

**(Politieke) Theorie en (uitvoerings-) praktijk**  
***Over de “lichte regeling”, de ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’, de ‘MKB-percelenregeling’, ‘minimumtermijnen’ en ‘dode mussen’***

*mr. J.C. (Kees) van de Water, KW Legal (2014)*

Op 28 maart 2014 zijn de drie nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijnen gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie. Eén daarvan betreft de nieuwe ‘klassieke’ Richtlijn (RL) 2014/24/EU van 26 februari 2014 *‘betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG’*.

Richtlijn 2014/24/EU kent een divers aantal ‘nieuwigheden’. In onderhavig stuk wordt ter zake zowel theoretisch als praktisch ingegaan op:

1. De “lichte regeling” inzake ‘Sociale diensten en andere specifieke diensten’, en;
2. De ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’, en;
3. De ‘MKB-percelenregeling’ en;
4. De minimumtermijnen voor de Openbare en de Niet-openbare procedure.

**1. De “lichte regeling” inzake ‘Sociale diensten en andere specifieke diensten’**

Met RL 2014/24/EU komt het in Bijlage II van RL 2004/18/EG gemaakte onderscheid<sup>1</sup> tussen Bijlage II A diensten en Bijlage II B diensten te vervallen. Een en ander heeft ook gevolgen voor de Aanbestedingswet 2012.<sup>2</sup> Die kan op dit punt (zeker) niet ongewijzigd blijven.

**1.1 Nog wel een onderscheid in diensten**

Er blijft met RL 2014/24/EU echter nog wel een onderscheid in diensten bestaan. Overweging 28 van RL 2014/24/EU noemt ter zake bijvoorbeeld *‘de bijzondere regeling voor sociale en andere bijzondere diensten (de “lichte regeling”)*’.

Die “lichte regeling” voornoemd is vastgelegd in Titel III Bijzondere aanbestedingsregelingen, Hoofdstuk 1 ‘Sociale diensten en andere specifieke diensten’ van RL 2014/24/EU. Meer concreet in de artikelen 74 t/m 77. Dienaangaande luidt artikel 74 als volgt:

De in bijlage XIV opgesomde overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten worden gegund in overeenstemming met dit hoofdstuk wanneer de waarde van de opdracht gelijk is aan of hoger dan de in artikel 4, onder d), vastgestelde drempel.

Bijlage XIV voornoemd noemt op hoofdlijnen (er wordt ter zake immers ook concreet verwezen naar CPV-codes) de navolgende diensten:

- Gezondheidszorg, maatschappelijke en aanverwante dienstverlening.

---

<sup>1</sup> Zie daartoe overigens ook de CPV-Verordening (EG) nr. 213/2008 van 28 november 2007.

<sup>2</sup> Zie bijv. de artikelen 2.38 en 2.39.

- Administratieve sociale diensten, administratieve diensten voor onderwijs, administratieve diensten voor gezondheidszorg en culturele diensten.
- Diensten voor verplichte sociale verzekering.
- Uitkeringsdiensten.
- Overige gemeenschaps-, sociale en persoonlijke diensten, met name diensten verleend door vakbonden, door politieke organisaties, door jongerenverenigingen, alsmede diverse diensten door ledenverenigingen.
- Religieuze diensten.
- Hotels en restaurants.
- Juridische dienstverlening, voor zover niet uitgesloten op grond van artikel 10, onder d).
- Andere administratieve diensten en overheidsdiensten.
- Diensten ten behoeve van de gemeenschap.
- Gevangenis- en aanverwante diensten, diensten voor openbare orde en reddingsdiensten, voor zover niet uitgesloten krachtens artikel 10, onder h).
- Opsporings- en beveiligingsdiensten.
- Internationale diensten.
- Postdiensten.
- Diverse diensten.

Uit de Overwegingen 114 t/m 119 van RL 2014/24/EU kan worden afgeleid, dat voornoemde diensten *‘vanwege hun aard nog steeds een beperkte grensoverschrijdende dimensie’* hebben. En<sup>3</sup>:

“Deze diensten worden verstrekt binnen een bijzondere context die sterk varieert naargelang van de lidstaten, ten gevolge van de verschillende culturele tradities. Daarom moet een specifieke regeling worden ingevoerd voor overheidsopdrachten voor deze diensten, met een drempel die hoger is dan die voor andere diensten.”

Op grond van artikel 4 sub d RL 2014/24/EU geldt als drempel voor deze diensten:

“750 000 EUR voor overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten in de zin van bijlage XIV.”

In geval de drempel wordt overschreden zijn aanbestedende diensten verplicht een aankondiging of een vooraankondiging te doen.<sup>4</sup> Een gegunde opdracht moet ook *‘afgekondigd’* worden.<sup>5</sup>

## **1.2 ‘Procedure voor Sociale diensten en andere specifieke diensten’**

In de nieuwe Aanbestedingswet 2015/2016 zal een (nieuwe) *‘Procedure voor Sociale diensten en andere specifieke diensten’* voor opdrachten boven de drempel moeten worden opgenomen. Men zie immers artikel 76 RL 2014/24/EU:

1. De lidstaten stellen nationale regels voor het gunnen van opdrachten op grond van dit hoofdstuk op, om ervoor te zorgen dat de aanbestedende diensten de beginselen van transparantie en

<sup>3</sup> Zie Overweging 114 gedeeltelijk.

<sup>4</sup> Zie artikel 75 lid 1 sub a en b RL 2014/24/EU.

<sup>5</sup> Zie artikel 75 lid 2 RL 2014/24/EU.

