

Advies 94

1. Feiten

- 1.1 Beklaagde heeft als koepelorganisatie van 21 scholen in het basisonderwijs een overeenkomst met klager (schoonmaakbedrijf) voor schoonmaakdiensten ten behoeve van vier scholen opgezegd.
- 1.2 Beklaagde is voornemens nieuwe overeenkomsten voor de schoonmaakdiensten voor deze vier scholen aan te gaan door middel van een meervoudig onderhandse procedure.

2. Beschrijving klacht

Klager stelt dat beklagde ten onrechte de 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.

3. Onderbouwing klacht

Klager stelt zich op het standpunt dat beklagde als koepelorganisatie bevoegd gezag is en daarmee is te kwalificeren als aanbestedende dienst voor het plaatsen van opdrachten voor schoonmaakdiensten. Beklaagde gaat er volgens klager onterecht vanuit dat de onder haar ressorterende scholen te kenmerken zijn als zelfstandige aanbestedende diensten en derhalve geen aanbestedingsplicht geldt.

4. Aangedragen suggestie(s) tot verhelpen van de klacht

Klager stelt voor dat beklagde een Europese aanbesteding houdt voor alle scholen die vallen onder haar stichting en dat klager daarop kan inschrijven.

5. Reactie beklagde

- 5.1 Beklaagde bestrijdt de stelling van de klager dat er sprake is van een aanbestedingsplicht en dat dus de meervoudig onderhandse procedure terecht wordt gehanteerd. Zij doet dit met de volgende argumenten.
- 5.2 Weliswaar wordt de meervoudig onderhandse aanbesteding voor het contracteren van schoonmaakdiensten voor de vier scholen door haar uitgevoerd, maar dit doet zij alleen uit efficiencyoverwegingen. Het voornemen is een overeenkomst voor elke school apart te sluiten.
- 5.3 Beklaagde is verantwoordelijk voor de scholen, maar stelt dat het aan de directies van de individuele scholen is om deze te (laten) onderhouden. Klager lijkt zich volgens beklagde in haar klacht te richten op de overeenkomsten voor vier nader

genoemde scholen. Bij deze overeenkomsten, die inmiddels zijn opgezegd, betrof het weliswaar overeenkomsten tussen beklaagde als koepel en klager, maar zijn deze gesloten ten behoeve van elke afzonderlijke school en de scholen hebben deze overeenkomsten daarom ook apart opgezegd.

- 5.4 Volgens beklaagde gaat het bij de nieuwe overeenkomsten niet om een enkele overheidsopdracht. Het betreft dus afzonderlijke overeenkomsten die door de scholen als zelfstandige operationele eenheden worden aangegaan. Hierdoor wordt de (Europese) drempel niet overschreden en is er dus geen sprake van een aanbestedingsverplichting.
- 5.5 Beklaagde stelt dat zelfs indien de contractwaarden van de vier scholen zouden worden opgeteld, deze – op jaarbasis getotaliseerd – nog niet boven de (Europese) drempelwaarde zouden uitkomen. Hierbij merkt beklaagde op dat deze waarden historische waarden zijn en dat deze (te hoge) prijzen juist een reden waren de vier overeenkomsten op te zeggen. Op basis van een verkennend onderzoek stelde beklaagde vast dat de historische prijzen zo hoog zijn dat bij een nieuw contract met ieder van deze scholen – getotaliseerd – geen sprake zal zijn van overschrijding van de (Europese) drempelwaarde.
- 5.6 Tot slot merkt beklaagde op dat voor één van de scholen de schoonmaak wordt geregeld door een afzonderlijke stichting die de multifunctionele accommodatie exploiteert. In het bestuur van deze stichting heeft naast de school en beklaagde ook een derde zitting. De schoonmaak van deze laatste school valt dus onder verantwoordelijkheid van deze stichting en niet meer onder de verantwoordelijkheid van beklaagde.

