

2017

Aanbesteden voor derden

Een onderzoek voor de Categorie Datacenters naar de juridische mogelijkheden om samen te werken op het gebied van aanbesteden, met partijen die op afstand staan van de Rijksoverheid



Colofon

Titel	Aanbesteden voor derden
Auteur	Daniël Douma (322442) Daniel.douma@iuc-noord.nl
Opdrachtgever	René Bergsma Categoriemanager Datacenters Rene.bergsma@iuc-noord.nl 050-5997053
Praktijkbegeleider	P.P.J.M. (Paul) Harmsen Bedrijfsjurist DUO Paul.harmsen@duo.nl 050-5999613/ 06-51353684
Afstudeerdocent	J. Boter Docent j.boter@pl.hanze.nl 06-29506446
Organisatie	Inkoopuitvoeringscentrum Noord (IUC-Noord), Categorie Datacenters Dienst Uitvoering Onderwijs Ministerie Onderwijs, Cultuur en Wetenschap Cascadeplein 2, verdieping 4 9726 AD Groningen Antwoordnummer 199 9700 VB Groningen
Datum ingeleverd	19-5-2017

Samenvatting

De Categorie Datacenters is een van de rijksbrede inkoopcategorieën en is onderdeel van het IUC-Noord. De Categorie is verantwoordelijk voor het aanbesteden van rijksbrede contracten op het gebied van datacentermiddelen. Aanleiding voor het onderzoek is de vraag van de categoriemanager Datacenters naar wat de juridische mogelijkheden zijn vanuit de aanbestedingsregelgeving en de Mededingingswet om samen met de leden van het Inkoop Platform Groningen (IPG) de aanbesteding van datacentermiddelen te regelen.

Allereerst is gekeken naar wat er bekend is in de gekozen wet- en regelgeving, jurisprudentie, juridische en niet-juridische literatuur over de juridische eisen met betrekking tot samenwerken op het gebied van inkoop door een rijksoverheidsorgaan met andere (semi) publieke instellingen. Daarbij is ook gekeken naar de voorwaarden waaronder gezamenlijk aanbesteden door de Categorie en de andere IPG leden mogelijk is. Uit dit onderzoek zijn de volgende onderzoekspunten naar voren gekomen:

- Aanbestedende diensten kunnen gezamenlijk een aanbesteding in de markt zetten;
 - Bij het gezamenlijk aanbesteden dient een redelijke verhouding te bestaan tussen de omvang van de opdracht en de toegang tot die opdracht voor marktpartijen (art. 1.5 Aanbestedingswet 2012);
- Bepaalde vormen van publiek-publieke samenwerking zijn uitgezonderd van het aanbestedingsrecht (afdeling 2.1.3 Aanbestedingswet). Hierbij is de vorm van de samenwerking en de daarbij geldende voorwaarden bepalend of de samenwerking uitgevoerd kan worden zonder in strijd te komen met de Europese aanbestedingsregels;
- De aankoopcentrale is een systematische en geïnstitutionaliseerde vorm van aankopen en het plaatsen van overheidsopdrachten voor andere aanbestedende diensten.
- Er bestaat een ministeriële regeling waarin wordt bepaald dat de inkoop van media voor de gehele Rijksoverheid, inclusief medeoverheden en instellingen gelieerd aan de Rijksoverheid, onder een ministerie valt.
- Wanneer de overheid als ondernemer handelt waardoor zij in concurrentie komt te staan met andere ondernemingen, mag zij zich niet bedienen van oneigenlijke concurrentievoordelen zodat de mededinging wordt verstoord. Dit houdt onder andere in dat zij in die gevallen de integrale kostprijs moet berekenen aan haar afnemers.

Vervolgens zijn deze onderzoekspunten tijdens het praktijkonderzoek verder onderzocht middels de onderzoeksobjecten intern beleid, juridische experts en leden IPG.

Hieruit zijn samengevat de volgende resultaten gekomen:

Zowel uit de theorie als uit de resultaten van het praktijkonderzoek blijkt dat er de mogelijkheid bestaat voor de Categorie om met IPG leden gezamenlijk aan te besteden. Bij het gezamenlijk aanbesteden mag er geen betaling van tarieven plaatsvinden van de ene aanbestedende dienst aan de andere aanbestedende dienst, omdat dan al snel in strijd met de mededingingsregels en aanbestedingsregelgeving wordt gehandeld. De mededingingsregels worden in dat geval snel overtreden omdat een onderneming wordt bevoordeeld ten opzichte van andere ondernemingen. Strijd met de

aanbestedingsregelgeving ontstaat in dat geval snel doordat een overheidsopdracht niet volgens de aanbestedingsregels wordt aanbesteed.

Duidelijk wordt dat alle benoemde vormen van publiek-publieke samenwerking met het oog op de Categorie en de IPG leden in beginsel niet mogelijk, dan wel zeer onwaarschijnlijk worden geacht.

Alhoewel de aankoopcentrale nog niet veel gebruikt wordt binnen de Rijksoverheid, bieden de Aanbestedingsregels wel de mogelijkheid hiertoe en zijn er juridisch geen bezwaren om op deze wijze invulling te geven aan gezamenlijk aanbesteden. Ook komt naar voren dat de vorm van aankoopcentrale als tussenpersoon de meest voor de hand liggende vorm is die past bij de wijze waarop in het kader van categoriemanagement generieke inkoop binnen het Rijk plaatsvindt.

Een ministeriële regeling als de Regeling media-inkoop 2004 voor het IUC-communicatie is met de huidige stand van aanbestedingsregelgeving geen mogelijkheid voor de Categorie.

Op basis van deze resultaten en conclusies worden de volgende aanbevelingen gedaan aan de manager van de Categorie Datacenters.

- Wanneer de Categorie eenmalig wil samenwerken met de IPG leden voor het gezamenlijk aanbesteden van datacentermiddelen, dan wordt geadviseerd om een paar IPG leden aan te laten haken bij een aanbesteding die de Categorie zelf voornemens is te doen voor het Rijk. De voorkeur zou dan uitgaan naar die IPG leden die zelf ook aanbestedingsplichtig zijn. Wanneer IPG leden hierbij aanhaken, moet aandacht geschonken worden aan een goede motivatie voor het samenvoegen van opdrachten. Voor deze samenwerking mogen geen tarieven onderling in rekening worden gebracht.
- Wanneer de Categorie structureel haar inkoopdienstverlening wil aanbieden aan derden zoals de leden van het IPG, ongeacht of hier wel of geen tarieven voor worden betaald, dan wordt geadviseerd om een aankoopcentrale te worden. Dit moet worden aangegeven in het instellingsbesluit van de organisatie en voor een naar de buitenwereld kenbaar gemaakt besluit (publicatie Staatscourant). Een eerste conclusie lijkt dat een aankoopcentrale in de vorm van tussenpersoon de meest passende oplossing biedt. Dit is echter niet volledig onderzocht, omdat dit buiten de opdracht valt. Wel wordt meegegeven dat een dergelijke keuze om een aankoopcentrale te worden bestuurlijk gevoelig kan liggen, onder andere vanwege het clusterverbod. Aanbevolen wordt dan ook dat wanneer de Categorie dit wenst, allereerst te onderzoeken of daar intern binnen het Rijk politiek en bestuurlijk draagvlak voor is te vinden en of er buiten het Rijk wel behoefte is aan een dergelijke aankoopcentrale. Ook verdient het dan aanbeveling om goed onderzoek te verrichten naar de wijze waarop tarieven eventueel in rekening kunnen worden gebracht.

Voorwoord

Met het afronden van mijn afstudeeronderzoek komt voor mij niet alleen een einde aan mijn opleiding hbo-rechten, maar van een veel langere reis. Eind 2011 ben ik samen met mijn vrouw en toen nog twee kinderen, vertrokken uit Amsterdam om terug te keren naar Groningen. Op dat moment was voor ons nog totaal onduidelijk en onzeker wat de toekomst ons zou brengen. Een aardig sprong in het diepe dus. Dat ik die reis voor mijn gevoel nu mag afsluiten met dit onderzoek had ik nooit kunnen bedenken. Ik was er waarschijnlijk ook nooit aan begonnen als ik op voorhand wist welke uitdagingen ik onderweg heb mogen meemaken. Gelukkig heb ik een liefdevolle hemelse Vader die altijd nabij is. Ik kan zeggen dat de hele reis in alle opzichten zeer verrijkend en leerzaam is geweest. Niet alleen wat kennis op juridisch gebied betreft, maar nog meer wat betreft mijn persoonlijke ontwikkeling. Ik had het voor geen goud willen missen.

Met dit voorwoord wil ik allereerst mijn vrouw en beste vriendin Rolien bedanken. Bedankt voor je steun gedurende de gehele opleiding. Je hebt me altijd ruim gelegenheid gegeven om mij terug te kunnen trekken om zo bezig te kunnen zijn met de opleiding. Hierbij nam je altijd zonder klagen de extra zorg voor de kinderen op je. Zonder jou was dit nooit gelukt!

Ook wil ik Geke Werkman bedanken voor haar steun en vertrouwen tijdens het laatste jaar van mijn opleiding. Dank je wel voor je informele coaching en begeleiding.

René Bergsma, de opdrachtgever voor dit onderzoek en mijn collega bij het IUC, wil ik bedanken voor zijn vertrouwen in mij door mij een plek binnen het IUC te geven en in het bijzonder binnen de Categorie Datacenters. Dank voor je visie en inspiratie.

Verder wil ik Jasper Boter en Paul Harmsen bedanken die mij hebben begeleid tijdens dit afstudeeronderzoek. Dank voor de sparmomenten en jullie adviezen. Ook dank aan mijn collega's bij het IUC en in het bijzonder binnen de Categorie Datacenters. Albert, Jitze, Alie, Rients, Geert en Lourens, bedankt voor de collegialiteit, humor en de motiverende werksfeer die jullie met elkaar neerzetten. Tot slot wil ik degene bedanken die hebben willen meewerken aan dit onderzoek en mij in de gelegenheid hebben gesteld om hen te mogen interviewen.

Mijn hoop is dat u wat leert van dit stuk.

Veel leesplezier!

Daniël Douma

Inhoudsopgave

1.	Inleiding.....	7
1.1.	Organisatie	7
1.2.	Categorie Datacenters	8
1.3.	Aanleiding	8
1.4.	Toetsingskader werken bedrijfsvoering voor tweeden en derden	9
1.5.	Onderzoekskader.....	10
1.6.	Doelstelling	10
1.7.	Centrale onderzoeksvraag	11
1.8.	Deelvragen	11
1.9.	Toelichting op het onderzoek	12
1.10.	Leeswijzer.....	14
2.	Methodologische verantwoording	15
2.1.	Type onderzoek en theoretische bronnen	15
2.2.	Onderzoeksubjecten	16
2.3.	Onderzoeksmethode en –technieken.....	17
2.4.	Reflectie.....	18
3.	Theoretisch kader.....	19
3.1.	Inleiding	19
3.2.	Aanbestedingsplicht.....	22
3.3.	Aanbestedingsrecht	25
3.4.	Beginselen aanbestedingsrecht	28
3.5.	Gezamenlijk aanbesteden (art. 2.11a AW).....	30
3.6.	Uitgezonderde opdrachten.....	34
3.7.	Ministeriële regeling	41
3.8.	Aankoopcentrale.....	42
3.9.	Mededingingswet	44
3.10.	Samenvatting.....	49
3.11.	Onderzoekspunten.....	50
4.	Resultaten praktijkonderzoek	51
4.1.	Gezamenlijk aanbesteden.....	52
4.2.	Publiek-publieke samenwerking.....	54
4.3.	De aankoopcentrale.....	56
4.4.	Ministeriële regeling	58
5.	Analyse en conclusies.....	59

5.1.	Gezamenlijk aanbesteden.....	59
5.2.	Publiek-publieke samenwerking.....	60
5.3.	De aankoopcentrale.....	61
5.4.	Ministeriële regeling.....	61
6.	Aanbevelingen	62
7.	Bijlagen	64
7.1.	Bijlage 1: Literatuur- en bronnenlijst.....	65
7.2.	Bijlage 2: Begrippen.....	70
7.3.	Bijlage 3: Interviewvragen	71

1. Inleiding

1.1. Organisatie

Wanneer de overheid zaken wil inkopen, dan kan zij niet zomaar naar de leverancier om de hoek, maar moet zij zich houden aan de wet- en regelgeving voor het doen van aanbestedingen. Deze regels voor aanbesteden vinden we met name in de Europese Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012 (Aw). Aangezien de overheid dagelijks een heleboel zaken moet inkopen, bijvoorbeeld computers, kantoormeubilair of straatlantaarns, is het in haar belang om deze inkoop goed en rechtmatig te organiseren.

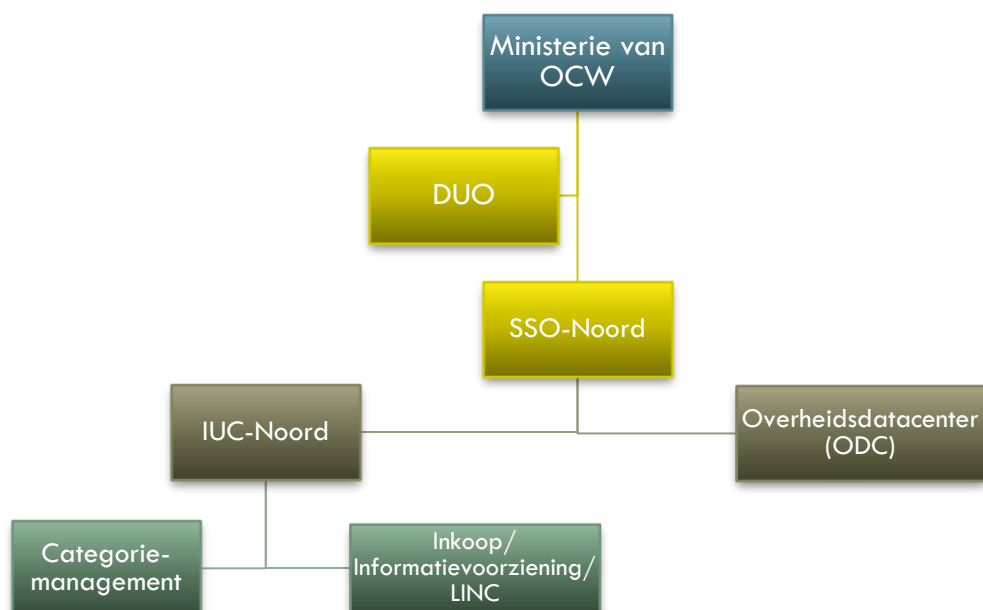
In 2008 is de Rijksoverheid daarom gestart met het invoeren van rijksbreed Categoriemanagement. Categoriemanagement is een overkoepelende strategie, die de inkoopfunctie van de overheid professionaliseert en transparanter maakt. Categoriemanagement is een manier om producten en diensten in te kopen door specialisatie en samenwerking. Het gaat hierbij niet alleen om de feitelijke inkoop (al dan niet gezamenlijk aanbesteden), maar om de gehele levenscyclus van het product of de dienst. De Rijksoverheid gebruikt categoriemanagement vooral voor de inkoop van goederen en diensten die ze vaak nodig heeft.¹

Het Rijk heeft vier portfolio's, te weten ICT, HRM, Communicatie en Facilitair. Deze vier portfolio's zijn verder verdeeld in kleinere categorieën (Categoriemanagement). Deze categorieën zijn bij verschillende Inkoop Uitvoering Centra 's (IUC) belegd. IUC's specialiseren zich in de bij hun belegde categorie.

De Categorie Datacenters is namens de hele Rijksoverheid verantwoordelijk voor de aanbesteding van rijksbrede contracten voor de inkoop van alle spullen die in een datacenter worden gebruikt. Hierbij kan men denken aan servers, storage apparatuur, netwerkcomponenten en rekken om de apparatuur in op te hangen.

De Categorie Datacenters (Hierna te noemen: 'de Categorie') is een van de rijksbrede categorieën en is onderdeel van het Inkoop Uitvoering Centrum Noord (IUC-Noord). Het IUC-Noord is een van de 20 landelijke inkooporganisaties van het Rijk en verzorgt de inkoop voor het Centraal Justitieel Incasso Bureau (CJIB) en diverse onderdelen van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (OCW). Het IUC-Noord maakt onderdeel uit van de Shared Service Organisatie Noord (SSO-Noord), onder het agentschap van Dienst Uitvoering en Onderwijs (DUO), dat onder het Ministerie van Onderwijs en Cultuur valt.

¹ Inkopen door het Rijk, *Categoriemanagement*, rijksoverheid.nl (z.d.), Geraadpleegd op 11 november 2016 van <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/inkopen-door-het-rijk/inhoud/inkooporganisatie-van-het-rijk/Categoriemanagement>.



Figuur 1 Organogram SSO-Noord

1.2. Categorie Datacenters

Het team van de Categorie bestaat uit de Categoriemanager, 4 tactisch inkopers, 1 jurist, 1 inkoopanalist en 2 contract- en leveranciersmanagers.

De missie van de Categorie luidt: *“Categoriemanagement datacenters verbindt kennis en kunde van overheidsdatacenters en inkoopuitvoeringscentra, regisseert activiteiten en behaalt resultaten. De inkoop van de categorie is professioneel en transparant.”*²

De dienstverlening die door de Categorie wordt aangeboden aan haar klanten binnen het Rijk, betreft niet alleen het in de markt zetten van een aanbesteding voor rijksonderdelen, maar strekt zich ook uit naar andere inkoop gerelateerde gebieden zoals het doen van spendanalyses, het ontwikkelen van een leveranciersstrategie en contractbeheer.

1.3. Aanleiding

De Categoriemanager Datacenters, René Bergsma, zou graag de inkoop van de onder de Categorie vallende scope van datacentermiddelen willen verzorgen voor andere (semi) publieke organisaties die geen onderdeel uitmaken van de Rijksoverheid. Het gaat concreet om organisaties die zijn aangesloten bij het Inkoop Platform Groningen (IPG). Het IPG heeft op dit moment de volgende 14 leden:³

	Naam organisatie	Type organisatie
1	Rijksuniversiteit Groningen	Onderwijsinstelling

2 R. Bergsma e.a., *Categorieplan Datacenters*, Groningen 2015

3 Inkoop Platform Groningen, *Deelnemers* (z.d.), geraadpleegd op 6 december 2016 van <http://www.inkoopplatformgroningen.nl/content/4/IPG-leden/Deelnemers.html>

2	Hanzehogeschool Groningen	Onderwijsinstelling
3	Alfa-college	Onderwijsinstelling
4	Noorderpoort college	Onderwijsinstelling
5	O2G2	Onderwijsinstelling
6	Martini Ziekenhuis	Ziekenhuis
7	Universitair Medisch Centrum Groningen (UMCG)	Ziekenhuis
8	Provincie Groningen	Decentrale overheid
9	Gemeente Groningen	Decentrale overheid
10	Gasunie	Private onderneming
11	Nationaal Coördinator Groningen	Rechtspersoon. Onderdeel van Ministerie van Economische Zaken.
12	Dienst Uitvoering Onderwijs/ IUC-Noord	Baten-lastendienst. Onderdeel van Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.
13	Zorggroep Groningen	Private onderneming
14	Rijksdienst voor het Wegverkeer	Publieke dienstverlener

De Categorie heeft de ambitie om een belangrijke partner te worden in de regio Groningen door invulling te gaan geven aan deze rol van dienstverlener en inkoper op het gebied van Datacentermiddelen voor andere (semi) publieke instellingen. Het voordeel hiervan is dat wanneer samen een aanbesteding wordt gedaan er een groter volume wordt ingekocht, wat vaak leidt tot inkoopvoordeel. Daarnaast is het doen van een aanbesteding een ingewikkeld en langlopend traject waar veel specialistische kennis (van de markt) voor nodig is. Doordat de Categorie inmiddels veel specifieke kennis heeft opgebouwd over deze trajecten, kunnen andere organisaties die daar minder of geen ervaring mee hebben, daarvan profiteren.

De ambitie van de Categorie om een belangrijke partner te worden in de regio lijkt echter op gespannen voet te staan met rijksbeleid. Hierna zal worden uitgelegd waar dit uit blijkt.

De Categorie valt onder het Ministerie van OCW en is daarmee onderdeel van de Rijksoverheid en de rechtspersoon Staat. De andere 14 leden van het IPG vormen een breed palet aan (semi) publieke instellingen en maken in de meeste gevallen geen deel uit van de Rijksoverheid. Het varieert van 6 onderwijsinstellingen, 2 ziekenhuizen, 2 decentrale overheden, 1 bedrijf, 1 samenwerkingsverband van decentrale overheid en centrale overheid, 1 zorginstelling en een publieke dienstverlener. Naast DUO/ IUC-Noord maakt dus alleen de Nationaal Coördinator Groningen deel uit van de Rijksoverheid.

1.4. Toetsingskader werken bedrijfsvoering voor tweeden en derden

Wil de Categorie dienstverlening verrichten voor instellingen die geen onderdeel uitmaken van de Rijksoverheid dan dient vanuit rijksbeleid getoetst te worden of dit is toegestaan. Dit in verband met de mededingingsregels en het dragen van ministeriële verantwoordelijkheid. Hiervoor is een toetsingskader ontwikkeld en vastgesteld, het 'Toetsingskader werken bedrijfsvoering voor tweeden en derden'⁴ (hierna te noemen het Toetsingskader).

Op basis van het Toetsingskader wordt expliciet wel of geen toestemming verleend door de Minister of Secretaris-Generaal van het moederdepartement voor het verrichten van bedrijfsvoeringstaken voor tweeden en derden. In het onderliggende geval betekent dat

⁴ Toetsingskader werken bedrijfsvoering voor tweeden en derden, Versie 8, 20 februari 2015.

toestemming van de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Onder bedrijfsvoeringstaken valt ook het doen van inkoop.⁵

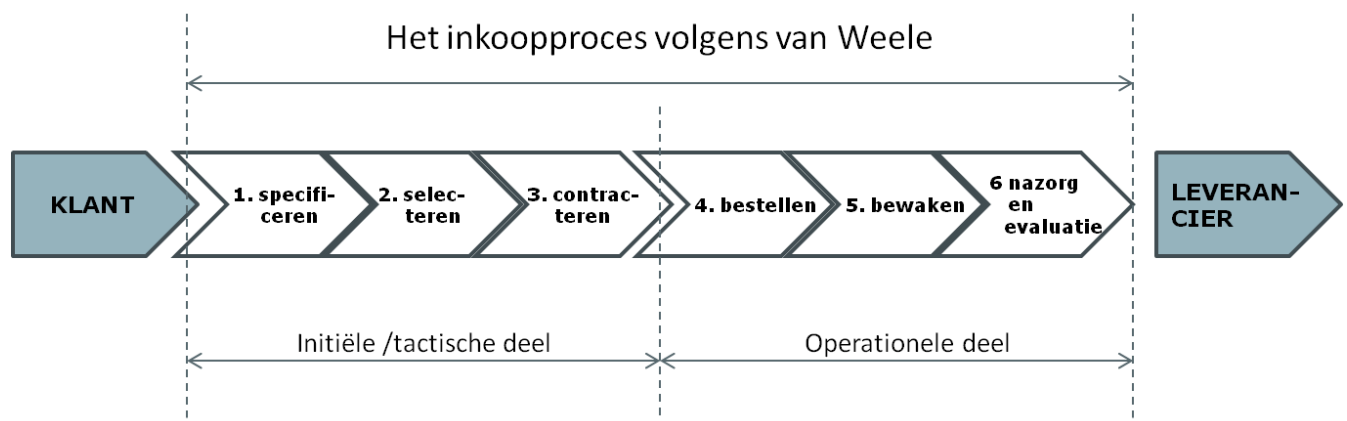
Tweeden zijn organisaties die vallen onder een ander ministerie dan het Ministerie van Onderwijs Cultuur en Wetenschap. *“Derden zijn organisaties en personen die niet tot de rechtspersoon Staat behoren.”*⁶

Van de 14 leden van het IPG behoren 12 niet tot de rechtspersoon Staat en kunnen we daarmee aanmerken als derden⁷. De Categoriemanager heeft het sterke vermoeden dat op basis van het Toetsingskader het niet is toegestaan om voor de 12 IPG leden die niet tot de rechtspersoon Staat behoren, een aanbesteding te mogen doen.

1.5. Onderzoekskader

De categoriemanager Datacenters wil onderzocht hebben of er scenario's zijn te bedenken waarin samenwerking op het gebied van inkoop met de leden van het IPG wel mogelijk is.

Zoals in paragraaf 1.2 naar voren is gekomen, omvat de dienstverlening die de Categorie doet niet alleen het doen van aanbestedingen, maar ook het doen van spendanalyses, het ontwikkelen van een leveranciersstrategie en contractbeheer. De dienstverlening omvat alle fasen in het inkoopproces. Zonder dit helemaal uit te diepen is het in het kader van overzichtelijkheid en de bepaling van de omvang van het onderzoek nuttig om te vermelden dat binnen het inkoopproces wordt gesproken over 6 fasen (zie Figuur 2).⁸



Figuur 2 Het inkoopproces

Voor dit onderzoek zal alleen worden gekeken naar mogelijkheden voor samenwerking in de eerste drie fasen, het initiële deel. Dit gaat namelijk over het doen van een aanbesteding. Het betreft een diagnosticerend onderzoek, waarbij met name gekeken zal worden naar hoe het mogelijke probleem (aanbesteden voor derden mag niet), opgelost kan worden.

1.6. Doelstelling

De doelstelling van het onderzoek is het doen van aanbevelingen aan de manager van de Categorie Datacenters met betrekking tot de juridische mogelijkheden voor de Categorie om

5 Rijksoverheid, *Bedrijfsvoering van het Rijk* (z.d.), geraadpleegd op 23 februari 2016 van <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rijksoverheid/inhoud/bedrijfsvoering-van-het-rijk>

6 Toetsingskader werken bedrijfsvoering voor tweeden en derden, versie 8, 20 februari 2015.

7 Alleen het IUC-Noord en de Nationaal Coördinator Groningen behoren tot de rechtspersoon Staat.

8 K. Gelderman, B. Albronda, *Professioneel inkopen*, Groningen: Noordhoff Uitgevers bv 2013. P. 34

aanbestedingen voor of met derden uit te kunnen voeren, in het bijzonder voor (enkele) leden van het Inkoop Platform Groningen.

Door:

Inzicht te geven in het theoretische kader bestaande uit vigerende wet- en regelgeving op het gebied van aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht en daaraan gerelateerde (Europese) jurisprudentie.

Teneinde:

Dit inzicht te toetsen aan de praktijk, door interne (beleids)documenten van het Rijk te bestuderen, juridische experts op het gebied van aanbestedingsrecht en enkele leden van het IPG te interviewen.

En vervolgens de theorie te vergelijken met de praktijk.

1.7. Centrale onderzoeksvraag

Wat zijn de juridische mogelijkheden vanuit de aanbestedingsregelgeving en de Mededingingswet voor de Categorie om samen met de overige IPG leden de aanbesteding van Datacentermiddelen zodanig te regelen, dat daarmee wordt voldaan aan de huidige wettelijke en beleidskaders?

1.8. Deelvragen

1. Wat is bekend in de gekozen wet- en regelgeving, jurisprudentie, juridische en niet-juridische literatuur over de juridische eisen met betrekking tot gezamenlijk inkopen door een rijksoverheidsorgaan met andere (semi) publieke instellingen die op afstand staan van het Rijk?
 - a. Europese richtlijn 2014/24/EU;
 - b. Aanbestedingswet 2012, deel 1 en deel 2;
 - c. Gids Proportionaliteit;
 - d. Mededingingswet;
 - e. (Europese) jurisprudentie ten aanzien van het inkopen voor derden.

