

# 316 Incoherente ontwikkelingen in de relatie markt-overheid

## ‘Uitvoering door de overheid’ v. ‘uitvoering door de markt’ (insourcing v. outsourcing / inbesteden v. uitbesteden)

PROF. MR. E.R. MANUNZA

In dit artikel wordt ingegaan op de vraag naar de (on)toelaatbaarheid en (on)wenselijkheid van de beslissing van de overheid om diensten in eigen beheer uit te voeren in plaats van door de markt. In Nederland is men in de laatste jaren steeds negatiever gaan denken over de uitvoering van diensten door de markt via competitieve procedures, in de veronderstelling dat een compactere overheidsorganisatie beter kan presteren en kosten kan reduceren. Het door de regering ingezette beleid vertoont opmerkelijke incoherenties. Zo wordt er enerzijds naar een terugtrekkende overheid gestreefd en tegelijkertijd worden - voor 2500 fte - banen in de lage loonschalen bij het Rijk gecreëerd voor de uitvoering van taken die voorheen aan de markt waren uitbesteed.

### 1. Inleiding: hoe zien de ontwikkelingen in Nederland en op het EU-niveau eruit?

Op 25 oktober jl. heeft de Rechtbank Haarlem in een opmerkelijke overweging aan het slot van het vonnis in de zaak *Broeks Events BV tegen de Stichting Regio College voor beroepsonderwijs en educatie Zaanstreek-Waterland*<sup>1</sup> een oproep gedaan om in vakbladen een debat te starten over de (on)toelaatbaarheid van de inschrijving van een overheidsinstelling in een aanbesteding die volgens de Aanbestedingsleidraad van de aanbesteder in het geding, Regio College, voor het mkb bestemd was: “(...). Ten aanzien van het argument van Broeks dat Sport Service geen MKB-bedrijf (is) merkt de voorzieningenrechter op dat het mededingingsrechtelijk bezien minst genomen merkwaardig is dat (de onweersproken met overheidssteun opererende stichting) Sport Service mag meedingen naar een opdracht die volgens de eigen Aanbestedingsleidraad van Regio College in beginsel bestemd is voor MKB-bedrijven. Omdat het voorgaande de toewijzing van de vordering reeds kan dragen, behoeft deze vraag en de bijbehorende

weerbarstige materie echter geen bespreking meer, maar wellicht kan door publicatie van dit vonnis op rechtspraak.nl een debat over deze kwestie in de vakbladen worden uitgelokt (...)”.<sup>2</sup> In publicaties en lezingen heb ik eerder de problemen aan de orde gesteld die door dergelijk gedrag van de overheid op de markt worden veroorzaakt en die de laatste jaren in aantal en complexiteit toenemen.<sup>3</sup> Naast het klassieke probleem van de ‘kruissubsidiëring’ dat in bo-

<sup>1</sup> ECLI: NL:RBNHO:2013:9969.

<sup>2</sup> Zie punt 4.10 van het vonnis dat via de volgende link gedownload kan worden: <http://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:RBNHO:2013:9969&keyword=ECLI%3aNL%3aRBNHO%3a2013%3a9969>.

<sup>3</sup> Zie bijvoorbeeld van mijn hand ‘Sociale marktwerking’, Redactioneel TA april 2010, afl. 2, p. 83-87; ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, p. 49-123 in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet, 2010*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht; *Over grenzen. Van verplichtingen voor overheden naar rechten voor burgers*, oratie in verkorte versie uitgesproken ter aanvaarding van de leeropdracht Internationaal en Europees aanbestedingsrecht, Universiteit Utrecht, 29 september 2010. Zie verder in samenwerking: Elisabetta Manunza and Wouter-Jan Berends, ‘Social services of General Interest and the EU Public Procurement Rules’, Chapter 14 in Ulla Neergaard, Markus Krajewski, Erika M. Szyszczak; J.W. van de Gronden (red): *The Role of SSGs in EU Law: New Challenges and Tensions*, T.M.C. Asser, The Hague, The Netherlands, p. 347-384.

vengenoemde recente zaak *Broeks Events BV* naar voren is gekomen en dat reeds lang in praktijk en literatuur bekend is, doen zich de laatste jaren – ook in Nederland – nieuwe problemen voor die de relatie markt-overheid betreffen.

Zo is de discussie herleefd die in de jaren negentig van de vorige eeuw een grote rol speelde over de kerntaken en de omvang van de overheid. Daarbij wordt niet alleen de vraag gesteld hoe compact, hoe groot of hoe klein de overheid dient te zijn om onder de huidige omstandigheden beter te kunnen functioneren, maar er wordt ook de vraag gesteld welke diensten of taken, en zelfs werken, door de overheid in eigen beheer beter uitgevoerd zouden kunnen worden dan door de markt. Tot voor kort was dit een vraag die vooral op *decentraal* niveau een belangrijke rol speelde (hierover later meer). In 2013 is de kwestie een fundamentele rol op *centraal* niveau gaan spelen in verband met de hervorming van het Rijk.<sup>4</sup>

Op 22 mei 2013 heeft de minister voor Wonen en Rijksdienst, Stef Blok, de Hervormingsagenda Rijksdienst aan de Tweede Kamer aangeboden. Bij de vormgeving van de Rijksdienst voor de toekomst hanteert de minister drie doelstellingen: een dienstverlenende, slagvaardige en kostenbewuste overheid. Deze drie doelen vormen tevens de ondertitel van de Hervormingsagenda. Zoals in het regeerakkoord van 29 oktober 2012 ‘Bruggen Bouwen’ al werd aangekondigd, vermeldt deze agenda dat dit kabinet voor een compacte en flexibele rijksdienst kiest, beleid en uitvoering vereenvoudigt, toezichttaken en adviesfuncties samenvoegt en taken beëindigt en dereguleert.

