel 3.20, tweede lid, onderdeel b, tussen “geraamde” en “waarde” invoegen: maximale.
* In artikel I, onderdeel GH, in het voorgestelde artikel 3.27, onderdeel f, 1o, na “bemiddelingsinstantie” invoegen: of.
* In artikel I, onderdeel GU, in het voorgestelde artikel 3.36, eerste lid, onderdeel b, na “een opdracht” invoegen: uitsluitend.
* In artikel I, onderdeel HI, in het voorgestelde artikel 3.51, tweede lid, na “afdeling I” invoegen: van richtlijn 2014/25/EU.
* In artikel I, onderdeel IE, in het voorgestelde artikel 3.71a in de opsomming van procedures invoegen: innovatieve partnerschappen.
* In de transponeringstabellen de enkele stelling dat een bepaling geen implementatie behoeft beperken tot die richtlijnbepalingen waarvoor dit daadwerkelijk geldt en telkens aangeven wat de reden is voor het niet-implementeren.[[12]](#footnote-12) In de gevallen dat een richtlijnbepaling al in de huidige wettekst is geïmplementeerd, dit duidelijk aangeven.
* In de transponeringstabellen, daar waar als implementatiebepaling alleen een schakelbepaling is vermeld, overwegen om nader te vermelden waar de desbetreffende richtlijnbepaling materieel is geïmplementeerd.
* In de transponeringstabel voor richtlijn 2014/25/EU artikel 6, derde lid, per onderdeel vermelden waar dit is geïmplementeerd.
* In de transponeringstabel voor richtlijn 2014/25/EU bij artikel 45, eerste alinea, derde lid, alsmede bij artikel 48, eerste lid, eerste alinea, en artikel 49, eerste lid, eerste alinea, waar nu als implementatiebepalingen alleen algemene (begrips-)bepalingen zijn vermeld, tevens verwijzen naar de bepalingen waarin is neergelegd hoe ondernemers hun belangstelling om deel te nemen aan de in die richtlijnbepalingen vermelde procedures kenbaar kunnen maken.
1. Richtlijn 2014/23/EU van het Europees Parlement en de Raad van 25 februari 2014 betreffende het plaatsen van concessieovereenkomsten (PbEU 2014, L 94), 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 (PbEU 2014, L 94) en Richtlijn 2014/25/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU 2014, L 94). [↑](#footnote-ref-1)
2. PbEU2004, L 134. [↑](#footnote-ref-2)
3. Artikel 1.1, onder d. [↑](#footnote-ref-3)
4. Paragraaf 3.8. [↑](#footnote-ref-4)
5. Artikelen 50, eerste lid, en 51, eerste lid. [↑](#footnote-ref-5)
6. Artikel 50, vierde lid: Bepaalde informatie aangaande de gunning van de opdracht of de sluiting van de raamovereenkomst behoeft niet voor bekendmaking te worden vrijgegeven indien de openbaarmaking ervan rechtshandhaving in de weg zou staan, of op andere wijze in strijd zou zijn met het openbare belang, schade zou berokkenen aan de rechtmatige commerciële belangen van een bepaalde publieke of particuliere ondernemer, of afbreuk zou kunnen doen aan de eerlijke mededinging tussen ondernemers. [↑](#footnote-ref-6)
7. Artikel 2.138 is gebaseerd op richtlijn 2004/18/EG, de voorganger van richtlijn 2014/24/EU. [↑](#footnote-ref-7)
8. De Afdeling acht een nadere toelichting van belang, vooral in het licht van de vaste rechtspraak van het Hof dat de bepalingen van een richtlijn die afwijken van een bij dezelfde richtlijn vastgesteld algemeen beginsel, eng worden uitgelegd (arresten van 29 april 2004, Kapper, C 476/01, Jurispr. blz. I 5205, punt 72, en 26 oktober 2006, Commissie/Spanje, C 36/05, Jurispr. blz. I 10313, punt 31). [↑](#footnote-ref-8)
9. Het gaat hier om artikel 55, vierde lid, van de richtlijn. [↑](#footnote-ref-9)
10. Artikel 13, tweede lid, onderdeel b, van Richtlijn 2014/25/EU. [↑](#footnote-ref-10)
11. Artikel 13, eerste lid, onderdeel b, jo. tweede lid, onderdeel c, van Richtlijn 2014/25/EU. [↑](#footnote-ref-11)
12. Zie ook de aanwijzing 338 van de Aanwijzingen voor de regelgeving*.* [↑](#footnote-ref-12)