

's-Gravenhage, 19 oktober 2015

Aan de Koning

WJZ / 15130431

Nader rapport inzake 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

=====

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 2 juli 2015, nr. 2015001184, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 11 september 2015, nr. W.15.15.0216/IV, bied ik U hierbij aan.

1. Reikwijdte concessiebegrip

De Afdeling advisering van de Raad van State (hierna: de Afdeling) merkt op dat in de memorie van toelichting bij de definitie van het begrip concessie een zin is opgenomen die afdoet aan de verder duidelijke bewoordingen van de wettelijke definitie. Het betreft de zin: "Concessies worden niet altijd vormgegeven als opdrachten; ze zijn ook in bepaalde gevallen –geheel of ten dele- vormgegeven als vergunningen, subsidies of anderszins." Doel van deze zin was om bewustwording te creëren over het feit dat op dit moment –vooral in het geval van diensten, waarover nog geen regelgeving met betrekking tot concessies bestaat tot inwerkingtreding van dit wetsvoorstel- arrangementen bestaan die na inwerkingtreding van het wetsvoorstel veeleer als concessieopdracht dienen te worden benaderd dan, zoals momenteel vaak het geval is, als vergunning of als subsidie. Het is, zoals de memorie van toelichting vervolgens aangeeft, de inhoud van een arrangement en niet de door de betrokken overheid gekozen vorm die bepaalt of die overheid in een bepaald geval beter gebruik kan maken van een subsidie of vergunning of bijvoorbeeld van een concessie. Met een nieuwe formulering van de door de Afdeling aangehaalde zin is beoogd de door de Afdeling geconstateerde onhelderheid weg te nemen.

2. Informatieverstrekking gegunde opdracht

De Afdeling constateert met betrekking tot de artikelen 2.104 en 2.138 dat in de Nederlandse vertaling van richtlijn 2014/24/EU wordt vermeld "indien de openbaarmaking ervan rechtshandhaving in de weg zou staan" maar dat de Aanbestedingswet 2012 en het wetsvoorstel spreken van "indien openbaarmaking van die gegevens in strijd zou zijn met enig wettelijk voorschrift". De Afdeling geeft aan dat zonder nadere toelichting niet valt in te zien waarom deze implementatie correct is.

Met de artikelen 2.104 en 2.138 worden de artikelen 50 respectievelijk 55 van richtlijn 2014/24/EU geïmplementeerd. Aangezien deze materieel niet wijzigen ten opzichte van hetgeen is bepaald in de overeenkomstige artikelen van richtlijn 2004/18/EG, worden de artikelen 2.104 en 2.138 dan ook niet gewijzigd. In artikel 35, vierde lid, vijfde alinea, van richtlijn 2004/18/EG luiden de bewoordingen van dezelfde bepaling als artikel 50, vierde lid "de toepassing van de wet in de weg zou staan" hetgeen in artikel 2.138 van de Aanbestedingswet 2012 is geïmplementeerd met "in strijd zou zijn met enig wettelijk voorschrift". De Engelse vertaling van zowel de richtlijn uit 2004 als die uit 2014 luidt "would impede law enforcement". De Nederlandse vertaling verschilt derhalve. De Franse tekst zowel uit 2004 als uit 2014 luidt "où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois". "Toepassing van wettelijke regels" lijkt de meest adequate vertaling. Dit kan niet anders begrepen worden dan "in strijd met enig wettelijk voorschrift". Hetzelfde geldt voor artikel 2.104.

Omdat de artikelen 2.104 en 2.138 niet wijzigen, is ook geen artikelsgewijze toelichting geschreven. Het is immers niet gebruikelijk om niet gewijzigde artikelen van een toelichting te voorzien. Van een wijziging in de memorie van toelichting op dit punt wordt om die reden afgezien.

3. Volledigheid implementatie

-Artikel I, onderdeel AX en GU:

De Afdeling geeft aan dat een in de richtlijnen 2014/24/EU en 2014/25/EU voorkomende clausulering op de mogelijkheden tot gebruik van de onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande oproep tot mededinging voor één van die mogelijkheden niet is geïmplementeerd. Overwogen is dat geen praktische omstandigheid kon worden voorzien waarbij de combinatie van de mogelijkheid met de clausulering zich zou kunnen voordoen. Daarom is er in eerdere instantie voor gekozen om voor die mogelijkheid de clausulering niet op te nemen. Om deze niet voorziene omstandigheid toch uit te sluiten is besloten gehoor te geven aan het advies van de Afdeling.