Maar op 11 oktober jl. zet de minister een stap de andere kant op. In het kader van de wens van de regering om meer medewerkers in lage loonschalen bij het Rijk in dienst te nemen (conform het op 11 april 2013 gesloten Sociaal akkoord<sup>5</sup>) wordt een ingrijpend plan uit de doeken gedaan dat tot een forse *imperking* van de rol van de markt leidt bij de uitvoering van taken die sinds lang als commerciële taken bij uitstek worden gezien. Het gaat daarbij om de sectoren post- en koeriersdiensten, schoonmaak en beveiliging. In totaal worden aanvullend ruim 2500 fte bij de rijksoverheid in de lage loonschalen gecreëerd. Het gaat om werkzaamheden die tot nu toe aan bedrijven waren uitbesteed en die de rijksoverheid voortaan – vanaf het moment waarop lopende contracten eindigen – in eigen beheer wil uitvoeren.<sup>6</sup>

Nadat de voorgenomen plannen over in- en uitbesteding van taken in de pers aandacht kregen,<sup>7</sup> zijn er door de Kamerleden Schouw en Verhoeven, beiden van D66, vragen aan de ministers van Economische Zaken en van Wonen en Rijksdienst gesteld, in het bijzonder de vraag of de overheid de concurrentie vervalst ten opzichte van het bedrijfsleven door activiteiten zelf te gaan uitvoeren die marktpartijen ook kunnen uitvoeren en/of die voorheen aan de markt werden uitbesteed. Volgens de minister van Wonen en Rijksdienst (zie zijn beantwoording van de vragen) verzet de op 1 juli 2012 in werking getreden Wet markt en overheid<sup>8</sup> zich niet tegen de keuze van de overheid om zelf commerciële taken voor haar eigen organisatie te gaan uitvoeren, omdat deze wet enkel van toepassing is als een overheid een economische activiteit verricht en daarvan is sprake bij het aanbieden van goederen en diensten op één markt, dat wil zeggen in concurrentie met derden. De minister is van mening dat van concurrentie met derden geen sprake is als de rijksoverheid de voorziening in bepaalde goederen of diensten voor zichzelf verzorgt en het aanbieden van die goederen en diensten uitsluitend binnen de rechtspersoon Staat der Nederlanden geschiedt. In een zodanig geval treedt de rijksoverheid niet toe tot de markt waarop diezelfde goederen en diensten door private ondernemingen worden aangeboden en treedt de rijksoverheid dus ook niet in concurrentie met die private ondernemingen. De minister is kortom van mening dat de Wet markt en overheid overheden vrij laat om zelf te beslissen of activiteiten ten behoeve van de eigen overheidsorganisatie worden uitbesteed aan derden dan wel in eigen beheer worden uitgevoerd. In hoeverre die stelling van de minister juridisch (on)terecht of (in)compleet is, laat ik nu even in het midden. Feit is dat activiteiten die eerder door private partijen werden uitgevoerd nu aan de markt worden onttrokken.

Waar het mij hier om gaat is dat, naast mededingingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke aspecten, ook aanbestedingsrechtelijke aspecten een rol spelen ingeval de overheid kiest om (ook commerciële) taken/diensten in eigen beheer te gaan uitvoeren.

In Nederland is de overheid, in tegenstelling tot enkele jaren geleden waarin zij naar een steeds verdergaande liberalisering in tal van sectoren streefde, onder politieke druk steeds negatiever gaan denken over de mogelijkheid om tal van diensten door de markt te laten uitvoeren via een aanbesteding.<sup>9</sup> De veronderstelling daarbij is dat een ‘compactere’ overheidsorganisatie beter kan presteren en kosten kan reduceren.<sup>10</sup> Los van de vraag of deze

4 Hervormingsagenda Rijksdienst, Kamerstuk 31 490, nr. 119. Zie: <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/rijksoverheid/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/05/22/aanbiedingsbrief-bij-hervormingsagenda-rijksdienst.html>.

5 Zie de Kamerbrief van 11 april 2013 ‘Resultaten sociaal overleg’: <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2013/04/11/kamerbrief-resultaten-sociaal-overleg.html>.

6 Cfr. de brief aan de Kamer van de minister van Veiligheid en Justitie over de toekomst van het Nederlands Forensisch Instituut van 12 november jl.; zie ook het rapport dat in opdracht van de minister is uitgevoerd en dat te downloaden is van de website van het Europa Instituut van de UU: A. Ottow, A. Gerbrandy, B. Hessel, E.R. Manunza, A. Mombers, *Mededingingsrechtelijke analyse van de werkzaamheden van het NFI*. Onderzoek voor de commissie Winsemius in opdracht van het WODC van het minis-

terie van Veiligheid en Justitie, 4 juli 2013.

7 In het Financieel Dagblad van 4 april 2013.

8 Wet markt en overheid, aanpassing Mededingingswet ter invoering van gedragsregels voor de overheid, Stb. 2011, 162.

9 Voorbeelden zijn de zorg, de thuiszorg, taalcurssussen ten bate van het inburgeringsproces, het openbaar vervoer, het ophalen en verwerken van afval, het terrein van de woningcorporaties, het forensisch onderzoek in strafzaken, vertaaldiensten e.a.

10 Zie het visiedocument voor een compacte overheid van de minister

doelstellingen überhaupt met investeren en publieke samenwerking kunnen worden gerealiseerd, is het natuurlijk de vraag of de overheid wel of niet verplicht is om aan te besteden.

Een aantal ontwikkelingen op Europees niveau maakt beantwoording van deze vraag complexer. Enerzijds heeft de Europese Commissie de afgelopen jaren het belang van marktwerking (en dus van uitvoering via aanbesteding) benadrukt als instrument om uit de economische crisis te geraken. Anderzijds is met het op 1 december 2009 in werking getreden Verdrag van Lissabon een grotere beslissingsruimte voor decentrale overheden erkend.