2. Praktijk: Wat geven de gekozen onderzoeksobjecten aan over de juridische mogelijkheden op het gebied van gezamenlijk inkopen door een centraal rijksoverheidsorgaan en (semi) publieke instellingen die op afstand staan van het Rijk? De onderzoeksobjecten zijn:
 - a. Beleid Rijk:
 - i. Nota werken voor derden;⁹
 - ii. Nota publiek-publieke samenwerking en aanbestedingsrecht;¹⁰
 - iii. Roadmap voor de samenwerking met ZBO's;¹¹
 - iv. Advies aankoopcentrale;¹²
 - v. Advies Engelse model;¹³

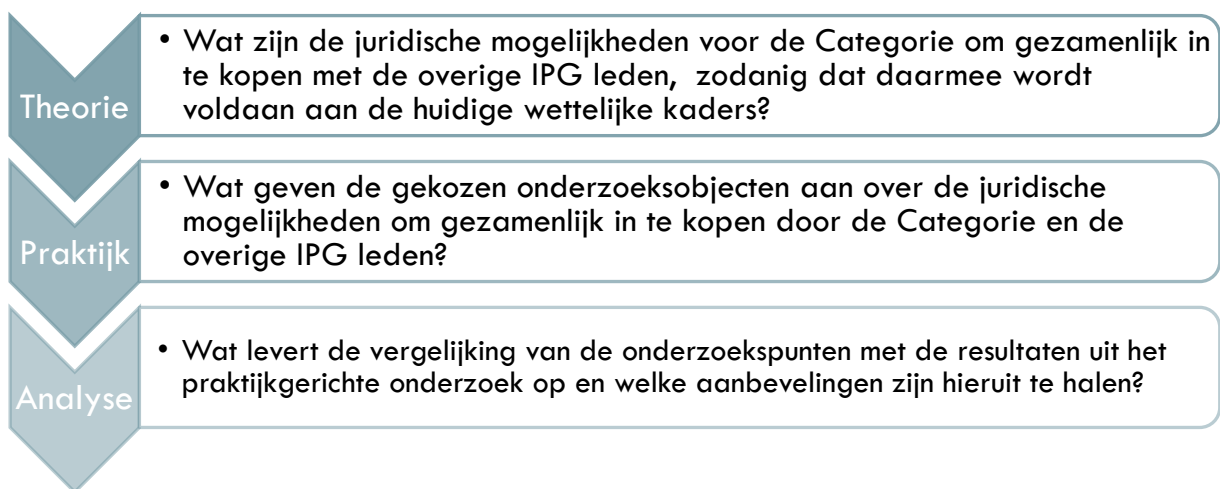
9 Mr. M. Sikkens, *Nota Werken voor derden*, Den Haag: 2014

10 Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Nota publiek-publieke samenwerking en aanbestedingsrecht* (CBA 03/2011), Den Haag: 2011

11 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Memo Roadmap voor de samenwerking met ZBO's*, Den Haag: 2015

12 Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Advies aankoopcentrale* (CBA-45), Den Haag: 2013

- vi. Nota betreffende advies Compacte Rijksinkoop/ IUC's;¹⁴
 - b. Juridische experts op het gebied van aanbestedingsrecht:
 - i. Lid van de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA) en juridisch adviseur binnen het ministerie van Economische Zaken (EZ). Raadsheerplaatsvervanger in het Gerechtshof in Den Haag en bijzonder hoogleraar aanbestedingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen (juridisch expert 1);
 - ii. Bedrijfsjurist IUC-Communicatie (Ministerie van Algemene Zaken) en lid van de CBA (juridisch expert 2).
 - c. Diverse leden van het IPG:
 - i. Hoofd inkoop Noorderpoort college;
 - ii. Programmamanager (out)sourcing ICT Gemeente Groningen;
 - iii. Hoofd inkoop Universitair Medisch Centrum Groningen;
 - iv. Hoofd inkoop Gasunie en purchaser bij de Gasunie.
3. Analyse: Wat levert de vergelijking van de onderzoekspunten voortvloeiende uit de theorie met de resultaten voortvloeiende uit het praktijkgerichte onderzoek op en welke aanbevelingen zijn hieruit te halen?
- a. Wat levert de vergelijking van de resultaten van de interne beleidsdocumenten van het Rijk, de juridische experts en de leden van het IPG met de onderzoekspunten op?
 - b. Wat levert de vergelijking van de resultaten van de interne beleidsdocumenten van het Rijk, de juridische experts en de leden van het IPG onderling op?



1.9. Toelichting op het onderzoek

Fase	1. Theoretisch kader	2. Beroepspraktijk	3. Analyse
Onderzoeks methoden	Literatuuronderzoek	Interviews & documentonderzoek	Analyse
Deelvragen	- Wat is bekend in de gekozen wet- en regelgeving, jurisprudentie, juridische en niet-	- Wat geven de gekozen onderzoeksobjecten aan over de juridische mogelijkheden op het	- Wat levert de vergelijking van de onderzoekspunten met de resultaten uit het

13 Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Advies Engelse model*, (CBA-20), Den Haag: 2013

14 Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Nota betreffende advies Compacte Rijksinkoop/ IUC's* (CBA 2011/15), Den Haag: 2011

	juridische literatuur over de juridische eisen met betrekking tot gezamenlijk inkopen door een rijksoverheidsorgaan met andere (semi) publieke instellingen die op afstand staan van het Rijk?	gebied van gezamenlijk inkopen met betrekking tot inkoop door een centraal rijksoverheidsorgaan en (semi) publieke instellingen die op afstand staan van het Rijk?	praktijkgerichte onderzoek op en welke aanbevelingen zijn hieruit te halen? > Wat levert de vergelijking van de resultaten van de interne beleidsdocumenten van het Rijk, de juridische experts en de leden van het IPG met de onderzoekspunten op? > Wat levert de vergelijking van de resultaten van de interne beleidsdocumenten van het Rijk, de juridische experts en de leden van het IPG onderling op?
Onderzoeks objecten	<u>Wet- & regelgeving:</u> - Richtlijn 2014/24/EU; - Aanbestedingswet 2012; - Mededingingswet; - Gids Proportionaliteit; - Kamerstukken; - Jurisprudentie; - Regeling Media-inkoop 2004.	<u>Onderzoeksubject</u> <u>Juridische experts:</u> - Lid van de CBA en juridisch adviseur binnen het ministerie van Economische Zaken (EZ). Raadsheerplaatsvervanger in het Gerechtshof in Den Haag en bijzonder hoogleraar aanbestedingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen; - Bedrijfsjurist IUC Communicatie (Ministerie van Algemene Zaken) en lid van de CBA.	Resultaten uit beroepspraktijk.
		<u>Onderzoeksubject leden IPG:</u> - Hoofd inkoop Noorderpoort college; - Programmamanager (out)sourcing ICT Gemeente Groningen; - Hoofd inkoop Universitair Medisch Centrum Groningen; - Hoofd inkoop Gasunie en purchaser bij de Gasunie.	
		Onderzoekspunten uit fase 1: Theoretisch kader.	Resultaten uit beroepspraktijk.
	<u>Juridische literatuur:</u> - Aanbestedingsrecht voor overheden, 2016; - Hoofdstukken Aanbestedingsrecht; - Uitzonderingen Aanbestedingsrecht; - Handreiking Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht; - Europa Decentraal (diverse documenten).	<u>Onderzoeksubject</u> <u>Interne beleidsdocumenten:</u> - Nota werken voor derden; - Nota publiek-publieke samenwerking en aanbestedingsrecht; - Roadmap voor de samenwerking met ZBO's; - Advies Aankoopcentrale; - Advies Engelse model; - Nota advies Compacte Rijksinkoop IUC's.	Resultaten uit beroepspraktijk.

Tabel 1 Onderzoeksmodel

In tabel 1 vindt u de onderzoeksobjecten gekoppeld aan het onderzoeksmodel. Na fase 3 volgen de conclusies en aanbevelingen.

1.10. Leeswijzer

- In hoofdstuk 1 is de inleiding tot het onderzoek uiteengezet. Hierin vindt u het onderzoekskader, de doelstelling, de centrale onderzoeksvraag en de deelvragen.
- In hoofdstuk 2 vindt u de methodologische verantwoording. In dit hoofdstuk vindt u de gemaakte keuzes voor dit onderzoek en de reflectie op het onderzoek.
- Hoofdstuk 3 bevat het theoretische kader met de beantwoording van de eerste deelvraag. Hieruit volgen de onderzoekspunten voor het praktijkonderzoek.
- Hoofdstuk 4 geeft de resultaten van het praktijkonderzoek weer. Hierin wordt de tweede deelvraag beantwoord.
- In hoofdstuk 5 wordt de derde deelvraag beantwoord, door de resultaten van het praktijkonderzoek onderling te vergelijken en te vergelijken met de onderzoekspunten. Ook de onderzoekspunten worden onderling vergeleken en vergeleken met het praktijkonderzoek. Hieruit volgen de conclusies.
- Hoofdstuk 6 geeft vervolgens de aanbevelingen die uit de voorgaande hoofdstukken voortvloeien.
- Tot slot vindt u in hoofdstuk 7 de bijlagen bij dit onderzoek.

2. Methodologische verantwoording

Met dit hoofdstuk zal inzicht gegeven worden in de wijze waarop het onderzoek is uitgevoerd. Daarbij zal worden gemotiveerd waarom gekozen is voor de gebruikte theoretische bronnen, onderzoeksobjecten, onderzoeksmethoden en -technieken. Vervolgens zal een korte reflectie op het onderzoek worden gehouden, waarbij zal worden ingegaan op hoe het onderzoek is verlopen en hoe dit achteraf door de onderzoeker wordt beoordeeld. Ook zal daarin worden vermeld wat beter had gekund.

2.1. Type onderzoek en theoretische bronnen

Het type onderzoek is voornamelijk diagnostiserend, waarbij met name is gekeken naar de mogelijkheden om te komen tot een oplossing van het probleem. De opdrachtgever ervoer het probleem dat hij het sterke vermoeden had dat aanbesteden voor derden niet is toegestaan op basis van het Toetsingskader. Middels onderzoek is vervolgens gekeken naar welke mogelijkheden de wet biedt om het probleem (het vermoeden dat aanbesteden voor derden niet mag) op te lossen. Hierbij is dus niet gekeken naar hoe het probleem (het vermoeden) is ontstaan, omdat dit in de gegeven omstandigheden niet relevant is.

Gezien het onderzoeksobject intern beleid is er in het verleden eerder onderzoek gedaan naar gezamenlijk aanbesteden, echter niet specifiek in de situatie van de Categorie Datacenters en het de overige IPG leden. De resultaten uit dit intern beleid zijn dan ook gebruikt om de onderzoekspunten mee te toetsen.

Voor het theoretisch onderzoek is allereerst gekeken naar de Europese Richtlijn 2014/24/EU en de Aanbestedingswet 2012 die geldt vanaf 1 juni 2016 tot en met heden. De Aanbestedingswet 2012 is de nationale omzetting van de Europese Richtlijn 2014/24/EU. De keuze voor deze twee bronnen ligt voor de hand, omdat deze documenten de huidige geldende wetgeving op het gebied van aanbesteden weergeven. Daarbij heb ik de Memorie van Toelichting op zowel de huidige Aanbestedingswet (Kamerstukken II 2016/17, 32 440) als die van de vorige Aanbestedingswet (Kamerstukken II 2009/10, 32 440) geraadpleegd. In deze toelichtingen wordt namelijk in veel gevallen duidelijk waarom de wetgever gekozen heeft voor bepaalde artikelen en wat de bedoeling van de wetgever is met deze artikelen.

Verder is voor een goed inzicht in het proportionaliteitsbeginsel onder andere gekeken in de Gids Proportionaliteit 1^e herziening, april 2016. Dit document is in het Aanbestedingsbesluit als verplicht richtsnoer aangewezen en daarmee dus een belangrijk document voor het toepassen van het proportionaliteitsbeginsel door aanbestedende diensten.

Bepaalde bronnen van het Aanbestedingsrecht zijn niet behandeld, omdat deze niet relevant zijn voor het onderzoek. Dit geldt voor deel 2a en 3 van de Aanbestedingswet 2012, het Aanbestedingsreglement Werken 2016, het Aanbestedingsbesluit en het Richtsnoer leveringen en diensten. Deze zouden binnen het gegeven onderzoekskader geen onderzoekspunten hebben opgeleverd. Alhoewel deel 3 van de Aanbestedingswet 2012 in het bijzonder van toepassing is op één van de IPG leden (Gasunie), biedt dit deel voor het onderwerp van het onderzoek geen relevante onderwerpen.

Met betrekking tot de Mededingingswet geldt eveneens dat hiervoor de huidig geldende wetgeving is geraadpleegd, waarbij de toelichting, doel en de achtergrond van de wet duidelijk wordt uit de Memorie van Toelichting op deze wet (Kamerstukken II 1995/96, 24707), zodat ook deze is geraadpleegd.

De Regeling Media-Inkoop 2004 is relevant om te behandelen, omdat deze expliciet de mogelijkheid noemt om in te kopen voor partijen die buiten de Rijksoverheid staan. Dit is het centrale onderwerp van het onderzoek en daarmee dus zeer interessant.

Voor de juridische literatuur is advies gekregen van de docent waar het onderdeel Aanbestedingsrecht is gevolgd. De gebruikte literatuur betreft gezaghebbende literatuur binnen de aanbestedingspraktijk, hetgeen blijkt uit het gebruik daarvan door juristen in de dagelijkse praktijk. Deze documenten zijn door mij gebruikt om verduidelijking te krijgen over de relevante en in dit onderzoek behandelde wetsbepalingen.

Ook zijn meerdere documenten op de website Europa Decentraal geraadpleegd. Dit kenniscentrum is opgericht en wordt gesubsidieerd door het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties (BZK), de Vereniging van Nederlandse Gemeenten (VNG), het Interprovinciaal Overleg (IPO) en de Unie van Waterschappen (UvW). Het doel van deze organisatie is het vergroten van de kennis en expertise over Europees recht en beleid en de juiste toepassing ervan.¹⁵

Tot slot is het interview met een van de juridische experts, dhr. prof. mr. dr. H.D. van Romburgh (juridische expert 1) mede gebruikt om de bevindingen uit het theoretische deel te toetsen.

Bij het bestuderen van de theorie werden mogelijkheden voor gezamenlijk aanbesteden in de aanbestedingsregelgeving zichtbaar. Deze zijn benoemd in hoofdstuk 3 als onderzoekspunten en verder getoetst in het praktijkgedeelte. Wanneer uit de theorie al onmiskenbaar duidelijk werd dat een bepaalde vorm van gezamenlijk aanbesteden niet haalbaar was met betrekking tot de Categorie en de leden van het IPG, is die vorm niet verder onderzocht. Ook dit wordt in hoofdstuk 3 gemotiveerd aangegeven. De onderzoekspunten zijn uit de theorie afgeleid doordat deze onderwerpen iets zeggen over gezamenlijk aanbesteden of samenwerken bij aanbesteden.

2.2. Onderzoeksobjecten

De onderzoeksobjecten bestaan uit twee juridische experts, zes interne documenten en vier leden van het IPG. De twee experts betreffen allebei juridische experts op het gebied van aanbestedingsrecht.

De heer prof. mr. dr. H.D. van Romburgh (juridisch expert 1) is lid van de CBA en is juridisch adviseur binnen het ministerie van Economische Zaken (EZ). Van Romburgh is daarnaast raadsheerplaatsvervanger in het Gerechtshof in Den Haag en bijzonder hoogleraar aanbestedingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen.

De heer mr. M. De Jong (juridisch expert 2) is verbonden als bedrijfsjurist aan het IUC Communicatie, dat onderdeel uitmaakt van het ministerie van Algemene Zaken. Hij heeft jarenlange ervaring met de aanbestedingspraktijk vanuit zijn vorige en huidige functie. Daarbij is hij, net als de heer Van Romburgh, lid van de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA), het gezaghebbende bedrijfsjuridische adviesorgaan binnen het Rijk.

¹⁵ Europa Decentraal, *Over ons (z.d.)*, geraadpleegd op 17 april 2017 van <https://europadecentraal.nl/over-ons/>

De interne documenten die ik heb geraadpleegd voor het praktijkonderzoek betreffen allen gezaghebbende interne documenten die dan wel adviserend, dan wel kaderstellend zijn voor besluiten die binnen de Rijksoverheid worden genomen op het gebied van aanbesteden. Deze documenten zijn in vier gevallen door de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA) opgesteld. Deze commissie bundelt van de departementen binnen het Rijk de bedrijfsjuridische expertise in één gezaghebbend bedrijfsjuridisch adviesorgaan.¹⁶ De overige twee (onderzoeksubject 2c i en iii) betreft eveneens documenten die gezien hun inhoud zeer relevant zijn voor het onderwerp en bruikbare informatie geven voor het onderzoek.

Voor het bepalen van het interviewen van leden van het IPG heb ik gekeken naar het type organisatie en de functie van de geïnterviewde. Elke geïnterviewde vertegenwoordigt een ander type organisatie binnen het IPG en heeft een functie die sterk verband houdt met het doen van inkopen en/ of aanbesteden. Aan het woord komen een hoofd inkoop van een onderwijsinstelling (Noorderpoort college, dhr. Steenge), een programmamanager (out)sourcing ICT van een gemeente (Gemeente Groningen, dhr. Swart), een hoofd inkoop van een ziekenhuis (UMCG, dhr. Visser) en een hoofd inkoop en purchaser van een bedrijf (Gasunie, dhr. Hut en dhr. Oest) Op die manier heb ik een compleet beeld proberen te vormen van de aanwezige kennis die er is binnen het IPG over samenwerking op het gebied van aanbesteden.

2.3. Onderzoeksmethode en –technieken.

De onderzoeksmethode is een kwalitatief onderzoek. Voor het theoretische is namelijk gekozen voor literatuuronderzoek door middel van de onderzoekstechniek deskresearch. Dit is de meest effectieve en grondige wijze om de specifieke theorie met betrekking tot dit onderwerp te onderzoeken. Middels deze vorm kan namelijk systematisch worden nagegaan wat over het betreffende onderwerp is geschreven door gezaghebbende bronnen.

Voor een volledig beeld van de theorie en om tot een uitputtende lijst van onderzoekspunten te komen met betrekking tot de doelstelling van het onderzoek, was het nodig om alle mogelijkheden die de wet biedt te onderzoeken. Alleen een volledig beeld van de theorie geeft namelijk een solide basis voor de uiteindelijke onderzoeksresultaten. Aangezien de wet voorziet in meerdere mogelijkheden, zijn deze allemaal behandeld en onderzocht in de praktijk. Dit heeft er wel in geresulteerd dat het aantal pagina's boven de richtlijn van ca. 40 uitkomt. Door de theorie uitgebreid te behandelen is het resultaat dat het onderzoek ook toegankelijker is voor een grotere groep mensen. Degenen die niet bekend zijn met het aanbestedingsrecht en mededingingsrecht, krijgen door de uitvoerige uiteenzetting van de theorie rondom deze rechtsgebieden het inzicht dat nodig is om de onderzoeksresultaten beter te kunnen plaatsen.

Voor het kwalitatieve praktijkonderzoek is onder andere gekozen voor de onderzoekstechniek van het bestuderen en analyseren van interne beleidsdocumenten die zeer verwant zijn met het behandelde onderwerp. Hierbij is gekeken naar wat de interne documenten zeggen over de onderzoekspunten. Door middel van de onderzoekstechniek interviews was er de gelegenheid om experts specifiek op het gebied van gezamenlijk aanbesteden te bevragen, waarbij hun de concrete situatie zoals geschetst in dit onderzoek

¹⁶ Pianoo, *Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA) adviezen* (z.d.), geraadpleegd op 29 april 2017 van: <https://www.pianoo.nl/regelgeving/commissie-bedrijfsjuridisch-advies-cba-adviezen>

is voorgelegd. Ook is door middel van interviews onderzocht wat diverse leden van het IPG over dit onderwerp te zeggen hadden. Op deze wijze zijn concrete resultaten opgehaald. Vervolgens zijn de onderzoeksresultaten uit de theorie en de praktijk met elkaar vergeleken en geanalyseerd. Hieruit zijn de conclusies en aanbevelingen voortgekomen.

2.4. Reflectie

Het onderzoek is juridisch ingestoken en geeft dus de juridische mogelijkheden voor gezamenlijk aanbesteden met organisaties die geen onderdeel uitmaken van de Rijksoverheid. Dit onderzoek geeft dus geen antwoord op de vraag of de vanuit de Categorie gewenste samenwerking politiek of bestuurlijk ook haalbaar of verstandig is. Dat is dan ook de beperking van dit onderzoek. Op dit moment wordt er gelukkig ook onderzoek gehouden door Rissa Bouwsema, student Facility Management. Het door haar nog lopende onderzoek kijkt meer naar andere relevante onderwerpen voor de mogelijkheden tot samenwerking met de leden van het IPG.

De behandeling van de theorie is diepgaand en gebaseerd op actuele en relevante bronnen. Het antwoord op de onderzoeksvraag levert een concreet en bruikbaar resultaat op voor de Categorie Datacenters. Toch had met name het praktijkgedeelte diepgaander onderzocht kunnen worden en daar zit de zwakte van dit onderzoek. Terugkijkend is te veel tijd en energie gestoken in het interviewen van een aantal leden van het IPG, terwijl dit niet dusdanig resultaten heeft opgeleverd die ook echt meerwaarde opleveren voor het onderzoek. Deze tijd had wellicht beter gestoken kunnen worden in het onderzoeken van vergelijkbare vormen van al bestaande samenwerkingsverbanden.

Ondanks dat het aantal pagina's boven het aantal van 40 uitkomt, valt er over dit onderwerp nog veel meer te melden. Het onderzoek is in die zin niet uitputtend, maar geeft wel een volledig beeld over dit onderwerp. Het onderzoek is daarnaast binnen de daarvoor geplande tijd uitgevoerd.

3. Theoretisch kader

3.1. Inleiding

In dit hoofdstuk zal worden gekeken naar twee rechtsgebieden: het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht. Deze gebieden zijn namelijk zeer relevant om te ontdekken welke mogelijkheden de wet biedt op het gebied van gezamenlijk aanbesteden door overheden. In dit hoofdstuk zal antwoord worden gegeven op de eerste deelvraag:

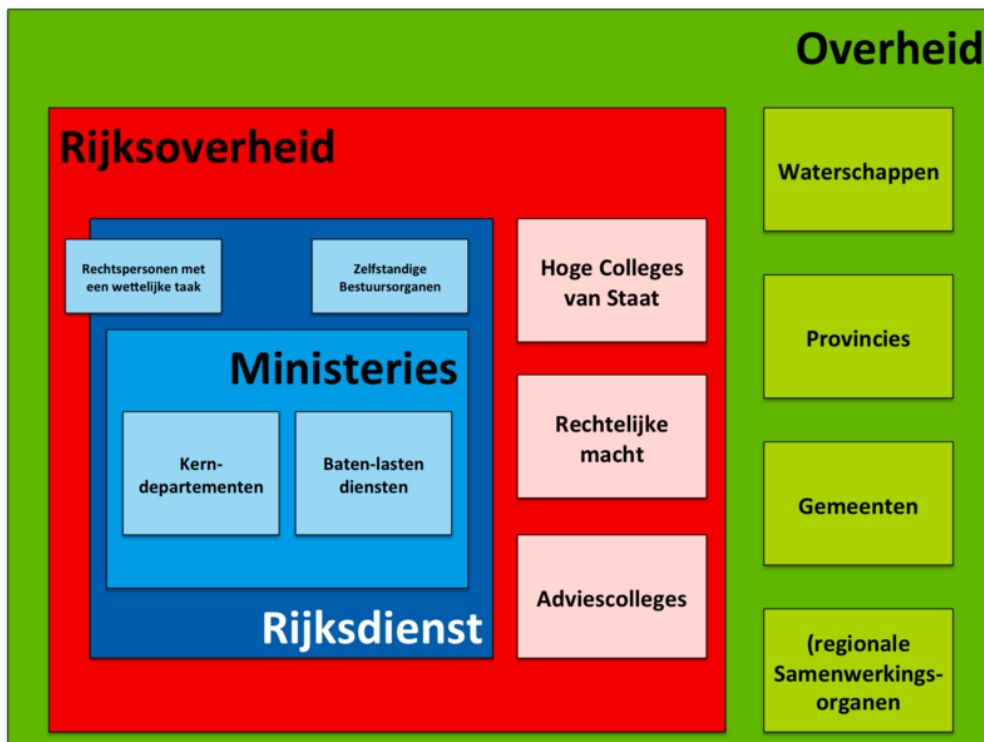
1. Wat is bekend in de gekozen wet- en regelgeving, jurisprudentie, juridische en niet-juridische literatuur over de juridische eisen met betrekking tot gezamenlijk inkopen door een rijksoverheidsorgaan met andere (semi) publieke instellingen die op afstand staan van het Rijk?

Om deze vragen te kunnen beantwoorden wil ik eerst ingaan op wat nu eigenlijk onder 'de overheid' wordt verstaan. Dit is van belang om uit te leggen, omdat zoals eerder aangegeven de leden van het IPG verschillende type organisaties zijn. Door dit begrip eerst uit te leggen wordt later in het onderzoek duidelijk waarom het gezamenlijk aanbesteden niet zomaar kan.

Vervolgens zal worden gekeken naar het aanbestedingsrecht. Daarvoor zullen eerst een aantal basisbegrippen en beginselen nader worden uitgelegd. Dit is nodig om de toepassing en doel van deze regelgeving goed te kunnen begrijpen. Aansluitend zullen een aantal vormen van samenwerking op het gebied van inkoop die de Aanbestedingswet biedt, worden behandeld. Daarna zal ingegaan worden op het mededingingsrecht. In paragraaf 3.10 is een samenvatting opgenomen met de belangrijkste punten uit dit hoofdstuk, waarna de onderzoekspunten uit de theorie worden opgesomd.

Soorten overheden

'De Overheid' is een verzamelnaam voor alle soorten overheidsorganisaties die worden onderscheiden. Hierin kan men een verdeling maken tussen de Rijksoverheid en de lagere overheden. Onder de Rijksoverheid vallen ministeries en rijksdiensten, hoge colleges van staat, rechterlijke macht en adviescolleges. Onder de lagere overheden vallen waterschappen, provincies, gemeenten en regionale samenwerkingsorganen. De ministeries zijn weer verder te verdelen in kerndepartementen en baten-lastendiensten. De Rijksdienst valt verder onder te verdelen in rechtspersonen met een wettelijke taak en zelfstandig bestuursorganen. In Figuur 3 wordt een schematische weergave gegeven van de indeling van overheden. De voor dit onderzoek relevante en minder bekende type overheidsorganisaties zullen hierna worden behandeld. De hoge colleges van Staat, rechterlijke macht, adviescolleges en waterschappen worden niet behandeld, omdat geen van de IPG leden als zodanig is aan te merken.



Figuur 3: Schematische weergave van de Overheid en de Rijksoverheid.¹⁷

Zelfstandige bestuursorganen

Zelfstandig bestuursorganen (ZBO's) zijn bestuursorganen die volgens publiekrecht zijn opgericht en die niet geheel binnen de ministeriële verantwoordelijkheid vallen, maar wel een bijzondere positie binnen de overheid hebben. Het begrip Bestuursorgaan staat centraal bij ZBO's. Een bestuursorgaan is 'een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een ander persoon of college, met enig gezag bekleed.'¹⁸

Een ZBO moet in principe bij wet worden ingesteld. De basisvoorschriften en eisen die gelden voor alle ZBO's zijn neergelegd in de Kaderwet ZBO's. Tussen ZBO's zijn er verschillen, zo zijn er ZBO's met en zonder rechtspersoonlijkheid en ook ZBO's die regelgevende of verordenende bevoegdheid hebben.¹⁹ Omdat het bestuursorganen zijn, betekent dit dat zij meestal openbaar gezag uitoefenen. Deze bestuursorganen hebben echter een bijzondere positie binnen de Rijksoverheid, omdat zij zelfstandig zijn en dus niet hiërarchisch ondergeschikt aan een minister. Het Centraal Bureau Rijvaardigheidsbewijzen is een voorbeeld van een ZBO.

