



KENNISCENTRUM
EUROPA
DECENTRAAL

KED legt uit: Europees aanbestedingsrecht algemeen

Samenvatting

Dit hoofdstuk heeft betrekking op de werking van het Europese aanbestedingsrecht- en beleid. Er wordt een kader geschetst dat als basis kan dienen voor het beoordelen van aanbestedingsvraagstukken. Zo wordt er aandacht besteed aan de vraag wat een aanbestedende dienst is, wat kwalificeert als een werk, levering of dienst en wanneer sprake is van een overheidsopdracht.

Kernwoorden: overheidsopdracht, levering, dienst, werk, aanbestedende dienst, aanbestedingsregels.

1: Waarom zijn er Europese aanbestedingsrichtlijnen?

De aanbestedingsregels die zijn neergelegd in de aanbestedingsrichtlijnen bieden ruimte voor eerlijke concurrentie tussen verschillende aanbieders die een overheidsopdracht willen uitvoeren. De regels moeten leiden tot een transparant, non-discriminatoire en objectief proces waardoor vraag en aanbod beter op elkaar afgestemd kunnen worden. Leveranciers kunnen dan beter inspelen op de inkoopvraag van overheden zodat zij hun middelen efficiënter en doelmatiger besteden. Aanbestedingsregels kunnen bovendien andere beleidsdoelstellingen ondersteunen, bijvoorbeeld door duurzaam aanbesteden aan te moedigen of te verplichten. Doordat deze aanbestedingsregels Europees vastgelegd zijn, is het gemakkelijk voor bedrijven uit andere landen om zich in te schrijven. Dit bespoedigt en versoepelt grensoverschrijdende handel.

2: Hoe verhoudt het Europese aanbestedingsrecht zich tot het Nederlandse recht en beleid?

Decentrale overheden die overheidsopdrachten vergeben, krijgen te maken met de Europese aanbestedingsrichtlijnen: Richtlijnen [2014/23](#), [2014/24](#) en [2014/25](#). De richtlijnen zijn van toepassing zodra de drempelbedragen voor werken, leveringen, diensten of concessies worden overschreden. Richtlijnen werken echter niet zelf direct door in de lidstaten en moeten eerst omgezet worden naar nationaal recht. De aanbestedingsrichtlijnen zijn in Nederland omgezet in de [Aanbestedingswet 2012](#).

3: Wat zijn aanbestedende diensten?

De aanbestedingsrichtlijnen zijn alleen van toepassing op [aangebestede diensten](#). Aanbestedende diensten zijn onder meer: de staat, provincies, gemeenten, waterschappen of publiekrechtelijke instellingen. Ook samenwerkingsverbanden bestaande uit één of meer van deze overheden of één of meer publiekrechtelijke instellingen zijn aanbestedende diensten (artikel 2 lid 1 sub 1 Richtlijn 2014/24 en artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012).

Een 'publiekrechtelijke instelling' is (volgens artikel 2 lid 1 sub 4 Richtlijn 2014/24 en artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012) iedere instelling:

1. die is opgericht met het doel om te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van commerciële of industriële aard;
2. die rechtspersoonlijkheid bezit;
3. en die:
 - merendeels door de staats-, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke instellingen wordt gefinancierd;
 - die wat betreft haar beheer onder toezicht van deze instanties of lichamen staat, of;
 - die een bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan heeft waarvan de leden voor meer dan de helft door de staats-, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Om vast te stellen of een bepaalde organisatie een publiekrechtelijke instelling is, wordt er gekeken naar de kenmerken en de functie van de betreffende organisatie. Hierbij wordt met name gelet op de samenstelling en de taak van de organisatie in kwestie en of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie met de overheid.

Aan elk van de criteria uit artikel 2 lid 1 sub 4 Richtlijn 2014/24 moet zijn voldaan voordat een instelling kan worden aangemerkt als publiekrechtelijke instelling. Voor de subcriteria van onderdeel 3 geldt dit niet. Het is dus voldoende wanneer wordt voldaan aan onderdelen 1 en 2 en aan ten minste één van de drie genoemde afhankelijkheden van onderdeel 3.