Het leidende beginsel van een open markteconomie met vrije mededinging uit het inmiddels reeds jaren geleden ingetrokken EG-Verdrag ([oud] art. 4 EG), is 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). Het begrip marktwerking lijkt binnen de Europese economie door de toevoeging van het predicaat 'sociaal' aan neutraliteit te hebben ingeboet. Het lijkt geen twijfel dat de 'nieuwe' Europese Unie na Lissabon met deze wijzigingen voor een beperktere vorm van marktwerking heeft willen kiezen. In de bewoording van Joaquin Almunia, de vicevoorzitter van de Europese Commissie verantwoordelijk voor het mededingingsbeleid, staat het *Europees samenlevingsmodel* voor een wisselwerking tussen twee essentiële elementen: enerzijds de ruimte die lidstaten, nationale én lokale overheden, behouden om zelf te beslissen over de invulling en uitvoering van diensten (van algemeen belang), en anderzijds het klassieke interne markt-mededingingsbeleid.<sup>11</sup> In een dergelijke vernieuwde vorm van marktwerking hebben ook decentrale en regionale overheden een grotere beslissingsruimte gekregen. Zo is voor het eerst in het primaire Unierecht het beginsel van *regionaal en lokaal zelfbestuur* als constitutionele basisstructuur binnen de EU erkend (tweede lid van art. 4 VEU).

Deze erkenning heeft gevolgen ook voor het aanbestedingsrecht. De regels inzake overheidsopdrachten zijn van toepassing zodra een overheidsinstantie met een derde partij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel over de verrichting van (onder meer) diensten wil sluiten. Of die derde partij nu een particuliere onderneming is of een overheidsinstantie, is daarbij niet relevant.

J.P.H. Donner van Binnenlandse Zaken van het vorige kabinet: 'Bestuur en bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden' van 10 oktober 2011, p. 22. Zie ook de aanbestedingsbrief aan de Tweede Kamer, eveneens van 10 oktober 2011 (2011-2000447582). Zie ook het Regeerakkoord van 29 oktober 2012 'Bruggen bouwen'.

11 Zie zijn op 31 mei 2010 in Madrid gehouden speech: 'The rol of public services in 'Europe 2020'; CEEP Congress, SPEECH/10/276: "(...) Let me repeat that both SGELs and competition policy are a key part of Europe's model of society (...)".

## 2. Een aantal premissen

Alvorens op de juridische mogelijkheden in te gaan op basis waarvan overheden in eigen beheer taken, diensten, werken mogen uitvoeren of in samenwerking met andere overheden (zie verder onder 3), zonder in conflict te komen met het aanbestedingsrecht, begin ik met een aantal fundamentele premissen te beklemtonen.

### a. Bottom-up invloeden in het reguleringsproces op EU-niveau

Ten eerste is het goed te beseffen dat, terwijl de perceptie bij de Nederlandse en andere EU-burgers is dat er steeds meer marktwerking wordt gecreëerd, de huidige tendens bij tal van overheden – de Nederlandse, die van andere EU-lidstaten en de Europese – juist neigt naar een inperking van de rol van de markt in tal van sectoren. Deze tendens is mede veroorzaakt door de groeiende begrotingstekorten van de (nationale) overheid en door de gewijzigde financiële en economische omstandigheden waarin tal van lidstaten, waaronder Nederland, door de economische crisis thans verkeren. Maar dat niet alleen: ook een wijziging van de juridische uitgangspunten van de vrijemarkteconomie op Europees niveau ligt, zoals hierboven uiteengezet, daaraan ten grondslag. Een soortgelijk beeld is namelijk ook in andere EU-landen zichtbaar.<sup>12</sup> De vraag welke taken (diensten, leveringen en werken) beter door de overheid in eigen beheer of in samenwerking met andere overheden kunnen worden uitgevoerd, is op dit moment op EU-niveau en op het niveau van de EU-lidstaten actueler dan ooit.

Met regelmaat horen we hoe groot de invloed van de EU zou zijn op ons nationale beleid en regulering. Deze bewering is ongetwijfeld juist maar dient wel te worden genuanceerd. De institutionele en materiële wijzigingen die aan het EU-Verdrag zijn aangebracht, hebben uiteraard ook een 'bottom-up' invloed vanuit de lidstaten gekregen. Dezelfde bottom-up invloed wordt steeds beter zichtbaar in de resultaten van reguleringsprocessen *post-Lissabon* over interne-marktaangelegenheden. Het terrein van het aanbestedingsrecht is een uitstekend voorbeeld in dit verband. Dankzij de verplichting voor de Commissie om consultaties te houden die met het Verdrag van Lissabon is ingevoerd,<sup>13</sup> is het lobbyen van regionale en lokale overheden van grote invloed geweest op de inhoud van de definitieve teksten van de drie richtlijnvoorstellen van de Europese Commissie inzake overheidsopdrachten en concessies van 20 december 2011 die

12 Deze conclusie wordt bevestigd door de vele vragen die het Hof van Justitie van de EU bereiken op dit terrein en die van rechters uit diverse lidstaten afkomstig zijn. De meeste vragen zijn tot nu toe door de Italiaanse rechter aan het Hof voorgelegd op grond van de Wet nr. 142/1990 houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden die zes (limitatief opgesomde) mogelijkheden om publiek-publiek en publiek-privaat samen te werken reguleert (Wet van 8 juni 1990, nr. 142, houdende bepalingen inzake de organisatie van de plaatselijke overheden, zoals gewijzigd bij Wet van 25 maart 1993, nr. 81 en bij Wet van 15 mei 1997, nr. 127 (*ordinamento delle autonomie locali*). Gepubliceerd in G.U.R.I. van 12 juni 1990).