Een van de doelen van het kabinetsbeleid is om te komen tot een kleine, krachtige en dienstverlenende overheid. Ten aanzien van ZBO's betekent dit dat zij wel moeten kunnen profiteren van de samenwerking tussen alle uitvoeringsorganisaties op rijksniveau. Het feit

17 Rijksoverheid, *EAR Online – De Rijksdienst in context* (z.d.), geraadpleegd op 19 december 2016 van http://earonline.nl/index.php/De_Rijksdienst_in_context

18 Artikel 1:1 Algemene wet bestuursrecht

19 Rijksportaal OCW/DUO, *ZBO's* (z.d.), geraadpleegd op 19 december 2016 van

http://portal.rp.rijksweb.nl/irj/portal/?NavigationTarget=HLPFS://cisrijksportaal/ciskernprocessen/cisjuridischportaal/cisjuridische_modellen_en_handleidingen_nieuw/ciszbo_s_2

dat een ZBO zelfstandig is, mag dat niet onnodig belemmeren. Ook de Tweede Kamer heeft het kabinet verzocht deze samenwerking te bevorderen.²⁰

Op verzoek van een ZBO kan de Minister voor Wonen en Rijksdienst bepalen dat het ZBO gebruik maakt van een voorziening die in stand wordt gehouden door een onderdeel dat wel tot de Rijksoverheid behoort. Deze voorziening mag niet inhoudelijk de uitkomsten van het primaire proces van de ZBO bepalen.²¹

Middels een openbaar register wordt bijgehouden welke organen als ZBO staan geregistreerd.²² In dit register staan bijvoorbeeld het College voor Toetsen en Examens en Zorginstituut Nederland als ZBO geregistreerd. Ook de RDW, een van de IPG leden, is een ZBO met eigen rechtspersoonlijkheid.²³

Rechtspersonen met een wettelijke taak

Veel ZBO's zijn tevens Rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT) en andersom. Tussen deze twee soorten rechtspersonen zijn dan ook veel overeenkomsten, maar er zijn ook belangrijke verschillen waardoor niet alle ZBO's RWT's zijn. Voor RWT's geldt dat deze, net als ZBO's, op zekere afstand van het Rijk staan. Zij hebben een eigen bestuurlijke verantwoordelijkheid.²⁴ RWT's zijn *'rechtspersonen voor zover die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen.'*²⁵

Als RWT zijn bijvoorbeeld de volgende organisaties aangemerkt:

- Academische ziekenhuizen;
- Bekostigde instellingen voor het hoger en academisch beroepsonderwijs;
- Regionale Opleidingscentra;
- Zorgverzekeraars die de Zorgverzekeringswet uitvoeren.²⁶

Op basis hiervan kunnen we concluderen dat de Rijksuniversiteit Groningen, de Hanzehoogeschool Groningen, het Alfa College, het Noorderpoort college, O2G2 en het Universitair Medisch Centrum Groningen RWT's zijn.

Agentschap (baten-lastendienst)

Zoals in de aanleiding van dit onderzoek al naar voren kwam, is DUO een agentschap. Een agentschap wordt ook wel een baten-lastendienst genoemd. Dit is een intern verzelfstandigd organisatie-onderdeel binnen een departement. De begroting van een agentschap wordt vormgegeven via een baten-lastenstelsel en niet via het gebruikelijke kas-

20 Rijksportaal OCW/DUO, *Kabinetsbeleid zelfstandig bestuursorganen* (5 december 2016), geraadpleegd op 19 december 2106 van http://portal.rp.rijksweb.nl/irj/portal/?NavigationTarget=HLPFS://cisrijksportaal/ciskerntaken/cisrijksbreed/cisorganisatieenbedrijfsvoering/cisorganisatieenpersoneelsbeleid/ciskaders_1/cisorganisatie_74/cisuitvoering_3/ciskabinetsstandpunt_verzelfstandiging_organisaties

21 Artikel 21a lid 1 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

22 Artikel 40 Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

23 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *ZBO-register* (z.d.), geraadpleegd op 19 december 2016 van https://almanak.zboregister.overheid.nl/overzicht_op_alfabet

24 Algemene Rekenkamer, *Wat is een rechtspersoon met een wettelijke taak?* (z.d.), Geraadpleegd op 19 december 2016 van http://www.rekenkamer.nl/Publicaties/Dossiers/B/Bestuur_op_afstand/Wat_is_een_rechtspersoon_met_een_wettelijke_taak

25 Artikel 43 lid 1 sub c Comptabiliteitswet 2001.

26 Algemene Rekenkamer, *Overzicht met rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT)* (8 maart 2016), geraadpleegd op 19 december 2016 van

http://www.rekenkamer.nl/Publicaties/Dossiers/B/Bestuur_op_afstand/Overzicht_met_rechtspersonen_met_een_wettelijke_taak_RWT#internelink10

verplichtingenstelsel.²⁷ Zowel de begroting als de financiële verantwoording van een agentschap nemen een aparte plaats binnen een ministerie in. Een agentschap voert namelijk een administratie die los staat van de begrotingsadministratie van het moederministerie. De ministeriële verantwoordelijkheid is echter wel volledig van toepassing op deze type organisaties. Naast DUO is ook bijvoorbeeld het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu een voorbeeld van een agentschap.²⁸

Staatsdeelnemingen

Niet weergegeven in Figuur 3, maar wel relevant om te vermelden zijn de zogenoemde Staatsdeelnemingen. Hierbij is de Staat aandeelhouder in een bedrijf vanwege het publieke belang. Doordat de Staat aandeelhouder is, heeft zij bepaalde bevoegdheden en zeggenschapsrechten in deze bedrijven. Ook is de Staat hierdoor actief betrokken bij de benoeming van bestuurders en commissarissen binnen een dergelijk bedrijf. De Staat bevindt zich wellicht op zekere afstand van het bedrijf, maar kan het bestuur wel disciplineren. Ook ziet de Staat erop toe dat de strategie van het bedrijf in lijn is met het publieke belang.

De reden om Staatsdeelnemingen te vermelden is omdat dit van toepassing is op één lid van het IPG, namelijk de Gasunie. De Staat heeft 100% van de aandelen van de Gasunie in handen.²⁹ Ook is de Gasunie aan te merken als aanbestedende dienst waarop de aanbestedingsregels van toepassing zijn.

Voor het vervolg van dit onderzoek noem ik de (semi) publieke instellingen die op afstand staan van het Rijk, derden.

3.2. Aanbestedingsplicht

Voor het vervolg van dit onderzoek wordt allereerst gekeken naar de Aanbestedingswet 2012 om te ontdekken wat vanuit deze wetgeving de juridische eisen en de voorwaarden zijn met betrekking tot samenwerken op het gebied van inkoop door een rijksoverheidsorgaan met derden.

Jaarlijks wordt voor 73,3 miljard euro door de Nederlandse overheid ingekocht, waarbij de centrale overheid verantwoordelijk is voor 22,3 miljard euro van deze totale inkoop.³⁰ De overheid is dus een belangrijke opdrachtgever voor het bedrijfsleven. Wanneer de overheid goederen, werken of diensten wil inkopen, dan moet zij dit in beginsel aanbesteden. Aanbesteden is een vorm van gereguleerde inkoop waarbij meerdere ondernemingen in de gelegenheid worden gesteld aanbiedingen in te dienen. Dit is wat anders dan 'gunning uit de hand', waarbij een opdracht aan een onderneming wordt gegund zonder voorafgaande aanbesteding.³¹ Het gaat bij aanbesteden om het creëren van optimale marktwerking waarbij de aanbestedende dienst datgene verkrijgt tegen de economisch meest voordelige inschrijving. Dit kan op basis van de beste prijs-kwaliteitverhouding, de laagste kosten

27 In een baten-lastenstelsel worden uitgaven en ontvangsten toegerekend aan het tijdvak waarin het verbruik van goederen en diensten plaatsvindt (lasten) en de baten ontstaan.

28 Parlement & Politiek, *Agentschappen (baten-lastendiensten)* (z.d.), geraadpleegd op 29 april 2017 van: https://www.parlement.com/id/vh8lnhrqsxze/agentschappen_baten_lastendiensten

29 Rijksoverheid, *Staatsdeelnemingen in 2015* (z.d.) Geraadpleegd op: 23 februari 2017 van

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/staatsdeelnemingen/inhoud/staatsdeelnemingen-in-2015>

30 R. van Weert e.a., *Het inkoopvolume van de Nederlandse overheid. Een macroanalyse*, Barneveld: Significant 15 september 2016

31 mr. M.J.J.M. Esser, *Aanbestedingsrecht voor overheden* (derde druk), Amsterdam: Reed Business 2009.

berekend op basis van kosteneffectiviteit of de laagste prijs.³² Het uitvoeren van een aanbesteding is in feite niets anders dan het doen van een uitnodiging tot het doen van een onherroepelijk aanbod. Het aanbestedingsrecht ziet primair op de procedurele en de inhoudelijke relatie tussen een aanbestedende dienst en aanbieders.

In de literatuur wordt bij het verstrekken van overheidsopdrachten gesproken van twee dimensies: de verticale relatie tussen de opdrachtgever en de aanbieders op de markt en de horizontale relatie tussen aanbieders onderling. Op de verticale relatie is voornamelijk het aanbestedingsrecht van belang. Op de horizontale relatie is het mededingingsrecht met name van belang.³³ In de navolgende paragrafen zal eerst worden ingegaan op verschillende aspecten van het aanbestedingsrecht en de uitzonderingen op de aanbestedingsplicht. In paragraaf 3.9 zal worden ingegaan op de Mededingingswet. Uit deze onderwerpen zullen vervolgens de onderzoekspunten worden gehaald waarmee in de praktijk onderzoek zal worden gedaan.

Om te begrijpen wanneer er sprake is van een aanbestedingsplicht is het eerst van belang om de volgende begrippen helder voor ogen te hebben:

- a. Overheidsopdracht;
- b. Aanbestedende dienst;
- c. Onderneming.

3.2.1. Overheidsopdrachten

Het aanbestedingsrecht is van toepassing op overheidsopdrachten boven een bepaalde economische waarde. Overheidsopdrachten zijn volgens de definitie van de Europese richtlijn 2014/24/EU: *schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.*³⁴

De Aanbestedingswet 2012 is dus niet van toepassing op opdrachten die buiten deze definitie vallen. Hiermee wordt een eenzijdige of mondeling gegeven opdracht uitgesloten van de toepasselijkheid van de aanbestedingsregels, evenals opdrachten om niet.³⁵

In de definitie van Overheidsopdracht vallen de begrippen aanbestedende dienst en ondernemer op. Deze zullen nu worden uitgelegd.

Voorbeelden van overheidsopdrachten:

- Opdracht van een gemeente aan een aannemersbedrijf om een rotonde aan te leggen.
- Een universiteit die de opdracht geeft aan een bedrijf om kopieerapparaten te leveren.
- Het Nationaal Archief dat een bedrijf opdracht geeft archeologische opgravingen te doen.

32 Artikel 2.114 lid 1 en 2 Aanbestedingswet 2012

33 prof. mr. dr. H.D. van Romburgh, *Hoofdstukken aanbestedingsrecht*, 2014, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing, p 2

34 Artikel 2 lid 5 Richtlijn 2014/24/EU

35 prof. mr. dr. H.D. van Romburgh, *Hoofdstukken aanbestedingsrecht*, 2014, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing, P. 39

3.2.2. Aanbestedende dienst

Onder de definitie van het begrip aanbestedende dienst wordt door de Aanbestedingswet begrepen: *'de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.'*³⁶

De begrippen staat, provincie, gemeente en een waterschap leveren in de praktijk geen problemen op om die overheden aan te kunnen wijzen. Voor het begrip publiekrechtelijke instelling is daar nog weleens onduidelijkheid over. Een publiekrechtelijke instelling is volgens het aanbestedingsrecht een *'instelling die specifiek ten doel heeft te voorzien in behoeften van algemeen belang, anders dan van industriële of commerciële aard, die rechtspersoonlijkheid bezit en waarvan:*

a. de activiteiten in hoofdzaak door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling worden gefinancierd,

b. het beheer is onderworpen aan toezicht door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling of

*c. de leden van het bestuur, het leidinggevend of toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een andere publiekrechtelijke instelling zijn aangewezen.'*³⁷

Door het Hof van Justitie EU wordt een functionele uitleg gehanteerd van het begrip 'publiekrechtelijke instelling'. De kenmerken en de functie van de betreffende instelling zijn bepalend om vast te stellen of de instelling publiekrechtelijk is.³⁸ Het is dus volgens de definitie in de Aanbestedingswet niet vereist dat de publiekrechtelijke instelling bij wet is ingesteld.

De Aanbestedingswet maakt onderscheid tussen centrale en niet-centrale overheidsdiensten. Hiervoor wordt in de Aanbestedingswet verwezen naar Bijlage I van Richtlijn 2014/24/EU.³⁹ De opdrachtgever voor dit onderzoek is aan te merken als een centrale aanbestedende dienst.

Op basis van deze gegevens kunnen we voor de leden van het IPG bepalen of deze wel of niet als aanbestedende dienst zijn aan te merken.

	Naam organisatie:	Aanbestedende dienst: ja/ nee	Type overheid:
1	Rijksuniversiteit Groningen	Ja	RWT
2	Hanzehogeschool Groningen	Ja	RWT
3	Alfa-college	Ja	RWT
4	Noorderpoort college	Ja	RWT
5	O2G2	Ja	RWT
6	Martini Ziekenhuis	Nee	N.v.t. (Private onderneming)
7	Universitair Medisch Centrum Groningen	Ja	RWT

36 Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012

37 Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012, definitie publiekrechtelijke instelling.

38 Europa decentraal, *Publiekrechtelijke instelling*, geraadpleegd op 27 januari 2017 van: <https://www.europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/publiekrechtelijke-instelling/>

39 Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012, definitie publiekrechtelijke instelling.

8	Provincie Groningen	Ja	Provincie
9	Gemeente Groningen	Ja	Gemeente
10	Gasunie	Ja	Staatsdeelneming
11	Nationaal Coördinator Groningen	Ja	Samenwerkingsverband. Valt onder ministerie van Economische Zaken.
12	Dienst Uitvoering Onderwijs/ IUC-Noord	Ja	Agentschap. Valt onder ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap.
13	Zorggroep Groningen	Nee	N.v.t. (Private onderneming)
14	Rijksdienst voor het Wegverkeer	Ja	ZBO

Tabel 2 Aanbestedende diensten binnen het IPG

In de tabel valt op dat het Martini ziekenhuis en de Zorggroep Groningen geen aanbestedende diensten zijn. Voor hen is de aanbestedingsregelgeving in beginsel niet van toepassing.

Nu het begrip aanbestedende dienst is uitgediept, zal gekeken worden naar het derde belangrijke begrip, namelijk onderneming.

3.2.3. Onderneming

Een ondernemer is volgens de definitie van de Aanbestedingswet een aannemer, leverancier of dienstverlener.⁴⁰ Hierbij is niet van belang of de onderneming een winstoogmerk⁴¹ heeft of wel of niet regelmatig op de markt actief is⁴² of zelf een aanbestedende dienst is. Hieruit volgt dat ook bijvoorbeeld een decentrale overheid, naast dat het een aanbestedende dienst is, ook aangemerkt kan worden als een ondernemer wanneer zij diensten op de markt aanbiedt.⁴³ Bij het aanbieden van diensten op de markt door een aanbestedende dienst kan men bijvoorbeeld denken aan het aanbieden van voorlichting aan bedrijven door de gemeente op het gebied van brandpreventie. Dit is een dienst die ook door private ondernemingen wordt verzorgd.

De Categorie Datacenters is wel een dienstverlener, maar bevindt zich niet op de markt en is in die zin op dit moment geen onderneming. Dit zou anders worden wanneer zij dienstverlening gaat aanbieden aan partijen buiten de Rijksoverheid.

3.3. Aanbestedingsrecht

Wanneer we spreken over het aanbestedingsrecht, dan worden daar meerdere bronnen mee bedoeld. Van deze bronnen zullen het Verdrag voor de Werking van de Europese Unie (VWEU), de Europese aanbestedingsrichtlijnen, de Aanbestedingswet 2012 en de Gids Proportionaliteit hierna worden besproken, omdat deze van groot belang zijn voor het onderzoek.

Historie en doel

In 2005 zijn twee Europese richtlijnen⁴⁴ met betrekking tot het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten vertaald naar twee algemene

40 Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012, definitie ondernemer.

41 HvJEG 23 april 1991, zaak C-41/90, (*Höfner en Elsnér vs. Macroton*)

42 HvJ EU 23 december 2009, zaak C 305/08, (*CoNISMA*)

43 Europa decentraal, *Overheidsopdrachten (z.d.)*, geraadpleegd op 3 februari 2017 van: <https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/overheidsopdrachten/>

44 Richtlijn nr. 2004/17/EG en richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

maatregelen van bestuur (AMvB), het Besluit aanbestedingsregels (Bao) en het Besluit aanbestedingen speciale sectoren (Bass).⁴⁵ Deze twee AMvB's zijn in 2013 vervangen door de Aanbestedingswet 2012. In 2016 zijn de Europese richtlijnen herzien en vervangen door twee nieuwe richtlijnen⁴⁶ en geïmplementeerd in de gewijzigde Aanbestedingswet 2012.

Het doel van de Aanbestedingswet is het bevorderen van het interstatelijk handelsverkeer tussen de lidstaten van de Unie.⁴⁷ Wanneer opdrachten voor werken, leveringen en diensten een bepaalde waarde overstijgen, dan is de Aanbestedingswet 2012 van toepassing. De hoogte van de toepasselijke waarde voor werken verschilt van die van diensten en leveringen. Ook wordt die drempelwaarde elke twee jaar gewijzigd.⁴⁸

Op dit moment zijn de Europese drempelwaarden⁴⁹ als volgt:

Type opdracht	Europese drempelwaarden
Overheidsopdrachten voor werken	€ 5.225.000
Overheidsopdrachten voor leveringen en diensten centrale overheden	€ 135.000
Overheidsopdrachten voor leveringen en diensten decentrale overheden	€ 209.000
Overheidsopdrachten voor sociale en andere specifieke diensten in de zin van bijlage XIV	€ 750.000

Tabel 3 Europese drempelwaarden

Wanneer een overheidsopdracht deze waarde dus overstijgt, dan moet een Europese aanbestedingsprocedure worden gevolgd. Deze procedures stellen mogelijke opdrachtnemers uit heel Europa in staat om mee te dingen naar de opdracht.

Circulaire grensbedragen

Om te bepalen welke aanbestedingsprocedure wordt gevolgd bij bedragen onder de Europese drempelwaarden, wordt binnen het Rijk gebruik gemaakt van de Circulaire van het Ministerie van Binnenlandse zaken.⁵⁰ Deze procedures zijn niet of minder openbaar dan Europese, waardoor niet alle ondernemers uit Europa kunnen meedingen naar deze opdrachten. Het gaat dan om een enkelvoudig onderhandse (een-op-een), meervoudig onderhandse of nationale procedure. Recent (januari 2017) is er een brief van de minister van Economische zaken naar de Tweede Kamer gegaan waarin de minister het voornemen aankondigt om de Gids Proportionaliteit op dit punt van grensbedragen aan te passen.⁵¹ Wanneer dit wordt gerealiseerd, zou daarmee de Circulaire van geen betekenis meer zijn en wordt het voor de Rijksoverheid mogelijk om opdrachten tot € 50.000,- een-op-een aan een ondernemer te gunnen. Boven dit bedrag en tot de Europese drempel (zonder grensoverschrijdend belang) zijn dan nog de meervoudig onderhandse en nationale procedure van toepassing.

45 Kamerstukken II 2009/10, 32 440, 3, (MvT)

46 Richtlijn 2014/24/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94) en Richtlijn 2014/25/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU 2014, L 94)

47 prof. mr. dr. H.D. van Romburgh, *Hoofdstukken aanbestedingsrecht*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2014

48 Kamerstukken II 2009/10, 32 440, 3, (MvT)

49 Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten.

50 Circulaire van 3 augustus 2015, kenmerk 2015-0000428359

51 Kamerstukken II 2016/17, 32440, 95

3.3.1. Rechtsbescherming

Het is uiteraard van belang dat er wordt toegezien op de naleving van deze aanbestedingsregels. Uit kamerstukken blijkt dat de naleving van de aanbestedingsregels op de volgende wijzen is geregeld: allereerst is hier een rol weggelegd voor de accountant. De accountant kan bij zowel decentrale overheden als bij het Rijk toetsen of de aanbestedingsregels rechtmatig zijn toegepast. Ook de Algemene Rekenkamer en decentrale rekenkamers kijken naar de toepassing van de aanbestedingsregels door aanbestedende diensten.

Daarnaast kan worden getoetst of naleving van de aanbestedingsregels heeft plaatsgevonden door een rechter in kort geding of in een bodemprocedure. Hij kan oordelen of een aanbesteding opnieuw moet plaatsvinden of moet worden gestopt of dat de aanbesteding of gunning doorgang kan vinden. Zelden zal een rechter in kort geding oordelen dat een opdracht aan een andere partij moet worden gegund. In een bodemprocedure zal een rechter nooit tot dit oordeel komen. Wanneer de rechter oordeelt dat een aanbestedende dienst in strijd heeft gehandeld met bepaalde bepalingen van de Aanbestedingswet, maar om dwingende redenen van algemeen belang besluit de gesloten overeenkomst niet te vernietigen, dan is de Autoriteit Consument en Markt bevoegd die betreffende Aanbestedende dienst een bestuurlijke boete op te leggen.⁵²

Tijdens een aanbestedingsprocedure kunnen ondernemers een klacht indienen bij de aanbestedende dienst. Door een onafhankelijk klachtenloket zal dan een oordeel worden gegeven over de geuite klacht.⁵³ Deze vorm van klachtenafhandeling moet worden onderscheiden van de Commissie van Aanbestedingsexperts.

Commissie van Aanbestedingsexperts

De Commissie van Aanbestedingsexpert is namelijk een onafhankelijke en onpartijdige Commissie die is ingesteld door de minister van Economische Zaken. Wanneer een ondernemer ontevreden is over hoe de aanbestedingsregels zijn toegepast bij een aanbesteding of zich onheus bejegend voelt door de aanbestedende dienst, dan kan hij een klacht indienen bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna de Commissie). Hiervoor is wel vereist dat de klacht eerst is voorgelegd aan de aanbestedende dienst zelf, die een redelijke termijn gegund moet worden om op de klacht te reageren. Ook een aanbestedende dienst kan zich wenden tot de Commissie wanneer zij ontevreden is over het handelen van deelnemende ondernemingen. De Commissie onderzoekt of zij een bemiddelende rol kan spelen of brengt een niet-bindend advies uit aan partijen over hoe de aanbestedingsregels in dat concrete geval toegepast moeten worden. Dit is een extra, maar vrijblijvende en laagdrempelige rechtsgangmogelijkheid die naast de mogelijkheid van een klacht en civiele procedure bestaat. Het oordeel van de Commissie is dan ook niet bindend en partijen kunnen op ieder moment naar de rechter stappen. In zaken die al onder de rechter liggen, brengt de Commissie geen advies uit. De bemiddeling door de Commissie is erop gericht om samen met aanbestedende diensten en ondernemers de aanbestedingspraktijk verder te verbeteren en bij beide partijen een leereffect teweeg te brengen.⁵⁴

52 Artikel 4.21lid 1 jo artikel 4.18 lid 1 Aanbestedingswet 2012

53 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, 3, (MvT)

54 Commissie van Aanbestedingsexperts, *Over de CvAE*, geraadpleegd op 20 januari 2017 van: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/over-de-cvae>

Tot slot kunnen ondernemers hun klacht onder de aandacht brengen bij de nationale of plaatselijke ombudsman of de Europese Commissie. De Europese Commissie zal zich echter niet uitspreken wanneer de zaak onder de rechter ligt.⁵⁵

3.4. Beginselen aanbestedingsrecht

Om het aanbestedingsrecht te begrijpen is het van belang om de beginselen die daaraan ten grondslag liggen, te kennen. Hierdoor wordt namelijk duidelijk wat het doel is van de aanbestedingsregelgeving.

Blijkens de Memorie van Toelichting is de hoeksteen van het Aanbestedingsrecht dat inschrijvers bij een aanbestedingsprocedure op een gelijke manier worden behandeld, de overheid proportioneel handelt en transparant is over haar handelen. Deze kaders komen voort uit het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU), waarin ze zijn vastgelegd in de beginselen van proportionaliteit, non-discriminatie, gelijkheid en transparantie. Deze vrije verkeersbepalingen van het recht van de Europese Unie worden in het Aanbestedingsrecht in het bijzonder toegepast en gelden voor opdrachten boven de Europese drempelwaarden of opdrachten onder de drempelwaarden met een duidelijk grensoverschrijdend belang. (Grensoverschrijdend belang betekent dat er (mogelijk) interesse is vanuit een andere EU-lidstaat voor de overheidsopdracht. Hierbij spelen o.a. de volgende factoren een rol: waarde van de opdracht, de aard van de opdracht, de plaats van uitvoering en de structuur van de relevante markt).⁵⁶ In een aantal gevallen gelden de beginselen, in mindere mate weliswaar, ook voor opdrachten onder de Europese drempelwaarden waarbij geen sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang. De betekenis van deze beginselen zal hierna uiteen worden gezet.

3.4.1. Proportionaliteit

Omdat de overheid een belangrijke opdrachtgever voor het bedrijfsleven is en haar inkoop verzorgt met gemeenschapsgeld, is het in het belang van deze gemeenschap en het bedrijfsleven dat de overheid op een transparante en effectieve manier inkoop tegen de beste prijs- kwaliteitverhouding. Waarbij het belangrijk is dat ondernemers een goede en eerlijke kans maken op de gunning van een opdracht. Alleen wanneer de gestelde eisen aan een opdracht in een juiste verhouding staan tot die opdracht, maken ondernemers een goede en eerlijke kans. Het proportionaliteitsbeginsel loopt volgens de literatuur dan ook als een rode draad door de Europese aanbestedingsrechtspraak.⁵⁷ Met het stellen van zware eisen die niet in verhouding staan tot de opdracht, wordt de kans aanzienlijk dat ondernemers, met name binnen het midden- en kleinbedrijf (MKB) en zelfstandigen zonder personeel, worden uitgesloten van een opdracht terwijl zij wel de capaciteiten hebben om die opdracht goed uit te kunnen voeren. Daarnaast wordt een ondernemer belemmerd in verdere groei wanneer hij onterecht wordt uitgesloten. Om dit proportionaliteitsbeginsel gewicht te geven is er expliciet een artikel in de Aanbestedingswet opgenomen, zodat dit ook gehandhaafd wordt. Daarnaast is er een handreiking ten aanzien van de toepassing van het proportionaliteitsbeginsel geschreven, De Gids Proportionaliteit (de Gids), die overheden moet helpen om keuzes te maken die in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de

⁵⁵ Kamerstukken II 2009/10, 32 440, 3, (MvT)

⁵⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 440, 3, (MvT)

⁵⁷ prof. mr. dr. H.D. van Romburgh, *Hoofdstukken aanbestedingsrecht*. Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2014. P. 32

opdracht. De Gids doorloopt daarvoor het gehele aanbestedingstraject. Deze Gids is een belangrijk document voor de aanbestedingspraktijk geworden.⁵⁸

Het proportionaliteitsbeginsel is van toepassing op alle nationale en Europese aanbestedingsprocedures, ongeacht of er sprake is van een duidelijk grensoverschrijdend belang, en geldt voor alle fasen van de aanbesteding, waarbij de eerste fase (voorbereiding) het meest van belang is. In het betreffende wetsartikel (art. 1.10 en art. 1.13 Aanbestedingswet) wordt een niet-limitatieve opsomming gemaakt van onderdelen waarmee de aanbestedende dienst rekening moet houden in het kader van proportionaliteit. Het expliciet opnemen van dit beginsel zorgt ervoor dat de Aanbestedende dienst zich reeds bij de voorbereiding op een aanbesteding afvraagt of de op te stellen eisen, voorwaarden en criteria die aan de inschrijvers worden gesteld, in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht.⁵⁹

3.4.2. Non-discriminatie en gelijkheid

Het non-discriminatiebeginsel houdt in dat aanbestedende diensten geen onderscheid mogen maken op grond van nationaliteit. Dit beginsel vindt zijn oorsprong in artikel 18 VWEU. Dit beginsel is nauw verwant aan het gelijkheidsbeginsel. Het onderscheid zit in het feit dat het non-discriminatie een passieve verplichting inhoudt, waarbij de aanbestedende dienst zich van bepaald gedrag moet onthouden. Het gelijkheidsbeginsel is daarentegen breder en houdt een actieve verplichting in voor de aanbestedende dienst. Het gelijkheidsbeginsel betekent dat gelijke gevallen gelijk behandeld moeten worden. Dit beginsel heeft volgens het Europese Hof van Justitie tot doel om de ontwikkeling van een gezonde en daadwerkelijke mededinging te bevorderen, waarbij alle inschrijvers dezelfde kansen krijgen. Uit dit gelijkheidsbeginsel vloeit het transparantiebeginsel voort.⁶⁰

Wederzijdse erkenning

Het beginsel van wederzijdse erkenning is ook een verdere uitwerking van het non-discriminatiebeginsel. Dit beginsel houdt in dat aanbestedende diensten kwalificaties die gelden in andere lidstaten en die ondernemingen uit die lidstaten aanreiken, erkennen en dus als gelijkwaardig beschouwen aan de kwalificaties die in eigen land gelden.⁶¹ Wanneer bijvoorbeeld een onderneming in eigen land een bewijs van betaling van sociale premies heeft gekregen, dan moet de aanbestedende dienst in een ander land dit bewijs accepteren op dezelfde wijze als dat ondernemers uit eigen land met een dergelijk bewijs hun geschiktheid kunnen aantonen.

