

92

Aanbesteder komt geen beroep toe op percelenregeling van art. 2.18 lid 3 AanbW 2012

Commissie van Aanbestedingsexperts
5 maart 2024, Advies 705
Noot mr. A. Stellingwerff Beintema

Aanbestedingsplicht. Enkelvoudig onderhandse gunning. Onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande aankondiging. Samenvoegen opdrachten. Verdeling in percelen.

[AanbW 2012 art. 1.10a lid 1, art. 2.18, art. 2.32, art. 2.62]

In dit Advies staat de vraag centraal of aanbesteder een opdracht tot het verrichten van ontwerpwerkzaamheden, directievoering en nazorg onderhands mocht gunnen door gebruik te maken van de percelenregeling (ex art. 2.18 lid 3 AanbW 2012). Ook is aan de orde of aanbesteder voor de gunning van deze opdracht de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging als bedoeld in (ex art. 2.32 AanbW 2012) mocht toepassen.

Beoordeling

Klacht onderdeel 1

Ondernemer klaagt in de eerste plaats dat aanbesteder heeft verzuimd de totale waarde van de opdracht in de aankondiging van de opdracht te vermelden, waardoor niet te controleren is of de waarde van het aan X gegunde perceel lager is dan 20% van de totale waarde van de opdracht. Hoewel de term ‘gelijktijdig’ niet meer voorkomt in art. 2.18 AanbW 2012, impliceert toepassing van de percelenregeling dat alle percelen gelijktijdig worden geplaatst. Er wordt voor alle percelen gezamenlijk één aankondiging van de opdracht (ex art. 2.62 AanbW 2012) bekend gemaakt, waarin alle percelen zijn opgenomen. De aanbestedende dienst die gebruik wil maken van de mogelijkheid percelen van de werkingssfeer van deel 2 van de AanbW 2012 uit te zonderen (zie art. 2.18 lid 3 AanbW 2012) moet voor de gehele opdracht, dus alle percelen gezamenlijk, één aankondiging

van de opdracht plaatsen (zie ook «JAAN» 2014/92). De aanbestedende dienst moet op grond van art. 2.62 lid 3 AanbW 2012 voor de bekendmaking van de aankondiging het daartoe door middel van het elektronische systeem voor aanbestedingen (TenderNed) beschikbaar gestelde formulier gebruiken. In dit formulier moet onder meer de geraamde waarde van de opdracht per perceel worden vermeld.

De aan X gegunde opdracht tot het verrichten van ontwerpwerkzaamheden, directievoering en nazorg is niet als perceel beschreven in de aankondiging van de opdracht tot de bouw van een nieuw schoolgebouw. Aanbesteder heeft voor de aan X gegunde opdracht alleen een aparte aankondiging van een gegunde opdracht geplaatst. Hierdoor heeft aanbesteder in strijd gehandeld met het ‘gelijktijdigheidsvereiste’ (zie punt 5.5). De aankondiging van de opdracht tot de bouw van een nieuw schoolgebouw bevat bovendien geen vermelding van de totale geraamde waarde van de opdracht. Hierdoor heeft aanbesteder tevens zijn verplichting geschonden om in de aankondiging van de opdracht de totale geraamde waarde van de opdracht per perceel te vermelden. Op dit punt is de klacht van ondernemer in elk geval gegrond.

Ondernemer klaagt in de tweede plaats dat aanbesteder ten onrechte het grensbedrag van € 1.000.000 exclusief omzetbelasting (ex art. 2.18 lid 3 onder a AanbW 2012) heeft toegepast. Hij stelt dat de aan X gegunde opdracht tot het verrichten van ontwerpwerkzaamheden, directievoering en nazorg een overheidsopdracht voor diensten behelst, waardoor het grensbedrag van € 80.000, exclusief omzetbelasting, van toepassing is (art. 2.18 lid 3 onder b AanbW 2012).

De aanbestedende dienst mag opdrachten niet samenvoegen om zich aan de toepassing van deel 2 van de AanbW 2012 te onttrekken (zie punt 5.4). Voordat wordt toegekomen aan de beantwoording van de vraag welk van de art. 2.18 lid 3 AanbW 2012-grensbetrag van toepassing is, moet daarom eerst worden beoordeeld of sprake van een kunstmatige samenvoeging van opdrachten. De Commissie gaat er hierbij ervan uit dat is voldaan aan het in punt 5.5 genoemde ‘gelijktijdigheidsvereiste’.

