

Advies 703

1. Waar gaat dit advies over?

- 1.1. In dit advies staat de vraag centraal of aanbesteder een opdracht tot het leveren van medische apparatuur met inachtneming van deel 2 van de Aw 2012 ('Europees') had moeten aanbesteden, omdat de geraamde waarde van deze opdracht gelijk aan of hoger is dan het toepasselijke drempelbedrag.

2. Hoe luidt het advies?

- 2.1. De Commissie oordeelt dat niet aannemelijk is geworden dat de geraamde waarde van de opdracht gelijk aan of hoger is dan het toepasselijke drempelbedrag en dus Europees, met inachtneming van de voorschriften van deel 2 van de Aw 2012, door aanbesteder had moeten worden aanbesteed. De Commissie verklaart de klacht **ongegrond**.
- 2.2. De Commissie wijst in enkele overwegingen ten overvloede op verplichtingen voor aanbestedende diensten die ook gelden bij onderdrempelige overheidsopdrachten, zoals de verplichting om op basis van objectieve criteria een keuze te maken voor de wijze waarop de overeenkomst tot stand wordt gebracht en de ondernemer of ondernemers die tot de procedure worden toegelaten en de transparantieplicht bij overheidsopdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang.

3. Wat zijn de relevante feiten?

- 3.1. Aanbesteder heeft in 2022 een markverkenning gehouden onder leveranciers van diathermieapparatuur. Hierbij is leveranciers de kans geboden hun assortiment aan aanbesteder te tonen. Ondernemer heeft aan deze marktverkenning deelgenomen.
- 3.2. Per e-mail van 5 januari 2023 heeft ondernemer bij aanbesteder geïnformeerd naar de status van het project.
- 3.3. Aanbesteder heeft hierop op dezelfde dag, eveneens per e-mail, als volgt geantwoord:
- "Bedankt voor uw bericht!
- Ik was eigenlijk in de veronderstelling dat ik u al via de mail geïnformeerd had over de ontwikkelingen.
- Naar aanleiding van de inloopsessies is de keuze gemaakt voor de [...] van [...].
- Nogmaals dank voor uw interesse en tijd!"
- 3.4. Ondernemer heeft per e-mail van 5 januari 2023 geïnformeerd naar de keuze van aanbesteder voor het product van een concurrent.
- 3.5. Aanbesteder heeft hierop per e-mail van 9 januari 2023 als volgt gereageerd:

"Redenen waarom er niet voor de diathermieapparatuur van [...] is gekozen is, is dat dat het apparaat van [...] als complexer in de bediening wordt gezien dan de [...] en men toch dicht bij de huidige standaard wilde blijven.

- 3.6. Ondernemer heeft aanbesteder per e-mail van 10 januari 2023 de volgende vervolgvraag gesteld:

"Dank voor je mail. Ik begrijp de argumentatie, alleen vraag ik me af op basis van welke grond er is afgezien van een aanbestedingsprocedure. Je hebt op 22 maart 2022 aangegeven, dat het om de aanschaf van ca. 38 elektrochirurgie-generatoren incl. accessoires zoals trolley, adapter, voetpedaal zou gaan. Je aanvullende bericht hierover zie ik graag tegemoet."

- 3.7. Aanbesteder heeft hierop op dezelfde dag per e-mail geantwoord:

"Er zijn 36 generatoren besteld. Daarbij is alleen het nodige (dus niet voor iedere generator) aan toebehoren gekocht. [...] heeft dit aangeboden voor een waarde onder de aanbestedingsdrempel.

De exacte aantallen waren ten tijde van de inloopsessies nog niet exact duidelijk."

- 3.8. Ondernemer heeft bij brief van 3 februari 2023 bij aanbesteder geprotesteerd tegen de onderhandse gunning van de opdracht. Aanbesteder heeft hierop op 9 februari 2023 gereageerd en daarbij het protest van ondernemer van de hand gewezen. Partijen hebben daarna verder gecorrespondeerd en een bespreking gehad. Zij hebben volhard in hun eigen standpunt.

