

Advies 198

1. Feiten

- 1.1. Beklaagde heeft op 23 oktober 2014 in het Publicatieblad van de Europese Unie een Europese openbare aanbesteding aangekondigd voor het sluiten van een raamovereenkomst voor levering van boekscanners, inclusief onderhoud, support en additionele diensten. Penvoerder bij deze aanbesteding is de organisatie X.
- 1.2. Beklaagde is een agentschap (een baten-lastendienst) van het Ministerie Y zonder eigen rechtspersoonlijkheid, X is een onderdeel van het Ministerie Z, eveneens zonder eigen rechtspersoonlijkheid.
- 1.3. In paragraaf 1.2.2 ("Aanleiding en Doel") van het Beschrijvend Document is onder andere het volgende bepaald:

'Het vervaardigen van het digitale image, de feitelijke digitalisering, wordt verzorgd door externe partners, zowel op basis van aanbesteding als inbesteding. Een van de partners waar [beklaagde] de afgelopen jaren mee heeft samengewerkt is [X] in [Plaats], hierna ook Uitvoerder genoemd. Op basis van ervaringen die sinds 2009 met [X] zijn opgedaan heeft [beklaagde] besloten het digitaliseren van de archieven binnen werkpakket 3 van het programma DTR bij [X] te beleggen.

Binnen deze samenwerking worden door [beklaagde] boekscanners aangeschaft die in bruikleen worden gegeven aan [X]. [X] digitaliseert de archieven conform de wensen/eisen gesteld door [beklaagde].'

- 1.4. In paragraaf 1.3.1 ("De organisatie") van het Beschrijvend Document is het volgende bepaald:

'Centrale invoer

De Centrale invoer is onderdeel van de unit Documenthuishouding van het facilitair bedrijf van de [X bedrijfs onderdeel] en is primair ingesteld voor digitalisering van documenten van [X]. Naast de vele [X]stromen worden in het kader van het uitvoeringsprogramma Compacte Rijksdienst, sinds 2007 ook digitaliseringsprojecten uitgevoerd voor een groeiend aantal andere rijksdiensten. Momenteel wordt gewerkt aan een rijksbrede samenwerking op het gebied van scannen. Een samenwerkingsintentie tussen de Centrale Invoer, DocDirect en JustID - om zo de digitaliseringsbehoefte binnen het Rijk voor zijn rekening te nemen en uit te groeien tot de scanautoriteit binnen de Rijksoverheid, is uitgesproken.'

- 1.5. In Bijlage 15 ("Spreadsheet financieel model") bij het Beschrijvend Document worden in een Excelbestand kosten van scannen berekend in een rij met als titel "Operators (payrol bij X)".
- 1.6. Op 4 december 2014 heeft de onderneming A, mede namens zeven andere ondernemingen (hierna gezamenlijk aangeduid als "klagers"), een brief gestuurd naar beklagde. In die brief stellen klagers onder meer het volgende:
 - a. Het scannen van een zeer grote hoeveelheid archiefmateriaal zal worden uitgevoerd door X, die daarbij naar verwachting 35 personen (op basis van payroll) zal inzetten.