Aanbesteder heeft erop gewezen dat het ontwerp onderdeel is van de definitie van het begrip overheidsopdracht voor werken, om welke reden de aan X gegunde opdracht en de bouw van een

nieuw schoolgebouw als één overheidsopdracht voor werken moeten worden beschouwd. Bijgevolg zou op het aan X gegunde perceel het in art. 2.18 lid 3 onder a AanbW 2012 genoemde grensbedrag van € 1.000.000 exclusief omzetbelasting, van toepassing zijn. De Commissie overweegt dat deze redenering in elk geval niet opgaat voor directievoering en nazorg. Directievoering en nazorg zijn namelijk geen onderdeel van de definitie van het begrip overheidsopdracht voor werken. Een overheidsopdracht voor werken kan blijkens de definitie van dit begrip betrekking hebben op de uitvoering óf het ontwerp en de uitvoering van een werk. Hiermee wilde de wetgever aanbestedende diensten de mogelijkheid bieden opdrachten voor de uitvoering en het ontwerp afzonderlijk of gezamenlijk te plaatsen (ov. 8 considerans Richtlijn 2014/24/EU). Uit de beslissing van aanbesteder om het ontwerp (gedeeltelijk) in een apart perceel onder te brengen en aan X te gunnen in plaats van een geïntegreerde opdracht te plaatsen, blijkt de intentie om de aan X gegunde ontwerpwerkzaamheden en de uitvoering van het nieuwe schoolgebouw als aparte opdrachten te plaatsen. Door ontwerpwerkzaamheden en de uitvoering samen te voegen om vervolgens die werkzaamheden in een apart perceel onder te brengen om van de in art. 2.18 lid 3 AanbW 2012 regeling te kunnen profiteren en de ontwerpwerkzaamheden (tezamen met directievoering en nazorg) onderhands aan X te gunnen, is sprake van een kunstmatige samenvoeging van opdrachten en handelt aanbesteder in strijd met art. 1.10a lid 1 AanbW 2012, dat aanbesteder onder meer verbiedt een opdracht te ontwerpen met het oogmerk om zich aan de toepassing van deel 2 AanbW 2012 te onttrekken.

Aanbesteder komt voor het gunnen van de opdracht tot het verrichten van ontwerpwerkzaamheden, directievoering en nazorg geen beroep toe op art. 2.18 lid 3 AanbW 2012. De Commissie verklaart het klachtonderdeel ook op dit punt grond.

Klachtonderdeel 2

Onderhandelingsprocedure zonder aankondiging gerechtvaardigd toegepast

In rechtspraak en CvAE-adviezen bestaat een bestendige lijn over mogelijkheid tot toepassing van de onderhandelingsprocedure zonder aankondiging. Hieruit volgt dat hoge eisen worden gesteld aan een beroep op een van de art. 2.32 AanbW

2012-gronden voor toepassing van deze procedure, die als uitzonderingen op de aanbestedingsplicht worden beschouwd. Uitzonderingen op de aanbestedingsplicht moeten restrictief geïnterpreteerd worden.

Aanbesteder heeft niet aannemelijk gemaakt dat aan deze strenge maatstaf is voldaan. Uit de reactie van aanbesteder leidt de Commissie af dat een deel van de ontwerpwerkzaamheden, waaronder het architectonisch ontwerp, aan de aannemer van de nieuwbouw wordt opgedragen. Welke ontwerpwerkzaamheden aan X zijn opgedragen, is de Commissie niet duidelijk. Het is de Commissie ook onduidelijk waarom de specifiek aan X opgedragen ontwerpwerkzaamheden geen uitstel konden leiden en een inspectie van het te vervangen gebouw noodzakelijk was om de opdracht te kunnen uitvoeren. Aanbesteder heeft niet aannemelijk gemaakt dat het om technische redenen volstrekt noodzakelijk was de opdracht aan X te gunnen of dat er sprake is van een unieke artistieke prestatie. Aanbesteder heeft evenmin aannemelijk gemaakt dat de termijnen van de openbare procedure, de niet-openbare procedure of de mededingingsprocedure met onderhandeling niet in acht genomen konden worden als gevolg van gebeurtenissen die door aanbesteder niet voorzien konden worden en niet aan aanbesteder te wijten waren. Derhalve acht de Commissie dit klachtonderdeel gegrond.

