



WHITEPAPER

# De aanbestedings- plicht onder de drempelbedragen

AUTEUR

mr. Menno de Wijs, DeClercq Advocaten

# Inleiding

De Europese drempelbedragen zijn in onderstaand schema weergegeven. Wanneer de waarde van een opdracht deze drempelwaarden overstijgt, dient de opdracht (in beginsel) Europees te worden aanbesteed. Hoofdstuk 2 van de Aanbestedingswet is dan van toepassing, tenzij één of meer van de specifieke uitzonderingen op de aanbestedingsplicht gelden.

Wat echter als de waarde van de opdracht (aanzienlijk) lager ligt? Mag de opdracht dan altijd enkelvoudig onderhands worden gegund?

## Juridisch kader

Onder de drempelwaarde?

De huidige drempelbedragen<sup>1</sup> zijn weergegeven in onderstaand schema:

<b>Drempelwaarden 2018 &amp; 2019</b>	
<b>Klassieke overheid (richtlijn 2014/24/EU)</b>	<b>Euro</b>
Werken	5.350.000
Leveringen	
• decentrale overheid	214.000
• centrale overheid	139.000
Diensten	
• decentrale overheid	214.000
• centrale overheid	139.000
Overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten	750.000
Prijsvragen algemeen	
• decentrale overheid	214.000
• centrale overheid	139.000
Voor meer dan 50% door aanbestedende diensten gesubsidieerde werken	5.350.000
Voor meer dan 50% door aanbestedende diensten gesubsidieerde diensten die verband houden met werken	214.000
<b>Concessieopdrachten (richtlijn 2014/23/EU)</b>	
Concessie voor diensten en openbare werken	5.350.000
<b>Speciale sectorbedrijven (richtlijn 2014/25/EU)</b>	
Opdrachten voor leveringen en diensten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten	428.000
Opdrachten voor werken in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten	5.350.000
<b>Defensieopdrachten (richtlijn 2009/81/EG)</b>	
Opdrachten voor leveringen en diensten op defensie-en veiligheidsgebied	428.000
Opdrachten voor werken op defensie en veiligheidsgebied	5.350.000

Anders dan hoofdstuk 2 van de Aanbestedingswet, dat pas van toepassing is bij opdrachten boven de drempelwaarde, geldt dat hoofdstuk 1 ook van toepassing is (voor aanbestedende diensten) indien de waarde van de opdracht onder de drempelwaarde ligt.

In hoofdstuk 1 is het zogenaamde proportionaliteitsbeginsel opgenomen. Dit brengt mee dat de aanbestedende dienst bij de voorbereiding van een overeenkomst uitsluitend eisen,

<sup>1</sup> Staatscourant 2019, [70453](#).

voorwaarden en criteria aan de inschrijvers en de inschrijvingen mag stellen die in een redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht (art. 1.10, 1.13 en 1.16 Aw).<sup>2</sup>

In de Aanbestedingswet is niet uitgewerkt wanneer dat het geval is. Daarom is in lid 3 van artikel 1.10 (en tevens in 1.13 en 1.16) bepaald dat een richtsnoer kan worden aangewezen. Dit richtsnoer is aangewezen in artikel 10 Aanbestedingsbesluit: de Gids Proportionaliteit.

### **De Gids Proportionaliteit**

Het proportionaliteitsbeginsel brengt mee dat opdrachten onder de aanbestedingsdrempel niet altijd enkelvoudig onderhands (1 op 1) gegund mogen worden. In sommige gevallen geldt dat toch een bepaalde aanbestedingsplicht geldt. Zo bevat de Gids Proportionaliteit voorschrift 3.4A<sup>3</sup>:

*De aanbestedende dienst beziet per opdracht welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is, daarbij slaat hij in ieder geval acht op de volgende aspecten:*

- *omvang van de opdracht;*
- *transactiekosten voor de aanbestedende dienst en de inschrijvers;*
- *aantal potentiële inschrijvers;*
- *gewenst eindresultaat;*
- *complexiteit van de opdracht;*
- *type van de opdracht en het karakter van de markt.*

Ook bij opdrachten waarvan de waarde lager is dan de drempelwaarde, kan als gevolg van het Proportionaliteitsbeginsel een aanbestedingsprocedure noodzakelijk zijn.