- b. Naast het scannen zullen naar verwachting ook aanverwante activiteiten door X uitgevoerd worden.
 - c. Voor het uitvoeren van die werkzaamheden is geen aanbesteding uitgeschreven, wat volgens klagers in strijd is met de aanbestedingsplicht.
- 1.7. Op grond van het voorgaande hebben klagers beklagde in de hiervoor bedoelde brief gesommeerd om de (voorgenomen) gunning van de opdracht in te trekken, dan wel geen gunningsbeslissing ten gunste van X te nemen.
- 1.8. Op 18 december 2014 heeft beklagde in een brief aan klagers – kort gezegd – het volgende meegedeeld:
- a. De optimalisatiewerkzaamheden en werkzaamheden met betrekking tot nadere bewerking en ontsluiting vloeien logischerwijs voort uit het gebruik van de boekscanners.
 - b. Deze werkzaamheden zullen worden uitgevoerd door medewerkers van X.
 - c. Het woord “bruikleen” heeft ten onrechte de indruk gewekt dat er van een opdrachtrelatie tussen twee rechtspersonen sprake was, wat niet het geval is omdat beklagde en X beide onderdeel uitmaken van de Staat.
 - d. Binnen één rechtspersoon is men vrij in het organiseren van de eigen “huishouding”.
 - e. Het gaat hier om “inbesteden” waarop de Mededingingswet noch de Aanbestedingswet 2012 van toepassing is.
- 1.9. Op 2 januari 2015 heeft A (naar de Commissie aanneemt mede namens de andere klagers) aan beklagde de volgende twee vragen gesteld:
- a. Is er met betrekking tot de scanwerkzaamheden een overeenkomst is gesloten tussen beklagde en X en, zo ja, op welke datum is deze gesloten?
 - b. Worden de werkzaamheden inderdaad door eigen medewerkers van X uitgevoerd of is er sprake van een payroll constructie, zoals vermeld in de aanbestedingsstukken?
- 1.10. Per brief van 8 januari 2015 heeft beklagde op die vragen – kort samengevat – de volgende antwoorden gegeven:
- a. Beklagde en X hebben service-niveau-afspraken gemaakt ten behoeve van de digitalisering van archiefmateriaal op 21 mei 2010. Deze afspraken zijn op 1 oktober 2012 verlengd en nog steeds van kracht.
 - b. Tot de kaders van de samenwerking behoort de afspraak dat voor de uitvoering van specifieke werkzaamheden X een offerte maakt.
 - c. De afspraken zijn gemaakt op basis van het feit dat beide instellingen onderdeel uitmaken van de rechtspersoon Staat der Nederlanden.
 - d. In Bijlage 15 bij het Beschrijvend Document wordt met “Operators (payrol bij X)” bedoeld dat deze operators hun financiële vergoeding van X krijgen zodat de aanbieder van boekscanners in de aanbesteding niet die operators moet aanbieden. Hierbij wordt niet bedoeld op een payroll constructie.
- 1.11. Op 16 januari 2015 heeft de advocaat van klagers een brief aan beklagde gestuurd, waarin onder meer het volgende wordt gesteld:
- a. Er kan geen sprake zijn van inbesteding omdat beklagde en X verschillende inschrijvingen bij de Kamer van Koophandel hebben en bovendien de bijbehorende Ministeries kwalificeren als afzonderlijke aanbestedende diensten, net als beklagde en X.
 - b. Verder hebben de Ministeries, evenals beklagde, eigen begrotingen, zodat er bij beklagde en X geen sprake kan zijn van “besteding van eigen middelen”, zoals dat bij één gemeente gebeurt, maar van gescheiden, afzonderlijke middelen.
 - c. Ook aan de (lichtere) eisen voor quasi inbesteden wordt niet voldaan omdat noch aan het toezichtcriterium noch aan het merendeelcriterium is voldaan.

- d. Er kan sprake zijn van staatssteun wanneer aan X een meer dan marktconforme prijs wordt betaald. Klagers wensen daarom informatie te ontvangen over de tarieven die zullen worden gehanteerd door X bij de werkzaamheden.
 - e. Wanneer beklagde zonder aanbesteding de digitaliseringswerkzaamheden gunt aan X, worden beklagde en X aansprakelijk gesteld voor de schade die klagers lijden.
- 1.12. Op 22 januari 2015 heeft beklagde per brief aan klagers – kort gezegd – het volgende geantwoord:
- a. Beklaagde is een agentschap met baten-lastenstelsel en derhalve eigen begroting en administratie, maar valt wel volledig onder de ministeriële verantwoordelijkheid.
 - b. X ressorteert rechtstreeks onder een Directeur-generaal en een staatssecretaris is verantwoordelijk voor het beheer.
 - c. Beklaagde en X bezitten geen rechtspersoonlijkheid en voeren een deel van de overheidstaak uit, waardoor zij, beide tot de rechtspersoon Staat behorend, gebruik kunnen maken van elkaars expertise of capaciteit zonder aan te besteden.
 - d. De werkafspraken en verrekeningen tussen beklagde en X zijn een zuiver interne aangelegenheid waarover geen informatie aan buitenstaanders hoeft te worden verstrekt, zodat het verzoek om informatie wordt afgewezen.
 - e. Binnen de rechtspersoon Staat mogen de verschillende onderdelen niet alleen diensten ten behoeve van zichzelf verrichten, maar ook ten behoeve van andere organisatieonderdelen binnen de Staat (zelfvoorziening).
 - f. Er kan geen sprake zijn van staatssteun omdat er niet aan een onderneming een selectief voordeel wordt verstrekt.
- 1.13. De advocaat van klagers heeft op 16 januari 2015 een brief aan X gestuurd met vragen om informatie en een sommatie. Die brief is niet aan de Commissie verstrekt. Wel heeft de Commissie het antwoord van X ontvangen, waarin gesteld wordt dat de Wet Markt en Overheid niet van toepassing is op de dienstverlening tussen X en beklagde. Verder onderschrijft X het verweer van beklagde volledig.