Verdere informatie vindt u op de [onderwerppagina](#) over publiekrechtelijke instellingen.

Voorbeeld

Zijn (basis)scholen zelfstandige aanbestedende diensten?

Antwoord

Om te bepalen of een school(bestuur) dat als opdrachtgever optreedt aan te merken is als aanbestedende dienst, moeten we nagaan of de school voldoet aan de hierboven genoemde definitie van publiekrechtelijke instelling. Een school(bestuur) zal in de meeste gevallen aan te merken zijn als aanbestedende dienst, aangezien een school is opgericht met het specifieke doel om te voorzien in behoeften van algemeen belang. De meeste scholen worden bestuurd door een stichtingsbestuur dat rechtspersoonlijkheid bezit. Daarnaast worden de meeste scholen gefinancierd door de overheid. Als een basisschool als opdrachtgever optreedt, kan die dus als een zelfstandige aanbestedende dienst gezien worden.



4: Wat is een overheidsopdracht?

De voorgenomen aankoop of inkoop van goederen, werken of diensten is aanbestedingsplichtig als het gaat om een overheidsopdracht. De definitie van een overheidsopdracht is vastgelegd in artikel 2 sub 5 en verder van Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012). Een aankoop is een overheidsopdracht als er sprake is van een schriftelijke overeenkomst:

- onder bezwarende titel;

- die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten is gesloten, en;
- die betrekking heeft op [de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten](#) in de zin van Richtlijn 2014/24.

‘Onder bezwarende titel’ houdt in dat de aanbestedende dienst een tegenprestatie bestaande uit geld, of in een andere vorm die op geld waardeerbaar is, dient te leveren. Ook de toezegging van een betaling door een derde kan een bezwarende titel opleveren. Kenmerkend voor een overheidsopdracht is het verplichtende karakter. Het Hof van Justitie heeft in het [Müller-arrest](#) bepaald dat een overheidsopdracht vereist dat de uitvoering van deze verbintenis in rechte (dat wil zeggen: juridisch bindend) kan worden afdgedwongen. Wanneer een concrete verplichting tot uitvoering van de opdracht ontbreekt, is het lastig om de opdracht een overheidsopdracht te noemen.

Voorbeeld 1

Ons waterschap wil het mogelijk maken om haar medewerkers tegen gereduceerd tarief te laten sporten. Het wil daarvoor een overeenkomst sluiten met een sportschool. De contributie komt voor rekening van de medewerker. Is hier sprake van een overheidsopdracht?

Antwoord

Ja. Als er sprake is van een overeenkomst voor diensten die het waterschap (de aanbestedende dienst) met een sportschool (ondernemer) sluit en er sprake is van een bezwarende titel (op geld waardeerbare tegenprestatie door/via het waterschap), is er sprake van een overheidsopdracht. Een dergelijke opdracht moet volgens de Europese aanbestedingsregels worden aanbesteed als de waarde van de opdracht boven de Europese drempel voor diensten uitkomt. Het feit dat de betaling grotendeels indirect gebeurt, door de medewerkers zelf, doet er in principe niet toe. Het gaat erom dat de overheid één marktpartij selecteert die van haar een opdracht voor het verlenen van diensten verkrijgt.

Voorbeeld 2

Wanneer de gemeente een opdracht voor bijvoorbeeld ondersteunende ICT-dienstverlening geeft aan één van haar eigen afdelingen, is er dan sprake van een overheidsopdracht?

Antwoord

Als de gemeente een opdracht geeft aan een van haar eigen afdelingen is er geen sprake van een overheidsopdracht. De opdrachtgever en opdrachtnemer zijn onderdeel van één en dezelfde rechtspersoon en hoeven geen overeenkomst onder bezwarende titel te sluiten. Vaak gaat het hier om [inbesteding](#).