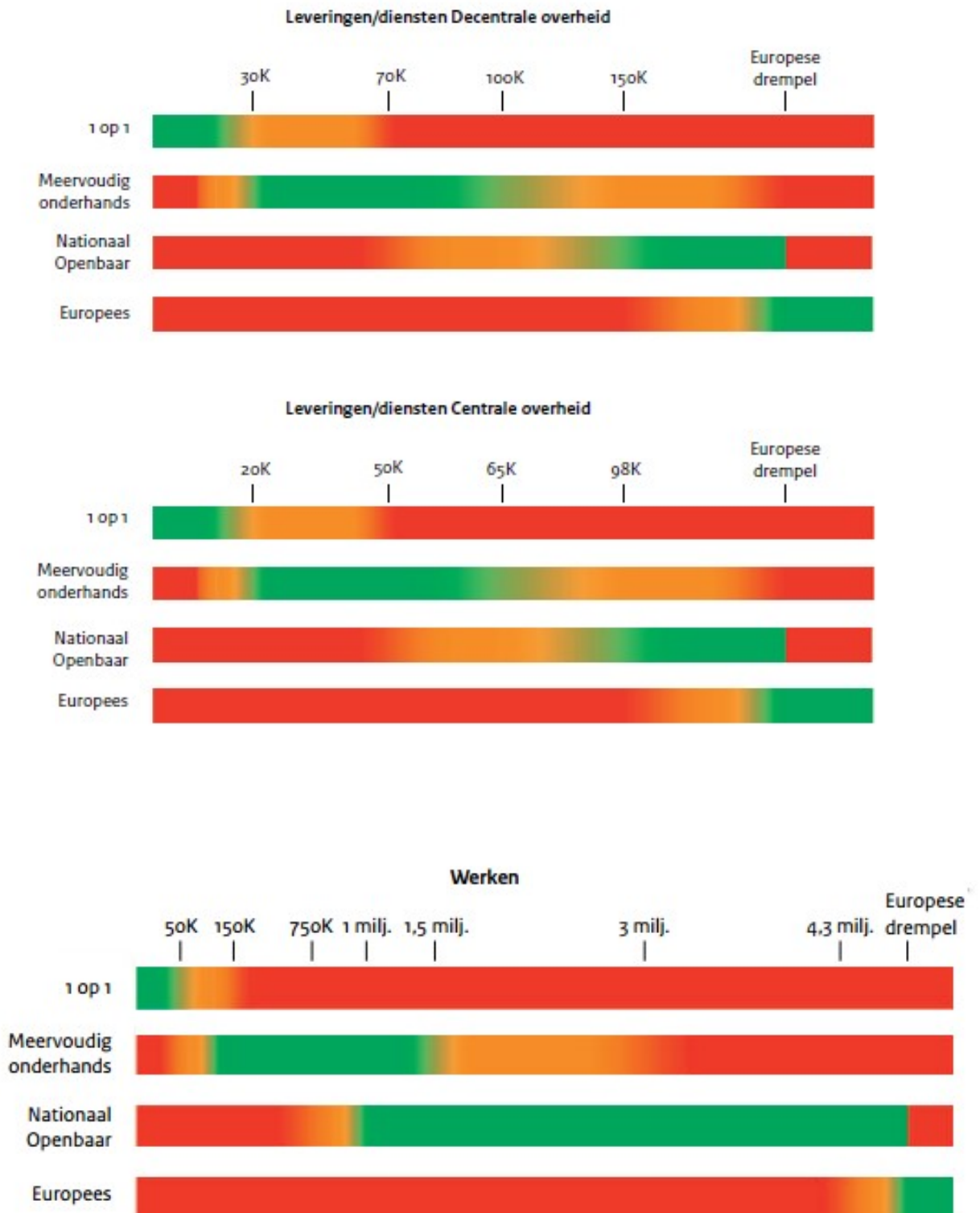
---

<sup>2</sup> Daarnaast gelden op grond van deel 1 bij de voorbereiding van een aanbesteding onder andere het beginsel van gelijke behandeling, het transparantiebeginsel, het verbod op onnodige samenvoeging van opdrachten en het bevoordelingsverbod.

<sup>3</sup> Welk voorschrift overigens niet is gewijzigd bij de 2e herziening van de Gids Proportionaliteit die 1 januari 2020 in werking is getreden.

## Schema

Wanneer is dat het geval? De Gids Proportionaliteit biedt hulp met een verhelderend schema. Dit schema legt een verband met de waarde van een opdracht.



