



PUBLIC PROCUREMENT RESEARCH CENTRE

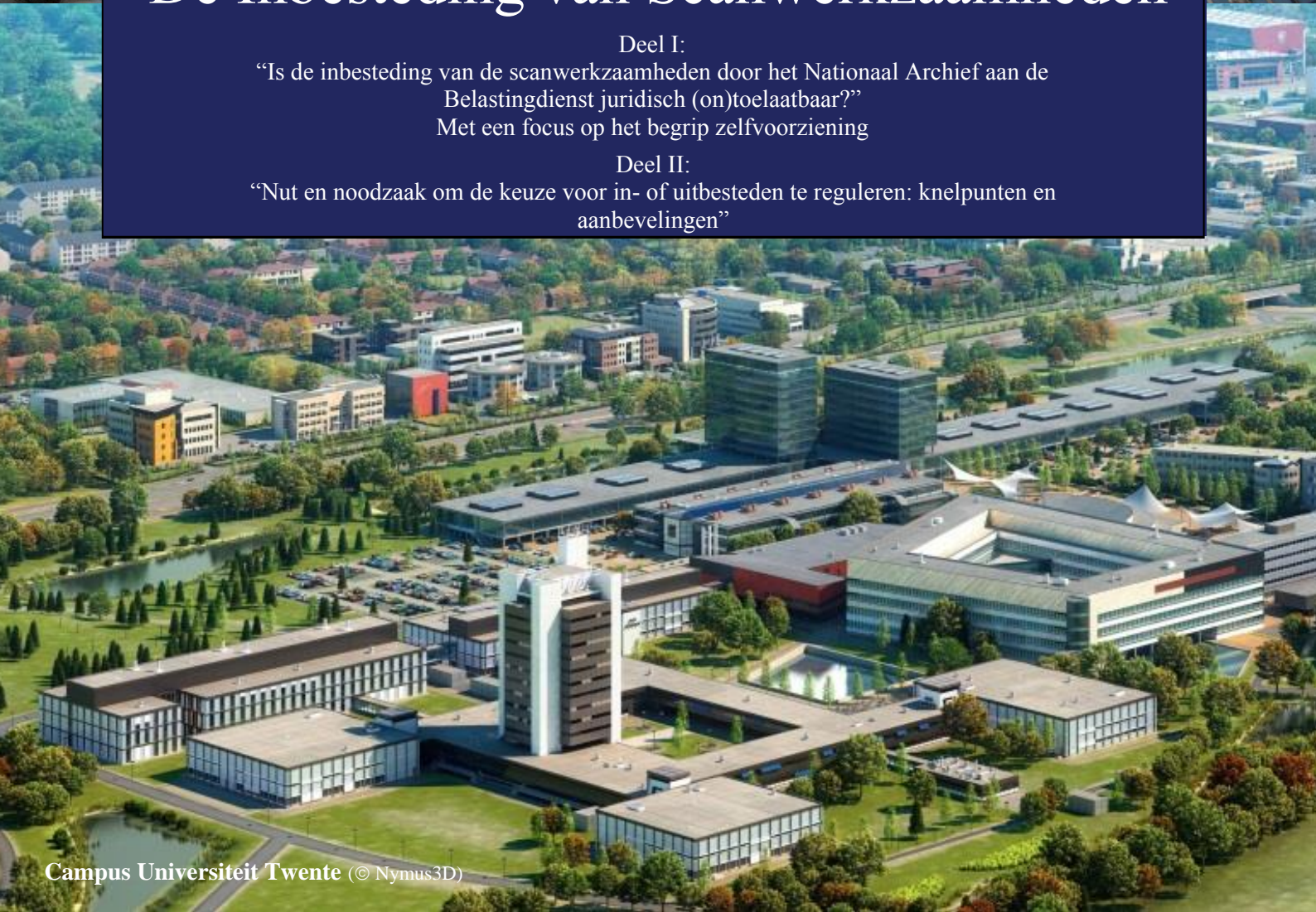
De Inbesteding van Scanwerkzaamheden

Deel I:

“Is de inbesteding van de scanwerkzaamheden door het Nationaal Archief aan de Belastingdienst juridisch (on)toelaatbaar?”
Met een focus op het begrip zelfvoorziening

Deel II:

“Nut en noodzaak om de keuze voor in- of uitbesteden te reguleren: knelpunten en aanbevelingen”



De Inbesteding van Scanwerkzaamheden

Deel I:

“Is de inbesteding van de scanwerkzaamheden door het Nationaal Archief aan de Belastingdienst juridisch (on)toelaatbaar?”

Met een focus op het begrip zelfvoorziening

Deel II:

“Nut en noodzaak om de keuze voor in- of uitbesteden te reguleren: knelpunten en aanbevelingen”

September 2015

Prof. mr. Elisabetta R. Manunza

Hoogleraar Europees en Internationaal Aanbestedingsrecht, Public Procurement Research Centre, REBO Faculteit Universiteit Utrecht

e.r.manunza@uu.nl

mr. Willem A. Janssen

AIO Europees en Internationaal Aanbestedingsrecht, Public Procurement Research Centre, REBO Faculteit Universiteit Utrecht

w.a.janssen@uu.nl

Utrecht Centre for Regulation and Enforcement in Europe (Renforce), Universiteit Utrecht

Achter Sint Pieter 200, 3512 HT, Utrecht, Nederland | +(0)30 253 7047 | www.pprc.eu

Inhoud

	pag.
Aanleiding tot dit advies	4
Deel I: “Is de investering van de scanwerkzaamheden door het Nationaal Archief aan de Belastingdienst juridisch (on)toelaatbaar?” Met een focus op het begrip zelfvoorziening	6
1. Inbesteden op Europees en Nederlands niveau	6
2. Enkele voorafgaande opmerkingen	7
3. Investering of aanbesteding?	8
4. Kan de samenwerking van het Nationaal Archief en de Belastingdienst onder de uitzondering van de zelfvoorziening binnen de eigen gezagsstructuur worden gebracht (inbestedingsvorm I)? Is de ‘Staat’ een deelbare dan wel een ondeelbare entiteit?	10
4.1 Analyse op basis van huidig recht	10
4.1.1 De taalkundige benadering	11
4.1.2 Nuttig effect van EU recht zorgt voor functionele uitleg van het begrip Staat	13
4.1.2.1 Privaatrechtelijke benadering	14
4.1.2.2 Bestuursrechtelijke benadering	15
4.1.3 Tussenconclusie	17
4.2 Analyse op basis van toekomstig recht	17
5. Kan de samenwerking tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst plaatsvinden op basis van de investeringsuitzondering via een aparte entiteit (inbestedingsvorm II)?	18
5.1 Analyse op basis van huidig recht	18
5.2 Analyse op basis van toekomstig recht	19
6. Kan de samenwerking tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst plaatsvinden op basis van een samenwerking tussen overheidsinstanties als uitzondering op de aanbestedingsplicht (inbestedingsvorm III)?	19
6.1 Analyse op basis van huidig recht	19
6.2 Analyse op basis van toekomstig recht	19
7. Concluderende observaties	19

Deel II: “Nut en noodzaak om de keuze voor in- of uitbesteden te reguleren: knelpunten en aanbevelingen”	22
1. Achtergronden	23
2. Knelpunten en enkele voorafgaande opmerkingen	23
2.1 Doelmatigheid	24
2.2 Gebrek aan rechtsbescherming ten aanzien van de <i>keuze</i> om in te besteden	24
2.3 Knelpunten	25
3. Een juridisch kader voor de keuze om in- of uit te besteden	25
3.1 Kiezen op basis van objectieve en vooraf opgestelde criteria	25
3.2 Een transparante vergelijking	27
3.3 Mogelijkheden voor marktpartijen om in bezwaar en beroep te gaan	27
3.3 Aanbevelingen	28

Aanleiding tot dit advies

Naar aanleiding van de door de minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: de minister van OCW) aangekondigde plannen om scanwerkzaamheden door de Belastingdienst voor het Nationaal Archief te laten uitvoeren in plaats van deze werkzaamheden aan een commerciële partij via een aanbesteding te verstrekken, is bij de verenigde scandiensten (o.a. X-CAGO B.V., M & R Micro-imaging B.V., MultiScan Imaging B.V., MicroFormat Systems B.V., Karmac Informatie & Innovatie B.V. en Groenendijk Microfilm- en Scanservice B.V.) de vraag gerezen naar de juridische conformiteit van dit plan met de aanbestedingsregels.¹

Het Nationaal Archief dat op basis van het Statuut agentschap Nationaal Archief² is opgericht en als baten-lastendienst onder het ministerie Onderwijs, Cultuur en Wetenschap (hierna: ministerie van OCW) ressorteert, is belast met o.a. “het beheer van de in de rijksarchiefbewaarplaatsen berustende archiefbescheiden”³. Een van zijn taken in het kader van het programma *Digitale Taken Rijksarchieven* is het digitaliseren van Rijksarchieven. Tot nu toe werden voor de scanwerkzaamheden bij het Nationaal Archief commerciële partijen ingezet maar de minister is voornemens - mede door te beweren dat er overcapaciteit is voor het inscannen van bescheiden bij de Belastingdienst dat onder het ministerie van Financiën valt – om de werkzaamheden voortaan grotendeels door laatstgenoemde dienst te laten uitvoeren.⁴ Omdat ook de Belastingdienst tot het Rijk behoort, beschouwt de minister deze taakverstrekking als een investering waarop de aanbestedingsregels niet van toepassing zijn. Volgens de minister is er geen sprake van handelen in concurrentie met derden als de Rijksoverheid voorziet in eigen goederen en diensten, wanneer dit uitsluitend binnen de rechtspersoon van de Staat der Nederlanden plaatsvindt.⁵

De verenigde scandiensten zijn het hier niet mee eens en beschouwen deze afspraak als een aanbestedingsplichtige opdracht. Om zich daartegen te verzetten hebben zij daarom een klacht ingediend bij de Commissie van Aanbestedingsexperts (hierna: CvAE)⁶ die op 20 maart jl. klagers op dit punt in het gelijk heeft gesteld. Naar aanleiding van het advies van de CvAE zijn er Kamervragen gesteld⁷ (21 april 2015) en is een motie aangenomen (16 april 2015) waarin de regering werd verzocht om de investering van scandiensten terug te draaien en de diensten alsnog aan te besteden.⁸ De minister van OCW is het niet eens met dit advies en heeft in een Kamerbrief laten weten dat het plan zal worden voortgezet (24 juni jl.)⁹. Daarbij geldt dat de adviezen van de CvAE niet *stricto sensu* juridisch bindend zijn. Ook deze brief heeft opnieuw tot Kamervragen geleid (10 augustus jl.)¹⁰ die door de minister van OCW zijn beantwoord op 3 september jl.¹¹ Het Kamerdebat naar aanleiding van deze vragen zal plaatsvinden op 9 september 2015.

In eenvoudige bewoordingen samengevat, verschillen de minister van OCW en de verenigde scandiensten van mening over de vraag of de beoogde samenwerking tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst als een juridisch toelaatbare *investering* kan worden gekwalificeerd dan wel als een aanbestedingsplichtige opdracht. Zoals uit het hierna volgende zal blijken, is de beantwoording van deze vraag cruciaal want investeringen vormen een uitzondering op de aanbestedingsplicht. Indien vastgesteld zou worden dat daarvan in het huidige geval sprake is, zou dat betekenen dat het Nationaal Archief de opdracht aan de

Belastingdienst kan verstrekken zonder aanbestedingsprocedure, waardoor de scanbedrijven deze afzetmarkt zouden kwijtraken.

Gezien de grote belangen die op het spel staan en de complexiteit van de materie, hebben de verenigde scanbedrijven ons onderzoekscentrum, het *Public Procurement Research Centre*, benaderd om over deze kwestie te adviseren. In het hierna volgende zullen we op de argumenten voor en tegen het standpunt van het ministerie ingaan. Het is geen eenvoudige aangelegenheid om vast te stellen of de gewraakte inbesteding rechtmatig is. Deze beoordeling moet namelijk plaatsvinden in afwezigheid van (heldere) regels én van jurisprudentie van de hoogste Europese rechter die specifiek over inbestedingen bij het Rijk gaan. Dit in tegenstelling tot inbestedingen tussen decentrale overheden die grote verschillen vertonen met de onderhavige casus en die inmiddels in regelgeving en jurisprudentie voldoende zijn uitgekristalliseerd.

Op ons voorstel en in overleg is besloten om dit advies in twee delen te splitsen.

In het eerste deel wordt bestudeerd in hoeverre de voorgenomen inbesteding juridisch (on)toelaatbaar is. Deze analyse concentreert zich op de vraag of de aanbestedende dienst “de Staat” als een deelbare dan wel als een ondeelbare entiteit moet worden gezien.

Op andere aspecten *ratione materiae*, zoals bijvoorbeeld de vraag of de afspraak tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst als een “schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel” in de zin van het aanbestedingsrecht dient te worden gezien, wordt niet ingegaan. De beantwoording van deze vraag heeft pas relevantie wanneer vastgesteld zou worden dat de voorwaarden en de eisen om op rechtmatige wijze te mogen inbesteden aanwezig zouden zijn. Dan pas is het zinvol om nog de vraag *ratione materiae* aan de orde te laten komen. Immers wanneer die voorwaarden en eisen die door het Hof van Justitie zijn geformuleerd om te mogen inbesteden niet aanwezig zijn, dan mag de inbesteding überhaupt niet worden uitgevoerd.

