

Aanbestedingsrecht

TEKST & COMMENTAAR

**De tekst van de Aanbestedingswet 2012, het Aanbestedingsbesluit en de Wet
NErpe, voorzien van commentaar**

Onder redactie van:

P. Heijnsbroek

advocaat bij Straatman Koster advocaten, Rotterdam

W.A. Janssen

universitair hoofddocent Europees en Nederlands aanbestedingsrecht, Centre for Public Procurement & Centre for Regulation and Enforcement in Europe, Rechtsgeleerdheid, Universiteit Utrecht

Zesde druk

 Wolters Kluwer

Deventer 2023

VOORWOORD BIJ DE ZESDE DRUK

De serie Tekst & Commentaar verschijnt in een iets groter formaat dan voorheen, waardoor de boeken minder lijvig worden. Van de gelegenheid heeft de uitgever gebruik gemaakt om een nieuw, eigentijds omslag te laten ontwerpen. Voor de formules van Tekst & Commentaar hebben deze wijzigingen geen gevolgen.

Voor u ligt de zesde druk van Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht. De uitgave voorziet in een voortdurende belangstelling, voor de dagelijkse praktijk, maar ook bij cursussen en leergangen.

In deze zesde druk is de Gids Proportionaliteit gewijzigd. Per 1 januari 2022 is in hoofdstuk 4 van de herziene Gids een uitgebreidere toelichting opgenomen over proportionaliteit bij rechtsbescherming (waaronder het omgaan met vragen en het hanteren van rechtsverwerkingsclausules). Alle commentaren zijn bovendien bijgewerkt met de meest recente jurisprudentie en vakliteratuur.

Redactie, auteurs en uitgever gaan ervan uit dat ook deze zesde druk weer een uitermate nuttig naslagwerk voor praktijk en onderwijs zal blijken.

Deze druk gaat wat betreft de rechtspraak en literatuur uit van de stand van zaken per 1 maart 2023; een enkele ontwikkeling van daarna kon nog worden verwerkt. Wat betreft de wetgeving is zoveel mogelijk uitgegaan van de stand van zaken zoals die op 1 maart 2023 bekend was.

Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht is ook online beschikbaar. Deze online publicatie wordt tussentijds geactualiseerd.

Vragen en opmerkingen over deze uitgave kunt u richten aan:
TekstCommentaar@wolterskluwer.com.

Rotterdam/Utrecht, juni 2023

P. Heijnsbroek
W.A. Janssen

VERKORTE INHOUDSOPGAVE

(* met commentaar)

Aanbestedingswet 2012*	1
Aanbestedingsbesluit*	451
Gids Proportionaliteit 2022	461
Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten*	517
Trefwoordenregister	527

Aanbestedingswet 2012

Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, Stb. 2012, 313, zoals laatstelijk gewijzigd op 15 december 2021, Stb. 2022, 23 (i.w.tr. 02-03-2022)

Wij Beatrix, bij de gratie Gods, Koningin der Nederlanden, Prinses van Oranje-Nassau, enz. enz. Allen, die deze zullen zien of horen lezen, saluut! doen te weten:

Alzo Wij in overweging genomen hebben, dat het wenselijk is richtlijn nr. 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (*PbEU* L 134) en richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (*PbEU* L 134) opnieuw te implementeren ten behoeve van een goede uitvoering en naleving van de uit deze richtlijnen voortvloeiende voorschriften, en ten behoeve van verbetering en vereenvoudiging van de integriteitstoetsing en van voorschriften van administratieve aard, en voorts ook enige regels van inhoudelijke en administratieve aard te stellen met betrekking tot andere opdrachten; Zo is het, dat Wij, de Raad van State gehoord, en met gemeen overleg der Staten-Generaal, hebben goedgevonden en verstaan, gelijk Wij goedvinden en verstaan bij deze:

DEEL 1

Algemene bepalingen

HOOFDSTUK 1.1

Begripsbepalingen

Artikel 1.1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

aanbestedende dienst: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen;

aanbestedingsstukken: alle stukken die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf worden opgesteld of vermeld ter omschrijving of bepaling van onderdelen van de aanbesteding of de procedure;

aankoopcentrale: een aanbestedende dienst die of speciale-sectorbedrijf dat een gecentraliseerde aankoopactiviteit en eventueel een aanvullende aankoopactiviteit verricht;

aannemer: een ieder die de uitvoering van werken op de markt aanbidt;

aanvullende aankoopactiviteit: een activiteit die bestaat uit het verlenen van ondersteuning aan een aankoopactiviteit, in het bijzonder op de volgende wijzen:

- a. door het beschikbaar stellen van technische infrastructuur die aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven in staat stelt overheidsopdrachten respectievelijk speciale-sectoropdrachten te plaatsen;
- b. door advisering over het verloop of de opzet van aanbestedingsprocedures;
- c. door voorbereiding en beheer van aanbestedingsprocedures namens en voor rekening van de betrokken aanbestedende dienst of het betrokken speciale-sectorbedrijf;

Autoriteit Consument en Markt: de Autoriteit Consument en Markt, genoemd in artikel 2, eerste lid, van de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt;

bijzonder recht: een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend en waarbij binnen een bepaald geografisch gebied:

- a. het aantal van deze ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria tot twee of meer wordt beperkt,
- b. verscheidene concurrerende ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen op een andere wijze dan volgens deze criteria worden aangewezen, of
- c. op een andere wijze dan volgens deze criteria aan een of meer ondernemingen die een dienst mogen verrichten of een activiteit mogen uitoefenen voordelen worden toegekend, waardoor enige andere onderneming aanzienlijk wordt belemmerd in de mogelijkheid om dezelfde activiteiten binnen hetzelfde geografische gebied onder in wezen dezelfde omstandigheden uit te oefenen;

centrale aanbestedende dienst: een aanbestedende dienst, genoemd in bijlage I van richtlijn 2014/24/EU;

concessiehouder: een ondernemer aan wie een concessieopdracht is gegund;

concessieopdracht: een concessieopdracht voor diensten of een concessieopdracht voor werken; *concessieopdracht voor diensten*: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken, en waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling;

concessieopdracht voor werken: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op:

- a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een in bijlage I van richtlijn 2014/23/EU aangewezen activiteit, of
- b. een werk dan wel het verwezenlijken, met welke middelen dan ook, van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf die een beslissende invloed uitoefenen op het soort werk of op het ontwerp van het werk, waarvoor de tegenprestatie bestaat uit hetzij uitsluitend het recht het werk dat het voorwerp van de opdracht vormt, te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling;

conformiteitsbeoordelingsinstantie: een instantie die conformiteitsbeoordelingsactiviteiten verricht en die geaccrediteerd is overeenkomstig verordening (EG) nr. 765/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 9 juli 2008 tot vaststelling van de eisen inzake accreditatie en markttoezicht betreffende het verhandelen van producten en tot intrekking van verordening (EEG) nr. 339/93 (PbEU 2008, L 218);

CPV: de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten, vastgesteld bij verordening (EG) nr. 2195/2002 van het Europees Parlement en de Raad van 5 november 2002 betreffende de gemeenschappelijke woordenlijst overheidsopdrachten (CPV) (PbEG 2002, L 340);

dienstverlener: een ieder die diensten op de markt aanbiedt;

dynamisch aankoopstelsel: een elektronisch proces voor het doen van gangbare aankopen van werken, leveringen of diensten, waarvan de kenmerken wegens de algemene beschikbaarheid op de markt voldoen aan de behoeften van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf, dat is beperkt in de tijd en gedurende de gehele looptijd openstaat voor ondernemers die aan de eisen voor toelating tot het systeem voldoen;

eigen verklaring: een verklaring als bedoeld in artikel 2.84, eerste lid;

elektronisch middel: een middel waarbij gebruik wordt gemaakt van elektronische apparatuur voor gegevensverwerking (met inbegrip van digitale compressie) en gegevensopslag, alsmede van verspreiding, overbrenging en ontvangst door middel van draden, straalverbindingen, optische middelen of andere elektromagnetische middelen;

elektronisch systeem voor aanbestedingen: het elektronische systeem voor aanbestedingen, bedoeld in artikel 4.13;

elektronische factuur: factuur die is opgesteld, verzonden en ontvangen in een gestructureerde elektronische vorm die automatische en elektronische verwerking ervan mogelijk maakt;

elektronische veiling: een zich herhalend elektronisch proces voor de presentatie van nieuwe, verlaagde prijzen of van nieuwe waarden voor bepaalde elementen van de inschrijvingen, dat

plaatsvindt na de eerste volledige beoordeling van de inschrijvingen en dat klassering op basis van automatische beoordelingsmethoden mogelijk maakt;

gecentraliseerde aankoopactiviteit: een activiteit die permanent plaatsvindt op een van de volgende wijzen:

- a. de verwerving van leveringen of diensten die bestemd zijn voor aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven;
- b. het plaatsen van overheidsopdrachten respectievelijk speciale-sectoropdrachten die bestemd zijn voor aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven;

gedragsverklaring aanbesteden: een verklaring als bedoeld in artikel 4.1;

gedagigde: een ondernemer die heeft verzocht om een uitnodiging, of is uitgenodigd, om deel te nemen aan een niet-openbare procedure, een procedure van de concurrentiegerichte dialoog, een mededingingsprocedure met onderhandeling, een procedure van het innovatiepartnerschap, een onderhandelingsprocedure met aankondiging, een onderhandelingsprocedure zonder aankondiging of een procedure voor de gunning van een concessieopdracht;

gunningsbeslissing: de keuze van de aanbestedende dienst of het speciale sectorbedrijf voor de ondernemer met wie hij voornemens is de overeenkomst waarop de procedure betrekking had te sluiten, waaronder mede wordt verstaan de keuze om geen overeenkomst te sluiten;

innovatie: de toepassing van een nieuw of aanmerkelijk verbeterd product, een nieuwe of aanmerkelijk verbeterde dienst of een nieuw of aanmerkelijk verbeterd proces;

inschrijver: een ondernemer die een inschrijving heeft ingediend;

keurmerk: document, certificaat of getuigschrift dat bevestigt dat een werk, product, dienst, proces of procedure aan bepaalde eisen voldoet;

keurmerkeis: de voorschriften waaraan een product, dienst, proces of procedure moet voldoen om een keurmerk te verkrijgen;

levenscyclus: alle opeenvolgende of onderling verbonden stadia in het bestaan van een product of werk of bij het verlenen van een dienst;

leverancier: een ieder die producten op de markt aanbiedt;