Uit dit schema kan onder andere worden opgemaakt dat voor opdrachten met een waarde van meer dan € 70.000,- (€ 50.000 voor centrale overheden) de opdracht meervoudig onderhands moet worden aanbesteed. Daarbij geldt het principe 'comply or explain'. De betreffende procedure moet worden gevolgd, tenzij de aanbestedende dienst gemotiveerd kan aangeven waarom en in hoeverre een afwijkende handelwijze voor de betreffende situatie gerechtvaardigd is. Afwijken mag dus niet zonder goede grond.

Ten aanzien van centrale overheden wordt nog gewezen op de circulaire 'Grensbedragen voor procedures Aanbestedingswet 2012 onder de drempelwaarde' van 1 september 2015.<sup>4</sup> Hierin is met een schema aangegeven welke procedure in een concreet geval de aangewezen procedure is. De circulaire sluit grotendeels aan bij de hiervoor opgenomen schema's uit de Gids Proportionaliteit, er zijn echter een aantal verschillen.

Zo schrijft de circulaire voor werken voor dat vanaf € 1.5 mio al nationaal openbaar moet worden aanbesteed, terwijl de Gids Proportionaliteit uitgaat dat tot € 3 mio meervoudig onderhands verdedigbaar is. In de praktijk zal dit echter geen probleem opleveren nu de circulaire bepaalt dat de circulaire kan dienen als motivering voor de keuze van de procedure.

### **Sanctie?**

In de situatie dat de aanbestedende dienst zonder motivering het geciteerde voorschrift 3.4A en daarmee ook de schema's niet in acht neemt, kunnen potentieel gegadigden rechtsmaatregelen nemen. Nu het echter een opdracht onder de drempelwaarde betreft is artikel 4.15 (en daarmee vernietiging van de na gunning gesloten overeenkomst) niet van toepassing. Deze bepaling geldt alleen in geval het een opdracht boven de drempelwaarde betreft.

Echter, in het verleden – voor de invoering van artikel 4.15 Aw – kon weliswaar een overeenkomst niet worden vernietigd, maar waren er voorzieningenrechtvaardigers die een verbod tot verdere uitvoering van de gesloten overeenkomst oplegden. Het effect daarvan is feitelijk gelijk aan dat van vernietiging van de overeenkomst. Deze juridische route is nog steeds denkbaar en vormt daarmee een risico voor de in strijd met de Gids Proportionaliteit gesloten overeenkomst.

### **Grensoverschrijdend belang?**

Een ander (zeer) relevant aspect bij opdrachten onder de drempelwaarde is het grensoverschrijdend belang.

Wanneer sprake is van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang' moet de aanbestedende dienst transparant handelen en zorgen voor een passende mate van openbaarheid van de voorgenomen te plaatsen van opdracht (aldus artikel 1.7 juncto 1.9 lid 2 Aw). De wetsgeschiedenis geeft geen duidelijkheid of ook een dergelijke aankondiging moet worden gepubliceerd op Tendersnet, maar zulks is aan te bevelen.

Van een duidelijk grensoverschrijdend belang is sprake als het waarschijnlijk is dat ondernemingen uit andere lidstaten belangstelling zouden kunnen hebben.<sup>5</sup> Concrete belangstelling hoeft niet te zijn geuit door een partij.<sup>6</sup> Niet alle opdrachten hebben dus een grensoverschrijdend belang, maar het betreft – voorzichtig uitgedrukt – ook geen onoverkomelijke drempel.

---

<sup>4</sup> Kamerstukken II [32440, 88](#) (circulaire) en Kamerstukken II [32440 nr. 102](#) (brief Minister inzake wijziging circulaire).

<sup>5</sup> HvJ EU 14 november 2013, zaak C-221/12 (Belgacom), overweging 30.

<sup>6</sup> HvJ EU 6 oktober 2016, zaak C-318/15 (Tecnoedi Construzioni), overweging 22.