2. Beschrijving klacht

Beklaagde wil zonder een aanbestedingsprocedure uit te voeren scanwerkzaamheden laten uitvoeren door X en overtreedt daarmee de Aw 2012.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. In de aanbestedingsstukken wordt uiteengezet dat de Nederlandse overheid besloten heeft om een eigen bureau op te richten met als taak digitalisering van onder andere materialen van de rijksoverheid op een centrale verwerkingsplek te laten uitvoeren. Hiertoe wordt bij X een eigen dienstverleningscentrum ingericht met in totaal 19 boekscanners (waarvan 16 stuks in bruikleen en 3 scanners die X al bezit). Deze scanstraat zal gedurende 16 uur per dag, 7 dagen per week worden bemand met in eerste instantie 35 fte personeel van X met een uitloop die kan oplopen tot 200 tot 500 fte.
- 3.2. Het scannen van boekwerken is een zeer gespecialiseerde tak van dienstverlening. In Nederland zijn er momenteel een stuk of zeven commerciële servicebureaus die boekscanning tot hun dienstenpakket rekenen. Deze bedrijven moeten zich doorgaans zowel via openbare aanbestedingen qua prijs bewijzen en met de aan die aanbestedingen gekoppelde kwalificatiewerkzaamheden ook iedere keer

opnieuw weer kwalitatief bewijzen. Door de jaren heen hebben deze bedrijven onder druk van aanbestedingen hun prijzen consequent naar beneden toe moeten bijstellen en zagen zij door de bijzonder hoge kwaliteitseisen hun eigen investeringsnoodzaak consequent stijgen. Tevens hebben deze bedrijven nu nog gespecialiseerde operators in dienst voor de uitvoering van dit soort werkzaamheden. De in de vorige alinea genoemde formatieplaatsen bij X zullen dan ook het aantal arbeidsplaatsen zijn die in het MKB verloren zullen kunnen gaan.

- 3.3. De komst van het bureau DTR en het daaraan verbonden Shared Service Center van X trekt in een keer een streep door de marktvraag. Rijksopdrachten die voorheen via openbare aanbestedingen in de markt werden geplaatst, worden voortaan zonder verdere concurrentiestelling geplaatst bij X. De eerste signalen zijn wat dat betreft al gegeven aan de markt. Onder andere de regionale centra van [Provincie 1] en [Provincie 2] hebben al aangegeven dat – hoe graag zij ook anders zouden willen - werk dat normaliter uitbesteed zou worden onder de commerciële partijen, met ingang van dit jaar via bureau DTR bij X verwerkt moet worden. De clustering van dergelijke opdrachten door bureau DTR is volgens klagers in strijd met de aanbestedingswetgeving.
- 3.4. In dat licht verdient het bijzondere aandacht dat het aantal boekscanners en de voorgenomen operationele uren per dag de gemeenschappelijke capaciteit van de in Nederland actieve dienstverleners op dit terrein nagenoeg evenaart.
- 3.5. Acht bedrijven in deze sector hebben zich inmiddels door middel van een bezaarschrift verenigd richting beklagde.

