

Tender Nieuwsbrief Online 2024

Repeterende opdrachten: wanneer geldt een aanbestedingsplicht?

Auteur(s): mr. A. (Anke) Stellingwerff Beintem, Maasdam Broers Fischer advocaten

In de praktijk zijn er talloze opdrachten die steeds terugkeren. Denk aan opdrachten voor het verrichten van onderhoud aan bijvoorbeeld een voertuig, ingenieursdiensten, de inkoop van kantoorartikelen. De inkoper kan ervoor kiezen om deze in te kopen door middel van een raamovereenkomst. De inkoper kan er ook voor kiezen om steeds een losse opdracht te verstrekken. Dit is een vrije keuze. Stel de inkoper kiest voor het verstrekken van losse opdrachten, wanneer is er dan een Europese aanbestedingsplicht? In deze bijdrage geef ik duidelijkheid.

Wat staat er in de Aanbestedingswet 2012?

In artikel 2.17 Aanbestedingswet 2012 staat dat de aanbestedende dienst de waarde van een overheidsopdracht voor diensten als volgt bepaalt:

1. is er géén totale prijs vermeld en heeft de opdracht een looptijd die gelijk is aan of korter is dan 48 maanden: op de grondslag van de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd;
2. is er géén totale prijs vermeld en is de opdracht voor onbepaalde duur of heeft deze een looptijd die langer is dan 48 maanden: het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48.

In artikel 2.21 Aanbestedingswet 2012 staat daarentegen dat de aanbestedende dienst bij het bepalen van de waarde van overheidsopdrachten voor diensten die met een zekere regelmaat worden verricht, of die de aanbestedende dienst gedurende een bepaalde periode wil hernieuwen, kijkt naar – kort gezegd – de reële looptijd over 12 maanden bezien.

Wanneer is artikel 2.17 of artikel 2.21 Aanbestedingswet 2012 van toepassing?

Artikel 2.17 Aanbestedingswet 2012 ziet op de waarde van één overheidsopdracht die een langere looptijd heeft. Als sprake is van gedurende een bepaalde looptijd los verstrekte opdrachten die in economisch of technisch opzicht met elkaar samenhangen en waarbij reeds van meet af aan voorzienbaar is dat deze gedurende de looptijd worden verstrekt, dan zijn deze los verstrekte opdrachten aan te merken als één overheidsopdracht.¹ Dan moet dus worden gekeken naar de waarde van deze zogenoemd losse opdrachten over de betreffende looptijd bezien, gemaximeerd tot 48 maanden. Opdrachten die vanuit economisch noch technisch opzicht met elkaar samenhangen, of waarvan niet van meet af aan voorzienbaar is dat die worden verstrekt, hoeven dus niet in het kader van dit artikel bij elkaar opgeteld te worden om te bezien of de Europese drempelwaarde wordt overschreden. Opdrachten die onder dezelfde CPV-code vallen hangen niet per se in economisch of technisch opzicht met elkaar samen.

Artikel 2.21 Aanbestedingswet 2012 ziet in tegenstelling tot artikel 2.17 Aanbestedingswet 2012 niet op de waarde van één overheidsopdracht, maar op de waarde van meerdere *soortgelijke opeenvolgende* overheidsopdrachten die met zekere regelmaat worden verricht. Dit artikel ziet niet op opdrachten die echt volledig op zichzelf staan en uniek zijn.² Dit artikel ziet dus op soortgelijke opdrachten die elkaar opvolgen, maar waarvan niet op voorhand voorzienbaar was dat de opvolgende opdracht zou worden verleend. Is bij het verstrekken van de eerste opdracht wel te voorzien dat ook de opvolgende opdracht wordt verleend, dan vallen de betreffende losse opdrachten tezamen onder de berekeningswijze van artikel 2.17 Aanbestedingswet 2012 (er is dan sprake van één overheidsopdracht).

In dit kader is overigens tevens relevant dat niet alle opdrachten die onder dezelfde CPV-code vallen per se 'soortgelijk' zijn. Een opdracht tot het verstrekken van arbeidsrechtelijk advies is immers niet soortgelijk aan het verstrekken van een opdracht tot verstrekking van aanbestedingsrechtelijk advies, terwijl het wel onder dezelfde CPV-code 'juridisch advies en juridische vertegenwoordiging' valt.

Hoe wordt de waarde berekend?

In het geval dat artikel 2.21 Aanbestedingswet 2012 van toepassing is, zijn er twee methoden om de waarde te berekenen (en dus te berekenen of met het verstrekken van de betreffende soortgelijke opeenvolgende



opdracht de Europese drempelwaarde wordt overschreden).