- gelijke behandeling van ondernemers naleven. Het staat de lidstaten vrij te bepalen welke procedurele regels van toepassing zijn mits deze regels de aanbestedende diensten de mogelijkheid geven rekening te houden met de specifieke kenmerken van de betrokken diensten.
2. De lidstaten zorgen ervoor dat aanbestedende diensten rekening kunnen houden met de noodzaak de kwaliteit, continuïteit, toegankelijkheid, betaalbaarheid, beschikbaarheid en volledigheid van de diensten, de specifieke behoeften van verschillende categorieën gebruikers, met inbegrip van achtergestelde en kwetsbare groepen, de betrokkenheid en inspraak van gebruikers en de innovatie te verzekeren. De lidstaten kunnen ook bepalen dat de keuze van de dienstenaanbieder geschiedt op basis van de inschrijving met de beste prijs-kwaliteitsverhouding, rekening houdend met de kwaliteits- en duurzaamheidscriteria voor sociale diensten.

Er lijkt ter zake (aldus) vrijheid voor de wetgever te bestaan. Zie ook Overweging 114 van RL 2014/24/EU (gedeeltelijk):

“Wegens het belang van de culturele context en het gevoelige karakter van deze diensten moeten de lidstaten een grote vrijheid krijgen om de keuze van de dienstverlener te regelen op de wijze die hun het meest geschikt voorkomt.”

Hetgeen *in theorie* lijkt te betekenen, dat de in Richtlijn 2014/24/EU genoemde (aanbestedings-) procedures niet per se gevolgd hoeven te worden. Het gaat daarbij om de volgende procedures:

- De openbare of de niet-openbare procedure (artikel 26 lid 2 jo. de artikelen 27 en 28 RL 2014/24/EU).
- Het innovatiepartnerschap (artikel 26 lid 3 jo. artikel 31 RL 2014/24/EU).
- De mededingingsprocedure met onderhandeling (artikel 26 lid 4 jo. artikel 29 RL 2014/24/EU).
- De concurrentiegerichte dialoog (artikel 26 lid 4 jo. artikel 30 RL 2014/24/EU).
- De onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking (artikel 26 lid 6 jo. artikel 32 RL 2014/24/EU).

*Praktisch* zal het echter maar de vraag zijn, of wel sprake kan zijn van ‘vrijheid’. Er van uitgaande dat na een (voor-) aankondiging ondernemers zich zullen ‘melden’ en in ‘concurrentie’ met elkaar zullen (moeten) treden, is het immers niet meer dan logisch dat minst genomen de algemene beginselen van aanbestedingsrecht (objectiviteit, transparantie en non-discriminatie), alsmede de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (voor bestuursorganen) en de pré-contractuele goede trouw (voor niet-bestuursorganen) nageleefd moeten worden.

Praktisch vraagt dit (mede ter waarborging van voornoemde beginselen) om duidelijke procedurevoorschriften, dan wel om gereguleerde aanbestedingsprocedures. Althans, daar zijn betrokken partijen (aanbestedende diensten en ondernemers) uitdrukkelijk bij gebaat. Komt de (implementatie-) wetgever niet met procedurevoorschriften, dan zullen (slimme) aanbestedende diensten hier praktisch (toch) toe overgaan.

Het mag in dat verband duidelijk zijn, dat de zinsnede *‘dat de aanbestedende diensten de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers naleven’*<sup>6</sup> praktisch inhoudelijk het nodige zal (moeten) betekenen. Het is (immers) bijna ondenkbaar, dat ter zake geen ‘voorschriften’ (regels) omtrent een inlichtingenronde, uitsluitingsgronden, geschiktheidseisen, gunningscriteria, gunningsbeslissing etc. in de nieuwe Aanbestedingswet 2015/2016 zullen (moeten) worden opgenomen.

In voornoemd verband kan de zinsnede *‘Het staat de lidstaten vrij te bepalen welke procedurele regels van toepassing zijn [-]’*<sup>7</sup> dan ook mogelijk als suggestief en/of misleidend worden aangemerkt.

Hoe dan ook. Met de ‘combi’ (voor-) aankondiging<sup>8</sup>, de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van ondernemers<sup>9</sup> en het bepaalde in artikel 76 lid 2 RL 2014/24/EU kan (vooralsnog) ernstig betwijfeld worden, of praktisch wel sprake kan en zal zijn van een “lichte regeling” voor de ‘Sociale diensten en andere specifieke diensten’ met een waarde boven de drempel.

### **1.3 Voorbehouden opdrachten**

Er bestaat voor de (implementatie-) wetgever (ook) de mogelijkheid om een regeling te treffen om specifieke - in artikel 77 lid 1 RL 2014/24/EU met CPV-codes omschreven - diensten op het gebied van gezondheid, sociale en culturele diensten, aan bepaalde organisaties ‘voor te behouden’.

De link met artikel 19 RL 2004/18/EG en artikel 2.82 Aanbestedingswet 2012 inzake de sociale werkplaatsen is zo gelegd. Of een en ander tot nu toe een ‘effectief middel’ in de praktijk is gebleken, kan echter betwijfeld worden. De betreffende aanbestedende diensten (veelal gemeenten) hebben hun heil ter zake immers meer gezocht in ‘inbesteden’ en het ‘alleenrecht’. Het volgen van een aanbestedingsprocedure ter zake ‘het eigen SW-bedrijf’ is bijvoorbeeld immers (vaak) niet meer dan een procedurele formaliteit, en daarmee onnodig lastenverzwarend.<sup>10</sup>

Daarbij zij opgemerkt, dat het ‘voorbehouden’ in kwestie slechts onder strikte en cumulatieve voorwaarden kan plaatsvinden.<sup>11</sup> En een en ander moet (ook) gepaard moet gaan met een ‘oproep tot mededinging’.<sup>12</sup>

Er lijkt (zodoende) dus ook hier praktisch evenmin sprake van een daadwerkelijk “lichte regeling”.

---

<sup>6</sup> Zie artikel 76 lid 1 RL 2014/24/EU.

<sup>7</sup> Zie artikel 76 lid 1 RL 2014/24/EU.

<sup>8</sup> Zie artikel 75 lid 1 RL 2014/24/EU.

<sup>9</sup> Zie artikel 76 lid 1 RL 2014/24/EU.

<sup>10</sup> Beide ‘uitzonderingen’ blijven overigens bestaan onder de nieuwe Richtlijn. Zie artikel 11 (alleenrecht) en artikel 12 (inbesteden) RL 2014/24/EU.