Zie hierna **Deel I. “Is de inbesteding van de scanwerkzaamheden door het Nationaal Archief aan de Belastingdienst juridisch (on)toelaatbaar?”**.

In het tweede deel zijn de belangrijkste bevindingen samengevat van het meerjarig onderzoek dat wij op dit vlak in Utrecht uitvoeren en dat zich richt op de vraag of de wijze waarop de overheid de beslissing neemt om taken / diensten door derden of zelf uit te voeren, zou moeten worden gereguleerd en zo ja op welke wijze.

Zie hierna **Deel II. “Nut en noodzaak om de keuze voor in- of uitbesteden te reguleren: knelpunten en aanbevelingen”**.

Deel I. “Is de investering van de scanwerkzaamheden door het Nationaal Archief aan de Belastingdienst juridisch (on)toelaatbaar?” Een focus op het begrip zelfvoorziening

1. Investeren op Europees en Nederlands niveau

Overheden binnen de Europese Unie beroepen zich in toenemende mate op de uitzonderingen die in de jurisprudentie van de Europese rechter op de aanbestedingsplicht zijn geformuleerd, om de uitvoering van taken in de handen van de overheid te behouden. Het gaat vaak om taken van algemeen belang maar lang niet altijd: in steeds toenemende mate worden ook zuiver economische/ commerciële diensten en taken door de overheid zelf uitgevoerd. In de laatste jaren is het aantal overheden dat hun taken in eigen beheer of in samenwerking met andere overheden verkiest boven het uitbesteden aan de markt, sterk gegroeid. De vraag of deze investeringen met inachtneming van de daarvoor geldende regels worden doorgevoerd, laten we hier buiten beschouwing. Doch hebben we redenen om aan te nemen dat dat niet altijd het geval is, zoals onlangs ook door de rechter is bepaald in een zaak waarin een investering van afvalverwerking toch aanbestedingsplichtig werd geacht (rechtbank Gelderland van 29 juli 2015).¹²

Nauwkeurige statistische gegevens over het totaal aan taken en diensten dat wordt investeed, worden noch door de EU noch door Nederland bijgehouden. Uit de Regioatlas, een website van het ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, blijkt in ieder geval dat het in Nederland gaat om honderden samenwerkingsverbanden tussen overheden.¹³ Naar aanleiding van de decentralisaties in de zorg blijkt dat gemeenten bijvoorbeeld met gemiddeld tien tot zestien buurgemeenten contracten hebben gesloten over de inkoop van jeugdzorg, de thuiszorg en de langdurige zorg.¹⁴ Privaatrechtelijke samenwerkingsverbanden (zoals een B.V. of stichting) lijken de voorkeur te krijgen boven publiekrechtelijke samenwerkingsverbanden (zoals een gemeenschappelijke regeling¹⁵). Dit blijkt uit een oudere telling uit 2010 die het bestaan tot dan toe van 698 samenwerkingsverbanden in publiekrechtelijke en 1022 in privaatrechtelijke vorm bevestigde.¹⁶

Op EU niveau is in ieder geval een toename te zien van het aantal zaken over dit soort kwesties die in de laatste vijftien jaar door de Europese rechter is beslecht. Deze zaken betroffen aanvankelijk vooral ‘investeringsconstructies’ die gehanteerd werden om (vermeende) taken van algemeen belang op decentraal niveau te verrichten. Tot 2007 werd geen enkele van deze investeringsconstructies door het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna ook Hof van Justitie EU of Hof) juridisch toelaatbaar geacht.

Ook in Nederland is een vergelijkbaar beeld waar te nemen. Op decentraal niveau worden tal van diensten op het terrein van de (thuis)zorg, taalcursussen ten bate van het inburgeringsproces, het openbaar vervoer, het ophalen en verwerken van afval, de woningcorporaties, vertaaldiensten steeds vaker investeed; vele van deze diensten worden als van algemeen belang gezien. Het beeld is echter opmerkelijk omdat het al lang niet meer gaat om deze en andere soort diensten van algemeen (economisch) belang, maar steeds meer om diensten die als commerciële diensten worden beschouwd, althans die voorheen normaliter door commerciële partijen werden uitgevoerd. Zo worden ondersteunende diensten, zoals ICT en grafisch ontwerp, beveiliging-, catering-, schoonmaak-, arbo-, ingenieurs-, fotografie-,

groenvoorzieningsdiensten, en diensten op het terrein van training- en opleidingsinstituten, re-integratietrajecten, recyclingbedrijven en reinigingsbedrijven steeds vaker in samenwerking met andere overheden uitgevoerd of via zogeheten ‘shared servicecentra’. VNO-NCW meldde dit verschijnsel – op bezorgde wijze – in een brief aan de Tweede Kamer op 26 juni 2014.¹⁷

In de afgelopen jaren is de regering gestart om ook op Rijksniveau diverse soorten diensten in te besteden. Dit beleid vindt zijn oorsprong in een visienota van voormalig minister Donner uit 2011 en is verder uitgewerkt in het regeerakkoord van 29 oktober 2012 ‘Bruggen slaan’ waarin is vermeld dat dit kabinet o.a. voor een ‘compacte en flexibele’ Rijksdienst kiest. Hoewel de term compact niet gedefinieerd wordt, streeft het huidige kabinet naar ‘een krachtige, kleine en dienstverlenende overheid die slagvaardig kan opereren.’¹⁸ In oktober 2013 maakte de minister van Wonen en Rijksdienst bekend dat de regering meer medewerkers in lage loonschalen bij het Rijk in dienst zal nemen in de sectoren post- en koeriersdiensten, schoonmaak en beveiliging. Volgens het plan worden in totaal aanvullend ruim 2500 fte bij de Rijksoverheid in de lage loonschalen gecreëerd. Het gaat daarbij om schoonmaak- en beveiligingswerkzaamheden die voorheen aan bedrijven waren uitbesteed en die de Rijksoverheid voortaan - vanaf het moment waarop lopende contracten eindigen - in eigen beheer wil uitvoeren. In het kader van deze visie past ook het streven van de centrale overheid naar inbesteding van scanwerkzaamheden. Ten slotte: duidelijk moet zijn dat al de hierboven genoemde inbestedingen juridisch gezien overeenkomsten, maar ook grote verschillen vertonen.

2. Enkele voorafgaande opmerkingen

Om nu specifiek te bezien in hoeverre dit inbestedingsplan ten aanzien van de scanwerkzaamheden juridisch toelaatbaar is, plaatsen we eerst enkele voorafgaande opmerkingen.

Geen regel verplicht de overheid om taken door derden tegen remuneratie te laten uitvoeren. Noch het Europees, noch het nationaal recht verlangt dat overheden de uitvoering van diensten (ook van algemeen (economisch) belang) aan derden, en specifiek aan commerciële partijen op 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. Dit *keuze-moment* is in Nederland niet aan een rechterlijke toets onderworpen maar uitsluitend aan politieke controle. De gemaakte keuze is vervolgens wel aan strikte eisen en voorwaarden verbonden. Als deze eisen en voorwaarden niet in acht worden genomen dan is de inbesteding in strijd met het recht (voornamelijk regels uit het aanbestedings-, staatsteun en, mededingingsrecht) en kan dit ook aan het oordeel van de rechter worden onderworpen. Doorgaans geschiedt dit door marktpartijen. Discretionaire beslissingsruimte bestaat kortom uitsluitend ten aanzien van de keuze ‘markt of overheid’.

Zodra de overheid de keuze maakt om derden tegen remuneratie taken te laten uitvoeren, dan kunnen verplichtingen van verschillende juridische aard ontstaan die van internationale, Europese en nationale oorsprong kunnen zijn. In een situatie zoals in onze casus zijn vanuit aanbestedingsrechtelijk perspectief relevant, het Verdrag betreffende de Werking van de

Europese Unie (hierna: VWEU), de richtlijn 2004/18/EG, de Aanbestedingswet 2012, de Gids Proportionaliteit en de jurisprudentie van de Europese en nationale rechter. Ook de in 2014 aangenomen richtlijn 2014/24/EU¹⁹ die in april 2016 in het Nederlands recht geïmplementeerd moet zijn, heeft relevantie. Voor specifieke vragen betreffende de inbesteding, die overigens hier niet worden behandeld, kunnen ook de algemene beginselen van behoorlijk bestuur relevant zijn die op handelingen van de overheid onverkort van toepassing blijven.

De regels inzake overheidsopdrachten zijn namelijk van toepassing zodra een overheidsinstantie met een derde partij een schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel over de verrichting van diensten, werken of leveringen sluit. Of die derde partij nu andere overheden / overheidsbedrijven, commerciële marktpartijen, sociale ondernemingen en zelfs burgers of burgersinitiatieven zijn, is overigens voor de toepassing van de aanbestedingsregels niet relevant (in het hierna volgende zullen we deze derden als ‘markt’ aanduiden).²⁰

Ook in geval de overheid voor de *publieke weg* kiest, ontstaan verplichtingen van juridische aard. Anders gezegd: de overheid heeft de vrijheid om te kiezen voor uitvoering via de publieke weg maar zodra die keuze is gemaakt dan bepaalt (voornamelijk) het EU-recht welke eisen en voorwaarden in acht dienen te worden genomen. Deze eisen en voorwaarden - die zoals reeds gezegd door het Hof van Justitie EU gedurende ruim vijftien jaar in jurisprudentie zijn ontwikkeld - zijn inmiddels door de Europese wetgever bij de recente herziening van de richtlijnen overheidsopdrachten in 2014 gecodificeerd. Inbesteden via een aparte entiteit en publiek samenwerken met een andere overheid zijn gecodificeerd in art. 12 van de (nieuwe) richtlijn 2014/24/EU voor de klassieke sectoren, in art. 28 van de (nieuwe) richtlijn voor de nutssectoren 2014/25/EU en art. 17 voor de (nieuwe) richtlijn betreffende concessies 2014/23/EU.

Op sommige punten zijn de regels uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU door de Europese wetgever, na behandeling in het Europees Parlement, aangepast en nader verduidelijkt. Deze nieuwe EU aanbestedingsrichtlijnen moeten in april 2016 in het nationale recht geïmplementeerd zijn. Recentelijk werd het conceptvoorstel van deze implementatie voorgelegd ter consultatie.²¹ Hieruit blijkt dat de Nederlandse wetgever voornemens is om de desbetreffende artikelen letterlijk te implementeren in de Aanbestedingswet 2012.

In de nieuwe regels is de mogelijkheid die overheden tot hun beschikking hebben om te mogen inbesteden via *zelfuitvoering binnen de eigen gezagsstructuur*, niet gereguleerd. En deze is juist de uitzondering die nu door de minister wordt ingeroepen om de inbesteding van de scanwerkzaamheden te rechtvaardigen.

Verder dient bij de uitvoering van inbestedingen aanvullend ook nog altijd te worden bestudeerd of, en zo ja in hoeverre het Europees en nationaal mededingingsrecht en het staatssteunrecht een verhindering kunnen zijn voor de realisering ervan. Deze rechtsgebieden worden in dit advies buiten beschouwing gelaten.

3. Inbesteding of aanbesteding?

Om uit te maken of het Nationaal Archief - wanneer het scanwerkzaamheden door de Belastingdienst laat uitvoeren - de door de Aanbestedingswet 2012 voorgeschreven

aanbestedingsprocedure(s) dient te volgen, moet worden nagegaan of de opdracht in kwestie een overheidsopdracht in de zin van deze wet is. Art. 1.1 Aanbestedingswet 2012 definieert een overheidsopdracht voor diensten als een ‘schriftelijke overeenkomst onder bezwarende titel die is gesloten tussen een of meer dienstverleners en een of meer aanbestedende diensten (...)’. Of de dienstverlener zelf een aanbestedende dienst is, is dienaangaande niet bepalend. De vraag of *ratione materiae* in het onderhavige geval sprake is van een dergelijke ‘overeenkomst onder bezwarende titel’, ligt verder buiten het doel van dit advies en wordt daarom ook niet behandeld. Bij het schrijven van dit advies staat enkel de vraag centraal of de voorwaarden om te mogen inbesteden aanwezig zijn. Om dit vast te stellen grijpen we terug naar de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU waarin uitzonderingen op de aanbestedingsplicht zijn geformuleerd om te mogen inbesteden en die het daarmee mogelijk maken om het aanbestedingsrecht buiten toepassing te laten. Uit die jurisprudentie kunnen we drie inbestedingsvormen onderscheiden. Voor ieder van deze vormen gelden verschillende vereisten en voorwaarden.²²

De eerste van deze uitzonderingen werd door het Hof van Justitie EU in 1999 geformuleerd in de zaak *Teckal*. In deze zaak formuleerde het Hof de randvoorwaarden om de scheidingslijn te trekken tussen inbesteden en aanbesteden.²³ Volgens het Hof:

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

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*.