mededeling van de gunningsbeslissing: een schriftelijke kennisgeving die voldoet aan de in artikel 2.130 gestelde eisen;

mededingingsprocedure met onderhandeling: procedure waarbij alle ondernemers naar aanleiding van een aankondiging een verzoek mogen doen tot deelneming, maar uitsluitend de door de aanbestedende dienst geselecteerde ondernemers een eerste inschrijving mogen indienen en waarbij door middel van onderhandelingen met een of meer van hen naar definitieve inschrijvingen wordt toegewerkt;

niet-openbare procedure: procedure waarbij alle ondernemers naar aanleiding van een aankondiging een verzoek mogen doen tot deelneming, maar alleen de door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf geselecteerde ondernemers mogen inschrijven;

ondernemer: een aannemer, leverancier of dienstverlener;

onderhandelingsprocedure: procedure waarbij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf met door hem geselecteerde ondernemers overleg pleegt en door middel van onderhandelingen met een of meer van hen de voorwaarden voor de opdracht vaststelt;

Onze Minister: Onze Minister van Economische Zaken en Klimaat;

openbare procedure: procedure waarbij alle ondernemers naar aanleiding van een aankondiging mogen inschrijven;

overheidsbedrijf: een bedrijf waarop een aanbestedende dienst rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kan uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften;

overheidsopdracht: een overheidsopdracht voor werken, een overheidsopdracht voor leveringen, een overheidsopdracht voor diensten of een raamovereenkomst;

overheidsopdracht voor diensten: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder overheidsopdracht voor werken;

overheidsopdracht voor leveringen: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer leveranciers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op:

- a. de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten of
- b. de levering van producten en die slechts zijdeling betrekking heeft op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van die levering;

overheidsopdracht voor werken: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer aannemers en een of meer aanbestedende diensten en die betrekking heeft op:

- a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II van richtlijn 2014/24/EU bedoelde activiteiten,
- b. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van een werk, of
- c. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van de aanbestedende dienst die een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk;

prijsvraag: procedure die tot doel heeft een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf een plan of een ontwerp te verschaffen dat na een aankondiging van de opdracht door een jury wordt geselecteerd, al dan niet met toekenning van prijzen;

procedure van de concurrentiegerichte dialoog: procedure waarbij alle ondernemers naar aanleiding van een aankondiging een verzoek mogen doen tot deelneming en waarbij de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een dialoog voert met de tot de procedure toegelaten ondernemers, teneinde een of meer oplossingen te zoeken die aan de behoeften van de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf beantwoorden en op grond waarvan de geselecteerde ondernemers zullen worden uitgenodigd om in te schrijven;

procedure van het innovatiepartnerschap: procedure waarbij alle ondernemers een verzoek tot deelneming mogen indienen naar aanleiding van een aankondiging voor een opdracht die is gericht op de ontwikkeling en aanschaf van een innovatief product of werk of een innovatieve dienst welke niet reeds op de markt beschikbaar is en waarbij door middel van onderhandelingen met een of meer van hen naar definitieve inschrijvingen wordt toegewerkt;

publiekrechtelijke instelling: een instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

- a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
- b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
- c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen;

raamovereenkomst: een schriftelijke overeenkomst tussen een of meer aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven en een of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te plaatsen overheidsopdrachten of speciale-sectoropdrachten vast te leggen;

richtlijn 1977/249/EEG: richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten (*PbEG* 1977, L 78);

richtlijn 2010/13/EU: richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (richtlijn audiovisuele mediadiensten) (*PbEU* 2013, L 95);

richtlijn 2014/23/EU: 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: 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);

richtlijn 2014/25/EU: 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);
richtlijn 2014/55/EU: richtlijn 2014/55/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake elektronische facturering bij overheidsopdrachten (*PbEU* 2014, L 133);
schriftelijk: elk uit woorden of cijfers bestaand geheel dat kan worden gelezen, gereproduceerd en vervolgens medegedeeld, daaronder begrepen met elektronische middelen overgebrachte of opgeslagen informatie;

speciale-sectorbedrijf:

- a. een aanbestedende dienst,
- b. een overheidsbedrijf,
- c. een bedrijf of instelling waaraan door een aanbestedende dienst een bijzonder recht of een uitsluitend recht is verleend, voorzover die dienst, dat bedrijf of die instelling een activiteit uitoefent als bedoeld in de artikelen 3.1 tot en met 3.6, tenzij de desbetreffende activiteit op grond van artikel 3.21 is uitgezonderd;

speciale-sectoropdracht: een speciale-sectoropdracht voor werken, een speciale-sectoropdracht voor leveringen, een speciale-sectoropdracht voor diensten of een raamovereenkomst;

speciale-sectoropdracht voor diensten: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer speciale-sectorbedrijven en die betrekking heeft op het verlenen van andere diensten dan die welke vallen onder speciale-sectoropdracht voor werken;

speciale-sectoropdracht voor leveringen: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer leveranciers en een of meer speciale-sectorbedrijven is gesloten en die betrekking heeft op:

- a. de aankoop, leasing, huur of huurkoop, met of zonder koopoptie, van producten of
- b. de levering van producten en die slechts zijdeling betrekking heeft op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren van die levering;

speciale-sectoropdracht voor werken: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die tussen een of meer aannemers en een of meer speciale-sectorbedrijven is gesloten en die betrekking heeft op:

- a. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage I van richtlijn 2014/25/EU bedoelde activiteiten,
- b. de uitvoering of het ontwerp en de uitvoering van een werk of
- c. het laten uitvoeren met welke middelen dan ook van een werk dat voldoet aan de eisen van het speciale-sectorbedrijf dat een beslissende invloed uitoefent op het soort werk of het ontwerp van het werk;

uitsluitend recht: een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan een onderneming wordt verleend, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen;
werk: het product van het geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen.