<sup>11</sup> Zie artikel 77 leden 2 en 3 RL 2014/24/EU.

<sup>12</sup> Zie artikel 77 lid 4 RL 2014/24/EU.

## 2. De ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’

### 2.1 Artikel 26 lid 4 sub a Richtlijn 2014/24/EU

Artikel 26 lid 4 sub a van RL 2014/24/EU luidt als volgt:

De lidstaten kunnen bepalen dat de aanbestedende diensten in de volgende gevallen gebruik kunnen maken van een mededingingsprocedure met onderhandeling of een concurrentiegerichte dialoog:

- a) met betrekking tot werken, leveringen of diensten die aan één of meer van de volgende criteria voldoen:
  - i) er kan niet worden voorzien in de behoeften van de aanbestedende dienst zonder aanpassing van gemakkelijk beschikbare oplossingen;
  - ii) het betreft onder meer ontwerp- of innovatieve oplossingen;
  - iii) de opdracht kan niet worden gegund zonder voorafgaande onderhandelingen, wegens specifieke omstandigheden die verband houden met de aard, de complexiteit of de juridische en financiële voorwaarden of wegens de daaraan verbonden risico's;
  - iv) de technische specificaties kunnen door de aanbestedende dienst niet nauwkeurig genoeg worden vastgesteld op basis van een norm, Europese technische beoordelingen, een gemeenschappelijke technische specificatie of een technisch referentiekader in de zin van de punten 2 tot en met 5 van bijlage VII;

Of ‘zomaar’ tot ‘onderhandelen’ c.q. tot een ‘*mededingingsprocedure met onderhandeling*’ kan worden overgegaan, valt dus (ernstig) te betwijfelen. En zeker niet met één of meerdere ondernemers naar eigen keuze. In principe geldt immers ook ingevolge artikel 26 lid 5 Richtlijn:

De oproep tot mededinging geschiedt door middel van een aankondiging van opdracht overeenkomstig artikel 49.

Een Europese aankondiging (publicatie) moet derhalve in beginsel (eerst) plaatsvinden. En zodoende kan in beginsel iedere ondernemer zich ‘(aan-) melden’ voor de betreffende onderhandelingsprocedure. Hetgeen de nodige consequenties heeft en het nodige werk met zich mee kan brengen.

### 2.2 Artikel 29 Richtlijn 2014/24/EU (‘*Mededingingsprocedure met onderhandeling*’)

Vorengenoemde Europese aankondiging volgt ook uit artikel 29 lid 1 RL 2014/24/EU:

Bij mededingingsprocedures met onderhandeling mogen alle ondernemers een verzoek tot deelname indienen naar aanleiding van een oproep tot mededinging die de in bijlage V, deel B en C, beschreven informatie bevat, door de door de aanbestedende dienst gevraagde informatie voor de kwalitatieve selectie te verstrekken.

De aanbestedende diensten bepalen in de aanbestedingsstukken het voorwerp van de opdracht door de vereisten en de vereiste kenmerken van de werken, leveringen of diensten te beschrijven en de gunningscriteria vast te leggen. Ze geven tevens aan welke elementen van de beschrijving de minimumeisen zijn waaraan alle inschrijvingen moeten voldoen.

De verschaft informatie is voldoende nauwkeurig om de ondernemers in staat te stellen de aard en omvang van de aanbesteding te bepalen en over hun deelname aan de procedure te beslissen.

De termijn voor ontvangst van de verzoeken tot deelname bedraagt ten minste dertig dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de opdracht of, ingeval een vooraankondiging als oproep tot mededinging geldt, vanaf de verzend datum van de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling. De termijn voor ontvangst van de eerste inschrijving bedraagt ten minste dertig dagen, te rekenen vanaf de verzend datum van de uitnodiging. Artikel 28, leden 3 tot en met 6, is van toepassing.

Welk artikellid ook tot gevolg heeft, dat (zoals altijd bij aanbestedingsprocedures) vooraf door de aanbestedende dienst het nodige moet worden uitgedacht, uitgeschreven en gespecificeerd.

In veel gevallen zal de 'mededingingsprocedure met onderhandeling' aldus ook (veel) meer tijd in beslag nemen, dan de 'gewone' openbare Europese aanbestedingsprocedure. Men denkt ter zake aan de genoemde 60 (2x30) minimum dagen, de tijd die daarop volgend gepaard gaat met de daadwerkelijke 'onderhandelingen', alsmede aan een - doorgaans praktisch uitdrukkelijk aan te bevelen - 'Alcatel-termijn' na vorenbedoelde, in het voorkomend geval van toepassing zijnde, 'voorselectie'<sup>13</sup> die een ondernemer het recht geeft een 'eerste inschrijving' te doen (zie ook hierna).

En er zijn nog meer regels gesteld. Bijvoorbeeld over hoe er onderhandeld moet worden (artikel 29 leden 2 en 3 RL 2014/24/EU):

2. Alleen de ondernemers die na de beoordeling van de verstrekte informatie daartoe door de aanbestedende dienst worden uitgenodigd, kunnen een eerste inschrijving indienen. Deze vormt de basis voor verdere onderhandelingen. De aanbestedende dienst kan, overeenkomstig artikel 65, het aantal geschikte gegadigden die tot deelneming aan de procedure worden uitgenodigd, beperken.
3. Tenzij in lid 4 anders is bepaald, wordt door de aanbestedende dienst met de inschrijvers over hun eerste en over elke daaropvolgende inschrijving, met uitzondering van de definitieve inschrijving in de zin van lid 7, onderhandeld, om de inhoud ervan te verbeteren.

Over de minimumeisen en de gunningscriteria wordt niet onderhandeld.

Een eerste inschrijving vormt aldus in beginsel de basis voor de concrete, daarop volgende, onderhandelingsprocedure. En over de 'definitieve inschrijvingen' (lees praktisch: de 'best and final offers') mag aldus niet onderhandeld worden. Even (in laatste instantie) mondeling een prijs 'uitonderhandelen' met een ondernemer zal bijvoorbeeld (zo) niet snel aan de orde (kunnen) zijn.