Door deze beslissing van het Hof in *Teckal*, die de grenslijn tussen inbesteden en aanbesteden in het begrip “eigen gezagsstructuur” trekt, kunnen de twee volgende inbestedingsuitzonderingen worden onderscheiden:

(Inbestedingsvorm I) de eerste doet zich voor wanneer de overheid zelf beslist in de betreffende behoefte te gaan voorzien, geheel binnen zijn eigen gezagsstructuur; in dit geval wordt van *zelfvoorziening* gesproken; om in casu vast te stellen of hiervan sprake is dan moet worden vastgesteld of het Nationaal Archief (de aanbesteder) en de dienstverlener (de Belastingdienst) tot dezelfde ‘gezagsstructuur’ behoren; de afbakening van het begrip ‘gezagsstructuur’ is hiervoor bepalend. Wanneer van een dergelijk geval sprake is, blijft het Europees Unierecht buiten toepassing omdat de activiteit niet op een markt wordt uitgeoefend.

(Inbestedingsvorm II) De tweede vorm doet zich voor wanneer de overheid een taak / dienst via een aparte entiteit uitvoert en wordt doorgaans *inbesteding* dan wel *in-house* genoemd. In de Nederlandse literatuur wordt deze situatie vaak als ‘*quasi-inbesteding*’ aangeduid. In geval er vastgesteld wordt dat Nederlands Archief en Belastingdienst niet tot dezelfde gezagsstructuur behoren dan dient te worden onderzocht of er voldaan wordt aan de criteria onder sub 2a en 2b die hierboven zijn genoemd.

In 2009 is nog een derde inbestedingsvorm door het Hof als uitzondering op de aanbestedingsplicht in de zaak *Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Bondsrepubliek Duitsland* erkend.²⁴ Deze doet zich voor:

(Inbestedingsvorm III) wanneer de overheid een taak / dienst van algemeen belang in samenwerking met een andere overheidsinstantie uitvoert; we spreken dan van *publieke samenwerking* of samenwerking tussen overheidsinstanties. Ook voor deze uitzondering gelden strikte uitvoeringseisen en voorwaarden. Zou de gewraakte inbesteding niet onder de twee andere uitzonderingsvormen vallen dan dient alsnog te worden bestudeerd of deze mogelijkheid zich in casu voordoet.

In de nieuwe richtlijnen overheidsopdrachten worden de vormen ad II en III ‘*overheidsopdrachten tussen entiteiten in de overheidssector*’ genoemd.²⁵

In het hiernavolgende zullen de criteria voor de drie inbestedingsvormen worden toegepast op de samenwerking tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst.

4. Kan de samenwerking van het Nationaal Archief en de Belastingdienst onder de uitzondering van de zelfvoorziening binnen de eigen gezagsstructuur worden gebracht (inbestedingsvorm onder I)? Is de ‘Staat’ een deelbare dan wel een ondeelbare entiteit?

4.1 Analyse op basis van huidig recht

Het Nationaal Archief valt onder het ministerie van OCW. De Belastingdienst valt onder het ministerie van Financiën. Wanneer een afdeling van een ministerie een opdracht door een andere afdeling van hetzelfde ministerie wil laten uitvoeren, spelen aanbestedingsrechtelijke vragen geen rol. Maar ingeval een afdeling / dienst van een bepaald ministerie een opdracht door een afdeling / dienst van een ander ministerie wil laten uitvoeren, dan is het wel de vraag of hierop de Aanbestedingswet 2012 en de Europese regelgeving inzake overheidsopdrachten van toepassing zijn. De beantwoording van deze vraag is afhankelijk van de afbakening van het begrip ‘gezagsstructuur’. Indien opdrachtgever en opdrachtverlener tot dezelfde ‘gezagsstructuur’ behoren, dan kan er van een inbesteding sprake zijn.

In casu is door de minister van OCW betoogd dat (1) het Nationaal Archief en de Belastingdienst onderdeel zijn van één en dezelfde rechtspersoon, namelijk de Rijksoverheid als “Staat der Nederlanden”, en binnen één en dezelfde rechtspersoon geen sprake kan zijn van een overheidsopdracht in de zin van de Aanbestedingswet 2012; (2) in een dergelijk geval behoeft de opdracht ook niet te worden verstrekt door het sluiten van een overeenkomst onder bezwarende titel. In de brief van de minister aan de Kamer naar aanleiding van de Motie Ziengs valt de ratio te lezen die de minister volgt om de inbesteding te rechtvaardigen:

“Zoals hij in deze brief duidelijk maakt, is er van handelen in concurrentie met derden geen sprake als de rijksoverheid voorziet in eigen goederen en diensten en dit uitsluitend binnen de rechtspersoon van de Staat der Nederlanden plaatsvindt. Bij het maken van de keuze voor uitbesteden of zelf doen wordt van geval tot geval afgewogen welke uitvoeringsvorm de beste prijs-kwaliteitsverhouding oplevert.

De motie beroept zich op het advies van de commissie van aanbestedingsexperts. Deze commissie heeft in haar advies naar aanleiding van een klacht van marktpartijen het standpunt ingenomen, dat de Belastingdienst geen onderdeel is van het Ministerie van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap. Om deze reden zou er geen sprake zijn van inbesteden. De commissie vermengt echter de criteria die gelden wanneer de Staat inkoopt op de markt met de voorwaarden waarop de Staat als rechtspersoon binnen zijn eigen organisatie werkzaamheden kan laten uitvoeren. Ik wijs ook op de genoemde beantwoording van de Kamervragen in relatie tot de Wet Markt en Overheid.”²⁶

Het is de vraag of de door de minister gevolgde ratio klopt en of de afspraak tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst gezien kan worden als een interne afspraak tussen onderdelen van een en dezelfde ondeelbaar rechtspersoon, namelijk de ‘Staat der Nederlanden’ en dus als *zelfvoorziening binnen de eigen gezagsstructuur* (inbestedingsvorm I).

Centrale overheidsinstanties, zoals het Nationaal Archief dat een lasten-baten dienst zonder rechtspersoonlijkheid is binnen het Ministerie OCW en de Belastingdienst dat onderdeel uitmaakt van het Ministerie van Financiën, zouden dan binnen de Staat vallen en gebruik mogen maken van elkaars administratieve, technische en andere middelen. Een dergelijke afspraak zou dan buiten de werking van het EU recht vallen.

Of dient de afspraak als een afspraak tussen twee *afzonderlijk, rechtens van elkaar, gescheiden* entiteiten te worden gezien? In deze visie bestaat de Staat uit meerdere centrale overheidsinstanties, zoals het Nationaal Archief en de Belastingdienst, die separate aanbestedende diensten zijn en als zodanig rekening moeten houden met de verplichtingen uit het aanbestedingsrecht.

In de onlangs in de Nederlandse literatuur gevoerde discussie lijkt te worden gesuggereerd dat beantwoording van deze cruciale vraag op basis van een taalkundige benadering dient plaats te vinden, wat inhoudt een strikte toepassing van de bepalingen in de Aanbestedingswet 2012 en de EU richtlijn overheidsopdrachten inzake de definitie van een het begrip aanbestedende dienst en Bijlage IV, waarin de centrale overheidsdiensten zijn gedefinieerd.²⁷

De betreffende bepaling uit de Aanbestedingswet 2012 is echter van Europees Unierechtelijke oorsprong en dient daarom al niet op basis van een taalkundige benadering te worden uitgelegd, maar door gebruik te maken van een teleologische uitleg waarin het doel van deze bepaling centraal staat. Deze benadering kan tot andere conclusies leiden.

4.1.1 De taalkundige benadering

Art. 1 lid 9 van Richtlijn 2004/18/EG bepaalt dat “de Staat, zijn territoriale lichamen, publiekrechtelijke instellingen en verenigingen gevormd door een of meer van deze lichamen

of een of meer van deze publiekrechtelijke instellingen”, aanbestedende diensten zijn.²⁸ Deze bepaling is geïmplementeerd in art. 1.1 van de Aanbestedingswet 2012: “de staat, een provincie, een gemeente, een waterschap of een publiekrechtelijke instelling dan wel een samenwerkingsverband van deze overheden of publiekrechtelijke instellingen”.

De Staat is dus aanbestedende dienst. Het Nationaal Archief, de Belastingdienst, het Ministerie van Financiën en het Ministerie van OCW worden in Bijlage IV van richtlijn 2004/18/EG (Bijlage IV) onder de “centrale overheidsinstanties” vermeld.²⁹ In deze Bijlage en de bepalingen uit de richtlijn die naar deze bijlage verwijzen, lezen we verder de vermelding “aangebestede diensten die centrale overheidsinstanties zijn”. Hierdoor kan de vraag gesteld worden of de Staat een deelbaar begrip is.

Niet moet uit het oog worden verloren dat de lijst van Bijlage IV een praktisch doel dient: deze is ingevoerd om te voorkomen dat de vermelde overheidsinstanties van mening konden zijn niet onder de reikwijdte van de richtlijn te vallen. Specifieker ook om te voorkomen dat instanties aan hun aanbestedingsplicht zouden ontsnappen omdat de waarde van de door hun geplaatste opdrachten niet de Europese drempels zou overschrijden. De Europese richtlijn 2004/18/EG – en de implementatie in de Aanbestedingswet 2012 - schrijven immers voor dat bij de raming van de opdrachtwaarde alle gelijksoortige opdrachten van de Staat binnen een periode van twaalf maanden bij elkaar opgeteld moeten worden.³⁰ De vermelding op Bijlage IV moet dan duidelijk maken dat de opdrachten van centrale overheidsinstanties die zelfstandig mogen opereren en dus hun opdrachten individueel op de markt zetten als “afgescheiden operationele eenheden”, alsnog bij de opdrachten van de “Staat” opgeteld dienen te worden.³¹ Daarom is de opsomming van de instanties op de lijst in Bijlage IV niet uitputtend, doch slechts indicatief.

In deze visie is er toch nog ruimte om de juridische ondeelbaarheid van de Staat te verdedigen. Zoals ook door de Rechtbank Den Haag is bevestigd op 14 november 2012:

“Bij de beoordeling staat voorts voorop dat de Staat als één aanbestedende dienst moet worden aangemerkt. Anders dan Oracle betoogt, zijn de afzonderlijk ministeries geen zelfstandige aanbestedende diensten, enkel omdat zij in de praktijk als zodanig opereren. De Staat heeft in dit verband toegelicht dat het begrip “zelfstandige eenheid” binnen één aanbestedende dienst alleen betekenis heeft voor de manier waarop de opdrachten worden geraamd: opdrachten binnen één aanbestedende dienst moeten in beginsel bij elkaar worden opgeteld. De rechtbank overweegt dat in de Algemene Richtlijn 2004/18/EG en artikel 1 aanhef en onder r van het Bao, slechts de Staat als aanbestedende dienst wordt aangemerkt, en niet de afzonderlijke ministeries die met de uitvoering van taken en het beleid van de Staat zijn belast. Oracle heeft geen verdere argumenten aangevoerd op grond waarvan in dit geval een dergelijk onderscheid wél zou moeten worden gemaakt.”³²

4.1.2 Nuttig effect van EU recht zorgt voor functionele uitleg van het begrip Staat

In het Europees Unierecht dient het begrip Staat echter ‘functioneel’ te worden uitgelegd. Dit betekent dat de invulling daarvan veelal *ad hoc* dient te geschieden aan de hand van de criteria uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.

In art. 52 Verdrag betreffende de EU (VEU) jo art. 355 Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU) wordt de geografische werkingssfeer van het Unierecht aangeduid via een verwijzing naar de lidstaten. Het is de (Lid-)‘Staat’ die een sleutelrol heeft bij de totstandkoming,³³ toepassing en handhaving³⁴ van het Unierecht. Met name bij de doorwerking van het Unierecht spelen de ‘organen van de staat’ een even grote rol als de Staat zelf. Zo is de invulling van het begrip ‘staat’ en de daaruit afgeleide begrippen ‘staat als overheid’, ‘staat als werkgever’,³⁵ ‘overheidsdienst’, ‘overheidstaak’,³⁶ ‘staatsonderneming’,³⁷ ‘aanbestedende dienst’, ‘publiekrechtelijke instelling’, ‘- orgaan’, ‘- lichaam’,³⁸ van doorslaggevend belang bij de beantwoording van de vraag welke organen van de staat gehouden zijn rechtstreeks werkende bepalingen van Unierecht toe te passen. Het Unierecht bevat namelijk geen specifieke definitie van wat, in materiële zin, onder nationale overheid moet worden verstaan. Om deze reden zijn al deze begrippen voortdurend onderwerp van interpretatie geweest in de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU.

De functionele benadering van de Europese wetgever - in de richtlijnen overheidsopdrachten - en het Hof brengt mee dat bij de uitleg van dit begrip niet wordt gekozen voor één uniforme, op objectieve en formele criteria gebaseerde definitie die in het Unierecht algemene gelding heeft, maar voor diverse definities die telkens met *ad hoc* opgestelde criteria worden ingevuld en die om deze reden van elkaar verschillen, afhankelijk van het doel dat in die bepaalde situatie wordt nagestreefd.

