



Aanbesteding opknippen riskant

Voorwaarden Europees aanbesteden nog eens op een rij

Europese aanbesteden is complexer dan nationaal of lokaal aanbesteden. Opdrachtgevers hebben dit goed door. Veel opdrachtgevers knippen hun opdracht op of halen er stukken uit om Europees aanbesteden te omzeilen. Het is belangrijk is om te weten dat, als een opdracht in beginsel voldoet aan de voorwaarden voor Europees aanbesteden, de opdrachtgever zijn opdracht volgens de wet niet mag opknippen! In de praktijk is gebleken dat de rechter of mededingingsautoriteiten opdrachtgevers tot vele jaren na dato nog op de vingers kunnen tikken. Dus opdrachtgevers, pas op uw tellen! Juriste Anja van den Borne zet de spelregels rond Europees, nationaal en lokaal aanbesteden nog eens voor u uiteen.

Auteur: Mr. Anja van den Borne

Een groot aantal opdrachten in de sportbranche wordt niet Europees aanbesteed, omdat niet voldaan wordt aan de voorwaarden voor het Europees aanbesteden. Dat kan prima, omdat veel van de opdrachten vaak onder de drempelwaarde vallen. In sommige gevallen is Europees aanbesteden wel vereist, met name bij het realiseren van een sportcomplex of sportpark van enige omvang. In dit artikel besteed ik aandacht aan de voorwaarden rond Europees aanbesteden en bespreek ik de zaken die belangrijk zijn voor de branche.

Een verplichting tot Europese aanbesteding ontstaat in beginsel, als aan drie voorwaarden voldaan is en er geen sprake is van een uitzondering. Het betreft de volgende voorwaarden: er dient sprake te zijn van (1) één aanbestedende dienst, (2) één overheidsopdracht voor werken, leveringen of diensten; (3) een waarde die gelijk is aan of groter is dan de Europese drempelwaarde. Deze voorwaarden zullen hierna worden besproken. De uitzonderingen staan in het Bao (Besluit Aanbesteden Overheidsopdrachten) en zal ik in dit artikel niet bespreken.

1)Aanbestedende dienst

Als aanbestedende dienst worden beschouwd (artikel 1, sub r Bao):

- de staat;
- een provincie;
- een gemeente;
- een waterschap;
- een samenwerkingsverband van deze overheden;
- een publiekrechtelijke instelling.

Een groot aantal opdrachten in de sportbranche, bijvoorbeeld de realisatie van een of meer sportvelden, betreft geen Europese aanbestedingen

Wat moeten we onder publiekrechtelijke instelling te verstaan?

Een instelling die als specifiek doel heeft om te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:

1. In hoofdzaak de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling de activiteiten financiert; of
2. De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling toeziet op het beheer; of
3. De leden van het bestuur, het leidinggevend orgaan of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of andere publiekrechtelijke instellingen worden vertegenwoordigd. Bijlage III, behorende bij de Richtlijn, onderscheidt een lijst van publiekrechtelijke instellingen naar lidstaat. Voor Nederland zijn dat bijvoorbeeld de Nederlandsche Bank, Academische ziekenhuizen en Staatsbosbeheer.

Het bovenvermelde criterium 'opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang, niet zijnde van industriële of commerciële aard' blijkt namelijk niet altijd eenvoudig te duiden. De gerechtshoven in Breda en Den

Bosch oordeelden verschillend over een Bredaas ziekenhuis. Ze waren het erover oneens of dit nu een commercieel bedrijf betrof of een publiekrechtelijke instelling.

Wanneer de gemeente een opdracht aanbesteedt, is zij op grond van het Bao aan te merken als aanbestedende dienst. Is het geraamde bedrag van de aan te besteden opdracht gelijk of hoger dan het drempelbedrag? Dan zal de gemeente de opdracht Europees moeten aanbesteden. De sportvereniging die geheel zelfstandig (en derhalve financieel ontvankelijk is) en bijvoorbeeld sportvelden laat aanleggen, is niet aan te merken als aanbestedende dienst en hoeft het werk niet Europees aan te besteden. Indien bijvoorbeeld een gemeente grotendeels de sportvereniging financiert, of er sprake is van grote bemoeienis door een gemeente, dan kan het zo zijn dat de sportvereniging aan te merken is als publiekrechtelijke instelling en is aan de overige voorwaarden voldaan, dan moet zij de opdracht Europees aanbesteden.

2) Overheidsopdracht?

Overheidsopdrachten zijn opdrachten onder bezwarende titel tussen een of meer aanbestedende diensten en een of meer ondernemers met betrekking tot de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten (artikel 1, sub h-k Bao).

Alle opdrachten die een overheid of publiekrechtelijke instelling verstrekt, vallen hieronder. Daarbij is niet van belang of het gaat om een opdracht die een algemeen belang dient of dat het gaat om een opdracht die de aanbestedende dienst voor eigen behoefte verstrekt. Onder 'bezwarende titel' dient te worden verstaan 'tegen een op geld waardeerbare tegenprestatie'. Hiervan is sprake indien de aanbestedende dienst voor het uitgevoerde werk, de verrichte dienst of het geleverde product rechtstreeks aan de ondernemer betaalt.