Een en ander zou zich (overigens) ook niet verdragen met het gelijkheidsbeginsel. Zie bijvoorbeeld artikel 29 lid 5 RL 2014/24/EU:

---

<sup>13</sup> Zie artikel 29 lid 2 RL 2014/24/EU. En in dit verband bijvoorbeeld ook Rechtbank Noord-Holland 30 januari 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:611.

Tijdens de onderhandelingen waarborgt de aanbestedende dienst de gelijke behandeling van alle inschrijvers. Hiertoe verstrekt hij geen informatie op een discriminerende wijze waardoor bepaalde inschrijvers kunnen worden bevoordeeld. Zij stellen alle inschrijvers wier inschrijving niet is afgewezen overeenkomstig lid 6 schriftelijk in kennis van eventuele andere wijzigingen in de technische specificaties of andere aanbestedingsstukken dan die waarbij de minimumeisen worden vastgesteld. Na deze wijzigingen bieden de aanbestedende diensten de inschrijvers voldoende tijd om hun inschrijvingen naar aanleiding van deze wijzigingen, indien nodig, aan te passen en opnieuw in te dienen.

Overeenkomstig artikel 21 maakt de aanbestedende dienst de vertrouwelijke inlichtingen die een aan de onderhandelingen deelnemende gegadigde of inschrijver heeft verstrekt, niet zonder diens toestemming aan de andere deelnemers bekend. Deze toestemming mag geen algemene strekking hebben, maar moet verwijzen naar de beoogde bekendmaking van specifieke inlichtingen.

Waaruit feitelijk (ook) volgt, dat 'het proces', mede ter (noodzakelijke) waarborging van het gelijkheids- en transparantiebeginsel, praktisch gezien (overwegend) schriftelijk zal (moeten) gaan plaatsvinden. Een 'schriftelijk proces' biedt (immers) meer waarborgen en in het voorkomend geval (meer) bewijzen, dan een 'mondeling proces'. We hebben dit (overigens) eerder gezien bij de met de huidige Richtlijn 2004/18/EG geïntroduceerde 'Concurrentiegerichte dialoog'.

En 'zomaar' een onderhandeling met diverse ondernemers starten, onder het motto '*we zien wel waar we pratend aan tafel uitkomen*', verdraagt zich ook niet met het bepaalde in de leden 6 en 7 van artikel 29 RL 2014/24/EU:

6. De mededingingsprocedure met onderhandeling kan in opeenvolgende fasen verlopen, zodat het aantal inschrijvingen waarover moet worden onderhandeld wordt beperkt door toepassing van de gunningscriteria uit de aankondiging van de opdracht, de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling of een ander aanbestedingsstuk. De aanbestedende dienst geeft in de aankondiging van de opdracht, de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling of een ander aanbestedingsstuk aan of hij van deze mogelijkheid gebruik zal maken.
7. Indien de aanbestedende dienst voornemens is de onderhandelingen af te sluiten, stelt hij de resterende inschrijvers daarvan in kennis en stelt hij een gemeenschappelijke termijn vast voor de indiening van nieuwe of aangepaste inschrijvingen. De aanbestedende dienst controleert of de definitieve inschrijvingen voldoen aan de minimumeisen en overeenstemmen met artikel 56, lid 1, beoordeelt de definitieve inschrijvingen aan de hand van de gunningscriteria en gunt de opdracht overeenkomstig de artikelen 66 tot en met 69.

Wil men gedurende de onderhandelingsprocedure 'doorselecteren', dan zal hierover aldus in een vroegtijdig stadium goed nagedacht moeten worden. (De procedure met betrekking tot) Het hiervoor reeds genoemde '*best and final offer*' staat feitelijk beschreven in lid 7 voornoemd. En juist zo'n 'laatste fase' maakt een en ander feitelijk en praktisch (uiteindelijk) een 'gewone' aanbestedingsprocedure (die echter (wat) meer tijd in beslag neemt).

Kortom, we mogen onder het nieuwe recht waarschijnlijk (gaan) onderhandelen. Maar (dan) wel (op zijn) 'Europees'. En aldus onder (strikte) voorwaarden.

### 2.3 Overwegingen bij de Richtlijn

Het is ook niet de bedoeling van de Europese wetgever, dat de 'mededingingsprocedure met onderhandeling' een 'vrijbrief tot onderhandelen' of een 'substituut' voor de 'normale' openbare aanbestedingsprocedure (s) zou (moeten) worden. En zeker niet zou moeten worden toegestaan voor alle (denkbare) inkopen.

Als artikel 26 lid 4 sub a RL 2014/24/EU letterlijk al tot een ruime interpretatie (uitleg) omtrent (inzake) de mogelijkheden tot onderhandelen aanleiding zou kunnen geven, hetgeen overigens met recht betwijfeld kan worden, dan kan de betreffende bedoeling van de Europese wetgever immers afgeleid worden uit de navolgende Overwegingen bij RL 2014/24/EU:

(42) De aanbestedende diensten hebben grote behoefte aan extra flexibiliteit die ruimte biedt om een aanbestedingsprocedure te kiezen die voorziet in onderhandelingen. Een groter gebruik van deze procedures zal mogelijk ook de grensoverschrijdende handel stimuleren, aangezien uit de evaluatie is gebleken dat opdrachten die worden gegund via de onderhandelingsprocedure met voorafgaande bekendmaking een bijzonder hoog succespercentage hebben bij grensoverschrijdende aanbestedingen. De lidstaten moeten kunnen voorzien in het gebruik van de mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog, in verschillende situaties waarin de openbare of niet-openbare procedure zonder onderhandelingen waarschijnlijk niet tot bevredigende aanbestedingsresultaten leiden is benut. Er zij aan herinnerd dat de concurrentiegerichte dialoog, uitgedrukt in contractwaarde, de laatste jaren aanzienlijk is benut. Deze procedure is nuttig gebleken in gevallen waarin de aanbestedende diensten niet in staat zijn te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het gebied van technische, financiële of juridische oplossingen. Dat kan met name het geval zijn bij innovatieve projecten, de uitvoering van omvangrijke geïntegreerde vervoersinfrastructuurprojecten, grote computernetwerken, of projecten met een complexe en gestructureerde financiering. Waar nodig moeten de aanbestedende diensten worden aangemoedigd een projectleider aan te wijzen die zorg moet dragen voor een goede samenwerking tussen de ondernemers en de aanbestedende dienst tijdens de aanbestedingsprocedure.