Een Unierechtelijk, leidend beginsel in al deze verschillende benaderingen is het effectiviteitsbeginsel. Dit beginsel brengt met zich mee dat een *ruime* interpretatie van het begrip ‘overheid’ in bepaalde omstandigheden nodig is om simpele ontduiking van EU-discipline tegen te gaan. Hetzelfde beginsel brengt met zich mee dat dit begrip bij uitzonderingen op Unierechtelijke bepalingen *eng* dient te worden geïnterpreteerd.

Deze functionele interpretatie geldt ook op het terrein van het Europees aanbestedingsrecht. In het *Beentjes*-arrest werd het Hof van Justitie gevraagd om een beslissing te nemen over de vraag of de (destijds geldende) Richtlijn Werken 71/305/EEG van toepassing was op een openbare aanbesteding van werken door een lichaam als de plaatselijke commissie voor de ruilverkaveling.³⁹ Het Hof stelde vast dat deze commissie een lichaam zonder eigen rechtspersoonlijkheid was, waarvan de taak en de samenstelling bij de wet waren geregeld en waarvan de leden werden aangewezen door Gedeputeerde Staten van de betrokken provincie. Verder was zij in haar functioneren geheel afhankelijk van de centrale commissie, waarvan de leden door de Kroon werden benoemd; de door haar aanbestede werken werden door de overheid gefinancierd en de nakoming van haar verplichtingen werd gegarandeerd door de Staat. Het Hof van Justitie besloot dat aan het begrip ‘Staat’ uit de Richtlijn Werken een *functionele* uitleg moest worden gegeven en dat de commissie voor de ruilverkaveling onder dit begrip viel.

Immers *het doel van deze richtlijn zou in gevaar 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 van de entiteit in kwestie in beschouwing moet nemen bij het vaststellen of een entiteit als overheid en dus als een aanbestedende dienst in de zin van de EU-richtlijnen 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.⁴⁰

Het doel van de Europese richtlijn, de voltooiing van een interne markt voor overheidsopdrachten, is kortom doorslaggevend. Daar inbesteden een uitzondering is op de aanbestedingsplicht, dient in deze context het begrip Staat *eng* te worden geïnterpreteerd en toegepast.

Wellicht ten overvloede wordt er hier ook aan herinnerd dat het Europees recht altijd voorrang heeft boven het nationale recht. Zelfs boven de Nederlandse Grondwet.

Op basis van deze Unierechtelijke benadering over de functionele interpretatie van het begrip Staat, kan de stelling worden verdedigd dat de Belastingdienst en het Nationaal Archief als twee separate aanbestedende diensten kunnen worden gezien die niet *binnen dezelfde gezagsstructuur* functioneren waardoor zij geen deel uitmaken van dezelfde aanbestedende dienst. Om dit vast te stellen dient te worden bezien of de twee diensten *rechtens* van elkaar kunnen worden gescheiden.

Naast de door de minister *in casu* gehanteerde privaatrechtelijke benadering, is er echter ook de bestuursrechtelijke benadering. Het is niet op voorhand duidelijk welke van deze twee interpretaties van het *rechtens* onderscheid voorrang moet krijgen. Het feit dat het aanbestedingsrecht in Nederland van privaatrechtelijke aard is geeft in ieder geval niet per definitie de doorslag. Zo is het aanbestedingsrecht in andere EU lidstaten hoofdzakelijk een bestuursrechtelijke aangelegenheid en is de bestuursrechtelijke benadering de meest gehanteerde.

Wat naar de bestuursrechtelijke benadering sterk laat neigen, zijn de bewoordingen van het Hof in de Teckal-zaak die een analyse van de “gezagsstructuur” vereisen. Het privaatrecht reguleert in deze situatie de contractuele relaties tussen de overheid en derde partijen, terwijl het bestuursrecht juist een belangrijke interne organisatorische rol heeft binnen de overheid.

4.1.2.1 Privaatrechtelijke benadering

Artikel 2:1 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) bepaalt dat “De Staat, de provincies, de gemeenten, de waterschappen, alsmede alle lichamen waaraan krachtens de Grondwet verordenende bevoegdheid is verleend” rechtspersoonlijkheid bezitten. Onder de laatste categorie vallen instanties die een openbaar lichaam zijn en verordenende

bevoegdheden hebben⁴¹, zoals het geval is bij de Nederlandse Orde van Advocaten⁴², de Nederlandse loodsencorporatie⁴³ en de Koninklijke notariële beroepsorganisatie⁴⁴.

Het tweede lid van artikel 2:1 BW omschrijft een aanvullende categorie rechtspersonen: “Andere lichamen, waaraan een deel van de overheidstaak is opgedragen, bezitten slechts rechtspersoonlijkheid, indien dit uit het bij of krachtens de wet bepaalde volgt.” Deze categorie wordt ook wel ‘rechtspersonen *sui generis*’ genoemd, omdat de wetgever steeds op verschillende manieren vorm geeft aan de inrichting van deze organisaties.⁴⁵ Voorbeelden zijn het Commissariaat voor de Media⁴⁶ en de Dienst voor het kadaster en de openbare registers.⁴⁷ Artikel 2:5 BW geeft aan publiekrechtelijke rechtspersonen privaatrechtelijke rechtssubjectiviteit, waardoor deze rechtspersonen gelijk worden gesteld met natuurlijke personen.

In het privaatrecht, en meer specifiek het vermogensrecht, kan dus *geen onderscheid* worden gemaakt tussen onderdelen van de rechtspersoon Staat der Nederlanden. De ministeries, het Nationaal Archief en de Belastingdienst hebben namelijk geen eigen rechtspersoonlijkheid. Het is dan ook de Staat der Nederlanden die voor de civiele rechter kan worden gedaagd. Dit juridisch onderscheid kan op basis van artikel 2:1 BW wel gemaakt worden tussen (1) de Staat der Nederlanden en (2) provincies, gemeenten, waterschappen, privaatrechtelijke rechtspersonen, zoals de Nederlandse Bank N.V., en publiekrechtelijke rechtspersonen, zoals het Centraal Bureau voor Statistiek.⁴⁸

4.1.2.2 Bestuursrechtelijke benadering

Als wij het begrip vanuit het bestuursrecht toetsen komen we tot een ander resultaat. In het bestuursrecht wordt uitgegaan van *ambten*, oftewel *bestuursorganen*. Het begrip bestuursorgaan is een kernbegrip in het bestuursrecht, omdat de verplichtingen uit de Algemene wet bestuursrecht (Awb) alleen van toepassing zijn op bestuursorganen. Artikel 1:1 Awb maakt op basis van de indeling van dit artikel een onderscheid tussen a-organen en b-organen, zijnde:

- a. een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld, of
- b. een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed.⁴⁹

A-organen maken deel uit van *een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld*. Dit is daarom een organisatorisch criterium: het deel uitmaken van een bepaalde organisatie is van doorslaggevend belang. A-organen zijn voor al hun handelingen bestuursorgaan, terwijl b-organen dat alleen zijn – zoals blijkt uit artikel 1:1 Awb - voor zover zij met ‘openbaar gezag bekleed zijn’. Bij b-organen gaat het bijvoorbeeld om de toekenning van een publiekrechtelijke bevoegdheid. Omdat a-organen publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid hebben, gaat het bij b-organen alleen om privaatrechtelijke rechtspersonen en natuurlijke personen. Voor de definiëring van het begrip a-orgaan wordt net als in de privaatrechtelijke benadering verwezen naar artikel 2:1 BW.

De Staat der Nederlanden is op basis van dit artikel een rechtspersoon dat krachtens publiekrecht is ingesteld. De organen die deel uitmaken van de Staat zijn daarom a-organen.

De vaststelling van organen binnen een publiekrechtelijke rechtspersoon is van belang, omdat binnen het bestuursrecht het handelen van een persoon of functie steeds aan het betreffende bestuursorgaan toegerekend wordt. De wettelijke context bepaalt welk bestuursorgaan dat is: “als de belastinginspecteur een aanslag oplegt, wordt die handeling voor de rechtsbescherming aan hemzelf (als bestuursorgaan), maar voor het klachtrecht en de WOB aan de staatssecretaris toegerekend.”⁵⁰

Het is derhalve de vraag hoe *organen* binnen een publiekrechtelijke rechtspersoon onderscheiden kunnen worden. Hiervoor is allereerst de organieke regeling van de rechtspersoon van belang. Voor gemeenten is dit de Gemeentewet en voor de provincies de Provinciewet.

De Staat heeft geen specifieke organieke regeling, maar de Grondwet onderscheidt wel de minister⁵¹, de staatssecretaris⁵², en de ministerraad⁵³ als organen van de Staat. In aanvullingen op organen die genoemd worden in de organieke regeling kan een orgaan ook ontstaan door de toedeling van een bevoegdheid. Zo noemt de Algemene wet rijksbelastingen de belastinginspecteur, die bevoegdheid heeft om een belastingaanslag vast te stellen.⁵⁴ Het kan overigens ook zo zijn dat de rechtspersoonlijkheid samenvalt met het orgaan, zoals bij het Commissariaat voor de Media.⁵⁵ Vanuit functionele overwegingen kunnen overigens binnen een publiekrechtelijke rechtspersoon *organisatieonderdelen* worden onderscheiden, maar dit betekent niet dat deze onderdelen ook bestuursorganen zijn.

De Belastingdienst is een onderdeel van het ministerie van Financiën. De organisatorische indeling van het ministerie bepaalt echter niet of er sprake is van een bestuursorgaan. De minister en de staatssecretaris van Financiën zijn bestuursorganen op basis van de Grondwet (de betreffende organieke regeling). Daarnaast is de belastinginspecteur een bestuursorgaan op basis van de Algemene wet op de rijksbelastingen.⁵⁶ Deze *ambten* (de minister, staatssecretaris en de belastinginspecteur) zijn dus a-organen van de publiekrechtelijke rechtspersoon Staat. De belastinginspecteur wordt derhalve in beginsel voor zijn gehele handelen onderworpen aan de publiekrechtelijke normering van de Awb (ook voor privaatrechtelijk handelen of puur feitelijke handelingen).

Het Nationaal Archief valt onder het ministerie van OCW. De minister en de staatssecretaris van OCW zijn bestuursorganen op basis van de Grondwet (de organieke regeling).

Er kan dus *rechtens* een onderscheid worden gemaakt tussen het bestuursorgaan de minister en staatssecretaris van OCW, waaronder het Nationaal Archief valt, en de belastinginspecteur, die organisatorisch gezien deel uitmaakt van de Belastingdienst.

Naast de vaststelling dat (onderdelen van) het Nationaal Archief en de Belastingdienst mogelijk gescheiden kunnen worden op basis van het begrip bestuursorgaan, kan ook nog worden aangevoerd dat *rechtens* een onderscheid tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst kan worden gemaakt op basis van de Comptabiliteitswet 2001.⁵⁷ Deze wet maakt in de bepalingen over de Rijksbegroting een onderscheid tussen onderdelen van de Staat. Zo hebben de ministeries een eigen begroting.⁵⁸ Ook baten-lastendiensten, die volgens een afwijkend financieel beheer worden ingericht, worden apart opgenomen in deze

begroting.⁵⁹ Op grond daarvan kan ook op basis van de Comptabiliteitswet 2001 juridisch gezien dus een onderscheid worden aangebracht tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst. Het Nationaal Archief is namelijk een baten-lastendienst en de afzonderlijke begrotingsstaten van het ministerie van OCW en het ministerie van Financiën worden bij wet vastgesteld.⁶⁰

4.1.3 Tussenconclusie

Wanneer de bestuursrechtelijke benadering wordt toegepast op de samenwerking tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst dan kan er *geen* sprake zijn van zelfvoorziening (situatie D), omdat deze entiteiten *rehtens* van elkaar gescheiden kunnen worden en derhalve niet tot dezelfde gezagsstructuur behoren.

4.2 Analyse op basis van toekomstig recht

In de literatuur is onlangs discussie gevoerd over de vraag of het begrip Staat gewijzigd is in de nieuwe richtlijn 2014/24/EU die richtlijn 2004/18/EG vervangt en die voor april 2016 geïmplementeerd dient te zijn.⁶¹ In het hierna volgende gaan we hier kort op in omdat we van mening zijn dat zelfs wanneer een taalkundig verschil in de nieuwe teksten te zien is, dit geen verandering brengt in de wijze waarop het begrip Staat dient te worden uitgelegd, namelijk op grond van het Europees Unierecht op functionele wijze.

De preambule van richtlijn 2014/24/EU vermeldt dat het niet de bedoeling van richtlijn 2014/24/EU is om de definitie van het begrip Staat te wijzigen:

“De begrippen „aanbestedende diensten” en met name „publiekrechtelijke instellingen” zijn regelmatig aan de orde geweest in de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Om te preciseren dat het toepassingsgebied van deze richtlijn *ratione personae* ongewijzigd moet blijven, dient de definitie waarop het Hof zich gebaseerd heeft te worden behouden, met een aantal verduidelijkingen uit die rechtspraak, voor een goed begrip van de definities zelf; daarbij is het niet de bedoeling de interpretatie van het in de rechtspraak uitgewerkte concept te veranderen.”⁶²

Richtlijn 2014/24/EU heeft dus niet de intentie om de interpretatie van het begrip aanbestedende dienst te wijzigen, doch zijn de nieuwe bewoordingen in de definitie ‘aanbestedende dienst’ in artikel 2 lid 1 sub 1 richtlijn 2014/24/EU anders. Onder dit begrip vallen nu “de staats-, regionale en lokale overheidsinstanties, publiekrechtelijke instellingen of samenwerkingsverbanden bestaande uit één of meer van deze overheidsinstanties of één of meer van deze publiekrechtelijke instellingen”.