6. Beoordeling

- 6.1 Klager beroept zich ter onderbouwing van haar klacht op art. 2.3 en art. 2.14 Aw 2012. Uit deze bepalingen 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. Het voorgaande betekent dat – om de klacht gegrond te kunnen verklaren – de volgende drie vragen positief zullen moeten kunnen worden beantwoord:
- zijn de scholen te beschouwen als onzelfstandige eenheden die ressorteren onder beklaagde als zelfstandige aanbestedende dienst?;
 - indien de scholen als onzelfstandige eenheden moeten worden beschouwd, moeten de waarden van de schoonmaakdiensten van deze scholen dan bij elkaar worden opgeteld ter bepaling van de mogelijke aanbestedingsplicht van klager?;
 - indien de waarden van de schoonmaakdiensten van de scholen bij elkaar moeten worden opgeteld, komt de – getotaliseerde – waarde dan uit boven de drempelwaarde voor toepassing van de Europese aanbestedingsprocedure?
- 6.2 Voor het beantwoorden van de eerste vraag moeten de criteria worden bepaald waarmee kan worden beoordeeld in welk geval een onderdeel van een aanbestedende dienst als (on)zelfstandig moet worden gekwalificeerd in het licht van het al dan niet totaliseren van de opdrachtwaarde die getoetst kan worden aan de aanbestedingsdrempel. Voor een geval als het onderhavige zijn deze criteria opgenomen in de OCenW-mededeling van 4 mei 2005 (Gele katern 2005, nr. 7, 9; zie http://www.acct.cfi.nl/Public/CFI-online/Images/e505042v_tcm2-28847.pdf) die een toelichting geeft op de voorlichtingsbrochure "Leidraad voor Europees Aanbesteden" van het CFI (*Centrale Financiële Instellingen, een uitvoeringsorganisatie van het ministerie van OCW, onder meer belast met het geven van informatie*

over wet- en regelgeving aan scholen, Commissie). Onder de volgende cumulatieve voorwaarden is een school/instelling als onderdeel van het bevoegd gezag volgens de genoemde OC-enW-mededeling (toch) een aanbestedende dienst:

1. decentralisatie van inkoopseenheden: de aanbestedende dienst heeft zijn inkoopseenheden binnen de organisatie daadwerkelijk gedecentraliseerd: de betreffende eenheid verricht de aanschaffingsprocedure onafhankelijk van de aanbestedende dienst en neemt zélf 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 van die eenheid zijn bedoeld om in de eigen behoeften van de individuele eenheid zelf te voorzien en,
4. geen bemoeienis van "moeder": de "moeder" 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.

6.3 Uit de hiervoor genoemde OCenW-mededeling blijkt dat het Ministerie van OCW van mening is dat wanneer niet aan de in 6.2 genoemde cumulatieve voorwaarden wordt voldaan, de beantwoording van de vraag of de aanbestedingsdrempel wordt overschreden op bevoegd gezag-niveau (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. Het spreekt hierbij voor zich dat die inrichting niet telkens kan veranderen.

6.4 Wanneer het onderhavige geval aan de eerste voorwaarde wordt getoetst – decentralisatie van inkoopseenheden – komt de Commissie tot het volgende oordeel.

6.4.1 Beklaagde hanteert als argument dat de scholen in het verleden ook als autonome eenheden de overeenkomsten hebben gesloten. In de overeenkomsten die met klager in 2010 voor de vier scholen zijn gesloten, is beklagde als koepel de enige opdrachtgever. In de overeenkomst wordt niet gesproken over enige rol van de individuele school als zelfstandige beslissingsbevoegde partij ten aanzien van de overeenkomst. Wel zijn (vier) aparte overeenkomsten per locatie gesloten, maar dit feit op zichzelf is niet doorslaggevend voor de bepaling van een zelfstandige rol van scholen bij de contractsluiting. Deze methode kan door beklagde ook worden gehanteerd met als doel de overeenkomsten afzonderlijk te kunnen opzeggen als de opdrachtnemer op een bepaalde locatie tekort zou schieten. Beklaagde erkent dat zij als contractpartij is opgetreden, maar stelt dat de scholen altijd autonome eenheden zijn geweest bij het aangaan van overeenkomsten. Voor deze stelling wordt echter weinig steun gevonden in de documenten die de Commissie zijn aangeleverd. Van een dergelijke autonomie blijkt de Commissie in ieder geval noch uit de inhoud, noch uit de wijze waarop de overeenkomsten zijn opgesteld.

