

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 489| Samenvatting

In deze zaak heeft de instelling drie ondernemingen uitgenodigd een offerte in te dienen met een oplossing voor de overstap van een eigen serveromgeving naar een cloud-oplossing. De ondernemer heeft een offerte ingediend, maar heeft de opdracht niet gegund gekregen. Hij klaagt dat de opdracht ten onrechte niet is aanbesteed door middel van een Europese aanbestedingsprocedure.

In dat kader heeft de Commissie onderzocht of de instelling kwalificeert als publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1.1 Aw 2012. Dit artikel geeft de volgende definitie van het begrip aanbestedende dienst: 'de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen'. Tevens geeft dit artikel de volgende definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling:

'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;'

Dat de instelling is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard en rechtspersoonlijkheid bezit, staat tussen partijen niet ter discussie. Partijen verschillen van mening of aan het criterium van de overwegende overheidsinvloed is voldaan, waarbij de discussie zich toespitst op het financieringscriterium ("in hoofdzaak gefinancierd") nu partijen het er over eens zijn dat aan de twee alternatieve criteria niet wordt voldaan. De instelling stelt zich op het standpunt dat niet voldaan is aan het financieringscriterium aangezien tegenover de financiële steun die zij van overheden ontvangt, specifieke contractuele tegenprestaties worden verlangd.

In het kader van het financieringscriterium heeft de Commissie onderzocht of sprake is van openbare financiering in de zin dat een ondergeschiktheids- of afhankelijkheidsrelatie ontstaat als gevolg van financiële steun die wordt verstrekt ter financiering of ondersteuning van de activiteiten van de betrokken instelling, zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat. Daarvan is geen sprake indien het gaat om een betaling die de tegenprestatie vormt voor een contractuele tegenprestatie van de betrokken instelling bij de uitvoering waarvan de overheid een economisch belang heeft (arrest University of Cambridge). Indien de financiering wordt aangeduid als een subsidie is naar het oordeel van de Commissie in beginsel sprake van openbare financiering in de zin van artikel 1.1 Aw 2012, tenzij er sterke aanwijzingen zijn voor het tegendeel.

Hoewel is vastgelegd welke prestaties de instelling in het kader van de subsidieverlening zal moeten verlenen, is er naar het oordeel van de Commissie sprake van openbare financiering in de zin van artikel 1.1 Aw 2012. Om te beginnen is het feit dat is gekozen voor subsidieverlening en niet de algemene inkoopvoorwaarden, maar de subsidieverordening van de gemeente van toepassing zijn verklaard, een aanwijzing dat geen sprake is van een contractuele opdrachtrelatie. In dat kader acht de Commissie van belang dat de gemeente een wettelijke plicht heeft om in bepaalde diensten te voorzien en met de subsidieverlening haar (wettelijke) beleidsdoelen beoogt te verwezenlijken. Dat beëindiging van de subsidie ook het einde van de instelling zou betekenen, geeft aan dat de instelling afhankelijk is van de openbare financiering. Dat een groot deel van de gesubsidieerde en door de instelling aan derden te verlenen diensten is vrijgesteld van BTW is ten slotte eveneens een indicatie dat geen sprake is van een gewone opdrachtrelatie.

Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot het oordeel dat de instelling kwalificeert als een publiekrechtelijke instelling en dat zij dus een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1.1 Aw 2012. Naar het oordeel van de Commissie heeft de instelling de overheidsopdracht ten onrechte niet Europees aanbesteed en daarmee acht de Commissie het eerste klachtonderdeel gegrond. Aan de behandeling van het tweede klachtonderdeel komt de Commissie niet meer toe.

Commissie van Aanbestedingsexperts

Advies 489

1. Feiten

- 1.1. De instelling heeft in september 2017 drie ondernemingen per e-mail uitgenodigd een offerte in te dienen met een oplossing voor de overstap van een eigen serveromgeving naar een cloud-oplossing.
- 1.2. Drie ondernemingen hebben een offerte ingediend, waarna twee ondernemingen, waaronder ondernemer en ondernemer X, zijn uitgenodigd een presentatie te komen geven. Vervolgens zijn aan beide partijen meermaals vragen gesteld over hun offerte.
- 1.3. Op 6 februari 2018 heeft de instelling ondernemer geïnformeerd dat de keuze niet op hem is gevallen.
- 1.4. De instelling heeft de opdracht gegund aan ondernemer X en een overeenkomst met ondernemer X gesloten.
- 1.5. Naar aanleiding van e-mails van ondernemer van 4 en 10 april 2018 heeft de instelling op 10 april 2018 de volgende e-mail aan ondernemer gezonden:

'[De Instelling] heeft in 2017 de keuze gemaakt om de vervanging van de backend servers niet in eigen beheer uit te voeren, maar over te stappen op een Cloudoplossing.

[De Instelling] heeft op basis van een uitgebreide technische en inhoudelijke specificatie offertes aangevraagd bij een aantal leveranciers. Om een objectieve en zorgvuldige vergelijking van de offertes te kunnen maken is naast onze eigen [ICT afdeling], een onafhankelijk ICT specialist betrokken geweest bij de uitvraag- en selectieprocedure.

[Ondernemer] is de afgelopen jaren naar volle tevredenheid onze ICT partner geweest en is uiteraard uitgenodigd te offren. Alle leveranciers hebben dezelfde informatie ontvangen en gelegenheid gekregen om hun oplossing te presenteren. De presentaties zijn opnieuw aanleiding geweest voor intensieve inhoudelijke discussie en aanvullende vragen.

[De Instelling] heeft een gedegen en zorgvuldig selectietraject gevolgd. We zijn niet verplicht om een aanbestedingsprocedure te volgen en we hebben geen reden gehad om aan te nemen dat dit van toegevoegde waarde zou kunnen zijn. Geen van de betrokken partijen, ook [Ondernemer] niet, heeft op enig moment gedurende het selectietraject aangegeven dat de door ons gevolgde procedure niet zorgvuldig zou zijn.

Zoals we eerder persoonlijk naar jou hebben uitgesproken spijt het ons dat de samenwerking met [Ondernemer] zal worden beëindigd, maar hebben we de keuze na een lang en intensief traject op basis van objectieve criteria gemaakt.'

- 1.6. De advocaat van ondernemer heeft op 7 juni 2018 een brief gestuurd aan de instelling waarin hij stelt dat de instelling aanbestedingsplichtig is en de instelling wordt gevraagd op basis van welke argumenten is besloten geen aanbestedingstraject te volgen.

- 1.7. De instelling reageert bij brief van 19 juni 2018, onder meer, als volgt op voormelde brief:

'(...)

[De Instelling] heeft een gedegen en zorgvuldig offertetraject gevolgd. Alle leveranciers hebben dezelfde informatie ontvangen en gelegenheid gekregen om hun oplossing te presenteren en toe te lichten. [Ondernemer] heeft gedurende het offertetraject ook niet geklaagd, maar pas achteraf, toen het resultaat bekend was.

De stelligheid waarmee u veronderstelt dat [de Instelling] aanbesteding plichtig is wordt niet met argumenten onderbouwd en onderschrijven wij niet.

U maakt verder niet duidelijk op welke gronden [Ondernemer] veronderstelt dat een aanbestedingstraject voor haar tot een ander resultaat zou hebben geleid.

(...)'

- 1.8. Vervolgens heeft de advocaat van ondernemer op 20 juni 2018 de volgende klacht ingediend bij de instelling:

'[Ondernemer] is al jarenlang leverancier van ICT-diensten aan [de Instelling]. Medio 2017 heeft u aangegeven dat u wilde overstappen van een eigen serveromgeving naar een cloud-oplossing. Aan [Ondernemer] is gevraagd om daarvoor offerte uit te brengen. Daarbij is gemeld dat ook een andere partij zou worden gevraagd om te offren. [De Instelling] heeft zich in het inkooptraject door een adviesbureau laten bijstaan.

[De Instelling] heeft de door [Ondernemer] uitgebrachte offerte niet geaccepteerd, omdat [Ondernemer] 'veel te duur' was. De andere offererende partij, [Ondernemer X], zou een aanzienlijk lagere prijs hebben neergelegd. Omdat aanzienlijke prijsverschillen voor dit soort diensten hoogst onwaarschijnlijk zijn (de te leveren diensten worden grotendeels extern ingekocht tegen hetzelfde prijsniveau), bekwam [Ondernemer] het gevoel dat er appels met peren zijn vergeleken. Navraag bij u leerde dat [Ondernemer X] een andere oplossing heeft aangeboden dan [Ondernemer].