[20-12-2017, Stb. 1, i.w.tr. 18-04-2019/kamerstukken 34780]

[Definities]

1. Aanbestedende dienst. In de wet omvat het begrip 'aanbestedende dienst' de staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen en publiekrechtelijke instellingen, dan wel samenwerkingsverbanden tussen deze overheden of publiekrechtelijke instellingen. Voor de diensten die moeten aanbesteden op grond van Richtlijn 2014/25/EU wordt in de wet het begrip 'speciale-sectorbedrijf' gehanteerd. Het bepaalde bij of krachtens deel 2a van de wet is op grond van art. 2a.1 van toepassing op het plaatsen van concessieopdrachten voor werken of diensten door een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf. **Ruime en functionele uitleg.** Het begrip dient met het oog op het nuttig effect van het Europees recht ruim en functioneel te worden uitgelegd (zie bijv. HvJ EG 20 september

1988, C-31/87 (*Beentjes*), ECLI:EU:C:1988:422; HvJ EG 17 december 1998, C-353/96 (*Forestry Board*), ECLI:EU:C:1998:611; HvJ EG 17 december 1998, C-306/97 (*Connemara*), ECLI:EU:C:1998:623).

2. Aanbestedingsstukken. Onder het begrip 'aanbestedingsstukken' vallen alle stukken die door de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf worden opgesteld of vermeld ter omschrijving of bepaling van de onderdelen van de aanbesteding of de procedure. Daaronder vallen in ieder geval de aankondiging van de opdracht, de vooraankondiging indien deze wordt gebruikt als oproep tot mededinging, de technische specificaties, het beschrijvende document, de voorgestelde contractvoorwaarden, formats voor de aanbieding van documenten door gegadigden en inschrijvers, informatie over algemeen toepasselijke verplichtingen, de nota('s) van inlichtingen en alle aanvullende documenten. Correspondentie via onder andere e-mail, waarin mededelingen worden gedaan, valt niet onder het begrip (MvT, *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, 3, p. 22).

3. Aankoopcentrale. Onder het begrip 'aankoopcentrale' wordt verstaan een aanbestedende dienst die, of speciale-sectorbedrijf dat een 'gecentraliseerde aankoopactiviteit' en eventueel een 'aanvullende aankoopactiviteit' verricht. De begrippen 'gecentraliseerde aankoopactiviteit' en 'aanvullende aankoopactiviteit' worden eveneens gedefinieerd in art. 1.1. Uit deze definities volgt dat een aankoopcentrale altijd zelf een aanbestedende dienst (of speciale-sectorbedrijf) is, die (dat) op permanente basis gecentraliseerde aankoopactiviteiten (en eventueel een aanvullende aankoopactiviteit) verricht ten behoeve van andere aanbestedende diensten (of speciale-sectorbedrijven). Uit de definitie van het begrip 'gecentraliseerde aankoopactiviteit' vloeit voort dat een aankoopcentrale twee varianten kent, de groothandel of de tussenpersoon (MvT, *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, 3, p. 29). Indien een aanbestedende dienst (of speciale-sectorbedrijf) gebruik maakt van een aankoopcentrale, dan voldoet hij aan de verplichtingen die voortvloeien uit deel 2 van de wet; de aankoopcentrale draagt de verantwoordelijkheid voor het naleven van deze verplichtingen (MvT, *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, 3, p. 30). Een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf kan een overheids- of speciale-sectoropdracht voor diensten betreffende een gecentraliseerde aankoopactiviteit, met inbegrip van een aanvullende aankoopactiviteit, aan een aankoopcentrale gunnen zonder toepassing van de procedures bij of krachtens deel 2 of deel 3 van de wet. Zie art. 2.11 lid 5 en art. 3.10 lid 6.

4. Aannemer. Het betreft eenieder die de uitvoering van werken op de markt aanbiedt. Niet is vereist dat de persoon die de overeenkomst met een aanbestedende dienst sluit, zelf in staat is de overeengekomen prestatie in eigen beheer met zijn eigen middelen te verrichten om als aannemer te kunnen worden aangemerkt (HvJ EG 28 januari 2007, C-220/05 (*Auroux*), ECLI:EU:C:2007:31). Zie ook het begrip 'ondernemer'.

5. Aanvullende aankoopactiviteit. Aanvullende aankoopactiviteiten zijn – kort samengevat – activiteiten die bestaan uit het verlenen van ondersteuning aan aankoopactiviteiten. Aanvullende aankoopactiviteiten kunnen worden verricht door aankoopcentrales, maar ook door private aanbieders van aanbestedingsdiensten (MvT, *Kamerstukken II 2015/16*, 34329, 3, p. 23).