Voorbeeld 3

Hoe zit het als de gemeente een opdracht aan een buurgemeente verleent, bijvoorbeeld in het kader van een gemeenschappelijke regeling?

Antwoord

Bij gemeenschappelijke regelingen (vaak een bestuursrechtelijke afspraak) moeten gemeenten nagaan of er sprake is van een opdracht van een gemeente (aanbestedende dienst) aan een andere gemeente die dan handelt als 'een ondernemer'. Stel dat een gemeente een ICT-dienstverlening uitvoert bij een andere gemeente. Dan is er sprake van een overheidsopdracht wanneer die gemeente gekwalificeerd kan worden als een dienstverlener/ondernemer (een partij die marktactiviteiten op een markt verricht) en er in de gemeenschappelijke regeling een op geld waardeerbare tegenprestatie wordt vastgelegd voor de dienstverlening.

5: Wat is het verschil tussen opdrachten voor werken, leveringen en diensten?

In de aanbestedingsrichtlijnen wordt een onderscheid gemaakt tussen overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Het is belangrijk om te weten tot welke categorie een overheidsopdracht behoort, omdat de hoogte van de drempelwaarden per categorie verschilt. Als een overheidsopdracht boven de Europese drempelwaarde uitkomt, moet deze Europees worden aanbesteed. De drempelwaarde voor opdrachten voor werken ligt met € 5.382.000,- exclusief btw in 2022-2023 bijvoorbeeld hoger dan die voor opdrachten voor diensten en leveringen, met € 215.000,- exclusief btw. Voor sociale en andere specifieke diensten (SAS-diensten) ligt de drempelwaarde hoger dan voor andere diensten, op € 750.000,- exclusief btw.

Sommige overheidsopdrachten zijn lastig te categoriseren. Is een opdracht voor onderhoudswerkzaamheden bijvoorbeeld een werk of een dienst? En is de aankoop en aanleg van een verkeersregelinstallatie een levering of een werk? In dat geval kan er sprake zijn van een gemengde opdracht. Dan is het uitgangspunt dat het hoofdonderwerp van de opdracht bepaalt of de opdracht gekwalificeerd moet worden als een werk, levering of dienst. De waarde die de onderdelen van een opdracht hebben, is in dat kader belangrijk voor de afweging wat het hoofdonderwerp is. Onderin dit hoofdstuk wordt verder ingegaan op gemengde opdrachten.



6: Wat zijn werken?

De definitie van overheidsopdrachten voor werken is vastgelegd in artikel 2 lid 1 sub 6 Richtlijn 2014/24. Een overheidsopdracht voor werken is een opdracht die betrekking heeft op:

- de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van werken die betrekking hebben op een van de in bijlage II bedoelde activiteiten;
- de uitvoering, of het ontwerp en de uitvoering, van een werk, of;
- de uitvoering, 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 en het ontwerp van het werk.

Artikel 2 lid 7 Richtlijn 2014/24 stelt dat een werk “het product [is] van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken, dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen”. Denk hierbij aan de aanleg van een snelweg, een viaduct of de bouw van een kantoorgebouw.

7: Hoe bepaal ik of sprake is van een werk?

Soms is het lastig om te bepalen of een opdracht een werk is. Uitgangspunt is dat alle activiteiten uit bijlage II van Richtlijn 2014/24 als werk moeten worden beschouwd. Deze bijlage bevat een lijst van activiteiten uit de bouwnijverheid. Alle activiteiten hebben een bijbehorende cijfercode genaamd CPV-code (Common

Procurement Vocabulary). Aanbestedende diensten dienen deze cijfercodes te gebruiken voor het identificeren van een opdracht. Uit de CPV-code kan ook worden opgemaakt of een opdracht kwalificeert als een werk, levering of dienst. Zo zijn codes die beginnen met ‘45’ altijd werken. Zie voor meer informatie de pagina over [CPV-codes](#) en de [CPV-code zoekmachine](#).

8: Wat zijn leveringen?

