

## *praktijkvraag*

### **Gedurende looptijd contractwaarde boven Europese drempel?**

#### **Vraag:**

Onze gemeente heeft een opdracht uitgezet aan een bedrijf voor het verlenen van een dienst. Omdat de waarde destijds onder het drempelbedrag lag, is niet Europees aanbesteed. Echter, als de ondernemer doorgaat met zijn werkzaamheden dan stijgt de waarde van de opdracht boven de Europese drempelwaarde. Welk risico lopen wij en moeten wij alsnog aanbesteden?

#### **Antwoord:**

Wanneer een decentrale overheid bij een niet eerder Europees aanbesteed contract gedurende de looptijd wordt geconfronteerd met een waardevermeerdering van het contract tot boven de Europese aanbestedingsdrempel zonder het totaalcontract Europees aan te besteden, loopt deze overheid het risico van overtreding van de aanbestedingsregels.

De regels die gelden rondom waardeberekening van Europees aanbestedingsplichtige opdrachten staan beschreven in ons [Veelgestelde vragen Bao-overzicht](#) (vraag 6).

Uit artikel 9 lid 1 van Richtlijn 2004/18 blijkt dat de berekening van de waarde van de opdracht gebaseerd dient te zijn op het totale bedrag, zoals geraamd door de aanbestedende dienst. Bij deze berekening dient rekening te worden gehouden met het geraamde totaalbedrag, met inbegrip van de eventuele opties en eventuele verlengingen van het contract. Uit lid 2 blijkt dat de raming moet gelden op het tijdstip van verzending van de aankondiging of het moment waarop de procedure voor gunning van de opdracht wordt ingeleid. Lid 3 stelt dat een opdracht niet mag worden gesplitst om deze te onttrekken van toepassing van de Richtlijn.

Artikel 7 van de Richtlijn stelt dat de Richtlijn van toepassing is op opdrachten boven de drempelwaarde.

#### *Risico's*

Het uitgangspunt voor de raming is derhalve een reële waardebeoordeling ten tijde van aankondiging of inleiding van de aanbestedingsprocedure. Het risico van een onjuiste waardebeoordeling en de beslissing om daar al dan niet een Europese aanbestedingsprocedure ingevolge de aanbestedingsrichtlijn bij te voeren, ligt bij de aanbestedende dienst. Zie hierover ook de latere opmerkingen over veiligheidshalve aanbesteden.

Het is van belang dat een aanbestedende dienst hard kan maken dat de oorspronkelijke raming een reële waardebeoordeling betrof en dat op grond van die raming is besloten tot niet toepasselijkheid van de Richtlijn. Een aanbestedende dienst staat dan namelijk sterker dan wanneer benadeelde concurrenten -die de opdracht die niet is aanbesteed missen- naar de rechter zouden stappen en kunnen aantonen dat de aanbestedende dienst evident en doelbewust laag heeft geraamd om onder werking van de Richtlijn uit te komen.

Ten aanzien van een eventuele schadeplichtigheid jegens potentieel benadeelden die procederen tegen een aanbestedende dienst omdat deze een opdracht die (achteraf) qua waarde net wel Europees aanbesteed had moeten worden maar dat niet is, kan het ten opzichte van nationale (potentiële) inschrijvers uitmaken wanneer de aanbestedende dienst bijvoorbeeld wel een nationale (openbare) aanbestedingsprocedure heeft uitgeschreven, waarop partijen hadden kunnen inschrijven. Hun eventuele argument dat een aanbestedende dienst de toegang tot de opdracht heeft belemmerd door niet aan te besteden is dan immers onterecht.

Voor Europese concurrenten die tegen een aanbestedende dienst zouden willen ageren wegens niet naleving van de Europese aanbestedingsrichtlijn geldt dat in de praktijk hun eventuele schade door het mislopen van een opdracht niet minder zal zijn doordat nationaal wel een mogelijkheid is gepubliceerd om in te schrijven op de oorspronkelijke opdracht. Immers, de kans is groot dat deze mogelijkheid -omdat deze niet Europees is geboden - door hen is gemist.

#### **Reacties en disclaimer:**

Van de informatie in dit document mag onbeperkt gebruik worden gemaakt, mits de bron wordt vermeld. Opmerkingen over de inhoud en suggesties voor aanvullingen zijn van harte welkom op [info@europadecentraal.nl](mailto:info@europadecentraal.nl). Aan dit document is de grootst mogelijke zorg besteed, maar Europa decentraal kan niet instaan voor de juistheid van de informatie en aanvaardt geen aansprakelijkheid voor mogelijke vervolgschade door het gebruik ervan.