13 Art. 4, lid 3 VEU, art. 11 lid 3 VEU, art. 13, lid 2 VEU.

in september 2013 zijn vastgesteld en waarover begin 2014 door het Europees Parlement gestemd zal worden.<sup>14</sup> Hoewel het beleid en de regulering betreffende interne-marktaangelegenheden die in de lidstaten worden ontwikkeld niet altijd parallel verlopen met de plannen over dezelfde kwesties op EU-niveau, is er duidelijk sprake van een wederzijdse beïnvloeding, zowel topdown als bottom-up. Er is duidelijk sprake van een ‘gedeelde’ vorm van regulering waaraan ook de lagere bestuurslagen van de overheid deelnemen.<sup>15</sup>

#### *b. Voorrang juridische werkelijkheid boven de economische en/of bestuurskundige werkelijkheid*

De plannen rondom het creëren van banen in de lage looncategorieën zijn voorafgegaan door studies, zoals het rapport van Ecorys en Berenschot dat focust op de bedrijfs- en bestuurskundige aspecten.<sup>16</sup> Dit soort onderzoeken wordt op dit ogenblik in Nederland veelvuldig uitgevoerd, vaak in opdracht van decentrale overheden. In deze studies krijgen juridische vragen rondom de (on)toelaatbaarheid van deze constructies onvoldoende aandacht. Terwijl de juridische randvoorwaarden doorslaggevend zijn om de beoogde vorm van zelfvoorziening, investering of publieke samenwerking aan te gaan.

Ook ingeval op basis van een bestuurskundig of economisch onderzoek voordelen in het vooruitzicht worden gesteld die op basis van de beoogde samenwerking gerealiseerd zouden kunnen worden, zal de samenwerking juridisch toelaatbaar dienen te zijn om te mogen worden doorgezet.

#### *c. Discretionaire bevoegdheid van de overheid over de keuze tussen ‘uitvoering door de markt’ of ‘uitvoering door de overheid’ (outsourcing of insourcing/uitbesteden of inbesteden)*

Geen regel lijkt de overheid te verplichten om taken door de ‘markt’ tegen vergoeding (remuneratie) te laten uitvoeren. Noch het Europees, noch het nationaal recht verlangt dat overheden de uitvoering van diensten (ook van algemeen (economisch) belang) aan de markt overlaten.

De overheid behoudt binnen het Europees en het Nederlands recht het prerogatief om zelf te bepalen hoe zij de uitvoering van deze diensten wenst in te richten. Dit keuzemoment is thans in Nederland niet aan een rechterlijke toets onderworpen maar eventueel uitsluitend aan politieke controle.

Aan de gemaakte keuze zijn echter strikte juridische eisen

en voorwaarden verbonden. Niet-correcte inachtneming van deze eisen en voorwaarden kan aan een rechterlijke toets worden onderworpen, doorgaans door potentiële concurrenten van de overheid op de markt.

De vrijheid van de overheid bestaat kortom uitsluitend ten aanzien van de keuze ‘markt of overheid?’ Zodra de keuze is gemaakt moeten de regels in acht worden genomen die het EU-recht en nationaal recht aan de uitvoering van de gemaakte keuze stellen.

Het is in deze context zeer de vraag of de antwoorden van de minister van Wonen en Rijksdienst aan de Kamerleden Schouw en Verhoeven afdoende zijn.

Ik stel voorop dat niet valt in te zien waarom a priori genoeg kan worden genomen met de veronderstelling dat het de overheid is die voor de publieke dan wel de private weg mag kiezen, zonder die keuze ook aan een voorafgaande objectieve *juridische* toets te onderwerpen, die door potentiële uitvoerders kan worden aangevochten.<sup>17</sup> Daardoor worden ook belangrijke marktsectoren die al van oudsher met succes door particulieren worden bediend, aan de potentiële positieve effecten van het inkopen in competitie onttrokken. Terwijl met regelmaat uit onderzoeken<sup>18</sup> blijkt dat inkopen op de markt en in competitie niet alleen de doelmatigheid maar ook de kwaliteit van de diensten kan laten toenemen, zoals bijvoorbeeld door onderzoek van het SEO Amsterdam is vast komen te staan op het terrein van het openbaar vervoer.<sup>19</sup>

### 3. Juridische voorwaarden om te mogen inbesteden en om publiek te mogen samenwerken

Het juridisch kader voor de toetsing van een voorgenomen investering is thans als volgt.

14 Commission, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors COM(2011) 895 final, 20.12.2011 and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement COM(2011) 896 final, 20.12.2011 and Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts COM(2011) 897 final, 20.12.2011.  
15 Zie over ‘gedeelde regulering en handhaving’ het nieuwe onderzoeksprogramma dat facultairbreed aan de Universiteit Utrecht wordt uitgevoerd: <http://renforce.pixxoo.nl/en>.  
16 Ecorys en Berenschot, *Interbestuurlijke shared services. Lessen uit de praktijk*, in opdracht van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, 19 juni 2013.

17 Over de noodzaak van de invoering van een objectieve toets op basis waarvan de overheid de keuze tussen markt en overheid moet maken en motiveren heb ik in mijn oratie geschreven: E.R. Manunza, *Over grenzen. Van verplichtingen voor overheden naar rechten voor burgers*, oratie in verkorte versie uitgesproken ter aanvaarding van de leeropdracht Internationaal en Europees aanbestedingsrecht, Universiteit Utrecht, 29 september 2010. Maar ook in: E.R. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, p. 49-123 in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvis voor de Vereniging van Bouwrecht par. 3.4-3.5. Op dit ogenblik voert Willem Janssen aan de UU onder mijn begeleiding een promotieonderzoek uit over deze kwestie.

