

### 3 Kansen bij de aanbestedingsregels

*Ann-Marie Kühler en Elisabetta Manunza<sup>1</sup>*

#### 3.1 Inleiding

*De EU en de versterking van de markt voor overheidsopdrachten als kans bij de bestrijding van de economische crisis*

In Europa is er in 2010 een hernieuwde belangstelling voor de markt van overheidsopdrachten ontstaan.<sup>2</sup> Allereerst is dit het gevolg van de ingrijpende economische crisis die in de hele wereld – en dus ook in Europa – vanaf 2008 is gaan woeden.<sup>3</sup> De afgelopen jaren heeft de vraag in hoeverre de ontworpen structuren bestand zouden zijn tegen de sociaal-economische druk die in alle lidstaten werd opgebouwd, zoals de druk om werkgelegenheid te behouden, cruciale industrieën te beschermen, banken te ondersteunen enzovoort, een grote rol gespeeld. Interessant om te constateren is, dat in grote lijnen de basisprincipes van de interne markt tot nu toe nog ferm overeind staan. Sterker nog, de les die de Europese Unie uit de crisis getrokken heeft, is dat we alleen door een versterking van de interne markt, en dus ook van de markt voor overheidsopdrachten, in staat zijn om de crisis het hoofd te bieden en beter bestand zullen zijn tegen eventuele toekomstige ingrijpende economische crises.

Commissievoorzitter Barroso verzocht in 2009 aan ex-commissaris Mario Monti een onderzoek in te stellen naar de toekomst van de interne markt na de crisis.<sup>4</sup> In zijn rapport *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte interne markt* (9 mei 2010)<sup>5</sup> conclu-

- 
- 1 De auteurs danken mr. drs. W.J. Berends, assistent in opleiding aan het Europa Instituut Utrecht, voor zijn medewerking aan de totstandkoming van dit stuk.
  - 2 Zie hierover meer in E.R. Manunza, 'Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten', in het bijzonder hoofdstuk 2 in: J.M. Hebly, E.R. Manunza & M. Scheltema (red.), *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht, december 2010.
  - 3 Zie over de markt voor overheidsopdrachten en de economische crisis: E.R. Manunza, *De aanbesteding en de economische crisis*, The Europe Institute Working Paper 01/09, The Europe Institute of Utrecht University School of Law, p. 1-12: [www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departement-rechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/europainstituut/publicaties/Documents/Working%20Paper;%20Manunza-1-9.pdf](http://www.uu.nl/faculty/leg/NL/organisatie/departementen/departement-rechtsgeleerdheid/organisatie/onderdelen/europainstituut/publicaties/Documents/Working%20Paper;%20Manunza-1-9.pdf).  
Zie ook E.R. Manunza, 'De markt voor overheidsopdrachten na de economische crisis', Lustrumcongres *Rechtmatigheid en Doelmatigheid: een balans*, Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht, 18 november 2010, te downloaden op de website van de NVvA.
  - 4 Zie de opdrachtbrief van de voorzitter van de Europese Commissie José Manuel Barroso aan Mario Monti van 20 oktober 2009, Pres(2009)D/2250.
  - 5 Zie [www.ec.europa.eu/bepa/pdf/monti\\_report\\_final\\_10\\_05\\_2010\\_nl.pdf](http://www.ec.europa.eu/bepa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_nl.pdf).

deert Monti dat het noodzakelijk is om het aanbestedingssysteem eenvoudiger, doeltreffender en minder belastend te maken en om de voorwaarden waaronder overheden opdrachten in eigen beheer mogen uitvoeren, te verduidelijken.

De Commissie heeft de door Monti voorgestelde maatregelen ter harte genomen. In haar op 27 oktober 2010 gepubliceerde mededeling *Naar een Single Market Act – voor een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen*, maakte ze vijftig maatregelen bekend om de interne markt in 2012, precies twintig jaar na de instelling daarvan, opnieuw te lanceren.<sup>6</sup> Specifiek voor de markt voor overheidsopdrachten pleit de Commissie onder meer voor versimpeling van het bestaande juridische aanbestedingskader in 2012. Daartoe is zij in januari 2011 een consultatie onder de lidstaten en belangstellenden gestart die in april van dit jaar is afgesloten.<sup>7</sup> Alle voorgestelde maatregelen zullen eerst aan een diepgaande analyse worden onderworpen om vast te stellen wat hun sociale impact is, alvorens als regelgeving te worden voorgesteld en aangenomen. Hiermee wenst de Europese Unie, mede naar aanleiding van de economische crisis, het belang van de sociale dimensie in Europa te benadrukken.

De positieve effecten die professioneel aanbesteden teweeg kan brengen, zijn zowel in het Monti-rapport van mei 2010 als in de evaluatierapporten van de Europese Commissie van eind juni 2011 beschreven.<sup>8</sup> Zo vermeldt het Monti-rapport dat door openbaar aan te besteden tot 8% op de betaalde prijs kan worden bespaard.<sup>9</sup> Dit betekent dat de belangrijkste kans voor decentrale overheden in het kader van de aanbestedingsregels vooral te vinden is in een correcte en zo professioneel mogelijke toepassing van de aanbestedingsregels zelf.<sup>10</sup> Door een structurele, rationele en professionele toepassing van de bestaande aanbestedingsregels zullen de meest positieve effecten gerealiseerd kunnen worden. In deze tijden van economische crisis zullen decentrale overheden geen enkele kans aan zich voorbij willen laten gaan om mogelijke besparingen te verwezenlijken.

Maar dat niet alleen. Juist door de economische crisis is opnieuw de vraag een rol gaan spelen of door met andere overheden gezamenlijk goederen, werken en diensten in te kopen, onder bepaalde omstandigheden ook voordelen kunnen worden gerealiseerd.

6 Mededeling van de Europese Commissie, *Naar een Single Market Act – voor een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen. 50 voorstellen om beter samen te werken, te ondernemen en zaken te doen*, Brussel, 27 oktober 2010, COM(2010) 608 definitief. Zie ook [www.ec.europa.eu/internal\\_market/smact/index\\_nl.htm](http://www.ec.europa.eu/internal_market/smact/index_nl.htm).

7 Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten. *Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt*, Brussel, 27 januari 2011, COM (2011) 15 definitief.

8 *Evaluation Report: Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, SEC (2011), 853 final part 1 en part 2, zie ook [www.ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/evaluation/index\\_en.htm](http://www.ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/evaluation/index_en.htm).

9 Monti-rapport, p. 91.

10 Decentrale overheden die een schriftelijke overeenkomst aangaan met een ondernemer (aannemer, dienstverlener, leverancier) en deze daarvoor een op geld waardeerbare vergoeding betalen, zullen, wanneer deze opdracht een zekere waarde (de Europese drempelwaarden) te boven gaat, de aanbestedingsprocedures uit de richtlijnen dienen toe te passen om een ondernemer te selecteren en de betreffende opdracht te gunnen.

seerd. Samenwerken kan een versterking van expertise, mogelijkheden en – in sommige gevallen – besparing van financiële middelen betekenen. In een aantal lidstaten worden thans niet voor niets vormen van samenwerking tussen overheden als instrument ingezet om de economische crisis te bestrijden. Omdat het voor (decentrale) overheden vaak onduidelijk is wanneer en onder welke voorwaarden die samenwerking met andere overheden – juridisch gezien – mogelijk is, zal de focus in deze bijdrage liggen op die juridische mogelijkheden. Een bespreking van de vermeende economische en sociale voordelen ligt ver weg van onze respectievelijke expertise en blijft om deze reden buiten beschouwing.

Wij adviseren decentrale overheden wel om, alvorens dergelijke samenwerkingsvormen te overwegen, een rationele inschatting van de economische en maatschappelijke voordelen te maken en pas daarna te besluiten om tot dergelijke samenwerkingsvormen over te gaan of om bepaalde activiteiten zelf te gaan (her)uitvoeren in plaats van uitvoering ervan tegen vergoeding aan de particuliere markt over te laten. Men zou namelijk nooit uit het oog moeten verliezen dat de beslissing om taken door de overheid in plaats van door de markt te laten uitvoeren, altijd georiënteerd dient te zijn op het welzijn van de burgers, in plaats van op politieke en ambtelijke overwegingen. Zou een dergelijke voorafgaande rationele inschatting achterwege blijven, dan kunnen de aan de kansrijke aanbesteding verbonden voordelen verloren gaan en kunnen ook de voordelen die de samenwerking had kunnen opleveren, niet worden gerealiseerd.<sup>11</sup>

Alvorens op de juridische mogelijkheden om met andere overheden samen te werken in te gaan, is het nuttig om ook de tweede reden voor de hernieuwde belangstelling voor de markt voor overheidsopdrachten, die als een gevolg kan worden gezien van de invoering van het Verdrag van Lissabon, kort te bespreken.<sup>12</sup> Op het eerste gezicht lijkt

11 In dit rapport van het SEO worden waardevolle methoden besproken om een weloverwogen en vooral rationele beslissing tussen uitvoering door de ‘overheid’ of door ‘de markt’ te kunnen nemen. B. Baarsma, M. de Nooij, J. Mulder & J. Haster, *Zelf doen of samen met anderen? Uitbesteden van bedrijfsprocessen (BPO) door de rijksoverheid en uitvoeringsinstellingen*, SEO-rapport nr. 803, onderzoek in opdracht van Accenture, Amsterdam, april 2006.

12 Zie hierover ook [www.europadecentraal.nl/menu/891/Verdragen.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/891/Verdragen.html). Ter opfrissing: in 1957 werd in Rome het *Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap* (Verdrag van Rome) gesloten dat de Europese Economische Gemeenschap oprichtte. De juridische structuur van dit verbond dat in het begin uit maar een vijftal landen bestond, is door de jaren heen stapsgewijs gegroeid in ledental (inmiddels 27) en werkterreinen. Een van de belangrijkste wijzigingen werd in 1992 bewerkstelligd met het Verdrag betreffende de Europese Unie (EU-Verdrag), waarmee een Europese Unie tot stand werd gebracht die naast de als ‘Europese Gemeenschap’ herdoopte EEG begon te functioneren. Vanaf dit moment veranderde ook de naam van het oprichtingsverdrag in *Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap* ofwel *EG-(oprichtings)verdrag*. Door de wijzigingen aangebracht door het op 13 december 2007 ondertekend Verdrag van Lissabon, is het Verdrag van Rome thans *Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie*, ofwel *EU-Werkingsverdrag (2008/C11/47, WVEU)* gaan heten. Zie de geconsolideerde versie van het verdrag betreffende de Europese Unie (2008)C115/13 en de geconsolideerde versie van het verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (2008)C115/47. De geconsolideerde versies van deze documenten vormen thans de wettelijke basis voor de Europese Unie.

dit Lissabon-Verdrag geen wezenlijke veranderingen in de bepalingen inzake de interne markt te hebben gebracht en dus ook voor de markt voor overheidsopdrachten niet relevant te zijn.<sup>13</sup> Immers, de vrijverkeerbepalingen en de staatssteunregels zijn ongewijzigd gebleven. Nadere bestudering toont echter een ander beeld. Er is wel degelijk sprake van wijzigingen die belangrijke gevolgen kunnen hebben voor de markt voor overheidsopdrachten. Gevolgen die, in twee opzichten, reeds zichtbaar zijn geworden (waarover later in deze paragraaf meer).

De eerste belangrijke wijziging in het Verdrag betreft het concept 'interne markt'. Volgens het oude EG-Verdrag diende de interne markt tot stand te worden gebracht via het leidende beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging, ((oud) art. 4 EG-Verdrag). Dit wordt in het Verdrag van Lissabon aangescherpt door het gebruik van het begrip 'sociale' markteconomie, gericht op volledige werkgelegenheid en sociale vooruitgang (art. 3 lid 3 VEU). Daarnaast wordt de mededinging niet meer als een van de doelstellingen vermeld. Ook de toevoeging aan het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU) van Protocol nr. 26, betreffende diensten van algemeen (economisch) belang benadrukt dat de Unie niet enkel gericht is op marktwerking. Het is de overheid die beslist welke diensten zij als van algemeen belang beschouwt. Het is vervolgens ook de overheid die beslist op welke wijze deze diensten, die zowel economisch als niet-economisch van aard kunnen zijn en waarop de overheid openbare-dienstverplichtingen van toepassing verklaart, uitgevoerd zullen worden: zelf of door ze toe te vertrouwen aan andere entiteiten, die publiek of privaat kunnen zijn en die organisaties met winstoogmerk of non-profitorganisaties kunnen zijn.<sup>14</sup>

Twee andere wijzigingen in de basisverdragen getuigen van de druk die de lidstaten hebben uitgeoefend om een nieuw politiek evenwicht in hun relatie met de Unie tot stand te brengen. De eerste wijziging betreft de erkenning, voor het eerst in het primaire recht van de Europese Unie, van het beginsel van regionaal en lokaal zelfbestuur (art. 4 lid 2 VEU). De tweede wijziging, van even groot belang, betreft de versterking van het subsidiariteitsbeginsel. Uit de bepaling die dit (subsidiariteits)beginsel regelt, artikel 5 VEU, wordt duidelijk dat het beginsel van politiek en lokaal zelfbestuur ook een rol speelt bij de uitoefening van het subsidiariteitsbeginsel. Deze twee laatste wij-

- 
- 13 Wel met betrekking tot de volgende aspecten. Er is meer ruimte voor het toegenomen belang van het stemmen via gekwalificeerde meerderheid in de Europese Raad. Op het terrein van immigratie- en asielbeleid, criminaliteitsbestrijding, en delen van de justitiële samenwerking zal het vetorecht plaats maken voor het stemmen met gekwalificeerde meerderheid. Voor defensiebeleid, buitenlands beleid, en het vaststellen van de begroting blijft het vetorecht bestaan. Het Europees Parlement heeft een grotere rol gekregen in het besluitvormingsproces en er zijn twee nieuwe functies geïntroduceerd, de Voorzitter van de Europese Raad en de Hoge Vertegenwoordiger voor buitenlands- en veiligheidsbeleid.
- 14 Niet zozeer de aard van de activiteiten maar de wijze waarop deze zijn georganiseerd is doorslaggevend om uit te maken of deze als van algemeen belang of niet dienen te worden beschouwd. Zie ook de mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad, het Europees Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Begeleidend document bij de Mededeling 'Een interne markt voor het Europa van de 21e eeuw'. Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement. COM(2007) 725 def van 20 november 2007, in het bijzonder p. 4 en 5.

zigheden kunnen belangrijke gevolgen voor de markt voor overheidsopdrachten met zich brengen.

