

Bestuursnotitie

Datum 16 oktober 2018

Onderwerp Continuering dienstverleningsrelatie OZHZ – SCD; verlening alleenrecht

1. Inleiding

Met ingang van 1 april 2014 zijn OZHZ en het Servicecentrum Drechtsteden (SCD) dienstverleningsovereenkomsten (DVO) aangegaan voor de ICT gerelateerde diensten (vrijwel alle diensten, inclusief telefonie en printers) en de 'overige dienstverlening' (personeelsbeleid, waaronder advies personeelsbeleid, strategische projecten personeelsbeleid, advisering bij werving en selectie, personeelsadministratie en salarisadministratie, archivering van P-dossiers dossiers en juridische advisering (waaronder inkoop en aanbesteding algemeen, inkoop verzekeringen, juridisch advies algemeen). Deze DVO's lopen op 1 april 2021 af.

Het AB heeft op 6 juli 2017 besloten om de dienstverleningsrelatie met het Servicecentrum Drechtsteden (SCD) na 1 april 2021 in principe te verlengen op de juridische grondslag van het alleenrecht¹, onder de stringente voorwaarde van een marktconforme prijs-kwaliteitverhouding en met de aantekening dat het AB kritisch staat tegenover het outsourcen door het SCD van de dienstverlening die OZHZ afneemt.

In de achterliggende periode zijn stappen gezet om aan dit besluit invulling te geven. Deze bestuursnotitie bevat een samenvatting van de besluiten die sindsdien door het DB en AB zijn genomen en van het traject dat vanaf heden tot in het eerste kwartaal van 2019 wordt doorlopen. Crux daarin is de besluitvorming van het DB en AB over het verlenen van een alleenrecht aan het Openbaar Lichaam Drechtsteden (i.c. het SCD).

2. Het traject op hoofdlijnen sinds juli 2017

Op 23 november 2017 is het AB nader geïnformeerd over het traject dat het SCD had ingezet om de ICT-dienstverlening aan zijn eigenaren en klanten verder te verbeteren. Hiertoe liet men extern onderzoek doen naar de sourcing-strategie, het interne informatiemanagement en de relatie hiertussen. Gelet op het principebesluit van het AB zijn tussen SCD en OZHZ afspraken gemaakt om over dit traject goed te worden geïnformeerd. Gesignaleerd werd al dat de in de DVO opgenomen deadline van 1 september 2018 om te komen tot een prijsopgave / conceptovereenkomst ten behoeve van de dienstverlening na 1 april 2021 lastig haalbaar zou kunnen zijn. OZHZ dient echter twee jaar voor het aflopen van de DVO te weten waar hij aan toe

¹ In deze notitie wordt gesproken over 'alleenrecht'. De juridische term is op grond van artikel 2.24 van de Aanbestedingswet 2012 'uitsluitend recht'. Er is verder geen verschil.

is. De datum van 1 april 2019 werd toen al genoemd als uiterste datum, zijnde twee jaar voor het aflopen van de huidige DVO.

In de vergadering van 7 maart 2018 vervolgens is het AB erover geïnformeerd dat het DB de genoemde deadline van 1 september 2018 in overleg met het SCD had verlengd tot 1 april 2019, en dat in het najaar van 2018 de procedure voor het verlenen van een alleenrecht zal worden doorlopen. Door beide sporen parallel te laten oplopen ontstaat in het eerste kwartaal van 2019 een moment waarop de daadwerkelijke besluitvorming over het continueren van de dienstverleningsrelatie vanaf 2021 kan plaatsvinden. De vereiste procedures zijn op dat moment immers doorlopen.

Met het oog op de verlenging is OZHZ begonnen met het opstellen van een Programma van Eisen (PvE) op basis waarvan met het SCD voor de deadline van 1 april 2019 kan worden gekomen tot een conceptcontract. Het wordt zodanig opgesteld dat het al zoveel mogelijk voldoet aan de eisen van een Europese aanbesteding. Dat biedt het voordeel dat - mocht om welke reden dan ook niet kunnen worden overgegaan tot één op één gunning aan het SCD - snel daarna alsnog een daadwerkelijke Europese aanbesteding kan worden opgestart. Ongeacht met welke partij een contract zal worden aangegaan, de gedachten gaan thans uit naar een nieuwe contractperiode van 4+2+2 jaar.

Aan het DB van 21 september 2018 is de kwestie voorgelegd dat het SCD, als invulling van de vastgestelde Informatievisie (i-Visie; Drechttraad juli 2018) en sourcing strategie, thans werkt aan een transitieplan op basis waarvan projecten en activiteiten worden geformuleerd voor de invoering van een nieuw regiemodel voor de afnemers, de invoering van cloudtechnologie en -diensten en organisatieontwikkeling. De nadere uitwerking hiervan vindt plaats op basis van jaarplannen gedurende de lopende bestuursperiode (2018-2022). Besluitvorming over het transitieplan door het Drechtstedenbestuur vindt in november 2018 plaats. Daarna vindt verdere uitwerking plaats in samenspraak met de Drechtstedengemeenten, GRD-organisaties en externe partijen. Onderdeel van het transitieplan is ook de uitbesteding van services, bijvoorbeeld housing en hosting. De exacte planning hiervan is op dit moment nog niet bekend.

