



EUROPESE COMMISSIE

Brussel, 18.12.2014
C(2014) 9548 final

OPENBARE VERSIE

Dit document is een intern document van de Commissie dat louter ter informatie is bedoeld.

Betreft: Steunmaatregel SA.34646 (2014/NN) (ex 2012/CP) – Nederland - e-aanbestedingsplatform TenderNed

Excellentie,

1. DE PROCEDURE

- (1) Bij brief van 6 april 2012 ontving de Commissie een klacht over mogelijke steun van de Nederlandse overheid voor de oprichting en invoering van TenderNed, een platform voor elektronisch aanbesteden (hierna "e-aanbesteden" genoemd). De klacht was ingediend namens Stichting Crow, Negometrix BV, CTM Solution BV en Stillpoint Applications BV (ProjectNed), hierna tezamen "klagers" genoemd. Klagers bieden concurrerende platforms voor e-aanbesteden aan in Nederland.
- (2) De klacht werd doorgeleid naar de Nederlandse autoriteiten, die op 27 juni 2012 hun opmerkingen indienden.
- (3) Klagers dienden verdere informatie in op 30 augustus 2012, 18 oktober 2012, 17 december 2012, 12 maart 2013, 11 september 2013, 14 november 2013 en 6 juni 2014.
- (4) De Nederlandse autoriteiten hebben aanvullende informatie verschaft op 31 augustus 2012, 4 oktober 2012, 21 november 2012, 8 oktober 2014, 24 november 2014 en 4 december 2014.

Zijne Excellentie de Heer Bert KOENDERS
Minister van Buitenlandse Zaken
Bezuidenhoutseweg 67
Postbus 20061
NL - 2500 EB Den Haag

Commission européenne, B-1049 Bruxelles – Belgique
Europese Commissie, B-1049 Brussel – België
Telefoon: 00- 32 (0) 2 299.11.11.

- (5) Op 14 januari 2013 deden de diensten van de Commissie klagers een brief toekomen, waarin zij het voorlopige standpunt formuleerden dat met de maatregel geen staatssteun was gemoeid. Op 23 juli 2013 zonden de diensten van de Commissie klagers een nieuwe brief met een voorlopige beoordeling, waarin zij tot dezelfde voorlopige conclusie kwamen dat de maatregel a priori geen steun vormt.
- (6) Op 4 november 2014 zonden klagers de Commissie een formele uitnodiging tot handelen, overeenkomstig artikel 265 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna "VWEU" genoemd), met het verzoek aan de Commissie binnen twee maanden een formeel standpunt over de zaak in te nemen.

2. **BESCHRIJVING VAN DE KWESTIEUZE MAATREGEL**

2.1. **Achtergrond van de maatregel**

- (7) Inkopen door een Staat of andere overheidsdiensten staan bekend als openbare aanbestedingen¹. Bij het plaatsen van overheidsopdrachten die worden afgesloten in de lidstaten voor rekening van de Staat, regionale of lokale overheden en andere publiekrechtelijke instellingen (hierna "aanbestedende diensten" genoemd) moeten de beginselen van de Unieverdragen worden geëerbiedigd, met name de fundamentele vrijheden en de beginselen van gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie².
- (8) Voor overheidsopdrachten³ boven een bepaalde drempel⁴ moeten aanbestedende diensten⁵ zich houden aan de bepalingen van de richtlijnen betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (Richtlijn 2004/18/EG, en nadien Richtlijn 2014/24/EU), terwijl voor overheidsopdrachten⁶ die aanbestedende diensten⁷ plaatsen in de sectoren water-

¹ In artikel 1 van 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 (PB L 94 van 28.3.2014, blz. 65) wordt "aanbesteding" omschreven als "de aankoop door middel van een overheidsopdracht van werken, leveringen of diensten door één of meer aanbestedende diensten van door deze aanbestedende diensten gekozen ondernemers, ongeacht of de werken, leveringen of diensten een openbare bestemming hebben of niet".

² Zie bijv. overweging 2 bij Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten (PB L 134 van 30.4.2004, blz. 114) en overweging 1 bij Richtlijn 2014/24/EU.

³ "Overheidsopdrachten" worden in artikel 1 van Richtlijn 2004/18/EG (artikel 2 van Richtlijn 2014/24/EU) omschreven als "schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen een of meer ondernemers en een of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten in de zin van deze richtlijn".

⁴ De actuele drempels worden bekendgemaakt op de website van de Commissie http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/rules/current/index_en.htm

⁵ In artikel 1 van Richtlijn 2004/18/EG omschreven als "de staat, de territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen". Deze definitie werd bevestigd in Richtlijn 2014/24/EU.

⁶ In dat verband worden in Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten (PB L 134 van 30.4.2004, blz. 1)

en energievoorziening, vervoer en postdiensten (hierna "speciale-sectorbedrijven" genoemd) de regels gelden van een specifieke aanbestedingsrichtlijn (Richtlijn 2004/17/EG, en nadien Richtlijn 2014/25/EU).

- (9) Met e-aanbesteden wordt bedoeld dat traditionele, op papieren dossiers gebaseerde aanbestedingsprocedures worden vervangen door ict-gebaseerde communicatie en processen gedurende het hele verloop van de aanbestedingsprocedure. Algemeen geformuleerd, gaat het hierbij om de invoering van elektronische processen in de verschillende fasen van de aanbestedingsprocedure: bekendmaking van de aankondiging, de verstrekking van aanbestedingsstukken, het indienen en beoordelen van inschrijvingen, de gunning van opdrachten, bestellingen, facturering en betaling⁸.
- (10) In de aanbestedingsrichtlijnen van 2004 werden aanbestedende diensten aangemoedigd om aankondigingen en aanvullende informatie op Internet te publiceren. Meer algemeen werd met deze richtlijnen de mogelijkheid voor e-aanbesteden door aanbestedende instanties en speciale-sectorbedrijven gecreëerd. Zo kreeg een markt voor platforms voor e-aanbesteden geleidelijk aan vorm binnen de Unie, met een commercieel aanbod dat in Nederland door acht ondernemingen werd uitgebouwd. Bij dit aanbod gaat het onder meer om het aanbod van klagers. De vier klagers hebben platforms voor e-aanbesteden uitgebouwd die verschillende functionaliteiten aanbieden, zoals de bekendmaking van de aankondiging, aanbestedingsstukken, maar ook het indienen van inschrijvingen en andere meer geavanceerde functionaliteiten (zoals e-veilingen, beheer van opdrachten enz.). Hoewel klagers bepaalde opties kosteloos aanbieden (met name aan kandidaat-leveranciers), hebben aanbestedende diensten en soms ook ondernemers de beschikking over diverse betaalmodellen⁹. Ten minste een deel van het commerciële aanbod biedt ook de mogelijkheid om aanbestedingsberichten bekend te maken op TED (Tenders Electronic Daily), de onlineversie van het Supplement op het Publicatieblad van de Europese Unie, bestemd voor Europese openbare aanbestedingen¹⁰.

"opdrachten voor leveringen, voor de uitvoering van werken en voor het verrichten van diensten" (in artikel 1) omschreven als "schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel tussen één of meer (...) aanbestedende diensten en een of meer aannemers, leveranciers, of dienstverrichters". In 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 (PB L 94 van 28.3.2014, blz. 243) wordt een definitie gehanteerd die een afspiegeling is van die voor overheidsopdrachten (zie voetnoot 3).