Het Hof van Justitie heeft in een aantal arresten van de laatste twee jaren inmiddels reeds gewezen op het beginsel van regionaal en lokaal zelfbestuur en daarmee – wellicht indirect – een grotere beslissingsbevoegdheid toegekend aan lagere overheden ten aanzien van de vraag of hetzij de markt hetzij uitvoering in eigen beheer het beste mechanisme is voor de vervulling van hun taken van algemeen belang.<sup>15</sup>

Er is in beginsel niets tegen deze toegenomen beslissingsruimte voor lokale en regionale overheden, maar een mogelijk ongewenst gevolg daarvan, zou het volgende kunnen zijn. Mede door een versoepeling van de criteria waaronder lokale overheden activiteiten zelf kunnen uitvoeren (normaliter als ‘inbesteden’ aangeduid), is voorspelbaar dat steeds meer opdrachten in eigen beheer zullen worden uitgevoerd. Het is dus van extreem groot belang dat decentrale overheden de beslissing om ‘in te besteden’ in plaats van ‘uit te besteden’ weloverwogen nemen, zoals eerder aangeraden. Als die beslissing niet op grond van objectieve criteria plaatsvindt, zal de toepassing van het Europees aanbestedingssysteem alleen maar onduidelijker worden. Te veel verschillende doelen zullen in de markt voor overheidsopdrachten door elkaar lopen, hetgeen zal resulteren in verschillende benaderingen, opvattingen, interpretaties en meer juridisering. Het verdient dus aanbeveling om alleen voor uitvoering in eigen beheer of samenwerking met andere overheden te kiezen indien uit gedegen onderzoek gebleken is dat daardoor voordelen zullen worden behaald, in economische en/of sociale zin.

#### *Europees beleid biedt kansen*

In onze bijdrage aan dit boek over kansen, willen wij niet alleen benadrukken dat de meeste kansen in de aanbestedingsregels uit een correcte en professionele toepassing van die regels zelf voortvloeien. Ook uit een gedegen en continu actueel bijgehouden kennis van het Europees beleid, vloeien kansen voort. Europees beleid wordt immers gekenmerkt door een systematische zoektocht naar de beste kansen om beleidsdoelstellingen te realiseren. Als voorbeeld kan dienen het Europese strategische beleid dat is weergegeven in de EU 2020 strategie en dat diverse instrumenten biedt om bepaalde beleidsdoelstellingen (zoals innovatie en duurzaamheid) – ook door middel van overheidsaanbestedingen – te realiseren. Door een gedegen kennis van beide aspecten, het Europees beleid en de kansen die Europa meegeeft om het te realiseren, zullen decentrale overheden beter toegerust zijn om zich in hun eigen beleid daarop tijdig te oriënteren en via deze ‘Europese’ kansen voordelen te realiseren.

15 HvJ EG 9 juni 2009, zaak C-480/06 (*Commissie/Duitsland*), *Jur.* 2009, p. I-4747; HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel Brabant SA/Commune d’Uccle en Région de Bruxelles-Capitale*), *Jur.* 2008, p. I-8475; HvJ EG 10 september 2009, zaak C-573/07 (*Sea Srl/Comune di Ponte Nossia*), *Jur.* 2009, p. I-8127; HvJ EG 15 oktober 2009, zaak C-196/08 (*Acoset SpA/Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa en anderen*), *Jur.* 2009, p. I-9913; vgl. ook de feiten en de beslissing in HvJ EU 6 mei 2011, gevoegde zaken C-145/08 en C-149/08 (*Club Hotel Loutraki AE*), n.n.g.

In dit hoofdstuk bespreken wij de kansen die zich vanuit de (correcte toepassing van de) Europese aanbestedingsregels en het (anticiperen op het) Europese beleid voordoen in de decentrale praktijk. Daarbij hebben we gekozen om op sociale dienstverlening te focussen omdat deze categorie diensten nu eenmaal veel interpretatie- en toepassingsvragen bij decentrale overheden oproept en de materie in de literatuur nog onderbelicht is gebleven.

In het recente Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten *Naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt* (COM (2011) 15 definitief) van januari 2011<sup>16</sup> wijst de Europese Commissie een aantal terreinen in de huidige Europese aanbestedingsregelgeving aan die bij uitstek in aanmerking komen voor mogelijke aanpassingen en peilt de Commissie de standpunten van belanghebbenden over mogelijke keuzen voor wijzigingen van de huidige Europese aanbestedingsregelgeving.<sup>17</sup>

Geheel in de gedachte van dit Interne markt-boek geeft het Groenboek in paragraaf 4 (p. 37 e.v.) aan dat overheidsopdrachtenregels ook kansen bieden voor het realiseren van beleidsdoeleinden:

‘Overheidsdiensten kunnen een belangrijke bijdrage leveren aan het bereiken van de strategische doelstellingen van Europa 2020 door hun kopermacht aan te wenden om goederen en diensten aan te schaffen met een hogere “maatschappelijke” waarde, in die zin dat ze innovatie bevorderen, milieuvriendelijk zijn en klimaatverandering tegengaan, het energieverbruik verminderen, de werkgelegenheid, volksgezondheid en sociale omstandigheden verbeteren, en tegelijk gelijkheid bevorderen en de insluiting van achtergestelde groepen verbeteren. Een aanzienlijke vraag van overheidsdiensten naar “groenere”, koolstofarme, meer innovatieve en maatschappelijk verantwoorde goederen en diensten, kan mede de trends inzake productie en consumptie bepalen voor de komende jaren. Uiteraard mag het

16 Het Groenboek, reeds eerder aangehaald, is in te zien via [www.ec.europa.eu/internal\\_market/public-procurement/modernising\\_rules/consultations/index\\_en.htm](http://www.ec.europa.eu/internal_market/public-procurement/modernising_rules/consultations/index_en.htm)

17 Wellicht ten overvloede herinneren we de lezer eraan dat de huidige Europese aanbestedingsregelgeving bestaat uit Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten en Richtlijn 2004/17/EG voor overheidsopdrachten in de speciale sectoren (water, energie enz.) (*PbEG* 2004, L 134). Zie ook [www.europadecentraal.nl/menu/357/Richtlijn\\_2004\\_17\\_en\\_2004\\_18.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/357/Richtlijn_2004_17_en_2004_18.html) en het aanbestedingsdossier via [www.europadecentraal.nl/menu/100/Voorpagina.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/100/Voorpagina.html).

In dit hoofdstuk zal deze laatste richtlijn voor speciale sectoren overigens buiten beschouwing blijven. In opdracht van het ministerie van Economische Zaken zijn de afgelopen jaren diverse onderzoeken verricht naar de naleving van genoemde richtlijnen die in 2006 in werking zijn getreden. Uit deze onderzoeken blijkt dat decentrale overheden door de jaren heen de aanbestedingsrichtlijnen steeds beter zijn gaan naleven. De naleving door de decentrale overheden blijft helaas steeds achter bij de naleving door de centrale overheid. Zie bijvoorbeeld de *Nalevingsmeting Europees aanbesteden 2008* uitgevoerd door Significant B.V. in opdracht van het ministerie van Economische Zaken, januari 2010.

nastreven van maatschappelijke doelstellingen geen afbreuk doen aan de efficiëntie van het aankoopbeleid van de overheid. Bij overheidsaankopen rekening houden met beleidsgerichte overwegingen, moet gebeuren zonder buitensporige extra administratieve lasten voor de aanbestedende diensten en zonder dat de mededinging op de aanbestedingsmarkten wordt vervalst.<sup>7</sup>

Niet alleen zullen overheidsdiensten een belangrijke bijdrage moeten leveren aan het bereiken van de EU 2020-doelstellingen, maar vooral kunnen de EU 2020-doelstellingen ook een belangrijke kans bieden voor decentrale overheden om hun eigen strategische beleidsdoelstellingen te bereiken.

Paragraaf 4 van het Groenboek werkt het strategisch gebruik van overheidsopdrachten bij de nieuwe EU 2020-uitdagingen uit aan de hand van een nadere bespiegeling op de volgende vragen. Als eerste op de vraag *hoe* aanbestedende diensten via de aanbestedingsregels hun wensen kunnen realiseren; vervolgens, op de vraag *wat* zij aanschaffen; en hoe de EU 2020-beleidsdoelstelling die is gericht op verbetering van *innovatie*<sup>18</sup> via overheidsopdrachten gestimuleerd kan worden en tot slot op de vraag hoe de huidige aanbestedingsregels zouden moeten worden aangepast om beter rekening te kunnen houden met de specifieke kenmerken van *sociale diensten*. Of – anders gezegd ten aanzien van deze laatste vraag – hoe decentrale overheden via hun aankopen rekening kunnen houden met de sociale dimensie, die door de EU als een van de belangrijkste doelstellingen van de ‘nieuwe’ interne markt wordt gezien die in 2012 wordt gelanceerd.<sup>19</sup>

Een belangrijk aspect dat ons inziens vanuit kansenoptiek onderbelicht blijft in het Groenboek is de zogenoemde publiek-publieke samenwerking of met andere woorden de mogelijkheid die overheden hebben om met elkaar op bepaalde (beleids)terreinen samen te werken. Deze mogelijkheid wordt als zodanig wel genoemd in het Groenboek, maar alleen als een nader door de Europese Commissie uit te werken onderwerp. De vraag is of decentrale overheden die op zoek zijn naar de beste wijze om bijvoorbeeld sociale diensten van algemeen belang in te richten, samenwerking met andere overheden als een kans zouden kunnen benutten, in het bijzonder wanneer na gedegen studie is komen vast te staan dat samenwerking de kosten voor de uitvoering daarvan zou drukken, en een beter toezicht en expertise op de uitvoering daarvan mogelijk zou maken.

Deze ‘bundeling van krachten’ kan vorm worden gegeven door juridische constructies toe te passen die in de huidige richtlijnen te vinden zijn of die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie in het laatste decennium zijn ontwikkeld: het gaat hier om de

18 Zie voor een volledig overzicht van de diverse beleidsdoelstellingen die de EU 2020-strategie kent ook de informatie via [www.europadecentraal.nl/menu/1127/Europa\\_2020\\_strategie.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/1127/Europa_2020_strategie.html) en [http://ec.europa.eu/europe2020/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/europe2020/index_en.htm).

19 Zie over het vernieuwde concept Interne markt en de aanbestedingsregels E.R. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, p. 49-123 in: J.M. Hebly, E.R. Manunza & M. Scheltema (red.), *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht.

zogenoemde inbestedingsconstructie(s) en de toekenning van alleenrechten. Indien een samenwerkingsverband volgens een van deze constructies wordt vormgegeven, heeft dat gevolgen voor de wijze van toepassing van de interne marktregels. Bij toepassing van deze constructies kunnen de reguliere aanbestedingsregels buiten toepassing blijven en in sommige gevallen zelfs de staatssteunregels. In de navolgende paragrafen gaan wij daarom nader in op deze kansenbenadering.

Aan het einde van dit hoofdstuk besteden we ook kort aandacht aan het verschil tussen de verlening van diensten van sociale aard of van (vermeend) algemeen belang in de vorm van een overheidsopdracht dan wel in de vorm van een concessie voor diensten. In het laatste geval gaat het om een vorm van publiek-*private* samenwerking. Overheidsopdrachten en concessies worden immers doorgaans gesloten met private partijen tegen remuneratie. De reden achter de keuze om ook (kort) de reguliere overheidsopdrachten en de concessies voor diensten te bespreken, is te vinden in de keuze van de focus in onze bijdrage, namelijk de sociale diensten. Zoals we zullen zien, valt deze categorie diensten namelijk onder het zogenoemde 'zachte' aanbestedingsregime. Naar onze mening kunnen ook deze 'eenvoudigere' methoden om in te kopen als kansen worden gezien.

#### *Kansen bij de regels van aanbesteding?*

Sinds de invoering van de interne markt in 1992 is er in Europa – en zijn lidstaten, waaronder Nederland – gestreefd naar een steeds verdergaande liberalisering van verschillende sectoren. Bijvoorbeeld in de telecommunicatiemarkt en de postmarkt is gekozen voor liberalisering van de markten. Ook in Nederland is ervoor gekozen om in bepaalde sectoren (zoals in de kinderopvang, of op de terreinen die onder de Wet op de maatschappelijke ondersteuning (Wmo) vallen of bij de aanschaf van schoolboeken) de marktwerking te vergroten, waardoor ook decentrale overheden – in het bijzonder gemeenten – met aanbestedingsvragen werden geconfronteerd waar zij tot dan toe geen ervaring mee hadden.

