

COLOFON

TENDER NIEUWSBRIEF IS EEN UITGAVE VAN SDU UITGEVERS BV EN VERSCHIJNT ACHTMAAL PER JAAR.

Redactie

Mr. I.A.H. Dolmans-Budé
Dolmans-Budé Legal B.V.

Drs. H. 't Hart
Tender Services Group

Drs. S. de Jong
Significant

Mr. C.A.M. Lombert
Loyens & Loeff N.V.

Mr. J.S. Muntz-Beekhuis
PIANO

Mr. L.J.W. Sueters
Bartels Sueters Rassa Aanbestedingsadvocaten

Mr. A.W. van Wijngaarden
International Tender Services BV

Eindredacteur

Marit Hazeleger, marit@redactioneleproducties.nl

Redactieadres

Sdu Uitgevers
Postbus 20025, 2500 EA Den Haag
aanbestedingsrecht@sdu.nl

Uitgever

Dineke Sonderen

ISSN 1384-2838

©Sdu Uitgevers 2020.

www.vindinkoopenaanbesteding.nl

De artikelen uit de Tender Nieuwsbrief worden gearciveerd in de kennisbank VIND Inkoop en Aanbesteding van Sdu Uitgevers.

Alle rechten voorbehouden. Behoudens de door de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) of openbaar gemaakt, op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopiëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Pro, Postbus 3060, 2130 KB te Hoofddorp (www.stichting-pro.nl). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet dient men zich tevoren tot de uitgever te wenden. Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgevers geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten of onvolkomenheden. Het al dan niet op verzoek van de redactie aanbieden van artikelen aan Tender Nieuwsbrief impliceert toestemming voor openbaarmaking en veelevoudiging t.b.v. de elektronische ontsluiting van (delen van) Tender Nieuwsbrief in enige vorm.

Abonnementen en -administratie

Tender Nieuwsbrief verschijnt achtmaal per jaar. Een jaarabonnement kost € 240,00 (excl. btw/incl. verzend- en administratiekosten). Prijswijzigingen voorbehouden. Abonnementen: Sdu Klantenservice o.v.v. Tender Nieuwsbrief. Postbus 20025, 2500 EA Den Haag. Tel.: (070) 378 98 80. E-mail: sdu@sdu.nl of via www.sdu.nl. Vanwege de aard van de uitgave gaat Sdu uit van een zakelijke overeenkomst; deze overeenkomst valt onder het algemene verbin-tenissenrecht.

Wij verwerken uw gegevens voor de uitvoering van de (abonnement)overeenkomst en om u, ook per e-mail, op uw vakgebied van informatie te voorzien over uitgaven en diensten van Sdu Uitgevers bv. In iedere e-mail is een afmeldmogelijkheid opgenomen. Als u in het geheel geen prijs stelt op deze informatie, ook niet over producten en diensten van zorg-vuldig door Sdu geselecteerde derden, dan kunt u dit schriftelijk melden bij Sdu Klantenservice, Postbus 20025, 2500 EA Den Haag. Abonnementen gelden voor minimaal één jaar en hebben een opzeg-termijn van twee maanden. Onze uitgaven zijn ook verkrijgbaar in de boekhandel. Voor informatie over onze leveringsvoorwaarden kunt u terecht op www.sdu.nl.

DE ZAAK

Gratis software-uitwisseling tussen overheden: wél overheidsopdracht, géén aanbestedingsplicht

Het Europese Hof van Justitie heeft op 28 mei 2020 een belang-wekkend arrest gewezen over de publiek-publieke samenwerking.¹ Het arrest breidt de mogelijkheden van publiek-publieke samen-werking op welkome wijze uit. Minstens zo interessant aan het arrest zijn de overwegingen van het Hof over de bezwarende titel, als element van het centrale begrip 'overheidsopdracht'. Volgens het Hof kan zelfs sprake zijn van een bezwarende titel wanneer prestaties (op het eerste oog) kosteloos worden geleverd.

