

Handreiking aanbestedingsrecht en e-depotvoorzieningen decentrale overheden

Colofon

Samenstelling

Uitgebracht in opdracht van het project Archiefinnovatie Decentrale Overheden (AIDO) van Interprovinciaal Overleg, Vereniging van Nederlandse Gemeenten en Unie van Waterschappen.

Tekst

I.S. Sloover (Berenschot)

December 2016

Handreiking aanbestedingsrecht en e-depotvoorzieningen decentrale overheden

Inhoud	Pagina
1. Inleiding	1
1.1 Doelgroep	1
1.2 Reikwijdte handreiking	1
1.3 Begrippen	1
2. Uitzonderingen op het aanbestedingsrecht	3
2.1 Quasi-inbesteden	3
2.2 Publiek-publieke samenwerking	4
2.3 Alleenrecht	6
2.4 Toepassing procedure voor sociale en andere specifieke diensten?	7
3. Voorbeeld cases	8
3.1 Zelf een e-depot ontwikkelen	8
3.2 Met anderen een e-depot ontwikkelen	8
3.3 Aansluiten bij een bestaand e-depot	8

1. Inleiding

1.1 Doelgroep

Deze handreiking is geschreven voor informatieprofessionals en inkopers bij decentrale overheden en (streek)archiefdiensten. Voor deze doelgroep worden op beknopte wijze de regels en uitzonderingen van het aanbestedingsrecht geschetst die relevant zijn voor het uitbesteden van de ontwikkeling van een e-depot.

1.2 Reikwijdte handreiking

Het uitbesteden van een overheidsopdracht die ziet op de ontwikkeling van een e-depot (eventueel aangevuld met bijbehorende diensten) met een geraamde waarde onder de aanbestedingsdrempel van € 209.000 hoeft niet Europees te worden aanbesteed. Voor deze diensten geldt het eigen inkoopbeleid van de decentrale overheid. Het Europese aanbestedingsrecht is wel van toepassing indien een aanbestedende dienst (decentrale overheid) de ontwikkeling van een e-depot, met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan de aanbestedingsdrempel van € 209.000, uitbesteed aan een derde partij.

Deze handreiking spitst zich toe op deze laatste overheidsopdrachten met betrekking e-depots en biedt een schets van relevante uitzonderingsmogelijkheden in het juridische landschap van het aanbestedingsrecht. De handreiking geldt niet als een maatwerkadvies en andere juridische rechtsgebieden vallen buiten het bestek van deze handreiking.

1.3 Begrippen

De Aanbestedingswet hanteert een aantal juridische begripsbepalingen en het is nuttig om deze hier alvast toe te lichten. Onderstaande begrippen worden 'ruim' geïnterpreteerd en 'functioneel' uitgelegd door de rechter zodat ontduiking van de aanbestedingsregels wordt tegengegaan. Bij gebruikmaking van deze handreiking zal altijd een toetsing nodig zijn op de onderstaande begrippen:

Aanbestedende dienst: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.

Toelichting: Decentrale overheden zijn in de Aanbestedingswet aangewezen als 'aanbestedende dienst'. Samenwerkingsverbanden zijn ook aanbestedende diensten en komen in vele soorten voor, bijvoorbeeld gemeenschappelijke regelingen.

Overheidsopdracht voor diensten: een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten (...).

