

207

Commissie van Aanbestedingsexperts
17 juli 2014, nr. 94
(mr. Jansen, mr. Janssen)
Noot mr. C.H. van Hulsteijn en mr. L.M.J. van Bohemen

Meervoudig onderhandse procedure. Opdracht onder of boven drempelwaarde. Aanbestedingsplicht. Kunstmatige splitsing van opdracht. Functionele uitleg art. 2.14 Aanbestedingswet 2012 bij berekening waarde opdracht. Opdeling in percelen.

[Aanbestedingswet 2012 art. 1.5 lid 3, 2.3, 2.14, 2.17 sub e; Richtlijn 2014/24/EU art. 5 lid 2]

Beklaagde heeft als koepelorganisatie van 21 scholen in het basisonderwijs een overeenkomst met klager, een schoonmaakbedrijf, voor schoonmaakdiensten ten behoeve van vier scholen opgezegd. Beklaagde is voornemens nieuwe overeenkomsten voor de schoonmaakdiensten voor deze vier scholen aan te gaan door middel van een meervoudig onderhandse procedure. Klager dient een klacht in bij de Commissie en stelt dat beklaagde ten onrechte een meervoudige onderhandse procedure hanteert en alle schoonmaakdiensten voor de onder haar vallende scholen moet samenvoegen en Europees moet aanbesteden. Klager vindt dat zij een kans moet krijgen om in te schrijven. Beklaagde gaat er volgens klager onterecht vanuit dat de onder haar ressorterende scholen te

kenmerken zijn als zelfstandige aanbestedende diensten en er voor hen derhalve geen aanbestedingsplicht geldt.

Uit art. 2.3 en 2.4 Aanbestedingswet 2012 blijkt dat bij een opdrachtwaarde boven de drempel een Europese aanbestedingsprocedure moet worden toegepast en dat aanbestedende diensten deze regel niet mogen ontwijken door het opdelen van opdrachten. De Commissie overweegt dat op grond van deze artikelen de drie volgende vragen positief beantwoord moeten worden om de klacht gegrond te kunnen verklaren:

1. zijn de scholen te beschouwen als onzelfstandige eenheden die ressorteren onder beklagde als zelfstandige aanbestedende dienst?
2. zo ja, moeten de waarden van de schoonmaakdiensten van deze scholen dan bij elkaar worden opgeteld ter bepaling van de mogelijke aanbestedingsplicht van klager?; en
3. zo ja, komt de (getotaliseerde) waarde dan uit boven de drempelwaarde voor toepassing van de Europese aanbestedingsprocedures?

Ad. 1. De Commissie overweegt dat voor het beantwoorden van de eerste vraag de criteria moeten worden bepaald waarmee kan worden beoordeeld in welk geval een onderdeel van een aanbestedende dienst als (on)zelfstandig moet worden gekwalificeerd. Voor een geval als het onderhavige zijn deze criteria opgenomen in de mededeling van het Ministerie van OC en W (Onderwijs, Cultuur en Wetenschap) van 4 mei 2005, die een toelichting geeft op de voorlichtingsbrochure 'Leidraad voor Europees Aanbesteden' van het CFI (Centrale Financiële Instellingen, een uitvoeringsorganisatie van het Ministerie van OC en W, onder meer belast met het geven van informatie over wet- en regelgeving aan scholen, Commissie). Onder een viertal cumulatieve voorwaarden is een school/instelling als onderdeel van het bevoegd gezag volgens de genoemde mededeling (toch) een aanbestedende dienst. Het Ministerie van OC en W is van mening dat wanneer niet aan de cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, de beantwoording van de vraag of de aanbestedingsdrempel wordt overschreden op bevoegd gezagniveau (dus niveau 'moeder' aanbestedende dienst) ligt. De consequenties van die beantwoording moeten worden gevolgd bij de feitelijke inrichting van de structuur en verhouding met de scholen. De Commissie komt bij toetsing aan de vier cumulatieve vereisten tot het oordeel dat de afzonderlijke scholen ook in het verleden niet als autonome eenheden overeenkomsten hebben gesloten, niet zelfstandig budgetverantwoordelijk waren, en niet naar de markt zijn opge-

treden als inkoopende organisatie. De enige voorwaarde waaraan de afzonderlijke scholen wel hebben voldaan is dat zij voorzagen in hun eigen behoefte. De conclusie van de Commissie is daarom dat de scholen die ressorteren onder beklagde niet zijn aan te merken als zelfstandige aanbestedende diensten.