De nieuwe definitie lijkt het uitdrukkelijk mogelijk te maken het begrip Staat in meerdere onderdelen te splitsen door te spreken van “staatsinstanties”. Of de nieuwe bewoordingen een werkelijke wijziging betekenen ten opzichte van Richtlijn 2004/18/EG waardoor onderdelen van de Staat als individuele aanbestedende diensten dienen te worden gezien, is niet hard te maken. De Engelse (*the State*), Franse (*l'État*), Duitse (*der Staat*) en Italiaanse versie (*lo*

Stato) van richtlijn 2014/24/EU luiden anders; deze versies spreken niet van ‘overheidsinstanties’.

Wel introduceert art. 2 lid 2 van richtlijn 2014/24/EU een definitie voor centrale overheidsinstanties, zijnde: “de aanbestedende diensten als vermeld in bijlage I, alsmede de instanties die hen zijn opgevolgd voor zover op nationaal niveau rectificaties of wijzigingen zijn aangebracht”.⁶³ Niet-centrale aanbestedende diensten worden gedefinieerd als zijnde “alle aanbestedende diensten die geen centrale overheidsinstantie zijn.”⁶⁴

Deze laatste precisering ondersteunt de thesis uit ons voorgaande betoog dat het begrip Staat functioneel dient te worden uitgelegd.

5. Kan de samenwerking tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst plaatsvinden op basis van de inbestedingsuitzondering via een aparte entiteit (inbestedingsvorm II)?

5.1 Analyse op basis van huidig recht

Op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU heeft een overheidsinstantie de mogelijkheid om een opdracht te laten uitvoeren door een aparte (publiekrechtelijke of privaatrechtelijke) entiteit, waarop zij toezicht uitoefent als op de eigen diensten (i.) en die het merendeel van haar activiteiten uitsluitend ten behoeve van de opdrachtgevende overheid/heden verricht (ii).⁶⁵ Toezicht als op de eigen diensten moet *effectief* zijn. Effectief toezicht betekent dat er sprake is van een doorslaggevende invloed op de strategische doelstellingen en de belangrijkste beslissingen.⁶⁶ Op basis van de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU werd aangenomen dat het merendeel van de activiteiten 90% betekende.⁶⁷ De nieuwe richtlijn 2014/18/EU heeft dit percentage vastgesteld op 80%.⁶⁸ Het is daarbij van belang op te merken dat het Hof van Justitie EU het nieuwe recht uit richtlijn 2014/24/EU ook nu al toepast, als blijkt uit een arrest van 18 december 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (zaak C-470/13).⁶⁹

In de door het Hof van Justitie EU behandelde zaken komt ook een derde eis naar voren: dat in de aparte entiteit geen privé kapitaal zit (iii.).⁷⁰

Of de rechtspersoon in publiekrechtelijke vorm moet worden opgericht, zoals bijvoorbeeld in Nederland een gemeenschappelijke regeling, of in privaatrechtelijke vorm, zoals een BV of een coöperatie of een stichting, laat het Hof van Justitie EU in het midden. Dit is niet opmerkelijk. Dat is een keuze die op basis van het nationaal recht dient te geschieden. Van belang voor de juridische *aanbestedingsrechtelijke* toelaatbaarheid van de constructie, is kortom, uitsluitend de vraag of *in casu* aan de voorwaarden wordt voldaan die de Europese rechter heeft gesteld.

Het Nationaal Archief en de Belastingdienst kunnen naar alle waarschijnlijkheid geen gebruik maken van deze uitzondering, omdat de Belastingdienst het merendeel van zijn activiteiten (80-90%) niet voor het Nationaal Archief uitvoert. Daarnaast oefent het Nationaal Archief geen toezicht op de Belastingdienst uit als op de eigen diensten. Het Nationaal Archief heeft geen bevoegdheden om een doorslaggevende invloed op de strategische doelstellingen en

belangrijke beslissingen van de Belastingdienst uit te oefenen. Beide vallen onder verschillende ministeries.

5.2 Analyse op basis van toekomstig recht

De conclusie op basis van artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU, waarin deze jurisprudentiele uitzondering is gecodificeerd, is niet anders. In deze bepaling worden dezelfde eisen gesteld als die door het Hof van Justitie EU geformuleerd.⁷¹

6. Kan de samenwerking tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst plaatsvinden op basis van een samenwerking tussen overheidsinstanties als uitzondering op de aanbestedingsplicht (inbestedingsvorm III)?

6.1 Analyse op basis van huidig recht

Deze in 2009 geïntroduceerde nieuwe jurisprudentiele inbestedingsuitzondering op de aanbestedingsplicht geeft overheidsinstanties de mogelijkheid om met elkaar samen te werken zonder gebruik te maken van een aparte entiteit.⁷² Deze uitzondering is slechts mogelijk wanneer er sprake is van de uitvoering van taken van algemeen belang (i), er sprake is van daadwerkelijke samenwerking tussen twee overheidsinstanties (ii) en geen winst wordt nagestreefd (iii). In een arrest uit 2014 in de zaak *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* is door het Hof van Justitie EU verduidelijkt dat het moet gaan om een taak van algemeen belang die gezamenlijk op de samenwerkende overheden rust.⁷³

Daar het Nationaal Archief en de Belastingdienst niet belast zijn met een taak van algemeen belang die gezamenlijk op hen rust, lijkt een beroep op deze uitzondering ook niet mogelijk. Immers: het Nationaal Archief is belast met “het beheer van de in de rijksarchiefbewaarplaatsen berustende archiefbescheiden”; de Belastingdienst is belast met een geheel andere taak: “de heffing en invordering van rijksbelastingen en met andere bij of krachtens de wet opgedragen taken”.⁷⁴ We beklemtonen ten slotte dat scanwerkzaamheden *an sich* niet als taken van algemeen belang kunnen worden aangemerkt.

6.2 Analyse op basis van toekomstig recht

Deze conclusie is niet anders onder artikel 12 lid 4 Richtlijn 2014/24/EU, waarin deze jurisprudentiele uitzondering is gecodificeerd. Hierin wordt nog steeds vereist dat er sprake is van de uitvoering van een taak van algemeen belang die gezamenlijk op het Nationaal Archief en de Belastingdienst rust.⁷⁵

7. Concluderende observaties

▪ Nuttig effect EU recht en voorrang boven het nationaal recht

Wanneer een vraag zich voordoet over de wijze waarop nationaal recht dient te worden geïnterpreteerd en dat nationaal recht van Europees oorsprong is – zoals *in casu* –, dient de interpretatie van dat recht aan de hand van de uitgangspunten binnen dat rechtsgebied plaats te vinden. Dat uitgangspunt verlangt interpretatie aan de hand van het doel en niet – uitsluitend – op basis van de bewoordingen van de betreffende regeling.

Het Europees recht heeft altijd voorrang boven het nationale recht. Zelfs boven de Nederlandse Grondwet.

- Functionele uitleg van het begrip Staat
Het begrip ‘aanbestedende dienst’ is een begrip van Unierechtelijke oorsprong dat op basis van de leer van het nuttig effect dient te worden geïnterpreteerd en toegepast. Daarom heeft het Hof van Justitie EU bepaald dat het begrip Staat ‘functioneel’ dient te worden uitgelegd.
Een Unierechtelijk, leidend beginsel in deze functionele benadering is het effectiviteitsbeginsel. Dit beginsel brengt met zich mee dat een *ruime* interpretatie van het begrip in bepaalde omstandigheden nodig is om simpele ontduiking van EU-discipline tegen te gaan. Hetzelfde beginsel brengt met zich mee dat dit begrip bij uitzonderingen op Unierechtelijke bepalingen *eng* dient te worden geïnterpreteerd. Daar inbesteden een uitzondering is op de aanbestedingsplicht, dient ook dit begrip bij toepassing in het kader van deze uitzondering die door het Hof van Justitie EU is geformuleerd, *eng* te worden geïnterpreteerd en toegepast.
- Zelfvoorziening (inbestedingsvorm I)
Wanneer een privaatrechtelijke benadering wordt gehanteerd om vast te stellen of het Nationaal Archief van de Belastingdienst rechtens kan worden onderscheiden dan zou men kunnen concluderen dat er sprake is van dezelfde gezagsstructuur. Echter, wanneer de bestuursrechtelijke benadering wordt gehanteerd, zijn de twee diensten wel rechtens van elkaar te onderscheiden. Op basis van deze laatste benadering is de afspraak om scanwerkzaamheden uit te voeren aanbestedingsplichtig. Sterke argumenten pleiten voor de laatste benadering.
- Inbesteding via een aparte entiteit (inbestedingsvorm II)
Een beroep op de uitzondering van een *inbesteding via een aparte entiteit* kan *in casu* niet rechtmatig worden uitgevoerd, omdat er niet aan de *Teckal* voorwaarden wordt voldaan: (voorwaarde 2a) het Nationaal Archief houdt geen toezicht op de Belastingdienst als op de eigen diensten en (voorwaarde 2b) de Belastingdienst voert niet het merendeel van zijn taken uit voor het Nationaal Archief.
- Publieke samenwerking (inbestedingsvorm III)
De samenwerking tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst kan ook *niet* worden uitgezonderd van de aanbestedingsplicht op basis van de inbestedingsvorm *publieke samenwerking tussen overheidsinstanties*, omdat het voorwerp van de samenwerking – scanwerkzaamheden - geen taak van algemeen belang is en het Nationaal Archief en de Belastingdienst niet belast zijn met dezelfde taak van algemeen belang dat scanwerkzaamheden tot onderwerp heeft.
- Overheidsopdracht voor diensten
De vraag of de afspraak tussen het Nationaal Archief en de Belastingdienst *rationae materiae* gezien moet worden als een overheidsopdracht voor diensten in de zin van

art 1.1 van de Aanbestedingswet 2012, valt buiten de omvang van dit advies en wordt niet behandeld.

Deze vraag beantwoorden is pas zinvol wanneer vastgesteld zou worden dat de voorwaarden en de eisen om op rechtmatige wijze te mogen inbesteden aanwezig zouden zijn. Immers, indien aan die voorwaarden en eisen die door het Hof van Justitie EU zijn geformuleerd om te mogen inbesteden *niet* wordt voldaan, dan mag de inbesteding überhaupt niet worden uitgevoerd.

Deel II: “Nut en noodzaak om de keuze voor in- of uitbesteden te reguleren: knelpunten en aanbevelingen”

1. Achtergronden

In Deel I van dit advies is de juridische (on)toelaatbaarheid van de inbesteding van scanwerkzaamheden door het Nationaal Archief en de Belastingdienst besproken. In dat kader is op de inbestedingsvormen als uitzondering op de aanbestedingsplicht in gegaan. Ondanks het feit dat inbestedingsvorm II (via een aparte entiteit) en III (publieke samenwerking) door de Europese wetgever in de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen zijn gecodificeerd, blijft nog veel onduidelijkheid bestaan over de vraag naar de juridische conformiteit van deze inbestedingen bij toepassing van de regels in de praktijk. Wegens het feit dat inbestedingsvorm I (zelfvoorziening) geen onderwerp is geweest van de onlangs gerealiseerde regulering, noch door de Europese noch door de nationale wetgever, blijft in de praktijk ruimte bestaan voor meerdere interpretaties met als gevolg (politieke) discussies en rechtsprocedures, met alle negatieve gevolgen van dien.

In dit deel II van het advies worden knelpunten gesignaleerd en aanbevelingen geformuleerd om tot *betere regulering van inbestedingen* te komen. Wanneer de overheid een behoefte vaststelt, komt de vraag aan de orde welke de beste wijze is om in die behoefte te voorzien. In dit keuzemoment maakt de overheid een keuze tussen het in- of uitbesteden van de beoogde taak / dienst. Er is keuze uit tal van mogelijkheden (zelfvoorziening, via een aparte entiteit, door publiek samen te werken, door uit te besteden via een aanbesteding of een concessie). Er bestaan tot op heden echter geen (juridische) regels over hoe deze *keuze* gemaakt dient te worden om de beste uitvoeringswijze voor de beoogde behoefte te vinden.

In de afgelopen jaren is mede daarom vanuit ons onderzoekscentrum, het *Public Procurement Research Centre* (PPRC), betoogd dat regulering van groot nut kan zijn en voordelen kan opleveren zowel voor de overheid als voor marktpartijen.⁷⁶ We pleiten voor de invoering van een juridisch afwegingskader voorafgaand aan de beslissing om een dienst in- of uit te besteden (zie onder 3).