3.4.3. Transparantie

Het transparantiebeginsel houdt in dat een passende mate van openbaarheid wordt gehanteerd. Hiermee wordt de mededinging voor de markt geopend en kan de aanbestedingsprocedure op onpartijdigheid worden getoetst. Dit beginsel bestaat uit twee componenten, namelijk bij het begin en aan het eind van een aanbestedingsprocedure.

58 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, 3, (MvT)

59 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, 3, (MvT)

60 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 440, 3, (MvT)

61 Mr. T.H.G. Robbe, *Uitzonderingen Aanbestedingsrecht*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2009. P. 39

Bij het begin van de aanbesteding moet de aanbestedende dienst een passende mate van openbaarheid betrachten, namelijk openbaarmaking van het voornemen tot het plaatsen van een opdracht of het sluiten van een overeenkomst. Aan het eind van de aanbesteding betekent dit beginsel dat de aanbestedende dienst de gunning van de opdracht aan een ondernemer voldoende motiveert. Ook houdt dit beginsel in dat vooraf de gunningscriteria en hun relatieve gewicht kenbaar worden gemaakt.⁶² Gunningscriteria zijn de inhoudelijke criteria die een aanbestedende dienst bepaalt en die dienen tot beoordeling van de inschrijvingen. Zo kunnen inschrijvers bijvoorbeeld mede beoordeeld worden op de kwaliteit van een aan te leveren plan van aanpak. De beoordeling van dit plan van aanpak en het gewicht van die beoordeling dient in de aanbestedingsstukken te worden aangegeven.

Succhi di Frutta (C496/99)

De zaak *Succhi di Frutta* van het Europese Hof is een van de belangrijkste arresten met betrekking tot het transparantie- en gelijkheidsbeginsel. Zo wordt ten aanzien van transparantie vereist dat alle inschrijvers bij het opstellen van het in hun offerte gedane voorstel dezelfde kansen krijgen. Met betrekking tot het gelijkheidsbeginsel is het van belang dat alle eisen, gunningscriteria en voorwaarden duidelijk, precies en ondubbelzinnig in de aanbestedingsstukken worden vermeld.

We zien dus dat de Europese beginselen van Proportionaliteit, non-discriminatie, gelijkheid en transparantie een belangrijke plaats hebben binnen het gehele aanbestedingstraject.

3.5. Gezamenlijk aanbesteden (art. 2.11a AW)

Nu zal verder gekeken worden naar wat de aanbestedingsregelgeving zegt over gezamenlijk aanbesteden. Artikel 2.11a van de Aanbestedingswet bepaalt dat twee of meer aanbestedende diensten overeen kunnen komen om een specifieke aanbestedingsprocedure gezamenlijk uit te voeren. Dit kan in verschillende vormen, variërend van een aanbesteding door meerdere aanbestedende diensten tot gecoördineerde aankoop door middel van gemeenschappelijke technische specificaties voor werken, leveringen of diensten.⁶³ Wanneer een volledige aanbestedingsprocedure gezamenlijk wordt uitgevoerd namens en voor rekening van alle betrokken aanbestedende diensten, dan zijn zij gezamenlijk verantwoordelijk voor het nakomen van hun verplichtingen op grond van deel 2 van de Aanbestedingswet. Ook in het geval een van de gezamenlijke aanbestedende diensten als penvoerder optreedt. Wanneer de aanbestedingsprocedure niet volledig gezamenlijk wordt uitgevoerd, dan zijn zij alleen gezamenlijk verantwoordelijk voor die delen die gezamenlijk zijn uitgevoerd. Voor de delen die een aanbestedende dienst in eigen naam en voor eigen rekening uitvoert, is hijzelf verantwoordelijk voor het nakomen van zijn verplichtingen in het kader van deze wet.

Hiermee lijkt de eerste deelvraag van dit onderzoek eenvoudig beantwoord, maar er zijn meerdere aspecten waarmee rekening gehouden moet worden. Voor het gezamenlijk aanbesteden is het namelijk van belang dat rekening wordt gehouden met het hierna te behandelen clusterverbod.

⁶² *Kamerstukken II 2009/10*, 32 440, 3, (MvT)

⁶³ *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, 3, p. 31. (MvT)

3.5.1. Clusterverbod

In het kader van dit onderzoek is het van belang om in te gaan op het zogenaamde clusterverbod, omdat met dit verbod ook rekening moet worden gehouden wanneer meerdere aanbestedende diensten samen een aanbesteding in de markt zetten. Dit geldt dus ook voor de leden van het IPG. Hierna zal duidelijk worden wat dit clusterverbod inhoudt.

Artikel 1.5 Aanbestedingswet geeft als uitgangspunt dat opdrachten niet onnodig samengevoegd mogen worden, het clusterverbod. Hierbij kan men bijvoorbeeld denken aan het ongeoorloofd samenvoegen en in één aanbesteding uitzetten van een opdracht voor postbezorging en schoonmaak die door één leverancier geleverd dient te worden. Het doel van deze bepaling is om de kansen van het MKB bij een aanbesteding te vergroten.⁶⁴ Immers, er zijn weinig MKB-bedrijven die in staat zijn om een opdracht voor postbezorging en schoonmaak zelfstandig uit te voeren. Het clusterverbod is echter geen absoluut verbod. Verschillende opdrachten mogen worden samengevoegd, echter moet dit in redelijke verhouding staan tot het voorwerp van de opdracht en dus proportioneel zijn (artikelen 1.10, 1.13 en 1.16 Aw).

De Gids onderscheidt drie vormen van clusteren: 1. het binnen één aanbestedende dienst samenvoegen van gelijksoortige opdrachten, 2. het samenvoegen van gelijksoortige opdrachten door verschillende aanbestedende diensten en 3. het samenvoegen van ongelijksoortige opdrachten. Deze derde vorm van samenvoegen kan betrekking hebben op ongelijksoortige opdrachten die tegelijkertijd of achtereenvolgens moeten worden uitgevoerd.⁶⁵ Hierbij moet men denken aan bijvoorbeeld de opdracht voor het aanleggen van een weg en de opdracht voor het latere onderhoud aan diezelfde weg die in één aanbesteding uitgezet worden.

Volgens de Gids schuilt een risico voor disproportionaliteit in het samenvoegen vooral bij het in de markt zetten van een zeer omvangrijke opdracht, die of zonder verdere perceelindeling in de markt wordt gezet, of in hele grote percelen waardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten.⁶⁶

Voordat opdrachten samengevoegd worden, dient in ieder geval in de belangenafweging en in de aanbestedingsstukken acht te worden geslagen op de niet-limitatieve lijst met criteria zoals die genoemd staan in lid 1 van artikel 1.5 Aanbestedingswet (onderdeel a t/m c):

- a. *De samenstelling van de relevante markt en de invloed van de samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf;*

Hierbij moet onder ander rekening gehouden worden met de verhouding tussen grote en midden- kleinbedrijven.⁶⁷

- b. *De organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en de ondernemer;*
- c. *De mate van samenhang van de opdrachten.*

⁶⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 440, 3, p. 54 (MvT)

⁶⁵ Gids Proportionaliteit. Eerste herziening, april 2016, par. 3.3.1.

⁶⁶ Gids Proportionaliteit. Eerste herziening, april 2016, par. 3.3.2.

⁶⁷ Kamerstukken II 2011/12, 32 440, 29,

Van belang kan hierbij zijn dat de onderdelen onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.⁶⁸

De samenvoeging moet gerechtvaardigd zijn en gemotiveerd worden met het oog op bovengenoemde criteria.⁶⁹

Percelen

Mocht de aanbestedende dienst het nodig achten om samen te voegen, dan dient deze samengevoegde opdracht opgedeeld te worden in percelen, tenzij de aanbestedende dienst dit niet passend acht (art. 1.5 lid 3 Aanbestedingswet).

Redenen om een samengevoegde opdracht op te delen in percelen kunnen zijn:

- De opdracht vraagt verschillende expertises die veelal niet in één onderneming verenigd zijn;
- De aanbestedende dienst wil ook de wat kleinere ondernemingen in de gelegenheid stellen om mee te dingen naar een deel van de opdracht;
- Door het opdelen in percelen wil de aanbestedende dienst voorkomen niet van één marktpartij afhankelijk te zijn.

Voorbeeld van perceelindeling:

Het Ministerie van Algemene zaken (AZ) en de Tweede Kamer kopen gezamenlijk drukwerk in. De opdracht wordt verdeeld in een perceel voor AZ en een perceel voor de Tweede Kamer, zodat meer bedrijven kans maken op (een deel van) de overheidsopdracht.

In overweging 78 van Richtlijn EU/2014/24 worden een aantal voorbeelden van redenen genoemd waarom afgezien kan worden van perceelindeling. Afzien van perceelindeling kan bijvoorbeeld nodig zijn omdat een verdeling in percelen de mededinging dreigt te beperken, of de uitvoering van het contract zou daardoor technisch uitzonderlijk moeilijk en te duur maken, of de noodzakelijke coördinatie tussen opdrachtnemers vanwege de perceelindeling dreigt de uitvoering van de opdracht ernstig te ondermijnen.

Wanneer de aanbestedende dienst het opdelen in percelen niet passend acht voor de opdracht, dan dient ook deze keuze gemotiveerd te worden in de aanbestedingsstukken. Afzien van perceelindeling kan disproportioneel zijn wanneer een belangrijk deel van de

markt wordt uitgesloten. Daarnaast dient er een goed evenwicht te zijn in de grootte van de opdracht en/ of de omvang van de percelen zodat een belangrijk deel van de markt niet wordt uitgesloten.⁷⁰

Jurisprudentie met betrekking tot het clusteren

Om een beter beeld te krijgen hoe de rechter kijkt naar het clusteren door aanbestedende diensten, is onderzoek gedaan naar relevante jurisprudentie. Deze zal hierna worden besproken.

68 HvJ EU 21 februari 2008, nr. C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102 (*Commissie/Italië*)

69 Gids Proportionaliteit. Eerste herziening, april 2016, par. 3.3.1.

70 Gids Proportionaliteit. Eerste herziening, april 2016. Par. 3.3.2.

Uit jurisprudentie blijkt dat vorderingen op grond van het clusterverbod door de rechter niet vaak worden toegewezen. De Commissie van Aanbestedingsexpert komt in haar niet bindende adviezen vaker tegemoet aan de vorderingen van eiser op dit onderwerp, maar ook daar blijkt dat een beroep op het clusterverbod in minder dan de helft van de gevallen succesvol is.⁷¹

In een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam werd geoordeeld dat hoewel er sprake was van verschillende aanbestedende diensten, die elk een zelfstandige rechtspersoon betroffen, er toch sprake was van één aanbestedende dienst, omdat de combinatie viel onder een overkoepelende Stichting, met één Raad van Bestuur, één Raad van Toezicht en één facilitaire dienst. Hoewel de Stichting de aanbesteding niet zelf had uitgeschreven, legde dit feit onvoldoende gewicht in de schaal om uit te gaan van drie afzonderlijke aanbestedende diensten.⁷²

Het Hof in Den Bosch oordeelde ten aanzien van het zowel geografisch (verschillende aanbestedende diensten) als inhoudelijk clusteren van een opdracht dat hoewel het uitvoeren van de verschillende vervoerstromen onderling niet verweven waren omdat de vervoersstromen hun basis vonden in verschillende regelingen, verschillend werden gefinancierd en door aanbieders ieder op een andere wijze wordt georganiseerd, dit niet afdeed aan het feit dat inschrijvers met die verschillen niet te maken zouden hebben, omdat van hen (slechts) gevraagd werd bemande vervoermiddelen ter beschikking te stellen. Het Hof deelt dan ook het (voorlopig) oordeel van de voorzieningenrechter dat in de door de Gemeenten gekozen nieuwe opzet geen sprake is van clustering van ongelijksoortige opdrachten, maar van één opdracht.⁷³

Hieruit volgt dus ook dat van belang is in hoeverre inschrijvers te maken hebben met eventuele verschillende aanbestedende diensten tijdens de uitvoering van het contract om te bepalen of er sprake is van één of meerdere (ongelijksoortige) opdrachten.

De Rechtbank Limburg oordeelde dat bij een samengevoegde opdracht van meerdere gemeentes voor de aanbesteding van zonnepanelen een verdeling in percelen niet gewenst was, omdat één aanspreekpunt, zowel voor de opdrachtnemer als voor de acht samenstellende gemeentes, ongewenste situaties en ongelijkheid juist zou voorkomen. Hierin speelde tevens mee dat regie en uitvoering elk in één hand lagen.⁷⁴ Van belang is dus hoe de uitvoering van het contract plaatsvindt. Dit kan bijvoorbeeld centraal of decentraal geregeld zijn.

In een andere zaak oordeelde de Rechtbank Midden-Nederland in kort geding dat een universitair ziekenhuis te veel medische productgroepen had samengevoegd in één opdracht, waarbij de rechter oordeelde dat niet was gebleken dat het ziekenhuis aandacht had geschonken aan de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor ondernemers. Ook was er sprake van onvoldoende samenhang tussen de soort producten. Clustering was dan ook niet gerechtvaardigd. Temeer ook omdat niet viel in

71 Mr. M.C. Pinto, Noot bij ECLI:NL:RBMNE:2015:4685, JAAN, 2015/185, afl. 6

72 Rb. Amsterdam (vzr.) 10 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4094 (R.o. 4.5)

73 Rb. Den Bosch (vzr.) 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943. (R.o. 6.20)

74 Rb. Limburg (vzr.) 27 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4546. (R.o. 4.7 en 4.8)

te zien waarom er niet voor was gekozen om de opdracht in percelen op te delen. Het clusteren was door het ziekenhuis dan ook niet aannemelijk gemaakt.⁷⁵

Wanneer de Categorie Datacenters dus samen met andere IPG leden een aanbesteding wil doen, dient zij rekening te houden met de regels omtrent het niet onnodig samenvoegen van opdrachten (art. 1.5 AW).

3.6. Uitgezonderde opdrachten

Zoals met alle regelgeving, zijn er altijd uitzonderingen op de situatie. In sommige gevallen hoeven overheidsopdrachten die boven de drempelwaarde uitkomen, niet aanbesteed te worden. Voor het onderzoek is het interessant om te weten in welke gevallen dit zo is, omdat dit inzicht geeft in de ruimte die er is om aanbestedingen zodanig in te richten dat gezamenlijk inkopen wel mogelijk is.

Een aanbestedende dienst wordt door het EU-recht niet beperkt in zijn vrijheid om zijn taak van openbaar belang te vervullen met zijn eigen administratieve, technische en andere middelen. Wanneer de aanbestedende dienst echter besluit een afzonderlijke entiteit op commerciële basis te contracteren, dan dient hij dit op een transparante en niet-discriminerende wijze te regelen.⁷⁶ Afdeling 2.1.3 van de Aanbestedingswet benoemt overheidsopdrachten die zijn uitgezonderd van de bepalingen zoals die zijn genoemd in deel 2 van de Aanbestedingswet, wat concreet betekent dat deze opdrachten niet aanbesteed hoeven te worden. Opvallend is dat de Richtlijn⁷⁷ waarop deze Aanbestedingswet is gebaseerd, de gehele Richtlijn buiten toepassing verklaart bij deze soort overheidsopdrachten. Waarom de Nederlandse wetgever heeft gekozen voor een versmalling door alleen deel 2 van de Aanbestedingswet buiten toepassing te verklaren, wordt uit de wetgeschiedenis niet duidelijk. De aanbestedingsrechtelijke beginselen (paragraaf 3.4) zoals die worden aangehaald in deel 1 van de Aanbestedingswet zouden in theorie dus wel van toepassing zijn op deze overheidsopdrachten. Uit het interview met één van de experts blijkt dat deze versmalling een fout in de wetgeving is die men niet heeft hersteld.⁷⁸ Volgens literatuur is het onduidelijk of de andere hoofdstukken van de Aanbestedingswet wel verplichtingen met zich meebrengen. Jurisprudentie hierover wordt dan ook afgewacht.⁷⁹

Voor zover dit relevant is voor dit onderzoek worden deze uitzonderingen op het aanbesteden hierna besproken.

De artikelen 2.24a tot en met 2.24c AW zijn een implementatie van artikel 12 van de richtlijn 2014/24/EU⁸⁰ en noemt drie uitzonderingen. Het betreft hier vormen van publiek-publieke samenwerking, waarbij drie vormen worden omschreven:

1. Verticale samenwerking. (art. 2.24a AW).

75 Rb. Midden-Nederland (vzr.) 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685. (R.o. 4.8 t/m 4.12)

76 Europa Decentraal, *Nieuwe Europese Aanbestedingsrichtlijnen* (15 juni 2016), Geraadpleegd op 16 december 2016 van <https://www.europadecentraal.nl/wp-content/uploads/2016/06/Notitie-implementatie-nieuwe-aanbestedingsrichtlijnen-in-de-Aanbestedingswet-juni-2016.pdf>

77 Richtlijn 2014/24/EU

78 Onderzoeksobject 2b i.

79 Pianoo, *Visie 5: Inbesteden, quasi-inbesteden, publiek-publieke samenwerking, uitbesteden en aanbesteden* (z.d.), Geraadpleegd op 24 februari 2017 van <https://www.pianoo.nl/over-pianoo/vakgroepen/vakgroep-aanbestedingsrecht/visie-5-inbesteden-quasi-inbesteden-publiek-publieke-samenwerking-uitbesteden>.

80 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, 3, p 38 (MvT)

2. Inbesteden middels een rechtspersoon (art. 2.24b AW)
3. Horizontale samenwerking (art. 2.24c AW)

Ook de vormen van publiek-publieke samenwerking door middel van een uitsluitend recht en door overdracht van bevoegdheden zullen verderop in dit hoofdstuk aan de orde komen. De vorm van publiek-publieke samenwerking zuiver inbesteden is niet meegenomen in het onderzoek, omdat dit gaat over opdrachtverstrekking binnen één rechtspersoon. De leden van het IPG zijn verschillende rechtspersonen, zodat deze uitgezonderde opdracht niet verder onderzocht hoeft te worden.

3.6.1. Verticale samenwerking (2.24a AW)

Bij verticale samenwerking, ook wel quasi-inbesteden genoemd, wordt een overheidsopdracht gegund aan een van hem afgescheiden privaot- of publiekrechtelijke rechtspersoon. Relevant in dit onderzoek is dan ook de vraag of het wellicht mogelijk zou zijn in dit kader dat de leden van het IPG aan de Categorie Datacenters de opdracht geven om voor hen een aanbesteding van datacentermiddelen in de markt te zetten.

Om van de uitzondering van quasi-inbesteden gebruik te kunnen maken moet wel aan drie cumulatieve voorwaarden worden voldaan wil dit zijn toegestaan:

- a. De aanbestedende dienst oefent toezicht uit op de rechtspersoon zoals op eigen diensten of op een rechtspersoon die toezicht houdt op de rechtspersoon aan wie de opdracht gegund wordt (Figuur 4);
- b. De gecontroleerde rechtspersoon voert meer dan 80% van zijn taken uit die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende dienst of door andere, door diezelfde aanbestedende dienst gecontroleerde rechtspersonen, en
- c. In de gecontroleerde rechtspersoon is geen sprake van directe participatie van privékapitaal, met uitzonderingen van genoemde vormen van participatie.

Uitoefenen toezicht (a.)

De eerste voorwaarde, zoals ook uitgebeeld in Figuur 4, volgt uit de uitspraak in de zaak Teckal van het Hof van Justitie van de Europese Unie.⁸¹

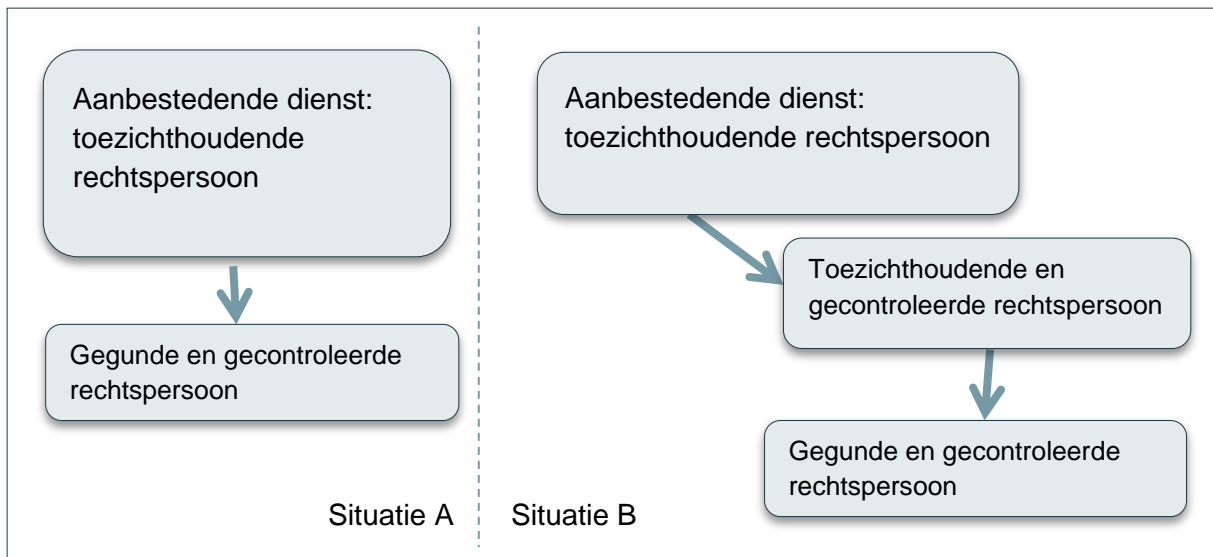
Om te beoordelen of sprake is van rechtstreeks toezicht, moet rekening worden gehouden met alle relevante wetsbepalingen en omstandigheden.⁸² Uit lid 3 van artikel 2.24a AW volgt dat toezicht wordt uitgeoefend *zoals op zijn eigen diensten*, wanneer de aanbestedende dienst zowel op strategische doelstellingen als op belangrijke beslissingen een beslissende invloed uitoefent. Het toezicht kan ook kan ook worden uitgeoefend door een andere rechtspersoon (Figuur 4, situatie B).

Voorbeeld

Een voorbeeld van quasi-inbesteden is wanneer provincie X zonder het doorlopen van een aanbestedingsprocedure, de opdracht voor afvalverwerking rechtstreeks gunt aan Afvalverwerking B.V., waarbij provincie X 100% eigenaar is van dit bedrijf.

81 HvJ EU 18 november 1999, C107-98, r.o. 50, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal Srl*)

82 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, 3, p 38 (MvT)



Figuur 4 Verticale samenwerking

Toegewezen taken (b.)

De tweede voorwaarde betreft de hoeveelheid van toegewezen taken door de aanbestedende dienst. Deze toewijzing van taken kan direct (Figuur 4, Situatie A) als indirect zijn (Figuur 4, Situatie B). In de zaak Teckal was de norm voor toegewezen taken het *merendeel* en in de zaak Asemfa/Tragsa oordeelde het hof dat 90% volstond.⁸³ Sub b van artikel 2.24a AW bepaalt nu dat meer dan 80% van de activiteiten wordt uitgeoefend in de vorm van taken die hem direct of indirect zijn toegewezen door de aanbestedende dienst. Hierbij is het niet van belang of de aanbestedende dienst dan wel de gebruiker profiteert van die activiteiten. Ook is het niet van belang of de controlerende aanbestedende dienst voor de diensten betalen.⁸⁴ Een recente uitspraak van het Europese Hof vult aan dat werkzaamheden die door een niet-deelnemende overheidsinstantie (aan de betreffende aanbesteding) zijn opgelegd ten behoeve van niet-deelnemende overheidslichamen, niet moeten worden meegerekend bij de berekening van activiteiten, aangezien die werkzaamheden moeten worden geacht te zijn verricht voor derden.⁸⁵

Hoe men 80% vaststelt wordt bepaald in het vierde lid van artikel 2.24a en gaat op basis van de gemiddelde totale omzet over de laatste drie jaren voorafgaand aan de gunning van de overheidsopdracht. Voor de gemiddelde omzet mag ook een geschikt alternatief en op activiteit gebaseerde maatstaf worden gebruikt, zoals de kosten die door de betrokken rechtspersoon of de aanbestedende dienst zijn gemaakt met betrekking tot diensten, leveringen en werken.

Wanneer cijfers over omzet niet beschikbaar of relevant zijn in verband met de datum van oprichting of de aanvang van de bedrijfsactiviteiten van de gecontroleerde rechtspersoon of aanbestedende dienst, of in verband met een reorganisatie van de activiteiten van de

⁸³ HvJ EU 19 april 2007, C-295/05, r.o. 63, ECLI:EU:C:2007:227 (*Asemfo/ Tragsa*)

⁸⁴ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, 3, p 39 (MvT)

⁸⁵ HvJ EU 8 december 2016, C-553/15, r.o.38, ECLI:EU:C2016:935 (*Undis/ Sulmona*)

gecontroleerde rechtspersoon, kan men ook door middel van bedrijfsprognoses aantonen dat de berekening van de activiteit aannemelijk is.⁸⁶

Participatie privékapitaal (c.)

De derde voorwaarde als genoemd onder C schrijft tot slot voor dat er geen sprake mag zijn van directe participatie van privékapitaal in de gecontroleerde rechtspersoon (Stadt Halle).⁸⁷ en ⁸⁸ Dit zou namelijk een onrechtmatig voordeel geven aan ondernemers die participeren ten opzichte van hun concurrenten, omdat de opdracht niet voor mededinging wordt opengesteld.⁸⁹ Uitzondering op deze situatie is in geval deze participatie is vereist op grond van nationale regelgeving en die verenigbaar is met het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie en door middel waarvan geen beslissende invloed kan worden uitgeoefend op de gecontroleerde rechtspersoon. Ook mag die deelneming van privékapitaal geen vorm van controle of blokkerende macht opleveren.⁹⁰ Reden voor deze uitzondering is omdat een dergelijke participatie de concurrentie tussen particuliere ondernemingen niet negatief beïnvloeden.⁹¹

Stadt Halle (C26-03)

“De deelneming, ook al is het slechts voor minder dan de helft, van een particuliere onderneming in het kapitaal van een vennootschap waarin ook de betrokken aanbestedende dienst deelneemt, sluit [...] hoe dan ook uit dat die aanbestedende dienst op die vennootschap toezicht kan uitoefenen zoals op zijn eigen diensten.” (R.o. 49)

Omgekeerde quasi-inbesteden

Wanneer een gecontroleerde rechtspersoon een overheidsopdracht gunt aan de aanbestedende dienst die hem direct of indirect controleert, dan is deel 2 van de Aanbestedingswet ook niet van toepassing, aldus het tweede lid van artikel 2.24a AW. Ook hierbij geldt de voorwaarde als genoemd onder C (participatie privékapitaal). Hierbij geschiedt de gunning dus andersom ten opzichte van de situatie zoals omschreven in lid 1 van artikel 2.24a AW en zoals hiervoor is uiteengezet. De aanbestedende dienst is in deze situatie degene op wie toezicht wordt uitgeoefend.

