



KENNISCENTRUM
EUROPA
DECENTRAAL

KED legt uit

Verzameleditie aanbesteden

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Europees aanbestedingsrecht algemeen.....	3
Hoofdstuk 2: Verantwoord aanbesteden.....	12
Hoofdstuk 3: Contractduur en waardebe­paling.....	23
Hoofdstuk 4: Subsidie of opdracht.....	36
Hoofdstuk 5: Raamovereenkomsten	42
Hoofdstuk 6: Alleenrechten, bijzondere rechten en uitsluitende rechten	50
Hoofdstuk 7: Inbesteden en quasi-inbesteden	58
Hoofdstuk 8: CPV-codes.....	64
Hoofdstuk 9: Rechtsbescherming.....	71
Hoofdstuk 10: Uitsluitingsgronden.....	83
Hoofdstuk 11: Geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria	89
Hoofdstuk 12: Opdrachten die (gedeeltelijk) buiten Richtlijn 2014/24 vallen.....	97

Hoofdstuk 1: 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-discriminair 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 vergeven, 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 [aanbestedende 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 rechts-persoonlijkheid 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 afgedwongen. 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 pensioenfondsadviserend diensten.

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 hoofdvoorwerp 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 hoofdvoorwerp van de opdracht een werk, levering of dienst is.

Voorbeeld

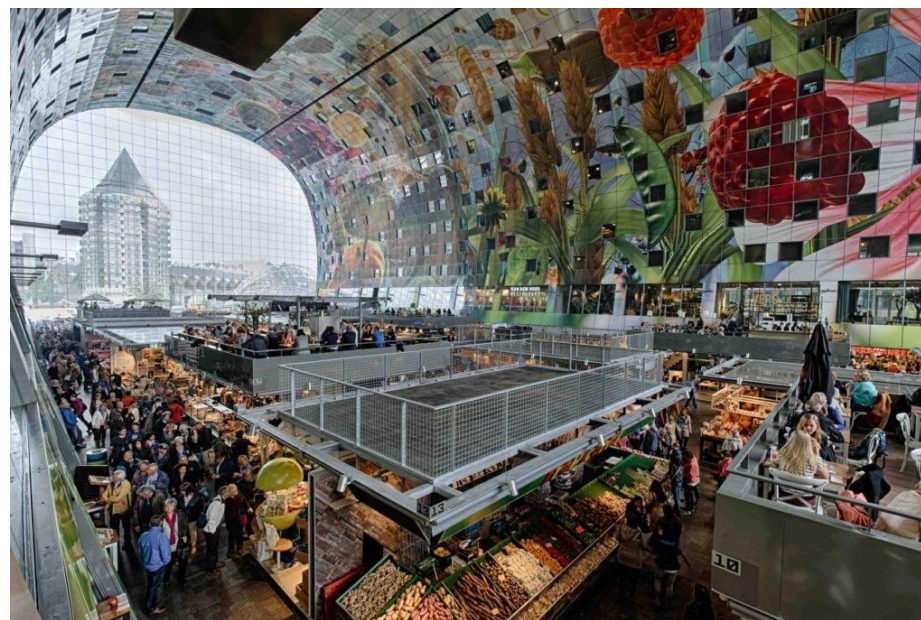
Zijn schilderwerkzaamheden in gebouwen aan te merken als een werk of een dienst?

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.



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 dialogoog](#) (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](#).

Hoofdstuk 2: Verantwoord aanbesteden

Samenvatting

In dit deel van **KED legt uit** wordt een aantal vragen met betrekking tot verantwoord aanbesteden besproken. Aanbesteden wordt steeds meer ingezet om bepaalde doelen na te streven. Denk hierbij aan duurzaamheidsdoelen, maar ook maatschappelijke doelen. In dit hoofdstuk komt aan bod hoe deze doelen tot uiting komen in een aanbesteding, in de vorm van het toepassen van sociale criteria en milieucriteria.

Kernwoorden: sociale criteria, milieucriteria, social return, milieuoverwegingen, innovatie, verantwoord, groen, maatschappelijk.

Introductie

Het nastreven van maatschappelijke en groene- of duurzaamheidsdoelen wordt steeds belangrijker. Aanbestedende diensten kunnen een belangrijke rol spelen in de verwezenlijking hiervan door middel van het verantwoord aanbesteden van werken, producten of diensten. Dit kunnen zij doen door in verschillende fasen van de aanbesteding na te denken over hoe sociale aspecten en milieuaspecten geïntegreerd kunnen worden. Denk bijvoorbeeld aan het nastreven van de doelstelling van een circulaire economie door



bij de aanbesteding van (kantoor)gebouwen in te zetten op een hoger percentage circulair materiaal, of door in de contractuele bepalingen op te laten nemen dat wordt gerapporteerd over de uitvoer van social return.

In verschillende fasen van een aanbestedingsprocedure kan aandacht worden besteed aan sociale aspecten en milieuaspecten. Binnen het Europese aanbestedingskader is namelijk veel mogelijk. In deze **KED legt uit** zijn de belangrijkste vragen en antwoorden voor het toepassen van sociale criteria en milieucriteria in een Europese aanbesteding op een rij gezet.

1: Wat zijn sociale- en milieucriteria en hoe kunnen zij worden toegepast?

Uit artikel 18 lid 2 [Richtlijn 2014/24](#) volgt dat bijzondere voorwaarden gesteld kunnen worden voor de uitvoering van een opdracht, bijvoorbeeld door het stellen van sociale criteria of het opnemen van milieuoverwegingen. Artikel 18 lid 2 Richtlijn 2014/24 is geïmplementeerd in artikel 2.81 lid 2 [Aanbestedingswet 2012](#).

Als algemene voorwaarde voor het verbinden van sociale- of milieuoverwegingen aan de uitvoering van een overheidsopdracht geldt dat die overwegingen verenigbaar moeten zijn met de Europeesrechtelijke beginselen van transparantie, non-discriminatie, objectiviteit, proportionaliteit en evenredigheid. Daarnaast moeten ze in overeenstemming zijn met het vrij verkeer van goederen en diensten en de vrijheid van vestiging. De toepasselijke sociale- of milieuoverwegingen moeten in de aankondiging of in het bestek zijn vermeld. Sociale- of milieuoverwegingen hebben met name het doel de beroepsopleiding op de werkplek of de arbeidsparticipatie van moeilijk in het werkproces te integreren personen te bevorderen, de werkloosheid te bestrijden of het milieu te beschermen.

Met sociale criteria kunnen de sociale omstandigheden bij de totstandkoming van werken, diensten en leveringen worden verbeterd. Een voorbeeld van een sociaal criterium in een aanbesteding is het vereisen van minimaal 5% social return (zie hiervoor ook vraag 5).

Door het opnemen van milieuoverwegingen in de aanbesteding kan meer duurzaamheid worden gerealiseerd bij het inkopen van werken, diensten en leveringen en negatieve effecten op het milieu worden voorkomen. Een voorbeeld van een milieucriterium is het opnemen van de eis dat geen gewasbeschermingsmiddelen en biociden gebruikt worden bij het aanbesteden van groenvoorzieningen.

Sociale criteria en milieucriteria kunnen in verschillende fasen van het aanbestedingsproces worden opgenomen:

1. bij het vaststellen van de eisen van een opdracht;
2. bij de selectie van leveranciers, dienstverleners of aannemers;
3. bij het gunnen van de opdracht;
4. in de uitvoeringsbepalingen van het contract.

2: Kan een speciaal keurmerk worden vereist als bewijs dat aan bepaalde sociale- of milieuvoorschriften wordt voldaan?

Wanneer een aanbestedende dienst een [werk, levering of dienst](#) wenst in te kopen met specifieke sociale- of milieukeurmerken, dan kan in de technische specificaties, de gunningscriteria of de contractvoorwaarden over de uitvoering van de opdracht een specifiek keurmerk geëist worden. Dit volgt uit artikel 43 Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 2.78a Aanbestedingswet 2012). Hiervoor moet wel aan bepaalde voorwaarden worden voldaan:

- a. de keurmerkeisen hebben alleen betrekking op criteria die verband houden met het voorwerp van de opdracht en zijn geschikt voor de omschrijving van de kenmerken van de

werken, leveringen of diensten die het voorwerp van de opdracht vormen;

- b. de keurmerkeisen zijn gebaseerd op objectief controleerbare en niet-discriminerende criteria;
- c. het keurmerk is vastgesteld in een open en transparante procedure waaraan alle belanghebbenden, inclusief overheidsinstanties, consumenten, sociale partners, fabrikanten, distributeurs en niet-gouvernementele organisaties, kunnen deelnemen;
- d. het keurmerk is voor alle betrokken partijen toegankelijk, en;
- e. de keurmerkeisen worden vastgesteld door een derde partij waarover de ondernemer die het keurmerk aanvraagt, geen beslissende invloed uitoefent.

Een keurmerk kan voldoen aan de voorwaarden zoals gesteld in onderdelen b tot en met e, maar daarnaast eisen stellen die geen verband houden met het voorwerp van de opdracht zoals vereist in onderdeel a. In dat geval eist de aanbestedende dienst niet het keurmerk als zodanig, maar stelt hij de technische specificaties vast onder verwijzing naar de gedetailleerde technische specificaties van dat keurmerk of delen daarvan die verband houden met het voorwerp van de opdracht. Dit gaat over de specificaties die geschikt zijn voor de omschrijving van de kenmerken van het voorwerp van de opdracht.

Keurmerkeisen zijn de voorschriften waaraan een product, dienst, proces of procedure moet voldoen om een keurmerk te verkrijgen. Als een aanbestedende dienst niet verlangt dat een werk, levering of dienst aan alle eisen van een specifiek keurmerk voldoet, dan dient hij aan te geven aan welke keurmerkeisen dan wel voldaan moet worden. Een aanbestedende dienst moet alle keurmerken aanvaarden die bevestigen dat een werk, levering of dienst aan gelijkwaardige eisen voldoet in het geval dat een specifiek keurmerk geëist wordt.

Het kan gebeuren dat een ondernemer niet de mogelijkheid heeft gehad om het aangegeven specifieke keurmerk of een gelijkwaardig keurmerk binnen de gestelde termijn te verwerven. In dat geval moet de aanbestedende dienst ook andere geschikte bewijsmiddelen aanvaarden, zoals een technisch dossier van de fabrikant. De ondernemer dient daarvoor wel aan te tonen dat het tijdig verkrijgen van het aangegeven specifieke keurmerk niet mogelijk was door redenen die hem niet aangerekend kunnen worden. Ook dient de ondernemer aan te tonen dat het door hem te leveren werk of de door hem te verrichten levering of dienst voldoet aan het aangegeven specifieke keurmerk of aan de specifieke eisen.



3: Wat zijn voorbeelden van geschiktheidseisen, gunningscriteria of uitvoeringseisen die zien op sociale- of milieuaspecten?

Een handig hulpmiddel voor decentrale overheden om voorbeelden te krijgen van geschiktheidseisen, gunningscriteria of uitvoeringseisen met een sociaal aspect of een milieuaspect is de [MVI-criteriatool](#). Met behulp van deze tool kunnen voor diverse MVI-productgroepen op drie ambitieniveaus concrete MVI-criteria worden gekozen. De tool is een hulpmiddel en werkt het beste als de ambities vooraf zijn bepaald. Ook kan er een bepaald cluster geselecteerd worden: automatisering en telecommunicatie, energie,

grond-, weg- en waterbouw (GWW), kantoorfaciliteiten en diensten, kantoorgebouwen en transport en vervoer. Per cluster worden verschillende voorbeelden van geschiktheidseisen en selectiecriteria gegeven, maar ook van eisen en gunningscriteria, suggesties, en contractbepalingen.

Voorbeeld

Wij als aanbestedende dienst willen meer inzetten op circulariteit in een aanbesteding van papier voor ons kantoor. Hoe kunnen we dit milieuaspect concreet meenemen in de aanbesteding?

Antwoord

De aanbestedende dienst kan circulariteit meenemen in de aanbesteding van papier door hier bij het opstellen van eisen en gunningscriteria concreet op in te zetten, maar ook door dit aspect op te nemen in de bepalingen van het contract. Denk bijvoorbeeld aan het opnemen van het criterium dat de mogelijkheid tot het hergebruiken van verpakkingen of de recycling daarvan hoger wordt gewaardeerd. Of het opnemen van een inspanningsverplichting voor de opdrachtnemer in het contract tot het recyclen van een bepaald percentage van het gebruikte papier.

Sociale criteria

4: Welke mogelijkheden biedt het bestaande EU-rechtskader aan aanbestedende diensten om sociale overwegingen in acht te nemen bij de aanbesteding van overheidsopdrachten?

Zoals hierboven toegelicht, biedt artikel 18 lid 2 Richtlijn 2014/24 (geïntegreerd in artikel 2.81 lid 2 Aanbestedingswet 2012) de mogelijkheid om sociale aspecten te integreren in een aanbesteding door sociale criteria te stellen gedurende de verschillende fasen van een aanbestedingsprocedure.

Bij het vaststellen van de eisen van een opdracht: technische specificaties

Aanbestedende diensten kunnen sociale criteria opnemen in de technische specificaties. In artikel 42 Richtlijn 2014/24 (artikel 2.75 en verder Aanbestedingswet 2012) zijn de regels over technische specificaties opgenomen. Zodra de aanbestedende dienst het voorwerp van de opdracht heeft bepaald, moet dit vertaald worden in gedetailleerde, meetbare technische specificaties die rechtstreeks op een openbare aanbestedingsprocedure kunnen worden toegepast.

Technische specificaties moeten verband houden met het voorwerp van de opdracht. Vereisten die geen verband houden met het product of de dienst zelf, zoals een eis over de manier waarop een onderneming wordt beheerd, zijn geen technische specificaties volgens de Richtlijn. Daarnaast mogen technische specificaties de

concurrentie niet beperken; zij moeten transparant zijn en mogen niet discrimineren tegen mogelijke opdrachtnemers van buiten de lidstaat waar de aanbestedende dienst gevestigd is.

De aanbestedingsrichtlijnen laten toe dat aanbestedende diensten kunnen kiezen tussen specificaties op basis van ofwel technische normen of prestatie-/functionele vereisten (artikel 42 lid 3 Richtlijn 2014/24 geïmplementeerd in artikel 2.76 Aanbestedingswet 2012). Met name deze laatste mogelijkheid maakt een breder bestek mogelijk. Daarbij ontstaat er ruimte voor marktcreativiteit en wordt de markt uitgedaagd om vernieuwende technische oplossingen te ontwikkelen.

Aanbestedende diensten hebben de mogelijkheid om gegadigden te vragen sociaal verantwoorde varianten in te dienen. De mogelijkheid om varianten in te dienen volgt uit artikel 45 Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 2.83 Aanbestedingswet 2012). De aanbestedende dienst legt dan een serie minimale technische specificaties vast voor het product dat het wenst aan te kopen, die zowel geldt voor de neutrale offerte als voor de sociaal verantwoorde variant. Voor de tweede offerte voegt de aanbestedende dienst een sociale dimensie toe aan de technische specificaties. Wel dient voldoende duidelijk te worden gemaakt hoe besteksconforme oplossingen en varianten tegen elkaar worden afgewogen.

Voorbeeld

Een gemeente wil graag cateringdiensten aanbesteden. Hoe zou bij deze aanbesteding kunnen worden gewerkt met de mogelijkheid van sociaal verantwoorde varianten?

Antwoord

Een aanbestedende dienst kan bij de aanbesteding van cateringdiensten bijvoorbeeld werken met het opvragen van varianten met een sociaal verantwoorde dimensie. De aanbestedende dienst kan hierbij leveranciers uitnodigen om behalve de neutrale (standaard) offerte een variant te presenteren met een sociale dimensie. Te denken valt aan het bereiden van gezond, zoutloos, koosjer voedsel om aan de medische of godsdienstige behoeften van alle soorten gebruikers tegemoet te komen.

Bij de selectie van leveranciers, dienstverleners en opdrachtnemers: uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen

In de selectiefase kan de aanbestedende dienst via uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen sociale aspecten verwerken in de aanbesteding. Zo kan een gegadigde worden uitgesloten van een aanbesteding wanneer hij zijn sociale bijdrage niet heeft geleverd. Dit betreft een facultatieve uitsluitingsgrond op grond van artikel 57 lid 4 sub a Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 2.87 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012).

Daarnaast kunnen geschiktheidseisen met een sociaal karakter worden gesteld (artikel 58 Richtlijn 2014/24 geïmplementeerd in artikel 2.90 Aanbestedingswet 2012). Die moeten voldoen aan de beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit en moeten in verband staan met het voorwerp van de opdracht. Sociale

overwegingen kunnen worden meegenomen in de technische geschiktheidseisen, maar alleen als de realisatie van het contract specifieke expertise vereist op sociaal gebied.

Bij de gunning van de opdracht: gunningscriteria

Ook in de gunningsfase kunnen sociale aspecten meegenomen worden (artikel 67 lid 2 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.115 lid 2 sub e Aanbestedingswet 2012). Wanneer een aanbestedende dienst ervoor kiest om te gunnen op basis van 'beste prijs-kwaliteitsverhouding' of 'laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit' dan kunnen sociale gunningscriteria worden gehanteerd. Die dienen aan de volgende voorwaarden te voldoen:

- ze moeten verbonden zijn met het voorwerp van de opdracht;
- er mag geen onbeperkte keuzevrijheid worden toegekend aan de aanbestedende dienst;
- de criteria moeten uitdrukkelijk worden vermeld in de aankondiging van het contract en de inschrijvingsdocumenten, en;
- de criteria moeten overeenstemmen met de fundamentele beginselen van het Unierecht.

Bij de uitvoering van de opdracht: contractuele bepalingen

Wanneer aanbestedende diensten wensen dat de opdrachtnemer (bijkomende) sociale doelstellingen realiseert, kunnen er contractuele bepalingen over uitvoering van het contract met dit doel worden opgenomen. Contractuele bepalingen inzake de

uitvoering van de opdracht bepalen hoe de opdracht moet worden uitgevoerd. Sociale overwegingen kunnen ingelast worden in de contractuele bepalingen, mits ze verband houden met de uitvoering van het contract, in de aankondiging van de opdracht zijn bekendgemaakt en voldoen aan het Unierecht.

5: Wat houdt social return in?

Van social return is sprake wanneer decentrale overheden bij het verstrekken van opdrachten de opdrachtnemer verplichten of stimuleren om een deel van het aanbestedingsbedrag te besteden aan banen, stages of leerplekken voor kwetsbare groepen, zoals langdurig werklozen en gehandicapten. Dit bevordert de re-integratie van mensen met een grotere afstand tot de arbeidsmarkt. Het hanteren van de eis van social return is mogelijk bij alle



inkoopprocedures onder én boven de [Europese aanbestedingsdrempels](#).

Voorbeeld

In onze gemeente willen we bij de aanbesteding van een bouwwerk ook graag inzetten op het creëren van een leerlingbouwplaats waar leerlingen en werkzoekenden werkervaring kunnen opdoen. We hebben vernomen dat het dan gaat om social return. Hoe kunnen we onze social return-eis concreet toepassen in de aanbesteding?

Antwoord

Social return, zoals het creëren van een werkervaringsplaats, kan op verschillende manieren in de aanbesteding worden vormgegeven. Vaak wordt het toegepast in de vorm van een contracteis. Die wordt dan in het contract opgenomen, zodat duidelijk is dat de opdrachtnemer deze eis dient uit te voeren. De inzet van de opdrachtnemer op het gebied van social return wordt uitgedrukt in een waarde die gelijk is aan een bepaald percentage van de opdrachtwaarde, meestal als 5%-regeling. Dit betreft de klassieke uitvoeringsvariant van social return. Dit principe wordt sinds 1 juli 2011 toegepast voor aanbestedingen van werken of diensten met een opdrachtwaarde van boven de € 250.000,-.

Sinds 2018 is ook een andere werkwijze mogelijk, onder de noemer 'Maatwerk voor Mensen'. Dit gaat over een vormvrijere maatwerk-variant van social return. Zolang niet voor deze werkwijze is gekozen, blijft de klassieke uitvoeringsvariant van kracht. Bij de vormvrijere maatwerk-variant is social return niet langer een checklist, maar is het een doel dat de opdrachtgever en opdrachtnemer gezamenlijk bepalen en uitvoeren.

6: Is het mogelijk het lokale SW-bedrijf voorrang te geven bij een opdracht?

Juridisch gezien is het niet mogelijk om één bepaald bedrijf bij inschrijving op een opdracht absolute voorkeur te geven ten opzichte van andere ondernemingen. Wel geldt specifiek voor bedrijven die sociale werkvoorzieningen aanbieden dat een aanbesteding aan hen voorbehouden kan worden. Op grond van artikel 20 Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 2.82 Aanbestedingswet 2012) kan namelijk het recht om deel te nemen aan een aanbestedingsprocedure voorbehouden worden aan sociale werkplaatsen en aan ondernemers die de maatschappelijke en professionele integratie van gehandicapten of kansarmen tot hoofddoel hebben, of kan de uitvoering van de opdracht voorbehouden worden in het kader van programma's voor beschermde arbeid.

Volgens lid 2 moet het voorbehoud in de aankondiging van de opdracht zijn opgenomen. Daarnaast moet ten minste 30% van de werknemers van deze werkplaatsen, ondernemingen of programma's gehandicapte of kansarme werknemers zijn.

Milieucriteria

7: Wat houdt 'groen aanbesteden' (green public procurement) in?

In de [Mededeling Overheidsopdrachten voor een beter milieu](#) wordt 'green public procurement' omschreven als "een proces in het kader waarvan overheidsdiensten goederen, diensten en werken beogen te

verkrijgen die gedurende de volledige levenscyclus ervan een minder belastend milieueffect hebben dan vergelijkbare goederen, diensten en werken met dezelfde primaire functie" (paragraaf 3.1).

Green public procurement (GPP) betreft een vrijwillig instrument: lidstaten en publieke entiteiten bepalen zelf in welke mate GPP wordt geïmplementeerd in aanbestedingen. Om GPP na te streven dienen GPP-criteria te worden vastgesteld en nagestreefd. De Europese Commissie heeft voor bepaalde diensten en producten deze GPP-criteria al [opgesteld](#).



8: Welke mogelijkheden biedt het bestaande EU-rechtskader voor aanbestedende diensten om milieuoverwegingen in acht te nemen bij de aanbesteding van overheidsopdrachten?

Net als sociale criteria kunnen milieucriteria tijdens verschillende fasen van het aanbestedingsproces worden opgenomen. Ook hier geldt dat zowel tijdens het vaststellen van de eisen van de opdracht, bij de selectie van leveranciers, dienstverleners of aannemers, bij het gunnen van de opdracht en in de uitvoeringsbepalingen rekening gehouden kan worden met milieucriteria. Voor uitgebreide informatie verwijzen wij u graag naar onze webpagina over [duurzaam aanbesteden](#).

Bij het vaststellen van de eisen van een opdracht: milieuoverwegingen

Bij het vaststellen van het voorwerp van een opdracht zijn aanbestedende diensten in grote mate vrij om te kiezen wat ze aan willen kopen. Dat biedt hen veel ruimte om milieuoverwegingen te laten meespelen, mits zij de verdragsbeginselen naleven.

Voor aanbestedende diensten bestaat ook de mogelijkheid om gegadigden te vragen milieuvriendelijke varianten in te dienen. Deze mogelijkheid volgt uit artikel 45 Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 2.83 Aanbestedingswet 2012). De aanbestedende dienst legt dan een serie minimale technische specificaties vast voor het product dat het wenst aan te kopen, die geldt voor zowel de neutrale offerte als voor de milieuvriendelijke variant. In het laatste geval

voegt de aanbestedende dienst een milieuvriendelijke dimensie toe aan de technische specificaties. Er dient wel voldoende duidelijk te worden gemaakt hoe besteksconforme oplossingen en varianten tegen elkaar worden afgewogen. Ook kunnen in de technische specificaties specifieke materialen en milieuvriendelijke productiemethoden worden gepreciseerd.

Bij de selectie van leveranciers, dienstverleners en opdrachtnemers: uitsluitingsgronden en geschiktheidseisen

In de selectiefase kan de aanbestedende dienst middels uitsluitingscriteria en geschiktheidseisen milieuaspecten verwerken in de aanbestedingsprocedure. De Richtlijn biedt ruimte om uitsluitingscriteria met betrekking tot milieuaspecten op te nemen. Bedrijven die de milieuwetgeving of –regelgeving hebben overtreden, kunnen worden uitgesloten als dat hun beroepsmoraliteit in het gedrang brengt. Dit betreft een facultatieve uitsluitingsgrond op grond van artikel 57 lid 4 sub a Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 2.87 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012).

Daarnaast kunnen geschiktheidseisen worden gesteld (artikel 58 Richtlijn 2014/24 geïmplementeerd in artikel 2.90 Aanbestedingswet 2012). De geschiktheidseisen mogen niet discrimineren en moeten proportioneel zijn en verband houden met het voorwerp van de opdracht. De ervaring van een bedrijf en de vakbekwaamheid van het personeel bieden goede mogelijkheden om groene

overwegingen op te nemen in de criteria over de technische capaciteit.

Bij de gunning van de opdracht: gunningscriteria

Ook in de gunningsfase kunnen milieuaspecten worden meegenomen (artikel 67 lid 2 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.115 lid 2 sub e Aanbestedingswet 2012). Wanneer een aanbestedende dienst ervoor kiest om te gunnen op basis van 'beste prijs-kwaliteitsverhouding' of 'laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit' dan kunnen milieugerichte gunningscriteria worden gehanteerd.

Voor het gunnen op basis van kosteneffectiviteit kan gekeken worden naar de levenscycluskosten (artikel 67 lid 2 in samenhang met artikel 68 Richtlijn 2014/24). De levenscycluskosten betreffen alle kosten die zien op "alle opeenvolgende en/of onderling verbonden stadia, waaronder uit te voeren onderzoek en ontwikkeling, productie, handel en handelsvoorwaarden, vervoer, gebruik en onderhoud, in het bestaan van het product of werk of het verlenen van een dienst, gaande van de verkrijging van de grondstof of de opwekking van hulpbronnen tot de verwijdering, de opruiming en "end-of-service"-fase of de "end-of-utilisation"-fase".

Ook voor milieugerichte gunningscriteria geldt dat ze slechts kunnen worden toegepast als ze:

- verband houden met het voorwerp van de opdracht;

- geen onbeperkte keuzevrijheid verlenen aan de aanbestedende dienst;
- uitdrukkelijk worden vermeld in de aankondiging van de opdracht en het bestek;
- in overeenstemming zijn met de basisbeginselen van het EU-recht.

Bij de uitvoering van de opdracht: contractuele bepalingen

Ook uitvoeringsbepalingen kunnen worden gebruikt om milieuoverwegingen te integreren in de uitvoeringsfase van de opdracht mits ze verband houden met de uitvoering van het contract, in de aankondiging van de opdracht zijn bekendgemaakt en voldoen aan het Unierecht. Zo kan de aanbestedende dienst duidelijk maken op welke manier de goederen moeten worden geleverd en zelfs welke vervoersmethode moet worden gebruikt. De contractant is verplicht om alle uitvoeringsbepalingen voor de opdracht na te leven.

9: Hoe kunnen aanbestedende diensten door middel van inkoop voorzien in innovatieve oplossingen en ideeën?

Door middel van de procedure van het innovatiepartnerschap (artikel 31 Richtlijn 2014/24, geïmplementeerd in artikel 2.31a e.v. Aanbestedingswet 2012) kunnen aanbestedende diensten de markt betrekken bij het realiseren van innovatieve ideeën of producten.

Met de procedure van het innovatiepartnerschap kunnen aanbestedende diensten voorzien in de behoefte aan innovatieve producten, werken en diensten die nog niet op de markt beschikbaar zijn of wanneer de beschikbare producten, werken en diensten niet voorzien in de specifieke behoefte. Sectoren waar het betrekken van de markt een uitkomst zou kunnen bieden op het gebied van innovatie zijn de zorg, de bouw, waterbeheer en mobiliteit.

Lees meer over de procedure van het innovatiepartnerschap op [onze webpagina](#).



Hoofdstuk 3: Contractduur en waardebepaling

Samenvatting

Dit deel van **KED legt uit** gaat in op de wijze waarop decentrale overheden de waarde van een opdracht kunnen bepalen. Hiervoor staat de kernbepaling in artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2014/24. Er kan echter ook sprake zijn van een bijzondere situatie, bijvoorbeeld wanneer het gaat om een repeterende opdracht of wanneer de opdracht wordt gesplitst. Daarnaast wordt in dit deel nader ingegaan op de duur van een contract en eventuele verlengingen.

Kernwoorden: raming, motiveren, samenvoegen, splitsen, repeterend.

1: Welke algemene regels gelden er voor de waardebepaling van een opdracht?