3) Drempelwaarde

Voor toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijnen is een van de belangrijkste vereisten dat de waarde van de overheidsopdracht gelijk is aan of groter dan een bepaalde drempelwaarde. De drempelwaarden gaan uit van een bedrag exclusief omzetbelasting. In artikel 7 Bao zijn de belangrijkste Europese drempelwaarden voor decentrale overheden vastgelegd. De drempelbedragen worden iedere twee jaar door de Europese Commissie bekeken en opnieuw vastgesteld aan de hand van de gemiddelde dagwaarde van de euro. De Europese Commissie heeft de nieuwste drempelbedragen voor de periode 2008-2009 vastgesteld. De belangrijkste drempelwaarden blijken uit de tabel.

De drempelbedragen worden iedere twee jaar door de Europese Commissie bekeken en opnieuw vastgesteld aan de hand van de gemiddelde dagwaarde van de euro

Bij werken geldt de totale waarde van de opdracht (bijv. een complex, een parkeerplaats, of kunstgrasveld), inclusief de waarde van de bijbehorende leveringen en diensten. Mocht sprake zijn van een overheidsopdracht waarbij geen totale prijs is vermeld en die een vaste looptijd heeft die gelijk is aan of korter dan 48 maanden, dan geldt de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd. Wanneer er echter sprake is van overheidsopdrachten waarvoor geen totaalprijs is vermeld en die voor onbepaalde duur zijn afgesproken of een looptijd hebben

	Centrale Overheid	Decentrale Overheid en publiekrechtelijke instellingen
Werken	€ 5.150.000	€ 5.150.000
Diensten	€ 133.000 *	€ 206.000
Leveringen	€ 133.000	€ 206.000

Drempelwaarden overheidsopdrachten 2008-2009



langer dan 48 maanden, dient voor de raming het maandelijkse bedrag te worden vermenigvuldigd met 48. In de praktijk blijkt deze regel omgekeerd te worden gebruikt, namelijk dat er standaard wordt uitgegaan van opdrachten met een looptijd van 48 maanden. Dit is in de meeste gevallen ook een juiste benadering. Het gevolg is wel dat de opdracht na 48 maanden opnieuw aanbesteed dient te worden.

Gemeenten en ook sportverenigingen zullen ten aanzien van de opdrachten zelf moeten beoordelen of zij een opdracht al dan niet Europees moeten aanbesteden

Sportbranche

Gemeenten en ook sportverenigingen zullen ten aanzien van de opdrachten zelf moeten beoordelen of zij een opdracht al dan niet Europees moeten aanbesteden. Indien aan bovenvermelde voorwaarden is voldaan moet het werk, de dienst of de levering Europees worden aanbesteed, tenzij er sprake is van een van de uitzonderingsituaties welke zijn vermeld in het Bao. Is er voor de gemeente of de sportvereniging -indien is

voldaan aan de voorwaarden- nog een mogelijkheid om niet Europees te hoeven aanbesteden, door bijvoorbeeld de opdracht in verschillende opdrachten op te knippen? Nee, het knippen van opdrachten om daarmee de Europese aanbestedingsplicht te ontduiken is verboden.

Anja van den Borne, de auteur van dit artikel, is advocaat bij Holland Van Gijzen Advocaten en Notarissen LLP in Eindhoven. Wanneer u een vraag heeft over een juridisch onderwerp dat in een volgend nummer van Fieldmanager kan worden besproken, kunt u direct contact opnemen met haar via telefoonnummer 040-2626450 of anja.van.den.borne@hollandlaw.nl.



Spelregels aanbesteden

De regels omtrent het Europees aanbesteden zijn vastgelegd in een Europese Aanbestedingsrichtlijn voor werken, leveringen en diensten (2004/18/EG) en een Europese Aanbestedingsrichtlijn voor speciale sectoren (2004/17/EG). Deze twee Richtlijnen zijn in 2005 omgezet naar Nederlands recht en staan onder andere in het Besluit aanbestedingsregels voor overheidsopdrachten (Bao).

Daarnaast kan, als het gaat om de uitvoering van werken, het Aanbestedingsreglement Werken 2005 (ARW 2005) gelden. Zowel voor Europese aanbestedingen als voor nationale aanbestedingen bevat het ARW 2005 een actueel procedurereglement. Het ARW 2005 biedt naast Europese aanbestedingsregels ook een uitgebreide regeling voor nationale aanbestedingen. De vier bouwministeries (VROM, V&W, Financiën en LNV) zijn overigens verplicht het ARW 2005 toe te passen. Andere overheden kunnen het ARW 2005 op vrijwillige basis hanteren. Dit gebeurt in de praktijk op grote schaal. In de sportbranche hanteren vele partijen, zoals gemeenten bij de aanleg van sportvelden, het ARW 2005 ook.