Ook de minister van Economische Zaken, Henk Kamp, onderschreef recentelijk het nut van een afwegingskader voorafgaand aan een inbesteding. Tijdens het Kamerdebat over de plannen om scanwerkzaamheden in te besteden (zie DEEL I, onder 1. Aanleiding tot dit advies) reageerde Minister Kamp op een vraag van Kamerlid Ziengs, als volgt:

“Materieel heb ik geen behoefte om het door haar genomen besluit te corrigeren, maar ik ben wel van plan om voor de toekomst, ook in de geest van wat de heer Ziengs naar voren heeft gebracht, te bekijken wat voor dit soort zaken een ideaal afwegingskader is en of ik dat kader kan opstellen. Zo ja, dan zal ik ook dit soort gevallen daaraan laten toetsen.”⁷⁷

Het zijn vooral bedrijven die het nut en de noodzaak van een dergelijke regulering inzien, omdat zij door het steeds toenemende aantal inbestedingen schade ondervinden. Dit is vorig jaar ook expliciet door VNO-NCW en MKB NL in een brief aan de Tweede Kamer naar voren gebracht.⁷⁸

2. Knelpunten en enkele voorafgaande opmerkingen

Zoals in Deel I van dit advies al kort is besproken, laat het Europees recht aan overheden de discretionaire bevoegdheid om te kiezen tussen het in- of uitbesteden van een dienst.⁷⁹ Wel kunnen verplichtingen van juridische aard ontstaan zodra die keuze is gemaakt. In die fase gelden in Nederland enkel de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die dienen te waarborgen dat de overheid besluiten zorgvuldig voorbereidt en de rechtstreeks bij dat besluit betrokken belangen afweegt.⁸⁰ De beslissing om een dienst via de publieke weg dan wel door de markt te laten uitvoeren wordt dan ook met name beïnvloed door de heersende politieke stroming op het niveau waarop die beslissing wordt genomen, het decentrale dan wel het centrale niveau. Dit leidt ertoe dat er een grote verscheidenheid aan meningen bestaat over de wijze waarop diensten in Nederland worden uitgevoerd en tevens een grote diversiteit aan vormen van uitvoering. De democratisch verkozen volksvertegenwoordigers zijn daarbij belast met de controle op dit bestuurlijk handelen.

Voor marktpartijen vormt deze wijze waarop keuzes gemaakt worden een onvoorspelbaar mechanisme. De politieke kleur van overheden verandert regelmatig en zo ook de wijze waarop een taak wordt uitgevoerd: een dienst die eerder werd uitbesteed, wordt vervolgens inbesteed en dus aan marktwerking onttrokken, met alle consequenties van dien.

Het Europees recht dan wel het Nederlandse recht hebben ten aanzien van bepaalde sectoren wel grenzen gesteld aan de beslissingsmogelijkheden van overheden. Dit illustreert dat het mogelijk is om de keuze tussen het in- en uitbesteden van een dienst nader te reguleren.

In het Europees recht is bijvoorbeeld een expliciete regeling opgenomen over openbaar vervoer per spoor en weg. Op grond van de Europese Verordening 1370/2007 dienen vervoerconcessies in beginsel te worden aanbesteed; slechts onder bepaalde omstandigheden kan volgens de Verordening ook voor inbesteding worden gekozen. Bij de herziening van de Wet personenvervoer 2000 heeft de Nederlandse wetgever er in 2010 voor gekozen om de in art. 5 lid 2 van de Verordening geboden *inbestedingsmogelijkheid* enkel mogelijk te maken voor de regio van de vier grote steden, Den Haag, Amsterdam, Utrecht en Rotterdam. In andere regio's kan het openbaar vervoer niet worden inbesteed.⁸¹

Ook in de recentelijk aangenomen Woningwet 2015 is de discretionaire ruimte in deze zin van de overheid begrensd.⁸² Woningcorporaties dienen zich op basis van deze wet op hun kerntaak te richten: bouwen, verhuren en beheren van sociale huurwoningen aan mensen met een laag inkomen of aan mensen die om andere redenen moeilijk passende huisvesting kunnen vinden. Uitsluitend andere dan de kerntaken van een woningcorporatie mogen worden inbesteed en enkel wanneer op de markt geen andere partijen zijn die de uitvoering van die taken voor hun rekening willen nemen.

Naast wettelijke verplichtingen kan het ook zo zijn dat overheden er zelf voor kiezen om een bepaald uitgangspunt in beleid op te nemen dat effect heeft op hun discretionaire bevoegdheid. In Nederland hanteert Rijkswaterstaat (RWS) bijvoorbeeld het principe “de markt, tenzij”.

2.1 Doelmatigheid

Overheden zijn in beginsel gehouden om op een doelmatige wijze met hun overheidsgelden om te gaan.⁸³ Maar een expliciete wettelijke verplichting om de keuze tussen in- of uitbesteden aan een doelmatigheidstoets te onderwerpen, ontbreekt. Het risico dat die keuze bijvoorbeeld vanuit economisch perspectief niet de beste is, is dan ook aanwezig. Dit levert een potentieel nadelig gevolg op voor de samenleving. Vooral omdat - zonder voorafgaande afweging - men niet kan vaststellen welke de mate is waarin een investering bijdraagt (i) aan het efficiënt besteden van overheidsgelden, (ii) aan het realiseren van duurzaamheidsdoelstellingen en (iii) aan de ontwikkeling van innovatieve diensten. Ook de voorafgaande afweging van de lange termijn effecten van de investering, zoals de mate van concurrentie op de markt of van het tegengaan van de werkloosheid, kunnen bijdragen aan de vorming van een beter en meer overwogen inzicht over het nut en noodzaak van een investering.

Hiertegenover staat dat wanneer men voor uitbesteding aan derden kiest en de keuze voor de uitvoerder via een *aanbestedingsprocedure* plaatsvindt dan speelt de vraag naar doelmatigheid een belangrijke rol. Het bereiken van secundaire maatschappelijke doelen als innovatie, duurzaamheid en sociale aspecten is bij aanbestedingen de afgelopen jaren in belang gegroeid. Overheidsopdrachten spelen daarom een cruciale rol in de Europa 2020-strategie, die “een slimme, duurzame en inclusieve groei” tracht te bereiken.

Doelmatigheid in de Aanbestedingswet 2012

Art. 1 lid 4 van de Aanbestedingswet 2012 verplicht overheden om doelmatigheids-overwegingen mee te nemen bij *aanbestedingsbeslissingen*: aanbestedende dienst wordt verplicht om zoveel mogelijk *maatschappelijke waarde* te doen leveren.⁸⁴ Het accent bij dit vereiste, dat aan deze bepaling toegevoegd is na een motie van Kamerlid Koppenjan, ligt anders dan de bewoordingen doen vermoeden, niet alleen op het nastreven van maatschappelijke doelen, maar op een goede uitgave van publieke middelen ‘vanuit economisch oogpunt’. De rechter bepaalde recentelijk dat overheden daarom “moeten streven naar de beste prijs-kwaliteitverhouding.”⁸⁵

2.2 Gebrek aan rechtsbescherming ten aanzien van de keuze om in te besteden

Marktpartijen hebben momenteel geen mogelijkheden om de *keuze* om in te besteden *inhoudelijk* te laten toetsen bij de rechter, waardoor zij geen ruimte hebben om aan te tonen dat uitvoering door de markt in een bepaald geval doelmatiger is. Het is daarnaast onwaarschijnlijk dat de rechter een schending van de *procedurele* waarborgen, vastgelegd in de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, vaststelt bij een investering, omdat de rechter terughoudend toetst of een overheid in redelijkheid een bepaald besluit had kunnen nemen.⁸⁶ Er kan dan ook ten aanzien van de keuze tot investering worden gesproken van een gebrek aan rechtsbescherming voor marktpartijen ten opzichte van de overheid.

Immers, in een rechtsprocedure kan uitsluitend worden gekeken of de *voorwaarden* uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie EU om te mogen investeren aanwezig zijn, of er sprake is van onrechtmatige staatssteun of eventuele strijd met het mededingingsrecht.

2.3 Knelpunten

Noch het Europees noch het nationaal recht bevatten regels op basis waarvan een overheid op objectieve en van te voren bekendgemaakte criteria haar keuze dient te maken tussen in- en uitbesteden, waardoor:

- overheden geen juridische verplichting hebben om op basis van doelmatigheidsoverwegingen een afweging te maken tussen het in- of uitbesteden van een dienst;
- marktpartijen niet effectief in rechte kunnen opkomen tegen een beslissing tot inbesteding en daarom op dit vlak geen rechtsbescherming hebben.

3. Een juridisch kader voor de keuze om in- of uit te besteden

De invoering van een juridisch afwegingskader voorafgaand aan inbestedingen biedt een oplossing voor bovenstaande knelpunten. Een dergelijk afwegingskader zorgt er namelijk voor dat een overheid bij de uitvoering van diensten altijd op transparante wijze de vraag stelt *op welke manier de meest substantiële toegevoegde waarde voor de maatschappij wordt bereikt*. Een overheid zal dan eerst moeten onderzoeken of haar betrokkenheid bij de uitvoering van een dienst noodzakelijk is. Hiervoor kan aangesloten worden bij het begrip *marktfalen* dat door beleidseconomen wordt gehanteerd.⁸⁷ Overheidsbetrokkenheid is op basis van deze visie alleen gerechtvaardigd als de markt faalt. Echter, ook als sprake is van een marktfalen, dan is de vorm van overheidsbetrokkenheid nog geen gegeven. Om vast te stellen welke vorm van inbesteding of uitbesteding voor de meeste maatschappelijke waarde zorgt, is het daarom van belang dat de wetgever *objectieve toetsingscriteria* opstelt.

3.1 Kiezen op basis van objectieve en vooraf opgestelde criteria

Criteria die gehanteerd kunnen worden bij een objectieve toetsing, zijn duurzaamheid, prijs, innovatie, sociale aspecten en andere kwaliteitsaspecten, waarbij ook de lange termijn effecten meegenomen kunnen worden. De prijs is dan niet de aanschafprijs, maar de gehele levenscyclus van de dienstverlening.⁸⁸ Bij de ontwikkeling van een dergelijk toetsingskader kan gebruik worden gemaakt van de decennia lange ervaring die inmiddels is opgedaan met het vergelijken van inschrijvingen op aanbestedingen. Er zijn verschillende methodieken, zoals Gunnen op Waarde⁸⁹, die een objectieve vergelijking mogelijk maken.

De vergelijking op basis van criteria vereist informatie vanuit de markt en van de overheid over de mate waarin zij aan deze criteria voldoen. Bij het verkrijgen van deze informatie over marktuitlevering kunnen *marktconsultaties* een belangrijke rol spelen, omdat de overheid daarmee inzicht kan verkrijgen in hetgeen marktpartijen kunnen bieden. Voorafgaand aan aanbestedingen wordt dit instrument al regelmatig ingezet.

De Public –Private Comparator (PPC)

De PPC van Rijkswaterstaat is in dit kader noemenswaardig. De PPC kan gebruikt worden bij overheidsprojecten waar verschillende samenwerkingsvormen met marktpartijen overwogen worden. Het betreft een methode om de voor- en nadelen in kaart te brengen van verschillende contractsvormen die gebruikt kunnen worden bij de uitvoering van hoofdzakelijk grote infrastructurele projecten, zoals de DBFMO-contracten. Inbestedingsvormen worden echter niet meegenomen in deze vergelijking. Het Rijk is verplicht een PPC uit te voeren bij rijksprojecten voor huisvesting en infrastructuur boven drempelwaarden van respectievelijk vijftientig miljoen euro en zestig miljoen euro. De PPC is een voorbeeld van een overheid die het belang van goed onderbouwde keuzes vorm tracht te geven via een interne vergelijkingsprocedure.⁹⁰

Amerikaanse regulering van inbestedingen

Het Amerikaanse systeem, waarin een juridisch afwegingskader voorafgaand aan inbestedingen al tot stand is gekomen, kan ter inspiratie dienen. Het doel van deze regulering is om *value for money* te creëren. Het afwegingskader dat voorafgaat aan een inbesteding is opgedeeld in twee fases, namelijk (i) de categorisering van diensten op basis van toetsbare criteria en (ii) de selectie van de uitvoerder van diensten op basis van toetsbare criteria.

De eerste fase van het afwegingskader wordt gereguleerd door de Federal Activities Inventory Reform Act 1998 (US FAIR Act).⁹¹ Deze wet verplicht alle federale overheden om jaarlijks een lijst (*inventory*) van diensten op te stellen. Op deze lijst wordt een onderscheid gemaakt tussen diensten die als overheidstaak (*inherently governmental service*) en die als commerciële taak (*commercial service*) kunnen worden beschouwd.