Artikel 5 lid 1 [Richtlijn 2014/24](#) (artikel 2.15 lid 2 [Aanbestedingswet 2012](#)) bevat de kernbepaling voor het berekenen van de [waarde](#) van een [overheidsopdracht](#). De berekening van de geraamde waarde moet gebaseerd zijn op het totale bedrag dat de opdrachtwaarde naar verwachting zal inhouden, exclusief btw, en zoals geraamd door de [aanbestedende dienst](#). Bij deze berekening wordt rekening gehouden met het geraamde totaalbedrag, inclusief de eventuele opties en verlengingen van het contract.

Wanneer een aanbestedende dienst voorziet in prijzengeld of betalingen aan gegadigden of inschrijvers (tenderkostenvergoedingen), berekent hij deze door in de geraamde waarde van de opdracht. Daarnaast bepaalt artikel 2.15 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 dat deze raming moet gelden op het tijdstip van verzending van de aankondiging van de opdracht, of wanneer deze aankondiging niet vereist is, op het tijdstip waarop de gunningsprocedure door de aanbestedende dienst wordt ingeleid.

2: Geldt er een minimum- of maximumlooptijd van een contract?

Nee. Richtlijn 2014/24 (en de Aanbestedingswet 2012) verplicht aanbestedende diensten niet om een bepaalde minimum- of maximumlooptijd voor een contract aan te houden. In de berekeningswijze voor de waarde van de opdracht wordt in enkele gevallen wel aansluiting gezocht bij de looptijd van contracten, zoals in artikel 2.17 Aanbestedingswet 2012. Het valt in principe binnen de contractsvrijheid van de aanbestedende dienst om de looptijd van het voorgenomen contract zelf te bepalen. Wel moet telkens voor ogen gehouden worden dat op grond van het [Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie](#) de markt voor het [vrij verkeer van goederen](#) en [diensten](#) niet mag worden geblokkeerd. Of dit het geval is, hangt af van de aard van de overeenkomst en heeft onder andere te maken met de terugverdientijd van de investering. Dit wil zeggen dat hoe langer een partij die het risico neemt om een bepaalde dienst te exploiteren voor eigen rekening bereid is om dit te doen, hoe

eerder het gerechtvaardigd is de looptijd van het contract enigszins op te laten lopen, om die risico's wat meer te spreiden en de investering terug te verdienen.

Expliciete jurisprudentie met een eenduidig antwoord op de vraag naar een minimum of maximum toegestane looptijd van een contract bestaat niet. Van belang hierbij is de uitspraak van het Europese Hof van Justitie in zaak [C-323/03](#) (Commissie/Spanje) over een verleende concessie voor personenvervoersdiensten voor twintig jaar ten gunste van één exploitant. Het Hof stelde in deze zaak "dat een nationale maatregel die de zeevervoersdiensten aan één onderneming voorbehoudt door de verlening van een concessie voor twintig jaar, die met tien jaar kan worden verlengd, de verrichting van die diensten door ondernemingen uit andere lidstaten belemmert en zelfs verbiedt en derhalve beperkt in het vrij verrichten van diensten." De keuze voor twintig jaar werd door Spanje rechtvaardig geacht gezien de noodzaak om aanzienlijke investeringen niet verloren te doen gaan. "Voor de (...) toelaatbaarheid van deze beperkingen moet eraan worden herinnerd dat de vrijheid van dienstverrichting, als fundamenteel beginsel van het Verdrag, slechts kan worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang en die van toepassing zijn op alle personen of ondernemingen die een activiteit uitoefenen op het grondgebied van de lidstaat van ontvangst. Bovendien moet de betrokken nationale regeling, wil zij gerechtvaardigd zijn, geschikt zijn om de verwezenlijking van het gestelde doel te waarborgen en niet

verder gaan dan voor dat doel noodzakelijk is" (overweging 45). Het Hof oordeelde dat de concessie in deze zaak niet voldeed aan de [regels voor vrij verkeer](#).

Voor [raamovereenkomsten](#) geldt wel een maximumduur: hierbij mag de looptijd niet langer zijn dan vier jaar volgens artikel 2.140 Aanbestedingswet 2012. Bij speciale sectoropdrachten is de termijn acht jaar zoals blijkt uit artikel 3.80 Aanbestedingswet 2012. Hiervan mag een aanbestedende dienst alleen bij gemotiveerde uitzondering afwijken.



Voorbeeld

Onze gemeente wil een concessie verlenen voor de afvalinzameling in de gemeente. Moet hierbij rekening worden gehouden met grenzen aan de maximale contractwaarde?

Antwoord

Richtlijn 2014/24 en de Aanbestedingswet 2012 verplichten niet tot een maximumlooptijd voor een contract, maar op grond van de uitspraak van het Hof van Justitie in zaak C-323/03 blijkt dat een te lange contractduur de regels voor vrij verkeer kan schenden. Dat gebeurt wanneer deze vrijheid wordt beperkt zonder dat de beperking gerechtvaardigd wordt door een dwingende reden van algemeen belang, die niet discriminerend is en niet verder gaat dan noodzakelijk. Of de beperking aan deze voorwaarden voldoet is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Als voor deze concessie veel verzonken kosten gemaakt moeten worden, zoals de aanschaf van vuilniswagens of zelfs de bouw van installaties voor de afvalverzameling of -verwerking, is een langere contractduur proportioneel zonder dat het vrij verkeer geschonden wordt. Een exacte contractduur is echter niet op voorhand te noemen.

3: Zijn er specifieke regels voor het berekenen van de waarde van werken-, leveringen- en dienstenopdrachten?

Voor werken, diensten en leveringen gelden specifieke regels voor waardebepaling. Specifiek bij leveringen is het voor de regels verder relevant of de looptijd vast of onbepaald is. Deze regels worden hieronder toegelicht.

Specifiek voor werken

Artikel 5 lid 7 van Richtlijn 2014/24 (artikel 2.16 Aanbestedingswet 2012) bepaalt dat in het geval van overheidsopdrachten voor werken bij de berekening van de geraamde waarde rekening dient te worden

gehouden met de waarde van de werken, en daarnaast met de geraamde totale waarde van de voor de uitvoering van het werk noodzakelijke goederen en diensten die door de aanbestedende dienst ter beschikking zijn gesteld. Denk bij noodzakelijk te leveren goederen bijvoorbeeld aan vrachtwagens of een hijskraan. De in aanmerking te nemen prijs daarvoor is niet de aankoopprijs maar de prijs die op de markt normaal voor het huren van het materieel wordt gevraagd, tenzij het materieel een gemiddelde levensduur heeft die gelijk is aan of korter dan de tijd dat het materieel ter beschikking wordt gesteld. In dat geval moet de raming van de aankoopprijs uitgaan. Als de aannemer eventuele inkomsten ontvangt van derden, moeten deze op grond van het arrest *Auroux* van het Hof van Justitie ([C-220/05](#)) ook in de raming meegenomen worden.

Specifiek voor leveringen

Artikel 5 lid 12 van de Richtlijn 2014/24 (artikel 2.20 Aanbestedingswet 2012) maakt een onderscheid tussen opdrachten voor leveringen (die betrekking hebben op leasing, huur of huurkoop van producten) met een vaste looptijd en voor onbepaalde duur:

Vaste looptijd

Bij een vaste looptijd wordt de waarde van de opdracht geraamd door de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd te nemen wanneer die maximaal twaalf maanden bedraagt, dan wel door de totale waarde te nemen wanneer de looptijd meer dan twaalf maanden bedraagt, inclusief de restwaarde. De raming gaat niet

over de waarde van het product. De restwaarde is de waarde van het geleverde product na afloop van het huurcontract. De aanbestedende dienst moet daar via marktonderzoek een redelijke schatting van zien te maken. Het is belangrijk dat de aanbestedende dienst kan onderbouwen hoe zij tot de raming is gekomen en dat deze niet bewust laag is gekozen zodat de aanbestedingsrichtlijnen ontlopen kunnen worden, zoals blijkt uit artikel 2.14 lid 2 Aanbestedingswet 2012.

Onbepaalde duur

Bij overheidsopdrachten voor onbepaalde duur of waarvan de looptijd niet kan worden bepaald, neemt de aanbestedende dienst het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48 als uitgangspunt voor de waardeberekening. Dit betekent niet dat een opdracht voor onbepaalde duur impliciet voor maximaal vier jaar zou mogen worden aangegaan. Immers, door een dergelijke interpretatie zou het een opdracht voor bepaalde duur worden. Dit is dezelfde berekeningsmethode als voor artikel 2.17 sub e Aanbestedingswet 2012.

Specifiek voor diensten

Artikel 5 lid 14 (artikel 2.17 sub d en e Aanbestedingswet 2012) bepaalt dat in geval van opdrachten voor diensten waarin geen totale prijs is vermeld, onderscheid gemaakt wordt tussen opdrachten met een vaste looptijd die gelijk is aan of korter dan 48 maanden enerzijds en opdrachten voor onbepaalde duur of waarvan de looptijd langer is

dan 48 maanden anderzijds. Bij opdrachten met een vaste looptijd die gelijk is aan of korter dan 48 maanden neemt de aanbestedende dienst de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd. Bij opdrachten voor onbepaalde tijd of waarvan de looptijd langer is dan 48 maanden neemt de aanbestedende dienst de maandelijkse waarde vermenigvuldigd met 48.

Artikel 13 (artikel 2.17 sub a, b en c Aanbestedingswet 2012) bevat een aantal specifieke bepalingen om de waarde van bepaalde dienstenopdrachten te bepalen en verduidelijkt wat meegeteld moet worden:

- Verzekeringsdiensten: de te betalen premie en andere vormen van beloning;
- Bankdiensten en andere financiële diensten: honoraria, provisies en rente, alsmede andere vormen van beloning;
- Opdrachten betreffende een ontwerp: de te betalen honoraria, provisies en andere vormen van vergoeding.

Voorbeeld

Heeft artikel 5 lid 14 van Richtlijn 2014/24 de consequentie dat dienstenopdrachten maar voor 48 maanden gesloten mogen worden?

Antwoord

Nee. Er geldt geen maximumlooptijd voor contracten. De 48 maanden die in artikel 5 lid 14 van de richtlijn genoemd worden, zijn bedoeld om de waarde van het contract te kunnen bepalen wanneer er sprake is van een contract waarvan de looptijd onbekend is. In dat geval wordt het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48.

4: Hoe kan de waarde van een gemengde opdracht bepaald worden en welk drempelbedrag geldt dan?

Als er sprake is van een gemengde opdracht van twee of meer soorten aanbestedingen (van werken, leveringen of diensten) wordt deze gegund overeenkomstig de bepalingen die van toepassing zijn op het type van aanbesteding dat past bij het hoofdvoorwerp van de betrokken opdracht (artikel 3 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.12a lid 1 Aanbestedingswet 2012). Om te bepalen welke drempelwaarde van toepassing is, moet dus bezien worden welk deel van een gemengde opdracht het hoofdvoorwerp van de opdracht is. Daarvoor moet gekeken worden naar de intentie van de aanbestedende dienst, het doel dat deze had met de opdracht en de waarden van de delen van de opdracht. De waarde van de componenten is niet allesbepalend, zoals blijkt uit arrest [C-412/04](#) van het Hof van Justitie, maar vormt wel een aanwijzing. Wanneer een aanbestedende dienst bijvoorbeeld een opdracht heeft die bestaat uit een gedeelte diensten (€ 300.000,-), leveringen (€ 800.000,-) en werken (€ 4.5 miljoen) dan is de totale waarde van de opdracht € 5.6 miljoen. Het werkengedeelte vertegenwoordigt relatief de hoogste waarde, wat een aanwijzing is dat het werkenregime van toepassing is. De drempel voor werken van 1 januari 2022 tot en met 31 december 2023 bedraagt voor decentrale overheden € 5.382.000,-. € 5.6 miljoen ligt boven de werkendrempel, wat er op wijst dat deze opdracht via het Europese regime aanbesteed moet worden. Deze hoofdregel blijkt ook uit de definities van overheidsopdrachten voor leveringen en diensten.

Zoals blijkt uit de definitie van overheidsopdracht voor leveringen wordt een overheidsopdracht die betrekking heeft op de leveringen van producten en in bijkomende orde op werkzaamheden voor het aanbrengen en installeren, beschouwd als een overheidsopdracht voor leveringen. Zie ook de begripsbepalingen in artikel 2 van de richtlijn en 1.1 van de Aanbestedingswet 2012.

Overheidsopdrachten voor diensten worden in Richtlijn 2014/24 en de Aanbestedingswet 2012 gedefinieerd als overeenkomsten die betrekking hebben op andere diensten dan die vallen onder overheidsopdrachten voor werken. Dit wijst er op dat iets wat zowel onder de definitie van een werk als de definitie van een dienst valt als een werk gekwalificeerd moet worden. Op deze hoofdregel gelden verschillende uitzonderingen. Zo mogen de lagere Europese drempelbedragen voor leveringen en diensten niet 'misbruikt' worden door opdrachten voor leveringen en diensten te combineren met opdrachten voor werken. Hierbij zou de totale waarde onder de drempel blijven terwijl dat niet de bedoeling is. Een aanbestedende dienst zou zo kunnen proberen met een beroep op het niet bereiken van de Europese drempel voor werken te zeggen dat er geen sprake zou kunnen zijn van een aanbestedingsplichtige opdracht. Artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012 verbiedt het onnodig samenvoegen van opdrachten en stelt hiervoor een motiveringsplicht.



Dit geldt bijvoorbeeld ook voor een combinatie van een opdracht voor leveringen met een opdracht voor SAS-diensten of een combinatie van normale diensten en SAS-diensten. De hoofdregels over samenvoegen zijn namelijk ook bij deze laatste van toepassing. Een voorbeeld van een arrest waarin dit speelde is het arrest *Falck Rettungsdienste* ([C-465/17](#)), waarin afgewogen werd of er sprake was van diensten inzake risicopreventie of ziekenvervoer per ambulance, waarvan het afhangt of er respectievelijk sprake was van uitsluiting van Richtlijn 2014/24 dan wel toepassing van de bijzondere regeling voor SAS-diensten. Voor meer informatie kunt u de volgende praktijkvragen bekijken: [Samenhang werken en diensten](#) en

[Samenloop werk en levering](#). De praktijkvraag [Geldt wegonderhoud als een werk of dienst?](#) geeft bovendien een verder uitgewerkt voorbeeld.

Voorbeeld

Onze gemeente wil een nieuwe school laten bouwen. De kosten komen grofweg hierop neer:

- Bouwkosten € 4,6 miljoen (werk);
- Architect € 350.000,- (dienst);
- Meubels € 470.000,- (levering).

Welk drempelbedrag moeten we nu aanhouden en moet deze opdracht Europees aanbesteed worden aangezien zowel de bouwkosten als de kosten voor de meubels onder de respectievelijke drempels voor werken en leveringen blijven?

Antwoord

Voor de beantwoording van de vraag in hoeverre een gemengde opdracht voor werken, leveringen of diensten moet worden aangemerkt als één samenhangende (Europees aanbestedingsplichtige) opdracht is van belang dat lid 1 van artikel 5 bepaalt dat het moet gaan om de geraamde totaalwaarde en lid 3 van artikel 5 van Richtlijn 2014/24 en artikel 2.14 Aanbestedingswet 2012 bepalen dat niet mag worden gesplitst om onder de werking van de richtlijn uit te komen. Van belang is dat de algemene samenloopregeling bepaalt dat op een opdracht die meerdere elementen (werken, leveringen en/of diensten) bevat, dát regime van de richtlijn van toepassing is dat het hoofdvoorwerp van de opdracht vormt. Hiervoor is de waarde van de elementen een belangrijke aanwijzing, al moet er ook gekeken worden naar de intentie van de aanbestedende dienst. We gaan er in dit geval van uit dat de verschillende onderdelen van deze opdracht als één opdracht gezien moeten worden. In dit geval bedraagt de totale waarde van de opdracht € 5.420.000,-. Het werkencomponent betreft de grootste waarde van de opdracht, wat een aanwijzing is dat gekeken moet worden naar de werkdrempel van € 5.382.000,-. Hiervoor moet echter ook naar andere factoren gekeken worden, zoals de bedoelingen van de aanbestedende dienst.

5: Wanneer is er sprake van één opdracht en wanneer van meerdere opdrachten?

Het uitgangspunt is vastgelegd in artikel 5 lid 3 Richtlijn 2014/24 (2.14 lid 1 Aanbestedingswet 2012) dat stelt dat voorgenomen werken en voorgenomen aankopen ter verkrijging van bepaalde hoeveelheden leveringen en/of diensten niet mogen worden gesplitst om ze te onttrekken aan de toepassing van deze richtlijn.

Een grotere opdracht opdelen in verschillende percelen (onderdelen van een opdracht) mag wel op grond van artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012, maar voor de waardeberekening moeten dan wel alle percelen worden meegerekend voor de totaalwaarde van de gehele opdracht, zoals blijkt uit artikels 2.18 en 2.19 Aanbestedingswet 2012. Wanneer het totaalbedrag boven de Europese drempel uitkomt, moeten volgens de tweede leden van deze artikelen alle percelen Europees worden aanbesteed. Voor werken en diensten is dit bepaald in artikel 5 lid 8. Voor homogene leveringen is dit bepaald in artikel 5 lid 9.

Om te bepalen of er sprake is van één opdracht moet gekeken worden of er sprake is van één overkoepelend geheel. Om van één geheel te kunnen spreken, moet de betreffende opdracht ook een opeenvolgend, samenhangend, homogeen geheel zijn. In het algemeen geldt dat wanneer opdrachten hetzelfde doel hebben, functioneel samenhangen, in één Programma van Eisen kunnen worden samengevoegd en aan dezelfde opdrachtnemer kunnen

worden verstrekt dit er op duidt dat er sprake is van een samenhangende opdracht. Om dit in te vullen moeten aanbesteders bij leveringen, werken en diensten op verschillende dingen letten.

Leveringen

De eis van homogeniteit komt in de regelgeving alleen uitdrukkelijk bij leveringen aan de orde. Niet homogene goederen hoeven dus niet bij elkaar opgeteld te worden. Gelijktijdige opdrachten voor de levering van bijvoorbeeld stoelen en tafels hoeven daarom met het oog op de berekening van de waarde niet samen te worden genomen, tenzij het stoelen en tafels betreft die een homogeen geheel dienen te vormen (bijvoorbeeld specifiek bij elkaar horende kantoormeubelen). Homogene producten zijn voor hetzelfde doel bestemd of vervullen één economische of technische functie.

Werken

Voor werken speelt de specifieke definitie nog een belangrijke rol om te bepalen wat tot één opdracht moet worden gerekend: een werk is een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is *als zodanig een economische of technische functie te vervullen*. Met deze definitie wordt gepoogd onrechtmatig splitsen van een opdracht voor werken te voorkomen. Indien een aanbestedende dienst bepaalde onderdelen van een groter werk toch uiteen zou trekken en als aparte werken zou aanbesteden en een marktpartij kan aantonen dat er toch sprake is van een

functioneel geheel van werken, loopt deze aanbestedende dienst kans het verwijt te krijgen onrechtmatig gesplitst te hebben. De definitie is door het Europese Hof van Justitie verduidelijkt (zaak [C-16/98](#)). Er moet op basis van het (gewenste) resultaat worden gekeken of een element van een project deel uitmaakt van dezelfde economische en technische functie. De functionele samenhang van het eindresultaat geeft dus de doorslag.

Diensten

Voor diensten is geen aparte bepaling aan te wijzen die aangeeft welke verschillende diensten van verschillende categorieën, die wel tegelijk worden aanbesteed, als één of als verschillende losse gezien kunnen worden. Uitgangspunt is dan weer artikel 5 lid 1 jo lid 3. Lid 8 maakt duidelijk dat verschillende percelen voor diensten die gelijktijdig worden geplaatst als totaal berekend moeten worden. In het licht van bovenstaande benadering bij leveringen ligt het wel voor de hand om homogene diensten die tegelijk worden geplaatst (al dan niet in percelen) bij elkaar op te tellen. Niet homogene diensten hoeven dus in principe niet bij elkaar te worden opgeteld, tenzij ze bewust in verschillende percelen worden opgedeeld en in één opdracht zijn opgenomen.

Motiveren

In de praktijk is het niet altijd duidelijk wat nu als één opdracht beschouwd moet worden. Het is daarom belangrijk dat de aanbestedende dienst een logische, consistente en onderbouwde

motivering heeft als toelichting bij de in concrete opdrachten gekozen opdrachtformulering. De Aanbestedingswet 2012 verplicht aanbestedende diensten om te motiveren waarom zij opdrachten willen samenvoegen. Artikel 1.5 van de Aanbestedingswet 2012 stelt dat opdrachten niet onnodig samengevoegd mogen worden. Hiervan kan gemotiveerd worden afgeweken. Verder verplicht artikel 46 lid 1 van Richtlijn 2014/24 dat aanbestedende diensten de voornaamste redenen vermelden voor het besluit om een opdracht niet in percelen op te delen.

Voorbeeld

Een provincie ontwikkelt een locatie in deelplannen. De provincie geeft een bouwkundig bureau een opdracht voor deelplan A, voor een bedrag onder de Europese drempel. Omdat de provincie tevreden is over de uitvoering van de opdracht, krijgt hetzelfde bureau ook de opdracht voor deelplan B, weer voor een bedrag onder de Europese drempel. Beide opdrachten samen komen echter wel boven de Europese drempel uit. Had de provincie deze twee opdrachten bij elkaar op moeten tellen en Europees aan moeten besteden?

Antwoord

Dat is afhankelijk van de omstandigheden. Wanneer de provincie al van plan was om voor het hele gebied bij voorkeur een bureau in te schakelen, dan moeten de opdrachten bij elkaar worden opgeteld. Als de start of omvang van deelplan B onzeker was op het moment van de eerste opdracht, dan kon deelplan A als aparte opdracht worden beschouwd.



6: Hoe verhoudt het splitsingsverbod zich tot het clusterverbod in artikel 1.5 van de Aanbestedingswet 2012?

Artikel 1.5 lid 1 van de Aanbestedingswet 2012 stelt dat aanbestedende diensten opdrachten niet onnodig samen moeten voegen. Wanneer [samenvoeging](#) van opdrachten toch plaatsvindt, moet dit door de aanbestedende dienst gemotiveerd worden in de aanbestedingsstukken. Er moet daarbij gelet worden op:

1. de samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;

2. de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en ondernemer, en;
3. de mate van samenhang van de opdrachten.

Om tegelijkertijd aan zowel het clusterverbod als aan het splitsingsverbod te kunnen voldoen, is in artikel 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012 opgenomen dat een aanbestedende dienst een opdracht moet opdelen in meerdere percelen. Wanneer dit niet gebeurt, moet dat gemotiveerd worden in de aanbestedingsstukken. De [Gids Proportionaliteit](#) stelt dat onnodig clusteren niet is toegestaan en dat samenvoeging altijd gemotiveerd moet worden.

De doelstelling van het splitsingsverbod is voorkomen dat een (decentrale) overheid de waarde van een opdracht kunstmatig laag houdt om deze onder de Europese drempelwaarde te houden. Meerdere gesplitste opdrachten hebben afzonderlijk namelijk lagere drempelwaarden dan de waarden van al die opdrachten bij elkaar opgeteld. De doelstelling van het clusterverbod, dat in de Aanbestedingswet 2012 maar niet de Europese richtlijnen te vinden is, is het toegankelijk houden van de opdrachten voor het midden- en kleinbedrijf door bedrijven die mogelijk niet in staat zijn om de gehele opdracht te aanvaarden wel de mogelijkheid te geven slechts op één of meer percelen zich in te schrijven. Deze doelen zijn ook de reden voor de drie aandachtspunten waar bij samenvoeging op gelet moet worden volgens artikel 1.5 lid 1 Aanbestedingswet 2012. De doelen van

het cluster- en splitsingsverbod strijden niet met elkaar omdat artikel 2.18 en 2.19 Aanbestedingswet 2012 vastleggen dat, ook al is een opdracht in percelen verdeeld, de waarde van deze percelen opgeteld moet worden om te bepalen of de drempelwaarde overschreden wordt of niet. Zo kan een opdracht in percelen worden verdeeld en toegankelijker worden voor het midden- en kleinbedrijf zonder dat hiermee de drempelwaarde op oneigenlijke wijze niet gehaald wordt.

7: Moeten voor de raming van overheidsopdrachten alle opdrachten binnen één rechtspersoon bij elkaar worden opgeteld?

Artikel 2.15a van de Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat men alle operationele eenheden van een aanbestedende dienst moet betrekken bij het bepalen van de geraamde waarde van de overheidsopdracht. Als een afzonderlijke operationele eenheid zelfstandig verantwoordelijk is voor zijn aanbestedingen of bepaalde categorieën van aanbestedingen, kan de waarde op het niveau van deze eenheid bepaald worden.

Overweging 20 van Richtlijn 2014/24 stelt dat er vier criteria bestaan om te bepalen of een instantie geldt als een afzonderlijke operationele eenheid. Het moet volgens deze criteria gaan om een eenheid die de aanbestedingsprocedure zelf leidt, het besluit tot aankoop zelf neemt, zelf verantwoordelijk is voor haar inkopen en over een eigen, afgescheiden budget(deel) beschikt waarmee zij zelf de overeenkomst bekostigt om in de eigen behoefte te voorzien. Als

aan deze vereisten is voldaan, is er sprake van een afzonderlijke operationele eenheid die als aparte aanbestedende dienst geldt. Als hier niet aan voldaan wordt, dan moet de aanbestedende dienst de verzoeken van alle zelfstandige eenheden optellen voor de raming van de opdracht.

Uit de aanbestedingsrichtlijnen en jurisprudentie, waaronder [ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3967](#) vloeit voort dat de Staat één rechtspersoon is en ministeries daarbinnen geen afzonderlijke operationele eenheden zijn, ook al functioneren ze in de praktijk wel zo. Directoraten-generaal, als onderdeel van een ministerie, zouden hierdoor ook niet vallen binnen het begrip van een afzonderlijke operationele eenheid. De Commissie van Aanbestedingsexperts bevestigt dit in [Advies 255](#) (rechtsoverweging 4.7) door expliciet vast te stellen dat ministeries en diensten en agentschappen die daaronder vallen deel uitmaken van één en dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon, de Staat.

8: Wat houdt de percelenregeling in?

Artikel 46 van Richtlijn 2014/24 legt de mogelijkheid vast voor aanbestedende diensten om opdrachten te gunnen in de vorm van afzonderlijke [percelen](#) en de omvang en het voorwerp van deze percelen te bepalen. In artikel 5 lid 8 en 9 (artikel 2.18 en 2.19 Aanbestedingswet 2012) wordt de percelenregeling besproken. Bij een gelijktijdige verdeling van een opdracht voor een werk, levering

of dienst in percelen moet de geraamde totale waarde van de percelen als waarde van de opdracht worden beschouwd. Wanneer de drempelwaarde voor werken of de drempelwaarde voor diensten en leveringen wordt overschreden, dienen alle percelen te worden aanbesteed, met dien verstande dat percelen waarvan de geraamde waarde minder dan € 80.000,- voor leveringen en diensten en minder dan € 1.000.000,- voor werken bedraagt van de toepassing van de richtlijn mogen worden uitgesloten, mits zij niet meer dan 20% van de totale waarde van alle percelen vertegenwoordigen. De toepassing van deze regeling wordt beperkt door de eis dat de uitgesloten percelen gelijktijdig met de andere aanbesteede percelen worden gegund. Meer informatie over de percelenregeling en enkele voorbeelden vindt u in '[De ruimte van de percelenregeling](#)' van PIANOo.

Aanbestedingswet 2012

In artikel 1.5 lid 3 van de Aanbestedingswet 2012 wordt bepaald dat aanbestedende diensten opdrachten zoveel mogelijk moeten opdelen in percelen. Wanneer zij beslissen dit niet te doen, moeten zij dat motiveren in de aanbestedingsstukken. Deze verplichting is in de Aanbestedingswet 2012 opgenomen om het midden- en kleinbedrijf meer kans te geven om in aanmerking te komen voor een opdracht.

Voorbeeld

Voor de school, die de gemeente in het voorbeeld op pagina 8 aan het ontwikkelen is, wil de gemeente ook weten of voor het component voor de levering van de meubels gebruik gemaakt kan worden van de percelenregeling.

Antwoord

Het leveringencomponent bedraagt in het voorbeeld € 70.000,-. De wettelijke regeling stelt dat percelen waarvan de geraamde waarde minder dan € 80.000,- bedraagt voor leveringen van de toepassing van de richtlijn mogen worden uitgesloten, mits zij niet meer dan 20% van de totale waarde van alle percelen vertegenwoordigen. De totale waarde van de gehele opdracht (alle percelen samen) bedraagt € 5.020.000,-. € 70.000,- is slechts 1.39% van dit bedrag, waardoor het perceel voor de levering van meubels onder de eis van 20% blijft en dus van toepassing van de richtlijn is uitgesloten.



9: Welke berekeningsregels gelden voor repeterende contracten bij leveringen en diensten?

