

## IOEA-nieuwsbrief

Door het Interdepartementaal Overlegorgaan Europese Aanbestedingsvoorschriften (IOEA) is onlangs de volgende nieuwsbrief vastgesteld.

### Tewerkstelling, plaatsing van personeel en andere specifieke diensten

*Nieuwsbrief 16, februari 2000*

#### Inleiding

Er zijn verschillende manieren om personen in te zetten om de doeleinden van de aanbestedende dienst te realiseren. De richtlijn Diensten onderscheidt daarbij tewerkstelling, plaatsing van personeel of personeelsverschaffing en dienstverlening. De werking van de richtlijn kan verschillend zijn voor elk van deze categorieën. Het is daarom van belang deze begrippen zo duidelijk mogelijk te omschrijven en de verschillen aan te geven.

#### Tewerkstelling

In de overwegingen van de richtlijn Diensten wordt vermeld dat dienstverlening op andere grondslagen dan een overheidsopdracht, zoals wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen (ambtelijke dienstverband) of arbeidsovereenkomsten, niet onder de richtlijn valt. Er is dan sprake van tewerkstelling: een (al dan niet tijdelijk) arbeidscontract of dienstverband op grond van publiek recht<sup>1</sup>. Deze (arbeids)overeenkomsten (dus ook met een salaris boven het drempelbedrag) behoeven derhalve niet Europees te worden aanbesteed maar kunnen via een gewone sollicitatieprocedure tot stand komen.

#### Bijlagen IA en IB, en CPC m.b.t. diensten

Naast tewerkstelling bestaan er nog andere mogelijkheden om personeel van buiten aan te trekken voor het verrichten van bepaalde diensten. In bijlagen IA en IB van de richtlijn Diensten wordt een aantal categorieën diensten vermeld: bijvoorbeeld

plaatsing van personeel en personeelsverschaffing (IB), computerdiensten, diensten voor bedrijfsadvisering (IA) of diensten van juridische aard (IB). Aan de hand van de CPC<sup>2</sup> codes kan worden nagegaan onder welke bijlage een bepaalde dienstverlening valt. De CPC codes moeten weliswaar ruim worden uitgelegd maar anderzijds moet er wel een basis in deze codes zijn om een dienst als een 'IA' of een 'IB' dienst te kwalificeren. Er mag niet te snel worden geconcludeerd dat een dienst niet hoeft te worden aanbesteed omdat deze niet duidelijk is in te passen in een in bijlage IA vermelde CPC code. Valt een dienst niet onder IA of één van de met name genoemde diensten van IB, dan valt deze dienst in principe onder de categorie 27 'andere diensten' van bijlage IB<sup>3</sup>.

#### Plaatsing van personeel en personeelsverschaffing

Bijlage IB spreekt van plaatsing van personeel en personeelsverschaffing en verwijst vervolgens naar CPC code 872<sup>4</sup>. De uitgebreide versie van de CPC code<sup>5</sup> geeft meer duidelijkheid over het onderscheid tussen beide begrippen. Onder plaatsen van personeel moet worden verstaan arbeidsbemiddeling door een intermediair zoals het zoeken van directieleden, (tijdelijk) kantoorpersoneel en andere werknemers, waarbij de te plaatsen personen in dienst komen bij en betaald worden door de aanbestedende dienst (bijv. opdrachten voor het zoeken van personen door werving- en selectiebureaus of door headhunters). Een bemiddelingsopdracht voor het zoeken van een directeur (IB dienst) kan uiteindelijk resulteren in een tewerkstelling (uitzondering) door de aanbestedende dienst.

Van personeelsverschaffing voor kantoor, huishoudelijke dienst, handel en bedrijf of verpleging etc. is sprake wanneer het personeel (tijdelijk of voor lange termijn) in dienst is en blijft bij de verstreckende instelling en deze ook het salaris betaalt (zoals bij uitzendbureaus of andere intermediairs zoals management- of consul-

tantsbureaus, die eigen personeel uitleenen). Detachering valt hier in het algemeen ook onder. Zowel bij plaatsing van personeel als bij personeelsverschaffing ontstaat er een gezagsverhouding tussen de aanbestedende dienst en het personeel.

