

Advies 255

1. Feiten

1.1. Het Kabinet heeft in de Hervormingsagenda Rijksdienst een aantal gemeenschappelijke uitgangspunten voor de organisatie-inrichting van de Rijksdienst benoemd (bijlage bij de brief aan de Tweede Kamer van 22 mei 2013, TK 2012-2013, 31490, nr. 119). Het uitgangspunt daarbij is thans dat wordt geredeneerd vanuit het concern Rijk. Belangrijke organisatiefuncties en –voorzieningen dienen daarom binnen het Rijk aanwezig te zijn, maar niet noodzakelijkerwijs binnen elk departement. Elk organisatieonderdeel van de Rijksdienst is ook flexibel inzetbaar en beschikbaar om werkzaamheden te verrichten voor andere onderdelen binnen de Rijksdienst.

1.2. In zijn brief van 26 april 2013 aan de Tweede Kamer schrijft de minister voor Wonen en Rijksdienst:

‘Onze verwachting is dat er de komende jaren vaker voor gekozen zal worden om meer werkzaamheden binnen de Rijksdienst zelf uit te voeren. Dit als gevolg van het kabinetsbeleid om binnen de Rijksdienst meer werkgelegenheid te scheppen voor de lage loonschalen en de positie van deze medewerkers te verbeteren. De ervaring van de afgelopen periode was dat vooral de werkzaamheden die bij deze functies behoorden zich goed leenden voor uitbesteding. Onder invloed van het kabinetsbeleid kan het dus gebeuren dat hierover straks andere afwegingen worden gemaakt dan tot op heden gebruikelijk was.’ (TK 2012-2013, 31490, nr. 119).

1.3. Het verkennen van de mogelijkheid tot het openstellen van lage loonschalen voor facilitaire functies werd eerder ook aangekondigd in het regeerakkoord VVD-PvdA “Bruggen slaan” van 29 oktober 2012:

‘Met de organisaties van werknemers bespreken we het openstellen van de laagste ambtelijke loonschalen, zodat medewerkers in facilitaire functies eventueel in dienst genomen kunnen worden.’

1.4. In zijn brief van 11 oktober 2013 heeft de minister voor Wonen en Rijksdienst de Tweede Kamer nader geïnformeerd over het kabinetsbeleid ten aanzien van de inzet van medewerkers in lage loonschalen bij het Rijk.

‘Bij de invulling van dit beleid moet rekening worden gehouden met verschillende factoren. Zo is er de bezuiniging op de kosten van de Rijksdienst. We willen namelijk ook streven naar een kleinere Rijksoverheid. Ik besef ook dat er consequenties zijn voor het bedrijfsleven indien bepaalde werkzaamheden die eerder aan het bedrijfsleven waren uitbesteed, weer door de rijksoverheid zelf worden uitgevoerd (...). Genoemde ambities en ontwikkelingen kunnen met elkaar op gespannen voet staan. Daarom is gekozen voor een pakket aan maatregelen, welke ieder voor zich invulling geven aan een van deze ambities. Er is sprake van maatwerk: voor de verschillende onderwerpen beveiliging, schoonmaak en catering worden verschillende afwegingen gemaakt (...). Voor schoonmaak zal ervoor worden gezorgd dat er medewerkers in dienst van de Rijksoverheid komen en het schoonmaken in eigen beheer wordt gedaan.’ (TK 2013-2014, 31490, nr. 134).