Verticale samenwerking wordt voor dit onderzoek niet mogelijk geacht en daarom niet verder onderzocht, omdat er geen *toezicht zoals op eigen diensten* is tussen de Categorie Datacenters (of eventueel DUO en/ of Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap) en de IPG leden. Verticale samenwerking zal derhalve geen onderzoekspunt zijn.

3.6.2. Inbesteden middels een rechtspersoon (art. 2.24b AW)

De volgende uitzondering op de aanbestedingsregels vinden we in artikel 2.24b Aanbestedingswet en is een implementatie van het derde lid van artikel 12 van richtlijn 2014/24/EU.⁹² Hier wordt een uitzondering voor het naleven van deel 2 van de Aanbestedingswet gemaakt voor overheidsopdrachten die door de aanbestedende dienst aan een andere rechtspersoon worden gegund, indien:

86 Artikel 2.24a lid 5 Aanbestedingswet 2012

87 Artikel 2.24a lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012

88 HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03, r.o. 49 en 52 (*Stadt Halle*)

89 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, 3, p 39 (MvT)

90 Artikel 2.24a lid 1 sub c Aanbestedingswet 2012

91 Richtlijn 2014/24/EU, overweging 32

92 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, 3, p 40 (MvT)

- a. Op die rechtspersoon samen met andere aanbestedende diensten toezicht wordt uitgeoefend zoals op de eigen diensten,
- b. De gecontroleerde rechtspersoon meer dan 80% van de activiteiten uitvoert die hem zijn toegewezen door de controlerende aanbestedende diensten (direct), of door andere door diezelfde aanbestedende diensten gecontroleerde rechtspersonen (indirect), en
- c. In de gecontroleerde rechtspersoon geen participatie is van privékapitaal, met uitzondering van een aantal genoemde vormen van participatie.

Bij deze vorm van inbesteden is er sprake van meerdere aanbestedende diensten en een los daarvan staande rechtspersoon. De aanbestedende diensten kunnen hiertoe samen een privaot- of publiekrechtelijke rechtspersoon oprichten of een al bestaande privaot- of publiekrechtelijke rechtspersoon benutten, die gegunde opdrachten voor deze aanbestedende diensten uitvoert.⁹³ Hierbij moet wel worden voldaan aan de voorwaarden zoals die zijn genoemd onder a t/m c. Deze voorwaarden, die codificaties zijn van Europese rechtspraak in onder andere de zaak *Coditel*, worden verder uitgewerkt in het tweede en derde lid van hetzelfde artikel.⁹⁴

Toezicht uitoefenen (a.)

Het toezicht dat de aanbestedende diensten op de rechtspersoon uitoefenen moet zoals op hun eigen diensten zijn. De besluitvormingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon moet zijn samengesteld uit vertegenwoordigers van alle deelnemende aanbestedende diensten, waarbij individuele vertegenwoordigers verscheidene of alle deelnemende aanbestedende diensten kunnen vertegenwoordigen. Gezamenlijk moeten deze aanbestedende diensten in staat zijn beslissende invloed uit te oefenen op de strategische doelstellingen en belangrijke beslissingen van de gecontroleerde rechtspersoon.⁹⁵ Dat de beslissingsorganen van de gecontroleerde rechtspersoon bestaan uit afgevaardigden van de overheidsinstanties die bij haar zijn aangesloten, wijst erop dat deze instanties controle uitoefenen op de beslissingsorganen van de rechtspersoon en dus een doorslaggevende invloed kunnen uitoefenen op zowel de strategische doelstellingen als op de belangrijke beslissingen van deze rechtspersoon.⁹⁶ Deze gecontroleerde rechtspersoon mag geen

Coditel (C-324/07)

De zaak *Coditel* handelt over de invulling van het toezicht criterium bij quasi-inbesteden. Door de Belgische Raad van State werden drie prejudiciële vragen aan het Europese hof van Justitie gesteld. Op de derde vraag antwoordde het Hof dat om te spreken over toezicht zoals op eigen diensten, dit gezamenlijk mag worden uitgeoefend door de aanbestedende diensten en dat dit toezicht effectief moet zijn. Toezicht door een meerderheid van aanbestedende diensten volstaat in dat geval.

⁹³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 329, 3, p 40 (MvT)

⁹⁴ HvJ EU 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel*)

⁹⁵ Artikel 2.24b lid 2 Aanbestedingswet 2012

⁹⁶ HvJ EU 13 november 2008, C-324/07, r.o. 34, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel*)

⁸⁰ Artikel 2.24b lid 2 Aanbestedingswet 2012

belangen nastreven die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten.⁹⁷

Voor de beoordeling of sprake is van toezicht als op eigen diensten is de gekozen rechtsvorm van de gecontroleerde rechtspersoon of het feit dat de controlerende aanbestedende diensten het volledige kapitaal van de rechtspersoon in handen heeft, op zichzelf niet van doorslaggevende betekenis.⁹⁸

Toegewezen taken (b.)

Ten aanzien van de hoeveelheid toegewezen taken, geldt dezelfde voorwaarde als genoemd in artikel 2.24a lid 1 sub b AW namelijk 80%.

Wanneer de gecontroleerde rechtspersoon activiteiten ontplooit die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten door zich bijvoorbeeld op de reguliere markt te richten en over een bepaalde mate van zelfstandigheid beschikt, dan kan daarmee de voorwaarde van toezicht als op eigen diensten onzeker worden.⁹⁹

Participatie privékapitaal (c.)

Voor dit derde criterium gelden dezelfde voorwaarden als die ook zijn besproken in paragraaf 3.6 onder Participatie privékapitaal.

Wanneer in de specifieke situatie van dit onderzoek dus gebruik gemaakt zou worden van deze uitzondering, zou er een aparte rechtspersoon moeten zijn of opgericht moeten worden, waarop alle leden van het IPG gezamenlijk toezicht op uitoefenen. Deze rechtspersoon zou dan de aanbesteding van datacentermiddelen voor alle IPG leden kunnen uitvoeren, rekening houdend met de voorwaarden zoals die hiervoor zijn vermeld. Deze mogelijkheid zal in de praktijk verder worden onderzocht.

3.6.3. Horizontale samenwerking (art. 2.24c AW)

Een derde uitzondering op de aanbestedingsregels is die van de horizontale samenwerking. Het laatste artikel van afdeling 2.1.3. maakt het mogelijk dat twee of meer aanbestedende diensten aan elkaar opdrachten gunnen, indien:

- a. De overheidsopdracht voorziet in of uitvoering geeft aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen,
- b. De invulling van die samenwerking uitsluitend berust op overwegingen in verband met het openbaar belang, en
- c. De deelnemende aanbestedende diensten op de open markt niet meer dan 20% van de onder samenwerking vallende activiteiten voor hun rekening nemen.¹⁰⁰

Bij deze vorm van publiek-publieke samenwerking, aangeduid als horizontale samenwerking, is er dus geen sprake van een bepaalde rechtsvorm.¹⁰¹ De diensten die worden verleend door de verschillende deelnemende instanties kunnen complementair zijn en hoeven niet

⁹⁸ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, 3, p 41 (MvT)

⁹⁹ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, 3, p 41 (MvT)

¹⁰⁰ Artikel 2.24c lid 1 Aanbestedingswet 2012.

¹⁰¹ Kamerstukken II 2015/16, 34 329, 3, p 41 (MvT)

identiek te zijn. Ook voor deze vorm van samenwerking geldt dat dit uitsluitend uit overwegingen van algemeen belang plaatsvindt, zodat particuliere ondernemingen niet bevoordeeld worden ten opzichte van haar concurrenten.¹⁰²

De samenwerking moet gebaseerd zijn op een samenwerkingsmodel. Zolang er maar sprake is van verbintenissen om in een samenwerkingsverband bij te dragen tot het verrichten van de openbare dienst in kwestie, is het niet vereist dat alle deelnemende diensten de nakoming van de voornaamste contractuele verplichtingen op zich nemen.¹⁰³

In het praktijkgedeelte van het onderzoek zal onderzocht worden of van deze uitzondering gebruik kan worden gemaakt met het oog op de Categorie en het IPG.

3.6.4. Uitsluitend recht

Een andere vorm van publiek-publieke samenwerking vinden we in Artikel 2.24 sub a Aanbestedingswet. Hierbij gunt de ene aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst, of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten, de opdracht tot het verrichten van diensten op basis van een uitsluitend recht. Dit uitsluitend recht moet wel verenigbaar zijn met het VWEU. Uit het begrip “uitsluitend recht” dat we vinden in artikel 1.1 Aanbestedingswet volgt dat dit recht middels een wettelijk voorschrift of bij een besluit van een bestuursorgaan moet zijn verleend, waarbij dit recht binnen een bepaald geografisch gebied moet worden uitgeoefend.¹⁰⁴ Hierbij is dus geen toezichtsverhouding vereist tussen de aanbestedende dienst die de opdracht gunt en de aanbestedende dienst die de opdracht verricht. Ook hoeft niet aan het merendeel criterium te worden voldaan.¹⁰⁵

Het Kadaster is bijvoorbeeld op basis van een uitsluitend recht dat wettelijk is vastgelegd, aangewezen om bepaalde diensten te verrichten voor andere aanbestedende diensten.

De ontvangende aanbestedende dienst moet ook een onderneming zijn, anders wordt niet voldaan aan de definitie van een overheidsopdracht (zie paragraaf 3.2.1). De ontvangende aanbestedende dienst moet dus een dienst aanbieden op een markt, ongeacht of dit met of zonder winstoogmerk is. Of sprake is van een onderneming moet men kijken of particuliere ondernemingen ook in de behoeften die men aan de ontvangende aanbestedende dienst wil opdragen, (kunnen) voorzien. Dit is namelijk een kenmerk van een markt waarop diensten en producten worden aangeboden. Wanneer de ontvangende aanbestedende dienst niet is aan te merken als een onderneming, dan is geen sprake van een overheidsopdracht en kan de opdracht dus direct verleend worden.¹⁰⁶ Zoals in paragraaf 3.2.1 ook al werd aangehaald, is de Categorie op dit moment geen onderneming. Dit zou echter veranderen wanneer zij buiten de rechtspersoon Staat dienstverlening zou aanbieden, bijvoorbeeld aan de IPG leden.

102 Richtlijn 2014/24/EU, overweging 33

103 Richtlijn 2014/24/EU, overweging 33

104 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 440, 3, P. 61-62. (MvT)

105 I. van den Berge, Y. Ditters & A. Gelderman, *Handreiking Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht*, Den Haag: Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2015. P. 55.

106 Mr. T.H.G. Robbe, *Uitzonderingen Aanbestedingsrecht*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2009. P. 61

Om te bepalen of het uitsluitende recht verenigbaar is met het VWEU, is van belang dat het recht niet mag leiden tot ongerechtvaardigde beperking van het vrije verkeer of de mededinging.¹⁰⁷

Wellicht dat deze uitzondering zich ervoor leent dat de leden van het IPG een uitsluitend recht aan de Categorie verstrekken om voor hen datacentermiddelen aan te kopen. In de praktijk zal onderzocht worden of deze vorm voor de Categorie en het IPG haalbaar is.

3.6.5. Overdracht van bevoegdheden

Een vorm van publiek-publieke samenwerking die we niet terugvinden in aanbestedingsrechtelijke jurisprudentie of regelgeving,¹⁰⁸ is de overdracht van bevoegdheden. Deze vorm vinden we terug in artikel 1 lid 6 van Richtlijn 2014/24/EU. Hierbij worden bevoegdheden en verantwoordelijkheden tussen (groepen van) aanbestedende diensten overgedragen. De aanbestedende dienst die de bevoegdheid overgedragen krijgt, moet deze bevoegdheid zelfstandig en op eigen verantwoordelijkheid uitoefenen. De overdragende aanbestedende dienst is daarmee de verantwoordelijkheid en daarmee ook de controlerende invloed op de betreffende openbare taak kwijt. In het midden blijft hoe deze overdracht van bevoegdheden moet plaatsvinden, dit zou middels delegatie of mandaat kunnen.¹⁰⁹ In de Handreiking publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht van de Vereniging van Nederlandse Gemeenten wordt het volgende voorbeeld gegeven: Vier gemeenten dragen hun verantwoordelijkheid voor de inzameling van huishoudelijk afval over aan een andere gemeente, die een eigen milieustraat heeft. Van belang is dat tegenover de overdracht van bevoegdheden geen vergoeding van contractuele prestaties staat. Vraag is dan of een vergoeding voor de kosten wel is toegestaan. Dit moet verder duidelijk worden uit toekomstige jurisprudentie.¹¹⁰

Het is nog niet duidelijk of de 'verantwoordelijkheid' voor het inkopen van datacentermiddelen ook hieronder zou kunnen vallen. Dit zal in de praktijk verder onderzocht worden.

3.7. Ministeriële regeling

Bij regeling van de toenmalige Minister-President J.P. Balkenende is op 3 november 2004 vastgesteld dat de Rijksvoorlichtingsdienst (hierna te noemen RVD) alle media inkoop voor de Rijksoverheid, medeoverheden (gemeenten, provincies, gemeenschappelijke regelingen en waterschappen) en ook voor organisaties gelieerd aan de Rijksoverheid (ZBO's, RWT's en Staatsdeelnemingen) zal verzorgen.¹¹¹ Voor de diensten van de RVD aan de overheden wordt een kostendeckende vergoeding betaald. De RVD heeft middels een Europese aanbestedingsprocedure een contract afgesloten met een erkend media-inkoop bureau voor het gehele rijk, inclusief daaraan gelieerde organisaties als hiervoor genoemd. Dit bureau zorgt voor de feitelijke inkooptaken en de RVD zorgt voor sturing en regie op het inkoopproces, opdrachtverlening, controle en kwaliteitsbewaking e.d. Als motivatie voor deze vorm van samenvoegen is in de toelichting op de regeling aangegeven dat op deze wijze grote kortingen kunnen worden gerealiseerd, waarbij de meerwerkzaamheden voor de RVD

107 Mr. T.H.G. Robbe, *Uitzonderingen Aanbestedingsrecht*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2009. P. 62

108 Prof. mr. dr. Van Romburgh gaf tijdens het interview als reden aan dat dit al geregeld is in andere regelgeving.

109 I. van den Berge, Y. Ditters & A. Gelderman, *Handreiking Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht*, Den Haag: Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2015. P. 58

110 I. van den Berge, Y. Ditters & A. Gelderman, *Handreiking Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht*, Den Haag: Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2015. P. 62

111 Regeling media-inkoop 2004

beperkt zijn. Dit leidt tot doelmatigheidsvoordelen voor de totale overheid. Toegelicht wordt dat door de samenwerking de RVD een grotere en betrouwbaarder partij wordt voor de markt, waarbij grotere efficiencywinsten behaald kunnen worden en gunstigere voorwaarden bedongen kunnen worden. Deze regeling is mede mogelijk geworden op basis van de inmiddels vervallen 'Aanwijzingen inzake het verrichten van marktactiviteiten door organisaties binnen de rijksdienst.'¹¹² Doordat de feitelijke inkoopfunctie is uitbesteed aan een erkend media-inkoop bureau, wordt het marktconforme deel van de werkzaamheden behartigd. De RVD fungeert enkel als bemiddelaar tussen het media-inkoop bureau en de (overheids) opdrachtgevers. Periodiek zal er een Europese aanbestedingsprocedure worden opgestart voor het verrichten van de werkzaamheden door een (ander) media-inkoop bureau. De duur van de overeenkomst wordt niet vermeld.¹¹³

Onderzocht zal worden of een dergelijke regeling ook mogelijk is voor de Categorie Datacenters.

3.8. Aankoopcentrale

Afdeling 2.1.1.1a van de Aanbestedingswet geeft een aantal mogelijkheden waarop aanbestedingen plaats kunnen vinden. Hierbij wordt dus niet aangegeven in welke gevallen de aanbestedingsregels niet hoeven te worden toegepast, zoals in paragraaf 3.6 aan de orde is gekomen.

3.8.1. Aankoopcentrale (art. 2.11 AW)

Een van die mogelijkheden is door middel van de aankoopcentrale, zoals voorgeschreven in artikel 2.11 AW. In artikel 1.1 AW wordt als definitie van een aankoopcentrale gegeven:

'Een aanbestedende dienst die [...] een gecentraliseerde aankoopactiviteit en eventueel een aanvullende aankoopactiviteit verricht.'

Waar in Nederland een aankoopcentrale niet veel gebruikt wordt, is dit in een aantal andere EU-lidstaten een wijdverbreid fenomeen en in sommige gevallen zelfs iets waar aanbestedende diensten verplicht gebruik van moeten maken.¹¹⁴

Aankoopcentrales zijn belast, al dan niet tegen vergoeding, met het verrichten van aankopen, het beheren van dynamische aankoopssystemen¹¹⁵ en het plaatsen van overheidsopdrachten voor aanbestedende diensten. Het is een systematische en geïnstitutionaliseerde vorm van gezamenlijk aankopen.¹¹⁶

112 Geldend van 01-07-1998 t/m 30-06-2012

113 Regeling media-inkoop 2004 van 3 november 2004, kenmerk: 04R36868.

114 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, 3, p. 29. (MvT)

115 Een dynamisch aankoopstelsel is een elektronisch proces voor het doen van gangbare aankopen (art. 1.1 AW).

116 Richtlijn 2014/24/EU, overweging 69 en 71

Engelse model

De grootste aankoopcentrale in het Verenigd Koninkrijk is Gouvernement Procurement Services (GPS). De inkoopfaciliteiten van GPS worden opengesteld voor zowel de rijksoverheid als lagere overheden. Voor de rijksoverheid geldt in beginsel een verplichting om mee te doen (comply or explain), de lagere overheden mogen vrijwillig meedoen. (mr. C. Matulelessya en mr. L. van der Tak, 'Meer besparen met het Engelse model', *Tender Nieuwsbrief 2013*, afl. 2.)

Uit de definitie van de aankoopcentrale blijkt dat er twee varianten van aankoopcentrales zijn, de groothandel of de tussenpersoon. Een groothandel is vooral geschikt voor de aankoop van grote aantallen, gangbare producten. Bij deze vorm van een aankoopcentrale is wel een voorraadrisico dat gefinancierd moet worden, omdat de aankoopcentrale de leveringen of diensten eerst zelf inkoopt alvorens ze door te verkopen. Aanbestedende diensten zijn echter niet verplicht om bij de groothandel in te kopen. Wanneer voor deze vorm wordt gekozen, dient rekening te worden gehouden met de comptabele wet- en regelgeving (o.a. de Comptabiliteitswet 2001).¹¹⁷ Deze wet- en regelgeving ziet op het beheer van de financiën. Artikel 2.11 lid 1 AW geeft de mogelijkheid voor aanbestedende diensten leveringen of diensten van een aankoopcentrale als groothandel in te kopen.

Een aankoopcentrale is in alle gevallen een aanbestedende dienst die op permanente basis aankoopactiviteiten verricht en moet dus zelf ook alle bepalingen van deel 1 van de Aanbestedingswet in acht nemen. Hierbij moet men dus denken aan de algemene beginselen en de bepalingen met betrekking tot het al of niet samenvoegen van

opdrachten.¹¹⁸

Bij de tweede vorm, de tussenpersoon, geeft de aanbestedende dienst de aankoopcentrale instructies met betrekking tot de aan te kopen werken, leveringen of diensten. Op welk detailniveau deze instructies moeten worden gegeven, mag de aanbestedende dienst zelf bepalen.¹¹⁹ Een aanbestedende dienst kan op drie manieren gebruik maken van een aankoopcentrale als tussenpersoon en op die manier werken, leveringen of diensten verkrijgen:¹²⁰

1. Via een overheidsopdracht die door een aankoopcentrale wordt gegund;
2. Door gebruik te maken van een door een aankoopcentrale geëxploiteerd dynamisch aankoopstelsel, of
3. Door gebruik te maken van een raamovereenkomst die is gesloten door een aankoopcentrale, waarbij de voorwaarden die gelden voor raamovereenkomsten (art. 2.140 AW) in acht worden genomen.

Een aanbestedende dienst kan zich op elk moment aansluiten bij een reeds bestaande aankoopcentrale die fungeert als tussenpersoon. Een aanbestedende dienst kan zich echter niet aansluiten bij een al lopende aanbestedingsprocedure die door deze aankoopcentrale wordt uitgevoerd.¹²¹

117 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, p. 30. (MvT)

118 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, p. 29. (MvT)

119 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, p. 29-30. (MvT)

120 Artikel 2.11 lid 2 Aanbestedingswet 2012

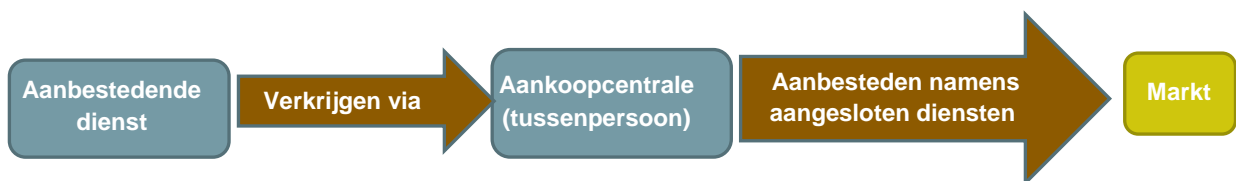
121 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 329, p. 30. (MvT)

Het grote verschil tussen een aankoopcentrale als groothandel of als tussenpersoon is dat bij een groothandel de aankoopcentrale zonder voorafgaande opdracht van een aanbestedende dienst leveringen of diensten kan inkopen en bij de aankoopcentrale als tussenpersoon opdracht wordt gegeven aan de aankoopcentrale door de aanbestedende dienst(en) om tot een aanbestedingsprocedure over te gaan. Bij beide vormen beslist de aankoopcentrale zelf of hij voor een specifieke aanbestedende dienst werkzaamheden zal verrichten.¹²²

Wanneer de aanbestedende dienst gebruik maakt van een aankoopcentrale op de wijze zoals hiervoor omschreven, dan heeft zij daarmee voldaan aan de geldende verplichtingen voor overheidsopdrachten zoals die zijn omschreven in deel 2 van de Aanbestedingswet. De aanbestedende dienst heeft dan als het ware haar aanbestedingsplicht doorgelegd aan de aankoopcentrale. De overheidsopdracht voor diensten betreffende een gecentraliseerde aankoopactiviteit, inclusief een aanvullende aankoopactiviteit, kan dus aan een aankoopcentrale worden gegund zonder het toepassen van de procedures zoals die zijn omschreven in deel 2 van de Aanbestedingswet.¹²³ De aanbestedende dienst blijft wel zelf verantwoordelijk voor naleving van de verplichtingen wanneer zij zelf delen van de aanbestedingsprocedure verricht.¹²⁴ Wanneer een aankoopcentrale alleen verantwoordelijk is voor de afwikkeling van de aanbestedingsprocedures, is zij ook alleen en rechtstreeks verantwoordelijk voor de rechtmatigheid van de procedures.¹²⁵



Figuur 5 Aankoopcentrale als groothandel



Figuur 6 Aankoopcentrale als tussenpersoon

Deze vorm van samenwerken is wellicht interessant voor de Categorie en de overige leden van het IPG. Uit bovenstaande wordt duidelijk dat wanneer de Categorie een aankoopcentrale zou zijn, de overige IPG leden een opdracht tot het doen van een aanbesteding aan de Categorie zou kunnen verstrekken, zonder dat zij daarvoor eerst een aanbestedingsprocedure hoeven te doorlopen. In het praktijkgedeelte zal deze mogelijkheid verder onderzocht worden.

3.9. Mededingingswet

Het is van belang om de Mededingingswet in dit theoretisch kader te behandelen. Wanneer namelijk de ene overheidsinstelling gaat optreden als dienstverlener voor een andere overheidsinstelling (Bijv. De Categorie voor de overige IPG leden), dan zou hierdoor mogelijk

122 Kamerstukken II 2015/16, 34 329, 3, p. 30. (MvT)

123 Artikel 2.11 lid 5 Aanbestedingswet 2012

124 Artikel 2.11 lid 4 Aanbestedingswet 2012

125 Richtlijn 2014/24/EU, overweging 69

ondernemingen ongeoorloofd buitenspel kunnen worden gezet, doordat zij niet meer kunnen meedingen naar een dergelijke opdracht. In dat geval zou de mededinging ongeoorloofd beperkt kunnen worden. Voor een dergelijke situatie kan men bijvoorbeeld denken aan het beheer en onderhoud van een website door overheidsorganisatie A voor de van hem afgescheiden overheidsorganisatie B. Doordat deze opdracht niet op de markt is gezet, maar rechtstreeks aan een andere overheidsorganisatie is verstrekt, hebben bedrijven die zich specialiseren in het beheer van websites niet mee kunnen dingen naar deze opdracht. Overheidsorganisatie A is in dit voorbeeld dus ongerechtvaardigd bevoordeeld, hetgeen in strijd is met de mededingingsregelgeving. De Mededingingswet helpt ons dus om verder inzicht te krijgen onder welke voorwaarden gezamenlijk aanbesteden tussen de Categorie en de overige IPG leden eventueel wel mogelijk is.

3.9.1. Geschiedenis en doel

In de jaren 90 is het Nederlandse mededingingsbeleid geheel herzien als gevolg van de economische veranderingen en de eisen die daaruit voortvloeiden voor het economische en voornamelijk ook het concurrentiebeleid. Deze economische veranderingen hadden vooral betrekking op globalisering van economische relaties, de snelle technologische ontwikkelingen en de afbouw van nog resterende handelsbelemmeringen op Europees en mondiaal niveau. De economische prestatievermogens van een land worden geschaad door sturing en zelfbescherming tegen concurrentie door kartels of door kartelmatig functionerende samenwerkingsverbanden. Belemmeringen van de mededinging zijn contraproductief voor goede concurrentie. Wat betekent dat kosten en prijzen van goederen en diensten ongunstig worden beïnvloed. Om dit tegen te gaan is met de invoering van de mededingingswet een verbodssysteem ingevoerd voor mededingingsafspraken en voor misbruik van een economische machtspositie. Dit verbodssysteem sluit voor een groot deel aan bij het systeem van mededingingsregels dat al vanuit Europese regelgeving geldt.¹²⁶

Het eerste uitgangspunt van de Mededingingswet is dat concurrentie goed is voor de groei van de economie en daardoor kan bijdragen tot welvaart en ook dat bepaalde vormen van samenwerking tussen ondernemingen tot maatschappelijke voordelen kunnen leiden. Niet alle vormen van samenwerking tussen ondernemingen zijn dus uitgesloten. De Mededingingswet is dan ook gericht op het bevorderen van concurrentie en het tegengaan van de ongewenste economische effecten van concurrentiebeperking. De gedachte is dat een effectief mededingingsbeleid bevorderend is voor de optimale werking van de markt en zodoende een positieve bijdrage levert aan economische groei, concurrentievermogen en werkgelegenheid.¹²⁷

De Mededingingswet is van toepassing op 'ondernemingen', in de betekenis van artikel 101 en 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU). Daaronder valt iedere entiteit die aan het economische proces, gericht op het produceren of distribueren van goederen of het verlenen van diensten,

Overheidsbedrijven

Overheidsbedrijven zijn als private rechtspersoon juridisch gescheiden van de overheidsorganisatie. Voorbeelden van overheidsbedrijven zijn Schiphol, Holland Casino, Gasunie en de NS.

