

IOEA-Nieuwsbrief

Door het Interdepartementaal Overlegorgaan Europese Aanbestedingen is onlangs een nieuwsbrief vastgesteld, die hieronder volgt.

Aggregatie van opdrachten van zelfstandige onderdelen binnen een rechtspersoon

IOEA nieuwsbrief 26, oktober 2002

Inleiding

Volgens de aanbestedingsrichtlijnen is de Staat één aanbestedende dienst. Dit betekent dat opdrachten binnen deze aanbestedende dienst in principe bij elkaar opgeteld – of met een ander woord – geaggregeerd moeten worden. Dit is binnen het sterk gedecentraliseerde overheidsbestel in Nederland niet altijd mogelijk of wenselijk. Zelfstandige onderdelen of entiteiten binnen aanbestedende diensten komen zowel binnen de rechtspersoon Staat (de afzonderlijke ministeries, agentschappen etc.) als bij andere aanbestedende diensten zoals gemeenten voor (vervoer, vuilverwijdering, stadsdeelgemeenten etc.). In veel gevallen bestaat onduidelijkheid over de vraag of en wanneer opdrachten binnen een aanbestedende dienst bij elkaar opgeteld moeten worden.

Raming van opdrachten

Uitgangspunt van de richtlijnen is dat soortgelijke opdrachten binnen één aanbestedende dienst bij elkaar opgeteld moeten worden. Daarnaast schrijven de EU richtlijnen voor dat aanbestedende diensten de waarde van de afzonderlijke, regelmatige of gelijksoortige overheidsopdrachten over een periode van 12 maanden vanaf de eerste opdracht bij elkaar op moeten tellen (bij opdrachten langer dan 12 maanden de geraamde omzet gedurende de contractperiode). Door deze optelsom van opdrachten (de zogenaamde vraagaggregatie) zal vaker het drempelbedrag worden overschreden. Dit te meer ingeval van soortgelijke opdrachten van zelfstan-

dige onderdelen binnen een aanbestedende dienst.

De praktijk is anders. Immers zelfstandige onderdelen van de Staat zoals ministeries hebben een eigen budget en een eigen beslissingsbevoegdheid. Deze staat op gespannen voet met de verplichting tot aggregatie binnen een aanbestedende dienst. De Commissie heeft dit spanningsveld onderkend tussen enerzijds de verplichting tot aggregatie binnen één aanbestedende dienst en het bestaan van volledig zelfstandige entiteiten binnen een aanbestedende dienst. In een zogenaamde 'policy guideline' uit 1993¹ over de richtlijn 'nutsbedrijven' heeft de Commissie een aantal criteria neergelegd die in concreto aangeven, wanneer er sprake is van een zelfstandige operationele eenheid binnen een aanbestedende dienst.

Hierbij wordt uiteraard uitgegaan van de – specifieke – uitgangspunten van de richtlijn nutsbedrijven². Volgens deze guideline kan van een afgescheiden operationele eenheid binnen een aanbestedende dienst sprake zijn bij:

1. decentralisatie van (inkoop)eenheden: de eenheden binnen de organisatie zijn daadwerkelijk gedecentraliseerd en gemandateerd: de betreffende eenheid verricht de aanschaffingsprocedure onafhankelijk van de aanbestedende dienst en neemt zelf de beslissing onafhankelijk van enig ander onderdeel van de aanbestedende dienst, en
2. scheiding van budgetten: de delegatie van aanschaffingsverantwoordelijkheid blijkt uit een scheiding van budgetten waarbij het daadwerkelijk sluiten van een contract geschiedt door de zelfstandige eenheid en direct drukt op zijn eigen budget, en
3. voorziening in eigen behoeften: de aanschaffingen zijn bedoeld om in de eigen behoeften van de individuele eenheid zelf te voorzien, en
4. geen bemoeienis van aanbestedende dienst: de aanbestedende dienst mag zich – ondanks de decentralisatie van de verantwoordelijkheid voor de inkoop – niet als grote inkoopende partij presenteren en proberen vanuit

die positie betere voorwaarden te bedingen.

Indien alle vorenstaande situaties zich cumulatief voordoen, mag de zelfstandige eenheid zich bij de toepassing van de richtlijn beperken tot haar eigen aanschaffingen en hoeft deze de opdrachten niet bij die van de aanbestedende dienst mee te tellen. Dit laat onverlet dat zelfstandige entiteiten wel – vrijwillig, maar niet vrijblijvend (zie verder Canonarrest nr COO/180HR) – mee kunnen doen met (raam)contracten, die door de aanbestedende dienst of andere zelfstandige onderdelen ervan worden gesloten.