(mr. G.R. Werkman-Bouwkamp, mr. M.C. Pinto en mr. dr. A.J van Heeswijk)

Het volledige advies van de Commissie is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

NOOT

Hoe geen beroep te doen op de percelenregeling

Met de bouw van een nieuw gebouw (bijvoorbeeld schoolgebouw) zijn verschillende werkzaamheden gemoeid. Denk aan: (voorlopig en definitief) ontwerp, constructieadvies, bodemonderzoek, bouwkundige werkzaamheden, installatiewerkzaamheden, elektrotechnische werkzaamheden, schilderwerkzaamheden, directievoering, etc. Wanneer geldt een Europese aanbestedingsplicht? En wanneer mag er enkelvoudig of meervoudig onderhands worden gegund met

een beroep op de percelenregeling? De CvAE geeft in haar advies 705 haar inzicht. De conclusie is correct en gebaseerd op overwegingen die veelal staande praktijk zijn. Maar is een andere zienswijze ook mogelijk?

Stap 1: Identificatie voorgenomen opdracht

Om te beoordelen of sprake is van een Europese aanbestedingsplicht moet eerst worden geïdentificeerd wat de voorgenomen opdracht is. Uit de definitie van de begrippen 'overheidsopdracht voor werken' en 'werk' ex art. 1.1 AanbW 2012 volgt dat een opdracht die betrekking heeft op de uitvoering, of het ontwerp en uitvoering, van een product van een geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen een 'overheidsopdracht voor werken' is. Ook als verschillende opdrachtgevers verschillende opdrachten aan verschillende ondernemingen verstrekken kan vanuit aanbestedingsrechtelijk oogpunt sprake zijn van één overheidsopdracht voor werken. En gelet op het splitsingsverbod ex art. 2.14 lid 1 AanbW 2012 kan ook in geval opdrachten achtereenvolgens worden verstrekt sprake zijn van één overheidsopdracht voor werken.¹ Van een 'overheidsopdracht voor werken' is sprake als de verschillende opdrachten vanuit technisch of economisch oogpunt met elkaar samenhangen, en het eindresultaat als zodanig een functie vervult.² De opdracht tot ontwerp en realisatie van een nieuw

schoolgebouw³ is dus een overheidsopdracht voor werken.

De CvAE lijkt er in overweging 5.10 van uit te gaan dat als sprake is van een afzonderlijke ontwerp- en realisatieopdracht aan een architect (die wordt gevolgd door een realisatieopdracht aan een aannemer) zonder meer géén sprake is van een overheidsopdracht voor werken.

Dat een ontwerp- en realisatieopdracht, constructieberekening of akoestisch advies in het kader van de realisatie van een bouwwerk kunnen worden beschouwd als afzonderlijke overheidsopdrachten voor diensten (en niet als onderdeel van een overheidsopdracht voor werken) is een in de praktijk veel gevolgde gedachtingang waarbij gekeken wordt naar het type opdrachtnemer en of de opdracht tot een zelfstandig op te leveren resultaat leidt.⁴ Steun voor die gedachtingang is te vinden in onder meer het arrest Commissie/Duitsland⁵. In die zaak ging het om de vraag of losse architectendiensten (die werden verricht in het kader van een Europees aanbestedingsplichtig renovatieproject) qua waarde bij elkaar moesten worden opgeteld of niet. Volgens de Commissie is dit, gelet op functionele uitleg het geval, en volgens Duitsland niet. Eerst tijdens de mondelinge behandeling kwam vanuit Duitsland de vraag op of sprake is van een zelfstandige architectenopdracht of van een opdracht die zo nauw verbonden is met de uitvoering van het renovatieproject dat zij daarvan niet gescheiden kan worden. Het Hof van Justitie vormde zich hier helaas geen juridisch oordeel over bij gebrek aan ondersteunende argumenten door Duitsland. Het Hof van Justitie beperkte zich tot de constatering dat de onderhavige architectendiensten afzonderlijk kunnen worden verricht. Het Hof van Justitie stel-