⁷ Richtlijn 2004/17/EG is van toepassing (zie artikel 2) op aanbestedende diensten die aanbestedende diensten of overheidsbedrijven zijn en die een van de in artikelen 3 tot en met 7 van die richtlijn bedoelde activiteiten uitoefenen. De richtlijn is ook van toepassing op de diensten die een van de in die artikelen bedoelde activiteiten of meer van deze activiteiten uitoefenen en die bijzondere of uitsluitende rechten genieten welke hun door een bevoegde instantie van een lidstaat zijn verleend. Een vergelijkbare definitie wordt gehanteerd in Richtlijn 2014/25/EU.

⁸ Europese Commissie, Groenboek over de bevordering van elektronisch aanbesteden in de EU, COM(2010) 571 definitief van 18.10.2010, blz. 3.

⁹ Zo biedt bijvoorbeeld Aanbestedingskalender (eigendom van en beheerd door Stichting CROW) ondernemers kosteloos toegang tot alle aanbestedingen die op het platform worden bekendgemaakt, maar wordt een vergoeding gevraagd voor bijkomende zoekfuncties.

¹⁰ <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>

- (11) Op 26 februari 2014 zijn de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 vastgesteld. De regels werden hervormd, in de eerste plaats om deze eenvoudiger en flexibeler te maken en in de tweede plaats om bij inkopen door de overheid de beste prijs/kwaliteitsverhouding te bieden en tegelijk toch de beginselen van transparantie en mededinging in acht te nemen. Het toepassingsgebied van die richtlijnen blijft echter hetzelfde als dat van de aanbestedingsrichtlijnen van 2004. E-aanbesteden blijft een van de middelen waarmee de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 openbaar aanbesteden willen verbeteren.
- (12) In de Unieaanbestedingsrichtlijnen worden de minimale eisen vastgesteld waaraan iedere lidstaat zich in zijn nationale wetgeving inzake overheidsopdrachten moet houden. In de nationale wetgeving inzake overheidsopdrachten mogen eisen worden gesteld die verder gaan dan de geharmoniseerde Unieaanbestedingswetgeving, mits een en ander geen inbreuk op de bepalingen van de richtlijnen of Verdragsbepalingen met zich meebrengt.
- (13) Op 1 november 2012 keurde de Nederlandse regering de nieuwe nationale wet op overheidsopdrachten van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven¹¹ (hierna "de aanbestedingswet" genoemd) goed, die per 1 april 2013 van kracht werd. Volgens de Nederlandse autoriteiten liet de Nederlandse aanbestedingspraktijk de voorbije jaren weliswaar veel vooruitgang zien, maar waren duidelijke verbeteringen nodig om de toegang van het bedrijfsleven, waarbij in het bijzonder aandacht is voor het midden- en kleinbedrijf, tot aanbestedingen te verbeteren. Verschillende belemmeringen werden geïdentificeerd voor de naleving van de aanbestedingsregels door aanbestedende diensten en de toegang van ondernemers tot aanbestedingen, zoals het feit dat de aanbestedingsrichtlijnen van 2004 niet optimaal werden geïmplementeerd. De goedkeuring van de nieuwe nationale aanbestedingswet in 2012 moest die hinderpalen aanpakken en liep parallel met beleidsontwikkelingen op Unieniveau die uiteindelijk resulteerden in de vaststelling van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014.¹²
- (14) De Nederlandse aanbestedingswet geldt voor alle soorten schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten¹³. Het toepassingsgebied van de Nederlandse aanbestedingswet is ruimer dan dat van de

¹¹ Wet van 1 november 2012, houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen (Aanbestedingswet 2012), Stb. 2012, blz. 542.

¹² Meer bepaald zetten beleidsmakers in de Unie en in Nederland in op de overschakeling van papieren aanbestedingsprocedures naar e-aanbesteden. Zoals in de mededeling van de Commissie over end-to-end (E2E) e-aanbesteden werd beklemtoond, kan de overgang naar e-aanbesteden leiden tot aanzienlijke besparingen, bijdragen tot structureel omdenken van bepaalde sectoren van de overheid en een aanjager van groei vormen door de interne markt open te stellen en innovatie en vereenvoudiging te bevorderen. Deze kan ook het mkb helpen om aan aanbestedingen deel te nemen door de administratieve lasten te verlichten, door de transparantie over zakelijke kansen te vergroten en door de kosten voor deelname te verlagen; zie mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's "Eind-tot-eind e-aanbesteding ter modernisering van het openbaar bestuur", COM(2013) 453 final van 26.6.2013, blz. 2.

¹³ De definitie van overheidsopdrachten die de Nederlandse overheid hanteert, sluit aan bij die uit de Unieaanbestedingsrichtlijnen (zie voetnoot 3).

Unieaanbestedingsrichtlijnen. Deze wet bevat bepalingen met betrekking tot: a) opdrachten die binnen het toepassingsgebied van de Unieaanbestedingsrichtlijnen vallen; b) opdrachten die gedeeltelijk onder die richtlijnen vallen; c) opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen, maar met een duidelijk grensoverschrijdend belang, en d) opdrachten die niet onder de richtlijnen vallen, zonder een grensoverschrijdend belang (de contracten sub a), b) en c), worden tezamen "Europese aanbestedingen" genoemd).

- (15) In artikel 4.13 van de wet is bepaald dat de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie zorg draagt voor het inrichten, instandhouden, de werking en het beveiligen van een elektronisch systeem voor aanbestedingen, met behulp waarvan:
- a) de aankondigingen worden gezonden aan de Commissie ter publicatie in het *Publicatieblad van de Europese Unie*;
 - b) aankondigingen en andere gegevens kunnen worden bekendgemaakt in het kader van een aanbestedingsprocedure;
 - c) gegevens worden verzameld met het oog op het vervullen van statistiekverplichtingen jegens de Unie, en
 - d) gegevens worden verzameld ten behoeve van het Nederlandse Parlement.
- (16) Volgens de Nederlandse aanbestedingswet moet de bekendmaking van (voor-)¹⁴ aankondigingen en de gunning van opdrachten elektronisch gebeuren, gebruikmakend van "het elektronische systeem voor aanbestedingen"¹⁵ (de naam TenderNed komt niet voor in de wet). Hetzelfde systeem dient ook te worden gebruikt om deze berichten aan de Commissie toe te zenden wanneer deze binnen het toepassingsgebied van de Unieaanbestedingsrichtlijnen vallen¹⁶.

2.2. De kwestieuze maatregel

- (17) TenderNed is een platform voor e-aanbesteden dat intern werd ontwikkeld als een project van PIANOo, Expertisecentrum Aanbesteden, een dienstonderdeel van het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (hierna "het ministerie van Economische Zaken" genoemd). PIANOo is bij ministerieel besluit uitdrukkelijk belast met het functionele beheer van TenderNed. De technische uitvoering van het TenderNed-platform gebeurde door een commerciële marktpartij op basis van een aanbestedingsprocedure binnen bestaande raamovereenkomsten met dit onderdeel van het ministerie.
- (18) TenderNed is bedoeld om het aanbestedingsproces te ondersteunen - van de bekendmaking van de aankondiging tot de gunning van de opdracht. De functionele vereisten die uit de (toen nog concept-)aanbestedingsrichtlijnen van 2014 voortvloeien, werden reeds meegenomen in het ontwerp en de bouw van het systeem.

¹⁴ Een mogelijkheid op grond van de artikelen 2.58 en 3.51.

¹⁵ Zie de artikelen 1.18, 2.59, 2.62, 2.134, 3.51, 3.56 en 3.78.

¹⁶ Zie de artikelen 2.60, 2.61, 2.65 en 3.52.