(43) Bij opdrachten voor werken, gaat het onder meer om werken die geen standaardgebouwen zijn of werken die tevens ontwerpen of innovatieve oplossingen behelzen. Voor diensten of leveringen waarbij aanpassingen nodig zijn of waarmee ontwerpactiviteiten gemoeid zijn, kan het gebruik van een mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog wellicht nuttig zijn. Dergelijke aanpassings- of ontwerpactiviteiten zijn met name nodig in het geval van complexe aankopen zoals geavanceerde producten, intellectuele diensten, zoals bepaalde consultancy-, architectuur- of ingenieursdiensten, of grote ICT-projecten. In deze gevallen kunnen onderhandelingen noodzakelijk zijn om te garanderen dat de levering of dienst voorziet in de behoeften van de aanbestedende dienst. Voor standaarddiensten of -leveringen die door vele verschillende spelers op de markt kunnen worden aangeboden, mag geen gebruik worden gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog.

(44) De mededingingsprocedure met onderhandeling dient tevens mogelijk te zijn in gevallen waarin een openbare of niet-openbare procedure slechts in onregelmatige of onaanvaardbare inschrijvingen heeft geresulteerd. In die gevallen moeten de aanbestedende diensten onderhandelingen kunnen voeren die tot regelmatige en aanvaardbare inschrijvingen leiden.



(45) De mededingingsprocedure met onderhandeling moet omgeven zijn met voldoende waarborgen voor de naleving van de beginselen van gelijke behandeling en transparantie. In het bijzonder moeten de aanbestedende diensten vooraf de minimumeisen bekendmaken die bepalend zijn voor de aard van de aanbesteding en die tijdens de onderhandelingen niet mogen worden gewijzigd. Gunningscriteria en wegingsfactoren moeten ongewijzigd blijven gedurende de gehele procedure en er mag niet over worden onderhandeld, met het oog op de gelijke behandeling van alle ondernemers. De onderhandelingen moeten gericht zijn op verbetering van de inschrijvingen, zodat aanbestedende diensten werken, leveringen en diensten kunnen inkopen die volledig aansluiten op hun specifieke behoeften. De onderhandelingen kunnen betrekking hebben op alle kenmerken van de gekochte werken, leveringen en diensten, zoals kwaliteit, hoeveelheid, commerciële clausules, alsook sociale, milieu- en innovatieve aspecten, voor zover het geen minimumeisen betreft.

Er moet worden verduidelijkt dat de door de aanbestedende dienst vast te stellen minimumeisen de (met name materiële, functionele en juridische) voorwaarden en kenmerken zijn waaraan elke inschrijving moet voldoen of die zij moet bezitten, opdat de aanbestedende dienst de opdracht kan gunnen in overeenstemming met de gekozen gunningscriteria. Met het oog op de transparantie en de traceerbaarheid van het proces, moeten alle fasen naar behoren worden gedocumenteerd. Voorts moeten alle inschrijvingen gedurende de gehele procedure schriftelijk worden ingediend.

## 2.4 Praktisch

Het is vooralsnog maar de vraag, of de ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’ vaak zal (kunnen) worden toegepast?

Bij vele inkopen zullen de ‘normale’ Europese openbare procedures wel kunnen leiden tot *‘bevredigende aanbestedingsresultaten’*. En bij vele inkopen zullen de aanbestedende diensten objectief gezien wel adequaat in staat zijn *‘te bepalen welke middelen aan hun behoeften kunnen voldoen of te beoordelen wat de markt te bieden heeft op het gebied van technische, financiële of juridische oplossingen’*. De huidige praktijk van alledag laat een en ander immers bijvoorbeeld al zien.

Daarbij komt:<sup>14</sup> *‘Voor standaarddiensten of -leveringen die door vele verschillende spelers op de markt kunnen worden aangeboden, mag geen gebruik worden gemaakt van de mededingingsprocedure met onderhandeling of de concurrentiegerichte dialoog.’*

In dat verband en gelet op artikel 26 lid 4 sub a van RL 2014/24/EU ter zake het rechtmatige toepassingsbereik van de ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’. In vele gevallen:

- i) Zal in de inkoopbehoefte (wel) kunnen worden voorzien zonder aanpassing van makkelijk beschikbare oplossingen.
- ii) Zullen ontwerp- of innovatieve oplossingen niet door de aanbestedende dienst gevraagd (hoeven te) worden.
- iii) Kan de overeenkomst (het contract) objectief gezien (best) wel gegund worden zonder voorafgaande onderhandelingen. Bijvoorbeeld omdat er zich bij de aan te besteden opdracht geen specifieke omstandigheden met betrekking tot de inhoud, de complexiteit, de juridische of financiële modaliteiten of risico's voordoen.

---

<sup>14</sup> Zie Overweging 43 RL 2014/24/EU.

- iv) Zal de aanbestedende dienst objectief gezien, de technische specificaties wel voldoende (nauwkeurig) kunnen benoemen/beschrijven.

Het toepassingsbereik van de ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’ is aldus niet zo ruim, als thans door sommigen (nog) wordt gedacht/verondersteld.

De ‘normale’ Europese openbare procedure (zonder voorselectie) zal waarschijnlijk ook tot minder (administratieve) handelingen aanleiding geven dan de ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’. En daarmee in het voorkomend geval ook doelmatiger en beter te ‘verwerken’ (*‘handlen’*) zijn. En doorgaans ook een stuk minder tijd in beslag nemen.