In de wet worden een aantal criteria uitgewerkt die federale agentschappen moeten helpen bij de classificatie van diensten op deze lijst. Belangrijke criteria zijn onder andere de noodzaak om beslissingen te laten nemen door overheidsambtenaren in plaats van marktpartijen (zoals het sluiten van contracten, beslissingen ten aanzien van overheidsbeleid en subsidies), de mate waarin toezicht mogelijk is op de uitvoering van een dienst door een marktpartij en of de dienst al op wenselijke wijze wordt aangeboden door de markt.⁹²

Overheidstaken worden altijd door de overheid uitgevoerd. Het begrip overheidstaak wordt door de wet gedefinieerd als een dienst die ‘so intimately related [is] to the public interest as to mandate performance by government personnel’.⁹³ Overheidstaken zijn in ieder geval het buitenlandsbeleid, de wetgevende macht en de rechtsspraak. Deze diensten worden in Nederland de kerntaken van de overheid genoemd.

Het tegenovergestelde begrip commerciële taak wordt gedefinieerd als ‘a recurring service that could be performed by the private sector and is resourced, performed, and controlled by the agency through performance by government personnel, a contract, or a fee-for-service agreement’.⁹⁴ Commerciële diensten kunnen door zowel de overheid zelf, een andere overheid, alsook door marktpartijen uitgevoerd worden. Voorbeelden zijn onder andere het verzamelen van informatie, catering, onderhoud en beveiliging. Ten aanzien van deze diensten kan uitvoering door de overheid zelf, een andere overheidspartij of een marktpartij vergeleken worden op basis van een objectieve criteria in een zogeheten publiek-private

competitieve procedure. Dit competitieve proces is vastgelegd in de Circular A-76 dat wordt uitgegeven door het *Office for Management and Budget* (OMB).⁹⁵ Op basis van deze circulaire kan gekozen worden voor competitie op basis van prijs of zogeheten *trade-offs*, waar ruimte is voor concurrentie op bijvoorbeeld kwaliteit, innovatie, en duurzaamheid. De overheid kan dus zelf beslissen op basis van welke criteria de uitvoerder van een dienst geselecteerd moet worden.

3.2 Een transparante vergelijking van in- en uitbesteding

Wanneer de objectieve toetsingscriteria voor een juridisch afwegingskader zijn vastgesteld, is het de vraag in welke mate deze criteria en de toetsing daaraan openbaar gemaakt zouden moeten worden. Er is veel voor te zeggen om een vergelijking van in- en uitbesteding openbaar te maken, zowel voor volksvertegenwoordigers als marktpartijen. Volksvertegenwoordigers kunnen hierdoor beter hun wettelijke controlefunctie uitoefenen, omdat zij op de hoogte zijn van de reden waarom een dienst inbesteed wordt. Marktpartijen op hun beurt verkrijgen duidelijkheid over welke diensten de overheid voornemens is om in te besteden, waardoor investeringen in een markt niet uitblijven.

De transparante vergelijking van in- en uitbesteding in de VS

De US Fair Act verplicht elk agentschap om jaarlijks de lijst, waarop een onderscheid wordt gemaakt tussen overheidstaken en commerciële taken, openbaar te maken. De reden waarom er voor een bepaalde classificatie van een dienst is gekozen wordt ook bekend gemaakt. Alle lijsten worden gepubliceerd op de website van het desbetreffende agentschap en aangekondigd in de *Federal Register*.⁹⁶

De objectieve criteria die worden gebruikt in een publiek-private competitieve procedure worden ook openbaar gemaakt. Hierdoor kunnen de deelnemende partijen (de overheid zelf, een andere overheid en marktpartijen) op gelijke voet concurreren voor de uitvoering van een dienst. Dit is vergelijkbaar met de huidige verplichting die in Nederland geldt ten aanzien van het publiceren van de aankondiging van aanbestedingen.

3.3 Mogelijkheden voor marktpartijen om in bezwaar of beroep te gaan

Vaak wordt de inbesteding van een dienst voorafgegaan aan jaren waarin marktpartijen (via een aanbesteding) gecontracteerd werden voor de uitvoering van een dienst. Deze onttroonde marktpartijen en belanghebbende concurrenten zouden de mogelijkheid moeten hebben om in bezwaar of beroep te gaan tegen een inbesteding. Zeker wanneer zij deze contracten naar behoren hebben uitgevoerd, is de invoering van bezwaar – en beroepsmogelijkheden te rechtvaardigen, omdat de overheid, die het algemeen belang dient, geen normale contractspartij is. Daarnaast kan dit functioneren als een controle op de overheid, die waarborgt dat overheden hun overheidsgeld op een efficiënte en effectieve manier besteden.

Mogelijkheden tot bezwaar en beroep in de VS

Het sluitstuk van de Amerikaanse regulering van inbestedingen, de mogelijkheid tot bezwaar en beroep, kan ook bijdragen aan de ontwikkeling van een Nederlands juridisch afwegingskader. In de US FAIR Act wordt aan marktpartijen en brancheorganisaties namelijk de mogelijkheid geboden om bezwaar te maken bij het federale agentschap dat een *lijst* heeft

opgesteld.⁹⁷ Marktpartijen hebben de mogelijkheid om te stellen dat een dienst als ‘commerciële taak’ gecategoriseerd moet worden in plaats van als ‘overheidstaak’.

Daarnaast is het mogelijk om op basis van Circular A-76 in beroep te gaan bij de rechter in het kader van een publiek-private competitieve procedure.⁹⁸ De kostenberekening voor overheidsuitvoering of de gemaakte vergelijking op basis van kwaliteit kan worden onderworpen aan een rechterlijke toetsing.

3.4 Aanbevelingen

Op basis van het voorgaande is het aanbevelingswaardig om:

- een juridisch afwegingskader in te voeren waardoor een beslissing tot het in- of uitbesteden van een dienst op basis van objectieve en vooraf door de wetgever opgestelde toetsingscriteria genomen kan worden;
- de in een concrete procedure gekozen toetsingscriteria en de toetsing zelf openbaar te maken;
- marktpartijen mogelijkheden te bieden voor bezwaar en beroep tegen de beslissing om een dienst in te besteden.

¹ Dit advies is tot stand gekomen met medewerking van mr. Gerrieke Bouwman, onderzoeker bij het Public Procurement Research Centre.

² Regeling van de Staatssecretaris van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, van 7 mei 2006, nr. WJZ/2006/4662 (8175), houdende regels inzake het agentschap Nationaal Archief (Statuut agentschap Nationaal Archief), *Stcrt.* 2006, 93.

³ Art. 4 Statuut agentschap Nationaal Archief, *Stcrt.* 2006, 93. Art. 25 lid 2 Archiefwet 1995, *Stb.* 1995, 671.

⁴ Aanhangsel *Handelingen II* 2014/15, nr. 2020.

⁵ Kamerbrief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap over de digitaliseringswerkzaamheden van het Nationaal Archief en reactie op de motie van het lid Ziengs, 23 juni 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 32 637, nr. 178, p. 2.

⁶ Commissie van Aanbestedingsexperts, advies nr. 198, 20 maart 2015 te vinden via:

<http://www.commissievanaanbestedingsexperts.nl/behandelde-klachten> (laatst geraadpleegd: 7 september 2015).

⁷ Aanhangsel *Handelingen II*, 2014–2015, nr. 2020.

⁸ *Kamerstukken II*, 2014/15, 32 637, nr. 178.

⁹ Kamerbrief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap over de digitaliseringswerkzaamheden van het Nationaal Archief en reactie op de motie van het lid Ziengs 23 juni 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 32 637, nr. 178.

¹⁰ *Kamerstukken II* 2014–2015, nr. 2015Z14586 (vraag 3), te vinden via:

<http://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/kamervragen/detail?id=2015Z14586&did=2015D29582> (laatst geraadpleegd: 7 september 2015).

¹¹ *Kamerstukken II* 2014/15, nr. 802683 (antwoorden op Kamervragen).

¹² Rb. Gelderland van 29 juli 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5490.

¹³ Zie: <http://www.regioatlas.nl/indelingen> (laatst geraadpleegd: 7 september 2015).

¹⁴ Dit blijkt uit een onderzoek van de Volkskrant naar 264 samenwerkingsverbanden bij de inkoop van zorg door gemeenten. Sander Heijne, “Gemeenteraden buiten spel bij inkoop zorg”, *Volkskrant* 15 januari 2015.

¹⁵ Wet gemeenschappelijke regelingen, *Stb.* 1984, 669.

¹⁶ R.J.M.H. de Greef m.m.v. F. Maas, *Samenwerking tussen decentrale overheden, Een nadere analyse van samenwerking op grond van gemeenschappelijke regelingen*, december 2010, Berenschot/Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, te vinden via: <http://kennisopenbaarbestuur.nl/media/48839/samenwerking-tussen-decentrale-overheden.pdf> (laatst geraadpleegd: 7 september 2015).

¹⁷ Kamerbrief aan de VC voor Wonen en Rijksdienst van de Tweede Kamer van 23 juni 2014, te vinden via: http://www.vno-ncw.nl/publicaties/Brieven_en_commentaren/Pages/Inbesteden_brief_aan_de_VC_voor_Wonen_en_Rijksdienst_van_de_Tweede_Kamer_1203.aspx?fontsize=2#.VdSvd_ntmAk (laatst geraadpleegd: 7 september 2015).

¹⁸ Visienota bestuur en bestuurlijke inrichting: tegenstellingen met elkaar verbinden van minister Donner, 10 oktober 2011. Nader uitgewerkt in het regeerakkoord VVD-PvdA ‘Bruggen slaan’, van 29 oktober 2012.

¹⁹ 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, *PbEU* L94/65.

²⁰ Artikel 1.1 Aanbestedingswet 2012. Wet van 1 november 2012 houdende nieuwe regels omtrent aanbestedingen, *Stb* 2012, p.542. Zie ook Artikel 2 richtlijn 2014/24/EU: “schriftelijke overeenkomsten onder bezwarende titel die tussen één of meer ondernemers en één of meer aanbestedende diensten zijn gesloten en betrekking hebben op de uitvoering van werken, de levering van producten of de verlening van diensten.”

²¹ De internetconsultatie is inmiddels gesloten. De concept teksten zijn te vinden via:

<https://www.internetconsultatie.nl/implementatiewetaanbestedingsrichtlijnen> (laatst bekeken: 22 augustus 2012).

²² Een vierde vorm, de toekenning van een alleenrecht, ligt hier niet voor de hand en wordt daarom ook verder niet behandeld. Zie art. 18 richtlijn 2004/18/EG.

²³ HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal Srl tegen Comune di Viano en Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*), ro. 41-42.

²⁴ HvJ EG van 9 juni 2009, zaak C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 (*Commissie van de Europese Gemeenschappen tegen Bondsrepubliek Duitsland*)

²⁵ Artikel 12 Richtlijn 2014/24/EU.

²⁶ Kamerbrief van de Minister van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap over de digitaliseringswerkzaamheden van het Nationaal Archief en reactie op de motie van het lid Ziengs, 23 juni 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 32 637, nr. 178, p. 2.

²⁷ J.F. van Nouhuys, “Opdrachtverlening binnen de Staat, annotatie bij advies 198 van de Aanbestedingsexperts”, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, nr. 3 juni 2015.

²⁸ Artikel 1 lid 9 Richtlijn 2004/18/EG.

²⁹ In verschillende artikelen van richtlijn 2004/18/EG wordt verwezen naar Bijlage IV. Er rusten specifieke verplichtingen op centrale overheidsinstanties op basis van artikel 76 lid 1 en 78 lid 2 sub b richtlijn 2004/18/EG. Zij worden verplicht om de Europese Commissie jaarlijks te voorzien van statistische gegevens over de geplaatste overheidsopdrachten van het jaar daarvoor. Daarnaast zijn er in artikel 7 sub a en b en 67 lid 1 sub a richtlijn 2004/18/EG lagere drempelbedragen vastgesteld voor centrale overheidsinstanties. De Nederlandse wetgever heeft het concept ‘centrale overheidsinstanties’ alsook de Bijlage IV niet geïmplementeerd in de Aanbestedingswet 2012. Het feit dat dit wellicht duidt op een foutieve implementatie van de Richtlijn 2004/18/EG gaat buiten de reikwijdte van dit advies. Een dergelijke lijst bestaat ook voor publiekrechtelijke instellingen. Zie hiervoor Bijlage III van richtlijn 2004/18/EG.

³⁰ Artikel 9 lid 7 sub 1 richtlijn 2004/18/EG en art. 2.21 Aanbestedingswet 2012.

³¹ De criteria om vast te stellen dat er sprake is van een zelfstandige operationele eenheid zijn: de mate van decentralisatie van inkoop-eenheden, scheiding van budgetten, mate van voorziening in eigen behoeften, en de mate van bemoeienis van de “moeder” aanbestedende dienst. Deze criteria zijn opgesteld voor de nutssectoren, maar lijken ook toepasselijk te zijn op de klassieke sectoren. IOEA nummer 24, ‘Aggregatie van opdrachten van zelfstandige onderdelen binnen een rechtspersoon’, *Stcrt.* 22 oktober 2002, nr. 203, p. 9. Zie hiervoor: Europese Commissie, *Policy guidelines on separate units of a contracting entity*, 20 januari 1993.

³² Rechtbank ‘s-Gravenhage van 14 november 2012, zaaknummer ECLI:NL:RBSGR:2012:BY3967, r.o. 4.3.