Er is echter in de laatste jaren een nieuwe trend zichtbaar. Steeds meer gemeenten wensen de uitvoering van taken (meestal van 'vermeend' algemeen belang) in eigen beheer te houden, vaak door met andere overheden samen te werken (in Nederland vaak via de oprichting van een Gemeenschappelijk Openbaar Lichaam (GOL) of gemeenschappelijke regeling (GR) op grond van de Wet Gemeenschappelijke regelingen), of door de oprichting van ad hoc entiteiten die vervolgens belast worden met de uitvoering van bepaalde taken (bijvoorbeeld een stichting met taken op het gebied van de organisatie van een bepaald cultureel festival). De overweging om voor eigen beheer te kiezen, is dan dat er beter toezicht kan worden gehouden op de kwaliteit van de uitgeoefende diensten, waardoor ook weer een doelmatiger besteding van publieke gelden gewaarborgd zou kunnen worden. Eerder in deze inleiding hebben we decentrale overheden die een dergelijke beslissing overwegen, geadviseerd om van tevoren te (laten) onderzoeken in hoeverre werkelijk voordelen te behalen zullen zijn bij het aangaan van een dergelijke samenwerking.

De vraag is in hoeverre decentrale overheden al dan of niet verplicht zijn om de uitoefening van deze taken openbaar aan te besteden. Vaak gaat het immers om taken die



normaliter als overheidsopdrachten in de zin van de Europese Richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG kunnen worden beschouwd (wanneer tevens aan alle overige voorwaarden wordt voldaan die de richtlijnen stellen) en die om deze reden aanbestedingsplichtig (kunnen) zijn.

Maar geldt dit onverkort? En zo niet, welke mogelijkheden zijn er voor overheden om opdrachten en taken in eigen beheer uit te voeren (ook) in samenwerking met andere overheden, binnen de kaders van het huidige aanbestedingsrecht nu en straks in een vernieuwde interne markt?

### PRAKTIJK

Een actueel voorbeeld is de vraag in hoeverre de gemeenten hun Sociale Werkvoorzienings (SW)-bedrijven (in deze tijden van bezuinigingen en afspraken ingevolge het bestuursakkoord daarover) zouden moeten of kunnen financieren en/of aan het werk helpen. SW-bedrijven worden zowel op publieke als op private wijze georganiseerd en gefinancierd. De wijze waarop een bedrijf wordt gefinancierd en de vorm die is gekozen voor zijn organisatie (publiek of privaat) brengen, zoals we hierna zullen zien, een aantal aanbestedingsrechtelijke gevolgen mee. Maar dat niet alleen. Afhankelijk van de taken die worden opgelegd aan SW-bedrijven, kunnen ook vragen op het terrein van het mededingings- en het staatssteunrecht een rol spelen. Zoals de vraag of het SW-bedrijf in kwestie als een onderneming dient te worden aangemerkt die marktactiviteiten verricht. Of de vraag of het in casu gaat om activiteiten die de markt in het algemeen niet wenst uit te voeren en die om deze reden beter publiek georganiseerd en gefinancierd kunnen worden.

De beantwoording van deze vragen is complex, te meer wanneer men uit het oog verliest dat om in een praktijksituatie te kunnen vaststellen om wat voor soort activiteiten het gaat, niet de activiteiten op zich maar de voorwaarden waaronder deze worden uitgeoefend, doorslaggevend zijn. Een goede beheersing van deze voorwaarden is essentieel om belangrijke kansen voor decentrale overheden te creëren. Vanaf het allereerste stadium zullen decentrale overheden zich ervan bewust dienen te zijn dat hun keuze voor de ene of juist de andere vorm van organisatie en financiering van deze bedrijven, de status van deze bedrijven zal bepalen: 'ondernemingen' of 'publiekrechtelijke instellingen'? Wanneer namelijk komt vast te staan dat de activiteiten van een SW-bedrijf – dat opgericht is om taken van algemeen belang anders dan van commerciële en industriële aard te verrichten – dergelijke activiteiten ook daadwerkelijk uitvoert en het SW-bedrijf door de overheid wordt gefinancierd of onder haar invloed staat, dan kan zo'n bedrijf als een publiekrechtelijke instelling in de zin van de Richtlijn overheidsopdrachten worden aangemerkt. Zowel voor de toepassing van het mededingingsrecht (zie hoofdstuk 4) als het aanbestedingsrecht (zie later) heeft dit gevolgen.

## 3.1

Deze vraag is des te relevanter nu een aantal ontwikkelingen op Europees niveau in een andere richting lijkt te wijzen. De Europese Commissie heeft het afgelopen jaar in diverse documenten het belang van marktwerking benadrukt als instrument om uit de ingrijpende economische crisis te komen die in de hele wereld en, zoals eerder in de inleiding opgemerkt, dus ook in Europa de laatste jaren is gaan woeden.

In het eerder genoemde rapport van ex-commissaris Mario Monti, *Een nieuwe strategie voor de eengemaakte interne markt*, onderschrijft Monti, na een opsomming van de positieve gevolgen van de Europese richtlijnen voor overheidsopdrachten, de klacht van lagere overheden over de complexiteit van de regels en het belang dat inbesteden (synoniem van deze term is: *in-house*/ in eigen beheer/ interne uitvoering e.a.) voor de decentrale overheden heeft. Op dit laatste punt concludeert hij dat het noodzakelijk is om de mogelijkheden waaronder overheden opdrachten in eigen beheer mogen uitvoeren, te verduidelijken.

De herlancering van een hernieuwde, versterkte interne markt in 2012, precies twintig jaar na de instelling daarvan, roept de vraag op of deze interne markt op gespannen voet staat met de grotere beslissingsruimte die het Verdrag van Lissabon aan (decentrale) overheden lijkt te hebben toegekend om onder bepaalde voorwaarden diensten van algemeen belang in eigen beheer uit te mogen voeren.<sup>20</sup> Het lijkt er sterk op dat een steeds groter wordende groep overheden deze grotere beslissingsruimte met succes is gaan benutten, want de laatste tijd lijkt het aantal opdrachten dat in eigen beheer wordt uitgevoerd in plaats van via of door de competitieve markt, te zijn toegenomen.

Zijn gemeenten ingevolge deze ontwikkelingen ook niet (meer) verplicht om de uitoefening van deze taken openbaar aan te besteden? En wat zegt de huidige Europese regelgeving en rechtspraak hierover?<sup>21</sup> Hoe verhouden de door de Commissie aangekondigde maatregelen zich tot het benutten van deze ruimte? Wat zeggen de Europese en de nationale rechter? En meer concreet: welke criteria gelden om te mogen inbesteden of om een alleenrecht of dienstenconcessie van algemeen belang te mogen verlenen?

Bovenstaande vragen worden nader belicht in de hiernavolgende paragraaf 3.3. Zoals hiervoor reeds is opgemerkt, beschrijft het Groenboek van januari 2011 diverse beleidsmatige voornemens die goed passen bij de EU 2020-doelstellingen en die kansen kunnen bieden op aanbestedingsgebied. Specifieker noemt het Groenboek (1) anticipatie op innovatie, (2) energie-efficiënte en (3) sociale inclusie via aanbestedingen. In paragraaf 3.3 besteden we in aanvulling daarop vooral aandacht aan de kansen die decentrale overheden hebben om met elkaar of andere overheden samen te werken, de zogenoemde publiek-publieke samenwerkingsverbanden en dan meer specifiek ingezoomd op het gebied van de sociale diensten. De keuze om de te bespreken kansen in verband te brengen met de inrichting van sociale diensten, hebben wij

20 Zie over de kansen op het gebied van DA(E)B ook nader hoofdstuk 6.

21 Zie voor wat betreft het evt. toepasselijke nationale en Europese mededingingsrecht ook hoofdstuk 4.

gemaakt uitgaande van de huidige economische en maatschappelijke omstandigheden. Reeds nu beschikken overheden, door de economische crisis, over steeds minder financiële middelen om bepaalde taken uit te voeren. Met name bij het verstrekken van sociale diensten zal zich in de toekomst een steeds grotere financiële druk voordoen. Kunnen samenwerkingsverbanden tussen overheden een *kans* zijn om sociale diensten in de toekomst te blijven verstrekken?

De beantwoording van deze vraag zal in de praktijk, zoals we eerder ook vermeldden, altijd voorafgegaan dienen te worden door een gedegen onderzoek naar de voordelen die publieke uitvoering boven uitvoering door particuliere partijen kan opleveren. Alleen na een dergelijke objectief onderzoek zal de keuze voor de publieke weg ook een werkelijke ‘kans’ kunnen zijn.

### 3.2 **Kansen om (sociale) diensten van algemeen belang te organiseren door gebruik te maken van een investering, een alleenrecht of een concessie**

Het begrip ‘sociale dienst van algemeen belang’ (hierna: SDAB) is niet gedefinieerd in het EU-Werkingsverdrag maar in het afgeleide EU-recht. De mededeling van de Europese Commissie ‘Uitvoering van het communautaire Lissabon-programma: Sociale diensten van algemeen belang in de Europese Unie’<sup>22</sup> heeft een aantal (groepen) sociale diensten van algemeen belang<sup>23</sup> aangewezen.

Overigens heeft de mededeling ‘Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement’<sup>24</sup> nog eens duidelijk bevestigd wat de doelstellingen en organisatieprincipes zijn die kenmerkend zijn voor sociale diensten van algemeen belang.

Zoals in deze beide mededelingen duidelijk is gemaakt, kunnen sociale diensten van algemeen belang, afhankelijk van de betrokken activiteit en vooral de manier waarop deze vorm is gegeven, al dan niet van economische aard zijn. Het feit dat de betrokken activiteit als ‘sociaal’ wordt aangemerkt, is op zich niet voldoende om uit te sluiten dat de betrokken activiteit als ‘economische activiteit’ in de zin van de rechtspraak van het Hof van Justitie wordt aangemerkt.<sup>25</sup> Sociale diensten van algemeen belang met een economisch karakter, zijn diensten van algemeen economisch belang.

22 COM(2006) 177 definitief van 26.4.2006.

23 Die hier verder buiten beschouwing blijven omdat zij niet relevant zijn voor dit betoog.

24 COM(2007) 725 definitief van 20.11.2007.

25 HvJ EG 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 tot C-184/98 (*Pavel Pavlov e.a./Stichting Pensioenfonds Medische Specialisten*), *Jur.* 2000, p. I-6451, punt 118; HvJ EG 22 januari 2002, zaak C-218/00 (*Cisal di Battistello Venanzio & C. Sas/Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro (INAIL)*), *Jur.* 2002, p. I-691, punt 37; HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-355/00 (*Freskot AE/Elliniko Dimosio*), *Jur.* 2003, p. I-5263.

De overheidsinstanties in de lidstaten beschikken, ongeacht of het gaat om nationale, regionale of lokale overheidsinstanties, afhankelijk van hun onderlinge bevoegdheidsverdeling in het nationale recht, over een *ruime beoordelingsbevoegdheid* bij het bepalen van wat zij beschouwen als diensten van algemeen (economisch) belang. De enige beperkingen zijn die welke worden opgelegd door het EU-recht.

De reikwijdte en de organisatie van diensten van algemeen economisch belang verschilt aanzienlijk van lidstaat tot lidstaat, afhankelijk van de traditie en de cultuur van overheidsinterventie in elk van de lidstaten. Er bestaat dan ook een breed scala aan diensten van algemeen (economisch) belang. Deze verschillen in behoeften en voorkeuren van de gebruikers kunnen variëren naargelang de verschillen in geografische, sociale en culturele situatie. Het is dus in hoofdzaak de verantwoordelijkheid van (nationale, regionale of lokale) overheidsinstanties om de aard en de omvang van een dienst van algemeen belang te bepalen.

In overeenstemming met het subsidiariteits- en het evenredigheidsbeginsel is de rol van de EU beperkt tot de bevoegdheden die de EU door het Verdrag betreffende de werking van de EU (VWEU) zijn verleend, en voor zover een en ander noodzakelijk is. Bij haar optreden respecteert de Unie de uiteenlopende situaties van de verschillende lidstaten en de rol die nationale, regionale en lokale overheidsinstanties toebedeeld hebben gekregen om het welzijn van hun burgers te verzekeren en de sociale cohesie te bevorderen, met de nodige garanties voor democratische keuzes wat betreft onder meer het kwaliteitsniveau van de dienstverlening.

Het staat de overheidsinstanties in de lidstaten kortom vrij om een dienst als dienst van algemeen belang aan te merken (let wel: de wijze waarop de uitvoering van de dienst is georganiseerd is daarbij beslissend en niet zozeer de aard daarvan). Deze ruime discretionaire bevoegdheid van de lidstaten wordt ingeperkt wanneer de Europese Unie bepaalde sectoren harmoniseert via secundaire regelgeving. Ook door de jurisprudentie van het Hof van Justitie kan deze discretionaire bevoegdheid worden ingeperkt.

Vraag is nu of de EU-aanbestedingsregels ook gelden voor sociale diensten van algemeen belang.

Het is van belang ons goed te realiseren dat de Europese regels inzake overheidsopdrachten niet verlangen dat de (nationale) overheid de uitvoering van sociale diensten van algemeen belang aan de vrije markt uitbesteedt. De nationale overheid behoudt altijd het prerogatief om zelf te bepalen of zij de te verrichten dienst in eigen beheer (rechtstreeks of via een inbestedingsconstructie) wenst uit te voeren of in samenwerking met andere overheidsinstanties. In deze twee gevallen (inbesteding of samenwerking), waarover later meer, zijn de Europese aanbestedingsregels niet van toepassing. Wel kunnen onder omstandigheden de staatssteunregels of mededingingsregels een rol spelen.<sup>26</sup>

<sup>26</sup> Zie hierover de hoofdstukken 4 en 5.

