



Aan: vaste commissie voor Economische Zaken van de Tweede kamer  
T.a.v.: mevrouw M. E. Haveman-Schüssel, adjunct-griffier  
Van: mevrouw mr. Anne Fischer-Braams - advocaat  
Betreft: schriftelijke inbreng t.b.v. Rondetafelgesprek Aanbestedingsproces  
scanwerkzaamheden Nationaal Archief op 16 november 2016  
Datum: 9 november 2016

## **1 Marktconsultatie digitalisering rijkscollectie**

- 1.1 Ter uitvoering van de moties van het lid Ziengs (Kamerstukken 31 490, nrs. 185 en 186) is in het voorjaar van 2016 een marktconsultatie gehouden met betrekking tot de digitaliseringsactiviteiten van de rijkscollectie. Uw Kamer is bij brief van 16 juni 2016 (Kamerstuk 31 490, nr. 207) door minister Bussemaker van OCenW geïnformeerd over de uitkomsten van deze marktconsultatie.
- 1.2 De minister is op grond van deze marktconsultatie van plan om ongeveer een kwart van de omvang van de rijkscollectie openbaar aan te besteden (opdrachtwaarde tussen € 600.000 à € 800.000 excl. BTW per jaar). Zij handhaaft de keuze voor inbesteding voor drie kwart van de rijkscollectie.

## **2 Rondetafelgesprek 16 november 2016**

- 2.1 Uw commissie heeft een rondetafelgesprek georganiseerd ten behoeve van het debat over de uitvoering van bovengenoemde moties en meer specifiek over het aanbestedingsproces van de scanwerkzaamheden van het Nationaal Archief.
- 2.2 Graag voldoe ik aan het verzoek van uw commissie om ter voorbereiding van de discussie mijn standpunt over inbesteding binnen de Staat kenbaar te maken.

## **3 Vrije keuze voor lidstaten: zelfvoorziening met eigen middelen, publieke samenwerking of laten doen door de markt**

- *Belangrijk uitgangspunt Richtlijn 2014/24/EU*
- 3.1 Uitgangspunt is dat geen enkele bepaling in Richtlijn 2014/24/EU de lidstaten verplicht de dienstverlening waarvoor zij zelf wensen zorg te dragen of die zij willen organiseren met andere middelen dan overheidsopdrachten in de zin van de richtlijn, uit te besteden of te outsourcen (ov. 5 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU).
  - 3.2 Het enkele feit dat beide partijen bij een overeenkomst overheidsdiensten zijn, sluit op zich de toepassing van de aanbestedingsregels niet uit. De toepassing van aanbestedingsregels mag echter niet ten koste gaan van de vrijheid van overheidsdiensten om hun taken van algemeen belang te vervullen met gebruikmaking van hun eigen middelen, waaronder de mogelijkheid samen te werken met andere overheidsdiensten (ov. 31 van de considerans van richtlijn 2014/24/EU).



- *Toepassingsgebied richtlijn op punt aanbestedende diensten ongewijzigd*

- 3.3 De begrippen ‘aangebestedende diensten’ en met name ‘publiekrechtelijke instellingen’ zijn regelmatig aan de orde geweest in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Om te preciseren dat het toepassingsgebied van deze richtlijn ratione personae ongewijzigd moet blijven, dient de definitie waarop het Hof zich gebaseerd heeft te worden behouden, met een aantal verduidelijkingen uit die rechtspraak, voor een goed begrip van de definities zelf; daarbij is het niet de bedoeling de interpretatie van het in de rechtspraak uitgewerkte concept te veranderen (ov. 10 van de considerans van Richtlijn 2014/24/EU).