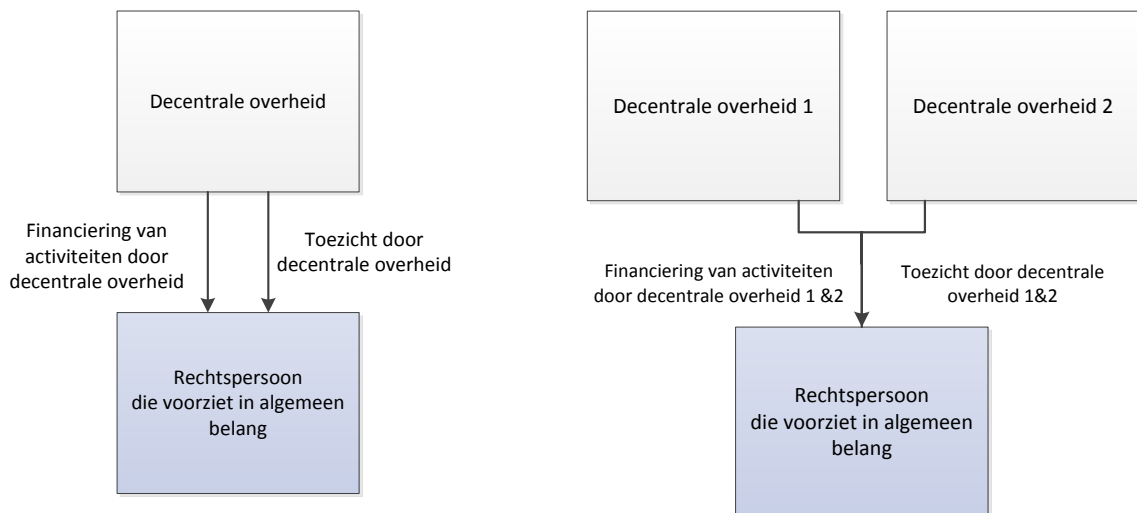
Toelichting: 'Onder bezwarende titel' wil zeggen dat afspraken afdwingbaar zijn en dat de dienstverlener een prestatie levert en de aanbestedende dienst hiervoor een op geld waardeerbare tegenprestatie levert.

Publiekrechtelijke instelling: een instelling die (1) specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die (2) rechtspersoonlijkheid bezit en (3) waarvan:

- a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,
- b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of
- c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.

Toelichting: Als aan (1), (2) en aan één van de subcriteria bij (3) wordt voldaan, is er sprake van een publiekrechtelijke instelling. Bij onderdeel (1) gaat het veelal om de uitvoering van wettelijke taken of de doelstelling die in statuten is opgenomen. Volgens jurisprudentie gaat het om een functionele interpretatie van het begrip 'van algemeen belang' en zijn onder meer relevant de behoeften waarin de overheid om redenen van algemeen belang besluit zelf te voorzien. Een functionele uitleg van 'rechtspersoonlijkheid' kan inhouden dat organisaties/instellingen die op basis van het Nederlandse recht geen rechtspersoonlijkheid (bijvoorbeeld Vennootschap onder firma, Vof), tóch als publiekrechtelijke instelling kunnen kwalificeren.

Figuur 1: weergave van publiekrechtelijke instelling



2. Uitzonderingen op het aanbestedingsrecht

In onderstaande paragrafen worden de uitzonderingen die relevant kunnen zijn voor overheidsopdrachten met betrekking tot e-depots op hoofdpunten geschetst. Indien wordt voldaan aan de begrippen in hoofdstuk 1 en de betreffende eisen van de uitzonderingsmogelijkheden, kan een overheidsopdracht worden verleend zonder aanbestedingsprocedure.

Naast deze hoofdpunten moet overigens rekening worden gehouden met omvangrijke jurisprudentie en de toepassing ervan op een individuele zaak. Verder wordt opgemerkt dat de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht restrictief worden uitgelegd en dat de aanbestedende dienst moet zorgdragen voor een goede onderbouwing indien een beroep wordt gedaan op een van de uitzonderingen.

De uitzonderingen op de aanbestedingsplicht zijn: quasi-inbesteden, horizontale samenwerking en het alleenrecht. Ten slotte wordt nog aandacht besteed aan de mogelijke toepassing van de procedure voor sociale en andere specifieke diensten onder de huidige Aanbestedingswet.

2.1 Quasi-inbesteden¹

Decentrale overheden kunnen onder de voorwaarden van quasi-inbesteden overheidsopdrachten verlenen aan een andere 'gelieerde' rechtspersoon zonder aanbesteding. Deze uitzondering is ontleend aan jurisprudentie en is nu verankerd in de Aanbestedingswet². De cumulatieve eisen zijn als volgt:

1. De decentrale overheid / overheden moet(en) toezicht op de 'gelieerde' rechtspersoon uitoefenen zoals op zijn eigen dienst(en) ('toezichtcriterium');
2. De 'gelieerde' rechtspersoon voert meer dan 80% van de activiteiten uit voor de decentrale overheid / overheden ('merendeelcriterium').
3. Er is geen directe participatie van privékapitaal in de 'gelieerde' rechtspersoon.