**PRAKTIJKVOORBEELD**

Dit laatste kan ook kansen opleveren in de zin van Europabewustzijn, namelijk door een correcte toepassing van het Europese recht. Door goed geïnformeerd te zijn en gedegen te (laten) onderzoeken welke interne markt vraagstukken opkomen in een bepaalde casus, zal een decentrale overheid beter en weloverwogen (een combinatie van) de beste oplossing(en) kunnen kiezen.

Neem het voorbeeld van de provincie die in een aanbestedingsbestek heeft bepaald dat voor de aanleg van infrastructurele werken de bagger moet worden gebruikt die nog moet worden gewonnen uit baggerwerken in die provincie. In het bestek wordt aangegeven dat de te gebruiken bagger om duurzaamheidsredenen (minder vervoerslasten en uitstoot uitlaatgassen) bij voorkeur afkomstig moet zijn uit depot X in de provincie. De verschillende baggerdepots in de provincie (particuliere en publieke) hebben bezwaar tegen deze vermeende gedwongen winkelnering bij depot X. Afhankelijk van de organisatie van het depot (publiek of privaat) en de concrete afspraken, kan mogelijk een investeringvraagstuk of een vraagstuk van publieke samenwerking spelen met de bijbehorende consequenties voor de uiteindelijke beantwoording van aanbestedingsvragen.

Vervolgens speelt een mededingingsrechtelijk vraagstuk: wordt depot X bevoorrecht boven andere ondernemingen? De provincie kan om duurzaamheidsredenen de voorkeur hebben voor een dichtstbijzijnd depot. De provincie kan dus ook van mening zijn dat het heel plausibel is om in de aanbesteding aandacht te besteden aan de minst vervuilende wijze van aan- en afvoer van bagger naar en van het depot, ten behoeve van het aan te leggen werk. Vanuit mededingingsoptiek kan zij echter niet als harde eis vastleggen dat het depot X moet zijn. Via duurzaamheidsdoelstellingen kan de provincie echter wel inschrijvers de mogelijkheid geven om ook eventuele andere (gelijkwaardige) duurzame oplossingen te bieden. Natuurlijk is hierbij ook van belang of een aanbestedende dienst inschrijvers de kans geeft om alternatieve inschrijvingen in te dienen, waardoor de provincie nog overtuigd zou kunnen worden dat bagger van een ander depot minder milieubelastend zou zijn. Laat de provincie dit na, dan zou namelijk gesteld kunnen worden dat potentiële inschrijvers gediscrimineerd worden of dat er mogelijk sprake zou kunnen zijn van een belemmering van het vrij verkeer van diensten of goederen. Tot slot kunnen ook staatssteunvragen opkomen (brengt de uiteindelijke opdracht mogelijk nog een bepaald onrechtmatig voordeel voor depot X met zich mee?)<sup>27</sup> als ook ook internemarkt- en viervrijhedenvraagstukken (wordt het vrij verkeer van goederen en diensten belemmerd?). Zie hierover ook hoofdstuk 2.

27 Zie over het vraagstuk in hoeverre aanbesteding kan voorkomen dat sprake is van staatssteun vanuit de veronderstelling dat een openbare aanbesteding leidt tot een marktconforme prijs ook hoofdstukken 1 en 6 van dit boek alsmede A. Groeneveld, B. Hessel & I. Jozepa, *1001 vragen over staatssteun. De praktijk van decentrale overheden*, Deel 2 praktijkcahiers Europees recht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 35.

Een ander voorbeeld betreft de vraag hoe het voorbehoud aan SW-bedrijven uit artikel 19 van de aanbestedingsrichtlijn moet worden uitgelegd. Dit artikel maakt het onder bepaalde voorwaarden mogelijk om opdrachten voor te behouden aan SW-bedrijven: hoofddoel van de betreffende opdracht moet dan zijn dat arbeidsgehandicapten aan het werk worden gehouden en dat dus de meerderheid van het in te zetten personeel bij de betreffende opdracht personeel met een handicap moet zijn. Een dergelijk voorbehoud is kortom mogelijk om sociale redenen: aan het werk houden van gehandicapten. Vraag is wel of dit uitgangspunt nu boven bijvoorbeeld mededingingsrechtelijke aspecten mag prevaleren. Wat nu als een gemeente beslist een SW-bedrijf een opdracht voor de uitvoering van marktactiviteiten te verstrekken? Wordt hierdoor de mededingingsregelgeving niet verstoord? Strikt genomen wel. Maar deze bepaling (artikel 19) is juist ingevoerd om een grondslag te creëren voor een dergelijke verstoring omwille van sociale redenen. Uiteraard mag deze uitzondering om sociale doelstellingen worden toegepast zolang bij de uitvoering van de activiteiten in kwestie door het SW-bedrijf – die (mede) als marktactiviteiten kunnen worden beschouwd – voornamelijk arbeidsgehandicapten ingezet worden.

De regels inzake overheidsopdrachten of concessies zijn slechts van toepassing indien de nationale overheidsinstantie beslist om een dienstverrichting tegen betaling door een derde te laten uitvoeren.

Voor de beantwoording van de vraag of een aanbestedingsprocedure verplicht is voor de selectie van dienstverleners van sociale diensten als uitvoerders van de dienst en in hoeverre daarbij eisen kunnen worden gesteld aan de uitvoering daarvan, dient een aantal punten te worden geanalyseerd.

Het is in eerste instantie de vraag of de instantie die de uitvoerder van de dienst selecteert als een aanbestedende dienst in de zin van de Richtlijn overheidsopdrachten 2004/18/EG te beschouwen is. Zie hierover nader paragraaf 3.3.1. Ook de vaststelling van de status van de dienstverrichter is van belang. Is deze ook als overheid te beschouwen of is deze uitvoerder een zuiver commerciële onderneming op de markt? Deze vaststelling is van belang om te kunnen bepalen of er mogelijkheden aanwezig zijn om de keuze voor de opdracht 'in te besteden' in plaats van 'uit te besteden' aan een derde marktpartij (par. 3.3.1). De juridische constructie van de inbesteding sluit namelijk een aanbestedingsplicht uit. Wel kunnen, zoals reeds vermeld, de staatssteunregels een rol spelen indien de subsidiëring die de geselecteerde uitvoerder ontvangt niet marktconform is. In paragraaf 3.2 en 3.3 wordt nader aandacht besteed aan de mogelijkheid om een taak/ dienst zelf uit te voeren of via een inbestedingsconstructie.

Er dient ook te worden gekeken door wie deze uitvoerders betaald worden. Direct door de opdrachtgever, of door de ontvangers van de dienstverlening? Bijvoorbeeld

burgers of tussenpersonen? Denk bijvoorbeeld bij sociale diensten aan partijen als (zorg)verzekeraars. Wanneer vast zou komen te staan dat een inbestedingsconstructie niet mogelijk is, mede omdat de betalingen voor de sociale dienstverlening niet van de aanbestedende dienst maar van deze derden (burgers, tussenpersonen) worden ontvangen, dan kan men in overweging nemen de opdracht in de vorm van een concessie voor diensten te verlenen.

Een concessie voor diensten valt binnen het Europees recht onder het zogenoemde 'zachte' aanbestedingsregime, zacht in de zin dat alleen de basisbepalingen uit de Verdragen (VEU en VWEU) van toepassing zijn en de zogenoemde aanbestedingsbeginselen zoals die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn ontwikkeld. De meer gedetailleerde Europese aanbestedingsprocedures uit de aanbestedingsrichtlijn(en) kunnen dan achterwege worden gelaten. Men kan in dit geval voor een eenvoudige vorm van verstrekking van de opdracht via competitie kiezen. Hierover later meer in paragraaf 3.3.4.2.

### 3.3 Relevante vraagstukken

#### 3.3.1 *Hoe dienen we te bepalen of de entiteit die de uitvoerder selecteert of de uitvoerder van de dienst aanbestedende diensten zijn?*

De Aanbestedingsrichtlijn 2004/18/EG geeft in artikel 1 aan welke overheden worden gezien als aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn. De staat, territoriale lichamen (dus: gemeenten, provincies en waterschappen) en zogenoemde publiekrechtelijke instellingen zijn aanbestedende diensten. Ook samenwerkingsverbanden hiervan zijn aanbestedende dienst. Een belangrijke vraag is welke instanties onder het begrip publiekrechtelijke instelling vallen.

##### 3.3.1.1 *Het begrip publiekrechtelijke instelling*

Op grond van artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG wordt onder een publiekrechtelijke instelling iedere instelling verstaan:

- a. die is opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn;
- b. die rechtspersoonlijkheid bezit; en
- c. waarvan ofwel de activiteiten in hoofdzaak door de Staat of de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd ofwel het beheer onderworpen is aan toezicht door deze laatste ofwel de leden van het bestuursorgaan, het leidinggevend of het toezichthoudend orgaan voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.

Deze drie criteria zijn cumulatief van aard en dienen per geval, dus per geval en per criterium te worden onderzocht. In de loop der jaren heeft dit begrip in de praktijk

## 3.3.1.1

tot veel vragen en aanvullende jurisprudentie geleid.<sup>28</sup> Met name in (publieke) samenwerkingsverbanden kan het van nuances in de gemaakte afspraken afhangen of het samenwerkingsverband zelf als overheidsopdrachtgever blijkt op te treden en of er sprake is van een publiekrechtelijke instelling.

– *Over het eerste criterium sub a*

De zinsnede ‘opgericht met het specifieke doel te voorzien in behoeften van algemeen belang die niet van industriële of commerciële aard zijn’ behelst een autonoom begrip van gemeenschapsrecht, aldus het Hof van Justitie in de zaak *Truley*,<sup>29</sup> maar helaas is het begrip noch in enige gemeenschapsregeling, noch in de jurisprudentie van het Hof gespecificeerd.

De jurisprudentie van het Hof van Justitie op dit punt is sterk casuïstisch van aard. Het Hof heeft zich telkens van een algemene uitleg onthouden,<sup>30</sup> maar heeft wel in antwoord op vragen van de nationale rechter een aantal ‘aanwijzingen’ verstrekt (zoals het die zelf heeft genoemd) teneinde te kunnen vaststellen wanneer er sprake is van ‘behoeften van algemeen belang andere dan die van industriële of commerciële aard’.<sup>31</sup> Het Hof van Justitie oordeelt uiterst reactief, door zich te beperken tot vaststelling of er *in casu* al dan niet sprake is van een taak van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard.

Zo heeft het Hof van Justitie in het *BFI*-arrest de stelling verworpen dat er geen sprake is van een publiekrechtelijke instelling wanneer diezelfde activiteiten ook door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht omdat dit een bewijs is dat op de markt concurrentie bestaat.<sup>32</sup> Het Hof vond dit geen goed criterium omdat het zich geen activiteiten kan voorstellen die niet door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht: ‘angezien het moeilijk denkbaar is, dat activiteiten in geen geval

28 Zie voor een overzicht van uitspraken ook [www.europadecentraal.nl/menu/351/Publiekrechtelijke\\_instelling.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/351/Publiekrechtelijke_instelling.html).

29 HvJ EG 27 februari 2003, zaak C-373/00 (*Adolf Truley GmbH/Bestattung Wien GmbH*), *Jur.* 2003, p. I-1931, r.o. 40.

30 Zie de zaken *Mannesmann, BFI, Ente Fiera* en *Truley*; alsmede *Korhonen* en *Aigner*. HvJ EG 15 januari 1998, zaak C-44/96 (*Mannesmann Anlagenbau Austria AF e.a. en Strohal Rotationsdruck GmbH*), *Jur.* 1998, p. I-73; HvJ EG 10 november 1998, zaak C-360/96 (*Gemeenten Arnhem en Rheden/BFI*), *Jur.* 1998, p. I-6821; HvJ EG 10 mei 2001, gevoegde zaken C-223/99 en C-260/99 (*Agorà Srl en Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C./Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano en Ciftat Soc. coop. arl.*), *Jur.* 2001, p. I-3605; HvJ EG 27 februari 2003, zaak C-373/00 (*Adolf Truley GmbH/Bestattung Wien GmbH*), *Jur.* 2003, p. I-1931; HvJ EG 22 mei 2003, zaak C-18/01 (*Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy en Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa/Varkauden Taitotalo Oy*), *Jur.* 2003, p. I-5321 en HvJ EG 10 april 2008, zaak C-393/06 (*Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt, GmbH/Fernwärme Wien GmbH*), *Jur.* 2008, p. I-2339.

31 Dit houdt niet vanzelfsprekend in dat deze aanwijzingen *a contrario* toegepast kunnen worden om vast te stellen wanneer er sprake is van een ‘behoefte van algemeen belang van industriële of commerciële aard’ (!) omdat het bij de eerste voorwaarde om drie categorieën behoeften gaat: twee hiervan hebben betrekking op het algemeen belang en een derde heeft betrekking op behoeften die niet van algemeen belang zijn.

32 Volgens appellant in de *BFI*-zaak. HvJ EG 10 november 1998, zaak C-360/96, *Jur.* 1998, p. I-6821.



door particuliere ondernemingen kunnen worden verricht, zou bovendien de voorwaarde dat er geen particuliere ondernemingen zijn die kunnen voorzien in de behoeften waarvoor de betrokken instelling is opgericht, het in artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50/EEG bedoelde begrip publiekrechtelijke instelling kunnen uithollen.<sup>33</sup>

Volgens het Hof van Justitie moet de vraag of een instelling in behoeften van algemeen belang voorziet die niet van industriële of commerciële aard zijn, worden beantwoord zonder de vraag te onderzoeken of particuliere ondernemingen in dezelfde behoeften kunnen voorzien.

