

Uitsluitingsgronden en concessies

Highlights Wetvoorstel Wijziging Aanbestedingswet

Prof. Mr. Pieter Kuypers

Hoogleraar Radboud Universiteit Nijmegen / Advocaat AKD

change perspective

Radboud Universiteit



...so you need us to slow time, break the law and perform three miracles... by next Tuesday. You need to dial extension 101 and ask for the Wizard of Oz!



1. Uitsluitingsgronden

What's different? Verschil richtlijn 2014/23/24/25

Uitsluitingsgronden in de nieuwe richtlijnen:

- Richtlijn 2014/23/EU: art. 38
- Richtlijn 2014/24/EU: art. 57
- Richtlijn 2014/25/EU: artt. 80 jo. 57 Richtlijn 2014/24/EU

Verschillen tussen artt. 38 Richtlijn 2014/23/EU en 57 Richtlijn 2014/14/EU?

- Dwingende uitsluitingsgronden: facultatief voor *andere aanbestedende instanties* (artt. 38 lid 4 paragraaf 2 jo. 7 lid 1 onderdelen b en c Richtlijn 2014/23/EU) → apart regime voor *andere aanbestedende instanties* (speciale-sectorbedrijven in de Aw)
- Inhoudelijk veelal gronden gelijk, maar dezelfde tekst → materieel verschil?

What's new? Artt. 38 2014/23/EU en 57 2014/24/EU

Dwingende uitsluitingsgronden: art. 2.86 Aw

- Uitbreiding met terroristische activiteiten, kinderarbeid en mensenhandel -----
- Uitbreiding met strafbaar feit van bestuur, leiding, toezichthouder, verantwoordelijke etc.
- Aansluiting?
- Referentieperiode: 5 jaar

Semi-dwingende uitsluitingsgronden: art. 2.86 Aw

- Uitbreiding met **veroordeling** inschrijver o.g.v. art. 69 AWR niet voldoen aan belastingen en sociale premies (te herstellen door inschrijver)
- Art. 2.86a (hardheidsclausule): te laat met betalen van belastingen en sociale premies én voor geringe omvang van de belastingschuld (proportionaliteitstoets)

What's new? Artt. 38 2014/23/EU en 57 2014/24/EU

Facultatieve uitsluitingsgronden: art. 2.87 Aw

- Codificatie van uitsluiting op grond van schending mededingingsrecht (naast beroepsfout)
- Uitbreiding uitsluitingsgrond inschrijvers, indien betrokken bij procedure voorafgaand aan aanbesteding o.g.v. art. 2.51 Aw
- Uitbreiding met niet voldoen aan belastingen en sociale premies (te herstellen door inschrijver) (let op: geen veroordeling inschrijver)

- Referentieperiode: 3 jaar

What's different? Artt. 38 2014/23/EU en 57 2014/24/EU

Past performance (prestatie meting)

- Hof van Justitie 13 december 2012, ECLI:EU:C:2012:801 (Forposta): ernstige beroepsfout
- Rb Limburg 28 juli 2014, ECLI:NL:RBLIM:2014:6754
“Het komt de voorzieningenrechter niet onredelijk voor dat de Gemeente haar eigen recente ervaringen meeweegt in de keuze voor de uit te nodigen gegadigden.”
- Nieuwe facultatieve uitsluitingsgrond tekortschieten in het verleden
 - Aanzienlijke en voortdurende tekortkoming
 - Wezenlijk voorschrift
 - Overheidsopdracht of concessie
 - Geleid tot vroegtijdige beëindiging met schadevergoeding of andere consequentie
- Zwarte of grijze lijst vooralsnog niet in de wet opgenomen

What's new? Artt. 38 lid 9 2014/23/EU en 57 lid 6 2014/24/EU

Art. 2.87a Aw: Inschrijvers krijgen de mogelijkheid om betrouwbaarheid te bewijzen

- Aanbestedende dienst moet bepalen of de betrouwbaarheid toereikend is
 - Maatregelen
 - Voldoende
 - Betrouwbaarheid tonen
- Handvaten:
 - Actieve medewerking met de onderzoekende autoriteiten
 - Concrete maatregelen genomen (compliance programma)
 - Ontslag personen verantwoordelijk voor strafbare feiten