¹²⁶ Kamerstukken II 1995/'96, 24 707, 3, p. 7. (MvT)

¹²⁷ Kamerstukken II 1995/'96, 24 707, 3, p. 9, 21, 56. (MvT)

deelneemt. De rechtsvorm, de wijze van financiering en of er wel of geen winstoogmerk is, is daarbij niet van belang. Onder ondernemingen wordt daarom ook verstaan overheidsbedrijven.

Sectoren waarin ondernemingen belast zijn met taken van algemeen economisch belang vallen niet buiten de toepassing van de Mededingingswet. Wel wordt dit speciale karakter onderkend, zodat daarvoor bijzondere mededingingspolitieke normen gelden.¹²⁸

Artikel 6 Mededingingswet bepaalt dat overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen verboden zijn, als zij ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Een afspraak tussen de staat en een onderneming valt niet onder het verbod, maar een afspraak tussen een overheidsbedrijf en een andere onderneming wel. Het verbod geldt alleen wanneer door de mededingingsafpraak de concurrentie merkbaar beperkt wordt. Het Europese hof beoordeelt de merkbaarheid van de desbetreffende afspraak in het licht van de economische en juridische context en zijn strekking en gevolg, met inbegrip van de cumulatieve gevolgen van andere afspraken die daar parallel aan lopen.¹²⁹

In 2007-2008 is de Mededingingswet gewijzigd en zijn er nadere regels ingevoerd met betrekking tot het optreden van overheden op de markt. Deze aanvullingen vinden we in hoofdstuk 4b Overheden en overheidsbedrijven (art. 25g t/m 25ma Mededingingswet). Het doel van deze wijzigingen is het *“creëren van zo gelijk mogelijke concurrentieverhoudingen tussen overheden die als aanbieder van goederen en diensten aan derden optreden (ondernemer) enerzijds en andere, particuliere ondernemingen anderzijds.”*¹³⁰ Deze aanpassing heeft niet tot doel om de overheid te beperken in het zelf aanbieden van een product of een dienst, maar op het voorkomen van oneerlijke concurrentie wanneer de overheid als ondernemer optreedt. Overheidsinstellingen kunnen namelijk oneigenlijke voordelen hebben ten opzichte van particuliere ondernemers, onder andere doordat zij gefinancierd worden door belastinggeld en niet het risico lopen failliet te gaan. De aanvullende regels hebben betrekking op bekostiging van ondernemersactiviteiten, hergebruik van gegevens die voor de publieke taak zijn verkregen en het voorkomen van functievermenging. Bij de reeds bestaande mededingingsregels van voor 2008 kon slechts onder bepaalde omstandigheden bij markt en overheidsproblemen worden opgetreden. Bijvoorbeeld wanneer door de overheid misbruik werd gemaakt van een economische machtspositie door willens en wetens een andere ondernemer van de markt te verdringen.¹³¹

De overheid treedt van oudsher op als aanbieder van goederen of diensten die niet door marktpartijen worden aangeboden, omdat daar geen winst uit te behalen is. Hierbij moet men bijvoorbeeld denken aan de aanleg van dijken of het opzetten van een brandweerkazerne. In aanvulling hierop is de overheid goederen of diensten gaan aanbieden die wel door de markt worden aangeboden. Denk bijvoorbeeld aan het aanbieden van cursussen voor brandpreventie of het beveiligen van bedrijventerreinen door stadswachten. Bij het aanbieden van die diensten handelt de overheid als ondernemer en komt in concurrentie te staan met andere ondernemingen. Wanneer de overheid hierbij gebruik maakt van oneigenlijke concurrentievoordelen, wordt de mededinging verstoord. Dit leidt tot

128 *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, 3, p. 10.* (MvT)

129 *Kamerstukken II 1995/96, 24 707, 3, p 12, 14* (MvT)

130 *Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p 2* (MvT)

131 *Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p 8* (MvT)

welvaartsverlies aan twee kanten. Particuliere ondernemingen verliezen aan de ene kant marktaandeel waardoor zij mogelijk bepaalde activiteiten moeten beëindigen en aan de andere kant moet de belastingbetaler meebetalen aan het leveren van goederen of diensten die net zo goed en vaak beter door de markt aangeboden kunnen worden.¹³²

Middels staatssteunregels kan in beginsel veel oneerlijke concurrentie door overheidsondernemingen worden afgedekt. Er is sprake van staatssteun wanneer de overheid geld of een ander voordeel (belastingvoordeel bijv.) geeft al dan niet voor economische activiteiten en daarmee één onderneming, een categorie van ondernemingen, een economische sector van ondernemingen of geografische gebieden voordeel hebben van de steun en dit *mogelijk* zorgt voor oneerlijke concurrentie en *mogelijk* invloed heeft op de handel tussen lidstaten van de Europese Unie.¹³³ De staatssteunregels bieden echter maar een beperkte oplossing. Wanneer bijvoorbeeld sprake is van de-minimis-steun¹³⁴ of steunmaatregelen die het interstatelijke handelsverkeer niet belemmeren of wanneer het gaat om niet op geld waardeerbare voordelen, dan is er geen sprake van staatssteun maar kunnen overheidsondernemingen toch een concurrentievoordeel hebben. De gedragsregels van de Mededingingswet zijn dan ook toegesneden op deze concrete problematiek en daarom meer specifiek dan het verbod op staatssteun.¹³⁵

Uit de Memorie van toelichting van het aanvullende wetsvoorstel blijkt dat de Mededingingswet in beginsel alleen betrekking heeft op overheidsorganisaties die een economische activiteit verrichten of laten verrichten door een aan hen gerelateerd overheidsbedrijf. Dit geldt voor alle sectoren waarin de overheid optreedt als aanbieder van producten of diensten. Voor onderwijs en onderzoek, de publieke omroep en tot op zekere hoogte sociale werkplaatsen, zijn uitzonderingen gemaakt. Het wetsvoorstel geldt niet voor economische activiteiten ten behoeve van andere overheden, omdat men dan kan spreken over een vorm van zelfvoorziening binnen het totale overheidsconcern.¹³⁶

De Wet Markt en Overheid bevat in hoofdlijnen 4 gedragsregels:

1. Verplichting tot doorberekening van alle kosten;
2. Bevoordelingsverbod ten aanzien van overheidsbedrijven;
3. Verbod op exclusief gegevensgebruik;
4. Verbod op functievermenging.

Hierbij is met name de eerste hoofdregel van belang om te benoemen, omdat dit gaat over de kosten die de Categorie mogelijk in rekening moet brengen wanneer zij haar dienstverlening aanbiedt aan de overige IPG leden.

A. Verplichting tot doorberekening van alle kosten (art 25i Mededingingswet)

Verdringingsconcurrentie kan ontstaan wanneer een onderneming onder andere misbruik maakt van haar economische machtspositie. Van verdringingsconcurrentie is sprake als de onderneming voor haar goederen of diensten een prijs in rekening brengt die lager is dan haar gemiddelde variabele kosten of een prijs in rekening brengt die beneden haar

¹³² Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p 4-5 (MvT)

¹³³ Rijksoverheid, Staatssteun. *Wel of geen staatssteun*, geraadpleegd op 27 januari 2017 van: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/staatssteun/inhoud/wel-of-geen-staatssteun>

¹³⁴ Dit is steun tot € 200.000 in 3 jaar. Steunmaatregelen die hieronder vallen, hebben niet veel effect op de handel tussen landen van de Europese Unie.

¹³⁵ Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p 8, 12 (MvT)

¹³⁶ Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p. 13. (MvT)

gemiddelde totale kosten liggen, maar boven haar gemiddelde variabele kosten, en die prijs is vastgesteld als onderdeel van een plan om een concurrent uit te schakelen. Pas wanneer een onderneming de winsten die zij heeft behaald op een markt waar zij een economische machtspositie heeft, gebruikt om op een andere markt de concurrentie te verdringen, is er sprake van kruissubsidie in strijd met artikel 24 Mededingingswet. De prijzen die overheidsorganisaties berekenen voor economische activiteiten dienen dan ook ten minste kostendekkend te zijn. Deze verplichting wordt aangeduid als de doorberekening van integrale kosten (art. 25i lid 1 Mededingingswet). Omdat het onder de kostprijs aanbieden van economische activiteiten ook een motief kan zijn voor overheidsoptreden, is voorzien dat doorberekening van kosten niet verplicht is wanneer en voor zover daardoor de uitvoering van de publieke taak wordt verhinderd. Als voorbeeld wordt hiervoor in het wetsvoorstel het aanbieden van zwemonderwijs genoemd. De overheid moet zelf beoordelen of sprake is van een publieke taak die door algemene middelen moet worden gefinancierd. Wanneer een overheidsonderneming ten minste de integrale kosten in rekening brengt, dan maakt zij zich nooit schuldig aan de bedoelde vorm van verdringingsconcurrentie.¹³⁷

Wanneer de Categorie bijvoorbeeld dienstverlening zou aanbieden aan de leden van het IPG en daarvoor kosten in rekening zou willen brengen, dan moet zij dus tenminste de integrale kosten in rekening brengen. Uit paragraaf 3.3 blijkt echter ook dat dan een dergelijke dienst, indien het de Europese drempelwaarde overstijgt, door de IPG leden zou moeten worden aanbesteed.

B. Bevoordelingsverbod ten aanzien van overheidsbedrijven (art. 25j Mededingingswet)

De aan overheden gelieerde overheidsbedrijven mogen niet bevoordeeld worden ten opzichte van andere ondernemingen. Dit betreft niet alleen het verstrekken van geld, maar ook bijvoorbeeld het laten gebruiken van de naam van de overheid en van goederen zonder dat hiervoor tenminste de kostprijs in rekening wordt gebracht.¹³⁸

C. Verbod op exclusief gegevensgebruik (art. 25k Mededingingswet)

De overheid heeft de beschikking over veel gegevens. Denk bijvoorbeeld aan persoonsgegevens van burgers uit de gemeentelijke basisadministratie. Deze gegevens mag de overheid voor haar economische activiteiten alleen gebruiken als particuliere ondernemingen onder dezelfde omstandigheden over deze gegevens kunnen beschikken of door de overheid ter beschikking worden gesteld aan deze particuliere ondernemingen.¹³⁹

D. Verbod van functievermenging (art. 25l Mededingingswet)

Taken en bevoegdheden met betrekking tot economische activiteiten en de uitoefening van bestuurstaken mogen niet bij een en dezelfde persoon liggen wanneer deze taken een relatie met elkaar hebben. Dit om (de schijn van) belangenverstrengeling te voorkomen.

Deze vier gedragsregels zijn een aanvulling op het algemene mededingingsrecht. De Autoriteit Consument & Markt houdt toezicht op de naleving van deze regels. Naast Bestuursrechtelijke handhaving door de ACM, kan een burger of een bedrijf middels een

¹³⁷ Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p. 14, 17. (MvT)

¹³⁸ Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p 15-16 (MvT)

¹³⁹ Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p 14 (MvT)

beroep op de bepalingen in het Burgerlijk Wetboek civielrechtelijk aanspraak maken op oneerlijke concurrentie door de overheid.¹⁴⁰

Het aanbieden van goederen of diensten van het ene bestuursorgaan aan een ander bestuursorgaan voor de uitvoering van een publiekrechtelijke taak, valt niet binnen de reikwijdte van hoofdstuk 4b van de Mededingingswet. Publiekrechtelijke activiteiten kunnen gaan over interne (bijvoorbeeld het onderling verlenen van vergunningen) of externe activiteiten die in het publieke domein vallen (bijvoorbeeld de verstrekking van paspoorten). De Memorie van toelichting geeft niet aan wat precies onder deze activiteiten wordt verstaan.

Deze uitzondering heeft tot doel te voorkomen dat de gedragsregels drempels opwerpen voor samenwerking tussen overheden bij de uitvoering van hun taken. Het samenwerken door overheden en als gevolg daarvan bepaalde taken bij één overheidsorgaan onderbrengen, kan om redenen van doelmatigheid en kwaliteit van belang zijn. Deze uitzondering geldt logischerwijs ook voor het aanbieden van goederen en diensten binnen de eigen overheidsorganisatie. Dit betekent dus dat in deze gevallen goederen en diensten onder de kostprijs aan andere overheden kunnen worden aangeboden.¹⁴¹ De vraag is in weze of het aanbieden van dienstverlening door de Categorie aan derden ziet op de uitvoering van een publiekrechtelijke taak.

3.10. Samenvatting

In dit hoofdstuk is ingegaan op twee rechtsgebieden: het aanbestedingsrecht en het mededingingsrecht en is gekeken naar wat deze twee rechtsgebieden zeggen over de juridische eisen en voorwaarden met betrekking tot samenwerken op het gebied van inkoop door een rijksoverheidsorgaan met andere (semi) publieke instellingen. Hierin komen de volgende punten naar voren:

- Aanbestedende diensten kunnen gezamenlijk een aanbesteding in de markt zetten;
 - Bij het gezamenlijk aanbesteden dient een redelijke verhouding te bestaan tussen de omvang van de opdracht en de toegang tot die opdracht voor marktpartijen (art. 1.5 Aw);
- Bepaalde vormen van publiek-publieke samenwerking zijn uitgezonderd van het aanbestedingsrecht (afdeling 2.1.3 Aanbestedingswet). Hierbij is de vorm van de samenwerking en de daarbij geldende voorwaarden bepalend of de samenwerking uitgevoerd kan worden zonder in strijd te komen met de Europese aanbestedingsregels;
- De aankoopcentrale is een systematische en geïnstitutionaliseerde vorm van aankopen en het plaatsen van overheidsopdrachten voor andere aanbestedende diensten;
- Er bestaat een ministeriële regeling waarin wordt bepaald dat de inkoop van media voor de gehele Rijksoverheid, inclusief medeoverheden en instellingen gelieerd aan de Rijksoverheid (bijv. RWT's en Staatsdeelnemingen), onder een ministerie valt. De organisatie verantwoordelijk voor deze inkoop (IUC-Communicatie) regelt de inkoop van die media voor deze organisaties;
- Wanneer de overheid als ondernemer handelt waardoor zij in concurrentie komt te staan met andere ondernemingen, mag zij zich niet bedienen van oneigenlijke

140 *Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p 20 (MvT)*

141 *Kamerstukken II 2007/08, 31 354, 3, p 33-34 (MvT)*

concurrentievoordelen zodat de mededinging wordt verstoord. Dit houdt onder andere in dat zij in die gevallen de integrale kostprijs moet berekenen aan haar afnemers.

3.11. Onderzoekspunten

Op basis van deze theorie zullen de volgende vormen van samenwerking in de praktijk verder onderzocht worden:

- A. Gezamenlijk aanbesteden
- B. Publiek-publieke samenwerking:
 - i. Inbesteden middels een rechtspersoon;
 - ii. Horizontale samenwerking;
 - iii. Het geven van een uitsluitend recht;
 - iv. Overdracht van bevoegdheden;
- C. De aankoopcentrale
- D. Ministeriële regeling

Hierbij zal onderzocht worden of de onderzoeksobjecten deze vormen van samenwerking juridisch haalbaar achten met het oog op de Categorie Datacenters en de leden van het IPG.

4. Resultaten praktijkonderzoek

De vraag die in dit hoofdstuk beantwoord zal worden is: Wat geven de onderzoeksobjecten aan over de juridische mogelijkheden op het gebied van gezamenlijk aanbesteden met betrekking tot inkoop door een centraal rijksoverheidsorgaan en (semi) publieke instellingen die op afstand staan van het Rijk? Per onderzoekspunt, zoals die zijn opgesomd in paragraaf 3.11, zal worden aangegeven wat de onderzoeksobjecten hierover aangeven.

In onderstaande tabel zal eerst middels een X worden aangegeven of de onderzoeksobjecten informatie konden geven over de onderzoekspunten.

Onderzoeksobjecten	A. Gezamenlijk aanbesteden	B. Publiek – publieke samenwerking	C. Aankoopcentrale	D. Ministeriële regeling
1	X	X	X	
2		X	X	
3	X			
4			X	
5			X	
6	X			
7	X	X	X	X
8	X	X	X	X
9	X		X	
10	X			
11	X		X	
12	X			

Onderzoeksobjecten

Beleid Rijk:

1. Nota werken voor derden;¹⁴²
2. Nota publiek-publieke samenwerking en aanbestedingsrecht;¹⁴³
3. Roadmap voor de samenwerking met ZBO's;¹⁴⁴
4. Advies aankoopcentrale;¹⁴⁵
5. Advies Engelse model;¹⁴⁶
6. Nota betreffende advies Compacte Rijksinkoop/ IUC's.¹⁴⁷

Juridische experts op het gebied van aanbestedingsrecht:

7. Lid van de CBA en juridisch adviseur binnen het ministerie van Economische Zaken (EZ). Raadsheerplaatsvervanger in het Gerechtshof in Den Haag en bijzonder hoogleraar aanbestedingsrecht aan de Rijksuniversiteit Groningen (juridisch expert 1);
8. Bedrijfsjurist IUC Communicatie (Ministerie van Algemene Zaken) en lid van de Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA) (juridisch expert 2).

Diverse leden van het IPG:

9. Hoofd inkoop Noorderpoort college;

142 Mr. M. Sikkens, *Nota Werken voor derden*, Den Haag: 2014

143 Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Nota publiek-publieke samenwerking en aanbestedingsrecht* (CBA 03/2011), Den Haag: 2011

144 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Memo Roadmap voor de samenwerking met ZBO's*, Den Haag: 2015

145 Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Advies aankoopcentrale* (CBA-45), Den Haag: 2013

146 Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Advies Engelse model*, (CBA-20), Den Haag: 2013

147 Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Nota betreffende advies Compacte Rijksinkoop/ IUC's* (CBA 2011/15), Den Haag: 2011

10. Programmamanager (out)sourcing ICT Gemeente Groningen;
11. Hoofd inkoop Universitair Medisch Centrum Groningen;
12. Hoofd inkoop Gasunie en purchaser bij de Gasunie.

4.1. Gezamenlijk aanbesteden

Onderzoeksobject 1: Nota werken voor derden

Naar aanleiding van een aantal vragen met betrekking tot het verlenen van diensten voor derden door het SSO-Noord is een 'Nota Werken voor derden' opgesteld door de juridisch adviseur van het Ministerie van OCW, afdeling Wetgeving en Juridische Zaken aan de Secretaris-Generaal. Een van de vragen in deze Nota betreft de juridische overwegingen waarom de uitgaven van de gemeente en de provincie Groningen op basis van door hun afgesloten contracten met ODC Noord (Overheidsdatacenter) als onrechtmatig zijn bestempeld. Het antwoord dat hierop gegeven wordt is dat *'bedrijfsvoeringstaken, tegen betaling, op het gebied van personeel, informatievoorziening, financiën, automatisering, communicatie en huisvesting ook door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht en niet per definitie zijn voorbehouden aan de overheid.'* Deze taken moeten dan ook in overeenstemming met de EU-regels van het vrije dienstenverkeer worden vormgegeven. Als gevolg hiervan had de gemeente en de provincie voor het laten verrichten van deze economische activiteiten een Europese aanbesteding moeten uitschrijven.

In de Nota komt verder naar voren dat wanneer een aantal aanbestedende diensten samen willen aanbesteden om bijvoorbeeld kosten te besparen, er de mogelijkheid is om dit gezamenlijk te doen. Een van de aanbestedende diensten kan dan als penvoerder van de gezamenlijke aanbestedende diensten een aanbesteding in de markt zetten. Hierbij bepalen de opdrachtgevers in gezamenlijkheid het programma van eisen en worden ook gezamenlijk als opdrachtgevers genoemd in de publicatie van de aanbesteding. Als eindproduct van de Europese aanbesteding kunnen de aanbestedende diensten dan gezamenlijk of apart contracten met een of meerdere partijen sluiten.¹⁴⁸

Onderzoeksobject 3: Roadmap voor de samenwerking met ZBO's

In een memo van 29 april 2015 zijn voorwaarden en te nemen stappen voor de implementatie van inkoopvoorzieningen van het Rijk bij ZBO's omschreven, de Roadmap voor de samenwerking met ZBO's. Hierin is bepaald dat ZBO's alleen op basis van samenwerking gebruik mogen maken van de inkoopexpertise van het Rijk. Zij kunnen dus alleen meedoen aan een aanbesteding die voor andere rijksorganen wordt gedaan. Op het moment van schrijven van de memo was het al mogelijk voor ZBO's om mee te doen aan aanbestedingen van het Rijk, mits daar geen tarieven voor hoeven te worden betaald. Alleen die ZBO's worden toegelaten die een dusdanige mate van volwassenheid hebben bereikt, dat zij een toename in activiteiten die met samenwerking gepaard gaan kunnen ondersteunen. Samenwerking kan op verschillende niveaus plaatsvinden. Het voorstel in de memo is om samenwerking te starten op het niveau van Europese aanbestedingen. Verder zijn een aantal voorwaarden in concept opgenomen waaraan ZBO's moeten voldoen om

148 Mr. M. Sikkens, *Nota Werken voor derden*, Den Haag: 2014.

samenwerking verder vorm te geven. Zoals o.a. het conformeren aan de Rijksbeleid doelen voor inkoop.¹⁴⁹

Onderzoeksobject 6: Nota betreffende advies Compacte Rijksinkoop/ IUC's

Met de instelling van enkele IUC's zijn een viertal vragen gesteld aan de CBA. Met de Nota betreffende advies Compacte Rijksinkoop/ IUC's wordt antwoord gegeven op deze vragen. In de Nota wordt o.a. ingegaan op de verschuiving van de ministeriële verantwoordelijkheid en de aanbestedingsrechtelijke en civielrechtelijke consequenties daarvan en of het mogelijk is dat ook organisaties die niet onder de rechtspersoon Staat vallen van IUC's gebruik mogen maken.

De Nota vermeldt dat om een aanbesteding mede voor andere departementen uit te kunnen voeren, er een volmacht nodig is van de andere departementen. Geadviseerd wordt om hier heldere afspraken en procedures voor vast te leggen. Ook wordt in deze Nota geantwoord dat wanneer een overheidsorganisatie die niet tot de rechtspersoon Staat behoort, gebruik wil maken van de diensten van een IUC tegen vergoeding, er sprake is van een aanbestedingsplichtige opdracht.

Onderzoeksobject 7: Juridische expert 1

Juridisch expert 1 benoemt in het interview het gezamenlijk aanbesteden de juridisch meest kansrijke vorm met het oog op de Categorie Datacenters en het IPG. Om niet in strijd te handelen met de Wet Markt en Overheid is het van belang dat het Rijk in dat geval zelf ook moet willen aanbesteden, anders ga je, zoals geïnterviewde aangeeft: *'namelijk winkeltje spelen.'* Ook geeft hij mee bij het gezamenlijk aanbesteden dat je moet oppassen dat het contract niet te groot wordt, waarbij dus rekening gehouden moet worden met het niet onnodig samenvoegen zoals dat wordt verboden in art. 1.5 van de Aanbestedingswet. In het interview komt verder naar voren dat een gezamenlijke aanbesteding met alle IPG leden in een keer niet gaat lukken, omdat er dan met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid sprake is van onnodig samenvoegen. Met een paar IPG leden zou gezamenlijk aanbesteden wel lukken, waarbij dan wel van belang is dat de synergie tussen deze leden moet worden aangetoond.¹⁵⁰

Onderzoeksobject 8: Juridisch expert 2

In het interview met de tweede juridische expert komt naar voren dat gezamenlijk aanbesteden mogelijk is. Geïnterviewde geeft aan dat clusteren niet verboden is, zolang het maar goed wordt uitgelegd. Verder geeft hij aan dat IUC's al volop clusteren wanneer het gaat om het doen van aanbestedingen voor het Rijk. Wanneer er dan ook nog geclusterd gaat worden buiten de rechtspersoon, dan maakt dit de clustermotivatie wel lastig en wordt dit volgens hem vaak een *'blaartrekkend'* verhaal.¹⁵¹

Onderzoeksobjecten 9 t/m 12: IPG leden

De geïnterviewde IPG leden geven allemaal aan dat zij voor het doen van Europese aanbestedingen ook met andere organisaties gezamenlijk hebben aanbesteed en dit ook in de toekomst te zullen doen. Met uitzondering van de Gasunie, wordt bij gezamenlijk aanbesteden vaak de samenwerking gezocht met soortgelijke organisaties. Zo doet het

149 Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Memo Roadmap voor de samenwerking met ZBO's*, Den Haag: 2015

150 Van Romburgh, 2 maart 2017 (interview)

151 De Jong, 7 maart 2017 (interview)

UMCG op het moment van schrijven een aanbesteding voor datacentermiddelen met andere universitaire ziekenhuizen. De Gasunie gaf als voorbeeld voor het doen van een gezamenlijke aanbesteding aan dat zij hadden samengewerkt met andere type organisaties, waarbij er een gezamenlijke behoefte was. Het betrof in dit geval de gezamenlijke behoefte van luchtfoto's. Dit is toen gezamenlijk met o.a. waterschappen, de Politie en het Kadaster aanbesteed. Samenwerking met andere type organisaties achten de geïnterviewden mogelijk, zolang er maar een gezamenlijke behoefte is. Geen van de IPG leden gaf aan dat het gezamenlijk aanbesteden tot juridische problemen op dit punt had geleid.¹⁵²

4.2. Publiek-publieke samenwerking

Voor de mogelijkheid van publiek-publieke samenwerking is aangegeven dat er zal worden gekeken naar 4 vormen:

- i. Inbesteden middels een rechtspersoon;
- ii. Horizontale samenwerking;
- iii. Het geven van een uitsluitend recht;
- iv. Overdracht van bevoegdheden;

Onderzoeksobject 1: Nota werken voor derden

In de Nota wordt kort ingegaan op inbesteden (publiek-publieke samenwerking).

Aangegeven wordt dat er *'voor gemeenten en provincies geen mogelijkheid is om via inbesteden of quasi-inbesteden buiten het toepassen van de Aanbestedingswet 2012 te blijven.'* De reden die hiervoor is gegeven is dat er geen sprake is van *'toezicht als ware het een eigen dienstonderdeel.'* Hetgeen ook al werd geconcludeerd in paragraaf 3.6.1 van dit onderzoek. In de nota komt verder naar voren dat de vorm horizontale samenwerking alleen kan wanneer aan onder andere de voorwaarde wordt voldaan dat het samenwerken een uitvoering betreft van een taak van algemeen (of publiek) belang.

De nota geeft vervolgens aan dat bedrijfsvoeringstaken (o.a. inkoop) niet gerekend wordt tot taken van algemeen belang.

De mogelijkheden van het inbesteden middels een rechtspersoon, het geven van een uitsluitend recht en overdracht van bevoegdheden wordt in de nota niet besproken.

Onderzoeksobject 2: Nota publiek-publieke samenwerking

In de nota publiek-publieke samenwerking worden de mogelijkheden verkend voor het aangaan van overeenkomsten waarbij tegen vergoeding diensten of taken worden verricht door een overheidsrechtspersoon voor een of meerdere andere overheidsrechtspersonen zonder in strijd te komen met de Europese aanbestedingsregels. Aangegeven wordt dat *'buiten de gevallen waarin de Europese aanbestedingsregels niet of verminderd van toepassing zijn vanwege de aard of de waarde van de opdracht, zijn de vorm van de samenwerking en daarbij geldende voorwaarden bepalend voor het antwoord op de vraag of de samenwerking uitgevoerd kan worden zonder in strijd te komen met de Europese aanbestedingsregels.'* Vervolgens worden de verschillende vormen van inbesteden kort besproken. In de nota wordt wel duidelijk aangegeven dat het een analyse betreft van verschillende samenwerkingsvormen, maar dat dit geen advies betreft waarop zonder nader advies van de juridische afdeling gevaren kan worden.

152 Swart, 15 maart 2017 (interview), Visser, 4 april 2017 (interview), Hut/ Oest, 17 maart 2017 (interview)

Over de vorm inbesteden middels een rechtspersoon wordt aangegeven dat het oprichten van een coöperatie een mogelijkheid is om te komen tot een *'organisatie waaraan via quasi inbesteden diensten/ opdrachten opgedragen kunnen worden ten behoeve van verschillende rechtspersonen.'* Als concreet voorbeeld wordt hiervoor de Voorziening tot samenwerking Politie Nederland (VtsPN) genoemd.