#### **4 In-house-afspraken geen ‘overheidsopdracht’ want geen afspraken met ‘derde’**

- 4.1 Op grond van artikel 1.1 van Boek 2 BW is de Staat een publiekrechtelijke rechtspersoon. De ministeries en daaronder ressorterende diensten en agentschappen maken onderdeel uit van één en dezelfde publiekrechtelijke rechtspersoon, de Staat.
- 4.1 Wezenskenmerk van de gunning van een overheidsopdracht is dat de wederpartij van de aanbestedende dienst een natuurlijke of rechtspersoon of een openbaar lichaam met rechtspersoonlijkheid moet zijn die/dat juridisch afgescheiden is van de aanbestedende dienst.
- 4.2 De medecontractant van de aanbestedende dienst moet namelijk een ‘*daadwerkelijke derde*’ zijn (vgl. punten 52-54 van de conclusie van A-G Cosmas van 1 juli 1999 in zaak C-107/98 (Teckal)). Zie ook punt 49 van de conclusie van A-G Alber van 18 maart 1999 in zaak C-108/98 (RI. SAN): ‘*Ook een in-house dienst, waarbij de dienst door een onderdeel van het openbaar bestuur wordt verricht, valt niet onder richtlijn 92/50, omdat er geen sprake is van een overheidsopdracht in de zin van een dienstverrichting die aan een derde wordt verricht*’.
- 4.3 Ministeries en daaronder ressorterende instellingen zonder rechtspersoonlijkheid (zoals agentschappen en baten- en lastendiensten) zijn ten opzichte van de Staat geen daadwerkelijke derden.
- 4.4 Dit rechtvaardigt wat mij betreft reeds de conclusie dat voor inbesteding van dienstverlening binnen de rechtspersoon Staat geen Europese aanbestedingsplicht geldt (vgl. mijn commentaar op de annotatie van mr. J.F. van Nouhuys bij advies 198 van de Commissie van aanbestedingsexperts, Tijdschrift Aanbestedingsrecht, 2015/4).

#### **5 Begrip ‘aangebestedende dienst’ in Richtlijn 2014/24/EU niet gewijzigd**

- 5.1 De Engelse, Duitse en Franse versie van Richtlijn 2014/24/EU spreken in artikel 1 lid 1 onder 1 onveranderd over ‘de staat’ als aanbestedende dienst. Ook de nieuwe Concessierichtlijn 2014/23/EU spreekt over ‘de staat’. Enkel de Nederlandse versie van de nieuwe Richtlijn 2014/24/EU en van Richtlijn 2014/25/EU (speciale sectoren) spreekt, in plaats van over ‘de staat’, over ‘de staats- (...)overheidsinstanties’. Dit moet een vertaalfout zijn in de Nederlandse versie.
- 5.2 Buiten twijfel is dat de Staat een aanbestedende dienst was (vgl. Rb. Den Haag 14 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3967) en is onder Richtlijn 2014/24/EU.



**6 Begrip ‘centrale overheidsinstanties’ niet nieuw en in Richtlijn 2014/24/EU niet gewijzigd**

- 6.1 Ook het begrip ‘centrale overheidsinstanties’ is niet nieuw. Van een wijziging in Richtlijn 2014/24/EU ten opzichte van het toepassingsbereik van Richtlijn 2004/18/EG is geen sprake.
- 6.2 Bijlage IV bij Richtlijn 2004/18/EG droeg al de titel ‘centrale overheidsinstanties’. Die Bijlage IV is nu Bijlage I bij Richtlijn 2014/24/EU geworden. De definitie van ‘centrale overheidsinstanties’ stond eerst in noot 30 van Bijlage IV bij Richtlijn 2004/18/EG en staat nu in artikel 2 lid 1 sub 2 van Richtlijn 2014/24/EU.
- 6.3 Het begrip ‘centrale overheidsinstanties’ diende (en dient) puur ter onderscheiding van ‘regionale of lokale overheidsinstanties’ (ofwel: ‘niet-centrale aanbestedende diensten’). Die zijn namelijk pas vanaf een hogere Europese drempelwaarde verplicht opdrachten voor leveringen en diensten Europees aan te besteden en mogen, onder bepaalde voorwaarden, meer flexibiliteit toepassen op het punt van termijnen. Slechts in de artikelen over de raming van de waarde van overheidsopdrachten en mogelijke verkorting van termijnen komt het begrip voor.
- 6.4 Uit de verplaatsing van de definitie van ‘centrale overheidsinstanties’ en de artikelen waarin het begrip voorkomt, volgt niet dat de aanbestedingsplicht is uitgebreid tot afspraken binnen de rechtspersoon Staat.

**7 Materie overdracht van bevoegdheden was voorheen ook al uitgezonderd**

- 7.1 Overdracht van bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen aanbestedende diensten met het oog op het verrichten van hun openbare taak, die niet voorziet in vergoeding van contractuele prestaties, was altijd al uitgezonderd van het toepassingsbereik van de aanbestedingsrichtlijnen. Denk bijv. aan de overdracht (delegatie) van bevoegdheden van gemeenten aan een openbaar lichaam in het kader van de Wet gemeenschappelijke regelingen.
- 7.2 Het enige is dat dit nu is vastgelegd in artikel 1 lid 6 van Richtlijn 2014/24/EU. Daaruit volgt niet dat de aanbestedingsplicht is uitgebreid tot afspraken binnen de rechtspersoon Staat.