De eerste methode is dat – op het moment dat een soortgelijke opvolgende opdracht wordt geplaatst – wordt gekeken naar het *reële (werkelijke)* bedrag van de soortgelijke opeenvolgende opdrachten die reeds zijn geplaatst in ofwel (i) het voorafgaande boekjaar, ofwel (ii) de voorafgaande 12 maanden. Valt er te verwachten dat in de 12 maanden volgende op de eerst geplaatste opdracht in de reeks opvolgende soortgelijke opdrachten wijzigingen in hoeveelheid of waarde optreedt, dan moet een correctie worden toegepast.

De tweede methode is dat – op het moment dat de soortgelijke opvolgende opdracht wordt geplaatst – wordt gekeken naar de *geraamde* waarde van de soortgelijke opeenvolgende opdrachten die worden geplaatst volgend op de eerst geplaatste opdracht ofwel (i) gedurende 12 maanden ofwel (ii) gedurende het boekjaar als dat boekjaar langer is dan 12 maanden.

De keuze tussen deze waarderingsmethoden mag niet ten doel hebben de aanbestedingsplicht te ontduiken. Dus als een van de methoden uitkomt op een waarde boven de Europese drempelwaarde, dan geldt een Europese aanbestedingsplicht.

Enkele voorbeelden

Voorgaande wordt hierna aan de hand van enkele voorbeelden toegelicht.

Voorbeeld 1

De aanbestedende dienst heeft een aantal bedrijfswagens van hetzelfde merk gekocht. Deze worden door de merkdealer onderhouden. De aanbestedende dienst geeft per onderhoudsbeurt steeds een losse opdracht tot het uitvoeren van het onderhoud, en in voorkomend geval opvolgend een opdracht tot het uitvoeren van benodigde reparaties. In economisch en technisch opzicht staan opdrachten die zien op voertuig 1 in mijn optiek los van opdrachten die zien op voertuig 2 (tenzij de aanbestedende dienst een kwantumkortingsdeal met de merkdealer is overeengekomen die niet is vervat in een raamovereenkomst). De opdrachten die zien op voertuig 1 hoeven dus niet te worden opgeteld bij de opdrachten die zien op voertuig 2. Het zijn weliswaar soortgelijke opdrachten, maar het zijn geen soortgelijke *opeenvolgende* opdrachten. Stel dat voor voertuig 1 eerst opdracht voor een onderhoudsbeurt wordt gegeven en vervolgens naar aanleiding daarvan voor een reparatiebeurt, dan moeten deze opdrachten wel uit hoofde van artikel 2.21 Aanbestedingswet 2012 bij elkaar worden opgeteld. De reparatieopdracht was niet voorzienbaar, maar is wel soortgelijk en wordt opvolgend verstrekt. Ditzelfde geldt naar mijn mening ook voor andere reparatieopdrachten die volgen gedurende 12 maanden na de onderhoudsopdracht. Om tot een geraamde waarde te komen zou de aanbestedende dienst onderzoek moeten doen wat de onderhoudskosten en reparatiekosten in één jaar gemiddeld gezien zijn voor het betreffende voertuig van die leeftijd.

Voorbeeld 2

De aanbestedende dienst geeft een ingenieursbureau opdracht tot inhuur van een projectleider voor project 1 voor de duur van 8 maanden. Daarna geeft de aanbestedende dienst het ingenieursbureau opnieuw opdracht tot inhuur van de betreffende projectleider voor hetzelfde project voor de duur van 2 maanden. En voorts geeft de aanbestedende dienst het ingenieursbureau opnieuw opdracht tot inhuur van de betreffende projectleider voor hetzelfde project voor de duur van 5 maanden. Dit zijn losse overheidsopdrachten. Immers, niet van meet af aan was voorzienbaar dat deze opdrachten gedurende deze termijn zouden worden verstrekt. Deze opdrachten zijn soortgelijk en worden opeenvolgend verstrekt ten aanzien van hetzelfde project. Daarmee staan de opdrachten niet op zichzelf. De waarde van deze opdrachten moet dus bij elkaar worden opgeteld, over 12 maanden bezien. Gelet op artikel 2.21 sub b Aanbestedingswet 2012 (waarbij gerekend wordt vanaf het moment van de eerste dienstverlening) betekent dit dus dat een gedeelte van de totale waarde niet meegenomen hoeft te worden in de berekening of de Europese drempelwaarde wordt overschreden. NB: Was wel van meet af aan voorzienbaar dat de opdrachten gedurende deze termijn zouden worden verstrekt, dan is sprake van één overheidsopdracht en moet conform artikel 2.14 en artikel 2.17 Aanbestedingswet 2012 naar de waarde over de totale looptijd worden gekeken.