Gelet hierop is het de verwachting dat het SCD voor 1 april 2019 waarschijnlijk geen prijsopgave kan doen. Op die datum kan er dan dus ook nog geen conceptcontract beschikbaar zijn dat al rekening houdt met de uitkomsten van het transitieplan. Aan het DB van 21 september 2018 is daarom voorgelegd dat de directie van OZHZ van mening is dat verdere verlenging van de deadline van 1 april 2019 niet wenselijk is als niet ook aanvullende maatregelen worden getroffen in het geval er alsnog een Europese aanbesteding, voor met name de ICT-dienstverlening, moet worden doorlopen (incl. tijdige migratie en implementatie). Vanuit zorgvuldigheid denkt OZHZ daarvoor een termijn van 2 jaar nodig te hebben. Gelet op de wens van het bestuur van OZHZ de gewenste dienstverlening door het SCD te continueren en de samenwerkingsgedachte in de regio, biedt het verlengen van de huidige contractperiode met één jaar, derhalve tot 1 april 2022, een oplossing. Door het SCD is aangegeven dat dit het beter mogelijk maakt een reële prijs af te geven op basis van de situatie zoals die in 2022 zal zijn geëffectueerd op basis van het transitietraject.

Het DB heeft er op 21 september 2018 mee ingestemd dat aan het SCD het voorstel wordt gedaan de huidige DVO's met één jaar te verlengen, onder een aantal strikte voorwaarden inzake de prijsstelling en het in goede orde doorlopen van de procedure van het alleenrecht. Bij verlenging wordt ook de deadline voor de prijsopgave / het nieuwe conceptcontract met een jaar verlengd. De verlenging met één jaar is taakstellend. Verdere verlenging wordt niet geaccepteerd. *Naschrift: het Drechtstedenbestuur heeft inmiddels laten weten in te stemmen met de eenjarige verlenging.*

3. Juridische aspecten van het alleenrecht

Met het oog op de besluitvorming door het DB en AB in november 2018 heeft het DB in zijn vergadering van 21 september 2018 verzocht de juridische aspecten van het alleenrecht nogmaals voor het voetlicht te brengen. In de bestuursnotitie die ter voorbereiding op het principebesluit van 6 juli 2017 aan het AB was voorgelegd, stond daarover het volgende.

In de periode 2012 – 2014 zijn door de advocatenkantoren AKD en Pels Rijcken meerdere adviezen uitgebracht over de toepassing van het alleenrecht (inhoudelijk en procedureel). Uiteindelijk heeft dat geleid tot een gezamenlijk advies van beide kantoren van 6 juli 2012. Op basis van deze advisering heeft uiteindelijk de verlening van het alleenrecht plaatsgevonden, alsmede de contractsluiting. In april 2017 is aan Pels Rijcken gevraagd de bestaande adviezen te updaten. Samengevat komt het advies van Pels Rijcken op het volgende neer:

- Het gunnen van de personele en overige dienstverlening (juridisch kenniscentrum, verzekeringen, inkoopadvies) onder het IIB regime is niet meer mogelijk. Boven de Europese aanbestedingsgrens zal ook deze dienstverlening Europees moeten worden aanbesteed dan wel onder het alleenrecht moeten worden gebracht.
- Het in 2014 gevestigde alleenrecht voor de dienstverlening op het gebied van ICT en telefonie loopt in 2021 af. Indien OZHZ vanaf dan zaken met het SCD wil blijven doen zal het opnieuw moeten besluiten tot het toekennen van een alleenrecht, al dan niet uitgebreid met de personele en overige dienstverlening.
- De aanbeveling wordt gedaan het alleenrecht (indien daartoe wordt besloten) in 2021 voor onbepaalde tijd te vestigen, zodat zonder nadere besluitvorming nieuwe opdrachten bij het SCD kunnen worden geplaatst indien reeds gesloten overeenkomsten op enig moment expireren. Het alleenrecht kan worden ingetrokken indien OZHZ de relatie op enig moment niet wil voortzetten.
- Bij de nieuwe toekenning en uitbreiding van het alleenrecht wordt aangetekend dat de risico's ten opzichte van de eerdere advisering door AKD en Pels Rijcken onveranderd zijn gebleven. Om het alleenrecht rechtmatig te kunnen vestigen is nog steeds een rechtvaardiging op grond van het VWEU vereist. Het alleenrecht dient op grond van artikel 2.24, aanhef onder a, van de Aanbestedingswet 2012 immers verenigbaar te zijn met het VWEU. Op het punt van de vereiste rechtvaardiging verwijst Pels Rijcken naar zijn eerdere advisering waarin de risico's geschetst. Een rechtvaardiging lijkt hier niet voorhanden te zijn.