## *praktijkvraag*

### *Alsnog aanbesteden?*

Uw vraag of de gemeente nu alsnog zou moeten aanbesteden hangt niet alleen samen met de vraag of de Europese drempelwaarde (aanzienlijk) wordt overschreden en in hoeverre de allereerste waardering een reële waardebeoordeling betreft, maar hangt ook samen met bovenstaande risicoafwegingen of partijen zullen gaan procederen tegen de aanbestedende dienst en met welke argumenten.

Formeel gezien zal bij een reëel geschatte totale waarde (allereerste opdracht inclusief eventuele verlengingen of opties) boven de 206.000 euro een dienstenopdracht met inachtnaam van de Europese aanbestedingsrichtlijn aanbesteed moeten worden. In de praktijk blijken aanbestedende diensten bij twijfel of dichte benadering van het Europese drempelbedrag ook vaak 'veiligheidshalve' te kiezen voor een Europese aanbestedingsprocedure. Ook wordt steeds vaker voor opdrachten die onder de Europese drempelbedragen vallen enige aanbestedingsverplichting aangenomen. Zie voor meer informatie hierover ook [http://www.europadecentraal.nl/menu/359/EG\\_Verdragsbeginselen.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/359/EG_Verdragsbeginselen.html) <http://www.europadecentraal.nl/menu/498/Aanbestedingswet.html> en [http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/42\\_Toe\\_passelijke\\_aanbestedingsregime\\_bij\\_IIB\\_diensten.pdf](http://www.europadecentraal.nl/documents/productendiensten/praktijkvragen/aanbestedingen/42_Toe_passelijke_aanbestedingsregime_bij_IIB_diensten.pdf)

### *Directe gunning van aanvullende of herhalingsopdracht?*

Tot slot wijzen wij op de bepalingen in artikel 31 van de Richtlijn (mogelijkheid tot het voeren van een onderhandelingsprocedure zonder voorafgaande bekendmaking) in het geval van zogenaamde aanvullende leveringen-, diensten- en werken opdrachten, alsmede voor zogenaamde herhalingsopdrachten voor werken en diensten.

Voorstelbaar is dat u bijvoorbeeld een eerste dienstenopdracht ter waarde van bijvoorbeeld 200.000 euro al hebt vergeven (niet Europees aanbesteed). Wanneer u nu met een toegevoegde opdracht van bijvoorbeeld 100.000 euro komt (derhalve samen 300.000 euro, ruim boven de drempel derhalve) geeft de Richtlijn voor zogenaamde aanvullende of herhalingsopdrachten een expliciete regeling en voorwaarden voor gunning aan dezelfde dienstverlener. Het gaat daarbij echter wel om opdrachten die gerelateerd zijn aan de oorspronkelijke overheidsopdracht die onder de werkingssfeer van de Europese Richtlijn valt en daaronder reeds (in het geval van een herhalingsdienst Europees (niet) openbaar) werd aanbesteed.

Indien de eerste opdracht nationaal werd aanbesteed zal voor de eventueel aangewezen aanbestedingsprocedure voor de toegevoegde opdracht ook naar het nationaal regime (nu nog: aanbestedingsbeleid decentrale overheid; wellicht in toekomst ook nationale regelgeving) gekeken dienen te worden en kan dus niet zonder meer met een beroep op artikel 31 van de richtlijn de toegevoegde opdracht direct aan dezelfde dienstverlener worden gegund.

### *Conclusie*

Conclusie blijft dat wanneer de totale omvang van de opdracht (inclusief opties en verlengingen) boven de drempelwaarde komt, de gemeente door niet Europees aan te besteden het risico loopt het verwijt te krijgen in strijd met (o.a. artikel 7 en 9 van) de Richtlijn te handelen. Indien –zoals in uw casus- gedurende de looptijd van het contract een waardevermeerdering van de opdracht optreedt en de aanbestedende dienst naar aanleiding hiervan een opdracht (opnieuw of aangepast) zou vergeven aan hetzelfde bedrijf zonder hard te kunnen maken dat de oorspronkelijke raming een reële waardebeoordeling betrof en zonder toepassing van de Europese aanbestedingsrichtlijn, zou het geheel van de opdracht boven de Europese drempelwaarde komen en zou de betreffende (volledige) opdracht dus Europees aanbestedingsplichtig zijn. Het direct vergeven van de toegevoegde opdracht aan dezelfde ondernemer zou voor de betreffende aanbestedende dienst dus een schending van de Europese aanbestedingsrichtlijn meebrengen.