- 1.5. In zijn brief van 23 juni 2014 heeft de Minister voor Wonen en Rijksdienst mede namens de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid de Tweede Kamer geïnformeerd over de nadere uitwerking van de zogenoemde inbesteding van de schoonmaakwerkzaamheden. In deze brief is aangegeven dat het opzetten en uitbouwen van een schoonmaakorganisatie voor het Rijk de verantwoordelijkheid is van de minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid. (TK 2013-2014, 31490, nr. 149).
- 1.6. Het doel vanuit het Rijk (ingegeven door de Hervormingsagenda) is dat medewerkers in de lage loonschalen voldoende baan zekerheid en gezonde arbeidsomstandigheden dient te worden geboden. Volgens het Rijk kan dat doel worden bereikt door diverse medewerkers (thans nog in dienst bij externe partijen) in dienst van de Rijksoverheid te nemen en door te bewerkstelligen dat deze medewerkers werkzaam bij bedrijven aan wie de Rijksoverheid dienstverlening heeft uitbesteed, in vaste dienst komen.
- 1.7. De concrete keuze die de Rijksoverheid ten aanzien van de thans nog uitbestede schoonmaakdienstverlening heeft gemaakt, is de oprichting van een Rijks Schoonmaak Organisatie (hierna: RSO) alwaar de gestelde medewerkers in dienst van de Rijksoverheid komen. Schoonmaakwerkzaamheden zullen in het vervolg in eigen beheer door het Rijk via de RSO worden uitgevoerd.
- 1.8. Beklaagde heeft sinds medio 2014 een programmadirectie ingericht die de oprichting van een operationele RSO voorbereidt. Begin 2015 heeft de ministerraad ingestemd met de opzet en het kader van arbeidsvoorwaarden voor de schoonmakers die geleidelijk in dienst bij de Rijksoverheid zullen komen en is een overeenkomst daaromtrent met de vakbonden gesloten. Het voornemen is dat de eerste schoonmakers, in dienst van de RSO, begin 2016 daadwerkelijk aan de slag gaan.
- 1.9. Het opzetten en uitbouwen van een schoonmaakorganisatie voor het Rijk is de verantwoordelijkheid van beklagde. Een Stuurgroep met brede vertegenwoordiging uit de departementen ziet op de ontwikkeling en de uitvoering van de dienstverlening door de RSO. De RSO biedt haar diensten aan in de vorm van een algemene producten- dienstencatalogus (PDC). De inhoud van de PDC en de tarieven voor de diensten worden in overleg met de ministeries bepaald.
- 1.10. Zoals hiervoor onder 1.7 is aangegeven, worden schoonmaakwerkzaamheden binnen het Rijk op dit moment nog door diverse marktpartijen verricht. Deze opdrachten zijn in het verleden door ministeries aan deze marktpartijen gegund na het volgen van een afzonderlijk inkoop- en aanbestedingstraject.
- 1.11. Klager is een organisatie van schoonmaak- en glazenwassersondernemingen. Zij behartigt de belangen van circa 300 leden, die met 120.000 medewerkers 70% van de totale omzet van de relevante markt realiseren.
- 1.12. Een van de bij klager aangesloten leden heeft een aanzegging van een ministerie ontvangen waaruit blijkt dat het tussen die partijen bestaande schoonmaakcontract niet zal worden verlengd omdat het schoonmaakonderhoud vanaf 1 januari 2016 voor dat ministerie via de RSO zal gaan plaatsvinden.
- 1.13. Klager meldt daarnaast dat ook andere nog lopende contracten tussen bij klager aangesloten leden en (onderdelen van) ministeries in de loop van 2016 zullen aflopen en om dezelfde reden niet opnieuw zullen worden verlengd of in de markt zullen worden gezet.

2. Beschrijving klacht

- 2.1. Beklaagde en de overige ministeries handelen in strijd met een op hen (ieder afzonderlijk) rustende aanbestedingsplicht door – zonder een daaraan voorafgaande aanbestedingsprocedure te houden – over te gaan tot de oprichting van een Rijks Schoonmaak Organisatie en vanuit deze organisatie (onder verantwoordelijkheid van beklagde) met de diverse ministeries en hun onderdelen, nadere afspraken te maken omtrent de schoonmaakwerkzaamheden op de diverse panden alwaar de Rijksoverheid en haar onderdelen actief is.
- 2.2. Er kan geen uitzondering worden gemaakt op de aanbestedingsplicht die (in beginsel) op beklagde en overige afzonderlijke ministeries (inclusief bij haar aangesloten onderdelen) rust ter zake van opdrachten met betrekking tot schoonmaakwerkzaamheden.