Vanwege het gekozen traject is voor [Ondernemer] niet controleerbaar of wel dezelfde diensten zijn aangeboden en of er geen andere redenen ten grondslag hebben gelegen aan de keuze voor [Ondernemer X].

Tijdens de interne evaluatie van het offertetraject door [Ondernemer] is gebleken dat de opdracht eigenlijk aanbesteed had moeten worden. Immers, [de Instelling] wordt als publiekrechtelijke instelling aangemerkt omdat zij is opgericht met het specifieke doel om in behoeften van algemeen belang te voorzien, rechtspersoonlijkheid bezit en de activiteiten van de organisatie in hoofdzaak door overheidsinstellingen waaronder de [Gemeenten A en B] wordt gefinancierd. [De Instelling] is daarom een aanbesteding plichtige organisatie. De toepasselijke drempelwaarde voor organisaties als [de Instelling] (categorie decentrale overheid) bedraagt € 221.000,-. De waarde van de opdracht bedraagt ergens tussen de € 350.000,00 en € 400.000,00 en ligt dus ruim boven het drempelbedrag. Dit houdt in dat de opdracht had moeten worden aanbesteed.

(...)

Dat [Ondernemer] zelf aan het offertetraject heeft meegedaan is voor u ook geen valide argument om niet aan uw aanbestedingsplicht te voldoen.

[Ondernemer] is er van overtuigd dat als er een aanbestedingstraject zou zijn gevolgd, [hij] in ieder geval een eerlijke kans had gemaakt om de opdracht gegund te krijgen. Immers vanwege het gevolgde offertetraject lijken er nu 2 verschillende oplossingen te zijn aangeboden, hetgeen bij een aanbesteding uitgesloten is.

(...)'

- 1.9. De advocaat van de instelling heeft bij brief van 6 juli 2018 op voorgaande brief gereageerd:

'Het is relevant te herhalen hetgeen [de Instelling] bij herhaling eerder heeft gesteld, namelijk dat de procedure die zij heeft gevolgd zorgvuldig was, waarbij op transparante wijze is gecommuniceerd aan welke eisen de offertes moesten voldoen. De partijen die een offerte hebben uitgebracht hebben gelijke kansen gekregen om de offerte te presenteren aan [de Instelling], daarop een toelichting te geven, vragen van [de Instelling] te beantwoorden en eventueel eigen vragen te stellen. Ook heeft er een Marktconformiteits-Analyse plaatsgehad en uiteindelijk heeft [de Instelling] geselecteerd en een keus gemaakt op basis van de prijs-kwaliteitsverhouding. Op 6 februari 2018 is die keus aan [Ondernemer] meegedeeld en later telefonisch ook gemotiveerd. Gedurende dit gehele proces heeft [Ondernemer] niet geklaagd over ongelijke behandeling of gebrek aan transparantie. Pas weken nadat aan [Ondernemer] bekend gemaakt was dat de keus niet op haar gevallen was, heeft [Ondernemer] bezwaren geuit.

Echter, die bezwaren blijven ongespecificeerd en ongefundeerd en leiden tot niet een gerechtvaardigd vermoeden dat [Ondernemer] is benadeeld doordat [de Instelling] niet een aanbestedingsprocedure heeft gevolgd.

[De Instelling] meent dat er geen rechtsgrond is waarop zij gehouden is [Ondernemer] te informeren over de reden waarom zij geen aanbestedingsprocedure heeft gevolgd. Wel is er de vraag of [Ondernemer] werd benadeeld vanwege het feit dat geen aanbestedingsprocedure is gevolgd. [De Instelling] stelt dat dit niet het geval is. Integendeel, was de opdracht aanbesteed, dan was de competitie voor [de Ondernemer] wellicht ook groter geweest.

[Ondernemer] stelt dat navraag bij [de Instelling] zou hebben geleerd dat [Ondernemer X] een andere oplossing heeft aangeboden dan [Ondernemer]. Deze opmerking is op twee punten onjuist. Er is bij [de Instelling] geen navraag gedaan. En [Ondernemer X] heeft geen andere oplossing geboden dan [Ondernemer]. De technische en functionele specificaties in de offerte aanvraag zijn omschreven in termen van prestatie of functionele vereisten. [De Instelling] is vrij in de wijze van omschrijven van haar behoefte en keuze van wensen en eisen, zolang dit transparant gebeurt en zij de gegadigden gelijk behandelt. Dat de offerteaanvraag een duidelijke beschrijving heeft gegeven van de gewenste oplossing blijkt ook uit het feit dat de offertes die [de Instelling] ontvangen heeft, aan de aanvraag voldeden. Dat die offertes wellicht nuance verschillen vertonen, bijvoorbeeld als gevolg van een verschil in werkwijze, doet hieraan niet af. [Ondernemer] vraagt kenbaar te maken waaruit de oplossing precies bestaat. Het antwoord luidt: de bij offerte aanvraag gevraagde (hybride) oplossing. [De Instelling] zal niet de winnende offerte laten zien. Zou [de Instelling] de aanbestedingsprocedure hebben gevolgd, dan had [Ondernemer] ook geen inzage mogen krijgen in de offerte van de andere gegadigden. Door geen inzage te geven wordt [Ondernemer] daarom evenmin benadeeld vergeleken met zijn situatie in een aanbestedingsprocedure.

Een tweede bezwaar van [Ondernemer] betreft het vermoeden dat [de Instelling] geen objectieve selectiecriteria heeft gehanteerd. Ook dit vermoeden is ongefundeerd. [de Instelling] begrijpt dat dit vermoeden is gebaseerd op de stelling dat

[de Instelling] zou hebben gezegd dat de offerte van [Ondernemer] 'veel' te duur zou zijn. En op de gedachte dat [de Instelling] 'de frisse blik' als een selectie criterium zou hebben gehanteerd.

[De Instelling] kan zich niet herinneren dat zij gezegd heeft dat de offerte van [Ondernemer] 'veel' te duur was. Het is wel correct dat de offerte van [Ondernemer] duurder is uitgevallen dan die van [Ondernemer X], bij een vergelijkbare kwaliteit. Dat is de reden dat voor de offerte van [Ondernemer X] gekozen is. Het verschil was belangrijk genoeg om die keuze rechtvaardigen. In een persoonlijk gesprek op kantoor van [de Instelling] op 26 maart 2018 is die keus nog eens aan [Ondernemer] gemotiveerd toegelicht. Aangezien de keus gebaseerd was op de prijs-kwaliteit verhouding is er onvermijdelijk gesproken over een prijsverschil dat niet werd gerechtvaardigd door een kwaliteitsverschil. Daaruit valt echter niet een gerechtvaardigd vermoeden te herleiden, dat dit prijsverschil wordt veroorzaakt door het offreren van een andere oplossing, hetgeen ook niet aan de orde is.

Voor wat betreft de frisse blik meent [de Instelling] dat [Ondernemer] de zaken hier omdraait. In het gesprek op 26 maart 2018 waarbij de beslissing van [de Instelling] werd gemotiveerd, merkte [Ondernemer] op dat haar offerte misschien duurder was, maar dat het ook wat waard was om te werken met een partner waarmee [Ondernemer] jarenlange ervaring had, omdat dit soepeler zou samenwerken. Daarop reageerde [de Instelling] dat je dan ook kon redeneren dat na zoveel jaar een frisse blik ook wat waard is. Die frisse blik was dus geen selectie criterium, maar een reactie op het door [Ondernemer] nieuw geopperde argument van de soepele samenwerking. De keus was toen al weken eerder gevallen.

[De Instelling] stelt, samengevat, dat de bezwaren en klachten van [Ondernemer] ongegrond en ongefundeerd zijn en dat er geen sprake van is, dat [Ondernemer] is benadeeld doordat er geen aanbestedingsprocedure is gevolgd.'

- 1.10. De advocaat van ondernemer heeft de instelling in een e-mail van 15 augustus 2018, onder meer, het volgende bericht:

'(...) Ik constateer dat [de Instelling] naar aanleiding van de door mij op 20 juni 2018 ingediende formele klacht ter zake het niet volgen van de aanbesteding, geen klachtprocedure heeft opgestart. In plaats daarvan bent u verweer gaan voeren. Moet ik daaruit opmaken dat de ingediende klacht niet door [de Instelling] in behandeling wordt genomen? Dan zal ik [Ondernemer] adviseren om een externe procedure op te starten.'