4. Reactie beklagde

- 4.1. Beklagde is van mening dat zij samen met X onderdeel uitmaakt van de rechtspersoon de Staat. De Staat is vanuit aanbestedingsperspectief als één entiteit aan te merken. In een dergelijke situatie is sprake van inbesteden of “inhouse” dienstverlening.
- 4.2. Omdat sprake is van inbesteding, hoeft de vraag of aan de voorwaarden voor “quasi-inbesteding” is voldaan niet meer te worden beantwoord.
- 4.3. Om er voor te zorgen dat beklagde en andere historische centra de naderende stroom digitale rijksarchieven op kunnen vangen, is door de Minister van Y besloten geld vrij te maken. Het programma heeft als titel Digitale Taken Rijksarchieven (DTR). Er is geen sprake van een apart bureau DTR. Beklagde en andere historische centra hebben samen vastgesteld welke archiefbescheiden tot de meest geraadpleegde papieren archieven behoren. Alleen deze archiefbescheiden worden door X gedigitaliseerd. Dit laat onverlet dat andere digitaliseringopdrachten van beklagde of een historisch centrum wel kunnen worden aanbesteed. Zo heeft beklagde in de afgelopen maanden ook digitaliseringswerkzaamheden in de markt gezet.
- 4.4. Klager verwijst naar het gebruik van de scanstraat (16 uur per dag, 7 dagen per week). Deze verwijzing komt uit een alinea in de aanbestedingsstukken die een korte beschrijving geven van de afdeling Centrale invoer van X. Daarbij is vermeld dat zij in piektijden zeven dagen per week, 16 uur per dag actief kan zijn. Het aantal medewerkers kan in dat geval toenemen van 200 tot ruim 500. Deze algemene beschrijving van de afdeling Centrale invoer slaat op alle werkzaamheden die de afdeling verricht, ook die voor X zelf. Het feit dat de afdeling deze piekbelasting aan kan, wil niet zeggen dat hiervan in het kader van onderhavige digitaliseringswerkzaamheden gebruik kan worden gemaakt.

- 4.5. Wat betreft de term "payrolling" wordt door beklagde toegelicht dat hiermee wordt bedoeld dat de operators een financiële vergoeding krijgen van X en dat van de aanbieder van de boekscanners niet wordt verwacht ook operators voor de boekscanners aan te bieden.

5. Beoordeling

- 5.1. Bij de beoordeling van de klacht neemt de Commissie het volgende tot uitgangspunt.
- 5.1.1. Beklaagde (een onderdeel van het Ministerie Y) heeft op 21 mei 2010 met X (een onderdeel van het Ministerie Z) service-niveau-afspraken gemaakt ten behoeve van de digitalisering van archiefmateriaal. Deze afspraken zijn op 1 oktober 2012 verlengd en nog steeds van kracht (zie 1.10 onder a hierboven).
- 5.1.2. Tot de kaders van de samenwerking behoort de afspraak dat X voor de uitvoering van specifieke werkzaamheden ten behoeve van beklagde offertes uitbrengt (zie 1.10 onder b hierboven).
- 5.1.3. Beklaagde heeft op 23 oktober 2014 een Europese openbare aanbestedingsprocedure aangekondigd voor het sluiten van een raamovereenkomst voor levering van boekscanners, inclusief onderhoud, support en additionele diensten (zie 1.1 hierboven).
- 5.1.4. Beklaagde heeft het voornemen deze boekscanners in bruikleen te geven aan X waarna medewerkers van X met behulp van die boekscanners archieven van beklagde gaan digitaliseren conform de wensen van beklagde (zie par. 1.2.2 Beschrijvend Document en 1.3 hierboven).
- 5.1.5. De Commissie gaat er van uit dat dit voornemen van beklagde berust op een nadere afspraak tussen beklagde en X en dat die nadere afspraak een uitvloeisel vormt van de onder 5.1.2 bedoelde afspraak. Gelet op de inhoud van par. 1.2.2 van het Beschrijvend Document (zie 1.3 en 1.4 hierboven) en gelet op de inhoud van de brieven die beklagde aan klager heeft gestuurd (zie hierboven onder 1.8, 1.10 en 1.12) acht de Commissie het bestaan van een dergelijke nadere afspraak voldoende aannemelijk.
- 5.2. De in deze klachtprocedure te beantwoorden vraag is vervolgens of en in hoeverre beklagde – door deze nadere afspraak met X te maken – in strijd heeft gehandeld met de Aw 2012. Meer in het bijzonder gaat het om de vraag of sprake is hetzij van een situatie van – zoals door beklagde is betoogd – inbesteden, zodat op beklagde geen aanbestedingsplicht rust ter zake van de hiervoor bedoelde digitaliseringswerkzaamheden, hetzij van een tussen twee aanbestedende diensten gesloten overeenkomst die kwalificeert als een overheidsopdracht in de zin van art. 1 lid 2 sub a Richtlijn 2004/18/EG en art. 1.1 Aw 2012 met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan het van toepassing zijnde Europese drempelbedrag, zodat op beklagde in beginsel wel een aanbestedingsplicht rust, behoudens het geval dat zij een beroep zou kunnen doen op een van de door het HvJ EU in zijn arresten van 23 mei 2012, C-159/11 (Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce) en van 13 juni 2013, C-386/11 (Piepenbrock/Kreis Düren) genoemde uitzonderingen.