6.4.2 Een argument *tegen* die beweerde autonomie wordt door klager aangeleverd. Bij de aanbesteding van een opdracht tot levering van gas in 2014 (document van oktober 2013), treedt beklagde op als enige aanbestedende dienst ten behoeve van haar scholen. In de aanbestedingsstukken wordt als uiteindelijke opdrachtgever beklagde genoemd en niet de verschillende onder haar ressorterende scholen. Daarbij wordt in de aangeleverde aanbestedingsdocumenten geen zelfstandige rol van de scholen aangegeven, anders dan als locaties waar het gas moet worden geleverd. Ook uit deze gegevens blijkt niet van een zelfstandige inkooppositie van de scholen.

- 6.4.3 Op basis van het voorgaande wordt duidelijk dat beklaagde zich in het verleden als aanbestedende dienst ten behoeve van de vier scholen heeft gedragen en geen van de scholen als zelfstandige inkoopentiteit heeft geopereerd. Ook voor de nieuwe overeenkomsten voor schoonmaak van de vier locaties zal beklaagde volgens eigen zeggen weer de inkoopprocedure centraal uitvoeren (uit doelmatigheidsoverwegingen). Nog afgezien van de vraag wie aan opdrachtgeverszijde als contractpartij zal optreden bij deze overeenkomsten, kan geconcludeerd worden dat uit de stukken op geen manier blijkt dat ieder van de scholen bij de te plaatsen onderhandse opdracht voor schoonmaakdiensten op enige overtuigende wijze als zelfstandige inkoopentiteit opereren. Voor de vervulling van de voorwaarde van daadwerkelijke decentralisatie kan dus geen steun gevonden worden in de bij de Commissie bekende documenten.
- 6.5 Voor wat betreft de toetsing van het onderhavige geval aan de tweede voorwaarde – scheiding van budgetten – komt de Commissie tot het volgende oordeel. Er zijn blijkens de aangeleverde documenten per school afzonderlijke budgetten voor schoonmaak, maar dit feit op zich zegt nog niets over de zelfstandigheid waarmee een school over dit budget kan beslissen. Vastgesteld is dat in het verleden uit de overeenkomsten voor schoonmaakdiensten en gasleverantie voor de scholen geen zelfstandige bevoegdheid voortvloeide bijvoorbeeld om de opdrachtnemer te sturen. Niet goed valt in te zien hoe de gestelde zelfstandige budgetverantwoordelijkheid zou kunnen worden vormgegeven als de school geen sturing kan uitoefenen op de overeenkomst. Er is geen verdere informatie aangeleverd waaruit de gestelde zelfstandige handelingsvrijheid van de scholen ten aanzien van deze budgetten zou bestaan. Ook de tweede voorwaarde is daarmee niet vervuld.
- 6.6 Getoetst aan de derde voorwaarde – voorziening in eigen behoeften – komt de Commissie voor het onderhavige geval tot het volgende oordeel. De overeenkomsten voor schoonmaak waren per locatie ingericht. In beginsel is dit gericht op de eigen behoefte, omdat het gaat om de (eigen) schoollocaties van deze scholen. Daarmee is de derde voorwaarde vervuld.
- 6.7 Toetsing van het onderhavige geval aan de vierde voorwaarde – geen bemoeienis van de moeder – leidt naar het oordeel van de Commissie tot het volgende. Van bemoeienis van de moeder lijkt wel degelijk sprake te zijn. Zowel in de genoemde opdracht voor gasleverantie als voor schoonmaakdiensten is beklaagde opgetreden als aanbestedende dienst. Uit de stukken is niet duidelijk geworden dat zij uitsluitend als faciliterende partner zou zijn opgetreden; in tegendeel: het beeld komt naar voren dat zeker beoogd is om door een koepelorganisatie aan de markt een gebundeld volume te presenteren. Ook bij het aangaan van de nieuwe overeenkomsten voor schoonmaakdiensten treedt beklaagde naar de markt op als inkoopende organisatie. De conclusie is dan ook gerechtvaardigd dat beklaagde beslissende bemoeienis heeft met de huidige inkoopprocedures voor haar scholen en zowel in het verleden als in de huidige situatie bewust gekozen is voor aggregatie van volume teneinde betere condities te kunnen verkrijgen.
- 6.8 Op basis van het voorgaande komt de Commissie tot het oordeel dat de scholen die ressorteren onder beklaagde niet zijn aan te merken als zelfstandige aanbestedende diensten.
- 6.9 Nu de scholen als onzelfstandige eenheden moeten worden beschouwd, komt de Commissie toe aan beantwoording van de tweede in 6.1 gestelde vraag. Die vraag luidt of de waarden van de schoonmaakdiensten van de scholen bij elkaar moeten worden opgeteld ter bepaling van de mogelijke aanbestedingsplicht van klager. Het gaat dan om de schoonmaakdiensten voor alle 21 scholen die onder beklaag-