- 1.11. De instelling heeft op voorgaande correspondentie in een brief van 12 september 2018 aan ondernemer als volgt gereageerd:

'(...) [Ondernemer] klaagt erover dat [de Instelling] geen aanbestedingsprocedure heeft gevolgd en vraagt zich af waarom dat niet is gebeurd. (...)

[De Instelling] heeft geen ervaring met aanbesteding en heeft ook nooit een aanbestedingsprocedure gevolgd. [De Instelling] kent daarom ook geen standaard klachtenafhandeling of andere zaken die betrekking hebben op de Aanbestedingswet, zoals aanbestedingsbeleid.

Voorafgaand of tijdens de offerteprocedure waarover [Ondernemer] klaagt zijn om die reden ook geen adviseurs op het gebied van het aanbestedingsrecht betrokken. [De Instelling] is er eenvoudigweg oprecht van uitgegaan dat zij met de offerte-procedure en de ondersteuning van een ICT specialist en accountant, correct handelde.

[De Instelling] heeft naar aanleiding van de onderhavige klacht juridisch advies ingewonnen. Dat advies luidt dat [de Instelling] geen aanbestedende dienst is omdat niet voldaan is aan het criterium van 'openbare overheidsfinanciering'. Het is juist dat [de Instelling] gefinancierd wordt, maar tegenover deze financiële steun worden van [de Instelling] specifieke contractuele tegenprestaties verlangd. In dat geval is er geen sprake van 'openbare overheidsfinanciering' in de zin van artikel 1.1 Aw.

[De Instelling] meent daarom dat de klacht van [Ondernemer] onterecht is.

(...)'

- 1.12. Ondernemer heeft de instelling per e-mail van 4 oktober 2018 verzocht de door ondernemer gemaakte uren in het kader van het offertetraject te vergoeden.
- 1.13. Daarop heeft de instelling op 19 oktober 2018 per e-mail een reactie aan ondernemer gezonden waarin zij zich, onder meer, op het standpunt stelt geen enkele compensatie verschuldigd te zijn. Om een punt achter deze langlopende kwestie te kunnen zetten, biedt de instelling toch een vergoeding van € 2.500 aan ondernemer aan.
- 1.14. De instelling en ondernemer komen niet tot overeenstemming en uiteindelijk heeft ondernemer op 6 november 2018 een klacht ingediend bij de Commissie.
- 1.15. De Commissie kan de klacht in behandeling nemen indien het handelen of nalaten van de instelling valt binnen de werkingssfeer van de Aanbestedingswet 2012. In dat kader is het de vraag of de instelling kwalificeert als aanbestedende dienst en meer in het bijzonder als publiekrechtelijke instelling. Tussen partijen staat vooral ter discussie of de instelling in hoofdzaak wordt gefinancierd met overheidsmiddelen in de zin van artikel 1.1 Aw 2012. Naar aanleiding van vragen van de Commissie heeft de instelling de volgende informatie verstrekt.
 - 1.15.1. De instelling zet zich in om het leven van alle inwoners van gemeente A en omstreken te verrijken met kunst, cultuur en kennis. De instelling voorziet in activiteiten op het gebied van openbare bibliotheken, overige culturele uitleencentra en openbare archieven, kunstzinnige vorming van amateurs, dansscholen, beoefening van podiumkunst en overkoepelende organen en samenwerkings- en adviesorganen.
 - 1.15.2. Gemeente A heeft niet de bevoegdheid om goedkeuring te geven aan besluiten van de instelling. De instelling is een volledig zelfstandige stichting. Sinds 2009 bestaat het bestuur van de stichting uit één bestuurder die is benoemd door de Raad van Toezicht. De Raad van Toezicht bestaat uit vijf tot zeven leden. In de oprichtingsstatuten van 1 januari 2008 is niet voorzien in invloed door overheden of andere derden op de benoeming en het ontslag van de leden van de Raad van Toezicht.
 - 1.15.3. De instelling heeft geen winstoogmerk. Bij exploitatieverliezen kan zij niet terugvallen op steun van overheden. Zij stelt dat zij niet concurreert met andere instellingen in de regio die vergelijkbare doelstellingen nastreven en die voldoen aan de kwaliteitsnormen van de certificeringsorganisatie SCOB en het Kwaliteitskader Kunsteducatie & Amateurkunst. In 2018 heeft de instelling € 5.900.000 aan subsidies ontvangen van gemeente A en andere omliggende gemeenten. Daarnaast ontvangt de instelling innovatiesubsidies. Ook heeft de instelling eigen inkomsten.

- 1.15.4. De instelling stelt dat zij een tegenprestatie moet leveren voor de subsidies. Zij maakt met de verschillende gemeenten specifieke prestatieafspraken. Deze worden vastgelegd in een uitvoeringsovereenkomst. Ter onderbouwing heeft de instelling de prestatie-uitvraag van de gemeente A aan de instelling voor de jaren 2019-2021 overgelegd. Dit betreft een document op hoofdlijnen.
- 1.16. Naar aanleiding van voorgaande informatie heeft de Commissie de klacht in behandeling genomen omdat zij in de toegestuurde informatie voldoende aanknopingspunten vond om voorshands aan te nemen dat de instelling kwalificeert als een aanbestedende dienst – meer in het bijzonder: een publiekrechtelijke instelling – in de zin van artikel 1.1 Aw 2012.
- 1.17. Op 18 april 2019 heeft de Commissie een informatiebijeenkomst gehouden waarbij vertegenwoordigers van ondernemer en de instelling aanwezig waren, met hun advocaten. Voor zover voor dit advies van belang, is de tijdens deze bijeenkomst verstrekte informatie in 5 hierna verwerkt.

2. Beschrijving klacht

2.1. Klachtonderdeel 1

De instelling kwalificeert als aanbestedende dienst en heeft de opdracht ten onrechte niet Europees aanbesteed.

2.2. Klachtonderdeel 2

De instelling heeft de aanbestedingsrechtelijke regels en beginselen niet nageleefd en er heeft een oneerlijke beoordeling plaatsgevonden.

3. Onderbouwing klacht

3.1. Klachtonderdeel 1

- 3.1.1. Ter onderbouwing van de klacht herhaalt ondernemer hetgeen hij in zijn klachtbrief van 20 juni 2018 heeft aangevoerd (zie 1.8 hiervoor) en voegt daar nog het volgende aan toe.
- 3.1.2. De instelling is een overkoepelende organisatie van aangesloten bibliotheken en culturele centra (een muziekschool, dans- en theaterschool, volksuniversiteit, afdeling Kunst en Beeld, diverse podia en een centrum voor amateurkunst).
- 3.1.3. De instelling is actief in de gemeenten A, B, C, D en E. De instelling heeft een ANBI-status omdat zij zich voor meer dan 90% voor het algemeen belang inzet en geen winstoogmerk heeft. In 2017 bestond ruim 72% van haar inkomsten uit subsidies en circa 27,5% uit eigen inkomsten. De activiteiten van de instelling worden in hoofdzaak door overheidsinstellingen, waaronder de gemeenten A en B, gefinancierd. In dat kader heeft ondernemer de jaarstukken van de instelling overgelegd.
- 3.1.4. De instelling kwalificeert als publiekrechtelijke instelling en daarmee als aanbestedende dienst. De onderhavige opdracht had Europees moeten worden aanbesteed omdat de waarde van de opdracht de Europese drempelwaarde overstijgt.
- 3.1.5. Ondernemer heeft de jaarrekening van de instelling over 2017 bijgevoegd.

3.2. Klachtonderdeel 2

Ondernemer stelt dat de instelling geen schriftelijke offerte-uitvraag of bestek heeft opgesteld en toegezonden op basis waarvan ondernemer een offerte kon opstellen. Volgens ondernemer heeft de instelling hem destijds in een mondeling gesprek gevraagd een offerte in te dienen.

4. Reactie aanbesteder

4.1. De instelling stelt zich op het standpunt dat ondernemer zijn klacht te laat heeft ingediend en daarom geen belang meer heeft bij zijn klacht. Indien ondernemer zijn bezwaren direct bij de start van het offertetraject kenbaar had gemaakt, had de instelling nog voor een aanbestedingstraject kunnen kiezen. De klacht werd echter ingediend maanden na het moment waarop de instelling de keuze voor de leverancier had gemaakt en zelfs maanden na de implementatie van de cloud-omgeving.