Met betrekking tot de vorm horizontale samenwerking wordt benadrukt dat het moet gaan om uitvoering van taken dan wel doelstellingen van algemeen belang. De Nota vermeldt als voorbeeld in het kader van wat als algemeen belang moet worden beschouwd dat een rijksdienst dat archiefmateriaal scant ten behoeve van een andere overheidsorganisatie met een eigen rechtspersoonlijkheid als *'discutabel'* wordt bestempeld, omdat hij deze activiteit binnen zijn eigen taakopdracht in het kader van algemeen belang niet kan rechtvaardigen.

Ten aanzien van het verstrekken van een uitsluitend recht wordt aangegeven dat deze mogelijkheid op rijksniveau weinig wordt benut en meer bij gemeenten. Aangegeven wordt dat het niet mogelijk is een dergelijk alleenrecht middels een ministerieel organisatiebesluit aan een organisatie te verlenen om een dienst te verrichten mede ten behoeve van gemeenten. Dat moet dan bij wet gebeuren. Vertaald naar het onderzoek zou het dus niet mogelijk zijn dat de minister van OCW door middel van een ministerieel organisatiebesluit aan de Categorie het alleenrecht verstrekt om de inkoop mede ten behoeve van de gemeente Groningen te verstrekken. Het verstrekken van een uitsluitend recht middels een wet moet betrekking hebben op diensten van algemeen belang. Lidstaten hebben hierbij zelf een zekere vrijheid om te bepalen welke diensten zij van algemeen belang achten.¹⁵³

De vorm overdracht van bevoegdheden wordt niet in deze nota behandeld.

Onderzoeksubject 7: Juridische expert 1

In het interview is stilgestaan bij het onderwerp publiek-publieke samenwerking. Geïnterviewde geeft aan dat het allereerst moet gaan om publiekrechtelijke instellingen. Een aantal leden van het IPG, zoals de Zorggroep Groningen en het Martini ziekenhuis zijn geen publiekrechtelijke instelling en zijn geen aanbestedende diensten. Daarnaast moet het bij publiek-publieke samenwerking gaan om een gemeenschappelijk doel dat voortvloeit uit wettelijke regels, dan wel uit bestuursrechtelijke regels. Geïnterviewde gaf daarover aan niet zo snel een gemeenschappelijk doel tussen alle IPG leden te zien. De vorm van het oprichten van een aparte rechtspersoon leek geïnterviewde lastig en te frivool. Hij gaf aan dat je dan niet meer over quasi in-house aanbesteden praat, maar over een aankoopcentrale.

Ten aanzien van de vorm waarbij een uitsluitend recht wordt verstrekt door een lid van het IPG aan de Categorie werd aangegeven dat dit strik theoretisch zou kunnen, waarbij het besluit dan bekendgemaakt moet worden. Ook een raad van bestuur zou een dergelijk besluit kunnen nemen, maar een dergelijke vorm zou bestuurlijk een boel stof doen opwaaien en waarschijnlijk politiek gezien niet toegejuicht worden. Daarbij is het van belang volgens geïnterviewde om de *'bestuurlijke sensitiviteitsantennes uit te zetten.'*

153 Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Nota publiek-publieke samenwerking en aanbestedingsrecht* (CBA 03/2011), Den Haag: 2011

Ook ten aanzien van het overdragen van bevoegdheden werd aangegeven dat dit bestuurlijk niet een haalbare vorm was. Het zou volgens de geïnterviewde vreemd zijn om eerst een organisatie te belasten met verantwoordelijkheden en deze vervolgens over te dragen aan een andere organisatie. Een specifieke bevoegdheid zou kunnen en dat gebeurt ook al bij gemeentes die een gemeenschappelijke regeling opzetten. Ten aanzien van de Categorie en de leden van het IPG leek deze vorm geïnterviewde zeer onwaarschijnlijk. Mede ook omdat daarmee verantwoordelijkheden van de ene organisatie worden overgedragen naar een andere organisatie (van een lid van het IPG naar het Ministerie van OCW) waarbij die laatste dat zeer waarschijnlijk niet kan en wil.

Onderzoeksobject 8: Juridische expert 2

Dhr. mr. de Jongh geeft in het interview ten aanzien van het gezamenlijk oprichten van een rechtspersoon aan dat dit strikt juridisch wel kan, maar dat het niet noodzakelijk is om het op die manier te doen. Hij geeft daarbij aan dat een nieuwe rechtspersoon oprichten heel structureel, ingrijpend en ingewikkeld is. Ook zou het volgens hem geen meerwaarde opleveren dan wat je als IUC nu al kunt doen.

Ten aanzien van het verstrekken van een uitsluitend recht geeft De Jongh aan dat hij dit alleen kent tussen de overheid en een onderneming die op de markt actief is. Als voorbeeld noemt hij het Kadaster. Hij vraagt zich af of bijvoorbeeld een universiteit dit zou kunnen doen, maar heeft zich onvoldoende in dit onderwerp verdiept om daar een definitief antwoord op te kunnen geven.

4.3. De aankoopcentrale

Nu zal gekeken worden naar het derde onderzoekspunt, de aankoopcentrale.

Onderzoeksobject 1: Nota werken voor derden

De Nota benoemt kort maar expliciet de mogelijkheid voor het SSO-Noord om zich als een aankoopcentrale te manifesteren, die voor andere aanbestedende diensten bestemde leveringen of diensten verwerft of opdrachten plaatst. In de voetnoot wordt vermeld dat deze vorm nog geen grote vlucht heeft genomen, omdat bijv. Gemeenten onderling niet graag alle verantwoordelijkheid in handen van een andere gemeente leggen.

Onderzoeksobject 2: Nota publiek-publieke samenwerking en aanbestedingsrecht

In deze nota wordt de figuur van een aankoopcentrale kort uitgelegd en aangegeven dat voor deze figuur geen aparte organisatie nodig is en dat een aankoopcentrale goed gebruikt kan worden voor het bundelen van inkoopactiviteiten. De Nota benoemt alleen de aankoopcentrale in de vorm van groothandel.

Onderzoeksobject 4: Advies aankoopcentrale

In het Advies aankoopcentrale wordt de aankoopcentrale uitgebreider uitgelegd dan in de Nota publiek-publieke samenwerking en aanbestedingsrecht. In het advies wordt de aankoopcentrale als groothandel de meest flexibele vorm genoemd, maar wordt aangegeven dat dit wel eisen stelt aan de organisatievorm en –inrichting van de aanbestedende dienst. Dit type aankoopcentrale loopt een voorraadrisico dat gefinancierd zal moeten worden. De vorm van tussenpersoon wordt passend geacht bij de wijze waarop op rijksniveau in het kader van categoriemanagement generieke inkoop plaatsvindt.

Onderzoeksobject 5: Advies Engelse model

In dit advies van de CBA wordt gekeken naar de aankoopcentrale zoals die in Engeland is vormgegeven. Dit model kenmerkt zich doordat de deelnemers:

- Geen enkele omzetgarantie geven, en
- Zich de vrijheid voorbehouden om opdrachten buiten de raamovereenkomst om aan te besteden.

In het advies oordeelt het CBA dat het Engelse model in zijn meest vergaande vorm *'in strijd is met de aanbestedingsregels en als zodanig niet toepasbaar is in Nederland.'* Een minder vergaand model dan het Engelse is wel denkbaar.

Onderzoeksobject 6: Nota betreffende advies Compacte Rijksinkoop/ IUC's

In deze Nota wordt aangegeven dat in beginsel *'een overheidsorganisatie met eigen rechtspersoonlijkheid geen diensten tegen vergoeding kan afnemen van een andere overheidsorganisatie met rechtspersoonlijkheid,'* zonder daarvoor een aanbestedingsprocedure te doorlopen. Deze aanbestedingsprocedure hoeft echter niet doorlopen te worden wanneer de betreffende IUC is aangewezen als aankoopcentrale. Hiervoor is vereist dat de betreffende IUC in het instellingsbesluit als aankoopcentrale is benoemd. In de Nota worden de beide vormen van aankoopcentrale (tussenpersoon en groothandel) benoemt en de gevolgen hiervan uitgelegd. Gezien de geringe ervaring met het fenomeen aankoopcentrale wordt aanbevolen om niet elk IUC ook als aankoopcentrale in te stellen, maar de instelling te beperken tot één of twee IUC's.

Onderzoeksobject 7: Juridische expert 1

Geïnterviewde acht de aankoopcentrale een juridisch haalbare vorm met het oog op de Categorie, *'met dien verstande dat je wel heel duidelijk moet letten of het past binnen de bestuurlijke en politieke kaders.'* Als organisatie moet je volwassen zijn om dit aan te kunnen en specifiek met het oog op de leden van het IPG zegt zijn gevoel dat je dit niet moet doen. Hiervoor verwijst hij naar het clusterverbod, dat door een amendement van de Tweede Kamer in de Aanbestedingswet is gekomen. Wanneer je een aankoopcentrale wordt zodat de IPG leden mee kunnen doen, dan zullen daar volgens hem ongetwijfeld vragen over komen vanuit de Tweede Kamer. Strikt juridisch genomen is het echter mogelijk.

Onderzoeksobject 8: Juridische expert 2

Het IUC-Communicatie, waar geïnterviewde werkzaam is, is sinds 2012 een aankoopcentrale. Dit IUC is dat toentertijd geworden om ook rechtspersonen buiten de rechtspersoon Staat te kunnen bedienen. Ook geeft geïnterviewde aan dat met de komst van de nieuwe Europese richtlijn (Richtlijn 2014/24/EU) het worden van een aankoopcentrale makkelijker is geworden. Wel werd uit eigen ervaring aangegeven dat het worden van een aankoopcentrale bestuurlijk gevoelig kan liggen, waarbij dan de centrale vraag is of het wenselijk is om voor derde partijen te werken.

Binnen de organisatie van geïnterviewde mogen derden alleen aanhaken bij een aanbesteding die zij zelf namens het Rijk al doen en alleen wanneer het IUC daar zelf de meerwaarde van ziet.

Vanuit de markt hebben zij nooit bezwaren ontvangen over het feit dat zij een aankoopcentrale zijn.

Geïnterviewde geeft aan dat voor de inkoopactiviteit door middel van de aankoopcentrale in weze een 'reservaatje' is gecreëerd waardoor je op dat stukje buiten het gebied van de mededingingsregels blijft.

Verder geeft geïnterviewde aan dat ook wanneer je een aankoopcentrale bent, je nog steeds rekening moet houden met het niet onnodig samenvoegen. Concluderend zegt hij: *'De aankoopcentrale is een mooi vehikel om ad hoc per aanbesteding de afweging te kunnen maken om wel of geen externe partijen toe te laten. Of anders geformuleerd: als het zo uitkomt heb je door het zijn van aanbestedingscentrale de kapstok om derden toe te laten'*

Onderzoeksobject 9 t/m 12: Leden IPG

In de interviews met de twee IPG leden gemeente Groningen en het Noorderpoort college gaf de eerste aan niet bekend te zijn met de figuur van een aankoopcentrale.

Onderzoeksobject 9 was er wel mee bekend, maar heeft daar niet veel feeling mee en heeft het idee dat wanneer je als organisatie afneemt van een aankoopcentrale, je daarmee de regie uit handen geeft.

4.4. Ministeriële regeling

Tot slot behandel ik hier het vierde onderzoekspunt, de ministeriële regeling.

Onderzoeksobject 7: Juridische expert 1

Juridisch expert 1 geeft over de ministeriële regeling Media-inkoop 2004 aan dat in het licht van de huidige aanbestedingsregelgeving dit zeer twijfelachtig is. Hij is van oordeel dat dit juridisch geen gewicht heeft en alleen een interne afspraak betreft. Verder geeft hij aan dat met de huidige regelgeving over publiek-publieke samenwerking een dergelijke regeling ook niet meer nodig is. *'De regeling is ingehaald door de nieuwe realiteit'* zo geeft hij aan.

Onderzoeksobject 8: Juridische expert 2

In het interview met juridische expert 2 komt naar voren dat hij de regeling niet los kan zien van het feit dat zij een aankoopcentrale zijn. Ook geeft hij aan dat het vandaag opmaken van een dergelijke regeling meer vragen zou oproepen dan in 2004, omdat de aanbestedingsregelgeving toen anders was. Het interne besluit dat alleen het ministerie van Algemene Zaken de inkoop mag verzorgen van communicatie voor het Rijk is een interne afspraak die ook in de regeling staat en dat mag ook vandaag nog gewoon. Dat ook andere partijen buiten de rijksoverheid mogen aanhaken is iets waar je in de huidige aanbestedingswereld vraagtekens bij kan zetten.

5. Analyse en conclusies

In dit hoofdstuk zal er een analyse volgen van de onderzoeksresultaten. Middels de analyse wordt de volgende vraag beantwoord:

Wat levert de vergelijking van de onderzoekspunten voortvloeiende uit de theorie met de resultaten voortvloeiende uit het praktijkgerichte onderzoek op?

Vervolgens zal per onderzoekspunt de conclusies van het onderzoek gegeven worden. De conclusies geven antwoord op de centrale onderzoeksvraag:

Wat zijn de juridische mogelijkheden vanuit de aanbestedingsregelgeving en de Mededingingswet voor de Categorie om samen met de overige IPG leden de inkoop van Datacentermiddelen zodanig te regelen, dat daarmee wordt voldaan aan de huidige wettelijke en beleidskaders?

De conclusies zullen in hoofdstuk 6 vertaald worden naar aanbevelingen aan de manager van de Categorie.

5.1. Gezamenlijk aanbesteden

Zowel uit de theorie als uit de resultaten van het praktijkonderzoek blijkt dat er de mogelijkheid is voor de Categorie om samen met de IPG leden gezamenlijk aan te besteden (Art. 2.11 Aw). Wel wordt meerdere keren benadrukt dat hierbij goed rekening gehouden moet worden met het niet onnodig samenvoegen van de opdrachten (Art. 1.5 Aw). Daarbij komt dan met name het proportionaliteitsbeginsel om de hoek kijken. Een van de onderzoeksobjecten geeft daarbij nadrukkelijk aan dat in dit licht het door de Categorie en alle overige IPG leden in een aanbesteding uitzetten van een gezamenlijke opdracht niet mogelijk is. Wel zou het mogelijk zijn om met een paar IPG leden gezamenlijk een aanbesteding te doen. Een aantal is hierbij niet genoemd. Uit de in dit onderzoek behandelde jurisprudentie is deze conclusie op voorhand niet te trekken.

De Roadmap voor de samenwerking met ZBO's is in de eerste plaats van belang voor het IPG lid RDW, aangezien dat een ZBO is. Wat duidelijk naar voren komt in de Roadmap is dat het moet gaan om een gezamenlijke aanbesteding, waarbij een ZBO als het ware mee kan liften met een aanbesteding die een Rijksonderdeel voor zichzelf houdt. Omwille van de redenen die al genoemd zijn in de Nota werken voor derden blijkt impliciet ook uit deze Roadmap dat al snel in strijd met de aanbestedingsregels en mededingingsregels wordt gehandeld wanneer de Categorie Datacenters dienstverlening tegen betaling aanbiedt aan de leden van het IPG, zonder dat de IPG leden daarvoor zelf een aanbestedingsprocedure hebben doorlopen. Met andere woorden: om een aanbesteding tegen betaling te kunnen laten uitvoeren zou mogelijk een aanbestedingsprocedure gevolgd moeten worden.

Wanneer gezamenlijk een aanbesteding wordt uitgevoerd zonder dat er onderling tarieven worden betaald, is dit probleem er niet. Hetgeen ook naar voren kwam bij de theoretische behandeling van de Mededingingswet. Bij het gezamenlijk aanbesteden mag er dus geen betaling van tarieven plaatsvinden van de ene aanbestedende dienst aan de andere aanbestedende dienst.

Conclusie gezamenlijk aanbesteden

- De Categorie kan niet met alle, maar wel met een aantal IPG leden gezamenlijk een aanbesteding in de markt zetten.

- Daarbij is van belang dat de Categorie een aanbesteding doet voor het Rijk, waarbij IPG leden mogen aanhaken.
- Voor deze gezamenlijke aanbesteding mogen onderling geen tarieven worden gerekend.
- Met een gezamenlijke aanbesteding moet rekening gehouden worden met het niet onnodig samenvoegen van opdrachten.
 - Bij de motivering tot samenvoeging moet rekening gehouden worden met a) de samenstelling van de relevante markt en de invloed van samenvoeging op de toegang tot de opdracht voor voldoende bedrijven uit het midden- en kleinbedrijf, b) de organisatorische gevolgen en risico's van de samenvoeging van de opdrachten voor de aanbestedende dienst en de ondernemer en c) de mate van samenhang van de opdrachten.
 - De opdracht zou mogelijk opgedeeld kunnen worden in percelen. Afzien van perceelindeling kan disproportioneel zijn wanneer daardoor een belangrijk deel van de markt wordt uitgesloten.
- De grens van wanneer een samengevoegde opdracht te groot is en dus niet proportioneel, is niet heel duidelijk te trekken.

5.2. Publiek-publieke samenwerking

Bij de onderzoeksobjecten komt naar voren dat het inbesteden middels een rechtspersoon strikt juridisch gezien wellicht mogelijk is. Het wordt echter niet aangeraden, omdat dit een ingrijpende, ingewikkelde en hele structurele manier is om samenwerking vorm te geven. Daarbij levert deze vorm van publiek-publieke samenwerking geen meerwaarde op dan wat de Categorie nu ook al kan doen. Bovendien wijst een ander onderzoeksobject erop dat je bij deze vorm in feite spreekt over een aankoopcentrale.

Een belangrijke voorwaarde bij publiek-publieke samenwerking is dat het moet gaan om een taak van openbaar belang. Bij meerdere onderzoeksobjecten komt naar voren dat bedrijfsvoeringstaken, waaronder inkoop, niet als een taak van openbaar belang wordt beschouwd. Het inkopen in het algemeen is wellicht een primaire taak en noodzakelijk voor de uitvoering van de publiekrechtelijke taak, maar het is niet de publiekrechtelijke taak van bijvoorbeeld de Categorie om dit ook voor derden te verzorgen. Daar waar de wet niet direct inzicht aangeeft wat nu precies wordt verstaan onder een taak van algemeen belang, zijn de onderzoeksobjecten die daarover wat zeggen uitgesproken en eenduidig in hun antwoord.

Horizontale samenwerking en het verstrekken van een uitsluitend recht worden vanwege het ontbreken van dit openbare belang dan in beginsel ook niet mogelijk geacht. Aangezien lidstaten zelf een zekere vrijheid hebben om te bepalen wat zij als diensten van algemeen belang achten, zou het wellicht interessant zijn om te onderzoeken of het verzorgen van de inkoop voor derden bij wet als taak van algemeen belang zou kunnen worden aangewezen. Wanneer dit mogelijk zou zijn, dan zou namelijk het verstrekken van een uitsluitend recht wel tot de mogelijkheden behoren.

Voor het overdragen van bevoegdheden geldt dat deze vorm in Nederlandse aanbestedingswetgeving niet expliciet is benoemd en als een niet realistisch haalbare vorm is bestempeld.

Conclusie publiek-publieke samenwerking

- De onderzochte vormen van publiek-publieke samenwerking worden niet mogelijk, dan wel zeer onwaarschijnlijk geacht vanwege het ontbreken van een openbaar belang.

5.3. De aankoopcentrale

Uit het praktijkgerichte onderzoek wordt duidelijk dat de aankoopcentrale een nog niet veel gebruikt vehikel is binnen de Rijksoverheid en die mogelijk bestuurlijk gevoelig kan liggen. Toch bieden de Aanbestedingsregels wel de mogelijkheid hiertoe en zijn er juridisch geen bezwaren tegen deze vorm. Om aankoopcentrale te worden hoeft geen aparte organisatie te worden opgericht zoals bij inbesteden middels een rechtspersoon wel het geval zou zijn.

Ook komt naar voren dat de vorm van aankoopcentrale als tussenpersoon, in tegenstelling tot die van de groothandel, de meest voor de hand liggende vorm is die past bij de wijze waarop in het kader van categoriemanagement generieke inkoop binnen het Rijk plaatsvindt. Verder komt naar voren dat derden geen aanbestedingsprocedure hoeven te doorlopen wanneer zij afnemen bij een aankoopcentrale. Dit wordt duidelijk uit de theorie en bevestigd door een aantal onderzoeksobjecten. Wel geldt ook bij een aankoopcentrale nog steeds dat rekening gehouden moet worden met het niet onnodig samenvoegen van opdrachten.

Bij meerdere onderzoeksobjecten komt naar voren dat je als organisatie volwassen moet zijn om praktisch goed uitvoering te kunnen geven aan het zijn van aankoopcentrale. Ook wordt aangegeven dat met het zijn van een aankoopcentrale alsnog rekening gehouden moet worden met het niet onnodig samenvoegen van opdrachten.

Conclusie aankoopcentrale

- De aankoopcentrale is juridisch een haalbare vorm om structureel voor derden de aanbesteding te kunnen doen, zonder dat die derden daarvoor zelf nog een aanbestedingsprocedure hoeven te doorlopen.
- Voor de dienstverlening zou de aankoopcentrale een tarief kunnen rekenen aan partijen die via haar afnemen.
- Ook een aankoopcentrale moet nog steeds rekening houden met het niet onnodig samenvoegen van opdrachten.

5.4. Ministeriële regeling

De beide onderzoeksobjecten juridische experts zijn het erover eens dat een ministeriële regeling zoals de Regeling media-inkoop 2004 met de huidige aanbestedingsregelgeving, niet mogelijk wordt geacht met het oog op de Categorie en het IPG. Een intern besluit dat een IUC de inkoop verzorgt voor alle onderdelen binnen het Rijk is nog steeds mogelijk, maar het opnemen dat dit besluit ook geldt voor derden is niet mogelijk.

Conclusie ministeriële regeling

- Een ministeriële regeling waarin wordt geregeld dat IPG leden de inkoop van Datacentermiddelen bij de Categorie afnemen is niet mogelijk.

Resumerend zijn voor de Categorie gezamenlijk aanbesteden en het zijn van een aankoopcentrale de juridische mogelijkheden vanuit de aanbestedingsregelgeving en de Mededingingswet om samen met de overige IPG leden de aanbesteding van Datacentermiddelen zodanig te regelen dat daarmee wordt voldaan aan de huidige wettelijke en beleidskaders.

6. Aanbevelingen

Wat naar voren is gekomen tijdens het onderzoek is dat er een spanningsveld is tussen ontwikkelingen binnen het Rijk en het 'clusterverbod' zoals dat in dit onderzoek is behandeld. Het Rijk zet in op centralisatie van bedrijfsvoeringsactiviteiten, wat erin resulteert dat overheidsopdrachten vaak worden samengevoegd in één aanbesteding (al dan niet onderverdeeld in percelen). Daarnaast wil de Categorie graag samenwerken met andere (semi) publieke instellingen buiten de Rijksoverheid, om zo kennis en kunde met elkaar te delen. Samenwerking dus binnen het Rijk en daarbuiten die er uiteindelijk op is gericht om publieke middelen zo goed mogelijk te besteden. Dit zijn redenen waar velen in de basis achter zullen staan. Eén van de doelen echter van de Aanbestedingswet, dat met name in artikel 1.5 Aw (clusterverbod) naar voren komt, is het MKB kansen geven om mee te dingen naar overheidsopdrachten. De gedachte is dat wanneer overheidsopdrachten dusdanig groot worden, er geen of minder kansen zijn voor het MKB om een dergelijke overheidsopdracht binnen te slepen. Ook dit is ingegeven door de overtuiging van een goede besteding van publieke middelen. Het belang is dus uiteindelijk hetzelfde, maar de wijze waarop dit bereikt wordt kan op gespannen voet met elkaar staan. De aanbeveling in die zin is dan ook om een juiste balans te vinden tussen samenwerken met derden, waarbij oog is voor de kansen van het MKB.

Een duidelijke grens die daarbij vanuit het mededingingsrecht naar voren komt is dat de overheid *'geen winkeltje mag spelen'*.¹⁵⁴ Vertaald naar het onderzoek betekent dit dus dat de Categorie geen dienstverlening tegen betaling mag aanbieden aan derden. Dit zou er namelijk in kunnen resulteren dat private ondernemingen buiten spel worden gezet, doordat zij geen kans krijgen om inkoopdienstverlening te verrichten voor publieke instellingen. Vrij vertaald zou dit dus kunnen betekenen dat om een aanbesteding tegen betaling te kunnen laten uitvoeren er een aanbestedingsprocedure gevolgd moet worden.

Oog voor het MKB in geval van gezamenlijk aanbesteden en het niet mogen aanbieden van dienstverlening tegen betaling, zijn de twee grenzen waarbinnen de Categorie samenwerking met de overige leden van het IPG kan vormgeven. Dienstverlening door de Categorie op het gebied van aanbesteden kan echter wel tegen betaling plaatsvinden wanneer zij een aankoopcentrale is.

De volgende aanbevelingen worden dan ook gedaan aan de Categoriemanager Datacentermiddelen:

- Wanneer de Categorie eenmalig wil samenwerken met de IPG leden voor het gezamenlijk aanbesteden van datacentermiddelen, dan wordt geadviseerd om een paar IPG leden aan te laten haken bij een aanbesteding die de Categorie zelf voornemens is te doen voor het Rijk. De voorkeur zou dan uitgaan naar die IPG leden die zelf ook aanbestedingsplichtig zijn. Wanneer IPG leden hierbij aanhaken, moet aandacht geschonken worden aan een goede motivatie voor het samenvoegen van opdrachten. Voor deze samenwerking mogen geen tarieven onderling in rekening worden gebracht.

154 Van Romburgh, 2 maart 2017 (interview)

Praktische vertaling

Een mogelijk scenario zou bijvoorbeeld kunnen zijn dat van de IPG leden alleen de onderwijsinstellingen aanhaken bij een aanbesteding. Hierbij is het wellicht ook verstandig om dan alleen die onderwijsinstellingen aan te laten haken die beschikken over een mate van volwassenheid, dat zij een toename in activiteiten die met samenwerking gepaard gaan kunnen ondersteunen. Vanuit een dergelijke gezamenlijke aanbesteding kan dan beoordeeld worden of dit een gewenst resultaat heeft opgeleverd.

- Wanneer de Categorie structureel haar inkoopdienstverlening wil aanbieden aan derden zoals de leden van het IPG, ongeacht of hier wel of geen tarieven voor worden betaald, dan wordt geadviseerd om een aankoopcentrale te worden. Dit moet worden aangegeven in het instellingsbesluit van de organisatie en voor een naar de buitenwereld kenbaar gemaakt besluit (publicatie Staatscourant). Een eerste conclusie lijkt dat een aankoopcentrale in de vorm van tussenpersoon de meest passende oplossing biedt. Dit is echter niet volledig onderzocht, omdat dit buiten de opdracht valt en zou dus nog verder onderzocht kunnen worden. Wel wordt meegegeven dat een dergelijke keuze om een aankoopcentrale te worden bestuurlijk gevoelig kan liggen, onder andere vanwege het clusterverbod. Aanbevolen wordt dan ook dat wanneer de Categorie dit wenst, allereerst te onderzoeken of daar intern binnen het Rijk politiek en bestuurlijk draagvlak voor is te vinden en of er buiten het Rijk wel behoefte is aan een dergelijke aankoopcentrale. Ook verdient het dan aanbeveling om goed onderzoek te verrichten naar de wijze waarop eventueel tarieven in rekening kunnen worden gebracht.

Praktische vertaling

Ter inspiratie en verkenning op het gebied van de aankoopcentrale zou een dialoog met het IUC-Communicatie van het Ministerie van Algemene Zaken gestart kunnen worden, om te onderzoeken of het zijn van aankoopcentrale past binnen de doelstellingen van de Categorie. Hierdoor wordt mogelijk ook meer inzichtelijk wat de politieke en bestuurlijke risico's zijn. Het op dit moment door Rissa Bouwsema uitgevoerde onderzoek geeft inzicht in de aan- of afwezigheid van een behoefte voor een aankoopcentrale bij de overige IPG leden. Voor het onderzoeken van het in rekening brengen van tarieven, zou bij andere aankoopcentrales gekeken kunnen worden.