Zo stelt het Hof van Justitie in het *BFI*-arrest dat het ‘ontbreken van mededinging’ geen noodzakelijk element is van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling;<sup>34</sup> maar dat het ‘bestaan van een sterke concurrentie’ een *aanwijzing* kan zijn voor het feit dat het niet om een behoefte van algemeen belang anders dan van industriële of commerciële aard gaat.<sup>35</sup> In het *Truley*-arrest neutraliseert het Hof dat uitgangspunt weer in hoge mate door te overwegen dat het bestaan van een sterke concurrentie, hoewel dit niet volledig irrelevant is, op zich niet de conclusie wettigt, dat er geen sprake is van een andere behoefte van algemeen belang dan van industriële of commerciële aard.<sup>36</sup>

Wat doorslaggevend is, is de opvatting van het Hof van Justitie (in het *BFI*-arrest) dat het bij dit soort activiteiten om activiteiten gaat *waarin de Staat om redenen van algemeen belang zelf besluit te voorzien of ten aanzien waarvan hij een beslissende invloed wil behouden*.

De beslissing om de taken waarmee de opdrachtgever is belast als van algemeen belang niet zijnde van industriële en commerciële aard te beschouwen, lijkt dus een prerogatief van de Nederlandse overheid te zijn.

– *Over het tweede criterium sub b*

Aan het criterium van rechtspersoonlijkheid wordt in de praktijk snel voldaan. In sommige gevallen in de decentrale praktijk doen zich gevallen voor, bijvoorbeeld bij de oprichting van een gemeenschappelijke regeling zonder rechtspersoonlijkheid<sup>37</sup> in de zin van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen, waarbij niet wordt voldaan aan het criterium van rechtspersoonlijkheid. De vraag komt dan op of een dergelijk opge-

33 Ro. 44.

34 R.o. 47, laatste zinsnede: ‘Hieruit volgt, dat artikel 1, sub b, van richtlijn 92/50/EEG op een bepaalde instelling van toepassing kan zijn, zelfs indien particuliere ondernemingen in dezelfde behoeften voorzien of kunnen voorzien als die instelling, en dat het ontbreken van mededinging geen noodzakelijk element van de definitie van het begrip publiekrechtelijke instelling is.’

35 R.o. 49.

36 R.o. 57.

37 Voorbeelden van vormen van gemeenschappelijke regelingen zonder rechtspersoonlijkheid betreffen het gemeenschappelijk orgaan zonder rechtspersoonlijkheid, de centrumgemeente en een regeling zonder meer. Ingevolge art. 8 lid 1 van de Wet Gemeenschappelijke Regelingen heeft de vorm van het openbaar lichaam wel rechtspersoonlijkheid.

richt lichaam dus niet als een publiekrechtelijke instelling kan worden gekwalificeerd. Het hierna te behandelen vraagstuk van de functionele uitleg komt dan aan de orde.<sup>38</sup>

– *Over het derde criterium sub c*

Aan de derde voorwaarde van het begrip publiekrechtelijke instelling (sub c) dat bestaat uit drie sub-criteria is al voldaan wanneer slechts aan een van de drie vereisten is voldaan. Deze drie sub-criteria zijn namelijk niet cumulatief. Het gaat hier om de vraag of de financiering, het toezicht of de zeggenschap van overheidswege is.

Een antwoord op deze vraag kan in de betreffende regelgeving worden gevonden of in de oprichtingsstatuten van deze entiteiten die nauwkeurig dienen aan te wijzen op welke wijze en door wie het bestuur wordt benoemd, op welke wijze de instelling wordt gefinancierd en wie toezicht daarop houdt.

#### KANS/ PRAKTIJKVOORBEELD

De wijze van vormgeving van de entiteit die de sociale diensten gaat uitvoeren is van belang voor de vraag of deze entiteit als een aanbestedende dienst en specifiek als een publiekrechtelijke instelling kan worden aangemerkt. Als deze entiteit namelijk onder toezicht van de opdrachtgever staat, bijvoorbeeld een gemeente, en het merendeel van de activiteiten ten behoeve van die gemeente verricht op een wijze waardoor aangetoond kan worden dat aan het toezichtsvereiste en het merendeelscriterium van de inbestedingsjurisprudentie is voldaan, dan zou de gemeente bij de verlening van een opdracht aan deze entiteit de aanbestedingsrichtlijnen buiten toepassing kunnen laten door een beroep te doen op de inbestedingsjurisprudentie.

Wordt deze entiteit echter zo vormgegeven dat het bijvoorbeeld een zelfstandige *onderneming* is die niet onder toezicht (of overwegende invloed) van de gemeente staat, dan zal de gemeente alvorens opdrachten aan deze entiteit te mogen verstrekken altijd eerst moeten onderzoeken of de aanbestedingsrichtlijn van toepassing is en pas na een aanbestedingsprocedure te hebben georganiseerd de opdracht werkelijk kunnen verstrekken.

Een ander belangrijk punt betreft de volgende kwestie. Een goede bestudering van de mogelijkheid om een alleenrecht door een overheid aan een andere overheid te verlenen op grond van artikel 18 van Richtlijn 2004/18/EG, laat ons zien dat het hier in feite niet alleen om een vorm van publiek-publieke samenwerking kan gaan, maar ook om een vorm van publiek-*private* samenwerking. Immers, de richtlijn spreekt van verlening van een alleenrecht door een aanbestedende dienst aan een andere aanbestedende dienst; een aanbestedende dienst kan een publiekrechtelijke instelling in de zin van

38 Zie E.R. Manunza, 'Geprivatiseerde diensten en het begrip 'publiekrechtelijke instelling' in de EG-richtlijnen Overheidsopdrachten, Een casuïstische of chaotische benadering door het Hof van Justitie van de EG?', *Tijdschrift Privatisering* 2001, nr. 3, p. 4-8.

artikel 1 van genoemde richtlijn zijn. En zo'n publiekrechtelijke instelling mag voor minder dan 49% door particulier kapitaal zijn gefinancierd. De overheid verleent in essentie dus aan een semipublieke entiteit een alleenrecht.

*Functionele uitleg van het begrip 'Staat'*

Tot slot besteden we ook kort aandacht aan het negatieve scenario dat een dergelijke instelling niet als een publiekrechtelijke instelling wordt aangemerkt. Wat dan? Zoals reeds in de inleiding bij deze paragraaf vermeld, behoeft die conclusie niet in de weg te staan aan de toepassing van artikel 18 van Richtlijn 2004/18/EG. Immers, deze bepaling spreekt van verlening van een alleenrecht aan een 'aanbestedende dienst'. Onder aanbestedende diensten vallen volgens artikel 1 lid 9 van dezelfde richtlijn 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. Het Hof van Justitie bepaalde al in de jaren tachtig, in het *Beentjes*-arrest, dat aan het begrip Staat een functionele uitleg dient te worden gegeven.<sup>39</sup> Het Hof overwoog dat het doel van de richtlijn immers in gevaar zou komen indien zij moest worden geacht niet van toepassing te zijn enkel omdat de opdracht werd gegund door een lichaam dat, hoewel in het leven geroepen om bij de wet opgedragen taken uit te voeren, formeel geen deel uitmaakte van de overheidsadministratie. Deze functionele interpretatie betekent praktisch gezien dat men de kenmerken en de functie in beschouwing moet nemen bij het vaststellen of een entiteit als een aanbestedende dienst in de zin van de richtlijn moet worden aangemerkt. Daarbij moet met name worden gelet op de samenstelling en de taak van de entiteit in kwestie, bijvoorbeeld of deze in de wet zijn geregeld, en of er sprake is van een afhankelijkheidsrelatie met de overheid<sup>40</sup> zoals bijvoorbeeld de situatie waarin alle aandelen in de handen van de overheid zijn.

Het is nu de vraag hoe het begrip 'publiekrechtelijke instelling' zich tot het begrip 'aanbestedende dienst' in deze context verhoudt. Het is juridisch verdedigbaar om de entiteiten die niet onder de werkingssfeer van het begrip publiekrechtelijke instelling vallen alsnog aan het functionele begrip *Staat* te toetsen.

Wij dienen namelijk voor ogen te houden dat het begrip publiekrechtelijke instelling met de tweede generatie richtlijnen overheidsopdrachten is ingevoerd om de werkingssfeer van de aanbestedingsrichtlijnen uit de jaren zeventig aan te scherpen. Die aanscherping werd noodzakelijk geacht nadat was gebleken dat de gewenste liberalisering door een aantal factoren belemmerd werd, in het bijzonder het feit dat het begrip aanbestedende dienst zo beperkt was geformuleerd dat talloze overheidsinstellingen buiten de werkingssfeer van de richtlijn bleven, met het gevolg dat hun opdrachten niet Europees werden aanbesteed. Onder dat begrip vielen namelijk slechts 'de Staat,

39 HvJ EG 20 september 1988, zaak C-31/87 (*Gebroeders Beentjes BV/Staat der Nederlanden*), *Jur.* 1988, p. 4635.

40 *Beentjes*-arrest, r.o. 11 en 12.

zijn territoriale lichamen en publiekrechtelijke rechtspersonen of, in de lidstaten die dit begrip niet kenden, de overeenkomstige eenheden, welke in bijlage I van de betreffende richtlijn waren opgesomd'. Het Europese Hof van Justitie, teneinde het hoofd te bieden aan het probleem van de welbewuste ontduiking van de regelgeving inzake overheidsopdrachten, interpreteerde het begrip Staat daarom op functionele wijze. Aldus zijn in het verleden instellingen als aanbestedende dienst aangemerkt die bij toetsing aan het begrip publiekrechtelijke instelling uit de nieuwe Richtlijn 2004/18/EG niet als zodanig zouden worden aangemerkt omdat er niet wordt voldaan aan alle drie de cumulatieve voorwaarden.<sup>41</sup>

Daaruit blijkt dat het nooit de bedoeling kan zijn geweest dat door de invoering van het begrip publiekrechtelijke instelling, (semi)overheidsinstellingen die niet onder dat begrip vallen omdat er niet aan een van de drie cumulatieve criteria is voldaan, de dans zouden ontspringen waardoor zij niet Europees zouden moeten aanbesteden.

### 3.3.2 *Uitvoering zelf of via een inbestedingsconstructie*

De overheid kan voor de uitvoering van een (sociale) dienst kiezen tussen uitvoering in eigen beheer (*in house*) of uitvoering door een marktpartij. In het eerste geval kan gesproken worden van *inbesteden*, in het tweede geval van *aanbesteden*. Als tegenstelling tot de term 'in'-besteden wordt met regelmaat ook de term 'uit'-besteden aan de markt gehanteerd. Bij inbesteding wordt in de literatuur nog een onderscheid gemaakt tussen (1) het zuivere inbesteden (een decentrale overheid voert dan zelf de dienst uit; houdt de dienstverlening in eigen huis, bijvoorbeeld draagt dienstverlening op het gebied van welzijn op aan een eigen gemeentelijke afdeling) en het zogenoemde (2) quasi-inbesteden (een overheid houdt dan de dienstverlening publiek; ze voert de verlening niet zelf vanuit haar eigen huis uit maar laat een ander publiek orgaan (bijvoorbeeld een SW-bedrijf opgericht bij gemeenschappelijke regeling) dat nauw met haar verbonden is en waarop zij een zeker toezicht uitoefent ('gelieerde onderneming') deze activiteit verrichten.<sup>42</sup> Zelf spreken wij in het vervolg van dit artikel in het eerste geval van een vorm van zelfvoorziening door de overheid in kwestie (ad 1) en in het tweede geval van een vorm van inbesteding (ad 2).<sup>43</sup>

Overheden in Nederland beroepen zich steeds vaker op de uitzondering om de uitvoering van taken van algemeen belang in de handen van de overheid te houden. Er wordt naar mogelijkheden gezocht om taken van algemeen belang in – zogenoemd – eigen beheer te houden of via een concessie voor diensten te verlenen. Bestudering van de jurisprudentie van de Europese rechter toont hetzelfde beeld. De laatste jaren

41 In *Beentjes* was dit het gemis aan rechtspersoonlijkheid (tweede voorwaarde) van de instelling in kwestie en in *Connemara* (HvJ EG 17 december 1998, zaak C-306/97 (*Connemara Machine Turf Co.Ltd/Coillte Teoranta*), *Jur.* 1998, p. I-8761) was de FB belast met de uitoefening van taken die *niet* van algemeen belang van andere dan van industriële of commerciële aard waren. Toch werd FB als aanbestedende dienst aangemerkt.

42 Zie ook [www.europadecentraal.nl/menu/507/Inbesteden.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/507/Inbesteden.html).

43 Ook het Hof van Justitie hanteert de termen zuivere inbesteding en quasi-inbesteding niet.

zijn vele vragen aan het Hof van Justitie gesteld over zogenoemde ‘inbestedingen’ en concessies voor diensten die gehanteerd werden om taken van algemeen belang te verrichten.

Zoals hiervoor uiteengezet verlangt noch het Europees, noch het nationaal recht dat overheden de uitvoering van sociale diensten van algemeen (economisch) belang aan de markt overlaten. De overheid behoudt binnen het Europees en het Nederlands recht het prerogatief om zelf te bepalen of zij de uitvoering van deze diensten via de publieke dan wel de private weg wenst vorm te geven. Kortom: geen aanbestedingsregel verbiedt de Nederlandse overheid om ervoor te kiezen de dienstverlening zelf of in samenwerking met andere overheden te laten uitvoeren. Aan die keuze zijn wel voorwaarden verbonden, die wij in het hiernavolgende zullen bespreken.

Er zijn diverse juridische mogelijkheden om een dienst ‘in te besteden’. Bijvoorbeeld via de verlening van een alleenrecht via artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG (zie par. 3.3.2.1) of via een constructie die kan worden gezien als een samenwerking tussen overheidsinstanties voor de uitvoering van een dienst van algemeen belang (zie par. 3.3.3). Een overheid(sdienst) kan ook zelf een dienst uitvoeren (zelfvoorziening, in de literatuur ook wel aangeduid als zuiver inbesteden; zie par. 3.3.2.2.).