1 V.zr. Rb. Amsterdam 17 oktober 2002, BR 2003/442; HvJ, 15 maart 2012, C-574/10, Commissie/Duitsland.

2 HvJ EU 5 oktober 2000, C-16/98, Commissie/Frankrijk, r.o. 42 t/m 46, 65, 69; HvJ EU 27 oktober 2005, C-187/04 en C-188/04, r.o. 27 t/m 29; HvJ EU 18 januari 2007, C-220/05, r.o. 41, Auroux; HvJ EU 15 juli 2010, C-271/08, Commissie/Duitsland, r.o. 93; HvJ EU 15 maart 2012, C-574/10, Commissie/Duitsland, r.o. 41; V.zr. Rb. Amsterdam, 4 januari 2023, ECLI:NL:RBAMS:2023:133, r.o. 4.3 t/m 4.8; Hof Arnhem-Leeuwarden, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, r.o. 3.12; Rb. Rotterdam 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622 (waarbij de opdracht tot levering en installatie van een audio-installatie deel uitmaakte van hetzelfde project (werk)); V.zr. Rb. Arnhem 25 januari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL2848; Nowicki and Halonen, Methods for calculating the estimated value of procurement in: European Public Procurement, 2021,

nr. 5.27 en 5.37; Arrowsmith, The law of Public and Utilities procurement, volume 1, 3^{de} druk, par. 6-120.

3 Zie ook par. 1.1 Handleiding: Voorschriften van de gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken bij Richtlijn 93/37/EEG (een voorloper van Richtlijn 2004/18/EG), waarin als voorbeeld 'een ziekenhuis, een schouwburg en een brug' worden genoemd, 'volledig afgewerkt en met alle installaties'.

4 Hebly en Meesters, Waardebepaling bij diensten: karakter dienstverlening of eindresultaat doorslaggevend?, BR 2013/110, par. 4.

5 HvJ EU 15 maart 2012, C-574/10, Commissie/Duitsland, r.o. 50.

de op basis van een functionele uitleg vast dat de betrokken architectenprestaties een eenheidsdienstverleningsopdracht vormden (en dus niet als losse opdrachten kunnen worden beschouwd), die boven de Europese drempelwaarde voor diensten uitkwam en dus Europees aanbestedingsplichtig was.

Maar zou niet ook (net zo goed) betoogd kunnen worden dat toch sprake is van een 'overheidsopdracht voor werken'? Immers, zoals hiervoor al is aangegeven is voor de definitie 'overheidsopdracht voor werken' niet relevant of sprake is van één opdrachtnemer of van meerdere opdrachtnemers en is ook niet relevant of sprake is van gelijktijdige opdrachten of volgtijdelijke opdrachten. Terwijl wel relevant is dat de ontwerpdiensten (en andere diensten) noodzakelijk zijn voor de totstandkoming van het eindproduct (de school = werk) en 'ontwerp' ook specifiek is opgenomen in de definitie voor overheidsopdracht voor werken.⁶ Zie ook overweging 8 van de Richtlijn 2014/24/EU waarin staat: *'Gezien de verscheidenheid aan overheidsopdrachten voor werken, moet de aanbestedende dienst de mogelijkheid hebben opdrachten voor de uitvoering en het ontwerp van werken afzonderlijk of gezamenlijk te plaatsen. Met deze richtlijn wordt niet beoogd het plaatsen van gezamenlijke of afzonderlijke opdrachten voor te schrijven.'* Kortom, is vanuit die optiek wel sprake van 'kunstmatige samenvoeging van opdrachten' met het oogmerk om zich aan de toepassing van deel 2 van de Aanbestedingswet te onttrekken, zoals de CvAE stelt? Bijvoorbeeld omdat dan de hogere drempelwaarde voor overheidsopdrachten voor werken geldt of eventuele uitzonderingen die wél gelden voor overheidsopdrachten voor werken, maar niet voor overheidsopdrachten voor diensten. Of zou je niet juist kunnen stellen dat het niet in ogenschouw nemen van alle te verstrekken opdrachten is aan te merken als 'ongeoorloofde splitsing' met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van de Aanbestedingswet 2012?