³³ De lidstaat participeert in het Europese wetgevingsproces, in eerste instantie door deel te nemen aan het wetgevingsproces bij de belangrijkste wetgever op Europees niveau, de Raad van de Europese Unie, waarin hij is vertegenwoordigd, en in tweede instantie omdat hij een fundamentele rol vervult bij de implementatie van richtlijnen en de verdere operationalisering van verordeningen.

³⁴ Onder ander door de nationale rechter.

³⁵ Deze begrippen komen naar voren bij het invoeren van rechtstreeks werkende bepalingen van richtlijnen.

³⁶ Deze begrippen komen naar voren bij art. 45 VWEU-zaken.

³⁷ Dit begrip komt naar voren bij art. 106 VWEU-zaken.

³⁸ Deze laatste vier begrippen zijn ontleend aan de Europese aanbestedingsrichtlijnen.

³⁹ HvJ EG 20 september 1988, zaak C-31/87, *Jurispr.* 1988, 4635, ECLI:EU:C:1988:422 (*Gebroeders Beentjes BV tegen Staat der Nederlanden*).

⁴⁰ *Beentjes*, r.o. 11 en 12.

⁴¹ Artikel 134 en 135 Grondwet. Een openbaar lichaam is een bestuurlijk organisatorische term die gebruikt wordt om te verwijzen naar een overheid die bepaalde taken uitvoert binnen een bepaald geografisch gebied.

⁴² Artikel 17, eerste lid, Advocatenwet college van afgevaardigden en art. 28 Advocatenwet.

⁴³ Artikel 6, eerste lid, Loodsenwet en art. 15 Loodsenwet.

⁴⁴ Artikel 60 en 69 Wet op het notarisambt.

⁴⁵ S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 47.

⁴⁶ Artikel 9 Mediawet.

⁴⁷ Artikel 2 lid 1 Organisatiewet Kadaster.

⁴⁸ Artikel 2 van de Wet op het Centraal Bureau voor de Statistiek.

⁴⁹ Art. 1:1 lid 2 Awb stelt welke instanties geen bestuursorganen zijn.

⁵⁰ S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 41.

⁵¹ Artikel 44 Grondwet.

⁵² Artikel 46 Grondwet.

⁵³ Artikel 42 Grondwet.

⁵⁴ Artikel 3 en 11 Algemene wet op rijksbelastingen.

- ⁵⁵ Artikel 7.1 Mediawet 2008.
- ⁵⁶ Artikel 11 Algemene wet op de rijksbelastingen
- ⁵⁷ Wet van 13 juli 2002 tot vaststelling van de Wet inzake het beheer van de financiën van het Rijk (Comptabiliteitswet 2001).
- ⁵⁸ Artikel 1 sub a Comptabiliteitswet 2001.
- ⁵⁹ Artikel 10 Comptabiliteitswet 2001.
- ⁶⁰ Artikel 2 Statuut agentschap Nationaal Archief. Artikel 1.1 Comptabiliteitswet 2001.
- ⁶¹ J.F. van Nouhuys, “Opdrachtverlening binnen de Staat, annotatie bij advies 198 van de Aanbestedingsexperts”, Tijdschrift Aanbestedingsrecht, nr. 3 juni 2015. A. Fischer-Braams, Commentaar op de annotatie van mr. J.F. van Nouhuys bij advies 198 van de Commissie van Aanbestedingsexperts (met naschrift van Nouhuys), Tijdschrift Aanbestedingsrecht, nr. 4, 2015.
- ⁶² Overweging 10 preambule richtlijn 2014/24/EU.
- ⁶³ Artikel 2 lid 1 sub 2 richtlijn 2014/24/EU.
- ⁶⁴ Artikel 2 lid 1 sub 3 richtlijn 2014/24/EU.
- ⁶⁵ HvJ EG 18 november 1999, zaak C-107/98, ECLI:EU:C:1999:562 (*Teckal Srl tegen Comune di Viano en Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*).
- ⁶⁶ Zie bijvoorbeeld: HvJ EU van 13 november 2008, zaak C-324/07, ECLI:EU:C:2008:621 (*Coditel*); HvJ EU van 13 oktober 2005, zaak C-458/03, ECLI:EU:C:2005:605 (*Parking Brixen*).
- ⁶⁷ HvJ EU van 19 april 2007, zaak C-295/05, ECLI:EU:C:2007:227 (*Asemfo t. Tragsa*).
- ⁶⁸ Artikel 12 lid 1 sub b richtlijn 2014/24/EU.
- ⁶⁹ HvJ EU 18 december 2014, zaak C-470/13, ECLI:EU:C:2014:2469 (*Generali-Providencia Biztosító*), ro. 37.
- ⁷⁰ HvJ EG 11 januari 2005, zaak C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5 (*Stadt Halle*).
- ⁷¹ Artikel 12 lid 1 richtlijn 2014/24/EU.
- ⁷² HvJ EU van 9 juni 2009, zaak C-480/06, ECLI:EU:C:2009:357 (*Commissie/ Duitsland*).
- ⁷³ HvJ EU van 11 december 2014, zaak C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440 (*Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e.a.*).
- ⁷⁴ Artikel 25 lid 2 Archiefwet 1995, *Stb.* 1995, 671. Uitvoeringsregeling Belastingdienst 2003, *Stcrt.* 2002, 247.
- ⁷⁵ Artikel 12 richtlijn 2014/24/EU: “4. Een opdracht die uitsluitend tussen twee of meer aanbestedende diensten wordt gegund valt buiten het toepassingsgebied van deze richtlijn wanneer aan elk van de volgende cumulatieve voorwaarden is voldaan: a) de opdracht voorziet in of geeft uitvoering aan samenwerking tussen de deelnemende aanbestedende diensten om te bewerkstelligen dat de openbare diensten die zij moeten uitvoeren, worden verleend met het oog op de verwezenlijking van hun gemeenschappelijke doelstellingen; b) de invulling van die samenwerking berust uitsluitend op overwegingen in verband met het openbaar belang”
- ⁷⁶ Zie onder andere 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, uitgesproken op 29/09/2010. E.R. Manunza, ‘Naar een consistente en doelmatige regeling van de markt voor overheidsopdrachten’, p. 49-123 in: J.M. Hebly, E.R. Manunza en M. Scheltema, *Beschouwingen naar aanleiding van het wetsvoorstel Aanbestedingswet*, Preadvies voor de Vereniging van Bouwrecht, par. 3.4-3.5. E.R. Manunza, W.J. Berends, ‘Social Services of General Interest and the Public Procurement Rules’, in U. Neergaard et al. (eds.), *The Role of SSGIS in EU Law: New Challenges and Tensions*, 2012, pp. 347-384. E.R. Manunza, “Incoherente ontwikkelingen in de relatie markt-overheid ‘Uitvoering door de overheid’ v. ‘uitvoering door de markt’ (insourcing v. outsourcing / inbesteden v. uitbesteden)”, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, 2013, pp. 200-207. W.A. Janssen, ‘The Institutionalised and Non-institutionalised Exemptions from EU Public Procurement Law’, *Utrecht Law Review* 2014, p. 168-186. W.A. Janssen, *Regulating the Pre-procurement Phase: Context and Perspectives*. In Khi Thai (Eds.), *International Public Procurement - Innovation and Knowledge Sharing* Springer, 2015, pp. 221-236. W.A. Janssen, A. van Onna, “De implementatie van de inbestedingsdoctrine in de Nederlandse rechtsorde”, *Tijdschrift Aanbestedingsrecht*, 2015, pp. 134-144.
- ⁷⁷ *Handelingen II* 2014-2015, 77, VAO Ondernemen en gastvrijheidseconomie (AO d.d. 01/04).
- ⁷⁸ Zie eindnoot nr. 17.
- ⁷⁹ Zie bijvoorbeeld: art. 14 VWEU, art. 345 VWEU en het Protocol (No. 26) diensten van algemeen belang, OJ C 115, 9.5.2008, pp. 308-308.
- ⁸⁰ Een groot gedeelte van deze beginselen, die voortkomen uit de jurisprudentie, zijn gecodificeerd in art. 3:2, 3:4 lid 1 en 3:4 lid 2 Algemene wet bestuursrecht (Awb).
- ⁸¹ Art. 5 lid 2 Verordening 1370/2007 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 23 oktober 2007 betreffende het openbaar personenvervoer per spoor en over de weg en tot intrekking van Verordening (EEG) 1191/69 van de Raad en Verordening (EEG) 1107/70 van de Raad, *Pb EU* L 315. Artikel 63a Wet personenvervoer 2000, *Stb.* 2000, 564.
- ⁸² Woningwet, *Stb.* 1991, 736.

⁸³ Artikel 20 Comptabiliteitswet 2001: “Onze Ministers zijn verantwoordelijk voor de doeltreffendheid en de doelmatigheid van het beleid dat aan hun begroting ten grondslag ligt.” Artikel 21 lid 1 Comptabiliteitswet 2001: “Onze Ministers zijn verantwoordelijk voor de doelmatigheid van de bedrijfsvoering van hun ministerie.” Artikel 85 Comptabiliteitswet 2001: “De Algemene Rekenkamer onderzoekt de doeltreffendheid en de doelmatigheid van het gevoerde beleid en de doelmatigheid van het financieel en het materieelbeheer, de daartoe bijgehouden administraties en de organisatie van het Rijk.” Artikel 182 Gemeentewet: “De rekenkamer onderzoekt de doelmatigheid, de doeltreffendheid en de rechtmatigheid van het door het gemeentebestuur gevoerde bestuur.” en artikel 183 lid 1 Provinciewet “De rekenkamer onderzoekt de doelmatigheid, de doeltreffendheid en de rechtmatigheid van het door het provinciebestuur gevoerde bestuur”.

⁸⁴ Artikel 1.4 Aanbestedingswet 2012: 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.

⁸⁵ Rechtbank Noord-Nederland van 25 oktober 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7100, r.o. 42.

⁸⁶ Het vertrouwensbeginsel is met name van belang voor de situatie waarin een overheid besluit om na uitbesteding van een dienst aan een marktpartij inbesteding te verkiezen boven uitbesteding. Zie hiervoor onder andere: Hof Den Haag 16 maart 2010, *LJN* BL7631, r.o. 8; CBB 14 april 2011, r.o. 5.7. De overheid moet op basis van het vertrouwensbeginsel gewekte verwachtingen nakomen, wanneer een belanghebbende redelijkerwijs hierop heeft mogen vertrouwen. Het is aldus de vraag of een marktpartij gerechtvaardigd kan vertrouwen op het feit dat een contract verlengd gaat worden. Wanneer met een parallel trekt met het verstrekken van subsidies, lijkt dit niet het geval te zijn. De rechter besloot dat zelfs wanneer een subsidie al voor meer dan negentig jaar verleend werd dat er geen sprake kon zijn van een gerechtvaardigd vertrouwen alsmede omdat de intrekking ruimschoots van te voren werd aangekondigd. ABRvS 30 december 2009, r.o. 2.2.1. Gezien het feit dat contract meestal gesloten wordt voor bepaalde tijd lijkt het onwaarschijnlijk dat een beroep op dit beginsel een succesvolle rechtsgrond zal opleveren.

⁸⁷ B. Baarsma, “Zelf doen of samen met anderen?”, SEO Economisch Onderzoek, 2005. Sociaal Economische Raad, “Overheid en markt: het resultaat telt! Voorbereiding bepalend voor succes”, Advies nr. 2010/01, 19 maart 2010.

⁸⁸ In artikel 67 en 68 nieuwe aanbestedingsrichtlijn 2014/24/EU wordt er al rekening gehouden met levenscyclus kosten.

⁸⁹ Zie de handleiding van aanbestedingsexpertisecentrum PIANOo over Gunnen op Waarde:

<https://www.pianoo.nl/document/4872/gunnen-op-waarde-hoe-doe-je> (laatst geraadpleegd: 7 september 2015).

⁹⁰ De Handleiding van de Public Private Comparator is vindbaar op:

<https://www.rijksoverheid.nl/documenten/richtlijnen/2002/01/28/handleiding-publiek-private-comparator> (laatst geraadpleegd: 7 september 2015).

⁹¹ Federal Activities Inventory Reform Act 1998 US Fair Act, Public Law 105-270 of 105th Congress. Vindbaar op:

https://www.whitehouse.gov/omb/procurement_fairact/ (laatst geraadpleegd: 7 september 2015). M. Blum, ‘The Federal Framework for Competing Commercial Work between the Public and Private Sectors’, in J. Freeman & M. Minow, *Government by contract: Outsourcing and American Democracy*, 2009, pp. 63-90.

⁹² OMB Circular No A-76 Attachment B. Vindbaar op:

https://www.whitehouse.gov/omb/circulars_a076_a76_incl_tech_correction/ (laatst geraadpleegd: 7 september 2015).

⁹³ US FAIR Act Section 5: Definitions (2) (A) en (B).

⁹⁴ OMB Circular No A-76 Attachment B (3).

⁹⁵ OMB Circular No. A-76 Attachment B.

⁹⁶ US FAIR Act Section 2(c). Dit is de Amerikaanse versie van de Nederlandse Staatscourant.

⁹⁷ US FAIR Act, Section 3: Challenges to the list.

⁹⁸ OMB Circular No A-76 Attachment E (f).