- 5.3. Beklaagde heeft zich op het standpunt gesteld dat de nadere afspraak tussen haar en X is gemaakt op basis van het feit dat beide instellingen onderdeel uitmaken van de rechtspersoon Staat der Nederlanden. Beklaagde meent dat de Staat vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief als één entiteit is aan te merken en dat daarmee in het onderhavige geval sprake is van een situatie van inbesteden.
- 5.4. Anders dan beklagde is de Commissie van oordeel dat in het onderhavige geval geen sprake is van een situatie van inbesteden. Daarvan zou eventueel sprake kunnen zijn indien X een eigen dienst van beklagde zou zijn. Die situatie doet zich echter niet voor: dat de Ministeries Y en Z onderdeel uitmaken van de rechtspersoon Staat der Nederlanden maakt het onderdeel (X) van het ene Ministerie (Z) nog niet tot een eigen dienst van een agentschap (beklaagde) van het andere Ministerie (Y). Er is immers geen zeggenschap aanwezig van het Ministerie Y over onderdeel X zoals het Ministerie Y die over haar eigen diensten heeft (zie HvJ EU 18 november 1999, C-107/98 (Teckal)).
- 5.5. De Commissie is in het verlengde van het voorgaande ook overigens van oordeel dat zowel de Ministeries Y en Z, beklagde als X zelfstandige aanbestedende diensten zijn. De Commissie onderschrijft derhalve niet het oordeel van de Rb. Den Haag 14 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3967, r.o. 4.3:
- ‘Bij de beoordeling staat voorts voorop dat de Staat als één aanbestedende dienst moet worden aangemerkt. Anders dan Oracle betoogt, zijn de afzonderlijk ministeries geen zelfstandige aanbestedende diensten, enkel omdat zij in de praktijk als zodanig opereren. De Staat heeft in dit verband toegelicht dat het begrip “zelfstandige eenheid” binnen één aanbestedende dienst alleen betekenis heeft voor de manier waarop de opdrachten worden geraamd: opdrachten binnen één aanbestedende dienst moeten in beginsel bij elkaar worden opgeteld. De rechtbank overweegt dat in de Algemene Richtlijn 2004/18/EG en artikel 1 aanhef en onder r van het Bao, slechts de Staat als aanbestedende dienst wordt aangemerkt, en niet de afzonderlijke ministeries die met de uitvoering van taken en het beleid van de Staat zijn belast. Oracle heeft geen verdere argumenten aangevoerd op grond waarvan in dit geval een dergelijk onderscheid wél zou moeten worden gemaakt.’
- 5.6. Dat zowel de Ministeries Y en Z, beklagde als X allen zelfstandige aanbestedende diensten zijn, vloeit naar het oordeel van de Commissie genoegzaam voort uit bijlage IV van Richtlijn 2004/18/EG. Daarin worden immers de Ministeries Y en Z en ook beklagde en X aangeduid als “centrale overheidsinstanties” die op hun beurt in verschillende bepalingen van de Richtlijn weer worden aangeduid als “aanbestedende diensten die centrale overheidsinstanties zijn zoals vermeld in bijlage IV” (zie bijvoorbeeld art. 7 sub a en sub b, art. 67 lid 1 sub a, art. 76 lid 1 en art. 78 lid 2 sub b Richtlijn 2004/18/EG).
- 5.7. Het voorgaande brengt mee dat in het onderhavige geval sprake is van een nadere afspraak gemaakt tussen twee aanbestedende diensten. Die nadere afspraak kwalificeert naar het oordeel van de Commissie vervolgens als een “overeenkomst” – zoals bedoeld in de definitie van het begrip “overheidsopdracht” in art. 1 lid 2 sub a Richtlijn 2004/18/EG en in art. 1.1 Aw 2012 – tussen twee aanbestedende diensten. Dat twee onderdelen van dezelfde rechtspersoon geen “overeenkomst” in de zin van het Burgerlijk Wetboek kunnen sluiten, doet aan het voorgaande oordeel niet af. Het begrip “overeenkomst” in de hiervoor bedoelde definitie van het begrip “overheidsopdracht” moet in lijn met de jurisprudentie van het HvJ EU functioneel worden uitgelegd in die zin dat het tevens afspraken onder bezwarende titel betreft die tussen twee onderdelen van eenzelfde