3. Onderbouwing klacht

- 3.1. Beklaagde handelt door de oprichting van een eigen Rijks Schoonmaak Organisatie – waarbij het voornemen bestaat thans nog uitbestede schoonmaakactiviteiten in het vervolg in eigen beheer te gaan uitvoeren – tezamen met de overige betrokken ministeries en aan hen verbonden onderdelen, in strijd met Richtlijn 2004/18/EG, alsmede de Aanbestedingswet 2012. Beklaagde, alsmede de afzonderlijke ministeries en aan hen verbonden onderdelen, behoren een regulier aanbestedingstraject te volgen.
- 3.2. De hiervoor benoemde wettelijke (aangebestedingsrechtelijke) voorschriften geven duidelijke beperkingen aan voor zover het de mogelijkheden voor overheden (Rijksoverheid) betreft om diensten die niet van algemeen belang worden geacht (waarvan in het geval van schoonmaak sprake is) in “eigen beheer” onder te brengen.
- 3.3. De (schoonmaak)opdrachten van de ministeries en haar onderdelen, dienen te worden gezien als aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten. Zie daartoe ook uitdrukkelijk HvJ EU 13 juni 2013, zaak C-386/11 (Piepenbrock).
- 3.4. Een door beklagde opgerichte dan wel op te richten shared service organisatie (RSO) welke organisatie (onder de verantwoordelijkheid van beklagde) schoonmaakdiensten voor de gehele overheid (waaronder meerdere ministeries) zal gaan verrichten dient, hetgeen niet het geval is, volgens aanbestedingsrechtelijke principes (1) onder de “zeggenschap” (het zogenoemde zeggenschaps criterium) te vallen van al degenen (lees: de diverse ministeries) die er vervolgens gebruik van (gaan) maken en (2) deze organisatie (RSO) dient haar werkzaamheden vervolgens ook voor het “merendeel” (het zogenoemde merendeel criterium)) voor die organisaties (lees: ministeries) en daarvan deel uitmakende onderdelen te (gaan) verrichten. Zie hiertoe ook uitdrukkelijk HvJ EU 19 april 2007, zaak C-295/05 (Tragsa) en ook HvJ EU 18 november 1999, zaak C-107/98 (Teckal).
- 3.5. Klager is het niet eens met de stelling van beklagde dat er sprake is van het inbesteden van schoonmaakwerkzaamheden die de Rijksoverheid uitsluitend binnen de rechtspersoon van de Staat der Nederlanden laat uitvoeren zodat geen sprake zou zijn van strijd met het aanbestedingsrecht. De diverse ministeries worden namelijk op Bijlage IV Richtlijn 2004/18/EG als aparte aanbestedende dienst vermeld. Het ene ministerie zal zodoende aan het andere ministerie (beklaagde – althans de onder haar verantwoordelijkheid vallende RSO) – een opdracht tot schoonmaakdienstverlening verstrekken, terwijl het criterium van zeggenschap in deze ontbreekt.

- 3.6. Klager stelt, en verwijst hierbij naar het Advies 198 van de Commissie van 20 maart 2015, dat in het onderhavige geval geen sprake zal zijn van een (louter) situatie van inbesteden. Er is immers geen zeggenschap aanwezig van de afzonderlijke ministeries en de aan haar verbonden onderdelen over de RSO (onderdeel van beklaagde) zoals deze afzonderlijke ministeries die over hun eigen diensten wel hebben.
- 3.7. Klager is van mening dat in aansluiting hierop de afzonderlijke ministeries (inclusief beklaagde) als zelfstandige aanbestedende diensten zijn aan te merken. Bijlage IV van de Richtlijn 2004/18/EG geeft aan dat de diverse ministeries "centrale overheidsinstanties" zijn die op hun beurt in verschillende bepalingen van de Richtlijn weer worden aangeduid als "aangebestede diensten die centrale overheidsinstanties zijn" zoals vermeld in bijlage IV (zie bijvoorbeeld artikel 7 sub a en sub b, artikel 67 lid 1 sub a, artikel 76 lid 1 en artikel 78 lid sub b Richtlijn 2004/18/EG).
- 3.8. De uitwerking van de opzet van de RSO zal er toe leiden dat er (niet toegestane) nadere afspraken worden gemaakt tussen meerdere aanbestedende diensten ex artikel 1 lid 2 sub a Richtlijn 2004/18/EG en art. 1.1. Aw 2012.
- 3.9. Klager geeft tenslotte aan dat als gevolg van het voornemen van het Rijk om de reguliere schoonmaakwerkzaamheden in het vervolg in eigen beheer te gaan uitvoeren een (omzet)verlies van circa EUR 65 miljoen ten laste van de betrokken schoonmaakbedrijven (gefaseerd) zal ontstaan.