- (19) TenderNed beschikt over een reeks functionaliteiten, die kandidaat-inschrijvers kosteloos beschikbaar worden gesteld:
- een publicatiemodule, die kan worden gebruikt voor de kosteloze bekendmaking van aankondigingen van opdrachten en de daarmee samenhangende aanbestedingsstukken;
 - een inschrijvingsmodule, die functionaliteiten bevat zoals de uitwisseling van vragen en antwoorden, het uploaden en downloaden van aanbestedingen en inschrijvingen. Deze module bevat ook een digitaal bedrijfsdossier waarin ondernemingen hun gegevens kunnen opslaan en beheren;
 - een e-gids, voor de ondersteuning van de aanbestedende diensten die TenderNed gebruiken.

TenderNed biedt momenteel geen bijkomende functionaliteiten voor de fase na de gunning van de opdracht, zoals het beheer van de opdracht, bestellingen, facturering of betaling.

- (20) Alle aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven kunnen de publicatiemodule voor de aankondiging van opdrachten sinds november 2011 gebruiken. Sinds september 2012 zijn ook de andere functionaliteiten van TenderNed beschikbaar. Alles samen genomen is TenderNed een basissysteem voor e-aanbesteden. Het biedt de functionaliteiten voor rapportage aan het nationale parlement en aan de Commissie. Koppelingen met andere (commerciële) systemen zijn mogelijk en andere essentiële uitbreidingen kunnen mettertijd worden ontwikkeld.
- (21) De elektronische plaatsing van de met de aanbesteding samenhangende stukken op dit platform (d.w.z. een onderdeel van de publicatiemodule) en het indienen van inschrijvingen (d.w.z. de inschrijvingsmodule) is momenteel niet verplicht. De Nederlandse autoriteiten hebben echter aangegeven dat het juridische kader voor TenderNed zal worden uitgebreid zodat het ook die functionaliteiten van het systeem bevat wanneer de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 worden toegepast. Met andere woorden, in de toekomst zou ook de toegang tot en het indienen van aanbestedingsstukken verplicht via TenderNed moeten lopen.
- (22) De investeringskosten en operationele kosten voor TenderNed, die door het ministerie van Economische Zaken worden gefinancierd, kwamen volgens ramingen van klagers voor de periode tot en met december 2012 uit op 34 miljoen EUR. In de begroting 2014 worden de kosten voor TenderNed op 6,4 miljoen EUR geraamd. Dit bedrag omvat de volledige door TenderNed gemaakte kosten (100%). Op 12 november 2013 heeft de Tweede Kamer een motie aangenomen waarin de Nederlandse regering werd gevraagd meer onderzoek te doen naar de kosten die door TenderNed worden gemaakt en het budget van TenderNed te verlagen tot het bedrag dat strikt nodig is voor de uitvoering van de wettelijke taken. De Auditdienst Rijk (ADR), een onderdeel van het ministerie van Financiën, rondde zijn onderzoek af in september 2014. Op basis daarvan kwam die dienst tot de bevinding dat het door TenderNed aangeboden basissysteem uitsluitend componenten bevat die voortkomen uit de wettelijke taken en daarmee samenhangende taken. De conclusie van dit onderzoek is dat de begroting van TenderNed op juiste wijze op die grondslag is gebaseerd.

3. DE KLACHT

- (23) Klagers betogen dat de financiering van TenderNed onrechtmatige, onverenigbare staatssteun vormt. Bovendien zou een aantal kenmerken ervan (met name het niet-verplichte gebruik van de inschrijvingsmodule) in strijd zijn met de aanbestedingsrichtlijnen en zou dus inbreuk maken op het beginsel van de loyale samenwerking dat in artikel 4 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU) is vastgelegd. Ten slotte beweerden klagers dat, dankzij de aan TenderNed verleende exclusieve publicatierechten en de actieve promotie door de Nederlandse overheid van alle activiteiten van TenderNed, het platform op de markt een onterechte machtspositie verwerft voor de activiteiten van haar inschrijvingsmodule.
- (24) Wat het staatssteunaspect van hun klacht betreft, voeren klagers aan dat TenderNed een onderneming is in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU omdat zij op de markt diensten aanbiedt in concurrentie met diensten van derden zoals die welke door klagers worden aangeboden. TenderNed kan met andere woorden niet worden beschouwd als een dienst van algemeen belang (hierna "DAB" genoemd).
- (25) In de eerste plaats betogen klagers dat in de aanbestedingsrichtlijnen niet wordt geëist dat de lidstaten een centraal register of platform creëren. Zij verwijzen daarvoor meer bepaald naar het feit dat in de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 alleen wordt geëist dat aanbestedende diensten aankondigingen van opdrachten/gunningsbesluiten elektronisch bekendmaken, dat zij deze elektronisch aan de Commissie toezenden en aanbestedingsstukken kosteloos elektronisch beschikbaar stellen. Voorts verwijzen klagers naar de verplichting voor lidstaten om ervoor te zorgen dat, na een overgangperiode, inschrijvingen elektronisch kunnen worden ingediend. Volgens klagers zijn lidstaten met andere woorden niet verplicht om één dienstverrichter met de uitvoering van deze taak te belasten. De oprichting van dit soort centraal platform kan dus worden gescheiden van de publiekrechtelijke verplichtingen die voortvloeien uit de aanbestedingsrichtlijnen en dient als een economische activiteit te worden beschouwd. Ter onderbouwing van deze stelling wijzen klagers ook op het ontbreken van een sanctiemechanisme ten aanzien van de aanbestedingsverplichtingen die voortvloeien uit de aanbestedingsrichtlijnen en de Nederlandse aanbestedingswet. Klagers merken voorts op dat geen andere lidstaat een maatregel heeft genomen die met de Nederlandse maatregel vergelijkbaar is, of plannen in die richting heeft.
- (26) In de tweede plaats wijzen klagers op diverse activiteiten van TenderNed en betogen zij dat niet is aangetoond dat de Nederlandse overheid TenderNed nodig heeft om die taken uit te voeren. Enerzijds is het kosteloos aanbieden van een publicatiemodule en een inschrijvingsmodule niet noodzakelijk om te voldoen aan de statistiekverplichtingen, die in het verleden afdoende zouden zijn vervuld.
- (27) Anderzijds maken klagers meer algemeen een onderscheid tussen de zuivere (voor)aankondigingen van inkoopbehoeften op een centraal platform (hierna "een berichtenbord" genoemd) en de publicatie- en inschrijvingsmodules. Zij voeren aan dat zelfs in de aanname dat een centraal platform wat de "berichtenbord"-

functionaliteit betreft als een DAB zou kunnen worden beschouwd - quod non -, dit niet het geval zou zijn voor de publicatie- en inschrijvingsmodules. Klagers zijn van mening dat die functionaliteiten hoe dan ook kunnen worden gescheiden van de uitoefening van taken van overheidsgezag en dat zij bijgevolg economisch van aard zijn¹⁷. Evenmin kan het gebruik van diensten van TenderNed voor andere soorten aanbestedingen, die niet onder het toepassingsgebied van de aanbestedingsrichtlijnen vallen, als een overheidstaak van algemeen belang worden beschouwd.