rechtspersoon zijn gemaakt, ook al zijn die afspraken niet te kwalificeren als "overeenkomsten" in de zin van het Burgerlijk Wetboek.

- 5.8. Uitgaande van het in 5.7 gegeven oordeel biedt de informatie die partijen aan de Commissie hebben verstrekt vervolgens voldoende aanknopingspunten voor het oordeel dat de tussen beklagde en X gesloten overeenkomst vervolgens kwalificeert als een overheidsopdracht voor diensten met een geraamde waarde gelijk aan of hoger dan het van toepassing zijnde Europese drempelbedrag. De Commissie werkt dit oordeel hier niet verder uit, omdat deze kwestie niet de kern van het debat tussen partijen vormt: dat betreft immers de hiervoor reeds beantwoorde vraag of al dan niet sprake is van een situatie van inbesteden Dat overeenkomsten gesloten tussen twee of meer aanbestedende diensten als een overheidsopdracht kunnen kwalificeren, blijkt overigens ook art. 12 ("overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector") – in het bijzonder lid 4 – van de nieuwe Richtlijn overheidsopdrachten 2014/24/EU.
- 5.9. Het voorgaande betekent dat op beklagde in beginsel een aanbestedingsplicht rust ter zake van de digitaliseringswerkzaamheden. Op deze aanbestedingsplicht kan vervolgens een uitzondering worden gemaakt indien de nadere afspraak tussen beklagde en X behoort tot een van de twee types overeenkomsten die, hoewel zij door aanbestedende diensten zijn gesloten, volgens het HvJ EU toch niet binnen de werkingssfeer van het Europees aanbestedingsrecht vallen (zie HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (Piepenbrock/Kreis Düren), r.o. 33).
- 5.10. Het eerste door het HvJ EU bedoelde type betreft de overeenkomsten gesloten tussen:
- 'een openbaar lichaam en een persoon die daar rechtens van onderscheiden is, wanneer dit lichaam op deze persoon toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten en deze persoon tegelijkertijd het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen (...)', (zie HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (Piepenbrock/Kreis Düren), r.o. 34).
- 5.11. De Commissie is van oordeel dat in het onderhavige geval geen van deze voorwaarden is vervuld. Uit de informatie die partijen aan de Commissie hebben verstrekt blijkt allereerst immers dat noch het Ministerie Y, noch beklagde, X beheerst. Ook is het zo dat beklagde, zelfs wanneer er van mag worden uitgegaan dat zij zich het recht heeft voorbehouden om de uitvoering van de digitaliseringswerkzaamheden te controleren, geen toezicht uitoefent op X dat kan worden gekwalificeerd als een toezicht zoals op haar eigen diensten. Ten slotte is het nog zo dat X – gelet op het bepaalde in par. 1.3.1 van het Beschrijvend Document (zie 1.4 hierboven) – niet het merendeel van haar werkzaamheden voor beklagde verricht. (Vergelijk HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (Piepenbrock/Kreis Düren), r.o. 35).
- 5.12. Het tweede door het HvJ EU bedoelde type betreft de overeenkomsten:
- 'die een samenwerking tussen openbare lichamen tot stand brengen, die ertoe strekt de uitvoering te verzekeren van een taak van algemeen belang die op hen gezamenlijk rust (...). In bedoeld geval zijn de Unierechtelijke regels inzake overheidsopdrachten niet van toepassing voor zover dergelijke overeenkomsten uitsluitend door openbare lichamen zijn gesloten, zonder enige particuliere inbreng, geen enkele particuliere dienstverrichter wordt bevoordeeld tegenover zijn concurrenten en de samenwerking die deze overeenkomsten tot stand brengen uitsluitend wordt beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang (...). Alle voormelde criteria zijn cumulatief, zodat een opdracht tussen openbare lichamen enkel buiten de