Het is (ook) niet voor niks, dat de eerder met de huidige Richtlijn 2004/18/EG geïntroduceerde ‘Concurrentiegerichte dialoog’ weinig *rechtmatige* navolging bij aanbestedende diensten heeft gekend. Zo’n Concurrentiegerichte dialoog komt wel (eens) voor, maar niet vaak in een met een openbare aankondiging ingeleide aanbestedingsprocedure. Het met Richtlijn 2004/18/EG beoogde rechtmatige ‘openbare proces’ is immers (ook) moeilijk voorspelbaar, daarmee niet eenvoudig (vooraf) te sturen en daarmee niet makkelijk te ‘verwerken’ (*‘handlen’*). Bovendien brengt een en ander de nodige tijd, moeite en (daarmee) kosten met zich mee.

De thans in RL 2014/24/EU opgenomen ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’ lijkt qua ‘proces’ op de reeds uit RL 2004/18/EG bekende ‘Concurrentiegerichte dialoog’. Mogelijk in een *‘light-versie’*, maar nog steeds behoorlijk arbeids-, kennis- en ‘verwerkings’- intensief.

Het ligt derhalve niet in de lijn der verwachting, dat de ‘mededingingsprocedure met onderhandeling’ de ‘normale’ openbare Europese aanbestedingsprocedure (s) zal gaan/kunnen verdringen. Bovendien kan door de ‘combi’ artikel 26 lid 4 sub a jo. artikel 29 RL 2014/24/EU in relatie tot het vorenstaande ernstig betwijfeld worden, of RL 2014/24/EU wel daadwerkelijk praktisch voorziet in de (klaarblijkelijke<sup>15</sup>) *‘grote behoefte aan extra flexibiliteit die ruimte biedt om een aanbestedingsprocedure te kiezen die voorziet in onderhandelingen’*.

### **3. De ‘MKB-percelenregeling’**

Overweging 78 RL 2014/24/EU luidt (gedeeltelijk):

“Aanbestedingen moeten worden aangepast aan de behoeften van het mkb. De aanbestedende diensten moeten worden aangemoedigd gebruik te maken van de code van beste praktijken die is gedefinieerd in het werkdokument van de diensten van de Commissie van 25 juni 2008 met als titel „Europese Code voor beste praktijken bij het faciliteren van toegang tot overheidsaanbestedingen voor het mkb”. Daarin is aangegeven hoe de wet- en regelgeving op het gebied van aanbestedingen op zodanige wijze kan worden toegepast dat het mkb makkelijker aan aanbestedingen kan deelnemen. Met het oog daarop en om de concurrentie te vergroten, moeten aanbestedende diensten er met name toe worden aangezet grote opdrachten in percelen te verdelen. Die verdeling zou op kwantitatieve basis kunnen geschieden, zodat de omvang van de afzonderlijke opdrachten beter afgestemd wordt op de capaciteit van het mkb, dan wel kwalitatief — naargelang van de vereiste vakkennis of specialisatie — zodat de verschillende opdrachten

<sup>15</sup> Zie Overweging 42 RL 2014/24/EU.

inhoudelijk beter toegesneden worden op de specialisaties binnen het mkb of op de verschillende vervolgfases van het project.”

“[-] De aanbestedende dienst zou de plicht moeten hebben te overwegen of het zinvol is opdrachten in percelen te verdelen, maar moet autonoom iedere door hem relevant geachte reden kunnen laten gelden, zonder administratief of gerechtelijk toezicht. Indien de aanbestedende dienst beslist dat het geen zin heeft de opdracht in percelen te verdelen, moet het proces-verbaal of de aanbestedingsstukken een opgave bevatten van de belangrijkste redenen voor de keuze van de aanbestedende dienst. Die redenen kunnen bijvoorbeeld zijn dat volgens de aanbestedende dienst de verdeling de mededinging dreigt te beperken, of de uitvoering van het contract technisch uitzonderlijk moeilijk en te duur dreigt te maken, of dat de noodzaak tot coördinatie tussen de verschillende aannemers voor de percelen de goede uitvoering van de opdracht ernstig dreigt te ondermijnen.”

En Overweging 79 (gedeeltelijk):

“Indien de aanbestedende diensten echter verplicht worden de opdracht in percelen te gunnen, zelfs indien dat aanmerkelijk minder voordelige oplossingen zou opleveren dan bij gezamenlijke gunning van alle of meerdere percelen, kan dit ertoe leiden dat het doel van betere toegang van het mkb tot overheidsopdrachten moeilijker haalbaar wordt. Wanneer vooraf duidelijk is aangegeven dat deze mogelijkheid bestaat, moeten de aanbestedende diensten een vergelijkende beoordeling van de inschrijvingen kunnen uitvoeren om uit te maken of de inschrijvingen die door een bepaalde inschrijver voor een specifieke combinatie van percelen wordt ingediend, als geheel genomen, beter aan de gunningscriteria voor deze percelen, vastgesteld overeenkomstig deze richtlijn, voldoen dan inschrijvingen voor ieder perceel afzonderlijk. Is dat het geval, moet het de aanbestedende dienst toegestaan zijn een opdracht aan de betrokken inschrijver te gunnen voor alle percelen gezamenlijk. Duidelijk moet zijn dat de aanbestedende diensten bij het uitvoeren van de vergelijkende beoordeling eerst moeten uitmaken welke inschrijvingen het beste aan de vastgestelde gunningscriteria voldoen voor ieder perceel, en die vervolgens dienen te vergelijken met de inschrijvingen die door een bepaalde inschrijver zijn gedaan voor een specifieke combinatie van percelen, als geheel genomen.”