4. Reactie beklaagde

- 4.1. De Rijksoverheid hanteert al langere tijd de beleidslijn om de taken op het terrein van haar eigen bedrijfsvoering, die voorheen door verschillende ministeries afzonderlijk werden uitgevoerd, te bundelen en onder te brengen in zogenoemde Shared Service Organisaties (SSO's). Deze ontwikkeling heeft de afgelopen jaren een stevige impuls gekregen met het Uitvoeringsprogramma Compacte Rijksdienst (vanaf 2011) en diens voorloper Vernieuwing Rijksdienst (2006-2011). Voorbeelden van interne dienstverlening binnen de Rijksoverheid zijn te vinden op het terrein van salarisadministratie en personeelszaken (P-Direkt; Expertisecentrum Organisatie en personeel, BZK), gezamenlijke inkoop (Inkoop Uitvoerings Centra, diverse ministeries), werkplekbeheer en ICT-diensten, documentdiensten (Doc-Direkt, BZK), facilitaire dienstverlening (FMHaaglanden, BZK) en incassodiensten van het Centraal Justitieel Incassobureau (V&J).
- 4.2. De beslissing om schoonmaakwerkzaamheden binnen de Rijksoverheid niet langer uit te besteden maakt deel uit van een breder kabinetsbeleid inzake de inrichting van de Rijksdienst. De klacht richt zich tegen de beslissing om schoonmaakwerkzaamheden in eigen beheer uit te gaan voeren en gaat daarmee in feite tegen het kabinetsbeleid in.
- 4.3. Op basis van artikel 6 van het Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts is in het Reglement Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: Reglement) de werkwijze van de Commissie opgenomen. Beklaagde stelt dat de klacht op grond van dit Reglement niet door de Commissie in behandeling dient te worden genomen. Zij onderbouwt deze stelling als volgt.
 - 4.3.1. In artikel 8, lid 4, van het Reglement is het volgende bepaald met betrekking tot de indiening van klachten:

'Klachten kunnen niet gaan over het door een aanbestedende dienst of een speciale-sectorbedrijf gevoerde aanbestedingsbeleid.'

- 4.3.2. Dat een klacht niet kan gaan over het algemene inkoopbeleid van een aanbestedende dienst, volgt eveneens uit de toelichting bij het Instellingsbesluit zelf.
- 4.3.3. Eén en ander is uitgewerkt in artikel 10, lid 1, sub a van het Reglement waarin is opgenomen dat de Commissie kan besluiten een klacht niet in behandeling te nemen indien deze niet in overeenstemming is met artikel 8 van hetzelfde Reglement.
- 4.3.4. In casu gaat het om een klacht die ziet op door de Staat gevoerd overheidsbeleid, dat deel uitmaakt van het brede kabinetsbeleid inzake de inrichting van de Rijksdienst. Mede gelet hierop zou de Commissie tot het besluit moeten komen de klacht op grond van artikel 10, lid 1, sub a juncto artikel 8, lid 4 van het Reglement niet in behandeling te nemen.
- 4.4. In de onderbouwing van haar klacht verwijst klager een aantal malen naar het Advies 198 van de Commissie inzake de digitaliseringswerkzaamheden. Dat advies ziet volgens beklagde evenwel op een andere situatie.
 - 4.4.1. De betreffende klacht over het niet aanbesteden van digitaliseringswerkzaamheden werd ingediend in het kielzog van een individuele en concrete opdracht en het gebruik van deze apparatuur. Het kabinetsbeleid ten aanzien van digitaliseringswerkzaamheden laat ruimte om per geval/opdracht te besluiten om uit te besteden dan wel in eigen beheer te laten uitvoeren. Uit het Advies 198 blijkt dan ook dat beklagde had aangegeven dat andere digitaliseringswerkzaamheden wel zouden kunnen worden aanbesteed.
 - 4.4.2. De onderhavige klacht ten aanzien van de schoonmaakwerkzaamheden ziet niet op (het achterwege laten van) een individuele concrete opdracht. Uit de beleidsbeslissing van het kabinet vloeit voort dat de reguliere schoonmaakwerkzaamheden zoveel mogelijk in eigen beheer worden uitgevoerd en er in dat geval geen sprake meer is van opdrachtverlening. De klacht tegen dit beleid betreft een klacht over (aanbestedings)beleid, zoals bedoeld in artikel 8, vierde lid, van het Reglement van de Commissie.
 - 4.4.3. Het niet verlengen van een door klager genoemd schoonmaakcontract is geen op zichzelf staande beslissing, maar maakt deel uit van en is een eerste stap naar het realiseren van een veel meer omvattend beleid om bepaalde schoonmaakwerkzaamheden binnen de bedrijfsvoering van het Rijk niet langer aan te besteden. Aldus dient de klacht buiten behandeling te blijven op grond van artikel 10, lid 1, sub a juncto artikel 8, lid 4 van het Reglement.
- 4.5. Klager verwijst naar overweging 5 van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU waarin wordt benadrukt dat geen enkele bepaling leidt tot de verplichting voor een lidstaat om de dienstverlening waarvoor zij zelf wenst zorg te dragen, dient aan te besteden.
- 4.6. Klager stelt volgens beklagde onterecht dat de afzonderlijke ministeries (inclusief het ministerie van SZW) tevens als zelfstandige aanbestedende diensten zijn aan te merken. Beklagde licht deze stelling als volgt toe.
 - 4.6.1. De stelling van klager is materieel gezien juist wanneer het gaat om het ramen van de waarde van de overheidsopdrachten, maar niet in de betekenis van de definitie van "aanbestedende dienst" als in artikel 1, lid 9 van de richtlijn 2004/18/EG en artikel 1.1 Aw 2012 is aangegeven:

Richtlijn 2004/18/EG, artikel 1, lid 9:

'Als aanbestedende diensten worden aangemerkt de Staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen.'

Aw 2012, artikel 1.1:

'In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder aanbestedende dienst: de Staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.'

- 4.6.2. In beide definities wordt de Staat aangemerkt als een aanbestedende dienst en niet de "centrale overheidsinstanties" zoals – door klager genoemd – in bijlage IV. Voor het formeel zijn van een aanbestedende dienst is het element rechtspersoonlijkheid van belang. Dit volgt ook uit de nieuwe richtlijn 2014/24/EU. Hierin wordt om de zelfstandige positie van onderdelen van een aanbestedende dienst helderder te maken, het begrip "afzonderlijke operationele eenheid" ingevoerd. Zie daarvoor onder andere artikel 5, tweede lid, van Richtlijn 2014/24/EU.
- 4.7. De Staat der Nederlanden is een publiekrechtelijke rechtspersoon, op grond van artikel 2.1. BW, en kent een organisatiestructuur die bestaat uit diverse ministeries, c.q. departementen, waaronder vaak ook verschillende diensten of agentschappen kunnen ressorteren. De ministeries en daaronder ressorterende diensten en agentschappen maken dus onderdeel uit van één en dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon, de Staat. Er is in casu dan ook sprake van een zuivere inbesteding binnen één en dezelfde rechtspersoon.
- 4.8. Aangezien de ministeries allen deel uitmaken van de rechtspersoon Staat kan nimmer sprake zijn van een overheidsopdracht, zoals gedefinieerd in de richtlijn en Aanbestedingswet. Beklaagde onderbouwt deze stelling als volgt.
- 4.8.1. In artikel 1, lid 2, Richtlijn 2004/18/EG en in artikel 1.1 Aw 2012 is het volgende bepaald:

Richtlijn 2004/18/EG artikel 1, lid 2:

'Overheidsopdrachten zijn schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn.'

Aw 2012 artikel 1.1:

'Overheidsopdracht (...): een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten'.

- 4.8.2. Hieruit blijkt dat alleen sprake is van een aanbestedingsrechtelijk relevante overeenkomst indien deze is gesloten tussen afzonderlijke (rechts)personen. De afspraken die gemaakt gaan worden om uitvoering te geven aan de schoonmaakwerkzaamheden, kunnen niet worden aangemerkt als afspraken tussen één of meer aanbestedende diensten. De afspraken die gemaakt gaan worden tussen de RSO en andere onderdelen van de Staat, namelijk ministeries, hebben te gelden als afspraken binnen één rechtspersoon, de Staat. Deze dienstverlening valt daarom onder het begrip zuivere inbesteding. Anders dan klager stelt, kan dan ook geen sprake zijn van "aanbestedingsplichtige overheidsopdrachten" en daarmee valt de dienstverlening van de RSO buiten het bereik van het Europese- en nationale aanbestedingsrecht.

- 4.8.3. Dit heeft tevens tot gevolg dat niet wordt voldaan aan de definitie van het begrip klacht zoals omschreven in het Instellingsbesluit en het Reglement van de Commissie. Om die reden dient de Commissie te besluiten de onderhavige klacht niet in behandeling te nemen.
- 4.9. De stelling van klager dat een shared service organisatie als de RSO ten eerste onder zeggenschap moet vallen van al degenen (ministeries) die gebruik gaan maken van haar dienstverlening en ten tweede deze organisatie haar werkzaamheden vervolgens ook voor het merendeel van de ministeries en hun onderdelen dient te verrichten, onderbouwt klager met verschillende arresten van het Hof van Justitie die betrekking hebben op het zogenaamd "quasi-inbesteden". Klager gaat hiermee uit van een onjuiste veronderstelling dat voor de dienstverlening, die de RSO voor de tot de Rijksdienst behorende onderdelen gaat uitvoeren, sprake is van een aanbestedingsplicht. Hierboven is reeds beschreven dat er in casu sprake is van een zuivere inbesteding. De criteria omtrent quasi-inbesteding zijn in dit geval dan ook niet aan de orde.