Toelichting eis 1: Bij het 'toezichtcriterium' geldt dat het criterium wordt ingevuld aan de hand van alle relevante omstandigheden en of van een beslissende of doorslaggevende invloed sprake is. De decentrale overheden zijn bijvoorbeeld 100% aandeelhouder van de 'gelieerde' rechtspersoon dat de rechtsvorm van een vennootschap heeft of is vormgegeven als een gemeenschappelijke regeling met openbaar lichaam of bedrijfsvoeringsorganisatie waarin de decentrale overheden deelnemers zijn.

Toelichting eis 2: Bij het merendeelcriterium geldt dat meer dan 80% van de activiteiten (winst) van de 'gelieerde' rechtspersoon wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem zijn toegewezen door de decentrale overheid / overheden. Het merendeel percentage kan bepaald worden op basis van:

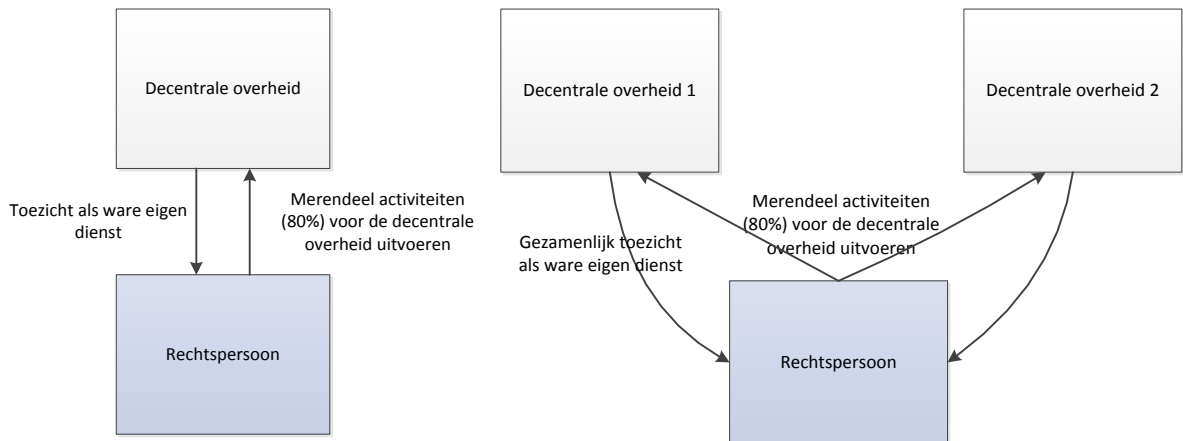
¹ Wordt ook wel 'quasi-inhouse' of 'verticale samenwerking' genoemd.

² Artikel 2.24a en 2.24b van de Aanbestedingswet.

- de gemiddelde totale omzet over de drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht, of;
- een geschikte alternatieve wijze op activiteit gebaseerde maatstaf, of;
- indien de voorgaande methoden niet beschikbaar of relevant zijn vanwege datum oprichting of aanvang van bedrijfsactiviteiten, door middel van bedrijfsprognoses aan te tonen dat de berekening van de activiteit aannemelijk is.

Toelichting eis 3: Er mag geen privaat kapitaal participeren in de 'gelieerde' rechtspersoon, tenzij deze participatie geen beslissende invloed heeft op deze rechtspersoon. Bij een gemeenschappelijke regeling is er normaliter geen private kapitaalbreng, terwijl dat bij een vennootschap (BV of NV) wel tot de mogelijkheden behoort.

Figuur 2: weergave varianten quasi-inbesteden:



Kanttekening: De discussie over de exacte invulling van de eisen van quasi-inbesteden speelt op dit moment bij veel overheden. Deze onduidelijkheid blijft voorlopig bestaan; deels omdat de jurisprudentie onder de 'oude' Aanbestedingswet is opgenomen in de 'nieuwe' Aanbestedingswet en deels ook omdat de eisen in de (toelichting van de) 'nieuwe' Aanbestedingswet gewijzigd zijn en dit nog uitgekristalliseerd moet worden in nieuw te vormen jurisprudentie.

