

1400

Ministerie van Economische Zaken

DATUM	ONS KENMERK	UW BRIEF VAN	UW KENMERK
05.05.2015	-	3 april 2015	
E-MAIL	TELEFOON	FAX	BIJLAGE(N)
c.e.c.jansen@vu.nl	020-5986263		

Betreft: Consultatie conceptwetsvoorstel tot Wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU.

Geachte heer/mevrouw,

Binnen het onderzoeksprogramma *Public Contracts: Law & Governance* van de Vrije Universiteit wordt onderzoek verricht naar rechtsverhoudingen tussen de overheid en private partijen op basis waarvan aanspraken jegens de overheid kunnen worden uitgeoefend. Te denken aan het recht om werken, goederen of diensten aan de overheid te mogen leveren of te exploiteren. Andere voorbeelden zijn subsidies die worden verstrekt om een activiteit te stimuleren en vergunningen die het verrichten van bepaalde activiteiten toestaan. Het programma heeft betrekking op zowel het proces van verdeling en toekenning van dergelijke rechten, als de inhoud en afwikkeling van de rechtsverhoudingen die als gevolg daarvan ontstaan.

Aan het onderzoeksprogramma – dat onder leiding staat van prof.mr. F.J. van Ommeren, hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de *Vrije* Universiteit – nemen circa 20 onderzoekers deel. Een aantal daarvan verricht onderzoek op het terrein van overheidsaanbestedingen. Deze onderzoekers hebben kennis genomen van het conceptwetsvoorstel vanuit het perspectief van het onderzoek dat zij op dit moment zelf verrichten. In dat kader vielen een – beperkt – aantal aspecten in het wetsvoorstel op, die ik hierna kort noem.

1. Concessies en vergunningen

Vanuit het perspectief van het voorkomen van een eventuele aanbestedingsplicht is de afgelopen jaren veel aandacht geweest voor het onderscheid tussen overheidsopdrachten voor diensten en dienstenconcessies. Dat onderscheid is in belangrijke mate verhelderd als gevolg van de jurisprudentie van het HvJ EU en de regulering van dienstenconcessies in Richtlijn 2014/23/EU. Wij vragen ons echter af of er niet een nieuwe afbakeningsdiscussie zal gaan ontstaan. Wij baseren dit op de opmerkingen die worden gemaakt op blz. 11 in de eerste nieuwe alinea van de conceptmemorie van toelichting, waar met betrekking tot aanbestedingsplichtige concessieopdrachten het volgende wordt gesteld: 'Er dient net als in de aanbestedingsrichtlijnen sprake te zijn van een

(overheids)opdracht. Een gemeentelijke vergunning zonder juridisch afdwingbare tegenprestatie is daarmee geen concessieopdracht in de zin van de concessierichtlijn.’ In de praktijk komt het voor dat overheden eenzijdige concessies verstrekken die niet zijn gebaseerd op een overeenkomst, maar op een vergunning en waarbij vergunninghouders tegenprestaties dienen te leveren. Vallen deze onder de definitie van “concessieopdrachten” of niet? Er lijkt sprake te zijn van een grijs gebied. De afbakening van de aanbestedingsplichtige concessieopdrachten ten opzichte van vergunningen zou wat ons betreft in de memorie van toelichting meer mogen worden uitgewerkt en verdiept.

2. Dienstenconcessies en opdrachten voor sociale diensten en andere specifieke diensten

Nieuw is de Concessierichtlijn, die van toepassing is op concessies waarvan de waarde gelijk is aan of groter is dan € 5.186.000 (art. 8 Richtlijn 2014/23/EU). Ook nieuw is dat de richtlijnen van toepassing zijn op overheidsopdrachten en speciale-sectoropdrachten voor sociale diensten en andere specifieke diensten waarvan de waarde gelijk is aan of groter is dan € 750.000 (art. 4 Richtlijn 2014/24/EU) respectievelijk € 1.000.000 (art. 15 Richtlijn 2014/25/EU). Deze drempels laten echter onverlet dat ook wanneer in een concreet geval de waarde van een concessie in het algemeen, of van een concessie of opdracht voor sociale diensten en andere specifieke diensten in het bijzonder, lager is dan de hiervoor genoemde bedragen maar die concessie of opdracht desalniettemin een duidelijk grensoverschrijdend belang heeft, de beginselen van aanbestedingsrecht in acht zullen moeten worden genomen. Dat is nu voorzien in de voorgenomen herziening van art. 1.7. Hoe aanbestedende diensten in die gevallen de beginselen dienen te operationaliseren, wordt in het conceptvoorstel niet duidelijk gemaakt. Dat is weliswaar consistent met de leemte die ook nu al in de huidige wet zit voor wat betreft de onderdrempelige overheidsopdrachten voor leveringen en diensten met een duidelijk grensoverschrijdend belang – de Richtsnoeren Leveringen en Diensten even daargelaten – maar dat laat onverlet dat de praktijk straks grote behoefte zal hebben aan meer duidelijkheid over de wijze waarop invulling moet worden gegeven aan de beginselen in de hiervoor bedoelde gevallen.

Het valt voorts op dat in de hierboven bedoelde gevallen waarin de drempelbedragen wel worden overschreden, het conceptwetsvoorstel in navolging van de richtlijnen eveneens weinig richting geeft aan de praktijk voor wat betreft de wijze waarop procedureel invulling dient te worden gegeven aan de beginselen van aanbestedingsrecht. De te verwachten consequentie daarvan is dat aanbestedende diensten en speciale sectorbedrijven hier zelf allemaal opnieuw het wiel zullen proberen uit te vinden. De vraag is daarom of het vanuit een oogpunt van een doelmatige besteding van de publieke middelen niet verstandiger zou zijn hier wat meer te “sturen” op uniformering, zoals dat op onderdelen ook al in de huidige wet is gebeurd. Te denken valt aan het uitschrijven van een of meer wettelijk voorgeschreven facultatieve gestandaardiseerde procedures, al dan niet versterkt door middel van een “pas toe of leg uit”-regel.

Met vriendelijke groet,

namens de leden van het programma *Public Contracts: Law & Governance*,

Prof.mr. C.E.C. Jansen



Hoogleraar privaatrecht *Vrije* Universiteit Amsterdam