**8 Conclusies**

- 8.1 Richtlijn 2014/24/EU breidt het toepassingsbereik van de aanbestedingsplicht niet uit tot afspraken binnen de rechtspersoon Staat. Een uitbreiding kan niet worden afgeleid uit de andere plaats van de definitie van ‘centrale overheidsinstanties’ of de vastlegging van de uitzondering voor overdracht van bevoegdheden.
- 8.2 Voor inbesteding van dienstverlening binnen de rechtspersoon Staat bestaat naar mijn mening geen verplichting tot Europese aanbesteding. Zelfs afspraken tussen de Staat (Ministerie van V&J en daaronder vallende diensten) en de Politie (die afzonderlijk rechtspersoonlijkheid bezit op grond van artikel 26 Politiewet) kunnen naar mijn oordeel onder de uitzondering van inbesteding vallen.



## 9 Slotbeschouwing

- 9.1 Mr. Van Nouhuys geeft in zijn artikel ‘Opdrachtverlening binnen de Staat (Tijdschrift Aanbestedingsrecht, nr. 3, juni 2015) vier alternatieven voor inbesteding: (i) onbezoldigde dienstverlening, (ii) verlening van een alleenrecht, (iii) zg. quasi-inbesteding of gezamenlijke taakuitoefening en (iv) Europese aanbesteding, waarbij de Belastingdienst kan meedingen. Behalve de aanbesteding resulteren die alternatieven er toch weer in dat de Belastingdienst de digitalisering kan blijven doen. Daar schieten marktpartijen per saldo niets mee op.
- 9.2 Duidelijk is dat men juridisch verschillend over het fenomeen inbesteding kan denken. Zoals met veel vragen op het gebied van het aanbestedingsrecht het geval is, is het antwoord niet zwart of wit.
- 9.3 Iets anders is of het onttrekken van activiteiten aan de markt door zelfvoorziening via Shared Service Centres of, zoals in dit geval, via een interne opdracht aan de Belastingdienst - ten behoeve van de rijksdienst, niet ook op de open markt - politiek wenselijk is.
- 9.4 In zijn Beleidsreactie evaluatie Wet markt en overheid geeft minister Kamp aan dat de keuze voor inbesteding per geval op eigen merites moet worden beoordeeld en dat hij een (wettelijk) kader voor inbesteden niet proportioneel vindt (brief van 3 juni 2016, Kamerstuk 34 487 nr. 1, mede in reactie op Kamerstuk 34 316, nr. 2, Initiatiefnota van de leden Ziengs en Verhoeven over de Wet markt en overheid).
- 9.5 Die beoordeling op eigen merites heeft de minister van OCenW doen beslissen om een kwart van de digitalisering van de rijkscollectie wél en drie kwart niet openbaar aan te besteden. Zij motiveert die keuze in haar brief van 16 juni 2016.
- 9.6 Uit een oogpunt van behoorlijk bestuur vind ik het terecht dat een beslissing tot inbesteding deugdelijk wordt gemotiveerd. Een verplichting tot motivering van de beslissing tot inbesteding kan mijns inziens het beste worden neergelegd in de Aanbestedingswet 2012. Niet in de Mededingingswet (Wet markt en overheid), ervan uitgaande dat de dienst, waarbij wordt inbesteed enkel activiteiten ten behoeve van de rijksdienst verricht en niet ook actief is op de open markt.
- 9.7 De suggestie van de Commissie van Aanbestedingsexperts in Advies 255 inzake de Rijks Schoonmaak Organisatie om de kwestie van interne opdrachtverlening binnen de Staat voor te leggen aan de Europese Commissie zou kunnen worden gevolgd om meer duidelijkheid te verkrijgen over de rechtmatigheid van inbesteding binnen de Staat. In het uiterste geval zouden, in een gerechtelijke procedure die zich daarvoor leent, prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de Europese Unie kunnen worden gesteld. Het Hof heeft namelijk echt het laatste woord.

\* \* \* \* \*