Feiten

De deelstaat Berlijn neemt voor zijn brandweer-korps meldkamerssoftware af bij marktpartij Sopra. Partijen komen overeen dat Berlijn de software kosteloos mag delen met andere over-heden met veiligheidstaken. Dat gebeurt vervol-gens ook: op basis van een daartoe strekkende terbeschikkingstellingsovereenkomst deelt Ber-lijn de software met de stad Keulen zonder dat daartegenover een vergoeding staat. Daarnaast sluiten Berlijn en Keulen een samenwerkings-overeenkomst waarin is bepaald dat de software door elk van beiden kan worden doorontwikkeld, waarna de nieuwe versie weer kosteloos aan de ander ter beschikking zal worden gesteld. ISE is een concurrent van Sopra en is – niet geheel verrassend – minder te spreken over de opgetuigde samenwerkingsconstructie. Zij loopt daardoor namelijk de kans mis om mee te dingen naar een opdracht van Keulen voor de software. ISE wendt zich tot de Duitse rechter die, in hoger beroep, prejudiciële vragen neerlegt bij het Europese Hof. Die luiden, samengevat:

1. Kwalificeert de samenwerking tussen Berlijn en Keulen als een overheidsopdracht in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen, nu Keulen geen geldbedrag voor gebruik van de soft-ware betaalt?
2. Zo ja, kan er sprake zijn van de uitzondering van de 'publiek-publieke samenwerking', zodat Berlijn die overheidsopdracht niettemin zonder aanbesteding aan Keulen mocht gunnen?

Een bezwarende titel zelfs bij gratis diensten?

De richtlijn en de wet definiëren 'overheids-opdracht' als een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen een (of meer)

aanbestedende dienst(en) en een (of meer) ondernemer(s).² In *Helmut Müller* heeft het Hof al eens uitgebreid uiteengezet wat 'onder bezwa-rende titel' inhoudt: van een bezwarende titel is sprake wanneer (in ieder geval) (i) een aanbeste-dende dienst een prestatie ontvangt waarbij hij een rechtstreeks economisch belang heeft, (ii) welke prestaties hij rechtens kan afdwingen én (iii) waar-voor hij een tegenprestatie levert (wederkerig-heid).³ De kwestie spitst zich toe op het element 'tegenprestatie'. Is daarvan nog wel sprake nu Ber-lijn de software 'kosteloos' ter beschikking stelt? Voorop staat, zoals het Hof in eerdere arresten heeft bevestigd, dat een tegenprestatie niet per se uit een geldelijke vergoeding hoeft te bestaan. Ook een indirecte betaling volstaat, bijvoorbeeld door het verlenen van een exploitatierecht (in welke vorm dan ook) dat de mogelijkheid biedt inkomsten van derden te verkrijgen.⁴ Het Hof stelt in deze zaak allereerst vast dat de terbeschikkingstellingsovereenkomst en samen-werkingsovereenkomst niet los van elkaar kun-nen worden gezien, en ook niet losstaan van de Duitse regelgeving die Duitse regionale overhe-den verplicht tot het updaten en aanpassen van hun meldkamerssysteem. Tegen die achtergrond komt het Hof toch tot de conclusie dat de 'gratis' dienstverlening van één aanbestedende dienst aan de ander toch een overheidsopdracht is. Opgemerkt moet wor-den dat die vaststelling op een aantal specifieke omstandigheden is gebaseerd, zodat zij niet tot algemene regel kan worden verheven. Het Hof legt aan zijn oordeel namelijk ten grondslag dat die terbeschikkingstelling toch geschiedt in ruil voor een tegenprestatie, bestaande uit gratis updates, die op zichzelf besparingen opleve-ren en die ook kunnen worden afgedwongen.⁵ Updaten is daarbij niet vrijblijvend, maar door

alle omstandigheden ook *de facto* verplicht (niet 'zuiver potestatief').⁶ In zoverre is het arrest minder revolutionair dan het wellicht bij eerste lezing lijkt, en wordt geen afstand gedaan van *Helmut Müller*: zonder tegenprestatie geen overheidsopdracht. Iets wat écht gratis wordt verstrekt, valt niet onder het aanbestedingsrecht.