- (28) In de derde plaats voeren klagers aan dat de verklaarde doelstellingen (een verlaging van de lasten voor ondernemingen en aanbestedende diensten bij het aanbesteden) reeds grotendeels zijn verwezenlijkt door de markt, tot volle tevredenheid van aanbestedende partijen en bedrijven, in termen van zowel kwaliteit van de dienstverlening als de prijzen.
- (29) Marktpartijen zouden betrouwbare systemen voor e-aanbesteden hebben gecreëerd en kunnen alle daarmee samenhangende voordelen bieden in termen van gebruiksvriendelijkheid, betrouwbaarheid, doelmatigheid en kostenbesparingen, terwijl het functioneren van TenderNed wordt doorkruist door herhaalde storingen en het, met andere woorden, minder betrouwbaar is dan de commerciële platformen voor e-aanbesteden. In dat verband hebben klagers twijfel over de toegevoegde waarde van TenderNed. Zij voeren integendeel aan dat het feit dat dit soort activiteiten door de markt wordt uitgeoefend, een verder bewijs is dat dit soort activiteiten geen verband houdt met de uitoefening van taken van overheidsgezag en dat deze evenmin onlosmakelijk verbonden zijn met dit soort taken van overheidsgezag.
- (30) Volgens klagers bestaan er betere alternatieven om de verdere verlaging van de lasten te voltooien en om de doelstellingen van de Nederlandse autoriteiten te bereiken. De invoering van TenderNed zou bovendien onevenredig zijn en niet beperkt blijven tot de maatregelen die nodig zijn om de doelstellingen ervan te behalen. Dezelfde doelstellingen zouden, naar verluidt, kunnen worden verwezenlijkt door met veel minder vergaande maatregelen te komen, zoals het bouwen van een ict-platform dat de informatie verzamelt die wordt bekendgemaakt en geplaatst door de particuliere sector, rekening houdende met de nationale statistiekverplichtingen en de statistiekverplichtingen jegens de Unie. Hiermee zou de particuliere sector zijn diensten kunnen blijven aanbieden.
- (31) Daarentegen zal de inrichting van TenderNed de particuliere sector uit de markt drukken en een onomkeerbare monopoliesituatie doen ontstaan. Dat commerciële platforms voor e-aanbesteden verder worden aangeboden, is een theoretische mogelijkheid die, volgens klagers, door de Nederlandse overheid de facto onmogelijk wordt gemaakt. Door zijn gevestigde monopolie zal TenderNed geen prikkels krijgen om te innoveren en te investeren in klantentevredenheid. De invoering van TenderNed zal ondernemerschap en innovatie ontmoedigen.
- (32) Klagers beschouwen TenderNed niet als een DAB door zijn beweerde economische karakter, maar zien, aan de hand van gelijklopende argumenten, ook

¹⁷ Klagers verwijzen in dit verband naar zaak C-138/11, *Compass-Datenbank* EU:C:2012:449.

problemen met de potentiële kwalificatie van TenderNed als een dienst van algemeen economisch belang (hierna "DAEB" genoemd). Alle diensten van TenderNed worden reeds door marktpartijen op de markt aangeboden. Het inrichten van TenderNed dient geen belangen van de samenleving als geheel en is niet primair op burgers gericht. Het creëren van TenderNed in zijn huidige vorm is niet noodzakelijk en aanzienlijk minder vergaande methoden zijn voldoende om dezelfde doelstellingen te behalen. Bovendien is volgens klagers niet voldaan aan de criteria die het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna "het Hof van Justitie" genoemd) in zijn Altmark-arrest heeft geformuleerd¹⁸, hetgeen betekent dat de eventuele compensatie voor TenderNed als een DAEB óók staatssteun zou vormen. Bijgevolg zou ofwel aan de voorwaarden van het DAEB-besluit¹⁹ ofwel aan de voorwaarden van het DAEB-kader²⁰ moeten worden voldaan. Aangezien de eerste drie Altmark-criteria ook zijn opgenomen in het DAEB-besluit en de bepalingen van het DAEB-kader, concluderen klagers dat deze kwalificatie van TenderNed als een DAEB problematisch is.

4. OPMERKINGEN VAN DE NEDERLANDSE AUTORITEITEN BIJ DE KLACHT

- (33) In hun reactie op de klacht hebben de Nederlandse autoriteiten beklemtoond dat TenderNed diensten van algemeen belang verricht, waarbij zij taken verricht die onder de uitoefening van overheidsgezag vallen. Daarom zijn zij van mening dat TenderNed geen onderneming in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU vormt, zodat de staatssteunregels niet gelden voor de wijze waarop deze wordt gefinancierd.
- (34) De Nederlandse autoriteiten verwijzen in dit verband naar het beginsel van gelijke behandeling, het transparantiebeginsel en de effectieve werking van de Uniale en Nederlandse aanbestedingsregels, die alle van fundamenteel belang zijn. Die beginselen borgen en de naleving ervan door de aanbestedende diensten verbeteren, is een kwestie van openbare orde. Door TenderNed in te richten beoogt de Nederlandse overheid het algemeen belang te beschermen door de volledige naleving van de Unieaanbestedingsregels te bevorderen. De door de

¹⁸ Zaak C-280/00, *Altmark* EU:C:2003:415. In dat arrest oordeelde het Hof van Justitie dat met een compensatie door de overheid van de kosten van een onderneming voor uitvoering van openbare-dienstverplichtingen een onderneming niet wordt begunstigd (en er dus ook geen sprake is van staatssteun) wanneer elk van de volgende vier voorwaarden is vervuld:

- 1) de onderneming moet duidelijk omschreven openbare-dienstverplichtingen uitvoeren;
- 2) de parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en transparante wijze zijn vastgesteld;
- 3) de compensatie is niet hoger dan nodig om de kosten van de uitvoering van de openbare-dienstverplichtingen te dekken, en
- 4) de onderneming dient via een openbare aanbesteding te worden gekozen of de hoogte van de compensatie dient te zijn vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt.

¹⁹ Besluit 2012/21/EU van de Commissie van 20 december 2011 betreffende de toepassing van artikel 106, lid 2, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst, verleend aan bepaalde met het beheer van diensten van algemeen economisch belang belaste ondernemingen (PB L 7 van 11.1.2012, blz. 3).

²⁰ EU-kaderregeling inzake staatssteun in de vorm van compensatie voor de openbare dienst (2011) (PB C 8 van 11.1.2012, blz. 15).

Unie met betrekking tot aanbestedingen opgelegde verplichtingen zijn inherent verbonden met de uitoefening van overheidstaken en van overheidsgezag.

- (35) De Nederlandse autoriteiten stippen aan dat e-aanbesteden in Nederland nog niet optimaal aanslaat en beklemtonen dat de bestaande commerciële platforms niet de voorwaarden van prijs, objectieve kwaliteitskenmerken, continuïteit van en toegang tot de diensten boden die nodig zouden zijn om de doelstellingen van algemeen belang te behalen zoals die door de Nederlandse autoriteiten zijn omschreven.
- (36) De Nederlandse autoriteiten beklemtoonden dat de inrichting van een uniform elektronisch systeem zal zorgen voor de correcte en betere naleving van de aanbestedingsrichtlijnen, omdat dit aanbestedende diensten garanties biedt voor de blijvende beschikbaarheid van een betrouwbaar systeem. TenderNed is speciaal ontworpen om de correcte toepassing van het beginsel van gelijke behandeling, het transparantiebeginsel en de Uniale en Nederlandse aanbestedingsregels te verbeteren. Met name zijn de commerciële platforms voor e-aanbesteden in hoofdzaak gericht op de inkoop van werken, leveringen en diensten - en niet op het bevorderen van voornoemde doelstellingen van algemeen belang.
- (37) De Nederlandse autoriteiten hebben erop gewezen dat de *publicatiemodule* van TenderNed uitdrukkelijk een aantal vastgelegde wettelijke doelen dient, op het gebied van:
- de bekendmaking van aankondigingen van opdrachten (aanbestedingsberichten);
 - de statistiekverplichting jegens de Commissie, en
 - de rapportage over aanbestedingen aan het nationale parlement.
- (38) De wettelijke verplichting om alle aankondigingen op TenderNed bekend te maken, biedt ondernemingen de zekerheid dat alle aanbestedingen publiek beschikbaar zijn. TenderNed bevat een link naar e-overheidsdatabases zoals het handelsregister. Het biedt een hoger niveau van beveiliging dan commerciële platforms. Bovendien zijn de commerciële platforms voor e-aanbesteden niet in staat de statistiekverplichtingen jegens de Commissie te vervullen²¹.
- (39) Wat betreft de *inschrijvingsmodule*, met inbegrip van het digitale bedrijfsdossier, hebben de Nederlandse autoriteiten opgemerkt dat deze bijdraagt tot de naleving van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014, waardoor lidstaten worden verplicht om te zorgen voor de elektronische indiening van inschrijvingen. Volgens hen wordt hierdoor de toegankelijkheid van het aanbestedingsproces vergroot en wordt gezorgd voor betere kenbaarheid van de aanbestedingsregels, hetgeen de kans op fouten vermindert en de lasten voor alle betrokken partijen verlaagt.