2.2 Publiek-publieke samenwerking³

Indien decentrale overheden een samenwerkingsovereenkomst sluiten, geldt er geen aanbestedingsplicht. De bijbehorende eisen zijn als volgt:

1. het gaat om overheidsopdrachten die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten worden gegund
2. de overheidsopdracht geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten

³ Wordt ook wel 'horizontale samenwerking' genoemd en is geregeld in artikel 2.24c van de Aanbestedingswet.

uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen,

3. de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang
4. de deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder die samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.

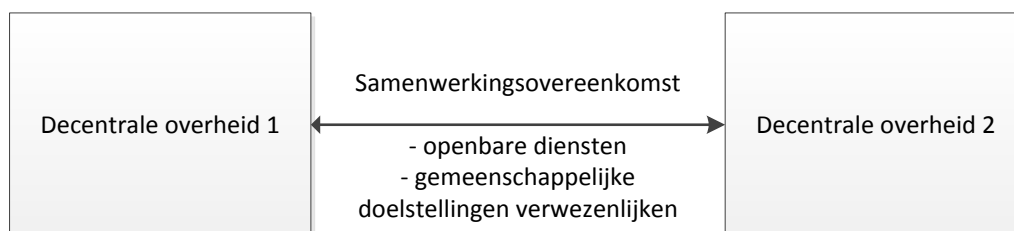
Toelichting eis 1: Onder aanbestedende diensten vallen ook publiekrechtelijke instellingen. Er is dus geen noodzaak om een aparte entiteit op te richten door decentrale overheden.

Toelichting eis 2: Op basis van jurisprudentie gaat het om deelname van de decentrale overheden en dat zij over en weer verplichtingen zijn aangegaan. Het gezamenlijke doel is hier het e-depot.

Toelichting eis 3: De aanbestedende diensten moeten allen in deze samenwerking (ten minste complementaire) diensten verrichten in het kader van hun gezamenlijke doelstelling: het -depot. Met deze eis wordt verhinderd dat de ene decentrale overheid diensten op het gebied van een e-depot uitvoert en de andere decentrale overheid voor deze diensten slechts betaalt; deze opdrachtgever-opdrachtnemer relatie is namelijk aanbestedingsplichtig.

Toelichting eis 4: Voor de berekening van dit percentage wordt aangesloten bij eis 2 van quasi-inbesteding.

Figuur 3: weergave publiek-publieke samenwerking ('horizontale samenwerking')



Kanttekening: Deze vorm van publieke samenwerking is gebaseerd op jurisprudentie en is in de Aanbestedingswet vastgelegd met enkele inhoudelijke aanpassingen. De juridische praktijk zal moeten uitwijzen hoe deze subtiele wijzigingen uitwerken. In het verleden is deze vorm van publieke samenwerking reeds goedgekeurd bij afvalverwerking⁴.

⁴ Arrest van het Hof van Justitie EU, 9 juni 2009, C-480/06; 'Stadtreinigung Hamburg'.

2.3 Alleenrecht

Voor toepassing van het alleenrecht⁵ gelden de volgende cumulatieve eisen:

1. De opdracht wordt door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten gegund;
2. het recht wordt voorbehouden om binnen een bepaald geografisch gebied een dienst te verrichten of een activiteit uit te oefenen
3. Het alleenrecht is verenigbaar met het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) en is wettelijk / bestuursrechtelijk bekend gemaakt

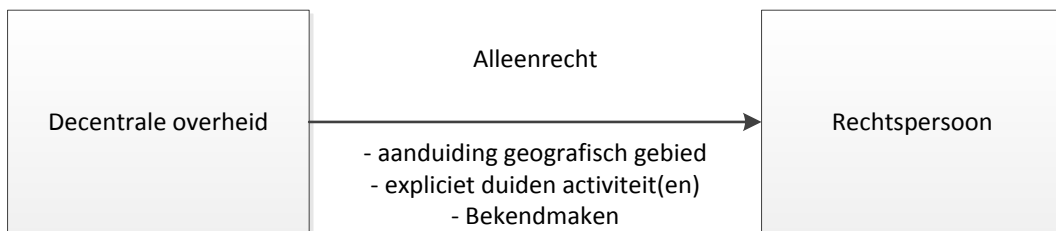
Toelichting eis 1: Onder aanbestedende diensten vallen ook publiekrechtelijke instellingen