Of bepaalde onderdelen als zelfstandige eenheden kunnen worden beschouwd dient bij iedere gelegenheid afzonderlijk te worden bezien. Cruciaal daarbij is of de zelfstandige eenheid werkelijk zijn eigen aankopen regelt op grond van een toegekend mandaat, waarbij deze onafhankelijk en autonoom opereert als een afgescheiden bedrijfseenheid en niet verantwoordelijk is aan de aanbestedende dienst tenminste voor wat betreft de categorieën van producten waarvoor de eenheid verantwoordelijk wordt geacht. Opdrachten voor andere producten of diensten waarvoor de afzonderlijke zelfstandige eenheden niet zijn gemandateerd dienen door de aanbestedende dienst bij elkaar te worden opgeteld.

De eventuele afhankelijkheid van deze eigen beslissingsbevoegdheid van hogere echelons, niet direct de aanbestedingsbeslissing zelf betreffend maar bijv. een ander algemeen belang (financiën, milieu, algemene inkoopvoorwaarden etc.), doet aan de onafhankelijkheid van de beslissingsbevoegdheid niets af.

Voldoen zelfstandige eenheden binnen een aanbestedende dienst niet aan bovenvermelde eisen (en hebben ze derhalve geen volledige eigen bevoegdheid om bepaalde opdrachten op de markt uit te zetten) dan moet de aanbestedende dienst de verzoeken van alle zelfstandige eenheden bijtellen voor de raming van de opdracht. Dit vereist een organisatie

van de centrale inkoop binnen een aanbestedende dienst.

Aggregatie van opdrachten tegenover het splitsen van opdrachten

De bovenvermelde criteria om de onafhankelijkheid en autonomie van de zelfstandige entiteit te kunnen vaststellen, zijn specifiek bedoeld voor de nutssector met een duidelijk vrijer regiem dan de richtlijnen uit de klassieke sector. Volgens het IOEA is het niet onmogelijk deze criteria ook voor de klassieke richtlijnen (diensten, leveringen en werken) als uitgangspunt te nemen. Immers, daar waar de Commissie een dergelijke aanpak voor de nutssector toestaat en de Staat zelf zijn zelfstandige onderdelen al afzonderlijk behandelt (en afzonderlijk op de lijst van aanbestedende diensten vermeldt/ bijlage bij richtlijn leveringen), ziet het IOEA niet in waarom deze aanpak ook niet voor andere aanbestedende diensten zoals gemeenten zou kunnen gelden. Het is overigens aan de aanbestedende dienst om te beslissen of zelfstandige instellingen binnen zijn organisatie voor het geheel of op onderdelen als zelfstandige aanbestedende dienst kunnen worden aangemerkt.

De richtlijnen bepalen dat het splitsen van opdrachten om de toepassing van de richtlijn te ontduiken niet is toegestaan. Door het organisatorisch 'splitsen' van een organisatie in zelfstandige eenheden of het geven van een mandaat aan zelfstandige eenheden voor het zelfstandig uitvoeren van bepaalde opdrachten is er in zekere zin sprake van het splitsen van opdrachten. In het Beentjes-arrest³ heeft het EG Hof van Justitie heel nadrukkelijk gelet op de functie van de richtlijnen: het openstellen van de markt van overheidsopdrachten. Uiteraard mag het opsplitsen van een organisatie niet ten doel hebben om de richtlijnen te ontduiken. In dit geval volgen de richtlijnen functioneel de interne organisatie binnen een aanbestedende dienst, een benadering die naar verwachting ook het Hof zal volgen. Het kan immers niet de bedoeling zijn van de aanbestedingsrichtlijnen zijn dat instellingen, die binnen een organisatie (op bepaalde onderdelen) een volledig zelfstandig beleid mogen voeren enkel vanwege deze richtlijnen in het keurslijf van een centrale inkoop van goederen of

diensten gedwongen zouden moeten worden.

Conclusie

– Opdrachten binnen één aanbestedende dienst dienen in principe bij elkaar te worden opgeteld tenzij het opdrachten van zelfstandige eenheden binnen een aanbestedende dienst betreft die aan bepaalde eisen voldoen.
– Deze eisen zijn: decentralisatie van inkoop-eenheden, scheiding van budgetten, voorziening in eigen behoefte en geen bemoeienis van de aanbestedende dienst met de opdrachten van de zelfstandige eenheid.

N.B. Aan deze interpretatie kunnen geen rechten worden ontleend. Het EG Hof van Justitie zal – mocht het ooit tot een uitspraak komen – uiteindelijk bepalen of de hier vermelde interpretatie van de richtlijnen juist is.

¹ Van 20 januari 1993 (CC/92/87) met positief oordeel van het Raadgevend Comité Overheidsopdrachten op 16/12/1992.

² 'Toepassing van loyale handelspraktijken met ruimte voor de groots mogelijke soepelheid naast waarborging van doorzichtigheid, bevordering onderling vertrouwen en passende methoden voor toepassing van de richtlijnen'.