Cfr. ook de zogenoemde ‘Tweewegenleer’ in het bestuursrecht die verlangt dat de overheid enkel voor de private weg mag kiezen als dat geen afbreuk doet aan de rechtsbescherming van de burgers. Zie in het bijzonder punt 4.1.1 t/m 4.1.4 van ECLI:NL:RBSHE:2007:BA2459.

18 Zie ook het rapport ‘Markt of overheid, Nadere uitwerking afvalinzameling: Zelf doen, samen doen of aanbesteden?’, Arnhem, maart 2010, in opdracht van Koninklijke vereniging voor afval- en reinigingsmanagement (NVRD) opgesteld door Bartels Sueters Fischer Aanbestedingsadvocaten en Maasdam Mededingingsadvocaten.

19 K.H.S. van Buiren, e.a., Het effect van aanbesteden op de kwaliteit van openbaar vervoer. TPEdigitaal, 6, (1), 63-74. K.H.S. van Buiren, & M. Gerritsen, Significante besparing door aanbesteding openbaar vervoer. Economisch Statistische Berichten, 96, (4613), 413.

In 1999 zijn in de zaak *Teckal Srl, Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia* de randvoorwaarden door het Hof geformuleerd om van inbesteding te kunnen spreken.<sup>20</sup> Uit de bewoordingen van het Hof kunnen een aantal onderscheidende criteria worden gedistilleerd die hanteerbaar zijn voor het trekken van een scheidingslijn tussen in- en aanbesteding:

1. een entiteit behoort *niet* tot de (*gezags*)structuur van een andere aanbestedende dienst wanneer die er *rechtens* van te onderscheiden is (in dit geval is er sprake van aanbesteding); Maar voor zover een onderscheid mogelijk is

2a. behoort een entiteit *wel* tot de (*gezags*)structuur van een andere aanbestedende dienst wanneer de aanbestedende dienst op de betrokken entiteit *toezicht uitoefent zoals op zijn eigen diensten*; en

2b. deze entiteit tegelijkertijd *het merendeel van zijn werkzaamheden verricht ten behoeve van het lichaam of de lichamen die hem beheersen* (in dit geval is er sprake van inbesteding).

Deze jurisprudentiële uitzondering is in beginsel alleen mogelijk wanneer de opdrachtnemer zijn werkzaamheden voor het merendeel ten behoeve van de opdrachtgever verricht en deze laatste toezicht op de opdrachtnemer uitoefent als op de eigen diensten. Na *Teckal* zijn deze voorwaarden in diverse zaken door het Hof aangescherpt, waardoor het leek dat inbestedingsconstructies steeds moeilijker werden gemaakt. In de betreffende zaken, waarin sprake was van vormen van publiek-publieke samenwerking, honoreerde het Hof geen van de voorgelegde inbestedingsconstructies.<sup>21</sup> De gewijzigde koers in de Europese basisverdragen (het gewijzigde concept ‘sociale’ markteconomie en erkenning van het beginsel van lokaal en regionaal zelfbestuur), is naar mijn oordeel reeds zichtbaar in diverse uitspraken van het Hof van Justitie van de EU van de laatste jaren.<sup>22</sup> Die uitspraken zouden een aantal jaren geleden nog ondenkbaar zijn geweest. Een kentering is reeds zichtbaar in 2007 met de Spaanse zaak *Tragsa*<sup>23</sup> en wordt nog duidelijker met de beslissing van het Hof in de zaak *Sea Srl tegen Comune di Ponta Nossa*.<sup>24</sup> Door in deze zaak te aanvaarden dat een eventuele ‘toekomstige’ deelneming van particulier kapitaal de inbesteding niet uitsluit, en de mate waarin toezicht aanwezig dient te zijn in consistente mate te verzwakken, wordt duidelijk dat het

Hof in ieder geval de mogelijkheden om voor inbesteding te kiezen heeft verruimd.

Kortom: er zijn situaties waarin overheidsinstanties activiteiten samen met andere overheidsinstanties kunnen uitoefenen zonder dat zij de EU-regels inzake overheidsopdrachten behoeven na te leven.

Een tweede uitzondering die in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU is geformuleerd, geeft overheidsinstanties de mogelijkheid om met elkaar samen te werken zonder gebruik te maken van een aparte rechtspersoon, anders dus dan in *Teckal*. Deze uitzondering is slechts mogelijk voor de uitvoering van taken van algemeen belang. Het Hof van Justitie van de EU oordeelde in de zaak *Commissie tegen Duitsland* (C-480/06) van 9 juni 2009, een inbreukprocedure, 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 rekening te houden met de toepassing van de EU-wetgeving op de tenuitvoerlegging van deze concrete organisatievoorwaarden.<sup>25</sup> Het Hof bepaalde dat publiek-publieke samenwerking niet noodzakelijkerwijs de oprichting vereist van nieuwe entiteiten die onder gezamenlijke zeggenschap staan (zoals in *Teckal*). Volgens het Hof kan deze samenwerking gebaseerd zijn op een eenvoudige samenwerking tussen twee of meerdere publieke instanties met als enig doel *samen* de op hen rustende taken van algemeen belang te vervullen. Dit betekent niet per se dat iedere overheid 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 op specialisatie.

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

De verwezenlijking van een dergelijke 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. In de beslissing van het Hof van 19 december 2012 (C-159/11) en in de daarop betrekking hebbende conclusie van de A-G is een aantal van deze elementen nog extra verduidelijkt.<sup>26</sup>

20 HvJ EG van 18 november 1999, C-107/98, Jurispr. 1999, I-08121.

21 Zie HvJ EG van 11 januari 2005, C-26/03, *Stadt Halle*, Jurispr. 2005, I-00001; HvJ EG 21 juli 2005, zaak C-231/03, *Coname*, NJ 2006, 171; HvJ EG 13 oktober 2005, zaak C-458/03, *Parking Brixen*, NJ 2006, 226; HvJ EG van 11 mei 2006, C-340/04, *Carbotermo*, Jurispr. 2006, I-04137.