6. Bijzonder recht. Het begrip komt naast het begrip 'uitsluitend recht' voor. Zowel bijzondere als uitsluitende rechten kunnen op diverse wijzen van overheidswege worden verleend, variërend van een wet in formele zin of ander wettelijk voorschrift tot een vergunning of andersoortig besluit van een bestuursorgaan. Van een uitsluitend recht is sprake als een bepaalde dienst of activiteit in een bepaalde regio door één onderneming mag worden verricht. Bij bijzondere rechten is sprake van een op voorhand beperkt aantal ondernemingen waarbij dat beperkte recht wordt verleend overeenkomstig de onder a, b, of c bepaalde wijze. Van een bijzonder recht is dus geen sprake bij rechten waarvoor alle ondernemingen die aan bepaalde kwalificaties voldoen in aanmerking komen (MvT, *Kamerstukken II 2009/10*, 32440, 3, p. 43). Aangenomen moet worden dat, omdat zowel het begrip 'bijzonder recht' als het begrip 'uitsluitend recht' afkomstig zijn uit art. 106 lid 1 VWEU, daarmee hetzelfde wordt beoogd (MvT, *Kamerstukken II 2009/10*, 32440, 3, p. 43). Uit oogpunt van eenheid van terminologie in de Nederlandse wetgeving wordt in deze wet voor beide begrippen aangesloten bij de omschrijving in de Mededingingswet.

7. Centrale aanbestedende dienst. Een 'centrale aanbestedende dienst' is een aanbestedende dienst die wordt genoemd in Bijlage I van Richtlijn 2014/24/EU. Deze bijlage bevat per lidstaat een opsomming van 'centrale overheidsinstanties'. De kwalificatie als (niet-) centrale aanbestedende dienst is onder meer van belang voor het bepaalde in art. 2.74a. Daarin is bepaald dat niet-centrale aanbestedende diensten de termijn voor het indienen van de inschrijvingen in een niet-openbare procedure of de termijn voor het indienen van de eerste inschrijvingen in een mededingingsprocedure met onderhandeling, in onderlinge overeenstemming met de geselecteerde gegadigden kunnen bepalen, mits alle geselecteerde gegadigden evenveel tijd krijgen om hun inschrijving voor te bereiden en in te dienen.

8. Concessiehouder. De definitie van dit begrip spreekt voor zich en komt een-op-een overeen met de definitie in art. 5 lid 5 Richtlijn 2014/23/EU.

9. Concessieopdracht. Een concessieopdracht betreft werken of diensten. Concessieopdrachten voor leveringen bestaan niet in de aanbestedingsregelgeving. Bij de implementatie van Richtlijn 2014/23/EU is ervoor gekozen om de term concessieopdracht (voor werken of diensten) te hanteren in plaats van concessieovereenkomst, waarvan die richtlijn spreekt. Deze wet heeft betrekking op het gunnen van een opdracht. In het geval van een concessie zal dat leiden tot het gunnen van een concessieovereenkomst. Gebruikelijke terminologie is het sluiten van een overeenkomst en het gunnen van een opdracht. Om die reden is gekozen voor de term concessieopdracht (MvT, *Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3, p. 22 en 23*).

10. Concessieopdracht voor diensten. De definitie van een 'concessieopdracht voor diensten' verschilt nauwelijks van de definitie van een 'overheidsopdracht' resp. 'speciale-sectoropdracht voor diensten'. Het belangrijkste verschil is dat de tegenprestatie bij een concessieopdracht niet bestaat uit betaling van een prijs, maar uit hetzij uitsluitend het recht de dienst die het voorwerp van de overeenkomst vormt te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling. De vraag of sprake is van een concessieopdracht of van een overheidsopdracht dient uitsluitend op basis van het Europese recht te worden beoordeeld. Het nationale recht bepaalt dus niet wanneer er sprake is van een concessieopdracht dan wel een overheidsopdracht (HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09 (*Privater Rettungsdienst*), ECLI:EU:C:2011:130 en HvJ EU 10 november 2011, C-348/10 (*Norma-A SIA*), ECLI:EU:C:2011:721). In HvJ EU 10 november 2022, C-486/21 (*SHARENKO*), ECLI:EU:C:2022:868, wordt onder andere ingegaan op het onderscheid tussen een concessie voor diensten en een overheidsopdracht voor leveringen. Geoordeeld wordt dat sprake is van een concessie voor diensten. Kort samengevat, omdat het risico dat is verbonden aan de exploitatie van de onderhavige dienstverlening op de ondernemer overgaat. De aanbestedende dienst die een overheidsopdracht voor leveringen organiseert, wil zelf voordeel halen uit de producten die hij heeft aangekocht, geleasd of gehuurd, maar daarvan is volgens het Hof van Justitie EU in deze zaak géén sprake. **Overdracht operationeel risico aan concessiehouder.** Kenmerkend voor een concessie ten opzichte van een overheids- en speciale-sectoropdracht is dat het operationeel risico dat inherent is aan de exploitatie van de diensten (of werken), geheel of voor een aanzienlijk deel wordt overgedragen aan de concessiehouder (HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09 (*Privater Rettungsdienst*), ECLI:EU:C:2011:130). Dat economisch exploitatierisico kan als zodanig overigens zeer beperkt zijn (HvJ EG 10 september 2009, C-206/08 (*WAZV Gotha/Eurawasser*), ECLI:EU:C:2009:540). Het operationeel risico omvat het vraagrisico, het aanbodrisico, of beide. De concessiehouder wordt geacht het operationeel risico op zich te nemen, wanneer er onder normale exploitatieomstandigheden geen garantie bestaat dat de gedane investeringen of de kosten die gemaakt zijn bij het exploiteren van de diensten (of werken) die het voorwerp van de concessie vormen, kunnen worden terugverdiend. Het deel van het aan de concessiehouder overgedragen risico behelst een werkelijke blootstelling aan de grillen van de markt, hetgeen betekent dat elk potentieel door de concessiehouder te lijden verlies niet louter nominaal of te verwaarlozen is (MvT, *Kamerstukken II 2015/16, 34329, 3, p. 22 en HvJ EU 10 november 2022, C-486/21 (SHARENKO)*, ECLI:EU:C:2022:868). Het risico van blootstelling aan de grillen van de markt kan blijken uit de volgende elementen: onderhevig zijn aan mededinging, gevaar van wanverhouding tussen vraag en aanbod, risico van insolventie, niet volledige dekking van exploitatiekosten, of risico van aansprakelijkheid. NB: niet aan al deze elementen hoeft te zijn voldaan wil sprake kunnen