What's new? Eigen verklaring en UEA

Eigen verklaring

- Afgeschaft
- Niet alle lidstaten hebben een eigen verklaring en grote verschillen
- Niet toegestaan eigen verklaringen van onderaannemers

UEA

- Verplicht voor alle aanbestedingen, inclusief onder Europese aanbestedingsdrempel
- Uniform in EU
- Uitgebreider
- Afzonderlijke UEA's voor de inschrijver om een beroep te doen op geschiktheidseisen

What's different? Eigen verklaring en UEA

Eigen verklaring

- Geschiktheidseisen
- Samenwerkingsverband of beroep op een derde/derden
- Facultatieve onderdelen

UEA

- Selectiecriteria (nieuw onderdeel: kwaliteitsborgingsregelingen en normen inzake milieubeheer)
- Apart UEA voor elke entiteit waarop hij steunt
- Gronden die verband houden met strafrechtelijke veroordelingen (o.a. feitelijk leidinggevende)



2. Concessies

“60% van alle PPP’s van (decentrale) overheden zijn concessie in de EU, volgens een recente onderzoek van de Europese Commissie.”

“Tussen 2006 en 2010: 817 concessies in Italië, 6.169 in Spanje en 10.000 in Frankrijk.”

Een richtlijn specifiek voor concessies

Richtlijn 2004/18/EG

- Algemene regelgeving (principes van transparantie en gelijke behandeling)
- Verschillende behandeling van concessies door lidstaten
- Dienstenconcessies uitgesloten
- Misbruik geen aanbestedingsplicht

Concessierichtlijn (2014/23/EU)

- Bijzondere regelgeving (eigen wettelijk systeem)
- Uniformere behandeling van concessies in de Unie
- Aanbestedingsplichtig vanaf drempelwaarde en misbruik voorkomen

What's new? Definitie concessie richtlijn nog?

Richtlijn 2014/23/EU	Aw 2015	Memorie van Toelichting	Raad van State	Hof van Justitie
Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (...) waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend (...), te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling	Een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel (...) waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend (...), te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling.	Concessies kunnen in bepaalde gevallen ook geheel of gedeeltelijk worden vormgegeven als vergunning, subsidie of anderszins. Er moet gekeken worden naar de aard van de inhoud van concessie, ongeacht de vorm	Moet naast de specifieke vergunnings- of subsidieverlening -regimes ook het concessieregime geleden?	<ul style="list-style-type: none"> ■ C-206/08 (Eurawasser) ■ C-211/12 (Belgacom) ■ Uitsluitend recht op exploitatie en verplichting ■ Soort tegenpresentatie ■ Verschil concessie en vergunning: verplichting ■ Publiek en privaat

What's new? Artt.18 Richtlijn 2014/23/EU en 2a.22 Aw

- **Concessieduur** (>5 jaar): concessie moet beperkt worden tot de investering en het rendement op het geïnvesteerd vermogen van de concessiehouder terugverdiend kan worden
 - Het gaat niet om de feitelijke situatie, maar om de mogelijkheid voor de concessiehouder. De concessiehouder moet een redelijke rendement kunnen halen.
 - Toelichting vereist? (Concept Memorie van Toelichting)
 - C-451/08 (Helmut Müller): een concessie mag niet oneindig zijn
- Wat is de **waarde van een concessie** (Art. 8 Richtlijn)?
 - Een objectieve berekeningsmethode door vaste en variabele kosten (opties en verleningen)
 - C-220/05 (Auroux): gemengde opdrachten
 - C-76/97 (Tögel): samengestelde diensten en relatieve waarden

In conclusion; our major contract expires tomorrow, we have no idea what we want, and no knowledge of the market. It is time to pass this across to the procurement Team...



Vragen?

Prof. Mr. Pieter Kuypers
Radboud Universiteit Nijmegen / AKD

T: +31 88 253 5083

M: +32 49 612 2194

F: +31 88 253 505

E: p.kuypers@jur.ru.nl

change perspective