²¹ Klagers betwisten al deze vermeende verschillen en concluderen dat de toegevoegde waarde van TenderNed daarom niet valt hard te maken. Integendeel, volgens hen bieden marktpartijen diverse extra diensten die TenderNed niet biedt. Bovendien zijn zij van mening dat, zelfs indien TenderNed een beter product zou aanbieden, dit nog niet zou betekenen dat deze activiteit een niet-economische activiteit zou zijn.

Hierdoor levert TenderNed een bijdrage aan het verbeteren van de naleving van de aanbestedingsregels.

- (40) Wat de *e-gids* betreft, verklaarden de Nederlandse autoriteiten dat de advies- en informatiefunctie daarvan strookt met de verplichting van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 om aanbestedende diensten en ondernemingen voorlichting en bijstand te bieden.
- (41) Wat ten slotte de *extra functionaliteiten* betreft, hebben de Nederlandse autoriteiten beklemtoond dat TenderNed de standaardprocedures in een aanbestedingsproces ondersteunt, maar geen extra functionaliteiten biedt, zoals commerciële partijen soms doen (voorbeelden daarvan zijn veilingmodules of modules die aanbestedende diensten helpen bij het formuleren van aanbestedingscriteria). Tegelijk biedt het TenderNed-systeem generieke koppelingen met andere (commerciële) platforms voor e-aanbesteden, die het mogelijk maken om aankondigingen die in een ander systeem zijn aangemaakt, ter publicatie aan TenderNed aan te bieden. Dankzij de interoperabiliteit van TenderNed kunnen koppelingen worden gerealiseerd met commerciële systemen die extra en vernieuwende vormen van dienstverlening aanbieden aanvullend op het basissysteem TenderNed²².
- (42) De Nederlandse autoriteiten beklemtonen voorts dat alle functionaliteiten van TenderNed (publicatiemodule, inschrijvingsmodule, e-gids), in hun geheel bezien, bijdragen tot het behalen van doelstellingen van algemeen belang.
- (43) Meer algemeen geven de Nederlandse autoriteiten aan dat TenderNed voldoet aan alle Unienormen en werd ontwikkeld in lijn met het Europese PEPPOL-project²³ voor grensoverschrijdend e-aanbesteden²⁴.
- (44) De Nederlandse autoriteiten verwijzen naar vergelijkbare door de overheid beheerde centrale systemen voor e-aanbesteden in andere landen (zoals België) en naar de eigen activiteiten van de Europese Commissie op dit gebied via het TED-platform voor e-aanbesteden²⁵.
- (45) De keuze om een elektronische basisvoorziening in te richten onder rechtstreeks gezag van de minister van Economische Zaken past binnen de beleidsvrijheid die een lidstaat toekomt bij het kiezen van de vorm en de middelen om de doelstellingen van een richtlijn te realiseren.
- (46) Wat betreft de stelling van klagers dat TenderNed een machtspositie op de markt zal innemen, hebben de Nederlandse autoriteiten verklaard dat de publiciteit rond TenderNed alleen is bedoeld om informatie te verschaffen met betrekking tot de

²² Klagers betwisten dit argument en stellen dat de omvang van TenderNeds taken/diensten aan verandering onderhevig is en niet duidelijk is afgebakend. Het realiseren van koppelingen met marktpartijen is bovendien steeds weer vertraagd en zou pas zijn uitgevoerd nadat TenderNed van start was gegaan. Volgens klagers past een en ander in een strategie van de Nederlandse overheid om TenderNed in de markt te zetten - ten koste van andere aanbieders.

²³ Zie <http://www.peppol.eu/peppol-project>

²⁴ Klagers betogen dat er nog geen vaste Europese normen bestaan en dat klagers ook aan het PEPPOL-project deelnemen.

²⁵ <https://etendering.ted.europa.eu>

introdactie van een wettelijk verplicht systeem, terwijl de inrichting van de inschrijvingsmodule aansluit bij de lopende ontwikkelingen die uiteindelijk resulteerden in de vaststelling van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014. Door in een vroeg stadium over deze uitbreiding te communiceren, willen de Nederlandse overheid exploitanten van platforms voor e-aanbesteden in de gelegenheid stellen zich voor te bereiden en hun businessmodellen eventueel aan te passen.

5. DE MAATREGEL AAN ARTIKEL 107, LID 1, VWEU GETOETST

- (47) Volgens artikel 107, lid 1, VWEU gelden als "staatssteun" alle maatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd, die de mededinging door begunstiging van bepaalde ondernemingen vervalsen of dreigen te vervalsen, voor zover deze steun het handelsverkeer tussen de lidstaten ongunstig beïnvloedt. De in die bepaling vastgestelde voorwaarden om tot staatssteun te kunnen besluiten, zijn cumulatief.
- (48) Op grond van die bepaling zijn de staatssteunregels alleen van toepassing wanneer de begunstigde van de maatregel een "onderneming" is. In de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt een onderneming, voor de toepassing van artikel 107, lid 1, VWEU, omschreven als elke entiteit die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop deze wordt gefinancierd. Of een bepaalde entiteit als onderneming wordt aangemerkt, hangt dus volledig af van de vraag of haar activiteiten al dan niet een economisch karakter hebben.
- (49) Daarom is het passend om in deze zaak in eerste instantie na te gaan of TenderNed kan worden beschouwd als een onderneming, d.w.z. een entiteit die een economische activiteit uitoefent. Omdat het begrip "onderneming" functioneel moet worden uitgelegd, zouden, indien de activiteiten van PIANOo, een dienstonderdeel van het ministerie van Economische Zaken, als de juridisch aansprakelijke beheerder van TenderNed, als economisch kunnen worden aangemerkt, de staatssteunregels van toepassing kunnen zijn op alle financiering die wordt toegekend voor het verrichten van die activiteit.
- (50) Het begrip "economische activiteit" is omschreven als iedere activiteit die erin bestaat goederen of diensten op een markt aan te bieden²⁶. De vraag of er voor bepaalde diensten een markt bestaat, kan afhangen van de wijze waarop die diensten in de betrokken lidstaat zijn georganiseerd, en kan dus verschillen van lidstaat tot lidstaat²⁷.
- (51) Activiteiten die tot de uitoefening van bevoegdheden van openbaar gezag behoren, hebben geen economisch karakter dat de toepassing van de

²⁶ Gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98, *Pavlov e.a. / Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*, EU:C:2000:428, punt 75.

