



Aanbesteden van kunstgras: levering, dienst of werk?

Kunstgras is een mooi, maar geen eenvoudig product. Voor het aanleggen van kunstgras moet de ondergrond vaak worden bewerkt, moet een drainagesysteem en vervolgens de (kunst)grasmat worden aangebracht. Eenmaal aangelegd kunstgras moet worden onderhouden. Het antwoord op de vraag welke aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd voor de opdracht voor het leveren, aanleggen en/of onderhouden van kunstgras, is evenmin eenvoudig. Want moet de opdracht nu worden aangemerkt als een levering, een werk of een dienst? Het antwoord op deze vraag bepaalt veelal of de opdracht Europees moet worden aanbesteed of niet. Bij een levering of dienst moet immers al Europees worden aanbesteed indien de opdracht een waarde vertegenwoordigt van ruim € 200.000. Bij een werk geldt pas een Europese aanbestedingsplicht bij een opdrachtwaarde van meer dan € 5 miljoen.

Auteur: Christa Visser, Brackmann
Aanbestedingsspecialist

Een opdrachtgever die een aanbestedende dienst is, moet alle leveringen, diensten en werken die hij inkoopt, aanbesteden. Daarbij moet hij de regels in acht nemen van de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit.

Aanbestedingsplicht voor levering, dienst of werk

Op grond van de Aanbestedingswet moet een decentrale overheid (bijvoorbeeld een gemeente) een opdracht voor een levering of dienst met een waarde van minimaal E 207.000 exclusief btw Europees aanbesteden. Voor een overheidsopdracht voor een werk heeft een decentrale overheid pas een Europese aanbestedingsplicht indien de opdracht een waarde vertegenwoordigt van minimaal € 5.186.000 exclusief btw.¹

Onder deze zogeheten Europese drempelwaarde moet de opdracht eveneens worden aanbesteed, zij het niet-Europees. In de Gids Proportionaliteit is bepaald dat voor overheidsopdrachten onder de Europese drempelwaarde een 'geschikte en proportionele' aanbestedingsprocedure moet worden gevolgd. De waarde van de opdracht is een sterke indicator voor de vraag welke aanbestedingsprocedure geschikt en proportioneel is. Leveringen of diensten tot ongeveer € 30.000 en werken tot ongeveer €100.000 mogen één op één verstrekt worden. Voor leveringen of diensten tot ongeveer € 150.000 en voor werken tot ongeveer € 1,5 miljoen mogen drie tot vijf offertes gevraagd worden en leveringen of diensten tot E 200.000 en werken tot ongeveer

€ 5 miljoen worden nationaal aanbesteed. Dit betekent dat alle Nederlandse ondernemers moeten kunnen meedingen naar de opdracht.

Mate van concurrentie naar gelang de aard van de opdracht

Voor de openstelling voor concurrentie maakt het nogal verschil of een opdracht kwalificeert als een overheidsopdracht voor een levering of dienst dan wel als een overheidsopdracht voor een werk. Immers moet een ondernemer bij een opdracht voor een dienst of levering met een waarde van € 400.000 met ondernemers uit geheel Europa concurreren. Maar als deze opdracht een werk betreft heeft hij slechts te maken met twee tot vier concurrenten, omdat in dat geval kan worden volstaan met meervoudig onderhands aanbesteden. Ook onder de toepasselijke Europese drempelwaarden verschilt de mate van concurrentie naar gelang de aard van de opdracht. Zo dient een opdracht voor een dienst of levering met een waarde van € 50.000 meervoudig onderhands te worden aanbesteed, maar een werkenopdracht met deze waarde mag één op één worden gegund.

Kunstgras: levering, dienst of werk

De vraag is of overheidsopdrachten die zien op kunstgras moeten worden aangemerkt als een levering, dienst of werk. Veel opdrachten die zien op kunstgras bergen elementen in zich van zowel een levering, als een werk, als een dienst. Een

kunstgrasveld bestaat immers uit verschillende onderdelen (drainagesysteem, kunstgrasrollen, strooizand) welke worden geleverd. Deze onderdelen worden door de opdrachtnemer verwerkt en zo tot een bruikbaar kunstgrasveld gemaakt, zodat sprake lijkt te zijn van 'een werk'. Het onderhouden van het kunstgrasveld lijkt 'een dienst' te zijn.