22 Zie HvJ EG van 9 juni 2009, *Commissie tegen Duitsland*, C-480/06, Jurispr. 2009, I-04747; HvJ EG van 13 november 2008, *Coditel*, C-324/07, Jurispr. 2008, I-08457; HvJ EG van 10 september 2009, *Sea Srl tegen Comune di Ponta Nossa*, C-573/07, Jurispr. 2009, I-08127; HvJ EG van 15 oktober 2009, *Acoset SpA*, C-196/08, Jurispr. 2009, I-09913; vgl. ook de feiten en de beslissing in HvJ EU van 6 mei 2010, *Club Hotel Loutraki AE*, C-145/08 en C-149/08, Jurispr. 2010, I-04165.

23 HvJ EG van 19 april 2007, C-295/05, *Asemfo tegen Transformación Agraria SA (Tragsa) Administración del Estado*, Jurispr. 2007, I-02999.

24 HvJ EG van 15 september 2009, C-573/2009, *Sea Srl tegen Comune di Ponta Nossa*, Jurispr. 2009, I-08127.

25 HvJ EG van 9 juni 2009, *Commissie tegen Duitsland*, C-480/06, Jurispr. 2009, I-04747.

26 (De Grote kamer van het) HvJ EU van 19 december 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce, Università del Salento tegen Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e.a.* Zie ook HvJ EU van 13 juni 2013, C-386/11, *Piepenbrock*, n.n.g., te vinden op <http://curia.europa.eu/>.

#### 4. Codificatie Europese jurisprudentie in de nieuwe richtlijnvoorstellen

De Europese Commissie heeft inmiddels aan de oproep van ex-commissaris Mario Monti en decentrale en regionale overheden gehoor gegeven en in de op 20 december 2011 ingediende voorstellen ter wijziging van het bestaande juridisch aanbestedingskader de voorwaarden uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie van het laatste decennium over inbesteden en publieke samenwerking gecodificeerd in art. 11 van het voorstel voor de klassieke sectoren COM(896) def. Hiermee wordt door de Unie niet alleen een duidelijk *statement* gemaakt, namelijk dat de overheid altijd de *discretionaire bevoegdheid* behoudt om zelf taken, diensten, werken e.a. uit te voeren in samenwerking met andere overheden. Tevens wordt voor de eerste keer in de geschiedenis van de Europese Unie ook de onzekerheid weggenomen over de vraag wanneer de overheid voor de publieke weg mag kiezen in plaats van voor de markt.<sup>27</sup> Dat is een vraag die jarenlang bijvoorbeeld ook de discussie heeft gedomineerd over de vraag of diensten van algemeen (economisch) belang wel of niet aanbesteed moesten worden.<sup>28</sup> Nu is in ieder geval duidelijk gemaakt dat voor de beantwoording van die vraag *niet de aard van de dienst* maar de *voorwaarden* waaronder de uitvoering wordt geregeld, doorslaggevend zijn.<sup>29</sup>

- 27 Let op, zoals vaker in deze bijdrage vermeld, geldt dit uitsluitend vanuit een aanbestedingsrechtelijke optiek. Want voor al de in art. 11 gereuleerde juridische mogelijkheden om te mogen inbesteden en publiek te mogen samenwerken, geldt dat deze ook nog een mededingingsrechtelijke en staatssteunrechtelijke toets moeten ondergaan om juridisch toelaatbaar te zijn.
- 28 Een bespreking van het begrip 'algemeen belang', diensten van algemeen belang' en 'diensten van algemeen economisch belang' valt buiten het bestek van deze bijdrage. Zie voor de jarenlang durende discussie over de invulling van dit begrip: Diensten van algemeen belang in Europa, Pb. 1996, C 281/3; Mededeling van de Commissie, Diensten van algemeen belang in Europa, Pb. 2001, C 17/4, COM(2001) 598 def.; Verslag aan de Europese Raad van Laken – Diensten van algemeen belang; COM(2003) 270 def.; Groenboek over diensten van algemeen belang, COM(2004) 346 def.; Witboek over diensten van algemeen belang, COM(2007) 725 definitief; Mededeling van de Commissie van 20 november 2007, Begeleidend document bij de Mededeling 'Een interne markt voor het Europa van de 21ste eeuw. Diensten van algemeen belang, met inbegrip van sociale diensten van algemeen belang: een nieuw Europees engagement.' Zie ook de in 2007 verschenen memo 07/475 met de meest gestelde vragen over de Mededeling van de Commissie betreffende diensten van algemeen belang en het Commissie werkdokument SEC 2007/1516 met de meest gestelde vragen over staatssteun en diensten van algemeen economisch belang (2007). Zie ook: Europa Decentraal, Handreiking diensten van algemeen economisch belang en staatssteun, 10 juni 2008. Zie over deze begrippen verder ook: P.J. Slot, M.H. Park en A. Cuyvers, 'Diensten van algemeen (economisch) belang nader beschouwd' M&M 4 (2007), p. 102-105; K.E. Arnon en J.J.M. Sluijs, 'Het arrest BUPA: publieke diensten en marktwerking', NTER 2008, 7/8, p. 208 e.v.; M. Krajewski, 'Providing legal clarity and securing policy space for public services through a legal framework for services of general economic interest: Squaring the circle' European Public Law 3, 2008, p. 377-397.
- 29 Ik ben me ervan bewust dat dit een uitspraak is die kritisch zal worden ontvangen. Dat heb ik reeds mogen ervaren toen ik in 2011 deze gedachte in Denemarken lanceerde op het Internationale Congres over Social Services of General Interest; die bijdrage publiceerde ik later in

Wat ook verduidelijkt is in art. 11 van de voorstellen, is dat inbesteden mogelijk is ook op het terrein van andere taken die niet van *algemeen belang* zijn, maar voor welke taak of dienst dan ook. Er moet uiteraard wel in cumulatieve zin aan de voorwaarden worden voldaan die art. 11 van het voorstel voor de nieuwe richtlijn stelt.<sup>30</sup>

De verduidelijking dat overheden mogen samenwerken onder de door de EU vastgestelde voorwaarden ook op het terrein van taken, diensten, leveringen of werken die niet van openbaar/algemeen belang zijn, is van essentieel, bijna historisch belang, binnen het recht van de Europese Unie.