²⁷ Gevoegde zaken C-159/91 en C-160/91, *Christian Poucet / Assurances générales de France (AGF) en Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon (Camulrac) en Daniel Pistre / Caisse autonome nationale de compensation de l'assurance vieillesse des artisans (Cancava)*, Jurispr. 1993, ECR I-637, punten 16 t/m 20.

Uniemededingingsregels rechtvaardigt²⁸. Daarom is artikel 107 VWEU niet van toepassing wanneer het bij het handelen van de Staat om "uitoefening van overheidsgezag" gaat²⁹ of wanneer organen die onder de Staat vallen, handelen "in hun hoedanigheid van overheid"³⁰ of indien de uitgevoerde activiteiten, wegens hun aard, doel en de regels waaraan die activiteiten zijn onderworpen, met die taken van de Staat verband houden³¹.

- (52) Of de door TenderNed verrichte activiteiten economisch van aard zijn - zodat de financiering die voor het opzetten en het functioneren ervan kan worden geacht staatssteun te vormen in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU -, dient in het licht van deze beginselen te worden onderzocht.
- (53) De activiteiten van TenderNed bestaan in het aan aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven aanbieden van een elektronisch platform voor de publicatie van aankondigingen van opdrachten (de publicatiemodule), de organisatie en het uitvoeren van aanbestedingsprocedures voor overheidsopdrachten (de inschrijvingsmodule) en het ondersteunen van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven bij het gebruik van TenderNed (de e-gids). Daarnaast verzorgt TenderNed ook de statistiekverplichtingen jegens de Commissie en het Nederlandse Parlement met betrekking tot aanbestedingen.
- (54) De Commissie tekent in dit verband aan dat TenderNed werd opgezet en haar activiteiten verricht in het licht van de Nederlandse aanbestedingswet. In die wet zijn bepaalde verplichtingen vastgesteld die aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in Nederland moeten nakomen wanneer zij schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel aangaan die betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten en die - ten dele - voortvloeien uit de Unieaanbestedingsrichtlijnen.
- (55) Zoals reeds in punt (7) werd opgemerkt, moeten bij het plaatsen van overheidsopdrachten die in de lidstaten worden afgesloten voor rekening van aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, de beginselen van de Unieverdragen en met name de fundamentele vrijheden en de beginselen van gelijke behandeling, het discriminatieverbod, wederzijdse erkenning, evenredigheid en transparantie worden geëerbiedigd³².
- (56) Volgens de aanbestedingsrichtlijnen van 2004 en 2014 moet de gunning van overheidsopdrachten die aan bepaalde drempels voldoen, plaatsvinden op basis van een Uniebrede aanbestedingsprocedure. Die richtlijnen bevatten ook coördinatie-regels die ervoor zorgen dat inkopen door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zo rationeel, transparant en eerlijk mogelijk verlopen.

²⁸ Zie, in die zin, zaak C-138/11, *Compass-Datenbank*, reeds aangehaald, punt 35; Zaak 107/84, *Commissie/Duitsland*, EU:C:1985:332, punten 14 en 15, en Zaak T-347/09, *Duitsland/Commissie*, EU:T:2013:418, punt 27.

²⁹ Zaak 118/85, *Commissie/Italië*, EU:C:1987:283, punten 7 en 8.

³⁰ Zaak C-30/87, *Corinne Bodson / SA Pompes funèbres des régions libérées*, EU:C:1988:225, punt 18.

³¹ Zie zaak C-364/92, *SAT Fluggesellschaft mbH / Eurocontrol*, EU:C:1994:7, punt 30.

³² Zie bijv. overweging 2 bij Richtlijn 2004/18/EG en overweging 1 bij Richtlijn 2014/24/EU.

Met gemeenschappelijke bepalingen is ervoor gezorgd dat aanbestedingen die binnen het toepassingsgebied van die richtlijnen vallen, op een transparante, zorgvuldige en niet-discriminatoire wijze worden ontvangen en behandeld.

- (57) Meer bepaald moeten aanbestedende diensten volgens de aanbestedingsrichtlijnen van 2004 en 2014 ondernemers op gelijke en niet-discriminerende wijze behandelen en moeten zij transparant handelen³³. Bovendien krijgen lidstaten de volgende specifieke verplichtingen opgelegd voor overheidsopdrachten die binnen het toepassingsgebied van de richtlijnen vallen, verplichtingen die van belang zijn in het licht van de activiteiten die TenderNed uitvoert³⁴:
- het aankondigen van overheidsopdrachten en de uitkomsten van de gunningsprocedure door middel van aankondigingen. Deze moeten door de aanbestedende diensten aan het Publicatiebureau worden gezonden³⁵;
 - het voor ondernemers toegankelijk maken van specificaties, aanvullende documenten en informatie (de concrete voorwaarden daarvan kunnen variëren naar gelang van het soort aanbestedingsprocedure)³⁶;
 - het verschaffen van statistische informatie aan de Commissie door middel van verslagen waarin door aanbestedende diensten geplaatste overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten worden behandeld³⁷.
- (58) De Commissie wijst voorts op de verplichting voor de lidstaten, op grond van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014, om ervoor te zorgen dat aanbestedende diensten en ondernemers kosteloos informatie over en richtsnoeren voor de interpretatie en de toepassing van de Uniewetgeving inzake het plaatsen van overheidsopdrachten krijgen en dat ondersteuning ter beschikking staat van de aanbestedende diensten met het oog op de planning en de uitvoering van aanbestedingsprocedures³⁸.
- (59) De in de Unieaanbestedingsrichtlijnen vastgestelde verplichtingen zijn in Nederlands recht omgezet met de Nederlandse aanbestedingswet³⁹. Met name wordt door de Nederlandse aanbestedingswet voorgeschreven dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven opdrachten plaatsen die binnen het

³³ Artikel 2 van Richtlijn 2004/18/EG en artikel 10 van Richtlijn 2004/17/EG; artikel 18 van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 36 van Richtlijn 2014/25/EU.

³⁴ In de regel zijn de aanbestedende diensten die onder Richtlijn 2004/17/EG vallen, aan minder uitgebreide verplichtingen onderworpen dan de aanbestedende diensten die onder Richtlijn 2004/18/EG vallen.

³⁵ Zie de artikelen 35, 36, 58, 64 en 69 van en de bijlagen VII en VIII bij Richtlijn 2004/18/EG; de artikelen 41-44 en 63 van en de bijlagen XIII-XX bij Richtlijn 2004/17/EG; de artikelen 48, 49, 50, 75 en 79 van en bijlage VIII bij Richtlijn 2014/24/EU, en de artikelen 67-72, 92 en 96 van en bijlage IX bij Richtlijn 2014/25/EU.

³⁶ Zie bijv. artikel 39 van Richtlijn 2004/18/EG; artikel 46 van Richtlijn 2004/17/EG; artikel 53 van Richtlijn 2014/24/EU, en artikel 73 van Richtlijn 2014/25/EU.

³⁷ Zie artikel 75 van Richtlijn 2004/18/EG; artikel 67 van Richtlijn 2004/17/EG; artikel 85 van Richtlijn 2014/24/EU, en artikel 101 van Richtlijn 2014/25/EU.

³⁸ Artikel 83, lid 4, van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 99, lid 4, van Richtlijn 2014/25/EU.