Stap 2: Raming waarde opdracht

De Europese drempelwaarde voor overheidsopdrachten voor werken is anno 2024 € 5.538.000 (excl. btw). De Europese drempelwaarde voor

overheidsopdrachten voor diensten is beduidend lager, te weten € 221.000 (excl. btw) voor de decentrale overheid.

In geval van een overheidsopdracht voor werken moet niet alleen rekening worden gehouden met de waarde van de werken, maar ook met de voor de uitvoering van die werken noodzakelijke leveringen en diensten die door de aanbesteder ter beschikking van de aannemer worden gesteld.⁷ Denk aan bouwmaterialen. Maar zou in dit kader niet ook moeten worden gedacht aan het aan de aannemer te verstrekken voorlopig en definitief ontwerp, of het constructieadvies, op basis waarvan hij het werk realiseert?

Als een voorgenomen werk kan leiden tot opdrachten die in afzonderlijke percelen worden geplaatst, dan moet worden berekend wat de geraamde totale waarde is om te beoordelen of de drempelwaarde wordt overschreden.⁸ Anders gezegd: de waarde van alle afzonderlijke opdrachten (lees: percelen) die worden verstrekt om te komen tot een voorgenomen werk (de school) moet bij elkaar worden opgeteld.⁹ Hierbij is naar mijn mening niet relevant of deze gelijktijdig worden geplaatst of volgtijdelijk. Het woord 'gelijktijdig' is immers met Richtlijn 2014/24/EU komen te vervallen, en doet ook recht aan de functionele uitleg van het begrip werk (zoals onder stap 1 toegelicht).¹⁰ Komt de waarde tezamen boven de Europese drempelwaarde voor werken uit, dan geldt in beginsel een Europese aanbestedingsplicht voor alle te verstrekken opdrachten (lees: percelen).¹¹

Voor wat betreft de afzonderlijk te verstrekken opdrachten die diensten behelzen dient te worden berekend of de waarde daarvan de Europese drempelwaarde voor diensten overschrijdt. Is dit het geval, dan geldt een Europese aanbestedingsplicht voor wat betreft deze afzonderlijk te verstrekken opdrachten. Dit geldt ongeacht welke gedachtengang wordt gevolgd (die van losse opdrachten (conform CvAE) of die van één over-

7 Art. 2.16 AanbW 2012.

8 Art. 2.18 lid 1 AanbW 2012.

9 Zie ook art. 2.16 AanbW 2012 en Nowicki and Halonen, *Methods for calculating the estimated value of procurement in: European Public Procurement*, 2021, nr. 5.27 en 5.37.

10 Meesters, toelichting op art. 2.18 in: *Tekst&Toelichting Aanbestedingsrecht*, zesde druk.

11 Art. 2.18 lid 2 AanbW 2012.

6 Rb. Rotterdam, 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622, r.o. 4.5.

heidsopdracht voor werken). Immers, op grond van art. 2.14 lid 2 AanbW 2012 mag de keuze van de methode van berekening van de geraamde waarde niet bedoeld zijn om te ontkomen aan een Europese aanbestedingsplicht.

Stap 3: Bepaling te volgen procedure

In geval de waarde van het voorgenomen werk (de school) boven de Europese drempelwaarde uitkomt geldt, zoals gezegd, in beginsel een Europese aanbestedingsplicht voor de gunning van elke opdracht, ongeacht de waarde van het desbetreffende perceel. Art. 2.18 lid 3 AanbW 2012 kent een uitzondering op dit beginsel. Percelen van maximaal € 1.000.000 voor werken en percelen van maximaal € 80.000 voor diensten mogen vrij worden gegund. Hierbij moet wel acht worden geslagen op art. 1.4 AanbW 2012, dat bepaalt dat de keuze voor de te volgen procedure en wie daartoe uit te nodigen op objectieve wijze moet geschieden, en moet leiden tot inkoop voor de beste kwaliteit tegen de beste prijs. Ook moet – als de betreffende opdracht van duidelijk grensoverschrijdend belang is – acht worden geslagen op de verplichtingen in het EU-Verdrag. De totale waarde van alle vrij gegunde percelen tezamen mag niet meer bedragen dan 20% van de totale waarde van alle percelen waarin het werk is verdeeld. Deze uitzondering op de Europese aanbestedingsplicht wordt ‘de percelenregeling’ genoemd.¹²