#### 3.3.2.1 Verlening van een alleenrecht via artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG

De eerste mogelijkheid vinden we in artikel 18 van Richtlijn 2004/18/EG<sup>44</sup> dat luidt: ‘De richtlijn is niet van toepassing op overheidsopdrachten voor diensten die door een aanbestedende dienst worden gegund aan een andere aanbestedende dienst of aan een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten op basis van een alleenrecht dat deze uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen geniet, op voorwaarde dat de bepalingen met het Verdrag verenigbaar zijn’. Het gaat bij artikel 18 om een belangrijke uitzondering op het (kern)uitgangspunt van de richtlijn dat overheidsopdrachten op contractuele grondslag (‘schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel’) – in beginsel – aan de concurrentie dienen te worden open gesteld.

In dit artikel zijn vier toepassingscriteria neergelegd.

1. Het eerste criterium vereist dat er sprake is van een ‘overheidsopdracht voor diensten’.
2. Het tweede criterium vereist dat zowel de instantie die de opdracht uit handen geeft (in dit geval de contracterende overheid, hierna te noemen dienst-a) als de instantie die de opdracht verkrijgt (hierna te noemen dienst-b), een aanbestedende dienst of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten in de zin van artikel 1 lid 9 van de richtlijn is.
3. Het derde criterium is dat aanbestedende dienst-b de opdracht verkrijgt op grond van een *alleenrecht*. In dit kader is relevant wat onder een alleenrecht wordt verstaan (*quid*) en op welke wijze (*quo modo*) het alleenrecht is gevestigd. Artikel 18

<sup>44</sup> Zie ook [www.europadecentraal.nl/menu/500/Alleenrecht.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/500/Alleenrecht.html).

stelt namelijk de eis dat het alleenrecht gebaseerd is op een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die bekend is gemaakt. Het is verder de vraag of het relevant is voor de invulling van het begrip alleenrecht, op welk tijdstip (*quando*) het alleenrecht gevestigd is.

4. Als laatste criterium geldt dat de wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling waarop het alleenrecht gebaseerd is, verenigbaar dient te zijn met het VWEU.

#### 3.3.2.1.1 Het eerste criterium: 'overheidsopdracht voor diensten'

In het eerste criterium zijn twee eisen vervat. De eerste van deze eisen verlangt dat er sprake is van een *dienst* die onder de werkingssfeer van Richtlijn 2004/18/EG valt. Deze richtlijn onderscheidt twee categorieën diensten die respectievelijk in bijlage IIA en bijlage IIB worden opgesomd.<sup>45</sup>

Opdrachten voor sociale diensten die de opdrachtgever aan een uitvoerder wenst te verlenen, kunnen de uitvoering van een dienst van algemeen (economisch) belang betreffen. Veel sociale diensten behoren tot de in bijlage IIB bij Richtlijn 2004/18/EG/G genoemde diensten.<sup>46</sup> De IIB-categorieën verwijzen verder naar de CPV-indeling.<sup>47</sup>

Is er sprake van een in bijlage IIB van Richtlijn 2004/18/EG genoemde dienst, dan is sprake van een beperkt regime. Ook al zijn op deze diensten slechts enkele bepalingen uit de richtlijn van toepassing,<sup>48</sup> dan nog kunnen die enkele bepalingen (art. 23 betreffende de technische specificaties en art. 35 betreffende de aankondiging van gegunde opdracht) buiten toepassing worden gelaten wanneer een van de specifieke uitzonderingen van toepassing is, zoals wanneer er sprake is van een alleenrecht verleend via artikel 18.

#### KANS

Op IIB-diensten zijn nog enkele richtlijnbevestigingen van toepassing (art. 23 en 35). Maar door een alleenrecht te verlenen via artikel 18 mogen zelfs die twee bepalingen buiten toepassing blijven. Indien mogelijk, kan het dus beter zijn een legitiem alleenrecht te vestigen en zo de niet-toepasselijkheid van de richtlijn te kunnen invoeren dan om te kiezen voor een zogenoemd verlicht IIB-dienstenregime met alle vragen die nog steeds opkomen bij de toepassing van IIB-diensten.<sup>49</sup>

45 Zie over het onderscheid tussen IIA en IIB-diensten ook [www.europadecentraal.nl/menu/499/Werk\\_levering\\_of\\_dienst.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/499/Werk_levering_of_dienst.html).

46 Zie voor het onderscheid tussen de diensten in Bijlage IIA en die in IIB, art. 20 en 21 Richtlijn 2004/18/EG. De daarbij vermelde codes zijn ook te vinden op de website van DG Interne markt, onder [www.simap.europa.eu](http://www.simap.europa.eu).

47 Zie ook [www.europadecentraal.nl/menu/501/CPV.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/501/CPV.html).

48 Voor de diensten in bijlage II B vermeld, geldt namelijk het zogenoemde zachte regime; dit wil zeggen dat uitsluitend art. 23 en 35 van de richtlijn van toepassing zijn.

49 Zie ook praktijkvraag 42 bij [www.europadecentraal.nl/menu/164/Praktijkvragen.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/164/Praktijkvragen.html).

De tweede eis uit het eerste criterium verlangt dat er sprake is van een overheidsopdracht. Dit begrip wordt in artikel 1 lid 2 sub a van de richtlijn gedefinieerd als een 'schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel'. De bewoordingen 'onder bezwarende titel' betekenen dat de aanbestedende dienst voor de geleverde prestatie een op geld waardeerbare tegenprestatie zal moeten leveren. Als de opdrachtgever een op geld waardeerbare tegenprestatie levert voor de dienst die de uitvoerder verricht, is er ook aan deze voorwaarde voldaan.

#### 3.3.2.1.2 Het tweede criterium: 'aangebestedende dienst'

Het tweede criterium uit artikel 18 van de richtlijn brengt mee dat nagegaan wordt of de entiteit aan wie men de opdracht wenst te gunnen, zelf een aanbestedende dienst is in de zin van artikel 1 lid 9 van de richtlijn of een samenwerkingsverband van aanbestedende diensten.

Vraag is dus of een dienstverlener waarmee de opdrachtgever een overeenkomst wenst te sluiten als een aanbestedende dienst in de zin van Richtlijn 2004/18/EG kan worden beschouwd.

Voor de wijze waarop de toetsing van de afzonderlijke uitvoerders aan het begrip aanbestedende dienst/publiekrechtelijke instelling zou dienen te geschieden, verwijzen wij naar de behandeling van dezelfde toets die wij hiervoor verricht hebben ten aanzien van de opdrachtgever (zie par. 3.3.1).

Om te voldoen aan de beschrijving van publiekrechtelijke instelling moet deze instelling voorzien in behoeften van algemeen belang. Of de dienstverlening in het kader van de alleenrechtverlening ook de uitvoering van diensten in het algemeen belang moet betreffen is een veelgestelde vraag.

#### PRAKTIJKVOORBEELD

In Nederland is met regelmaat een alleenrecht via artikel 18 verleend voor dienstverlening op het gebied van het ophalen van huishoudelijk afval. In de *BFI*-zaak heeft het Hof van Justitie de verlening van een alleenrecht via artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG (het toenmalige art. 6 Richtlijn overheidsopdrachten voor diensten nr. 92/50/EG) door de gemeenten Arnhem en Rheden voor het ophalen van huishoudelijk afval dan ook goedgekeurd. In 2010 is de verlening van een alleenrecht door de gemeente Westland aan HVC met hetzelfde doel door de Nederlandse rechter goedgekeurd.<sup>50</sup>

Op sociaal terrein wordt in de praktijk vaak overwogen om alleenrechten te vestigen voor dienstverlening door SW-bedrijven, voor bijvoorbeeld groenonderhoud, schoonmaak- of cateringwerkzaamheden. Niet alleen omdat een

50 Zie HvJ EG 10 november 1998, zaak C-360/96 (*Gemeenten Arnhem en Rheden/BFI*), *Jur.* 1998, p. I-6821; Vzgr. Rb. Den Haag 25 augustus 2009, LJN BJ5981 alsmede Hof Den Haag 15 december 2009, LJN BK6928. Zie ook [www.europadecentraal.nl/menu/337/Alleenrecht.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/337/Alleenrecht.html).

bestuursrechtelijke of wettelijke bepaling ontbreekt waarbij die taken ter uitvoering worden opgedragen aan een bepaald orgaan, maar ook vanwege de vraag of dergelijke diensten wel in het algemeen belang worden uitgevoerd (in tegenstelling tot huisvuilophaaldiensten), zal het opdragen van een dergelijk alleenrecht vaak onjuist zijn. Daarom is de toepassing van artikel 18 voor de verlening van deze diensten af te raden.<sup>51</sup>

#### 3.3.2.1.3 Het derde criterium: het 'alleenrecht'

Het begrip alleenrecht uit artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG (art. 17 BAO spreekt van een '(...) uitsluitend recht dat deze aanbestedende dienst geniet (...)') dient eng te worden opgevat, aangezien het geïnterpreteerd dient te worden in het kader van een uitzondering op de toepasselijkheid van het Europees recht.

Het Hof van Justitie van de EU (toen nog EG) heeft zich in het aanbestedingsrecht tot nog toe maar één keer kunnen uitspreken over een situatie waarin de verlening van een alleenrecht in het geding was, namelijk in de hiervoor aangehaalde *BFI*-zaak.<sup>52</sup>

Het gaat bij alleenrechten of exclusieve rechten om situaties die op een monopoliesituatie lijken; dan gaat het met andere woorden om een recht dat door een openbare dienst is gegeven aan een onderneming of een overheidsorgaan op basis waarvan deze de enige is die een dienstverrichting in een bepaalde geografische zone mag uitvoeren.<sup>53</sup>

Het alleenrecht dient *uit hoofde van bekendgemaakte wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen* door de opdrachtgever aan de uitvoerder te worden verleend. Wie de beste aangewezen instanties zijn voor de verlening van het alleenrecht dient (althans, dat is primair aan te bevelen) door een bestuursrechtelijke jurist te worden onderzocht.

Naast de wijze waarop het exclusieve recht wordt gevestigd, is vervolgens de vraag relevant of het van belang is 'wanneer' dit gevestigd is. Artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG laat hieromtrent geen ruimte voor twijfel. Het vereiste dat de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen bekendgemaakt dienen te zijn, impliceert niet dat zij ook al dienen te bestaan vóór het toekennen van het exclusieve recht, maar dat de toekenning plaats kan vinden en dat een bovenbedoelde bepaling vervolgens kan worden aangenomen en bekendgemaakt.<sup>54</sup>

51 Zie ook HvJ EU 3 juni 2010, zaak C-203/08 (*Sporting Exchange Ltd/Minister van Justitie (Betfair)*), n.n.g., waaruit bleek dat de beginselen van transparantie en non-discriminatie ook bij alleenrechten in acht moeten worden genomen. De vraag blijft dus hoe bij diensten in het algemeen belang toch zonder concurrentiestelling een alleenrecht legitiem gevestigd kan worden. Het blijvend inachtnemen van de eventuele toekomstige jurisprudentie van het Hof van Justitie aangaande alleenrechten blijft dus een punt van aandacht.

52 Zie voor het onderscheid tussen de diensten in Bijlage IIA en die in IIB, art. 20 en 21 Richtlijn 2004/18/EG. De daarbij vermelde codes zijn ook te vinden op de website van DG Interne markt, onder [www.simap.europa.eu](http://www.simap.europa.eu). Aan de orde was art. 6 van de oude Richtlijn diensten 92/50/EEG, art. 18 in de huidige Richtlijn 2004/18/EG.

53 HvJ EG 19 maart 1991, zaak C-202/88 (*Frankrijk/Commissie*), *Jur.* 1991, p. I-1223, betreffende de eindstations van telecommunicatienetwerken, betreft het onderscheid tussen exclusieve en speciale rechten.

54 Brief van de Europese Commissie van 7 december 1995, overweging 2.3, p. 3. Niet gepubliceerd.



#### 3.3.2.1.4 Het vierde criterium: 'verenigbaarheid met het Verdrag'

Artikel 18 Richtlijn 2004/18/EG verlangt dat de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen waarop het alleenrecht gebaseerd is, verenigbaar dienen te zijn met het Verdrag. Met Verdrag wordt bedoeld het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU).

Let wel: de *bepalingen* dienen verenigbaar te zijn met het Verdrag, niet het alleenrecht. Of dit met elkaar samenvalt, dient van geval tot geval te worden bezien.

Het gaat dan met name om de bepalingen inzake het vrije verkeer van diensten, de beginselen van transparantie, non-discriminatie en objectiviteit en de bepalingen inzake de mededinging. Dit kunnen wij ook afleiden uit overweging 45 van het hiervoor reeds aangehaalde *BFI*-arrest. Het Hof van Justitie overweegt in dit arrest dat de zinsnede in kwestie zich vooral richt op monopolies voor dienstverlening die van overheidswege worden gecreëerd, en die het gehele land of een wezenlijk deel daarvan omvatten. In ons specifieke geval zouden dus redenen aanwezig kunnen zijn om aan te nemen dat de alleenrechtverlening in strijd zou zijn met het vrij verkeer van diensten, omdat die verlening het hele Nederlandse territorium zou gaan bestrijken. Echter, de vrijverkeerbepalingen kunnen onder omstandigheden die door het Verdrag worden voorzien en/of in de jurisprudentie van het Hof zijn ontwikkeld, de zogenoemde *rule of reason*, opzij worden gezet. Zo voorziet het Verdrag in de mogelijkheid om beperkingen van het vrij verkeer van diensten te rechtvaardigen op grond van de bescherming van de volksgezondheid (art. 62 jo. art. 52 lid 1 VWEU).