Voorbeeld 3

De aanbestedende dienst geeft ingenieursbureau A opdracht tot inhuur van een projectleider voor de duur van 8 maanden. De projectleider gaat na ommekomst van de opdracht uit dienst bij het ingenieursbureau, en treedt in dienst bij ingenieursbureau B. Daarna geeft de aanbestedende dienst ingenieursbureau B opdracht tot inhuur van de betreffende projectleider voor hetzelfde project voor de duur van 2 maanden. En voorts geeft de aanbestedende dienst ingenieursbureau B opnieuw opdracht tot inhuur van de betreffende projectleider voor hetzelfde project voor de duur van 5 maanden. Dit zijn losse overheidsopdrachten. Immers, niet van meet af aan was voorzienbaar dat deze opdrachten gedurende deze termijn zouden worden verstrekt. Deze

opdrachten zijn soortgelijk en worden opeenvolgend verstrekt ten aanzien van hetzelfde project. Dat het om twee verschillende opdrachtnemers gaat is niet relevant. Daarmee staan de opdrachten niet op zichzelf. De waarde van deze opdrachten moet dus bij elkaar worden opgeteld, over 12 maanden bezien. Dit laatste betekent dus (gelet op artikel 2.21 sub b Aanbestedingswet 2012 waarbij gerekend wordt vanaf het moment van de eerste dienstverlening) dat een gedeelte van de totale waarde niet meegenomen hoeft te worden in de berekening of de Europese drempelwaarde wordt overschreden. NB: Was wel van meet af aan voorzienbaar dat de opdrachten gedurende deze termijn zouden worden verstrekt, dan is sprake van één overheidsopdracht en moet naar de waarde over de totale looptijd worden gekeken.

Voorbeeld 4

De aanbestedende dienst geeft een ingenieursbureau opdracht tot inhuur van een projectleider voor project 1 voor de duur van 8 maanden. De aanbestedende dienst geeft hetzelfde ingenieursbureau een losse resultaatgerichte opdracht voor het verstrekken van advies over project 2. Een andere afdeling van de gemeente geeft hetzelfde ingenieursbureau opdracht tot inhuur van een projectleider voor project 3 voor de duur van 5 maanden. Het gaat hier om op zichzelf staande en unieke opdrachten, en dus niet om soortgelijke opeenvolgende opdrachten. De waarde hoeft dus niet bij elkaar te worden opgeteld.

Spendanalyse

Bij sommige inkopers en accountants leeft de gedachte dat gekeken moet worden naar (i) wat de spend is over 48 maanden bezien bij één opdrachtnemer, of (ii) wat de spend is op basis van de CPV-code over 48 maanden bezien bij alle opdrachtnemers, om te bepalen of de Europese drempelwaarde is overschreden en er onrechtmatig is gehandeld. Deze gedachtegang is, zoals uit het voorgaande volgt, niet juist. Een nadere analyse op grond van de bovengenoemde berekeningswijzen is absoluut vereist.

Raamovereenkomst

Het voorgaande staat los van de vraag hoe de waarde van een raamovereenkomst moet worden berekend waaronder overheidsopdrachten voor dienstverlening worden verstrekt. In dat geval moet worden gekeken naar de totale waarde van de onder de raamovereenkomst te verstrekken overheidsopdrachten voor dienstverlening gedurende de gehele looptijd van de overeenkomst inclusief opties tot verlenging.³

Conclusie

Om te berekenen of losse opdrachten Europees aanbestedingsplichtig zijn, moet het volgende stappenplan worden gevolgd:

- *Stap 1:* Hangen de opdrachten in economisch of technisch opzicht met elkaar samen, en waren deze voorzienbaar? Dan is sprake van één opdracht, waarvan de gehele waarde moet worden genomen over maximaal 48 maanden bezien.
- *Stap 2:* Volgen er op de opdrachtverstrekking één of meerdere niet op voorhand voorzienbare soortgelijke opdrachten, dan moet worden gekeken naar de waarde van deze opdrachten over de periode van 12 maanden bezien.

Komt de aldus berekende waarde boven de Europese drempelwaarde uit, dan zijn de opdrachten Europees aanbestedingsplichtig.

Of het vanuit inkooperspectief verstandig is om steeds losse opdrachten te verstrekken is uiteraard de vraag. Een raamovereenkomst ligt veelal eerder in de rede.

1. Zie artikel 2.14 Aanbestedingswet 2012. Zie HvJ van de EU van 5 oktober 2000, zaak C-16/98, Commissie/Frankrijk. In dat arrest ging het weliswaar om een werk, maar het denkkader is voor wat betreft leveringen en diensten hetzelfde, zo blijkt uit Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 13 januari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:122, ro. 3.12. Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 april 2024, ECLI:NL:GHSHE:2024:1284.

2. Vgl. standpunt beklagde in advies 298 CvAE (randnr. 4.4) en zie de letterlijke tekst in de Nederlandse, Engelse en Duitse versie van de richtlijn 2014/24/EU.

3. Artikel 2.15 lid 3 Aanbestedingswet 2012