4.2. Ook meent de instelling dat het investeren in nieuwe opdrachten en opstellen van offertes hoort bij het ondernemerschap en niet achteraf – na het niet binnenhalen van de opdracht – als geleden schade kan worden opgevoerd.

4.3. Klachtonderdeel 1

4.3.1. De instelling is van mening dat zij geen aanbestedende dienst is omdat niet is voldaan aan het criterium van 'openbare overheidsfinanciering'. Het is juist dat de instelling gesubsidieerd wordt, maar tegenover deze financiële steun worden van de instelling specifieke contractuele tegenprestaties verlangd. In dat geval is er geen sprake van 'overheidsfinanciering' in de zin van artikel 1.1 Aw 2012. De prestatie uitvraag bestaat uit een omvangrijk dossier met specifiek geformuleerde prestaties waaraan de instelling moet voldoen om aanspraak te kunnen behouden op subsidie.

4.3.2. Op verzoek van de Commissie heeft de instelling de volledige prestatie-uitvraag van gemeente A ingediend, alsmede de offerte van de instelling naar aanleiding van de prestatie-uitvraag. Gemeente A geeft in de prestatie-uitvraag aan wat zij voor 2019-2021 van de instelling verwacht, uitgesplitst in zes kernfuncties en ca. 30 producten, en welk bedrag aan subsidie de gemeente hiervoor beschikbaar stelt. In haar offerte geeft de instelling haar visie hoe zij deze opdracht gaat invullen en welke beleidskeuzes zij hierbij wenst te maken.

4.3.3. De instelling stelt dat ondernemer geen belang heeft bij zijn klacht, omdat ondernemer ook tijd en moeite had moeten steken in het offertetraject indien de instelling een aanbestedingsprocedure had gevolgd.

4.4. Klachtonderdeel 2

4.4.1. Medio 2017 heeft de instelling het besluit genomen om over te stappen van een eigen serveromgeving naar een cloud-oplossing. In september 2017 heeft de instelling een offerte-uitvraag gedaan bij drie leveranciers, waaronder ondernemer, die al jarenlang ICT-diensten leverde aan de instelling.

4.4.2. Alle leveranciers hebben dezelfde informatie ontvangen en gelegenheid gekregen om hun oplossing te presenteren aan de instelling. Ook ondernemer heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt en heeft haar product uitvoerig toegelicht, vragen van de instelling beantwoord en eigen vragen gesteld. Ook heeft er een marktcon-

formiteit-analyse plaatsgevonden. Anders dan ondernemer stelt, was er geen adviesbureau bij het offertetraject betrokken. Wel waren de eigen ICT-afdeling en een ICT-specialist betrokken. Het offertetraject bestaat uit veel documenten. De instelling biedt uitdrukkelijk aan deze documenten in een klapper aan de Commissie ter beschikking te stellen.

- 4.4.3. De instelling heeft uiteindelijk een keuze gemaakt op basis van de prijs-kwaliteit-verhouding. Op 6 februari 2018 is ondernemer geïnformeerd dat de keuze niet op hem is gevallen. Deze beslissing is in een persoonlijk gesprek nader toegelicht. Ondernemer gaf aan van deze toelichting te willen leren en graag opnieuw mee te willen doen in een toekomstige nieuwe offerteronde. Het contract is gesloten met ondernemer X.
- 4.4.4. Gedurende het gehele offertetraject heeft ondernemer niet geklaagd over ongelijke behandeling of gebrek aan transparantie. Integendeel, ondernemer heeft de instelling een aantal malen expliciet gecompimenteerd voor de zorgvuldige en transparante wijze waarop het offertetraject verliep.
- 4.4.5. Het heeft de instelling dan ook zeer verrast dat ondernemer bijna twee maanden na de gunningsbeslissing alsnog met bezwaren kwam dat hij geen goed gevoel over de gang van zaken had. De bezwaren werden niet onderbouwd.
- 4.4.6. De vraag naar de gekozen oplossing kwam vreemd op de instelling over, omdat zij nooit van de offerte-uitvraag is afgeweken en er dus ook geen sprake is van 'appels en peren' of 'een andere oplossing' die gekozen zou zijn, maar wat niet te controleren zou zijn. Toen ondernemer X met de werkzaamheden van start ging was ook ondernemer bij de instelling werkzaam. Ondernemer had zicht op de werkzaamheden die werden uitgevoerd door ondernemer X en kon daar ook vragen over stellen. Toch hield ondernemer in brieven zijn stelling vol, dat er sprake zou zijn van een andere oplossing die door ondernemer X geboden is, zonder verder aan te geven waar het verschil dan in zat.
- 4.4.7. De instelling stelt dat het gevolgde offertetraject zorgvuldig is geweest, waarbij op transparante wijze is gecommuniceerd aan welke eisen de offertes moesten voldoen. Alle offererende partijen hebben gelijke kansen gekregen om hun offerte te presenteren, toe te lichten en waar nodig aan te passen. Ondernemer beschikte als enige leverancier over uitgebreide kennis van de organisatie van de instelling, aangezien hij de voorafgaande 10 jaar de ICT-partner van de instelling was geweest.
- 4.4.8. Dat de offerte-uitvraag een duidelijke beschrijving heeft gegeven van de gewenste oplossing blijkt uit het feit dat de offertes die de instelling heeft ontvangen aan de aanvraag voldeden. Alle leveranciers hebben de instelling op grond van de offerte-uitvraag een aanbieding gedaan voor een (hybride) cloud-oplossing.
- 4.4.9. Ondernemer heeft als enige leverancier van de gelegenheid gebruik gemaakt om gedurende het offertetraject zijn offerte aan te passen. Dit betrof het optioneel verklaren van een aantal onderdelen, die niet door de instelling in de offerte-uitvraag waren benoemd, maar wel door ondernemer waren geoffreerd.
- 4.4.10. Gedurende een periode van vier maanden zijn de offertes intensief bestudeerd, zijn over en weer vragen gesteld en beantwoord en analyses uitgevoerd. Inhoudelijk waren de offertes vergelijkbaar, de prijs is doorslaggevend geweest voor de uiteindelijke keuze.

5. Nadere informatie en inlichtingenbijeenkomst

5.1. De instelling heeft de documenten uit het offertetraject overgelegd. Tevens heeft de instelling de uitvoeringsovereenkomsten met gemeenten A, B, C en E ingediend.

5.2. In de uitvoeringsovereenkomst met gemeente A is, onder meer, bepaald:

'OVERWEGENDE DAT

- In de Ontwikkelingsvisie [A] (...) Kennis en (Historische) Cultuur als pijlers zijn benoemd. Recent is daar een derde aan toegevoegd, Duurzaamheid. Deze drie pijlers zijn terug te vinden in de Toekomstvisie [de Instelling].
- Het nieuwe college in het Beleidsakkoord 2014-2017 het voornemen had tot Modernisering [de Instelling]. (...)
- Het project Modernisering [de Instelling] in het Programma Kennisstad is ondergebracht, wat het belang dat de gemeente aan de kenniscomponent hecht benadrukt.
- De Cultuurnota 2012-2018 de volgende visie bevat: Cultuur in onze historische stad is een dragende pijler van de stadsvisie (...) en maakt daardoor [A] één van de aantrekkelijkste steden van Nederland: de kracht van cultuur is de toekomst van de stad! Deze cultuurvisie is uitgewerkt in drie ambities: cultuur heeft een divers aanbod, met meer kwaliteit en vernieuwing (ambitie 1); cultuur versterkt de levendigheid en identiteit van de (binnen)stad (ambitie 2); en cultuur verbindt en ontwikkelt talenten en activiteiten die passen bij [de Ontwikkelingsvisie] (ambitie 3).
- (...)
- Het onderwijskansenbeleid in [A] 2014-2017 o.a. als doel heeft het voortzetten van programma's ter stimulering van leesbevordering bij doelgroepkinderen. Onderdeel daarvan is het voortzetten van de bibliotheek Onderwijskansen. [De Instelling] verzorgt de ondersteuning voor de Onderwijskansenlocaties door productaanbod en advies.
- Het Regionaal Educatieprogramma arbeidsmarktregio [...] de taal- en rekenvaardigheid beoogt te verhogen van inwoners die onvoldoende de basisvaardigheden taal en rekenen beheersen om zelfstandig en actief te kunnen participeren in de samenleving. Een van de onderdelen van dit programma is het Taalhuis in de bibliotheek dat fungeert als een centraal punt waar informatie is te vinden over vraag en aanbod van het lokaal taalnetwerk. In [A] is het Taalhuis bij [de Instelling] ondergebracht.