zijn van een economisch exploitatierisico (HvJ EU 10 maart 2011, C-274/09 (*Privater Rettungsdienst*), ECLI:EU:C:2011:130). Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een concessie maakt het niet uit of de vergoeding voor de concessie door privaatrecht of publiekrecht wordt geregeld (HvJ EG 10 september 2009, C-206/08 (*WAZV Gotha/Eurawasser*), ECLI:EU:C:2009:540).

11. Concessieopdracht voor werken. De definitie van het begrip 'concessieopdracht voor werken' is vrijwel identiek aan de definitie van het begrip 'overheidsopdracht' resp. 'speciale-sectoropdracht voor werken'. Het verschil met de gewone overheids- en speciale-sectoropdracht voor werken is dat de tegenprestatie bij een concessieopdracht niet bestaat uit betaling aan de concessiehouder van een prijs, maar uit hetzij uitsluitend het recht het werk dat het voorwerp van de opdracht vormt te exploiteren, hetzij uit dit recht en een betaling. Zie verder het commentaar en de jurisprudentie bij het begrip 'concessieopdracht voor diensten'. In aanvulling daarop: een aanbestedende dienst moet over de exploitatie van een werk kunnen beschikken om het recht van exploitatie aan zijn medecontractant te kunnen overdragen. Dat is gewoonlijk niet het geval wanneer het exploitatierecht zijn oorsprong alleen in het eigendomsrecht van de betrokken marktdeelnemer vindt. De eigenaar van een stuk grond heeft namelijk het recht het te exploiteren met inachtneming van de toepasselijke wettelijke voorschriften. Zolang een marktdeelnemer het recht geniet een stuk grond te exploiteren dat zijn eigendom is, kan een overheidsinstantie in beginsel geen concessie met betrekking tot deze exploitatie verlenen (HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08 (*Helmut Müller*), ECLI:EU:C:2010:168).

12. Conformiteitsbeoordelingsinstantie. Het begrip 'conformiteitsbeoordelingsinstantie' komt onder andere voor in art. 2.78b. Op grond daarvan kan een aanbestedende dienst van een ondernemer een testverslag of certificaat van een 'conformiteitsbeoordelingsinstantie' verlangen als bewijs van overeenstemming met de voorschriften of criteria in de technische specificaties, gunningscriteria of contractvoorwaarden. In Nederland is de Stichting Raad voor Accreditatie op grond van de Wet aanwijzing nationale accreditatie-instantie aangewezen om conformiteitsbeoordelingsinstanties in de zin van de in de begripsomschrijving genoemde verordening te accrediteren. Voorbeelden van conformiteitsbeoordelingsactiviteiten zijn iken, testen, certificeren en inspecteren (MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 23).

13. Dienstverlener. Het betreft eenieder die diensten op de markt aanbiedt. Zie ook het begrip 'ondernemer'.

14. Dynamisch aankoopstelsel. In Richtlijn 2014/24/EU komt geen begripsomschrijving meer voor van het 'dynamisch aankoopstelsel'. Een begripsbepaling blijft volgens de wetgever evenwel wenselijk. De onderhavige definitie is opnieuw uitgeschreven met enige terminologische aanpassingen die aansluiten op de bewoordingen van Richtlijn 2014/24/EU (MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 23). Eén van de aanpassingen betreft de verduidelijking dat de gangbare aankopen die via het dynamisch aankoopstelsel kunnen worden gedaan niet alleen betrekking kunnen hebben op producten en diensten, maar ook op werken. De procedure voor een dynamisch aankoopstelsel is te vinden in par. 2.2.3.4 en 3.2.3.3 van de wet.

15. Eigen verklaring. De eigen verklaring is een ter vermindering van de administratieve lasten in het leven geroepen instrument om een ondernemer te laten verklaren of uitsluitingsgronden op hem van toepassing zijn, of hij voldoet aan de geschiktheidseisen, technische specificaties en uitvoeringsvoorwaarden en in hoeverre hij voldoet aan de selectiecriteria. Zie art. 2.84. In de aanbestedingsrichtlijnen is een Europese eigen verklaring opgenomen: het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA). Het UEA is nader geregeld in Uitvoeringsverordening (EU) 2016/7 van de Commissie van 5 januari 2016 houdende een standaardformulier voor het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (*PbEU* 2016, L 3). In de regeling van de Minister van Economische Zaken van 23 juni 2016 (WJZ/16087848) tot wijziging van de Regeling modellen eigen verklaring, wordt als model voor de eigen verklaring, bedoeld in art. 2.84, aangewezen het standaardformulier, bedoeld in bijlage 2 van de hiervoor genoemde Uitvoeringsverordening, met uitzondering van deel IV, onderdeel A tot en met D van dat formulier. Dit model vervangt de oude Nederlandse uniforme eigen verklaring. Het UEA geldt overigens ook voor aanbestedingen onder de Europese drempels (zie art. 1.19).