7. Bijlagen

De volgende bijlagen maken deel uit van dit onderzoek:

- Bijlage 1: Literatuur- en bronnenlijst
- Bijlage 2: Begrippen
- Bijlage 3: Interviewvragen

7.1. Bijlage 1: Literatuur- en bronnenlijst

Wet- en regelgeving

Richtlijn 2014/24/EU

Richtlijn 2014/24/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG (PbEU 2014, L 94)

Richtlijn 2014/25/EU

Richtlijn 2014/25/EU van het Europees parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten en houdende intrekking van Richtlijn 2004/17/EG (PbEU 2014, L 94)

Richtlijn 2004/18/EG

Richtlijn nr. 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten.

Verordening 2015/2170

Gedelegeerde Verordening (EU) 2015/2170 van de Commissie van 24 november 2015 tot wijziging van Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad wat betreft de toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van opdrachten.

Aanbestedingswet 2012

Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen.
Geldend van 01-07-2016 t/m heden.

Mededingingswet

Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging.
Geldend van 01/07/2016 t/m heden

Kaderwet zelfstandige bestuursorganen

Wet van 2 november 2006, houdende regels betreffende zelfstandige bestuursorganen
Algemene wet bestuursrecht.
Geldend van 01-01-2015 t/m heden

Gids Proportionaliteit

Gids Proportionaliteit. Eerste herziening, april 2016. Gepubliceerd in Staatscourant, 2016, nr. 32830

Regeling media-inkoop 2004

Regeling van de Minister-President, Minister van Algemene Zaken, van 3 november 2004, nr. 04R36868, houdende wijziging van de Regeling media-inkoop in verband met uitbreiding ten behoeve van medeoverheden.
Geldend van 27-02-2010 t/m heden.

Jurisprudentie

HvJEG 23 april 1991, zaak C-41/90, (*Höfner en Elsner vs. Macroton*)

HvJ EU 18 november 1999, C107-98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal Srl*)

HvJ EU 19 april 2007, C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227 (*Asemfo/ Tragsa*)

HvJ EU 11 januari 2005, C-26/03 (*Stadt Halle*)

HvJ EU 13 november 2008, C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621(*Coditel*)

HvJ EU 21 februari 2008, nr. C-412/04, ECLI:EU:C:2008:102 (*Commissie/Italië*)

HvJ EU 23 december 2009, zaak C 305/08 (*CoNISMA*)

HvJ EU 8 december 2016, C-553/15, r.o.38, ECLI:EU:C2016:935 (*Undis/ Sulmona*)

Rb. Den Bosch (vzr.) 1 december 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4943

Rb. Amsterdam (vzr.) 10 juni 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:4094

Rb. Limburg (vzr.) 27 mei 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:4546

Rb. Midden-Nederland (vzr.) 19 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:4685

Kamerstukken

Kamerstukken II 1995/'96, 24 707, 3, (MvT)

Kamerstukken II 1995/'96, 24 707, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging (Mededingingswet), nr. 3 houdende de Memorie van Toelichting.

Kamerstukken II 2007/'08, 31 354, 3, (MvT)

Kamerstukken II 2007/'08, 31 354, houdende de wijziging van de Mededingingswet ter invoering van regels inzake ondernemingen die deel uitmaken van een publiekrechtelijke rechtspersoon of die hiermee zijn verbonden (aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid), nr. 3 houdende de Memorie van Toelichting.

Kamerstukken II 2009/'10, 32 440, 3, (MvT)

Kamerstukken II 2009/'10, 32 440, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20...), nr. 3 houdende de Memorie van Toelichting.

Kamerstukken II 2011/12, 32 440, 29,

Kamerstukken II 2011/12, 32 440, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20...), nr. 29 houdende een nader gewijzigd amendement van de leden Verhoeven en Gesthuizen ter vervanging van dat gebruikt onder nr. 28.

Kamerstukken II 2015/'16, 34 329, 3, (MvT)

Kamerstukken II 2015/'16, 34 329, 3, houdende de wijziging van de Aanbestedingswet 2012 in verband met de implementatie van aanbestedingsrichtlijnen 2014/23/EU, 2014/24/EU en 2014/25/EU, nr. 3 houdende de Memorie van Toelichting.

Kamerstukken II 2016/'17, 32440, 95,

Kamerstukken II 2016/'17, 32440, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 20...), nr. 95 houdende de brief van de minister van Economische Zaken aan de voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal.

Boeken

K. Gelderman, B. Albronda, *Professioneel inkopen*, Groningen: Noordhoff Uitgevers bv 2013.

Prof. mr. dr. H.D. van Romburgh, *Hoofdstukken aanbestedingsrecht, een inleiding tot het verstrekken van overheidsopdrachten*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2014.

Prof. mr. J.M. Hebly en prof. mr. E.R. Manunza (red.), *Tekst & Commentaar Aanbestedingsrecht*, Deventer: Kluwer (online, laatst bijgewerkt op 1 augustus 2015)

Mr. E.H. Pijnacker Hordijk, Mr. G.W. van der Bend, Mr. J.F. van Nouhuys, *Aanbestedingsrecht Handboek van het Europese en het Nederlandse Aanbestedingsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers bv 2009.

Mr. M.J.J.M. Esser, *Aanbestedingsrecht voor overheden*, Amsterdam: Reed Business 2009.

Mr. T.H.G. Robbe, *Uitzonderingen Aanbestedingsrecht*, Amsterdam: Berghauser Pont Publishing 2009.

Interne documenten

R. Bergsma e.a., *Categorieplan Datacenters*, Groningen 2015

Toetsingskader werken bedrijfsvoering voor tweeden en derden, Versie 8, 20 februari 2015.

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Memo Roadmap voor de samenwerking met ZBO's*, Den Haag: 2015

Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Nota publiek-publieke samenwerking en aanbestedingsrecht* (CBA 03/2011), Den Haag: 2011

Mr. M. Sikkens, *Nota Werken voor derden*, Den Haag: 2014

Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Advies aankoopcentrale* (CBA-45), Den Haag: 2013

Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Nota betreffende advies Compacte Rijksinkoop/ IUC's* (CBA 2011/15), Den Haag: 2011

Commissie Bedrijfsjuridisch Advies, *Advies Engelse model*, (CBA-20), Den Haag: 2013

Rapporten

R. van Weert e.a., *Het inkoopvolume van de Nederlandse overheid. Een macroanalyse*, Barneveld: Significat 15 september 2016

I. van den Berge, Y. Ditters & A. Gelderman, *Handreiking Publiek-publieke samenwerking en het aanbestedingsrecht*, Den Haag: Vereniging van Nederlandse Gemeenten 2015

Tijdschriften

Mr. M.C. Pinto, Noot bij ECLI:NL:RBMNE:2015:4685, *JAAN*, 2015/185, afl. 6

Internetbronnen

Algemene Rekenkamer, *Wat is een rechtspersoon met een wettelijke taak? (z.d.)*, Geraadpleegd op 19 december 2016 van:
http://www.rekenkamer.nl/Publicaties/Dossiers/B/Bestuur_op_afstand/Wat_is_een_rechtspersoon_met_een_wettelijke_taak

Algemene Rekenkamer, *Overzicht met rechtspersonen met een wettelijke taak (RWT)* (8 maart 2016), geraadpleegd op 19 december 2016 van:
http://www.rekenkamer.nl/Publicaties/Dossiers/B/Bestuur_op_afstand/Overzicht_met_rechtspersonen_met_een_wettelijke_taak_RWT#internelink10

Commissie van Aanbestedingsexperts, *Over de CvAE (z.d.)*, geraadpleegd op 20 januari 2017 van: <https://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/over-de-cvae>

Europa decentraal, *Publiekrechtelijke instelling (z.d.)*, geraadpleegd op 27 januari 2017 van: <https://www.europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/publiekrechtelijke-instelling/>

Europa decentraal, *Overheidsopdrachten (z.d.)*, geraadpleegd op 3 februari 2017 van: <https://europadecentraal.nl/onderwerp/aanbestedingen/overheidsopdrachten/>

Inkopen door het Rijk, *Categoriemanagement, rijksoverheid.nl (z.d.)*, Geraadpleegd op 11 november 2016 van:
<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/inkopen-door-het-rijk/inhoud/inkooporganisatie-van-het-rijk/Categoriemanagement>

Inkoop Platform Groningen, *Deelnemers (z.d.)*, geraadpleegd op 6 december 2016 van:
<http://www.inkoopplatformgroningen.nl/content/4/IPG-leden/Deelnemers.html>

Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *ZBO-register (z.d.)*, geraadpleegd op 19 december 2016 van https://almanak.zboregister.overheid.nl/overzicht_op_alfabet

Parlement & Politiek, *Agentschappen (baten-lastendiensten) (z.d.)*, geraadpleegd op 29 april 2017 van: https://www.parlement.com/id/vh8lnhrqsze/agentschappen_baten_lastendiensten

Pianoo, *Visie 5: Inbesteden, quasi-inbesteden, publiek-publieke samenwerking, uitbesteden en aanbesteden (z.d.)*, Geraadpleegd op 24 februari 2017 van:

<https://www.pianoo.nl/over-pianoo/vakgroepen/vakgroep-aanbestedingsrecht/visie-5-inbesteden-quasi-inbesteden-publiek-publieke-samenwerking-uitbesteden>

Pianoo, *Commissie Bedrijfsjuridisch Advies (CBA) adviezen* (z.d.), geraadpleegd op 29 april 2017 van: <https://www.pianoo.nl/regelgeving/commissie-bedrijfsjuridisch-advies-cba-adviezen>

Rijksoverheid, *Bedrijfsvoering van het Rijk* (z.d.), geraadpleegd op 23 februari 2016 van: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rijksoverheid/inhoud/bedrijfsvoering-van-het-rijk>

Rijksoverheid, *Staatsdeelnemingen in 2015* (z.d.), geraadpleegd op: 23 februari 2017 van: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/staatsdeelnemingen/inhoud/staatsdeelnemingen-in-2015>

Rijksoverheid, *Staatssteun. Wel of geen staatssteun* (z.d.), geraadpleegd op 27 januari 2017 van: <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/staatssteun/inhoud/wel-of-geen-staatssteun>

Rijksoverheid, *EAR Online – De Rijksdienst in context* (z.d.), geraadpleegd op 19 december 2016 van http://earonline.nl/index.php/De_Rijksdienst_in_context

Intranetbronnen

Rijksportal OCW/DUO, *ZBO's* (z.d.), geraadpleegd op 19 december 2016 van: http://portal.rp.rijkswb.nl/irj/portal/?NavigationTarget=HLPFS://cisrijksportal/ciskernprocessen/cisjuridischportal/cisjuridische_modellen_en_handleidingen_nieuw/ciszbo_s_2

Rijksportal OCW/DUO, *Kabinetsbeleid zelfstandig bestuursorganen* (5 december 2016), geraadpleegd op 19 december 2106 van: http://portal.rp.rijkswb.nl/irj/portal/?NavigationTarget=HLPFS://cisrijksportal/ciskerntaken/cisrijsbreed/cisorganisatieenbedrijfsvoering/cisorganisatieenpersoneelsbeleid/ciskaders_1/cisorganisatie_74/cisuitvoering_3/ciskabinetsstandpunt_verzelfstandiging_organisaties

7.2. Bijlage 2: Begrippen

Aanbestedende dienst	De staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen.
Categoriemanagement	een werkwijze om producten en diensten in te inkopen, via samenwerking en specialisatie
Clusterverbod	Het niet onnodig samenvoegen van overheidsopdrachten
Derden	Organisaties en personen die niet tot de rechtspersoon de Staat behoren.
Inbesteden	Het binnen een rechtspersoon verstrekken van overheidsopdrachten van het ene onderdeel binnen die rechtspersoon aan een ander onderdeel binnen die rechtspersoon.
IPG (Inkoop Platform Groningen)	Samenwerkingsverband van 14 grote publieke instellingen in Groningen en omgeving.
MKB	Midden en kleinbedrijf. De bedrijfssector die uit ondernemingen tot 250 werknemers bestaat.
Ondernemer	Een aannemer, leverancier of dienstverlener
Overheidsopdracht	Schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.
Scope	Reikwijdte van een opdracht
Spendanalyse	Een kwantitatieve analyse van de uitgaven

7.3. Bijlage 3: Interviewvragen

Interviewvragen voor dhr. prof. mr. H.D. Van Romburgh

1. Een vorm van samenwerken is door gezamenlijk een aanbesteding in de markt te zetten (2.11a Aw), rekening houdend met het clusterverbod (1.5 Aw) en daarmee gepaard gaande motivering. Wat is uw zienswijze op deze vorm van samenwerken met het oog op de leden van het IPG en de Categorie Datacenters?
2. Een vorm van samenwerken zou kunnen zijn door het gezamenlijk oprichten van een rechtspersoon (Inbesteden middels een rechtspersoon – art. 2.24b Aw). Wat is uw zienswijze op deze vorm van samenwerken met het oog op de leden van het IPG en de Categorie Datacenters?

Uit kamerstukken m.b.t. art. 2.24b Aw blijkt het volgende (Kamerstukken II, 34329, nr. 3 MvT gewijzigde AW)

[...] In het tweede lid, onderdeel c, wordt bepaald dat de gecontroleerde rechtspersoon geen belangen nastreeft die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten. De gecontroleerde rechtspersoon is immers opgericht met als doel taken uit te voeren voor de gezamenlijke aanbestedende diensten. Als de gecontroleerde rechtspersoon activiteiten gaat ontplooiën die in strijd zijn met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten bijvoorbeeld door zich op de reguliere markt te richten en over een bepaalde mate van zelfstandigheid beschikt, dan kan daarmee de voorwaarde van toezicht als op eigen diensten onzeker worden. Om te bepalen of sprake is van marktgerichtheid, dient te worden nagegaan welke geografische en materiële omvang de activiteiten van de rechtspersoon hebben, en of de rechtspersoon de mogelijkheid heeft betrekkingen aan te gaan met ondernemingen uit de particuliere sector. Een indicatie van marktgerichtheid kan worden afgeleid uit het feit dat de rechtspersoon taken gaat ontplooiën buiten de aanvankelijke activiteitsfeer (bijvoorbeeld buiten de nagestreefde doelen zoals vastgelegd in zijn statuten) en buiten de geografische omvang van de controlerende aanbestedende dienst (Coditel, HvJEU van 13 november 2008, C-324/07, r.o. 36 e.v. en Sea, HvJEU van 10 september 2009, C573/07, r.o. 73 e.v.). De gecontroleerde rechtspersoon mag betrekkingen met private ondernemingen aangaan, mits dit bijkomstig blijft ten opzichte van de hoofdactiviteit (Sea, HvJEU van 10 september 2009, C573/07, r.o. 79)....

3. Is het in dit licht van deze tekst mogelijk dat wanneer de opgerichte rechtspersoon aanbestedingen doet voor de deelnemers (Lees IPG), deze rechtspersoon dan in strijd handelt met de belangen van de controlerende aanbestedende diensten? Hoe moet ik dit belangenconflict zien?
4. Wat zijn, met het oog op de leden van het IPG, de juridische risico's als men voor deze vorm van samenwerking zou kiezen?

5. Een vorm van samenwerken is die van de horizontale samenwerking (2.24c Aw). Wat is uw zienswijze op deze vorm van samenwerken met het oog op de leden van het IPG en de Categorie Datacenters?
6. Een vorm van samenwerken/ opdrachtverstrekking is door middel van het geven van een uitsluitend recht (Art. 2.24 sub a Aw). Hoe realistisch acht u deze vorm van opdrachtverstrekking/ samenwerken met het oog op het IPG en de Categorie Datacenters?
7. Wie zou in dit geval het wettelijk voorschrift of besluit bekend moeten maken?
8. Een vorm van publiek-publieke samenwerking is die van de overdracht van bevoegdheden. (art. 1 lid 6 van de Richtlijn 2014/24/EU). Weet u waarom we deze vorm niet in de Aanbestedingswet terugvinden?
9. Wat vindt u van deze vorm van samenwerken met het oog op de leden van het IPG en de juridische haalbaarheid daarvan?
10. Het IUC-Communicatie heeft de beschikking over een ministeriële regeling waardoor het mogelijk is om voor semipublieke instellingen de inkoop te verzorgen (**Regeling media inkoop 2004 > Bijgevoegd**). Bent u bekend met deze regeling? Zo ja, wat is uw juridisch oordeel over deze regeling in het licht van de huidige stand van wet- en regelgeving?
11. Is een dergelijke regeling onder de huidige wet- en regelgeving nog steeds mogelijk? Zo ja, hoe kansrijk acht u het verkrijgen van een dergelijke regeling?
12. Een vorm van samenwerken die mogelijk zou zijn is die door middel van een aankoopcentrale (art. 2.11 Aw), waarbij de Categorie Datacenters dan als aankoopcentrale zou moeten worden aangewezen. Wat is uw zienswijze op deze vorm samenwerken met het oog op de leden van het IPG?
13. Toetsende vraag: Wat is volgens u het daadwerkelijke verschil tussen art. 2.11 lid 3 en lid 5 Aw?

(lid 3: In de in het eerste en tweede lid bedoelde gevallen heeft de desbetreffende aanbestedende dienst voldaan aan de voor hem geldende verplichtingen op grond van deel 2 van deze wet.

lid 5: Een aanbestedende dienst kan een overheidsopdracht voor diensten betreffende een gecentraliseerde aankoopactiviteit, met inbegrip van een aanvullende aankoopactiviteit, aan een aankoopcentrale gunnen zonder toepassing van de procedures bij of krachtens deel 2 van deze wet.)

14. Er zijn twee vormen van aankoopcentrales, als tussenpersoon en als groothandel. Ziet u daarin juridisch gezien nog een voorkeur voor de een of de ander met het oog op de leden van het IPG en de Categorie Datacenters? zo ja, waarom?

15. Zijn er volgens u nog andere vormen van samenwerking met het oog op het doen van aanbestedingen die niet zijn genoemd, maar die volgens u wel het verder verkennen waard zijn?

Vragen m.b.t de Mededingingswet:

In de MvT bij de Mededingingswet (Kamerstukken II 2007/ '08), 31 354, 3, p.8-13) staat:

[...] De verhouding tussen overheid en marktpartijen is sinds ruim tien jaar onderwerp van discussie. In dit kader bestaan veel onnodige misverstanden. Met het oog hierop wordt onderstreept dat dit wetsvoorstel niet gaat over de beantwoording van de vraag wat het publieke belang is of zou moeten zijn. Evenmin gaat dit wetsvoorstel over transacties binnen de overheid (zelfvoorziening). En ten slotte gaat dit wetsvoorstel niet over de keuze van de overheid van een ordeningsinstrument. De overheid is, gegeven de spelregels die het wetsvoorstel kent, vrij in haar keuze om te kiezen voor het zelf aanbieden van een product of een dienst, of het in de markt aanbesteden daarvan. Het wetsvoorstel richt zich uitsluitend op het voorkomen van oneerlijke concurrentie als de overheid (direct of indirect) als ondernemer optreedt, door het stellen van gedragsregels ten aanzien van dat optreden....

[...] Gegeven de wenselijkheid van een eenduidig regime geldt het wetsvoorstel in beginsel voor alle sectoren waarin de overheid optreedt als aanbieder van producten of diensten. Voor enkele sectoren zijn uitzonderingen gemaakt, te weten voor onderwijs en onderzoek, de publieke omroep en, tot op zekere hoogte, sociale werkplaatsen. Het betreft sectoren waar veelal organisaties met een publiekrechtelijke respectievelijk privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid naast elkaar opereren en waarvoor reeds een wettelijk regime geldt dat eveneens effectief is in het bevorderen van gelijke concurrentieverhoudingen. Om die reden bevat het wetsvoorstel een uitzondering voor de genoemde sectoren. Overigens zijn de boekhoudkundige verplichtingen die voortvloeien uit de Transparantierichtlijn onverkort van toepassing.

Het wetsvoorstel geldt niet voor economische activiteiten ten behoeve van andere overheden. Men kan spreken van een vorm van zelfvoorziening binnen het totale «overheidsconcern»...

16. Hoe moet ik deze tekst lezen in het licht van de samenwerking tussen de IPG leden?
[Als ik bovenstaande tekst lees, dan lijkt het dat het aanbieden van dienstverlening van de ene overheid (lees Categorie Datacenters) aan een ander overheid (bijv. Gemeente Groningen, provincie Groningen) in het kader van de Mededingingswet geen enkele belemmering oplevert]

Zou je kunnen stellen dat het inkopen van datacentermiddelen noodzakelijk is voor de uitvoering van de publiekrechtelijke taak van die overheid? Zo ja, is hoofdstuk 4b Mededingingswet dan nog wel van toepassing? (Zie in dat verband Kamerstukken II 2007/'08, 31 354, 3, p 33-34).

Interviewvragen voor dhr. mr. M. de Jong

Vragen t.a.v. de aanbestedingsregelgeving:

1. Samenwerking kan door middel van het gezamenlijk oprichten van een rechtspersoon (Inbesteden middels een rechtspersoon – art. 2.24b Aw). Het Martini ziekenhuis en Zorggroep Groningen buiten beschouwing latend, wat vindt u van deze vorm van samenwerking met het oog op de leden van het IPG.
 - a. Acht u deze vorm bestuurlijk haalbaar?
2. Wat vindt u van de volgende aanname? De vorm van inbesteden middels een rechtspersoon lijkt op die van een aankoopcentrale, met dit verschil dat bij een gezamenlijk op te richten rechtspersoon men gezamenlijk meer verantwoordelijkheid draagt.
3. Het IUC-Communicatie is een aankoopcentrale (art. 2.11 Aw). Kunt u daar iets over vertellen?
 - a. Welke vorm van aankoopcentrale is het IUC Communicatie? (tussenpersoon/ groothandel)
 - b. Hoe is het IUC-Communicatie een aankoopcentrale geworden?
 - c. Hoe is dit bestuurlijk gegaan?
 - d. Welke voor-/ nadelen ziet u in een aankoopcentrale?
 - e. Wat zou u adviseren aan de Categorie Datacenters als zij een aankoopcentrale wenst te worden?
 - f. Er zijn twee vormen van aankoopcentrales, als tussenpersoon en als groothandel. Ziet u daarin juridisch gezien nog een voorkeur voor de een of de ander met het oog op de leden van het IPG en de Categorie Datacenters? zo ja, waarom?
4. Een vorm van samenwerken is die van de horizontale samenwerking (2.24c Aw). Wat is uw zienswijze op deze vorm van samenwerken met het oog op de leden van het IPG en de Categorie Datacenters?
 - a. Is het inkopen van datacentermiddelen in verband met het openbaar belang?
 - b. Indien het juridisch haalbaar is, acht u deze vorm bestuurlijk haalbaar?
5. Een vorm van samenwerken/ opdrachtverstrekking is door middel van het geven van een uitsluitend recht (Art. 2.24 sub a Aw). Hoe realistisch acht u deze vorm van opdrachtverstrekking/ samenwerken met het oog op het IPG en de Categorie Datacenters?
 - a. Een van de vereisten is dat de ontvangende aanbestedende dienst is aan te merken als aanbestedende dienst en als een onderneming. Vindt u dat de Categorie is aan te merken als een onderneming?

6. Een vorm van publiek-publieke samenwerking is die van de overdracht van bevoegdheden. (art. 1 lid 6 van de Richtlijn 2014/24/EU). Wat vindt u van deze vorm van samenwerken met het oog op de leden van het IPG en de juridische haalbaarheid daarvan?
 - a. Kan je stellen dat inkopen (van datacentermiddelen) een bevoegdheid is?
 - b. Indien juridisch haalbaar, hoe bestuurlijk haalbaar acht u deze vorm vanuit het Rijk gezien?
7. Het IUC-Communicatie heeft de beschikking over een ministeriële regeling waardoor het mogelijk is om voor semipublieke instellingen de inkoop te verzorgen (Regeling media inkoop 2004). Wat is uw juridisch oordeel over deze regeling in het licht van de huidige stand van wet- en regelgeving?
 - a. Is een dergelijke regeling onder de huidige wet- en regelgeving nog steeds mogelijk? Zo ja, hoe kansrijk acht u het verkrijgen van een dergelijke regeling?
8. Een vorm van samenwerken is door gezamenlijk een aanbesteding in de markt te zetten (2.11a Aw), rekening houdend met het clusterverbod (1.5 Aw) en daarmee gepaard gaande motivering. Wat is uw zienswijze op deze vorm van samenwerken met het oog op de leden van het IPG en de Categorie Datacenters?
 - a. Hoe realistisch acht u deze vorm van samenwerking?
 - b. Welke risico's ziet u?
 - c. Acht u het mogelijk dat er door alle IPG leden één contract wordt gegund waaronder alle IPG leden af kunnen nemen, of moet je dat opdelen in percelen?
9. Zijn er volgens u nog andere vormen van samenwerking met het oog op het doen van aanbestedingen die niet zijn genoemd, maar die volgens u wel het verder verkennen waard zijn?
10. Welke van bovengenoemde vormen van samenwerking acht u (juridisch/ bestuurlijk) het meest haalbaar? (Evt. in volgorde van haalbaarheid)

In de MvT bij de Mededingingswet (Kamerstukken II 2007/ '08), 31 354, 3, p.8-13) staat:

[...] Gegeven de wenselijkheid van een eenduidig regime geldt het wetsvoorstel in beginsel voor alle sectoren waarin de overheid optreedt als aanbieder van producten of diensten. Voor enkele sectoren zijn uitzonderingen gemaakt, te weten voor onderwijs en onderzoek, de publieke omroep en, tot op zekere hoogte, sociale werkplaatsen. Het betreft sectoren waar veelal organisaties met een publiekrechtelijke respectievelijk privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid naast elkaar opereren en waarvoor reeds een wettelijk regime geldt dat eveneens effectief is in het bevorderen van gelijke concurrentieverhoudingen. Om die reden bevat het wetsvoorstel een uitzondering voor de genoemde sectoren. Overigens zijn de boekhoudkundige verplichtingen die voortvloeien uit de Transparantierichtlijn onverkort van toepassing. Het wetsvoorstel geldt niet voor economische activiteiten ten behoeve van

andere overheden. Men kan spreken van een vorm van zelfvoorziening binnen het totale «overheidsconcern»...

11. Als ik bovenstaande tekst lees, dan lijkt het dat het aanbieden van dienstverlening van de ene overheid (lees Categorie Datacenters) aan een andere overheid (bijv. Gemeente Groningen, provincie Groningen) in het kader van de Mededingingswet geen enkele belemmering oplevert. Hoe moet ik deze tekst lezen in het licht van de samenwerking tussen de IPG leden?
12. Zou je kunnen stellen dat het inkopen van datacentermiddelen noodzakelijk is voor de uitvoering van de publiekrechtelijke taak van die overheid? Zo ja, is hoofdstuk 4b Mededingingswet dan nog wel van toepassing? (Zie in dat verband Kamerstukken II 2007/'08, 31 354, 3, p 33-34).

Interviewvragen leden Inkoop Platform Groningen

1. Kunt u wat vertellen over hoe het inkoopproces bij uw organisatie is ingericht?
2. Kunt u voorbeelden geven van inkooptrajecten waarin u al samenwerkt met derden?
3. Zijn ervoor zover u weet bezwaren tegen deze vorm van samenwerking?
4. Kunt u nog andere voorbeelden geven van vormen van samenwerking door uw organisatie?
5. Werken jullie samen met andere partijen waarbij een aparte entiteit is opgericht? Zo ja, waar gebruiken jullie dit voor?
6. Hoe kijkt u aan tegen een gezamenlijke aanbesteding voor het inkopen van datacentermiddelen met de Categorie Datacenters?
7. Welke stappen moeten doorlopen worden binnen uw organisatie om een besluit te nemen over samenwerking?
8. Wat zijn volgens jullie eventueel bestuurlijke bezwaren tegen samenwerking?
9. Bent u bekend met de aankoopcentrale zoals die wordt omschreven in de aanbestedingswet? Hoe kijkt u daar tegenaan?