4. Waar komt de klacht in de kern op neer?

- 4.1. Ondernemer is van mening dat aanbesteder de opdracht tot het leveren van diathermieapparatuur Europees, met inachtneming van de voorschriften van deel 2 van de Aw 2012, had moeten aanbesteden. De opdracht moet op grond van artikel 2.15 Aw 2012 naar de reële waarde ervan worden geraamd. Aannemelijk is dat de geraamde waarde het toepasselijk drempelbedrag ruimschoots overschrijdt. Dat offerte van de aanbieder aan wie de opdracht is gegund, lager is dan het toepasselijke drempelbedrag is niet relevant.
- 4.2. Verder noemt ondernemer de door aanbesteder gehanteerde methode voor het ramen van de waarde van de opdracht, waarbij gekeken is naar offertes van een aantal marktpartijen bij aanbestedingen uit voorgaande jaren en overleg is gepleegd met andere vergelijkbare aanbestedende diensten, niet transparant en niet in lijn met het aanbestedingsrecht.
- 4.3. Op de reactie van aanbesteder wordt, voor zover nodig, bij de behandeling van de klacht ingegaan.

5. Beoordeling

- 5.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder in 2023 onderhands een opdracht heeft gegund voor het leveren van diathermieapparatuur (36 stuks). Op deze onderhandse gunning is in elk geval deel 1 van de Aw 2012 van toepassing. Of daarnaast deel 2 van de Aw van toepassing is, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of de geraamde waarde van de opdracht gelijk is aan of hoger is dan het toepasselijke drempelbedrag. De opdracht is als een 'overheidsopdracht voor leveringen' aan te merken. Ten tijde van de onderhandse gunning bedroeg het drempelbedrag voor overheidsopdrachten voor leveringen door niet-centrale aanbestedende diensten € 215.000,-, exclusief omzetbelasting.

5.2. De vraag die partijen verdeeld houdt is of aanbestede de opdracht tot het leveren van diathermieapparatuur met inachtneming van de voorschriften van deel 2 van de Aw 2012 had moeten aanbesteden. Om deze vraag te beantwoorden, moet worden nagegaan wat de geraamde waarde van de opdracht is.

5.3. Alvorens de klacht te behandelen zet de Commissie eerst het toetsingskader uiteen.

Toetsingskader

5.4. Artikel 2.14 lid 2 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst de keuze van de methode van berekening van de geraamde waarde niet maakt met het oogmerk om zich te onttrekken aan de toepassing van deze wet.

5.5. Artikel 2.15 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst de waarde van de overheidsopdracht raamt naar de waarde op het tijdstip van verzending van de aankondiging van die overheidsopdracht of, indien niet in een aankondiging is voorzien, naar de waarde op het tijdstip waarop de procedure voor de gunning door de aanbestedende dienst wordt ingeleid.

5.6. Artikel 2.15 lid 2 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst de berekening van de geraamde waarde van een overheidsopdracht baseert op het totale bedrag, exclusief omzetbelasting, met inbegrip van opties en verlengingen van het contract zoals uitdrukkelijk vermeld in de aanbestedingsstukken.

5.7. Artikel 2.20 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst de waarde van overheidsopdrachten voor leveringen die betrekking hebben op leasing, huur of huurkoop van producten op de volgende grondslag raamt:

a. bij overheidsopdrachten voor leveringen met een vaste looptijd: de totale geraamde waarde voor de gehele looptijd indien die ten hoogste twaalf maanden bedraagt, dan wel de totale waarde indien de looptijd meer dan twaalf maanden bedraagt, met inbegrip van de geraamde restwaarde;

b. bij overheidsopdrachten voor leveringen voor onbepaalde duur of waarvan de looptijd niet kan worden bepaald: het maandelijks te betalen bedrag vermenigvuldigd met 48.

5.8. Artikel 2.21 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst de waarde van overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten die met een zekere regelmaat worden verricht of die de aanbestedende dienst gedurende een bepaalde periode wil hernieuwen, op de volgende grondslag raamt:

a. de totale reële waarde van de tijdens het voorafgaande boekjaar of tijdens de voorafgaande twaalf maanden geplaatste soortgelijke opeenvolgende overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten, indien mogelijk gecorrigeerd voor verwachte wijzigingen in de hoeveelheid of de waarde gedurende de twaalf maanden die volgen op de eerste opdracht, of

b. de geraamde totale waarde van de soortgelijke opeenvolgende overheidsopdrachten voor leveringen of voor diensten over de twaalf maanden die volgen op de eerste levering of dienstverrichting of over het boekjaar van de eerste levering of dienstverrichting, indien dat boekjaar zich over meer dan twaalf maanden uitstrekt.