³⁹ De definitie van overheidsopdrachten die de Nederlandse overheid hanteert, sluit aan bij die uit de Unieaanbestedingsrichtlijnen (zie voetnoot 3).

toepassingsgebied van de Unieaanbestedingsrichtlijnen vallen, alsmede de opdrachten met een duidelijk grensoverschrijdend belang. Daarnaast wordt door de Nederlandse aanbestedingswet aan aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven de mogelijkheid geboden om, uit eigen beweging, niet onder de Unieaanbestedingsrichtlijnen vallende opdrachten zonder grensoverschrijdend belang aan te besteden. In dat geval zijn de regels van de Nederlandse aanbestedingswet ook op die opdrachten van toepassing.

- (60) Door de Nederlandse aanbestedingswet worden aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven verplicht om de keuze voor het te gebruiken soort procedure en voor de tot de aanbestedingsprocedure toegelaten ondernemers te maken op basis van objectieve criteria, die op verzoek aan ondernemers moeten worden meegedeeld⁴⁰. Aanbestedende diensten of speciale-sectorbedrijven moeten ook ervoor zorg dragen om bij het plaatsen van een opdracht zo veel mogelijk maatschappelijke waarde te leveren voor de publieke middelen⁴¹. Aanbestedende diensten die voornemens zijn een opdracht te plaatsen, moeten ook zorg dragen voor een zo groot mogelijke beperking van de daarmee samenhangende en daaruit voortvloeiende administratieve lasten⁴².
- (61) Voor opdrachten die binnen het toepassingsgebied van de Unieaanbestedingsrichtlijnen vallen, maar ook voor opdrachten met duidelijk grensoverschrijdend belang, is in artikel 1.9 van de Nederlandse aanbestedingswet de verplichting vastgesteld dat de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf transparant moet handelen. Meer bepaald worden aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in artikel 1.9.2 van de Nederlandse aanbestedingswet verplicht zorg te dragen voor een passende mate van openbaarheid van de aankondiging van de opdracht. Deze transparantieverplichting geldt ook bij nationale opdrachten die niet binnen het toepassingsgebied van de Unieaanbestedingsrichtlijnen vallen, maar waarvoor de aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven uit eigen beweging hebben beslist een aankondiging bekend te maken (de artikelen 1.11 en 1.12⁴³). Voor alle opdrachten waarvoor deze verplichte of vrijwillige aankondiging geldt⁴⁴, moet de aankondiging van de opdracht worden bekendgemaakt⁴⁵. Voor contracten die onder de toepassing van de Unieaanbestedingsrichtlijnen vallen, moet ook een aankondiging van de gegunde overheidsopdracht worden bekendgemaakt⁴⁶. Ten slotte moeten aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven voor alle opdrachten op enigerlei wijze de aanbestedingsstukken kosteloos ter beschikking stellen⁴⁷.

⁴⁰ Artikel 1.4.

⁴¹ T.a.p.

⁴² Artikel 1.6.

⁴³ Anders dan in artikel 1.9, worden er voor de toepassing van dit beginsel geen specifieke voorwaarden geformuleerd.

⁴⁴ In de in artikel 2.32 e.v. vermelde specifieke gevallen is een aankondiging echter niet noodzakelijk.

⁴⁵ Zie de artikelen 1.18, 2.62 en 3.56.

⁴⁶ Zie de artikelen 2.134 en 3.78.

⁴⁷ Zie de artikelen 1.21, 2.66 en 3.57.

- (62) Precies binnen deze context moeten de inrichting van TenderNed en de activiteiten die zij verricht, worden getoetst aan artikel 107, lid 1, VWEU. De publicatiemodule van TenderNed zorgt ervoor dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven voldoen aan de transparantieplichting uit hoofde van de Uniale en Nederlandse aanbestedingsregels⁴⁸ en de inschrijvingsmodule van TenderNed zorgt ervoor dat overheidsopdrachten correct volgens die regels worden aanbesteed,⁴⁹ terwijl met de e-gids wordt voldaan aan de verplichtingen van Nederland uit hoofde van de Unieaanbestedingsrichtlijnen om aanbestedende diensten en ondernemers informatie en ondersteuning te bieden⁵⁰, en de verschaffing van statistische informatie aan de Commissie ook is bepaald in die richtlijnen⁵¹. De activiteiten van TenderNed zijn bijgevolg volledig terug te voeren op het ondersteunen van de aanbestedingsactiviteiten van Nederlandse overheidsinstanties en de verplichtingen van de Nederlandse Staat uit hoofde van de aanbestedingsrichtlijnen.
- (63) Die activiteiten zijn niet economisch van aard, maar vormen het middel waarmee aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven in Nederland hun wettelijke verplichtingen uit hoofde van de nationale aanbestedingsregels nakomen, die voortvloeien uit de Unieaanbestedingsrichtlijnen, en het middel waarmee Nederland zijn verplichtingen uit hoofde van die richtlijnen nakomt. In de aanbestedingsregels zijn specifieke regels voor de gunning van opdrachten vastgesteld, die ervoor moeten zorgen dat overheidsinkopen zo rationeel, transparant en eerlijk mogelijk verlopen. Deze regels zijn bedoeld om het grootst mogelijke aantal ondernemers te informeren over opdrachten, om voorkeursbehandelingen te voorkomen die bepaalde ondernemers boven andere zouden kunnen begunstigen en om gezonde concurrentie tussen ondernemers te borgen, hetgeen ervoor moet zorgen dat aanbestedende diensten de beste kwaliteit krijgen voor het geld van de belastingbetalers. Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven moet deze aanbestedingsregels nauwgezet volgen omdat zij worden beschouwd als een onderdeel van de lokale, regionale of landelijke overheid, en zij bijgevolg geacht worden bij hun inkoopgedrag niet alleen met zuiver industriële of commerciële argumenten rekening te houden.
- (64) Aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven handelen bijgevolg in hun hoedanigheid van overheid wanneer zij voldoen aan die wettelijke verplichtingen, zodat TenderNed - bij uitbreiding - dient te worden geacht in een vergelijkbare hoedanigheid te handelen wanneer zij hun de middelen verschaft om ervoor te zorgen dat die verplichtingen in acht worden genomen. Het Hof van Justitie heeft immers reeds ermee ingestemd dat de activiteit van een overheidsinstantie geen economische activiteit vormt "wanneer zij de gegevens die ondernemingen op grond van een wettelijke meldingsplicht hebben meegedeeld, in een databank opslaat" (nadruk toegevoegd)⁵². De Commissie is van mening dat dezelfde redenering ook van toepassing is wanneer de activiteit erin bestaat te borgen dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven voldoen aan hun wettelijke

⁴⁸ Zie de punten (57) en (61).

⁴⁹ Zie de punten (56) en (59).

⁵⁰ Zie punt (58).

⁵¹ Zie punt (57).

⁵² Zaak C-138/11, *Compass-Datenbank*, reeds aangehaald, punt 51.

verplichtingen om aankondigingen van opdrachten bekend te maken en overheidsopdrachten te plaatsen, alsmede de verplichtingen van de Nederlandse Staat om zijn statistiekverplichtingen jegens de Commissie en zijn rapportageverplichtingen jegens het Nederlandse Parlement na te komen. De activiteiten van TenderNed dienen derhalve niet als economisch van aard te worden beschouwd, zodat de financiering ervan geen steun vormt in de zin van artikel 107, lid 1, VWEU.