Toelichting eis 2: Indien een alleenrecht wordt gevestigd dient men zich te realiseren, dat dit alleenrecht uitsluitend werkt. Opdrachten die de desbetreffende e-depot diensten betreffen, zouden dan alleen nog aan één partij kunnen worden verleend binnen een vooraf bepaald geografisch gebied. Niet mogelijk is dus het alleenrecht voor het ontwikkelen van of uitvoeren van e-depot diensten eerst aan entiteit 'X' te verlenen en vervolgens te beslissen of de activiteit door een andere entiteit 'Y' moet worden uitgevoerd.

Toelichting eis 3: Er is geen eenduidige lijn wat verstaan dient te worden onder 'verenigbaar met het VWEU'. Op basis van recente rechtspraak⁶ moet de wettelijke of bestuurlijke bepaling verenigbaar zijn met het EU-recht en moet rekening worden gehouden met Europeesrechtelijke eisen (bijvoorbeeld non-discriminatie, transparantie en objectiviteit).

Op basis van recente jurisprudentie⁷ wordt aangenomen dat het vestigen van een alleenrecht bij verordening (door bijvoorbeeld de gemeenteraad, Provinciale Staten of Algemeen Bestuur vastgesteld) juridisch de veiligste route is en daarmee voldoet aan de Europese richtlijnen.

Figuur 4: weergave alleenrecht



⁵ Alleenrecht en uitsluitend recht zijn synoniemen voor het aanbestedingsrecht.

⁶ Rechtbank Noord-Nederland, 19 juni 2015, EEW Energy Waste/ Gem. Appingedam e.a., ECLI:NL:RBNNE:2015:2947.

⁷ Rechtbank Gelderland, 29 juli 2015 / zaaknummer 264413.

Kanttekening:

Een nadeel van het alleenrecht is het gebrek aan concurrentie omdat de decentrale overheid altijd de opdracht dient te verstrekken aan de partij die het alleenrecht heeft; dit kan nadelige gevolgen hebben voor de marktverhoudingen en het bepalen van een eerlijke / marktconforme prijs. Aangeraden wordt om condities in te bouwen om bijvoorbeeld jaarlijks een toets uit te voeren op marktconformiteit.

2.4 Toepassing procedure voor sociale en andere specifieke diensten?

In de Aanbestedingswet gelden er vereenvoudigde voorschriften met betrekking tot het plaatsen van overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten. In een bijlage⁸ van een Europese richtlijn zijn deze diensten opgenomen die onder het verlichte regime vallen. Het verlichte regime houdt op hoofdlijnen in dat een aankondiging en een gunningsbericht op Tendered verplicht zijn.

Voor het beschrijven van diensten die onder het aanbestedingsrecht vallen wordt gebruik gemaakt van zogenaamde CPV-codes⁹; CPV-codes moeten verplicht worden gebruikt. Archiefbeheer zoals bedoeld in de Archiefwet valt onder de CPV-code archiveringsdiensten (CPV-code 79995100-6) waarvoor een verlicht regime geldt. Het betreft dan voornamelijk administratieve diensten.

Als we de omschrijving van KING¹⁰ volgen met betrekking tot een e-depot, dan is een e-depot: *het geheel van organisatie, beleid, processen en procedures, financieel beheer, personeel, databeheer, databeveiliging en aanwezige hard- en software, dat duurzaam beheren en raadplegen van te bewaren archiefbescheiden mogelijk maakt*. Een e-depot is qua beschrijving dus ruimer gedefinieerd dan de hierboven genoemde 'archiveringsdiensten' en archiefbeheer uit de Archiefwet. Hierdoor lijkt het e-depot niet onder de CPV-code 79995100-6 en niet onder het verlichte regime voor sociale en specifieke diensten uit de Aanbestedingswet te vallen. Een e-depot zou eerder kunnen vallen onder een andere CPV-code (bijvoorbeeld 72252000-6 / computerarchiveringsdiensten)¹¹. Er dient een reguliere aanbestedingsprocedure gevolgd te worden.