- 5.9. De hiervoor genoemde voorschriften zijn opgenomen in deel 2 van de Aw 2012. Zij zijn daardoor op grond van artikel 2.1 tot en met 2.8 Aw 2012 strikt genomen alleen van toepassing op overheidsopdrachten (en prijsvragen en gesubsidieerde opdrachten) waarvan de geraamde waarde gelijk aan of hoger is dan het toepasselijke drempelbedrag. In Advies 670 (ov. 4.5.1 e.v.) overwoog de Commissie dat uit de toelichting op artikel 1.10a Aw 2012 blijkt dat de wetgever heeft bedoeld dat de aanbestedende dienst zich niet door middel van splitsing of te lage raming van de waarde mag onttrekken aan toepassing van deel 2 van de wet. Hoewel die bedoeling niet maakt dat de ramingsvoorschriften uit deel 2 van de Aw 2012 rechtstreeks van toepassing zijn op onderdrempelige overheidsopdrachten, kunnen die ramingsvoorschriften daar uiteraard wel vrijwillig op worden toegepast. Aanbestedende diensten die aan de hand van de ramingsvoorschriften uit deel 2 van de Aw 2012 vaststellen dat de geraamde waarde van een overheidsopdracht minder bedraagt dan het toepasselijke Europese drempelbedrag hebben daarmee voldaan aan het bepaalde in artikel 1.10a Aw 2012. Aanbestedende diensten die op een wijze ramen die afwijkt van de ramingsvoorschriften uit deel 2 van de Aw 2012 lopen het risico dat de gekozen methode niet voldoet aan het bepaalde in artikel 1.10a Aw 2012. Raming aan de hand van de ramingsvoorschriften van deel 2 van de Aw 2012 verdient daarom in alle gevallen aanbeveling. Dit bevordert bovendien een coherent en objectief inkoop- en aanbestedingsbeleid. Hiermee kan de aanbestedende dienst borgen dat gelijke gevallen gelijk worden behandeld.

Bevindingen Commissie

- 5.10. De Commissie stelt bij de behandeling van de klacht het volgende voorop. De Aw 2012 bevat dwingende algemene en bijzondere voorschriften voor het berekenen van de geraamde waarde van een overheidsopdracht. Die voorschriften zien voornamelijk op de keuze voor de methode voor berekening en de te hanteren grondslag. De Aw 2012 bevat geen regels over de informatiebronnen waarvan de aanbestedende dienst gebruik moet maken bij het berekenen van de geraamde waarde van een overheidsopdracht. Het beginsel van gelijke behandeling brengt naar het oordeel van de Commissie mee dat de aanbestedende dienst objectief en zorgvuldig te werk moet gaan.
- 5.11. Partijen hebben niet gesteld, en het is de Commissie ook anderszins niet gebleken, dat sprake is van leasing, huur of huurkoop. Evenmin is gesteld of gebleken dat sprake is van 'repeterende' opdrachten als bedoeld in artikel 2.21 Aw 2012. Artikel 2.20 en 2.21 Aw 2012 missen daarom toepassing. De berekening van de geraamde waarde van de opdracht tot het leveren van diathermieapparatuur moet op grond van de algemene regel van artikel 2.15 lid 2 Aw 2012 worden gebaseerd op het totale bedrag, exclusief omzetbelasting, met inbegrip van opties en verlengingen van het contract zoals uitdrukkelijk vermeld in de aanbestedingsstukken.
- 5.12. Aanbesteder stelt de opdracht te hebben geraamd aan de hand van offertes van een aantal marktpartijen die hij bij eerdere aanbestedingen heeft ontvangen en overleg met andere vergelijkbare aanbestedende diensten. Op basis hiervan heeft hij geconcludeerd dat de geraamde waarde van de opdracht lager is dan het toepasselijke drempelbedrag. Aanbesteder ziet in de geoffreerde prijs van de partij aan wie hij de opdracht heeft gegund een bevestiging van deze bevinding.
- 5.13. De Commissie is van oordeel dat de Aw 2012 zich niet principieel verzet tegen de door aanbesteder gehanteerde methode van berekening van de geraamde waarde van de opdracht. Uiteraard moet de aanbestedende dienst in voorkomend geval wel rekening houden met verschillen tussen de opdracht waarvoor hij bij een eerdere aanbesteding offertes heeft ontvangen en de te verstrekken opdracht, zowel kwantitatief als kwalitatief. Daarnaast moet hij rekening houden met mogelijke prijsstijgingen. Op grond van artikel 2.15 lid 1 Aw 2012 moet de waarde van de