Samenwerking mag ook zien op nevenactiviteiten

Nadat het Hof tot de slotsom komt dat sprake is van een overheidsopdracht, gaat het in op de vraag of de samenwerking tussen Berlijn en Keulen kwalificeert als een publiek-publieke samenwerking, in welk geval die overheidsopdracht (alsnog) van een aanbestedingsplicht is uitgezonderd. Deze uitzondering leidt in de praktijk nog wel eens tot hoofdbrekens, omdat de vereisten van de publiek-publieke samenwerking die volgen uit eerdere rechtspraak van het Hof niet eenvoudig toepasbaar zijn.⁷ In deze zaak geeft het Hof meer duidelijkheid over twee van de vereisten, namelijk (i) dat sprake moet zijn van 'echte' samenwerking en (ii) dat die samenwerking de gezamenlijke vervulling van een gemeenschappelijke taak tot doel heeft.

Allereerst het vereiste van 'echte' samenwerking. Uit het Werkdocument van de Europese Commissie volgt dat hiermee wederkerigheid wordt bedoeld.⁸ De wederkerigheid onderscheidt de samenwerking (ieder heeft zijn eigen taak) namelijk van inkoop (de één levert en de ander betaalt). Opmerkelijk is dat met deze zaak de wederkerigheid uitsluitend wordt besproken in het kader van de hiervoor besproken prejudiciële vraag over de bezwarende titel, maar niet (uitdrukkelijk) terugkomt in het kader van de publiek-publieke samenwerking. Anders dan de Commissie veronderstelde, lijkt een op zichzelf staande, eenzijdige overheidsopdracht dus toch onder de uitzondering te kunnen vallen. De eis van 'echte samenwerking' verliest daarmee zelfstandige betekenis.

Ook ten aanzien van de tweede eis (de gemeenschappelijke taak) lijkt meer ruimte te ontstaan voor aanbestedende diensten. Naar de letter van de eerdere arresten van het Hof vielen nevenactiviteiten buiten de boot. Deze enge lezing werd in de praktijk overgenomen, zoals terug te lezen in het Werkdocument⁹ van de Europese Commissie uit 2011 en ook in Handreiking Publiek-Publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht van VNG uit 2015.¹⁰

In deze zaak ziet de samenwerking niet direct op de uitoefening van een publieke taak: het gaat om meldkamerssoftware en niet – als zodanig – om

publieke brandbestrijding of om een gezamenlijke meldkamer. Het Hof overweegt dat een echte samenwerking kan zien op 'alle soorten activiteiten', dus ook op nevenactiviteiten mits deze bijdragen aan de daadwerkelijke verwezenlijking van de publieke taak in het kader waarvan de aanbestedende diensten samenwerken.^{11,12} Het betreft onzes inziens een terechte uitbreiding van de samenwerkingsmogelijkheden van aanbestedende diensten. In de praktijk werken overheden bijvoorbeeld samen op het gebied van ICT-dienstverlening. Met name wat betreft de zogenoemde back office en interne helpdesk werd vaak gedacht dat geen sprake zou zijn van de vervulling van een publieke taak, waardoor een beroep op de uitzondering van publiek-publieke samenwerking voorheen moeilijk houdbaar leek. Met dit arrest is voortaan verdedigbaar dat zelfs dan een beroep op deze uitzondering mogelijk is. De ondergrens is hierbij wel dat de nevenactiviteit daadwerkelijk moet bijdragen aan het vervullen van een publieke taak. Wij vinden de ruime(re) toepassing van de publiek-publieke samenwerking door het Hof overigens ook wenselijk, omdat zij daarmee meer in lijn wordt gebracht met de uitzondering van gezamenlijke quasi-inbesteding. Berlijn en Keulen hadden hun samenwerking namelijk ook via een gezamenlijke dochter (quasi-inbesteding) kunnen vormgeven.¹³ Zoals het Hof al overwoog in *Stadtreinigung Hamburg* is het aan de aanbestedende diensten om te beslissen of ze rechtstreeks samenwerken of via een afzonderlijke, gecontroleerde rechtspersoon.¹⁴ Het Hof lijkt in deze zaak (weer) bij dit uitgangspunt aan te sluiten.