16. Elektronisch middel. Dit begrip komt verder in de wet alleen in meervoud voor. Er worden bijvoorbeeld e-mail en een digitaal platform onder verstaan.

17. Elektronisch systeem voor aanbestedingen. Art. 4.13 lid 1 draagt de Minister van Economische Zaken (thans: de Minister van Economische Zaken en Klimaat) op zorg te dragen voor de inrichting, instandhouding, werking en beveiliging van een elektronisch systeem voor aanbestedingen. Dit geschiedt door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen TenderNed. Het genoemde artikellid bepaalt over welke functionaliteiten TenderNed moet beschikken (MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 122). Overheidsopdrachten moeten worden aangekondigd op het aankondigingenplatform van TenderNed. TenderNed bevat eveneens modules voor het opmaken van de aankondiging, het ter beschikking stellen van documenten, het indienen van inschrijvingen en overige vormen van elektronische communicatie; een aanbestedende dienst kan hiervoor echter ook gebruikmaken van modules in private platforms (MvT, *Kamerstukken II* 2015/16, 34329, 3, p. 51). Denk bijvoorbeeld aan de platforms van Merzell (*Negometrix*) en CommerceHub.

18. Elektronische factuur. Een 'elektronische factuur' (e-factuur) is een factuur die is opgesteld, verzonden en ontvangen in een gestructureerde elektronische vorm, die automatische en elektronische verwerking ervan mogelijk maakt. Een beeldbestand (bijvoorbeeld pdf) wordt in het kader van de hierna te noemen richtlijn niet gezien als e-factuur (MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 780, nr. 3, p. 2). **Richtlijn 2014/55/EU.** Het begrip 'elektronische factuur' is gebaseerd op art. 2 lid 1 van de definities van Richtlijn 2014/55/EU van het Europees Parlement en de Raad van 16 april 2014 inzake elektronische facturering bij overheidsopdrachten (*Pb. EU* 2014, L 133) (MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 780, nr. 3, p. 6). Doel van deze richtlijn is om handelsbelemmeringen, voortkomend uit de aanwezigheid van verschillende juridische voorschriften en technische normen inzake e-facturering in lidstaten, weg te nemen. Het zogenoemde gebrek aan interoperabiliteit (technische uitwisselbaarheid van gegevens tussen ICT-systemen) is met deze richtlijn opgelost, door voor alle lidstaten één gemeenschappelijke norm voor het semantische gegevensmodel van de elektronische basisfactuur vast te stellen, aangevuld met een lijst met verplicht te ondersteunen syntaxen. Een 'semantisch gegevensmodel' beschrijft welke gegevenselementen in de e-factuur kunnen of moeten zijn opgenomen en wat hun precieze betekenis is voor alle partijen in een keten (dus voor zowel de verzendende als ontvangende partij), onafhankelijk van de wijze waarop zij zijn weer- of doorgegeven. Een 'syntax' is de taal die wordt gebruikt om de gegevenselementen weer te geven. Door voor semantische interoperabiliteit te zorgen en ook de leverancier juridisch de zekerheid te verschaffen dat de e-factuur ontvangen en verwerkt moet worden, zorgt de richtlijn ervoor dat het gebruik van elektronische facturen in de Europese Unie wordt bevorderd. Overheden en bedrijven gaan daardoor naar verwachting eerder profiteren van de vele voordelen die e-facturieren heeft. De voordelen zijn onder andere tijd- en kostenbesparingen (minder handmatige handelingen, minder foutcorrecties), minder milieubelasting en een vermindering van administratieve lasten. Daarnaast maakt het ook innovatieve diensten mogelijk, zoals ketenfinanciering en creëert het de mogelijkheid om facturen sneller te betalen (en betaaltermijnen te verkorten) (MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 780, nr. 3, p. 2). **Verplichting.** Kernbepaling van Richtlijn 2014/55/EU is art. 7. Op basis daarvan worden aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven verplicht om in ieder geval e-facturen te ontvangen en te verwerken, die worden opgesteld ter uitvoering van overeenkomsten die vallen binnen het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen of concessierichtlijn, wanneer deze e-facturen voldoen aan de Europese norm voor het semantisch gegevensmodel, waarvan het referentienummer is gepubliceerd in het Publicatieblad van de Europese Unie en weergegeven in één van de syntaxen op de eveneens gepubliceerde lijst. Andere semantische gegevensmodellen en syntaxen mogen ook ondersteund worden, maar aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zijn daartoe niet verplicht. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven beslissen zelf of, en zo ja, welke extra semantische gegevensmodellen of syntaxen zij aanvullend willen ondersteunen. E-facturen die de onderliggende zakelijke transactie niet juist weergeven mogen anderszelsprekend geweigerd worden. Voorbeelden hiervan zijn foute of onterechte facturen. Het indienen van e-facturen kan door aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven ook verplicht gesteld worden (zowel onder als boven de EU-drempelbedragen). Dit volgt echter niet uit Richtlijn 2014/55/EU of de Wet van 20 december 2017, houdende wijziging van de Aanbestedingswet 2012