In de jurisprudentie van het Hof van Justitie zijn naast de limitatief in het Verdrag opgesomde rechtvaardigingsgronden ook andere gronden ontwikkeld. Een daarvan is bijvoorbeeld de overweging dat het nationale zorgstelsel betaalbaar moet blijven. De door het Hof naast de in het Verdrag limitatief opgesomde rechtvaardigingsgronden zijn juist niet limitatief van aard. Wel dienen deze gronden als uitzonderingen op de basisregel zeer strikt te worden toegepast. Deze rechtvaardigingsgronden maken slechts een kans om gehonoreerd te worden wanneer zij proportioneel en noodzakelijk zijn. Proportioneel in de zin dat er geen ander middel voorhanden is dat minder ingrijpend van aard is om het doel te bereiken waarvoor ze worden toegepast. Noodzakelijk in de zin dat zij noodzakelijk zijn om het doel te bereiken waarvoor ze worden ingeroepen.

#### 3.3.2.2 De inbesteding als jurisprudentiële uitzondering

De tweede mogelijkheid om een dienst in te besteden is in de jurisprudentie van het Hof van Justitie ontwikkeld. Ook deze uitzondering kan alleen worden toegepast wanneer komt vast te staan dat de dienstverleners als (onderdelen van de) overheid zijn te beschouwen.

In algemene termen kan worden gesteld dat van 'inbesteding' sprake is indien een aanbestedende dienst *binnen zijn eigen gezagsstructuur* een opdracht verstrekt. Onder een *gezagsstructuur* wordt verstaan 'het geheel van al de organen dat *rechtens* niet van de structuur van de betreffende aanbestedende dienst kan worden onderscheiden en, voor zover een onderscheid mogelijk is, het ene lichaam in een *afhankelijkheidsrelatie*

tot de hoogste leiding van die aanbestedende dienst staat, zowel financieel als qua toezicht' (volgens het *Teckal*-arrest van het Hof van Justitie).<sup>55</sup>

De inbestedingsconstructie kan worden toegepast in gevallen waarin een overheidsinstantie zelf in de uitvoering van een dienst voorziet, maar via een aparte juridische entiteit. In dat specifieke geval wordt zowel de overheid als de dienstverrichtende entiteit beschouwd als één geheel. Een dergelijke verhouding valt niet onder de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie zoals die uit het Verdrag voortvloeien; evenmin vallen dit soort relaties onder Richtlijn 2004/18/EG.

Er worden twee voorwaarden gesteld aan de toepassing van deze inbestedingsconstructie.

1. Het toezicht dat de betrokken overheidsinstantie, al dan niet samen met andere overheidsinstanties, uitoefent op de aparte juridische entiteit, dient gelijk te zijn aan het toezicht dat die overheidsinstantie op haar eigen diensten uitoefent.

Of een overheidsinstantie op een aparte juridische entiteit toezicht uitoefent zoals op haar eigen diensten, kan alleen van geval tot geval worden bepaald, rekening houdende met alle relevante wet- en regelgeving en de concrete omstandigheden (wetgeving, positie van de betrokken entiteit). De opdrachtgever dient hoe dan ook op de betreffende uitvoerder dusdanig toezicht uit te oefenen dat de opdrachtgever een bepalende invloed heeft op zowel de strategische doelstellingen als op de belangrijkste besluiten van de uitvoerder. Het Hof van Justitie heeft erkend dat het toezicht zoals op de eigen diensten niet individueel hoeft te zijn, maar ook gezamenlijk door meerdere overheidsinstanties kan worden uitgeoefend.<sup>56</sup>

Het merendeel van de werkzaamheden dat de uitvoerder verricht, dient bovendien ten behoeve van de opdrachtgever te worden verricht.

2. Het Hof van Justitie heeft voorts bevestigd dat indien meerdere overheidsinstanties een aparte juridische entiteit controleren, ook aan dit tweede criterium (het merendeel van de activiteiten) kan worden voldaan door rekening te gehouden met de activiteiten die de juridisch afzonderlijke entiteit samen met overheidsinstanties verricht.<sup>57</sup>

55 HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/9 (*Teckal Srl/Comune di Viano en Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*), Jur. 1999, p. I-8121.

56 HvJ EG 13 november 2008, zaak C-324/07 (*Coditel Brabant SA/Commune d'Uccle en Region de Bruxelles-Capitale*), Jur. 2008, p. I-8475.

57 HvJ EG 11 mei 2006, zaak C-340/04 (*Carbotermo SpA en Consorzio Alisei/Comune di Busto Arsizio en AGESP SpA*), Jur. 2006, p. I-4137 en HvJ EG 19 april 2007, zaak C-295/05 (*Asociacion Nacional de Empresas Forestales (Asemfo)/ Transformacion Agraria SA (Tragsa) en Administracion del Estado*), Jur. 2007, p. I-2999.

**KANS**

Dit alles betekent dus dat de procedures voor overheidsopdrachten niet behoeven te worden toegepast wanneer meerdere overheidsinstanties samenwerken binnen het kader van een afzonderlijke publieke entiteit, waarop de overheidsinstantie(s) die haar beheerst (beheersen), gezamenlijk toezicht uitoefenen en waarvan het merendeel van de activiteiten wordt verricht door of ten behoeve van diezelfde publieke entiteiten.

Wel dient de subsidiëring<sup>58</sup> te voldoen aan de zogenoemde *Altmark* criteria<sup>59</sup> (naar het gelijknamige arrest van het Hof van Justitie waarin deze leer is ontwikkeld). In eenvoudige bewoordingen: als er niet is aanbesteed dan dient de subsidiëring ‘markt-conform’ te zijn en van te voren of op objectieve en transparante wijze te zijn bepaald, want anders zou er sprake kunnen zijn van staatssteun (als aan alle elementen voor het vervuld zijn van deze laatste voorwaarde voldaan is).<sup>60</sup>

### 3.3.3 *Uitvoering via een constructie die kan worden gezien als een samenwerking tussen overheidsinstanties voor de uitvoering van een dienst van algemeen belang*

De regels inzake overheidsopdrachten zijn van toepassing zodra een overheidsinstantie met een derde partij (‘een ondernemer’) een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel over de verrichting van diensten wil sluiten. Of die derde partij nu een particuliere onderneming is of een overheidsinstantie, is daarbij niet relevant. Het gaat erom dat de ondernemer economische activiteiten op een markt ontplooit.

**KANS**

Zoals uit de onderstaande voorbeelden mag blijken, zijn er wel een aantal situaties waarin overheidsinstanties economische activiteiten toevertrouwen aan andere overheidsinstanties of deze activiteiten samen met andere overheidsinstanties uitoefenen zonder dat zij de EU-regels inzake overheidsopdrachten behoeven na te leven.

58 Zie over het onderscheid tussen subsidie en opdracht ook nader [www.europadecentraal.nl/menu/516/Subsidie\\_en\\_aanbesteden.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/516/Subsidie_en_aanbesteden.html).

59 De *Altmark*-voorwaarden zijn: (1) uitvoerende dienst daadwerkelijk belasten met de uitvoering van een dienst van algemeen belang en verplichtingen duidelijk omschrijven; (2) parameters op basis waarvan de compensatie wordt berekend, moeten vooraf op objectieve en transparante wijze worden vastgesteld; (3) het compensatiebedrag mag niet hoger zijn dan wat nodig is om de kosten van de uitvoering van publieke dienst geheel of gedeeltelijk te dekken, rekening houdende met de desbetreffende opbrengsten, alsmede met een redelijke winst; (4) ten slotte, moet, wanneer de uitvoerende dienst niet is gekozen in het kader van een openbare aanbesteding, waarbij de kandidaat kan worden geselecteerd die deze diensten tegen de laagste kosten voor de gemeenschap kan leveren, de noodzakelijke compensatie worden vastgesteld op basis van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde en afdoende uitgeruste onderneming zou hebben gemaakt. Zie hierover ook hoofdstuk 5 en 6 van dit boek.

60 Volgens art. 107 lid 1 VWEU: (1) economisch voordeel; (2) ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten en verstoring van de mededinging; en (3) selectiviteit van de betrokken maatregel.

## 3.3.4

Zo heeft het Hof van Justitie in juni 2009 geoordeeld dat overheidsinstanties activiteiten kunnen vervullen van de publieke dienst waarmee zij belast zijn, gebruikmakend van hun eigen middelen, in samenwerking met andere overheidsinstanties, zonder dat er een specifieke organisatievorm vereist is en zonder dat hoeft te worden gedacht aan de toepassing van de EU-wetgeving op de tenuitvoerlegging van deze concrete organisatievoorwaarden.<sup>61</sup>

De samenwerking tussen overheidsinstanties kan, zoals reeds besproken, worden georganiseerd in het kader van een afzonderlijke publieke entiteit die aan de inbestedingscriteria voldoet. Daarnaast heeft het Hof van Justitie bepaald dat publiek-publieke samenwerking niet noodzakelijk de oprichting vereist van nieuwe entiteiten die onder gezamenlijke zeggenschap staan. Volgens het Hof kan deze gebaseerd zijn op een eenvoudige samenwerking tussen twee publieke instanties met als enige doel samen de op hen rustende taken van algemeen belang te vervullen. Dit betekent niet noodzakelijkerwijs dat iedere overheidsinstantie bij die samenwerking een gelijk aandeel heeft in de uitoefening van die taken van algemeen belang, aangezien de samenwerking gebaseerd kan zijn op een verdeling van de taken en volgens specialisatie.

Toch dient er sprake te zijn van een reële samenwerking – in tegenstelling tot een overheidsopdracht waar een partij een taak tegen betaling vervult. Tussen de overheidsinstanties mogen wel andere financiële transfers plaatsvinden dan de vergoeding van de kosten.

De verwezenlijking van die samenwerking mag uitsluitend worden beheerst door overwegingen en eisen die verband houden met het nastreven van doelstellingen van algemeen belang, hetgeen iedere vorm van winstgerichtheid en deelneming van particuliere entiteiten of entiteiten met een gemengd kapitaal uitsluit.

#### 3.3.4 *Uitvoering door een derde tegen betaling*

Wanneer vast is komen te staan dat de opdrachtgevers als aanbestedende diensten dienen te worden gekwalificeerd en deze besluiten een overheidsopdracht voor diensten tegen betaling door een derde te laten uitvoeren, valt deze opdracht alleen onder de toepassing van Richtlijn 2004/18/EG indien de toepassingsdrempels van die richtlijn worden overschreden (zie art. 7 van de richtlijn).<sup>62</sup>

In artikel 2 lid 1 sub b Verordening (EG) nr. 1177/2009<sup>63</sup> is het drempelbedrag voor overheidsopdrachten voor leveringen en diensten die in artikel 7 sub b Richtlijn

61 HvJ EG 9 juni 2009, zaak C-480/06 (*Commissie/Duitsland*), *Jur.* 2009, p. I-4747.

62 Zie voor de drempelwaarden ook [www.europadecentraal.nl/menu/503/Drempelwaarden.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/503/Drempelwaarden.html).

63 Volgens Verordening (EG) nr. 1177/2009 van 30 november 2009 tot wijziging van de richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad wat betreft hun toepassingsdrempels inzake de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten, *PbEG* 2009, L 314/64. De verordening over de drempels wordt iedere twee jaar gewijzigd. Het valt te verwachten dat per 1 januari 2012 de drempels opnieuw zullen worden gewijzigd.

2004/18/EG worden genoemd vastgesteld op € 193.000 voor decentrale overheden. Als aan alle andere voorwaarden wordt voldaan die door Richtlijn 2004/18/EG worden gesteld en deze drempels worden overschreden, dan dienen de opdrachten die door de opdrachtgever worden geplaatst aan de richtlijnregels te worden onderworpen.<sup>64</sup>

Toch gelden niet alle bepalingen van deze richtlijn voor opdrachten inzake sociale dienstverlening/ voor IIB-diensten, maar alleen een zeer beperkt aantal bepalingen daarvan – naast de basisbeginselen van het EU-recht, zoals de verplichting om economische spelers gelijk en niet-discriminerend te behandelen (voor zover sprake is van grensoverschrijdend belang van de opdracht).

#### KANS

Sociale dienstverlening behoort voornamelijk tot de in bijlage IIB bij Richtlijn 2004/18/EG genoemde diensten.<sup>65</sup> Voor opdrachten voor dit soort diensten die in bijlage IIB zijn genoemd, geldt slechts een beperkt aantal van de bepalingen van de richtlijn.

Met name dienen de technische specificaties vóór de aanvang van de procedure voor het plaatsen van de opdracht te worden vastgesteld en dient een aankondiging van de resultaten van de procedure plaats te vinden, zoals blijkt uit artikel 23, gelezen in samenhang met artikel 23 en artikel 35 lid 4 van Richtlijn 2004/18/EG.

Dienstverleningsopdrachten – ongeacht de aard van de dienst – die onder de drempels blijven voor de toepassing van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten, en concessieovereenkomsten voor diensten (ongeacht de bedragen ervan) vallen buiten het toepassingsbereik van de richtlijnen inzake overheidsopdrachten. Voor dit soort opdrachten gelden uitsluitend de basisbeginselen van het VWEU (discriminatieverbod, transparantieplicht e.a, hierover later meer) voor zover die contracten een grensoverschrijdend belang vertonen. Is er geen sprake van een grensoverschrijdend belang, dan vallen deze contracten ook niet onder de toepassing van de bepalingen van het VWEU.