De definitie van leveringen is te vinden in artikel 2 lid 1 sub 8 Richtlijn 2014/24. Overheidsopdrachten voor leveringen hebben betrekking op de aankoop, leasing, huur of huurkoop – met of zonder koopoptie – van producten. Ook als er plaatsings- en installatiewerkzaamheden bij de levering komen kijken, wordt de opdracht in principe aangemerkt als levering. Wanneer de waarde van de installatiediensten hoger is dan de waarde van de te leveren producten, kan dit echter anders zijn. Hierover kunt u meer lezen in onze [praktijkvraag over verkeersregelinstallaties](#).

9: Hoe bepaal ik of sprake is van een levering?

Ook bij het bepalen of een overheidsopdracht een levering is, kan de CPV-code als hulpmiddel dienen. In de bijlagen van de [CPV-verordening](#) zijn de CPV-codes voor producten te vinden. Een overheidsopdracht voor het verkrijgen van producten is vrijwel altijd een levering. Hierbij kunt u denken aan producten als gordijnstoffen, pesticiden of magneetkaartlezers.

10: Wat zijn diensten?

Diensten kunnen worden gezien als een restcategorie. Artikel 2 lid 1 sub 9 Richtlijn 2014/24 definieert opdrachten voor diensten namelijk als overheidsopdrachten die betrekking hebben op het verlenen van andere diensten dan die bedoeld in artikel 2 lid 1 sub 6 (werken). Dat wil zeggen dat opdrachten die geen werken en geen leveringen zijn, als diensten moeten worden gezien. Diensten kunnen inhoudelijk enorm variëren: van vervoersdiensten, ICT-diensten tot diensten op het gebied van sport en toerisme.

11: Hoe bepaal ik of sprake is van een dienst?

Ook bij het bepalen of een overheidsopdracht een dienst is, kan de CPV als hulpmiddel dienen. In de bijlagen van de CPV-verordening zijn de CPV-codes voor diensten te vinden, zoals archiefdiensten of pensioenfondsadvisesdiensten.

12: Wat is een gemengde opdracht en wanneer is hier sprake van?

In sommige gevallen zal een opdracht niet slechts een diensten-, een leveringen- of een werkenopdracht zijn, maar een gemengde opdracht. Bij gemengde opdrachten moet aan de hand van het hoofdoorwerp van de opdracht worden bepaald of er sprake is van een opdracht voor werken, leveringen of diensten. Wanneer het gaat om één opdracht moet worden gekeken naar wat het hoofdoorwerp is. De intentie en de grootste waarde bepalen het hoofdoorwerp van de opdracht. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft in de uitspraak Commissie/Italië bepaald dat het hoofdoorwerp van een

opdracht: “[...] dient te worden bepaald op basis van de essentiële verplichtingen die primieren en als zodanig kenmerkend zijn voor de betrokken opdracht, en niet op basis van die welke slechts bijkomstig of aanvullend zijn en uit het voorwerp zelf van de overeenkomst voortvloeien.” Er moet dus gekeken worden naar de kernverplichting waar de overeenkomst om draait.

Deze eis om het hoofdoorwerp van de opdracht te bepalen is vastgelegd in artikel 3 lid 2 van Richtlijn 2014/24. Deze manier van vormgeven van de opdracht moet worden toegepast wanneer een opdracht gaat over twee of meer categorieën van opdrachten voor werken, leveringen of diensten. Van belang is dat het Hof in dit arrest heeft bepaald dat de waarde van de verschillende soorten opdrachten slechts één van de criteria is die moet worden toegepast om te beoordelen of het hoofdoorwerp van de opdracht een werk, levering of dienst is.

Voorbeeld

Zijn schilderwerkzaamheden in gebouwen aan te merken als een werk of een dienst?

Antwoord

Onderhoud van een bestaand bouwwerk moet als een werk worden aangemerkt als de werkzaamheden verder gaan dan het alleen in stand houden van de functie van het onroerend goed door herstellen, vervangen en andere soortgelijke activiteiten. De stelregel is dat het in stand houden van een functie een dienst is (omdat het met onderhoud te maken heeft). Het wijzigen of uitbreiden van een functie is een werk.