Lid 11 van artikel 5 van de richtlijn (artikel 2.21 Aanbestedingswet 2012) bevat een specifieke waardeberekeningsbepaling voor opdrachten voor diensten en leveringen die met zekere regelmaat worden verleend of gedurende een bepaalde periode worden vernieuwd. Het gaat hierbij om de zogenaamde specifieke contractvorm van *repeterende contracten*.

Een voorbeeld is een geval waarin een aanbestedende dienst bij voorbaat beslist om drie keer achtereen voor twee jaar een opdracht voor het schilderonderhoud aan het eigen gemeentelijk onroerend goed te verlenen. Voor de waardeberekening van deze opdrachten wordt ook aangesloten bij de looptijden van de contracten. In de aanbestedingsliteratuur wordt toegelicht dat het onder lid 11 sub a lijkt te gaan om de categorie aanvullende opdrachten die terugzien op een (soortgelijke) opdracht tijdens het voorafgaande (boek)jaar. Onder lid 11 sub b gaat het om aanvullende (soortgelijke) opdrachten die vooruitlopen op het komende jaar (die voor het eerst in repeterende vorm worden gegeven). Hierbij dient rekening gehouden te worden met de bepaling dat een opdracht niet mag worden gesplitst om aan de werkingssfeer van de richtlijn te worden onttrokken. De wijze waarop de geraamde waarde van een opdracht wordt berekend mag daarom ook niet bedoeld zijn om de opdracht aan de werkingssfeer van de richtlijn te onttrekken.

10: Hoe verhouden verlengingen zich tot de waardebepaling?

De rol van verlengingen bij de waardebepaling staat beschreven in artikel 5 lid 1 van Richtlijn 2014/24 (artikel 2.15 lid 2 Aanbestedingswet 2012): de aanbestedende dienst baseert de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht op het totale bedrag, exclusief omzetbelasting, met inbegrip van opties en verlengingen van het contract. Indien de aanbestedende dienst voornemens is voorgenomen contracten op den duur te verlengen, hoort zij deze verlengingen in te calculeren bij de waardeberekening. Deze bepaling is erop gericht te voorkomen dat korte of kleine contracten met waarden onder de drempelwaarde worden verlengd met het doel de aanbestedingsplicht te ontduiken, terwijl er in feite sprake is van een langdurige overeenkomst.

Wanneer de verlenging is meegenomen bij de waardeberekening van de oorspronkelijke opdracht, kan de opdracht verlengd worden zonder nieuwe aanbesteding. Hierbij mag echter geen sprake zijn van een [wezenlijke wijziging](#). Daarvan is volgens artikel 72 lid 1 en 2 van Richtlijn 2014/24 en artikel 2.163a-2.163g Aanbestedingswet 2012 geen sprake als deze wijziging is voorzien en in de oorspronkelijke aanbestedingsstukken duidelijk is vermeld in een herzieningsbepaling.

Voorbeeld 1

Is het toegestaan om steeds een contract voor een jaar te sluiten en dat iedere keer te verlengen zodat de aanbestedende dienst steeds onder de Europese drempel blijft?

Antwoord

Nee. Uit artikel 5 lid 1 en 3 Richtlijn 2014/24 vloeit voort dat de maximale contractwaarde als uitgangspunt genomen moet worden bij het ramen van de waarde van de opdracht. Als een opdracht een looptijd heeft van vier jaar dan moet het bedrag dat de aanbestedende dienst geraamd heeft voor een jaar vermenigvuldigd worden met vier. Op grond van artikel 5 lid 12 sub b en lid 14 sub b moet een aanbestedende dienst bij opdrachten voor diensten waarvoor geen prijs is vermeld of voor opdrachten voor leveringen die betrekking hebben op leasing, huur of huurkoop van producten de maandelijkse waarde vermenigvuldigen met 48 als er geen totale prijs is vermeld en de looptijd onbepaald is. Daarnaast verbieden artikel 5 lid 3 en artikel 72 lid 1 sub b laatste volzin constructies waarbij opdrachten gesplitst en herhaaldelijk verlengd worden met het doel om de opdracht onder de Europese drempel te houden.

Aanvullende opdrachten

Voor de vraag naar mogelijkheden tot verlenging van contracten bij de huidige contractant zonder een nieuwe Europese openbare of niet-openbare aanbesteding te hoeven houden, is vervolgens relevant wat wordt bepaald in artikel 72 lid 1 sub b van Richtlijn 2014/24. In deze gevallen hoeft er geen nieuwe aanbestedingsprocedure te worden gebruikt.

Volgens artikel 72 lid 1 sub b kan een opdracht gedurende de looptijd worden gewijzigd wanneer, onder andere, aanvullende werken, leveringen of diensten noodzakelijk geworden zijn en die niet in de

oorspronkelijke aanbestedingsstukken opgenomen zijn. Ook moet een verandering van opdrachtnemer onmogelijk zijn om technische of economische redenen, bijvoorbeeld omdat nieuwe apparatuur moet aansluiten op apparatuur die bij de aanvankelijke opdracht is gekocht, en moet een verandering van aannemer ook leiden tot aanzienlijk ongemak of kostenstijgingen voor de aanbestedende dienst. Als van deze bepaling gebruik gemaakt wordt, mag de waarde van de opdracht hoogstens 50% stijgen per wijziging.

Voorbeeld 2

Onze provincie heeft na een Europese aanbesteding een contract gesloten met een dienstverlener die enkele computerprogramma's voor de provincie heeft ontwikkeld. Nu willen we een aantal koppelingen aan deze programma's maken. Wij willen daarvoor dezelfde partij contracteren die de oorspronkelijke programma's gemaakt heeft. Kan dit?

Antwoord

Artikel 72 lid 1 sub b van Richtlijn 2014/24 geeft aanbestedende diensten de mogelijkheid om opdrachten zonder nieuwe aanbestedingsprocedure te wijzigen als aanvullende werken, diensten of leveringen noodzakelijk zijn geworden, deze niet in de oorspronkelijke aanbesteding zijn opgenomen en een verandering van opdrachtnemer onmogelijk is vanwege technische redenen en tot aanzienlijke kostenstijging of aanzienlijk ongemak zou leiden. In deze situatie kan daar sprake van zijn; als de dienstverlener van de oorspronkelijke opdracht de enige partij is die koppelingen aan de programma's in kwestie kan toevoegen en het inschakelen van een andere partij tot aanzienlijk ongemak of aanzienlijke kostenstijgingen zou leiden, kan de opdracht gewijzigd worden. Daarbij moet de aanbestedende dienst wel kunnen motiveren dat er aan deze voorwaarden is voldaan. De bepaling moet strikt worden uitgelegd en de bewijslast ligt bij de aanbestedende dienst.

Hoofdstuk 4: Subsidie of opdracht

Samenvatting

In dit deel van **KED legt uit** wordt nader ingegaan op enkele algemene vragen met betrekking tot het onderwerp [subsidie of opdracht](#)? Decentrale overheden hebben regelmatig te maken met de vraag of een bepaalde rechtsverhouding kwalificeert als een overheidsopdracht, die aanbesteed moet worden, of als een subsidieverlening, waar mogelijk de Europese [staatssteunregels](#) op van toepassing zijn.

Kernwoorden: overheidsopdracht, bezwarende titel, subsidie, aanbestedende dienst.

1: Wanneer is er sprake van een overheidsopdracht?

De definitie van een [overheidsopdracht](#) is te vinden in artikel 2 lid 1 sub 5 [Richtlijn 2014/24](#). Deze bepaling is geïmplementeerd in artikel 1.1 [Aanbestedingswet 2012](#). Een overheidsopdracht is 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.

2: Wanneer is er sprake van een 'bezwarende titel' bij een overheidsopdracht?

De bezwarende titel bij een overheidsopdracht geeft aan dat er een verband bestaat tussen de betaling en de prestatie in die zin dat er wederzijdse verplichtingen bestaan. Dit houdt in dat er een op geld waardeerbare tegenprestatie wordt geleverd door de aanbestedende dienst aan de opdrachtnemer voor het vervullen van de opdracht. Dit kan een geldelijke betaling zijn, maar bijvoorbeeld ook de vrijstelling van legesbetaling of het beschikbaar stellen van producten die in de uitvoering van de opdracht gebruikt kunnen worden.

Deze op geld waardeerbare tegenprestatie, ofwel de bezwarende titel, is niet aanwezig bij een subsidie. De subsidieontvanger kan eenzijdig aanspraak maken op financiële middelen. De subsidieverlener heeft geen mogelijkheid om de uitvoering van activiteiten af te dwingen, wat bij een overheidsopdracht wel het geval is.

In het *Müller*-arrest ([C-451/08](#)) van het Europese Hof van Justitie (Hof) heeft het Hof geconcretiseerd wanneer er (in het geval van een opdracht voor werken) sprake is van een 'bezwarende titel'. Hiervoor is het van belang dat de aanbestedende dienst een 'rechtstreeks economisch belang' heeft bij de uitvoering van de opdracht voor werken. Van een 'rechtstreeks economisch belang' is volgens het Hof sprake als:

- de aanbestedende dienst eigenaar wordt van het werk;
- het gaat om een werk met een openbaar karakter waarover de aanbestedende dienst kan beschikken;
- het werk gedeeltelijk voor rekening/risico van de overheid plaatsvindt;
- de overheid direct of toekomstig economische voordelen uit het werk haalt.

Er is geen sprake van een 'rechtstreeks economisch belang' in het geval de betrokkenheid van de decentrale overheid uitsluitend bestaat in de uitoefening van regulerende publiekrechtelijke bevoegdheden. Ook voor de aanwezigheid van door de aanbestedende dienst vastgestelde eisen is het volgens het Hof niet voldoende dat een overheidsdienst een aantal voorgelegde plannen onderzoekt of een besluit neemt in de 'uitoefening van zijn regulerende bevoegdheden'.

Voorbeeld

Er is sprake van een gemeenschappelijke regeling tussen onze provincie en een waterschap waarbij we diensten voor elkaar doen, zoals het aanleggen van steigers en het beheer van sloten. Is dit aan te merken als een 'overeenkomst onder bezwarende titel'?

Antwoord

Ja; een bezwarende titel kan ook zitten in op geld waardeerbare tegenprestatie. Dit hoeft dus niet per se een geldsom te zijn.



3: Wanneer is er sprake van een subsidieverlening?

Een subsidie is "de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten" volgens artikel 4:12 lid 1 Algemene wet bestuursrecht.

Bij een subsidieverlening schetst de subsidieverlener een kader met voorwaarden waar de activiteit, waar subsidie voor wordt verleend, aan moet voldoen. Een 'bezwarende titel', zoals wel vereist bij een overheidsopdracht, is niet aanwezig. De subsidieverlener heeft verder

geen zeggenschap over de concrete uitvoering van activiteiten. Dit betekent dat de subsidieontvanger in beginsel vrij is invulling te geven aan de activiteit waar subsidie voor wordt verkregen (wel binnen het door de subsidieverlener opgestelde kader).

4: Wie bepaalt of er sprake is van een overheidsopdracht of een subsidie?

Het is aan de geldverstrekken autoriteit, dus de decentrale overheid, zelf om vast te stellen of er sprake is van een overheidsopdracht, waar de aanbestedingsregels op van toepassing zijn, of een subsidieverlening, waar mogelijk de Europese staatssteunregels op van toepassing zijn. Het is niet altijd eenvoudig om vast te stellen of een rechtsverhouding kwalificeert als een opdracht of als een subsidieverlening. De decentrale overheid dient dit aan de hand van de specifieke omstandigheden van het geval vast te stellen. Als hulpmiddel voor de kwalificatie zijn er uit de literatuur, de rechtspraak en de praktijk diverse indicatoren afgeleid om te bepalen of er sprake is van een overheidsopdracht of een subsidie. Deze indicatoren zijn verzameld in dit [overzicht](#). Deze lijst is een handig hulpmiddel om aan de hand van de kenmerken van een opdracht en een subsidieverlening te bepalen wat de rechtsverhouding is. Overigens is geen van deze kenmerken op zich doorslaggevend. De kenmerken dienen in onderlinge samenhang te worden gezien.

Een decentrale overheid moet ervoor waken dat een subsidieverlening niet de kenmerken van een overheidsopdracht gaat vertonen. Dat kan het geval zijn als:

- de overheid door de uitvoering van een te subsidiëren activiteit economische voordelen verkrijgt;
- de overheid invloed heeft op de vormgeving van een project;
- de overheid financieel deelneemt in de verwezenlijking van een opdracht of;
- de overheid (gedeeltelijke) risico's draagt bij de uitvoering van de opdracht.

5: Vallen gesubsidieerde opdrachten onder de Europese aanbestedingsrichtlijn?

Ja, gesubsidieerde opdrachten vallen mogelijk onder Richtlijn 2014/24. In artikel 13 is een bepaling opgenomen omtrent de door aanbestedende diensten gesubsidieerde opdrachten. Deze bepaling is geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012 in artikel 2.8. De term 'subsidie' dient hier naar Europees recht te worden uitgelegd. Het gaat in dit geval dus om een financiële bijdrage door één of meer aanbestedende diensten.

Artikel 2.8 Aanbestedingswet 2012 is restrictief geformuleerd. Dit betekent dat het artikel alleen ziet op financiële bijdragen en niet op indirecte bijdragen of ondersteuning van een andere aard dan de financiële bijdrage. De betreffende subsidieverlening is gekoppeld aan het verrichten van een bepaalde handeling. In acht dient te

worden genomen dat de subsidie niet gebaseerd is op een overeenkomst onder bezwarende titel, in dat geval is er immers sprake van een overheidsopdracht.

Op grond van artikel 2.8 lid 1 Aanbestedingswet 2012 is de Aanbestedingswet 2012 ook van toepassing op subsidieontvangers in de volgende gevallen:

- Wanneer er een overeenkomst wordt gesloten voor het realiseren van een werk die voor meer dan 50% rechtstreeks door één of meer aanbestedende diensten wordt gesubsidieerd en die bestaat uit civieltechnische werkzaamheden als bedoeld in bijlage II van Richtlijn 2014/24 waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het bedrag genoemd in artikel 13 onderdeel a Richtlijn 2014/24, exclusief omzetbelasting (lid 1 sub a punt 1);
- Wanneer er een overeenkomst wordt gesloten voor het realiseren van een werk die voor meer dan 50% rechtstreeks door één of meer aanbestedende diensten wordt gesubsidieerd en die bestaat uit bouwwerken voor een ziekenhuizen, inrichtingen voor sportbeoefening, recreatie en vrijetijdsbesteding, school- en universiteitsgebouwen en gebouwen met een administratieve bestemming waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het bedrag genoemd in artikel 13 onderdeel a Richtlijn 2014/24, exclusief omzetbelasting (lid 1 sub a punt 2);

- Wanneer er een overeenkomst wordt gesloten voor een dienst die voor meer dan 50% rechtstreeks door één of meer aanbestedende diensten worden gesubsidieerd, verband houdt met een overeenkomst voor werken als bedoeld in onderdeel a en waarvan de geraamde waarde overeenkomt met of hoger is dan het bedrag genoemd in artikel 13 onderdeel b Richtlijn 2014/24, exclusief omzetbelasting (lid 1 sub b).

Wanneer zich één van bovengenoemde situaties zich voordoet, moet de subsidieontvanger de betreffende overheidsopdracht volgens de Aanbestedingswet 2012 aanbesteden. Dit volgt uit artikel 2.9 Aanbestedingswet 2012.



Voorbeeld 1

Een lokale sportvereniging is de opdrachtgever voor de bouw van een sporthal. 60% van de bouwsom wordt door de gemeente gesubsidieerd. Een groot aantal lokale ondernemers is bereid om financieel bij te dragen, mits zij onderdelen van het werk mogen uitvoeren. De bouwsom kan hierdoor ook lager uitvallen. Mag deze opdracht voor de bouw van een sporthal louter door de lokale ondernemers worden uitgevoerd? Omdat hier voor wat betreft de betrokkenheid van de gemeente sprake is van een subsidie en dus geen opdracht betreft?

Antwoord

Nee, de opdracht mag niet louter door de lokale ondernemers worden uitgevoerd. Wanneer de waarde van de opdracht voor de bouw van een sporthal boven de Europese drempelwaarde uitkomt, dan geldt op grond van artikel 13 Richtlijn 2014/24 (artikel 2.8 Aanbestedingswet 2012) mogelijk een Europese aanbestedingsverplichting. De opdracht wordt namelijk voor meer dan 50% gesubsidieerd door een aanbestedende dienst, de gemeente. Verder betreft de opdracht een bouwwerk, waardoor de opdrachtverlenende sportvereniging verplicht is de opdracht met inachtneming van de Europese aanbestedingsrichtlijnen aan te besteden. Daarbij zal het volgen van een aanbestedingsprocedure waarbij concurrentiestelling wordt beperkt tot alleen de lokale ondernemers moeilijk haalbaar zijn.

Voorbeeld 2

Een particuliere opdrachtgever wordt voor 20% gesubsidieerd door onze gemeente voor de bouw van een ziekenhuis. De waarde van de opdracht komt boven de Europese drempel voor werken uit. De particuliere opdrachtgever zal echter waarschijnlijk ook van andere overheden (provincie en Rijk) subsidie ontvangen. De totale overheidssubsidie voor de bouw van het ziekenhuis komt dan wel boven de 50% uit. Moet de particuliere opdrachtgever zich nu wel aan de Europese aanbestedingsregels houden?

Antwoord

Ja, om te bepalen of een onderneming voor meer dan 50% wordt gesubsidieerd moeten alle overheidssubsidies bij elkaar worden opgeteld. Artikel 13 van Richtlijn 2014/24 en artikel 2.8 van de Aanbestedingswet 2012 hebben het over de gunning van overheidsopdrachten voor werken en diensten die voor meer dan 50% worden gesubsidieerd door aanbestedende diensten. Als de gezamenlijke subsidies meer dan 50% bedragen en de opdracht de relevante drempelwaarde overstijgt, moet er dus met inachtneming van de Europese aanbestedingsrichtlijn worden aanbesteed.

6: Gelden er nog specifieke regels waar rekening mee moet worden gehouden wanneer een aanbestedende dienst de activiteiten van een bepaalde entiteit subsidieert?

Wanneer de activiteiten van een entiteit merendeels door de staat, een aanbestedende dienst of een publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd, dan kan deze entiteit kwalificeren als een 'publiekrechtelijke instelling'. Een publiekrechtelijke instelling is een aanbestedende dienst in de zin van artikel 2 lid 1 sub 1 Richtlijn 2014/24 (artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012). Dit betekent dat overheidsopdrachten van een publiekrechtelijke instelling die boven de Europese [drempelwaarde](#) komen ook Europees aanbesteed moeten worden.

Een publiekrechtelijke instelling (artikel 2 lid 1 sub 4 Richtlijn 2014/24) is iedere instelling die:

1. 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:
 - a. merendeels door de staats-, regionale of lokale overheidsinstanties of andere publiekrechtelijke instellingen wordt gefinancierd;
 - b. of die wat betreft haar beheer onder toezicht van deze instanties of lichamen staat;
 - c. 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, moeten de kenmerken en de functie van de betreffende organisatie worden bekeken. Hierbij wordt met name gelet op de samenstelling en de taak van de entiteit in kwestie en of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie met de overheid. Voorwaarden 1 t/m 3 zijn cumulatief. Sub a t/m c onder voorwaarde 3 zijn echter niet cumulatief: het is voldoende als één van de afhankelijkheidsituaties van toepassing is op de betreffende entiteit. Voorbeelden van een

publiekrechtelijke instelling zijn scholen, universiteiten, nationale voetbalbonden of bibliotheken. Een verdere toelichting op bovenstaande voorwaarden en afhankelijkheidsituaties is te vinden op de [pagina over 'publiekrechtelijke instelling'](#).

Hoofdstuk 5:

Raamovereenkomsten

Samenvatting

Dit deel van **KED legt uit** gaat in op raamovereenkomsten. Decentrale overheden kopen regelmatig grote aantallen producten of diensten in waar dezelfde of vergelijkbare voorwaarden voor gelden. Daarom wordt in deze gevallen vaak gebruik gemaakt van een raamovereenkomst. Dit is een schriftelijke overeenkomst waarin de gemaakte afspraken tussen de aanbestedende dienst en één of meerdere ondernemingen staan beschreven. Te denken valt aan de prijs, kwaliteit, hoeveelheid en levertijd. De maximale looptijd van deze afspraken is in beginsel vier jaar. Onder een raamovereenkomst bestaat er geen afnameverplichting.

Kernwoorden: schriftelijke overeenkomst, geen afnameplicht, maximale looptijd, gunning.

1: Wat is een raamovereenkomst?

De definitie van een raamovereenkomst wordt gegeven in artikel 33 lid 1 van [Richtlijn 2014/24](#) (geïmplementeerd in artikel 1.1 [Aanbestedingswet 2012](#)): “Een overeenkomst tussen één of meer aanbestedende diensten en één of meer ondernemers met het doel gedurende een bepaalde periode de voorwaarden inzake te

plaatsen opdrachten vast te leggen, met name wat betreft de prijs en, in voorkomend geval, de beoogde hoeveelheid”.

Een raamovereenkomst is bedoeld voor het plaatsen van een reeks van toekomstige opdrachten. Voor de looptijd van de overeenkomst wordt een aantal voorwaarden afgesproken waaronder toekomstige opdrachten kunnen worden gegund. Een raamovereenkomst legt het raamwerk vast voor het toekomstig concreter inkleden van een overheidsopdracht. In een raamovereenkomst is geen verplichting tot afname opgenomen. Het verschil tussen een raamovereenkomst en een gewone overheidsopdracht is dat bij de laatste sprake moet zijn van een bezwarende titel.

2: Welk aanbestedingsregime is van toepassing op raamovereenkomsten?

Als de gezamenlijke waarde van de onder de raamovereenkomst te plaatsen opdrachten hoger is dan de Europese [aanbestedingsdrempel](#) is het verplicht om voor de raamovereenkomst een Europese [aanbestedingsprocedure](#) te volgen. Er moet dan in de meeste gevallen een openbare of niet-openbare aanbestedingsprocedure gevolgd worden. In sommige gevallen kan de onderhandelingsprocedure met of zonder bekendmaking, de concurrentiegerichte dialoog of de procedure voor [sociale en andere specifiek diensten](#) gebruikt worden.

De procedure voor het plaatsen van raamovereenkomsten is geregeld in artikel 33 van Richtlijn 2014/24. Dit staat beschreven in paragraaf 2.2.3.3 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2.44 t/m 2.47 over de procedure voor sluiten van een raamovereenkomst) en afdeling 2.4.1 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2.139 t/m 2.143 over bijzondere voorschriften). Voor de gunning van een raamovereenkomst gelden volgens artikel 33 lid 2 Richtlijn 2014/24 de procedureregels uit de richtlijn in alle fasen tot en met de gunning van de opdrachten die op de raamovereenkomst zijn gebaseerd. In artikel 2.139 Aanbestedingswet 2012 staat hierover: “Een aanbestedende dienst die een raamovereenkomst sluit na toepassing van een procedure als bedoeld in afdeling 2.2.1, kan op basis van die raamovereenkomst overheidsopdrachten plaatsen overeenkomstig de procedures, bedoeld in artikel 2.142 of artikel 2.143.”

Aan de gunning van de individuele opdrachten die onder de raamovereenkomst hangen en die met toepassing van de voorwaarden in de raamovereenkomst worden geplaatst bij partijen waarmee deze overeenkomst is gesloten, hoeft geen aparte aanbestedingsprocedure meer vooraf te gaan. Als een raamovereenkomst eenmaal via de Europese aanbestedingsregels is aanbesteed, kunnen er onder de in de raamovereenkomst gestelde voorwaarden nadere opdrachten worden geplaatst.

De regels uit Richtlijn 2014/24 zijn van toepassing op raamovereenkomsten voor zover de gezamenlijke waarde van de te

plaatsen opdrachten gelijk aan of hoger is dan de van toepassing zijn de aanbestedingsdrempels. De raming van raamovereenkomsten vindt plaats conform artikel 5 lid 5 van Richtlijn 2014/24 (artikel 2.15 lid 3 Aanbestedingswet 2012). Er moet worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde exclusief btw van alle voor de totale duur van de overeenkomst voorgenomen opdrachten.

Ten aanzien van raamovereenkomsten zijn de algemene (procedure)regels van de richtlijn van toepassing.

3: Hoe wordt de waarde van een raamovereenkomst berekend?

Uit artikel 5 lid 5 van Richtlijn 2014/24 en artikel 2.15 lid 3 van de Aanbestedingswet 2012 volgt dat bij de berekening van de waarde van een raamovereenkomst moet worden uitgegaan van de geraamde maximale waarde, exclusief btw, van alle voor de totale duur van de overeenkomst voorgenomen overheidsopdrachten.

Uit de rechtspraak van het Europese Hof van Justitie in zaak [C-216/17 \(Antitrust\)](#) blijkt dat een raamovereenkomst altijd een maximum hoeveelheid aan afname moet vermelden. Het Hof stelt dat de totale maximale waarde van de raamovereenkomst vanaf het begin vast moet staan en dus bij de aankondiging van de opdracht de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd van de raamovereenkomst dient te worden vermeld. Wanneer dit niet is gedaan, wordt er inbreuk gemaakt op de beginselen van transparantie en gelijke behandeling van de ondernemers die



belangen hebben bij de sluiting van die raamovereenkomst. Bovendien werd in het *Antitrust*-arrest aangegeven dat, indien de aanbestedende dienst niet verplicht is om van meet af aan opgave te doen van de maximumhoeveelheid en het maximumbedrag van de diensten waarop de raamovereenkomst betrekking heeft, dan de sluiting van de overeenkomst voorts zou kunnen worden gebruikt om een opdracht kunstmatig op te splitsen en zo onder de in Richtlijn 2014/24 vastgestelde drempels te blijven, hetgeen ingevolge artikel 5, lid 3 van Richtlijn 2014/24

verboden is. Dat artikel vereist dat de wijze van berekening van de waarde van de opdracht niet gekozen wordt met het doel om opdrachten buiten het toepassingsbereik van de richtlijn te houden.

Als de maximum contractwaarde niet wordt opgenomen in de raamovereenkomst verliest de raamovereenkomst dus zijn werking, zelfs als de beoogde looptijd van de raamovereenkomst nog niet is bereikt.

Bereiken van de totale waarde

De totale waarde van de raamovereenkomst bepaalt tot wanneer de raamovereenkomst uitgenut kan worden. Wanneer de totale geraamde waarde is bereikt, eindigt de overeenkomst, ook als dit het geval is vóórdat de duur van de raamovereenkomst is verstreken. De opdracht moet vervolgens opnieuw worden aanbesteed. Dat betekent dat de partijen niet door kunnen gaan met het verlenen van diensten dan wel het leveren van werken, omdat de raamovereenkomst eindigt.

Voorbeeld

Wat is de status van een raamovereenkomst nadat de bij Europese aanbesteding geraamde maximumwaarde vóór afloop van de duur van de raamovereenkomst is bereikt? Onze provincie heeft een raamovereenkomst voor ingenieursdiensten afgesloten voor een periode van vier jaar. Nu blijkt dat de totale waarde die is geraamd al gedurende het derde jaar van de raamovereenkomst wordt bereikt. Is de raamovereenkomst dan nietig en wat moeten we doen?

Antwoord

Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt dat de totale maximale waarde van de raamovereenkomst vanaf het begin vast moet staan. De provincie moet dus bij de aankondiging van de opdracht voor ingenieursdiensten de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd van de raamovereenkomst vermelden. Deze raming moet reëel zijn, dus het is van belang dat de provincie een deugdelijke motivering heeft voor de waarde die de opdracht op dat moment kreeg. Dat brengt met zich mee dat, wanneer de totale waarde wordt bereikt vóór afloop van de duur van deze raamovereenkomst, de raamovereenkomst eindigt. De opdracht voor ingenieursdiensten dient vervolgens opnieuw te worden aanbesteed.

4: Wat voor soorten raamovereenkomsten bestaan er?

Er zijn verschillende typen raamovereenkomsten:

- Raamovereenkomsten die worden gesloten met één onderneming (artikel 33 lid 3 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.142 Aanbestedingswet 2012); en
- Raamovereenkomsten die worden gesloten met meerdere ondernemingen (artikel 33 lid 4 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.143 Aanbestedingswet 2012).

Daarbinnen wordt onderscheid gemaakt tussen:

- Raamovereenkomsten waarin alle voorwaarden zijn vastgelegd; en
- Raamovereenkomsten waarin niet alle voorwaarden zijn vastgelegd.

Volgens de [aanbestedingsbeginselen van transparantie en gelijke behandeling](#) moeten aanbestedende diensten in de aanbestedingsstukken voor de raamovereenkomst de objectieve criteria voor de keuze tussen de verschillende typen raamovereenkomsten aangeven. Die criteria kunnen bijvoorbeeld betrekking hebben op de hoeveelheid, waarde, kenmerken van de werken, leveringen of diensten of op de prijsontwikkelingen.