de ressorteren en in ieder geval om de schoonmaakdiensten van de vier – volgens beklagde: drie – in de onderhavige klachtprocedure bedoelde scholen.

- 6.10 Deze vraag dient te worden beantwoord op basis van de bepalingen opgenomen in § 2.1.2.1, in het bijzonder art. 2.14, Aw 2012. Voor een geval als het onderhavige brengt een functionele uitleg van de Aw 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 (vergelijk ook M.J.J.M. Essers, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business Education 2013, p. 139; zie ook art. 5, tweede lid, Richtlijn 2014/24/EU). Aangezien van dat laatste – gelet op hetgeen de Commissie heeft overwogen in 6.4 t/m 6.8 – 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.
- 6.11 Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat het beklagde op grond van art. 2.14 Aw 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 Aw 2012 te onttrekken.
- 6.12 Daarmee komt de Commissie toe aan beantwoording van de derde in 6.1 gestelde vraag of de – getotaliseerde – waarde van de in 6.10 bedoelde opdracht de drempelwaarde voor toepassing van de Europese aanbestedingsprocedures – in casu: € 207.000 – overstijgt. Bij het berekenen van de getotaliseerde waarde dienen de bepalingen van § 2.1.2.2 Aw 2012 te worden toegepast.
- 6.13 In het onderhavige geval is bekend 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 artikel 2.17 sub e Aw 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 alleen al in een waarde die vele malen hoger ligt dan het Europese drempelbedrag. Dat resultaat wordt niet anders wanneer de door beklagde in 5.6. hierboven bedoelde school buiten die berekening wordt gehouden. 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.
- 6.14 De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende met betrekking tot de verhouding tussen art. 2.14 en art. 1.5 Aw 2012. Dat beklagde de opdracht, bestaande uit de inkoop van schoonmaakdiensten voor de 21 scholen, op grond van art. 2.14 Aw 2012 niet mag splitsen met het oogmerk zich aan de toepassing van de Aw 2012 te onttrekken, betekent niet 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, derde lid, Aw 2012. De consequentie van de naleving van art. 2.14 Aw 2012 is slechts dat *a/s* beklagde de opdracht in meerdere percelen opdeelt – waarmee zij dan uitvoering geeft aan haar verplichting van art. 1.5, derde lid, Aw 2012 – zij voor al die percelen haar verplichting tot het algemeen aankondigen van de opdracht zal moeten naleven.

7. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

8. Aanbeveling

De Commissie doet de volgende aanbeveling. De Commissie beveelt beklagde aan om de opdracht tot het verrichten van schoonmaakdiensten ten behoeve van de onder haar ressorterende scholen Europees aan te besteden in percelen, tenzij zij het opdelen van de opdracht in percelen niet passend acht in welk geval zij dit motiveert in de aanbestedingsstukken.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door een Commissie-Expert verbonden aan de Commissie.

Den Haag, 17 juli 2014

w.g.:
Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Vicevoorzitter