- (65) Geen van de argumenten die klagers in hun klacht aanvoeren, doen aan die conclusie af.
- (66) In de eerste plaats is het weliswaar zo dat klagers terecht opmerken dat de Unieaanbestedingsrichtlijnen niet voorschrijven dat lidstaten een centraal platform voor het organiseren van aanbestedingen oprichten, maar evenmin verbieden deze richtlijnen de oprichting van dit soort platform. Volgens de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 moeten de gebruikte elektronische communicatie-instrumenten niet-discriminerend, algemeen beschikbaar en interoperabel zijn en mogen deze de toegang van ondernemers tot de aanbestedingsprocedure niet beperken⁵³. Het wordt lidstaten in die richtlijnen evenwel niet verboden om, met het oog op het bereiken van die doelstellingen, één platform voor e-aanbesteden te creëren. Bovendien maken de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 het gebruik van e-aanbesteden geleidelijk verplicht⁵⁴, meer bepaald de bekendmaking van aankondigingen, de kosteloze toegang tot daarmee samenhangende aanbestedingsstukken en de elektronische indiening van inschrijvingen⁵⁵, en het staat lidstaten in het kader van de richtlijnen vrij om op dit punt nog verder te gaan⁵⁶. Voor zover de gekozen middelen borgen dat inkopen door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zo rationeel, transparant en eerlijk mogelijk verlopen, dienen de bepalingen van de aanbestedingsrichtlijnen van 2014 te worden geacht niet in de weg te staan van TenderNed. De doelstelling van transparante en doelmatige aanbestedingen wordt misschien beter vervuld indien kandidaat-leveranciers alle noodzakelijke informatie op één centraal platform kunnen vinden. In dit verband merkt de Commissie op dat de inrichting van TenderNed tot op zekere hoogte gelijkenis vertoont met de eigen centrale portal van de Commissie voor de bekendmaking van aanbestedingsberichten met de naam TED, en met een gecentraliseerde portal voor e-aanbesteden waarlangs documenten met betrekking tot de eigen aanbestedingsprocedures van de Commissie kosteloos beschikbaar worden gesteld.
- (67) Ten aanzien van het tweede argument van klagers dat de activiteiten van TenderNed kunnen worden beperkt tot die van een "berichtenbord"-functionaliteit, merkt de Commissie op dat wanneer de activiteiten op die wijze

⁵³ Artikel 22 van Richtlijn 2014/24/EU en artikel 40 van Richtlijn 2014/25/EU.

⁵⁴ De aanbestedingsrichtlijnen van 2014 moeten door de lidstaten tegen 18.4.2016 worden uitgevoerd, al wordt er in een langere uitvoeringstermijn (tot en met 18.10.2018) voorzien voor verplichte elektronische communicatie, met inbegrip van de elektronische indiening van offertes, voor alle aanbestedende diensten (tot en met 18.4.2017 voor aankoopcentrales).

⁵⁵ Zie de artikelen 22 en 53 van Richtlijn 2014/24/EU en de artikelen 40 en 73 van Richtlijn 2014/25/EU.

⁵⁶ Zie overweging 52 bij Richtlijn 2014/24/EU.

worden beperkt, een en ander niet ervoor zou zorgen dat aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven hun wettelijke verplichtingen uit hoofde van de Nederlandse aanbestedingswet volledig zouden nakomen, met name de verplichting om een aanbestedingsprocedure te organiseren die ervoor zorgt dat inkopen door aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven zo rationeel, transparant en eerlijk mogelijk verlopen. Zo geldt de verplichting om alle aankondigingen elektronisch bekend te maken bijvoorbeeld ook voor aankondigingen van kleine aanbestedende diensten die misschien onvoldoende winstgevend zijn voor private partijen. Activiteiten van TenderNed kunnen bijgevolg als niet-economisch van aard worden beschouwd zolang deze ervoor zorgen dat de Nederlandse overheidsinstanties hun wettelijke verplichtingen uit hoofde van de Nederlandse aanbestedingswet en de Unieaanbestedingsrichtlijnen nakomen. Hetzelfde geldt voor functionaliteiten die TenderNed aanbiedt en die overheidsinstanties helpen bij het bereiken van de in die wetgeving vastgestelde doelstellingen.

- (68) In de derde plaats wordt bij het argument van klagers dat de markt reeds de diensten levert die TenderNed aanbiedt, onvoldoende rekening gehouden met de geleidelijke ontwikkeling en beschikbaarheid van e-aanbesteden. In dit verband dient te worden aangetekend dat de diensten die klagers aanbieden - evenals die van TenderNed - volledig zijn terug te voeren op de aanbestedingsactiviteiten van Nederlandse overheidsinstanties. Dit soort diensten was voordien misschien nodig door de complexiteit van wetgeving, het gebrek aan gebruiksvriendelijkheid van de analoge of digitale tools die overheidsdiensten aanbieden, of omdat ondernemingen het handiger vinden om dit soort activiteiten uit te besteden. De Staat doet evenwel geen afstand van het recht om een activiteit te verrichten die hij noodzakelijk acht om te verzekeren dat zijn overheidsinstanties hun wettelijke verplichtingen nakomen, door op een bepaald tijdstip te handelen wanneer private partijen - misschien doordat de Staat niet eerder handelde - reeds het initiatief hebben genomen om diezelfde diensten aan te bieden⁵⁷. Door het kanaliseren van aanbestedingen verzekeren dat overheidsinstanties hun wettelijke verplichtingen nakomen, kan voor klagers een commerciële activiteit zijn. Het is echter geen inherent commerciële activiteit, maar eerder een DAB, die alleen commercieel kan worden geëxploiteerd zolang de Staat die dienst niet zelf aanbiedt.
- (69) Hoe dan ook, is het aanbestedende diensten en speciale-sectorbedrijven, hoewel zij uiteindelijk verplicht kunnen worden hun aanbod via TenderNed bekend te maken, niet verboden om parallel daarmee andere platforms te gebruiken, zoals die van klagers. Evenzo hebben de Nederlandse autoriteiten beklemtoond dat particuliere platforms zowel TenderNed-aankondigingen naar hun eigen portal kunnen exporteren als hun aankondigingen op TenderNed kunnen importeren. Commerciële partijen staat het met andere woorden vrij om voor diensten met betrekking tot aanbestedingen een gedifferentieerd aanbod in termen van kwaliteit of toegevoegde waarde te ontwikkelen.

⁵⁷ Zie het besluit van de Commissie van 2 mei 2013 betreffende steunmaatregel SA.25745 (2013/NN) (ex CP 11/2008) - Duitsland - Nationale Website für Versteigerungen bei Insolvenzverfahren (ZVG Portal) (PB C 167 van 13.6.2013, blz. 1).

6. CONCLUSIE

- (70) De Commissie heeft, op grond van de bovenstaande beoordeling, besloten dat de maatregel geen staatssteun in de zin van artikel 107, lid 1, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie behelst.

Ingeval deze brief vertrouwelijke gegevens mocht bevatten die niet mogen worden bekendgemaakt, wordt u verzocht de Commissie daarvan binnen vijftien werkdagen vanaf de ontvangst van dit schrijven in kennis te stellen. Ontvangt de Commissie binnen de vastgestelde termijn geen met redenen omkleed verzoek, dan neemt zij aan dat u instemt met mededeling aan derden en bekendmaking van de volledige tekst van dit schrijven in de authentieke taal op Internet: <http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/index.cfm>.

Dit verzoek dient via geëncrypteerde e-mail te worden gezonden aan stateaidgreffe@ec.europa.eu of, anders, bij aangetekend schrijven of bij faxbericht te worden gericht aan:

Europese Commissie
Directoraat-generaal Concurrentie
Griffie Staatssteun
1049 Brussel
België

Fax: +32 2 296 12 42

Met bijzondere hoogachting,

Voor de Commissie

Margrethe VESTAGER
Lid van de Commissie