Raamovereenkomst met één onderneming

Alle voorwaarden zijn vastgelegd

Als een raamovereenkomst met één ondernemer is gesloten en de voorwaarden hierin zijn vastgelegd, dan kan de opdracht op basis

van de raamovereenkomst aan de ondernemer worden gegund door hem schriftelijk te raadplegen en te vragen of hij wil en kan leveren volgens de voorwaarden in de raamovereenkomst. Vervolgens kan de opdracht bij hem geplaatst worden.

Niet alle voorwaarden zijn vastgelegd

Voorafgaand aan het plaatsen van de nadere opdracht kan de opdrachtgever de opdrachtnemer schriftelijk raadplegen en hem verzoeken zijn inschrijving aan te vullen (zie artikel 33 lid 3 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.142 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Er mogen geen substantiële wijzigingen worden aangebracht in de voorwaarden van de raamovereenkomst, zo blijkt uit artikel 33 lid 2 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.140 lid 2 Aanbestedingswet 2012. Dat betekent dus dat de aanvullingen niet mogen leiden tot een wezenlijke wijziging van de raamovereenkomst, in de zin van artikel 72 lid 4 van Richtlijn 2014/24. Het kan wel gaan om een uitwerking van de voorwaarden of de praktische invulling van bijvoorbeeld de leveringstermijn, betalingstermijn, facturering en de prijs. Wanneer de ondernemer instemt met het aanbod, kan de opdracht bij hem geplaatst worden.

Raamovereenkomst met meerdere ondernemers

Alle voorwaarden zijn vastgelegd

Artikel 33 lid 4 Richtlijn 2014/24 (artikel 2.46 Aanbestedingswet 2012) regelt de raamovereenkomsten met meerdere ondernemers. Wanneer er op basis van de in de raamovereenkomst genoemde voorwaarden een duidelijke winnaar kan worden aangewezen, kan

de opdracht aan deze ondernemer worden gegund. Dit volgt uit artikel 33 lid 4 Richtlijn 2014/24 (artikel 2.47 lid 1 en 2.143 lid 3 Aanbestedingswet 2012). In dit geval zijn alle voorwaarden in de raamovereenkomst (prijs en hoeveelheid) al voldoende objectief bepaald om op basis daarvan de nadere opdracht direct bij één van de partijen uit de raamovereenkomst te plaatsen.

Als de winnaar niet kan of wil leveren, wordt één van de andere deelnemers in de raamovereenkomst geraadpleegd. Het is mogelijk dat er een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking wordt gevolgd. Aangezien er geen geschikte inschrijving is ontvangen, kan de aanbestedende dienst dan ingevolge artikel 2.143 en 2.32 Aanbestedingswet 2012 één of meer



leveranciers uitkiezen. Het is niet toegestaan om nieuwe partijen toe te laten tot een bestaande raamovereenkomst.

Niet alle voorwaarden zijn vastgelegd

Als niet alle voorwaarden in de raamovereenkomst vooraf zijn vastgesteld en er geen duidelijke winnaar kan worden onderscheiden, stelt de aanbestedende dienst de opdracht opnieuw open voor mededinging. De betrokken partijen worden dan schriftelijk uitgenodigd om een nadere offerte in te dienen (artikel 33 lid 5 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.143 lid 2 en 2.47 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Er wordt dan een minigunningsprocedure gehouden tussen de opdrachtnemers die partij zijn bij de raamovereenkomst. Indien nodig kunnen de oorspronkelijk gestelde voorwaarden nader worden gespecificeerd (denk aan leveringstermijnen, betalingsvoorwaarden of specifieke prijs/kwaliteitsverhoudingen).

5: Geldt er een afnameplicht bij raamovereenkomsten?

Raamovereenkomsten zijn overeenkomsten waarbij er geen afnameverplichting geldt voor de aanbestedende dienst. Het is verstandig om het ontbreken van deze afnameverplichting in de aanbestedingsdocumenten en de raamovereenkomst te vermelden. Dit kan door aan te geven dat het recht voorbehouden wordt om geen opdrachten onder de raamovereenkomst te verstrekken.

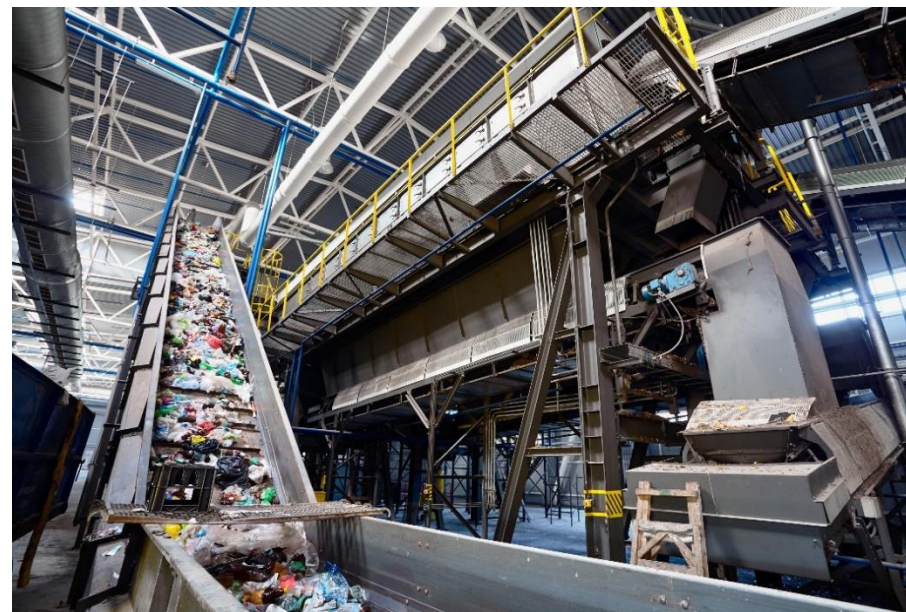
Hoewel er geen afnameverplichting geldt bij een raamovereenkomst, zijn de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de contractuele beginselen van redelijkheid en billijkheid natuurlijk wel van toepassing. Dit is zodat er niet zonder meer (in ieder geval niet zonder mogelijke schadeposten) geheel kan worden afgezien van de gemaakte afspraken. Als men een opdracht wil plaatsen die onder de raamovereenkomst valt, dan moet deze bij de partijen die daar deel van uitmaken worden geplaatst. Slechts in uitzonderlijke gevallen kan men opdracht bij andere partijen plaatsen, met inachtneming van het Europese aanbestedingsrecht.

6: Welke looptijd geldt voor raamovereenkomsten?

De looptijd van een raamovereenkomst mag niet langer zijn dan vier jaar (artikel 33 lid 1 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.140 lid 3 Aanbestedingswet 2012). Alleen in uitzonderingsgevallen mag de looptijd langer zijn. Dit moet dan wel goed gemotiveerd worden. Bovendien moet hier in de eventuele verlengingsvraagstukken al rekening mee worden gehouden bij de bepaling van de totale duur van de raamovereenkomst en bij de waardebepaling van de opdracht, conform artikel 5 lid 1 en lid 5 Richtlijn 2014/24.

In het [Verklarend Memorandum](#) van de Europese Commissie uit 2006 is een toelichting te vinden op de mogelijkheden voor eventuele langere looptijden van raamovereenkomsten dan vier jaar. Zo kan een langere looptijd worden gerechtvaardigd om eerlijke concurrentie voor het betreffende contract te waarborgen indien de

uitvoering daarvan een investering zou vergen met een langere afschrijvingsduur dan vier jaar. In [deze praktijkvraag](#) kunt u meer lezen over het verlengen van (raam)overeenkomsten.



Opdrachten op grond van de raamovereenkomst moeten worden gegund voor het einde van die raamovereenkomst. De looptijd van deze afzonderlijke opdrachten hoeft echter niet samen te vallen met de looptijd van de raamovereenkomst zelf, zo blijkt uit overweging 62 van Richtlijn 2014/24. Deze looptijd kan dus korter of langer zijn. Zo is het bijvoorbeeld bij een driejarige raamovereenkomst over de levering van kopieerpapier mogelijk om twee weken voor het aflopen van de raamovereenkomst de concurrentie voor levering te

heropenen, zelfs als het papier twee weken na verloop van de raamovereenkomst geleverd wordt.

Voorbeeld

Onze gemeente heeft een raamovereenkomst afgesloten voor het afvoeren en verwerken van afvalstromen. De looptijd van deze raamovereenkomst bedraagt vier jaar. Omdat blijkt dat dezelfde diensten toch nog nodig zijn, is de vraag gerezen of deze raamovereenkomst na de oorspronkelijke looptijd verlengd mag worden. Kan een raamovereenkomst zomaar verlengd worden of is dit onrechtmatig?

Antwoord

De maximale looptijd van een raamovereenkomst bedraagt vier jaar, zo blijkt uit artikel 33 lid 1 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.140 lid 3 Aanbestedingswet 2012. Dat houdt in dat een raamovereenkomst in beginsel niet langer mag zijn. Er kan echter sprake zijn van een uitzonderingsgeval. Hiervoor geldt wel dat de reden voor deze uitzondering goed gemotiveerd moet zijn. Het is ook mogelijk dat er hier in de oorspronkelijke raamovereenkomst voor het afvoeren en verwerken van afvalstromen al een mogelijkheid tot verlenging was meegenomen, bijvoorbeeld door middel van opname van een optiebeding of een verlengingsclausule in de overeenkomst. Hier moet dan al bij de raming van de opdracht rekening worden gehouden met de waarde van mogelijke verlengingen. Een raamovereenkomst mag dus niet zonder meer verlengd worden. Wanneer dit wel wordt gedaan, kan dit onrechtmatigheid opleveren.

7: Wat te doen bij het afhaken van bestaande partijen of het willen aanhaken van nieuwe contractpartners?

Raamovereenkomsten mogen niet worden gebruikt door aanbestedende diensten die daar zelf niet in worden vermeld. Vanaf het begin moet duidelijk worden aangegeven welke aanbestedende diensten partij zijn bij een specifieke raamovereenkomst. Dat kan door vermelding bij naam of met andere middelen, zoals verwijzing

naar een bepaalde categorie aanbestedende diensten binnen een duidelijk afgebakend geografisch gebied. Zo zijn de betrokken aanbestedende diensten ondubbelzinnig en makkelijk aan te duiden. Dit is geregeld in overweging 60 t/m 62 en artikel 33 van Richtlijn 2014/24.

Het is niet toegestaan om nieuwe partijen toe te laten tot de raamovereenkomst, ook niet als contractpartijen afhaken gedurende de looptijd van de raamovereenkomst. Er kan dan een situatie ontstaan waarbij op een gegeven moment geen deelnemende partij meer over is om de overeenkomst uit te voeren, of dat er te weinig partijen overblijven om een concurrerende aanbieding te verkrijgen. Om dit soort situaties te ondervangen kan ervoor gekozen worden een raamovereenkomst met meer dan drie partijen te sluiten.

Een andere optie is om in de raamovereenkomst vast te leggen dat deze wordt ontbonden als een bepaald aantal partijen de overeenkomst opzegt of op andere wijze afhaakt, bijvoorbeeld in geval van faillissement of surseance van betaling. Ook kan er bijvoorbeeld een boetebeding worden opgenomen in de raamovereenkomst voor het niet uitdienen van de maximale contractstermijn

Voor meer informatie over het betrekken van meerdere partijen bij een raamovereenkomst kan [deze praktijkvraag](#) geraadpleegd worden.

Voorbeeld

Ons waterschap heeft een raamovereenkomst voor hardware afgesloten met één ondernemer. Daarbij is een lijst opgesteld met producten die onder de raamovereenkomst vallen. Er is nu een project in het kader waarvan nieuwe, specifieke hardware moet worden aangeschaft die niet op de lijst staat. De contractant kan deze producten niet leveren. Is het toegestaan om buiten de raamovereenkomst een overeenkomst met een andere partij te sluiten?

Antwoord

Ja, dat is toegestaan. Hoewel het product niet op de lijst staat, kan het, gezien de homogeniteit van de goederen, eventueel wel binnen de raamovereenkomst vallen. In dit geval is het van belang wat er concreet met de contractant is afgesproken. Gelet op het feit dat het om een raamovereenkomst met één leverancier gaat, zijn er duidelijke afspraken gemaakt over wat voor soort producten onder de overeenkomst vallen. Als het inderdaad om zeer specifieke hardware gaat die niet in de 'afsprakenlijst' is voorzien, dan moet u deze opdracht buiten de raamovereenkomst en dus als separate opdracht plaatsen. Doet u dat niet en gunt u deze onvoorziene opdracht aan de huidige contractant, dan kunt u daarmee de inhoud van de oorspronkelijke raamovereenkomst wijzigen. Dat is niet geoorloofd.

8: Bij een raamovereenkomst kan twee keer sprake zijn van gunning. Moet dan ook twee keer de Alcatel-termijn worden gehanteerd?

De Alcatel-termijn is bedoeld om ondernemers de mogelijkheid te bieden tijdig beroep in te stellen tegen een voorgenomen gunning. Bij raamovereenkomsten is er soms eigenlijk twee keer sprake van gunning. Er is een eerste gunning bij de aanbesteding van de raamovereenkomst zelf en vervolgens een tweede gunning bij het gunnen van de nadere overeenkomst.

Bij de initiële aanbesteding van een raamovereenkomst moet rekening worden gehouden met de regels voor [rechtsbescherming](#). Hierdoor moeten alle inschrijvers gedurende twintig kalenderdagen in staat gesteld worden om bezwaar aan te tekenen tegen een voornemen tot gunning (artikel 2.127 lid 1 jo. 3 Aanbestedingswet 2012). Bij de nadere opdrachten die onder een raamovereenkomst worden gegund geldt deze termijn niet nog een keer (artikel 2.127 lid 4 sub c Aanbestedingswet 2012).



Hoofdstuk 6: Alleenrechten, bijzondere rechten en uitsluitende rechten

Samenvatting

Dit deel van **KED legt uit** geeft een toelichting op alleenrechten, het verschil met enkele termen waarmee alleenrechten vaak verward worden en wat de gevolgen zijn van alleenrechten voor de aanbestedingsplicht. Daarnaast wordt de wettelijke grondslag voor alleenrechten in de aanbestedingsrichtlijnen en Aanbestedingswet 2012 uitgelegd, net als de vereisten waar een alleenrecht aan moet voldoen wil het een uitzondering vormen op de aanbestedingsplicht.

Kernwoorden: alleenrechten, uitsluitende rechten, concessies, uitzonderingen.

1: Wat wordt verstaan onder een 'uitsluitend recht', 'bijzonder recht', 'alleenrecht' en 'exclusief recht'?

De termen '[alleenrecht](#)', 'uitsluitend recht' en 'bijzonder recht' worden in verschillende richtlijnen op verschillende manieren gebruikt. [Richtlijn 2014/25](#) gebruikt 'uitsluitend recht' en 'bijzonder recht' als synoniemen (artikel 4 lid 3), terwijl 'alleenrecht' een aparte betekenis heeft (artikel 22). [Richtlijn 2014/23](#) en de [Aanbestedingswet 2012](#) gebruiken 'alleenrecht' niet en geven verschillende betekenissen aan

'uitsluitend recht' en 'bijzonder recht'. [Richtlijn 2014/24](#) gebruikt vrijwel alleen de term 'alleenrecht'.

Uitsluitend recht

Een uitsluitend recht is volgens artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 een recht dat bij wettelijk voorschrift of bij besluit van een bestuursorgaan aan één onderneming wordt verleend. Voor die enkele onderneming wordt het recht voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of activiteit uit te oefenen.

Bijzonder recht

Een bijzonder recht is volgens artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 een recht dat niet aan één, maar aan een beperkt aantal ondernemingen wordt verleend. Naast dat het aan meerdere ondernemingen wordt verleend, geldt er nog een aantal aanvullende manieren om het bijzonder recht te verlenen. Zo kan ten eerste het aantal ondernemingen dat een bepaalde dienst of activiteit mag verrichten tot twee of meer worden beperkt. Ten tweede kunnen enkele concurrerende ondernemingen die een activiteit of dienst verrichten worden aangewezen. Ten derde kunnen decentrale overheden op andere manieren één of meer ondernemingen voordelen verlenen waardoor andere ondernemingen minder goed dezelfde activiteiten onder dezelfde omstandigheden in de regio kunnen uitoefenen.

Exclusief recht

Ook de term 'exclusieve rechten' wordt gebruikt in de aanbestedingspraktijk. Deze term lijkt een verzamelbegrip voor uitsluitende, bijzondere en alleenrechten. In de definities van de Aanbestedingswet 2012 komt deze term niet terug. Richtlijnen 2014/23 en 2014/25 gebruiken de term 'exclusief recht' wel, maar definiëren deze verder niet.

Concessies

Richtlijn 2014/23 definieert verder [concessies](#) voor werken en diensten in artikel 5 lid 1 sub a en b als "schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel waarbij één of meer [aanbestedende diensten](#) of aanbestedende instanties werken [of diensten] laten uitvoeren door één of meer ondernemers, waarvoor de tegenprestatie bestaat hetzij uitsluitend in het recht het werk [of de diensten in kwestie] te exploiteren, hetzij in dit recht en een betaling". Hierbij wordt het operationeel risico dat inherent is aan deze exploitatie, waaronder eventueel vraag- of aanbodrisico, overgedragen aan de concessiehouder.

De definities van uitsluitend en bijzonder recht die in de Aanbestedingswet 2012 te vinden zijn, zijn (zie ook pagina 43 van de [Memorie van Toelichting](#) bij de wet) ontleend aan de [Mededingingswet](#) en aan de Europese Transparantierichtlijn [2006/111](#). De term 'uitsluitend recht' is bijvoorbeeld ook terug te vinden in het

Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie ([VWEU](#)) in artikel 106. De term wordt daar echter niet gedefinieerd.

In de Transparantierichtlijn wordt in artikel 2 sub f gesteld dat uitsluitende rechten rechten zijn "die door een lidstaat aan een onderneming worden verleend bij een wetgevend of bestuursrechtelijk besluit, waarbij voor die onderneming het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen". Deze formulering komt ook grotendeels terug in artikel 25a sub b van de Mededingingswet. Uit het oogpunt van eenheid van terminologie in Nederlandse wetgeving is in de Aanbestedingswet 2012 aangesloten bij de omschrijvingen in de Mededingingswet.

Werkdocument publiek-publieke samenwerking

In oktober 2011 heeft de Europese Commissie een [werkdocument](#) uitgebracht over de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen [aanbestedende diensten](#) ('publiek-publieke samenwerking'). Hoewel dit document van vóór de meest recente aanbestedingsrichtlijnen is, blijven sommige overwegingen eruit relevant voor het uit elkaar houden van deze verschillende termen. Immers worden deze termen ook tegenwoordig nog vaak door elkaar heen gebruikt.

In dit werkdocument wordt in paragraaf 4.3 ingegaan op uitsluitende rechten. De Commissie geeft aan dat in het algemene debat de term

‘uitsluitend recht’ kan slaan op erg uiteenlopende fenomenen: van het voorbehouden van een hele bedrijfssector aan de overheid tot de exclusieve toewijzing van één specifieke taak aan één specifieke onderneming. Niet elk uitsluitend recht rechtvaardigt echter dat de gunning van een overheidsopdracht wordt vrijgesteld. Het moet “uit hoofde van met het werkingsverdrag verenigbare, wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen” zijn verleend, zie artikel 11 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012.

2: Is een concessie hetzelfde als een uitsluitend recht?

Artikel 1.1 van de Aanbestedingswet 2012 heeft het in de definitie van concessieovereenkomst voor diensten of voor openbare werken over ‘uitsluitend het recht’. In de [Memorie van Toelichting](#) wordt op pagina 12 de term ‘uitsluitend recht’ niet verder uitgeweid. In punt 33 van de considerans van Richtlijn 2014/23 wordt benoemd dat aan ondernemers gegunde concessies voor diensten buiten het toepassingsgebied van die richtlijn horen te blijven. Vereist is dan wel dat zij worden gegund op basis van een uitsluitend recht dat die ondernemer op grond van nationale wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen geniet. De reden voor deze uitzondering is dat het uitsluitend recht het volgen van een [aanbestedingsprocedure](#) onmogelijk maakt.

Dit en het feit dat in de definitie van concessieopdrachten niet de woorden ‘uitsluitend’ en ‘recht’ direct aan elkaar worden gebruikt, wijst erop dat bij de definitie van concessieopdrachten geen

uitsluitend recht bedoeld wordt. Zie voor meer informatie over [concessies](#) ook de website van Kenniscentrum Europa Decentraal.



3: Wat is er met betrekking tot alleenrechten, bijzondere rechten en uitsluitende rechten geregeld in de aanbestedingsrichtlijn en de Aanbestedingswet 2012?

Richtlijn 2014/24

Indien een aanbestedende dienst of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten (hierna: samenwerkingsverband) een alleenrecht geniet in de zin van artikel 11 Richtlijn 2014/24, dan kan een andere aanbestedende dienst haar opdrachten voor diensten alleen aan deze entiteit gunnen. Artikel 11 van de Richtlijn stelt namelijk dat

de Richtlijn niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst (of aan een samenwerkingsverband) worden gegund op basis van een alleenrecht dat deze uit hoofde van met het VWEU verenigbare, wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepalingen geniet.

De belangrijkste reden voor de invoering van deze bepaling (al in de vroegere versies van de aanbestedingsrichtlijnen) was, volgens de Europese Commissie in het werkdokument publiek-publieke samenwerking, het vermijden van concurrerende gunningsprocedures in gevallen waarin de betrokken aanbesteding, wegens het bestaan van een alleenrecht uiteindelijk slechts aan één entiteit kon worden gegund. De beperking van deze uitzondering tot opdrachten die gegund worden aan entiteiten die zelf aanbestedende diensten zijn, verzekert volgens de Commissie 'concurrerende aanbestedingen op stroomafwaartse markten aangezien de aanbestedende dienst die het uitsluitende recht geniet, voor zijn eigen aanschaffingen de EU-aanbestedingsrichtlijnen moet nakomen'. Voor meer informatie kunt u pagina 23 van het werkdokument van de EC raadplegen. Hoewel dit document van vóór de huidige aanbestedingsrichtlijnen is, geldt ook nu nog dat deze beperking het gevolg heeft dat een instantie die een alleenrecht geniet zelf vaak aanbestedingsplichtig is.

Is er dus sprake van een verleend alleenrecht in de zin van artikel 11 van de Richtlijn, dan kan een opdrachtgevende aanbestedende dienst de uitvoering van diensten opdragen aan een andere aanbestedende dienst (of een samenwerkingsverband) zonder hierbij de Europese aanbestedingsrichtlijn te hoeven toepassen. Er moet dan dus wel aan de eisen die artikel 11 stelt aan onder meer de verlening van het alleenrecht worden voldaan.

Ter bescherming van een legitiem verleend alleenrecht kan een decentrale overheid vervolgens een beroep doen op de uitzonderingsgrond uit artikel 32 lid 2 sub b van Richtlijn 2014/24 en artikel 2.32 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012. Artikel 32 geeft de aanbestedende dienst de mogelijkheid om een opdracht via de [onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking](#) aan één bepaalde ondernemer (dat wil dan dus zeggen: degene die het alleenrecht geniet) te gunnen.

Onder meer naar aanleiding van de uitspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie in *Commissie/Spanje* (zaak [C-328/92](#)) is duidelijk geworden dat hiervoor niet voldoende is dat de betrokken levering of de betrokken dienst door een uitsluitend recht, zoals een octrooi wordt beschermd. De aanbestedende dienst moet ook bewijzen dat de betrokken levering of dienst slechts door een bepaalde leverancier kan worden vervaardigd of geleverd of slechts door een bepaalde dienstverlener kan worden verleend. Aan deze laatste voorwaarde kan volgens het Hof alleen worden voldaan met

betrekking tot producten en specialiteiten waarvoor op de markt geen concurrentie plaats vindt.

Ook overige jurisprudentie kleurt de toepassing van de eisen voor het legitiem vestigen van een alleenrecht nader in.

Aanbestedingswet 2012

Artikel 11 Richtlijn 2014/24 is geïmplementeerd in artikel 2.24 sub a van de Aanbestedingswet 2012. Artikel 32 van Richtlijn 2014/24 is geïmplementeerd in artikel 2.32 lid 1 sub b van de wet. Uit artikel 2.24 sub a vloeit voort dat deel 2 van de wet (dat ziet op Europese aanbestedingen in de zogenaamde klassieke sectoren en dat een aanvulling is van wat in deel 1 van de wet is bepaald) niet van toepassing is op overheidsopdrachten voor diensten die op basis van een uitsluitend recht worden gegund aan een andere aanbestedende dienst (of een samenwerkingsverband). Voorwaarde hiervoor is wel dat het uitsluitend recht verenigbaar is met het VWEU. Bij een publiek-publiek-samenwerkingsconstructie waarbij een legitiem alleenrecht is verleend, is er geen sprake van een overeenkomst onder bezwarende titel. Mede daarom is de Aanbestedingswet 2012 in haar geheel en artikel 2.24 in het bijzonder niet van toepassing bij een legitiem verleend alleenrecht bij een nationale aanbesteding.

4: Wat zijn de vereisten van een alleenrecht?

Een te verlenen alleenrecht moet op grond van artikel 11 van Richtlijn 2014/24 aan de volgende voorwaarden voldoen:

1. Het recht moet verleend zijn door een aanbestedende dienst.
2. Het recht moet aan een andere aanbestedende dienst verleend zijn.
Dit betekent dat geen alleenrecht mag worden verleend aan een private partij, zoals een BV, die niet ook een aanbestedende dienst is. Alleenrechten zijn een vorm van publiek-publieke samenwerking.
3. Het alleenrecht is door middel van wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen bekendgemaakt. Onder wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen moet men algemeen verbindende voorschriften verstaan, zoals blijkt uit [ECLI:NL:RBGEL:2015:5490](#). Hieronder kunnen bijvoorbeeld de wet, een raads- of collegebesluit of een vastgestelde gemeentelijke verordening vallen. Het alleenrecht mag dus niet verleend zijn door middel van een privaatrechtelijke overeenkomst. Uit de uitspraak van de Rechtbank Gelderland blijkt ook dat interne besluiten van het college van burgemeester en wethouders niet voldoende zijn.

4. De bepalingen zoals hierboven genoemd zijn in overeenstemming met het VWEU. Voor meer informatie hierover kunt u vraag 5 bekijken.

Kenniscentrum Europa Decentraal heeft hierover diverse praktijkvragen gepubliceerd, zoals [deze vraag over afvalinzameling](#).

Voorbeeld 1

Onze gemeente wil samen met een aantal andere gemeenten de afvalinzameling gezamenlijk gaan regelen. Hiervoor willen wij een alleenrecht verstrekken aan een BV die nog moet worden opgericht. Wat moeten wij hiervoor doen?

Antwoord

Een manier waarop dit gedaan zou kunnen worden is door de gemeenten aandeelhouders te maken van de op te richten BV. Daarna moet men de doelstelling van duurzaam en milieuverantwoord huisvuil inzamelen vastleggen in de statuten. Ook moet vastgelegd worden dat alleen publiekrechtelijke rechtspersonen aandeelhouder kunnen zijn. Hierna kan men de nieuwe BV het alleenrecht tot huisvuilinzameling verlenen. Dat alleen de gemeenten aandeelhouders zijn is van belang, want dan hebben de gemeenten een doorslaggevende invloed op strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de BV en werkt deze alleen voor de gemeenten (zie ook de [Handreiking publiek-publieke samenwerking VNG](#)).

Voorbeeld 2

Een groep van gemeenten wil een bestaand ICT-bedrijf, een BV, computerprogramma's laten leveren om in deze gemeenten de gegevensbestanden te beheren. Om de software goed te laten werken ontwerpen deze gemeenten hun hele ICT-infrastructuur hier omheen. Om die reden wil de groep gemeenten dit ICT-bedrijf hiervoor een alleenrecht voor vijf jaar geven. Kan dit?

Antwoord

Nee, want hier is geen sprake geweest van een bestuursrechtelijk of wettelijk besluit waardoor een alleenrecht gevestigd wordt. Er is ook geen sprake van een andere aanbestedende dienst aan wie het alleenrecht verleend wordt. Dit is namelijk een gewone BV waar de aanbestedende diensten geen invloed over hebben. Daarom kan er geen alleenrecht worden verleend dat de aanbestedingsregels buiten toepassing verklaart.

5: Hoe zorg je ervoor dat het alleenrecht verenigbaar is met het VWEU?

Voorwaarde voor toepassing van de uitzonderingsbepaling van artikel 11 is dat de aanbestedende dienst het alleenrecht moet genieten uit hoofde van een met het VWEU verenigbare, wettelijke of bekendgemaakte bestuursrechtelijke bepaling.

De bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling moet verenigbaar zijn met de desbetreffende regels van het Verdrag, in het bijzonder artikel 49 (vrijheid van vestiging) en 56 (vrij verrichten van diensten) van het VWEU en met de regels en [beginselen](#) die uit die artikelen voortvloeien. Deze regels en beginselen omvatten non-discriminatie, transparantie, evenredigheid, wederzijdse erkenning en de bescherming van rechten van particulieren.

Een alleenrecht, dat per definitie de vrijheid van dienstverrichting van andere entiteiten beperkt, is alleen onder bepaalde voorwaarden gerechtvaardigd.

Het uitsluitend recht moet gerechtvaardigd zijn door:

- Een uitdrukkelijk in het VWEU genoemde uitzondering (uitoefening van het openbaar gezag, artikel 51 VWEU), openbare orde, openbare veiligheid of openbare gezondheid (artikel 52 VWEU); of
- Een dwingende redenen van algemeen belang (in overeenstemming met de rechtspraak van het Hof), die geschikt zijn om het nagestreefde doel te behalen, niet verder gaan dan noodzakelijk en zonder discriminatie worden toegepast. Dit vergt per geval een individuele toets.

Bij het verlenen van het alleenrecht voor bijvoorbeeld ICT-diensten of afvalinzameling moet dus afgewogen worden of de redenen voor het alleenrecht goed onderbouwd kunnen worden en het er niet alleen toe dient om de aanbestedingsprocedure te ontduiken. Als er een richtlijn van toepassing is die een bepaalde sector liberaliseert, is het verlenen van een uitsluitend recht in die sector in strijd met het VWEU omdat het verlenen van een uitsluitend recht ingaat tegen de doelstelling van die richtlijn, zoals blijkt uit de uitspraak van het Hof *Correos* (zaak [C-220/06](#)).

Een voorbeeld van een toegestane samenwerkingsconstructie met een alleenrecht in overeenstemming met het VWEU is te vinden in een uitspraak tussen AVR Afvalverwerking BV en de gemeente Westland ([ECLI:NL:HR:2011:BU4900](#).) Hier zamelde een overheidsbedrijf afval in waarvan alle aandelen in handen waren van overheden die zeggenschap hadden over de directie en het jaarlijkse beleidsplan van deze onderneming. Het bedrijf had het statutaire doel om in het algemeen belang afval in te zamelen.

6: Vereist het niet-discriminatiebeginsel dat uitsluitende rechten op basis van concurrentie worden verleend?

Artikel 11 van Richtlijn 2014/24 heeft betrekking op rechten die aan aanbestedende diensten verleend zijn om op basis van een alleenrecht bepaalde diensten te verlenen aan andere aanbestedende diensten. Indien de rechtvaardiging voor de beperking van het vrij verrichten van diensten (artikel 56 VWEU) een dwingende reden van algemeen belang is, moet volgens het werkdocument van de Commissie (pagina 24) 'geen enkele particuliere entiteit een voordeligere positie (...) krijgen dan haar concurrenten'.

Om te verhelderen hoe sommige veel voorkomende vragen over alleenrechten in de praktijk opgelost kunnen worden, volgen hierna enkele voorbeelden.

Voorbeeld 1

Onze provincie wil een concessie verlenen voor de exploitatie van een evenementenhal. Kan dit ook door middel van een bijzonder of uitsluitend recht?

Antwoord

Ja, dat kan. Concessieovereenkomsten voor dienstverlening betreffen normaliter activiteiten die, gezien hun aard en object en de regels waaraan zij zijn gebonden, onder de verantwoordelijkheid van de staat kunnen vallen en het object kunnen zijn van exclusieve of bijzondere rechten. In aanvulling hierop geeft Richtlijn 2014/23, in artikel 10 aan dat deze richtlijn niet van toepassing is op concessies voor diensten die worden gegund op basis van een uitsluitend recht dat is verleend in overeenstemming met het VWEU.



Voorbeeld 2

Is het toegestaan om het plaatselijke SW-bedrijf een alleenrecht te verlenen voor het groenonderhoud in de gemeente?

Antwoord

Ja. Wanneer het SW-bedrijf is aan te merken als een andere aanbestedende dienst dan de gemeente kan er een alleenrecht aan dit bedrijf verleend worden. Nodig is dan wel dat dit bedrijf een eigen rechtspersoonlijkheid heeft, als publiekrechtelijke instelling is aan te merken en er aan de overige voorwaarden voldaan is. Het alleenrecht moet zijn vastgelegd in een bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling, op voorwaarde dat deze bepaling met het Verdrag verenigbaar is.

Uit jurisprudentie blijkt dat bij de 'bepalingen die met het EG-Verdrag (inmiddels VWEU) verenigbaar zijn' gedacht moet worden aan de beginselen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit. Het alleenrecht moet op uitdrukkelijke en transparante wijze verleend worden. In de praktijk levert met name de vraag in hoeverre een alleenrecht niet-discriminatoir en objectief aan een bepaalde partij kan worden vergeven veel vervolgvragen op. Hierbij komt ook altijd de vraag naar de markt om de hoek kijken: bestaan er op de markt partijen die deze dienstverlening ook zouden willen/kunnen verlenen? Hoe groter die kans, hoe groter ook de kans dat die marktpartijen eventueel zullen opkomen tegen een alleenrecht verleend aan het plaatselijke SW-bedrijf.

Hoofdstuk 7: Inbesteden en quasi-inbesteden

Samenvatting

In dit deel van de serie **KED legt uit** gaan we in op (zuiver) inbesteden en quasi-inbesteden. Bij inbesteding is sprake van het vergeven van een opdracht aan een eigen interne organisatie of aan een organisatie die zo sterk gelieerd is aan de eigen organisatie dat er min of meer sprake is van een opdracht die een aanbestedende dienst aan zichzelf gunt. De aanbestedingsregels zijn in dergelijke gevallen niet altijd van toepassing.

Kernwoorden: samenwerking, rechtspersoon, openbare taak, controle, toezicht.

1: Wat is inbesteden?

Wanneer een decentrale overheid zelf personeel of materiaal in huis heeft om opdrachten te vervullen, hoeft er geen opdracht te worden verleend aan een derde partij om bepaalde werkzaamheden uit te voeren. De opdracht wordt dan *'in-house'* uitgezet. Hierdoor wordt er geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel gesloten tussen de decentrale overheid en een ondernemer, waardoor er geen sprake is van een [overheidsopdracht](#) en een Europese [aanbestedingsplicht](#).

Het idee hierachter is dat een aanbestedende dienst een openbare taak met eigen middelen kan vervullen. Ook kan een (decentrale) overheid openbare taken met eigen middelen vervullen in samenwerking met andere aanbestedende diensten. Wanneer hierbij geen sprake is van betaling of enige uitwisseling van wederzijdse rechten en plichten, is er geen dienstverlening in de zin van het aanbestedingsrecht en is dit ook niet van toepassing.

2: Wat is het verschil tussen zuiver inbesteden en quasi-inbesteden?

Zuiver inbesteden houdt in dat een aanbestedende dienst een opdracht verleent aan zichzelf of dezelfde rechtspersoon. Bij quasi-inbesteden verleent een aanbestedende dienst een opdracht aan een sterk gelieerde onderneming, zijnde een van de aanbestedende dienst rechtens onderscheiden rechtspersoon. Hierbij gaat het om verticale samenwerking. Inbesteden werd in het verleden voornamelijk via jurisprudentie gereguleerd, maar inmiddels is dit gecodificeerd in artikel 12 lid 1 en 5 van [Richtlijn 2014/24](#). Dit is geïmplementeerd in artikel 2.24a lid 1 van de [Aanbestedingswet 2012](#).

Voorbeeld

Onze provincie wil samen met een andere provincie een gemeenschappelijke regeling (GR) oprichten welke dan voor beide provincies ICT-opdrachten gaat uitvoeren. Kan in dit geval gebruik worden gemaakt van een zuiver inbestedings- of quasi-inbestedingsconstructie?

Antwoord

Van zuiver inbesteden kan in dit geval geen gebruik gemaakt worden, aangezien de gemeenschappelijke regeling gescheiden rechtspersoonlijkheid heeft en geen dienst van de provincies is. Mogelijk kan wel gebruik gemaakt worden van de quasi-inbestedingsconstructie of de verticale samenwerkingsregels, als er met de oprichting van de GR sprake is van een geïnstitutionaliseerde samenwerking. Voor een beroep op inbesteden is van belang dat beide provincies toezicht op de GR uitoefenen als op hun eigen diensten. Daarnaast moet de GR het merendeel van haar activiteiten ten behoeve van de provincies verrichten. Ook mag er geen sprake zijn van privékapitaal in de GR.

3: Wat is het verschil tussen horizontale en verticale samenwerking?

Het Europese aanbestedingsrecht kent enkele uitzonderingen op het toepassingsbereik, waaronder publiek-publieke samenwerking. Publiek-publieke samenwerking houdt in dat er een samenwerking tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt opgezet, zonder dat een nieuwe of speciaal daartoe aangewezen entiteit wordt opgericht voor de uitvoering van taken (horizontale samenwerking).

Er kan dus sprake zijn van twee vormen van samenwerking:

1. Verticale samenwerking: meerdere aanbestedende diensten werken samen en belasten een derde entiteit, waarop zij

gezamenlijk controle uitoefenen, met de uitvoering van een taak. Dit wordt geregeld in artikel 12 lid 1 en 5 Richtlijn 2014/24;

2. Horizontale samenwerking: aanbestedende diensten werken samen zonder dat er een nieuwe, speciaal daartoe opgerichte entiteit is. Dit wordt geregeld in artikel 12 lid 4 Richtlijn 2014/24.

Het verschil tussen beiden zit dus in het feit dat er bij verticale samenwerking een derde entiteit wordt belast met de taak, terwijl dat bij horizontale samenwerking niet het geval is; in dat geval voeren de aanbestedende diensten de taak uit.



4: Onder welke voorwaarden kan gebruik worden gemaakt van quasi-inbesteden?

De voorwaarden van quasi-inbesteden zijn ontwikkeld in jurisprudentie (*Teckal*-arrest, [C-107/98](#)), maar zijn nu terug te vinden in artikel 12 lid 1 Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 2.24a t/m 2.24b Aanbestedingswet 2012):

- de aanbestedende dienst oefent op die rechtspersoon toezicht uit zoals op zijn eigen diensten (toezichtscriterium);
- meer dan 80% van de activiteiten van de gecontroleerde rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en;
- er is geen directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon, met uitzondering van geen controle of blokkerende macht opleverende vormen van participatie van privékapitaal, vereist krachtens de nationale regelgeving, in overeenstemming met de verdragen, die geen beslissende invloed uitoefenen op de gecontroleerde rechtspersoon.

Voor een praktische toepassing van de voorwaarden van quasi-inbesteden kunt u de praktijkvragen over [opdrachtverlening aan een eigen sociale werkvoorziening](#) of over [het verlenen van alleenrecht voor het ophalen van afval](#) raadplegen.

Voorbeeld

Onze gemeente wil graag het huishoudelijk afval van de bewoners door een afvalinzamelaar in dienst van de overheid laten ophalen. Mogen wij deze opdracht laten uitvoeren door deze afvalinzamelaar zonder hiervoor een Europese aanbestedingsprocedure te starten?

Antwoord

Als de gemeente de opdracht voor het inzamelen van afval geeft aan een bedrijf dat een aparte rechtspersoon is én er wordt voldaan aan de cumulatieve criteria in artikel 12 lid 1 Richtlijn 2014/24 kan het gaan om quasi-inbesteden. In dat geval bestaat er geen Europese aanbestedingsplicht voor de opdracht tot het ophalen van afval.

5: Wanneer is er voldaan aan het toezichtscriterium van quasi-inbesteden?

Een aanbestedende dienst oefent toezicht uit op een rechtspersoon zoals op zijn eigen diensten indien hij zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon een beslissende invloed uitoefent (zie artikel 12 lid 1 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.24a lid 3 Aanbestedingswet 2012). Daarnaast blijkt uit artikel 12 lid 3 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.24b lid 2 Aanbestedingswet 2012 dat aanbestedende diensten worden geacht op een rechtspersoon gezamenlijk toezicht uit te oefenen indien:

- de besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen;

- deze aanbestedende diensten in staat zijn gezamenlijk beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon;
- de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.

In de [handreiking Publiek-publieke samenwerking](#) wordt nader ingegaan op bovenstaande voorwaarden. Hier wordt ook vermeld uit welke jurisprudentie de voorwaarden voortvloeien. De handreiking richt zich op gemeenten, maar de informatie is ook nuttig voor



andere decentrale overheden. Ter info: de handreiking is gepubliceerd in 2015 en kan dus op sommige vlakken iets verouderd zijn. Desalniettemin geeft de handreiking vaak een heldere en praktische uiteenzetting van het kader.

Voorbeeld

Voor quasi-inbesteden geldt het toezichtscriterium van artikel 2.24a sub 1a Aanbestedingswet 2012. Ons waterschap dient dus toezicht te houden op de andere rechtspersoon zoals op zijn eigen diensten. Dient er dan daadwerkelijk sprake te zijn van vertegenwoordiging van het waterschap in het bestuur van die andere rechtspersoon? Of kan het toezicht ook op andere wijze vormgegeven worden, bijvoorbeeld doordat ons waterschap in periodieke overleggen de uitvoering en financiering van specifieke opdrachten kan opleggen?

Antwoord

De aanbestedende dienst, in dit geval het waterschap, dient zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen van de rechtspersoon beslissende invloed uit te oefenen. Bij de beoordeling moet rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden. Daaruit moet volgen dat de (gecontroleerde) rechtspersoon onder een dusdanig toezicht staat dat de aanbestedende dienst zijn beslissingen kan beïnvloeden. De manier waarop het toezicht wordt uitgeoefend, is dus niet relevant. Dit betekent dat het toezicht door middel van particuliere of publieke bevoegdheden kan worden uitgeoefend en dus ook op een andere wijze dan door vertegenwoordiging van de gemeente in het bestuur of besluitvormingsorgaan van de rechtspersoon kan worden uitgeoefend.

6: Is voor een beroep op inbesteden een bezwarende titel vereist?

Nee, er is geen bezwarende titel nodig voor een beroep op inbesteden. Dit is wel een vereiste wanneer het gaat om een overheidsopdracht. Bij een inbesteding gaat het juist om een

aanbestedende dienst die een overeenkomst wil sluiten met bijvoorbeeld een onderdeel van diezelfde aanbestedende dienst – dat geen rechtspersoonlijkheid heeft. Er is dan geen sprake van een ‘bezwarende titel’ en dus gaat het niet om een overheidsopdracht. Hierbij is het van belang om te onderzoeken wat de relatie is tussen de samenwerkende entiteiten en of er sprake is van verticale of horizontale samenwerking.

Verticale samenwerking

Bij verticale samenwerking kan de aanwezigheid van interne controle ertoe leiden dat zelfs een overeenkomst die in normale omstandigheden onder de aanbestedingsregels zou vallen, van de toepassing daarvan kan worden vrijgesteld. De *in-house* uitzondering heeft betrekking op een overheidsopdracht voor de vervulling van een taak tegen betaling, die anders onder die regels zou vallen.

Horizontale samenwerking

Bij horizontale samenwerking is het belangrijk om het onderscheid te maken ten opzichte van een normale overheidsopdracht. Bij horizontale samenwerking is er sprake van een samenwerking met wederzijdse rechten en plichten die verder gaan dan het ‘tegen betaling uitvoeren van een taak’ en het doel van de samenwerking is niet commercieel van aard. Een aanbestedende dienst heeft altijd zelf de vrijheid te kiezen of hij taken van openbaar belang zelf uitvoert of uit- en aanbesteedt.

7: Welke stappen moeten worden genomen voor een inbestedingstoets?

Het uitgangspunt is dat bij een overheidsopdracht tussen zelfstandige aanbestedende diensten de aanbestedingsregels dienen te worden toegepast.

Op het moment dat het gaat om het gezamenlijk verrichten van een openbare taak door aanbestedende diensten die eigen middelen gebruiken is er sprake van een onderscheid tussen:

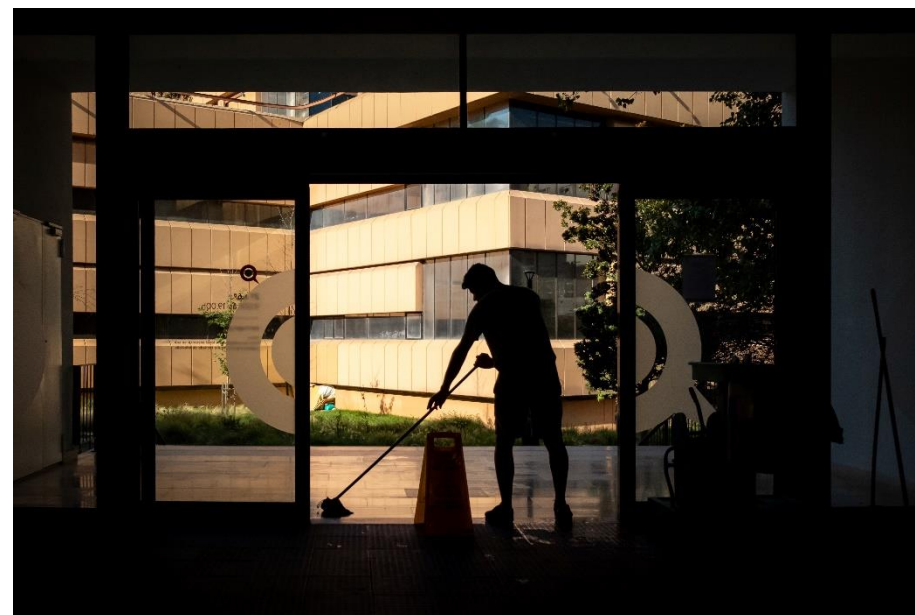
- Verticale samenwerking, dat wil zeggen: de situatie van gunning van een opdracht door één aanbestedende dienst aan een afzonderlijke juridische, maar wel interne entiteit of door verschillende aanbestedende diensten die gezamenlijk een afzonderlijke juridische, maar wel interne entiteit controleren. De afzonderlijke juridische entiteit is zowel in organisatorisch als economisch opzicht afhankelijk van de aanbestedende dienst(en);
- Horizontale samenwerking, te weten: de situatie waarin sprake is van een samenwerking tussen aanbestedende diensten waarbij geen afzonderlijke specifieke entiteit wordt opgericht.

In geval van **verticale samenwerking** moet worden voldaan aan de volgende voorwaarden:

- Er mag geen sprake zijn van enig privékapitaal in de interne entiteit.
- De aanbestedende dienst(en) gezamenlijk moet(en) over de interne entiteit een controle uitoefenen die vergelijkbaar is met de controle die uitgeoefend wordt op de eigen organen.
- De interne entiteit moet het merendeel van haar werkzaamheden uitvoeren voor de controlerende aanbestedende dienst(en).

In geval van **horizontale samenwerking** moet worden voldaan aan de volgende voorwaarden:

- De overeenkomst mag alleen tussen aanbestedende diensten zijn gesloten, er mag geen sprake zijn van deelneming van privékapitaal.
- De overeenkomst heeft als eigenschap dat het gaat om een echte samenwerking die, anders dan bij een normale overheidsaanbesteding, de gezamenlijke uitvoering van een gemeenschappelijke taak tot doel heeft.
- De samenwerking mag alleen berusten op overwegingen die verband houden met het openbaar belang.



Hoofdstuk 8: CPV-codes

Samenvatting

Decentrale overheden hebben veel te maken met Europees aanbesteden. Het gebruik van het Common Procurement Vocabulary (CPV), de gemeenschappelijke woordenlijst voor overheidsopdrachten, is hierbij verplicht. Daarnaast is het een handig hulpmiddel bij het kwalificeren van een opdracht. Het CPV-classificatiesysteem stelt aanbestedende diensten in staat om bij hun aanbestedingen alle mogelijke leveringen, werken en diensten te identificeren door middel van cijfercodes. Door het gebruik van een uniform vocabulaire van cijfercodes is de kwalificatie van aanbestedingen in de gehele Europese Unie gelijk en vormen taalverschillen in dit verband geen hinder of interpretatierisico.

Hoewel de CPV-code een handig middel is bij het (verplicht) identificeren van het onderwerp van de aanbesteding, levert het gebruik in de praktijk toch veel vragen op. Dit hoofdstuk van **KED legt uit** biedt decentrale overheden de nodige handvatten om de CPV-code op een juiste manier te gebruiken bij hun Europese aanbestedingen.

Kernwoorden: CPV, common procurement vocabulary, codes, classificatie, werken, leveringen, diensten.

Introductie

Bij overheidsaanbestedingen moeten aanbestedende diensten, zoals (samenwerkingsverbanden van) gemeenten, provincies en waterschappen, rekening houden met het Common Procurement Vocabulary (CPV). Dit is de gemeenschappelijke woordenlijst voor overheidsopdrachten die op Europees niveau bij verordening is vastgesteld. De meest recente CPV-verordening ([Verordening 213/2008](#)) is al in 2008 in werking getreden.

Het CPV-classificatiesysteem maakt het mogelijk om leveringen, werken en diensten waarvoor een opdracht kan worden verleend te identificeren met een cijfercode: de CPV-code. Zo is de kwalificatie van aanbestedingen in de gehele EU onderworpen aan een uniform vocabulaire van cijfercodes. Dit zorgt weer voor een uniforme kwalificatie van overheidsopdrachten.

Het gebruik van CPV-codes leidt geregeld tot vragen. Deze publicatie is dan ook vooral bedoeld voor medewerkers van decentrale overheden, die bij aanbestedingen een CPV-code moeten toepassen. Alle decentrale overheden hebben in de praktijk te maken met Europees aanbesteden. Het gebruik van een CPV-code is daarbij verplicht. Het CPV-classificatiesysteem vormt tevens een bruikbaar hulpmiddel. Wel is enige kennis van de achtergrond en inzicht in de systematiek van het systeem noodzakelijk om CPV-codes op een effectieve manier te kunnen gebruiken. Deze korte handleiding is daarvoor een praktisch instrument.

Het CPV-classificatiesysteem

Zoals in de introductie aangegeven gaat het om een uniform classificatiesysteem voor overheidsopdrachten. Het stelt zowel aanbestedende diensten als potentiële inschrijvers in staat om bij een aanbesteding alle mogelijke leveringen, werken en diensten te identificeren, door middel van een cijfercode. De cijfercodes van leveringen, diensten en werken variëren. Van codes voor ballroomdanslesdiensten (92342100-1) tot codes voor raketten in de zin van wapens (35620000-6) en het bouwen van aquaducten (45247130-0).

1: Wat is de relatie met andere standaardlijsten (nomenclaturen)?

Het CPV-classificatiesysteem is de harmonisatie en standaardisatie van diverse (bestaande) standaardwoordenlijsten, zoals de Europese CPA (Classification of Products by Activity), die weer nauw overeenstemt met de CPC (Central Product Classification) van de Verenigde Naties.

Sinds de inwerkingtreding van het wetgevend pakket voor aanbestedingen heeft de Europese Commissie besloten dat het CPV-classificatiesysteem als enige classificatiesysteem binnen de Europese aanbestedingsrichtlijnen wordt aangewezen, voor leveringen, werken of diensten die het voorwerp van een aanbesteding zijn. Voor Europese aanbestedingen moeten decentrale overheden dus in eerste instantie het CPV-classificatiesysteem toepassen.

Er zijn wel tabellen opgesteld om een indicatie te geven van de eventuele verschillen die zich kunnen voordoen in codes tussen het CPV-classificatiesysteem en de andere standaardlijsten. Indien er sprake is van uiteenlopende interpretaties over het toepassingsgebied van de richtlijn als gevolg van mogelijke discrepanties tussen het CPV-classificatiesysteem en de andere standaardlijsten, dan bepaalt Bijlage II van [Richtlijn 2014/24](#) dat in dat geval het CPV-classificatiesysteem van toepassing is.

2: Wat is het doel van het CPV-classificatiesysteem?

De Europese aanbestedingsrichtlijnen verplichten de aanbestedende diensten om aankondigingen van aanbestedingen bekend te maken. Het doel hiervan is het stimuleren van concurrentie en marktwerking op het gebied van overheidsopdrachten. Aankondigingen worden in Nederland gedaan via [TenderNed](#). De op TenderNed gepubliceerde Europees aanbestedingsplichtige opdrachten worden vervolgens automatisch op het Europese aanbestedingsplatform [Tenders Electronic Daily](#) (TED) geplaatst. Hierbij moet (in de aankondiging) een zo nauwkeurig mogelijke omschrijving worden gegeven van de overheidsopdracht, uitgedrukt in een cijfercode, zodat taalverschillen binnen de Europese markt geen hinderpaal of interpretatierisico vormen. In het CPV-classificatiesysteem worden daarom de leveringen, werken of diensten die voorwerp van een opdracht kunnen zijn in alle officiële talen van de EU op dezelfde wijze omschreven en krijgen dezelfde cijfercode.

Met het CPV-classificatiesysteem kunnen mogelijke leveranciers, dienstverleners, aannemers en aanbestedende diensten het object van een aanbesteding beter identificeren. Het classificatiesysteem maakt de aanbestedingen van overheidsopdrachten transparanter en vereenvoudigt bijvoorbeeld de opzet van informatiesystemen, het vertalen van aankondigingen en het voorbereiden van statistieken.

De huidige CPV-verordening komt uit 2008. Bij het opstellen van deze verordening is veel aandacht gegaan naar het gebruiksvriendelijker maken van het CPV-classificatiesysteem. De nadruk lag op het creëren van een gestroomlijnde procedure voor inkopers, door het classificatiesysteem productgericht en minder materiaalgericht te maken, zoals eerder het geval was. Het CPV-classificatiesysteem bestaat sindsdien uit een basiswoordenlijst en een aanvullende lijst. De code van de (aan te besteden) levering, dienst of werk is te vinden in de basiswoordenlijst. Indien er aanvullende specificaties zijn, bijvoorbeeld met betrekking tot materiaal, vorm, werkwijze, aangewezen gebruik et cetera, dan moeten die door aanbestedende diensten worden toegevoegd door de geschikte codes van de aanvullende woordenlijst te gebruiken.

3: Wanneer gebruikt de aanbestedende dienst een CPV-code?

Bij het invullen van aankondigingen

Binnen de EU is het gebruik van het CPV-classificatiesysteem bij het invullen van de standaardformulieren voor (Europese) aanbestedingen verplicht. In artikel 23 van Richtlijn 2014/24 staat

onder andere aangegeven dat aanbestedende diensten de leveringen, werken of diensten vaststellen volgens het CPV-classificatiesysteem. Dit betekent dat de aanbestedende dienst een code uit de basiswoordenlijst en eventueel de aanvullende lijst aan de opdracht moet toekennen bij het invullen van aankondigingen (van oproepen tot mededinging). De aanbestedende dienst moet de code toekennen die de levering, het werk of de dienst dat onderwerp is van de aanbesteding en die de opdracht zo nauwkeurig mogelijk omschrijft. Het kan in de praktijk voorkomen dat de aanbestedende dienst meerdere CPV-codes kan of moet toekennen. In dat geval wordt de eerst opgegeven code vervolgens op TenderNed en TED als titel van de opdracht gebruikt.

De ene CPV-code kan wat algemener zijn – wat af te leiden is aan het grotere aantal nullen aan het einde – dan een andere. Voor de aanbestedende dienst is het goed te beseffen dat een nauwkeurige toekenning van een code ook van belang is met het oog op potentiële inschrijvers. Zij gebruiken de codes om mogelijk interessante opdrachten te identificeren.

Bij het vinden van opdrachten in TED

Een goed uitgekozen CPV-code zorgt ervoor dat potentiële gegadigden en inschrijvers de overheidsopdracht weten te vinden. Op de website van TED staat een eenvoudig en handig CPV-zoekinstrument, waarbij de hiërarchische structuur van de CPV-systematiek goed zichtbaar blijft. U vindt dit zoekinstrument als volgt:

1. Ga naar de [website](#) van TED. Het kan zijn dat u de taal dient te wijzigen naar Nederlands. Dat doet u rechtsboven op het scherm.
2. Selecteer aan de rechterkant **'Uitgebreid zoeken'**.
3. Klik op het plusteken naast het invulveld **'voorwerp van de opdracht'**. Dit vindt u links op de pagina. De complete CPV-basiswoordenlijst is nu doorzoekbaar als een uitklappende lijst, op basis van onderwerp, waardoor het overzicht behouden blijft.

Het zoekinstrument kan door decentrale overheden gebruikt worden om te zien welke CPV-codes beschikbaar zijn. Op de website van Kenniscentrum Europa Decentraal is ook een [CPV-zoekmachine](#) te vinden. Deze zoekmachine helpt decentrale overheden om bij aan te besteden leveringen, diensten en werken de juiste CPV-code te vinden. Het gewenste onderwerp kan simpelweg in het Nederlands worden ingetikt.