Bij een opdracht waarbij sprake is van een samenloop van levering, werk en/of dienst spreken we van een gemengde of samengestelde opdracht. In het Europese recht zijn regels ontwikkeld voor de vraag of een gemengde opdracht valt onder het aanbestedingsregime van een werk, dienst of levering. Het uitgangspunt is dat het hoofdoorwerp van de opdracht de aard van de opdracht bepaalt. Voor een gemengde opdracht van een dienst en levering is het hoofdoorwerp het deel dat de grootste waarde vertegenwoordigt. De waarde is de opdrachtwaarde voor de opdrachtnemer inclusief eventuele verlengingsopties van de overeenkomst en voorzien meerwerk. Een gemengde opdracht met een leveringsdeel van € 100.000 en een dienstendeel van € 80.000 valt dus onder het aanbestedingsregime van een levering.

Bij een gemengde opdracht die een werkendeel bevat, wordt op een andere wijze bepaald wat het hoofdoorwerp is. In dat geval wordt de aard van de opdracht bepaald "op basis van de essentiële verplichtingen die primeren en als zodanig

1. Voor dit artikel ga ik ervan uit dat de gemeente en niet de sportvereniging optreedt als opdrachtgever. Indien de sportvereniging optreedt als opdrachtgever moet onderzocht worden of de vereniging een aanbestedende dienst is of – als dat niet het geval is – of de opdracht alsnog, bijvoorbeeld vanwege de financiering ervan door de gemeente en de aan de uitvoering van de opdracht door de gemeente te stellen eisen, een aanbestedingsplichtige opdracht is.

kenmerkend zijn voor de opdracht".² De waarde van de delen van de opdracht kan een rol spelen, maar is niet doorslaggevend. Bijvoorbeeld: het werkendeel heeft een waarde van € 100.000 en het leveringsdeel een waarde van € 80.000. Uit de specificaties van de opdracht volgt echter dat het leveringsdeel het meest kenmerkend is voor de opdracht en de essentiële verplichtingen van opdrachtnemer zien op de levering. Omdat het leveringsdeel, ondanks de lagere waarde dan het werkendeel, het primaat heeft, is de levering het hoofdvoorwerp van de opdracht en dient deze gemengde opdracht als dienst worden aanbesteed.

De Common Procurement Vocabulary

Om de aanbesteding van werken, diensten en leveringen overzichtelijk te maken wordt gebruikt gemaakt van een gemeenschappelijke woordenlijst waarbij in beginsel alle verschillende opdrachten zijn voorzien van een code. Dit is de Common Procurement Vocabulary, CPV. Met betrekking tot opdrachten die specifiek zien op kunstgras bestaat slechts één CPV-code: 39293300-5, met de opdrachtaanduiding "kunstgras". Er is derhalve geen CPV-code voor 'de aanleg van kunstgras', 'aanbrengen van kunstgras' of 'onderhoud van kunstgras'. De CPV-code voor 'kunstgras' is niet ingedeeld bij de CPV-indeling voor diensten, noch bij de CPV-indeling voor werken. De opdracht met CPV-code 39293300-5 "kunstgras" moet daarom worden beschouwd als een levering. De vraag is of men hieruit mag afleiden dat alle opdrachten met betrekking tot kunstgras een leveringsopdracht zijn. Deze vraag moet naar mijn mening ontkennend worden beantwoord.

De aanleg van kunstgras is mijns inziens wel degelijk een werk. Een werk is namelijk "het product van het geheel van bouwkundige of civieltechnische werken dat ertoe bestemd is als zodanig een economische of technische functie te vervullen".³ In de praktijk zien we dan ook dat de aanleg van een kunstgrasveld regelmatig als overheidsopdracht voor een werk in de markt wordt gezet. Hierbij zoeken de aanbestedende diensten voor het duiden van de aanleg van kunstgras, aansluiting bij werkzaamheden die zijn opgenomen in Bijlage 1 bij de Europese aanbestedingsrichtlijn, in welke bijlage activiteiten zijn opgenomen die worden beschouwd als 'een werk'. In Bijlage 1 is de aanleg van sportvelden opgenomen in categorie 45.23 en de aanleg van het drainagesysteem in categorie 45.21. Het onderhoud van het kunstgrasveld kan voorts

onder de CPV-code 77320000, onderhouden van sportvelden, als dienst worden aangemerkt.