Bij het onderscheiden van werken en diensten kunt u over het algemeen de CPV-codering gebruiken, maar dit geeft niet altijd voldoende duidelijkheid. In dat geval moeten de regels functioneel worden uitgelegd en moet er worden gekeken naar de 'geest' en de bedoeling van de aanbestedingsregels, die vrije mededinging op een transparante markt nastreven.

Schilderwerkzaamheden op zichzelf worden op grond van artikel 2 lid 1 sub 6 onder a van Richtlijn 2014/24 in beginsel als werk gekwalificeerd. Schilderen is namelijk terug te vinden in deze

bepaling die genoemd wordt in Bijlage II van de richtlijn (CPV-code: 45440000), zie Schilderwerk 45442100-8.

Maar in sommige gevallen kunnen schilderwerkzaamheden ook gekwalificeerd worden als dienst. Dit kan gebeuren als de schilderwerkzaamheden van bijkomende aard zijn ten opzichte van een overheidsopdracht van diensten, met bijvoorbeeld reparatie- of onderhoudsdiensten als hoofdopdracht. De schilderwerkzaamheden moeten dan als deel van een overheidsopdracht voor diensten worden opgevat. Dat is in ieder geval zo wanneer de waarde van de dienstenopdracht hoger is dan de waarde van de werkenopdracht (de schilderwerkzaamheden).

In twijfelgevallen raden we aan om [TenderNed](#) en [Tenders Electronic Daily](#) te raadplegen. Op deze websites kunt u een indicatie krijgen welke CPV-codes andere aanbestedende diensten kiezen bij soortgelijke opdrachten en of zij dit dus als werk of dienst zien.

13: Tussen welke aanbestedingsprocedures kan een aanbestedende dienst kiezen?

Europese aanbestedingsprocedures

Als er sprake is van Europees aanbesteden zijn de meest voorkomende procedures de openbare en de niet-openbare aanbestedingsprocedure. Deze mogen in principe altijd worden toegepast.

De *openbare procedure* bestaat uit één ronde. Elke geïnteresseerde ondernemer mag deelnemen aan de procedure en de inschrijving en offerte worden tegelijk ingediend.

Niet-openbare procedures zijn procedures waarbij de aanbestedende dienst een voorselectie kan doen. In dit geval zijn er twee rondes: elke ondernemer mag verzoeken deel te nemen aan de procedure, maar alleen de door de aanbestedende dienst aangezochte ondernemers mogen daadwerkelijk een offerte uitbrengen. Dit werkt als volgt. Allereerst kondigt de dienst de opdracht aan, waarvoor elke belangstellende ondernemer zich kan aanmelden. De aanbestedende dienst kan vervolgens toetsen op de gestelde uitsluitingsgronden en controleren op de gestelde geschiktheidseisen en selectiecriteria. Op basis van deze analyse selecteert de aanbestedende dienst de geïnteresseerde ondernemers (gegadigden) en nodigt ze uit om zich in te schrijven.

Naast de openbare en niet-openbare procedures zijn er andere aanbestedingsprocedures, die in specifieke gevallen kunnen worden toegepast. Het gaat om de volgende procedures:

- [Mededingingsprocedure met onderhandeling](#) (artikel 29 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.30 Aanbestedingswet 2012): Deze procedure bestaat uit meerdere rondes. Hierbij kunnen aanbestedende diensten onderhandelen met inschrijvers om

de inhoud van hun inschrijvingen beter aan te laten sluiten op de behoeften van de aanbestedende dienst.