Als in de zoekmachine bijvoorbeeld 'koffie' wordt ingetikt, zien we dat er CPV-codes zijn voor de inkoop van koffie, thee en aanverwante producten, koffie in het algemeen maar ook koffiebonen en koffiesurrogaten. Meer specifiek zijn er ook codes voor cafeïnevrije koffie en gebrande koffie of, in een minder verwante categorie, elektrische koffiezetapparaten.



Bij het kwalificeren van overheidsopdrachten

Zoals eerder aangegeven is het gebruik van het CPV-classificatiesysteem verplicht bij het doen van aankondigingen van opdrachten. Daarnaast kan het systeem als handig hulpmiddel dienen bij het kwalificeren van een opdracht om zo te bepalen of een opdracht onder de definitie van een werk, levering of dienst valt. Zo bevat bijlage II van de CPV-verordening een categorisering en onderverdeling van de verschillende diensten. Bijlage III van de verordening kan voor een exactere onderverdeling van werken worden nageslagen.

Zo kan op basis van de eerste twee cijfers van de codes worden afgeleid om welk type hoofdopdracht het gaat:

- Leveringen: CPV-codes die beginnen van 0 tot en met 44 of 48;
- Diensten: CPV-codes die beginnen met 50 tot en met 98;
- Werken: CPV-codes die beginnen met 45.

Er bestaan geen codes die beginnen met de cijfers 46, 47 en 49. Met deze onderverdeling kan bijvoorbeeld verduidelijkt worden dat CPV-code 45315300-1 (Elektriciteitsvoorzieningsinstallaties) over een werk gaat omdat de code met 45 begint, terwijl het bij CPV-code 51112200-2 (Installatie van elektriciteitsregeluitrusting) om een dienst gaat, omdat de code met 51 begint.

Decentrale overheden moeten er overigens wel op letten dat de lijst met CPV-codes formeel niets zegt over de vraag of een aanbesteding een werk, levering of dienst betreft. Het gaat immers om een standaardisatie-instrument en geen middel om te bepalen met welk soort overheidsopdracht (en welk bijbehorend Europees [drempelbedrag](#)) decentrale overheden te maken hebben.

Uiteraard kan de systematiek van de CPV-woordenlijst wel een indicatie geven, maar het is niet allesbepalend voor een uiteindelijke kwalificatie van een opdracht als levering, werk of dienst. Om vast te stellen om welk soort aanbesteding het gaat, moet dus worden gekeken naar de respectievelijke definities van leveringen, werk en diensten in de aanbestedingsrichtlijn. Vervolgens kunnen aanbestedende diensten de bijlagen bij de CPV-verordening

raadplegen, om een bepaalde dienst of een bepaald werk onder te brengen in de daarvoor geldende categorie.

4: Wat is de systematiek van de CPV-codes?

De basiswoordenlijst

De CPV-systematiek bestaat uit een basiswoordenlijst en een aanvullende woordenlijst. De basiswoordenlijst heeft een boomstructuur met codes van negen cijfers met daarbij een omschrijving van de leveringen, werken of diensten die voorwerp van de opdracht kunnen zijn.

De code bestaat uit acht cijfers en wordt ingedeeld in:

- afdelingen, aangeduid met de **eerste twee cijfers** van de code (**XX**000000-Y),
- groepen, aangeduid met de **eerste drie cijfers** van de code (**XXX**00000-Y),
- klassen, aangeduid met de **eerste vier cijfers** van de code (**XXXX**0000-Y),
- categorieën, aangeduid met de **eerste vijf cijfers** van de code (**XXXXX**000-Y).

Elk van de laatste drie cijfers staat voor een extra precisering binnen de categorie. Een negende cijfer dient voor de verificatie van de voorgaande cijfers.

Voorbeeld

Wat is de code uit de basiswoordenlijst voor het verwijderen van verontreinigde grond, 90522200-4?

Antwoord

De afdeling is **90000000** (Diensten inzake afvalwater, afval, reiniging en milieu);
De groep is **90500000** (Diensten op het gebied van vuilnis en afval);
De klasse is **90520000** (Diensten op het gebied van radioactief, toxisch, medisch en gevaarlijk afval);
De categorie is **90522000** (Diensten in verband met vervuilde grond);
De (eerste en in dit geval enige) precisering is **90522200** (Verwijderen van verontreinigde grond);
Het controlecijfer is **4**.
Mochten de twee getallen voor het controlecijfer een ander getal dan 0 zijn, dan kan er een tweede en derde precisering volgen.

De aanvullende woordenlijst

De aanvullende woordenlijst is bedoeld om aanbestedende diensten te helpen het voorwerp van opdrachten volledig te beschrijven. De systematiek is als volgt:

- De sectie (het eerste niveau) wordt aangeduid met **twee letters**: de eerste bepaalt de sectie, zoals producten, de tweede bepaalt de groep;
- De **eerste twee cijfers** vormen een onderverdeling van de sectie en bepalen daarmee de bijzonderheden; het laatste cijfer is een controlecijfer.

Voorbeeld

De aanbestedende dienst zoekt een CPV-code voor het aankopen van personenwagens.

Antwoord

De aanbestedende dienst zal de volgende codes kiezen voor wat hij zoekt:

Uit de basiswoordenlijst: 34110000-1 personenwagens.

En uit de aanvullende woordenlijst bijvoorbeeld:

- (Deel C: Materialen/producten met bijzondere eigenschappen en bedrijfswijze:) CA36-8 Euro 5 (brandstof).
- (Deel M: Overige bijzonderheden voor vervoer:) MB02-8 Rechtse besturing.

Meer informatie over de CPV-systematiek CPV-verordening

Het complete, geconsolideerde, Common Procurement Vocabulary vindt u in de CPV-verordening en deze vindt u [hier](#). De lijst bestaat uit twee delen: de basiswoordenlijst en de aanvullende woordenlijst.



CPV-zoekmachine

Op de site van Kenniscentrum Europa Decentraal staat een [CPV-zoekmachine](#). Deze zoekmachine helpt decentrale overheden om bij aan te besteden producten, diensten en werken de juiste CPV-code te vinden. Zij kunnen hier het gewenste onderwerp in het Nederlands intikken.

CPV-links naar meer informatie

Over CPV-codes is (en wordt) incidenteel geschreven in vakliteratuur. De nieuwsvoorziening van het kenniscentrum over de CPV-systematiek worden regelmatig aan de actualiteit aangepast, maar het is altijd verstandig de ontwikkelingen ook zelf bij te houden. De onderstaande sites kunnen daarbij helpen:

SIMAP

[SIMAP](#) (Système d'Information pour les Marchés Publics) is het centrale aanbestedingsportaal van de Europese Unie, met een aparte pagina over de CPV-systematiek. Daar kan ook de bij de verordening behorende transponeringstabel ('correspondance-table'), die een omnummering weergeeft van CPV-codes uit de voormalige CPV-verordening uit 2003 naar codes uit de geldende verordening van 2008 en vice versa, worden gevonden. Daarnaast kunnen de vier tabellen worden gevonden die bij de verordening toegevoegd zijn (Bijlage II A tot en met D). Deze tabellen geven een omschrijving van nieuwe en bestaande CPV-codes gerelateerd aan de nieuwe en de bestaande omschrijvingen van geschrapte CPV-

codes en omschrijvingen bij de oude CPV-Verordening. Verder kunnen daar links naar andere standaardlijsten worden gevonden. Ook kunnen op deze website onder meer de informatieve handleiding '[Gids bij de CPV 2008](#)' en een [toelichting](#) op diverse afdelingen van de CPV-systematiek worden gevonden.

TED

Aankondigingen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten met een waarde die hoger ligt dan de vastgestelde Europese drempelbedragen, moeten in de hele EU worden bekendgemaakt. Dit gebeurt via het Supplement bij het Publicatieblad (PB S) en op de website van TED (Tenders Electronic Daily). TED is de gratis online databank van de EU waarin onder meer aanbestedingen, gegunde overheidsopdrachten en aankondigingen van overheidsopdrachten van EU-lidstaten en EVA-landen (de Europese Vrijhandelsassociatie, die bestaat uit IJsland, Liechtenstein, Noorwegen en Zwitserland) worden gepubliceerd. TED biedt niet alleen toegang tot alle lopende overheidsopdrachten die in het Supplement bij het Publicatieblad (PB S) zijn bekendgemaakt, maar ook tot het PB S-archief van de voorbije vijf jaar.

De gebruiker kan in één enkel zoekscherm meerdere zoekcriteria ingeven of selecteren, waaronder geografische gegevens, het soort document of opdracht, trefwoorden, enzovoorts. De website is meertalig. Er is een apart zoekveld voor CPV-codes, met uitleg.

Hoofdstuk 9: Rechtsbescherming

Samenvatting

In dit deel van **KED legt uit** komen verschillende vragen en antwoorden aan bod over het concept 'rechtsbescherming'. Dit ziet op de gunningsbeslissing en de mogelijkheid om beroep in te stellen tegen deze beslissing. Daarbij spelen aspecten als de motivering van de beslissing, de opschortende termijn ([Alcatel-termijn](#)), de kort geding-procedure en de mogelijkheid tot vernietiging van de gesloten overeenkomst.

Kernwoorden: rechtsbescherming, Alcatel-termijn, Rechtsbeschermingsrichtlijn, kort geding, motivering.

Introductie

Het doel van [rechtsbescherming](#) binnen het aanbestedingsrecht is om te zorgen voor de waarborging van een doeltreffende toepassing van de aanbestedingsrichtlijnen. Indien ondernemers vinden dat een aanbestedingsprocedure of gunningsbeslissing in strijd is met het aanbestedingsrecht, dienen zij toegang te hebben tot een rechter om beroep in te stellen.

Ten behoeve van de rechtsbescherming bij aanbestedingen zijn de Europese Richtlijnen 89/665/EEG en 92/13/EEG vastgesteld. In 2007 zijn deze Richtlijnen herzien en is de laatste herziene

[Rechtsbeschermingsrichtlijn \(2007/66\)](#) vastgesteld. In beginsel is de Richtlijn van toepassing op opdrachten die volgens de Europese aanbestedingsrichtlijnen moeten worden aanbesteed, oftewel wanneer deze boven de [Europese drempelwaarden](#) liggen. De bepalingen gelden strikt genomen niet voor opdrachten onder de Europese drempel.

In 2010 zijn de herziene Europese rechtsbeschermingsrichtlijnen geïmplementeerd in de Wet implementatie rechtbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira). Inmiddels is de Wira per 1 april 2013 weer ingetrokken en zijn de bepalingen geïntegreerd in de [Aanbestedingswet 2012](#).

Rechtsbescherming tijdens de verschillende fases in de aanbestedingsprocedure

De Rechtsbeschermingsrichtlijn en de Aanbestedingswet 2012 maken onderscheid tussen twee fases in de aanbestedingsprocedure:

1. De precontractuele fase (waarin er een beslissing tot gunning is genomen, maar er nog geen overeenkomst is gesloten);
2. De postcontractuele fase (de fase na de sluiting van de overeenkomst).

In de Aanbestedingswet 2012 vinden we de bepalingen over rechtsbescherming in artikel 2.127 en artikel 4.15 e.v. Artikel 2.127 bepaalt dat de aanbestedende dienst een opschortende termijn in acht moet nemen van tenminste twintig kalenderdagen alvorens hij

een overeenkomst kan sluiten (precontractuele fase). Binnen deze termijn kunnen inschrijvers of andere gegadigden beroep instellen bij de rechter. Daarnaast regelt artikel 4.15 e.v. de vernietigbaarheid van overeenkomsten die zonder inachtneming van de aanbestedingsregels tot stand zijn gekomen (postcontractuele fase).

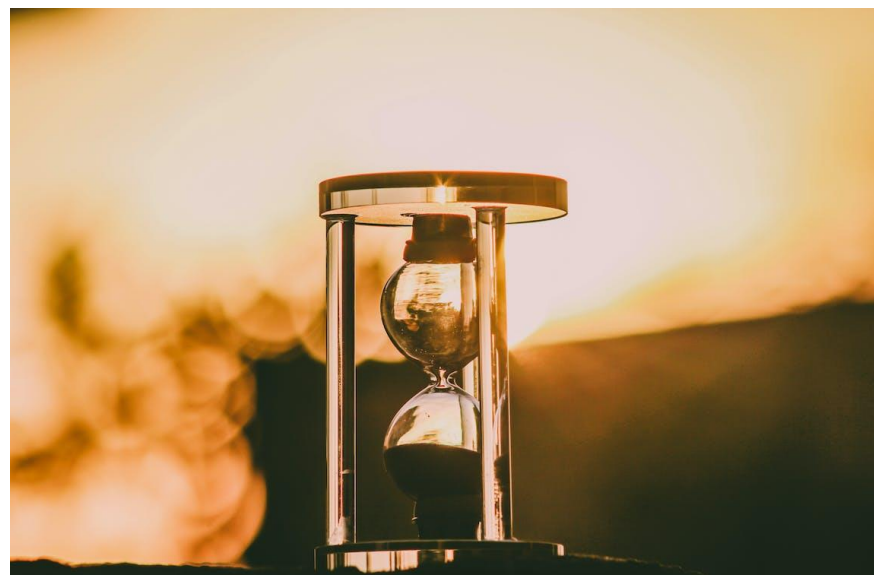
Tot slot voegt de Aanbestedingswet 2012 een op rechtsbescherming gerichte bepaling toe in artikel 4.27 over de instelling van een klachtencommissie; ook wel de Commissie van Aanbestedingsexperts (CvAE) genoemd. Meer informatie hierover vindt u op [de website van de CvAE](#).

Termijnen

1: Wat is het doel van de opschortende termijn tussen de gunningsbeslissing en het sluiten van de overeenkomst?

De opschortende termijn (Alcatel-termijn) heeft tot doel ondernemers de kans te geven doeltreffend beroep in te stellen tegen een gunningsbeslissing (artikel 2 *bis* lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn). Alleen door beroep in te stellen vóórdat de overeenkomst wordt gesloten, kunnen ondernemingen zorgen dat een opdracht mogelijk alsnog aan hen wordt gegund in plaats van aan de oorspronkelijke winnende onderneming. Is de overeenkomst eenmaal gesloten dan zou er nog wel schadevergoeding kunnen worden geëist. In de praktijk is dit echter niet zo eenvoudig omdat de betreffende ondernemer dan moet bewijzen dat als de

aanbestedende dienst wel volgens de regels had gehandeld, de opdracht aan hem zou zijn gegund.



2: Hoe lang moet de opschortende termijn zijn?

De opschortende termijn bedraagt ten minste twintig kalenderdagen (artikel 2.127 lid 3 Aanbestedingswet 2012). Omdat het een minimumtermijn betreft, kan de aanbestedende dienst ook een langere termijn vaststellen. Met name bij complexe projecten wordt door aanbestedende diensten nog wel eens een langere termijn gehanteerd. Zo kan worden voorkomen dat ondernemers besluiten een *pro forma* ('voor de vorm', omdat het volgens bepaalde regels moet) kort geding aanhangig te maken omdat anders de termijn dreigt te verstrijken zonder dat zij de gunningsbeslissing volledig

hebben kunnen laten analyseren door een jurist. In de praktijk zullen aanbestedende diensten moeten zoeken naar een evenwicht tussen de voortgang van het eigen aanbestedingsproces en een voldoende rechtvaardige termijn voor ondernemers om actie te ondernemen tegen een gunningsbeslissing.

3: Wanneer begint de opschortende termijn te lopen?

De termijn begint te lopen op de dag na de datum waarop de mededeling van de gunningsbeslissing is verzonden. Dit volgt uit artikel 2 *bis* lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn, geïmplementeerd in artikel 2.127 lid 2 Aanbestedingswet 2012. Wordt de gunningsbeslissing op de eerste dag van de maand verzonden, dan begint de termijn dus te lopen op de tweede dag. Hierbij moet worden opgemerkt dat de termijn alleen begint te lopen als is voldaan aan de motiveringsplicht. Daarnaast moet de gunningsbeslissing worden verzonden aan de 'betrokken inschrijvers of gegadigden'. Worden deze voorwaarden niet in acht genomen, dan begint de termijn pas te lopen na herstel van dit verzuim.

Het is voor aanbestedende diensten dus zaak om gunningsbeslissingen voldoende te motiveren en naar alle betrokken partijen te verzenden. Doen zij dit niet, dan bestaat het gevaar dat een overeenkomst wordt gesloten nog vóór de opschortende termijn is gaan lopen. Dit kan als gevolg hebben dat de overeenkomst door de rechter wordt vernietigd vanwege het niet in acht nemen van de opschortende termijn (artikel 4.15 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012).

4: Wanneer verstrijkt de opschortende termijn?

De opschortende termijn bedraagt ten minste twintig kalenderdagen, zoals wettelijk is vastgelegd (artikel 2.127 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Als de opschortende termijn van twintig kalenderdagen afloopt op een zaterdag, zondag of een feestdag, dan wordt de termijn verlengd tot en met de eerstvolgende werkdag overeenkomstig artikel 1 lid 1 van de [Algemene termijnenwet](#).

5: Mag de overeenkomst worden ondertekend als er beroep wordt ingesteld?

Nee, als er een kort geding aanhangig wordt gemaakt bij de voorzieningenrechter, wordt de opschortende termijn verlengd tot en met de uitspraak in kort geding (artikel 2.131 Aanbestedingswet 2012).

6: Moet de opschortende termijn altijd in acht worden genomen?

Nee, er bestaan enkele uitzonderingen, welke zijn opgenomen in artikel 2.127 lid 4 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2 *ter* Rechtsbeschermingsrichtlijn). Zo hoeft allereerst de opschortende termijn niet in acht te worden genomen bij opdrachten waarvoor geen bekendmaking van de aankondiging is vereist (sub a). Dit zijn met andere woorden opdrachten die niet Europees worden aanbesteed, zoals opdrachten onder de drempel en uitgezonderde opdrachten. Ook de [onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking](#) valt bijvoorbeeld onder deze uitzondering. Daarnaast hoeft de opschortende termijn niet in acht te worden genomen wanneer een opdracht wordt gegund aan de

enige betrokken inschrijver en er geen andere betrokken gegadigden zijn (sub b). In dat geval kan worden overgegaan tot gunning zonder de opschortende termijn in acht te nemen.



Ook voor opdrachten die worden gegund op basis van een [raamovereenkomst](#) of een dynamisch aankoopstelsel geldt de opschortende termijn niet (sub c). Eén van de redenen om gebruik te maken van deze methoden is dat termijnen korter kunnen zijn en gewenste overeenkomsten sneller tot stand kunnen komen. Dit voordeel zou teniet worden gedaan als de opschortende termijn ook in deze gevallen van toepassing zou zijn. Wel moet erop worden gewezen dat bij gunning binnen een raamovereenkomst of een dynamisch aankoopstelsel de opschortende termijn alleen

achterwege kan blijven als is voldaan aan bepaalde voorwaarden. Is daaraan niet voldaan dan bestaat het risico dat de overeenkomst op verzoek van een benadeelde partij door de rechter wordt vernietigd.

7: Geldt de opschortende termijn ook voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen?

Nee, de opschortende termijn geldt uitsluitend voor gunningsbeslissingen in de zin van artikel 2.127 Aanbestedingswet 2012. Een aanbestedende dienst kan in de loop van een aanbestedingsprocedure echter ook andere beslissingen nemen waar een inschrijver of gegadigde het niet mee eens is. Denk bijvoorbeeld aan de beslissing om een gegadigde niet te selecteren voor een [niet-openbare procedure](#) of om een inschrijver uit te sluiten.

Hoewel de opschortende termijn formeel niet geldt voor dergelijke beslissingen staat het aanbestedende diensten wel vrij om, bijvoorbeeld vanuit het oogmerk van een zorgvuldige behandeling van belanghebbenden, in de aanbestedingsprocedure een opschortende termijn te hanteren en ondernemers te wijzen op een mogelijkheid beroep in te stellen tegen dergelijke beslissingen. Dit is in lijn met het uitgangspunt van de Rechtsbeschermingsrichtlijn dat ondernemers doeltreffend beroep moeten kunnen instellen tegen beslissingen van aanbestedende diensten. Het specifieke doel van de opschortende termijn is echter om te voorkomen dat aanbestedende diensten door het sluiten van een overeenkomst

ondernemers de mogelijkheid ontnemen om de opdracht alsnog gegund te krijgen.

Dit risico bestaat bij andere beslissingen dan de gunningsbeslissing uiteraard niet of in veel mindere mate, omdat het sluiten van de overeenkomst in dergelijke gevallen niet altijd direct aan de orde is.

Gunningsbeslissing

8: Aan wie moet de mededeling van de gunningsbeslissing worden verzonden?

De mededeling van de gunningsbeslissing moet worden verzonden aan de “betrokken inschrijvers en betrokken gegadigden” (artikel 2.127 lid 2 Aanbestedingswet 2012). Zij zijn immers degenen die belang hebben of hebben gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk worden of dreigen te worden geschaad (artikel 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn). Wie de “betrokken inschrijvers en betrokken gegadigden” zijn, wordt verduidelijkt in artikel 2.128 Aanbestedingswet 2012. Voor inschrijvers geldt dat zij bij een openbare aanbestedingsprocedure betrokken zijn zolang zij niet definitief zijn uitgesloten. Een uitsluiting is definitief als de betreffende inschrijver van zijn uitsluiting op de hoogte is gesteld en de rechter heeft geoordeeld dat dit rechtmatig was of er niet langer een rechtsmiddel kan worden aangewend tegen de uitsluiting (artikel 2.128 lid 1 Aanbestedingswet 2012).

In bepaalde gevallen moet de gunningsbeslissing ook worden medegedeeld aan gegadigden die in het kader van een niet-openbare procedure, een onderhandelingsprocedure of een [concurrentiegericht dialoog](#) niet zijn uitgenodigd om in te schrijven.

Dit is alleen het geval als een aanbestedende dienst de gegadigde nog niet heeft laten weten dat zijn verzoek tot inschrijving is afgewezen (ruim) voordat de gunningsbeslissing aan de inschrijvers is medegedeeld (artikel 2.128 lid 2 Aanbestedingswet 2012).

Verder moet de mededeling van de gunningsbeslissing ook een nauwkeurige omschrijving bevatten van de opschortende termijn die wordt gehanteerd (artikel 2.130 lid 1 Aanbestedingswet 2012). Het moet voor inschrijvers en gegadigden duidelijk zijn wanneer de termijn verstrijkt, zodat zij weten hoeveel tijd zij hebben om een kort geding aanhangig te maken.

Zie in dit verband ook artikel 2 *bis* lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn.

9: Hoe moet de gunningsbeslissing worden verzonden?

De mededeling van de gunningsbeslissing moet in ieder geval elektronisch of per fax worden verstuurd (artikel 2 *bis* lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn en artikel 2.130 lid 3 Aanbestedingswet 2012). Het voordeel hiervan is dat altijd duidelijk is wanneer een mededeling wordt verzonden en ontvangen, zodat vaststaat wanneer de opschortende termijn begint te lopen. Uiteraard kan een aanbestedende dienst de mededeling ook nog per brief verzenden.

10: Wie kan er beroep instellen tegen de gunningsbeslissing?

Eenieder die belang heeft of heeft gehad bij de gunning van een bepaalde opdracht en die door een beweerde inbreuk is of dreigt te worden geschaad, kan beroep instellen tegen de gunningsbeslissing (artikel 1 lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn). Dit zijn de betrokken inschrijvers en/of gegadigden, maar de kring belanghebbenden kan ook breder worden geïnterpreteerd. Zo kan het voorkomen dat een ondernemer besluit niet aan een aanbestedingsprocedure deel te nemen of besluit de deelname te beëindigen, omdat hij bezwaar heeft tegen de te volgen procedure. In dergelijke gevallen kan een beroep tegen de gunningsbeslissing niet-ontvankelijk worden verklaard.

Dit volgt uit het Grossmann-arrest ([C-230/02](#)) van het Hof van Justitie van de EU, waarin is bepaald dat een ondernemer beroep moet aantekenen in een stadium van de procedure waarin onrechtmatigheden nog ongedaan kunnen worden gemaakt. Met andere woorden, ondernemers dienen zich proactief op te stellen. Dat is in principe niet het geval als niet wordt deelgenomen aan de procedure en vervolgens pas in de fase van de gunningsbeslissing beroep wordt ingesteld. Dit zou, aldus het Grossmann-arrest, alleen anders kunnen zijn als uit de feiten en omstandigheden van het geval zou blijken dat zonder de beweerde schending onvermijdelijk een heraanbesteding had moeten volgen.



Kort geding

11: Wat kunnen partijen die beroep instellen in kort geding vorderen?

In een kort geding kan de voorzieningenrechter voorlopige maatregelen treffen. De maatregelen die een voorzieningenrechter kan treffen, zijn onder andere de volgende:

- bevel tot afbreken/gestaakt houden van aanbestedingsprocedure;
- bevel tot heraanbesteding;
- bevel tot aanbesteding (in geval van onwettige onderhandse gunning);
- bevel tot toelating van de klagende partij tot de inschrijving of onderhandelingen;

- bevel tot herbeoordeling van de inschrijving;
- bevel tot gunning aan de eiser;
- verbod op gunning aan een ander dan de eiser;
- verbod op heraanbesteding;
- verbod op gunning aan een derde.

Mocht een overeenkomst voor de rechtszitting of voor de uitspraak van de rechter wel al zijn gesloten, dan kan hij een van de volgende vonnissen wijzen:

- een verbod om (verdere) uitvoering te geven aan een overeenkomst;
- een gebod om de overeenkomst op te zeggen dan wel te beëindigen op grond van een wettelijke of contractuele bevoegdheid.

In een kort geding-procedure kan een overeenkomst niet vernietigd worden. De rechter kan deze maatregelen alleen in de bodemprocedure nemen.

Motivering

12: Is het verplicht om een gunningsbeslissing te motiveren?

Ja, op grond van artikel 2.130 lid 1 Aanbestedingswet 2012 is de aanbestedende dienst gehouden de relevante redenen voor een beslissing tot gunning te vermelden. Deze bepaling implementeert artikel 2 *bis* lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn. In artikel 2.130 lid 2 Aanbestedingswet 2012 is, op basis van artikel 55 Richtlijn 2014/24,

omschreven wat onder de relevante redenen wordt verstaan. Dit betreft in ieder geval de kenmerken en relatieve voordelen van de uitgekozen inschrijving alsmede de naam van de begunstigde of de partijen bij de raamovereenkomst. Uit artikel 2.138 Aanbestedingswet 2012 volgt dat bepaalde gegevens betreffende de gunning echter niet bekend mogen worden gemaakt wanneer dit bijvoorbeeld in strijd zou zijn met een wettelijk voorschrift of het openbaar belang. Ook informatie die aan de aanbestedende dienst is verstrekt en die als vertrouwelijk moet worden gezien, mag niet openbaar worden gemaakt door de aanbestedende dienst. Dit blijkt uit artikel 2.57 lid 1 Aanbestedingswet 2012.

13: Geldt er ook een motiveringsplicht voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen?

De motiveringsplicht van artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 geldt specifiek voor gunningsbeslissingen. Voor andere beslissingen, zoals de beslissing om een gegadigde niet te selecteren voor een niet-openbare procedure of om een inschrijver uit te sluiten, geldt de motiveringsplicht van artikel 2.103 Aanbestedingswet 2012. Het belangrijkste verschil met de motiveringsplicht uit artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012 is dat de redenen voor andere beslissingen dan gunningsbeslissingen slechts op verzoek hoeven worden vermeld, terwijl de motiveringsplicht van gunningsbeslissingen automatisch geldt.

Vernietiging

14: Als een overeenkomst eenmaal is gesloten, kan deze dan nog worden aangetast als er aanbestedingsregels blijken te zijn overtreden?

Ja, een reeds gesloten overeenkomst kan door de rechter worden vernietigd wanneer blijkt dat deze in strijd met artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 tot stand is gekomen. Vernietiging heeft naar Nederlands recht terugwerkende kracht (artikel 3:53 lid 1 BW). Het gevolg hiervan is dat de over en weer uitgevoerde verplichtingen van de overeenkomst ongedaan gemaakt moeten worden (artikel 6:203 BW). Is dat vanwege de aard van de verplichting niet mogelijk, dan ontstaat er een plicht tot vergoeding van de waarde van de prestatie (artikel 6:210 BW).

Vernietiging van een overeenkomst kan niet door de voorzieningenrechter worden uitgesproken. Een belanghebbende zal hiervoor dus een bodemprocedure moeten starten. Wel kan een belanghebbende in kort geding opschorting van de overeenkomst vorderen, vooruitlopend op eventuele vernietiging door de rechter in de bodemprocedure. Een belanghebbende dient zowel de aanbestedende dienst als zijn wederpartij te dagvaarden, omdat de vernietiging anders zonder effect blijft in de rechtsverhouding tussen hen.