(...)

GEZIEN HET FEIT DAT:

- [De Instelling] een offerte/subsidieaanvraag voor haar activiteiten in 2017 heeft ingediend (zie bijlage 1) waarin [de Instelling] een aanvraag doet met betrekking tot:
 1. Ondersteuning van amateurkunst
 2. Een voor een ieder toegankelijke openbare bibliotheekvoorziening die bijdraagt aan de persoonlijke ontwikkeling en verbetering van de maatschappelijke kansen van het algemene publiek en die in ieder geval de volgende functies omvat:

- a. ter beschikking stellen van kennis en informatie;
 - b. bieden van mogelijkheden tot ontwikkeling en educatie;
 - c. bevorderen van lezen en het laten kennismaken met literatuur;
 - d. organiseren van ontmoeting en debat;
 - e. laten kennis maken met kunst en cultuur;
3. Ondersteuning van het onderwijskansenbeleid;
 4. Ondersteuning van de cultuureducatie in het PO/VO;
 5. Buitenschools aanbod cultuureducatie.

➤ (...)

➤ Het subsidiebedrag aan [de Instelling] er voor 2017 als volgt uit ziet:

Subsidie 2017	
Openbare bibliotheek	(...)
Kunsteducatie	(...)
Amateurkunstcentrum	(...)
Kunstshot	(...)
Exploitatie Muziekhuis	(...)
Onderwijskansen	(...)
Totaal subsidie [A]	5.349.759

(...)

KOMEN HET VOLGENDE OVEREEN:

(...)

Artikel 2. Doelen en prestaties

(...)

Artikel 3. Kwaliteit

[De Instelling] borgt de kwaliteit van de uitvoering van de activiteiten die in de subsidieaanvraag zijn weergegeven. (...)

Artikel 4. Flexibiliteitsbepalingen

Op de prestatieafspraken (zie bijlagen 1 en 2) zijn de volgende flexibiliteitsbepalingen van toepassing:

- het is [de Instelling] toegestaan om, na vooroverleg met de gemeente, uitruil van producten binnen een prestatie te laten plaatsvinden tot maximaal 20% van het voor de producten/activiteiten binnen die prestatie bestemde subsidiebedrag;
- uitruil boven de 20% binnen een prestatie of enige vorm van uitruil tussen prestaties is alleen mogelijk na schriftelijke toestemming van de gemeente;
- wordt er, ook na uitruil van producten/activiteiten binnen een prestatie minder geleverd dan in de subsidiebeschikking genoemd, dan is [de Instelling] verplicht de subsidie voor het niet geleverde deel van de prestatie terug te betalen.

(...)

Artikel 9. Slotbepaling

De Algemene Subsidieverordening 2012 van [Gemeente A] is op deze overeenkomst van toepassing.'

- 5.3. Tijdens de informatiebijeenkomst die de Commissie op 18 april 2019 met partijen heeft belegd (zie 1.17 hiervoor) voeren partijen, onder meer, nog het volgende aan.
 - 5.3.1. Ondernemer geeft aan dat het er vreemd aan toe ging. Na drie maanden overleg kwam de instelling pas met een offerte-uitvraag.
 - 5.3.2. Daarop geeft de instelling aan dat zij eerst moest beslissen wat haar behoefte was en dat ze in dat kader haar ICT-partner heeft geraadpleegd. Vervolgens heeft zij in september 2017 een inkooptraject gestart met een offerte-uitvraag. De instelling heeft drie offertes ontvangen en is vervolgens verder gegaan met ondernemer en ondernemer X.
 - 5.3.3. Ondernemer stelt dat het resultaat anders zou zijn geweest als er wel aanbesteed was. Volgens ondernemer zijn appels met peren vergeleken. De instelling heeft slechts gemotiveerd dat hij op prijs verloren heeft, zonder verdere motivering.
 - 5.3.4. Volgens ondernemer is de instelling met de oplossing van de winnende inschrijver duurder uit, doordat de instelling daarmee hogere licentiekosten heeft. Dit wordt door de instelling weersproken.
 - 5.3.5. De instelling geeft aan dat de waarde van de opdracht net boven € 300.000 ligt.
 - 5.3.6. Verder is besproken dat voor de vraag of de instelling als een aanbestedende dienst kwalificeert bepalend is de situatie in 2017, het jaar waarin de offerte-uitvraag is verstuurd. Voorts is besproken dat er geen onderscheid hoeft te worden gemaakt tussen de verschillende subsidiestromen. In dat kader meldt de instelling dat zij in 2017 ongeveer € 8.700.000 aan inkomsten had. Dit bedrag kan worden onderverdeeld in ongeveer € 5.500.000 aan subsidie van gemeente A, ongeveer € 500.000 aan subsidie van andere overheden, ongeveer € 300.000 aan subsidies voor projecten en ongeveer € 2.300.000 aan eigen inkomsten. Het grootste deel van de subsidie betreft de bibliotheekdienstverlening.
 - 5.3.7. De instelling geeft aan dat geen leden van het Bestuur of de Raad van Toezicht worden benoemd door de gemeente of een andere overheidsinstelling. Vroeger was de instelling voor 100% een gemeentelijke instelling, maar nu is er helemaal geen politieke inmenging meer.
 - 5.3.8. De instelling licht toe dat met gemeente A kritieke prestatie indicatoren (KPI's) worden afgesproken en dat drie keer per jaar overleg plaatsvindt om te bespreken of en in hoeverre deze KPI's worden gerealiseerd. Bij meer dan 10% overschrijding kan gemeente A besluiten te korten op de subsidie. Het is bij de gemeente A wel al voorgekomen dat er bij toekenning van de subsidie in het kader van bezuinigingen minder subsidie is toegekend, maar nog niet dat er bij de vaststelling daarvan subsidie is gekort wegens het onvoldoende nakomen van de gemaakte afspraken. In de loop van de jaren zijn de afspraken steeds gedetailleerder geworden. Ook met gemeente E worden gedetailleerde afspraken gemaakt. Wanneer minder uren dan afgesproken worden geleverd, wordt ook minder subsidie verstrekt. De instelling heeft één keer aan deze gemeente geld terugbetaald. De instelling levert haar diensten niet aan de gemeenten, maar aan burgers.
 - 5.3.9. Voorts wijst de instelling er op dat gemeenten op grond van de Wet op de Bibliotheken verplicht zijn om bibliotheekdiensten te faciliteren. Inmiddels is er ook concurrentie van commerciële partijen. Die leveren echter een zeer uitgeklede bibliotheekfunctie en inmiddels wordt de meerwaarde van een meeromvattende bibliotheekfunctie door veel gemeenten wel weer ingezien.

- 5.3.10. De instelling geeft aan dat in het kader van bibliotheekdiensten geen BTW hoeft te worden afgedragen. Hetzelfde geldt voor kunsteducatie tot 21 jaar.
- 5.3.11. De Commissie vraagt of nakoming van de gemaakte subsidieafspraken door de gemeenten afdwingbaar is. De instelling geeft aan dat de subsidie kan worden gekort bij meer dan 10% onder- of overschrijding. Dat zij de gemaakte afspraken niet zou nakomen, is voor de instelling echter ondenkbaar. Beëindigen van de subsidie zou het einde van de instelling betekenen. Als de instelling de gemaakte afspraken niet waarmaakt, zal de gemeente op zoek gaan naar een andere partij. In zoverre kunnen de gemeenten volgens de instelling indirect afdwingen dat de instelling de gemaakte subsidieafspraken nakomt.