Artikel 46 lid 3 RL 2014/24/EU luidt dan ook als volgt:

De lidstaten kunnen bepalen dat, indien meer dan één perceel aan dezelfde inschrijver kan worden gegund, de aanbestedende diensten opdrachten kunnen gunnen voor een combinatie van percelen of voor alle percelen wanneer zij in de aankondiging van de opdracht of in de uitnodiging tot bevestiging van belangstelling hebben gespecificeerd dat zij zich daartoe de mogelijkheid voorbehouden en aangeven welke percelen of groepen van percelen kunnen worden gecombineerd.

Los van de vraag of een gunningsmethodiek ‘voor alle percelen gezamenlijk’ mogelijk is die (ook) verband houdt met het voorwerp van de opdracht<sup>16</sup> waarop (concreet) wordt ingeschreven (een perceel), wat mij principieel een ‘uitdaging’ lijkt, is de ‘MKB-percelenregeling’ in het voorkomend geval praktisch dus een wassen neus voor de - overigens ‘ongedefinieerde’ - ‘MKB-er’ die bijvoorbeeld qua capaciteit maar op maximaal 2 van de 10 percelen kan inschrijven.

---

<sup>16</sup> Zie daartoe artikel 67 lid 3 RL 2014/24/EU.

Althans, ik kan in het voorkomend geval wel wat motiveringen bedenken, dat een gunning op alle percelen gezamenlijk 'voordeliger' is. In eerste instantie komt een 'overheidsopdracht' bijvoorbeeld ook niet zomaar 'uit de lucht vallen'. En over een 'beperking van de administratieve lasten'<sup>17</sup> zullen we het verder (ook) maar niet (meer) hebben.

#### **4. Minimumtermijnen**

##### **4.1 Huidig recht**

Artikel 2.71 leden 1 tot en met 3 Aanbestedingswet 2012 luidt als volgt:

1. Voor openbare procedures bedraagt de termijn voor het indienen van de inschrijvingen ten minste 45 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging.
2. Voor niet-openbare procedures, onderhandelingsprocedures met aankondiging en de concurrentiegerichte dialoog bedraagt de termijn voor het indienen van de verzoeken tot deelneming ten minste 30 dagen, te rekenen vanaf de verzenddatum van de aankondiging van de overheidsopdracht.
3. Voor niet-openbare procedures bedraagt de termijn voor het indienen van de inschrijvingen ten minste 40 dagen, te rekenen vanaf de verzend-datum van de uitnodiging tot inschrijving.

En op grond van artikel 2.72 Aanbestedingswet 2012 geldt:

Een aanbestedende dienst kan de termijnen voor de het indienen van inschrijvingen, bedoeld in artikel 2.71, eerste en derde lid, met vijf dagen inkorten indien hij met elektronische middelen en vanaf het doen van de aankondiging vrije, rechtstreekse en volledige toegang biedt tot de aanbestedingsstukken, met inachtneming van paragraaf 2.3.2.2, en in de aankondiging het internetadres vermeldt dat toegang biedt tot deze documenten.

Een en ander betekent bijvoorbeeld, dat naar huidig recht, de (minimaal in acht te nemen) termijn van een (Europese) Openbare procedure 40 dagen betreft (45 -/- 5 dagen).

Een en ander is in overeenstemming met RL 2004/18/EG.<sup>18</sup>

Artikel 2. 71 lid 1 Aanbestedingswet 2012 'pakt' de 'eerste minus 7 dagen' ex artikel 38 lid 5 RL 2004/18/EG, doordat de (Europese) aankondigingen langs elektronische weg (TenderNed) moeten worden verzonden. Zie artikel 2.62 Aanbestedingswet 2012.

Verder is in kwestie ook relevant, het bepaalde in artikel 2.70 Aanbestedingswet 2012:

De aanbestedende dienst stelt de termijn voor het indienen van verzoeken tot deelneming of inschrijvingen vast met inachtneming van het voorwerp van de opdracht, de voor de voorbereiding van het verzoek of de inschrijving benodigde tijd en de in deze paragraaf gestelde regels omtrent termijnen.

---

<sup>17</sup> Zie huidig artikel 1.6 Aanbestedingswet 2012 en Overweging 84 RL 2014/24/EU.

<sup>18</sup> Zie de artikelen 38 lid 2 (52 dagen), 38 lid 5 (-/- 7 dagen) en 38 lid 6 (-/- 5 dagen) RL 2004/18/EG. 52 dagen minus 7 dagen minus 5 dagen is 40 dagen.

## 4.2 Het nieuwe recht; verkorte minimumtermijnen

Overweging 80 van Richtlijn 2014/24/EU luidt (gedeeltelijk) als volgt:

“Om de procedures sneller en efficiënter te laten verlopen, moeten de termijnen voor deelname aan aanbestedingsprocedures zo kort mogelijk worden gehouden, zonder dat dit onnodige belemmeringen opwerpt voor ondernemers uit de interne markt, met name mkb's. Bij de vaststelling van de termijnen voor de ontvangst van inschrijvingen en van verzoeken tot deelname, moeten de aanbestedende diensten met name rekening houden met de complexiteit van de opdracht en met de voor het opstellen van de inschrijvingen benodigde tijd, zelfs als daarvoor termijnen moeten worden bepaald die langer zijn dan de minima op grond van deze richtlijn. Gebruik van elektronische informatie- en communicatiemiddelen, in het bijzonder volledige elektronische beschikbaarheid van aanbestedingsstukken en elektronische verzending van berichten aan ondernemers, inschrijvers en gegadigden, leidt enerzijds tot meer transparantie, en tot tijdsbesparing. Bijgevolg dienen de minimumtermijnen te worden verkort conform de regels van de GPA-overeenkomst, mits deze termijnen verenigbaar zijn met de specifieke verzendingsmethoden die in de Unie worden toegepast. [-]”

Artikel 47 lid 1 RL 2014/24/EU luidt dan ook:

Bij de vaststelling van de termijnen voor de verzoeken tot deelname en de ontvangst van inschrijvingen moeten aanbestedende diensten rekening houden met de complexiteit van de opdracht en met de tijd die nodig is voor de voorbereiding van inschrijvingen, onverminderd de in de artikelen 27 tot en met 31 vastgestelde minimumtermijnen.