werkingsfeer van het Unierecht inzake overheidsopdrachten kan vallen krachtens deze uitzondering indien de overeenkomst waarin deze opdracht wordt vastgesteld aan al deze criteria voldoet (...)', (zie HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (Piepenbrock/Kreis Düren), r.o. 36 t/m 38).

- 5.13. De Commissie is van oordeel dat in het onderhavige geval niet alle voormelde criteria zijn vervuld. Uit de informatie die partijen aan de Commissie hebben verstrekt, blijkt dat het voorwerp van zowel de service-niveau-afspraken die beklagde op 21 mei 2010 met X heeft gemaakt (zie 1.10 onder a hierboven) als van de in 5.1.4 en 5.1.5 bedoelde nadere afspraak niet erin lijkt te bestaan een samenwerking tussen beklagde en X tot stand te brengen om een gezamenlijke taak van algemeen belang uit te voeren. Dat de digitaliseringswerkzaamheden waar het in deze zaak om gaat niet tot de overheidstaken behoren, blijkt alleen al uit het feit dat beklagde – gelet op haar reactie op de klacht, zie 4.3 hierboven – dergelijke werkzaamheden ook door middel van aanbestedingen in de markt wil zetten. Voor zover X dergelijke werkzaamheden verricht, treedt zij dus in concurrentie met marktpartijen zoals klagers. Bovendien laat de reactie van beklagde (zie 4.5 hierboven) de mogelijkheid open dat in het kader van de tussen beklagde en X gemaakte nadere afspraak een beroep wordt gedaan op derden voor de uitvoering van de digitaliseringswerkzaamheden, zodat deze derden kunnen worden bevoordeeld ten opzichte van de andere ondernemingen – waaronder klagers – die op dezelfde markt actief zijn. (Vergelijk HvJ EU 13 juni 2013, C-386/11 (Piepenbrock/Kreis Düren), r.o. 39 t/m 40).
- 5.14. Het voorgaande betekent dat naar het oordeel van Commissie geen uitzondering kan worden gemaakt op de aanbestedingsplicht die in beginsel op beklagde rust ter zake van de digitaliseringswerkzaamheden (zie 5.9 hierboven). Dat betekent vervolgens dat beklagde in strijd heeft gehandeld met een op grond van de Aw 2012 op haar rustende aanbestedingsplicht door – zonder een daaraan voorafgaande aanbestedingsprocedure te houden – met X de nadere afspraak te maken dat deze ten behoeve van haar digitaliseringswerkzaamheden zal verrichten.
- 5.15. De klacht is derhalve gegrond.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **gegrond**.

7. Aanbeveling

De Commissie ziet geen kans tot het doen van een aanbeveling.

De Commissie heeft zich ten behoeve van dit advies laten bijstaan door prof. mr. E. Steyger en mr. drs. T.H. Chen die als Commissie-Experts aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 20 maart 2015

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

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