6. Beoordeling

- 6.1. De Commissie stelt vast dat aanbesteder in september 2017 drie ondernemers heeft uitgenodigd tot het doen van een offerte met een oplossing voor de overstap van een serveromgeving naar een cloud-oplossing.
- 6.2. De vraag of de instelling kwalificeert als aanbestedende dienst komt aan de orde in het kader van klachtonderdeel 1. Het antwoord op die vraag is bepalend voor de vraag of de instelling gebonden is aan de naleving van de Aanbestedingswet.
- 6.3. Alvorens tot beoordeling van de klachtonderdelen over te gaan, zal de Commissie allereerst ingaan op de stelling van aanbesteder dat ondernemer geen belang heeft bij zijn klacht omdat hij zijn klacht te laat bij de instelling onder de aandacht heeft gebracht (zie 4.1 hiervoor).
- 6.3.1. Volgens bestaande jurisprudentie mag van een (potentiële) gegadigde of inschrijver een proactieve houding worden verwacht. Dit houdt in een geval als het onderhavige in dat een ondernemer een – mogelijke – inbreuk op de wettelijke verplichting tot Europees aanbesteden dient te signaleren zodra hij die redelijkerwijze behoorde op te merken. De ratio daarvan is dat de instelling op wie de vermeende verplichting rust daarmee mogelijk in staat wordt gesteld (de gevolgen van) die inbreuk ongedaan te maken in een stadium waarin de nadelige gevolgen daarvan voor alle betrokken partijen zoveel mogelijk beperkt kunnen blijven.
- 6.3.2. Nadat ondernemer heeft deelgenomen aan het offertetraject en de gunningsbeslissing aan hem is medegedeeld, heeft hij geklaagd dat de opdracht ten onrechte niet Europees is aanbesteed. Of ondernemer in die omstandigheden belang heeft bij zijn klacht is voor discussie vatbaar, gelet op het vonnis van 27 maart 2019 van de voorzieningenrechter van de rechtbank Midden-Nederland (ECLI:NL:RBMNE:2019:1299, JAAN 2019/92 m.nt. E.L.H. Snijders-van Erp). Daarmee valt niet uit te sluiten dat ondernemer nog belang heeft bij zijn klacht.
- 6.4. De Commissie zal dan ook overgaan tot een inhoudelijke beoordeling van de klacht.
- 6.5. Klachtonderdeel 1
- 6.5.1. Alvorens tot een beoordeling van klachtonderdeel 1 over te gaan, geeft de Commissie eerst het toetsingskader weer (zie 6.5.2 t/m 6.5.15 hierna).
- 6.5.2. Voor zover van belang, is in artikel 1.1 Aw 2012, ter implementatie van artikel 2, lid 1, onder 1 en 4 Richtlijn 2014/24/EU, bepaald:

‘In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

aanbestedende dienst: de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen;

(...)

publiekrechtelijke instelling: 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;'

- 6.5.3. Op basis van artikel 2.3 Aw 2012 jo. artikel 4, onderdeel c, van Richtlijn 2014/24/EU, zoals gewijzigd door Verordening 2015/2170/EU bedroeg de drempelwaarde voor diensten voor publiekrechtelijke instellingen in 2017 € 209.000, exclusief BTW (inmiddels € 221.000).
- 6.5.4. Om te kwalificeren als publiekrechtelijke instelling dient aan alle drie de criteria te zijn voldaan: 1. de instelling moet ten doel hebben te voorzien in behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard, 2. de instelling moet rechtspersoonlijkheid hebben en 3. er moet sprake zijn van overwegende overheidsinvloed in de zin van overweging 6.5.2 hiervoor onder a, b of c (HvJ EG 15 januari 1998, zaak C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (Mannesmann), r.o. 21; HvJ EU 5 oktober 2017, zaak C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (LitSpecMet), r.o. 30). De criteria 1 t/m 3 zijn cumulatief, de criteria 3a t/m 3c zijn alternatief.
- 6.5.5. Verder dient het begrip aanbestedende dienst en daarmee ook het begrip publiekrechtelijke instelling functioneel te worden uitgelegd (vgl. HvJ EG 20 september 1988, zaak 31/87, ECLI:EU:C:1988:422 (Beentjes), r.o. 11 met betrekking tot het begrip 'Staat' en zie HvJ EG 10 november 1998, zaak C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (BFI Holding), r.o. 62; HvJ EG 17 december 1998, zaak C-353/96, ECLI:EU:C:1998:611 (Commissie/Ierland), r.o. 36 e.v.; HvJ EU 13 december 2007, zaak C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (Bayerische Rundfunk), r.o. 37; HvJ EU 5 oktober 2017, zaak C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (LitSpecMet), r.o. 31).
- 6.5.6. De Europese aanbestedingsrichtlijnen strekken er niet alleen toe om het risico uit te sluiten dat de aanbestedende diensten bij het plaatsen van opdrachten de voorkeur geven aan nationale inschrijvers of gegadigden, maar beogen ook de mogelijkheid uit te sluiten dat een door de overheid gefinancierde of gecontroleerde instelling zich door andere dan economische overwegingen laat leiden (zie HvJ EG 10 november 1998, zaak C-360/96, ECLI:EU:C:1998:525 (BFI Holding), r.o. 42 en 43; HvJ-EG 3 oktober 2000, zaak C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (University of Cambridge), r.o. 17; HvJ EU 13 december 2007, zaak C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (Bayerische Rundfunk), r.o. 36; HvJ EU 5 oktober 2017, zaak C-567/15, ECLI:EU:C:2017:736 (LitSpecMet), r.o. 31).
- 6.5.7. Het criterium van de overwegende overheidsinvloed als weergegeven in overweging 6.5.2 hiervoor onder a, b en c, is verdeeld in drie alternatieve criteria. Indien

aan één van deze criteria is voldaan, is sprake van overwegende overheidsinvloed. Uit de jurisprudentie blijkt dat voor elk van deze criteria geldt dat sprake moet zijn van een sterke afhankelijkheid van de overheid (HvJ EG 15 januari 1998, zaak C-44/96, ECLI:EU:C:1998:4 (Mannesmann), r.o. 20 en HvJ EG, 3 oktober 2000, zaak C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529 (University of Cambridge), r.o. 20. Een sterke afhankelijkheid kan het de overheid immers mogelijk maken de beslissingen van de betrokken instelling inzake overheidsopdrachten te beïnvloeden, waardoor deze beslissingen kunnen worden ingegeven door andere dan economische overwegingen (zie HvJ EU, 12 september 2013, zaak C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (Ärzttekammer), r.o. 20, vgl. ook HvJ EG 1 februari 2001, zaak C-237/99, ECLI:EU:C:2001:70 (Commissie/Frankrijk) r.o. 59 in het kader van het toezichtscriterium).

- 6.5.8. Ook het criterium dat de activiteiten in hoofdzaak door de overheid moeten worden gefinancierd dient functioneel te worden uitgelegd (HvJ EU 13 december 2007, zaak C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (Bayerische Rundfunk), r.o. 40 en HvJ EU, 12 september 2013, zaak C-526/11, ECLI:EU:C:2013:543 (Ärzttekammer), r.o. 23).
- 6.5.9. In het arrest University of Cambridge is nader invulling gegeven aan, onder meer, het financieringscriterium (HvJ EG 3 oktober 2000, zaak C-380/98, ECLI:EU:C:2000:529). Zo moet de openbare financiering meer dan de helft van de financiering van de organisatie betreffen (r.o. 33, zie ook HvJ EU 13 december 2007, zaak C-337/06, ECLI:EU:C:2007:786 (Bayerische Rundfunk), r.o. 33). In dat kader worden ook inkomsten uit commerciële activiteiten meegerekend (r.o. 36). Verder moet de kwalificatie van een instelling als aanbestedende dienst op jaarbasis geschieden: het begrotingsjaar waarin de aanbestedingsprocedure wordt gestart, wordt door het Hof de meest geschikte periode geacht (r.o. 40).
- 6.5.10. Het Hof merkt niet elke vorm van financiering door de overheid aan als openbare financiering (r.o. 21-25):

'21. Ook al kan de wijze van financiering van een bepaalde instelling erop duiden, dat die instelling in hoge mate afhankelijk is van een andere aanbestedende dienst, daar staat tegenover dat het hier niet om een absoluut criterium gaat. Niet alle betalingen door een aanbestedende dienst hebben tot gevolg, dat een bepaalde ondergeschiktheids- of afhankelijkheidsrelatie ontstaat of wordt verdiept. Alleen prestaties die de activiteiten van de betrokken entiteit financieren of ondersteunen door financiële steun te verstrekken zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat, kunnen worden aangemerkt als "openbare financiering".

22. Hieruit volgt, dat prestaties (...) bestaande in beurzen of toelagen die ter ondersteuning van onderzoekswerk worden betaald, moeten worden beschouwd als een financiering door een aanbestedende dienst. Ook al zou een dergelijke financiering namelijk niet aan de universiteit zelf worden verstrekt, doch aan een dienstverrichter die als medewerker aan die instelling is verbonden, dan nog is er sprake van een financiering die aan de gehele instelling ten goede komt bij het verrichten van haar onderzoekswerk.