Ad. 2. De Commissie overweegt dat deze vraag dient te worden beantwoord op basis van de bepalingen opgenomen in paragraaf 2.1.2.1, in het bijzonder art. 2.14, Aanbestedingswet 2012. Voor een geval als het onderhavige brengt een functionele uitleg van de Aanbestedingswet 2012 mee dat voor het berekenen van de waarde van de opdracht rekening moet worden gehouden met de waarde van alle soortgelijke schoonmaakdiensten die voor alle onderdelen van de rechtspersoon van een zelfstandige aanbestedende dienst worden ingekocht. Dit zou slechts anders zijn indien de scholen als autonome inkoopentiteiten kunnen worden beschouwd (zie ook art. 5 lid 2 nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU). Aangezien van dat laatste, gezien het oordeel van de Commissie onder 1, geen sprake is, moeten de waarden van de schoonmaakdiensten voor de afzonderlijke scholen bij elkaar worden opgeteld om de waarde van de opdracht te kunnen bepalen. Dit betekent naar het oordeel van de Commissie dat het beklagde op grond van art. 2.14 Aanbestedingswet 2012 niet is toegestaan de opdracht, bestaande uit de inkoop van schoonmaakdiensten voor de 21 scholen, te splitsen met het oogmerk zich aan de toepassing van de Aanbestedingswet 2012 te onttrekken.

Ad. 3. Bij de beantwoording van de derde vraag overweegt de Commissie dat in het onderhavige geval bekend is wat de waarde van de opdracht is geweest voor de vier scholen op basis van de opgezegde overeenkomsten. Deze waarde kwam in 2013 uit op een waarde op jaarbasis die dicht onder het Europese drempelbedrag lag. Het ging daarbij om overeenkomsten voor onbepaalde duur en waarvan geen totale prijs was bepaald. Op grond van art. 2.17 sub e Aanbestedingswet 2012 moet de waarde in een dergelijk geval worden geraamd op 48 maal het maandelijks te betalen bedrag. Indien deze berekening wordt uitgevoerd, resulteert dat voor de vier scholen alléén al in een waarde die vele malen hoger ligt dan het Europese drempelbedrag. Toegepast op alle 21 scholen die vallen onder de rechtspersoon van beklagde en rekening houdend met door beklagde aangehaalde onzekerheden en marktfluctuaties, bestaat naar het oordeel van de Commissie weinig twijfel dat het

optellen van de waarden van de schoonmaakdiensten van de scholen leidt tot het overschrijden van het Europese drempelbedrag en dat beklagde mitsdien verplicht is de opdracht Europees aan te besteden.

De Commissie overweegt ten overvloede dat het feit dat beklagde de opdracht, bestaande uit de inkoop van schoonmaakdiensten voor de 21 scholen, op grond van art. 2.14 Aanbestedingswet 2012 niet mag splitsen met het oogmerk zich aan de toepassing van de Aanbestedingswet 2012 te onttrekken, niet betekent dat het haar verboden zou zijn de opdracht in meerdere percelen op te delen en die percelen afzonderlijk in de markt te zetten. Integendeel: beklagde zal in beginsel immers juist verplicht zijn dat te doen op grond van art. 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012. De consequentie van de naleving van art. 2.14 Aanbestedingswet 2012 is slechts dat als beklagde de opdracht in meerdere percelen opdeelt – waarmee zij dan uitvoering geeft aan haar verplichting van art. 1.5 lid 3 Aanbestedingswet 2012 – zij voor al die percelen haar verplichting tot het algemeen aankondigen van de opdracht zal moeten naleven.

De Commissie acht de klacht gegrond.

Het volledige advies van de Commissie van Aanbestedingsexperts is te raadplegen op www.commissievanaanbestedingsexperts.nl.

NOOT

Art. 2.14 Aanbestedingswet 2012 bepaalt dat aanbestedende diensten overheidsopdrachten niet mogen splitsen met het oogmerk zich te onttrekken aan de Aanbestedingswet 2012. Met deze op het eerste gezicht duidelijke bepaling in het achterhoofd wendde een marktpartij zich tot de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: 'de Commissie'). Uit het door de Commissie gegeven advies blijkt dat deze bepaling (toch) lastig toepasbaar kan zijn, namelijk als een aanbestedende dienst op zijn beurt uit verschillende aanbestedende diensten bestaat. De vraag rijst dan op welk niveau art. 2.14 Aanbestedingswet 2012 dient te worden toegepast. (Mogelijk) bij gebrek aan een concreet wetsartikel of jurisprudentie dat antwoord geeft op de vraag op welk niveau binnen de organisatie van een aanbestedende dienst de waarde van een

opdracht dient te worden beschouwd, zoals wanneer sprake is van een koepelorganisatie van scholen zoals hier aan de orde, heeft de Commissie in haar advies aansluiting gezocht bij een enigszins gedateerde mededeling van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: 'OCW') van 4 mei 2005. In deze mededeling beantwoordt OCW de vraag of een school of instelling een zelfstandige aanbestedende dienst is. Volgens OCW is een school of instelling als onderdeel van bevoegd gezag toch een zelfstandige aanbestedende dienst, indien aan vier cumulatieve voorwaarden wordt voldaan:

- 1) de aanbestedende dienst (het bevoegd gezag) heeft zijn inkoop eenheden binnen de organisatie daadwerkelijk gedecentraliseerd;
- 2) uit de scheiding van budgetten blijkt een delegatie van aanschaffingsverantwoordelijkheid;
- 3) de individuele eenheid voorziet zelf in de eigen behoeften;
- 4) de eenheid heeft geen bemoeienis van de moeder voor de inkoop.