Conclusie

Het staat buiten kijf dat deze zaak van waarde is voor de praktijk. Allereerst heeft het Hof een waarschuwing afgegeven dat ook als iets 'gratis' wordt aangeboden er wel degelijk sprake kan zijn van een bezwarende overeenkomst en dus een (aangebodingsplichtige) inkoopopdracht. Wij raden daarom aan om in de praktijk na te gaan of kosteloze prestaties ook belangeloos zijn. Daarnaast is de waarde van onderhavige zaak voor de praktijk gelegen in de uitbreiding van de mogelijkheid om een beroep te doen op de aanbestedingsuitsondering inzake publiek-publieke samenwerking. Wederkerige, 'echte' samenwerking, is niet (langer) vereist. Waar de uitzondering bovendien eerst beperkt leek te zijn tot samenwerken in de rechtstreekse vervulling van gezamenlijke publieke taken, is nu duidelijk dat de activiteiten waarop de samenwerking mag zien ook aan de publieke taken dienstige neven-

activiteiten mogen betreffen. Wij verwachten dat de praktijk dankbaar gebruik zal maken van deze uitbreiding.

mr. M.M.J.M. van Helvoirt, mr. drs. F.J.J. Cornelissen en
mr. T. van Wijk

Dirkzwager Legal & Tax

Noten

1. HvJ EU 28 mei 2020, C-796/18, ECLI:EU:C:2020:395 (*ISE/Stadt Köln*). Het begrip 'publiek-publieke samenwerking' hanteren wij voor de specifieke uitzondering van art. 12 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU en art. 2.24c Aw 2012, ook wel 'horizontale samenwerking'.
2. Art. 2 lid 5 richtlijn 2014/24/EU, art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.
3. HvJ EU 25 maart 2010, C-451/08, ECLI:EU:C:2010:168 (*Helmut Müller*), r.o. 47-49. Recenter: HvJ EU 21 december 2016, C-51/15, ECLI:EU:C:2016:985 (*Remondis*), r.o. 43.
4. HvJ EU 18 januari 2007, C-220/05, ECLI:EU:C:2007:31 (*Auroux/Roanne*), r.o. 45.
5. *ISE/Stadt Köln*, r.o. 48-49.
6. *ISE/Stadt Köln*, r.o. 51.
7. HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 (*Stadtreinigung Hamburg*), r.o. 45 en 47. HvJ EU 19 december 2012, C-159/11, ECLI:EU:C:2012:817 (*Lecce*), r.o. 34-35. HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (*Piepenbrock*), r.o. 37.
8. Europese Commissie, *Werkdocument van de Diensten van de Commissie betreffende de toepassing van het EU-aanbestedingsrecht op de betrekkingen tussen aanbestedende diensten ('publiek-publieke samenwerking')*, SEC (2011) 1169, definitief van 4 oktober 2011, p. 15.
9. Zie vorige voetnoot.
10. VNG, *Handreiking Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht*, VNG: Den Haag 2015, p. 47.
11. *ISE/Stadt Köln*, r.o. 60.
12. Het Hof vraagt zich in dit kader overigens af of de meldkamerssoftware (en de doorontwikkeling ervan) wel kan worden aangemerkt als slechts een nevenactiviteit, aangezien de meldkamerssoftware 'onontbeerlijk' lijkt te zijn aan de verwezenlijking van de aanverwante publieke taken.
13. Dat is temeer het geval indien opwaarts investeren bij meerdere controlerende rechtspersonen (aangebestedende diensten) mogelijk is. Hoewel artikel 2.24b Aw deze mogelijkheid – anders dan artikel 12 lid 2 richtlijn 2014/24/EU alsmede 2.24a Aw – niet uitdrukkelijk noemt, gaan wij daarvan wel uit.
14. HvJ EU 9 juni 2009, C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 (*Stadtreinigung Hamburg*), r.o. 46 en 47.