5. Beoordeling

- 5.1. Voordat de Commissie zich verder zal uitlaten over de onderhavige klacht, overweegt zij het volgende ten aanzien van de functie van de definitie van het begrip "klacht" zoals opgenomen in art. 1. sub c van het Instellingsbesluit Commissie van Aanbestedingsexperts (Stcrt. 7 maart 2013, nr. 6182, hierna: "Instellingsbesluit") en van het Reglement van de Commissie (hierna: Reglement).
- 5.1.1. In art. 1. sub c, zoals hiervoor bedoeld, is het begrip "klacht" als volgt gedefinieerd:
- 'een uiting van ongenoegen van een partij over het handelen of het nalaten van een andere partij voor zover dat handelen of nalaten binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012 valt.'
- 5.1.2. De functie van deze definitie is om de taakomschrijving van de Commissie (zie art. 2 lid 2 Instellingsbesluit en Reglement) af te bakenen tot – onder andere – het geven van niet-bindende adviezen naar aanleiding van klachten die betrekking hebben op gedragingen van beklagde partijen die beweerdelijk in strijd zijn met een of meer bepalingen van de Aw 2012 of daarop gebaseerde nadere regels en voorschriften.
- 5.1.3. Het voorgaande betekent naar het oordeel van de Commissie dat voor een bevestigende beantwoording van de vraag of een klager een klacht kan indienen, en of de Commissie die klacht vervolgens in behandeling kan nemen, niet is vereist dat eerst komt vast te staan dat een gedraging van een beklagde partij in strijd is met een of meer bepalingen van de Aw 2012. De stelling van beklagde – zie 4.8.2 en 4.8.3 hiervoor – dat de Commissie zou moeten besluiten om de onderhavige klacht niet in behandeling te nemen, omdat de klacht betrekking zou hebben op een situatie van "zuiver inbesteden" en daarmee buiten het bereik van het Europese en nationale aanbestedingsrecht valt, is dan ook niet juist. Uiteraard is het mogelijk dat de Commissie in een geval als het onderhavige tot het oordeel komt dat sprake is van een situatie van zuiver inbesteden en dat van handelen of nalaten in strijd met de Aw 2012 derhalve geen sprake is. Maar dat oordeel is dan de resultante van de behandeling van een klacht waarin door een klager is beweerd dat van een dergelijke strijdigheid wel degelijk sprake is.

- 5.2. Dat brengt de Commissie bij de vraag of klager een klacht tegen beklaagde kan indienen.
- 5.2.1. Beklaagde – een ministerie – is een aanbestedende dienst in de zin van art. 1.1 Aw 2012.
- 5.2.2. In art. 7 lid 1 sub b Reglement Commissie is het volgende bepaald:
- ‘Een klacht kan worden ingediend door:
- (...)
- b. brancheorganisaties van ondernemers die optreden namens één ondernemer of meerdere ondernemers die een opdracht willen verwerven, eventueel zonder de naam van de ondernemer(s) te vermelden.
- (...).’
- 5.2.3. De Commissie stelt vast dat klager een brancheorganisatie is in de zin van art. 7 lid 1 sub b Reglement Commissie. Het is de Commissie op basis van de ingediende klacht (zie overwegingen 2 en 3 hiervoor) voorts gebleken dat leden van klager overheidsopdrachten met betrekking tot het verrichten van schoonmaakdiensten van de afzonderlijke ministeries willen verwerven. Beklaagde is één van deze ministeries, zodat gevoeglijk mag worden aangenomen dat leden van klager ook overheidsopdrachten van beklaagde willen verwerven.
- 5.2.4. Het voorgaande betekent dat klager namens een of meer van haar leden een klacht kan indienen met betrekking tot gedragingen van beklaagde die beweerdelijk in strijd zijn met de Aw 2012.
- 5.3. Nu vaststaat dat klager een klacht tegen beklaagde kan indienen, dient de vraag te worden beantwoord of de Commissie die klacht vervolgens in behandeling kan nemen. Zij overweegt daarover het volgende.
- 5.3.1. Beklaagde heeft zich in haar reactie op de klacht op het standpunt gesteld dat de Commissie die klacht niet in behandeling kan nemen op grond van het bepaalde in art. 8 lid 4 *jo.* art. 10 Reglement, aangezien de klacht betrekking zou hebben op het aanbestedingsbeleid van beklaagde in het algemeen, als onderdeel van het bredere Rijksbeleid (zie 4.3 en 4.4 hiervoor).
- 5.3.2. De Commissie onderschrijft het standpunt van beklaagde niet. De klacht heeft allereerst betrekking op de oprichting door beklaagde van de RSO. Dat is een concrete gedraging van beklaagde, waarvan de strijdigheid met de Aw 2012 door de Commissie kan worden onderzocht en eventueel vastgesteld. De klacht heeft in de tweede plaats betrekking op de vraag of de Aw 2012 zich er tegen verzet dat beklaagde haar schoonmaakdiensten in eigen beheer gaat laten uitvoeren door de RSO. Aan beklaagde kan worden toegegeven dat wanneer zij dat laatste op structurele basis gaat doen, daarmee in feite sprake is van een algemene beleidslijn. Dat laat echter onverlet – anders dan beklaagde in 4.4.2 hiervoor bevoogdt – dat klager met haar klacht wel degelijk heeft bedoeld te klagen over het feit dat beklaagde voornemens is het aanbesteden van een individuele concrete opdracht na te laten (zie 1.12).
- 5.3.3. Het is de Commissie verder niet gebleken dat zich in het onderhavige geval een van de overige in art. 8 *jo.* art. 10 omschreven situaties Reglement voordoen.