overheidsopdracht immers worden geraamd naar de waarde op het tijdstip van verzending van de aankondiging van die overheidsopdracht of, indien niet in een aankondiging is voorzien, naar de waarde op het tijdstip waarop de procedure voor de gunning door de aanbestedende dienst wordt ingeleid.

- 5.14. De raming van de waarde van de opdracht tot het leveren van diathermieapparatuur is niet aan de Commissie verstrekt. De Commissie kan daardoor niet controleren of aanbesteder bij het ramen van de opdracht de in de vorige overweging genoemde uitgangspunten in acht heeft genomen. Ondernemer stelt dat een diathermieapparaat zonder accessoires op de markt al gauw € 10.000,- kost en de waarde van de opdracht minimaal € 380.000 bedraagt. Ondernemer heeft die stellingen echter niet onderbouwd. De Commissie kan daardoor niet vaststellen dat aanbesteder de geraamde waarde van de opdracht tot het leveren diathermieapparatuur onjuist heeft berekend. Hierdoor is niet aannemelijk geworden dat de waarde van de opdracht gelijk aan of hoger is dan de toepasselijke drempelwaarde en dus Europees, met inachtneming van de voorschriften van deel 2 van de Aw 2012, had moeten worden aanbesteed. De Commissie verklaart de klacht daarom **ongegrond**.

Overwegingen ten overvloede

- 5.15. De Commissie merkt ten overvloede het volgende op. Ook als de geraamde waarde van een overheidsopdracht lager is dan het toepasselijke drempelbedrag, betekent dit niet dat de aanbestedende dienst bij de gunning van die overheidsopdracht van iedere aanbestedingsrechtelijke verplichting bevrijd is. Op onderdrempelige overheidsopdrachten is in elk geval deel 1 van de Aw 2012 van toepassing. Artikel 1.4 lid 1 Aw 2012 bepaalt dat de aanbestedende dienst die of een speciale-sectorbedrijf dat voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, op basis van objectieve criteria bepaalt:
- a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale sector bedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;
 - b. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.
- 5.16. Artikel 1.4 lid 3 Aw 2012 bepaalt dat aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze verstrekt.
- 5.17. Daarnaast is de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf op grond van artikel 1.7, aanhef en onderdeel b, jo. 1.9 lid 1 Aw 2012 gehouden bij onderdrempelige overheidsopdrachten met een duidelijke grensoverschrijdend belang transparant te handelen. Deze transparantieplicht brengt op grond van artikel 1.9 lid 2 Aw 2012 voor de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf een verplichting mee om zorg te dragen voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van het voornemen tot het plaatsen van een overheidsopdracht. Voor de beoordeling of sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang verwijst de Commissie naar advies 697, overweging 5.6 en verder, en de rechtspraak waarnaar in dit advies wordt verwezen.
- 5.18. Wanneer de geraamde waarde van een overheidsopdracht in de buurt komt van het toepasselijke drempelbedrag, kan eerder sprake zijn van duidelijk grensoverschrijdend belang. De Commissie beveelt aanbestedende diensten aan om daar rekening mee te houden in hun afweging om een opdracht op onderhandse wijze aan te besteden. Voor ondernemers geldt dat zij een aanbestedende dienst of speciale-sectorbedrijf schriftelijk kunnen verzoeken zijn keuze om de opdracht

onderhands te gunnen en de keuze voor de betreffende leverancier te motiveren, welke keuzes vervolgens voor rechterlijke toetsing vatbaar zijn.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

Den Haag, 21 december 2023

Mr. G.R. Werkman-Bouwkamp Mr. M.C. Pinto Mr. dr. A.J. van Heeswijck

Voorzitter

Vicevoorzitter Commissielid