Met Richtlijn 2014/24/EU worden de minimumtermijnen met betrekking tot de Openbare en de Niet-openbare procedure ten opzichte van RL 2004/18/EG verkort.

Men zie voor de Openbare procedure, artikel 27 lid 1 RL 2014/24/EU (35 dagen) jo. artikel 27 lid 4 RL 2014/24/EU (minus 5 dagen). Hetgeen neerkomt op een minimumtermijn van 30 dagen.<sup>19</sup>

En voor de Niet openbare procedure, zie artikel 28 RL 2014/24/EU (1<sup>e</sup> fase 30 dagen, 2<sup>e</sup> fase 30 (-/- 5) dagen).<sup>20</sup>

## 4.3 Praktisch

Het nieuwe EU-recht handelt om minimumtermijnen. In dat verband zouden de artikelen 2.71 en 2.72 Aanbestedingswet 2012 in beginsel behouden kunnen blijven (*'meer mag, minder niet'*). Bijvoorbeeld omwille van *'redelijkheid'* en *'proportionaliteit'*.

Met betrekking tot de wenselijkheid van het invoeren van vernieuwde verlaagde minimumtermijnen zal een spanningsveld (kunnen) bestaan/ontstaan ter zake de wens van de aanbestedende diensten om de procedures zo kort mogelijk te laten zijn (aangebestedingsprocedures worden niet zelden als onnodig tijdrovend ervaren), de tijd die ondernemers redelijkerwijs nodig hebben om een goede inschrijving te

<sup>19</sup> Voor een (verdere) verkorting in verband met een vooraankondiging, zie artikel 27 lid 2 RL 2014/24/EU.

<sup>20</sup> Voor een (verdere) verkorting in verband met een vooraankondiging, zie artikel 28 lid 3 RL 2014/24/EU.

doen en (met het laatste verband houdend) het realiseren van een doelmatige inkoop (in verband met een doelmatige besteding van overheids gelden).

De verwachting is, dat aanbestedende diensten (in eerste aanleg) zullen overgaan op de (eventuele, zo nodig in de Aanbestedingswet 2015/2016 opgenomen) nieuwe minimumtermijnen. Althans, daar hun eerste plannings op zullen afstemmen. Althans, dat is (ook) de ervaring met RL 2004/18/EG, in de (oorspronkelijke) aanbestedingsplanning wordt uitgegaan van (gerekend met) 40 dagen.

De praktijk laat echter (ook) vaak zien, dat uiteindelijk praktisch de huidige 40 dagen (toch) niet gerealiseerd worden (denk bijvoorbeeld aan diverse Nota's van inlichtingen met overeenkomstig uitstel van dien).

En in dat verband lijkt een minimumtermijn van 30 dagen voor diverse aanbestedingsprocedures niet realistisch. Het zal doorgaans zelfs volstrekt onmogelijk of irrealistisch zijn, om bij grote bouwkundige werken in een Niet-openbare procedure uit te gaan van een inschrijvingstermijn van 25 dagen.<sup>21</sup> En kan dus betwijfeld worden, of een en ander in de Aanbestedingswet 2015/2016 moet worden opgenomen.

Daarbij komt, dat een (opschortende) 'Alcateltermijn' van 20 dagen<sup>22</sup> sowieso een enorm beslag legt op de tijd en planning van een aanbestedingsprocedure. En wat maakt 10 dagen minder (voor zover al realistisch) dan (ook) eigenlijk op de totaalplanning (inclusief voorbereiding van de aanbestedingsprocedure) praktisch uit?

Van de andere kant is artikel 2.70 Aanbestedingswet 2012 een zeer realistische bepaling die in overeenstemming is met doel, strekking en tekst (art. 47 lid 1) van RL 2014/24/EU en mitsdien behouden kan (moet) blijven.

En in dat verband behoeft de opname van de nieuwe RL minimumtermijnen in de Aanbestedingswet 2015/2016 in beginsel geen 'pijn' te doen. Ter zake moet door de aanbestedende diensten immers in het individuele concrete geval toch een redelijke en proportionele afweging worden gemaakt welke in rechte getoetst kan worden.

Hetgeen in vele aanbestedingsprocedures echter (juist ook) zal betekenen, dat in theorie weliswaar een (ver-) korte minimumtermijn gehanteerd mag worden, maar dat zo'n theoretische minimumtermijn in het voorkomende individuele concrete geval praktisch en feitelijk niet mogelijk is, noch geoorloofd zal zijn.

Het oogt en klinkt aldus lekker, dat *"Om de procedures sneller en efficiënter te laten verlopen, moeten de termijnen voor deelname aan aanbestedingsprocedures zo kort mogelijk worden gehouden [-]"*. De praktische realiteit en waarde van een en ander zal echter (nog) moeten blijken. Vooralsnog houd ik het er op, dat een papieren Richtlijn niet uitmaakt (bepaalt), of een aanbestedingsprocedure sneller en

---

<sup>21</sup> Zie artikel 28 lid 2 jo. lid 5 RL 2014/24/EU.

<sup>22</sup> Zie huidig artikel 2.127 Aanbestedingswet 2012.

efficiënter kan verlopen. Proportionaliteit, redelijkheid en billijkheid en *'common sense'* lijken mij in kwestie immers eerder of met name leidend.

## **5. Conclusie**

Tussen (politieke) theorie en concrete (uitvoerings-) praktijk bestaat niet zelden een kloof. Daarvan lijkt ook sprake te zijn bij een aantal (in dit stuk behandelde) onderwerpen van RL 2014/24/EU.

Hoewel de concrete implementatie van RL 2014/24/EU nog moet worden afgewacht, lijkt adequaat *'verwachtingenmanagement'* ter zake aangewezen.

Immers, voor wie bij bepaalde onderwerpen hoopte op een of meer *'zomerse'* (Europese) zwaluwen, moet naar verwachting (toch) ook ernstig rekening houden met enige (Europese en Nederlandse) *'dode mussen'*.