Aan de hand van deze criteria toetst de Commissie of de individuele scholen die zijn aangesloten bij de koepelorganisatie zelfstandige aanbestedende diensten zijn. Naar het oordeel van de Commissie is dat niet het geval, onder meer omdat de scholen geen inbreng hebben in de aanbestedingsprocedures die de koepelorganisatie organiseert (en ook in het verleden heeft georganiseerd). Daarmee is volgens de Commissie geen sprake van decentralisatie. Bovendien kunnen de scholen geen sturing uitoefenen op de uitvoering van de overeenkomst (zodat zij geen zelfstandige handelingsvrijheid lijken te hebben ten aanzien van hun budgetten) en presenteert de koepelorganisatie zich als méér dan louter een faciliterende partner. De Commissie concludeert daarom dat de koepelorganisatie wel een aanbestedende dienst is, maar dat dit niet het geval is wat de individuele scholen betreft. Die conclusie achten wij niet onbegrijpelijk, de mededeling van OCW tot uitgangspunt nemend.

De mededeling van OCW is weliswaar bijna tien jaar oud, maar geenszins achterhaald, zo blijkt uit de nieuwe Europese aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU. In overweging 20 van de considerans daarvan wordt namelijk ingegaan op het

gegeven dat aanbestedende diensten kunnen bestaan uit afzonderlijke operationele eenheden. Overweging 20 luidt als volgt:

'Duidelijk moet worden dat een perceel van een aanbesteding alleen als uitgangspunt bij het ramen van de waarde van een bepaalde aanbesteding mag dienen indien dit objectief gerechtvaardigd is. Het is bijvoorbeeld te rechtvaardigen om de waarde van een opdracht te ramen op het niveau van een afzonderlijke operationele eenheid van de aanbestedende dienst, zoals scholen of kleuterscholen, mits die eenheid zelf verantwoordelijk is voor haar aanbestedingen. Dit mag worden verondersteld indien de afzonderlijke operationele eenheid de aanbestedingsprocedures leidt en de besluiten tot aankoop neemt, over een eigen budgetonderdeel voor de betrokken aanbestedingen beschikt, zelf het contract sluit en dat bekostigt uit een budget waarover zij beschikt. Een perceel mag niet als uitgangspunt worden genomen indien de aanbestedende dienst de aanbesteding alleen maar decentraal organiseert.' [vet toegevoegd]

Deze verwijzing sluit mooi aan bij de cumulatieve voorwaarden die OCW hanteert in haar mededeling van 4 mei 2005. Op grond van overweging 20 kan de waarde van een opdracht namelijk op het niveau van een afzonderlijke operationele eenheid van een aanbestedende dienst worden geraamd, indien die eenheid zelf verantwoordelijk is voor haar aanbestedingen (hetgeen ook in de mededeling van OCW tot uitgangspunt wordt genomen). Die verantwoordelijkheid wordt verondersteld indien de afzonderlijke operationele eenheid:

- 1) de aanbestedingsprocedures leidt;
- 2) de besluiten tot aankoop neemt;
- 3) over een eigen budgetonderdeel voor de betrokken aanbesteding beschikt;
- 4) zelf het contract sluit; en
- 5) dat bekostigt uit een budget waarover zij beschikt.

Zou de Commissie in voorliggend advies niet bij de mededeling van OCW, maar bij genoemde overweging uit de considerans aansluiting hebben gezocht, dan was de uitkomst van het advies waarschijnlijk dezelfde geweest. *

Overigens zal het niet geheel toevallig zijn dat de nieuwe richtlijn aansluit bij eerdergenoemde mededeling van OCW. De mededeling van OCW

lijkt namelijk gebaseerd te zijn op een *policy guideline* van de Europese Commissie uit 1993, waarin (kennelijk) dezelfde vier cumulatieve voorwaarden zijn gehanteerd voor de definitie van een 'afzonderlijke operationele eenheid'.

Tot slot zij opgemerkt dat de kwalificatie als 'afzonderlijke operationele eenheid' niet per definitie tot gevolg heeft dat die eenheid ook een afzonderlijke 'aanbestedende dienst' is. De voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag oordeelde bijvoorbeeld eerder stellig dat de Staat als één aanbestedende dienst moet worden beschouwd.¹ Het gegeven dat diverse onderdelen van de Staat als afzonderlijke (operationele) eenheden te beschouwen zijn, brengt daarin volgens de voorzieningenrechter geen verandering. Dat ligt anders bij scholen; als aan genoemde vier cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, 'is' volgens de Commissie een school een aanbestedende dienst. Ook de *policy guideline* van de Europese Commissie gaat daarvan (kennelijk) uit. Overweging 20 van de considerans en art. 5 lid 2 van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn geven vervolgens aan dat de waarde van een opdracht 'kan' worden geraamd op het niveau van een afzonderlijke operationele eenheid.

C.H. van Hulsteijn,
Advocaat bij CMS Derks Star Busmann

L.M.J. van Bohemen
Advocaat bij CMS Derks Star Busmann

¹ V.zr. Rb. Den Haag 14 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3967, «JAAN» 2013/13.