Wanneer een overheidsinstantie het beheer van een dienst tegen vergoeding wil gaan uitbesteden, moet zij de EU-wetgeving inzake overheidsopdrachten voor diensten of concessieovereenkomsten voor diensten toepassen. De overheid kan ervoor kiezen de opdracht te verstrekken als een *overheidsopdracht voor diensten* (zie hierna onder 3.3.4.1) of als een *concessie voor diensten* (zie hierna onder 3.3.4.2).

64 Het oorspronkelijke bedrag genoemd in art. 7 sub a Richtlijn 2004/18/EG was € 249.000. Zie de tekst van de richtlijn.

65 Zie hierover ook par. 4.4 van het in de inleiding genoemde Groenboek.

## 3.3.4.1

3.3.4.1 *Overheidsopdracht voor diensten*

De overheidsinstantie wijst een *overheidsopdracht voor diensten* toe.<sup>66</sup> In dat geval betaalt de overheidsinstantie de dienstverrichter een bepaalde vergoeding. Daarbij kunnen zich de twee volgende situaties voordoen.

3.3.4.1.1 *Waarde van de opdracht ligt boven de drempels voor de toepassing van Richtlijn 2004/18/EG*

Worden de betrokken drempels bereikt,<sup>67</sup> dan vallen de overheidsopdrachten voor diensten onder de toepassing van de Richtlijn overheidsopdrachten. Toch gelden voor opdrachten inzake sociale dienstverlening (IIB-diensten) niet alle gedetailleerde regels van de Richtlijn overheidsopdrachten, maar alleen een zeer beperkt aantal artikelen daarvan, zoals blijkt uit artikel 21 van diezelfde richtlijn.

De technische specificaties (art. 21, gelezen in samenhang met artikel 23 van Richtlijn 2004/18/EG) moeten met name vóór aanvang van de procedure voor het plaatsen van de opdracht worden vastgesteld en er dient een aankondiging van de resultaten van de procedure plaats te vinden (art. 21, gelezen in samenhang met artikel 35 lid 4 van Richtlijn 2004/18/EG).

Voor gemengde opdrachten voor diensten bestaande uit zowel een sociale dienst (IIB-dienst) als een andere dienst die volledig onder de toepassing van de dienstenrichtlijn valt (IIA-diensten zoals bijv. een vervoersdienst, een dienst voor wetenschappelijk onderzoek, consulting of onderhoud), is de Richtlijn overheidsopdrachten, zoals eerder al werd aangegeven, slechts ten dele van toepassing indien de waarde van de sociale diensten hoger is dan die van de overige diensten.

3.3.4.1.2 *Waarde van de opdracht ligt onder de drempels voor de toepassing van Richtlijn 2004/18/EG*

Sinds jaren (1999) weten we dat ook onder de drempelbedragen en voor concessies voor diensten aanbestedingsverplichtingen kunnen bestaan. Het Hof van Justitie heeft die verplichtingen aangenomen op grond van de vrijverkeerbepalingen en de daaruit voortvloeiende algemene beginselen, zoals de beginselen van non-discriminatie, gelijke behandeling en transparantie.

Specifiek ten aanzien van IIB-diensten bestond tot kort geleden discussie over de vraag of, indien de waarde van de toe te wijzen opdracht voor IIB-diensten onder de drempel voor de toepassing van de richtlijn blijft, de betrokken overheidsinstantie niettemin de basisregels en basisbeginselen van het EU-recht in acht diende te nemen, zoals het gelijkheidsbeginsel, het verbod op discriminatie en de transparantieplicht, indien de betrokken markt waarop de opdracht speelt een grensoverschrijdend belang vertoont.

Op 10 maart 2011 heeft het Hof van Justitie in zijn nog niet gepubliceerde arrest *Strong Seguranca SA/Municipio de Sintra* echter geoordeeld dat de algemene beginse-

66 Zie ook [www.europadecentraal.nl/menu/539/Overheidsopdrachten.html](http://www.europadecentraal.nl/menu/539/Overheidsopdrachten.html).

67 Zie hierboven voor de bedragen van de drempels.

len van transparantie en gelijke behandeling van toepassing blijven op IIB-diensten wanneer deze een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen. Hieruit valt *a contrario* af te leiden dat voor opdrachten voor IIB-diensten die geen duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen deze beginselen dan ook niet gelden.<sup>68</sup>

#### KANS

Indien een aanbestedende dienst – voordat hij besluit een opdracht voor IIB-dienstverlening te gaan gunnen – de opdracht aan een marktverkenning onderhavig stelt en kan aantonen dat er geen grensoverschrijdende belangstelling voor een dergelijke dienstenopdracht bestaat, profiteert hij achteraf van de mogelijkheid om de beginselen van transparantie en gelijke behandeling buiten toepassing te laten. In de jurisprudentie zijn criteria ontwikkeld om na te gaan of sprake is van grensoverschrijdend belang.

Het Hof van Justitie heeft in het *SECAP*-arrest een aantal criteria geformuleerd die toegepast kunnen worden om vast te stellen of van een duidelijk grensoverschrijdend belang sprake is. In dit arrest formuleerde het Hof, na te hebben herhaald dat de basisregels en basisbeginselen van het EU-recht van toepassing blijven op opdrachten onder de Europese drempels en voor concessies voor diensten die een duidelijk grensoverschrijdend belang vertonen (r.o. 21), een aantal criteria die gehanteerd kunnen worden om vast te stellen wanneer van grensoverschrijdend belang sprake is.<sup>69</sup>

Het Hof besliste dat in een nationale regeling kan worden bepaald aan de hand van welke (met elkaar samenhangende) objectieve criteria moet worden bepaald of in een concreet geval sprake is van een 'duidelijk grensoverschrijdend belang', zoals de geraamde waarde, de plaats van de uitvoering van de opdracht, de economische betekenis van de opdracht en de vraag of de landsgrenzen door agglomeraties op het grondgebied van verschillende lidstaten heen lopen (r.o. 31).

Ook wanneer ter zake een nationale regeling geldt, is het aan de aanbesteder zelf om te beoordelen of aan het 'grensoverschrijdend belang'-criterium is voldaan, hetgeen vervolgens door de rechter kan worden getoetst (r.o. 30).

Ingeval de selectie van de uitvoerder van de dienst door een opdrachtgever die zelf als aanbestedende dienst kan worden aangemerkt, onder de door Richtlijn 2004/18/EG vastgestelde drempels valt, dan is het de verantwoordelijkheid van de betreffende 'aangebesteder' om te beslissen of van een duidelijk grensoverschrijdend belang sprake is.

<sup>68</sup> HvJ EU 10 maart 2011, zaak C-95/10 (*Strong Seguranca SA/Município de Sintra en Securitas- Servicos e Tecnologia de Seguranca*), n.n.g.

<sup>69</sup> HvJ EG 15 mei 2008, gevoegde zaken C-147/06 en C-148/06 (*SECAP SpA en Santorso Soc. Coop. Arl/Comune di Torino*), *Jur.* 2008, p. I-3565

## 3.3.4.2

Bij sociale diensten is het te adviseren om ook in deze gevallen de gunning van de opdracht op de website van de opdrachtgever te plaatsen. Voor andere dan sociale diensten adviseren we om de plaatsing van de opdracht op de markt aan te kondigen wanneer is vast komen te staan dat deze een grensoverschrijdend belang heeft. Dit geldt onverkort ook voor de situatie waarin de overheid voor een concessie voor diensten kiest (zie de volgende paragraaf).

3.3.4.2 *Concessieovereenkomst voor diensten*

Wanneer vast is komen te staan dat de opdrachtgevers aanbestedende diensten zijn, dan zouden ze ook kunnen beslissen om de opdracht te vergeven als een *concessieovereenkomst voor diensten*. In dat geval bestaat de vergoeding in hoofdzaak uit het recht de dienst economisch te exploiteren. De concessiehouder draagt het operationele risico dat de exploitatie van de betrokken dienst met zich brengt.<sup>70</sup> De vergoeding voor de uitvoering van de dienst is dan voornamelijk van derden afkomstig.

**KANS**

Zeker in gevallen waarin decentrale overheden het risico dat gepaard gaat met de exploitatie van de sociale dienst naar de dienstverlener willen overhevelen en dus niet de dienst onder volledig eigen beheer wensen uit te voeren, is een concessieovereenkomst voor diensten soms een aantrekkelijkere optie dan een overheidsopdracht in de zin van de richtlijnen (schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel).

Naast het risico-element, kan ook nog de wijze waarop de diensten worden vergoed, namelijk geen rechtstreekse betaling door de overheid maar door de afnemers van de diensten (doorgaans zullen deze de burgers zijn) op een concessieovereenkomst wijzen (met een 'lichter' aanbestedingsregime) in plaats van op een vermeende overheidsopdracht. Bijvoorbeeld in het kader van het leerlingenvervoer kan er, wanneer een gemeente afsprekt dat de betaling aan de leerlingenvervoerder plaatsvindt door de ouders van de leerlingen en niet door de gemeente, sprake zijn van een concessieovereenkomst voor diensten en niet van een IIA-overheidsopdracht voor diensten (met een reguliere Europese aanbestedingsverplichting).

Wanneer overheidsinstanties een concessieovereenkomst voor diensten toewijzen, moeten zij steeds de basisregels en basisbeginselen van het EU-recht in acht nemen, met name de beginselen van transparantie, gelijke behandeling en non-discriminatie, wanneer althans sprake is van grensoverschrijdend belang (zie voorgaande paragraaf).

<sup>70</sup> Sinds het arrest HvJ EU 10 september 2009, zaak C-206/08 (*WAZV Gotha/Eurawasser*), *Jur.* 2009, p. I-8377, weten we dat het risico van meet af aan door constructie zeer beperkt kan zijn.



Kort samengevat houdt dit in dat – in het bijzonder wanneer de Europese drempels die voor de ‘klassieke’ overheidsopdrachten gelden worden overschreden – er een minimum aan bekendmaking in acht dient te worden genomen (beginsel van transparantie); dat er geen discriminatie naar nationaliteit plaats mag vinden (beginsel van non-discriminatie) en dat mogelijke belangstellenden dezelfde kansen dienen te krijgen om de opdracht te verkrijgen en dat zij op grond van dezelfde criteria dienen te worden geselecteerd (beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling). Dat een opdrachtgever van plan is een concessie te verlenen zou bijvoorbeeld op de website van die opdrachtgever bekend kunnen worden gemaakt.

### 3.4 Conclusie

De belangrijkste kansen om economische en maatschappelijke voordelen voor decentrale overheden te realiseren, zullen naar onze mening in de eerste plaats vooral te vinden zijn in een correcte en professionele inkoop van (goederen, werken en) diensten via competitieve, niet-discriminerende, objectieve en transparante gunningsprocedures, zoals de EU-richtlijnen voor overheidsopdrachten verlangen. Ook het bereiken van een aantal van de Europa 2020-doelstellingen, zoals het vergroten van innovatie, van duurzaamheid en van sociale insluiting kan naar onze mening zeer goed plaatsvinden via de professionele inkoop van (goederen, werken en) diensten via de toepassing van de in de richtlijnen voorgeschreven procedures. De Europese Unie heeft onlangs, in juni 2011, wederom beklemtoond dat aanbestedingsprocedures doordat zij in competitie en transparantie plaatsvinden, fors op de betaalde prijs kunnen doen besparen, mits – en dit willen we onderstrepen – deze procedures op professionele wijze worden georganiseerd. Alleen in dit geval zullen de besparingen die gerealiseerd kunnen worden, daadwerkelijk de kosten die met een aanbesteding gepaard gaan, overtreffen. En deze besparingen kunnen ook bij opdrachten met een waarde lager dan de drempels uit de richtlijnen, worden gerealiseerd als men zich aan deze uitgangspunten houdt.

In onze bijdrage hebben we willen focussen op de uitvoering van sociale diensten om twee redenen. Enerzijds dienen op grond van de richtlijnen overheidsopdrachten uitsluitend een tweetal bepalingen te worden toegepast voor de verlening van sociale diensten. Deze bepalingen verbieden discriminerende technische specificaties en vereisen publicatie met de resultaten van de gunning achteraf. Deze diensten worden ook vaak verleend in de vorm van een concessie. En op deze laatste vorm van contracten zijn niet de richtlijnen overheidsopdrachten van toepassing, maar alleen de zogenoemde aanbestedingsbeginselen en de regels inzake de interne markt. Strikt genomen lijkt het alsof de Europese Unie het niet nodig heeft geacht om de verlening van deze diensten via competitie te laten plaatsvinden.

Omdat anderzijds door de economische crisis de continuïteit van de verstrekking van deze diensten op het spel is komen te staan, wilden we in onze bijdrage benadrukken dat decentrale overheden er goed aan zouden doen om zelfs daar waar geen competitieve procedures door Europa worden verlangd, toepassing daarvan te overwegen.

Professionele competitieve procedures kunnen namelijk een substantiële bijdrage leveren aan het drukken van de kosten en daardoor aan de continuïteit van de verlening van deze diensten.

Tegelijkertijd doet zich juist in tijden van crisis regelmatig de vraag voor of uitvoering van deze diensten in eigen beheer of in samenwerking met andere overheden door de verlening van alleenrechten of van (andere) inbestedingsconstructies, niet een optie (kans) kan zijn om de krachten te bundelen, expertise te versterken en uiteraard de kosten te drukken.

Daarom hebben wij het van belang gevonden om deze juridische constructies in dit boek te bespreken als 'kansen' voor decentrale overheden.

Daarbij adviseren we wel om altijd, alvorens een dergelijk samenwerkingsverband aan te gaan, een gedegen onderzoek te (laten) verrichten naar de daadwerkelijk financiële en maatschappelijke voordelen die te behalen zijn. Want alleen dan kan een dergelijke constructie een 'daadwerkelijke kans' zijn.