#### Advies- en andere diensten (van bijlage IA en IB)

Onduidelijkheid over de aard van de dienst ontstaat met name tussen de hierboven genoemde opdrachten tot personeelsverschaffing waarbij het personeel in dienst blijft bij en betaald wordt door de uitlenende instantie en andere diensten waarbij het personeel eveneens in dienst blijft bij en betaald wordt door de instelling die de opdracht uitvoert. Advies impliceert een tijdelijke werkzaamheid, niet deel uitmakend van maar aanvullend op de reguliere werkzaamheden. Het kan gaan om het uitbrengen van een advies waarbij de opdrachtnemer van buitenaf, vanuit zijn eigen organisatie, de opdracht uitvoert of om een opdracht, waarbij de opdrachtnemer zijn werk binnen de organisatie van de opdrachtgever moet uitvoeren. De scheidslijn tussen de verschillende soorten diensten is niet altijd helder omdat de verschillende dienstverleningen elkaar kunnen overlappen. Zo valt onder de categorie bedrijfsadvisering niet alleen het geven van een concreet advies maar kan daaronder ook het optreden als reorganisatie-adviseur, project- of interim-manager of beleidsadvisering in het algemeen vallen. Er zijn twee kenmerkende verschillen met personeelsverschaffing. Ten eerste betreft het veelal een (advies)opdracht met een concreet eindresultaat en geschiedt uitvoering op basis van een vaste prijs (of op basis van gewerkte uren met veelal een maximumprijs). Ten tweede bestaat er – ook indien de opdrachtnemer zijn opdracht binnen de organisatie van de opdrachtgever uitvoert – geen gezags- of arbeidsverhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer, al zal deze laatste uiteraard bij de uitvoering van

de opdracht aanwijzingen van de opdrachtgever moeten opvolgen.

### **Hoe vast te stellen welke dienstverleningsopdracht van toepassing is?**

Met name in die gevallen waarbij de opdrachtnemer binnen de organisatie van de aanbestedende dienst werkzaam moet zijn om de opdracht te kunnen uitvoeren is het de vraag of de adviseur dan werkzaam is op basis van een arbeidsbemiddelingcontract (personeelsverschaffing) of dat er sprake is van een concrete adviesopdracht. Wat betreft de rubricering van een dienstverlening dient hierbij minder gelet te worden op de functienaam van de dienstverlenende persoon (interim- of projectmanager) dan op de wijze waarop deze wordt ingeschakeld of op de aard van de dienst.

Indien bijvoorbeeld een persoon door een bureau wordt 'geleverd' en – deze verantwoordelijk is voor een concreet eindresultaat (bijv. een advies over nieuwe software, een management advies, een juridisch advies of projectbeheer) en – er bij de uitoefening van de werkzaamheden geen sprake is van een arbeids- of gezagsverhouding dan is er, afhankelijk welke soort dienst het betreft, sprake van een dienstverleningsopdracht die valt onder één van de categorieën van bijlage IA of IB. Ook uit de kerntaak van de opdrachtnemer (consultancy/advisering) kan veelal afgeleid worden of er sprake is van dienstverlening.

Als echter een persoon door een bureau wordt 'geleverd' en – deze persoon geen verantwoordelijkheid heeft voor een concreet eindresultaat maar reguliere werkzaamheden uitvoert zoals het tijdelijk management van de organisatie of beheer van een project en – er bij de uitoefening van zijn werkzaamheden wel sprake is van een gezagsverhouding dan is de overeenkomst tussen het bureau en de aanbestedende dienst een overeenkomst tot plaatsing van personeel of personeelsverschaffing (IB: beperkt regiem) ongeacht op welk onderwerp de dienst betrekking heeft. De 'kerntaak' van de opdrachtnemer zal hier veelal het 'uitzenden' betreffen, een aanwijzing dat er sprake is van personeelsverschaffing. Een computerdeskundige, projectma-

nager of interim-manager kan dus binnen een organisatie werkzaam zijn op basis van een concrete adviesopdracht of op basis van personeelsverschaffing. Tussen beide diensten bevindt zich echter een glijdende schaal, afhankelijk van de aard van de opdracht en de wijze van inschakeling.

### **Specifieke deskundigheid of eigenschappen**

Het komt voor dat een opdrachtgever bij adviesopdrachten of andere opdrachten, waarbij de menselijke factor een grote rol speelt (zoals bij een interim-manager of projectleider of in geval van public relations), een specifieke deskundige of een specifiek bureau op het oog heeft met de juiste achtergrond, ervaring, kennis en betrokkenheid om de opdracht uit te voeren. Bij aanbesteding van dergelijke opdrachten hangt de uiteindelijke gunning in veel gevallen af van het verloop van de procedure aan de hand van de van tevoren vastgelegde selectie- en gunningscriteria. Toch is het mogelijk om – binnen de mogelijkheden van de richtlijn Diensten – de kans op het verkrijgen van ervaring of de juiste eigenschappen te waarborgen nl:

- door in de aanbestedingsprocedure (met name bij de selectie- en gunningscriteria) duidelijk aan te geven aan welke vereisten de opdrachtnemer qua kennis, ervaring, deskundigheid en persoonlijke kwaliteiten moet voldoen.