- 5.3.4. Het voorgaande betekent dat de Commissie de klacht, voor zover die tegen beklagde is gericht, in behandeling kan nemen.
- 5.4. De Commissie beoordeelt die klacht als volgt.
- 5.4.1. Zoals de Commissie hiervoor in 5.3.2 heeft overwogen, klaagt klager er in de kern over dat beklagde de RSO heeft opgericht met het oogmerk om de door haar benodigde schoonmaakdiensten niet meer in te kopen op de markt – al dan niet via een aanbestedingsprocedure – maar deze diensten voortaan in eigen beheer uit te laten voeren door de RSO.
- 5.4.2. De Commissie is van oordeel dat beklagde met het voorgaande niet handelt in strijd met enige bepaling van de Aw 2012.
- 5.4.3. Zoals hiervoor is overwogen in 5.2.1, is beklagde een aanbestedende dienst. De door haar opgerichte RSO is een zogenoemde shared service center zonder eigen rechtspersoonlijkheid, waarover zij het beheer voert. Wanneer beklagde vervolgens de door haarzelf benodigde schoonmaakdiensten door de RSO laat verrichten, is sprake van een situatie van “zuiver inbesteden”. In een dergelijke situatie verstrekt beklagde immers geen overheidsopdracht aan een derde partij, maar laat zij diensten “inhouse” uitvoeren door personeel waarover zij zelf beschikt. Omdat in die situatie geen schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel wordt gesloten met een opdrachtnemer – en er dus geen sprake is van een overheidsopdracht in de zin van art. 1.1 Aw 2012 – bestaat er geen aanbestedingsplicht.
- 5.4.4. In dit verband dient ook overigens te worden gewezen op het bepaalde in considerans (5) van Richtlijn 2014/24/EU, waarin het volgende is bepaald:
- ‘Er zij op gewezen dat geen enkele bepaling in deze Richtlijn de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf zorg wensen te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van deze richtlijn, uit te besteden of te outsourcen.’
- 5.5. Het voorgaande betekent dat de klacht ongegrond is.
- 5.6. De Commissie overweegt ten overvloede nog het volgende.
- 5.6.1. Klager heeft zich in haar klacht nog op het standpunt gesteld dat wanneer (diensten van) andere ministeries dan beklagde de door hen benodigde schoonmaakdiensten in de toekomst laten uitvoeren door de RSO, zij daarmee eveneens zouden handelen in strijd met de Aw 2012.
- 5.6.2. Klager heeft tegen die andere ministeries – hoewel zij deze in haar onderbouwing van de klacht vanuit het perspectief van het aanbestedingsrecht niet vereenzelvigd met beklagde – geen klacht(en) ingediend. De consequentie daarvan is dat de Commissie het in 5.6.1 verwoorde standpunt van beklagde niet als een klacht in behandeling kan nemen.
- 5.6.3. Het voorgaande laat echter onverlet dat de Commissie de volgende opmerkingen wenst te maken naar aanleiding van het door klager ingenomen standpunt en de reactie die beklagde daarop heeft gegeven.
- 5.6.4. De Commissie heeft in haar Advies 198 overwogen dat de in die zaak beklagde partij (een agentschap van het Ministerie Y) heeft gehandeld in strijd met een op haar rustende aanbestedingsplicht door – zonder een daaraan voorafgaande aanbestedingsprocedure te houden – met X (een onderdeel van het ministerie Z) de

nadere afspraak te maken dat X ten behoeve van beklagde digitaliseringswerkzaamheden zal verrichten.