en de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied in verband met de implementatie van die richtlijn. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven die hiertoe over willen gaan moeten dit zelfstandig regelen, bijvoorbeeld door deze eis specifiek op te nemen in de te sluiten overeenkomsten met leveranciers. De facto betekent de verplichting voor alle aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven dat zij hun digitale infrastructuur op het moment van inwerking-treding van genoemde wet (18 april 2019, zie ook hierna) en onderliggende regelgeving gereed dienen te hebben voor de ontvangst en verwerking van e-facturen. Vanaf de inwerkingtredingsdatum mogen zij namelijk geen e-facturen meer weigeren die zijn opgesteld voor de uitvoering van overeenkomsten die onder het toepassingsgebied vallen en die voldoen aan de Europese norm en lijst van syntaxis. Dit geldt voor e-facturen met betrekking tot zowel nieuwe als bestaande overeenkomsten boven de drempelwaarden (MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 780, nr. 3, p. 2 en 3).

Uitzondering. De verplichting om e-facturen te kunnen ontvangen en verwerken is van toepassing voor alle overheidsopdrachten die vallen onder de reikwijdte van Richtlijn 2014/23/EU, Richtlijn 2014/24/EU, Richtlijn 2014/25/EU en van Richtlijn 2009/81 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen door aanbestedende diensten van bepaalde opdrachten voor werken, leveringen en diensten op defensie- en veiligheidsgebied, en tot wijziging van Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG. Het betreft dus facturatie van alle overheids- en speciale-sectoropdrachten en concessieopdrachten boven de geldende Europese drempelbedragen. Dit volgt uit art. 1 Richtlijn 2014/55/EU. In datzelfde artikel wordt echter een uitzondering gemaakt voor e-facturen die worden opgesteld voor geheim verklaarde of door speciale beveiligingsmaatregelen omgeven opdrachten die onder Richtlijn 2009/81/EG vallen (MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 780, nr. 3, p. 3).

Implementatie. Hoewel de aanbestedingswetten in principe alleen toezien op de fase van aankondiging van een overheidsopdracht of concessie tot en met gunning daarvan, is implementatie van de verplichting uit Richtlijn 2014/55/EU in de aanbestedingswetten en de onderliggende regelgeving volgens de wetgever de meest geëigende weg, gelet op de werkingssfeer, de samenhang met de aanbestedingsrichtlijnen en terminologie van de richtlijn. De Europese Commissie heeft Richtlijn 2014/55/EU gepresenteerd als een van de maatregelen in het kader van eind-tot-eind e-aanbesteding (tot en met de facturatie) om het volledig elektronisch aanbesteden in de Europese Unie te verwezenlijken. Bovendien sluit dit ook aan bij het uitgangspunt van de aanbestedingswetten om een duidelijk en eenvormig kader voor aanbesteding in te stellen (MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34 780, nr. 3, p. 1).

Inwerkingtreding verplichting/uiterste implementatiedatum. Zoals opgemerkt is de Wet van 20 december 2017, houdende wijziging van de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied in verband met de implementatie van Richtlijn 2014/55/EU, met ingang van 18 april 2019 in werking getreden. Zie het Besluit van 5 juli 2018 tot vaststelling van het tijdstip van inwerkingtreding van de Wet van 20 december 2017, houdende wijziging van de Aanbestedingswet 2012 en de Aanbestedingswet op defensie- en veiligheidsgebied in verband met de implementatie van Richtlijn 2014/55/EU (*Stb.* 2018, 216). Daarmee heeft de wetgever gebruik gemaakt van de tweede implementatiebepaling in Richtlijn 2014/55/EU voor het geval de Europese norm voor elektronische facturering, zoals bedoeld in art. 3 Richtlijn 2014/55/EU, later wordt gepubliceerd dan de uiterste publicatiedatum van 27 mei 2017. Het referentienummer van die norm is op 17 oktober 2017 gepubliceerd in het Uitvoeringsbesluit (EU) 2017/1870 van de Commissie van 16 oktober 2017 betreffende de bekendmaking van de referentie van de Europese norm voor elektronische facturering en de lijst van syntaxis overeenkomstig Richtlijn 2014/55/EU (*Stb.* 2018, 216, NvT, p. 3).

Delegatiegrondslag in art. 4.12. Met genoemde wet van 20 december 2017 is in (o.a.) art. 4.12 Aanbestedingswet 2012 een grondslag gecreëerd voor de implementatie van de verplichting uit art. 7 Richtlijn 2014/55/EU in de onderliggende besluiten (MvT, *Kamerstukken II* 2016/17, 34780, nr. 3, p. 6).

19. Elektronische veiling. De elektronische veiling is een veiling die elektronisch plaatsvindt. De klassering vindt ook op basis van elektronische verwerking plaats. De elektronische veiling wordt geregeld in art. 2.117 e.v. van de wet.

20. Gecentraliseerde aankoopactiviteit. Gecentraliseerde aankoop kan op twee verschillende wijzen worden georganiseerd: door een aankoopcentrale die als groothandel optreedt (zie de omschrijving onder a), of door een aankoopcentrale die als tussenpersoon optreedt (zie de omschrijving onder