- door in de aanbestedingsprocedure een persoonlijk gesprek als beoordelingselement in te lassen (vermelding vereist in aankondiging of in bestek) met de bedoeling na te gaan of met gegadigde een vertrouwensbasis of werkbare samenwerking mogelijk is: immers niemand kan op basis van een aanbestedingsprocedure gehouden worden in zee te gaan met een kandidaat in wie geen vertrouwen bestaat dat een goede samenwerking of een vertrouwensbasis kan ontstaan. Bij de beoordeling en de uiteindelijke keuze dienen de uitgangspunten van de richtlijnen (transparantie, objectiviteit en non-discriminatie) centraal te staan.

- via de procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking:

– in geval van diensten die om technische of artistieke redenen of om rede-

nen van bescherming van alleenrechten slechts aan een bepaalde dienstverlener kunnen worden toevertrouwd (artikel 11, derde lid, onder b)<sup>6</sup>.

– in geval van nieuwe diensten, die bestaan uit herhaling van soortgelijke eerder aanbestede en door die dienstverlener verleende diensten (artikel 11, derde lid, onder f)

### **Conclusie**

De richtlijn Diensten biedt een aantal mogelijkheden voor plaatsing van personeel of personeelsverschaffing of om andere (advies)diensten te vragen. Afhankelijk van de concrete situatie:

1. kan dit van de werking van de richtlijn zijn uitgezonderd (in geval van tewerkstelling zoals bij arbeidscontracten),
2. valt dit onder het beperkte regiem van de richtlijn (alleen melding achteraf bijv. in geval van plaatsing van personeel of personeelsverschaffing of bij juridische diensten) of
3. is het volledige regiem van de richtlijn van toepassing (bij bedrijfsadviesing). Dit geval onderscheidt zich van de vorige twee doordat er geen directe gezagsverhouding bestaat en er sprake is van een resultaatverplichting tegen een vaste vergoeding. Daarnaast bevat de richtlijn Diensten (art. 11) nog enkele uitzonderingsbepalingen, die de mogelijkheid bieden om een opdracht tot dienstverlening met een procedure van gunning via onderhandelingen zonder voorafgaande bekendmaking aan een bepaalde dienstverlener te gunnen.

*N.B. Aan de hierboven gegeven interpretatie kunnen geen rechten worden ontleend. Zolang echter de rechter of het Hof van Justitie geen anders luidende uitspraak hierover doet, kan de hier weergegeven interpretatie bijdragen aan meer duidelijkheid over de toepassing van de richtlijnen.*

*(Deze nieuwsbrief is eveneens opgenomen in de EZ internetsite [www.minez.nl/eutenders](http://www.minez.nl/eutenders) onder rubriek Informatiebulletins)*

<sup>1</sup> In beide gevallen is er sprake van een gezagsverhouding en salaris

<sup>2</sup> Central Productclassification (CPC) van de Verenigde Naties.

<sup>3</sup> Op diensten vermeld in bijlage IB is het beperkte regiem van de richtlijn van toepassing (artikel 14 en 16: alleen melding achteraf van de opdrachtverlening aan de Commissie)

<sup>4</sup> De centrale productenclassificatie CPA, waarin de CPC codes zijn opgenomen, gebruikt een andere terminologie en noemt onder de kop arbeidsbemiddeling zowel het plaatsen als het leveren van perso-

---

neel zonder daarin enig onderscheid aan te brengen: Verordening betreffende de statistische classificatie van producten gekoppeld aan de economische activiteiten in de Europese Gemeenschap (CPA) Nr. 3696/93 van 29 oktober 1993).

<sup>5</sup> Voor wat betreft de categorieën 1 tot en met 26 binnenkort op de EZ website (alleen in de Engelse taal) beschikbaar.

<sup>6</sup> De uitzonderingen op de richtlijnen om de onderhandelingsprocedure te mogen toepassen dienen volgens jurisprudentie van het Hof zeer strikt te worden uitgelegd en zullen derhalve in de praktijk een beperkte betekenis hebben.