23. Vanuit dezelfde optiek kunnen ook de studiebeurzen (...) worden aangemerkt als "openbare financiering". Deze betalingen vormen immers een sociale maatregel die is ingesteld ten gunste van bepaalde studerenden die niet in staat zijn de soms zeer hoge studiekosten alleen op te brengen. Aangezien hier geen enkele contractuele tegenprestatie tegenover staat, moeten deze beurzen worden beschouwd als een vorm van financiering door een aanbestedende dienst in het kader van haar onderwijsactiviteiten.

24. Iets geheel anders geldt daarentegen ten aanzien van de eerste vraag van de verwijzingsbeschikking, sub b en c, genoemde financieringsbronnen. Daar vormen de door een of meer aanbestedende diensten betaalde vergoedingen de tegenprestatie voor contractuele prestaties van de universiteit, zoals het uitvoeren van een bepaald onderzoek of de organisatie van seminars of conferenties. Dat deze activiteiten van commerciële aard in voorkomend geval samenvallen met de onderwijs- en onderzoeksactiviteiten van de universiteit, is in dit verband niet van belang. De aanbestedende dienst heeft namelijk een economisch belang bij het verrichten van de prestatie.

25. Stellig kan een dergelijke contractuele verhouding ook een afhankelijkheid van de betrokken instelling van de aanbestedende dienst tot gevolg hebben; zoals de advocaat-generaal echter in punt 46 van zijn conclusie heeft opgemerkt, is deze afhankelijkheid van een andere aard dan die welke voortvloeit uit het louter verstrekken van steun. Zij is immers veeleer vergelijkbaar met een afhankelijkheid zoals die zich in normale commerciële betrekkingen manifesteert, welke betrekkingen zich ontwikkelen in het kader van wederkerige overeenkomsten waarover vrijelijk tussen de contractpartijen is onderhandeld. Mitsdien vallen de prestaties als bedoeld in de eerste vraag van de verwijzingsbeschikking, sub b en c, niet onder het begrip "openbare financiering".'

26. Gelet op het voorgaande moet de eerste vraag aldus worden beantwoord, dat het begrip door [een of meer aanbestedende diensten] gefinancierd" als bedoeld in artikel 1, sub b, tweede alinea, derde streepje, van de richtlijnen 92/50, 93/36 en 93/37 aldus moet worden uitgelegd, dat daaronder ook vallen beurzen of toelagen die door een of meer aanbestedende diensten ter ondersteuning van onderzoekswerk worden betaald en studiebeurzen die door plaatselijke onderwijsinstaties aan universiteiten worden betaald ter dekking van collegegelden voor met naam genoemde studenten. Daarentegen vormen geen openbare financiering in de zin van de hierboven vermelde richtlijnen, vergoedingen die door een of meer aanbestedende diensten worden betaald in het kader van een overeenkomst betreffende dienstverlening die onderzoekswerk omvat of als tegenprestatie voor de verlening van andere diensten, zoals adviesverlening of de organisatie van conferenties.'

6.5.11. A-G Alber heeft in zijn conclusie vóór dit arrest, onder meer, overwogen (conclusie 11 mei 2000, ECLI:EU:C:2000:229, overwegingen 44-45):

'44. Indien men zich laat leiden door het doel van de richtlijnen en door de vraag of een sterke afhankelijkheid tussen universiteit en aanbestedende dienst ontstaat of wordt verdiept, is geen sprake van openbare financiering wanneer uit het samenspel van de verrichte prestatie en de betaalde vergoeding volgt dat de aanbestedende dienst een economisch belang bij de verrichting van de prestatie heeft dat verder gaat dan de ondersteuning van taken van algemeen belang. Een sterke afhankelijkheid kan slechts dan ontstaan wanneer de betaling tot doel heeft de taken van een instelling te ondersteunen en daarvoor financiële steun te verlenen. Dit geldt ook wanneer een contractuele prestatie van de instelling tegelijkertijd een activiteit is die van algemeen belang is of academische doeleinden dient.

45. In de regel ontstaat een dergelijke afhankelijkheid juist niet wanneer een instelling de betaling ontvangt als vergoeding voor een activiteit die zij zelfstandig als een op de markt opererende onderneming uitoefent, in concurrentie met particuliere ondernemingen en op grond van een concrete opdracht tot dienstverrichting. Want hier verkrijgt de instelling haar recht op betaling in het kader van een wederkerige relatie. Deze prestaties worden, op verzoek, in het belang van de instelling verricht, zoals doelgerichte onderzoeksactiviteiten, adviesverlening of de organisatie van conferenties. De aanspraak op betaling berust in dit geval niet op

het principebesluit om de taken van de instelling te ondersteunen, doch er is veel-
eer sprake van een contractuele aanspraak op betaling.'

6.5.12. De Hoge Raad heeft zich in het arrest *Amphia* ook over het financieringscriterium uitgelaten (1 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ9872, NJ 2007/463 m.nt. M.R. Mok, BR 2007/213 m.nt. D.C. Orobio de Castro en J.G.J. Janssen en GJ 2007/123 m.nt. M.J. Mutsaers). Het betreft in die zaak een stichting die uit een fusie van drie ziekenhuizen is ontstaan. Naar het oordeel van het hof was sprake van overheidsfinanciering omdat, kort gezegd, geen sprake was van prestatiegerichte bekostiging, vanwege de contracteerplicht van de ziekenfondsen. De Hoge Raad oordeelde dat het hof uit het oog was verloren dat slechts van overheidsfinanciering sprake is indien financiering wordt verstrekt zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat. De Hoge Raad oordeelde ook dat er van het ontbreken van een specifieke tegenprestatie geen sprake was. Tegenover de ontvangen gelden stond de verplichting zorg te verlenen.

6.5.13. Naast de hiervoor weergegeven bepalingen in de aanbestedingsregelgeving, zal de Commissie bij de behandeling van het eerste klachtonderdeel ook nog acht slaan op de volgende wettelijke bepalingen.

6.5.14. In artikel 4.21, lid 1, Awb is bepaald:

'Onder subsidie wordt verstaan: de aanspraak op financiële middelen, door een bestuursorgaan verstrekt met het oog op bepaalde activiteiten van de aanvrager, anders dan als betaling voor aan het bestuursorgaan geleverde goederen of diensten.'

6.5.15. In de Wet stelsel openbare bibliotheekvoorzieningen is, onder meer, bepaald:

'Artikel 2 Reikwijdte

Deze wet heeft betrekking op lokale bibliotheken, (...). Zij zijn in het kader van deze wet openbare bibliotheekvoorzieningen.

(...)

Artikel 4 Publieke waarden

Een openbare bibliotheekvoorziening heeft een publieke taak die zij voor het algemene publiek vervult op basis van de waarden onafhankelijkheid, betrouwbaarheid, toegankelijkheid, pluriformiteit en authenticiteit.

Artikel 5 Bibliotheekfuncties

Een voor een ieder toegankelijke openbare bibliotheekvoorziening omvat in ieder geval de volgende functies, die bijdragen aan de persoonlijke ontwikkeling en verbetering van de maatschappelijke kansen van het algemene publiek:

- a. ter beschikking stellen van kennis en informatie;
- b. bieden van mogelijkheden tot ontwikkeling en educatie;
- c. bevorderen van lezen en het laten kennismaken met literatuur;
- d. organiseren van ontmoeting en debat; en
- e. laten kennis maken met kunst en cultuur.

Artikel 6 Netwerkverantwoordelijkheid

1. Onze Minister, de provinciebesturen, de gemeentebesturen (...) zijn gezamenlijk verantwoordelijk voor een netwerk van openbare bibliotheekvoorzieningen.

2. De partijen, genoemd in het eerste lid, geven zich bij de uitoefening van de verantwoordelijkheid, bedoeld in het eerste lid, rekenschap van de gemiddelde afstand tussen de lokale bibliotheekvoorziening en de inwoners van de financierende gemeente of gemeenten.

3. Zij bevorderen dat een door hen gesubsidieerde of in stand gehouden openbare bibliotheekvoorziening aan de verplichtingen, bedoeld in artikel 8, voldoet.
(...)

Hoofdstuk 2 het Bibliotheeknetwerk

Artikel 7 Netwerk en deelnemers

De lokale bibliotheken, de provinciale ondersteuningsinstellingen en de Koninklijke Bibliotheek, voor wat betreft haar taak tot het in stand houden van de landelijke digitale bibliotheek, vormen één netwerk van openbare bibliotheekvoorzieningen als bedoeld in artikel 6.