Artikel 4.15 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2 *quinquies* lid 1 Rechtsbeschermingsrichtlijn) bevat drie gronden voor vernietiging van een gesloten overeenkomst:

1. De eerste grond (lid 1 sub a) is dat de aanbestedende dienst zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging in het *Publicatieblad van de Europese Unie* een overeenkomst heeft gesloten voor een overheidsopdracht terwijl deel 2 of deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 een dergelijke bekendmaking wel vereist. Dit wordt door de Europese Commissie “onwettige onderhandse gunning” genoemd. Onder onwettig onderhandse gunning wordt verstaan: de gunning van overheidsopdrachten zonder voorafgaande bekendmaking van een aankondiging van de opdracht in het Publicatieblad van de EU, waarbij het niet vooraf bekendmaken van de opdracht niet is toegestaan op grond van Richtlijn 2014/24 of Richtlijn 2014/25. Deze onwettig onderhandse gunning is in strijd met het transparantiebeginsel. Het wordt ondernemers door een dergelijke gunning immers onmogelijk gemaakt om naar een opdracht mee te dingen.
2. De volgende grond (lid 1 sub b) is dat de overeenkomst is gesloten zonder de opschortende termijn uit artikel 2.127 lid 1, respectievelijk artikel 2.131 Aanbestedingswet 2012 in acht te nemen. Het enkele feit dat er geen of een te korte termijn is gehanteerd, is voldoende om een overeenkomst te laten

vernietigen. Aanbestedende diensten moeten er hierbij op letten dat de termijn pas begint te lopen als de mededeling van de gunningsbeslissing aan alle belanghebbenden is verzonden (artikel 2.127 lid 2 Aanbestedingswet 2012) en voldoende is gemotiveerd (artikel 2.130 Aanbestedingswet 2012). Bovendien wordt de termijn verlengd tot aan de uitspraak van de voorzieningenrechter in kort geding wanneer een ondernemer tijdig beroep instelt (artikel 2.131 Aanbestedingswet 2012). Wordt er geen rekening gehouden met deze voorwaarden, dan loopt een aanbestedende dienst het risico dat een overeenkomst te snel wordt gesloten en een belanghebbende om die reden de rechter verzoekt de overeenkomst te vernietigen.

3. De laatste grond (lid 1 sub c) voor vernietiging is dat de opschortende termijn niet in acht is genomen, terwijl dit op grond van de specifieke regels voor de plaatsing van opdrachten in het kader van de raamovereenkomst of het dynamisch aankoopstelsel wel had gemoeten. In feite is vernietiging in dit geval een sanctie voor aanbestedende diensten die onterecht gebruik maken van de uitzondering op de opschortende termijn die is vastgelegd in artikel 2.127 lid 4 sub c Aanbestedingswet 2012.

Tot slot kan worden opgemerkt dat uit rechtspraak blijkt dat de drie vernietigingsgronden niet limitatief zijn in die zin dat een reeds gesloten overeenkomst in andere gevallen niet door de rechter zou kunnen worden aangetast.



15: Kan een aanbestedende dienst voorkomen dat een overeenkomst wordt vernietigd?

Ja, een aanbestedende dienst kan voorkomen dat een overeenkomst, die in strijd met de aanbestedingsregels is gesloten, door de rechter wordt vernietigd door 'vrijwillige transparantie vooraf' te betrachten. Dit volgt uit artikel 4.16 lid 1 Aanbestedingswet 2012 (artikel 2 *quinquies* lid 4 Rechtsbeschermingsrichtlijn). De aanbestedende dienst dient te voldoen aan de drie cumulatieve voorwaarden uit sub a t/m sub c. Dit houdt in dat de aanbestedende dienst van mening moet zijn dat de gunning van een opdracht zonder voorafgaande bekenmaking van een aankondiging van de opdracht op [TenderNed](#) is toegestaan (sub a). De aanbestedende dienst kan daarna direct zijn voornemen tot gunning bekendmaken

in het Publicatieblad van de EU (sub b). Als vervolgens de opschortende termijn van minimaal twintig kalenderdagen in acht wordt genomen voor het sluiten van de overeenkomst (sub c), dan is de overeenkomst niet meer vernietigbaar na het sluiten.

Artikel 2 *quinquies* lid 5 Rechtsbeschermingsrichtlijn (geïmplementeerd in artikel 4.16 lid 2 Aanbestedingswet 2012) ziet op de uitsluiting van vernietigbaarheid van de overeenkomst in het geval van een raamovereenkomst of een opdracht op grond van een dynamisch aankoopstelsel. Ook hiervoor zijn cumulatieve voorwaarden neergelegd. Vernietigbaarheid van die overeenkomsten kan worden uitgesloten in het geval het besluit tot gunning van de opdracht, samen met de relevante redenen van die gunning, aan de betrokken inschrijver wordt gezonden en de opschortende termijn van minimaal twintig kalenderdagen in acht wordt genomen voor het sluiten van de overeenkomst.

Er zit een verschil tussen deze minimale termijn van twintig kalenderdagen zoals benoemd in de Aanbestedingswet 2012 en de termijnen die in de Rechtsbeschermingsrichtlijnen gehanteerd worden. Daar wordt namelijk gesproken over een termijn van ten minste tien kalenderdagen en indien andere communicatiemiddelen zijn gebruikt dan benoemd, over een termijn van ten minste vijftien kalenderdagen. In de Memorie van Toelichting bij de Implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Wira) (Kamerstukken II 2009/10, [32 027 nr. 3](#)) wordt in de toelichting bij artikel 4 over de termijnen hierover het volgende benoemd: “De

richtlijnen staan toe ook een langere termijn te hanteren, de termijn van tien of vijftien kalenderdagen wordt als minimum genoemd. Een wettelijk vastgelegde langere termijn dan vijftien kalenderdagen moet echter worden gezien als bijzonder bezwarend voor aanbestedende diensten”.

16: Moet de vordering tot vernietiging door een ondernemer binnen een bepaalde termijn worden ingesteld?

Om redenen van rechtszekerheid moet een vordering tot vernietiging worden ingesteld binnen zes maanden na ondertekening van de betwiste overeenkomst (artikel 4.15 lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012). De termijn begint te lopen op de dag na de ondertekening van de overeenkomst. Na het verstrijken van deze termijn van zes maanden kan de overeenkomst niet meer worden aangetast en weet de aanbestedende dienst dus zeker dat de overeenkomst in stand blijft ook al had er wel Europees moeten worden aanbesteed of was de opschortende termijn niet in acht genomen. Een aanbestedende dienst wordt in dergelijke gevallen wel geconfronteerd met een langdurige periode van onzekerheid. Deze periode kan echter worden verkort tot dertig kalenderdagen door na gunning een aankondiging van de gegunde opdracht bekend te maken overeenkomstig artikelen 2.134 t/m 2.138 Aanbestedingswet 2012 (artikel 4.15 lid 2 sub a eerste streepje Aanbestedingswet 2012). Voorwaarde is dan wel dat de aanbestedende dienst in de aankondiging rechtvaardigt waarom de opdracht zonder voorafgaande bekendmaking is gegund. De vernietigingstermijn

begint in dit geval te lopen op de dag na de publicatie van de aankondiging van de gegunde opdracht (artikel 2 *septies* lid 1, sub a, eerste streepje Rechtsbeschermingsrichtlijn en artikel 4.15 lid 2, sub a, eerste streepje Aanbestedingswet 2012).

Ook als er sprake is van andere betrokken inschrijvers of gegadigden kan de vernietigingstermijn worden verkort tot dertig kalenderdagen. In dat geval moet de aanbestedende dienst hen in kennis stellen van de sluiting van de overeenkomst (artikel 4.15 lid 2 sub a tweede streepje Aanbestedingswet 2012) en geldt als voorwaarde dat deze kennisgeving vergezeld gaat van de relevante redenen voor de gunningsbeslissing.

De bepaling omtrent bovenstaande termijnen volgt uit artikel 2 *septies* van de Rechtsbeschermingsrichtlijn.

17: Kan een “onwettig onderhands gegunde” opdracht alsnog worden gerechtvaardigd?

Ja, een aanbestedende dienst kan zich beroepen op zogenaamde “dwingende redenen van algemeen belang” (artikel 2 *quinquies* lid 3 Rechtsbeschermingsrichtlijn en artikel 4.18 lid 1 Aanbestedingswet 2012). Dit begrip is door het Hof van Justitie van de EU ontwikkeld in zijn rechtspraak over diverse bepalingen uit het destijds geldende EG-Verdrag (nu VWEU) waarin dit begrip voorkomt. Te denken valt aan rechtvaardigingsgronden als openbare orde, openbare veiligheid en volksgezondheid, zoals uitgelegd door het Hof, maar ook

aan consumentenbescherming, dierenwelzijn en de voorkoming van fraude.



Als voorbeeld kan gedacht worden aan de aanbesteding van schoolboeken. Als een school fouten zou maken bij de aanbesteding van schoolboeken, bijvoorbeeld door onderhands te gunnen terwijl dat niet is toegestaan, dan zou er zich een vernietigingsgrond kunnen voordoen. Mocht een benadeelde belanghebbende daarop met succes een beroep doen, dan zou dit tot gevolg kunnen hebben dat scholieren zonder boeken komen te zitten aangezien de beoogde leverancier die niet mag leveren. De levering door een volgende leverancier loopt echter vertraging op omdat er eerst nog een aanbestedingsprocedure moet worden doorlopen. In een dergelijk geval moet de rechter afwegen of de overeenkomst gelet op het

algemeen belang toch niet in stand moet blijven. Als de rechter van mening is dat een algemeen belang ernstig wordt geschaad door vernietiging van de overeenkomst en de opdracht opnieuw moet worden aanbesteed, kan hij besluiten de overeenkomst geheel of gedeeltelijk in stand te laten. Er moeten dan wel alternatieve sancties worden opgelegd.

18: Wat zijn de alternatieve sancties die in plaats van vernietiging van de overeenkomst kunnen worden opgelegd?

Indien een rechter besluit om een overeenkomst die is gesloten na een onwettig onderhandse gunning geheel of gedeeltelijk in stand te laten, moet er een alternatieve sanctie worden opgelegd. De aanbestedende dienst heeft immers in strijd met de aanbestedingsregels gehandeld. De Aanbestedingswet 2012 voorziet in twee alternatieve sancties die afzonderlijk of in combinatie kunnen worden opgelegd: het verkorten van de looptijd van een overeenkomst (artikel 4.19 Aanbestedingswet 2012) en het opleggen van een bestuurlijke boete (artikel 4.21 e.v. Aanbestedingswet 2012.). Dit volgt uit artikel 2 *sexies* lid 2 Rechtsbeschermingsrichtlijn.

Een rechter die tot de conclusie komt dat de looptijd van een overeenkomst verkort moet worden, kan dit ambtshalve doen of op verzoek van een belanghebbende (artikel 4.19 lid 1 Aanbestedingswet 2012). Bij de verkorting dient de rechter in ieder geval rekening te houden met de ernst van de overtreding, het gedrag van de aanbestedende dienst en de aard van de overeenkomst (lid 2).

Het kan voor komen dat de looptijd van een overeenkomst niet verkort kan worden. Ook kan de rechter in gevallen waar het algemene belang dat vereist, ervoor kiezen om de overeenkomst volledig in stand te laten en geen verkorting van de looptijd op te leggen. Het gevolg is dat een boete aan de aanbestedende dienst moet worden opgelegd, al dan niet in aanvulling op een verkorting van de looptijd van de overeenkomst. De Autoriteit Consument en Markt legt deze bestuurlijke boete op (artikel 4.21 lid 1 Aanbestedingswet 2012). De maximale hoogte van de boete is 15 procent van de waarde van de opdracht (artikel 4.21 lid 4 Aanbestedingswet 2012). Bij het vaststellen van de hoogte van de boete wordt rekening gehouden met de relevante omstandigheden van het geval, waaronder de ernst van de overtreding, maar ook het gedrag van de aanbestedende dienst en de mate waarin de overeenkomst in stand blijft. Dit is te lezen in de Memorie van Toelichting bij de Implementatie van de rechtsbeschermingsrichtlijnen aanbesteden (Kamerstukken II 2009/10, [32 027 nr. 3](#), par. 4.2.5).

Het opleggen van een boete in combinatie met het verkorten van de looptijd van een overeenkomst op grond van artikel 4.19 Aanbestedingswet 2012, moet "afschrikwekkend, evenredig en doeltreffend" zijn. Dit kan dus betekenen dat de boete op nul euro wordt vastgesteld als de genomen maatregelen evenredig aan de inbreuk en voldoende afschrikwekkend zijn, zie hiervoor ook de Memorie van Toelichting bij de Wira.

Hoofdstuk 10: Uitsluitingsgronden

Samenvatting

In deze **KED legt uit** leggen we de verschillende begrippen omtrent de uitsluitingsgronden die tijdens de aanbestedingsprocedure aan bod komen uit. Op basis van veelvoorkomende situaties uit de praktijk wordt er stilgestaan bij vragen als ‘wat is het verschil tussen selectiecriteria en gunningscriteria?’ of ‘wat kan als een uitsluitingsgrond kwalificeren’.

Kernwoorden: uitsluitingsgronden, facultatief, verplicht, Uniform Europees Aanbestedingsdocument.

Criteria voor selectie

1: Wat is de volgorde van toetsing van de criteria voor selectie en de gunningscriteria?

De criteria voor selectie hebben betrekking op de inschrijver en bestaan uit:

- Uitsluitingsgronden
- Geschiktheidseisen
- Selectiecriteria
- Gunningscriteria

Allereerst worden de uitsluitingsgronden getoetst, waarna de aanbestedende dienst onderzoekt of een inschrijver voldoet aan de

geschiktheidseisen. Vervolgens wordt aan de hand van de selectiecriteria bekeken of de inschrijvers kunnen worden toegelaten tot deelneming aan de procedure. Aan de hand van de gunningscriteria wordt ten slotte bepaald welke onderneming de beste offerte heeft ingediend en dus voor gunning in aanmerking komt. In deze publicatie worden de uitsluitingsgronden besproken. De geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria komen in de volgende KED legt uit aan bod.

Uitsluitingsgronden

2: Wat zijn uitsluitingsgronden?

Aan de hand van uitsluitingsgronden kunnen aanbestedende diensten bepaalde ondernemers uitsluiten van deelname aan de aanbesteding. Uitsluitingsgronden worden onder meer toegepast om de integriteit te bewaken. Zo worden ondernemers die bijvoorbeeld fraude hebben gepleegd uitgesloten van deelname aan een aanbesteding. Uitsluitingsgronden zien op de persoonlijke omstandigheden van de inschrijvers.

3: Welke uitsluitingsgronden zijn er?

Richtlijn 2014/24 maakt een onderscheid tussen verplichte uitsluitingsgronden (artikel 57 lid 1 [Richtlijn 2014/24](#) en artikel 2.86 [Aanbestedingswet 2012](#)) en facultatieve uitsluitingsgronden (artikel 57 lid 2 lid 4 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.87 Aanbestedingswet 2012). De uitsluitingsgronden zijn in ieder geval van toepassing op aanbestedingen die boven de Europese [aanbestedingsdrempels](#)

uitkomen. Onder de Europese aanbestedingsdrempels kunnen deze gronden ook van toepassing worden verklaard door de aanbestedende dienst.



Aanbestedende diensten moeten de verplichte uitsluitingsgronden toepassen in een Europese aanbesteding. Iedere gegadigde of inschrijver tegen wie bij een onherroepelijk vonnis een veroordeling om één of meer van de hieronder opgegeven redenen is uitgesproken, **moet** van deelname aan een opdracht worden uitgesloten. Het gaat hierbij om veroordelingen in de vijf jaar voorafgaand aan het tijdstip van indienen van het verzoek tot deelneming of de inschrijving onherroepelijk zijn geworden. Ook als

een lid van het bestuurs-, leidinggevend of toezichthoudend orgaan onherroepelijk is veroordeeld voor een van onderstaande uitsluitingsgronden, dient de aanbestedende dienst de onderneming uit te sluiten van deelname. Het gaat om de volgende uitsluitingsgronden:

- deelneming aan een criminele organisatie;
- omkoping;
- fraude;
- terrorisme;
- witwassen van geld;
- kinderarbeid of;
- het niet betalen van belasting of sociale premies.

Bij facultatieve uitsluitingsgronden heeft de aanbestedende dienst ruimte om een afweging te maken met betrekking tot de toepassing. Hierbij dient de aanbestedende dienst het proportionaliteitsbeginsel in acht te nemen. Facultatieve uitsluitingsgronden kunnen bij schendingen tot drie jaar terug worden toegepast. Van deelneming aan een opdracht **kan** dus iedere gegadigde of inschrijver worden uitgesloten die:

- zich schuldig maakt aan schending milieu-, sociaal en arbeidsrecht;
- vervalsing van de mededinging heeft begaan;
- in faillissement of liquidatie verkeert;
- faillissement of liquidatie heeft aangevraagd;

- in een rechterlijke uitspraak is veroordeeld voor overtreding van beroepsgedragsregels;
- een ernstige fout heeft begaan;
- slechte past performance heeft;
- niet voldaan heeft aan sociale zekerheidspremies;
- niet voldaan heeft aan belastingverplichtingen;
- een valse verklaring heeft gegeven of;
- het besluitvormingsproces heeft beïnvloed.

4: Zijn de hierboven genoemde verplichte en facultatieve uitsluitingsgronden limitatief?

Het Hof van Justitie van de EU heeft in het arrest *Michaniki* ([C-123/07](#)) bepaald dat de uitsluitingsgronden die zien op de professionele kwaliteit van de inschrijver limitatief zijn. Het is daarentegen wel mogelijk om andere uitsluitingsmaatregelen op te stellen, die niet zien op de professionele kwaliteit van de inschrijver. Deze maatregelen hebben als doel om te waarborgen dat de beginselen van gelijke behandeling en transparantie in acht worden genomen. Daarnaast mogen zij niet verder gaan dan noodzakelijk is om dat doel te bereiken. Voor meer informatie kunt u deze [praktijkvraag](#) raadplegen.

Voorbeeld

Mag een gemeente een bedrijf uitsluiten voor het schenden van het milieurecht?

Antwoord

Een bedrijf uitsluiten op grond van een schending van het milieurecht betreft een facultatieve uitsluitingsgrond. Bij schendingen van het milieurecht gaat het daarnaast om verplichtingen die voortvloeien uit het Europees recht, Nederlands recht of uit de in bijlage X van Richtlijn 2014/24/EU opgenomen bepalingen van internationaal milieurecht. Dit voorschrift geldt voor alle overheidsopdrachten en concessieopdrachten: zowel voor opdrachten boven de Europese drempelwaarde, als voor opdrachten met een waarde onder de drempel. Verplichtingen op het gebied van milieurecht vloeien bijvoorbeeld voort uit de [Wet milieubeheer](#). In artikel 57 lid 7 Richtlijn 2014/24 is vastgelegd dat bij facultatieve uitsluitingsgronden (met betrekking tot milieu) een inschrijver 3 jaren na de datum van de schending uitgesloten kan worden. Daarnaast moet worden gekeken naar het zelfreinigend vermogen van de inschrijver.

De beslissing om een inschrijver al dan niet uit te sluiten moet proportioneel en niet-discriminatoir zijn. De aanbestedende dienst beschikt over beoordelingsvrijheid om te bepalen of eventueel bewijs van betrouwbaarheid van de inschrijver toereikend is. Indien dat niet het geval is, is de uitsluitingsgrond van artikel 2.87 lid 1 sub a Aanbestedingswet 2012 onverkort van toepassing. Opmerking verdient dat aanbestedende diensten gehouden zijn om de door henzelf vastgestelde criteria in acht te nemen. Dit volgt uit het [Manova](#)-arrest (r.o. 40). Bovendien vereist het beginsel van gelijke behandeling dat alle inschrijvers bij het indienen van hun inschrijving dezelfde kansen krijgen en er zeker van zijn dat deze verplichtingen voor al hun concurrenten gelden. Dit laatste volgt uit het [Pizzo](#)-arrest (r.o. 36).

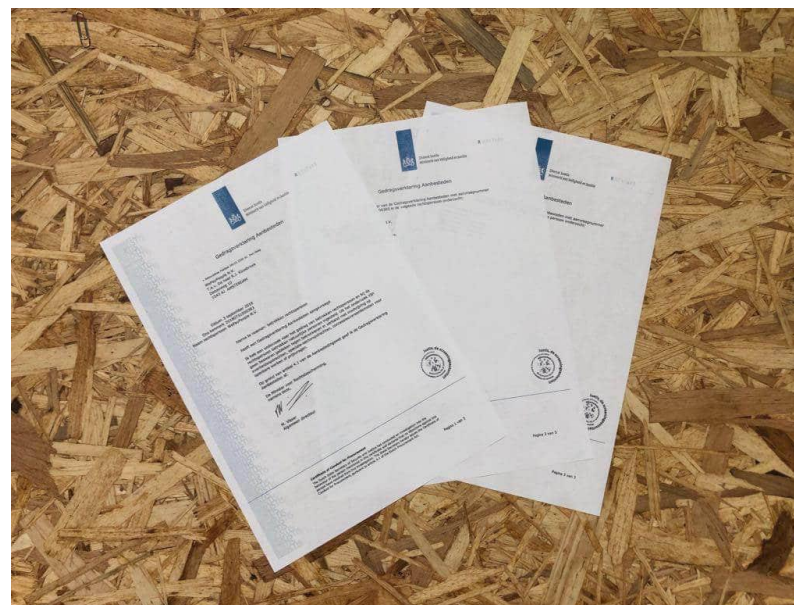
5: Kan een slechte prestatie in het verleden uitsluiting tot gevolg hebben?

Slechts bepaalde specifieke omstandigheden kunnen uitsluiting tot gevolg hebben. Het gaat hier om de facultatieve uitsluitingsgrond *past performance*. Wanneer een inschrijver blijkt heeft gegeven van aanzienlijke of voortdurende tekortkomingen bij de uitvoering van een wezenlijk voorschrift, bij de uitvoering van een eerdere opdracht met een aanbestedende dienst of bij een eerdere concessieovereenkomst, mag een aanbestedende dienst de inschrijver uitsluiten. Niet iedere tekortkoming voldoet. Het moet gaan om een tekortkoming die tot vroegtijdige beëindiging van de eerdere opdracht heeft geleid, tot een schadevergoeding of een andere vergelijkbare sanctie (artikel 57 lid 4 sub g Richtlijn 2014/24). Meer informatie over de uitsluitingsgrond *past performance* leest u in [deze praktijkvraag](#).

6: Welke bewijsstukken moet een onderneming laten zien om niet te worden uitgesloten?

De bewijsstukken waarmee een inschrijver kan aantonen dat de uitsluitingsgronden niet op hem of haar van toepassing zijn, zijn opgesomd in artikelen 60 en 62 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.89 Aanbestedingswet 2012. In artikel 2.89 is bepaald welke Nederlandse bewijsmiddelen kunnen worden verstrekt:

- Een uittreksel uit het handelsregister dat op het moment van het indienen van de inschrijving niet ouder is dan zes maanden. Dit bewijsmiddel kan worden verstrekt voor de



uitsluitingsgrond *in staat van faillissement of liquidatie* (artikel 2.87 lid 1 sub b Aanbestedingswet 2012).

- Een Gedragsverklaring aanbesteden (GVA) dat op het moment van het indienen van de inschrijving niet ouder is dan twee jaar. Dit bewijsmiddel kan worden verstrekt voor de verplichte uitsluitingsgronden en de facultatieve uitsluitingsgronden *een ernstige fout of vervalsing van de mededinging* (artikel 2.86 en 2.87 lid 1 sub c en d Aanbestedingswet 2012). De GVA wordt verstrekt door het Ministerie van Justitie en Veiligheid. Er wordt onder andere nagegaan of er relevante beschikkingen van de Autoriteit Consument en Markt of de Europese Commissie zijn. Het

opvragen van een Gedragsverklaring aanbesteden is niet verplicht voor de aanbestedende dienst. Als de aanbestedende dienst de GVA opvraagt, dient dat echter wel via het [standaard aanvraagformulier](#) te gebeuren. Hiermee schept de verklaring uniformiteit. De Gedragsverklaring is 24 maanden geldig. U kunt meer lezen over de praktische toepassing van de GVA in [deze praktijkvraag](#).

- Verklaringen van de Belastingdienst die op het moment van het indienen van de inschrijving niet ouder is dan zes maanden. Dit bewijsmiddel kan worden verstrekt voor de verplichte uitsluitingsgrond en de facultatieve uitsluitingsgronden *niet betalen van belasting of sociale premies* (artikel 2.86 lid 4 en 2.87 lid 1 sub j Aanbestedingswet 2012).
- Gegevens en bescheiden uit een andere lidstaat, uit het land van herkomst van de gegadigde of inschrijver of het land waar de gegadigde of inschrijver is gevestigd, die een gelijkwaardig doel dienen of waaruit blijkt dat de uitsluitingsgrond niet op hem van toepassing is. Dit bewijsmiddel kan worden verstrekt voor de verplichte uitsluitingsgronden en de facultatieve uitsluitingsgronden (artikel 2.86 en 2.87 Aanbestedingswet 2012).

7: Wat is het Uniform Europees Aanbestedingsdocument?

Het Uniform Europees Aanbestedingsdocument (UEA) is een eigen verklaring over onder andere de uitsluitingsgronden, de financiële

situatie en bekwaamheid van een onderneming voor een aanbestedingsprocedure. Dit UEA is gepubliceerd door de Europese Commissie in [Uitvoeringsverordening 2016/7](#). Omdat het standaardformulier in alle officiële talen van de EU beschikbaar is, moet dit het gemakkelijker maken voor inschrijvers om grensoverschrijdend deel te nemen aan aanbestedingsprocedures.

Aanbestedende diensten zijn verplicht om het UEA te gebruiken. Dit geldt voor opdrachten boven en onder de betreffende drempelwaarde. In het UEA wordt door de ondernemer verklaard dat de uitsluitingsgronden niet op hem van toepassing zijn.

8: Kan de aanbestedende dienst afzien van de toepassing van uitsluitingsgronden?

Een aanbestedende dienst kan ook afzien van de toepassing van de uitsluitingsgronden. In artikel 2.88 Aanbestedingswet 2012 worden de volgende twee redenen genoemd:

1. wegens dwingende redenen van algemeen belang en;
2. indien naar het oordeel van de aanbestedende dienst uitsluiting niet proportioneel is met het oog op de tijd die is verstreken sinds de veroordeling en gelet op het voorwerp van de opdracht.

Voorbeeld

Wanneer er bij een inschrijving op een aanbesteding blijkt dat het Uniform Europees Aanbestedingsdocument mist, mogen de inschrijvers dan nog de ruimte geboden worden om dit document alsnog in te dienen?

Antwoord

In het Europese aanbestedingsrecht geldt het uitgangspunt dat een aanbestedende dienst moet uitgaan van de inschrijvingen, zoals deze zijn ontvangen voor het sluiten van de inschrijvingstermijn. Enkel in uitzonderlijke omstandigheden is het toelaatbaar dat ontbrekende stukken mogen worden aangevuld of fouten worden hersteld, zie bijvoorbeeld het SAG-arrest ([C-599/10](#)) of het *Manova*-arrest ([C-336/12](#)). Hetzelfde geldt voor het UEA. Een onvolledig of ontbrekend UEA zal in de meeste gevallen niet in aanmerking komen voor herstel, aangezien het gebrek doorgaans resulteert in uitsluiting of ongeldigheid. Eventueel herstel is afhankelijk van de omstandigheden van het geval en slechts in uitzonderlijke situaties toelaatbaar.

Hoofdstuk 11: Geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria

Samenvatting

In deze **KED legt uit** worden de verschillende begrippen die tijdens de aanbestedingsprocedure aan bod komen uitgelegd. Aan de hand van de vele vragen die een inkoper of medewerker van een aanbestedende dienst zichzelf kan stellen wordt er stilgestaan bij vragen zoals wat het verschil is tussen een selectiecriteria en een gunningscriteria of wat geschiktheidseisen zijn.

Kernwoorden: geschiktheidseisen, selectiecriteria, gunningscriteria, Uniform Europees Aanbestedingsdocument.

Criteria voor selectie

1: Wat is de volgorde van toetsing van de criteria voor selectie en de gunningscriteria?

De criteria voor selectie hebben betrekking op de inschrijver en bestaan uit:

- Uitsluitingsgronden
- Geschiktheidseisen
- Selectiecriteria
- Gunningcriteria

Allereerst worden de uitsluitingsgronden getoetst, waarna de aanbestedende dienst onderzoekt of een inschrijver voldoet aan de geschiktheidseisen. Vervolgens wordt aan de hand van de selectiecriteria bekeken of de inschrijvers kunnen worden toegelaten tot deelneming aan de procedure. Aan de hand van de gunningscriteria wordt tenslotte bepaald welke onderneming de beste offerte heeft ingediend en dus voor gunning in aanmerking komt. In de vorige KED legt uit zijn de uitsluitingsgronden besproken. In deze KED legt uit gaan we dieper in op de geschiktheidseisen, selectiecriteria en gunningscriteria.