- 5.6.5. De Commissie vindt in de onderhavige klacht geen aanleiding om op het voorgaande oordeel terug te komen. Wel plaatst zij de volgende kanttekeningen.
- 5.6.6. Allereerst staat voor de Commissie niet ter discussie dat beklagde en de andere ministeries met het oprichten van de RSO – met het oogmerk om de RSO schoonmaakdiensten te laten verrichten ten behoeve van beklagde en de andere ministeries – geenszins de bedoeling zullen hebben om in strijd met de Aw 2012 te handelen. Of en in hoeverre de tussen de andere afzonderlijke ministeries enerzijds en de RSO anderzijds te maken afspraken in dat kader kunnen worden geproblematiseerd, kan de Commissie bij gebrek aan nadere informatie daarover echter onvoldoende beoordelen.
- 5.6.7. In de tweede plaats kan op het volgende worden gewezen. Ook wanneer – uitgaande van de juistheid van het in Advies 198 gegeven oordeel – de hiervoor in 5.6.6 bedoelde afspraken in het licht van dat oordeel zouden kunnen worden geproblematiseerd, zouden beklagde en de andere ministeries op relatief eenvoudige wijze tot een aanbestedingsrechtelijk toelaatbare constructie kunnen komen die gelijkenissen vertoont met de thans door hen toegepaste constructie. De Commissie werkt dat hier verder niet uit, maar wijst in dit verband op de in het arrest HvJ EU, 19 april 2007, C-295/05 (Asemfo) goedgekeurde constructie. De Commissie realiseert zich overigens dat de keuze voor een dergelijke constructie onnodig zal worden geacht wanneer men – zoals beklagde en de andere ministeries dat doen – uitgaat van de juistheid van stelling dat de Staat één rechtspersoon is en dat er in de in 5.6.1 beschreven situatie geen sprake is van het sluiten van een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tussen onderdelen van die rechtspersoon.
- 5.6.8. In de derde plaats dient er op te worden gewezen dat de casus die zich heeft voorgedaan in Advies 198 een belangrijk verschil vertoont in vergelijking met de casus zoals klager die op het oog heeft met haar in 5.6.1 verwoorde standpunt. In Advies 198 deed zich immers de casus voor dat een agentschap van het ene ministerie digitaliseringswerkzaamheden wenste te laten uitvoeren door een onderdeel van een ander ministerie, zonder dat kon worden gezegd dat dit onderdeel door het betreffende ministerie – in samenspraak met andere ministeries – in het leven was geroepen als de “nationale scandienst” van het Rijk. In de onderhavige kwestie waarin beklagde – in samenspraak met de andere ministeries – de RSO heeft opgericht, ligt dat wezenlijk anders.
- 5.6.9. Gelet op de hiervoor weergegeven kanttekeningen is de Commissie terughoudend voor wat betreft het doortrekken van het in Advies 198 gegeven oordeel naar de in 5.6.1 hiervoor omschreven vraagstelling. De Commissie realiseert zich ook overigens terdege – ook na raadpleging van diverse experts – dat men verschillend kan denken over de beantwoording van die vraagstelling. In dat licht bezien zou zij er zelf inmiddels voor kiezen – gesteld dat zij de mogelijkheid daartoe zou hebben – de kwestie voor te leggen aan het HvJ EU door middel van het stellen van een prejudiciële vraag. Een alternatieve mogelijkheid waar zij tot slot nog op kan wijzen, is dat hetzij klager, hetzij beklagde – al dan niet in samenspraak met de andere ministeries – de onderhavige kwestie voorlegt aan de Europese Commissie.

6. Advies

De Commissie acht de klacht **ongegrond**.

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. H. Addink, Prof. Dr. K. Wauters en Prof. mr. S.E. Zijlstra, die ten behoeve van de behandeling van de onderhavige klacht als Commissie-Experts aan de Commissie zijn verbonden.

Den Haag, 17 december 2015

w.g.:

Mr. J.G.J. Janssen
Voorzitter

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

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid