

V PUBLIEK-PUBLIEKE SAMENWERKING⁵⁶

Introductie:

Het belang van publiek-publieke samenwerking, als uitzondering op het aanbestedingsrecht, is de afgelopen jaren sterk toegenomen.⁵⁷ Deze trend kan verklaard worden door de bewustwording van het feit dat de markt - zelfs na het initiëren van mededinging - niet altijd de gewenste diensten kan leveren. De financiële crisis zorgt er daarnaast voor dat overheden - meer nog dan voorheen - genoodzaakt zijn om hun financiële middelen op een effectieve manier te besteden.⁵⁸ In aanvulling daarop, zorgt het huidige overheidsbeleid, dat streeft naar een 'compacte' overheid voor zowel diensten van algemeen belang als ondersteunende diensten, voor een verhoging van het gebruik van publiek-publieke samenwerking.⁵⁹ Publiek-publieke samenwerking, als inbestedingsvorm, vindt plaats op alle lagen van de Nederlandse overheid, maar vooral op decentraal niveau wordt deze uitzondering veel gebruikt.⁶⁰ Samenwerkingsverbanden zijn onder andere zichtbaar bij gemeenten op het gebied van de gezondheidszorg⁶¹ en het ophalen van huishoudelijk afval⁶², en bij de Waterschappen wordt samengewerkt om hun wettelijke taken uit te voeren, zoals het onderhoud van de dijken of het garanderen van schoon drinkwater. Naast deze publieke taken, worden ondersteunende diensten zoals ICT of grafisch drukwerk ook in samenwerking voorzien door 'shared servicecentra'.⁶³

Huidig juridisch kader:

Om tot toepasselijkheid van het aanbestedingsrecht te komen is onder andere vereist dat er sprake is van gunning van een overheidscontract tussen twee afzonderlijke entiteiten.⁶⁴ Het Hof van Justitie van de Europese Unie (Hof) heeft sinds 1999 actief bijgedragen aan de ontwikkeling van drie uitzonderingen – zuiver inbesteden, institutionele samenwerking en

⁵⁶ Auteurs: W.A. Janssen, K. Kliphuis en D. van Laerhoven.

⁵⁷ In Nederland werd een toename van samenwerkingsverbanden tussen overheden gerapporteerd in 2010. Er waren toen 698 publiekrechtelijke samenwerkingsverbanden en 1022 privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden. Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Visienota: Bestuur en bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden*, 11 november 2011, p. 5. In Europa stond het onderwerp vanaf het begin van de ingezette modernisering van het Europese aanbestedingsrecht ook hoog op de agenda. Europese Commissie, *Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten; naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt*, Brussel, 27.1.2011, COM(2011) 15 definitief, p. 23.

⁵⁸ E.R. Manunza, "Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten", in J.M. Hebly, E. Manunza en M. Scheltema: *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht 2010, p. 111-120.

⁵⁹ Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Visienota Bestuur en Bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden*, 10 November 2011.

⁶⁰ Recentelijk is ook op nationaal niveau de inbestedingsproblematiek weer op de kaart gezet ten aanzien van schoonmaak diensten en beveiliging diensten binnen de overheid. Zie: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Reactie op verzoek lid Schouw en beantwoording Kamervragen*, 26 april 2013. Naar aanleiding hiervan: M. Chavannes, 'Inbesteden: Welkom bij de verwarde overheid,' NRC 16 november 2013.

⁶¹ Wet maatschappelijke ondersteuning, Stb. 2006, 351.

⁶² Art. 10.21 Wet Milieubeheer, Stb. 1979, 442.

⁶³ Rb. Utrecht, 14 januari 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BG9524.

⁶⁴ Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012.

non-institutionele samenwerking – die ervoor zorgen dat ondanks gunning van een overheidsopdracht tussen twee entiteiten er toch geen sprake is van ‘afzonderlijke entiteiten’.⁶⁵ Hierdoor kan publiek-publieke samenwerking worden uitgezonderd van een eventuele aanbestedingsplicht. Tot op heden hebben Nederlandse rechters deze uitzonderingen - gecreëerd door het Hof - consistent toegepast, waardoor samenwerkingsverbanden die werden aangevochten door derde partijen in stand konden blijven.⁶⁶

Nieuwe Richtlijn: bredere toepasbaarheid publiek-publieke samenwerking:

Ondanks de uitgebreide jurisprudentie van het Hof bleef er een wens bestaan, zowel vanuit marktpartijen als overheden, voor verdere verduidelijking van de criteria waaronder publiek-publieke samenwerking kan plaatsvinden.⁶⁷ De nieuwe Richtlijn overheidsopdrachten tracht dan ook bij te dragen aan meer rechtszekerheid op dit gebied.⁶⁸ Artikel 11 van deze richtlijn bestendigt het bestaan van het alleenrecht.⁶⁹ Artikel 12 van deze richtlijn codificeert hoofdzakelijk de bestaande rechtspraak door deze integraal over te nemen, maar zorgt in aanvulling daarop voor enkele verduidelijkingen. Het percentage van commerciële activiteiten dat een samenwerking – zowel institutioneel als non-institutioneel - mag uitvoeren is vastgesteld op 20%, welke bij het voorstel van de Commissie nog op 10% stond.⁷⁰ Verder is verduidelijkt dat institutionele samenwerking ook ten aanzien van diensten buiten het algemeen belang, zoals ICT en catering, kan plaatsvinden.⁷¹ De reikwijdte van dit artikel is daarnaast verbreed door overheidscontracten gegund aan gecontroleerde ‘zuster’ entiteiten

⁶⁵ De jurisprudentie van het Hof tot op heden kan als volgt kort worden samengevat. Bij zuivere inbesteden wordt een opdracht aan een eigen afdeling gegund, waarbij de gunning volledig intern is. Op basis van de jurisprudentie kunnen de volgende criteria worden geïdentificeerd om publiek-publieke samenwerking uit te zonderen van het aanbestedingsrecht. Bij institutionele samenwerking - in een aparte entiteit - dient voldaan te worden aan de *Teckal*-criteria: (1) De aanbestedende dienst oefent toezicht uit als ware het een eigen onderdeel en (2) de gecontroleerde partij verricht het merendeel van zijn werkzaamheden voor die aanbestedende dienst. HvJ EG van 18 november 1999, C-107/98. Toezicht kan daarnaast gezamenlijk plaatsvinden. C-324/07 van 13 november 2008, *Coditel*. Zie voor verdere uitwerking van deze criteria: C-573/07 van 10 september 2009, *Sea Srl tegen Comune di Ponte Nossia*; C-196/08 van 15 oktober 2009, *Acoset SpA*. Bij non-institutionele samenwerking - zonder apart entiteit - wordt vereist dat (1) bij de overeenkomst alleen aanbestedende diensten betrokken zijn, (2) er geen deelneming van privékapitaal is, (3) de overeenkomst als eigenschap heeft dat het gaat om een echte samenwerking die, anders dan bij een normale overheidsaanbesteding, de gezamenlijke vervulling van een gemeenschappelijke taak tot doel heeft; en (4) hun samenwerking alleen berust op overwegingen die verband houden met het openbaar belang. C-480/06 van 9 juni 2009, *Commissie tegen Duitsland*. Zie ook: C-159/11 van 19 december 2012, *ASL di Lecce*.

⁶⁶ HR 18 november 2011, LI:NL:HR:2011:BU4900 en Hof ‘s-Gravenshage 15 December 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK6928.

⁶⁷ Europese Commissie, *Groenboek betreffende de modernisering van het EU-beleid inzake overheidsopdrachten; naar een meer efficiënte Europese aanbestedingsmarkt*, Brussel, 27.1.2011, COM(2011) 15 definitief, p. 23.

⁶⁸ Richtlijn 2014/24/EU van het Europees Parlement en de Raad van 26 februari 2014 betreffende het plaatsen van overheidsopdrachten en tot intrekking van Richtlijn 2004/18/EG, L 94/65, Preambule 31.

⁶⁹ In het concept van de Richtlijn zoals die door de commissie is gepubliceerd was het alleenrecht niet opgenomen. In de toelichting wordt deze wijziging niet uitgelegd. In de vastgestelde richtlijn is het alleenrecht weer teruggekomen.

⁷⁰ Art. 12 sub 1(b) en 4(c).

⁷¹ Art. 12 sub 1.

of controlerende ‘moeder’ entiteiten ook binnen de reikwijdte van dit artikel te laten vallen.⁷² De meest in het oog springende wijziging betreft privaat kapitaal dat onder bepaalde voorwaarden wordt toegestaan bij institutionele samenwerkingen, waarmee een einde komt aan de resolute verwerping door het Hof van private deelname.⁷³ Over het algemeen kan geconcludeerd worden dat de codificatie van de jurisprudentie en de gemaakte wijzigingen zorgen voor een bredere toepasbaarheid van publiek-publieke samenwerking dan voorheen mogelijk was op basis van de jurisprudentie.⁷⁴

Toetsing aan Aanbestedingswet 2012:

Afgezien van het alleenrecht, bevat de Aanbestedingswet 2012 momenteel geen juridische basis waarop deze publiek-publieke samenwerkingen kunnen plaatsvinden.⁷⁵ De Nederlandse wetgever zal art. 12 Richtlijn overheidsopdrachten dan ook moeten implementeren in de Aanbestedingswet 2012.

Advies: aanvullend beleid noodzakelijk:

Artikel 12 betreft minimum harmonisatie vanuit de Europese Unie. Dit betekent niet alleen dat deze uitzonderingen geïmplementeerd moeten worden in de Nederlandse rechtsorde, maar ook dat er ruimte is voor aanvullend nationaal beleid, zolang aanvullingen stroken met de gedachten van dit artikel en niet strijdig zijn met de Richtlijn zelf of ander EU recht. Gezien het groeiende belang van publiek-publieke samenwerking, en het daarmee toegenomen gebruik van deze uitzondering in het aanbestedingsrecht, noopt de uitbreiding van de reikwijdte van dit artikel tot aanvullend beleid in Nederland. Een vergroting van de reikwijdte van artikel 12 is niet per definitie problematisch, maar er is een spanningsveld tussen deze uitzonderingen en de doelen van het aanbestedingsrecht.

Aanvullend beleid is ons inziens in ieder geval nodig ten aanzien van kernbegrippen gerelateerd aan publiek-publiek samenwerken, omdat de gewenste rechtszekerheid met het huidige artikel 12 slechts gedeeltelijk wordt bereikt. Het geven van verheldering ten aanzien van begrippen als privaat kapitaal,⁷⁶ zowel direct als indirect, het toezichtcriterium,⁷⁷ of

⁷² Art. 12 sub 2. Gezien de complexiteit van deze materie en de uitbreiding van de reikwijdte van dit artikel, lijkt een verdere uitbreiding van dit artikel naar gecontroleerde ‘neven of nichten’ of controlerende ‘oom of tante’ entiteiten niet wenselijk.

⁷³ Art. 12 sub 1(c) en 3 (c). Zie voor het standpunt van het Hof in C-26/03 van 11 januari 2005, *Stadt Halle*, 11.

⁷⁴ Zie hiervoor ook: J. Wiggen, ‘*Public procurement law and public-public co-operation: reduced flexibility but greater legal certainty ahead? The Commission’s Staff Working Paper on the application of EU public procurement law to relations between contracting authorities and the 2011 proposal for a new Directive*’, PPLR 2012.

⁷⁵ Art. 2.24 sub a Aanbestedingswet 2012.

⁷⁶ Verandert bijvoorbeeld de beoordeling van de aanwezigheid van privaat kapitaal bij non-institutionele samenwerking als dit kapitaal gehouden wordt door een private of non-profit entiteit die publieke belangen behartigt of nastreeft op bijvoorbeeld het sociale vlak? Zie hiervoor: A-G Trstenjak in C-324/07 op 4 juni 2008, voetnoot 31.