- De risico's kunnen worden gereduceerd door procedurele waarborgen inzake vrijwillige transparantie vooraf (aankondiging) van de gunning op basis van het alleenrecht in acht te nemen. Daarmee kan vernietiging van de DVO worden voorkomen en kan deze, na het verstrijken van de standstill termijn van 20 dagen, ook niet op andere wijze worden aangetast. Ook het te vestigen alleenrecht zou kunnen worden meegenomen in de aankondiging.
- Wel blijft het mogelijk schadevergoeding te vorderen. In dat geval zal de benadeelde onderneming moeten kunnen aantonen dat er een redelijke kans zou hebben bestaan dat de opdracht in een aanbestedingsprocedure zou zijn verworven. Indien deze 'drempel' niet wordt gehaald is geen aantoonbare schade geleden. Uit oogpunt van verdere risicoreductie en gelet op de schadebeperkingsplicht uit het BW wordt aanbevolen bij genoemde aankondiging nadrukkelijk te vermelden dat ook het recht op schadevergoeding wordt prijsgegeven indien men niet binnen de standstill termijn een kort geding aanhangig maakt. De praktijk zal moeten uitwijzen of toewijzing van vorderingen tot schade met een beroep op de schadebeperkingsplicht kan worden voorkomen. Daarover bestaat op dit moment nog geen jurisprudentie.
- Tegen het besluit tot vestiging van het alleenrecht kan niet bij de bestuursrechter worden opgekomen. Publicatie leidt dan ook niet tot formele rechtskracht. De civiele rechter zal toetsen of het alleenrecht kan dienen als basis om (zonder voorafgaande aanbesteding) dienstenopdrachten te gunnen.

Conclusie is dat de argumenten voor en tegen het alleenrecht ten opzichte van de situatie in 2014 niet wezenlijk zijn veranderd. Indien wordt gekozen voor het alleenrecht zullen procedurele waarborgen moeten worden toegepast om zoveel mogelijk te voorkomen dat de DVO kan worden vernietigd of aangetast en dat schadevergoeding moet worden betaald.

Evenals in 2014 is niet uitgekristalliseerd of het verlenen van een alleenrecht een privaatrechtelijk of een publiekrechtelijk karakter heeft. Zekerheidshalve wordt daarom ook deze keer het alleenrecht op beide grondslagen verleend, waarbij het DB bevoegd is op privaatrechtelijke en het AB op publiekrechtelijke grondslag.

4. Procedure verlenen alleenrecht

Gelet op het voorgaande dienen in het laatste kwartaal van 2018 en het eerste kwartaal van 2019 de volgende besluiten te worden genomen:

- a) DB van 8 november 2018:
Het besluit inzake het voornemen tot het verlenen van een alleenrecht (op privaatrechtelijke grondslag)
- b) AB van 22 november 2018:
Het besluit inzake het voornemen tot het verlenen van een alleenrecht (op publiekrechtelijke grondslag), alsmede het besluit inzake het overdragen (delegatie) van

de bevoegdheid het definitieve besluit terzake te nemen. Dit laatste geschiedt vanuit praktische overwegingen.

- c) Bekendmaking van deze voornemens conform de Aanbestedingswet 2012 (met opschortende termijn) en in het publicatieblad van de gemeenschappelijke regeling.
- d) DB 21 februari 2019, afhankelijk van de ingekomen reacties op het voorgenomen besluit: Hetzij het besluit inzake het definitief verlenen van het alleenrecht (waarna wederom bekendmaking plaatsvindt), hetzij een besluit inzake het opstarten van een Europese aanbesteding.

Indien het alleenrecht in februari 2019 definitief is verleend, worden met het SCD ten eerste afspraken gemaakt over de prijsopgave voor de eenjarige verlenging van de huidige DVO (derhalve voor de periode van 1 april 2021 tot 1 april 2022). Streven is dat SCD deze prijsopgave (ruim) vòòr 1 april 2019 doet. Bij positieve besluitvorming hierover door OZHZ (bevoegdheid van de directeur) wordt de DVO daadwerkelijk verlengd tot 1 april 2022. Daarnaast worden nadere afspraken gemaakt over de voorbereidingen op verlenging vanaf 1 april 2022, zoals over het moment waarop OZHZ een PvE dient op te leveren en SCD daarop een prijs moet hebben afgegeven.

Indien de directeur niet akkoord kan gaan met de prijsopgave voor de eenjarige verlenging, bijvoorbeeld omdat deze niet voldoet aan de voorwaarden zoals die door het DB op 21 september 2018 zijn gesteld, dan vindt agendering plaats in de DB-vergadering van half april 2019. Het DB kan dan besluiten dat de eenjarige verlenging niet doorgaat. In dat geval zal toch een Europese aanbesteding moeten worden opgestart voor de dienstverlening met ingang van 1 april 2021, gelet op de termijn die OZHZ vanuit zorgvuldigheid nodig heeft voor het doorlopen van een goede procedure (incl. migratie en implementatie). In dat scenario wordt het alleenrecht weer ingetrokken.