Nu de onderhavige aanbesteding kennelijk percelen voor diensten met een waarde van meer dan € 80.000 onderhands had gegund komt hem geen beroep toe op de percelenregeling. De aanbesteding heeft ten onrechte gemeend dat ook voor de percelen voor diensten een maximum van € 1.000.000 gold. Zelfs al zou de gedachten-gang dat sprake is van een overheidsopdracht voor werken worden gevolgd, dan betekent dit niet dat voor alle percelen (dus ook de ‘diensten-percelen’) het maximum van € 1.000.000 aangehouden kan worden. Gekeken moet worden naar de ‘kleur’ van de opdracht die het betreffende

perceel is geplaatst. Nu de ‘kleur’ een dienst was geldt een maximum van € 80.000.¹³ Europa decentraal lijkt in praktijkvraag ‘Wat zijn de regels voor overheidsopdrachten met samenhang tussen werken en diensten?’ van mening te zijn dat – net zoals de onderhavige aanbesteding – ook voor de dienstenpercelen een maximum van € 1.000.000 kan worden aangehouden. Deze zienswijze is niet juist als we kijken naar het advies van de CvAE, maar ook als we de gedachten-gang volgen dat sprake is van een ‘overheidsopdracht voor werken’ komt deze zienswijze opportunistisch voor.

In tegenstelling tot de CvAE ben ik van mening dat niet vereist is dat voor alle percelen (en dus ook de uitgezonderde percelen) gezamenlijk één aankondiging van de opdracht bekend wordt gemaakt als een beroep wordt gedaan op de percelenregeling. Een *voorafgaande* publicatieplicht voor de uitgezonderde percelen volgt in het geheel niet uit de aanbestedingsrichtlijn. De Europese Commissie licht zelfs in de Handleiding Werken toe: “De richtlijn is met andere woorden op dit perceel niet van toepassing, en het moet dan ook niet worden bekendgemaakt, terwijl dit voor de andere twee percelen verplicht is.”¹⁴ Daarbij komt dat in de Richtlijn 2014/24/EU het woord ‘gelijktijdig’ is komen te vervallen waardoor de opdrachten sowieso niet meer gelijktijdig hoeven te worden geplaatst (= aangekondigd en vervolgens gegund)¹⁵ om gebruik te kunnen maken van de percelenregeling, zodat ook daaruit geen verplichting volgt om de uitgezonderde percelen (gelijktijdig met de overige percelen) te publiceren.¹⁶ Dit neemt niet weg dat dit wel aan te bevelen is. Een verplichting tot publicatie van de percelen die met een beroep op de percelen-

12 Meesters, toelichting op art. 2.18 in: *Tekst&Toelichting Aanbestedingsrecht*, zesde druk; Brackmann en Verlinden-Bijlsma, commentaar op art. 2.18 in: *Sdu Commentaar Aanbestedingsrecht editie 2021*; Arrowsmith, *The law of Public and Utilities procurement*, volume 1, 3^{de} druk, par. 6-122.

13 Pijnacker Hordijk, Van der Bend, Van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht*, 4^{de} druk, p. 137.

14 Par. 2.2.1 Handleiding: Voorschriften van de gemeenschap inzake overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken bij Richtlijn 93/37/EEG (een voorloper van Richtlijn 2004/18/EG), waarin nog wel ‘gelijktijdig in afzonderlijke percelen worden geplaatst’ stond.

15 HvJ EU 15 maart 2012, C-574/10, Commissie/Duitsland, r.o. 46 en 48; Rb. Rotterdam, 2 april 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:2622, r.o. 4.13 en 4.14; Vrz. Rb. Zeeland-West-Brabant 1 mei 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2951.