⁷⁷ Wat is de rol van het juridische instrument (contract of wet) dat de relatie tussen de aanbestedende dienst en de mogelijk gecontroleerde entiteit beheerst, bij de beoordeling van het toezichtcriterium? In *Asemfo* leek het strikte juridisch kader waarin Asemfo functioneerde namelijk de doorslag te geven bij deze beoordeling. In *Commissie/Duitsland*, stelde A-G Mazák dat de contractuele relatie tussen de Landkreise en de stad Hamburg zorgden voor feit dat de Landkreise geen controle konden uitoefenen. Zie: A-G Mazák in C-480/06 op 19 februari 2009, par 44.

bijvoorbeeld de berekening van het commerciële gedeelte van samenwerkingsverbanden, zal de rechtszekerheid en de naleving van de aanbestedingsregels ten goede komen.

Daarnaast zou nader onderzoek kunnen worden gedaan naar het gebruik van de uitzonderingen neergelegd in de artikelen 11 en 12 Richtlijn overheidsopdrachten, met name naar de besluitvorming voorafgaand aan de keuze om de uitvoering van een dienst in of uit te besteden. Binnen overheden behoort deze keuze momenteel tot het politieke primaat.⁷⁸ Wanneer er bij decentrale overheden sprake is van een deelneming dan is deze toets verzaamd doordat een ander (hoger) politiek orgaan deze keuze binnen hele beperkte kaders toetst.⁷⁹ Doordat deze keuze is voorbehouden aan de politiek kunnen vergelijkbare diensten bij verschillende overheden op verschillende manieren worden uitgevoerd. De vraag is of dit een wenselijke uitkomst is of dat er meer uniformiteit zou moeten komen.

Manunza en Janssen stellen bijvoorbeeld dat deze keuze voor een publiek-publieke samenwerking vooraf gegaan zou moeten worden door een belangenafweging, waarin op basis van objectieve en transparante criteria een keuze wordt gemaakt tussen marktuitlevering en overheidsuitvoering van een dienst. Hiermee dient voorkomen te worden dat overheidsopdrachten ondoelmatig en ineffectief worden inbesteed.⁸⁰ Aan de andere kant kunnen er andere argumenten zijn dan doelmatigheid en effectiviteit in het licht van professionele inkoop, bijvoorbeeld ten aanzien van politieke sturing op bepaalde projecten. Aan de hand van de uitkomsten zou eventueel richting kunnen worden gegeven aan de vraag wanneer in ieder geval een publiek-publieke samenwerking kan worden gestart.

⁷⁸ De discretionaire ruimte van overheden om te kiezen tussen in of uitbesteding van een dienst hoeft overigens geen gegeven te zijn. Inspiratie voor aanvullend beleid kan bijvoorbeeld gevonden worden in de Verenigde Staten waar de keuze om een dienst uit te laten voeren door de markt of door de overheid onderworpen is aan een voorafgaande 'toets'. De toepassing van een dergelijke toets is neergelegd in de US Federal Activities Reform Act 1998, waarin uitvoering door de markt of door de overheid op basis van objectieve en transparante criteria kan worden vergeleken. Deze wet verplicht de overheid om jaarlijks een lijst te publiceren waarin wordt aangekondigd welke diensten zij van plan is zelf uit te voeren.

⁷⁹ Zie voor gemeente artikel 160 lid 2 en lid 3, waarin in het derde lid staat de gedeputeerde staten alleen haar goedkeuring kan onthouden wegens strijd met het recht of het algemene belang.

⁸⁰ Manunza 2010, p. 118. W.A. Janssen, 'Public Procurement Law and In-house Delivery of Public Services: Improving a Paradox', in *When Private Actors contribute to Public Interests*, NILG series (forthcoming 2014). Het belang hiervan werd ook recentelijk nog bevestigd. Zie Eerste Kamer der Staten Generaal, *Verbinding verbroken? Onderzoek naar de parlementaire besluitvorming over de privatisering en verzelfstandiging van overheidsdiensten*, vergaderjaar 2012–2013, C, A.