Is het hoofdvoorwerp van de opdracht de levering óf de aanleg van kunstgras?

Ervan uitgaande dat de aanleg van kunstgras wordt aangemerkt als een 'werk', is het nog niet vanzelfsprekend dat de gemengde opdracht van levering en aanleg van kunstgras valt onder het regime van een overheidsopdracht voor een werk. Daarvoor moet immers worden gekeken of de levering dan wel de aanleg van het kunstgras het hoofdvoorwerp van de opdracht is. Indien bijvoorbeeld specificaties van het te leveren kunstgras zeer uitgebreid zijn en de verplichtingen van de opdrachtnemer wat betreft het te leveren kunstgras zeer verstrekkend zijn, terwijl aan het aanleggen van de kunstgrasmat maar weinig eisen zijn gesteld dan is de levering in beginsel het hoofdvoorwerp van de opdracht. Uiteraard speelt ook de waarde van de respectieve delen een rol bij de vaststelling welk deel het hoofdvoorwerp is, maar de waarde is niet doorslaggevend. Indien daarentegen juist aan de aanleg veel eisen zijn gesteld en maar weinig voorschriften gelden voor het te leveren kunstgras dan zal het werkendeel wellicht het hoofdvoorwerp van de opdracht zijn. Voor ieder specifieke opdracht zal een aanbestedende dienst derhalve moeten vaststellen of de nadruk ligt op het werk dan wel op de levering, aan de hand waarvan hij het toepasselijke aanbestedingsregime vaststelt. Indien het onderhoud van het kunstgrasveld eveneens deel uitmaakt van de opdracht, moet evenzeer worden vastgesteld wat het hoofdvoorwerp van de opdracht is. Omdat deze gemengde opdracht van een werk, levering én dienst onder andere een werkendeel kent, is beslissend welk deel het primaat heeft. Met andere woorden: welk deel kenmerkend is en waar de essentiële verplichtingen op zien. Indien het primaat van de opdracht ligt bij de aanleg van het kunstgras dan valt de opdracht onder het regime van een overheidsopdracht voor werken. Als het te leveren product het meest kenmerkend is voor de opdracht en de essentiële verplichtingen zien op dit product dan is de levering het hoofdvoorwerp van de opdracht. Als het onderhoud van het kunstgras het belangrijkste is van de gehele opdracht, kan de opdracht als dienst worden aanbesteed.

Conclusie

Er is geen eenduidig antwoord op de vraag of een opdracht voor de levering en aanleg, en

eventueel onderhoud, van kunstgras moet worden aangemerkt als een levering, werk of dienst. Voor iedere situatie moet worden vastgesteld wat het hoofdvoorwerp van de opdracht is. Hierbij is niet de waarde van het levering-, werken- respectievelijk onderhoudsdeel doorslaggevend, maar moet worden gekeken naar hetgeen het meest kenmerkend is voor de gehele opdracht. Is dat het te leveren kunstgras, de (wijze van) aanleg of wellicht het onderhoud? Het antwoord op deze vraag bepaalt of de opdracht valt onder het aanbestedingsregime van een levering, werk of dienst.

Welk aanbestedingsregime van toepassing is, heeft weer gevolgen voor de mate van concurrentie waarmee de inschrijvers te maken hebben. Bij een werk ligt de Europese aanbestedingsdrempel immers veel hoger dan bij een levering of dienst. Zo kan een aanbestedende dienst voorkomen dat hij voor de opdracht tot levering en aanleg van kunstgras met een totaalwaarde van bijvoorbeeld € 2 miljoen een Europese aanbesteding moet doorlopen door aan de aanleg van het kunstgras (het werkendeel) veel eisen te stellen en weinig eisen te stellen aan het te leveren kunstgras (het leveringsdeel). Indien bij deze opdracht de nadruk juist zou worden gelegd op het te leveren kunstgras en minder op de aanleg daarvan, zou wel Europees moeten worden aanbesteed. Ook inschrijvers kunnen hun voordeel doen met deze kennis door de aanbestedende diensten te wijzen op het voor de gemengde opdracht toepasselijke aanbestedingsregime.



Christa Visser, advocaat bij Brackmann
Aanbestedingsspecialist

2. EHVJ 21 februari 2008, C-412/04

3. Dit is de definitie van "werk" in artikel 1.1. van de Aanbestedingswet.