16 Meesters, toelichting op art. 2.18 in: *Tekst&Toelichting Aanbestedingsrecht*, zesde druk.

regeling vrij *zijn gegund* is sowieso verplicht, zodat ondernemingen hier in rechte tegen op kunnen komen.¹⁷ Is een overeenkomst gegund in strijd met de percelenregeling, dan is de overeenkomst vernietigbaar.¹⁸

Conclusie en enkele vuistregels voor de praktijk

Heeft een aanbesteder voor ogen om een bouwwerk te laten realiseren, dan kan hij een in dit kader te verstrekken opdracht voor diensten niet met een beroep op de percelenregeling enkel- of meervoudig onderhands gunnen als de waarde van deze opdracht meer is dan de Europese drempelwaarde voor diensten. Dit zal hij Europees moeten aanbesteden. Daar waar in de praktijk opdrachten voor diensten die noodzakelijk zijn voor het te realiseren werk als losstaande opdrachten worden beschouwd heb ik in deze annotatie de vraag opgeworpen of dat correct is, en of deze niet tezamen met de realisatiewerkzaamheden als één overheidsopdracht voor werken moeten worden beschouwd, waarna deze diensten met gebruik van de percelenregeling voor elk maximaal € 80.000 (excl. btw) kunnen worden gegund.

mr. A. Stellingwerff Beintema
partner bij Maasdam Broers Fischer advocaten

93

(On)voldoende level playing field

Commissie van Aanbestedingsexperts
15 maart 2024, Advies 729

Belangenafweging. Gelijkheidsbeginsel. Level playing field.

[AanbW 2012 art. 1.8]

Aanbesteder heeft op 11 augustus 2023 een Europese openbare procedure aangekondigd voor een Raamovereenkomst met één ondernemer voor de levering en onderhoud van winterdienstmaterieel. Ondernemer klaagt dat één van de aspecten

van het gelijkheidsbeginsel, het level playing field, onvoldoende is geborgd door aanbesteder.

Toetsingskader

De Commissie overweegt dat aanbesteder ondernemers op gelijke wijze behandelt (art. 1.8 AanbW 2012). Dat betekent dat aanbesteder een gelijk speelveld dient te bewaken, dat in beginsel inhoudt dat aanbesteder de inschrijvers zoveel mogelijk in staat stelt een concurrerende inschrijving te doen. De plicht voor een aanbesteder om het gelijke speelveld te bewaken gaat niet zover gaat dat aanbesteder de verschillen tussen de concurrenten volledig moet neutraliseren.

Het beginsel van gelijke behandeling vereist een afweging van de betrokken belangen waarbij een geval van mogelijke bevoordeling in zijn context moet worden beoordeeld. Op aanbesteder rust de plicht 'passende maatregelen' te nemen om te voorkomen dat de mededinging binnen een aanbesteding wordt vervalst.

Beoordeling

Is sprake van een ongelijk speelveld?

Ondernemer klaagt in de kern over drie voordelen die de zittende leverancier geniet en, naar zijn mening, onvoldoende zijn weggenomen of gecompenseerd door aanbesteder.

(1) Inkoop van onderdelen. Andere leveranciers dan de zittende leverancier moeten de onderdelen die nodig zijn voor de revisie inkopen bij de zittende leverancier. De oplossing van aanbesteder om deze in te kopen bij een externe partij zou ontoereikend zijn omdat deze externe partij geen originele onderdelen inclusief bijbehorende vereiste garanties kan bieden.

(2) Onderdelenvoorraad. Andere leveranciers dan de zittende leverancier moeten gedurende een periode van 10 jaar een onderdelenvoorraad aanhouden van een merk dat zij niet zouden kunnen inzetten op andere opdrachten. De zittende leverancier zou deze onderdelen ook kunnen inzetten bij andere opdrachtgevers.

(3) Ombouwen vloot. Het routebegeleidingssysteem en het strooi-managementsysteem moet voor nieuw en gereviseerd winterdienstmaterieel hetzelfde zijn. Zittende leverancier zou een voordeel genieten, omdat het 'ombouwen' van het reeds bestaande systeem technisch gezien weliswaar niet absoluut onmogelijk zou zijn, maar hiervoor medewerking van de zittende leverancier

17 Art. 2.134 AanbW 2012.

18 Art. 4.15 lid 1 sub a AanbW 2012.