Er zijn geen vaste criteria op basis waarvan wordt bepaald of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft bij de beantwoording van de vraag of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang in het verleden onder andere gekeken naar de waarde van de betreffende opdracht, de plaats van uitvoering en de technische kenmerken van de opdracht.<sup>7</sup>

### **Aanbesteden onder de drempel: praktische toepassing**

Indien de waarde van de opdracht de drempel niet overstijgt, kan als handreiking het volgende schema worden gevolgd:

- I. Waarde onder de drempel? Zo ja, zie II.
- II. Heeft de opdracht een duidelijk grensoverschrijdend belang?
  - a. Zo ja, de voorgenomen te plaatsen opdracht moet sowieso worden gepubliceerd, zie vervolgens onder III.
  - b. Zo nee, zie III.
- III. Welke procedure schrijft de Gids Proportionaliteit voor op basis van de waarde van de opdracht?
- IV. Is de procedure die de Gids Proportionaliteit voorschrijft wenselijk? Daarbij kan worden gelet op de grootte van de opdracht, de baten en de lasten die een bepaalde procedure met zich meebrengt, de kenmerken van de sector in kwestie (omvang en structuur van de markt, handelspraktijken) en ook de geografische ligging van de plaats van uitvoering.<sup>8</sup>
  - a. Voorgeschreven procedure is wenselijk: zie onder V.
  - b. Voorgeschreven procedure is niet wenselijk, maar er is wel sprake van een duidelijk grensoverschrijdend belang: motiveer de afwijking en publiceer de opdracht.
  - c. Voorgeschreven procedure is niet wenselijk en er is geen duidelijk grensoverschrijdend belang: motiveer de afwijking en ga naar stap V.
- V. Indien de opdracht niet openbaar wordt aanbesteed, dient de selectie van de ondernemer(s) op basis van objectieve criteria plaats te vinden.<sup>9</sup> Denk daarbij aan ervaring, omvang, infrastructuur van de onderneming, technische en professionele vaardigheden.<sup>10</sup> De Hoge Raad heeft dit bevestigd in een arrest uit 2016<sup>11</sup>:

*"4.3.2 Onderdeel 2.1 stelt (...) terecht voorop dat een aanbesteder, wanneer hij kiest voor een meervoudige onderhandse aanbesteding, vrij is zelf de partijen te selecteren die hij tot die procedure wenst toe te laten. Anders dan het onderdeel betoogt, brengt dat echter niet mee dat het niet onrechtmatig kan zijn een bepaalde partij niet uit te nodigen. De beginselen van gelijke behandeling en transparantie brengen immers mee dat de aanbesteder zijn selectie moet baseren op objectieve criteria. Doet hij dit niet, dan kan het niet uitnodigen van een of meer partijen onrechtmatig zijn."*

In voornoemd arrest oordeelde de Hoge Raad dat het toegestaan is alleen bedrijven uit te nodigen die zich tijdens congressen als geïnteresseerde

---

<sup>7</sup> HvJ EU 16 april 2015, C-278/14, ECLI:EU:C:2015:228.

<sup>8</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 11.

<sup>9</sup> Zie artikel 1.4 lid 1 Aw

<sup>10</sup> Kamerstukken II 2009/10, 32 440, nr. 11.

<sup>11</sup> HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 4.3.2 (HLA/Kadaster).

leverancier hebben aangemeld. Dit is een voldoende objectief criterium. Dat de aanbestedende dienst meer partijen kent – bijvoorbeeld uit het verleden – heeft niet tot gevolg dat ook deze partijen moeten worden uitgenodigd. De aanbestedende dienst mag zich beperken tot de lijst met aanmeldingen.<sup>12</sup> Voor de betreffende selectie geldt een motiveringsverplichting.<sup>13</sup>

Overigens is ook selectie door middel van loting een mogelijkheid.

---

<sup>12</sup> Zie r.o. 4.3.3 van HR 25 maart 2016, ECLI:NL:HR:2016:503, r.o. 4.3.2 (HLA/Kadaster).

<sup>13</sup> Zie artikel 1.4 lid 3 Aw



Dit document is afkomstig van VIND Inkoop en aanbesteding, de meest complete informatiebron voor publieke aankopers. Bent u bezig met de implementatie van e-facturatie en heeft u daar vragen over? Laat het de redactie weten door te mailen naar [vindinkoopenaanbesteding@sdu.nl](mailto:vindinkoopenaanbesteding@sdu.nl)

Ontdek [hier](#) alle voordelen van VIND Inkoop en Aanbesteding.

Blijf op de hoogte met de [redactionele nieuwsbrief](#): om de week het belangrijkste nieuws en jurisprudentie op een rij!

[www.vindinkoopenaanbesteding.nl](http://www.vindinkoopenaanbesteding.nl)