-Artikel I, onderdeel CF:

De Afdeling wijst op het ontbreken van implementatie van de omschrijving van technische specificaties als bedoeld in punt 1 van bijlage VII van richtlijn 2014/24/EU in het voorgestelde artikel 2.75. Het leggen in artikel 2.75, eerste lid, van bijvoorbeeld een koppeling met punt 1 van bijlage VII, heeft als bezwaar dat dan de indruk wordt gewekt alsof de daarin gegeven omschrijving van het begrip "technische specificatie" uitsluitend en specifiek geldt voor de toepassing van dit lid. Op allerlei andere plaatsen in het wetsvoorstel wordt dit begrip eveneens gebruikt ter implementatie van andere artikelen uit de richtlijn en heeft het dezelfde betekenis. Gelet hierop is aangesloten bij de eerder aangehouden wijze van implementatie van het begrip technische specificaties onder richtlijn 2004/18/EU in de Aanbestedingswet 2012. Daarbij is indertijd niet een koppeling in de wetstekst met de desbetreffende bijlage (in die richtlijn was dat bijlage VI) gelegd, maar in de memorie van toelichting ingegaan op de betekenis van de inhoud aan de hand van de descriptieve omschrijving ervan in die bijlage. In het onderhavige wetsvoorstel is die eerder gevolgde benadering aangehouden.

- Artikel I, onderdeel FG

De Afdeling merkt terecht op dat in de in de artikel 2.39 (artikel I, onderdeel BD) van toepassing verklaarde paragrafen een omissie is geslopen. Het wetsvoorstel is overeenkomstig het advies van de Afdeling aangepast om alsnog, zoals bedoeld, elektronisch communiceren te verplichten bij de procedure voor sociale en andere specifieke diensten. De bepaling is voorts aangevuld met een verwijzing naar het Uniform Europees Aanbestedingsdocument. In dezelfde zin is artikel 3.42 van het wetsvoorstel aangepast voor de toepassing van deze procedure bij speciale-sectoropdrachten.

-Artikel 52, eerste en tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU:

De Afdeling brengt onder de aandacht dat artikel 52, eerste en tweede lid, van richtlijn 2014/24/EU niet is geïmplementeerd voor zover die artikellieden zien op aankondigingen van een gegunde opdracht. Dit onderdeel is alsnog, conform de al in de Aanbestedingswet 2012 aanwezige indeling, verwerkt in artikel 2.134.

-Artikel I, onderdeel I:

In de transponeringstabel is de abusievelijke verwijzing naar artikel 1.1 voor het begrip "aanbieder van aanbestedingsdiensten" vervangen door een verwijzing naar artikel 1.10b, tweede lid.

-Artikel I, onderdeel FK:

De opmerking van de Afdeling over artikel 13 van richtlijn 2014/25/EU in artikel 3.5 van het wetsvoorstel ten aanzien van postdiensten en ongeadresseerde postzendingen vormt de aanleiding de wijze van implementatie van dit artikel nader te bezien. Richtlijn 2014/25/EU is uitsluitend op het aanbieden van postdiensten en andere diensten dan postdiensten van toepassing, indien de toegang tot de markt beperkt is (artikel 13, eerste lid, juncto artikel 34, eerste lid). De toegang tot een markt wordt geacht niet beperkt te zijn indien een lidstaat de in bijlage III vermelde wetgeving van de Europese Unie ten uitvoer heeft gelegd en heeft toegepast (artikel 34, derde lid, juncto bijlage III). De Postwet 2009 geeft uitvoering aan de in bijlage III genoemde postrichtlijn 97/67/EG en wijzigingen daarvan. De markt voor postdiensten en andere diensten dan

postdiensten is in Nederland geliberaliseerd. Gelet hierop is richtlijn 2014/25/EU niet van toepassing op activiteiten op de Nederlandse markt met betrekking tot het aanbieden van postdiensten en andere diensten dan postdiensten en wordt voorgesteld het huidige hierop betrekking hebbende artikel 3.5 te laten vervallen. De memorie van toelichting is hierop aangepast.

4. Redactionele opmerkingen

De redactionele opmerkingen van de Afdeling zijn verwerkt met uitzondering van de hieronder toegelichte punten. Verder is van de gelegenheid gebruik gemaakt om aanvullende redactionele verbeteringen en verbeteringen van technische aard door te voeren.

De redactionele opmerking van de Afdeling ten aanzien van aanpassing van de nummering van afdelingen en paragrafen in hoofdstuk 2.2. is niet opgevolgd. Aanwijzing 238, eerste lid, van de Aanwijzingen voor de regelgeving geeft aan dat onder meer afdelingen en paragrafen niet moeten worden vernummerd als daar geen noodzaak voor is. Dat is hier het geval.

Tevens is de redactionele opmerking van de Afdeling ten aanzien van het invoegen van "bevestigingen van belangstelling en inschrijvingen" niet gevolgd. De procedurestappen waarbij er sprake kan zijn van een bevestiging van belangstelling zijn in de richtlijnen als optioneel aangemerkt, waarbij de keuze aan de lidstaat wordt gelaten om het al dan niet te implementeren. Er is voor gekozen om die procedurestappen niet in de wet op te nemen. Derhalve is ook het opnemen van de bevestiging van belangstelling overbodig.

De door de Afdeling ten aanzien van artikel I, onderdeel A, voorgestelde toevoeging aan de definitie van het begrip overheidsopdracht voor werken is overbodig. In artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 is ook het begrip speciale-sectoropdracht voor werken gedefinieerd, waarbij in het wetsvoorstel in artikel I, onderdeel A, aan de definitie van dit begrip reeds een verwijzing was toegevoegd naar bijlage I van richtlijn 2014/25/EU.

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van wet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal te zenden.

De Minister van Economische Zaken,