#### 5. En wat doet Nederland?

Een groeiende reeks overheden is in Nederland bezig deze nieuwe mogelijkheden steeds meer in concreto te benutten, vaak via de oprichting van een Gemeenschappelijk Openbaar Lichaam of gemeenschappelijke regeling 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, een bv, een coöperatie).<sup>31</sup>

De visienota 'Bestuur en bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden' van oktober 2011 vermeldt de toename van het aantal samenwerkingsverbanden tussen verschillende bestuursorganen, in publiekrechtelijke én privaatrechtelijke vorm: in 2010 waren er 698 publiekrechtelijke en 1022 privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden tussen verschillende bestuursorganen.<sup>32</sup>

De ingezette trend is vanaf 2009 goed zichtbaar geworden met twee zaken waarin (samenwerkende) gemeenten ervoor kozen om taken geheel binnen het publieke domein uit te voeren, zonder voorafgaande aanbestedingsprocedure. In de zaak AVR-Afvalverwerking BV tegen de gemeente Westland en NV Huisvuilcentrale

samenwerking: zie Elisabetta Manunza en Wouter-Jan Berend, 'Social services of General Interest and the EU Public Procurement Rules', Chapter 14 in Ulla Neergaard, Markus Krajewski, Erika M. Szyrczak, Gronden, J.W. van de (red): *The Role of SSGIs in EU Law: New Challenges and Tensions*, T.M.C. Asser, The Hague, The Netherlands, 2012, p. 347-384, in het bijzonder paragraaf 14.4.

- 30 In september is de definitieve tekst van de richtlijnen aangenomen aan het slot van de triloog-procedure (na de Europese Commissie, achtereenvolgens de Commissie Interne markt en het Europees Parlement en tot slot de Raad). De teksten zijn nog niet openbaar maar naar verluidt zijn de mogelijkheden om te mogen inbesteden en om publiek te mogen samenwerken nog extra versoepeld. Ik verwijs hier in ieder geval naar de compromis-teksten van 12 juli 2013 die te downloaden zijn o.a. van de volgende website: <http://www.europadecentraal.nl/onderwerpen/aanbestedingen/aanbestedingsrichtlijnen-200418-en-200417/?panel=Wet-en-regelgeving>.
- 31 Al voor het vierde jaar organiseer ik in Utrecht een Korte Interdisciplinaire PAO-Leergang van twee dagen over deze materie die met grote belangstelling wordt bezocht; zie: [www.jpao.nl](http://www.jpao.nl).
- 32 Zie het visiedocument voor een compacte overheid van de minister J.P.H. Donner van Binnenlandse Zaken van het vorige kabinet: 'Bestuur en bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden' van 10 oktober 2011, p. 22. Zie ook de aanbestedingsbrief aan de Tweede Kamer, eveneens van 10 oktober 2011 (2011-2000447582). Zie ook het regeerakkoord van 29 oktober 2012 'Bruggen bouwen'.

Noord-Holland maakten de betrokken gemeenten gebruik van de door de wet voorziene uitzondering op de algemene regel dat aanbesteding verplicht is via de verlening van een alleenrecht/exclusief recht zoals in art. 18 Richtlijn 2004/18/EG beschreven en thans in het huidige art. 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012 geïmplementeerd.<sup>33</sup>

In de zaak *SITA Nederland Holding BV/Van Gansewinkel Groep BV tegen de gemeente Leeuwarden*<sup>34</sup> werd door de betrokken gemeente de in de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de EU ontwikkelde uitzondering van de inbestedingsconstructie via een aparte rechtspersoon toegepast.<sup>35</sup>

In beide gevallen ging het om de uitvoering van een taak van algemeen belang (het ophalen van huisvuil) die wettelijk op de gemeenten rust. In de praktijk worden thans vele van deze constructies gerealiseerd in strijd of met het aanbestedingsrecht of met het mededingingsrecht of met de regels inzake staatssteun.

Zo heeft de Rechtbank Rotterdam op 28 maart 2013<sup>36</sup> een inbestedingsconstructie van een dienst van algemeen (economisch) belang in strijd bevonden met het staatssteunrecht omdat die constructie niet bij de Europese Commissie werd aangemeld, zoals het staatssteunrecht verlangt. In casu werd de uitvoering van de veerverbinding Boven Hardinxveld - Werkendam - Gorinchem - Sleeuwijk als dienst van algemeen economisch belang (DAEB) aangemerkt, waarbij een interne dienst van de gemeente Gorinchem, de veerdienst Gorinchem, werd aangewezen als uitvoerder van deze dienst. Ook in dit geval – net als in de hierboven besproken zaken op het terrein van het ophalen van huisvuil – ging het om de uitvoering van een dienst van algemeen (economisch) belang. De rechtbank liet zich over het geschilpunt adviseren door de Europese Commissie en kwam tot de conclusie dat de constructie bij de Commissie had moeten worden aangemeld om de conformiteit met de staatssteunregels te toetsen.

Ook wanneer een inbestedingsconstructie conform de in de aanbestedingsjurisprudentie gestelde voorwaarden tot stand wordt gebracht, kan de constructie in strijd zijn met de staatssteunregels en om deze reden juridisch ontoelaatbaar.