- [Concurrentiegericht dialog](#) (artikel 30 Richtlijn 2014/24 en 2.28 artikel Aanbestedingswet 2012): Deze procedure biedt de aanbestedende dienst ruimte om in gesprek te gaan met marktpartijen over de beste manier om aan de behoefte van de aanbestedende dienst te voldoen.
- [Innovatiepartnerschap](#) (artikel 31 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.31a en verder Aanbestedingswet 2012): Deze procedure kan gebruikt worden voor overheidsopdrachten die gericht zijn op de aanschaf of ontwikkeling van innovatieve producten, werken of diensten die nog niet op de markt beschikbaar zijn.
- [Onderhandelingsprocedure zonder bekendmaking](#) (artikel Richtlijn 2014/24 en artikel 2.32 Aanbestedingswet 2012): Deze procedure kan alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden toegepast worden.

De aanbestedingsrichtlijn kent ook een vereenvoudigde procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor [sociale en andere specifieke diensten](#) (artikel 74 Richtlijn 2014/24 en 2.38 en verder Aanbestedingswet 2012). Over deze procedure schreef Kenniscentrum Europa Decentraal [een praktijkvraag](#).

Bijzondere aanbestedingsprocedures

Richtlijn 2014/24 benoemt ook een aantal aanbestedingstechnieken. Deze worden in de Aanbestedingswet 2012 deels aangemerkt als *bijzondere aanbestedingsprocedures*. Van belang hierbij is dat decentrale overheden deze procedures alleen mogen toepassen indien er sprake is van aantoonbare bijzondere omstandigheden. Het onterecht toepassen van een bijzondere aanbestedingsprocedure leidt tot een overtreding van de aanbestedingsregels. Het gaat om de volgende procedures:

- [Het uitschrijven van prijsvragen](#) (artikel 78 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.42 en verder Aanbestedingswet 2012);
- [De raamovereenkomst](#) (artikel 33 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.44 en verder Aanbestedingswet 2012);
- Het dynamisch aankoopstelsel (artikel 34 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.48 en verder Aanbestedingswet 2012).

Nationale aanbestedingsprocedures

Nationale aanbestedingsprocedures zijn in Nederlandse regelgeving verankerd in de Aanbestedingswet 2012. Daarnaast bevatten de [Gids Proportionaliteit](#) en het [Aanbestedingsreglement Werken \(ARW\) 2016](#) voorschriften voor de nationale aanbestedingsprocedures.

Meer informatie over nationale aanbestedingsprocedures vindt u op de website van [Expertisecentrum Aanbesteden PIANOo](#).

Voorbeeld

Onze gemeente heeft bij een openbare aanbestedingsprocedure geen geschikte inschrijvingen gekregen. Kunnen wij in dit geval een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking gebruiken?

Antwoord

Op grond van artikel 2.32 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 kan bij een gebrek aan geschikte inschrijvingen bij een openbare procedure, de onderhandelingsprocedure worden gevolgd, om te onderzoeken of de aanbestedende dienst alsnog tot een gunning kan komen als deze actief marktpartijen benadert. Er mag dan geen enkele geschikte inschrijving binnen zijn gekomen. Ook mag de opdracht niet wezenlijk zijn gewijzigd sinds de openbare aanbestedingsprocedure en moet de Europese Commissie op haar verzoek een verslag ontvangen. Er mag geen wezenlijke wijziging zijn zodat er geen sprake is van een nieuwe opdracht waarvan nog niet is gebleken dat daar geen belangstelling voor zou bestaan. Zie verder artikel 2.37 Aanbestedingswet 2012 en [deze praktijkvraag](#).



KENNISCENTRUM
EUROPA
DECENTRAAL

Contact met Europa Decentraal

info@europadecentraal.nl

www.europadecentraal.nl

De dienstverlening van Kenniscentrum Europa Decentraal beperkt zich tot het verlenen van eerstelijns advies. Wij kunnen geen bindende en gedetailleerde uitspraak doen. Wel kunnen we proberen u aan de hand van relevante informatie verder op weg te helpen. Als u toch behoefte heeft aan een volledig juridisch advies om meer zekerheid en duiding te verkrijgen voor uw specifieke situatie kunt u overwegen een juridisch adviesbureau in te schakelen.