Geschiktheidseisen

2: Wat zijn geschiktheidseisen?

Met het stellen van geschiktheidseisen kan een aanbestedende dienst bepalen of een inschrijver over de juiste capaciteiten beschikt om de overheidsopdracht uit te voeren en of het daarmee een geschikte inschrijver is. Inschrijvers moeten aan de geschiktheidseisen voldoen voordat ze kunnen deelnemen aan de aanbestedingsprocedure. Bij een Europese aanbesteding zien de geschiktheidseisen (ook wel minimumeisen genoemd) volgens artikel 58 lid 1 [Richtlijn 2014/24](#) en artikel 2.90 lid 2 [Aanbestedingswet 2012](#) op:

- De beroepsbevoegdheid van de inschrijver (artikel 58 lid 1 sub a Richtlijn 2014/24 en artikel 2.90 lid 2 sub c Aanbestedingswet 2012)

- De economische en financiële draagkracht van de inschrijver (artikel 58 lid 1 sub b Richtlijn 2014/24 en artikel 2.90 lid 2 sub a Aanbestedingswet 2012);
- De technische en beroepsbekwaamheid van de inschrijver (artikel 58 lid 1 sub c Richtlijn 2014/24 en artikel 2.90 lid 2 sub b Aanbestedingswet 2012);

De eisen voor de geschiktheidseisen worden in artikel 58 leden 2, 3 en 4 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.90 e.v. Aanbestedingswet 2012 verder uitgewerkt. Er is geen ruimte voor andere geschiktheidseisen dan die in Richtlijn 2014/24 worden genoemd. Het betreft dus een limitatieve opsomming.

3: Waar moeten aanbestedende diensten rekening mee houden bij het opstellen van geschiktheidseisen?

Aanbestedende diensten dienen rekening te houden met de [Gids Proportionaliteit](#). Zo bepaalt voorschrift 3.5B bijvoorbeeld dat slechts geschiktheidseisen mogen worden opgesteld die verband houden met de daadwerkelijke risico's van de opdracht of die terug te voeren zijn op de gewenste competenties. Ook dient in de aankondiging van de aanbesteding het gewenste niveau van de hierboven genoemde en voor de aanbesteding vereiste geschiktheidseisen te worden bepaald. Daarnaast gelden er een aantal uitgangspunten, namelijk dat geschiktheidseisen proportioneel, objectief en transparant dienen te zijn.



4: Welke bewijzen mag de aanbestedende dienst opvragen om de geschiktheid van een inschrijver te toetsen?

Artikel 58 lid 2 Richtlijn 2014/24 bepaalt dat aanbestedende diensten met betrekking tot de beroepsbevoegdheid van de inschrijver, kunnen eisen dat de ondernemer ingeschreven staat in het handelsregister. Zij kunnen daarnaast verlangen dat, in het geval de ondernemer lid moet zijn van een bepaalde organisatie of over een bepaalde vergunning moet beschikken, de aanbestedende dienst kan eisen dat de ondernemer hiervoor bewijstukken overlegt.

Wat betreft de geschiktheidseis 'economische en financiële draagkracht', wordt in lid 3 van artikel 58 Richtlijn 2014/24 bepaald dat de aanbestedende dienst kan eisen dat de ondernemer een bepaalde minimumjaaronzet heeft, met inbegrip van een minimumomzet op het gebied waarop de opdracht betrekking heeft. De minimumomzet bedraagt in dat geval maximaal twee keer de geraamde waarde van de opdracht. Artikel 2.90 lid 5 Aanbestedingswet 2012 bepaalt echter dat de minimumomzet maximaal driemaal de waarde van de opdracht mag zijn. Een dergelijke eis moet met zwaarwegende argumenten worden gemotiveerd. Raadpleeg hiervoor de Gids Proportionaliteit. De aanbestedende dienst mag daarnaast eisen dat de ondernemer informatie verstrekt over de jaarrekening. Dergelijke eisen dienen bovendien in de aanbestedingsstukken te worden opgenomen.

Tenslotte wordt in lid 4 van artikel 58 Richtlijn 2014/24 (geïmplementeerd in artikel 2.90 lid 4 Aanbestedingswet 2012) bepaald dat de aanbestedende dienst met betrekking tot de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van de inschrijver kan eisen dat ondernemers over de noodzakelijke personele en technische middelen en ervaring beschikken om de opdracht volgens een passende kwaliteitsnorm uit te voeren. De aanbestedende dienst kan daarnaast eisen dat de ondernemer over een voldoende mate van ervaring beschikt, die kan worden aangetoond met geschikte referenties inzake in het verleden uitgevoerde opdrachten.

5: Kan een onderneming zich beroepen op de bekwaamheid of draagkracht van een andere onderneming?

Een ondernemer kan zich voor de uitvoering van een overheidsopdracht op grond van artikel 63 lid 1 Richtlijn 2014/24 beroepen op de financiële en economische draagkracht en technische of beroepsbekwaamheid van derden. De onderneming kan in dat geval een beroep doen op de draagkracht van de moedermaatschappij of de holding. Inschrijvers moeten aantonen daadwerkelijk te beschikken over de voor de uitvoering noodzakelijke middelen van dochter- en onderaannemers. Denk hierbij aan het overleggen van de geconsolideerde jaarrekening. De moedermaatschappij of de holding is dan ook financieel verantwoordelijk voor het deel dat de inschrijver heeft opgegeven.

Bij het inschakelen van een onderaannemer is de situatie anders. Wanneer de inschrijver een bepaald deel niet zelf kan uitvoeren kan het een ander bedrijf, een onderaannemer, inschakelen voor het uitvoeren van dat deel. De inschrijver blijft hierbij echter geheel verantwoordelijk voor het werk dat door de onderaannemer wordt uitgevoerd. De inschrijver moet daarnaast zelf ook aan de eisen voldoen.

Voorbeeld

Mogen de geschiktheidseisen van een aanbesteding die reeds op [TenderNed](#) is geplaatst nog worden gewijzigd? In ons geval gaat het specifiek om de toevoeging dat bij de eis voor bepaalde certificaten zowel de opdrachtnemer als de onderaannemer aan deze eis moet voldoen. Dit, om te voorkomen dat er middels de onderaannemer wordt voldaan aan de geschiktheidseis terwijl vervolgens de opdracht wordt alsnog uitgevoerd door bedrijven/werknemers die niet aan de eis voldoen.

Antwoord

Het programma van eisen kan voorafgaand aan de aanbesteding worden gewijzigd, aangevuld of verduidelijkt via de Nota van inlichtingen. Na de aanbesteding mag het programma van eisen in beginsel niet meer worden gewijzigd. Een aanbestedende dienst kan slechts in bepaalde uitzonderingsgevallen de voorwaarden van een opdracht (geschiktheidseisen, selectiecriteria, facultatieve uitsluitingsgronden en gunningscriteria) tijdens de aanbestedingsprocedure wijzigen. Dit volgt uit het gelijkheidsbeginsel en het daarvan afgeleide transparantiebeginsel.

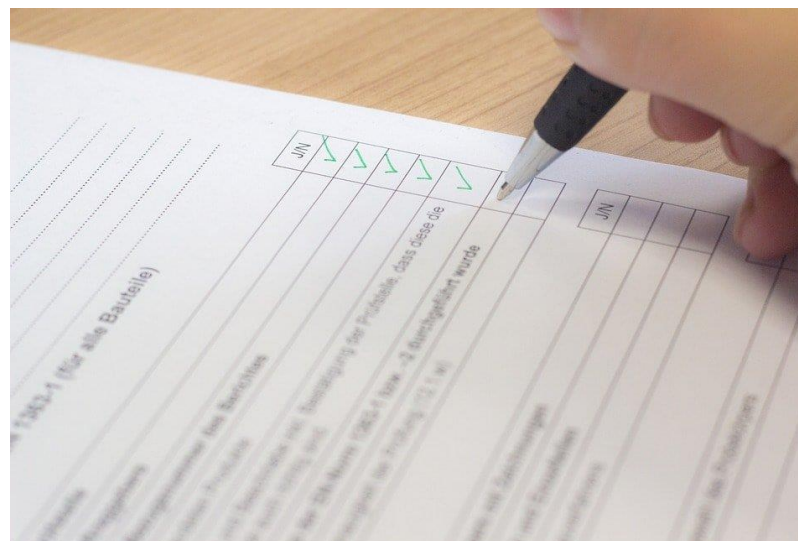
Voor wijzigingen gedurende de looptijd van een overheidsopdracht –in de contract fase– geldt het leerstuk van de wezenlijke wijziging.

Selectiecriteria

6: Wat zijn selectiecriteria?

De selectiecriteria zien op de persoonlijke situatie van de deelnemer. Bij de beoordeling van de selectiecriteria wordt dus vooral de *inschrijver* beoordeeld. Selectiecriteria maken het voor aanbestedende diensten mogelijk om te bepalen hoeveel en welke ondernemingen zich voor een aanbesteding kunnen inschrijven. Het is in essentie een wijze van rangschikken van de mate van geschiktheid. Gegadigden moeten vooraf weten op welke wijze en op

grond van welke criteria zij worden beoordeeld. Alleen de gegadigden die voldoen aan de geschiktheidseisen en waarop geen uitsluitingsgrond van toepassing is, komen vervolgens in aanmerking voor een uitnodiging tot inschrijving. Voor selectiecriteria gelden tenslotte dezelfde uitgangspunten als voor geschiktheidseisen, namelijk objectiviteit, eenduidigheid, transparantie en proportionaliteit.



7: Bij welke procedures kan de aanbestedende dienst selectiecriteria toepassen?

Selectiecriteria kunnen volgens artikel 65 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.99 Aanbestedingswet 2012 bij de volgende procedures worden toegepast:

- [Niet-openbare procedure](#);
- [Mededingingsprocedure met onderhandeling](#);
- [Concurrentiegericht dialog](#);
- [Innovatiepartnerschap](#).

Bij een openbare procedure wordt de aan de aanbesteding voorafgaande selectie overgeslagen. De toetsing aan de uitsluitingsgronden en de geschiktheidseisen vindt dan plaats als onderdeel van de totale beoordeling van de aanbiedingen. Selectiecriteria kunnen in een openbare procedure dan ook niet worden gesteld.

8: Hoeveel ondernemingen kan de aanbestedende dienst selecteren?

Artikel 65 lid 2 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.99 lid 6 Aanbestedingswet 2012 bepalen dat de aanbestedende dienst bij de niet-openbare procedure minimaal vijf ondernemingen moet uitnodigen. Bij de andere drie procedures moet de aanbestedende dienst minimaal drie ondernemingen uitnodigen. Indien het de aanbestedende dienst niet lukt om het minimumaantal ondernemingen uit te nodigen geldt het volgende: het aantal uitgenodigde inschrijvers moet in elk geval volstaan om daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Dit betekent dat wanneer het aantal geschikte inschrijvers minder is dan het minimum van vijf of drie ondernemingen, de aanbestedende dienst de procedure mag voortzetten.

9: Kan de aanbestedende dienst de procedure staken als niet voldaan is aan het minimumaantal geschikte ondernemingen?

De procedure staken ligt meer voor hand wanneer slechts één onderneming aan de geschiktheidseisen voldoet. Er zijn immers geen ondernemingen meer over om te selecteren. Het is dan niet de bedoeling dat de aanbestedende dienst ondernemingen uitnodigt die niet om deelneming hebben verzocht of die niet aan de geschiktheidseisen voldoen, om aan het vereiste minimumaantal te voldoen (artikel 65 lid 2 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.99 lid 6 Aanbestedingswet 2012).

10: Wat als er meer geschikte gegadigden zijn dan het maximaal aantal?

Het kan voorkomen dat het aantal overgebleven inschrijvers dat aan de geschiktheidseisen voldoet hoger is dan het gestelde maximaal uit te nodigen ondernemingen. In dat geval dient de aanbestedende dienst op grond van een objectieve methode van selectie het aantal terug te dringen tot het door de aanbestedende dienst gestelde maximum. De aanbestedende dienst moet op grond van het transparantiebeginsel namelijk in de aankondiging vermelden hoeveel inschrijvers zij zal uitnodigen om een offerte in te dienen en op basis waarvan zij de selectie zal maken.

11: Waar moet de aanbestedende dienst op letten bij het kiezen van een methode van selectie?

Bij de keuze en invulling van de selectieprocedure is het van belang dat het gaat om een objectieve methode van selectie. Een vaker toegepaste objectieve selectiemethode is bijvoorbeeld een puntenwaarderingsstelsel. Aan de hand van de gestelde geschiktheidseisen kunnen dan bepaalde punten worden gescoord op bepaalde onderdelen. Alleen de deelnemers met een minimumscore of de deelnemers die de hoogste score behalen worden dan vervolgens uitgenodigd om in te schrijven.

Voorbeeld

Onze gemeente wil een aanbesteding voor de aanschaf van computers in de markt zetten. Mag een specifieke merknaam als selectie criterium gebruikt worden?

Antwoord

Nee, het vermelden van een merknaam als selectie criterium voor een aanbesteding is niet toegestaan. Alleen als het gewenste product op geen enkele manier objectief te beschrijven is, mag een naam genoemd worden. Dit moet altijd met de toevoeging 'of daarmee overeenstemmend'. Het idee hierachter is dat de omschrijving van de gewenste dienst of levering mogelijke alternatieven, zoals leveranciers of producten, niet mag uitsluiten. Het kan natuurlijk zo zijn dat er geen alternatief product voorhanden is, maar de vraag of dat werkelijk het geval is zal in principe door de markt moeten worden beantwoord.

Gunningscriteria

12: Wat zijn gunningscriteria?

Artikel 65 lid 2 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.99 lid 6 Aanbestedingswet 2012 bepalen dat de aanbestedende dienst bij de niet-openbare procedure minimaal vijf ondernemingen moet uitnodigen. Bij de andere drie procedures moet de aanbestedende dienst minimaal drie ondernemingen uitnodigen. Indien het de aanbestedende dienst niet lukt om het minimumaantal ondernemingen uit te nodigen geldt het volgende: het aantal uitgenodigde inschrijvers moet in elk geval volstaan om daadwerkelijke mededinging te waarborgen. Dit betekent dat wanneer het aantal geschikte inschrijvers minder is dan het minimum van vijf of drie ondernemingen, de aanbestedende dienst de procedure mag voortzetten.



13: Wat is het verschil tussen gunningscriteria en selectiecriteria?

Selectiecriteria hebben betrekking op de inschrijver en hebben als doel om de inschrijvers die doorgaan naar de gunningsfase te beperken. Gunningcriteria hebben daarentegen betrekking op het voorwerp van de opdracht en dus op de inschrijving. Het doel van gunningscriteria is om te bepalen welke offerte de beste is wat betreft prijs en kwaliteit.

14: Uit welke gunningscriteria kan de aanbestedende dienst kiezen?

Aanbestedende diensten baseren de gunning van overheidsopdrachten op de economisch meest voordelige inschrijving (artikel 67 lid 1 Richtlijn 2014/24 en artikel 2.114 lid 1 Aanbestedingswet 2012). De inschrijving moet dus het economisch meest voordelige aanbod zijn om te kunnen winnen.

De aanbestedende dienst kan kiezen tussen drie gunningscriteria (artikel 2.114 lid 2 Aanbestedingswet 2012):

1. beste prijs-kwaliteitsverhouding (sub a);
2. laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit (sub b);
3. laagste prijs (sub c).

15: Wat is het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitsverhouding?

Bij het gunningscriterium beste prijs-kwaliteitsverhouding betreft de aanbestedende dienst in de rangschikking van de inschrijving zowel kwalitatieve als financiële informatie uit de offerte. De sub-gunningcriteria prijs en kwaliteit worden dan onderscheiden. Dit geldt ook voor de relatieve weging van deze sub-gunningcriteria.

Wat betreft de invulling van de sub-gunningcriteria kwaliteit kan de aanbestedende dienst een aantal kwaliteitsaspecten in acht nemen. In artikel 67 lid 2 Richtlijn 2014/24 wordt bepaald dat het bijvoorbeeld om de volgende criteria kan gaan:

- kwaliteit, waaronder technische verdienste;
- functionele of esthetische kenmerken;
- geschiktheid van het ontwerp voor alle gebruikers;
- de kwaliteit van het personeel.

Het woord *bijvoorbeeld* maakt duidelijk dat het om een niet limitatieve lijst gaat. Aanbestedende diensten hebben dus ruime bevoegdheid wat betreft de invulling van de sub-gunningcriteria.

16: Wat is het gunningscriterium de laagste prijs?

Het gunningscriterium van de laagste prijs houdt in dat de inschrijver die voldoet aan de minimumkwaliteitseisen en de laagste prijs heeft aangeboden, de opdracht wint. Het gaat hierbij om gevallen waarbij geen sprake is van voldoende onderscheidende criteria waarop inschrijvers toegevoegde waarde kunnen leveren. De aanbestedende dienst dient dan controleerbare, gedetailleerde en eenduidige minimumkwaliteitseisen op te stellen.

17: Betekent het gunningscriterium de laagste prijs dat de aanbestedende dienst de laagste kwaliteit krijgt?

Doordat de aanbestedende dienst minimumkwaliteitseisen stelt, krijgt het voor de laagste prijs dat minimum kwaliteitsniveau. Het

gunningscriterium de laagste prijs staat dus niet gelijk aan de laagste kwaliteit.



18: Wat is het gunningscriterium laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit?

Het gunningscriterium 'de laagste kosten op basis van kosteneffectiviteit' omvat alle kosten die verbonden zijn aan de volledige levensduur van een product, werk of dienst. De kosten worden op basis van de levenscycluskosten berekend. Het gaat hierbij om kosten die betrekking hebben op bijvoorbeeld de productie of het vervoer.

Wat betreft de methode voor het berekenen van de levenscycluskosten, deze moet gebaseerd zijn op objectief

controleerbare en niet-discriminerende criteria. Verder moet het toegankelijk zijn voor alle betrokken partijen. Bovendien moeten de vereiste gegevens met een redelijke inspanning door normaal zorgvuldige ondernemers, inclusief ondernemers uit derde landen, kunnen worden verstrekt.

Voorbeeld

Is het toepassen van gunningscriteria bij klassieke aanbestedingen verplicht of een keuze?

Antwoord

Het opstellen van gunningscriteria is een belangrijk onderdeel van een klassieke aanbestedingsprocedure. Uit overweging 90 van de considerans bij Richtlijn 2014/24 blijkt dat de gunning van de opdracht dient te geschieden op basis van objectieve criteria die ervoor zorgen dat de beginselen van transparantie, non-discriminatie en gelijke behandeling in acht worden genomen. Zo kan er tot een objectieve vergelijking van de relatieve waarde van de inschrijvingen worden gekomen komen en (onder omstandigheden van effectieve mededinging) worden bepaald wat de rangorde van de inschrijvers is.

In een situatie waarin alle ondernemers die aan bepaalde voorwaarden voldoen zonder onderscheid het recht hebben om een bepaalde taak uit te voeren, is er volgens het Europees Hof van Justitie geen sprake van een overheidsopdracht en geldt er daarom geen aanbestedingsplicht. Wanneer er geen enkel gunningscriterium wordt gebruikt voor het vergelijken en rangschikken van de ontvankelijke inschrijvingen, blijft de keuze voor een inschrijving (en daarmee van een begunstigde) namelijk achterwege, terwijl het maken van een selectie intrinsiek verbonden is aan de Europese regelgeving voor overheidsopdrachten. Zo wordt de keuze voor bepaalde ondernemers expliciet vermeld als onderdeel van een aanbesteding in de bepaling van het onderwerp van Richtlijn 2014/24 (zie artikel 1 lid 2).

Hoofdstuk 12: Opdrachten die (gedeeltelijk) buiten Richtlijn 2014/24 vallen

Samenvatting

In dit deel van **KED legt uit** wordt ingegaan op opdrachten die (gedeeltelijk) buiten [Richtlijn 2014/24](#) vallen. Voor opdrachten die buiten het toepassingsgebied van Richtlijn 2014/24 vallen, geldt dat in sommige gevallen Europese of nationale regels doorwerken. Omdat het voor aanbestedende diensten belangrijk is om te weten welke (Europese) regels voor deze opdrachten gelden, worden hier onder meer de volgende vragen beantwoord: om welke opdrachten gaat het en welke regels en beginselen gelden in dat geval?

De uitzonderingsgronden waardoor overheidsopdrachten (gedeeltelijk) buiten Richtlijn 2014/24 vallen en waarmee aanbestedende diensten het meest te maken krijgen, worden hieronder besproken. Deze uitzonderingen zijn behandeld in eerdere edities van KED legt uit en zullen hier daarom slechts kort genoemd worden.

Kernwoorden: sociale en andere specifieke diensten, duidelijk grensoverschrijdend belang, drempelwaarden.

1: Welke opdrachten vallen buiten het toepassingsbereik van Richtlijn 2014/24?

Buiten het toepassingsbereik van Richtlijn 2014/24 vallen allereerst opdrachten die onder de Europese drempelwaarden uitkomen. Die drempelwaarden worden iedere twee jaar door de Europese Commissie geëvalueerd en opnieuw vastgesteld. De huidige drempelbedragen kunt u vinden op [deze webpagina](#).

Andere overheidsopdrachten die buiten het toepassingsbereik van Richtlijn 2014/24 vallen, zijn overheidsopdrachten die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten. Dit gebeurt op basis van een alleenrecht. In [KED legt uit: Alleenrechten](#) wordt ingegaan op de voorwaarden waaronder alleenrechten gevestigd kunnen worden. Hierin is het verschil tussen bijzondere, uitsluitende en alleenrechten uitgelegd.

Verder zijn in artikel 7 en verder van Richtlijn 2014/24 (artikel 2.24 tot en met 2.24c [Aanbestedingswet 2012](#)) verschillende soorten opdrachten opgenomen die uitgesloten zijn van de aanbestedingsplicht. In artikel 7 gaat het om opdrachten met betrekking tot speciale sectoren, zoals de water- en energievoorziening. In artikel 10 zijn daarnaast opdrachten opgenomen waarvan wordt verondersteld dat toepassing van de aanbestedingsregels niet goed mogelijk is. Het gaat hierbij om diensten zoals de verwerving of huur van onroerende

zaken, bepaalde juridische diensten en arbeidsovereenkomsten. U leest meer over [uitgesloten opdrachten](#) op de betreffende webpagina.



2: Welke opdrachten vallen gedeeltelijk buiten het toepassingsbereik van Richtlijn 2014/24?

Decentrale overheden kunnen een aparte aanbestedingsprocedure volgen voor [sociale en andere specifieke diensten](#) (SAS-diensten). De procedure wordt geregeld in artikel 74 en verder van Richtlijn 2014/24 en is geïmplementeerd in artikel 2.38 en verder van de Aanbestedingswet 2012. Het gaat hier om een bijzondere categorie diensten die vanwege hun aard een beperktere grensoverschrijdende dimensie (duidelijk grensoverschrijdend

belang) hebben. Dit komt doordat de invulling van de diensten per lidstaat verschilt en afhankelijk is van 'culturele tradities'. Het gaat hier onder meer om diensten op het gebied van gezondheidszorg, onderwijs en maatschappelijke en aanverwante dienstverlening, maar bijvoorbeeld ook bepaalde juridische diensten. In bijlage XIV van Richtlijn 2014/24 zijn de diensten opgenomen die als SAS-diensten kunnen worden aangemerkt. Het [overzicht van CPV-codes](#) van PIANOo kan hierbij van toegevoegde waarde zijn.

SAS-diensten

SAS-diensten vallen gedeeltelijk buiten het toepassingsbereik van Richtlijn 2014/24, omdat de aanbestedingsplicht alleen geldt als er sprake is van een grensoverschrijdend belang. Dit is echter alleen het geval als de waarde van de opdracht **niet** hoger is dan het drempelbedrag van € 750.000,- exclusief btw.

Een uitgebreidere beschrijving en praktische toepassing van de aanbestedingsprocedure bij SAS-diensten leest u in deze praktijkvragen:

- [Wat is de aanbestedingsprocedure voor sociale en andere specifieke diensten?](#)
- [Bestaat er een stappenplan voor Europese aanbestedingen van SAS-diensten boven de drempelwaarde?](#)

3: Welke regels gelden voor opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang?

Van geval tot geval moet worden beoordeeld of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Er zijn bovendien geen vaste criteria op basis waarvan vastgesteld kan worden dat er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het Hof van Justitie heeft in het arrest *Belgacom* ([C-221/12](#)) bepaald dat er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang als het waarschijnlijk is dat ondernemingen uit andere lidstaten belangstelling zouden kunnen hebben. Deze belangstelling hoeft niet concreet door de onderneming te zijn geuit, zoals is vastgesteld in de uitspraak *Tecnoudi* ([C-318/15](#)). Bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang kijkt het Hof onder andere naar de waarde van de opdracht, de plaats van uitvoering, de technische kenmerken van de opdracht en het economisch belang van de te sluiten overeenkomst.

4: Wat is het gevolg van een duidelijk grensoverschrijdend belang?

Aanbestedende diensten moeten bij opdrachten die in principe (gedeeltelijk) buiten het toepassingsbereik van Richtlijn 2014/24 vallen, maar waar sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, het beginsel van gelijke behandeling en het transparantiebeginsel in acht nemen. Zo moeten aanbestedende diensten ervoor zorgen dat alle inschrijvers gelijk worden behandeld.



Het transparantiebeginsel betekent in dit geval dat de aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid moet garanderen. Gelet op de transparantieverplichting die op aanbestedende diensten rust, moet een onderneming in een andere lidstaat in staat worden gesteld om toegang te krijgen tot alle relevante informatie met betrekking tot de overheidsopdracht. De onderneming kan hierdoor, indien deze dat zou hebben gewild, haar belangstelling tonen voor de overheidsopdracht. Dit betekent, zoals in de uitspraak *Duitsland/Commissie* ([T-258/06](#)) is bepaald, dat er een bepaalde vorm van bekendmaking moet worden gedaan vóór de gunning van de overheidsopdracht.

Andere beginselen die van toepassing blijven zijn het beginsel van non-discriminatie en het beginsel van proportionaliteit. U kunt [hier](#)

meer lezen over de aanbestedingsbeginselen. Voor opdrachten die buiten het toepassingsbereik van Richtlijn 2014/24 vallen en waarbij er ook geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, gelden de Europese aanbestedingsbeginselen en procedurevoor-schriften niet.

Voor opdrachten zonder een duidelijk grensoverschrijdend belang geldt dat de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en proportionaliteit in beperktere mate van toepassing blijven. Het beginsel van proportionaliteit is daarnaast altijd van toepassing op nationale procedures.



Voorbeeld

Voor een project van de gemeente, waarin veel bouwtechnische aspecten een belangrijke rol spelen, willen we een gespecialiseerd juridisch adviseur (geen advocaat) inhuren. Valt het inhuren van een juridisch adviseur te kwalificeren als een SAS-dienst en wanneer moet de opdracht worden aanbesteed?

Antwoord

U dient eerst te beoordelen of er sprake is van een overheidsopdracht. Vervolgens bepaalt u de waarde van de opdracht. In bijlage XIV van Richtlijn 2014/24 zijn de diensten opgenomen die als SAS-diensten kunnen worden aangemerkt. Het is in dit geval nuttig om het overzicht van CPV-codes van PIANOo te raadplegen. Hierin zijn verschillende juridische diensten opgenomen, bijvoorbeeld:

- 79100000-5 juridische dienstverlening;
- 79110000-8 juridisch advies en juridische vertegenwoordiging;
- 79111000-5 juridisch advies.

Aanbestedende diensten mogen zelf bepalen op welke (vak)gebieden zij de juridische dienstverlening willen inzetten. Mits deugdelijk gemotiveerd, kan juridisch dienstverlening breed worden geschaald. Denk hierbij aan juridische advisering of juridische ondersteuning. Afhankelijk van de waarde van de opdracht moet u daarnaast nagaan of er geen sprake is van grensoverschrijdend belang. Immers, bij een drempelwaarde van € 750.000,- exclusief btw, of meer, dient de opdracht Europees te worden aanbesteed. Bij een waarde hieronder dient u na te gaan of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Dit moet per geval worden beoordeeld. Hierbij kan onder andere gekeken worden naar de waarde van de opdracht, de plaats van uitvoering, de technische kenmerken van de opdracht en het economisch belang van de te sluiten overeenkomst. Bij SAS-diensten wordt er echter van uitgegaan dat de diensten een beperkt grensoverschrijdend belang hebben. Om antwoord te geven op uw vraag: het inhuren van een juridisch adviseur is te kwalificeren als een SAS-dienst, zoals ook uit blijkt uit het overzicht van PIANOo. U dient de opdracht aan te besteden als de opdrachtwaarde gelijk is aan of hoger is dan € 750.000,- exclusief btw.



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.