⁸ Bijlage XIV van richtlijn 2014/24/EU.

⁹ Common Procurement Vocabulary. Voor meer info:
<https://www.europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/cpv/>

¹⁰ Zie <https://archief2020.nl/downloads/rapport-e-depotvoorziening-decentrale-overheden>

¹¹ Zie voor een uitgebreide juridische analyse de factsheet 'Aanbestedingsrechtelijke aspecten inschakelen e-depots' van Europa decentraal;

3. Voorbeeld cases

In de voorgaande paragrafen zijn de uitzonderingen op het aanbesteden geschetst. In de volgende paragrafen worden een aantal voorbeelden weergegeven waarbij geen aanbesteding vereist is.

3.1 Zelf een e-depot ontwikkelen

Het staat een decentrale overheid vrij om zelf een e-depot te ontwikkelen en hiervoor is geen aanbesteding vereist. Het gaat hier namelijk om pure inbesteding, dus geen uitbesteding aan een andere partij door middel van een 'overkomst onder bezwarende titel'.

3.2 Met anderen een e-depot ontwikkelen

Een decentrale overheid kan met andere aanbestedende diensten een e-depot (laten) ontwikkelen. Dit kan door gebruik te maken van bijvoorbeeld 'quasi-inbesteden. De decentrale overheid (= aanbestedende dienst) moet dan samen met een of meerdere andere aanbestedende diensten toezicht houden op een 'gelieerde' rechtspersoon en deze rechtspersoon moet 80% van haar werkzaamheden (omzet) verrichten voor de toezichthoudende aanbestedende diensten. De rechtsvorm van deze gelieerde rechtspersoon kan bijvoorbeeld een vennootschap (BV of NV) zijn, maar ook een gemeenschappelijke regeling.

Een andere optie is om via een publiek-publieke samenwerkingsovereenkomst het e-depot te ontwikkelen. Hierbij geldt wel als eis dat alle aanbestedende diensten activiteiten moeten verrichten en er mag dus geen zuivere opdrachtgever-opdrachtnemer relatie zijn tussen deze aanbestedende diensten.

3.3 Aansluiten bij een bestaand e-depot

Indien een decentrale overheid zelf nog geen e-depot heeft kan op diverse manieren aangesloten worden bij een bestaand e-depot.

Bijvoorbeeld door een alleenrecht te vestigen op een aanbestedende dienst of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten die al beschikt over een e-depot. Het samenwerkingsverband, bijvoorbeeld een gemeenschappelijke regeling, moet dan wel ermee rekening houden dat zij ten minste 80% van de activiteiten (omzet) voor haar toezichthoudende aanbestedende diensten blijft uitvoeren. Indien het samenwerkingsverband meer dan 20% van de activiteiten uitvoert voor de niet deelnemende aanbestedende dienst, komt de quasi-inbestedingsconstructie van het samenwerkingsverband namelijk zelf in gevaar.

Bij het vormgeven van het alleenrecht is van belang om expliciet aan te geven welke activiteiten / diensten onder het alleenrecht vallen. De inhoud van het alleenrecht is namelijk bepalend voor de vraag in hoeverre de aanbestedende dienst die het alleenrecht heeft gekregen, aanspraak kan maken op de opdracht tot ontwikkeling van of diensten met betrekking tot een e-depotvoorziening. Indien bijvoorbeeld het gehele archiefbeheer inclusief e-depot diensten is vastgelegd in een alleenrecht, dan kunnen -als het alleenrecht nog steeds geldt- de diensten met betrekking tot het e-depot niet aan een andere partij worden gegund en kan ook niet worden aangesloten bij een ander

e-depot.

De aanbestedende dienst zonder eigen e-depot kan ook deelnemer worden in de gemeenschappelijke regeling of zich inkopen als aandeelhouder in de vennootschap. Hierdoor kan gebruik worden gemaakt van de uitzondering van quasi-inbesteding waarop de huidige deelnemers / aandeelhouders zich kunnen beroepen.