Helaas is de Nederlandse wetgever niet coherent geweest in de wijze waarop hij de jurisprudentie van het Hof van de EU in de Aanbestedingswet 2012 heeft gecodificeerd: immers waarom wel de jurisprudentie over de werking van de beginselen buiten de werkingssfeer van de richtlijnen

codificeren in de Aanbestedingswet 2012 en niet de jurisprudentie van het Hof over inbesteden en publiek-publiek samenwerken?

## 6. Zijn er mogelijkheden om de 'keuze' om in te besteden of om publiek samen te werken bij de rechter aan te vechten?

Gezien het voorgaande is temeer van belang de vraag welke gevolgen een nieuwe bepaling, die met de Aanbestedingswet 2012 is ingevoerd, in dit verband kan hebben. Het gaat om art. 1.4 dat de aanbestedende dienst verplicht om zoveel mogelijk maatschappelijke waarde te doen leveren via het verstrekken van overheidsopdrachten.<sup>37</sup> Het accent bij dit vereiste, dat toegevoegd is na een motie van Kamerlid Koppejan, ligt anders dan de bewoordingen doen vermoeden, niet op het nastreven van maatschappelijke doelen maar op een verantwoorde uitgave van publieke middelen 'vanuit economisch oogpunt'. Het amendement in kwestie (nr. 426), vermeldt letterlijk in de laatste zin: "(...) Voorbeelden in andere landen laten zien dat hier met gericht overheidsbeleid op het gebied van aanbestedingen, *belangrijke besparingen* zijn te realiseren voor de overheid". Het eerste lid, onderdeel a, van art. 1.4 bepaalt daarnaast dat de aanbesteder de keuze voor de wijze waarop hij de overeenkomst voornemens is tot stand te brengen, op basis van objectieve criteria dient te bepalen.

De kans dat een marktpartij zich tegen de voorgenomen samenwerking verzet en de inhoud daarvan door de rechter laat toetsen, waarbij niet alleen juridische overwegingen maar ook overwegingen van doelmatigheid kunnen worden getoetst, is kortom, door de invoering van de Aanbestedingswet 2012 toegenomen.<sup>38</sup>

## 7. Slot

Mij lijkt een dergelijke uitleg van deze bepaling gerechtvaardigd, gelet op de parlementaire geschiedenis. Maar

33 Gerechtshof 's-Gravenhage van 15 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928 en HR van 18 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BU4900.

34 Rb. Leeuwarden, 27 januari 2010, ECLI:NL:RBL:2010:BL0852. Hof Arnhem-Leeuwarden, 3 september 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:6675.

35 Zie voor de behandeling van de voorwaarden om deze constructies te mogen toepassen: de eerder aangehaalde bijdrage van Elisabetta Manunza en Wouter-Jan Berends in het boek van Ulla Neergaard, Markus Krajewski, Erika M. Szyszczak; J.W. van de Gronden (red): *The Role of SSGs in EU Law: New Challenges and Tensions*.

36 Rb. Rotterdam, 28 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5824.

37 "1. Een aanbestedende dienst die of een speciale-sectorbedrijf dat voornemens is een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel tot het verrichten van werken, leveringen of diensten te sluiten, bepaalt op basis van objectieve criteria:

a. de keuze voor de wijze waarop de aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf voornemens is de overeenkomst tot stand te brengen;

b. de keuze voor de ondernemer of ondernemers die worden toegelaten tot de aanbestedingsprocedure.

2. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf draagt zorg voor het leveren van zo veel mogelijk maatschappelijke waarde voor de publieke middelen bij het aangaan van een schriftelijke overeenkomst als bedoeld in het eerste lid.

3. De aanbestedende dienst of het speciale-sectorbedrijf verstrekt een ondernemer op diens schriftelijk verzoek de motivering van de in het eerste lid, onderdelen a en b, bedoelde keuze."

38 Elisabetta Manunza pleitte in haar oratie 'Over grenzen: van verplichtingen voor overheden naar rechten voor burgers', uitgesproken in Utrecht op 29 september 2010 en later in haar preadvies aan de VBR van het zelfde jaar, eerder aangehaald in noot 17, voor de invoering van een wettelijke regeling waarin een objectieve toets voor de keuze tussen uitvoering door de markt of uitvoering door de overheid zou dienen te worden verplicht.

bovenal is het maatschappelijk zeer wenselijk dat een onafhankelijke toetsing plaatsvindt, omdat daarmee zowel de belangen van ondernemingen die door de keuze voor investering worden geschaad in de beoordeling worden betrokken als de belangen van burgers. Het is immers maar zeer de vraag of een investeerde taak op de hiervoor genoemde terreinen door de overheid kwalitatief beter en financieel (ook in macro-economische termen) voordeliger kan worden uitgevoerd.

In de besluitvorming over investering zoals die zich nu laat aanzien, lijkt deze belangenafweging niet of onvoldoende en onvoldoende structureel plaats te vinden. Daarmee is de vraag van de Haarlemse rechter waarmee

ik dit artikel begon nog niet beantwoord maar wel diens verrassende oproep tot een debat over deze weerbarstige materie. In dit model van rechtsontwikkeling is dan nu het woord weer aan belanghebbenden in de rechtspraak en aan de rechter zelf.

**Over de auteur**

Elisabetta Manunza is hoogleraar Europees en Internationaal aanbestedingsrecht, REBO faculteit, Universiteit Utrecht; zij is tevens ook bijzonder hoogleraar aanbestedingsrecht wegens de Nederlandse Vereniging voor Aanbestedingsrecht bij dezelfde universiteit en (co-)directeur van het Public Procurement Research Centre, [www.pprc.eu](http://www.pprc.eu).