Artikel 8 Functioneren van het netwerk

Een deelnemer aan het netwerk als bedoeld in artikel 7:

- a. maakt met de andere deelnemers gebruik van een gezamenlijke catalogus van beschikbare werken;
- b. is onderdeel van het interbibliothecaire leenverkeer, bedoeld in artikel 15;
- c. voert zijn collectiebeleid overeenkomstig het gezamenlijk collectieplan, bedoeld in artikel 10;
- d. maakt gebruik van een op de andere deelnemers afgestemde digitale infrastructuur;
- e. stemt zijn administratie van leden en zijn algemene voorwaarden af op de andere deelnemers; en
- f. ondersteunt het onderwijs.

(...)'

6.5.16. De Commissie zal nu overgaan tot behandeling van klachtonderdeel 1.

6.5.17. De Commissie zal onderzoeken of de instelling kwalificeert als publiekrechtelijke instelling in de zin van artikel 1.1 Aw 2012 (zie 6.5.2 hiervoor). Dat de instelling is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard en rechtspersoonlijkheid bezit, staat tussen partijen niet ter discussie. Partijen verschillen van mening of aan het criterium van de overwegende overheidsinvloed is voldaan, waarbij de discussie zich toespitst op het financieringscriterium nu partijen het er over eens zijn dat aan de twee alternatieve criteria niet wordt voldaan.

6.5.18. In het kader van het financieringscriterium zal moeten worden onderzocht of sprake is van openbare financiering als bedoeld in artikel 1.1 Aw 2012 in de zin dat een ondergeschiktheids- of afhankelijkheidsrelatie ontstaat als gevolg van financiële steun die wordt verstrekt ter financiering of ondersteuning van de activiteiten van de betrokken instelling zonder dat daar een specifieke tegenprestatie tegenover staat (zie r.o. 21 van het arrest Cambridge in 6.5.10 hiervoor). Daarvan is geen sprake indien het gaat om een betaling die de tegenprestatie vormt voor een contractuele tegenprestatie van de betrokken instelling bij de uitvoering waarvan de overheid een economisch belang heeft (zie r.o. 24 van het arrest Cambridge in 6.5.10 hiervoor). De afhankelijkheid die dan ontstaat is vergelijkbaar met een afhankelijkheid die zich in normale commerciële betrekkingen manifesteert, welke betrekkingen zich ontwikkelen in het kader van wederkerige overeenkomsten waarover vrijelijk tussen de contractspartijen is onderhandeld (zie r.o. 25 van het arrest Cambridge in 6.5.10 hiervoor). Alle omstandigheden van het geval zijn van belang. Indien de financiering wordt aangeduid als een subsidie is naar het oordeel van de Commissie in beginsel sprake van openbare financiering in de zin van artikel 1.1 Aw 2012, tenzij er sterke aanwijzingen zijn voor het tegendeel.

- 6.5.19. De inkomsten van de instelling bestonden in 2017 voor meer dan de helft uit een subsidie van gemeente A (zie 5.3.6 hiervoor). Om die reden is de financiering door andere overheidsinstellingen in beginsel niet relevant voor de beantwoording van de vraag of is voldaan aan het financieringscriterium. De Commissie zal dan ook onderzoeken of de subsidie van gemeente A uit 2017 kwalificeert als openbare financiering in de zin van artikel 1.1 Aw 2012 en zal de wijzen van financiering door andere overheidsinstellingen buiten beschouwing laten.
- 6.5.20. Gemeenten hebben een verantwoordelijkheid op grond van de Wet stelsel openbare bibliotheekvoorzieningen voor een netwerk van openbare bibliotheekvoorzieningen. Met de subsidieverlening aan de instelling beoogt gemeente A deze wettelijke taak te doen verwezenlijken. Uit de uitvoeringsovereenkomst bij de subsidieverlening blijkt dat gemeente A ook andere beleidsdoelen met de subsidieverlening aan de instelling beoogt te verwezenlijken, zoals cultuur en educatie (zie 5.2 hiervoor).
- 6.5.21. Een groot deel van de gesubsidieerde en door de instelling aan derden te verlenen bibliotheekdiensten en diensten voor kunsteneducatie is vrijgesteld van BTW (zie 5.3.10 hiervoor).
- 6.5.22. Aan de subsidieverlening heeft gemeente A voorwaarden verbonden. In de uitvoeringsovereenkomst in het kader van de subsidieverlening zijn doelen en prestaties vastgelegd (zie artikel 2 in 5.2 hiervoor). Ook is in de uitvoeringsovereenkomst vastgelegd in hoeverre uitruil binnen of tussen prestaties mogelijk is. Indien na uitruil minder is geleverd dan in de subsidiebeschikking is genoemd, kan de subsidie op een lager bedrag worden vastgesteld en kan dit tot gevolg hebben dat de instelling verplicht is de reeds ontvangen subsidie voor het niet geleverde deel van de prestatie terug te betalen (zie artikel 4 in 5.2 hiervoor).
- 6.5.23. In artikel 9 van de uitvoeringsovereenkomst met gemeente A is de subsidieverordening van de gemeente A van toepassing verklaard (zie 5.2 hiervoor). Haar algemene inkoopvoorwaarden zijn niet van toepassing verklaard. Of gemeente A nakoming van de in de uitvoeringsovereenkomst overeengekomen prestaties in rechte kan afdwingen, is door de instelling bevestigd noch ontkend (zie 5.3.11 hiervoor).
- 6.5.24. Hoewel is vastgelegd welke prestaties de instelling in het kader van de subsidieverlening zal moeten verlenen, is er naar het oordeel van de Commissie sprake van openbare financiering in de zin van artikel 1.1 Aw 2012. Om te beginnen is het feit dat is gekozen voor subsidieverlening en niet de algemene inkoopvoorwaarden, maar de subsidieverordening van de gemeente van toepassing zijn verklaard, een aanwijzing dat geen sprake is van een contractuele opdrachtrelatie. In dat kader acht de Commissie van belang dat gemeente A een wettelijke plicht heeft om in bepaalde diensten te voorzien en met de subsidieverlening haar (wettelijke) beleidsdoelen beoogt te verwezenlijken. Dat beëindiging van de subsidie ook het einde van de instelling zou betekenen (zie 5.3.11 hiervoor), geeft aan dat de instelling afhankelijk is van de openbare financiering. Dat een groot deel van de gesubsidieerde en door de instelling aan derden te verlenen diensten is vrijgesteld van BTW is ten slotte eveneens een indicatie dat geen sprake is van een gewone opdrachtrelatie.
- 6.5.25. Op grond van het voorgaande komt de Commissie tot het oordeel dat aan het financieringscriterium is voldaan. Aangezien tussen partijen niet ter discussie staat dat de instelling is opgericht om te voorzien in behoeften van algemeen belang niet zijnde van industriële of commerciële aard en rechtspersoonlijkheid bezit (zie

6.5.17 hiervoor), kwalificeert de instelling daarmee als een publiekrechtelijke instelling en is zij dus een aanbestedende dienst in de zin van artikel 1.1 Aw 2012. Dat betekent dat zij gebonden is aan de Aanbestedingswet 2012.

6.5.26. Nu de waarde van de overheidsopdracht de Europese drempelwaarde voor diensten overschrijdt (zie 5.3.5 en 6.5.3 hiervoor), had de overheidsopdracht Europees moeten worden aanbesteed.

6.5.27. De instelling heeft de overheidsopdracht derhalve ten onrechte niet Europees aanbesteed en daarmee acht de Commissie klachtonderdeel 1 gegrond.

6.6. Klachtonderdeel 2

Nu het eerste klachtonderdeel gegrond is, behoeft het tweede klachtonderdeel geen bespreking meer. De instelling heeft de opdracht immers ten onrechte niet Europees aanbesteed.

7. **Advies**

De Commissie acht klachtonderdeel 1 **gegrond** en komt niet meer toe aan behandeling van klachtonderdeel 2.

De Commissie heeft zich ten behoeve van klachtonderdeel 1 van dit advies laten bijstaan door prof. mr. P.H.L.M. Kuypers die als Commissie-Expert aan de Commissie is verbonden.

Den Haag, 25 juli 2019

Prof.mr. C.E.C. Jansen
Voorzitter

Mr. A.C.M Fischer-Braams
Vice-voorzitter

Mr. drs. T.H. Chen
Commissielid